

Hans Kelsen Werke



Hans Kelsen Werke

Herausgeber / Editor

MATTHIAS JESTAEDT, Freiburg i. Br.

In Kooperation mit dem / In co-operation with

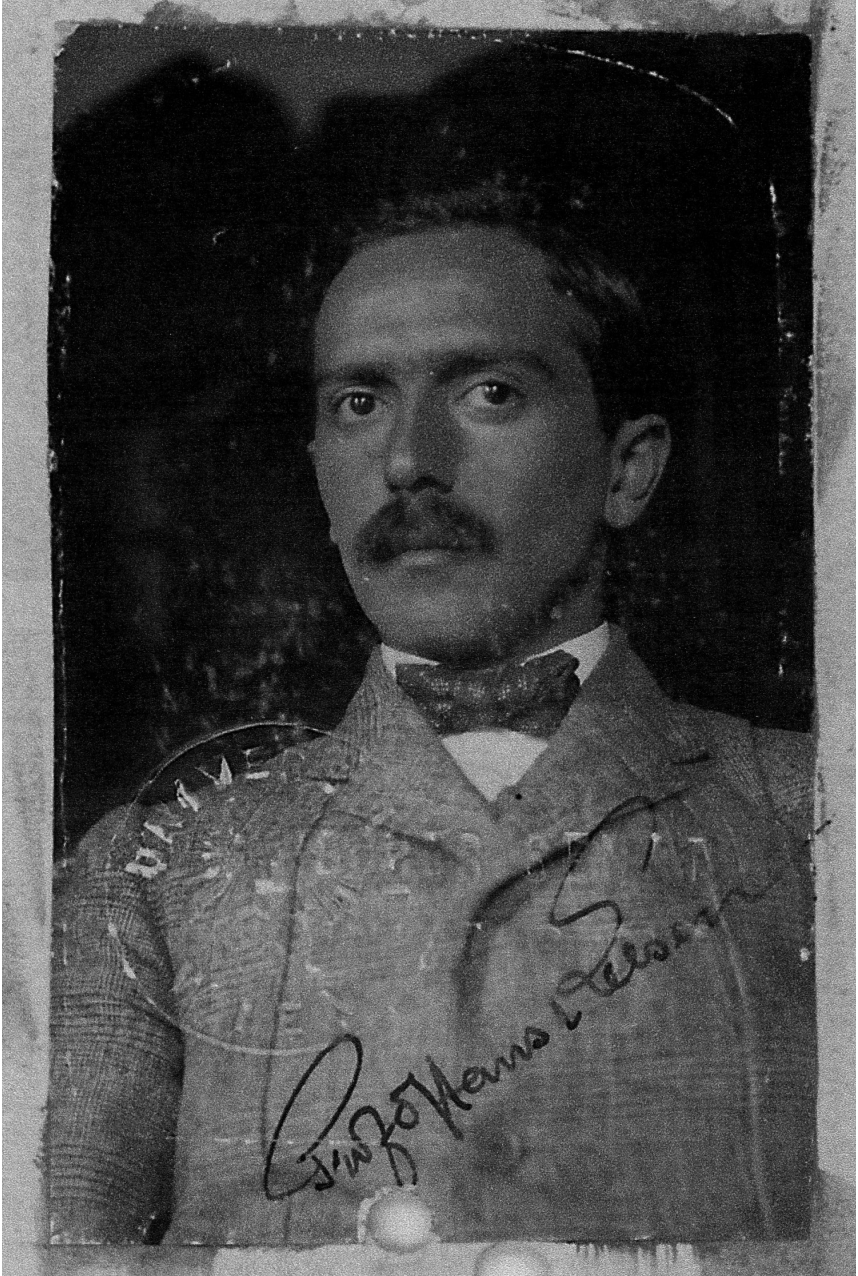
HANS KELSEN-INSTITUT

CLEMENS JABLONER, Wien THOMAS OLECHOWSKI, Wien

ROBERT WALTER†, 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
JOHN GARDNER, Oxford	HUN SUP SHIM, Seoul
MARIO G. LOSANO, Milano	MICHAEL STOLLEIS, Frankfurt
RYUICHI NAGAO, Tokio	MICHEL TROPER, Paris
WALTER OTT, Zürich	LUIS VILLAR BORDA†, Bogotá



Hans Kelsen um 1921
(Foto in einem von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien
am 9. Dezember 1921 ausgestellten Ausweis)

Hans Kelsen Werke

Band 4

Veröffentlichte Schriften 1918–1920

Herausgegeben von

MATTHIAS JESTAEDT

In Kooperation mit dem

HANS KELSEN-INSTITUT

Mohr Siebeck

Eine Veröffentlichung der HANS-KELSEN-FORSCHUNGSSTELLE
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i.Br.

Leiter:
Matthias Jestaedt

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in Erlangen:

Julia Bailey	Simon Kerwagen	Silvia Orth
Philipp Brandl	Pauline Kiermeir	Maren Patella
Philippa Eggers	Aleksandra Kozłowska	Angela Reinthal
Thomas Elsner	Bastian Lämmermann	Lena Schaumberger
Nikolaus Forschner	Eva Lohse	Luisa Schmaus
Martin Herzog	Anke Lutz	Anna Lena Scholz
Franziska Hofmeister	Markus Modschiedler	Dominika Wiesner
Jörg Kammerhofer	Josephine Odrig	

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in Freiburg i.Br.:

Philipp Brandl	Kyriakos N. Kotsoglou	Timo Schwander
Jakob Faig	Alexandra Lukasch	Rike Sinder
Malte Feldmann	David Markworth	Pia Sösemann
Nikolaus Forschner	Jakob Metzger	Mona Marie Vogt
David Freudenberg	Teresa Muschiol	Vasiliki Voueli
Friedemann Groth	Philipp Reimer	Ruth Weber
Patrick Jäger	Angela Reinthal	Julia Weydner
Jörg Kammerhofer	Philipp Renninger	Nora Wienfort
Azamat Karimov	Anna-Julia Saiger	
Joel Kohler	Camilla Schiefeler	

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

Zitiervorschläge:

Hans Kelsen, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts (1920), in: HKW 4, S. 235–572 (322)

Hans Kelsen, in: HKW 4, 235–572 (322)

ISBN 978-3-16-149982-1

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

© 2013 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 1918–1920

Das Proportional(wahl)system (1918/1919)	25
Der Proporz im Wahlordnungsentwurf (1918)	51
Die Verfassungsnovelle (1918)	59
Die verfassungsrechtliche Stellung des Staatskanzlers (1918)	69
Ein einfaches Proportionalwahlsystem (1918)	75
Buchbesprechung Rudolf Laun, Zur Nationalitätenfrage, Haag 1917 (1918)	83
Buchbesprechung Norbert Wurmbrand, Die rechtliche Stellung Bosniens und der Herzegowina, Leipzig und Wien 1915 (1918)	87
Der Anschluß (1919)	97
Die Organisation der vollziehenden Gewalt Deutschösterreichs nach der Gesetzgebung der konstituierenden Nationalversammlung (1919/1920)	101
Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs (1919/1920)	115
Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich Teile 1–3 (1919); Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich Teil 4 (1920)	147
Edmund Bernatzik (1919/1920)	149
Buchbesprechung Max Layer, Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag. Graz und Leipzig 1916 (1919/1920)	153
Verhältniswahlrecht. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 4. Dezember 1918 (1919)	169

Vom Wesen und Werte der Demokratie. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 5. November 1919 (1919)	175
Wesen und Wert der Demokratie. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 5. November 1919 (1919)	199
Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob (1919)	209
Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre (1920)	235
Der völkerrechtliche Strafanspruch wegen völkerrechtswidriger Kriegshandlungen (1920)	573

III. Sektion

Berichte und Verzeichnisse

Editorische Berichte	579
Abkürzungen und Siglen	801
Quellennachweis der Abbildungen	804
Schrifttumsverzeichnis	805
Gesetzesverzeichnis	829
Personenregister	841
Sachregister	847

Vorwort des Herausgebers

I.

Band 4 der „Hans Kelsen Werke“ enthält insgesamt 18 Schriften Kelsens, die ursprünglich in den Jahren 1918 bis 1920 veröffentlicht worden sind bzw. genauer: deren Originalpublikationsträger mit einem der drei Publikationsjahre datiert ist. Dabei liegt, was die Anzahl der Veröffentlichungen betrifft, das Schwergewicht bei den Publikationen der Jahre 1918 (sieben Beiträge) und 1919 (neun Beiträge). 14 der hier versammelten 18 Beiträge sind in den vierzehn Monaten von November 1918 bis einschließlich Dezember 1919 publiziert, zehn von ihnen sind gar in dem halben Jahr von November 1918 bis April/Mai 1919 von Kelsen verfasst worden. Aus dem Jahre 1920, in dem Kelsen mit zehn Publikationen zu Buche steht, sind in Band 4 lediglich zwei Beiträge – wenn auch mit der Monographie „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ der aus dieser Zeit mit Abstand bedeutendste – abgedruckt.

Die Jahre 1918 und 1919 markieren sowohl unter historisch-politischen wie biographischen Auspizien eine ausgesprochene Umbruchzeit: Der Erste Weltkrieg endet im November 1918 mit der Niederlage der sogenannten Mittelmächte, unter ihnen die k. u. k. Doppelmonarchie Österreich-Ungarn. Im Angesicht der nahenden Niederlage, aber doch noch vor der Waffenstillstandserklärung, vollzieht sich Ende Oktober in Wien ein Staats- und Regierungsform-Wandel, wird die Republik Deutschösterreich ausgerufen und eine republikanisch-demokratische Übergangsverfassung von der Provisorischen Nationalversammlung beschlossen. In den folgenden fünf Monaten mühen sich Provisorische Nationalversammlung und Staatsrat, den neuen deutschösterreichischen Rumpfstaat zu konsolidieren, die Übergangsverfassung vom 30. Oktober 1918 wo nötig zu modifizieren und zu ergänzen und im Übrigen alle Vorbereitungen zu treffen, damit die im Februar 1919 zu wählende Konstituierende Nationalversammlung ihre Arbeit aufnehmen kann. Wichtige Themen sind bereits zur Jahreswende 1918/1919 unter anderem die Frage des Verhältnisses Deutschösterreichs zum Deutschen Reich, die innerstaatlich-föderative Frage des Verhältnisses von Deutschösterreich zu seinen Ländern, das künftige Wahlsystem und die Stellung des Staatskanzlers, dem in der charismatischen Person Karl Renners (1870–1950) eine in der Übergangsverfassung so nicht vorgesehene Rolle und Bedeutung zuwachsen. Ab März 1919 bestimmt dann die Konstituierende Nationalversammlung die weitere Verfassungsentwicklung, die im Herbst 1920 in die „definitive“ Verfassung der Republik Österreich vom 1. Oktober 1920 mündet. Die Verfassungsentwicklung sieht sich freilich massivem außenpo-

litischen Einfluss ausgesetzt, laufen doch anno 1919 die Friedens-„Verhandlungen“ mit den alliierten Siegermächten in Saint-Germain-en-Laye. Diese bürden der jungen Republik schwere Zumutungen auf: unter anderem werden die böhmischen, sudetendeutschen und Südtiroler Besitzungen von den österreichischen Kernlanden abgetrennt, der Anschluss an das Deutsche Reich und sogar die Führung des Namens „Republik *Deutschösterreich*“ untersagt. Mit dem unter politischem Druck erfolgenden Abschluss des Vertrags von Saint-Germain-en-Laye am 10. September 1919 verändern sich zentrale Eckpunkte der zum Jahreswechsel 1918/1919 noch projektierten Entwicklung der Ersten Republik.

Hans Kelsen, noch bis zum 31. Oktober 1918 in den Diensten des letzten k. u. k. Kriegsministers, begleitet die (verfassungs)politischen Anfänge der Ersten Republik aus nächster Nähe und mit wachsender beruflicher Verantwortung: Seit dem 1. Oktober 1918 bekleidet Kelsen die Position eines etatmäßigen außerordentlichen Professors für Staats- und Verwaltungsrecht an seiner Alma Mater, der Universität Wien. Bereits im November 1918 beruft Staatskanzler Renner den gerade einmal 37-Jährigen zu seinem Verfassungsberater, dem zuvörderst die Mitwirkung an der Ausarbeitung der definitiven Verfassung obliegt. Nach dem plötzlichen Tode seines Lehrers Edmund Bernatzik (1854–1919) wird Kelsen zu dessen Nachfolger – sowohl am deutschösterreichischen Verfassungsgerichtshof, zu dessen Mitglied er am 3. Mai 1919 ernannt wird, als auch am 1. August 1919 als ordentlicher Professor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Rudolphina Vindobonensis. In dieser Zeit beginnt Kelsen, auch öffentlich, namentlich durch eine Reihe von Artikeln in auflagenstarken Tageszeitungen zu wirken und sich einen Namen zu machen. Innerhalb weniger als eines Jahres rückt Kelsen von einem zwar äußerst begabten, aber doch fast nur in engen fachwissenschaftlichen Kreisen, in seinem unmittelbaren Arbeitsumfeld im k. u. k. Kriegsministerium und darüber hinaus in der Arbeiterbildung wirkenden Juristen zu einem einer breiteren Öffentlichkeit bekannten Staatsrechtler der vordersten Reihe auf, der die Mächtigen des Landes berät, zugleich aber seine Autorität aus seiner fachlichen und parteipolitischen Unabhängigkeit schöpft. Dazu trägt bei, dass Kelsen seine Rolle und Stellung als die eines politischen, d. h. auch außerhalb der scientific community präsenten, öffentlich gesellschaftspolitische Verantwortung übernehmenden Professors versteht. Bei alledem geht der aus dem grundstürzenden opus magnum „Hautprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze“ (1911) bekannte rechtstheoretische „Alleszermalmer“ nicht verloren, stehen die Jahre 1918 bis 1920 doch auch für einen gewichtigen Entwicklungsschub in puncto Herausbildung, Festigung und Weiterentwicklung der Reinen Rechtslehre, und zwar der Reinen Rechtslehre sowohl als ideologiekritisch-methodenbewusste Forschungsformation als auch als Forscherformation mit Kelsen und seinen ersten Schülern Adolf Julius Merkl (1890–1970) und Alfred Verdross (1890–1980) als Mittelpunkt. Es ist kein Zufall, dass in dieser Zeit – und zwar im Untertitel der im Sommer 1920 erscheinenden, aber bereits einige Jahre zuvor im Wesentlichen

fertiggestellten Monographie „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ – erstmals die epochemachende Selbstbezeichnung als „reine Rechtslehre“ aufscheint.

II.

Die 18 hier versammelten Beiträge stellen, wie bereits angedeutet, nicht Kelsens gesamte Publikations-„Ausbeute“ der Jahre 1918 bis 1920 dar: Neben sieben Schriften aus dem Jahre 1920, die in HKW 6 publiziert werden, fehlen in HKW 4 auch die – nach der verfolgten Editions- und Publikationsstrategie an sich hier abzudruckenden – vier ersten Teile der von Kelsen edierten und kommentierten Gesetzessammlung „Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich“ (Teile 1–3, 1919) und „Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich“ (Teil 4, 1920); sie sind ihres inhaltlichen Bezuges wegen zu (dem bereits vorliegenden) HKW 5 verselbständigt worden.

In Thematik und Zugriff, Stil und Länge, Format und Genre unterscheiden sich die 18 Beiträge erheblich. Einer Monographie in Gestalt von „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“, die, wie schon die „Hauptprobleme“, von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) in Tübingen verlegt wird, stehen 17 unselbständige Beiträge gegenüber; von diesen erscheinen neun in rechtswissenschaftlichen Fachpublikationsmedien („Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“, „Zeitschrift für öffentliches Recht“, „Gerichtshalle“ und „Juristische Blätter“), einer in einer nichtjuridischen fachwissenschaftlichen Zeitschrift („Annalen der Philosophie“) und immerhin sieben in nichtwissenschaftlichen Tages- bzw. Wochenzeitungen („Der österreichische Volkswirt“, „Neue Freie Presse“, „Arbeiter-Zeitung“, „Neues Wiener Tagblatt“). Die 18 Schriften gliedern sich in 12 Sachbeiträge zu einer Rechtsfrage, vier Buchbesprechungen (die freilich teilweise ebenfalls den Charakter regulärer Sachbeiträge besitzen), einem Nachruf und einem Beitrag, der wohl am ehesten als Richtigstellung einzuordnen ist („Der Anschluß“).

Der kürzeste Beitrag ist die einem kurz zuvor erschienenen Werke von Verdross gewidmete Buchanzeige „Der völkerrechtliche Strafanspruch wegen völkerrechtswidriger Kriegshandlungen“ mit gerade einmal 3300 Zeichen (hier wie im Folgenden jeweils mit Leerzeichen), der mit Abstand längste die bereits mehrfach erwähnte Schrift zum „Problem der Souveränität“ mit mehr als 320 Druckseiten und rund 886000 Zeichen. Die zweitumfangreichste Publikation markiert Kelsens erste substanzuell interdisziplinäre Schrift mit dem Titel „Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob“ mit immerhin ca. 66600 Zeichen, in der er sich in beeindruckender Weise weit auf das Feld der von (Fach-)Philosophen bestellten und beherrschten Erkenntnistheorie hinauswagt.

Unter thematischen Gesichtspunkten ragen erstens seine der aktuellen Verfassungsentwicklung gewidmeten acht Artikel heraus, darunter die vier aus dem November und Dezember 1918 stammenden wahlrechtspolitischen Beiträge („Das

Proportional(wahl)system“, „Der Proporz im Wahlordnungsentwurf“, „Ein einfaches Proportionalwahlssystem“ sowie „Verhältniswahlrecht. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 4. Dezember 1918“) sowie vier weitere, dem (sonstigen) Übergangsverfassungsrecht geltende Schriften („Die Verfassungsnovelle“, „Die verfassungsrechtliche Stellung des Staatskanzlers“, „Die Organisation der vollziehenden Gewalt Deutschösterreichs nach der Gesetzgebung der konstituierenden Nationalversammlung“ und „Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs“). Zweitens sind Kelsens beide ersten demokratietheoretischen Arbeiten hervorzuheben, die rund eine Dekade später in *dem* deutschsprachigen Klassiker moderner Demokratietheorie, nämlich der 1929 erscheinenden Zweitaufgabe zu „Vom Wesen und Wert der Demokratie“, kulminieren werden. Drittens ist die Aufmerksamkeit auf Kelsens – nicht zuletzt unter dem Eindruck der Arbeiten seines (späteren) Freundes Franz Weyr (1879–1951) und seiner Schüler, allen voran Merkl und Verdroß, sich entwickelnde – rechtstheoretische Schriften zu lenken; sowohl die drei Rezensionsbeiträge zu den Büchern von Rudolf Laun, Norbert Wurmbrand und Max Layer als auch Kelsens (erste) Stellungnahme zu Hans Vaihingers Fiktionenlehre im Rahmen von dessen Philosophie des Als-Ob sind hier zu nennen, wengleich sie doch deutlich im Schatten des bedeutendsten Werkes der Jahre 1916–1920 stehen: Mit „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ weitet Kelsen nicht nur seine Forschungsfelder um das Völkerrecht, sondern er verfasst mit ihm eines seiner sechs rechtstheoretischen Hauptwerke (neben den „Hauptproblemen“ des Jahres 1911, der „Allgemeine Staatslehre“ aus dem Jahre 1925, den beiden Auflagen der „Reine Rechtslehre“ anno 1934 und 1960 sowie der „Allgemeine Theorie der Normen“ im Jahre 1979 (und damit postum)). In seinem methodologischen Ansatz und Duktus ganz in den Bahnen der „Hauptprobleme“ mit ihrem „kontradiktorischen Verfahren“, nimmt „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ die zahlreichen Fortentwicklungen der Rechtslehre Kelsens und seiner Mitstreiter in der sich um ihn bildenden „Wiener Schule der Rechtstheorie“ auf, so, um nur die wichtigsten Neuerungen zu nennen, die Ergänzung der Rechtsstatik um die Rechtsdynamik, die Ablösung einer gesetzessolipsistischen Sicht durch das rechtsschichtenplurale Konzept des Stufenbaus der Rechtsordnung, den Gedanken von der Einheit von Staat und Recht(sordnung), die Lehre von der Grundnorm. „Das Problem der Souveränität“ stellt eine zentrale Station auf dem Weg hin zu einer ersten vollständigen Gestalt der Reinen Rechtslehre, die in etwa auf die Zeit von 1922 bis 1923, d. h. den Publikationsjahren der Monographie „Der soziologische und juristische Staatsbegriff“ und der Zweitaufgabe der „Hauptprobleme“, zu datieren sein dürfte.

III.

Es ist ein schöner und guter Brauch, in der Vorrede einer Publikation jenen Dank abzustatten, die am Zustandekommen und am erfolgreichen Zuendebringen des Unternehmens mehr oder minder großen Anteil haben. Wie schon bei den bereits erschienenen HKW-Bänden reicht der Platz nicht, um Art und Weise des Einsatzes jeder und jedes einzelnen gebührend zu würdigen. Doch wenigstens die Namen jener, ohne deren Mitwirkung der vorliegende Band so nicht hätte erscheinen können, seien in alphabetischer Reihenfolge dankbar genannt: Prof. Dr. María Gabriela Ábalos, Mendoza; Dr. Marcel Atze und Mag. Isabella Wasner-Peter, MSc, Wien; Mag. Jürgen Busch, LL.M., D.E.A., Wien; Prof. Philippe Delvit, Toulouse; Birte Dinkla, Staats- und Universitätsbibliothek Bremen; Dr. Achim Doppler, Landesbibliothek Niederösterreich, St. Pölten; Ministerin a.D. Prorektorin Dr. Lykke Friis, Kopenhagen; Dr. Christoph Goos, Bonn; Mitglied des VfGH o. Univ.-Prof. Dr. Dr. Christoph Grabenwarter, Wien; Prof. Dr. András Jakab, LL.M., Heidelberg/Budapest; Präsident des VwGH und Geschäftsführer des Hans Kelsen-Instituts Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. Clemens Jabloner, Wien; RiOVG a.D. Katharina Jestaedt, Bonn/Berlin; Prof. Dr. Dr. h.c. M. Rainer Lepsius, Heidelberg; Prof. Dr. Oliver Lepsius, Bayreuth; Mitglied des VfGH o. Univ.-Prof. Dr. Georg Lienbacher, Wien; Prof. Dr. Helmut Neuhaus, Erlangen; Lisa Steen Nielsen, Kopenhagen; Adam Oestreicher, New York; Geschäftsführer des Hans Kelsen-Instituts ao. Univ.-Prof. Dr. Thomas Olechowski, Wien; Österreichische Nationalbibliothek, Wien; Österreichisches Staatsarchiv, Wien; Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Stanley Paulson, St. Louis/Kiel; Dr. Josef Pauser, Bibliothek des VfGH, Wien; Astrid Peters, Erlangen; Norbert Schirmbrand, Bibliothek des VwGH, Wien; Mag. Kamila Staudigliciechowicz, Wien; Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Stolleis, Frankfurt a.M.; Dr. Angela de la Torre, Bogotá; Universitätsleitung, Universitätsbibliothek und Fachbereich Rechtswissenschaft der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg; Universitätsleitung, Universitätsbibliothek und Rechtswissenschaftliche Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i.Br.; Prof. Dr. Marius de Waal, Stellenbosch; Dr. Nobuyuki Yamanaka, Erlangen; Dr. Klaus Zeleny, Wien; Prof. Dr. Reinhard Zimmermann, Hamburg. Besonderer Hervorhebung und besonderen Dankes bedarf Dr. Paul Silverman, Washington D.C., der mit einem Einleitungsbeitrag zu „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ Bedeutung und Anlage diesen Kelsenschen Chef d’Œuvre auch und gerade für den Leser aus der Anglosphere er- und aufschließt; es ist mehr als eine glückliche Koinzidenz, dass Paul Silverman in wenigen Monaten die erste englische Übersetzung der Souveränitäts-Schrift vorlegen wird.

Ich empfinde es als ebenso unverdientes wie tiefgreifendes Herausgeberglück, dass jener Verlag, der sich um die Verbreitung der Originalschriften Hans Kelsens die nachhaltigsten Verdienste erworben hat, als verlässlicher und professioneller, zugewandter und zupackender, ausdauernder und einnehmender Partner auch bei

der Publikation der „Hans Kelsen Werke“ dem editorischen Team der Hans-Kelsen-Forschungsstelle zur Seite steht. Besonders dem Inhaber des Verlags Mohr Siebeck – bis 2003 unter der Firma J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) –, Herrn Dr. h.c. Georg Siebeck, dem Geschäftsführer Dr. Franz-Peter Gillig und „unserer“ Herstellerin Ilse König sei an dieser Stelle erneut für ihr außergewöhnliches Engagement „in kelsenianis“ aufs herzlichste gedankt. Auch die Tübinger Setzerei pagina hat, namentlich in Gestalt von Knut Buroh, wieder großen Anteil am publizistischen Ergebnis.

Dass HKW 4 mehr als zwei Jahre nach dem zuletzt publizierten Band – HKW 5 (2011) – erscheint, ist ebenso Ausdruck wie Folge des Umstandes, dass die Hans-Kelsen-Forschungsstelle im Jahre 2011 einen Umzug und Neuanfang hinter sich zu bringen hatte, nämlich den Umzug von der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg und den Neuanfang an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau. Der Standortwechsel ging einher mit einem weitreichenden personellen Wechsel, der hinsichtlich der Kontinuität der Editionsarbeiten nicht ohne Folgen bleiben konnte. Der vorliegende Band versteht sich als ein Gemeinschaftswerk des Erlanger und des Freiburger Teams der Hans-Kelsen-Forschungsstelle, in dem sich meine wissenschaftlichen Mitarbeiter(innen) Frau Dr. Angela Reinthal (Erlangen und Freiburg), Herr Dr. Jörg Kammerhofer, LL.M. (Erlangen und Freiburg), Herr Dr. Thomas Elsner (Erlangen), Herr Dr. Philipp Reimer (Freiburg), Herr Kyriakos Kotsoglou (Freiburg) und Frau Rike Edith Sinder (Freiburg) besonders hervorgetan haben. Angela Reinthal trug einmal mehr gemeinsam mit Jörg Kammerhofer die Verantwortung für die Schlussredaktion, der darüber hinaus die Übersetzung des von Paul Silverman verfassten Einleitungsbeitrages mitzuverantworten hat; das Sachregister verdankt sich Philipp Reimer und Kyriakos Kotsoglou. Allen Erlanger und Freiburger Mitstreiter(inne)n gilt mein größter Respekt und herzlichster Dank für ihren weit überobligationsmäßigen Einsatz.

Und als *ceterum censeo*: Für allfällige Fehler und Lücken trägt der Herausgeber die Verantwortung allein.

Freiburg i. Br., im November 2013

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⁾ ¹¹⁸ 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	10
1. Kelsen-Text	10
2. Herausgeberrede	12
a) Textentwicklung	12
b) Texteingriffe	15
c) Zitate, Nachweise und Binnenverweise	16
d) Personen- und Sacherläuterungen	19
e) Sonstiges	19
V. Editorischer Bericht	19
VI. Verzeichnisse und Register	20
VII. Fortschreibung der Editionsrichtlinien	21

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 bekannte – veröffentlichte wie unveröffentlichte, monographische wie unselbständige – wissenschaftliche 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. Bei Zweifeln daran, ob Kelsen als Autor eines Textes zu gelten hat, wird im Sinne einer inklusiven Editionsstrategie der betreffende Text unter ausdrücklichem Hinweis (sowohl in der Asteriskus-Anmerkung auf dem Deckblatt des betreffenden Beitrags als auch im Editorischen Bericht) auf die Unsicherheiten bezüglich der Autorschaft Kelsens in die vorliegende Edition aufgenommen; Zweifel im vorgenannten Sinne liegen bereits dann vor, wenn es zum Drucklegungszeitpunkt nicht zu entkräftende Anhaltspunkte dafür gibt, dass Kelsen den in Frage stehenden Text verfasst hat.

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 Erscheinungsjahr; 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; die zweite, neu paginierte Auflage von „Die Wiener rechtstheoretische Schule“, Wien und Stuttgart 2010, wird nicht berücksichtigt. 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 dazuge-

hörigen 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 Marginalienpalte zu welchem der Seitenumbruchstriche im Text gehört. Fällt der Originalseitenumbruch des regulären Erstdrucks mit jenem von Separat- oder Nachdruck zusammen, so wird in der Marginalienpalte 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)); soweit der edierte Text ausnahmsweise nicht von Kelsen stammt – sei es, dass es sich um eine Übersetzung oder eine Einführung zu einem Text von Kelsen, sei es, dass es sich um den Beitrag eines Ko-Autoren handelt –, wird dies durch einen kursiv gestellten Zusatz kenntlich gemacht (Bsp.: Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich – Teil 1 (1919) – *Merkel*). 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 Hauptwie 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. Nicht als Hervorhebung gilt die Darstellung fremdsprachiger Wörter und Wendungen in lateinischen Lettern in einem im Übrigen in Frakturschrift gesetzten Text. 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 Originalregistern 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 die-

nen, 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 Anmerkungstext 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 eruiert, 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 Plusquamperfekt 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 gedrungen [Lesung unsicher] ist [bricht ab]»; A₂ «macht bei diesem Punkte Halt, auch wenn sie längs einer Kausalreihe vorgedrungen ist, die ja von Erfolg bis zur Körperbewegung und Seelen [bricht ab]»; A₃ «macht bei diesem Punkte Halt, auch wenn sie längs einer Kausalreihe vorgedrungen 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 gesonderten Nachweis wird schließlich die Verwendung der Anführungs- sowie Auslassungszeichen 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. Auslassungszeichen werden im Fließtext mittels Ellipsis (...) dargestellt.

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“), zwar ermittelbare, aber mangels Zugänglichkeit nicht autoptisch überprüfte Zitatfundstellen werden mit der Sigle

„n. ü.“ (für: „mangels Zugänglichkeit der Quelle nicht autoptisch überprüft“) 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.

Bei mehr als 1,5 Seiten langen Zitaten werden der Übersichtlichkeit halber im Fundstellennachweis deren Beginn und Ende unter Angabe der Seiten- und Zeilenzählung bezeichnet (Bsp.: „– das Zitat erstreckt sich von 16223–16422.“).

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.

Mit ein und derselben Fundstellenangabe führt Kelsen nicht selten den Nachweis sowohl für ein wörtliches Zitat als auch für einen im authentischen Wortlaut

nicht mitgeteilten Gedankengang. Gelegentlich, aber nicht durchgängig nennt er dann bei mehreren Zitaten auf zwei aufeinander folgenden Seiten beide Seitenzahlen (z. B.: S. 160, 161); soweit der – in den Zitaten ja zum Ausdruck gelangende – Gedankengang sich über den Seitenumbruch hinweg erstreckt, wird im editorischen Apparat nur eine seitenübergreifende Nachweisangabe (im Beispielfalle: S. 160f.) genannt. Werden in einer Anmerkung mehrere Zitate aus demselben Werk nachgewiesen, so werden die Seitenzahlen nach der Reihenfolge der Zitate im Kelsen-Text gereiht, also nicht notwendigerweise aufsteigend.

Bei der Erstnennung eines zitierten Werkes erscheinen die vollständigen bibliografischen 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 Autornachname, 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*).

Fundstellennachweise von Klassikerzitaten weisen Besonderheiten auf: Platons Dialoge werden nach der Stephanus-Zählweise nachgewiesen (z. B. *Platon*, *Politeia*, III, 9; 398a), Werke von Aristoteles nach der Bekker-Zählweise (z. B. *Aristoteles*, Pol. III, 6; 1278b 19). Nachweise aus Kant-Schriften werden in der heute gebräuchlichen Zitierweise geführt; bei der Erstnennung wird auch die Erstausgabe angegeben. Die „Kritik der reinen Vernunft“ wird nach den beiden Ausgaben zitiert (z. B. *Kant*, KrV (Anm. 2), S. A 547f., B 575f.), alle anderen Werke Kants nach der Akademieausgabe (z. B. *Kant*, MdS (Anm. 1942), S. AA VI 379).

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 Zitierweise 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, RGBl 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. Wird bei Wiedergabe oder Kommentierung eines Gesetzes auf Normen eines anderen, in demselben Band der HKW abgedruckten Gesetzes Bezug genommen, so wird bei der Erstbezugsstelle das in Bezug genommene Gesetz nicht nur in der gewöhnlichen Weise mit Kurztitel nachgewiesen; vielmehr erfolgt zusätzlich ein Hinweis auf die Wiedergabe des entsprechenden Gesetzes in dem betreffenden HKW-Band („in diesem Band, S. ...“).

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. Allfällige Zugehörigkeiten zu einer politischen Partei werden beim erstgenannten Vertretungskörper (Landtag, Nationalrat etc.) verzeichnet. Sachliche Fehler Kelsens werden im Erläuterungsapparat berichtigt. Die Personenerläuterungen sind aus den gängigen Quellen recherchiert. Dazu zählen neben personenbezogenen Biographien insbesondere die „Neue Deutsche Biographie“ (NDB) sowie das „World Biographical Information System Online“ (WBI), subsidiär auch Internet-Quellen wie Wikipedia; ein gesonderter Quellennachweis erfolgt nicht.

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.: ³ Zur Soziologischen Gesellschaft in Wien vgl. *Kelsen*, Grenzen (Anm. 1), in: HKW 3, S. 22–55 (24 Hrsg.-Anm. 2).

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 / Cornelia Butz*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 6. Aufl., Berlin 2008, für die des österreichischen Rechtskreises *Gerhard Friedl / Herbert Loeben-*

stein (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. Soweit tunlich, schließt sich dem Gesetzesverzeichnis ein Verzeichnis der Gesetzesmaterialien wie namentlich Motivenberichte an;
- 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
(1918–1920)

Das Proportional(wahl)system (1918/1919)*

* Der österreichische Volkswirt 11 (1918/1919), S. 115–118, 133–136, 147–151. – Abschnitt I des dreiteiligen Beitrages ist mit „Das Proportionalsystem“ überschrieben, Abschnitte II und III tragen den Titel „Das Proportionalwahlsystem“.

| Das Proportionalsystem.

I.

Wenn es das Wesen der *Freiheit* ist, daß jedermann nur seinem eigenen Willen unterworfen sei, dann ist die Freiheit das Grundprinzip der *Demokratie*. Diese Organisationsform charakterisiert sich nämlich durch die Tendenz, Objekt und Subjekt der staatlichen Herrschaft zu identifizieren. Das Volk soll in demselben Maße Herrscher wie Beherrschter sein. Dabei ist das „Volk“ vom Standpunkte dieser politischen Grundanschauung eine Summe von Einzelmenschen, deren Individualwillen möglichst unmittelbar und in möglichst weitem Umfange an der Herrschaft teilzunehmen, den herrschaftlichen Willen zu bilden hat. Die Ausübung der legislativen wie der exekutiven Gewalt in der Volksversammlung, an der alle Volksgenossen teilnehmen, ist die Funktionsform dieses reinsten Typus der Demokratie.

Der durchaus *individualistische* Charakter der demokratischen Idee führt konsequenterweise nicht nur zur *Unmittelbarkeit* der staatlichen Willensbildung und sohin zur *Ablehnung des Repräsentativsystems* – Eure Abgeordneten sind eure Tyrannen, es gibt keine Vertretung im Willen,¹ ruft Rousseau² –, sondern
 | 116 I | folgerichtig auch zur Forderung nach *Einstimmigkeit* aller Beschlüsse und *Ablehnung des Majoritätsprinzips*. Nur durch eine – freilich auf mannigfache Weise immer wieder versuchte – Fiktion kann verhüllt werden, daß der Wille des Parlaments nicht mehr der Wille des Volkes, daß der Wille der Majorität der Minderheit gegenüber ein fremder Wille ist.

¹ Das Zitat findet sich nicht direkt, aber dem Sinne nach bei *Jean-Jacques Rousseau*, *Du contrat social; ou principes du droit politique*, Amsterdam 1762, 3. Buch, Kap. 15 (S. 235–245, insb. 238f.). Die Formulierung verwendet jedoch *Friedrich Naumann*, *Das Kulturwahlrecht*, in: *Süd-deutsche Monatshefte* 5 (1908), Bd. 1, S. 340–346 (340): „Wer ist wohl der Vater der modernen Wahlrechte? Man denkt, es müsse Rousseau sein, weil er die Souveränität des ganzen Volkes verkündigt hat, aber sobald man sich die Mühe nimmt, die betreffenden Abschnitte seines Hauptwerkes (*Contrat social*) nachzulesen, findet man, daß er gegen alle Abgeordneten wettetert und direkte Gesetzgebung durch das Volk verlangt. Auch die Abgeordneten seien, sobald sie einmal gewählt sind, Tyrannen“.

² *Jean-Jacques Rousseau* (1712–1778), schweizerisch-französischer Philosoph, Schriftsteller und Staatstheoretiker. Wichtige Werke: *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Amsterdam 1755; *Julie ou la Nouvelle Héloïse*, Genf 1761 (2. Aufl., Paris 1776); *Du contrat social; ou principes du droit politique*, Amsterdam 1762 (2. Aufl., Genf 1766); *Émile, ou de l'Éducation*, Amsterdam 1762.

Repräsentativsystem und Majoritätsprinzip bedeuten ein Abrücken von dem letzten Endes der Anarchie zustrebenden unbedingten Freiheitsideal. Sie stellen – im Gegensatz zur individualistischen Tendenz der Demokratie – im eigentlichsten Sinne *kollektivierende* Momente dar. Nur als ein *Organ* des – als Organismus gedachten – Volkes, das in seinem Vertretungskörper einen von dem Willen der Einzelnen verschiedenen Willen des Ganzen produziert, muß das Parlament vorgestellt werden, um gerechtfertigt zu sein. Nur wenn das Volk, wenn die Masse der Abstimmungsberechtigten als ein überindividuelles Kollektivum gilt, ist verständlich, daß der Wille des Ganzen nicht der Wille Aller sein muß, sondern auch der Wille der Mehrheit sein kann. Der Wille der Mehrheit als die für alle, also auch die Minderheit gültige Norm, setzt bereits die Annahme einer *Einheit* voraus, die alle umfaßt und in der der Einzelne als solcher aufgeht.

Daß das Majoritätsprinzip keineswegs zu allen Zeiten und bei allen Völkern geherrscht hat, mag vielleicht heute, wo es zu einem Axiom der politischen Mathematik geworden ist und ganz allgemein, wenn auch nicht ganz richtig, für ein Grundprinzip speziell der Demokratie gehalten wird, manchen wundernehmen. Allein bei näherer Einsicht in seine soziologische Bedeutung ist es selbstverständlich, daß dieses Prinzip erst bei einer relativ weitgehenden Kollektivierung, erst bei strafferer Organisation und nur bei einer gewissen Intensität des Gemeingefühls, des kollektiven Bewußtseins als allgemein anerkannter Rechtsgrundsatz zum Durchbruch kommen kann. Speziell bei den germanischen Völkern – deren individualistischer Charakter verhältnismäßig spät eine festere Staatenbildung zuließ – ist das Majoritätsprinzip eigentlich erst zu Ende des Mittelalters in Anwendung gekommen. Im Jahre 1496 ist es für die *Beschlüsse* des Deutschen Reichstages³ und im Jahre 1429 für die *Wahlen* zum englischen Parlament⁴ anerkannt worden.

Wenn nun schon seit geraumer Zeit das Majoritätsprinzip bei den Wahlen zu den Vertretungskörpern als unzweckmäßig und ungerecht empfunden und an seiner Stelle das System der Proportionalwahl gefordert wird, das nicht – wie das erstere – nur der Majorität, sondern *allen politischen Gruppen nach Maßgabe ihrer Stärke Abgeordnete* in dem Vertretungskörper sichert, so ist es wohl nötig, sich zunächst den *Sinn* dieser Forderung, d. h. den Gesichtspunkt klar zu machen, von dem aus die Verhältniswahl besser und gerechter erscheint als die Mehrheitswahl. Der hier zunächst in Frage gestellte Vorzug des Proporz gegenüber dem „Majorz“

³ Kelsen meint die Beschlüsse des Reichstages des Heiligen Römischen Reiches deutscher Nation. Eine förmliche Einführung des Majoritätsprinzips hat es nicht gegeben, es ist aber seit den Reichstagen von Worms 1495, Lindau 1496 und Worms 1497 anerkannt. Auch wurden Beschlüsse des Reichstags als solcher nicht durch Mehrheitsentscheidung herbeigeführt. Mit Vorsicht läßt sich von der Heranziehung des Majoritätsprinzips im Rahmen der Willensbildung innerhalb der einzelnen Kurien sowie kurialer und interkurialer Ausschüsse sprechen. Vgl. Reichsabschied von Lindau vom 9. Februar 1497, abgedruckt in: *Heinz Gollwitzer* (Hrsg.), *Deutsche Reichstagsakten unter Maximilian I.*, Bd. 6: Reichstage von Lindau, Worms und Freiburg 1496–1498, Göttingen 1979, Nr. 51, S. 338–352 (342): „uns einer einhelligen antwort und meynung samentlich oder durch den mereteil entliessen sollen“.

⁴ Vgl. Electors of Knights of the Shires Act 1429 (8 Henr. VI, c. 7).

ist keineswegs so selbstverständlich, wie man heute vielfach meint; und es liegen vor allem die Gründe für eine Mehrwertung des einen vor dem anderen keineswegs auf der flachen Hand. Zumal wenn | man sich vergegenwärtigt, daß mit der Forderung des Verhältniswahlsystems durchaus keine Ablehnung des Mehrheitsprinzips *überhaupt* verbunden wird, dessen unbeschränkte Geltung für *Beschlüsse* und sogar für gewisse *Wahlen*, nämlich für solche, durch die nur *ein* Mandat besetzt werden soll, außer allem Zweifel gelassen wird. Und besonders wenn man bei näherer Untersuchung erkennt, daß viele Übelstände, die bei unseren Mehrheitswahlen zu konstatieren sind, nicht eigentlich dem Majoritätsprinzip, sondern wahltechnischen Momenten zuzuschreiben sind, die von dem fraglichen Prinzip der Willensbildung ganz unabhängig sind.

Wenn in der Literatur^{*)} gewissen Gegnern des Verhältniswahlsystems entgegengehalten wird, es sei keineswegs inkonsequent, für *Wahlen* das Majoritätsprinzip abzulehnen, das man für *Beschlüsse* als das einzig richtige festhält, denn Wahlen seien etwas anderes als Beschlüsse, so ist diese Argumentation nicht nur deshalb unrichtig, weil das Majoritätsprinzip – wie bereits bemerkt – hiedurch für gewisse Wahlen von den enragiertesten Verfechtern des Proporz nicht verworfen wird, sondern auch deshalb, weil zwischen Wahl und Beschluß kein Wesensunterschied besteht. Auch die Wahl ist ein Beschluß. Nur eine Wahl, die – als *Gesamtakt* – eine *Mehrheit von Gewählten* erzeugen soll, scheint insofern ein besonderer Beschluß zu sein, als hier die Möglichkeit eines Proportionalsystems besteht, das bei der Besetzung nur eines Mandatars nicht für anwendbar gehalten wird.

Die Mängel der Majoritätswahl und damit das Problem der Verhältniswahl ergeben sich zunächst, wenn es gilt, durch einen Gesamtwahlakt eine Mehrheit von Mandaten zu besetzen, jedoch nur bei einer ganz bestimmten *Technik* der Wahl: Wenn nämlich das Gebiet, für welches eine Mehrheit von Mandaten besetzt werden soll, in *Wahlkreise* eingeteilt und jedem Wahlkreis, bzw. den hier wahlberechtigten Personen, als einem *Wahlkörper*, die Besetzung eines der Mandate übertragen wird. Durch jene bekannte Wahlkreisgeometrie, aber auch ohne diese, bei völlig gleichen Wahlkreisen kann das Wahlresultat ergeben, daß die Partei, der die Mehrheit der Wähler angehört, nur eine Minderheit der Mandate erhält, während die Minderheit der Wähler durch eine Mehrheit der Gewählten vertreten wird. Beispiel: 10 Mandate sind in 10 Wahlkreisen (von 10 Wahlkörpern) zu besetzen. Jeder Wahlkreis hat 100 Wähler, alle Wahlkörper sind also gleich groß. Zwei Parteien – A und B – stehen einander in jedem Wahlkreis gegenüber; und zwar in 4 Wahlkreisen: A mit je 90, B mit je 10 Wählern; in 6 Wahlkreisen: A mit je 40, B mit je 60 Wählern. Demgemäß erhält die Partei A nur 4 Mandate, bei einer

|116II |^{*)} Eine gute Übersicht bietet: *Cahn*. Das Verhältniswahlssystem in den modernen Kulturstaaten, Berlin 1909.⁵

⁵ *Ernst Cahn*, Das Verhältniswahlssystem in den modernen Kulturstaaten. Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung, Berlin 1909, insb. S. 70f.

Gesamtzahl von 600 Stimmen, die Partei B 6 Mandate, bei einer Gesamtzahl von nur 400 Stimmen. Dabei handelt es sich keineswegs um ein erklügeltes Beispiel. In der Praxis sind wiederholt noch viel krassere Fälle vorgekommen.

Liegt der Mangel des vorgeführten Wahlergebnisses darin, daß die Majorität der Wähler nicht in den Stand gesetzt ist, auch die Majorität der Gewählten zu produzieren, so trifft die Schuld nicht das Majoritätsprinzip – dessen Geltung ja künstlich ausgeschaltet wurde und das gerade zu seinem Rechte kommen soll –, sondern die *Wahlkreiseinteilung*. Würde das ganze Gebiet nicht in zehn Kreise zerschlagen, sondern alle Wähler einen einzigen Wahlkörper bilden und alle zehn Mandate einzeln durch aufeinanderfolgende Wahlakte oder zusammen im Wege einer *Listenwahl* besetzt werden, käme die Majorität zu einem vollen Sieg. Die zufällige Parteigruppierung der Wähler innerhalb der *territorial* abgegrenzten Wahlkreise hat das Wahlergebnis verfälscht. Weil die Zugehörigkeit zu einer Partei unabhängig ist von der territorialen Zugehörigkeit, muß eine Wahltechnik falsch sein, die die Wählerschaft nach dem für das Wahlergebnis wesensfremden *Territorialprinzip* in einzelne Wahlkörper zerreißt. Durch die Einteilung in Wahlkreise zerfällt die Gesamtheit der Wählerschaft, die der Idee des einheitlichen Vertretungskörpers entsprechend, ursprünglich selbst als ein einheitlicher Wahlkörper gedacht ist – das ganze Volk wählt doch sein Parlament –, in eine Vielheit von Wahlkörpern, die jeder einzelne anders zusammengesetzt sind als das Ganze. Subjekt des Wahlaktes aber ist der Wahlkörper, daher die Differenz zwischen Wahlergebnis (Vertretungskörper) und Wählerschaft als Ganzes. Der bisher besprochene Mangel kann somit nicht durch eine Abschaffung, sondern durch eine Verwirklichung des Majoritätsprinzips behoben werden.

Allein es ist ein anderer, prinzipieller Einwand, der gegen das herrschende System der Mehrheitswahl erhoben wird und der tatsächlich nicht die *Wahltechnik*, sondern das *Wahlprinzip* der *Majorität* trifft. Wenn das Majoritätsprinzip restlos zum Durchbruch käme, müßten *alle* zu besetzenden Mandate der Mehrheit zufallen. Alle Minderheiten müßten leer ausgehen, sie blieben ohne „eigene“ Vertretung. Es wird aber als ungerecht empfunden, wenn bei einer Wählerschaft von 10000 eine Partei von 6000 alle 100 Mandate, eine Partei von 3000 und eine von 1000 kein Mandat erhält. Vom Standpunkte des Proporz soll die erste Partei 6, die zweite 3, die dritte 1 Mandat erhalten. Das ist von vornherein nicht so selbstverständlich, wie es heute scheint. Denn es wird – unter der Herrschaft der Majoritätsideologie – für durchaus gerecht gehalten, daß etwa im Wege eines Referendum ein Gesetzantrag abgelehnt wird, für den 4999 und gegen den 5001 gestimmt haben, und man glaubt kein Unrecht zu erleiden, wenn man bei der Wahl des Präsidenten mit einer Partei unterliegt, die nur eine Stimme weniger hat als die siegreichen Gegner. Wenn man fordert, daß bei gleichzeitiger Besetzung mehrerer Mandate jede Partei durch eine ihrer Stärke entsprechende Anzahl von Gewählten vertreten sei, wenn man also für jede Partei eine „eigene“ verhältnismäßige Vertretung verlangt, so läßt man die Vorstellung fallen, daß der Vertretungskörper als

ganzes ein Organ des Volkes als eines einheitlichen Körpers und der Wählerschaft als eines einheitlichen Organes des Volkes sei. Wenn man ein Wahlsystem fordert, das technisch so beschaffen ist, daß jede Partei bei der Wahl nach Maßgabe ihrer Stärke zur Geltung komme, so wünscht man zum Subjekt des Wahlaktes nicht die Gesamtwählerschaft, sondern Teilwahlkörper, die – zum Unterschied von den Wahlsystemen mit Kreiseinteilung – nicht nach dem unnatürlichen *Territorialitäts-*, sondern nach einem *Personalitätsprinzip* gebildet werden. Nicht die Bewohner eines willkürlich abgegrenzten Gebietes, sondern die Angehörigen einer Partei, alle Personen der gleichen politischen Überzeugung sollen die Körper bilden, auf welche die zu besetzenden Mandate verteilt und durch deren Willensakt die Mandate besetzt werden. Innerhalb *dieses* Wahlkörpers findet – kraft seiner Zusammensetzung – kein Kampf statt. Wenn sich auch nicht *alle* Stimmen der Partei auf die ihr zugewiesenen Kandidaten gleichmäßig vereinigen müssen – die verschiedenen Verhältniswahlsysteme lassen hier, wie später noch gezeigt werden wird,⁶ verschiedene Möglichkeiten zu –, so hat doch die Tatsache, daß die einzelnen Kandidaten innerhalb derselben Partei eine verschiedene Anzahl von Stimmen erhalten können, einen ganz anderen Sinn als im Wahlkampfe, der innerhalb desselben Wahlkörpers beim Majoritätsprinzip ausgetragen wird. So wie beim Proportionalwahlsystem die von den Angehörigen der einen Partei abgegebenen Stimmensumme nicht *gegen* die Stimmensumme einer anderen Partei, sondern *neben* ihr steht, so verhalten sich – wie erst aus dem zweiten Teil dieser Darstellung ganz deutlich hervorgehen wird⁷ – die auf die einzelnen Kandidaten *derselben* Partei abgegebenen Stimmen zueinander nicht *polar*, sondern *parallel*; sie verstärken einander in bezug auf das Gesamtergebn. Im Idealfall der Proportionalwahl gibt es keinen Besiegten, weil es keine Majorisierung gibt. Um gewählt zu werden, ist eben nicht notwendig, daß man eine „Majorität“ von Stimmen erhält, sondern es genügt ein „Mindestmaß“, dessen Berechnung eben das Spezifische der Proportionalwahltechnik bildet. Faßt man das Gesamtergebn der Wahl ins Auge, setzt man den durch Proportionalwahl zustande gekommenen Vertretungskörper als *Einheit* der Wählerschaft als Gesamtheit gegenüber, dann kann man in einem gewissen Sinne zugeben – was mitunter als Wesen des Proporz behauptet wird⁸) –, daß diese Repräsentanz mit den Stimmen *aller* und gegen die Stimme *keines* Wählers, d. h. aber: *einstimmig* zustande gekommen ist. Das gilt natürlich nur für den Idealfall. Denn unvertretene Minderheiten, die nicht jene Stimmenzahl erreicht haben, die zur Erlangung eines Mandats mindestens erforderlich ist, wird es in der

|117π |*) *Kunwald*, Über den eigentlichen Grundgedanken des proportionellen Wahlsystems, Wien 1906.⁸

⁶ Vgl. unten S. 33–41.

⁷ Vgl. unten S. 33–41.

⁸ *Gottfried Kunwald*, Über den eigentlichen Grundgedanken des proportionalen Wahlsystems, Wien 1906.

Regel tatsächlich geben. Der Gedanke der Proportionalität wird um so besser verwirklicht werden, je mehr Mandate im Verhältnis zu den abgegebenen Stimmen zu besetzen sind. Der eine Grenzfall ist der, daß nur *ein* Mandat zu besetzen ist. Es wäre irrig, zu meinen, daß hier die Idee der Proportionalität überhaupt nicht realisierbar sei. Sie ist erfüllt, wenn alle Wähler ihre Stimmen auf eine Person vereinigen. Also *Einstimmigkeit* im eigentlichen Sinne. Der andere Grenzfall aber ist der, daß auch die denkbar *kleinste* Partei, die also – ein Grenzfall – nur aus einem einzigen Wähler besteht, verhältnismäßig vertreten würde. Dies bedeutet aber die Vernichtung des Repräsentativsystems überhaupt, denn dann wären soviel Gewählte nötig, als es Wähler gibt. Das ist aber der Zustand der *unmittelbaren* Demokratie. Wenn es – wie häufig formuliert wird – | der Zweck des Proportionalwahlsystems ist, daß der Vertretungskörper ein möglichst getreues Abbild der Parteien, der Wünsche und Anschauungen in der Wählerschaft sei, dann läge in der letzten Konsequenz dieses Prinzips, daß die im Wege des geforderten Systems gewählte Vertretung ein möglichst kurz befristetes Mandat habe, damit eine eventuelle Parteiverschiebung im Volke möglichst rasch auch in der Vertretung zum Ausdruck komme, daß an Stelle des heute bestehenden „freien“, das „gebundene“ Mandat der Abgeordneten trete. Auch unter diesem Gesichtspunkt zeigt sich die Tendenz zu möglicher Unmittelbarkeit. Als ideeller Grenzfall ergibt sich die Vernichtung des Repräsentativsystems. | 1181

Bis zu diesen Grenzfällen soll die Idee der Proportionalwahl nicht deshalb durchdacht, um ad absurdum geführt zu werden, sondern weil nur die Aufdeckung der dieser Idee innewohnenden letzten Ziele ihren tieferen Sinn und damit den obersten Grundsatz enthüllt, der vielen das Proportionalssystem als „gerecht“ erscheinen läßt. Es ist das *individualistische Prinzip* der *Freiheit*, es ist das Prinzip der *radikalen Demokratie*. So wie ich mich nur einem Gesetz beugen will, das ich selbst mitbeschlossen habe, so kann ich als „meinen“ Repräsentanten bei der staatlichen Willensbildung – wenn überhaupt jemanden – so nur den anerkennen, der von mir – und nicht gegen meinen Willen – dazu berufen wurde.

Und diese Erwägung findet durch den folgenden Gedankengang ihre Bestätigung und Ergänzung. Die Idee der Proportionalität – als Gegensatz zum Prinzip der Majorität – hat nur eine begrenzte Wirksamkeit; sie will nur auf Wahlen, nicht aber auf andere Beschlüsse angewendet werden. Oft zitiert ist die witzige Frage, die *Lord Russel*⁹ an den Verteidiger eines (beschränkten) Proportionalwahlsystems richtete: Ob er gewillt sei, das System auch auf die Parlamentstätigkeit anzuwenden und von drei Gesetzen zwei nach dem Willen der Majorität, eines aber nach

⁹ John Russel, First Earl Russell (1792–1878), britischer Politiker und Staatsmann. Er studierte an der University of Edinburgh Philosophie, Geschichte und Staatswissenschaften. Bereits 1813 wurde er Mitglied des House of Commons und setzte sich seit 1819 für eine Reform der Parlamentswahlen ein, war damit jedoch nicht erfolgreich. Er war 1846–1852 und 1865–1866 britischer Premierminister (Whigs). Wichtige Werke: *An Essay on the History of the English Government and Constitution*, London 1821; *The Foreign Policy of England 1570–1870*, London 1871.

dem Willen der Minorität zustande kommen zu lassen.¹⁰ Und diese Bemerkung setzt tatsächlich ein sehr großes Fragezeichen hinter die außerordentlichen Bemühungen, die auf die Begründung und den Ausbau des Proportionalwahlsystems seit Jahrzehnten verwendet werden. Wozu die proportionale Vertretung und die gänzliche Ausschaltung des Majoritätsprinzips aus dem Wahlakt, wenn in dem durch Proportionalwahl zustande gekommenen Vertretungskörper doch wieder ausschließlich das Majoritätsprinzip herrscht, wenn die Majoritätspartei in der Existenz von noch so vielen Minoritätsparteien keine Schranke ihres Willens findet. Die Theorie von der *kontrollierenden* Funktion der Minorität reicht sicherlich nicht aus, um gerade das Proportionalitätssystem zu rechtfertigen, denn zur Ausübung dieser Kontrolle ist es gleichgültig, ob die Minoritäten verhältnismäßig vertreten sind oder nicht. Wenn nur überhaupt eine Minorität vertreten ist, ihre Größe spielt bei der *Kontrolle* eine sehr geringe, wahrscheinlich gar keine Rolle.^{*)}

| 118 II Allein die Funktion der verhältnismäßigen Minoritätsvertretungen ist eine andere, bedeutsamere. Gewiß, *rechtlich* haben sie keine Ingerenz auf den | Inhalt der Majoritätsbeschlüsse. Aber *faktisch* ist ihr Einfluß, ist ihre soziale Influenz auf die Willensbildung der Mehrheitsvertreter um so stärker, je größer die Minoritätsvertretung ist. Je näher an Zahl und Wert die Vertreter der Minoritäten denen der Majorität kommen, je intensiver sie ihre entgegen[ge]setzten politischen Anschauungen parlamentarisch zur Geltung bringen, desto mehr werden die Akte des Vertretungskörpers den Charakter von *Kompromissen* tragen, werden eine mittlere Linie einhalten, auf der sich die Gegensätze zwar nicht gänzlich ausgleichen, aber doch wesentlich mildern. So trägt die proportionale Vertretung auch in die Tätigkeit des Vertretungskörpers jene Tendenz der *Freiheit*, die verhindern soll, daß der Wille der Mehrheit schrankenlos über den der Minderheiten herrsche. Starke und verhältnismäßig zu ihrer Stärke vertretene Minoritäten können durch ihre Vertretung zwar in der Regel nicht erreichen, daß die Beschlüsse des Vertretungskörpers nur mit ihrer Zustimmung oder auch nur nicht gegen ihren ausgesprochenen Willen zustande kommen, aber sie können der Freiheitsidee der *Einstimmigkeit*, auf die das Prinzip der Proportionalität letztlich gerichtet ist, durch den Zwang zu einer Kompromißpolitik nicht unwesentlich näher kommen.

Darin liegt der Sinn und damit die Rechtfertigung des Proportionalwahlsystems, dessen *Technik* in der folgenden Abhandlung dargestellt werden soll.

[Fortsetzung folgt.]

| 118 I | *) Bernatzik, Das System der Proportionalwahl, Schmollers Jahrbuch, XVII. Jahrgang, I. Heft.¹¹

¹⁰ Nachweis n. e.

¹¹ Edmund Bernatzik, Das System der Proportionalwahl, in: [Schmollers] Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich 17 (1893), S. 394–426 (424).

| II.

| 133 I

[Fortsetzung.]

Die Verwirklichung des Gedankens einer proportionalen Vertretung findet ihre natürliche Schranke an der Idee der Vertretung überhaupt, an dem Repräsentativsystem als solchem. Dieses läßt den leitenden Staatswillen nicht unmittelbar durch das Volk, d. i. die *große Zahl* aller politisch Berechtigten selbst, sondern – arbeits- teilig – durch ein besonderes aus dem Volke auszuscheidendes Organ, durch die *kleine Zahl* der vom Volke Abgeordneten bilden. Wenn von 1 000 000 Bürgern 100 Mitglieder des Vertretungskörpers zu wählen sind, so bedeutet dies, daß je 10 000 *Bürger* ihr Gesetzgebungsrecht auf *einen* übertragen und so aus unmittelbaren Gesetzgebern zu bloßen Wählern werden. Der gewählte Abgeordnete „repräsentiert“ bei seiner gesetzgeberischen Tätigkeit je eine Gruppe von Wählern, und diese Gruppe ist um so kleiner, je größer die Zahl der zu wählenden Abgeordneten ist. Die „Gruppe“ ist nicht bloß die fiktive Hilfsvorstellung einer rechnungsmäßigen Einheit, ein „*Quotient*“, der das Verhältnis der Wählerzahl zur Zahl der Abgeordneten und sohin die auf einen Abgeordneten entfallende Mindestzahl von Wählern angibt, sondern wird auch organisatorisch verwirklicht. Dabei ist von entscheidender Bedeutung, ob die Wählergruppen, die man zur Berufung je eines Abgeordneten bildet, auf territorialer oder auf personaler Basis aufgebaut werden. Soll – dem Gedanken der Proportionalität entsprechend – jede *politische* Gruppe nach Maßgabe ihrer ziffernmäßigen Stärke vertreten sein, dann muß die Gruppierung nach der Zugehörigkeit zu einer politischen Überzeugung erfolgen und dann erhält eine politische Partei soviel Mandate als sie aus ihren Angehörigen „Gruppen“ bilden kann, als der Wahlquotient in ihrer Gesamtstimmzahl enthalten ist. Es ist aber auch klar, daß *jede* politische Gruppe nach Maßgabe ihrer ziffernmäßigen Stärke bei Bildung sehr kleiner Parteien nur vertreten sein kann, wenn die Zahl der zu besetzenden Mandate sehr groß, d. h. der Umfang der Mindestgruppe, d. i. der Wahlquotient, sehr *klein* ist.

Es bedeutet demnach nur eine sehr schwache Annäherung an die Idee der Verhältniswahl, wenn man sich begnügt, neben der Majorität auch *eine* – und zwar naturgemäß die relativ stärkste – Minorität, das heißt also nur *zwei* politische Gruppen vertreten zu lassen. Man spricht hier noch nicht von einem Proportionalwahlssystem, sondern von einem *System der bloßen Minoritätsvertretung*. Dieses System ist technisch in zwei Haupttypen entwickelt. Beide setzen voraus, daß von einem Wahlkörper mehrere Mandate zu besetzen sind. Nach dem einen System, der sogenannten *beschränkten Stimmgebung*, wird eine Vertretung der Minorität durch eine künstliche Schwächung der Majorität erzielt. Von drei, vier oder mehr Kandidaten, die aus einem territorialen Wahlkörper zu wählen sind, darf jeder Wähler nur für einen Teil, etwa nur für einen weniger, also für zwei, drei usw. stimmen. Die Majorität kann somit nur einen Teil der Mandate besetzen; der Rest fällt der Minorität zu. Das System ist zwar sehr einfach und leicht durchführbar,

| 133 II

aber in seiner Primitivität unbrauchbar, wo einer kleinen Majorität mehrere große Minoritäten gegenüberstehen. Es sichert aber auch der stärksten Minorität keine *verhältnismäßige* Vertretung und bietet vor allem keine Gewähr dagegen, daß die Majorität sich auch der für die Minorität vorbehaltenen Mandate bemächtigt. Beispiel: Zwei Parteien, Bürgerliche mit 30 und Sozialisten mit 60 Wählern sollen zusammen *drei* Mandate besetzen. Jeder Wähler darf nur zwei Kandidaten bezeichnen. Stellt die Majorität *drei* Kandidaten auf, A, B, C, und veranlaßt sie ihre Anhänger folgendermaßen zu wählen: 20 für A und B, 20 für B und C, 20 für A und C, so erhält jeder ihrer *drei* Kandidaten je 40 Stimmen, während die Minorität für ihren Kandidaten X nur 30 Stimmen abgeben kann. Das Resultat ist, daß alle drei Mandate der Majorität zufallen. Die praktische Möglichkeit, ein solches Wahlmanöver durchzuführen, scheint jedoch nicht groß zu sein. Denn das System der beschränkten Stimmgebung wurde verschiedentlich eingeführt. So zum Beispiel in Großbritannien 1867 für die Wahl der Abgeordneten in Wahlkreisen mit drei und vier Mandaten (aber 1884/85 wieder abgeschafft),¹² im Kanton Waadt 1867 für die Wahl der Geschworenen;¹³ in New York 1807¹⁴ für die Wahl der Mitglieder der konstituierenden Versammlung¹⁵ und auch an anderen Orten. Ein System der Stimmenbeschränkung wurde insbesondere auch durch die österreichische Reichsratswahlordnung von 1907 für 35 ostgalizische Wahlbezirke eingeführt.¹⁶ Nach diesem System bezeichnet jeder Wähler nur einen Kandidaten. Als gewählt gelten aber zwei. Erstens derjenige, der die absolute Majorität hat; zweitens derjenige, der mindestens ein Viertel aller Stimmen erhält.

Nicht durch künstliche Schwächung der Majorität, sondern durch künstliche Stärkung der Minorität wird deren Vertretung bei dem System der *Stimmenhäufung* erzielt. Jeder Wähler hat soviel Stimmen, als Abgeordnete zu wählen sind. Er kann entweder je eine Stimme für jedes zu besetzende Mandat abgeben oder mehrere, eventuell alle ihm zur Verfügung stehenden Stimmen auf einen Kandidaten vereinigen, das heißt kumulieren. Gewählt sind diejenigen, die die relativ meisten Stimmen erhalten haben. Beispiel: Es sind drei Mandate zu besetzen. Jeder Wähler hat also *drei* Stimmen. Zwei Parteien stehen einander gegenüber. 240 Bürgerliche und 90 Sozialisten. Die Bürgerlichen stellen *drei* Kandidaten auf, die Sozialisten nur einen. Jeder bürgerliche Wähler wählt mit je einer Stimme die drei Kandidaten seiner Partei, von | denen jeder somit 240 Stimmen erhält. Jeder so-

|1341

¹² Vgl. section 9 und 10, Representation of the People Act 1867 (30 & 31 Vict. c. 102); Representation of the People Act 1884 (48 Vict. c. 3).

¹³ Vgl. Art. 114, al. 1 und 114², al. 2 Loi du 22 janvier 1867, modifiant celle du 8 avril 1863, sur l'organisation judiciaire, abgedruckt in: Recueil des Lois, Décrets, Arrêtés et autres Actes du Gouvernement du Canton de Vaud, Bd. 64, Lausanne 1868, S. 18.

¹⁴ «1807»] recte: «1867».

¹⁵ Vgl. section 2 para. 1 cl. 3 und 4, Chapter 194 of the Laws of New York 1867, an Act to Provide for a Convention to Revise and Amend the Constitution.

¹⁶ Vgl. § 34 Abs 1 Gesetz vom 26. Jänner 1907, betreffend die Wahl der Mitglieder des Abgeordnetenhauses des Reichsrates, RGBl 1907/17.

zialistische Wähler gibt seine drei Stimmen dem *einen* Kandidaten seiner Partei, der somit 270 Stimmen erhält. Gewählt ist zunächst der Kandidat der Minorität mit der relativ größten Stimmenzahl, dann *zwei* Kandidaten der Majorität mit je 240 Stimmen.

Dieses System bringt für die Majorität die Gefahr, daß sie – wenn sie ihre Stärke überschätzt – Stimmen verliert. Zum Beispiel: Bei drei zu wählenden Kandidaten sei das Stimmenverhältnis von Majorität zu Minorität 160 zu 120. Will die Majorität alle drei Mandate besetzen und wählt jeder ihrer Parteigänger je einen Kandidaten – A, B und C –, vereinigt dagegen die Minorität ihre Stimmen auf zwei Kandidaten, X und Y, so zwar, daß 60 Wähler zwei Stimmen dem X und eine Stimme dem Y, 60 Wähler zwei Stimmen dem Y und eine Stimme dem X geben, dann entfallen je 180 Stimmen auf X und Y, dagegen nur je 160 Stimmen auf A, B und C. So daß als gewählt anzusehen sind: Zwei Kandidaten der Minorität und nur ein Kandidat der Majorität. Das System der Stimmenhäufung, das eine gute Parteiorganisation voraussetzt, wurde unter anderem 1853 in der Kapkolonie für die Wahl der Mitglieder in die zweite Kammer,¹⁷ 1870 im Staate Illinois für die Wahlen zur Repräsentantenkammer¹⁸ eingeführt. Größere praktische Bedeutung hat es nicht erlangt.

Eine Kombination zwischen beiden Systemen der Minoritätenvertretung bildet das sogenannte System der *graduerten Stimmengabe* oder das System der *Rangordnungsziffer*. Es besteht darin, daß der Wähler, der mehrere Kandidaten zu bezeichnen hat, nur dem an erster Stelle genannten seine ganze, dem zweiten nur eine halbe, dem dritten nur eine Drittelstimme usw. geben kann. Dieses System ist bisher noch nicht praktisch angewendet worden.

Das System der Verhältniswahl im eigentlichen und engeren Sinn, das zum Unterschied vom System der bloßen Minoritätenvertretung *allen* politischen Gruppen eine verhältnismäßige Vertretung sichern will, ist in der Praxis der Gesetzgebungen heute noch immer als eine Ausnahme gegenüber dem überwiegend akzeptierten Majoritätssystem anzusehen. Vornehmlich nur kleinere Staaten haben es angenommen. So mehrere *Schweizer Kantone*,¹⁹ nicht aber der Schweizer Bundesstaat als solcher, dessen Nationalrat nicht nach dem Proporzsystem gewählt

¹⁷ Vgl. section 40, State of Good Hope Ordinance 1852.

¹⁸ Vgl. Art. IV, sections 7 und 8, Constitution of Illinois 1870.

¹⁹ Art. 1 al. 1 Decreto de revisione costituzionale del 9 febbraio 1891, in: Raccolta ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi della Repubblica e Cantone del Ticino 1891, S. 30; Gesetz über die Wahlen in den Grossen Rat nach dem Grundsatz der Verhältniswahl vom 26. Januar 1905, in: Sammlung der Gesetze und Beschlüsse wie auch der Polizei-Verordnungen, welche vom 1. Januar 1901 bis 31. Dezember 1905 für den Kanton Basel-Stadt erlassen worden, Bd. 18, Basel 1906, S. 272–279 (im Folgenden: WahlG Basel 1905); Art. 1 Loi constitutionnelle concernant l'élection des députés au Grand Conseil du 6 juillet 1892, in: Recueil authentique des lois et actes du gouvernement de la République et Canton de Genève 1892, S. 307; Art. 2 Gesetz über das proportionale Wahlverfahren für die Mitglieder des Großen Rates und des Verfassungsrates vom 24. November 1911, in: Kanton St. Gallen. Gesetzessammlung, Bd. 10 (N.F.): 1908–1911, St. Gallen 1911, S. 472–483 (Nr. 63).

wird, *Belgien*,²⁰ *Dänemark* (für die Wahlen zum Landsting),²¹ *Norwegen* (für die Kommunalwahlen),²² *Serbien*²³ und gewisse außereuropäische Staaten, wie *Costa Rica*,²⁴ *Tasmanien*²⁵ und die argentinische Provinz *Mendoza*.²⁶ Speziell in Deutschland hat das Verhältniswahlssystem in der letzten Zeit einige Erfolge gehabt. 1906 wurde es für die Landtagswahlen in *Württemberg*,²⁷ im gleichen Jahre für die Wahl der Bürgerschaftsmitglieder in *Hamburg*,²⁸ 1906 für Gemeindewahlen in *Bayern*,²⁹ 1907 für Gemeindewahlen in *Oldenburg* eingeführt.³⁰ In *Österreich* ist es in einigen Landtags- und Gemeindewahlordnungen zur Geltung gekommen.³¹

Die wesentlichste technische Voraussetzung für die Verwirklichung des Verhältniswahlsystems ist ein verlässlicher Schlüssel für die Verteilung der zur Verfügung stehenden Mandate auf die bei der Wahl in die Erscheinung tretenden politischen Gruppen. Dabei wird hier von der Annahme ausgegangen, daß die Zahl der zu wählenden Abgeordneten eine *absolute* und gesetzlich festgelegte ist. Die Zahl der Mandate zwecks leichter Herstellungs der Proportion den bei der Wahl sich ergebenden Größen der politischen Gruppen anzupassen, ist zwar theoretisch möglich, kommt jedoch in der Praxis kaum vor.

Die Bestimmung des fraglichen Verteilungsschlüssels, des sogenannten Wahlquotienten, scheint sehr einfach zu sein. Man dividiert die Zahl der abgegebenen Stimmen durch die Zahl der zu besetzenden Mandate und erhält so eine Zahl, die

²⁰ Vgl. Art. 263 Loi relative à l'application de la représentation proportionnelle aux élections législatives, in: *Moniteur Belge. Journal Officiel* 1899, S. 5379 (im Folgenden: VerhältniswahlG Belgien 1899).

²¹ Vgl. §§ 82–84 Lov om Valgene til Rigsdagen, in: *Love og Anordninger, samt andre offentlige Kundgjørelser*, Kopenhagen 1867.

²² Vgl. Lov indeholdende Forandringer i Lov as 14de Januar 1837 om Formandskaber i Kjøbstæderne § 6, in: *Norsk Lovtidende* 1896, S. 339; Lov indeholdende Forandringer i Lov as 14de Januar 1837 om Formandskaber i Kjøbstæderne med Tillægslov as 27de Juli 1896 § 6, in: *Norsk Lovtidende* 1901, S. 292.

²³ Vgl. Art. 93 Устав Краљевине Србије – Ustav Kraljevine Srbije (Verfassung des Königreichs Serbien) vom 22. Dezember 1888.

²⁴ Vgl. Art. 56–58 Ley de Elecciones, in: *La gaceta, diario official* Nr. 263 vom 12. November 1893, S. 1531.

²⁵ Vgl. Art. 119 The Electoral Act, 1907 (7 Edw. VII., c. 6.).

²⁶ Vgl. Art. 57 Constitución de 1895, abgedruckt in: *Laurentino Olascoaga, Instituciones políticas de Mendoza*, Bd. 1, La Paz 1919, S. 153–210; Art. 44 ley Núm. 157 vom 23. August 1900, in: *Recopilación de leyes tomo I, Mendoza* 1925.

²⁷ Vgl. Art. 11 Verfassungsgesetz, betreffend Abänderungen des IX. Kapitels der Verfassungsurkunde. Vom 16. Juli 1906, *Regierungsblatt für das Königreich Württemberg*, S. 161.

²⁸ Vgl. § 4 Abs. 3, § 6 Abs. 2 Satz 2, § 7 Abs. 2 Satz 2 Wahlgesetz für die Wahlen zur Bürgerschaft vom 5. März 1906, *Gesetzsammlung der freien und Hansestadt Hamburg, I. Abteilung*, S. 27 (im Folgenden: WahlG Hamburg 1906).

²⁹ Vgl. Art. 1 Abs. 1 Gemeindewahlgesetz vom 15. August 1908, *Gesetz und Verordnungsblatt für das Königreich Bayern*, S. 421 (im Folgenden: GemeindewahlG Bayern 1908).

³⁰ Vgl. Nr. 1 Gesetz für das Herzogtum Oldenburg vom 27. Dezember 1907, betreffend Abänderungen der Gemeindeordnung, *Gesetzblatt für das Herzogtum Oldenburg*, S. 715.

³¹ Vgl. z. B. § 15 Landesgesetz vom 27. November 1905, wirksam für die Markgrafschaft Mähren und die mährischen Enklaven in Schlesien, mit welchem eine neue Landtagswahlordnung erlassen wird, *LGBl Mähren* 1906/2.

das Minimum der Stimmen darstellt, die ein Kandidat erhalten muß, um als gewählt zu gelten. Auf eine *Gruppe* entfallen dann soviel Mandate, als der Quotient in der Gesamtstimmensumme dieser Gruppe enthalten ist. Diese Methode, die der Engländer *Hare*³² zugleich mit dem ältesten System der Proportionalwahl 1859 vorgeschlagen hat,³³ bringt die Gefahr mit sich, daß nicht alle Mandate verteilt werden können. Zum Beispiel: Abgegeben sind: 500 000 Stimmen. Mandate sind zu besetzen: 50. Der *Haresche* Wahlquotient beträgt: 10 000. Abgegeben wurden von den *Gruppen* (beziehungsweise für die Kandidaten der *Gruppe*)

A: 300 000;

B: 154 000;

C: 16 000.

Auf den Einzelkandidaten

D: 10 000;

E: 9 000;

F: 7 000;

G: 4 000.

Nach dem *Hareschen* Quotienten entfallen auf die Gruppe

A: 30 Mandate;

B: 15 Mandate; Rest: 4 000 Stimmen;

C: 1 Mandat; Rest 6 000 Stimmen.

Von den Einzelkandidaten gilt als gewählt:

D, Rest: 0 Stimmen.

Nicht gewählt sind:

E, Rest: 9 000 Stimmen;

F, Rest: 7 000 Stimmen;

G, Rest: 4 000 Stimmen.

Demnach sind nur 47 Mandate besetzt. Die Besetzung der restlichen drei Mandate erfolgt nach der *Hareschen* Methode in der Weise, daß sie den Gruppen mit den größten Resten zugewiesen werden, beziehungsweise daß die Einzelkandidaten, die dem Quotienten am nächsten gekommen sind, als gewählt gelten. Im vorliegenden Falle: Es wird als gewählt erklärt: E und F; und Gruppe C erhält noch ein zweites Mandat.

³² Thomas Hare (1806–1891), englischer Rechtsanwalt. Er war ein Verfechter der britischen Wahlreform und entwarf ein System der verhältnismäßigen Vertretung aller Klassen und Meinungen im Vereinigten Königreich. Wichtige Werke: *Machinery of Representation*, London 1857; *A Treatise on the Election of Representatives, Parliamentary and Municipal*, London 1859.

³³ Vgl. *Thomas Hare, A Treatise on the Election of Representatives, Parliamentary and Municipal*, London 1859.

Dieses System ist zwar sehr einfach und einleuchtend, aber es kann zu erheblichen Störungen der Proportionalität führen, da es mathematisch nur sehr ungenau ist. Man führt gewöhnlich an, daß die *Haresche* Formel, auf die Wahl eines einzigen Abgeordneten angewendet, also etwa bei 100 Wählern die Zahl 100, d. h. aber Einstimmigkeit als Bedingung der Wahl ergibt, während doch derjenige Kandidat gewählt ist, der mehr als die Hälfte hat. Diese Bedingung kann nur ein Kandidat erfüllen. Sollen nicht mehr als zwei gewählt werden können, ist der gewählte, der *mehr als ein Drittel*, sollen nicht | mehr als drei gewählt werden, derjenige, der *mehr als ein Viertel* der Stimmen erhält. In eine mathematische Formel gebracht, ist der Wahlquotient, wenn n die Anzahl der zu besetzenden Mandate und s die Anzahl der abgegebenen Stimmen ist: $\frac{s}{n+1}$. Ergibt diese Division keine ganze Zahl, dann ist der Wahlquotient die nächst höhere ganze Zahl. Bei 1000 Wählern und 10 Mandaten: $\frac{1000}{11} = 90\frac{10}{11}$, also 91.

Diese Verteilungsmethode hat der Schweizer *Hagenbach-Bischoff*³⁴ 1889 gefunden. Die Möglichkeit von nicht aufgeteilten Restmandaten ist bei dieser Methode zwar nicht ganz ausgeschlossen, aber doch wesentlich eingeschränkt. Für die Verteilung dieser Restmandate hat *Hagenbach-Bischoff* ein sinnreiches Verfahren vorgeschlagen, das die *Haresche* Methode der größten Reste bei weitem übertrifft. Um festzustellen, welche Partei das restliche Mandat erhalten soll, dividiert man die Stimmenzahl sämtlicher Parteien durch die um eins vermehrte Zahl der ihnen bereits zugeteilten Mandate. Diejenige Partei, bei welcher diese Division den größten Quotienten ergibt, erhält das Restmandat.

Von dem Grundsatz ausgehend „keine Gruppe soll ein Mandat oder ein weiteres Mandat erhalten, solange nicht eine andere Gruppe auf eine größere Stimmenziffer ein Mandat oder ein weiteres Mandat erhalten hat“,¹⁾ hat der Belgier *D’Hondt*³⁶ im Jahre 1882 ein System zur Verteilung der Mandate auf die verschiedenen Gruppen ausgearbeitet, das mathematisch korrekt und dabei leicht verständlich ist. Um sein Prinzip durchzuführen, müssen die Stimmenzahlen der einzelnen Gruppen weiter gegliedert werden. Das geschieht in der Weise, daß man die Stimmenzahlen der einzelnen Gruppen nebeneinander stellt, jede nacheinan-

| 135: |¹⁾ Formuliert nach *Cahn*, a. a. O., S. 314.³⁵

³⁴ (Jacob) Eduard Hagenbach-Bischoff (1833–1910), schweizerischer Mathematiker und Physiker. 1862 Prof. der Mathematik und 1863–1906 Prof. der Physik an der Universität Basel; 1867 Wahl in den Großen Rat des Kantons Basel-Stadt, wo er bis zu seinem Lebensende wirkte. Wichtige Werke: Die Frage der Einführung der Proportionalvertretung statt des absoluten Mehres, Basel 1888; Über Tetramidoderivate des Benzols, Basel 1888; Die Anwendung der Proportionalvertretung bei den schweizerischen Nationalratswahlen, Basel 1892.

³⁵ *Cahn*, Verhältniswahlssystem (Anm. 5), S. 14.

³⁶ Victor d’Hondt (1841–1901), belgischer Privat- und Steuerrechtslehrer. D’Hondt war ein Verfechter des Verhältniswahlsystems und beschrieb 1882 ein Höchstzahlverfahren zur Sitzverteilung. Das d’Hondtsche-Verfahren wurde beispielsweise bis 1983 zur Ermittlung der Sitzverteilung im Deutschen Bundestag herangezogen. Wichtiges Werk: *Système pratique et raisonné de représentation proportionnelle*, Brüssel 1882.

der durch 1, 2, 3, 4 usw. dividiert und die bezüglichen Quotienten nach der Größe geordnet *unter* ihre Dividenden stellt. Zum Beispiel: Zehn Mandate zu verteilen auf folgende Gruppen: A = 8000, B = 6500, C = 3000, D = 1500, E = 1000 Stimmen, somit:

	A	B	C	D	E
: 1	8000 ¹	6500 ²	3000 ⁵	1500	1000
: 2	4000 ³	3250 ⁴	1500	750	500
: 3	2666 ⁶	2000 ⁸	1000	500	333
: 4	2000 ⁷	1622 ⁹	750	375	250
: 5	1600 ¹⁰	1300	600	300	200

Dann werden sämtliche Quotienten nach ihrer Größe geordnet, und soviele Quotienten auf eine Gruppe fallen, soviele Mandate erhält sie. Also im vorliegenden Falle: A: 5, B: 4, C: 1, D und E gehen leer aus. Nach dem *Hareschen* System beträgt der Quotient – wenn 20000 Stimmen abgegeben sind – 2000. Demnach hätte zunächst A 4, B 3 (Rest 500 Stimmen), C 1 (Rest 1000 Stimmen) D kein (Rest 1300 Stimmen), E kein (Rest 1000 Stimmen) Mandat erhalten. Zwei Mandate blieben unbesetzt. Auf die größten Reste verteilt, hätte zunächst D das eine Mandat erhalten. Hinsichtlich des zweiten wäre E und C gleichberechtigt. Hier müßte das Los entscheiden.

| Die *D'Hondtsche* Verteilungsmethode ist zweifellos die beste und relativ leicht | 135 II
 verständlich. Obgleich es sich bei der Aufteilung der Mandate um eine Arbeit handelt, die nicht der Wähler, sondern die Wahlbehörde zu leisten hat und daher eine gewisse geistige Qualifikation vorausgesetzt werden darf, ist es doch wichtig, auch in diesem Stadium das Wahlverfahren nicht allzu sehr zu komplizieren. Denn der Wähler muß die Methode des Skrutiniums³⁷ verstehen, wenn er in der Lage sein soll, das amtliche Wahlresultat nachzuprüfen. Und dies ist sicherlich ein nicht zu vernachlässigendes Bedürfnis. Das *D'Hondtsche* Verteilungssystem hat aber den Nachteil, daß es bei einer großen Zahl von Mandaten und vielen Parteien zwar einfache, aber umfangreiche rechnerische Aufstellungen notwendig macht. Gerade in dieser Richtung bedeutet das *Hagenbach-Bischoffsche* Verfahren, das im *Ergebnis* mit dem *D'Hondtschen* völlig übereinstimmt, eine gewisse Verbesserung. Nur ist die übrigens an das *D'Hondtsche* Verfahren angelehnte Methode der Aufteilung der *Restmandate* zwar mathematisch höchst korrekt, aber für den Laien nicht leicht verständlich. Aus diesem Grunde wird es, trotzdem es weniger Rechenarbeit macht als das *D'Hondtsche* Verfahren, diesem häufig dennoch nicht vorgezogen.²⁾ Das *D'Hondt-Hagenbach-Bischoffsche* Verteilungssystem ist von den

²⁾ *Cahn*, a. a. O., S. 322.³⁸

| 135 II

³⁷ Das Skrutinium ist die Ermittlung des Ergebnisses einer mittels Stimmzettel erfolgten Wahl oder Abstimmung.

³⁸ *Cahn*, Verhältniswahlssystem (Anm. 5), S. 23.

meisten Gesetzgebungen akzeptiert, die das Verhältniswahlsystem eingeführt haben. Am reinsten in den Wahlgesetzen von Genf,³⁹ Basel,⁴⁰ Belgien,⁴¹ Hamburg,⁴² Württemberg⁴³ und Bayern.^{44 3)}

Ohne Rücksicht auf die gewählte Methode der Mandataufteilung unterscheidet sich die Technik der Proportionalwahl vor allem danach, ob bei Besetzung einer Mehrheit von Mandaten durch den Gesamtwahlakt der einzelne Wähler zugleich für mehrere Kandidaten (mehrnamige oder *Listenwahl*) oder ob er nur für einen Kandidaten (einnamige oder *Eimerwahl*) zu stimmen hat. Dabei muß man sich bewußt sein, daß bei der Proportionalwahl der Wahlakt des Stimmberechtigten eine doppelte Bedeutung hat oder doch haben soll: Er ist sein Bekenntnis zu einer Partei und die Bezeichnung eines oder mehrerer Kandidaten als Personen seines Vertrauens. Das Skrutinium muß beide Bedeutungen des Einzelwahlaktes erfassen. Dies ist jedoch nur möglich, wenn der Wähler einen Kandidaten bezeichnet, der auch jener Partei angehört, zu der er sich mit seinem Wahlakt bekennen will. Ist dem Wähler volle Freiheit in der Auswahl der Kandidaten gelassen, besteht die Gefahr einer vom Skrutinium nicht auszugleichenden Diskrepanz zwischen beiden Richtungen des Wahlaktes. Von der Voraussetzung ausgehend, daß die Richtung auf die Partei das für die Proportionalwahl Entscheidende ist, wird nach dem System der *starr*en oder *streng gebundenen Liste* dem Wähler nur die Möglichkeit gegeben, sich für eine der offiziellen Parteilisten zu entscheiden, die zu Beginn des Wahlverfahrens von den Parteien unter gewissen, im einzelnen vorgeschriebenen Kautelen der Wahlbehörde angemeldet und veröffentlicht werden. Die Listen enthalten die von der Partei vorgeschlagenen Kandidaten in einer festen, von der

[136] Parteilitung bestimmten Reihenfolge. Es können für alle zu besetzenden Mandate Kandidaten nominiert sein. Bei diesem System darf der Wähler an der Liste keinerlei Veränderungen vornehmen. Er hat sie ganz zu akzeptieren oder ganz abzulehnen. Beim Skrutinium wird zunächst der Wahlquotient bestimmt. Dann wird festgestellt, wieviel Mandate auf jede Partei fallen. Als gewählt gilt die entsprechende Anzahl von Kandidaten in der Reihenfolge, in der sie von der Partei

3) *Cahn*, a. a. O., S. 324.⁴⁵

³⁹ Art. 107 Loi sur les votations et élections du 3 mars 1906, abgedruckt in: Loi sur les votations et élections du 3 Mars 1906, collationnée suivant arrêté du Conseil d'Etat du 20 Avril 1917, Genf 1919.

⁴⁰ § 13 WahlG Basel 1905 (Anm. 19).

⁴¹ Art. 263 VerhältniswahlG Belgien 1899 (Anm. 20).

⁴² § 37 WahlG Hamburg 1906 (Anm. 28).

⁴³ Art. 34–35 Landtagswahlgesetz. Vom 16. Juli 1906, Regierungsblatt für das Königreich Württemberg, S. 185.

⁴⁴ Art. 2 Nr. 4 GemeindevahlG Bayern 1908 (Anm. 29); §§ 19–21 Wahlordnung für die gemeindlichen Verhältniswahlen vom 18. August 1908, Königlich Allerhöchste Verordnung, die Gemeindevahlen betreffend, Gesetz- und Verordnungsblatt für das Königreich Bayern, S. 424.

⁴⁵ *Cahn*, Verhältniswahlsystem (Anm. 5), S. 27, 29, 31, 36, 40, 42.

auf die offizielle Liste gesetzt werden. Z. B.: Es sind 100 Mandate zu besetzen; auf die Liste A entfallen 60, auf die Liste B 25, auf die Liste C 15 Mandate. Dann sind von der Liste A die ersten 60, von B die ersten 25 usw. gewählt. Der Wähler hat keinerlei Einfluß auf die Auslese der Kandidaten. Sein Wahlakt erschöpft sich in einem Parteibekennnis.

Gegen dieses System werden ganz allgemein die schwersten Bedenken geltend gemacht. Man will den Wähler nicht unter die Diktatur der Parteileitung stellen. Allein der Schutz des Wählers ist nicht entscheidend. Nur als Glied einer Partei kann der Wähler im Wahlakt überhaupt zur Geltung kommen. Ohne feste Parteiorganisation ist die Forderung der Verhältniswahl sinnlos. Auch ist die Parteiorganisation selbst in der Regel eine derartige, daß die leitenden Personen sich auf das Vertrauen der Wähler stützen. Gerade das System der starren Liste bietet dem sehr schädlichen Überwuchern lokaler Interessen ein wirksames Gegengewicht. Indessen liegt es im höchsten Interesse der Parteiorganisation, die das Fundament jedes festen politischen Gebäudes ist, daß nur solche Männer als Repräsentanten fungieren, die die Kraft für ihr öffentliches Wirken aus der Sympathie der großen Menge schöpfen. Bei der außerordentlichen Bedeutung, die das persönliche Moment, das rein menschliche Verhältnis zu den Führern für die werbende Kraft einer Partei hat, muß diese bei der Auswahl ihrer leitenden Persönlichkeiten, insbesondere aber ihrer Abgeordneten immer wieder das Ohr an das Herz des Volkes legen und nur Männer für die Wahl vorschlagen, die tief im Volke wurzeln.

Es ist allerdings zweifelhaft, ob der notwendige Kontakt zwischen Wählern und Gewählten bei *mehrnamigen* Wahlen überhaupt zweckmäßig erzielt werden kann. Diese Tendenz – und der weniger zu rechtfertigende Wunsch nach Berücksichtigung lokaler Interessen – führt hier zum System der *freien Listen*. Zwischen diesem und dem der streng gebundenen Listen liegt eine Reihe von Zwischenstufen.

(Schluß folgt.)

| III.

| 147 II

(Schluß.)

Die gebundene Liste wird zur freien Liste, wenn der Wähler zwar nur für eine der angemeldeten Listen stimmen, aber einzelne Namen *streichen* oder bei gewissen Kandidaten *Vorzugszeichen* anbringen darf. Dadurch wird ihm ein Einfluß auf die Reihenfolge eingeräumt, in der die auf eine Liste entfallenden Kandidaten als gewählt gelten, indem nämlich diejenigen, die mehr Stimmen erhalten haben, beim Skrutinium vor denjenigen rangieren, die weniger Stimmen auf sich vereinigen.

Der Wähler darf seine Kandidaten nur den offiziellen Listen entnehmen, aber er darf auf seinem Stimmzettel die Kandidaten mehrerer Parteilisten mit einander kombinieren. Man nennt dies: *panachieren*.⁴⁶ Dem Wähler kann dabei entweder

⁴⁶ Abgeleitet von frz.: panacher; dt.: mischen, bunt machen.

|1481 gestattet | sein, aus der auf seinem Stimmzettel meist schon vorgedruckten *Parteiliste* einen Kandidaten zu streichen und an seine Stelle einen Namen aus einer anderen Liste zu setzen. Oder aber sich völlig frei auf seinem Stimmzettel eine eigene Liste aus den Kandidaten verschiedener Listen zusammenzustellen. Wo jeder Stimmzettel – durch seine Farbe oder ein anderes deutliches Zeichen – neben der Bezeichnung der Kandidaten ein Parteibekenntnis zum Ausdruck bringen muß und daher in erster Linie die auf die Parteilisten entfallenden Stimmen, nicht aber die Stimmen der einzelnen Kandidaten gezählt werden, ist dieser letztere Modus nicht zulässig, denn er macht jede Zählung der Listenstimmen unmöglich. Es ist sinnlos auf einem Stimmzettel, den man für die sozialdemokratische Partei abgibt, Personen zu bezeichnen, die offiziell auf das christlichsoziale Programm kandidieren. Wer „panachiert“, verstrickt mit seinen Stimmen die Anhänger verschiedener Parteien. Das bedeutet aber – sofern nur Kandidaten aus offiziellen Parteilisten zur Verfügung stehen – daß ein derartiger Stimmzettel der Ausdruck eines Selbstwiderspruches ist, der überdies den Gedanken der Proportionalität aufhebt. Denn dieser wäre hier nur mit der Fiktion aufrechtzuerhalten, daß ein Mensch zu mehreren politischen Gruppen gehört. Dazu kommt, daß das Panachieren einem sehr gefährlichen Wahlmanöver Tür und Tor öffnet: dem sogenannten „*Dekapitieren*“.⁴⁷ Eine Partei kann einen Teil der ihr zur Verfügung stehenden Stimmen dazu verwenden, um bedeutende Persönlichkeiten der Gegenpartei dadurch zum Falle zu bringen, daß deren Namen auf der Liste gestrichen oder durch den Namen unbedeutender Parteimitglieder ersetzt wird. Angesichts dieser Übelstände ist es ganz unverständlich, wie dem Panachieren im Interesse der Freiheit des Wählers noch immer das Wort gesprochen werden kann. So wie von der Rechtsordnung nur eine sinnvolle, verständliche Willensäußerung zuerkannt wird, so kann auch nur ein politisch begreifbarer Wahlwillen Anspruch auf Anerkennung haben. Die Freiheit des Wählerwillens soll vernünftigerweise nur insofern gewahrt werden, daß man bei Listenwahl gestattet, auch andere Kandidaten, als die der offiziellen Parteilisten, das heißt also sogenannte „*Wilde*“, zu bezeichnen.

Schließlich kann auch das sogenannte „*Kumulieren*“ gestattet sein, d. h.: Der Wähler, der soviel Stimmen hat, als Kandidaten zu wählen sind, darf mehrere der ihm zur Verfügung stehenden Stimmen auf den einen oder anderen Kandidaten vereinigen.

Je größer die Freiheit ist, die man dem Wähler bei der Listenwahl einräumt, desto schwieriger wird das Skrutinium, desto dunkler der Zusammenhang zwischen dem Wahlakt des einzelnen Wählers und dem schließlichen Wahlergebnis. Dazu kommt, daß die Listenwahl, wenn die Zahl der zu wählenden Abgeordneten sehr groß ist, den Wähler vor eine unmögliche Aufgabe stellt, sofern ihm zugemutet wird, mehr als ein Parteibekenntnis abzugeben, nämlich an der Auswahl der zur Vertretung geeigneten Personen mitzuarbeiten. Der Durchschnittswähler ist ein-

⁴⁷ Abgeleitet von lat.: caput; dt.: Kopf; dekapitieren bedeutet wörtlich: enthaupten.

fach nicht imstande, aus seiner eigenen Erfahrung hundert oder noch mehr Personen zu bezeichnen, die er für qualifiziert hält, das Programm seiner Partei zu verwirklichen. Ist er ehrlich und guten Willens, bleibt ihm garnichts anderes übrig, als den Vorschlag seiner | Parteileitung zu akzeptieren. Wer aber keiner Partei angehört, der kann sich, im Grunde genommen, überhaupt nicht vertreten lassen, er müßte seine Anschauung unmittelbar zur Geltung bringen. Nur wenn er soviel Gesinnungsgenossen findet, als der Wahlquotient ausmacht, kann er vertreten werden. Dann steht er aber schon in einer „Partei“. Jedenfalls hat er auf die Bezeichnung einer ganzen *Liste* von Kandidaten gar keinen Anspruch. Bei der Listenwahl kommt weitgehende Freiheit des Wählers gewissen Querköpfen und persönlichen Intriganten (speziell wegen des Dekapitierens!) mehr zugute, als dies zulässig ist. | 148 II

Bei der streng gebundenen Liste fällt die Stimmengabe für die Partei mit der für die einzelnen Kandidaten restlos zusammen. Alle Kandidaten der Liste, die überhaupt als gewählt zu betrachten sind, haben gleich viel Stimmen, oder auch: *kein* Kandidat hat Stimmen für seine Person, alle Stimmen hat die Partei. Bei der mehr oder weniger freien Liste müssen die auf die Partei entfallenden Stimmen von denjenigen wenigstens rechnerisch unterschieden werden, die jeder Kandidat für sich erhalten hat. Werden die für eine bestimmte Liste abgegebenen Stimmen nicht separat berechnet, sondern lediglich die den *Kandidaten* einer bestimmten Liste gegebenen Stimmen als für diese Liste abgegeben betrachtet und die Kandidaten nach Maßgabe der von jedem einzelnen erhaltenen Stimmen für gewählt erklärt, dann vollzieht man beim Skrutinium die für die praktisch geläufigsten Formen der Proportionalwahl sehr charakteristische Prozedur der sogenannten „*Stimmenüberweisung*“. Auf die Kandidaten der konservativen Parteiliste A bis M seien folgende Stimmen entfallen:

A:	40000	Stimmen
B:	23000	„
C:	10000	„
D:	5000	„
E:	4500	„
F:	4000	„
G:	3500	„
H:	3000	„
I:	2500	„
K:	2000	„
L:	1500	„
M:	1000	„
<hr/>		
zusammen:	100000	Stimmen.

Der Wahlquotient beträgt: 10000, so entfallen auf diese Liste: Zehn Mandate. Als gewählt sind diejenigen zehn Kandidaten anzusehen, die die relativ meisten Stimmen erhalten haben: also A bis K, L und M fallen aus, obgleich auch ihre Stimmen zu der Gesamtsumme der Partei und somit zur Wahl der ersten zehn Kandidaten

beitragen, d. h. also den anderen Kandidaten zugewiesen werden. Von diesen haben nur die ersten drei den Wahlquotienten erreicht. A hat sogar viermal soviel Stimmen erhalten als notwendig sind, um gewählt zu werden. B 2,3mal soviel. Der Überschuß von A und B kommt nun den anderen zugute. Jedem von ihnen wird gleichsam aus diesem Plus zu den eigenen Stimmen soviel hinzugefügt, als er braucht, um den Wahlquotienten zu erreichen. Die Parteiliste fungiert somit als Stimmenüberweisungskartell. Ein „Wilder“, der in keine Parteiliste aufgenommen ist, muß daher den vollen Quotienten erreichen, um gewählt zu werden. Aber es kann auch ein ihm eventuell zufallender Überschuß über den Quotienten keinem anderen zugewiesen werden. Die Idee, alle Wilden so zu behandeln, als ob sie auf einer Parteiliste stünden, muß abgelehnt werden, da es nicht angeht, Stimmen, die dem einen „Wilden“ gegeben werden, einem anderen, der ganz verschiedene, vielleicht die entgegengesetzten politischen Anschauungen vertritt, zu überweisen. Diese Fiktion würde zur Idee der Proportionalität in direktem Widerspruch stehen.

Da die technischen Schwierigkeiten der Listenwahl mit dem Umfang der Liste steigen, da ferner der allgemein erwünschte Zusammenhang zwischen Wähler und Gewähltem um so loser wird, je größer das Gebiet ist, für welches der einheitliche Wahlakt erfolgte, liegt es nahe, die proportionale Listenwahl auf kleine Bezirke mit relativ wenig Vertretern einzuschränken. Handelt es sich dabei um die Wahl kleiner Vertretungskörper, so lassen sich die Mängel des Listensystems zum großen Teil beheben. Ganz anders aber ist der Fall zu beurteilen, wenn man die Wahl eines großen Vertretungskörpers derart in einzelne Wahlakte zerlegt, daß das ganze Gebiet in mehrere Wahlkreise und sohin in territoriale Wahlkörper eingeteilt wird, von denen jeder eine kleinere Anzahl von Mandaten im Wege einer proportionalen Listenwahl zur Besetzung erhält, also nur einen Teil des Gesamtvertretungskörpers zu bilden hat. Bei einer solchen Verbindung des Systems der Proportionalwahl mit dem einer Vielheit territorialer Wahlkörper droht dieses jenes zu paralisieren, indem das Gesamtergebn, das sich aus der Zusammenfassung der proportionalen Wahlergebnisse in den einzelnen Wahlbezirken ergibt, durch die unvermeidliche Willkürlichkeit der Wahlkreiseinteilung beeinflußt werden muß. So erhielten bei den Wahlen zu der verfassunggebenden Versammlung im Kanton Tessin vom 5. März 1892, denen das oben erwähnte kombinierte System zugrunde lag, die Radikalen mit 135704 Stimmen 45 Mandate, die Konservativen mit 127131 Stimmen aber 50 Mandate. Die Minorität im Volke gelangte also zu einer Majorität im Parlamente. Charakteristisch ist auch das Resultat der belgischen Wahlen vom 25. Mai 1900, die gleichfalls proportionell, aber bei Aufteilung des Landes in Wahlbezirke erfolgte⁴⁾:

|149: |⁴⁾ Die folgende Tabelle aus *Geyerhahn*, Das Problem der verhältnismäßigen Vertretung, Wien 1902, S. 11.⁴⁸

⁴⁸ *Siegfried Geyerhahn*, Das Problem der verhältnismäßigen Vertretung. Ein Versuch seiner Lösung, Tübingen und Leipzig 1902, S. 11 – Geyerhahn nennt, bei im Übrigen identischen Angaben, die „Christlichen Demokraten“ an zweiter Stelle.

<i>Partei</i>	Erhaltene Stimmen	Erhalt. Sitze	Zahl der dem Stimmenverhältnis entsprech. Sitze
Katholiken	993945	86	74
Sozialisten	504962	32	37
Liberale	466100	33	35
Christliche Demokraten	52474	1	3
Wilde	43233	0	3

Die Katholiken erhielten also – bei einer Gesamtstärke von ungefähr 48% – 56% der Mandate. Dieses Ergebnis demonstriert auf das deutlichste den inneren Widerspruch, der zwischen der Idee der Proportionalwahl und der Aufteilung des Landes in territoriale Wahlbezirke besteht. Nur bei völliger Emanzipation von den territorialen Wahlkörpern kann ein Proportionalwahlsystem erfolgreich realisiert werden.

|Die Widerstände, die noch immer dem Proportionalwahlsystem entgegenge- | 149 II
setzt werden, fallen zu einem großen Teile auf Rechnung der Schwierigkeiten, die speziell die proportionale Listenwahl mit sich bringt. Die *proportionelle Einerwahl*, das ist die Verhältniswahl bei *einnamiger Stimmenggebung*, ist bei entsprechender technischer Ausgestaltung geeignet, viele dieser Widerstände zu überwinden.

Das historisch älteste System der Verhältniswahl, das *Thomas Hare* entwickelte, beruhte auf der einnamigen Stimmenggebung. Man kann sich das Prinzip dieses Systems am leichtesten dadurch veranschaulichen, daß man sich den Vorgang einer öffentlichen und mündlichen Abstimmung vorstellt. 100 Wähler erscheinen im Wahllokal, um fünf Abgeordnete zu wählen. Der Wahlbeamte läßt jeden einzelnen Wähler vortreten und einen Kandidaten nennen. Hat ein Kandidat den Wahlquotienten – nach der *Hareschen* Methode also 20 Stimmen – erreicht, dann ist er gewählt und kein Wähler braucht ihn mehr zu nennen. Vom Augenblick seiner Wahl geben alle folgenden Wähler ihre Stimme nur mehr für Kandidaten ab, die noch nicht genannt sind oder den Quotienten noch nicht erreicht haben.

Ist die Wahl schriftlich und geheim, so muß eine Modifikation eintreten. Der Wähler bezeichnet nur einen Kandidaten auf seinem Stimmzettel. Jeder Kandidat ist gewählt, der den Quotienten erreicht. Da der einzelne Wähler aber nicht wissen kann, ob sein Kandidat, wenn sein Stimmzettel geöffnet und gezählt wird, den Quotienten bereits erreicht hat, seine Stimme also nicht mehr braucht, räumt das *Haresche* System für diesen Fall dem Wähler das Recht ein, neben dem Hauptkandidaten noch einen oder mehrere Eventualkandidaten zu bezeichnen. Das Skrutinium, das beim *Haresche[n]* Verfahren prinzipiell für das ganze Gebiet einheitlich vorgenommen wird – das Land bildet, wie man zu sagen pflegt, einen einzigen Wahlkreis –, vollzieht sich dann in der Weise, daß zunächst nur die ersten Namen auf den Stimmzetteln gezählt werden, bis der Quotient für jeden von ihnen erreicht wird. Hat ein Kandidat die erforderliche Stimmenzahl erlangt, wird

sein Name auf den folgenden Stimmzetteln gestrichen und diese nur mehr für den zweitgenannten Kandidaten gezählt, solange, bis auch dieser den Quotienten erreicht, worauf dann die noch folgenden Stimmzettel nur für den drittgenannten Kandidaten gezählt werden usw. Bei diesem System ist die Gefahr sehr groß, daß nicht alle Mandate zur Besetzung gelangen. Besonders wenn eine große Zahl von Abgeordneten zu wählen ist. Um dieser Gefahr seinerseits zu begegnen, müßte der Wähler sehr viel Eventualkandidaten auf seinen Stimmzettel schreiben; das bedeutete aber, daß die ursprüngliche Einerwahl sich in eine Listenwahl verwandelt. Der Haupteinwand, der gegen dieses System vorgebracht wird, ist der, daß seine Resultate sehr stark vom Zufall abhängen. Welche Kandidaten als gewählt erscheinen, das hängt davon ab, in welcher Reihenfolge die Stimmzettel aus der Urne gezogen werden. Um ein einfachstes Beispiel zu geben: Es sind zwei Mandate zu besetzen. Der Wahlquotient beträgt 100. In der Urne liegen 200 Stimmzettel; 100 lauten an erster Stelle für A und an zweiter Stelle für B, 100 an erster Stelle für A |1501| und an zweiter Stelle für C. Kommen die Stimmzettel A, C zuerst aus der Urne, ist A und B gewählt, kommen die Zettel A, B zuerst, dann ist A und C gewählt. Oder: 20 Wähler haben zwei Mandate zu besetzen. Quotient: 7, 12 Zettel lauten: A, B; 8 Zettel lauten: A, C. Kommen die Zettel A, B zuerst heraus, dann ist A und C gewählt und B bleibt ungewählt, obgleich für C nur 8 und für B 12 gestimmt haben.

Das Zufallsmoment des *Hareschen* Systems kann ganz ausgeschaltet werden durch eine Methode der zweiten und dritten Zählung der Stimmzettel. Allein das so verbesserte System hat einen Nachteil, der es für die Praxis fast unbrauchbar macht. Es erfordert umständliche Zählungen und Berechnungen, die – wenn zahlreiche Mandate von einer großen Masse von Wählern zu besetzen sind – die Feststellung des Wahlergebnisses sehr verzögern. Nach *Hagenbach-Bischoff* würde das verbesserte *Haresche* Verfahren bei der Wahl der 147 schweizerischen Nationalräte zur Ermittlung des Wahlergebnisses bei durchschnittlich zehnstündiger Arbeit etwa drei Wochen erfordern. Allein auch dieser Nachteil kann behoben werden. Das *Haresche* System charakterisiert sich dadurch, daß die eventuelle Stimmenübertragung dem Willen des Wählers überlassen bleibt. Dieser Umstand verursacht die langwierigen Zählungen. Diese Befugnis kann aber dem Wähler abgenommen werden. Schon um das Zufallsmoment auszuschalten hat *Walter Baily*⁴⁹ vorgeschlagen, die Ernennung des Substituten dem Gewählten zu übertragen. Jeder Wähler bezeichnet nur einen Kandidaten. Ist dieser gewählt, so erklärt er, wem seine überschüssigen Stimmen zukommen sollen. Ein praktisch

⁴⁹ Walter Baily (1837–1917), englischer Anwalt, Notar, Schulinspektor und Erfinder. Entwickelte mathematische Theorien zum Verhältniswahlrecht. Wichtige Werke: *A Scheme for Proportional Representation*, London 1869; *Proportional Representation in Large Constituencies*, London 1872.

unbrauchbares System, zumal es die direkte Wahl zum Teil durch eine Art indirekte Wahl ersetzen will.⁵⁾

Die für die Praxis brauchbarste Ausgestaltung erfährt das System der proportionalen Einerwahl dadurch, daß es in einer bestimmten Weise mit dem Listenskrutinium verbunden wird. Die Stimmenüberweisung erfolgt hier nicht durch die individuelle Bestimmung des Wählers, sondern auf Grund des generellen Prinzips, daß die für einen Kandidaten abgegebenen überschüssigen Stimmen anderen Kandidaten *derselben politischen Gruppe* zu überweisen sind. Dabei kann die Präsump­tion gelten, daß dies auch dem Willen des Wählers entspricht, dessen Stimme nicht unmittelbar dem von ihm bezeichneten Kandidaten, sondern einem Parteigenossen zugute kommt. Zu diesem Zwecke müssen aber diejenigen Kandidaten, die auf Grund ihres übereinstimmenden politischen Programms für eine gegenseitige Stimmenüberweisung in Betracht kommen, vor dem Wahlakt den Wählern als solche in einer Liste bekanntgegeben werden. Diese Liste fungiert als ein Stimmenüberweisungskartell. Der Wähler aber, dem dies bekannt ist, sieht im Wahlverfahren seine beiden Hauptinteressen gewahrt: das Interesse seiner Partei und das Interesse dem Manne seines persönlichen Vertrauens zum Siege zu verhelfen.

Dieses System – es wird als „*einnamige Stimmenebung mit Listenkonkurrenz*“ | 150 II bezeichnet⁶⁾ – kann in zwei verschiedenen Nuancen auftreten. Entweder die zu Beginn des Wahlverfahrens öffentlich bekanntgegebenen Listen kommen auf diese Weise zustande, daß diejenigen Kandidaten, die ihre Kandidatur auf Grund desselben politischen Programms anmelden, sich *freiwillig* zu einer Liste, d. h. zu einem Stimmenüberweisungskartell zusammenschließen. Einen solchen Vor-

⁵⁾ Rosin⁵⁰, Minoritätenvertretung und Proportionalwahlen. Berlin, 1892.⁵¹

⁶⁾ Klöti⁵², Die Proportionalwahl in der Schweiz, S. 302.⁵³

| 150 I

| 150 II

⁵⁰ Heinrich Rosin (1855–1927), Staatsrechtslehrer. 1880 Habilitation in Breslau, ab 1883 a. o. Prof. in Freiburg i. Br., ab 1888 o. Prof. ebendort. (1890–1918 viermal Dekan). Wichtige Werke: Das Recht der öffentlichen Genossenschaft, Freiburg i. Br. 1886; Recht der Arbeiterversicherung, 2 Bde., Berlin 1893 und 1905; Grundzüge der allgemeinen Staatslehre nach den politischen Reden und Schriftstücken des Fürsten Bismarck, Freiburg i. Br. 1897.

⁵¹ Heinrich Rosin, Minoritätenvertretung und Proportionalwahlen. Ein Überblick über deren Systeme, Verbreitung, Begründung, Berlin 1892, S. 17.

⁵² Emil Klöti (1877–1963), schweizerischer Jurist und Politiker. 1900 Promotion, 1900–1902 kantonaler Steuersekretär, 1902–1907 Bausekretär, 1907–1928 Mitglied des Züricher Stadtrats (Sozialdemokratische Partei), 1928–1942 Stadtpräsident. 1919–1930 Mitglied des Nationalrates (1921–1922 Präsident), 1930–1955 Mitglied im Ständerat. Wichtige Werke: Die Proportionalwahl in der Schweiz, Bern 1901; Die Zürcher Stadtverfassung, Zürich 1934; Das Baurecht des ZGB im Dienste kommunaler Boden- und Wohnungspolitik, Zürich 1943.

⁵³ Emil Klöti, Die Proportionalwahl in der Schweiz. Geschichte, Darstellung und Kritik, Bern 1901, S. 307 f. – Kelsen paraphrasiert.

schlag hat *Hugo Preuß*⁵⁴ gemacht.⁷⁾ Oder aber die *Parteien* stellen offizielle Wahlvorschlagslisten auf. Jeder Wähler bezeichnet nur einen Kandidaten. Er ist dabei jedoch keineswegs an die Namen der offiziellen Parteilisten gebunden. Er kann auch einem „Wilden“ seine Stimme geben. Beim Skrutinium, das einheitlich für das ganze Gebiet durchgeführt wird, sind zunächst alle gültig abgegebenen Stimmen zu zählen und der Wahlquotient zu ermitteln. Dann sind die Stimmen, die auf jede Liste gefallen sind, in der Weise zu zählen, daß alle Stimmen, die für die Kandidaten einer Liste abgegeben wurden, addiert werden. So oft der Quotient in dieser Summe enthalten ist, so viel Kandidaten dieser Liste sind gewählt, und zwar in der Reihenfolge der auf jeden entfallenden Stimmenziffern. Kandidaten einer Liste, die nicht mehr als gewählt gelten, sind als Ersatzmänner zu betrachten. Jeder „Wilde“, der den Wahlquotienten erreicht, ist gewählt.

Dieses System vereinigt die unleugbaren Vorteile der einnamigen Stimmgebung mit den die Proportionalität verwirklichenden Prinzipien des – bestmöglich zu berechnenden – Wahlquotienten und der stimmenüberweisenden Liste. Es ist so einfach und für jeden Wähler so einleuchtend, als dies nur irgend bei einem Proportionalwahlsystem möglich ist. Es bereitet auch der Wahlbehörde keine sonderlichen technischen Schwierigkeiten und kann daher auch zur Bildung großer Vertretungskörper verwendet werden, ohne daß ein Zwang zur Bildung mehrerer territorialer Wahlkörper vorläge. Es ermöglicht die volle Emanzipation vom Wahlkreis und ist eine ungebrochene Verwirklichung der Proporzidee.⁸⁾

⁷⁾ „Frankfurter Zeitung“ vom 29. August 1917.⁵⁵

⁸⁾ Ein solches System hat *Rudolf Springer* (*Dr. Karl Renner*)⁵⁶ in der Brochüre: *Mehrheits- oder Volksvertretung?* Wien 1904,⁵⁷ vorgeschlagen. Die Idee der Einerwahl mit Listenmäßiger Stim-

⁵⁴ Hugo Preuß (1860–1925), Staatsrechtslehrer und Politiker. 1889 Habilitation an der Universität Berlin, ab 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 gemeinhin 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.

⁵⁵ *Hugo Preuß*, *Wahlen ohne Wahlkreise*, in: *Frankfurter Zeitung* Nr. 228 vom 19. August 1917, *Zweites Morgenblatt*, S. 1–2.

⁵⁶ Karl Renner (1870–1950), Politiker und Staatsmann. Er war 1902–1922 Abgeordneter zum Niederösterreichischen Landtag (Sozialdemokratische Arbeiterpartei), 1907–1918 Mitglied des Reichsrates, 1918–1920 Mitglied der Provisorischen und der Konstituierenden Nationalversammlung, 1918–1920 Staatskanzler, 1919 Innenminister, 1919–1920 Außenminister, 1919 Leiter der österreichischen Delegation in St.-Germain und 1920–1934 Abgeordneter zum Nationalrat (1931–1933 Präsident). Nach dem Ende des 2. Weltkrieges war er 1945 Staatskanzler und Abgeordneter zum Nationalrat (SPÖ) sowie 1945–1950 Bundespräsident. Renner und Kelsen standen sich politisch, wissenschaftlich und auch persönlich nahe. Wichtige Werke: *Österreichs Erneuerung*, 3 Bde., Wien 1916; *Marxismus, Krieg und Internationale*, Stuttgart 1917; *Staatwirtschaft, Weltwirtschaft und Sozialismus*, Berlin 1929.

⁵⁷ *Rudolf Springer* (Pseudonym von Karl Renner), *Mehrheits- oder Volksvertretung? Zur Aufklärung der intellektuellen und industriellen Klassen über ihr Interesse an einer Wahlreform*,

Dieses System halte ich insbesondere für die bevorstehenden Wahlen zur Konstituante Deutschösterreichs, denen das Proportionalwahlsystem zugrundegelegt werden soll, für das weitaus geeignetste.⁹⁾ Es läßt sich leicht an unser bisheriges Wahlkreissystem anpassen, indem die alten Wahlbezirke – zwar nicht als solche, d. h. als Basis für territoriale Wahlkörper –, sondern als Stimmzählbezirke und als Arbeitsgebiete für die Wahlarbeit der Wahlkandidaten bestehen bleiben können. In den offiziellen Wahlvorschlagslisten der Parteien wäre jeder Kandidat für einen Wahlkreis vorzuschlagen. Das ist mit Rücksicht auf die Denkgewohnheiten der breiten Wählermasse, die einen Abgeordneten in Verbindung mit einem bestimmten Territorium sich vorzustellen pflegt, von großer Bedeutung. Die radikale Reform, die in der Einführung des Proporz besteht, muß äußerlich möglichst an das alte anknüpfen.

Der einzige Einwand, der möglicherweise gemacht werden könnte, ist der, daß ein einheitliches Skrutinium für das ganze Staatsgebiet bei einer zentralen Wahlbehörde in Wien auf das Mißtrauen und den Widerstand der separatistisch orientierten Provinz stoßen wird. Da solcher Widerstand nur auf einem Mißverständnis beruhen könnte – das zentrale Skrutinium bedeutet ja keinerlei zentralistische Tendenz –, liegt es an den politischen Parteien, die das Proporz als in ihrem Interesse erkannt haben, in dieser Richtung aufklärend zu wirken.

Sollte aber – was sehr zu bedauern wäre – die Einheit des ganzen Staatsgebietes für den Gesamtwahlakt zur Konstituante des deutschösterreichischen Staates nicht aufrecht zu erhalten sein, dann wäre es unter den gegebenen Verhältnissen relativ das beste, die zu besetzenden Mandate in kleinere Gruppen – etwa durchschnittlich zu zehn – auf größere Wahlkreise zu verteilen, und hier nach dem proportionalen System der Liste wählen zu lassen, so wie dies zum Beispiel bei den Gemeindevahlen in Wiener-Neustadt und Waidhofen geschieht⁶¹ und im März 1914 vom

menüüberweisung findet sich schon bei *Pappenheim*⁵⁸. Ein Vorschlag zur Lösung des Problems der Verhältnis- und Minoritätenvertretung, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1885.⁵⁹

⁹⁾ Vgl. meinen Artikel: Ein einfaches Proportionalwahlsystem in der „Arbeiter-Zeitung“ vom 24. November 1918.⁶⁰

sowie über Wesen, Arten und Bedeutung der Proportionalwahl. Nach einem in einer Gesellschaft Wiener Fabier gehaltenen Vortrage, Wien und Leipzig 1904.

⁵⁸⁾ Wilhelm Pappenheim (1860–1939), Wiener Rechtsanwalt. Studium der Rechte in Straßburg, nach zwei Semestern Wechsel nach Wien. Beendigung des Studiums 1883 mit dem Doktorat. Bruder von Bertha Pappenheim (1859–1936) und langjähriger Sozium von Theodor Mauthner (1855–1922). Gründungsmitglied der „Österreichischen Gesellschaft für die Besiedlung Palästinas“.

⁵⁹⁾ *Wilhelm Pappenheim*, Ein Vorschlag zur Lösung des Problems der Verhältniss- und Minoritätenvertretung, in: *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 42 (1886), S. 288–296 (292).

⁶⁰⁾ *Hans Kelsen*, Ein einfaches Proportionalwahlsystem, in: *Arbeiter-Zeitung* Nr. 321 vom 24. November 1918, *Morgenblatt*, S. 2–3 = *HKW* 4, S. 75–82.

⁶¹⁾ § 24 Abs 1 Satz 1 Gemeindevahlordnung für die Stadt Wiener-Neustadt, in: Gesetz vom 2. November 1912, betreffend die Erlassung eines neuen Statuts und einer neuen Gemeindevahlordnung für die Stadt Wiener-Neustadt, *LGBl Österreich unter der Enns* 1912/187; § 24 Abs 1 Satz 1 Gemeindevahlordnung für die Stadt Waidhofen an der Ybbs, in: Gesetz vom 2. November 1912, betreffend die Erlassung eines neuen Statuts und einer neuen Gemeindevahlordnung für die Stadt Waidhofen an der Ybbs, *LGBl Österreich unter der Enns* 1912/188.

niederösterreichischen Landtag auch für andere niederösterreichische Industrieorte beschlossen wurde, allerdings ohne Gesetz zu werden.⁶² Ob allerdings das Verhältniswahlssystem im speziellen Interesse *aller* Parteien gelegen sei, das läßt sich einheitlich nicht beantworten. Die folgende Tabelle¹⁰⁾ über das Ergebnis der Wiener Reichsratswahlen vom 13. und 26. Juni 1911:

<i>Partei</i>	Abgegeben. Stimmen	Der Stimmenzahl ver- hältnismäßig entspr. Mandatszahl	tatsächlich zugefallene Mandate
Sozialdemokraten	145 617	15	19
Christlichsoziale	120 276	13	3
Deutschfreiheitliche	40 607	4	10
Christlichsoz. Fronde	18 042	1	1
Tschechen	6 774	–	–
Zersplittert	9 963	–	–
zusammen	341 279	33	33

Man sieht daraus, wie sehr manche Partei an der Aufrechterhaltung des alten Majoritätssystems mit seinen Wahlkreisen interessiert sein könnte. Zumal jene Partei, die bei den Stichwahlen – die im alten System so häufig sind – auf das Zuströmen der kleineren Wählergruppen rechnen können. Da aber unter den heutigen Verhältnissen für jede Partei der Ausgang der Wahlen ganz besonders ungewiß ist, empfiehlt sich das System der größten Gerechtigkeit, das deshalb mit dem geringsten Risiko verbunden ist, weil es zwar jeden ungebührlichen Gewinn, aber auch ungerechten Verlust ausschließt. Dieses System aber ist das der unbeschränkten Proportionalwahl.

[151: |¹⁰⁾ Diese Tabelle entnehme ich einer mir freundlichst zur Verfügung gestellten, noch nicht publizierten Arbeit⁶³ des Herrn *Dr. Franz X. Weiß*⁶⁴. Vgl. auch dessen Ausführungen im: Bericht über die Tätigkeit des statistischen Seminars an der Universität in Wien. Brunn, 1906, S. 50 ff.⁶⁵

⁶² Das „Gesetz betreffend das Verhältniswahlrecht“ wurde zwar in den Sitzungen vom 26. Februar 1914 und 3. März 1914 angenommen (vgl. Stenographische Protokolle des niederösterreichischen Landtages, V. Session 1913–1914, S. 625 und 685), allerdings kann eine Veröffentlichung im Landesgesetzblatt nicht nachgewiesen werden.

⁶³ Fundstelle n. e.

⁶⁴ Franz Xaver Weiss (1885–?), war seit 1926 Prof. für Nationalökonomie an der Deutschen Technischen Hochschule in Prag und seit 1930 an der Deutschen Universität Prag. Nach 1938 musste er die Universität wegen seiner jüdischen Herkunft verlassen; er überlebte im Untergrund und emigrierte später nach England.

⁶⁵ [Auszüge aus dem Bericht von *Franz X. Weiss* über das Proportionalwahlrecht], in: Bericht über die Tätigkeit des statistischen Seminars an der k. k. Universität in Wien im Wintersemester 1905/06, in: Statistische Monatsschrift 11 (1906), S. 721–782 (768–773).

Der Proporz im Wahlordnungsentwurf (1918)*

* Neue Freie Presse Nr. 19494 vom 1. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 3–4.

| Der Proporz im Wahlordnungsentwurf.

Wien, 30. November.

Der Entwurf einer Wahlordnung für die konstituierende Nationalversammlung,¹ den der Staatskanzler² der Öffentlichkeit vorgelegt hat, ist in legislativ-technischer Hinsicht eine ganz ausgezeichnete Leistung. Ein vorzüglich gearbeiteter Motivenbericht³ informiert erschöpfend über die Absichten des Gesetzgebers. Der übersichtlich gegliederte Gesetzestext zeichnet sich trotz der Schwierigkeit des Gegenstandes durch vollendete Klarheit und Verständlichkeit aus. Zweifellos, eine gesetzgeberische Begabung ersten Ranges ist hier am Werke.

In materieller Hinsicht freilich drängen sich, was das politische Grundprinzip der Wahlordnung betrifft, ernste Bedenken auf. Zwar ist es ein anerkennenswertes Verdienst, daß der Entwurf das System der Proportionalwahl akzeptiert.⁴ Aber von den verschiedenen zur Verfügung stehenden Möglichkeiten dieses Systems scheint nicht gerade die beste gewählt worden zu sein. Damit soll keineswegs ein rein theoretischer Maßstab angelegt werden, nur die praktischen Bedürfnisse und die besonderen Verhältnisse Deutschösterreichs dürfen entscheidend sein. Und gerade mit Rücksicht auf diese ist die dem Entwurfe zugrunde gelegte Kombination der proportionalen Listenwahl mit einer Wahlkreiseinteilung keineswegs ein-

¹ Entwurf der Staatskanzlei, II. Gesetz vom ... über die Wahlordnung für die konstituierende Nationalversammlung, 62 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen der Provisorischen Nationalversammlung 1918–1919, S. 3–32 (im Folgenden: Staatskanzleientwurf WO 1918). Der Entwurf des Staatskanzlers wurde am 27. November 1918 dem Staatsrat vorgelegt; seine Veröffentlichung ist wohl bereits am selben Tag geschehen. Dieser ist zusammen mit der Vorlage des Staatsrates (der Regierungsvorlage) in 62 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen abgedruckt; die Beilage datiert vom 4. Dezember 1918.

² Karl Renner (1870–1950), Politiker und Staatsmann. Er war 1902–1922 Abgeordneter zum Niederösterreichischen Landtag (Sozialdemokratische Arbeiterpartei), 1907–1918 Mitglied des Reichsrates, 1918–1920 Mitglied der Provisorischen und der Konstituierenden Nationalversammlung, 1918–1920 Staatskanzler, 1919 Innenminister, 1919–1920 Außenminister, 1919 Leiter der österreichischen Delegation in St. Germain und 1920–1934 Abgeordneter zum Nationalrat (1931–1933 Präsident). Nach dem Ende des 2. Weltkrieges war er 1945 Staatskanzler und Abgeordneter zum Nationalrat (SPÖ) sowie 1945–1950 Bundespräsident. Renner und Kelsen standen sich politisch, wissenschaftlich und auch persönlich nahe. Wichtige Werke: Österreichs Erneuerung, 3 Bde., Wien 1916; Marxismus, Krieg und Internationale, Stuttgart 1917; Staatswirtschaft, Weltwirtschaft und Sozialismus, Berlin 1929.

³ Motivenbericht, in: Entwurf der Staatskanzlei. II. Gesetz vom ... über die Wahlordnung für die konstituierende Nationalversammlung, 62 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen der Provisorischen Nationalversammlung 1918–1919, S. 15–32 (im Folgenden: Motivenbericht WO 1918).

⁴ Vgl. § 2 Staatskanzleientwurf WO 1918 (Anm. 1).

wandfrei. Zum Zwecke der Wahl wird das ganze Staatsgebiet in 41 Wahlkreise eingeteilt⁵ und jedem Wahlkreise, das heißt dem auf Grund des Wahlkreises gebildeten Wahlkörper, eine kleine Anzahl von Mandaten, durchschnittlich 4 bis 7, zusammen 215⁶ zur Besetzung zugewiesen. Die Wahl erfolgt in jedem Wahlkreise nach dem System der gebundenen Liste, das heißt jeder Wähler darf auf seinem Stimmzettel nur eine der offiziell angemeldeten Parteilisten bezeichnen, die einen Wahlvorschlag für *alle* Mandate dieses Kreises enthält.⁷

[Soll überhaupt das System der Listenwahl angenommen werden, das heißt, soll der Wähler nicht nur für einen einzigen Kandidaten, sondern für deren mehrere stimmen, dann ist zweifellos die gebundene Liste der sogenannten freien Liste vorzuziehen, bei der dem Wähler die Möglichkeit gegeben ist, auf seinem Stimmzettel beliebige Kandidaten zu einer Liste zu vereinigen. Die damit verbundenen technischen Schwierigkeiten machen dieses System für den Durchschnittswähler so unverständlich, daß es speziell für unsere Verhältnisse als unbrauchbar bezeichnet werden muß. In diesem Punkte ist den Ausführungen des Motivenberichtes⁸ durchaus zuzustimmen. Allein bei der Durchführung des Proportionalwahlsystems steht man gar nicht vor der ausschließlichen Wahl zwischen dem System der gebundenen und dem der freien Liste. Die Idee der Verhältniswahl ist auch bei einnamiger Stimmgebung vollkommen durchzuführen, und die Technik der proportionalen Einerwahl muß nicht komplizierter sein, als beim System der starren Liste. Dadurch, daß jeder Wähler nur einen einzigen Kandidaten bezeichnet, schließt sich gerade das System der proportionalen Einerwahl am leichtesten unserem alten Majoritätswahlsystem⁹ an, dessen Einerwahlsystem noch zu sehr in den Vorstellungen der breiten Masse wurzelt. Daß aber der Sprung vom alten zum neuen System kein allzu großer sei, das gerade ist ein Gesichtspunkt, den der Motivenbericht mit Recht stark betont.¹⁰

Allerdings kann die proportionale Einerwahl des technischen Behelfes der Liste nicht ganz entbehren. Allein die Liste tritt bei dem technisch besten System der proportionalen Einerwahl erst beim Skrutinium¹¹ in Funktion. Sie bildet lediglich ein *Stimmüberweisungskartell*. Zu Beginn des Wahlverfahrens stellen nämlich die

⁵ Vgl. § 1 Staatskanzleientwurf WO 1918 (Anm. 1).

⁶ Vgl. Motivenbericht WO 1918 (Anm. 3), S. 16. – Der Entwurf der Staatskanzlei sah 215 Abgeordnete vor, nach Änderung im Staatsrat betrug die Anzahl der Abgeordneten 255, vgl. Art II Vorlage des Staatsrates. I. Gesetz vom ... über die Einberufung der konstituierenden Nationalversammlung, 62 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen der Provisorischen Nationalversammlung 1918–1919, S. 1–2.

⁷ Vgl. § 29 Staatskanzleientwurf WO 1918 (Anm. 1).

⁸ Vgl. Motivenbericht WO 1918 (Anm. 3), S. 20.

⁹ §§ 6–7 Gesetz vom 21. December 1867, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert wird, RGBl 1867/141 idF RGBl 1907/15 iVm §§ 33–36 Gesetz vom 26. Jänner 1907, betreffend die Wahl der Mitglieder des Abgeordnetenhauses des Reichsrates, RGBl 1907/17.

¹⁰ Vgl. Motivenbericht WO 1918 (Anm. 3), insb. S. 21.

¹¹ Das Skrutinium ist die Ermittlung des Ergebnisses einer mittels Stimmzettel erfolgten Wahl oder Abstimmung.

Parteien offizielle Kandidatenlisten auf, in denen sie für je einen Wahlkreis ihren Angehörigen je einen Kandidaten empfehlen. Der Wähler stimmt auf seinem Stimmzettel für den ihm in seinem Wahlkreis empfohlenen Kandidaten. Beim Skrutinium werden zunächst alle abgegebenen Stimmen gezählt, dann festgestellt, wie viel Stimmen auf die einzelnen Parteilisten entfallen, indem einfach alle Stimmen addiert werden, die die Kandidaten einer Liste erhalten haben. Die Zahl der Stimmen, die auf den einzelnen Kandidaten fallen, sind natürlich je nach der Stärke der Partei in dem betreffenden Wahlkreise und nach der Beliebtheit des Kandidaten verschieden. Alle auf die Kandidaten einer Liste entfallenden Stimmen zählen für die Partei. Keine Stimme, wo immer sie abgegeben wird, kann dabei verloren gehen. Nach der Gesamtzahl der solcherart auf eine Liste entfallenden Stimmen wird verhältnismäßig die Zahl der Mandate bestimmt, die der betreffenden Partei zufallen.¹² Die Auswahl der Kandidaten, die als gewählt zu betrachten sind, erfolgt nach der Zahl der Stimmen, die jeder Kandidat auf sich vereinigt. Dabei gehen die Kandidaten mit größerer Stimmenzahl jenen mit kleinerer Stimmenzahl vor. Darin liegt nun der zweite große Vorteil der proportionalen Einerwahl mit Listenskrutinium, daß dem einzelnen Wähler, was bei dem System der starren Liste völlig fehlt, ein Einfluß auf die Auswahl der Kandidaten eingeräumt ist. Bei der proportionalen Einerwahl ist aber vor allem auch die Möglichkeit gegeben, sogenannte „Wilde“ zu wählen, da der Wähler keineswegs gebunden ist, nur einen Kandidaten zu bezeichnen, der in eine offizielle Parteiliste aufgenommen ist. Hat ein „Wilder“, etwa ein bekannter politischer Schriftsteller, der in den verschiedensten Wahlbezirken persönliche Anhänger hat, nur so viel Stimmen erhalten, als nach dem Wahlquotienten notwendig sind, dann gilt er als gewählt. Auch nicht eine einzige Stimme kann ihm verloren gehen, denn es werden eben alle abgegebenen Stimmen einheitlich gezählt und für das Wahlergebnis eingerechnet. In dem vom Staatskanzler vorgeschlagenen System ist für einen einzelnen „Wilden“ kein Raum. Nur Parteilisten können angemeldet, nur für Parteilisten kann gestimmt werden.¹³

| 3 III Der Haupteinwand gegen dieses System aber richtet sich gegen die *Wahlkreiseinteilung*. Der Grundgedanke des Proportionalwahlsystems besteht darin, daß die Wählerschaft nicht nach einem *Territorialitäts-*, sondern nach einem *Personalitätsprinzip* gegliedert werde. Nur wenn sich *alle* Angehörigen der gleichen politischen Ueberzeugung zu einer Gruppe vereinigen können, ist der Gedanke der Verhältniswahl: daß jede politische Gruppe im Verhältnis ihrer zahlenmäßigen Stärke vertreten sei, zu verwirklichen. Es müssen daher womöglich alle Schranken fallen, die einer solchen Gruppenbildung im Wege stehen, die verhindern, daß sich die Angehörigen einer politischen Partei im *ganzen* Staatsgebiet zu einem Wahlkörper vereinigen, denn nur eine solche, das ganze Staatsgebiet erfassende Vereinigung kann die wahre Stärke der Partei zum Ausdruck bringen und damit die einzig

¹² Vgl. § 33 Staatskanzleientwurf WO 1918 (Anm. 1).

¹³ Vgl. §§ 18, 29 Staatskanzleientwurf WO 1918 (Anm. 1).

richtige Grundlage für eine verhältnismäßige Zuteilung der Mandate schaffen. Ist das ganze Staatsgebiet auf solche Weise ein einziger Wahlkreis, dann bedeuten die von mir vorgeschlagenen Einzelwahlkreise nichts anderes als *Abstimmungsbezirke*, die überdies den Vorteil haben, eine territoriale Abgrenzung für die Wahlarbeit der verschiedenen Kandidaten zu liefern. Eine solche Gliederung in Abstimmungsbezirke, die bei einem einheitlichen Skrutinium für das ganze Land keineswegs die Grundlage von Wahlkörpern bilden, bedeutet zugleich eine Organisation der Wähler zwecks gleichmäßiger Aufteilung der Mandate. Sicherlich ist es unmöglich, das ganze Land zu einem einzigen Wahlkreis zu machen und dabei nach dem System der gebundenen Liste wählen zu lassen. Jeder Wähler hätte für eine Liste von 215 Kandidaten zu stimmen. Der Motivenbericht lehnt eine solche Eventualität mit Recht von vornherein ab.¹⁴ Läßt man aber jeden Wähler nur einen einzigen Kandidaten bezeichnen und die offiziell aufgestellten Listen nur als Stimmüberweiskartelle beim Skrutinium fungieren, dann entfällt der entscheidende Einwand gegen die Aufhebung der territorialen Wahlkörper. Wofür jedoch bei diesem System von vornherein gesorgt werden muß, ist dies, daß nicht alle Angehörigen einer Partei ihre Stimmen planlos auf einige wenige Kandidaten konzentrieren. Zu diesem Zwecke dient eben die Einteilung in Wahlkreise als Stimmbezirke, für die die einzelnen Kandidaten schon in der Parteiliste aufgestellt werden.

Verbindet man, wie dies im Entwurfe des Staatskanzlers geschieht, ein Proportionalwahlssystem mit einer echten Wahlkreiseinteilung,¹⁵ so zwar daß der Proporz nur innerhalb kleinerer Teilgebiete Geltung hat, dann besteht die große Gefahr, daß zwar die politischen Gruppen innerhalb eines Wahlkreises eine verhältnismäßige Vertretung finden, daß aber das Gesamtergebn der Wahlen mit dem Prinzip der Proportionalität in Widerspruch gerät. Es kann vor allen Dingen vorkommen, daß eine Partei, die im Volke über die Majorität verfügt, bei den Wahlen nur eine Minorität erhält. Zum Beispiel: bei 500 000 gültig abgegebenen Stimmen sind 50 Mandate in zehn Wahlkreisen so zu besetzen, daß jeder Wahlkreis fünf Mandate erhält. In drei Wahlkreisen stehen je 40 000 Sozialdemokraten je 10 000 Bürgerlichen gegenüber. In sieben Wahlkreisen stehen je 19 000 Sozialdemokraten je 31 000 Bürgerlichen gegenüber. Die Gesamtzahl Sozialdemokraten beträgt somit 152 000,¹⁶ sie haben also die Majorität der Stimmen. Sie erhalten aber in den drei erstgenannten Wahlkreisen nur je 4, zusammen 12, in den sieben zweitgenannten Wahlkreisen nur je 1, zusammen 7, insgesamt also nur 19 Mandate, das ist also eine Minorität im Parlament. Dabei handelt es sich aber keineswegs um ein bloß konstruiertes Beispiel. Solche Fälle sind in der Praxis bei einer Kombination von Proporz und Wahlkreiseinteilung wiederholt vorgekommen. Speziell bei der gegenwärtig in Diskussion stehenden Wahlvorlage aber besteht die große Gefahr, daß verhältnismäßig starke Minoritäten ganz unvertreten bleiben, da die Wahl-

¹⁴ Vgl. Motivenbericht WO 1918 (Anm. 3), S. 20.

¹⁵ Vgl. §§ 1–2 Staatskanzleientwurf WO 1918 (Anm. 1).

¹⁶ Die korrekte Summe ist 253 000.

bezirke durchschnittlich sehr klein sind. Nimmt man an, daß in ganz Wien etwa 800 000 Wähler in Betracht kommen und bei rund 40 Mandaten, roh gerechnet, für einen Kandidaten 20 000 Stimmen notwendig sind, um gewählt zu werden, so könnte sich der Fall ereignen, daß eine Partei in den sieben Wahlkreisen, in die Wien nach der Wahlordnung eingeteilt wird,¹⁷ über je 19 000, zusammen also über 133 000 Stimmen verfügt, ohne einen einzigen Kandidaten bei der Wahl durchsetzen zu können, obgleich ihr nach der Idee der Proportionalität, selbst wenn sie im ganzen übrigen | Staate keine weitere Stimme erhalten sollte, mindestens sechs Mandate gebühren würden. Ein solches Resultat bedeutet aber die vollkommene Aufhebung des Proportionalwahlsystems.

Die unvermeidliche Willkürlichkeit jeder Wahlkreiseinteilung bedeutet immer eine große Gefahr für die Gleichheit des Wahlrechtes. Ein Entwurf, der überhaupt Wahlkreise vorsieht, muß begreiflicherwise den Anlaß zu jenem bedauerlichen Kuhhandel bieten, bei dem einzelne Parteien ungebührliche Vorteile zu erringen verstehen. Wer Wahlkreise macht, kann sich nur schwer der Wahlkreisgeometrie widersetzen. Und wenn das Proportionalwahlsystem irgendeinen Sinn hat, dann ist es der, daß solch unmoralische Wahlmethoden ausgeschlossen werden.

Wenn demgegenüber eine proportionale Einerwahl mit einheitlichem Listenskrutinium für das ganze Staatsgebiet vorgeschlagen wird, so kann dagegen nicht irgendeine besondere technische Schwierigkeit geltend gemacht werden. Die Aufteilung der Mandate ist auch bei großen Listen nach dem *D'Hondt-Hagenbach-Bischof*[f]schen System,¹⁸ das ja im Prinzip auch von dem Entwurfe des Staatskanzlers akzeptiert wurde,¹⁹ leicht zu bewerkstelligen. Im übrigen kommt hier nur eine einzige Zentralwahlbehörde in Betracht, bei der diese Berechnung durchzuführen ist. Wenn ein Dutzend Beamte die Methode verstehen – und sie ist für eine normale Intelligenz in einer halben Stunde zu erlernen – dann ist das Wahlresultat in der aller kürzesten Zeit zu ermitteln.

Ein ernsterer Einwand ist allerdings der, den mir Professor *Dr. Schiff*²⁰ kürzlich in der „Neuen Freien Presse“ gemacht hat,²¹ daß Aufstellung von Parteilisten für

¹⁷ Vgl. § 1 Staatskanzleientwurf WO 1918 (Anm. 1).

¹⁸ Das Verfahren nach d'Hondt beruht darauf, dass die für die Parteien abgegebenen Stimmen durch fortlaufende Zahlenreihen geteilt und die Mandate anschließend nach den so ermittelten Höchstzahlen verteilt werden. Auch das System nach Hagenbach-Bischoff ist ein sogenanntes Divisorverfahren. Hierbei wird die Gesamtzahl der gültigen Stimmen durch die um eins vermehrte Zahl der zu Wählenden geteilt und der sich daraus ergebende Quotient auf die nächsthöhere Zahl aufgeteilt. Ausführlich dazu: *Hans Kelsen*, Das Proportional(wahl)system, in: Der österreichische Volkswirt 11 (1918/1919), S. 115–118, 133–136, 147–151 (134–136) = HKW 4, S. 25–50 (38–41).

¹⁹ Vgl. § 33, § 34 Abs 4 Staatskanzleientwurf WO 1918 (Anm. 1).

²⁰ Walter Schiff (1866–1950), Ökonom und Statistiker. 1910 a. o. Prof. der Politischen Ökonomie an der Universität Wien, 1914 o. Prof. ebendort. 1893 konvertierte er vom jüdischen zum römisch-katholischen Glauben. Er emigrierte 1938 nach England und kehrte 1950 nach Wien zurück. Wichtige Werke: Zur Frage der Organisation des landwirtschaftlichen Kredits in Deutschland und Österreich, Leipzig 1892; Die österreichische Sozialpolitik in den Jahren 1912 bis 1914, Wien 1915; Die Planwirtschaft und ihre ökonomischen Hauptprobleme, Berlin 1932.

²¹ *Walter Schiff*, Über die zweckmäßige Form des Proportionalwahlrechtes, in: Neue Freie Presse Nr. 19490 vom 27. November 1918, Morgenblatt, S. 1–2.

das ganze Staatsgebiet auf den Widerstand partikularistischer Tendenzen in den einzelnen Ländern stoßen könnte. Obgleich es sich dabei von seiten der Wähler im Grunde nur um ein Mißverständnis handeln kann, da ja ein zentrales Skrutinium nur eine formale und keinerlei materielle zentralistische Wirkung hat, so kann doch ohne weiteres berechtigten Gefühlen Rechnung getragen werden, indem die Aufstellung von Listen gestattet wird, die nur für die von einem bestimmten Lande zu besetzenden Mandate Kandidaten enthalten. Parteien, die nur in einem bestimmten Lande Anhänger haben, müssen dann nicht *mehr* Kandidaten aufstellen, als in ihrem Lande gewählt werden. Nur muß die Möglichkeit offen bleiben, alle Länderlisten derselben Partei, die ihre Angehörigen über mehrere Länder verteilt hat, beim Skrutinium verbinden zu können. Gerade vom Standpunkt der engeren Landesgemeinschaft muß es doch erwünscht sein, daß die Stimmen derjenigen Landesangehörigen, die außerhalb des Landes wählen, nicht für die Landespartei verloren gehen. So leben zum Beispiel sehr viele Tiroler in Wien, warum sollen deren Stimmen nicht für die Kandidaten einer spezifischen tirolischen Landespartei gezählt werden können? Sollte man aber – aus nicht verständlichen Gründen – ein Einheitsskrutinium für das ganze Staatsgebiet unter allen Umständen ablehnen, dann wäre es noch immer besser, das Skrutinium ländersweise durchzuführen, das heißt, jedes Land als einen einheitlichen Wahlkreis gelten zu lassen. Auch in diesem Falle würde sich an Stelle der Listenwahl die Einerwahl mit listenmäßiger Stimmenüberweisung empfehlen.

Es wäre gewiß begreiflich, wenn der Versuch einer vollständigen Umgestaltung des eingebrachten Wahlordnungsentwurfes schon wegen der kurz bemessenen Zeit²² auf Widerstände stieße. Mit Rücksicht darauf – anders ließe es sich freilich nicht gut rechtfertigen – wäre zu erwägen, ob nicht die ganze vorgesehene Wahlkreiseinteilung samt der Wahl mit gebundener Liste lediglich mit der Modifikation anzunehmen wäre, daß das Skrutinium nur bei der im Entwurfe vorgesehenen Hauptwahlbehörde vorgenommen wird, wobei jedoch die kleinen Listen derselben Partei zu verbinden wären. Alle auf die Liste derselben Partei abgegebenen Stimmen sind in diesem Falle für die Bestimmung der dieser Partei zuzuweisenden Mandate maßgebend. Die Einzellisten sind dann nach der Zahl der auf sie entfallenden Stimmen zu ordnen, und es gehen die Kandidaten der Listen mit höheren

²² Abs 3 Aufruf [an das deutschösterreichische Volk vom 12. November 1918], StGBI 1918/6, legt fest: „Im Monate Jänner [1919] wird das gesamte Volk, Männer und Frauen, zur Wahl schreiten“; vermutlich bezieht sich Kelsen auf diese Frist. Nach der Vorlage des Staatsrats wird die Wahl indes „durch den Staatsrat auf einen Sonntag Ende Jänner oder Anfang Februar 1919 ausgeschrieben“ (Art III Vorlage des Staatsrates. I. Gesetz vom ... über die Einberufung der konstituierenden Nationalversammlung, 62 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich 1918–1919), nach der Endfassung des Gesetzes nur mehr „auf einen Sonntag Anfang 1919“ (Art III Gesetz vom 18. Dezember 1918 über die Einberufung der konstituierenden Nationalversammlung, StGBI 1918/114). Als Wahltag wird schließlich der 19. Februar 1919 festgesetzt (Kundmachung des Deutschösterreichischen Staatsrates vom 8. Jänner 1919, betreffend die Festsetzung des Wahltages für die konstituierende Nationalversammlung, StGBI 1919/11).

Stimmzahlen denen mit niederen Stimmzahlen voran. Sollten von der letzten noch in Betracht kommenden Teilliste nicht alle Kandidaten für gewählt betrachtet werden können, dann ist innerhalb dieser Liste die offizielle Reihenfolge entscheidend, in der die Kandidaten nach Vorschrift der Wahlordnung (§ 18)²³ von der Partei auf die Liste gesetzt werden müssen. Diese Modifikation hätte zur Folge, daß den Wahlkreisen ihre – die rein personale Gruppenbildung hemmende – Wirkung genommen würde, daß sie, wie bei der Einerwahl mit listenmäßiger Stimmüberweisung, lediglich als Abstimmungsbezirke, als Wahlarbeitsgebiete und als Gliederung der Wählermasse zwecks gleichmäßiger Verteilung der Stimmen auf die Kandidaten fungierten.

Der Motivenbericht sagt: „Proporz in den geschichtlich und natürlich gegebenen Volks- und Gebietseinheiten – das ist in wenigen Worten der Kern des Wahlreformenentwurfes.“²⁴ Aber sind die sieben Wahlkreise, in die man die Stadt Wien zerlegt hat, solche natürliche Volks- und Gebietseinheiten? Die Einheit Wiens als Wahlbezirk, das ist wohl die mindeste Forderung, die zu einer Verwirklichung der Proportionalwahlidee in diesem politisch so bedeutsamen Teile des Staates gestellt werden muß! Wenn sich bei prinzipieller Aufrechterhaltung des Systems der starren Listen in den übrigen unverändert bleibenden Wahlbezirken die Einführung der proportionalen Einerwahl für den einheitlichen Wahlkreis Wien nicht durchsetzen lassen sollte, dann wäre selbst das System einer starren Liste mit 42 Kandidaten noch immer der Zerreißung in sieben willkürlich abgegrenzte Bezirke vorzuziehen, die gerade für Wien alle Vorteile der Proportionalwahl in Frage stellen muß.

²³ § 18 Abs 2 Z 2 Staatskanzleientwurf WO 1918 (Anm. 1).

²⁴ Motivenbericht WO 1918 (Anm. 3), S. 18f.

Die Verfassungsnovelle (1918)*

* Neue Freie Presse Nr. 19513 vom 20. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 3–4.

| Die Verfassungsnovelle.

Wien, 19. Dezember.

Bei der am 21. Oktober abgehaltenen konstituierenden Sitzung der provisorischen Nationalversammlung¹ wurde unter anderm der Beschluß gefaßt, einen Vollzugausschuß von zwanzig Mitgliedern zu wählen, der der Nationalversammlung Anträge über die Verfassung des deutschösterreichischen Staates zu unterbreiten hat.² Schon am 30. Oktober legte der Berichterstatter dieses Ausschusses – der nachmalige Staatskanzler *Dr. Karl Renner*³ – in der zweiten Sitzung der provisorischen Nationalversammlung den Entwurf einer Verfassung vor, die ohne jede Abänderung einstimmig zum Beschlusse erhoben wurde.⁴ In wenigen Tagen also ist das Fundament des neuen Staates gelegt worden. Kein Wunder, wenn sich in der Praxis des Verfassungslebens schon in kurzer Zeit das Bedürfnis nach gewissen Abänderungen des grundlegenden Verfassungsbeschlusses bemerkbar machte.

Es wäre ungerecht, angesichts dieser Tatsache die Größe der Leistung zu unterschätzen, die das erste Verfassungswerk darstellt. Man muß eben die Kürze der Zeit, die den Schöpfern zur Verfügung stand, und die Gewalt der politischen Ereignisse in Rechnung ziehen, die eine gründliche Vorbereitung gar nicht zuließ. Von allem Anfang an sollte und konnte ja nicht mehr als ein provisorischer Notbau errichtet werden, mit dessen Ergänzungs- und Verbesserungsbedürftigkeit von vornherein gerechnet wurde.

¹ Dazu *Hans Kelsen*, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen, Teil 1, Wien und Leipzig 1919, S. 1–10 (Historische Übersicht) = HKW 5, S. 24–129 (31–37).

² Vgl. Stenographische Protokolle über die Sitzungen der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich 1918–1919, S. 6 (im Folgenden: StProt ProvNV).

³ Karl Renner (1870–1950), Politiker und Staatsmann. Er war 1902–1922 Abgeordneter zum Niederösterreichischen Landtag (Sozialdemokratische Arbeiterpartei), 1907–1918 Mitglied des Reichsrates, 1918–1920 Mitglied der Provisorischen und der Konstituierenden Nationalversammlung, 1918–1920 Staatskanzler, 1919 Innenminister, 1919–1920 Außenminister, 1919 Leiter der österreichischen Delegation in St.-Germain und 1920–1934 Abgeordneter zum Nationalrat (1931–1933 Präsident). Nach dem Ende des 2. Weltkrieges war er 1945 Staatskanzler und Abgeordneter zum Nationalrat (SPÖ) sowie 1945–1950 Bundespräsident. Renner und Kelsen standen sich politisch, wissenschaftlich und auch persönlich nahe. Wichtige Werke: Österreichs Erneuerung, 3 Bde., Wien 1916; Marxismus, Krieg und Internationale, Stuttgart 1917; Staatswirtschaft, Weltwirtschaft und Sozialismus, Berlin 1929.

⁴ Vgl. Beschluß der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich vom 30. Oktober 1918 über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt, StGBl 1918/1 (im Folgenden: Beschluß Staatsgewalt 1918).

| Solcher Ergänzung und Verbesserung soll das Gesetz dienen, das in der heutigen Sitzung der provisorischen Nationalversammlung beschlossen wurde.⁵ Es enthält eine Reihe von wichtigen, die Verfassung in wesentlichen Punkten modifizierenden Bestimmungen und verdient die größte Aufmerksamkeit aller an der Verfassung Interessierten. | 311

Die Novelle regelt zunächst die Stellung der *drei Präsidenten* der Nationalversammlung. Daß sie in der konstituierenden⁶ Nationalversammlung zu gleichen Rechten und Pflichten gewählt wurden, kam im Verfassungsbeschluß vom 30. Oktober nicht zum Ausdruck. Es wurde stillschweigend vorausgesetzt, bedarf jedoch ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung. Diese trifft § 1 der Novelle.⁷ Da die deutschösterreichische Republik noch keinen eigenen Präsidenten hat, fungieren die Präsidenten der gesetzgebenden Körperschaft auch als die obersten Chefs der Exekutive. Sie führen demnach den Vorsitz im Staatsrate, dem obersten Vollzugsorgan des Staates, und im Kabinet, dem Rate der Beauftragten des Staatsrates, das ist der Staatssekretäre. Dies war bisher schon tatsächlich der Fall und wird nunmehr durch die Novelle gesetzlich festgelegt. Auch wird die Reihenfolge bestimmt, in der sich die drei Präsidenten in ihren Funktionen ablösen. Daß sich der Dreizahl der Präsidenten die Dreizahl der obersten legislativen und exekutiven Körperschaften, Nationalversammlung, Staatsrat, Kabinet, anpaßt, ist ein großer Vorteil der provisorischen Verfassung. Allerdings muß schon in diesem Zusammenhange bemerkt werden, daß es zu einer tatsächlichen Führung des Vorsitzes im Kabinet durch einen der Präsidenten fast gar nicht kommt und daß die Präsidenten in dieser Funktion regelmäßig vom Staatskanzler vertreten werden.

Einer der größten Mängel der bisherigen Verfassung war der, daß *die Regierungsakte des Staatsrates*, der aus immunen Mitgliedern der Nationalversammlung besteht und daher als oberstes Exekutivorgan in ähnlicher Weise *unverantwortlich* ist wie der Kaiser nach der alten österreichischen Verfassung,⁸ *ohne die Mitwirkung eines verantwortlichen Ministers* erlassen werden konnten.⁹ Nur die Tatsache, daß der Staatsrat aus der Mitte der Volksvertretung selbst hervorgeht,¹⁰ konnte einigermaßen diesen Mangel jeder Kontrolle für die Verfassungsmäßigkeit der Staatsratsbeschlüsse ausgleichen. Immerhin war es notwendig, dem formalen Absolutismus des Staatsrates durch die Bestimmung des § 3 der Novelle¹¹ ein Ende zu

⁵ Vgl. Gesetz vom 19. Dezember 1918, womit einige Bestimmungen des Beschlusses der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt vom 30. Oktober 1918, St.G.Bl. Nr. 1, abgeändert oder ergänzt werden, StGBI 1918/139 (im Folgenden: Verfassungsnovelle 1918).

⁶ Gemeint ist die konstituierende Sitzung der Provisorischen Nationalversammlung am 21. Oktober 1918.

⁷ § 1 Verfassungsnovelle 1918 (Anm. 5).

⁸ Vgl. Art 1 Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt, RGBl 1867/145.

⁹ Vgl. § 6 Abs 2 Beschluß Staatsgewalt 1918 (Anm. 4).

¹⁰ Vgl. § 3 Abs 1 Beschluß Staatsgewalt 1918 (Anm. 4).

¹¹ § 3 Abs 3 Verfassungsnovelle 1918 (Anm. 5).

machen, daß Ausfertigungen des Staatsrates zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung des Staatskanzlers oder eines Staatssekretärs bedürfen. Zugleich mußte aber auch der *Staatskanzler*, was nach der bisherigen Verfassung nicht der Fall war, *unter Ministerverantwortlichkeit* gestellt werden. Auch in diesem Punkte galt es eine arge Lücke auszufüllen. Allerdings war der Vorstand der Staatskanzlei, aus dem durch Verfassungswandlung der heutige Staatskanzler hervorgegangen ist, ursprünglich nur als ein Hilfsorgan des Staatsrates gedacht, dem die Führung der Protokolle dieses Kollegiums übertragen war. Sehr bald aber wurde aus diesem Hilfsorgan ein Amt, das dem eines Ministerpräsidenten so nahe kam, als dies im Rahmen der neuen Verfassung überhaupt möglich war. Der tatsächlich als Staatskanzler betitelte Funktionär übernahm in Vertretung der Präsidenten den Vorsitz im Kabinettsrat, bereitete in seiner Staatskanzlei alle die Verfassung betreffenden Gesetze und Verordnungen vor und begann immer mehr auf die Einheitlichkeit der gesamten Staatsverwaltung einzuwirken. Diese faktische Wirksamkeit hatte jedoch – ebenso wie der Titel eines Staatskanzlers – in der Verfassung keine Grundlage. Es bedeutet nur eine nachträgliche gesetzliche Registrierung, wenn die Verfassungsnovelle in den §§ 11 und 12¹² die Kompetenz des Staatskanzlers umschreibt. Diese Kompetenz ist aber mit der Tatsache seiner Unverantwortlichkeit unvereinbar. Darum war es notwendig, daß die Novelle im § 3¹³ den Staatskanzler unter die gleiche Ministerverantwortlichkeit stellt wie die Staatssekretäre.

Schon nach der bisher geltenden Verfassung sollte das *Initiativrecht der Regierung* vom Staatsrat ausgehen. Als Vorlagen des Staatsrats sollten die von den Staatsämtern oder der Staatskanzlei ausgearbeiteten Gesetzesvorschläge an die Nationalversammlung gelangen.¹⁴ Das den Mitgliedern der Nationalversammlung zustehende | Initiativrecht sollte dadurch nicht berührt werden. Dieser Gedanke kam jedoch nur sehr unklar zum Ausdruck. § 4 der Novelle¹⁵ bringt ihn in neuer Formulierung.

Eine grundlegende Aenderung dagegen erfährt *die Stellung des Staatsrates im Gesetzgebungsprozeß*. Bisher oblag ihm keine andere Funktion, als die der Beurkundung und Kundmachung der von der Nationalversammlung gefaßten Beschlüsse und beschlossenen Gesetzesvorlagen.¹⁶ Die Novelle bestimmt nun zunächst, daß der Staatsrat einen gefaßten Beurkundungsbeschluß nicht mehr re-assumieren¹⁷ dürfe und daß die Kundmachung nicht mehr wie bisher auf Grund

¹² §§ 11–12 Verfassungsnovelle 1918 (Anm. 5).

¹³ § 3 Abs 2 Verfassungsnovelle 1918 (Anm. 5); vgl. § 9 Abs 1 Beschluß Staatsgewalt 1918 (Anm. 4).

¹⁴ Vgl. § 7 Beschluß Staatsgewalt 1918 (Anm. 4).

¹⁵ § 4 Abs 1 Verfassungsnovelle 1918 (Anm. 5): „Vorschläge für Beschlüsse der Nationalversammlung gelangen an diese als Vorlagen des Staatsrates. Das den Mitgliedern der Nationalversammlung zustehende Vorschlagsrecht bleibt dadurch unberührt.“

¹⁶ Vgl. § 7 Beschluß Staatsgewalt 1918 (Anm. 4).

¹⁷ Reassumieren ist eine veraltete Ausdrucksweise für: etwas wieder aufnehmen, insb. ein Gerichtsverfahren nach einem Stillstand.

eines Kundmachungsbefehles des Staatsrats, sondern unmittelbar auf Grund der Verfassung selbst zu erfolgen habe, die bestimmt, daß die vom Staatsrat beurkundeten Beschlüsse der Nationalversammlung von der Staatskanzlei im Staatsgesetzblatte kundzumachen sind.¹⁸ Damit soll der mit der Publikation betraute Staatskanzler eine gewisse Selbständigkeit gegenüber dem Staatsrat erlangen. Aenderungen in der Zusammensetzung des Staatsrats sollen nach erfolgter Beurkundung eines Nationalversammlungsbeschlusses die Publikation desselben nicht mehr in Frage stellen dürfen.

Von größter Bedeutung aber ist das dem Staatsrate durch die Novelle eingeräumte Recht eines *suspensiven Vetos*. Aehnlich wie nach der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika der Präsident,¹⁹ soll bei uns der Staatsrat die Möglichkeit haben, einen Beschluß der gesetzgebenden Körperschaft, gegen dessen Vollziehung er als oberstes Exekutivorgan Bedenken hat, binnen zehn Tagen unter Angabe seiner Gründe an die Nationalversammlung mit dem Antrage auf Abänderung oder Aufhebung zurückzuleiten.²⁰ Der Beschluß, mit dem der Staatsrat sein Veto ausübt, bedarf zu seiner Gültigkeit der Anwesenheit von mindestens 15 Mitgliedern und einer Zweidrittelmehrheit der abgegebenen Stimmen.²¹ Er ist somit an dieselben Kautelen gebunden wie nach dem Grundgesetze über die richterliche Gewalt ein Begnadigungsbeschluß.²² Das Veto ist jedoch nur ein suspensives. Beharrt die Nationalversammlung auf ihrem ursprünglichen Beschlusse, so ist dieser unverzüglich vom Staatsrate zu beurkunden.²³ Hat sie jedoch an dem ursprünglichen Beschlusse Aenderungen vorgenommen, dann kann der Staatsrat auch gegen diese Aenderungen – falls er Bedenken hinsichtlich ihrer Vollziehbarkeit hat – sein Veto einlegen. Normalerweise dürfte jedoch ein solches Veto vor allem nur zum Zwecke der Sanierung legislativ technischer Mängel geltend gemacht werden. Die Entgleisung anläßlich der bekannten *Lex Kemetter*²⁴, durch die das Gesetz über das deutschösterreichische Bürgerrecht undurchführbar gemacht und der Staat plötzlich aller seiner Staatsbürger bis auf weiteres rechtlich entledigt wurde,²⁵ hat den Anlaß zur Schaffung des suspensiven Vetos gegeben. Diese In-

¹⁸ Vgl. § 4 Abs 6 Verfassungsnovelle 1918 (Anm. 5).

¹⁹ Vgl. Art. I, section 7, para. 2 Constitution of the United States of September 17, 1787.

²⁰ Vgl. § 4 Abs 3 Verfassungsnovelle 1918 (Anm. 5).

²¹ Vgl. § 4 Abs 4 Verfassungsnovelle 1918 (Anm. 5).

²² Vgl. § 16 Abs 3 Grundgesetz vom 22. November 1918 über die richterliche Gewalt, StGBI 1918/38.

²³ Vgl. § 4 Abs 5 Verfassungsnovelle 1918 (Anm. 5).

²⁴ August Maria Kemetter (1866–1945), Pädagoge und Politiker. Er war 1898–1903 Gymnasiallehrer in Mödling, 1903–1905 Direktor des Gymnasiums in Horn, 1905 Direktor der niederösterreichischen Landeslehrerbildungsanstalt am Pädagogium in Wien, 1907–1918 Reichsratsabgeordneter, 1918–1919 Mitglied der Provisorischen Nationalversammlung (Deutschnationale Parteien).

²⁵ In der Sitzung der Provisorischen Nationalversammlung vom 27. November 1918 wurden in der zweiten Lesung des Gesetzes über das deutschösterreichische Staatsbürgerrecht (vgl. 40 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich 1918–1919, S. 5–6) Änderungen des Abgeordneten Kemetter angenommen

stitution ist durchaus zu begrüßen, zumal es an der Kontrolle durch eine zweite Kammer fehlt.

Eine der wichtigsten Reformen wird ganz unauffällig dadurch vollzogen, daß in dem § 5 der Novelle,²⁶ der an Stelle des § 7 des Verfassungsbeschlusses vom 30. Oktober²⁷ tritt, der letzte Nebensatz des aufgehobenen Paragraphen, wonach der Staatsrat die nötigen Vollzugsanweisungen zu erlassen hat, nicht aufgenommen wird. Dadurch wird das von der Praxis – weil undurchführbar – vielfach durchbrochene *Verordnungsmonopol des Staatsrates* beseitigt. Ein Blick ins Staatsgesetzblatt zeigt, daß schon bisher keineswegs nur der Staatsrat, sondern in sehr weitem Maße auch die Staatsämter Verordnungen unter dem Titel „Vollzugsanweisungen“ erlassen haben.²⁸ Die ursprüngliche Absicht, die Verordnungsgewalt ausschließlich dem Staatsrat vorzubehalten – hervorgegangen aus dem Mißtrauen gegen die Zentralstellen, die unter dem alten Regime das Verordnungsrecht in gesetz- und verfassungswidriger Weise mißbraucht haben²⁹ – hat sich nicht als realisierbar erwiesen. Mit der Verwaltung eines bestimmten Ressorts muß einer Behörde auch das Recht übertragen werden, innerhalb ihres Wirkungskreises auf Grund des Gesetzes Verordnungen zu erlassen. Denn Verwalten heißt keineswegs bloß, individuelle Entscheidungen und Verfügungen treffen, sondern auch generelle Normen setzen. Zwischen dem individuellen und dem generellen Verwaltungsakt ist im Grunde nur ein technisch-ökonomischer Unterschied. Eine hinreichende Garantie für die Gesetz- und Verfassungsmäßigkeit der Verordnungen

und in dritter Lesung verabschiedet (StProt ProvNV (Anm. 2), S. 183–184). Auf Zuschrift des Staatsrates, der die politische Undurchführbarkeit der Lex Kemetter bemängelte, wurde das in Geltung stehende Gesetz am 5. Dezember 1918 aufgehoben und der Verfassungsausschuss beauftragt, über diese Angelegenheit neuerlich zu berichten (StProt ProvNV (Anm. 2), S. 191–199). Im Verfassungsausschuss erneuerte der Abgeordnete Kemetter seinen Antrag der vorherigen Sitzung nicht (StProt ProvNV (Anm. 2), S. 281 (Berichterstatter Schacherl)). Die Provisorische Nationalversammlung verabschiedete daraufhin den Antrag des Verfassungsausschusses (69 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich 1918–1919), der inhaltlich mit der ursprünglichen Vorlage übereinstimmte (StProt ProvNV (Anm. 2), S. 283). Vgl. Gesetz vom 5. Dezember 1918 über das deutschösterreichische Staatsbürgerrecht, StGBI 1918/91.

²⁶ § 5 Verfassungsnovelle 1918 (Anm. 5).

²⁷ § 7 Beschluß Staatsgewalt 1918 (Anm. 4).

²⁸ Vgl. Vollzugsanweisung des Deutschösterreichischen Staatsamtes für Volksernährung vom 2. November 1918 [betreffend die Erhöhung der Übernahmepreise für einzelne im Jahre 1918 geerntete Frucht- und Futtergattungen], StGBI 1918/8; Vollzugsanweisung des Deutschösterreichischen Staatsamtes für Volksernährung vom 13. November 1918, mit welcher die Höchstpreise für frisches Gemüse außer Kraft gesetzt werden, StGBI 1918/9; Vollzugsanweisung des Deutschösterreichischen Staatsamtes für Volksernährung im Einvernehmen mit dem Deutschösterreichischen Staatsamte für Verkehrswesen vom 13. November 1918, betreffend Transportbescheinigungen für Frischgemüse, StGBI 1918/10.

²⁹ Damit ist vorrangig der Missbrauch mittels der sogenannten § 14-Verordnungen, d. h. dem kaiserlichen Notverordnungsrecht gemäß § 14 Gesetz vom 21. Dezember 1867, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert wird, RGBl 1867/141 (im Folgenden: StGG Reichsvertretung 1867), gemeint. Vgl. dazu *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.

bietet die Ministerverantwortlichkeit der Ressortchefs, zumal wenn diese nach parlamentarischem Prinzip in der Regel der Volksvertretung entnommen werden.

Die Größe des obersten Exekutivorgans des Staatsrates, der nebst den drei Präsidenten aus zwanzig Mitgliedern und eben so vielen Ersatzmännern besteht,³⁰ und die mannigfach anderweitige Belastung der einzelnen Staatsräte macht es so gut wie unmöglich, daß der Staatsrat – wie dies für das oberste Exekutivorgan unbedingt notwendig ist – permanent in Funktion steht. Daher hat schon der Verfassungsbeschluß vom 30. Oktober³¹ ein geschäftsführendes Staatsratsdirektorium geschaffen, ohne freilich dessen Kompetenz näher zu umschreiben. Dies geschieht nun in der Novelle. Das *Staatsratsdirektorium* wird berechtigt, *Anordnungen*, die in den Wirkungskreis des Staatsrates fallen, im Falle besonderer *Dringlichkeit selbst zu treffen*, wenn der Staatsrat nicht versammelt ist. Die nachträgliche Genehmigung des Staatsrates ist binnen drei Tagen einzuholen.³² Dem Staatsratsdirektorium wird ferner die *Leitung und Verwendung der Wehrmacht* übertragen,³³ wobei jedoch dem verfassungsmäßigen Einfluß der Nationalversammlung, der in dem noch zu schaffenden Wehrgesetz geregelt wird, kein Abbruch geschieht. Das Staatsratsdirektorium hat schließlich auch die *Beamten* von der sechsten Rangklasse³⁴ aufwärts zu *ernennen*. Die Beamten und Bediensteten der niedrigeren Rangklassen ernennen die Staatssekretäre. Doch dürfen Ernennungen nur im Rahmen der von den zuständigen amtlichen Stellen erstatteten *Besetzungsvorschläge* erfolgen.³⁵ Damit ist der Parteiwillkür der parteimäßig zusammengesetzten ernennenden Behörden ein Riegel vorgeschoben.

Das *Staatsratsdirektorium* bestand ursprünglich aus den drei Präsidenten der Nationalversammlung, dem Staatskanzler und dem Staatsnotar. Dadurch, daß die beiden letzteren unter Ministerverantwortlichkeit gestellt wurden,³⁶ ergab sich die Notwendigkeit, sie aus dem Staatsratsdirektorium, das nunmehr *nur aus den drei unverantwortlichen Präsidenten* besteht, auszuschneiden, da sonst dieses Kollegium zum Teil aus verantwortlichen, zum Teil aus unverantwortlichen, einander aber gleichberechtigt koordinierten Mitgliedern bestanden hätte. Die neue Zusammensetzung des Staatsratsdirektoriums entspricht auch mehr dem offenbar schon dem Verfassungsbeschluß vom 30. Oktober zugrundeliegenden Gedanken, daß die drei Präsidenten zusammen die Stelle eines Präsidenten der Republik ausfüllen sollen. Folgerichtig hat auch die Novelle die Regierungsakte des Staatsratsdirektoriums,

³⁰ Vgl. § 4 Beschluß Staatsgewalt 1918 (Anm. 4).

³¹ Vgl. § 5 Abs 2 Beschluß Staatsgewalt 1918 (Anm. 4).

³² Vgl. § 7 Verfassungsnovelle 1918 (Anm. 5).

³³ Vgl. § 8 Verfassungsnovelle 1918 (Anm. 5).

³⁴ In der österreichisch-ungarischen Monarchie wurden die Staatsbeamten hierarchisch in elf Rangklassen eingeteilt, die sich grundsätzlich nach der Stelle des jeweiligen Beamten richteten (vgl. Gesetz vom 15. April 1873, betreffend die Regelung der Bezüge der activen Staatsbeamten, RGBl. 1873/47). Die VI. Rangklasse entspricht dem Rang eines Obersten oder eines ordentlichen Universitätsprofessors.

³⁵ Vgl. § 9 Verfassungsnovelle 1918 (Anm. 5).

³⁶ Vgl. § 3 Abs 2 Verfassungsnovelle 1918 (Anm. 5).

das unter den Vorsitz des jeweiligen Präsidenten im Kabinettsrat gestellt wird, an die Kontrasignatur des verantwortlichen Staatskanzlers gebunden. Der Staatsnotar hat lediglich die Ausfertigungen des Staatsratsdirektoriums zu beurkunden.³⁷

Auch die *Stellung des Staatsnotars* erfährt durch die Novelle eine gewisse Veränderung, indem er, dessen Kompetenz ursprünglich lediglich auf eine Beurkundung der Ausfertigungen des Staatsrates beschränkt war,³⁸ zum Vorstand eines eigenen Amtes, des *Staatsiegelamtes*, gemacht wird. Als solcher verwahrt er die Siegel, Embleme und Kleinodien des Staates.³⁹ Das ganze Amt des Staatsnotars scheint übrigens recht überflüssig zu sein, da ein besonderes Organ für die Beurkundungen der Beschlüsse des Staatsrates und des Staatsratsdirektoriums dann keinen rechten Sinn mehr hat, wenn diese Akte der Gegenzeichnung des Staatskanzlers oder eines Staatssekretärs bedürfen. Zugleich mit dem Staatskanzler ist auch der Staatsnotar durch die Novelle unter Ministerverantwortlichkeit gestellt.

Eine sehr empfindliche Lücke der Verfassung bestand darin, daß keinerlei Bestimmungen über den Abschluß von *Staatsverträgen* getroffen waren. Insbesondere war der provisorischen Nationalversammlung keine Kompetenz nach dieser Richtung vorbehalten. Da ihr nur die Gesetzgebung übertragen wurde, hatte sie verfassungsmäßig keine Möglichkeit, bei jenen bedeutsamen Verwaltungsakten mitzuwirken, die in der Regel in den Wirkungskreis der Gesetzgebungskörper gestellt werden: Abschluß von Staatsverträgen, Budgetbewilligung, Rekrutenbewilligung, Kriegserklärung usw. Die Verfassungsnovelle beeilt sich, diese Lücke zum Teile auszufüllen, indem die Bestimmung getroffen wird, daß Staatsverträge zu ihrer Gültigkeit prinzipiell der Genehmigung des Staatsrates bedürfen, daß aber Handelsverträge und solche Staatsverträge, die eine Veränderung des Staatsgebietes zur Folge haben, zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung durch die provisorische Nationalversammlung bedürfen.⁴⁰ Damit wird im großen und ganzen für den Abschluß von Staatsverträgen der provisorischen Nationalversammlung die gleiche Kompetenz eingeräumt, die der österreichische Reichsrat hatte, nur daß die in § 11, Punkt a, des Grundgesetzes über die Reichsvertretung vom 21. Dezember 1867, R.G.Bl. Nr. 141,⁴¹ gleichfalls an die Prüfung und Genehmigung des Reichsrates gebundenen Staatsverträge, „die das Reich oder Teile desselben belasten oder einzelne Bürger verpflichten“, wegen der praktischen Belanglosigkeit dieser Staatsverträge und der nicht sehr glücklichen Formulierung (jeder Staatsvertrag „belastet“ den Staat) weggelassen wurden.

Das dringende Bedürfnis, mit den anderen auf dem Gebiete des ehemaligen Oesterreich-Ungarn entstandenen Nationalstaaten zur Regelung der *wirtschaftlichen Verhältnisse auf kurzem Wege provisorische Vereinbarungen* zu treffen, hat die

³⁷ Vgl. § 6 Abs 1–2 Verfassungsnovelle 1918 (Anm. 5).

³⁸ § 5 Abs 1 Beschluß Staatsgewalt 1918 (Anm. 4).

³⁹ Vgl. § 3 Abs 2, § 13 Verfassungsnovelle 1918 (Anm. 5).

⁴⁰ Vgl. § 5 Abs 2 Verfassungsnovelle 1918 (Anm. 5).

⁴¹ § 11 lit a StGG Reichsvertretung 1867 (Anm. 29).

Veranlassung gegeben, daß die Verfassungsnovelle das Staatsratsdirektorium ermächtigt, solche Staatsverträge abzuschließen.⁴² Die *Ratifikation* aller Staatsverträge erfolgt nach der ausdrücklichen Vorschrift der Novelle durch den Präsidenten im Kabinett unter Gegenzeichnung des Staatskanzlers, des Staatssekretärs für Aeußeres und des dem Gegenstande des Vertrages nach zuständigen Staatssekretärs.⁴³

Auch mit dem heute beschlossenen Gesetz ist der Ausbau der Verfassung noch nicht abgeschlossen, dem staatsrechtlichen Gebäude der jungen Republik noch keineswegs der provisorische Charakter genommen. Nicht nachdrücklich genug kann betont werden, daß das Werk der *definitiven Verfassung* der *Konstituante* vorbehalten bleibt. Da diese aber vermutlich zunächst von dem Gegebenen, dem von der provisorischen Nationalversammlung Geschaffenen ausgehen wird, war eine Reform schon im gegenwärtigen Zeitpunkte nicht überflüssig.

⁴² Vgl. § 7 Verfassungsnovelle 1918 (Anm. 5).

⁴³ Vgl. § 5 Abs 3 Verfassungsnovelle 1918 (Anm. 5).

Die verfassungsrechtliche Stellung
des Staatskanzlers
(1918)*

* Arbeiter-Zeitung Nr. 354 vom 28. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 2.

| Die verfassungsrechtliche Stellung des Staatskanzlers.

Eine der größten Schwierigkeiten, die es bei der Schaffung der neuen Verfassung zu überwinden galt, bereitete das Bedürfnis, die Koalition der Parteien, auf deren burgfriedlichem Zusammenarbeiten allein das junge Staatswesen gegründet werden konnte, auch in der Organisation des obersten Exekutivorgans zum Ausdruck zu bringen. Aus diesem Grunde mußte darauf verzichtet werden, die höchste Regierungsgewalt *einem* Präsidenten der Republik zu übertragen. Sollten alle Parteien im Verhältnis zu ihrer parlamentarischen Stärke auch an der Ausübung der Exekutive beteiligt werden, dann blieb nichts anderes übrig, als das oberste Exekutivorgan als ein mehrköpfiges Kollegium zu organisieren. Darin liegt die Rechtfertigung des aus zwanzig Mitgliedern und aus zwanzig Ersatzmitgliedern zusammengesetzten Staatsrates,¹ der als Regent einen im Vergleich zu anderen Verfassungen gewiß abnormalen Umfang hat. Allein wenn irgend eine Institution der neuen Verfassung eine provisorische ist, so ist es der Staatsrat.

Gerade die Größe dieses Kollegiums, das nur die allgemeinen Grundsätze der Politik, die obersten Richtlinien für die Exekutive festsetzen kann, macht die Administration der verschiedenen Verwaltungszweige unter der verantwortlichen Leitung einzelner Ressortchefs keineswegs überflüssig. Daher denn auch die Verfassung neben dem Staatsrat, als die Leiter des eigentlichen Verwaltungsgeschäftes, die *Staatssekretäre* berufen mußte, die als Beauftragte des Staatsrates fungieren.² Dabei bleibt jedoch das eminent wichtige Bedürfnis nach Einheitlichkeit der Verwaltung unbefriedigt. Der Staatsrat, der selbst nicht einheitlich zusammengesetzt ist und aus der Sphäre der Regierung in die der Verwaltung prinzipiell nicht eindringt, ist nicht geeignet, diese Einheit herzustellen. Wenn die Vielheit der Staatssekretäre in der Staatsregierung zu einem Kollegium zusammengefaßt wird, dann bedarf es noch einer wirksamen Leitung des Kabinetts durch einen kraft seiner Stellung autorisierten Vorsitzenden. Nach § 15 des Verfassungsbeschlusses vom 30. Oktober³ sollte der Staatsrat einen der Staatssekretäre mit dem Vorsitz im Kabinett betrauen. Diese Bestimmung war von vornherein verfehlt, denn ein mit der Ressortverwaltung belasteter und durch seinen Ressortstandpunkt notwendigerweise voreingenommener Staatssekretär ist ganz und gar nicht geeignet, neben

¹ Vgl. § 4 Abs 1 Beschluß der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich vom 30. Oktober 1918 über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt, StGBl 1918/1 (im Folgenden: Beschluß Staatsgewalt 1918).

² Vgl. §§ 8, 11 Beschluß Staatsgewalt 1918 (Anm. 1).

³ § 15 Beschluß Staatsgewalt 1918 (Anm. 1).

seinen besonderen Geschäften auch die mit dem Vorsitz im Kabinett verbundene höchstwichtige Funktion einer Vereinheitlichung der Verwaltung zu üben. Die Dreizahl der Präsidenten, die die Nationalversammlung zu gleichem Rechte gewählt hat, legte es nahe, ihnen, wie in der Nationalversammlung und im Staatsrat, den Vorsitz auch im Kabinett zu übertragen. Dies geschah auch durch die Verfassungsnovelle vom 19. Dezember.⁴ Allein darüber kann von vornherein kein Zweifel sein, daß sich Legislative und Exekutive nie so innig miteinander verbinden lassen, daß der Präsident des Parlaments zugleich auch als Ministerpräsident fungiert. Auch wäre es mit der Einheitlichkeit der Kabinettsitzung nicht weit her, wenn in den Kabinettsitzungen regelmäßig einer der drei Präsidenten, das hieße jede Woche ein anderer den Vorsitz führte. Darum mußte von vornherein für einen Stellvertreter gesorgt werden, der die Präsidenten in der Regel der Fälle vertritt.

Wenn diese Stellvertretung und damit der regelmäßige Vorsitz im Kabinett sowie die Aufgabe, auf die Einheitlichkeit der gesamten Verwaltung hinzuwirken, auf ein Organ gefallen ist, dem der Verfassungsbeschluß vom 30. Oktober keineswegs eine hervorragende Stellung zugedacht hat, nämlich auf den bisher schon tatsächlich als Staatskanzler bezeichneten Leiter der Staatskanzlei, so mag dies mit den besonderen Qualitäten jener Persönlichkeit zusammenhängen, die seit der Wirksamkeit der neuen Verfassung an der Spitze der Staatskanzlei gestanden ist. Dabei hat es nicht erst der Verfassungsnovelle vom 19. Dezember⁵ bedurft, um aus dem Leiter der Staatskanzlei einen Staatskanzler zu machen, sondern die praktischen Verfassungsbedürfnisse, die staatsrechtlichen Forderungen des Alltags haben jenes zentrale Verwaltungsorgan schon vorher im Wege einer allmählichen Verfassungswandlung geschaffen. Das Gesetz vom 19. Dezember hat den Tatsachen nur eine formal-rechtliche Grundlage gegeben. Gewiß, zum Ministerpräsidenten hätte nicht gerade der Leiter der Staatskanzlei werden müssen. Aber ein zentraler Regulator des Verwaltungsapparats war notwendig. Wäre er neben der Staatskanzlei aufgestellt worden, hätte er diese sofort absorbiert.

Indem der Leiter der Staatskanzlei zu einem Vorsitzenden des Rates der Staatssekretäre wurde, war die Notwendigkeit gegeben, ihn ebenso wie diese unter Ministerverantwortlichkeit zu stellen. Man mag über den praktischen Wert der Ministerverantwortlichkeit denken wie man will; daraus, daß dieses Rechtsinstitut in Oesterreich überhaupt nicht in Anwendung kam, ist jedenfalls an sich kein Schluß auf seine Unbrauchbarkeit zulässig. In ihrer präventiven Wirkung liegt gerade der Hauptwert der strafandrohenden Rechtsnormen. Auch darf nicht übersehen werden, daß bei einem parlamentarischen Regime der Ministerverantwortlichkeit viel

⁴ Vgl. § 1 Gesetz vom 19. Dezember 1918, womit einige Bestimmungen des Beschlusses der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt vom 30. Oktober 1918, St.G.Bl. Nr. 1, abgeändert oder ergänzt werden, StGBI 1918/139 (im Folgenden: Verfassungsnovelle 1918).

⁵ Vgl. § 3 Abs 2 Verfassungsnovelle 1918 (Anm. 4).

höhere Bedeutung zukommen kann als in einem konstitutionellen oder pseudo-absolutistischen, wie es in den letzten Jahrzehnten in Oesterreich geherrscht hat. Schließlich muß man sich darüber im reinen sein, welchen Wert man der Verfassungsmäßigkeit der Regierung zuerkennt, und bedenken, daß die primitive Technik des Rechtes keine andere Garantie für dessen Wahrung zur Verfügung hat als die Strafe. Da aber die Verletzung der Verfassungsmäßigkeit kein Tatbestand des allgemeinen Strafgesetzes ist und der spezifisch politische Charakter eines solchen Delikts dieses einer Judikatur durch die gewöhnlichen Strafgerichte naturgemäß entzieht, so bleibt eben nichts anderes übrig, als durch ein Spezialgesetz ein besonderes Strafverfahren mit speziellen Strafen und einer eigenen Instanz zu schaffen.

Der Verfassungsbeschluß vom 30. Oktober hat zwar die Staatssekretäre unter Ministerverantwortlichkeit gestellt⁶ (und dabei das alte österreichische Ministerverantwortlichkeitsgesetz⁷ rezipiert), aber er hat von dem die Ministerverantwortlichkeit politisch ergänzenden Rechtsinstitut der Kontrasignatur keinen Gebrauch gemacht. Die Regierungsakte des Staatsrates waren – sehr zum Unterschied von denen des Kaisers nach der alten Verfassung – ohne Gegenzeichnung eines verantwortlichen Organs gültig. Zwar mußten sie auch vom Leiter der Staatskanzlei und vom Staatsnotar gefertigt sein,⁸ aber deren Unterschrift bedeutete, eben weil sie nicht verantwortliche Minister waren, nur eine Beurkundung, keine staatsrechtliche Gegenzeichnung. Nunmehr sind die Regierungsakte des Staatsrates an die Kontrasignatur des verantwortlichen Kanzlers gebunden.⁹ Allerdings nur dann, wenn es sich um Angelegenheiten seines Wirkungskreises handelt. Betrifft der Beschluß des Staatsrates das Ressort eines Staatssekretärs, so ist dessen Gegenzeichnung erforderlich. Hier von einem Vetorecht des Staatskanzlers gegen die Beschlüsse des Staatsrates zu sprechen wäre gewiß nicht am Platze, schon darum nicht, weil der Staatsrat – ebenso wie der Kaiser die Minister – den Staatskanzler bestellt und jederzeit abberufen kann.¹⁰ Nur den Regierungsakten des Staatsratsdirektoriums gegenüber kommt es allein auf die Gegenzeichnung des Staatskanzlers an.¹¹

Die Notwendigkeit einer den einzelnen von den Staatssekretären geleiteten Ressorts gegenüber zentralen Verwaltungsstelle ergibt sich nicht nur aus dem Bedürfnis nach Vereinheitlichung, sondern insbesondere auch deshalb, weil der Ausbau der Verfassung, in der alle Sonderverwaltungen gleichmäßig eingebettet sind, die Vorbereitung der Verfassungsvorlagen und die Ausarbeitung der zur Durch-

⁶ Vgl. § 9 Beschluß Staatsgewalt 1918 (Anm. 1).

⁷ Vgl. Gesetz vom 25. Juli 1867, über die Verantwortlichkeit der Minister für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGBl 1867/101 (im Folgenden: MinisterverantwortlichkeitsG 1867).

⁸ Vgl. § 6 Abs 2 Beschluß Staatsgewalt 1918 (Anm. 1).

⁹ Vgl. § 3 Abs 3 Verfassungsnovelle 1918 (Anm. 4).

¹⁰ Vgl. § 5 Abs 1 Beschluß Staatsgewalt 1918 (Anm. 1).

¹¹ Vgl. § 6 Abs 2 Verfassungsnovelle 1918 (Anm. 4).

führung der Verfassung bestimmten Verordnungen nicht gut einem speziellen Ressort, insbesondere auch nicht dem Staatsamt des Innern, übertragen werden kann. Gerade vom verwaltungstechnischen Standpunkt eignet sich hiefür am besten das dem Vorsitzenden der Staatssekretäre unterstehende Amt. Dann aber gibt es eine Reihe von Institutionen, an denen alle Ressortstellen gleichmäßig interessiert sind und die daher keiner dieser Ressortstellen allein zugewiesen sein dürfen. So zum Beispiel das statistische Zentralamt, vor allem aber die Gerichte öffentlichen Rechtes, die über die Gesetzmäßigkeit von Verwaltungsakten der einzelnen Ressortstellen zu entscheiden haben und daher *in administrativer Hinsicht* keiner dieser Ressortstellen, sondern eben der neutralen Staatskanzlei zugewiesen werden müssen.

Damit ist der natürliche Wirkungskreis jenes Amtes umschrieben, das die Verfassungsnovelle vom 19. Dezember rechtlich geschaffen hat und das – bald mit einem weiteren, bald mit einem engeren Umfang – jede Verfassung enthält. Der Titel freilich, den unsere Verfassung dem Träger dieses Amtes gibt, kann bemängelt werden, speziell wenn man, was sehr nahe liegt, das Amt des *Kanzlers* nach der *deutschen Reichsverfassung* im Auge hat. Im Reichskanzler hat die *Bismarcksche* Verfassung den einzigen verantwortlichen Reichsminister überhaupt geschaffen¹² und ihm die Staatssekretäre nur als Hilfsorgane und Vertreter untergeordnet. Dieses Verhältnis besteht zwischen dem Staatskanzler und den Staatssekretären nach unserer Verfassung nicht. Die Staatssekretäre, die keineswegs auf Vorschlag des Staatskanzlers ernannt werden, deren Ernennung durch den Staatsrat aber in Hinkunft vom Staatskanzler kontrasiert werden muß,¹³ sind innerhalb ihres Ressorts selbständig und dem Staatskanzler, soweit dessen Wirkungskreis in Betracht kommt, gleichgeordnet. Ein Kabinettschef in diesem Sinne ist der Staatskanzler nicht. Er kann keinem Staatssekretär Aufträge erteilen, er kann auch keinen Staatssekretär ersetzen. Weil er nur dem Kabinettsrat vorzusitzen und auf die Einheitlichkeit der Verwaltung nur „einzuwirken“,¹⁴ nicht aber diese kraft eines ihm über die Staatssekretäre zustehenden Imperiums herbeizuführen hat, verdient er – als erster unter Gleichen – eher den Titel eines „vorsitzenden Staatssekretärs“ oder, falls der Vorsitz im Kabinett nicht prinzipiell einem der Präsidenten vorbehalten wird, den eines „Kabinettspräsidenten“ als den eines Staatskanzlers, zumal da er auf die mit einem Kanzleramt herkömmlicherweise besonders eng verbundenen auswärtigen Angelegenheiten keinerlei amtlichen Einfluß hat. Doch ist

¹² Vgl. Art. 15 Abs. 4 Gesetz, betreffend die Verfassung des Deutschen Reiches. Vom 16. April 1871, RGBl. S. 63 i. d. F. Nr. 2 Gesetz zur Abänderung der Reichsverfassung. Vom 28. Oktober 1918, RGBl. S. 1274.

¹³ Vgl. § 3 Abs 3 Verfassungsnovelle 1918 (Anm. 4).

¹⁴ § 11 Verfassungsnovelle 1918 (Anm. 4): „Der Staatskanzler hat auf das einheitliche Zusammenarbeiten aller Staatsämter und auf die Wahrung der allen Verwaltungszweigen gemeinsamen Interessen hinzuwirken.“

die Titelfrage zu nebensächlich, um über ihr die verfassungs- und verwaltungs-technische Zweckmäßigkeit des Amtes zu übersehen.¹⁵

¹⁵ Dem Beitrag Kelsens nachgestellt und lediglich durch drei horizontal angebrachte Asterisken und petit-Satz äußerlich überhaupt als eigenständiger Text erkennbar ist ein weder namentlich noch durch eine Überschrift gekennzeichnete Kommentar. Der wohl von der Redaktion der „Arbeiter-Zeitung“ herrührende Text hat folgenden Wortlaut: „Da der geschätzte Verteidiger jener Verfassungsänderung einräumt, man könne über den praktischen Wert der Ministerverantwortlichkeit denken, ‚wie man will‘, so bleiben wir bei unserem Urteil, daß ihr Wert gleich Null ist. Nein, das ist zu wenig gesagt: diese von der parlamentarischen Verantwortung, die in jedem gesund gewachsenen Staate die Norm ist und mit der alle parlamentarisch regierten Staaten auch *auskommen*, losgelöste ‚strafgerichtliche‘ Verantwortlichkeit ist geradezu schädlich: würde sie doch (wenn man sie ernst nähme) das Parlament dazu führen, nicht selbständig aufzupassen, selbst zu kontrollieren, sondern sich dabei zu beruhigen, daß die Minister ja doch zur Verantwortung gezogen werden können und diese Möglichkeit für das Parlament und ‚Gefahr‘ für die Minister ausreichend sei. Und was die ‚präventive Wirkung‘ anlangt, hat das Dasein der Ministerverantwortlichkeit keine Regierung an den schlimmsten Verfassungsbrüchen gehindert; in dem *Gesetz* liegt also die Abschreckung ganz gewiß nicht. Daß der Verantwortlichkeit des Staatsrates und des Direktoriums sachliche Gründe entgegenstehen – nämlich die, daß sie beide ein Kollegium sind, das durch Beschlüsse entscheidet – übersehen wir keineswegs; aber das war noch lange kein Grund, die Allerwärtsverantwortlichkeit einer einzigen Person zu statuieren, die das alles, was sie gegenzeichnet, innerlich gar nicht bewältigen kann, wonach man statt der Verantwortlichkeit der Wirkenden eine formelle Verantwortlichkeit des Gegenzeichners erhält. Immer natürlich, wenn man die ‚Verantwortlichkeit‘ ernst nehmen will – wozu wir uns nie entschließen werden. Denn wenn schon der Ministerverantwortlichkeit nach dem alten Gesetz keine tatsächliche Wirkungsfähigkeit zukam, so hatte sie doch sozusagen eine gewisse Logik; an der gebricht es der jetzigen völlig. Sie ist einfach ein Widersinn. Nach dem alten Gesetz hatte die Verantwortlichkeit nämlich ein Gerichtshof zu prüfen. [Vgl. § 16 Abs 1–2 MinisterverantwortlichkeitsG 1867 (Anm. 7): „[1] Die Verhandlung und Entscheidung über die Anklage erfolgt bei dem Staatsgerichtshof. [2] Der Staatsgerichtshof ist in der Art zu bilden, daß jedes der beiden Häuser des Reichsrathes ... zwölf unabhängige und gesetzkundige Staatsbürger, welche jedoch keinem der beiden Häuser des Reichsrathes angehören dürfen ... als Mitglieder des Staatsgerichtshofes wählt.“] Jetzt ist es ein Ausschuß der Nationalversammlung. [Vgl. § 9 Abs 2 Beschluß Staatsgewalt 1918 (Anm. 1).] Nun erwäge man den Widerspruch, daß die Regierung doch vor allem der Nationalversammlung Verantwortung schuldet, das Parlament aber rechtlich unfähig wäre, diese Verantwortung wirksam zu machen, vielmehr die Entscheidung einem Ausschuß des Parlaments zustünde! Und die Minister hätten sich nicht vor dem Parlament zu fürchten, das sie doch wegschicken kann, sondern vor dessen Ausschuß, der sie bestrafen wird! Nichts als Papier!

In Wahrheit hat die ganze Theorie von der Unerläßlichkeit dieser ‚Verantwortlichkeit‘ nur den Zweck, die *politische Kräfteverschiebung*, die durch jenes zweite Verfassungsgesetz herbeigeführt wird, zu bemänteln und plausibel zu machen. War es notwendig, daß wir einen ‚Kabinettspräsidenten‘ bekommen, so hätte man es offen verlangen sollen, nicht hatte man aber die Sache so hinzustellen, als ob nur eine verfassungsrechtliche Lücke ausgefüllt werde. Wie Deutschösterreich regiert werden soll, ist eine *politische* Frage und kann nicht aus den Bedürfnissen des harmonischen Aufbaues der Verfassungsform entschieden werden. Auf Umwegen braucht die Republik die Verteilung der politischen Gewalten nicht zu regeln und umsoweniger darf dieser Umweg auf Beifall rechnen, wenn jene Verteilung noch höchst fragwürdiger Art ist.“

Ein einfaches Proportionalwahlssystem (1918)*

* Arbeiter-Zeitung Nr. 321 vom 24. November 1918, Morgenblatt, S. 2–3.

| Ein einfaches Proportionalwahlsystem.

Das in den meisten Staaten herrschende Wahlsystem, das auch unserer alten Reichsratswahlordnung vom Jahre 1907¹ zugrunde liegt, beruht auf zwei Grundsätzen: 1. *dem Majoritätsprinzip*; 2. *der Wahlkreiseinteilung*. Das ganze Land wird in so viele Wahlkreise eingeteilt, als Mandate zu besetzen sind, und in jedem Wahlkreis wählen die Wahlberechtigten, die für je einen Wahlkreis einen „Wahlkörper“ bilden, mit Stimmenmehrheit einen Abgeordneten. Die Mängel dieses Systems liegen auf der Hand. Es muß gar nicht von der berüchtigten „Wahlkreisgeometrie“ Gebrauch gemacht werden und es kann dennoch bei diesem System zu einem Ergebnis kommen, das zu den politischen Verhältnissen in der Wählerschaft in vollem Widerspruch steht. Beispiel: Es seien hundert Mandate zu besetzen, verteilt auf hundert Wahlkreise zu je tausend Wählern. Die Wahlkreise sind also ganz gleich, es stehen sich zwei Parteien gegenüber. Bürgerliche (B) und Sozialisten (S). Und zwar ist das Stimmenverhältnis derart, daß in 90 Wahlkreisen immer 490 Sozialisten 510 Bürgerliche, in 10 Wahlkreisen je 990 Sozialisten 10 Bürgerliche gegenüberstehen. Die Bürgerlichen haben also in 90 Wahlkreisen eine sehr schwache, die Sozialisten in 10 Wahlkreisen eine sehr starke Majorität. Die Wahl ergibt nun eine überwältigende bürgerliche Majorität von 90 Mandaten und eine verschwindende sozialistische Minorität von nur 10 Mandaten, obgleich die Gesamtzahl der sozialistischen Stimmen 54000, die der bürgerlichen aber nur 46000 beträgt, die sozialistische Partei in der Bevölkerung die Mehrheit hat. In der Praxis sind wiederholt noch krassere Fälle vorgekommen.

Der Mangel liegt jedoch nicht am Majoritätssystem, sondern an der *Wahlkreiseinteilung*. Durch sie wird das Volk, das den ursprünglichen und natürlichen Wahlkörper bildet, nach einem rein *territorialen* Grundsatz in eine Mehrheit von Wahlkörpern *zerrissen*, die eben wegen der Willkürlichkeit ihrer Grundlage in Bezug auf die für den Wahlakt entscheidende *Parteibildung* eine durchaus zufällige, unorganische Zusammensetzung zeigen.

Diese Erkenntnis führt zu der Forderung, *daß sich die Wahltechnik von den Wahlkreisen, das heißt von den territorialen Wahlkörpern befreie*. Erst das ermöglicht die Durchführung der weiteren Forderung, daß nicht bloß die Majoritätspartei, sondern daß grundsätzlich jede politische Gruppe nach Maßgabe ihrer zahlenmäßigen Stärke, das heißt also *verhältnismäßig* im Parlament vertreten sei.

¹ § 1 Abs 1, § 33 Gesetz vom 26. Jänner 1907, betreffend die Wahl der Mitglieder des Abgeordnetenhauses des Reichsrates, RGBl 1907/17.

Das ist der Grundgedanke des sogenannten Proportional- oder Verhältniswahl-systems.

Zu seiner technischen Durchführung sind viele Methoden erdonnen worden. Man kann zwei Hauptformen unterscheiden, je nachdem ob der Wähler beim Wahlakt eine ganze Liste von Kandidaten oder nur einen einzigen Kandidaten zu bezeichnen hat. (*Proportionale Listenwahl, proportionale Einerwahl.*)

Das verhältnismäßig einfachste System ist das der sogenannten *starr*en oder *gebundenen Listen*. Jede Partei stellt eine offizielle Liste auf, die ihre Kandidaten, und zwar in einer von der Parteileitung selbst bestimmten festen Reihenfolge, enthält. Das ganze Land bildet nur einen einzigen Wahlkreis. Jeder Wähler entscheidet sich bei der Wahl für eine bestimmte Liste. Zum Beispiel es sind 300 Mandate zu besetzen. Vier Parteien treten in den Wahlkampf. Vier Listen werden aufgestellt: A, B, C, D. Nachdem jeder Wähler seine Stimme abgegeben hat, werden zunächst alle abgegebenen Stimmen gezählt und dann berechnet, wie viel Stimmen zur Besetzung eines Mandats erforderlich sind. Diese Zahl – den *Wahlquotienten* – erhält man dadurch, daß man die Zahl der abgegebenen Stimmen durch die Zahl der zu besetzenden Mandate dividiert. Sind im vorliegenden Falle 300000 Stimmen abgegeben worden, dann beträgt der Quotient 1000, das heißt so viele Stimmen müssen auf einen Kandidaten fallen, damit er als gewählt betrachtet wird. Diese Berechnung des Quotienten ist nur sehr ungenau; es gibt bessere Methoden, auf die jedoch hier nicht eingegangen werden soll. Ist die Gesamtzahl der abgegebenen Stimmen und der Wahlquotient fest|gestellt, dann werden alle Stimmen gezählt, die *im ganzen Lande* für die Liste einer Partei abgegeben wurden. Es wurden zum Beispiel für die Liste A 150000, für die Liste B 75000, für die Liste C 50000 und für die Liste D 25000 Stimmen abgegeben. Dann erfolgt die Aufteilung der Mandate auf die einzelnen Parteien in der Weise, daß jede Partei so viele Mandate erhält, als der Wahlquotient in der Zahl der auf ihre Liste entfallenen Stimmen enthalten ist. Es werden somit der Partei A 150, der Partei B 75, der Partei C 50 und der Partei D 25 Mandate zugewiesen. Für die Auswahl der Kandidaten innerhalb jeder einzelnen Liste ist allein entscheidend die Reihenfolge, in der sie von der Parteileitung auf die Liste gesetzt wurden. Als gewählt erscheinen von der ersten Liste die ersten 150, von der zweiten Liste die ersten 75 u. s. w. |211

Als der schwerste Nachteil dieses Systems wird empfunden, daß der Wähler keinen unmittelbaren Einfluß auf die Auswahl der einzelnen Kandidaten hat, daß das auf dem persönlichen Vertrauen des Wählers zu dem Abgeordneten beruhende Verhältnis zwischen beiden gelöst ist und daß der Diktatur der Parteileitung ein zu großer Spielraum eingeräumt wird. Die Wahl des einzelnen Wählers erschöpft sich in einem Parteibekanntnis.

Obleich diese Einwände keineswegs so schwer wiegen, als man für gewöhnlich anzunehmen pflegt, so hat doch das System der starren Liste fast allgemeine Ablehnung erfahren. Nur für sehr kleine Gebiete und nur wenn wenige Mandate zu besetzen sind, wird es praktisch verwendet. So bei den Gemeindewahlen in gewis-

sen Industrieorten Niederösterreichs.² Die Mängel der gebundenen Liste werden zum Teil behoben durch das in den verschiedensten Spielarten entwickelte System der *freien Liste*. Hier wird dem Wähler die Möglichkeit gegeben, die Reihenfolge der Kandidaten auf der vorgeschlagenen Liste zu ändern, bestimmten Kandidaten durch ein Zeichen auf der Liste den Vorzug zu geben, aber auch gewisse Kandidaten auszustreichen und andere Kandidaten, eventuell aus einer anderen Parteiliste, an ihre Stelle zu setzen etc. Für die Auswahl der Kandidaten innerhalb der Partei ist die Zahl der auf jeden einzelnen entfallenen Stimmen maßgebend. Je mehr Bewegungsfreiheit dem Wähler gegeben wird, desto verwickelter wird aber die Wahltechnik, desto schwerer verständlich wird die Wahl für den Laien, der nicht Wahlfachmann ist. Auch bringt die dem Wähler eingeräumte Möglichkeit, auf seiner eigenen Liste die Kandidaten mehrerer offizieller Listen zu kombinieren, das sogenannte „Panachieren“,³ gewisse nur schwer zu vermeidende Gefahren mit sich. So zum Beispiel das „Dekachisieren“,⁴ das darin besteht, daß man führende Persönlichkeiten der Gegenpartei zu Falle bringt, indem man eine größere Zahl verfügbarer Stimmen der eigenen Partei auf unbedeutendere Kandidaten der Gegenpartei vereinigt und ihnen so ein zahlenmäßiges Uebergewicht verschafft. Solche Praktiken sind bei der Listenwahl mit Erfolg wiederholt schon angewendet worden.

Das Gebrechen *jeder* Listenwahl besteht aber darin, daß der einzelne Wähler, wenn eine größere Zahl von Mandaten zu besetzen ist, jede Uebersicht verliert. Es ist unmöglich, daß ein Wähler eine Liste von 300 Kandidaten zusammenstellt oder in einer offiziell aufgestellten Liste dieses Umfanges alle einzelnen Kandidaten nach seinem persönlichen Vertrauen qualifiziert. Der gewünschte Einfluß des Wählers auf die Wahl der einzelnen Abgeordneten ist nur bei einer sehr beschränkten Zahl von Mandaten möglich. Man hat daher versucht, das Wahlkreisystem mit dem Listensystem so zu kombinieren, daß man das Land in große Wahlkreise einteilte und jedem Kreise eine Mehrheit von Mandaten nach Proportionalwahlsystem, und zwar nach dem System der *freien* Liste zur Besetzung überwies. Proporz für den einzelnen Wahlkreis, nicht aber für das ganze Land! Die Erfahrungen, die man mit diesem System gemacht hat, sind jedoch sehr schlecht. So insbesondere bei den in Belgien am 25. Mai 1900 vorgenommenen Wahlen.⁵

² § 24 Abs 1 Satz 1 Gemeindewahlordnung für die Stadt Wiener-Neustadt, in: Gesetz vom 2. November 1912, betreffend die Erlassung eines neuen Statuts und einer neuen Gemeindewahlordnung für die Stadt Wiener-Neustadt, LGBl Österreich unter der Enns 1912/187; § 24 Abs 1 Satz 1 Gemeindewahlordnung für die Stadt Waidhofen an der Ybbs, in: Gesetz vom 2. November 1912, betreffend die Erlassung eines neuen Statuts und einer neuen Gemeindewahlordnung für die Stadt Waidhofen an der Ybbs, LGBl Österreich unter der Enns 1912/188.

³ Abgeleitet von frz.: panacher; dt.: mischen, bunt machen.

⁴ Vermutlich meint Kelsen hier „Dekapitieren“, abgeleitet von lat.: caput; dt.: Kopf, d. h. enthaupten; vgl. *Hans Kelsen*, Das Proportional(wahl)system, in: *Der österreichische Volkswirt* 11 (1918/1919), S. 115–118, 133–136, 147–151 (148) = HKW 4, S. 25–50 (42).

⁵ Vgl. *Siegfried Geyerhahn*, Das Problem der verhältnismäßigen Vertretung. Ein Versuch seiner Lösung, Tübingen und Leipzig 1902, S. 11.

Hier erhielt die Partei der Katholiken mit 993 945 Stimmen 86 Mandate, der Sozialisten mit 504 962 Stimmen 32 Mandate, der Liberalen mit 466 100 Stimmen 33 Mandate. Die Katholiken gewannen also, obgleich weniger als doppelt so stark als die Sozialisten, doch beinahe dreimal so viel Mandate, und die Liberalen, obgleich an Stimmenzahl schwächer als die Sozialisten, dennoch ein Mandat mehr als diese. Vor diesem System kann nicht dringend genug gewarnt werden! Es bedeutet eine Verfälschung des Grundgedankens der Verhältniswahl, die auf der Ueberwindung der territorialen Wahlkörper beruht, an deren Stelle eben die nach dem *Personalitätsprinzip gebildeten* Wahlkörper der an keine territorialen Grenzen gebundenen politischen Gruppen, speziell die *Parteien* treten.

Die proportionale *Einerwahl*, die das historisch älteste System der Verhältniswahl ist, zeigt in ihrer einfachsten Form etwa folgendes Bild: Das ganze Land bildet einen Wahlkreis. Jeder Wähler darf nur einen Kandidaten bezeichnen. Die Zahl aller abgegebenen Stimmen dividiert durch die Zahl der zu besetzenden Mandate ergibt den Wahlquotienten. Jeder Kandidat gilt als gewählt, der mindestens den Quotienten erreicht. Die nächste Gefahr dieses Systems ist die, daß eine große Zahl von Mandaten unbesetzt bleibt, weil sich auf einzelne, besonders bekannte und beliebte Politiker eine unverhältnismäßig große Zahl von Stimmen vereinigt und entweder überhaupt nicht so viel Kandidaten Stimmen erhalten, als Mandate zu besetzen sind, oder doch nicht die erforderliche Anzahl von Kandidaten die Mindestzahl von Stimmen erzielt, die notwendig ist, um gewählt zu sein. Es muß also dafür gesorgt werden, daß die Stimmen, die ein Kandidat *über* das erforderliche Mindestmaß hinaus erhält, nicht verlorengehen, und zwar vor allem nicht der Partei verlorengehen, der der Kandidat angehört. Um das zu erzielen, hat man die Anordnung getroffen, daß jeder Wähler neben dem Hauptkandidaten einen oder mehrere Eventualkandidaten bezeichnen kann, dem, beziehungsweise denen seine Stimme für den Fall zugute kommen soll, als der von ihm an erster Stelle genannte Kandidat bereits den Quotienten erreicht hat. Es findet also eine *Stimmenüberweisung* statt. Das Skrutinium⁶ vollzieht sich dann in der Weise, daß zunächst nur die *ersten* Namen auf den Stimmzetteln gezählt werden. Hat einer dieser Kandidaten | das Mindestmaß erreicht, so wird er auf den übrigen Zetteln gestrichen und diese Zettel nur noch für den an zweiter Stelle stehenden Eventualkandidaten gezählt. Hat auch dieser den Quotienten erreicht, wird auch er auf den restlichen Stimmzetteln gestrichen und diese nur noch für den *dritten* Eventualkandidaten gezählt u. s. w. Der Hauptmangel dieses Systems besteht darin, daß es zum großen Teil vom *Zufall* abhängen kann, wer als gewählt zu betrachten ist. Denn dies richtet sich sehr oft nur danach, in welcher Reihenfolge die Stimmzettel gezählt werden, welcher Stimmzettel als erster aus der Urne gezogen wird. Um dieses Zufallsmoment auszuschalten, wurden sehr sinnreiche Methoden erdacht. Deren

| 2. III

⁶ Das Skrutinium ist die Ermittlung des Ergebnisses einer mittels Stimmzettel erfolgten Wahl oder Abstimmung.

Anwendung erfordert aber umständliche Berechnungen. Bei zwei- bis dreihundert Mandaten und mehreren Millionen Wählern würde die Ermittlung des Wahlergebnisses selbst bei einem großen Apparat von geschulten Wahlbeamten Wochen, wenn nicht Monate dauern.

Für die kommenden Wahlen zur konstituierenden Nationalversammlung⁷ ist das Proportionalwahlrecht angenommen worden.⁸ Welches der hier möglichen Systeme angenommen wird, ist für den Ausfall der Wahl von größter Bedeutung. Es muß vor allem *leicht verständlich* sein; jedermann muß der Einfluß einleuchten, mit dem seine Stimme auf das Endresultat wirkt, niemandem darf durch ein allzu verwickeltes System das Bewußtsein seiner Aktivität verdunkelt und so sein Interesse an der Wahl geschmälert werden. Das zu wählende System darf aber auch nicht zu gewissen Wahlmanövern Gelegenheit geben, die das Gesamtergebnis empfindlich beeinträchtigen können. Das Wichtigste ist, daß den alten *Wahlbezirken*, deren willkürliche Abgrenzung zur Genüge bekannt ist, ihre entscheidende Bedeutung *als Grundlage der Wahlkörper* genommen wird. Der in der Arbeiter-Zeitung erhobenen Forderung⁹ nach *Beseitigung der Wahlbezirke* ist in diesem Sinne durchaus zuzustimmen.

Der im folgenden dargestellte Vorschlag ist keineswegs ganz neu, wie ja auf diesem Gebiet kaum noch etwas ganz Neues gefunden werden kann. Das Charakteristische des folgenden Vorschlages liegt in einer Verbindung des Prinzips der proportionalen *Einerwahl* mit dem der proportionalen *Listenvahl*:

1. Die *Wahlkreise* bleiben zwar formell bestehen, sie bilden jedoch nicht mehr die Grundlage eines territorialen Wahlkörpers, sondern sind lediglich *Abstimmungsbezirke*.

2. Jede Partei meldet bei einer zu errichtenden *zentralen Wahlbehörde* in einem vorzuschreibenden Verfahren ihre *offizielle Parteiliste* an. Diese Liste enthält keine offizielle feste Rangordnung der Kandidaten. Diese sind vielmehr nur in alphabetischer Reihenfolge verzeichnet.

3. Je ein Kandidat wird *für einen bestimmten Wahlkreis in Vorschlag gebracht*. Dies geschieht in der Weise, daß auf der Liste neben dem Namen des Kandidaten sein Wahlkreis bezeichnet wird. Das bedeutet nichts anderes, als daß dieser Kandidat von der Partei den Wählern dieses Kreises *empfohlen* wird. Auf diesen Kreis beschränkt er seine *Wahlarbeit*.

Die Partei kann einen Kandidaten auch für zwei oder mehrere Kreise kandidieren; doch wird dies bei dem vorgeschlagenen System nicht notwendig sein.

4. *Jeder Wähler bezeichnet nur einen Kandidaten* auf seinem Stimmzettel. Normalerweise denjenigen, den ihm die Partei, der er sich anschließt, in der offiziellen

⁷ Diese fanden am 16. Februar 1919 statt.

⁸ Vgl. §§ 33–36 Gesetz vom 18. Dezember 1918 über die Wahlordnung für die konstituierende Nationalversammlung, StGBI 1918/115.

⁹ N.N., Wie sollen wir wählen?, in: Arbeiter-Zeitung Nr. 317 vom 20. November 1918, Morgenblatt, S. 1.

Liste empfiehlt. Doch ist der Wähler *keineswegs an die Vorschläge der offiziellen Liste gebunden*. Er kann auch eine Person bezeichnen, die in keiner offiziellen Liste aufgenommen ist, das heißt also einen sogenannten „Wilden“.

5. Zur Ermittlung des Wahlergebnisses werden zunächst *alle im ganzen Lande abgegebenen Stimmen gezählt* und dann der *Quotient* auf die bestmögliche Methode festgestellt.

6. Dann werden die Stimmen zusammengezählt, die *auf den Kandidaten je einer offiziellen Parteiliste* oder auf jeden „Wilden“ fallen, und es wird nun die *Aufteilung der Mandate auf die einzelnen Listen* in der Weise vorgenommen, daß jeder Liste so viele Kandidaten zugewiesen werden, als der Quotient in der auf die Liste (das heißt auf alle Kandidaten der Liste) entfallenden Gesamtstimmenzahl enthalten ist.

7. Die *Auswahl der Kandidaten innerhalb einer Liste* geschieht in der Weise, daß alle Kandidaten dieser Liste nach der Zahl der jedem einzelnen zugefallenen Stimmen geordnet werden. Als gewählt gelten diejenigen, die die relativ meisten Stimmen auf sich vereinigen. Die anderen Kandidaten der Liste haben als *Ersatzmänner* zu fungieren.

8. Von den „Wilden“ gilt derjenige als gewählt, der *mindestens den Wahlquotienten* erreicht hat.

Nach diesem Vorschlag bilden die Kandidaten, die auf einer offiziellen Parteiliste vereinigt sind, ein *Stimmüberweisungskartell*. Was der eine an Stimmen über den Quotienten, also überflüssig hat, kommt den anderen Kandidaten – *aber nur derselben Partei* – zugute. Nicht der Wähler selbst bestimmt, wem der Ueberschuß zuzurechnen ist – daran hat der Wähler auch gar kein ernstliches Interesse! –, sondern seine Partei. Dabei bleibt aber der *berechtigte Einfluß des Wählers auf die Auswahl der Kandidaten* innerhalb der Partei und die gewissen lokalen Interessen der Wahlkreise hinreichend gewahrt. Der Wähler hat die volle Möglichkeit, wirksam dazu beizutragen, daß gerade *sein* Vertrauensmann gewählt werde. Wobei sich jedoch jeder Wähler im Interesse der Partei vor allem an den Wahlvorschlag seiner Partei halten soll. Nur eine gute Parteiorganisation und bewußte Parteidisziplin sichern den Erfolg des Proportionalwahlsystems.

Daß sich ein Kandidat *keiner* der offiziellen Parteien anschließt und also in keine angemeldete Liste aufgenommen wird, verhindert nicht seine Wahl. Nur kommt er um die Vorteile der Stimmenüberweisung. Er muß den vollen Quotienten haben, um gewählt zu werden, während der Angehörige einer Partei schon mit einer viel geringeren Anzahl von Stimmen gewählt werden kann. Für den Wilden ist auch kein Ersatzmann vorhanden. Doch werden die „Wilden“ kaum irgend eine Rolle spielen. |31

Bei entsprechender Berechnung des Quotienten müssen nach dem vorgeschlagenen System alle Mandate besetzt werden. Das freilich kann geschehen, daß ein Wahlkreis „unvertreten“ bleibt, indem keiner der Kandidaten gewählt wird, die auf den verschiedenen Listen für diesen Kreis empfohlen wurden. Das hat aber

bei dem vorgeschlagenen System einen ganz anderen Sinn als bei dem alten! Denn die *Wähler* des betreffenden Kreises bleiben darum keineswegs unvertreten. Liegt doch der Sinn des Proportionalwahlsystems gerade darin, daß nicht der *territoriale Wahlkörper*, dessen Grundlage der *Wahlkreis* ist, sondern der *personale Wahlkörper*, der sich aus der Summe der Gleichgesinnten bildet, vertreten wird. Der alte Wahlkreis darf im neuen System keinen Platz mehr finden!

Buchbesprechung
Rudolf Laun, Zur Nationalitätenfrage,
Haag 1917
(1918)*

* Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1918), S. 585–586.

Übersetzung:

- *Japanisch*: 愛国者ケルゼン Aikokusha Keruzen (Kelsen als Patriot), in: ケルゼン研究 II Keruzen kenkyū II (Kelsenstudien, Bd. 2) (herausgegeben und übersetzt von Ryūichi Nagao), Tokio 2005, S. 71–74.

|585 | *Dr. Rudolf Laun. Zur Nationalitätenfrage.* (Zentralorganisation für einen dauernden Frieden. Internationaler Studienkongreß Bern 1916) Haag 1917. 21 S.¹

Die bekannte „Zentralorganisation für einen dauernden Frieden“² im Haag hat ein Gutachten „Zur Nationalitätenfrage“ von dem Wiener Universitätsprofessor *Dr. von Laun*³ publiziert und so einem internationalen Publikum Gelegenheit gegeben, das geltende *Sprachenrecht* Österreichs kennen zu lernen. Um es gleich vorweg zu nehmen: *Laun* hat sich mit dieser kleinen Schrift ein großes Verdienst erworben und jeder, dem das Ansehen unseres Vaterlandes in der Welt auf dem Herzen liegt, wird dem Verfasser aufrichtigen Dank wissen!^{*)} Mit Recht weist *Laun* auf die Tatsache, daß man im Ausland über österreichische Verhältnisse meist falsch oder gar nicht informiert sei, daß das Märchen von den „unterdrückten“ Nationen Österreichs wohl keine Verbreitung gefunden hätte, wenn in Frankreich und England und allen anderen großen Demokratien nur gehörig bekannt gewesen wäre, daß die unterdrückten Nationen gestützt auf den Art. XIX des Staatsgrundgesetzes über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger,⁶ gestützt auf

|585 |^{*)} Vgl. dazu auch den Artikel von *Lammasch*⁴, Eine internationale Anerkennung des österreichischen Nationalitätenrechtes. Die „Zeit“ vom 10. Juni 1917.⁵

¹ *Rudolf Laun, Zur Nationalitätenfrage*, Haag 1917.

² Die Zentralorganisation für einen dauernden Frieden ist eine im April 1915 in Den Haag von Repräsentanten der USA und von neun europäischen Staaten gegründete pazifistische Organisation, in der Rudolf von Laun (Anm. 3) Mitarbeiter war. Die Zentralorganisation sollte jene Organisationen und Einzelpersonen zusammenfassen, die einen dauernden Frieden anstrebten. Sie wirkte bis zum Ende des Ersten Weltkrieges, wobei die Vertreter aus den USA ihre Mitarbeit mit deren Kriegseintritt 1917 einstellen.

³ Rudolf von Laun (1882–1975), Staats- und Völkerrechtslehrer. 1908 Habilitation in Wien, ab 1911 a. o. Prof. ebendort. 1919 Mitglied der österreichischen Delegation in St. Germain, 1919–1951 o. Prof. in Hamburg (1924–1926, 1947/1948 Rektor). Ab 1922 hatte er verschiedene richterliche Funktionen inne, u. a. 1927–1933 (Ersatz-)Mitglied des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich und 1949–1955 Präsident des Staatsgerichtshofs Hamburg. Wichtige Werke: *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig und Wien 1910; *Der Wandel der Ideen. Staat und Volk als Äußerung des Weltgewissens*, Barcelona 1933; *Der Satz vom Grunde. Ein System der Erkenntnistheorie*, Tübingen 1942 (2. Aufl., Tübingen 1956).

⁴ Heinrich Lammasch (1853–1920), Straf- und Völkerrechtslehrer, Politiker und Staatsmann. Er wurde 1879 in Wien für Strafrecht habilitiert, ab 1882 a. o. Prof. in Wien, 1885–1889 o. Prof. in Innsbruck und 1889–1913 o. Prof. in Wien, dort war er auch Kelsens Förderer. Er war 1899–1918 Mitglied des Herrenhauses (Mittelpartei), 1899 und 1907 Delegierter auf den Haager Konferenzen, Mitglied des „Institut de Droit international“ und 1918 der letzte Ministerpräsident der österreichisch-ungarischen Monarchie. Er gehörte der internationalen Friedensbewegung und der pazifistischen „Meinl-Gruppe“ an. Wichtige Werke: *Auslieferungspflicht und Asylrecht*, Leipzig 1887; *Grundriß des österreichischen Strafrechts*, Leipzig 1899 (5. Aufl., Wien 1926, bearb. von Theodor Rittler); *Die Lehre von der Schiedsgerichtsbarkeit in ihrem ganzen Umfange*, Stuttgart 1913.

⁵ *Heinrich Lammasch, Eine internationale Anerkennung für das österreichische Nationalitätenrecht*, in: *Die Zeit* (Wien) Nr. 5283 vom 10. Juni 1917, Morgenblatt, S. 3–4.

⁶ Art 19 Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGBl 1867/142.

das allgemeine und gleiche Reichsratswahlrecht⁷ ein höchst respektables Mindestmaß nationalen Schutzes genießen. Wenn auch die volle Gleichberechtigung aller Nationen Österreichs in der Praxis nicht restlos durchgeführt ist – und nur politische Heuchelei kann die Möglichkeit einer *restlosen* Gleichberechtigung behaupten – so darf man doch nie vergessen, daß diese Gleichberechtigung in unserer Rechtsordnung prinzipiell anerkannt ist, daß es eine ganze Reihe von Rechtseinrichtungen gibt, die dieses Prinzip anzuwenden bestimmt sind, daß somit die österreichische Verfassung schon | in ihrer gegenwärtigen Gestalt einen entwicklungs- | 586
fähigen Grundstock von Rechtsnormen besitzt, die bei einigem guten Willen zu einem bestmöglichen System des Nationalitätenrechtsschutzes ausgebildet werden können. Gerade in diesem durch den Weltkrieg in den Vordergrund des politischen Interesses gerückten Punkte: der Nationalitätenfrage, kann das österreichische öffentliche *Recht* ruhig vor das Forum der Geschichte treten. Nicht an ihm liegt es, wenn der nationale Kampf bei uns arge Erscheinungen gezeitigt hat. Jedes Wort ist in dem Satze *Launs* zu unterschreiben: „Die Reibungsflächen ergeben sich nicht aus dem Fehlen demokratischer Freiheit und Gleichheit in Bezug auf das Nationalitäten- und Sprachenrecht, sondern aus undemokratisch-nationalen Eroberungstendenzen, aus der Sucht, unter dem Vorwand der Freiheit und Gleichheit das eigene Volkstum auf Kosten des fremden auszubreiten.“ (S. 18.)⁸

Sicherlich sind auch gewisse Rechtsschranken gegen diesen innerstaatlichen „Imperialismus“, gegen die übermäßigen Expansionstendenzen der einzelnen Nationalitäten denkbar und ihre gesetzliche Durchführung muß versucht werden. Allein man darf solche rechtlichen Garantien auch nicht überschätzen. Jedenfalls ist die österreichische Verfassung mehr als die mancher anderer Nationalitätenstaaten geeignet, diese Garantien aus den in ihr schon liegenden Keimen zu entwickeln.

Es ist nur natürlich, daß die Schrift *Launs* die Lichtseiten unserer Verfassung stärker betont als ihre – von ihm übrigens keineswegs abgeleugneten – Schattenseiten; denn die Arbeit ist für das Ausland bestimmt und da ist manches gut zu machen, was Indolenz und böser Wille an dem Bilde Österreichs verdorben haben. Das aber ist der Grundton, auf den die kleine, prächtig geschriebener⁹ Abhandlung gestimmt ist, und der in jedem mitklingen muß, der sich als Österreicher fühlt: Frohe Hoffnung auf eine glücklichere Zukunft unseres Staates, gestützt auf den ehrlichen Willen und das rückhaltlose Bekenntnis zu einem demokratischen, die gleichberechtigte Entwicklung aller seiner Nationen sichernden Österreich!

⁷ § 7 Gesetz vom 21. December 1867, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert wird, RGBl 1867/141 idF RGBl 1907/15; § 4 Abs 1 Gesetz vom 26. Jänner 1907, betreffend die Wahl der Mitglieder des Abgeordnetenhauses des Reichsrates, RGBl 1907/17.

⁸ *Laun*, Nationalitätenfrage (Anm. 1), S. 18 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁹ «geschriebener»] recte: «geschriebene».

Buchbesprechung

Norbert Wurmbrand, Die rechtliche Stellung
Bosniens und der Herzegowina,
Leipzig und Wien 1915
(1918)*

* Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1918), S. 580–585.

|580 | *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.¹

Unter der Voraussetzung, daß die österreichisch-ungarische Monarchie seit dem Ausgleich von 1867² nur eine völkerrechtliche, nicht aber eine staatsrechtliche Verbindung zweier souveräner Staaten darstellt, d. h. daß mit dieser Verbindung keine neue staatliche Organisation *über* den beiden Staaten der Monarchie errichtet ist – eine Auffassung, die wohl heute als die herrschende angesehen werden darf – sind für die Angliederung neuen Gebietes an die Monarchie nur drei Möglichkeiten gegeben: 1. Es findet eine Erweiterung des österreichischen *oder* des ungarischen Staatsgebietes statt; das anzugliedernde Gebiet wird zu einem der beiden Staate[n] geschlagen oder auf beide aufgeteilt. 2. Das anzugliedernde Gebiet wächst beiden Staaten *ungeteilt* zu, so daß ein und dasselbe ungeteilte Gebiet den örtlichen Bereich des österreichischen wie des ungarischen staatlichen Imperiums vergrößert und so eine Zone geschaffen wird, auf der die Staatsgewalten Österreichs wie Ungarns gleichzeitig und nebeneinander in Geltung stehen. 3. Das anzugliedernde Gebiet gehört, sei es geteilt oder ungeteilt, zu *keinem* der beiden Staaten Österreich und Ungarn: dann muß es als *Staatsgebiet* zu einem *dritten Staate* gehören, der von Österreich und Ungarn ebenso verschieden ist, wie diese beiden voneinander. Über die Art der Verbindung dieses dritten Staates kann unter der angenommenen Voraussetzung, daß die Verbindung zwischen Österreich und Ungarn *keine* staatsrechtliche, sondern eine völkerrechtliche ist, nur soviel ausgesagt werden, daß das gleiche von der Verbindung der beiden mit dem dritten Staate gelten müßte.

Das Problem der rechtlichen Stellung Bosniens und der Herzegowina, dessen Lösung *Wurmbrand*³ mit Gründlichkeit und juristischem Geschick unternimmt,

¹ *Norbert Wurmbrand, Die rechtliche Stellung Bosniens und der Herzegowina*, Wien und Leipzig 1915.

² Mit dem „Ausgleich“ wird die staatsrechtliche Neugestaltung der Habsburgermonarchie im Jahre 1867 bezeichnet, durch die das bisherige Kaisertum Österreich in die bis 1918 bestehende österreichisch-ungarische Doppelmonarchie umgewandelt wurde. Der Ausgleich wurde durch zwei – substanzial identische – Gesetze bewerkstelligt: (Österreich im engeren Sinne:) 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); (Ungarn:) 1867. évi XII. törvénycikk a magyar korona országai és az Ó Felsőége 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).

³ Norbert Wurmbrand (1882–1973), Staatsrechtslehrer und Bibliothekar. 1916–1924 Privatdozent an der Universität Graz, ab 1924 a. o. Prof. ebendort. Leitete ab 1925 die Bibliothek der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät. Wichtige Werke: *Die rechtliche Stellung Bosniens und der Herzegowina*, Wien und Leipzig 1915; *Der österreichische bundesstaatliche Finanzausgleich des*

muß in der Frage gipfeln, unter welche der drei Typen das Verhältnis der im Jahre 1908 „*annektierten*“ *Gebiete*⁴ zu subsumieren ist. Dabei sind die auf die Annexion bezüglichen positiven Rechtsakte,⁵ aber auch gewisse Begriffe der allgemeinen Staatsrechtslehre zugrunde zu legen. Insbesondere spielt in letzterer Hinsicht der Begriff des *Staatsgebietes* in seiner spezifisch rechtlichen Bedeutung die Hauptrolle. Leider ist gerade dieser Begriff, wie ja die ganze Lehre von den sogenannten Elementen des Staates, von der neueren Literatur der Staatsrechtstheorie recht vernachlässigt und nur in sehr unklaren und methodisch nicht gereinigten Vorstellungen wird seit jeher mit diesem „Elemente“ operiert. Darum sei, bevor an die Darstellung *Wurmbrands* selbst herangegangen wird, vorweg festgestellt daß das Staatsgebiet nichts anderes sein kann als der örtliche Bereich der *Staats-Herrschaft* oder, wenn man das *rechtliche* Wesen des Staates als eine | *Ordnung* (bzw. deren Personifikation: die Staatspersönlichkeit) erkennt, die *räumliche* Bedingung für die *Geltung* dieser Ordnung (die rechtliche Grenze für die Herrschaft dieser Ordnung). Beruht die in der Personifikation einer Staatsordnung zum Ausdruck gelangende *Einheit* des Staates in *der Einheit der Herrschaft oder Ordnung*, deren territoriale Geltungsbedingung das Staatsgebiet ist, dann beruht die Einheit des Gebietes auf der Einheit der Staatsherrschaft, bzw. der Staatsordnung, indem irgendwelche Teile der Erdoberfläche *rechtlich* nur insofern ein Staatsgebiet bilden, als sie unter einer und derselben Staatsherrschaft stehen, als für sie ein- und dieselbe Staatsordnung gilt, wenn sie auch – beispielsweise *geographisch* – gar kein zusammenhängendes Ganze[s] bilden, sondern vielleicht realiter auseinanderfallen (Beispiel: Kolonien und Mutterland).

| 581

Die Einheit des Staates, bzw. der Staatsherrschaft oder Staatsordnung ist logisch unvereinbar mit der Annahme einer *Vielheit* von zu dieser Einheit gehörigen Staatsgebieten, die untereinander trotz der Einheit der Staatsherrschaft, zu der sie gehören, keine rechtliche Einheit bilden.

Diese Feststellung ist deshalb notwendig, weil *Wurmbrand* auf Grund einer sehr scharfsinnigen und zum großen Teil geradezu ausgezeichneten Bearbeitung des historischen und positiv-rechtlichen Materials die folgende Konstruktion des Verhältnisses zwischen Bosnien-Herzegowina und Österreich-Ungarn versucht: Bosnien-Herzegowina bilden ein mit Sonderstellung ausgestattetes Land, ein *territorium separatum* der beiden Staaten der Monarchie.⁶ Das 1908 annektierte Gebiet

Jahres 1922 und seine staatsrechtliche Bedeutung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1923), S. 628–683.

⁴ Am 5. Oktober 1908 verkündete Österreich-Ungarn die Annexion von Bosnien-Herzegowina.

⁵ Vgl. Ah. Handschreiben an die beiden Ministerpräsidenten und Ah. Handschreiben an den Minister des Äußern vom 5. Oktober 1908, abgedruckt in: *Edmund Bernatzik* (Hrsg.), Die österreichischen Verfassungsgesetze, 2. Aufl., Wien 1911, S. 1030 (im Folgenden: Ah. Handschreiben Bosnien 1908); Ah. Handschreiben an den gemeinsamen Finanzminister und Ah. Proklamation an das bosnisch-herzegowinische Volk vom 5. Oktober 1908, abgedruckt in: Wiener Zeitung Nr. 231 vom 7. Oktober 1908, S. 1–2.

⁶ Vgl. *Wurmbrand*, Rechtliche Stellung (Anm. 1), S. 147.

gehört weder zum österreichischen noch zum ungarischen Staatsgebiet,⁷ es steht „außerhalb der gebietsrechtlichen Einheit Österreichs und Ungarns“.⁸ Aber: „Alles in Bosnien und Herzegowina ausgeübte Imperium steht dem österreichischen und dem ungarischen Staate gemeinsam zu.“⁹ Die staatliche Herrschaft (Ordnung) nennt man in der spezifischen Beziehung zu ihrem Gebiet Gebietshoheit. Und so steht *Wurmbrand* nicht an zu erklären: „Die Gebietshoheit über Bosnien und die Herzegowina üben die beiden Staaten der Monarchie zur gesamten Hand aus“,¹⁰ aber: „gebietsrechtlich betrachtet“¹¹ bilden Bosnien und Herzegowina „einen einheitlichen besonderen Gebietsverband“¹² und sind dem österreichischen wie ungarischen Staatsgebiete gegenüber – Ausland!¹³ Diese Konstruktion bedeutet ernstlich: ein Staatsgebiet (denn daß Bosnien und Herzegowina überhaupt kein Staatsgebiet seien, kann doch wohl nicht behauptet werden), also ein zu einem Staate, einer Staatsgewalt „gehöriges“, d. h. unter der Gebietshoheit eines Staates stehendes, also zu *diesem Staate* „gehöriges“ Gebiet, ohne eine *dazu gehörige* Staatsgewalt, ein Gebiet, das zwar unter der Gebietshoheit eines bestimmten Staates steht, aber nicht zu dem Gebiet dieses Staates gehört, bedeutet, daß Bosnien und Herzegowina territorial zu keinem anderen Staate gehören und doch selbst kein Staat sind!

Die von *Wurmbrand* versuchte, der Lösung seines Spezialproblems dann unterlegte allgemeine Theorie von den *territoria separata*, d. h. von Gebieten die wohl zu einem Staate, nicht aber zu dessen Gebiet gehören,¹⁴ ist unhaltbar, denn sie beruht auf der logisch undurchführbaren Isolierung eines den Staatsbegriff bildenden Elementes von seinen übrigen mit ihm untrennbar verbundenen Bestandteilen und verstößt gegen die theoretische, rein logische Erkenntnis, daß die Einheit des Staatsgebietes ausschließlich auf der Einheit der Staatsherrschaft oder Staatsordnung beruht, daß irgend ein Teil der Erdoberfläche nur darum und nur insoferne Staatsgebiet eines Staates ist, weil und insoweit er unter der Herrschaft *eines* Staates, unter der *Hoheit* eines Staates steht, die eben darum Gebietshoheit heißt. Mit der Annahme eines selbständigen, zu einem bestimmten Staate nicht mehr gehörigen Staatsgebietes muß notwendig die Annahme eines selbständigen *Staates* verbunden sein. Der „staatsrechtliche Zusammenhang“ zwischen dem *territorium separatum* und dem anderen Staate *ist* – „scheint“ nicht nur, wie *Wurm-*

⁷ Vgl. *Wurmbrand*, Rechtliche Stellung (Anm. 1), S. 62.

⁸ *Wurmbrand*, Rechtliche Stellung (Anm. 1), S. 147.

⁹ *Wurmbrand*, Rechtliche Stellung (Anm. 1), S. 139 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

¹⁰ *Wurmbrand*, Rechtliche Stellung (Anm. 1), S. 88.

¹¹ *Wurmbrand*, Rechtliche Stellung (Anm. 1), S. 89 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

¹² *Wurmbrand*, Rechtliche Stellung (Anm. 1), S. 86 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

¹³ Vgl. *Wurmbrand*, Rechtliche Stellung (Anm. 1), S. 89.

¹⁴ Vgl. *Wurmbrand*, Rechtliche Stellung (Anm. 1), S. 83.

brand meint¹⁵ – völlig gelöst. Und wenn *Wurmbrand* diesen *rechtlichen* Zusammenhang dahin charakterisiert, „daß er in einem status subjectionis, in einem *faktischen* Unterworfensein unter fremde staatliche Herrschaft besteht“ (S. 83),¹⁶ so ist zu bemerken, daß die *faktische* Unterworfenheit nicht das Kriterium eines | *rechtlichen* Verhältnisses sein kann, und daß, wenn die Unterworfenheit eine rechtliche ist, eben jene Beziehung hergestellt ist, die als Gebietshoheit über das territorium „separatum“ dieses letztere *notwendig*, nämlich *begriffsnotwendig* mit dem anderen Gebiete, auf welches sich die Herrschaft *desselben Staates* erstreckt, zu einer Einheit verbindet: zu ebenderselben Einheit, die in der Einheit des beide Gebiete beherrschenden Staates angenommen wird. Natürlich muß die Herrschaft über das einheitliche Staatsgebiet keineswegs in allen Teilen die gleiche rechtliche Form haben. Bestimmte Teilgebiete desselben Staates können unter sehr verschiedenen Verfassungen stehen. Besteht aber die Möglichkeit und Notwendigkeit für die Annahme *einer* sie alle wie ein Rahmen umfassenden Grundverfassung, Grundherrschaft oder Grundordnung, besteht also die Möglichkeit und Notwendigkeit für die Annahme *eines* und desselben Staates, dann ist damit begrifflich die Annahme *eines* einheitlichen, alle unter verschiedenen Teilordnungen stehenden Gebiete umfassenden Staatsgebietes gegeben. Solange freilich die Vorstellung im Bereich des rein Körperlichen bleibt, könnte man vielleicht schließen: So wie ein und derselbe Mensch zwei verschiedene Gegenstände haben kann, so kann ein und derselbe Staat zwei verschiedene Gebiete haben. Aber der Staat ist eben keine körperliche, sondern eine ideelle Einheit und sein Gebiet kommt nicht als körperlich reale, d. h. geographische Tatsache, sondern als juristisch ideeller Begriff in Betracht.

Die Vorstellung eines unter der Herrschaft eines bestimmten (und keines anderen) Staates stehenden, aber doch zu dessen Gebiet nicht gehörenden Staatsgebietes, ist ebenso unmöglich wie die Vorstellung eines Volkes, das zwar rechtlich unter der Herrschaft eines bestimmten und keines anderen Staates steht, dennoch aber nicht zum Staatsvolk eben dieses Staates gehört. Tatsächlich hat *Wurmbrand* für die Landesangehörigen Bosniens und Herzegowinas auch diese Konsequenz gezogen. Nach *Wurmbrand* bilden die Angehörigen Bosniens und Herzegowinas einen dem österreichischen wie dem ungarischen Staatsvolke gegenüber selbständigen „besonderen Personenverband“ (S. 90).¹⁷ Er erklärt zwar, daß alle Behörden in Bosnien und Herzegowina *gemeinsame* Behörden seien, daß die bosnisch-herzegowinischen Landesangehörigen, weil der österreichischen wie der ungarischen Staatsgewalt unterworfen, „*Untertanen der beiden Staaten der Monarchie*“, daß sie aber dennoch – weil sie nicht die gleiche Fülle von privilegierten öffentlichen Rechten wie die Staatsangehörigen Österreichs bzw. Ungarns haben – für Öster-

¹⁵ Vgl. *Wurmbrand*, Rechtliche Stellung (Anm. 1), S. 83.

¹⁶ *Wurmbrand*, Rechtliche Stellung (Anm. 1), S. 83 – Hervorhebung von Kelsen.

¹⁷ *Wurmbrand*, Rechtliche Stellung (Anm. 1), S. 90 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

reich wie für Ungarn, vom staatsbürgerlichen Standpunkt aus betrachtet, – „Ausländer“ sind!¹⁸

Da doch in einem absolutistisch regierten Staate, in dem die Untertanen keinerlei privilegierte öffentliche Rechte haben, wohl nicht angenommen wird, daß die Staatsgewalt nur über „Ausländer“ ausgeübt wird, weil ja dann überhaupt kein Staatsvolk bestünde, da ja auch innerhalb ein- und desselben Staatsvolkes das Ausmaß der subjektiven öffentlichen Rechte bei den einzelnen Kategorien von Staatsbürgern bzw. Untertanen sehr verschieden sein kann und häufig ganze Klassen rechtlos sind, ohne deswegen Ausländer zu sein, hat *Wurmbrand* hier den in diesem Zusammenhange allein relevanten Begriff der personenrechtlichen *Zugehörigkeit* zu einem Staate mit privilegierter öffentlicher Berechtigung im Staate vermengt. Auch „Untertanen“ sind Staatsbürger im Sinne dieser personellen Zugehörigkeit, d. h. Bestandteile des Staatsvolkes, wobei natürlich der andere Begriff des „Staatsbürgers“ als des politisch berechtigten Subjektes, das Anteil hat an der Staatsleitung, in allen Ehren bleibt.

Bosnien und Herzegowina hätte somit nach der *Wurmbrandschen* Konstruktion ein von Österreich und Ungarn selbständiges Staatsgebiet, ein selbständiges Staatsvolk, nur keine selbständige Staatsgewalt und wäre eben darum kein selbständiger Staat. Allein die Annahme eines selbständigen Staatsgebietes oder eines selbständigen Staatsvolkes ohne die dazugehörige Staatsgewalt ist begrifflich unmöglich, weil ein bestimmtes Stück der Erdoberfläche nur darum und insoweit Staatsgebiet, eine Vielheit von Menschen nur darum und nur insoweit Staatsvolk | (staatlicher Personenverband) ist, als dieses Stück Land und diese Menschenvielheit unter einer Staatsherrschaft steht, wobei sie natürlich nur Gebiet und Volk eben desjenigen Staates sein können, unter dessen Herrschaft sie stehen, dessen Ordnung für sie als gültig vorausgesetzt wird. Eben weil der Staat nichts anderes ist als eine territorial und personal begrenzte *Herrschaft* (eine an räumliche und persönliche Geltungsbedingungen geknüpfte Ordnung) *ist* in Bosnien und Herzegowina der österreichische und der ungarische Staat, muß sohin dieses Gebiet als gemeinsames österreichisches und ungarisches Staatsgebiet gelten, wenn dort die Herrschaft des österreichischen und des ungarischen Staates angenommen wird. Nur die leider auch bei Theoretikern immer wieder unterlaufende Hypostasierung der „Staat“ benannten Herrschaft oder Ordnung zu einem die Herrschaft ausübenden, irgendwie realen Subjekt, die anthropomorphistische Scheidung zwischen dem Staat und der vor ihm „innegehabten“ Herrschaft, der ihm gehörigen, von ihm „gesetzten“ Ordnung, kann zu solchen Entgleisungen führen.

Die *Wurmbrandsche* Konstruktion verbindet zwei Elemente, von denen das eine die Annahme eines dritten Staates Bosnien und Herzegowina neben Österreich und Ungarn, das andere die Annahme eines zwischen Österreich und Ungarn gemeinsamen Staatsgebietes voraussetzt, beide sich also gegenseitig aus-

¹⁸ Vgl. *Wurmbrand*, Rechtliche Stellung (Anm. 1), S. 95.

schließen. Die gemeinsame Herrschaftsausübung durch die österreichische und ungarische Staatsgewalt drängt nach der letzteren, das selbständige Staatsgebiet und Staatsvolk nach der ersteren Richtung. Nach dieser ist *Wurmbrand* auch orientiert, wenn er erklärt, Österreich und Ungarn herrschen in Bosnien und Herzegowina zur gesamten Hand, nur vermittels *völkerrechtlicher* Gesamtkakte¹⁹ (als solche charakterisiert nämlich *Wurmbrand* die Menge paktierter Doppelgesetze,²⁰ Delegiertenbeschlüsse²¹ und Allerhöchster Verordnungen²² hinsichtlich Bosnien und Herzegowina) und Bosnien und Herzegowina bilden nur einen integrierenden Teil „der *völkerrechtlichen* Einheit der österreichischen-ungarischen Monarchie“,²³ „ein engerer staatsrechtlicher Anschluß“ Bosniens und Herzegowinas an die beiden Staaten der Monarchie sei bisher an der dualistischen Struktur der Monarchie gescheitert (146/147).²⁴ Wenn Bosnien und Herzegowina zu Österreich und Ungarn nur in einem völkerrechtlichen Verhältnis steht, dann kann es – soweit dieses nur ein Verhältnis zwischen Staaten ist – nur ein *Staat* sein, sowie eben, nur weil Österreich und Ungarn je ein *Staat* ist, das Verhältnis zwischen beiden als ein völkerrechtliches bezeichnet werden kann.

Wenn *Wurmbrand* seine Theorie des territorium separatum damit rechtfertigt, daß „sich die Entwicklung der Staaten nicht an die alten Schablonen des Staatsrechtes kehrt“ (83),²⁵ so muß ihm ohneweiters zugestanden werden, daß die *Theorie* des Staatsrechtes für neue rechtliche Gebilde sicherlich neue Typen konstruieren muß. Nur handelt es sich dabei nicht, wie *Wurmbrand* annimmt, um „Hypothesen, deren Zweck darin besteht, die realen Erscheinungen des staatlichen Zusammenlebens vom staatstheoretischen Standpunkte zu erklären“ (136),²⁶ denn die Erklärung des realen Lebens ist Sache der kausalen Naturwissenschaft. Der staatstheoretische Standpunkt ist – wenn er ein staatsrechtlicher sein soll – auf die gedankliche Bearbeitung von Rechtsnormen, Normsystemen und Teilsystemen gerichtet, ist Typisierung oder Konstruktion dieses Materials, zwecks leichter, rascher und übersichtlicher Erfassung. Gerade *Wurmbrand* scheint ja an vielen Stellen seiner Arbeit, mehr als dies für gewöhnlich bei neueren Autoren der Fall ist,

¹⁹ Vgl. *Wurmbrand*, Rechtliche Stellung (Anm. 1), S. 146.

²⁰ Gem. § 2 DelegationsG 1867 (Anm. 2) wurden die sog. dualistischen Angelegenheiten „nach gleichen von Zeit zu Zeit zu vereinbarenden Grundsätzen behandelt“, d. h. sie wurden durch zwei gleichlautende Gesetze vom österreichischen Reichsrat und vom ungarischen Reichstag geregelt (sog. paktierte Gesetze).

²¹ Gem. § 6 DelegationsG 1867 (Anm. 2) oblag die Gesetzgebung hinsichtlich der gemeinsamen Angelegenheiten i. S. v. § 1 den sog. Delegationen, welche vom österreichischen Reichsrat und vom ungarischen Reichstag entsandt wurden.

²² Allerhöchste Verordnungen sind solche des Kaisers.

²³ *Wurmbrand*, Rechtliche Stellung (Anm. 1), S. 146 – Hervorhebung von Kelsen.

²⁴ Vgl. *Wurmbrand*, Rechtliche Stellung (Anm. 1), S. 146f. – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

²⁵ *Wurmbrand*, Rechtliche Stellung (Anm. 1), S. 85 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

²⁶ *Wurmbrand*, Rechtliche Stellung (Anm. 1), S. 136 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

juristische Reinheit anzustreben. Darum dürfte gerade er für den Einwand Verständnis haben, daß eine juristische Konstruktion niemals durch den Rekurs auf irgend eine „Realität“ das Recht des logischen Widerspruchs erhält. Nicht die Wirklichkeit, nur unsere Gedanken können widerspruchsvoll sein. Und weil die Rechtsnormen Gedankendinge sind, können wohl die von Menschen geschaffenen rechtlichen Produkte, die Rechtsordnungen, Widersprüche tatsächlich enthalten, niemals kann aber die *Rechtstheorie*, die Rechtswissenschaft diese Widersprüche zu ihren eigenen machen, sich mit ihnen identifizieren. Sie kann hier nur ihre Unfähigkeit eingestehen, eine Einheit zu erkennen, wo keine Einheit besteht.

|584 |Indes liegt der Fall bei dem vorliegenden Spezialproblem gar nicht so hoffnungslos. Die rechtliche Stellung Bosniens und der Herzegowina läßt sich durchaus widerspruchlos konstruieren. Nimmt man mit *Wurmbrand* an, daß der Monarch als Kaiser von Österreich und als König von Ungarn, also als Organ und Repräsentant dieser beiden Staaten, die Annexion vollzogen und den Vertrag mit der Türkei²⁷ geschlossen hat – und diese Annahme muß man wohl mit Rücksicht darauf machen, daß der Vertrag sowie die allerhöchste EntschlieÙung²⁸ von dem k. u. k. Minister des Äußern und den beiden Ministerpräsidenten kontrasigniert war – dann kann es gar nicht zweifelhaft sein (und wird ja auch von *Wurmbrand* angenommen), daß mit der Annexion die österreichische und die ungarische Staatsgewalt auf das Gebiet von Bosnien und Herzegowina, und zwar als die alleinigen, jede andere ausschließenden Staatsgewalten ausgedehnt wurden. Daß damit der österreichische und der ungarische *Staat* – der ja identisch mit der österreichischen oder ungarischen „Herrschaft“, „Gewalt“ oder „Ordnung“ ist – sich über Bosnien und Herzegowina ausgedehnt, daß damit das bosnisch-herzegowinische Gebiet dem österreichischen und dem ungarischen Staatsgebiet zuge wachsen ist, versteht sich von selbst, weil es *begrifflich*, *begriffsnotwendig* in der Annahme der Ausdehnung des österreichischen und des ungarischen Imperiums enthalten ist. Die Konstruktion eines zwei souveränen Staaten *gemeinsamen* Staatsgebietes bietet ebensowenig Schwierigkeiten, als die Annahme eines zwei souveränen Staaten gemeinsamen Organes oder einer gemeinsamen Untertanschaft. Wenn *Wurmbrand* diese einfache und naheliegende Auffassung der rechtlichen Stellung Bosniens und Herzegowinas nicht akzeptieren zu können glaubte und zu der logisch undurchführbaren Theorie des *territorium separatum* griff, so wurde er dazu von einer irrigen Vorstellung über das Wesen der Souveränität gedrängt. Er geht von dem Dogma aus: Jede souveräne Staatsgewalt schließt eine konkurrierende fremde souveräne Staatsgewalt innerhalb ihres Gebietes aus.²⁹ Wenn daher in Bosnien und Herzegowina auf einem Gebiete zwei souveräne Staatsgewalten zugleich herrschen, so kann dies nur deshalb möglich sein, weil Bosnien und

²⁷ Protokoll zwischen Österreich-Ungarn und der Hohen Pforte vom 26. Februar 1909, abgedruckt in: *Bernatzik*, Verfassungsgesetze (Anm. 5), S. 1033–1037.

²⁸ Vgl. Ah. Handschreiben Bosnien 1908 (Anm 5).

²⁹ Vgl. *Wurmbrand*, Rechtliche Stellung (Anm. 1), S. 88.

Herzegowina zu keinem Gebiete der beiden Staatsgewalten gehört (S. 88/89).³⁰ Erkennt man das Wesen der *rechtlichen* Souveränität in jener Eigenschaft der Staatsordnung oder Staatsgewalt, derzufolge sie als die *höchste*, nicht weiter ableitbare Ordnung oder Gewalt vorausgesetzt wird, dann ist für ein und dasselbe Gebiet keine *zweite* Staatsordnung denkbar, *wenn* diese zu der ersten im Verhältnis der *Konkurrenz*, d. h. im Verhältnis eines *möglichen inhaltlichen Widerspruchs* steht. Dann muß die widersprechende Ordnung der ersteren gegenüber als ungültig, d. h. als rechtlich nicht vorhanden angesehen werden. Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn auf irgendwelche Weise die *materielle Konkurrenz*, der Fall eines inhaltlichen Widerspruchs ausgeschlossen wird, z. B. durch Vertrag zwischen beiden Staaten. Dann gelten (herrschen) zwei formell verschiedene, materiell aber *gleiche* Staatsordnungen (Staatsgewalten) auf ein und demselben Gebiet. *Dies ist ja auch nach Ansicht Wurmbrands in Bosnien und Herzegowina der Fall.* Angesichts dieser Tatsache ist es schwer begreiflich, warum zwar zwei souveräne Gewalten ohne Beeinträchtigung ihrer Souveränität auf ein und demselben, ihrer gemeinsamen Gebietshoheit unterworfenen Gebiete herrschen können, daß sie dies aber gerade nur auf ihrem eigenen Gebiete nicht können sollen, da ja das „eigene“ Gebiet einer Staatsgewalt nichts anderes sein kann, als dasjenige Gebiet, das der Gebietshoheit dieses Staates und darum nicht der Gebietshoheit eines *höheren, übergeordneten* Staates (wenn auch der Gebietshoheit eines *gleichgeordneten* Staates) unterworfen ist. Ein anderes Kriterium für die Zugehörigkeit eines Staatsgebietes zu einer Staatsgewalt gibt es nicht. Denn das Staatsgebiet ist rechtlich nichts anderes als das Geltungsgebiet einer Staatsordnung.

Die Annexion Bosniens und Herzegowinas bedeutete somit sowohl für Österreich wie für Ungarn eine „Gebietserweiterung“. Daß der bezügliche Staatsvertrag mit der Türkei nicht unter Beobachtung der für solche Verträge in Österreich geltenden verfassungsrechtlichen Bestimmungen abgeschlossen wurde,³¹ kann | gewiß nicht gegen eine derartige Auffassung der Annexion, sondern nur gegen die Form ihrer faktischen Durchführung sprechen. Ebenso wurde, wie *Wurmbrand* sehr treffend ausführt, die bosnisch-herzegowinische Verfassung *unter Verletzung*

| 585

³⁰ Vgl. *Wurmbrand*, Rechtliche Stellung (Anm. 1), S. 88 f.

³¹ 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 DelegationsG 1867 (Anm. 2), dass die Genehmigung der Staatsverträge den „Vertretungskörpern der beiden Reichshälften (dem Reichsrathe und dem ungarischen Reichstage) vorbehalten bleibt“, „insoweit eine solche verfassungsmäßig notwendig ist“. Folglich wäre auch für den Staatsvertrag mit der Türkei (Anm. 27) die Zustimmung der beiden Parlamente erforderlich gewesen; diese wurden jedoch nicht beteiligt.

der Verfassungen Österreichs wie Ungarns ohne jede Mitwirkung der beiden legislativen Körperschaften vom Monarchen einseitig erlassen.³²

So bleibt schließlich doch nur die eingangs aufgestellte Grundalternative bestehen: das Gebiet Bosniens und der Herzegowina ist entweder österreichisches oder ungarisches oder gemeinschaftliches österreichisches *und* ungarisches Staatsgebiet; oder Bosnien und Herzegowina bildet, da sein Gebiet zu keinem anderen Staatsgebiet gehört – einen eigenen Staat. Ein Staatsgebiet ohne Staat oder ein Gebiet, das unter staatlicher Gebietshoheit steht und kein Staatsgebiet ist, ist ein Unding.

Trotz des verfehlten Konstruktionsversuches verdient die *Wurmbrandsche* Arbeit wärmste Anerkennung. *Wurmbrand* beweist mit ihr, daß er den wissenschaftlich juristischen Apparat gut beherrscht. Seine auf „Schärfe der juristischen Begriffe“ gerichtete Tendenz berührt ungemein sympathisch, zumal man den Eindruck gewinnt, daß hinter seinen Argumentationen eine Persönlichkeit mit sicherem Rechtsgefühl, aber auch mit klarem Rechtsverstand steht. Wo *Wurmbrand* irrt, liegt die Schuld mehr auf Seite der herrschenden Lehre, der er sich – wer könnte ihm, als einem Anfänger, dies verargen? – zu wenig kritisch anvertraut. Daß er sich aber zu selbständiger Kritik der allgemeinen theoretischen Grundlagen erheben wird, das läßt seine kräftig und mit persönlichem Ton geschriebene Erstlingsarbeit erwarten.

Und wiederum zeigt diese Bearbeitung eines ganz speziellen Problems des positiven Staatsrechts die überragende Bedeutung der *allgemeinen Staatsrechtslehre*, ohne deren gründlichste Durchdringung, ohne deren logisch geschlossene Begründung die *wissenschaftliche* Lösung positivrechtlicher Einzelfragen gar nicht möglich ist.

³² Vgl. *Wurmbrand*, Rechtliche Stellung (Anm. 1), S. 39f. und S. 41.

Der Anschluß (1919)*

* Neues Wiener Tagblatt Nr. 13 vom 14. Januar 1919, S. 2.

Unter diesem Titel hat sich ein anonymer Verfasser in der Nummer des „Neuen Wiener Tagblattes“ vom 11. d.¹ mit meinem kürzlich erschienenen Kommentar zu den neuen Verfassungsgesetzen beschäftigt.² Mit einem Anonymus mich auseinanderzusetzen hätte ich keine Veranlassung. Da aber die Äußerungen des betreffenden Herrn geeignet sind, meine Ehre zu berühren, sehe ich mich genötigt, die folgenden Tatsachen richtigzustellen:

Der anonyme Verfasser versucht, mich als Vorkämpfer für das vom Staatskanzler *Dr. Renner*³ vorgeschlagene Wahlsystem zu kennzeichnen, und behauptet, ich sei dafür in die Staatskanzlei berufen worden. Wahr ist, daß ich in Wort und Schrift gegen das vom Staatskanzler in seinem Wahlgesetzentwurf vorgeschlagene und schließlich zum Gesetz gewordene System der proportionalen Listenwahl⁴ eingetreten bin,⁵ und zwar, *obgleich* ich bereits *längst vorher* als wissenschaftlicher Mitarbeiter der Staatskanzlei tätig war.⁶ Der Herr Anonymus stellt die mit den Tatsachen der Wahlrechtsfrage im schroffen Widerspruch stehende Behauptung auf, dem Staatskanzler habe das System der *proportionalen Einerwahl mit Listenkonkurrenz* vorgeschwebt. Es ist aber bekannt, daß der Staatskanzler sich allen

¹ N.N., Der Anschluß, in: Neues Wiener Tagblatt Nr. 10 vom 11. Januar 1919, S. 1–2.

² *Hans Kelsen*, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen, Teil 1, Wien und Leipzig 1919 = HKW 5, S. 24–129.

³ Karl Renner (1870–1950), Politiker und Staatsmann. Er war 1902–1922 Abgeordneter zum Niederösterreichischen Landtag (Sozialdemokratische Arbeiterpartei), 1907–1918 Mitglied des Reichsrates, 1918–1920 Mitglied der Provisorischen und der Konstituierenden Nationalversammlung, 1918–1920 Staatskanzler, 1919 Innenminister, 1919–1920 Außenminister, 1919 Leiter der österreichischen Delegation in St.-Germain und 1920–1934 Abgeordneter zum Nationalrat (1931–1933 Präsident). Nach dem Ende des 2. Weltkrieges war er 1945 Staatskanzler und Abgeordneter zum Nationalrat (SPÖ) sowie 1945–1950 Bundespräsident. Renner und Kelsen standen sich politisch, wissenschaftlich und auch persönlich nahe. Wichtige Werke: Österreichs Erneuerung, 3 Bde., Wien 1916; Marxismus, Krieg und Internationale, Stuttgart 1917; Staatswirtschaft, Weltwirtschaft und Sozialismus, Berlin 1929.

⁴ § 34 Gesetz vom 18. Dezember 1918 über die Wahlordnung für die konstituierenden Nationalversammlung, StGBI 1918/115.

⁵ Vgl. *Hans Kelsen*, Das Proportional(wahl)system, in: Der österreichische Volkswirt 11 (1918/1919), S. 115–118, 133–136, 147–151 (149f.) = HKW 4, S. 25–50 (44–49); *Hans Kelsen*, Der Proporz im Wahlordnungsentwurf, in: Neue Freie Presse Nr. 19494 vom 1. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 3–4 (4) = HKW 4, S. 51–58 (56–58); *Hans Kelsen*, Ein einfaches Proportionalwahlsystem, in: Arbeiter-Zeitung Nr. 321 vom 24. November 1918, Morgenblatt, S. 2–3 = HKW 4, S. 75–82.

⁶ Kelsen war ab November 1918 Konsulent des Verfassungsgesetzgebungsdienstes der deutschösterreichischen Staatskanzlei; siehe dazu Editorischer Bericht zu „Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich – Teil 1–3 (1919)“ und „Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich – Teil 4 (1920)“, in: HKW 5, S. 611–648 (623f.).

Versuchen, dieses System einzuführen, im Ausschuß sowohl wie im Plenum mit größter Entschiedenheit widersetzt hat.⁷ Daß ich mich in meiner Opposition gegen den Staatskanzler auf eine Broschüre berufen konnte, in der *Dr. Karl Renner* vor 15 Jahren die Vorzüge eines proportionalen Einerwahlsystems selbst anerkannt hat,⁸ dürfte mich beim Staatskanzler gerade während seiner Kampagne für das von ihm nunmehr vorgezogene System der proportionalen Listenwahl nicht gerade empfohlen haben.

Der anonyme Verfasser stellt meine Ausgabe der Verfassungsgesetze als eine Art offiziöser Arbeit hin. Nun würde ich nicht im entferntesten anstehen, mich zu einem amtlichen Auftrage zu bekennen, die von der Nationalversammlung beschlossenen Verfassungsgesetze herauszugeben. Allein ich habe einen solchen Auftrag nicht und auch nichts, was damit die entfernteste Aehnlichkeit hat. Wer nur eine Seite meines Kommentars gelesen hat, wird finden, daß eine *schärfere Kritik an unsrer Verfassungsgesetzgebung kaum möglich ist.* | Daß der Staatskanzler als Hauptschöpfer der Verfassung, daß *Dr. Renner*, mit dem ich seit Jahren in freundschaftlichem Gedankenaustausch stehe, trotz dieser scharfen Kritik ein Geleitwort zu meinem Werke geschrieben hat,⁹ kann niemand mißdeuten, der nicht fachliche Gegensätze zu persönlichen werden lassen will.

| 211

Mein anonymen Kritiker versucht meine Gesetzausgabe als regierungsfreundlich zu brandmarken, ist aber nicht in der Lage, aus dem Werke etwas anderes beizubringen, als ein Argument *gegen* die *offizielle* Auffassung unsrer Regierung über das derzeitige Rechtsverhältnis Deutschösterreichs zum Deutschen Reich. Er führt ein längeres Zitat aus meinem Kommentar zum Gesetz über die Staats- und Regierungsform an, aus dem meine Ansicht hervorgeht, daß Deutschösterreich trotz der gegenteiligen Erklärung des Artikels 2 des zitierten Gesetzes rechtlich noch kein Bestandteil der deutschen Republik ist.¹⁰ Möge mein anonymen Gegner daraus ermessen, wie sehr ich mich bemüht habe, die Objektivität des juridischen

⁷ Vgl. Stenographische Protokolle über die Sitzungen der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich 1918–1919, S. 343 (Staatskanzler Renner). Ein Protokoll der Verhandlungen des Wahlgesetzausschusses ist nicht publiziert; aus dessen Bericht vom 12. Dezember 1918 gehen entsprechende Aussagen Renners jedenfalls nicht hervor, vgl. Bericht des Wahlgesetzausschusses der provisorischen Nationalversammlung über die Gesetzesvorlage des Staatsrates (Beilage 62), betreffend die Einberufung der konstituierenden Nationalversammlung und betreffend die Wahlordnung für die konstituierende Nationalversammlung, 77 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich 1918–1919.

⁸ *Rudolf Springer* (Pseudonym von Karl Renner), Mehrheits- oder Volksvertretung? Zur Aufklärung der intellektuellen und industriellen Klassen über ihr Interesse an einer Wahlreform, sowie über Wesen, Arten und Bedeutung der Proportionalwahl. Nach einem in einer Gesellschaft Wiener Fabier gehaltenen Vortrage, Wien und Leipzig 1904, S. 32.

⁹ *Karl Renner*, Zum Geleite, in: Hans Kelsen, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen, Teil 1, Wien und Leipzig 1919, S. III–IV = HKW 5, S. 24–129 (26f.).

¹⁰ N.N., Anschluß (Anm. 1), S. 2; N.N. zitiert *Kelsen*, Verfassungsgesetze I (Anm. 2), S. 33f. = HKW 5, S. 24–129 (57).

Urteiles zu wahren: daß ich diese meine Ansicht über die derzeitige Rechtslage ausgesprochen habe, obgleich ich durchaus nicht zu jenen gehöre, für deren Bestrebungen gegen den „Anschluß“ mich der Anonymus als Kronzeuge führen möchte. Ich lege Wert darauf, daß darüber, was ich *politisch* für wünschenswert halte – wenn es mir auch derzeit *rechtlich* noch nicht vollzogen zu sein scheint –, auch nicht der geringste Zweifel bestehe, und darum erkläre ich mit aller Deutlichkeit, daß ich im Augenblick nichts tiefer bedaure, als jenen Zusammenbruch des Nationalbewußtseins, der eine politische Selbstverständlichkeit: die staatliche Einheit des deutschen Volkes, zu einer „Frage“ werden läßt.

Die Organisation der vollziehenden Gewalt
Deutschösterreichs nach der Gesetzgebung
der konstituierenden Nationalversammlung
(1919/1920)*

* Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 48–60.

| Die Organisation der vollziehenden Gewalt Deutschösterreichs nach der Gesetzgebung der konstituierenden Nationalversammlung.

Mit dem Gesetz vom 14. März 1919 über die Staatsregierung, St.G.Bl. Nr. 180,¹ hat die Organisation der vollziehenden Gewalt Deutschösterreichs eine wesentliche Änderung erfahren. Der von der provisorischen Verfassung mit der Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt betraute Staatsrat² wurde beseitigt³ und die Exekutive, in die sich bisher der Staatsrat mit dem Staatsratsdirektorium und der Staatsregierung teilte, der letzteren prinzipiell übertragen.⁴

Die Gründe, die zu dieser Beseitigung des Staatsrates geführt haben, sind mehrere. Vor allem war das aus zwanzig Mitgliedern und zwanzig Ersatzmitgliedern bestehende Kollegium, dem auch die drei Präsidenten angehörten,⁵ ein viel zu schwerfälliger Apparat. Nur aus Abgeordneten zusammengesetzt, die zum großen Teil aus provinziellen Wahlbezirken stammten und begrifflicherweise sich nicht ständig am Sitze des Staatsrates aufhalten konnten, entbehrte dieses oberste Regierungsorgan der unbedingt notwendigen Stetigkeit und Permanenz seiner Funktion. Die Folge davon war, daß auf der einen Seite das Staatsratsdirektorium geschaffen werden mußte, dem wichtige Kompetenzen übertragen wurden, auf der anderen Seite aber die ursprünglich nur mit der Verwaltung im technischen Sinne betraute und nur aus Beauftragten des Staatsrates bestehende Staatsregierung, das sogenannte Kabinett unter der Leitung des Staatskanzlers, immer mehr zu einem mit dem Staatsrat um die faktische Ausübung der obersten Regierungsgewalt konkurrierenden, sehr bald den Staatsrat in den Hintergrund drängenden Organ wurde. Dazu kam, daß der im Grunde nur als Ausschuß der Nationalversammlung fungierende Staatsrat, sofern er dem Parlamente gegenüber das Recht der Initiative hatte, als Regierungsorgan die gesetzgebende Tätigkeit der Nationalversammlung in unerwünschter Weise zu entwerten drohte. Die faktisch von den Staatsämtern ausgearbeiteten Gesetzesvorschläge, die formell als Vorlagen des Staatsrates in die

¹ Gesetz vom 14. März 1919 über die Staatsregierung, StGBl 1919/180 (im Folgenden: StaatsregierungsG 1919).

² Vgl. § 3 Beschluß der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich vom 30. Oktober 1918 über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt, StGBl 1918/1 (im Folgenden: Beschluß Staatsgewalt 1918).

³ Vgl. Art 1 Abs 1 StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1).

⁴ Vgl. Art 6 Abs 1 StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1).

⁵ Vgl. § 4 Abs 1 Beschluß Staatsgewalt 1918 (Anm. 2).

Nationalversammlung kamen, mußten vorher in Staatsratskommissionen vorberaten werden, so daß, bevor noch die bezüglichen Parlamentsausschüsse damit befaßt wurden, schon der als Hauptausschuß fungierende Staatsrat, beziehungsweise dessen Kommissionen das entscheidende Wort gesprochen hatten. Die Arbeit in den eigentlichen Parlamentsausschüssen, in denen die Parteien ebenso vertreten waren wie im Staatsrat, wurde dadurch zu einer rein formalen Beschlußfähigkeit herabgedrückt. Darum ist es gewiß begreiflich, wenn der Wunsch nach einer Beseitigung des Staatsrates immer stärker hervortrat und wenn man mit der Forderung, die gesamte vollziehende Gewalt dem Kabinett zu übertragen, nur den rechtlichen Ausdruck eines bereits tatsächlich bestehenden Zustandes anzustreben glaubte.

Die nunmehr erfolgte Ausschaltung eines so wichtigen zentralen Organes, wie es der Staatsrat ist, bedeutet einen sehr radikalen Eingriff in das Gefüge der provisorischen Verfassung. Und da drängt sich vor allem die Frage auf, ob es zweckmäßig war, die am 30. Oktober 1918 beschlossene⁶ und schon im Dezember grundlegend novellierte provisorische Verfassung⁷ nach kaum drei Monaten von der Konstituante wieder ändern zu lassen, ohne dadurch die *definitive* Gestalt der Verfassung Deutschösterreichs gewonnen zu haben. Denn dies wird erst möglich sein, wenn die Eingliederung Deutschösterreichs in das Deutsche Reich auch tatsächlich vollzogen und wenn sich unter anderen großen Fragen auch die entschieden haben wird, ob Deutschösterreich als einheitliches Ganzes, oder ob die einzelnen Länder Deutschösterreichs als Gliedstaaten in die großdeutsche Republik eingehen. Nur die Annahme, daß dieser Zeitpunkt nicht allzu nahe ist, kann den Entschluß rechtfertigen, die bisherige provisorische Verfassung wiederum nur durch eine provisorische zu ersetzen. Denn nichts ist dem Staatsbewußtsein, dem notwendigen Vertrauen des einzelnen zur staatlichen Rechtsordnung abträglicher als die Unsicherheit und die stete Veränderung der Grundlage des ganzen Staatsgebäudes: der Verfassung.

Was die *Zusammensetzung* des obersten Vollzugsorgans betrifft, das durch die Verfassungsnovelle vom 14. März neu organisiert wurde, so ist vor allem hervorzuheben, daß die Mitglieder der Staatsregierung nicht mehr als Beauftragte des Staatsrates, sondern als „Volksbeauftragte“ fungieren.⁸ Diese Bezeichnung rechtfertigt sich durch die – später noch näher zu beleuchtende⁹ – Art ihrer Berufung. Sie werden nicht mehr wie die Mitglieder der alten Staatsregierung durch den Staatsrat ernannt, sondern wie früher der Staatsrat unmittelbar durch die Natio-

⁶ Beschluß Staatsgewalt 1918 (Anm. 2).

⁷ Gesetz vom 19. Dezember 1918, womit einige Bestimmungen des Beschlusses der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt vom 30. Oktober 1918, St.G.Bl. Nr. 1, abgeändert oder ergänzt werden, StGBI 1918/139 (im Folgenden: Verfassungsnovelle 1918).

⁸ Vgl. Art 1 Abs 1 StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1).

⁹ Vgl. unten S. 104–106.

nalversammlung gewählt.¹⁰ Den Vorsitz in der Staatsregierung führt der Staatskanzler und in seiner Vertretung der – neugeschaffene – Vizekanzler.¹¹ Die Mitglieder der Staatsregierung führen den Titel Staatssekretäre und sind entweder mit der Leitung eines Staatsamtes betraut oder sie haben einen bloß persönlichen Aufgabenkreis, ohne mit der Führung eines Staatsamtes betraut zu sein.¹² Außerdem ist durch das Gesetz vom 14. März 1919 über die Vorbereitung der Sozialisierung, St.G.Bl. Nr. 181,¹³ das Amt eines Präsidenten der Sozialisierungskommission geschaffen worden, dessen Inhaber das Recht und die Verantwortung, nicht aber den Titel eines Staatssekretärs hat. Der Präsident der Sozialisierungskommission ist Mitglied der Staatsregierung, ohne Leiter eines Staatsamtes zu sein. Das Amt des Staatsnotars, dessen Inhaber früher gleichfalls als Beauftragter des Staatsrates und Vorstand eines Staatsamtes Mitglied der Staatsregierung war,¹⁴ ist aufgehoben.

Nicht zur Staatsregierung gehören die Unterstaatssekretäre, die dem Staatskanzler und den Staatssekretären zur Unterstützung in der politischen Geschäftsführung und zur parlamentarischen Vertretung von der Nationalversammlung beigegeben werden können.¹⁵ Die Unterstaatssekretäre stehen nicht unter Ministerverantwortlichkeit. In jedem Staatsamt wird überdies in der Regel dem verantwortlichen Leiter zur Wahrung der Einheit und Stetigkeit des Geschäftsganges ein Beamter beigegeben, der den Amtstitel eines Staatsamtsdirektors führt.¹⁶

Die *Berufung* der Staatsregierung erfolgt durch Wahl seitens der Nationalversammlung.¹⁷ Die Wahl der Staatsregierung geht in der Weise vor sich, daß der gemäß dem Gesetze vom 14. März 1919 über die Volksvertretung, St.G.Bl.Nr. 179,¹⁸ zur Regelung der Arbeiten des Hauses, zur ständigen Verbindung zwischen Gesetzgebung und Vollziehung sowie zur Mitwirkung an der Bestellung der Staatsregierung berufene, aus elf Mitgliedern und dem Präsidenten sowie dessen Stellvertretern bestehende Hauptausschuß der Nationalversammlung einen Vorschlag erstattet, in welchem die Namen der zu wählenden Personen und zwar: Staatskanzler, Vizekanzler, Staatssekretäre und Unterstaatssekretäre enthalten sind.¹⁹ Bei der Bildung dieser Ministerliste muß natürlich dem Staatskanzler als dem künftigen Chef der Regierung ein entsprechender Einfluß eingeräumt sein. Der Vorgang dürfte sich in der Praxis derart gestalten, daß der Haupt|ausschuß

|51

¹⁰ Vgl. Art 2 Abs 2 StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1).

¹¹ Vgl. Art 1 Abs 2 StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1).

¹² Vgl. § 11 Beschluß Staatsgewalt 1918 (Anm. 2).

¹³ Vgl. § 4 Gesetz vom 14. März 1919 über die Vorbereitung der Sozialisierung, StGBI 1919/181 (im Folgenden: Sozialisierungsg 1919).

¹⁴ Vgl. § 3 Abs 2 Verfassungsnovelle 1918 (Anm. 7).

¹⁵ Vgl. Art 14 StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1).

¹⁶ Vgl. Art 13 Abs 3 StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1).

¹⁷ Vgl. Art 2 Abs 2 StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1).

¹⁸ Gesetz vom 14. März 1919 über die Volksvertretung, StGBI 1919/179 (im Folgenden: Volksvertretungsg 1919).

¹⁹ Vgl. Art 2 Abs 1 StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1).

durch seinen Vorsitzenden, dem Präsidenten der Nationalversammlung, zunächst eine Persönlichkeit mit der Bildung des Kabinetts betraut und dann deren Vorschlag zu dem seinigen macht. Daß ein Mitglied der Staatsregierung gegen oder ohne den Willen des Kabinettschefs gewählt wird, ist schon dadurch ausgeschlossen, daß der Staatskanzler die Bestallungsurkunden der Staatssekretäre gegenzeichnen muß.²⁰ Der als Mitglied der Staatsregierung fungierende Präsident der Sozialisierungskommission wird gleichfalls über Vorschlag des Hauptausschusses von der Nationalversammlung – zusammen mit dem Vorstand dieser Kommission – gewählt.²¹

Der Vorschlag des Hauptausschusses wird in der Nationalversammlung einer namentlichen Abstimmung unterzogen.²² Zu der Wahl der Regierung bedarf es der geschäftsordnungsmäßigen Anwesenheit von 50 Mitgliedern und der absoluten Stimmenmehrheit der Anwesenden. Die namentliche Abstimmung des Hauses bei der Wahl der Staatsregierung erfolgt nicht über jedes einzelne Mitglied gesondert, sondern über den Gesamtvorschlag des Hauptausschusses, der gleichsam eine starre Liste bildet. Um zum Mitgliede der Staatsregierung gewählt zu werden, bedarf es – da das Gesetz über die Staatsregierung diesbezüglich keine besonderen Vorschriften macht – lediglich der allgemeinen Bedingungen für die Übernahme eines öffentlichen Amtes. Insbesondere ist nicht die Mitgliedschaft in der Nationalversammlung erforderlich. Es können daher auch Fachmänner, die außerhalb der Parteien stehen, gewählt werden.

Nur wenn die Nationalversammlung nicht versammelt ist und sich die Notwendigkeit einer Neubildung der Staatsregierung ergibt, kann diese vorläufig vom Hauptausschuß bestellt werden. Ob bei Zusammentritt der Nationalversammlung eine formelle Wahl dieser provisorisch bestellten Regierung stattzufinden habe oder ob es in diesem Falle genügt, daß das Haus der sich ihm vorstellenden Regierung das Vertrauen ausspricht, kann zweifelhaft sein. Das Gesetz über die Staatsregierung sagt lediglich: „Ist die Nationalversammlung nicht versammelt, so wird die Staatsregierung bis zum Zusammentritt der Nationalversammlung vom Hauptausschusse bestellt.“²³

Die Angelobung des Staatskanzlers wird vom Präsidenten der Nationalversammlung vor dem versammelten Hauptausschusse, die der übrigen Mitglieder der Staatsregierung bei Anwesenheit des Staatskanzlers vorgenommen.²⁴ Im Falle der Besetzung nur eines einzelnen Amtes eines Mitgliedes der Staatsregierung ist in analoger Weise | zu verfahren wie bei Besetzung der Gesamtregierung. Dem Staatskanzler, dem Vizekanzler und den Staatssekretären sind Bestallungsurkunden auszufertigen, die der Präsident der Nationalversammlung zu unterzeichnen und der

²⁰ Vgl. Art 2 Abs 5 StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1).

²¹ Vgl. § 4 Satz 3 SozialisierungsG 1919 (Anm. 13).

²² Vgl. Art 2 Abs 2 StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1).

²³ Art 2 Abs 2 StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1).

²⁴ Vgl. Art 2 Abs 3 StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1).

neu bestellte Staatskanzler gegenzuzeichnen hat.²⁵ Dieser kontrasigniert somit seine eigene Bestallung. Für die möglicherweise mit langwierigen Verhandlungen ausgefüllte Zeit zwischen der Demission der alten und der Bildung der neuen Regierung hat der Präsident der Nationalversammlung dadurch Vorsorge zu treffen, daß er entweder die scheidende Regierung unter dem Vorsitze des bisherigen Staatskanzlers oder eines Staatssekretärs mit der einstweiligen Fortführung der Geschäfte beauftragt oder leitende Beamte der Staatsämter unter dem Vorsitze eines dieser leitenden Beamten oder eines eigens hiezu bestellten Beamten mit der einstweiligen Leitung der Verwaltung betraut.²⁶

Das Amt der Staatsregierung oder einzelner ihrer Mitglieder endet: wenn das Haus durch ausdrückliche Entschließung sein Vertrauen versagt;²⁷ zu einem Beschlusse, mit welchem das Vertrauen versagt wird, ist die Anwesenheit der Hälfte der Mitglieder der Nationalversammlung erforderlich. Diese Bestimmung ist getroffen, um eine Zufallsmajorität zu vermeiden. Dem gleichen Zwecke dient die Vorschrift, daß über Verlangen von 40 Mitgliedern die Abstimmung über das beantragte Mißtrauensvotum auf den zweitnächsten Werktag zu vertagen ist. Eine neuerliche Vertagung der Abstimmung kann allerdings nur auf Beschluß der Nationalversammlung erfolgen,²⁸ damit ein Mißtrauensvotum nicht durch eine Minorität verhindert werden kann. Das Amt der Staatsregierung oder einzelner Mitglieder derselben endet aber auch mit Eintritt eines Faktums, das gesetzlich den Verlust eines Staatsamtes überhaupt oder dieses besonderen Staatsamtes zur Folge hat; für den ersteren Fall gewisse strafgerichtliche Verurteilungen, für den letzteren die Verurteilung durch den Staatsgerichtshof, wenn dieser auf Grund der sinngemäß rezipierten Bestimmungen des österreichischen Gesetzes über die Ministerverantwortlichkeit²⁹ auf Entfernung aus der Staatsregierung erkennt. Ein weiterer Endigungsgrund ist die Demission.

Die unmittelbare Wahl der Regierung durch das Parlament ist eine in den geltenden Verfassungen nur ausnahmsweise zu verzeichnende Berufungsform der obersten Exekutivorgane. Sie bedeutet – in faktischer Verbindung mit dem Prinzip der parlamentarischen Regierung – die Aufhebung des Grundsatzes der Trennung der Gewalten. Wenn auch dessen verfassungstechnische Vorteile nicht übersehen werden dürfen, so kann man sich wohl der Erkenntnis nicht verschließen, daß der politische Gedanke der Volkssouveränität, sofern er in der repräsentativen Demokratie verwirklicht ist, mit einer Loslösung der vollziehenden Gewalt von dem Gesetzgebungsorgan des Parlamentes schwer vereinbar ist. Sicherlich wäre es denkbar, daß durch unmittelbare Volkswahlen zwei voneinander verschiedene

²⁵ Vgl. Art 2 Abs 5 StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1).

²⁶ Vgl. Art 3 StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1).

²⁷ Vgl. Art 4 Abs 1 StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1).

²⁸ Vgl. Art 4 Abs 2 StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1).

²⁹ § 23 Gesetz vom 25. Juli 1867, über die Verantwortlichkeit der Minister für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGBl 1867/101.

Organe für Gesetzgebung und Verwaltung geschaffen werden. In der Präsidentschaftsrepublik, in der das Staatsoberhaupt ebenso wie der Gesetzgebungskörper vom Volke gewählt wird, ist dieser Gedanke verwirklicht. Indes tritt gerade in der Präsidentschaftsrepublik mit weitgehender Trennung der Gewalten – wie etwa in den Vereinigten Staaten von Amerika³⁰ – der mit der Gewaltentrennung verbundene Gegensatz zum Prinzip der Volkssouveränität deutlich hervor. Diese Gewaltentrennung hat, wenn nicht schon die Absicht so doch die Folge, daß das Gesetzgebungsorgan, in dem das Volk wegen der Vielköpfigkeit dieses Organs, wenn überhaupt so nur hier repräsentiert wird, keineswegs als das höchste sich geltend machen kann. Ist die vollziehende Gewalt einem Monarchen übertragen, dann tritt dieser als gleichgeordnete, ja womöglich sogar als übergeordnete Macht der an der Gesetzgebung mitbeteiligten Volksvertretung entgegen. Das politische Axiom der Trennung der Gewalten ist nicht zuletzt zu dem Zwecke geschaffen worden, um dem aus dem Absolutismus in die Beschränkung des Konstitutionalismus verdrängten Monarchen ein letztes Übergewicht über die im Parlament konzentrierte Gewalt des Volkes zu sichern. Es ist zweifellos nur die bewußte oder unbewußte Nachahmung des monarchischen Prinzips, wenn in der sogenannten Präsidentschaftsrepublik die vollziehende Gewalt auf einen Präsidenten übertragen wird, der nicht aus der Volksvertretung hervorgeht, sondern unmittelbar durch das Volk gewählt wird und wenn auch in anderer Weise die Unabhängigkeit des mit der vollziehenden Gewalt betrauten Präsidenten gegenüber der Volksvertretung gesichert wird. So paradox es zunächst erscheinen mag, so bedeutet doch die unmittelbare Wahl des Präsidenten durch das Volk eher eine Schwächung als eine Stärkung des Prinzips der Volkssouveränität. Denn wenn dem nach Millionen zählenden Volke der Wähler nur ein einziger als Gewählter gegenübersteht, dann muß der Gedanke einer Repräsentation des Volkes den letzten Schein von Berechtigung verlieren, dann muß das gegen die Fiktion einer Volksvertretung gerichtete Argument der unmittelbaren Demokratie in erhöhtem Maße zur Geltung kommen; das Wort *Rousseaus*³¹: Euere Vertreter sind euere | Tyrannen.³² Und selbst |54 ein – mit Rücksicht auf die Eigenart der Exekutive natürlich nur verhältnismäßig

³⁰ Vgl. Art. I–III Constitution of the United States of September 17, 1787.

³¹ Jean-Jacques Rousseau (1712–1778), schweizerisch-französischer Philosoph, Schriftsteller und Staatstheoretiker. Wichtige Werke: *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Amsterdam 1755; *Julie ou la Nouvelle Héloïse*, Genf 1761 (2. Aufl., Paris 1776); *Du contrat social; ou principes du droit politique*, Amsterdam 1762 (2. Aufl., Genf 1766); *Émile, ou de l'Éducation*, Amsterdam 1762.

³² Das Zitat findet sich nicht direkt, aber dem Sinne nach bei *Jean-Jacques Rousseau, Du contrat social; ou principes du droit politique*, Amsterdam 1762, 3. Buch, Kap. 15 (S. 235–245, insb. 238f.). Die Formulierung verwendet jedoch *Friedrich Naumann, Das Kulturwahlrecht*, in: *Süd-deutsche Monatshefte* 5 (1908), Bd. 1, S. 340–346 (340): „Wer ist wohl der Vater der modernen Wahlrechte? Man denkt, es müsse Rousseau sein, weil er die Souveränität des ganzen Volkes verkündigt hat, aber sobald man sich die Mühe nimmt, die betreffenden Abschnitte seines Hauptwerkes (*Contrat social*) nachzulesen, findet man, daß er gegen alle Abgeordneten wettert und direkte Gesetzgebung durch das Volk verlangt. Auch die Abgeordneten seien, sobald sie einmal gewählt sind, Tyrannen“.

kleines – Kollegium, das vom Volke unmittelbar gewählt, neben und unabhängig von dem zahlenmäßig ungleich stärkeren Gesetzgebungskörper mit der vollziehenden Gewalt betraut wird, muß schon aus psychologischen Gründen den Repräsentationsgedanken sprengen und um so mehr zu einer selbständigen Macht neben, ja über dem allein die Volksgesamtheit repräsentierenden Parlamente werden, je unabhängiger es von diesem durch seine unmittelbare Volkswahl ist. Je weniger in einem vielköpfigen Parlamente der Machtwille des einzelnen zur Geltung kommen kann, desto geringer ist die Möglichkeit, daß sich der Gesamtwille dieses Parlaments als ein selbständiger Faktor dem Willen des Volkes entgegenstellt. Je größer das Parlament, desto leichter kann es zu einem Abbild der politischen Strebungen im Volke gestaltet, desto leichter kann es aber auch als ein solches Spiegelbild der Volksmeinung erhalten werden. Ein nur aus wenigen Menschen bestehendes, wenn auch vom Volke gewähltes Exekutivorgan, geschweige ein einzelnes Staatsoberhaupt, muß notwendig zu dem Prinzip der Volkssouveränität in Widerspruch treten. Aus diesen Gründen ist es begreiflich, daß in den modernen Demokratien die Tendenz besteht, das für die konstitutionelle Monarchie und die ihr nachgebildete Präsidentschaftsrepublik charakteristische Prinzip der Gewaltentrennung zu überwinden.

Eine organisatorische Trennung der gesetzgebenden von der vollziehenden Gewalt hat jedoch nicht nur die eben charakterisierte politische, sondern [auch] eine rein technische Bedeutung. Die Ausübung der vollziehenden Gewalt, das ist die Verwaltung und Rechtsprechung bildet das tägliche Leben des Staates; sie erfolgt daher durch einen permanenten Apparat, gebildet von Menschen, die fachlich hiezu geeignet, diese Tätigkeit als ihren Lebensberuf ausüben. Die Gesetzgebung, das ist die Fortbildung der Rechtsordnung durch Satzung genereller Normen, erfordert nur eine periodische Tätigkeit und kann daher von Menschen besorgt werden, die in ihrem Hauptberufe Landwirte, Arbeiter, Gelehrte usw. bleiben. Weil der Regierungsapparat der vollziehenden Gewalt – sehr zum Unterschiede von der Gesetzgebungsmaschine des Parlaments – keinen Augenblick stillstehen darf, ist es erforderlich, den ersteren so zu organisieren, daß sein notwendiger äußerer Antrieb niemals versage. Eine solche Gefahr besteht, wenn das Parlament bei seinen durch Vertagungen und Sessionsschlüsse herbeigeführten Arbeitspausen zugleich auch die Regierung ist, oder doch als Inhaber der gesamten Staatsgewalt und somit auch der Exekutive die Regierung durch Wahl bestellt und dabei noch gewisse spezielle Regierungsakte sich vorbehält, wie dies nach der gegenwärtigen Verfassung Deutschösterreichs der Fall ist.³³ Darum hat auch das Parlament aus seiner Mitte den Hauptausschuß ausgeschieden, der als das Organ der dem Parlament zustehenden Exekutivgewalt *permanenten* Charakter hat.

³³ Kelsen meint mit „gegenwärtiger Verfassung Deutschösterreichs“ die bis zur März-Verfassung 1919 geltende Rechtslage. Vgl. § 3 Abs 1, § 8 Beschluß Staatsgewalt 1918 (Anm. 2); der Staatsrat selbst erläßt gemäß § 7 Beschluß Staatsgewalt 1918 (Anm. 2) Vollzugsanweisungen, was üblicherweise Sache der Regierung ist.

Zweifellos hat dadurch dieser Hauptausschuß eine gewisse Ähnlichkeit mit dem alten Staatsrate erhalten. Allein sehr zum Unterschied vom Staatsrat hat der Hauptausschuß wenigstens grundsätzlich keine eigentlichen Regierungsfunktionen, sondern nur die Funktion, die Regierung durch Erstattung eines Vorschlages an die Nationalversammlung zu ermöglichen. Auf der anderen Seite ist auch der in seiner Funktion gleichfalls permanente Präsident der Nationalversammlung, der schon durch seine persönliche Stellung aus der Masse der Abgeordneten herausgehoben ist und bei dem daher ein erhöhtes Maß von Würde und Verantwortungsgefühl angenommen werden darf, bei der Bestellung der Regierung, wenn auch nur in formeller Funktion mitbeteiligt.³⁴ Auch dem Präsidenten der Nationalversammlung sind – wie später noch zu zeigen sein wird³⁵ – einige andere wichtige exekutive Funktionen übertragen, so daß die Verbindung von exekutiver und legislativer Gewalt die aus verfassungstechnischen Rücksichten unvermeidliche Einschränkung erfährt.

Der Wirkungsbereich der Staatsregierung fällt grundsätzlich mit dem ganzen Umfang der Exekutive zusammen. Alle bisherigen Kompetenzen des Staatsrates und des Staatsratsdirektoriums gehen auf die Staatsregierung über, wobei jedoch – abgesehen von der bereits erwähnten Ausnahme hinsichtlich der Berufung der Staatsregierung – folgende Einschränkungen Platz greifen.

Durch das Gesetz über die Volksvertretung wird das bisher dem Staatsrat zustehende Recht der Kriegserklärung unmittelbar der Nationalversammlung vorbehalten.³⁶ Ebenso ist die Genehmigung von Friedensverträgen, die bisher, soweit sie nicht Handelsverträge sind oder eine Veränderung des Staatsgebietes zur Folge haben, dem Staatsrat oblag,³⁷ der Nationalversammlung übertragen.³⁸ Wie bisher kann nur die Nationalversammlung amnestieren.³⁹ Aber das bisher dem Staatsrat zugestandene Recht, auf Grund eines vom Staatssekretär für Justiz gestellten Antrages, mit Vorbehalt der im Gesetz über die Ministerverantwortlichkeit enthaltenen Beschränkungen, Strafen, die von den Gerichten ausgesprochen wurden, zu erlassen oder zu mildern, Rechtsfolgen von Verurteilungen nachzusehen und Verurteilungen zu tilgen, endlich auf Grund eines solchen Antrages anzuordnen, daß ein strafgerichtliches Verfahren nicht eingeleitet oder das eingeleitete Strafverfahren wieder eingestellt werde, dieses bisher dem Staatsrat zustehende Recht⁴⁰ ist dem Präsidenten der Nationalversammlung übertragen, der jedoch dieses Recht nur im Einvernehmen mit dem zweiten und dritten Präsidenten unter Gegenzeichnung des Staatskanzlers und des Staatssekretärs für Justiz ausüben darf.⁴¹ Das

|56

³⁴ Vgl. Art 2 Abs 3 StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1).

³⁵ Vgl. unten S. 110–112.

³⁶ Vgl. Art 1 Abs 1 VolksvertretungsG 1919 (Anm. 18).

³⁷ Vgl. § 5 Abs 1 Verfassungsnovelle 1918 (Anm. 7).

³⁸ Vgl. Art 6 Abs 1 StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1).

³⁹ Vgl. § 16 Abs 1 Grundgesetz vom 22. November 1918 über die richterliche Gewalt StGBI 1918/38 (im Folgenden: GG richterliche Gewalt 1918).

⁴⁰ Vgl. § 16 Abs 2 GG richterliche Gewalt 1918 (Anm. 39).

⁴¹ Vgl. Art 7 Abs 4 StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1).

bedeutet aber nichts anderes als daß für Begnadigungen, Abolitionen usw. ein Kollegium, bestehend aus dem Präsidenten und seinen beiden Stellvertretern, eingesetzt ist, das durchaus dem alten Staatsratsdirektorium entspricht. In diesem Kollegium kommt die durch das Gesetz über die Volksvertretung aufgehobene Gleichberechtigung der drei Präsidenten ausnahmsweise wieder zur Geltung. Dies gilt allerdings nur für das Verhältnis nach innen; denn aus dem Wortlaut der Verfassung, die diese Rechtsakte dem Präsidenten überträgt und diesen dabei nur an das Einvernehmen mit dem zweiten und dritten Präsidenten bindet, kann geschlossen werden, daß als Subjekt dieser Staatsakte nach außen allein der Präsident auftritt und daß Staatskanzler und Justizsekretär mit ihrer Gegenzeichnung die Verantwortung für das verfassungsmäßige Zustandekommen dieser Akte, also insbesondere auch für das *pro foro interno*⁴² erfolgte Einvernehmen der beiden Stellvertreter des Präsidenten übernehmen.

Das nach dem Gesetze vom 6. Februar 1919 über den Staatsrechnungshof, St.G.Bl. Nr. 85,⁴³ dem Staatsrate zustehende Recht, die Geschäftsordnung des Staatsrechnungshofes zu genehmigen, ist nunmehr dem Präsidenten der Nationalversammlung übertragen⁴⁴ und zwar in der Absicht, den Staatsrechnungshof von der Staatsregierung möglichst unabhängig zu stellen. Die Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten zwischen Staatsrechnungshof und einzelnen Staatsämtern – bisher eine Obliegenheit des Staatsratsdirektoriums⁴⁵ – ist aus dem gleichen Grunde nicht der Staatsregierung, sondern dem Präsidenten der Nationalversammlung anheimgegeben.⁴⁶

Der Präsident der Nationalversammlung vollzieht alle in den bisherigen Gesetzen dem Staatsrate oder dem Staatsratsdirektorium vorbehaltenen Ernennungen und Bestätigungen von Beamten und sonstigen öffentlichen Organen (d. i. regelmäßig bis einschließlich der VI. Rangklasse)⁴⁷ sowie die Verleihung von Amtstiteln. Doch ist der Präsident dabei materiell an den Vorschlag der Staatsregierung gebunden. Eine Ausnahmestelle nimmt wieder der Staatsrechnungshof | ein, indem dessen Präsident über Vorschlag des Hauptausschusses und die höheren Beamten, d. s. die Beamten von der VI. Rangklasse aufwärts, über Vorschlag des Präsidenten des Staatsrechnungshofes vom Präsidenten der Nationalversammlung ernannt werden.⁴⁸

⁴² Lat.: *pro foro interno*; dt.: im Innenverhältnis.

⁴³ Vgl. § 17 Abs 1 Gesetz vom 6. Februar 1919 über den Staatsrechnungshof, StGBI 1919/85 (im Folgenden: RechnungshofG 1919).

⁴⁴ Vgl. Art 6 Abs 2 Staatsregierungsg 1919 (Anm. 1).

⁴⁵ Vgl. § 14 RechnungshofG 1919 (Anm. 43).

⁴⁶ Vgl. Art 6 Abs 2 Staatsregierungsg 1919 (Anm. 1).

⁴⁷ Wie schon in der österreichisch-ungarischen Monarchie (vgl. Gesetz vom 15. April 1873, betreffend die Regelung der Bezüge der activen Staatsbeamten, RGBl 1873/47) wurden die Staatsbeamten auch in der Ersten Republik hierarchisch in Rangklassen eingeteilt, die sich grundsätzlich nach der Stelle des jeweiligen Beamten richteten.

⁴⁸ Vgl. Art 7 Abs 1 Staatsregierungsg 1919 (Anm. 1).

Bezüglich der Ernennung von Richtern bleibt es bei dem durch das Grundgesetz vom 22. November 1918 über die richterliche Gewalt, St.G.Bl. Nr. 38, normierten Vorschlagsrecht der durch die Gerichtsverfassung dazu bestimmten Senate und dem Antragsrecht des Staatssekretärs für Justiz⁴⁹ beziehungsweise des Staatskanzlers, soweit es sich um den Verwaltungsgerichtshof handelt. Die Behörden, denen das Vorschlagsrecht zusteht, haben ihre Besetzungsvorschläge dem zuständigen Mitgliede der Staatsregierung, das ist also dem Staatssekretär für Justiz, beim Verwaltungsgerichtshof dem Staatskanzler zu erstatten; diese haben die Besetzungsvorschläge der Staatsregierung vorzulegen, die ihrerseits dem Präsidenten der Nationalversammlung innerhalb der Schranken der vorliegenden Besetzungsvorschläge einen konkreten Besetzungsantrag zu unterbreiten hat.⁵⁰ Die Besetzungsvorschläge für die ordentlichen Gerichte, die von den bezüglichen Senaten zu erstatten sind, haben nach dem Grundgesetze über die richterliche Gewalt mindestens zwei Personen mehr zu umfassen, als Richter zu ernennen sind.⁵¹ Dies gilt jedoch nicht von dem Antrag, den die Staatsregierung an den Präsidenten der Nationalversammlung zu erstatten hat, so daß die Staatsregierung, nicht aber der Präsident der Nationalversammlung bei den Richterernennungen einen gewissen, wenn auch beschränkten Spielraum freien Ermessens hat. Das Analoge gilt bei der Besetzung des Verwaltungsgerichtshofes. Hier hat der vom Personalsenat zu erstattende Besetzungsvorschlag, wenn es sich um die Ernennung von Räten handelt, mindestens zwei Personen mehr zu enthalten, als Räte zu ernennen sind.⁵² Handelt es sich um die Besetzung der Stelle des Präsidenten, so hat der Personalsenat zwei Persönlichkeiten für jede dieser Stellen vorzuschlagen.⁵³ Die Staatsregierung muß dem Präsidenten der Nationalversammlung jedoch für jede Stelle nur eine einzige Persönlichkeit vorschlagen. Nur der Verfassungsgerichtshof hat selbst kein Vorschlagsrecht. Das früher für die Besetzung des Reichsgerichtes bestandene Vorschlagsrecht des Parlaments ist aufgehoben.⁵⁴ Die Staatsregierung ist sonach hinsichtlich der Anträge, die sie dem Präsidenten der Nationalversammlung für die Ernennung von Mitgliedern und Ersatzmitgliedern sowie des Präsidenten und Vizepräsidenten des Verfassungsgerichtshofes zu machen hat, durchaus frei.

|Der Präsident der Nationalversammlung vertritt die Republik Deutschösterreich nach außen, empfängt und beglaubigt die Gesandten und schließt – vorbehaltlich der Genehmigung durch die Nationalversammlung oder die Staatsregie-

⁴⁹ Vgl. § 7 Abs 2 StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1); § 5 Abs 1 GG richterliche Gewalt 1918 (Anm. 39); § 3 Abs 2 Gesetz vom 6. Februar 1919 über die Errichtung eines deutschösterreichischen Verwaltungsgerichtshofes, StGBI 1919/88 (im Folgenden: VwGG 1919).

⁵⁰ Vgl. Art 7 Abs 2 StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1).

⁵¹ Vgl. § 5 Abs 1 GG richterliche Gewalt 1918 (Anm. 39).

⁵² Vgl. § 3 Abs 2 VwGG 1919 (Anm. 49).

⁵³ Vgl. § 3 Abs 2 VwGG 1919 (Anm. 49).

⁵⁴ Vgl. § 2 Gesetz vom 25. Jänner 1919 über die Errichtung eines deutschösterreichischen Verfassungsgerichtshofes, StGBI 1919/48 iVm Art 7 Abs 2 StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1).

– die Staatsverträge ab,⁵⁵ sofern gerade ihm die bisher dem Präsidenten im Kabinett vorbehaltene Ratifikation der Staatsverträge übertragen ist. Bei Friedensverträgen, dann bei Handelsverträgen und solchen Staatsverträgen, die eine Gebietsveränderung herbeiführen, ist zum gültigen Abschluß auch die Genehmigung der Nationalversammlung, bei allen übrigen Staatsverträgen die Genehmigung durch die Staatsregierung erforderlich.⁵⁶

Dadurch, daß die Staatsregierung an Stelle des Staatsrates tritt, geht zwar nicht dessen Vetorecht gegenüber Gesetzesbeschlüssen der Nationalversammlung auf sie über; dafür ist ihr aber das Recht übertragen, „Vorstellungen“ gegen Beschlüsse der Nationalversammlung unter den gleichen Modalitäten zu erheben, unter denen das Vetorecht des Staatsrates ausgeübt wurde.⁵⁷ Als Rechtsnachfolgerin des Staatsratsdirektoriums obliegt der Staatsregierung nunmehr die Leitung und Verwendung der Wehrmacht.⁵⁸

In jenen Fällen, in denen die Staatsregierung Kompetenzen des ehemaligen Staatsrates oder des Staatsratsdirektoriums übernimmt, fungiert sie als kollegiale Behörde. Die Verfassung enthält keine Bestimmung darüber, auf welche Weise Beschlüsse der Staatsregierung in diesen Angelegenheiten zu stande kommen müssen. Mit Rücksicht auf die Verantwortlichkeit jedes einzelnen Mitgliedes der Staatsregierung ist wohl anzunehmen, daß gültige Beschlüsse der Staatsregierung nur einstimmig, d. h. mit Zustimmung aller Mitglieder der Regierung, gefaßt werden können. Das nicht einverständene Mitglied der Staatsregierung hat zu demissionieren. Jedenfalls war diese Anschauung dafür maßgebend, daß in die Verfassung keine Vorschriften über Majoritätsbeschlüsse der Staatsregierung aufgenommen wurden.

Was die Kompetenz der einzelnen Mitglieder der Staatsregierung betrifft, so fungiert der Staatskanzler als Leiter der Staatskanzlei.⁵⁹ Sein Wirkungskreis, den die Verfassungsnovelle vom 19. Dezember 1918 umschreibt, ist unverändert geblieben. Der Vizekanzler hat den Staatskanzler im vollen Umfange seines Wirkungskreises zu vertreten. Zum Vizekanzler kann nur ein Staatssekretär, sei es mit, sei es ohne Portefeuille, nicht aber der gleichfalls als Mitglied der Staatsregierung fungierende Präsident der Sozialisierungskommission bestellt werden.⁶⁰

|⁵⁹ |Regelmäßig fungiert jeder Staatssekretär als Leiter eines Staatsamtes.⁶¹ Staatssekretäre mit einem bloß persönlichen Wirkungskreis ohne gleichzeitige Betrauung der Führung eines Staatsamtes bilden die Ausnahme und können nur „in besonderen Fällen“ bestellt werden.⁶² Die folgenden Staatsämter sind verfassungs-

⁵⁵ Vgl. Art 8 StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1).

⁵⁶ Vgl. Art 6 Abs 1 StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1).

⁵⁷ Vgl. § 4 Abs 3 Verfassungsnovelle 1918 (Anm. 7).

⁵⁸ Vgl. § 8 Verfassungsnovelle 1918 (Anm. 7); Art 6 Abs 1 StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1).

⁵⁹ Vgl. § 3 Abs 2 Verfassungsnovelle 1918 (Anm. 7).

⁶⁰ Vgl. Art 11 Abs 1 StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1).

⁶¹ Vgl. Art 9 Abs 2 StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1).

⁶² Vgl. Art 13 Abs 2 StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1).

mäßig errichtet: Außer der Staatskanzlei das Staatsamt für Inneres und Unterricht, das Staatsamt für Justiz, das Staatsamt für Finanzen, das Staatsamt für Land- und Forstwirtschaft, das Staatsamt für Handel und Gewerbe, Industrie und Bauten, das Staatsamt für soziale Verwaltung und – bis zur vollendeten Eingliederung in das Deutsche Reich – noch das Staatsamt für Äußeres, das Staatsamt für Heerwesen, das Staatsamt für Volksernährung und das Staatsamt für Verkehrswesen.⁶³ Auf diese sechs definitiven und vier nur mehr vorläufigen Staatsämter sind die bisherigen 14 Staatsämter reduziert worden. Die Verfassung sieht überdies ausdrücklich die Möglichkeit vor, daß das Staatsamt für Inneres und Unterricht nicht mit einem eigenen Staatssekretär besetzt, sondern der Leitung des Staatskanzlers unterstellt wird.⁶⁴ Ausnahmsweise und vorübergehend kann der Staatskanzler, der Vizekanzler oder ein Staatssekretär mit der Führung noch eines anderen als des ihm ursprünglich unterstellten Staatsamtes betraut werden.⁶⁵ Auch ein zum Staatssekretär ohne Portefeuille Bestellter kann ausnahmsweise und vorübergehend die Leitung eines Staatsamtes erhalten, ohne dadurch zu einem Ressortstaatssekretär zu werden.

Ebenso wie die Zahl ist auch der Wirkungskreis der einzelnen Staatsämter wenigstens prinzipiell durch die Verfassung festgesetzt. Jede Änderung kann daher nur durch ein Gesetz erfolgen, das bei Anwesenheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder der Nationalversammlung mit zwei Drittel Mehrheit der Anwesenden beschlossen wird. Doch erteilt die Verfassung der Staatsregierung die Ermächtigung, „innerhalb der für die Kompetenz der Staatsämter aufgestellten allgemeinen Richtlinien über die Zuständigkeit der einzelnen Staatsämter unter Zustimmung des Hauptausschusses durch Vollzugsanweisung die zur fachgemäßen Aufteilung der Geschäfte der Staatsverwaltung und namentlich zur Erleichterung des Überganges erforderlichen näheren Verfügungen zu treffen und den Wirkungskreis der Staatsämter im einzelnen festzusetzen“.⁶⁶ Damit ist allerdings die nach dem Wortlaut des Gesetzes über die Staatsregierung vollkommen hinreichend determinierte, verfassungsgesetzlich ausgesprochene Kompetenzabgrenzung der Staatsämter größtenteils paralisiert⁶⁷, indem die Möglichkeit gegeben ist, im Verordnungswege gewisse, allerdings nicht wesentliche Verschiebungen zwischen den einzelnen Staatsämtern vorzunehmen. Wann eine solche Kompetenzänderung nach ihrem Inhalte über die Delegation des Gesetzes hinausgeht, kann freilich zweifelhaft werden. Nur insofern besteht hier eine gewisse Bindung der Staatsregierung, als zu einer solchen Verordnung die Zustimmung des Hauptausschusses erforderlich ist. Hier liegt ein nicht unwesentlicher unmittelbarer Eingriff des Parlaments in die Tätigkeit der Exekutive vor.

⁶³ Vgl. Art 9, 10 StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1).

⁶⁴ Vgl. Art 9 Abs 2 StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1).

⁶⁵ Vgl. Art 13 Abs 1 StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1).

⁶⁶ Art 12 StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1).

⁶⁷ «paralisiert»] recte: «paralysiert».

Die in den Gesetzen über die Staatsform,⁶⁸ über das besetzte Gebiet,⁶⁹ über die Volksvertretung⁷⁰ und über die Staatsregierung⁷¹ niedergelegte Novellierung, die die konstituierende Nationalversammlung an der provisorischen Verfassung Deutschösterreichs vorgenommen hat, bezieht sich zum größten Teil auf die oben dargestellte Neuordnung der vollziehenden Gewalt. Das Bild, das die Verfassung Deutschösterreichs auf Grund dieser Änderung bietet, ist das einer vollkommenen Parlamentsherrschaft. Teils unmittelbar, teils durch den Hauptausschuß, durch den Präsidenten und seine Stellvertreter, teils durch die vom Parlamente gewählte und nur vom Parlamente jederzeit absetzbare Staatsregierung übt die Nationalversammlung die ihr vom Volke übertragene Staatsgewalt aus.

⁶⁸ Gesetz vom 12. März 1919 über die Staatsform, StGBI 1919/174.

⁶⁹ Gesetz vom 12. März 1919 über das besetzte Gebiet, StGBI 1919/175.

⁷⁰ VolksvertretungsG 1919 (Anm. 18).

⁷¹ StaatsregierungsG 1919 (Anm. 1).

Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs (1919/1920)*

* Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 98–122.

Teilabdruck (des Typoskripts):

- Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs mit besonderer Berücksichtigung des Anschlusses Deutschösterreichs an das Deutsche Reich, in: Felix Ermacora, Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Dokumente der Staatskanzlei über allgemeine Fragen der Verfassungsreform, Wien 1989, S. 3–17.

| Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs.¹

I.

Die für die definitive Verfassung Deutschösterreichs entscheidende Frage betrifft die Stellung, die den Ländern im Verhältnis zum Staatsganzen einzuräumen ist. Zur Beantwortung dieser Frage liefert die staatsrechtliche Theorie drei Idealtypen: Den bürokratisch und zentralistisch regierten *Einheitsstaat*, das System der demokratischen und dezentralisierten *Selbstverwaltung* und schließlich den *Bundesstaat*. Die Auflösung Deutschösterreichs in einen losen *Staatenbund* bleibt außer Diskussion.

Ein Irrtum wäre es, anzunehmen, daß die verfassungsgebende Nationalversammlung Deutschösterreichs diesen drei Möglichkeiten gegenüber die völlig freie Wahl hat. *Rechtlich* ist sie zwar in keiner Weise gebunden; denn die gesetzgebende und insbesondere die verfassungsgebende Gewalt ist ihr unbeschränkt von der provisorischen Verfassung Deutschösterreichs² übertragen. § 1 des Beschlusses der Provisorischen Nationalversammlung vom 30. Oktober 1918 über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt, St.G.Bl. Nr. 1,³ behält die Ordnung der Verfassung Deutschösterreichs ausschließlich der Konstituante vor. Und nach Art. 1 des Gesetzes vom 14. März 1919 über die Volksvertretung, St.G.Bl. Nr. 179,⁴ steht der Konstituante – ebenso⁵ wie der Provisorischen Nationalversammlung – die Kompetenzhoheit zu. Die ehemaligen österreichischen Landesordnungen sind nur insoweit rezipiert, als sie mit der provisorischen Verfassung nicht in Widerspruch stehen.⁶ Darum fehlt den Ländern der Republik Deutschösterreich

¹ «Deutschösterreichs.»] T «Deutschösterreichs [mit besonderer Berücksichtigung des Anschlusses] Deutschösterreichs an das Deutsche Reich.»; F* «Deutschösterreichs.»

² Beschluß der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich vom 30. Oktober 1918 über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt, StGBI 1918/1 (im Folgenden: Beschluß Staatsgewalt 1918). Dieser Beschluß gilt als die provisorische Verfassung Deutschösterreichs, vgl. etwa Stenographische Protokolle über die Sitzungen der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich 1918–1919 (im Folgenden: StProt ProvNV), S. 33 (Staatskanzler Renner), sowie *Hans Kelsen*, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen, Teil 1, Wien und Leipzig 1919, S. 8 = HKW 5, S. 24–129 (35).

³ § 1 Beschluß Staatsgewalt 1918 (Anm. 2).

⁴ Art 1 Gesetz vom 14. März 1919 über die Volksvertretung, StGBI 1919/179 (im Folgenden: VolksvertretungsG 1919).

⁵ «vor. ... ebenso»] T «vor. Dieser steht – ebenso»; F* «vor. ... ebenso».

⁶ Vgl. § 16 Beschluß Staatsgewalt 1918 (Anm. 2).

I - 2325/pr 14. III 1919

Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung
Deutschösterreichs

mit besonderer Berücksichtigung des Anschlusses
Deutschösterreichs an das Deutsche Reich.

von Professor Dr. Hans K e l s e n.

I.

Die für die definitive Verfassung Deutschösterreichs entscheidende Frage betrifft die Stellung, die den Ländern im Verhältnis zum Staatsganzen einzuräumen ist. Zur Beantwortung dieser Frage liefert die staatsrechtliche Theorie drei Idealtypen: Den bürokratisch und zentralistisch regierten Einheitsstaat, das System der demokratischen und dezentralisierten Selbstverwaltung und schließlich den Bundesstaat. Die Auflösung Deutschösterreichs in einen losen Staatenbund bleibt außer Diskussion.

Ein Irrtum wäre es anzunehmen, daß die verfassungsgebende Nationalversammlung Deutschösterreichs diesen drei Möglichkeiten gegenüber die völlig freie Wahl hat. Rechtlich ist sie zwar in keiner Weise gebunden, denn die gesetzgebende und insbesondere die verfassungsgebende Gewalt ist ihr unbeschränkt von der provisorischen Verfassung Deutschösterreichs übertragen. § 1 des Beschlusses der Provisorischen Nationalversammlung vom 30. Oktober 1918 über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt, St.G.Bl. Nr. 1, behält die Ordnung der Verfassung Deutschösterreichs ausschließlich der Konstituante vor. Dieser steht - ebenso wie der Provisorischen Nationalversammlung - die Kompetenzhoheit zu. Die ehemaligen österreichischen

./.

die den ehemaligen österreichischen Kronländern von Theoretikern und Praktikern mitunter zugesprochene Kompetenzhoheit. Soll zwischen der provisorischen Verfassung Deutschösterreichs und der von der konstituierenden Nationalversammlung zu gebenden definitiven Staatsordnung⁷ Rechts|kontinuität⁸ bestehen, soll ein revolutionärer Bruch der Verfassung Deutschösterreichs vermieden werden, dann hat über die Stellung der Länder die konstituierende Nationalversammlung und es haben darüber nicht die Länder selbst – etwa im Wege von Vereinbarungen untereinander und durch parallele, inhaltlich übereinstimmende Landesgesetze – zu entscheiden. Diese Feststellung ist schon deshalb nötig, weil man in den Kreisen der Landesregierungen gelegentlich der Auffassung begegnet, durch die Revolution⁹ sei die Pragmatische Sanktion¹⁰ beseitigt, den österreichischen Ländern daher ihre ursprüngliche Freiheit und Selbständigkeit zurückgegeben worden. Allein die historisch politische Kontinuität, auf die sich diese Auffassung zu stützen scheint, ist für die Frage der rechtlichen Stellung der Länder belanglos. Die „feierlichen Beitrittserklärungen“ der Länder – aber nicht nur dieser, sondern auch der „Kreise und Gaue des Staatsgebietes“ –, die von der Provisorischen Nationalversammlung mit Beschluß vom 12. November 1918, St.G.Bl. Nr. 23,¹¹ zur Kenntnis genommen wurden, scheinen zwar Symptome dieser Anschauung zu sein, irgend eine rechtliche Relevanz kommt ihnen jedoch nicht zu. Wäre Deutschösterreich nicht durch den Verfassungsbeschluß vom 30. Oktober 1918, mit dem die gesamte gesetzgebende Gewalt der Nationalversammlung übertragen wurde,¹² sondern durch Beitrittserklärungen der einzelnen Länder konstituiert worden, dann wäre es ein bloßer Staatenbund. Daß diese Auffassung unhaltbar ist, wird im folgenden noch des näheren gezeigt werden.

Ist¹³ somit die konstituierende Nationalversammlung rechtlich in keiner Weise gebunden, wenn sie daran geht, die Länder in das Gefüge Deutschösterreichs

⁷ Vgl. Art 1 Abs 2 VolksvertretungsG 1919 (Anm. 4).

⁸ «definitiven Staatsordnung Rechtskontinuität»] T «definitiven Rechtskontinuität»; F* «definitiven Staatsordnung Rechtskontinuität».

⁹ Kelsen bezeichnet den Übergang von der Monarchie zur Republik nach dem Ende des Ersten Weltkriegs als Revolution, vgl. *Kelsen*, Verfassungsgesetze I (Anm. 2), S. 10, 18, 28, 36f. = HKW 5, S. 24–129 (37, 43, 52, 60).

¹⁰ Mit der Pragmatischen Sanktion (Sanctio Pragmatica, Ueber die Erbfolge des Durchlauchtigsten Ertz-Hauses Oesterreich, 19. April 1713, abgedruckt in: Sebastian Gottlieb Herrenleben (Hrsg.), Sammlung Oesterreichischer Gesetze und Ordnungen, Wie solche von Zeit zu Zeit ergangen und publiciret worden, So viele deren über die in Parte I & II Codicis Austriaci eingedruckt bis auf das Jahr 1720 weiter aufzubringen waren, Leipzig 1748, S. 683f.) ist die Deklaration der zuvor geheim gehaltenen hausgesetzlichen (habsburgischen) Thronfolgeordnung vom 12. September 1703 durch Kaiser Karl VI. gemeint, die die Unteilbarkeit und Untrennbarkeit aller habsburgischen Erbkönigreiche und Länder festlegte und zu diesem Zweck eine einheitliche Erbfolgeordnung vorsah. Dabei folgte man den Grundsätzen der Linealprimogenitur und der subsidiären weiblichen Erbfolge.

¹¹ Beschluß der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich vom 12. November 1918, betreffend die feierliche Beitrittserklärung der Länder, Kreise und Gaue des Staatsgebietes, StGBI 1918/23 (im Folgenden: Beschluß Beitrittserklärung 1918).

¹² § 2 Beschluß Staatsgewalt 1918 (Anm. 2).

¹³ «Staatenbund. ...]Ist»] T «Staatenbund.]Ist»; F* «Staatenbund. ...]Ist».

einzugliedern, so sind ihr doch sehr feste *politische* Schranken nach zwei Richtungen hin gesetzt. Auf der einen Seite steht der Machtbereich, den die Länder gegenwärtig teils tatsächlich, teils auf Grund der provisorischen Verfassung behaupten. Diesen wesentlich zu schmälern, wird kaum ernstlich in Erwägung gezogen werden können. Damit fällt aber schon die erste der drei oben charakterisierten Möglichkeiten, nämlich der bürokratisch zentralistisch regierte Einheitsstaat. Denn dieser bedeutete den Wegfall der Länderorganisation, an deren Stelle eine Provinzialverwaltung treten würde. Die gegebenen Macht- und Rechtsverhältnisse lassen aber auch der Wahl zwischen den beiden anderen Verfassungstypen keine ganz freie Bewegung zu. Es ist gewiß nicht so, daß man entweder die demokratische dezentralisierte Selbstverwaltung Englands oder die Bundesstaatsverfassung der Schweiz der künftigen Verfassung Deutschösterreichs als Schablone | 100 zugrunde legen können. Es kann sich vielmehr nur darum handeln, ob man die tatsächlich und rechtlich gegebene Verfassung Deutschösterreichs mehr dem einen oder dem anderen Typus anpassen und annähern soll.

Auf der anderen Seite aber steht – die Beschlußfreiheit der verfassungsgebenden Nationalversammlung erheblich beschränkend – die Tatsache des Anschlusses Deutschösterreichs an die Deutsche Republik. Wäre Artikel 1 des Gesetzes vom 12. März 1919 über die Staatsform, St.G.Bl. Nr. 174,¹⁴ der¹⁵ ausspricht, daß Deutschösterreich ein Bestandteil des Deutschen Reiches sei¹⁶, nicht bloß der feierliche Ausdruck eines Wunsches, sondern ein rechtlich verbindlicher Gesetzesinhalt, dann wäre die Frage nach der künftigen Stellung der Länder auch nicht von der Konstituante Deutschösterreichs, sondern von der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung zu beantworten, denn dann wäre eine verfassungsgebende Versammlung Deutschösterreichs gar nicht oder doch nur insoweit möglich, als sie von der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung zur Schaffung einer Verfassung für das deutschösterreichische Gebiet als ein Teilgebiet der Deutschen Republik delegiert würde. Genau so wie es – Deutschösterreich als selbständiger und souveräner Staat vorausgesetzt – nur eine deutschösterreichische Konstituante, nicht aber konstituierende Landesversammlungen oder doch letztere nur insoweit geben kann, als sie innerhalb bestimmter Schranken von der deutschösterreichischen Konstituante delegiert werden. Indes muß wohl angenommen werden, daß der Anschluß an Deutschland noch nicht rechtlich vollzogen ist, sondern daß damit bloß als mit einem künftigen Faktum gerechnet werden muß. Soll aber Deutschösterreich eine Verfassung bekommen, die ihm ermöglicht, der Deutschen Republik sich als Teil einem Ganzen einzugliedern, dann ist die Ausgestaltung der deutschösterreichischen Verfassung in wesentlichen Beziehungen von der des Deutschen Reiches determiniert.

¹⁴ Art 1 Gesetz vom 12. März 1919 über die Staatsform, StGBI 1919/174.

¹⁵ «Artikel ... der»] T «Artikel 2 des Gesetzes vom 12. November 1918 über die Staats- und Regierungsform von Deutschösterreich, St.G.Bl. Nr. 5, der»; F* «Artikel ... der».

¹⁶ «ein Bestandteil des Deutschen Reiches sei»] T «ein Bestand der Deutschen Republik sei»; F* «ein Bestandteil des Deutschen Reiches sei».

II.

Welche Rechts- und Sachlage findet nun die konstituierende Nationalversammlung in der Länderfrage vor? Gemäß § 1 des Gesetzes vom 14. November 1918 betreffend die Übernahme der Staatsgewalt in den Ländern, St.G.Bl. Nr. 24¹⁾ 18, 19, sind an die Stelle der | ehemaligen Landtage die provisorischen Landesversammlungen getreten. Das Gesetz betreffend die Übernahme der Staatsgewalt in den Ländern, durch welches die provisorischen Landesversammlungen eingesetzt wurden, ist ein Staatsgesetz und die Kompetenz dieser Landesversammlungen eine delegierte. Welchen Umfang der auf solche Weise den Ländern eingeräumte Wirkungskreis hat, ist nicht mit voller Sicherheit aus dem Gesetze zu entnehmen. Offenbar bestand die Absicht, die alten Landesordnungen so weit zu rezipieren, als sie mit der provisorischen Verfassung Deutschösterreichs vereinbar waren. Dafür spricht insbesondere die Bestimmung des § 12 des zitierten Gesetzes,²⁰ wo einzelne Normen der Landesordnungen ausdrücklich aufgehoben werden; woraus zu schließen ist, daß der Gesetzgeber den übrigen Inhalt der Landesordnungen – soweit er nicht mit der geltenden Verfassung in Widerspruch stand – als in Geltung gebracht voraussetzte. In Geltung gebracht und teilweise abgeändert wurde aber der Inhalt der alten österreichischen Landesordnungen für die deutschösterreichischen Länder durch ein *Staatsgesetz*, durch eben jenes oben zitierte Gesetz vom 14. November 1918 betreffend die Übernahme der Staatsgewalt in den Ländern.²¹ Ebenso wie die Landesordnungen vom 6. Februar 1861, R.G.Bl. Nr. 20,²² ein kaiserliches Patent, somit also ein Reichsgesetz waren, so sind die Verfassungen der deutschösterreichischen Länder formell ein Staatsgesetz und zwar ein *einziges* Staatsgesetz. Ihr umfangreicher und für die einzelnen Länder variierender Inhalt ist beschlossen in dem ersten Satze des § 1 des Gesetzes vom 14. November:²³ „An Stelle der bisherigen Landtage ... treten in Deutschösterreich bis zum Inkrafttreten neuer, durch Gesetz erlassener Landesordnungen die provisorischen Landesversammlungen.“ Auf diese „bestehenden“ Landesverfassungen beruft sich neuestens auch das in Fortbildung der *provisorischen* Verfassung erlassene Staatsgesetz vom

| 100 |¹⁾ Vgl. dazu meinen Kommentar „Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich“. Wien, Deuticke, 1919. Erster Teil, S. 98 ff.¹⁷

¹⁷ *Kelsen*, Verfassungsgesetze I (Anm. 2), S. 98–114 = HKW 5, S. 24–129 (112–126).

¹⁸ Anmerkung in F* eingefügt.

¹⁹ § 1 Gesetz vom 14. November 1918, betreffend die Übernahme der Staatsgewalt in den Ländern, StGBI 1918/24 (im Folgenden: LänderG 1918).

²⁰ § 12 LänderG 1918 (Anm. 19).

²¹ LänderG 1918 (Anm. 19).

²² Patent vom 26. Februar 1861. Die Verfassung der Österreichischen Monarchie, nebst zwei Beilagen, RGBI 1861/20 (im Folgenden: Februarpatent 1861) – in Beilage II (S. 75–311) sind fünfzehn Landesordnungen enthalten.

²³ § 1 LänderG 1918 (Anm. 19).

14. März 1919 über die Volksvertretung, St.G.Bl. Nr. 179.²⁴ Von²⁵ größter Bedeutung ist, daß der Inhalt der österreichischen Landesordnungen nur für einen bestimmten Zeitraum in Geltung gesetzt wurde: Dieser Rechtsinhalt soll provisorisch nur solange gelten, bis die definitiven Landesordnungen in Kraft treten. Daß diese definitiven Landesordnungen ganz ebenso wie die provisorischen nur als Staatsgesetz erlassen werden können, hat der Gesetzgeber nicht nur als selbstverständlich vorausgesetzt, sondern auch dadurch zum Ausdruck gebracht, daß er erklärte, die neuen Landesordnungen seien „durch Gesetz“ zu erlassen. Daß unter diesem „Gesetz“ ein Staatsgesetz zu verstehen ist, geht nicht nur daraus hervor, daß nicht ausdrücklich von *Landesgesetzen* die Rede ist – in einem Staatsgesetz kann nur, wenn²⁶ ein Staatsgesetz gemeint ist, von einem „Gesetz“ schlechtweg gesprochen werden –, sondern auch daraus, daß von einem Gesetz in der Einzahl und nicht von Gesetzen in der Mehrzahl die Rede ist, was geschehen müßte, wenn Landesgesetze gemeint gewesen wären. Wäre letzteres der Fall, dann bedeutete das Gesetz, das seinen Gegenstand als die „Übernahme der Staatsgewalt in den Ländern“ bezeichnet, die Auflösung des mit dem Verfassungsbeschluß vom 30. Oktober 1918²⁷ konstituierten Staates Deutschösterreich in eine Reihe von souveränen Staaten, die Länder. Allerdings wäre bei der Formulierung des entscheidenden § 1 des in vieler Hinsicht technisch mißlungenen²⁸ Gesetzes betreffend die Übernahme der Staatsgewalt in den Ländern größere Deutlichkeit und unzweideutige Klarheit wünschenswert gewesen.

Was die *legislative* Kompetenz der Länder betrifft, so ist sie dieselbe wie die der alten Landtage¹⁾ ³¹ mit der bereits hervorgehobenen³² Einschränkung, daß keine unbegrenzte Abänderungsmöglichkeit der provisorischen Landesordnung durch die Landesversammlung besteht. Die definitive Landesordnung kann eben nur

¹⁾ Ob sich die legislative Kompetenz der Länder nach den Landesordnungen vom Februar 1861²⁹ oder nach §§ 11 und 12 des österreichischen Grundgesetzes über die Reichsvertretung³⁰ bestimmt, kann zweifelhaft sein. Das österreichische Grundgesetz über die Reichsvertretung muß nicht als rezipiert angesehen werden. Rezipiert sind dagegen zweifellos die Landesordnungen. Nur wenn man der – freilich bestreitbaren – Meinung ist, daß die Landesordnungen durch das Grundgesetz über die Reichsvertretung hinsichtlich der Kompetenzabgrenzung zwischen Reich und Land nach österreichischer Verfassung *abgeändert* wurden, kann man die Landesordnungen in *der*

²⁴ Art 12 VolksvertretungsG 1919 (Anm. 4).

²⁵ «Landesversammlungen.» ... Von»] T «Landesversammlungen.» Von»; F* «Landesversammlungen.» ... Von».

²⁶ «kann nur, wenn»] T «kann, nur wenn»; F* «kann nur, wenn».

²⁷ Beschluß Staatsgewalt 1918 (Anm. 2).

²⁸ «mißlungenen»] T «mangelhaften»; F* «mißlungenen».

²⁹ Februarpatent 1861 (Anm. 22), Beilage II, S. 75–311.

³⁰ §§ 11–12 Gesetz vom 21. December 1867, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert wird, RGBl 1867/141 (im Folgenden: GG Reichsvertretung 1867).

³¹ Anmerkung in F* eingefügt.

³² «hervorgehobenen»] T «erwähnten»; F* «hervorgehobenen».

durch Staatsgesetz, nicht durch Landesgesetz oder nur durch staatsgesetzlich delegiertes Landesgesetz innerhalb der staatsgesetzlich gezogenen Schranken erlassen³⁴ werden. Landesgesetze entstanden nach der Verfassung der³⁵ Provisorischen Nationalversammlung durch Beschluß der Landesversammlung, welcher Beschluß der Sanktion durch den deutschösterreichischen Staatsrat bedurfte, der gemäß Artikel 3 des Gesetzes vom 12. November 1918 über die Staats- und Regierungsform von Deutschösterreich, St.G.Bl. Nr. 5,³⁶ auch in dieser Hinsicht die Funktion des ehemaligen Kaisers von Österreich übernommen hatte. Allein³⁷ ebenso wie seitens der Länder die Machtvollkommenheit behauptet | wird, die definitive Verfassung des Landes frei und unabhängig vom Staate Deutschösterreich durch Landesgesetz zu erlassen, so wurde gegen das Sanktionsrecht des Staatsrates Widerspruch erhoben. In dem Gesetz vom 14. März 1919 über die Volksvertretung hat auch die Konstituante jede Sanktion von Landesgesetzen durch ein zentrales Staatsorgan beseitigt.³⁸ Nur bei Landesgesetzen, zu deren Vollziehung die Mitwirkung der Staatsregierung notwendig ist, bedarf es der Gegenzeichnung eines Mitgliedes der Staatsregierung.³⁹ Doch kann unter Umständen auch ein solches Landesgesetz ohne die erforderliche Gegenzeichnung in Kraft gesetzt werden.⁴⁰

In⁴¹ *administrativer* Hinsicht hat die Stellung der Länder durch das Gesetz betreffend die Übernahme der Staatsgewalt in den Ländern⁴² gegenüber dem Zustand im österreichischen Staate eine wesentliche Änderung erfahren. Durch § 9 des zitierten Gesetzes wurde der – mit dem Verfassungsbeschluß vom 30. Oktober 1918⁴³ zunächst rezipierte – Dualismus von Staatsverwaltung und autonomer Landesverwaltung aufgehoben. Der aus der provisorischen Landesversammlung⁴⁴

Gestalt als von der deutschösterreichischen Verfassung rezipiert ansehen, in der sie im Augenblick der Rezeption und zwar, abgeändert durch das Grundgesetz über die Reichsvertretung, galten.³³

³³ Vgl. dazu *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; *Hans Kelsen*, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen, Teil 3, Wien und Leipzig 1919, S. 136–140, insb. 136f. = HKW 5, S. 256–437 (366–370, insb. 366f.).

³⁴ «durch Landesgesetz ... erlassen»] T «durch Landesgesetz erlassen»; F* «durch Landesgesetz ... erlassen».

³⁵ «Landesgesetze entstanden nach der Verfassung der»] T «Landesgesetze entstehen während der Periode der»; F* «Landesgesetze entstanden nach der Verfassung der».

³⁶ Art 3 Gesetz vom 12. November 1918 über die Staats- und Regierungsform von Deutschösterreich, StGBL 1918/5.

³⁷ «übernommen hatte. Allein»] T «übernommen hat. So die Rechtslage. Allein»; F* «übernommen hatte. Allein».

³⁸ Art 12–15 VolksvertretungsG 1919 (Anm. 4).

³⁹ Art 14 Abs 4 VolksvertretungsG 1919 (Anm. 4).

⁴⁰ Vgl. *Kelsen*, Verfassungsgesetze III (Anm. 33), S. 136–140, insb. 138 = HKW 5, S. 256–437 (366–370, insb. 368).

⁴¹ «erhoben. ... [In» (12212–12218)] T «erhoben. [In»; F* «erhoben. ... [In».

⁴² LänderG 1918 (Anm. 19).

⁴³ Beschluß Staatsgewalt 1918 (Anm. 2).

⁴⁴ «Landesversammlung»] T «Nationalversammlung»; F* «Landesversammlung».

gewählte Landeshauptmann⁴⁵ bildet zusammen mit seinen gleichfalls gewählten Stellvertretern die Landesregierung und dieser Landesregierung ist die staatliche Landesverwaltung unterstellt.⁴⁶ Da der Landeshauptmann zugleich als Vorsitzender des an Stelle des Landesausschusses tretenden Landesrates der autonomen Landesverwaltung vorsteht,⁴⁷ ist die Einheit der gesamten Landesverwaltung vollzogen. Sie kommt auch äußerlich in dem neu geschaffenen Organ eines Landesamtsdirektors zum Ausdruck, der, dem Landeshauptmann persönlich zugeteilt, der unmittelbare Vorgesetzte sämtlicher Beamten und Diener des Landesrates, d. i. also der ehemals autonomen, und der Landesregierung, d. i. der ehemals staatlichen Landesverwaltung ist.⁴⁸ Entscheidend für die prinzipielle Änderung der Rechtslage aber ist die Bestimmung des § 8 des zitierten Gesetzes,⁴⁹ derzufolge die Landesregierung bei *ihrer* gesamten *Amtsführung* an die Dienstesanweisungen der deutschösterreichischen Staatsregierung gebunden und dieser verantwortlich ist. Zu der Amtsführung der Landesregierung gehört aber nicht bloß die Besorgung der Geschäfte der ehemaligen Staatsverwaltung, sondern auch der ehemaligen autonomen Landesverwaltung; denn im § 3, Absatz 2,⁵⁰ heißt es: Der Landeshauptmann und seine Stellvertreter – diese bilden aber gemäß § 4⁵¹ die Landesregierung – leiten die Amtsführung des Landesrates, d. h. aber der ehemals autonomen Landesverwaltung. Während früher die Staatsregierung auf die autonome Landesverwaltung keinerlei Ingerenz hatte, dieser Teil der Verwaltung seine letzte und höchste Instanz in den autonomen Landesorganen, dem Landesausschuß, fand, ist nunmehr auch dieser Zweig der Staatsverwaltung – denn Staatsverwaltung war auch früher schon die autonome Landesverwaltung, wenn auch eine durch die Art der Berufung der Verwaltungsorgane und durch die Begrenztheit des Instanzenzuges materiell besonders charakterisierte Staatsverwaltung – unmittelbar der staatlichen Zentralverwaltungsstelle unterstellt. So die Rechtslage, vom Standpunkt der deutschösterreichischen *Staatsverfassung* gesehen. In⁵² der Praxis allerdings beschränkt sich der Einfluß der staatlichen Zentralstelle auf die Gebiete der ehemaligen staatlichen Landesverwaltung, und auch hier wird er seitens der Landesregierungen unter Hinweis auf das der Verfassung zugrunde liegende Prinzip der demokratischen Selbstregierung abgelehnt. Die Landesregierungen betrachten sich auch dort, wo sie die Erbschaft der alten Statthalter angetreten haben, nicht so sehr als die Organe der zentralen Staatsregierung, sondern vielmehr als die vom Lande gewählten, die Interessen des Landes wahren Landesorgane. Die praktische

| 104

⁴⁵ § 3 Abs 1 LänderG 1918 (Anm. 19).

⁴⁶ § 4 Abs 1 und 4 LänderG 1918 (Anm. 19).

⁴⁷ § 3 Abs 2 LänderG 1918 (Anm. 19).

⁴⁸ § 5 Abs 2 LänderG 1918 (Anm. 19).

⁴⁹ § 8 LänderG 1918 (Anm. 19).

⁵⁰ § 3 Abs 2 LänderG 1918 (Anm. 19).

⁵¹ § 4 Abs 1 LänderG 1918 (Anm. 19).

⁵² «Rechtslage ... In»] T «Rechtslage. In»; F* «Rechtslage ... In».

Wirkung des Gesetzes, das eine *Übernahme* der Staatsgewalt in den Ländern intendierte, war die *Übergabe* dieser Staatsgewalt an die Länder¹⁾ 55. Während nach der Rechtslage die Verstaatlichung⁵⁶ der Länder auch in materieller Hinsicht vollzogen ist, zeigt die Sachlage eine Verländerung⁵⁷ des Staates.

Nicht wesentlich anders gestaltet sich das Bild, wenn man sich auf den Standpunkt der von den Landesversammlungen selbst erlassenen *Landesverfassungen* stellt. Entscheidend⁵⁸ ist hier der Wortlaut der sogenannten „*Beitrittserklärungen*“,⁵⁹ die anlässlich der – allerdings meist schon *vor* dem Staatsgesetze betreffend Übernahme der Staatsgewalt in den Ländern erfolgten – Konstituierung der provisorischen Landesversammlungen abgegeben wurden²⁾ 61. Diese Beitrittserklärungen hatten meist – nicht immer – die⁶² Form von Beschlüssen der Landesversammlung und wurden mitunter im Landesgesetzblatt publiziert. Die Beitrittser-

[104] ¹⁾ Nach einer treffenden Bemerkung *Merkl*s⁵³, des Verfassers der Erläuterungen zu dem Gesetze betreffend die Übernahme der Staatsgewalt in meinem Verfassungskommentar, erster Teil, S. 103.⁵⁴

²⁾ Die Beitrittserklärungen und autonomen Landesverfassungen sind im dritten Teil meiner „*Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich*“ abgedruckt.⁶⁰

⁵³ Adolf Julius Merkl (1890–1970), Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker. Er war 1918–1921 enger Mitarbeiter des Staatskanzlers Dr. Karl Renner und maßgeblich beteiligt an den Vorarbeiten zum B-VG. 1919 Habilitation in Wien, 1920–1930 a. o., 1930–1932 tit. o., 1932–1938 o. Prof. ebendort. Im April 1938 wurde er bis auf Weiteres beurlaubt und im Dezember 1939 in den dauernden Ruhestand versetzt; 1943–1950 o. Prof. in Tübingen und 1950–1965 wieder o. Prof. in Wien. Merkl war bedeutendster und frühester Schüler Kelsens, Mitbegründer der Reinen Rechtslehre und hatte nachhaltigen Einfluss auf deren Entwicklung. Wichtige Werke: *Das Recht im Lichte seiner Anwendung*, in: *Deutsche Richterzeitung* 8 (1916), Sp. 584–592 (Teil 1), *Deutsche Richterzeitung* 9 (1917), Sp. 162–176, 394–398, 443–450 (Teile 2–4), *Deutsche Richterzeitung* 11 (1919), Sp. 290–298 (Teil 5); *Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes*, in: *Juristische Blätter* 47 (1918), S. 425–427, 444–447, 463–465; *Die Rechtseinheit des österreichischen Staates. Eine staatsrechtliche Untersuchung auf Grund der Lehre von der lex posterior*, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 37 (1918), S. 56–121; *Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung*, Leipzig 1923; *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien und Berlin 1927; *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus*, in: Alfred Verdross (Hrsg.), *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur reinen Rechtslehre*, Festschrift für Hans Kelsen zum 50. Geburtstag, Wien 1931, S. 252–294.

⁵⁴ *Adolf Julius Merkl*, *Zum Gesetz, betreffend die Übernahme der Staatsgewalt in den Ländern*, in: Kelsen, *Verfassungsgesetze I* (Anm. 2), S. 103–114 (103) = HKW 5, S. 24–129 (115–126 (116)).

⁵⁵ Anmerkung in F* eingefügt.

⁵⁶ «die Verstaatlichung»] T «die völlige Verstaatlichung»; F* «die Verstaatlichung».

⁵⁷ «eine Verländerung»] T «eine völlige Verländerung»; F* «eine Verländerung».

⁵⁸ «Standpunkt ... Entscheidend»] T «Standpunkt der Landesverfassungen stellt, die sich einzelne Länder – nicht alle – selbst gegeben haben. Entscheidend»; F* «Standpunkt ... Entscheidend».

⁵⁹ Wendung und Bezug: *Beschluß Beitrittserklärung 1918* (Anm. 11).

⁶⁰ *Kelsen*, *Verfassungsgesetze III* (Anm. 33), S. 179–232 = HKW 5, S. 256–437 (405–437).

⁶¹ Anmerkung in F* eingefügt.

⁶² «meist – nicht immer – die»] T «meist die»; F* «meist – nicht immer – die».

klärungen Oberösterreichs⁶³ und des Sudetenlandes⁶⁴ z. B. wurden in der Form einer gemeinsamen Erklärung der Parteien abgegeben, über die in der Landesversammlung nicht einmal abgestimmt wurde. Nicht bei allen Ländern lassen sich überhaupt formelle Beitrittserklärungen feststellen. Weder Niederösterreich noch Tirol haben derartige Willensäußerungen abgegeben. Soweit⁶⁵ solche vorliegen, enthalten sie in der Regel folgende⁶⁶, die staatsrechtliche Situation charakterisierende (der Beitrittserklärung des Landes Salzburg⁶⁷ entnommene) Einleitung: „Auf Grund des Beschlusses der konstituierenden⁶⁸ Nationalversammlung von Deutschösterreich vom 21. Oktober 1918 und im Auftrage des von ihr eingesetzten Vollzugsausschusses vom 29. Oktober 1918 haben wir vom deutschösterreichischen Volke unseres Landes nach dem Stimmenergebnis der letzten, auf dem allgemeinen gleichen Stimmrechte vorgenommenen Reichsratswahl 1911 aus allen Parteien bestimmte Vertreter uns⁶⁹ als befugte Vertreter unseres Landes zur gegenwärtigen provisorischen Landesversammlung vereinigt, konstituiert und beschlossen wie folgt ...“

Die gemeinsame Erklärung der Parteien der oberösterreichischen Landesversammlung⁷⁰ beginnt mit den Worten: „Durch das Ausscheiden der nichtdeutschen Völker und die Erklärung des Kaisers über seinen Verzicht auf die Regierungsgewalt *ist die durch die Pragmatische Sanktion und die geltenden Staatsgrundgesetze gebildete staatliche Gemeinschaft, welcher Oberösterreich bisher angehört hat, aufgelöst.* Auf Grund dieser Tatsache erklärt die provisorische Landesversammlung von⁷¹ Oberösterreich ...“

Bedeutsam ist, daß die Beitrittserklärung in der Regel mit⁷² ausdrücklicher Berufung auf den Beschluß der konstituierenden Nationalversammlung vom

⁶³ Erklärung vom 18. November 1918, abgedruckt in: Berichte über die Verhandlungen der provisorischen Landesversammlung für Oberösterreich nach den stenographischen Aufzeichnungen vom 18. November 1918 bis 24. Mai 1919, Linz 1919, S. 8 (im Folgenden: Beitrittserklärung Oberösterreich 1918).

⁶⁴ Gemeinsame Erklärung der Landesversammlung vom 16. November 1918 (im Folgenden: Beitrittserklärung Sudetenland 1918) – n. ü., zitiert nach *Kelsen*, Verfassungsgesetze III (Anm. 33), S. 223 f. = HKW 5, S. 256–437 (431).

⁶⁵ «feststellen. ... Soweit»] T «feststellen, z. B. nicht bei Niederösterreich. Soweit»; F* «feststellen. ... Soweit».

⁶⁶ «sie in der Regel folgende»] T «sie die folgende»; F* «sie in der Regel folgende».

⁶⁷ Beschluß der provisorischen Landesversammlung von Salzburg, gefaßt in der konstituierenden Sitzung am 7. November 1918 – n. ü., zitiert nach *Kelsen*, Verfassungsgesetze III (Anm. 33), S. 203–208 (203) = HKW 5, S. 256–437 (418–421 (418)); ohne diese Einleitung: Kundmachung des Landesrates des Landes Salzburg vom 9. November 1918, No. 1, L.-B., betreffend die Verlautbarung einer neuen Verfassung für das Land Salzburg, LGBI Salzburg 1918/59 (im Folgenden: Landesverfassung Salzburg 1918).

⁶⁸ «konstituierenden»] *Kelsen*, Verfassungsgesetze III (Anm. 33), S. 203–208 (203) = HKW 5, S. 256–437 (418–421 (418)): «konstituierten».

⁶⁹ «uns»] T «und»; F* «uns».

⁷⁰ Beitrittserklärung Oberösterreich 1918 (Anm. 63) – Hervorhebung von *Kelsen*.

⁷¹ «von»] Beitrittserklärung Oberösterreich 1918 (Anm. 63), S. 8: «für»; ebenso *Kelsen*, Verfassungsgesetze III (Anm. 33), S. 225 = HKW 5, S. 256–437 (432).

⁷² «Regel mit»] T «Regel (nicht z. B. in der oberösterr. und in der sudetenländischen Erklärung:) mit»; F* «Regel mit».

21. Oktober⁷³ und auf einen „Auftrag“ des von der Provisorischen Nationalversammlung eingesetzten Vollzugausschusses, d. i. der nachmalige Staatsrat, abgegeben wurde,⁷⁴ das heißt aber, daß diese Willensäußerung *kraft Delegation eines Staatsgesetzes* beziehungsweise eines staatlichen Verwaltungsaktes erfolgt¹⁾ ⁷⁸.

Auf die Einleitung folgt dann die eigentliche Erklärung, in der Regel in drei oder vier Kapitel oder Hauptstücke gegliedert. Kapitel 1 der salzburgischen Erklärung, die bis zu einem gewissen Grade typisch ist, indem die Beitrittserklärungen Steiermarks, Kärntens und Deutschböhmens den gleichen Passus⁷⁹ enthalten, lautet:⁸⁰ „Das geschlossene deutsche Siedlungsgebiet des ehemaligen Kronlandes

[105] ¹⁾ Keine solche Berufung auf einen Beschluß der Provisorischen Nationalversammlung findet sich in den Beitrittserklärungen Vorarlbergs,⁷⁵ Deutschböhmens⁷⁶ und des Sudetenlandes.⁷⁷

⁷³ Vgl. StProt ProvNV (Anm. 2), S. 1–12 – gemeint ist nicht ein gesonderter Beschluss, sondern die konstituierende Sitzung der Provisorischen Nationalversammlung; vgl. auch *Kelsen*, Verfassungsgesetze III (Anm. 33), S. 181 = HKW 5, S. 256–437 (405 mit Hrsg.-Anm. 392).

⁷⁴ Am 25. Oktober 1918 wurde vom deutschösterreichischen Vollzugausschuß in seiner 7. Sitzung der Beschluss gefasst, der Nationalversammlung einen Antrag folgenden Wortlautes vorzulegen:

„Die Nationalversammlung wolle beschließen: Bis zur endgiltigen Festsetzung der deutschösterreichischen Verwaltungsorganisation werden zur Vertretung der Länder provisorische Landesversammlungen und Landesausschüsse berufen. Die deutschen politischen Parteien jedes Landes haben zu vereinbaren 1.) in welcher Weise die provisorische Landesvertretung zusammengesetzt werden soll, 2.) wie in jenen Ländern, wo Landesausschüsse nicht bestehen, solche zu bilden, und dort, wo nicht alle Parteien im Landesausschusse vertreten sind, die Berufungen in die Landesausschüsse erfolgen sollen. Von der Konstituierung der provisorischen Landesversammlungen und Landesausschüsse ist der Vollzugausschuß zu verständigen“ (abgedruckt in: *Gertrude Enderle-Burcel/ Hanns Haas/ Peter Mähner* (Hrsg.), *Der österreichische Staatsrat. Protokolle des Vollzugausschusses, des Staatsrates und des Geschäftsführenden Staatsratsdirektoriums*. 21. Oktober 1918 bis 14. März 1919, Bd. 1: 21. Oktober 1918 bis 14. November 1918, Wien 2008, S. 40).

In den Stenographischen Protokollen der Provisorischen Nationalversammlung scheint ein solcher Antrag jedoch nicht auf. Der ursprüngliche Plan, dass die Nationalversammlung den Ländern den Auftrag zur Bildung der Landesgewalt geben sollte, wurde offensichtlich aufgegeben und die Sache wieder vom Vollzugausschuß übernommen. Im Protokoll der 10. Sitzung des Vollzugausschusses vom 29. Oktober 1918 findet sich kein ausdrücklicher Auftrag an die Länder. Drei „Proklamationen“, die von Karl Renner in der 9. Sitzung am 28. Oktober beantragt wurden und die vermutlich einen entsprechenden Auftrag enthielten, wurden jedoch in der 10. Sitzung beschlossen und deren Publikation wurde angeordnet (vgl. *Enderle-Burcel/ Haas/ Mähner*, Staatsrat (Anm. 74), S. 45 mit Anm. 9, S. 59 mit Anm. 27, S. 60). – Vgl. auch *Kelsen*, Verfassungsgesetze III (Anm. 33), S. 181 = HKW 5, S. 256–437 (405 f., insb. 405 f. Hrsg.-Anm. 393).

⁷⁵ Erklärung vom 3. November 1918, 1 der Beilagen zu den stenographischen Berichten der provisorischen Vorarlberger Landesversammlung 1918–1919 (im Folgenden: Beitrittserklärung Vorarlberg 1918).

⁷⁶ Beschluß der provisorischen Landesversammlung für Deutschböhmen vom 29. Oktober 1918 (im Folgenden: Beitrittserklärung Deutschböhmen 1918) – n. ü., zitiert nach *Kelsen*, Verfassungsgesetze III (Anm. 33), S. 209–212 = HKW 5, S. 256–437 (422–424).

⁷⁷ Beitrittserklärung Sudetenland 1918 (Anm. 64).

⁷⁸ Anmerkung in F* eingefügt.

⁷⁹ «Erklärung, die ... Passus»] T «Erklärung, die typisch ist, indem die übrigen Beitrittserklärungen den gleichen oder einen ähnlichen Passus»; F* «Erklärung, die ... Passus».

⁸⁰ Kapitel IZ1 Landesverfassung Salzburg 1918 (Anm. 67) – erste Hervorhebung von *Kelsen*, zweite Hervorhebung im Original.

(Herzogtumes) | Salzburg bildet unter dem Namen Land Salzburg eine gesonderte | 106
eigenberechtigte Provinz des Staates Deutschösterreich, *vollzieht hiemit den Beitritt zu diesem Staate*, anerkennt die Montag den 21. Oktober 1918 im Landhause zu Wien konstituierte Nationalversammlung als ihre oberste Gewalt, die von ihr und den folgenden Versammlungen gefaßten Beschlüsse als bindende Gesetze, den von ihr eingesetzten Staatsrat sowie die von ihr eingesetzten Behörden als ihre übergeordneten Behörden.“

Von den verschiedenen Variationen, in denen dieser Teil der Erklärung auftritt, sei nur erwähnt, daß in dem Beschlusse der Kärntner Landesversammlung⁸¹ nur unter „Wahrung des vollen Selbstbestimmungsrechtes der Landesversammlung“ die Nationalversammlung, nicht aber ausdrücklich die von ihr eingesetzten Behörden und erlassenen Gesetze anerkannt werden. Auch Oberösterreich beruft sich ausdrücklich auf das Selbstbestimmungsrecht seines Volkes, anerkennt die Nationalversammlung Deutschösterreichs jedoch nur als „derzeitige“ oberste staatliche Gewalt und stimmt überdies ausdrücklich der republikanischen Staatsform zu.⁸² Die Beitrittserklärung des Sudetenlandes bezeichnet „die Provinz Sudetenland für einen untrennbaren Bestandteil des deutschösterreichischen Freistaates“;⁸³ die Vorarlbergs sagt: „Vorarlberg ... erklärt sich auf Grund des Selbstbestimmungsrechtes als eigenes selbständiges Land im Rahmen des deutschösterreichischen Staates.“⁸⁴ Charakteristisch⁸⁵ ist, daß die den Ländern (vermutlich vom Staatskanzler) nahegelegte⁸⁶ und ihren Beschlüssen zum Teil auch zugrunde gelegte Formel die Länder als eigenberechtigte, das heißt wohl autonome „Provinzen“ bezeichnet. Mit diesem Charakter der Länder ist allerdings staatsrechtlich nicht vereinbar eine „Anerkennung“ des Gesetzgebungsorganes des Staates, dessen Teile sie sind, den sie also als solchen voraussetzen müssen. In⁸⁷ der oberösterreichischen Erklärung ist⁸⁸ freilich von einer Provinz nicht die Rede. Und während es in der vorgeschriebenen Formel entsprechenden Erklärung Salzburgs heißt:

⁸¹ Vorläufige Verfassung des Landes Kärnten. Beschluß der vorläufigen Landesversammlung vom 11. November 1918, Nr. 1, LA Z. 16745/18, abgedruckt in: Veröffentlichungen über die Beratungen der Kärntner vorläufigen Landesversammlung in der Zeit vom 11. November 1918 bis 4. Juli 1921, Klagenfurt 1922, S. 3–5 (4) (im Folgenden: Vorl Verf Kärnten 1918) – vgl. auch *Kelsen*, Verfassungsgesetze III (Anm. 33), S. 199 = HKW 5, S. 256–437 (416).

⁸² Beitrittserklärung Oberösterreich 1918 (Anm. 63), Abs 2 (Selbstbestimmungsrecht), Abs 3 („derzeitige oberste staatliche Gewalt“, „stimmt dem am 14. November 1918 gefaßten Beschlusse der Nationalversammlung über die Erklärung Deutschösterreichs als Republik zu.“).

⁸³ Beitrittserklärung Sudetenland 1918 (Anm. 64), Abs 1.

⁸⁴ Beitrittserklärung Vorarlberg 1918 (Anm. 75), Abs 2.

⁸⁵ «Staatsform zu. ... Charakteristisch»] T «Staatsform zu. In der Erklärung des Sudetenlandes heißt es bloß, daß die Vertreter dieses geschlossenen deutschen Siedlungsgebietes die Provinz Sudetenland für einen untrennbaren Bestandteil des deutschösterreichischen Freistaates erklären. Charakteristisch»; F* «Staatsform zu. ... Charakteristisch».

⁸⁶ «(vermutlich vom Staatskanzler) nahegelegte»] T «(vermutlich von der Staatskanzlei) nahe gelegte»; F* «(vermutlich vom Staatskanzler) nahegelegte».

⁸⁷ «dessen ... In»] T «dessen Provinzen sie sind. In»; F* «dessen ... In».

⁸⁸ «Erklärung ist»] T «Erklärung z. B. ist»; F* «Erklärung ist».

„Das deutschösterreichische Land Salzburg tritt zu gleichem Rechte und zu gleichen Pflichten den Ländern Niederösterreich, Oberösterreich, Steiermark, Kärnten, Tirol und Vorarlberg, Deutschböhmen, Deutschmähren und Deutschschlesien zur Seite, gelobt, deren Schicksal in unverbrüchlicher Gemeinschaft und brüderlicher Zusammengehörigkeit zu teilen und erwartet, daß deren gesetzliche Vertretung dieses Gelöbnis annimmt und in gleichem Geiste erwidert“⁸⁹ – lautete |107 z. B. der bezüglichliche Passus der Oberösterreichischen Erklärung: „Auf Grund dieser Tatsache erklärt die provisorische Landesversammlung für Oberösterreich kraft des Selbstbestimmungsrechtes des reindeutschen Volkes in diesem Lande, mit gleichen Rechten den Ländern Niederösterreich, Steiermark, Kärnten, Salzburg, Tirol, Vorarlberg, Deutschböhmen und Sudetenland *als Glied* des Staates Deutschösterreich zur Seite zu treten, ihr Schicksal brüderlich zu teilen und erwartet, daß die anderen Länder Deutschösterreichs *und die Provisorische Nationalversammlung* diesen *Entschluß* im gleichen Geiste erwidern.“⁹⁰

Obgleich die Beitrittserklärung in diesem entscheidenden Punkte offenbar von der Voraussetzung ausgeht, daß es sich dabei um einen *Vertrag* zwischen den Ländern und – speziell nach dem Wortlaut der Oberösterreichischen Erklärung – auch mit dem Staate handelt – es wird eine Willenserklärung abgegeben, deren Annahme erwartet wird –, und obgleich tatsächlich von Seite der Länder gelegentlich die Auffassung vertreten wurde, daß diese Beitrittserklärung nur unter der Bedingung gültig sei, daß sie von allen in der Erklärung genannten Ländern rechtswirksam abgegeben werde, das heißt daß insbesondere auch die strittigen Gebiete Deutschböhmens und Sudetenlands zum Staate Deutschösterreich gehören, und daß, wenn sich dies als unmöglich erweisen sollte, die Entschlußfreiheit⁹¹ der Länder hinsichtlich ihres Zusammenschlusses wieder auflebe –, so muß doch diese ganze Auffassung – so große Bedeutung ihr *politisch* beizumessen ist – *rechtlich* als unbegründet bezeichnet werden. Unter Voraussetzung des Verfassungsbeschlusses vom 30. Oktober 1918,⁹² das heißt unter Voraussetzung einer für das ganze Gebiet Deutschösterreichs gültigen Staatsordnung, steht es weder im Ermessen der Länder, ob und wie sie sich zu einem politischen Gebilde Deutschösterreich zusammenfügen wollen, noch auch können diese Länder sich ihre Verfassung anders als auf Grund einer staatsgesetzlichen Delegation geben. Die Vorstellung einer freiwilligen und vertragsmäßigen Vereinigung der – dabei notwendigerweise als *souveräne Staaten* vorausgesetzten – Länder zu einem nicht anders denn als *Staatenbund* charakterisierbaren Deutschösterreich und die Vorstellung eines in seiner einheitlichen Verfassung existenten Staates Deutschösterreich sind miteinander unvereinbar.

⁸⁹ Kapitel IZ2, Landesverfassung Salzburg 1918 (Anm. 67).

⁹⁰ Beitrittserklärung Oberösterreich 1918 (Anm. 63), Abs 2 – Hervorhebungen von Kelsen.

⁹¹ «Entschlußfreiheit»] T «Freiheit»; F* «Entschlußfreiheit».

⁹² Beschluß Staatsgewalt 1918 (Anm. 2).

Das zweite Kapitel der Beitrittserklärung beginnt – nach dem Wortlaute des Beschlusses der steiermärkischen Landesversammlung⁹³ – folgendermaßen: „Bis zu diesem Zeitpunkte, wo die *konstituierende Nationalversammlung* von Deutschösterreich die *Verfassung und Verwaltung für den ganzen Staat* neu regelt und das Land als freie *Provinz* des Staates einrichtet, gibt sich das Land Steiermark die folgende provisorische Verfassung ...“ Die bezügliche Stelle der salzburgischen Erklärung lautet dagegen: „Bis zu dem Zeitpunkte der Neuregelung der Verfassung und Verwaltung für den ganzen Staat Deutschösterreich durch die konstituierende Nationalversammlung gibt sich das Land Salzburg folgende provisorische Verfassung ...“⁹⁴ Und in der Beitrittserklärung Kärntens⁹⁵ heißt es: „Bis zu dem Zeitpunkte, wo die konstituierende Nationalversammlung von Deutschösterreich die Verfassung und Verwaltung für den ganzen Staat neu regelt und das Land des freien demokratischen Volksstaates einrichtet, gibt sich das Land Kärnten die folgende vorläufige Verfassung ...“ Die provisorische Landesverfassung des Sudetenlandes wurde in einem von der Beitrittserklärung unabhängigen Beschlusse erlassen.⁹⁶ Niederösterreich und Tirol haben – ebenso wie keine Beitrittserklärung, auch keine provisorische Landesverfassung,⁹⁷ Vorarlberg zwar eine Beitrittserklärung,⁹⁸ aber keine Landesverfassung beschlossen.⁹⁹ Deutschböhmen hat kurz nach seiner im Anschluß an die Beitrittserklärung beschlossenen provisorischen Landesverfassung¹⁰⁰ eine von dieser wesentlich abweichende „provisorische Landesordnung“¹⁰¹ mit Landesgesetz erlassen.

Die¹⁰² provisorische Verfassung, die sich die meisten Länder auf¹⁰³ diese Weise selbst gegeben haben, läuft im großen und ganzen auf eine Rezeption der alten Landesordnungen hinaus, wobei jene Modifikationen vorgenommen werden, die das Staatsgesetz betreffend die Übernahme der Staatsgewalt in den Ländern¹⁰⁴

⁹³ Protokoll über die konstituierende Landesversammlung in Steiermark am 6. November 1918, LGBl Steiermark 1918/78 (im Folgenden: Beitrittserklärung Steiermark 1918), S. 232–234 (233) – Hervorhebung von Kelsen.

⁹⁴ Kapitel II vor 1. Landesverfassung Salzburg 1918 (Anm. 67).

⁹⁵ II. Hauptstück vor 1. Vorl Verf Kärnten 1918 (Anm. 81).

⁹⁶ Vorläufige Verfassung der deutschösterreichischen Provinz Sudetenland, in: Beschluß der provisorischen Landesversammlung des Sudetenlandes vom 16. November 1918 (im Folgenden: Vorl Verf Sudetenland 1918) – n. ü., zitiert nach *Kelsen*, Verfassungsgesetze III (Anm. 33), S. 219–223 = HKW 5, S. 256–437 (428–430).

⁹⁷ Vgl. *Kelsen*, Verfassungsgesetze III (Anm. 33), S. 231 = HKW 5, 256–437 (435).

⁹⁸ Beitrittserklärung Vorarlberg 1918 (Anm. 75).

⁹⁹ Vgl. *Kelsen*, Verfassungsgesetze III (Anm. 33), S. 229 = HKW 5, 256–437 (434).

¹⁰⁰ Beitrittserklärung Deutschböhmen 1918 (Anm. 76).

¹⁰¹ Gesetz vom 28. November 1918 über die provisorische Landesordnung für die Provinz Deutschböhmen, LGBl Deutschböhmen 1918/1 (im Folgenden: prov LO Deutschböhmen 1918) – n. ü., zitiert nach *Kelsen*, Verfassungsgesetze III (Anm. 33), S. 213–218 = HKW 5, S. 256–437 (424–427).

¹⁰² «Verfassung ...“ ...]Die» (12914–12922)] T «Verfassung ...“ ...“. Ganz unabhängig von der Beitrittserklärung hat sich Sudetenland eine provisorische Verfassung gegeben.]Die»; F* «Verfassung ...“ ...]Die».

¹⁰³ «die meisten Länder auf»] T «die Länder – keineswegs alle, z. B. Oberösterreich hat dies nicht getan – auf»; F* «die meisten Länder auf».

¹⁰⁴ LänderG 1918 (Anm. 19).

getroffen hat¹⁾ ¹⁰⁸. Es liegt somit derzeit neben der *staatsgesetzlichen* Regelung der provisorischen Landesverfassung in einigen Fällen auch eine eigene *landesgesetzliche* Landesverfassung vor. Da zu der letzteren eine staatsgesetzliche Delegation nicht ergangen ist – die den Ländern nahegelegte Formel für die Beitrittserklärung und der damit verbundene Verfassungsbeschluß hat nur eine *faktische* Bedeutung, formell liegt eine Initiative der Länder vor, der Entschluß der konstituierenden Nationalversammlung vom 21. Oktober 1918,¹⁰⁹ auf den sich gewisse Beitrittserklärungen berufen, ist kein Gesetz –, kommt¹¹⁰ ihr vom Standpunkt der Verfassung Deutschösterreichs | rechtliche Relevanz nicht zu. Dies gilt insbesondere für jene Bestimmungen der selbstgegebenen Landesverfassungen, die mit den Normen des Staatsgesetzes betreffend die Übernahme der Staatsgewalt in den Ländern¹¹¹ nicht im Einklang sind. Allerdings hat die eine oder andere provisorische Landesversammlung, zum Beispiel die von Kärnten, von Steiermark, Deutschböhmen und Sudetenland, den¹¹² Beschluß betreffend die Beitrittserklärung der Provisorischen Nationalversammlung zur „Genehmigung“ vorzulegen beschlossen. In dem Beschluß der Provisorischen Nationalversammlung vom 12. November 1918, mit welchem die Beitrittserklärungen der Länder „zur Kenntnis genommen“ wurden,¹¹³ könnte vielleicht eine solche „Genehmigung“ und sohin eine nachträgliche Delegation erblickt werden. Allein mit dem darauf folgenden Staatsgesetz vom 14. November 1918 betreffend die Übernahme der Staatsgewalt in den Ländern,¹¹⁴ das eine staatsgesetzliche Regelung der Landesverfassungen darstellt, ist dem Beschlusse der Nationalversammlung betreffend die Beitrittserklärungen der Länder – wenn er überhaupt einen relevanten rechtlichen Inhalt hatte – derogiert.

| 108 ¹⁾ Freilich stehen manche Bestimmungen der autonomen Landesverfassungen mit den Normen des Gesetzes betreffend die Übernahme der Staatsgewalt in Widerspruch. Einige dieser Landesverfassungen sind *vor*,¹⁰⁵ einige *nach*¹⁰⁶ dem zitierten Staatsgesetze¹⁰⁷ erlassen.

¹⁰⁵ So Beitrittserklärung Deutschböhmen 1918 (Anm. 76) vom 29. Oktober 1918; Beitrittserklärung Vorarlberg 1918 (Anm. 75) vom 3. November 1918; Beitrittserklärung Steiermark 1918 (Anm. 93) vom 6. November 1918; Landesverfassung Salzburg 1918 (Anm. 67) vom 7. bzw. 9. November 1918; Vorl Verf Kärnten 1918 (Anm. 81) vom 11. November 1918.

¹⁰⁶ So Beitrittserklärung Sudetenland 1918 (Anm. 64) und Vorl Verf Sudetenland 1918 (Anm. 96) – beide vom 16. November 1918; Beitrittserklärung Oberösterreich 1918 (Anm. 63) vom 18. November 1918; prov LO Deutschböhmen 1918 (Anm. 101) vom 28. November 1918; Gesetz vom 6. Dezember 1918, wirksam für das Land Steiermark, womit eine Landesordnung für das Land Steiermark erlassen wird, LGBl Steiermark 1919/50.

¹⁰⁷ LänderG 1918 (Anm. 19) vom 14. November 1918.

¹⁰⁸ Anmerkung in F* eingefügt.

¹⁰⁹ Zu diesem Beschluß der provisorischen Nationalversammlung in ihrer konstituierenden Sitzung siehe oben S. 125 f. mit Hrsg.-Anm. 73.

¹¹⁰ «ergangen ist ... kommt»] T «ergangen ist, kommt»; F* «ergangen ist ... kommt».

¹¹¹ LänderG 1918 (Anm. 19).

¹¹² «Kärnten ... den»] T «Kärnten und die von Steiermark, den»; F* «Kärnten ... den».

¹¹³ Beschluß Beitrittserklärung 1918 (Anm. 11).

¹¹⁴ LänderG 1918 (Anm. 19).

Aber auch, wenn¹¹⁵ man sich auf den Standpunkt der Landesverfassungen stellt, die sich die Länder selbst gegeben haben, muß berücksichtigt werden, daß diese Landesverfassungen sich ausdrücklich als „provisorische“¹¹⁶ bezeichnen und daß sie selbst nur bis zu jenem Zeitpunkte gelten wollen, wo die konstituierende Nationalversammlung Deutschösterreichs die Verfassung und Verwaltung für den ganzen Staat regelt, und – wie es in der steirischen Beitrittserklärung und provisorischen Landesverfassung heißt – das Land als freie Provinz des Staates einrichtet.¹¹⁷ Selbst vom Standpunkt der autonomen provisorischen Landesverfassungen aus – und dieser Standpunkt ist darum nicht konsequent zu behaupten, weil nicht alle Länder sich selbst eine solche provisorische Landesverfassung gegeben haben – ist der Deutschösterreichische Staat ausschließlich und allein kompetent, durch ein von der Konstituante gegebenes Staatsgesetz mit der Verfassung des ganzen Staates auch die der Länder zu regeln oder Landesversammlungen zu delegieren, innerhalb bestimmter Schranken Landesordnungen zu beschließen.

III.

Unter dieser Voraussetzung ist sonach zu beurteilen, ob und inwieweit das System der *demokratischen und dezentralisierten Selbstverwaltung* für den Ausbau der definitiven Verfassung | in Betracht kommt. Diesem Typus entspräche es, das | 110
Schwergewicht der Legislative in das zentrale Gesetzgebungsorgan der Nationalversammlung zu verlegen und den Landesversammlungen lediglich die nähere Durchführung der Staatsgesetze für den Bereich des einzelnen Landes zu überlassen. Die Einheit der *Rechtsordnung* für das gesamte Staatsgebiet muß hier umso mehr gewahrt werden, je weiter die Dezentralisation der *Rechtsanwendung*, speziell des Verwaltungsapparates geht. Natürlich kann den partikularen Landesinteressen auch auf dem Gebiete der Gesetzgebung mehr oder weniger weit entgegengekommen werden. Zu erwägen wäre, ob als Organ der Staatsgesetzgebung neben der aus unmittelbaren Volkswahlen hervorgehenden Nationalversammlung auch eine aus

¹¹⁵ «Länder ... [Aber auch, wenn] T «Länder – wenn er rechtlichen Inhalt hatte – derogiert. Die provisorische Landesverfassung Sudetenlandes ist allerdings erst *nach* dem Gesetz, betreffend die Uebernahme der Staatsgewalt, beschlossen worden, nämlich am 16. November. Sie ist zwar der Nationalversammlung zur „Genehmigung“ vorgelegt worden, eine solche Genehmigung ist jedoch nicht erfolgt. [Selbst wenn]; F* «Länder ... [Aber auch, wenn]».

¹¹⁶ Vor Art 1 Beitrittserklärung Deutschböhmen 1918 (Anm. 76): „vorläufige Verfassung“; Kapitel II vor 1. Beitrittserklärung Steiermark 1918 (Anm. 93): „provisorische Verfassung“; Kapitel II vor 1. Landesverfassung Salzburg 1918 (Anm. 67): „provisorische Verfassung“; II. Hauptstück vor 1. Vorl Verf Kärnten 1918 (Anm. 81): „vorläufige Verfassung“; Gesetzestitel Vorl Verf Sudetenland 1918 (Anm. 96): „Vorläufige Verfassung“; Gesetzestitel prov LO Deutschböhmen 1918 (Anm. 101): „provisorische Landesordnung“.

¹¹⁷ Kapitel II vor 1. Beitrittserklärung Steiermark 1918 (Anm. 93): „das Land als freie Provinz des Staates einrichtet“.

den Landesversammlungen zu wählende Länderkammer fungieren soll. Allerdings¹¹⁸ würde damit eine Annäherung an den bundesstaatlichen Typus vollzogen.

Die Dezentralisation und Demokratisierung vollzieht sich vor allem auf dem Gebiete der Exekutive. Der Staat gliedert sich in Länder, deren gesamte Staatsverwaltung – von gewissen Spezialverwaltungen abgesehen – durch Organe besorgt wird, die nicht zentralistisch berufen, d. h. nicht von der Zentralregierung ernannt, sondern von den Staatsbürgern desjenigen Territoriums gewählt werden, das sie zu verwalten haben. Die solchermaßen demokratisch berufenen Landesorgane stehen unter Dienstesaufsicht der zentralen Staatsverwaltungsorgane, die auf analoge Weise berufen werden: nämlich durch Wahl der Nationalversammlung. Die gegenwärtige provisorische Organisation der Staatsverwaltung entspricht beinahe vollkommen diesem Typus. Die zentrale Staatsregierung lag ursprünglich bei¹¹⁹ dem aus der Mitte der Nationalversammlung zu wählenden Staatsrat,¹²⁰ der die Agenden der Zentralverwaltung ressortmäßig durch Beauftragte, das sind die Staatssekretäre, in ihrer Gesamtheit das Kabinett oder die sogenannte Staatsregierung unter dem Vorsitze des Staatskanzlers, besorgen ließ,¹²¹ und liegt derzeit nach den Bestimmungen des Gesetzes vom 14. März 1919, St.G.Bl. Nr. 180, bei der unmittelbar durch die Nationalversammlung zu wählenden Staatsregierung.¹²² Auch¹²³ die Staatssekretäre sind in der Regel der Nationalversammlung entnommen. Unter der so organisierten Zentralregierung stehen die aus den Landesversammlungen gewählten Landesregierungen, beziehungsweise unter dem Vorsitze der Mitglieder der Landesregierung der gleichfalls aus der Landesversammlung gewählte Landesrat. Es würde nur noch nötig sein, auch die Verwaltung der Bezirke, die bisher – soweit die ehemals staatliche Verwaltung in Betracht kommt –

[111

| unter bürokratisch ernannten Bezirkshauptleuten stehen, in analoger Weise zu demokratisieren. Allerdings müßte der administrative Instanzenzug, das Rechtsmittelverfahren in Verwaltungssachen – ohne Unterschied, ob es sich um Angelegenheiten der ehemals staatlichen oder um solche der ehemals autonomen Landesverwaltung handelt – prinzipiell bis zu den staatlichen Zentralstellen gehen.

¹¹⁸ «wäre, ob ... Allerdings»] T «wäre, ob das Organ der Staatsgesetzgebung neben der aus unmittelbaren Volkswahlen hervorgehenden Nationalversammlung auch aus dem aus den Vertretern der Landesregierungen zusammensetzenden Staatsrat oder aus einer aus den Landesversammlungen zu wählenden Länderkammer gebildet werden soll. Dem föderativ zusammengesetzten Staatsrat wäre ein blosses Vetorecht einzuräumen, die Länderkammer aber dem Volkshaus im Gesetzgebungsprozess gleich zu stellen. Auch wäre durchaus möglich, der Landesgesetzgebung gewisse Materien verfassungsmäßig vorzubehalten. Allerdings»; F* «wäre, ob ... Allerdings».

¹¹⁹ «Staatsregierung lag ursprünglich bei»] T «Staatsregierung liegt bei»; F* «Staatsregierung lag ursprünglich bei».

¹²⁰ § 3 Beschluß Staatsgewalt 1918 (Anm. 2).

¹²¹ §§ 8–9 Beschluß Staatsgewalt 1918 (Anm. 2).

¹²² Art 1 Gesetz vom 14. März 1919 über die Staatsregierung (im Folgenden: StaatsregierungsG 1919), StGBI 1919/180.

¹²³ «besorgen ... Auch»] T «besorgen läßt. Auch»; F* «besorgen ... Auch».

Würde ein bürokratisch regierter Einheitsstaat seinen Verwaltungsapparat in der Weise demokratisieren, daß an Stelle der bisher von der Zentrale ernannten Provinzstatthalter von der Provinzialversammlung zu wählende Organe träten, dann wäre die Gefahr nicht allzugroß, die sich daraus ergibt, daß die Art der Berufung eines Organs zwar nicht rechtlich aber doch faktisch auf die Art seiner Verantwortung von Einfluß ist. Nach der Verfassung mag der von der Provinzialversammlung gewählte Statthalter immerhin der ihm hierarchisch übergeordneten Zentralregierung verantwortlich und an ihre Befehle gebunden sein. Das zwischen der Zentral- und der Landesverwaltung rechtlich bestehende Über- und Unterordnungsverhältnis und die dadurch gewährleistete Einheit der Exekutive erfährt jedoch zweifellos dadurch eine gewisse Schwächung, daß der Untergebene nicht von seinem Vorgesetzten ernannt, sondern von denjenigen gewählt wird, denen er als Verwalter übergeordnet ist. Indes wird das Bewußtsein der Staatseinheit hier ein gewisses Gegengewicht bieten; und hinreichende Garantien gegen eine verfassungswidrige Provinzialverwaltung werden nicht ermangeln. Sollen aber, wie in Deutschösterreich nicht mehr oder weniger willkürlich voneinander abgegrenzte Provinzen eines Einheitsstaates, sondern historisch politische Individualitäten, wie die Länder, deren Angehörige durch ein stärkeres Zusammengehörigkeitsgefühl zusammengehalten als durch ein Staatsbewußtsein mit dem Staatsganzen verbunden werden, sollen solche selbständige und von jeher separatistisch orientierte Gebilde hinsichtlich der staatlichen Verwaltung gänzlich demokratisiert werden, dann besteht allerdings die Gefahr, daß die Einheit der Verwaltung, daß die Exekutive der staatlichen Gesetze dadurch ernstlich in Frage gestellt wird, daß die von der Landesverwaltung¹²⁴ gewählte Landesregierung sich an die Befehle der zentralen Staatsregierung, von deren Willen ihre Berufung unabhängig ist, nicht gebunden fühlt. Hier werden die schon oben¹²⁵ erwähnten Garantien gegen eine verfassungswidrige Landesverwaltung und eventuell auch gegen eine verfassungswidrige Landesgesetzgebung besonders nötig sein, wenn nicht schon von vornherein bei der Berufung der Landesregierung ein gewisser Einfluß der zentralen Staatsregierung gewahrt werden kann. Z. B. Bestätigung der von der Landesversammlung gewählten Landesregierung durch die Staatsregierung¹²⁶ oder Ernennung der von der Landesversammlung bloß vorgeschlagenen Landesregierung durch die Staatsregierung¹²⁷. Eventuell würde¹²⁸ auch die von der Landesversammlung gewählte Landesregierung bei gesetzwidriger Verwaltung abberufen werden können und zwar nicht bloß von der Landesversammlung, sondern auch von der Staatsregierung¹²⁹. Oder es wäre ein zentrales Verwaltungs-

| 112

¹²⁴ «Landesverwaltung»] recte: «Landesversammlung».

¹²⁵ Vgl. oben S. 122–124.

¹²⁶ «die Staatsregierung»] T «den Staatsrat»; F* «die Staatsregierung».

¹²⁷ «die Staatsregierung»] T «den Staatsrat»; F* «die Staatsregierung».

¹²⁸ «würde»] T «könnte»; F* «würde».

¹²⁹ «von der Staatsregierung»] T «vom Staatsrate»; F* «von der Staatsregierung».

gericht einzusetzen, daß¹³⁰ sowohl verfassungswidrige Landesgesetze als staatsgesetzwidrige Verwaltungsakte der Landesregierung kassieren und diese selbst – in diesem Falle als Staatsdisziplinargerichtshof – abzusetzen befugt wäre. Doch darf man sich über die praktische Wirksamkeit solcher Garantien keiner Täuschung hingeben. Entscheidend bleibt immer, ob das partikularistische Landesgefühl oder ob das zentralistische Staatsgefühl stärker ist. Das letztere kann durch keinerlei rechtliche Garantien ganz ersetzt werden.

IV.

Es verschlägt natürlich gar nichts, von dem Grundsatz, den administrativen Instanzenzug über die Landesregierung bis zur Staatsregierung zu führen und so dieser ein allgemeines Kontrollrecht über die Gesetzesexekutive einzuräumen, gewisse mehr oder weniger weitgehende Ausnahmen zu machen und in bestimmten Angelegenheiten die Landesregierung in letzter Instanz und als oberste Staatsbehörde entscheiden und verfügen zu lassen. In dem Maße freilich, in dem solche administrativ als reine Landesangelegenheiten zu bezeichnende Agenden zunehmen und in demselben Maße, als man die Landesversammlung über die Grenzen einer bloßen Verwaltungskompetenz und speziell eines zur Durchführung der Staatsgesetze bestimmten Verordnungsrechtes hinaus zu einem legislativen Organe ausgestaltet, dem bestimmte Angelegenheiten zur *ausschließlichen* Regelung zugewiesen sind, geht der Typus der demokratischen Selbstregierung in denjenigen des *Bundesstaates* über. Zweifellos liegt dieser Typus nicht nur der alten österreichischen Verfassung sehr nahe, sondern er entspricht auch den Wünschen der Länder. In ihren Kreisen wird allenthalben die schweizerische Verfassung als Muster hingestellt. Sonderlich die in der Bundesverfassung feierlich anerkannte Souveränität der Kantone¹³¹ übt eine starke Anziehungskraft aus. Auch ließe sich die gegenwärtige provisorische Verfassung ohne große Schwierigkeiten¹³² in eine bundesstaatliche Verfassung umwandeln, zumal durch | die Verfassungsnovelle vom 14. März 1919¹³³ ein bedeutender Schritt zu diesem Ziele gemacht wurde. Im¹³⁴ großen und ganzen wären nur die folgenden Modifikationen notwendig: Was die Aufteilung der legislativen Kompetenz zwischen Staat und Land betrifft, so wäre im allgemeinen die Grenzregulierung, die § 11 des österreichischen Grundgesetzes über die Reichsvertretung¹³⁵ zwischen Reichs- und Landesgesetzgebung vornimmt, zu akzeptieren. Doch müßte unzweideutig die Kompetenzhoheit des Rei-

¹³⁰ «daß»] recte: «das».

¹³¹ Art. 3 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (AS I 38).

¹³² «Verfassung ohne große Schwierigkeiten»] T «Verfassung, leichter noch die altösterreichische Verfassung ohne sonderliche Schwierigkeiten»; F* «Verfassung ohne große Schwierigkeiten».

¹³³ VolksvertretungsG 1919 (Anm. 4); StaatsregierungsG 1919 (Anm. 122).

¹³⁴ «umwandeln ... Im»] T «umwandeln. Im»; F* «umwandeln ... Im».

¹³⁵ §§ 11 und 12 GG Reichsvertretung 1867 (Anm. 30).

ches ausgesprochen, dagegen aber aus dem Landesgesetzgebungsprozeß die Mitwirkung jedes zentralen Staatsorgans ausgeschlossen werden. Das letztere ist durch das jüngste Gesetz vom 14. März 1919 über die Volksvertretung¹³⁶ schon angebahnt. Der Prozeß der Landesgesetzgebung ist prinzipiell nach Analogie des Staatsgesetzgebungsprozesses geregelt: Beschluß der Landesversammlung, Beurkundung durch den Landeshauptmann, Mitfertigung durch den Landesamtsdirektor, Kundmachung im Landesgesetzblatt.¹³⁷ Nur bei Gesetzen, zu deren Vollziehung die Mitwirkung der Staatsregierung notwendig ist, bedarf es noch der Gegenzeichnung des zuständigen Staatssekretärs oder des Staatskanzlers.¹³⁸ Da Landesgesetze nur Gegenstände der Landeskompetenz betreffen können, mag es zweifelhaft sein, wann die Mitwirkung der Staatsregierung notwendig ist. Gemeint sind alle jene Angelegenheiten, bezüglich deren zwar die *Gesetzgebungskompetenz* des Landes besteht, deren Verwaltung jedoch – weil ehemals landesfürstlich – in letzter Instanz von der staatlichen Zentralstelle, einem Staatsamte (früher Ministerium), geführt wird, oder solche, deren finanzielle Bedeckung nicht aus den Landeseinnahmen, sondern aus der zentralen Staatskasse erfolgen muß. In diesen Fällen kann die Staatsregierung innerhalb einer Frist von 14 Tagen die Gegenzeichnung verweigern.¹³⁹ Zwar müßte – wenn die Landesversammlung auf ihrem Beschlusse beharrt – dieses ohne Kontrasignatur als Gesetz kundgemacht werden; allein praktisch ist letzteres kaum wahrscheinlich, zumal wenn man die finanzielle Abhängigkeit der Länder von der staatlichen Zentralfinanzverwaltung bedenkt. Einer bundesstaatlichen Verfassung würde es entsprechen, die Landesgesetzgebung in allen Fällen von der Mitwirkung eines zentralen Staatsorgans zu befreien. Dies wäre jedoch nur bei einer radikalen Reform der Landesfinanzen möglich.

Als¹⁴⁰ Garantie gegen staatsgesetzwidrige Landesgesetze käme – der Idee des Bundesstaates entsprechend – die Kassation durch ein *Bundesverfassungsgericht* in Betracht. Wenn die Verfassungs|novelle vom 14. März 1919 der Staatsregierung |114 die Möglichkeit gibt, verfassungswidrige Beschlüsse der Landesversammlung vor ihrer Kundmachung, also noch bevor sie zu Gesetzen werden, beim Verfassungsgerichtshof anzufechten,¹⁴¹ und wenn durch ein Erkenntnis dieses Gerichtshofes die Gesetzwerdung eines solchen Beschlusses verhindert werden kann,¹⁴² so ist dies eine Regelung, die der bundesstaatlichen Lösung des Problems schon sehr nahe kommt. Bei einer Fortbildung der Verfassung in dieser Richtung wäre zu erwägen, ob nicht in die Zusammensetzung des Verfassungsgerichtshofes, dessen Mitglieder derzeit ausschließlich über Vorschlag der Staatsregierung vom Präsi-

¹³⁶ VolksvertretungsG 1919 (Anm. 4).

¹³⁷ Art 14 Abs 3 VolksvertretungsG 1919 (Anm. 4).

¹³⁸ Art 14 Abs 4 VolksvertretungsG 1919 (Anm. 4).

¹³⁹ Art 14 Abs 4 VolksvertretungsG 1919 (Anm. 4).

¹⁴⁰ «ausgeschlossen werden. ... [Als]» (1352–13525) | T «ausgeschlossen werden. Als»; F* «ausgeschlossen werden. ... [Als]».

¹⁴¹ Art 15 Abs 1 VolksvertretungsG 1919 (Anm. 4).

¹⁴² Art 15 Abs 2 VolksvertretungsG 1919 (Anm. 4).

denten der Nationalversammlung ernannt werden, auch ein gewisses föderalistisches Element zur Geltung kommen könnte in der Weise, daß für je eine Hälfte der zu besetzenden Stellen den Landesversammlungen und der Nationalversammlung ein Vorschlagsrecht eingeräumt würde.

Hinsichtlich¹⁴³ der *Exekutive* erforderte eine bundesstaatliche Organisation zum Unterschied von jener der demokratischen Selbstregierung¹⁴⁴ eine deutliche Scheidung zwischen der Exekutive des Landes und jener des Staates. Damit soll jedoch keineswegs gesagt werden, daß zwei voneinander verschiedene Verwaltungsapparate notwendig sind, die in jedem Lande nebeneinander bestehen. Im Gegenteil! Das Doppelgeleise der Verwaltung, dessen Übelstände im alten Österreich genugsam beklagt wurden, müßte unter allen Umständen vermieden werden. Der einheitliche Landesverwaltungsapparat hätte nur im selbständigen Wirkungskreise¹⁴⁵ die Agenden der Landesverwaltung, d. i. die Exekutive der Landesgesetze, und im übertragenen Wirkungskreise die Staatsverwaltung, d. i. die Exekutive der Staatsgesetze durchzuführen. Der Unterschied zwischen Landes- und Staatsverwaltung dürfte sich hauptsächlich in der Verschiedenheit des Instanzenzuges, der nur bei den Staatsverwaltungsagenden bis zur zentralen Staatsregierung führt, und in der Verschiedenheit der Stellung der Landesregierung geltend machen, die nur in Staatsverwaltungsagenden als Untergebene der zentralen Staatsregierung an deren Befehle gebunden wäre¹⁴⁶. Da die Landesregierung vor allem mit der gliedstaatlichen Landesverwaltung betraut ist, muß ihre¹⁴⁷ Berufung unabhängig von jeder Ingerenz seitens der zentralen Staatsregierung erfolgen. Da sie – im übertragenen Wirkungskreise – auch als Organ der bundesstaatlichen Staatsverwaltung fungiert, muß sie nach dieser Richtung ihrer Tätigkeit und aus diesem Rechtstitel wegen staatsgesetzwidriger Verwaltung vor dem Bundesverwaltungs-¹⁴⁸ oder Verfassungsgericht (als | Disziplinargerichtshof) zur Verantwortung gezogen und ihre Verwaltungsakte von derselben Instanz kassiert werden

¹⁴³ «Landesgesetze ...」Hinsichtlich) (13525–1365)] T «Landesgesetze: die Judikatur des Staatsverwaltungsgerichtes oder noch besser: eines Staatsverfassungsgerichtshofes. Landesgesetze wären lediglich von der Landesversammlung zu beschliessen und in analoger Weise wie die Staatsgesetze vom Staatsrate, von dem entsprechenden Landesorgan zu beurkunden und des Weiteren zu verlaublichen. Die Sanktion der Landesgesetze durch den Kaiser bzw. gegenwärtig durch den Staatsrat ist zwar formell mit dem Gliedstaatscharakter der Länder nicht unvereinbar, da nichts im Wege steht, den Kaiser bzw. den Staatsrat bei der Sanktion der Landesgesetze als Landesorgan aufzufassen und diese Organe, sofern sie durch Landesordnungen hiezu berufen sind, als allen Ländern gemeinsame Organe, in dieser Richtung aber nicht als Organe des Oberstaates zu konstruieren. Allein materiell drückt sich der Charakter des Gliedstaates eben darin aus, daß die ihm als solchem überwiesenen Kompetenzen letztlich von Organen besorgt werden, die nur aus der Mitte der als Gliedstaat charakterisierte Gliedkörperschaft und nur durch einen aus ihrem Schoße erzeugten Willen besorgt werden.」Hinsichtlich); F* «Landesgesetze ...」Hinsichtlich».

¹⁴⁴ «Selbstregierung»] T «Selbstverwaltung»; F* «Selbstregierung».

¹⁴⁵ «selbständigen Wirkungskreise»] T «selbständigen (eigenen) Wirkungskreise»; F* «selbständigen Wirkungskreise».

¹⁴⁶ «wäre»] T «werden»; F* «wäre».

¹⁴⁷ «ihre»] T «diese»; F* «ihre».

¹⁴⁸ «Bundesverwaltungs-»] T «Staatsverwaltungs-»; F* «Bundesverwaltungs-».

können. Die Absetzung der durch die Landesversammlung gewählten, in¹⁴⁹ erster Linie zur Landesverwaltung berufenen Landesregierung durch ein zentrales Staatsorgan muß in den Kauf genommen werden, wenn der selbständige Wirkungskreis¹⁵⁰ der Landesregierung um den übertragenen der Staatsverwaltung im Lande erweitert werden, wenn der Oberstaat darauf verzichten soll, im Lande seinen eigenen Verwaltungsapparat neben dem des Landes aufzurichten. Allerdings werden gewisse Ausnahmen von dieser organisatorischen Vereinigung wünschenswert sein. Als Spezialstaatsbehörden wären zu etablieren: unter der Voraussetzung, daß die Zivil- und Strafgesetzgebung dem Oberstaate vorbehalten bleibt, die Zivil- und Straferichte, zumal wenn bei Berufung dieser Organe das bürokratisch-zentralistische Prinzip der Ernennung und nicht die demokratische Wahl zugrunde gelegt wird, unter der Voraussetzung, daß die Militärgesetzgebung der Nationalversammlung vorbehalten ist, die Militärbehörden; ferner unter der gleichen Voraussetzung die Eisenbahn-, Post- und Telegraphenverwaltung u. a. Ob die Rechtskontrolle über die gliedstaatliche Landesverwaltung selbständigen Landesverwaltungsgerichten oder bundesstaatlichen¹⁵¹ Verwaltungsgerichten (in einem umgekehrt übertragenen Wirkungskreise) zugewiesen werden soll, ist eine untergeordnete Frage. Ebenso ob nicht auch in anderen Fällen gewissen staatlichen Spezialverwaltungsorganen wie z. B. den staatlichen Eisenbahndirektoren in den einzelnen Ländern zur Vereinfachung und Verbilligung der Verwaltung auch die Agenden des parallelen Landesverwaltungszweiges, also z. B. der Landesbahnverwaltung übertragen werden können.¹⁵²

V.

Würde Deutschösterreich in Hinkunft als selbständiger und souveräner Staat isoliert bleiben oder sich nur dem einen oder anderen losen Staatenbund anschließen, dann wäre zweifellos die bundesstaatliche Verfassung nach dem Muster der Schweiz der beste Ausdruck der gegebenen politischen Konstellation. Sofern aber Deutschösterreich bestimmt ist, ein *Bestandteil der Deutschen Republik* zu werden und sofern die Deutsche Republik selbst die Gestalt eines Bundesstaates annehmen wird, muß die Möglichkeit einer analogen Verfassung für Deutschösterreich im höchsten Maße problematisch werden. Denn das Wesen des Bundesstaates liegt in der *Aufteilung der legislativen Kompetenz* auf zwei Gesetzgebungsorgane: das | Parlament | 116 des Oberstaates und die Parlamente der Gliedstaaten. Einen Gliedstaat bundesstaatlich organisieren, bedeutet, die dem Gliedstaat vom Oberstaat belassene legislative

¹⁴⁹ «gewählten, in»] T «gewählten, dieser verantwortlichen, in»; F* «gewählten, in».

¹⁵⁰ «selbständige Wirkungskreis»] T «selbständige (eigene) Wirkungskreis»; F* «selbständige Wirkungskreis».

¹⁵¹ «bundesstaatlichen»] T «staatlichen»; F* «bundesstaatlichen».

¹⁵² «können.»] T «kann.»; F* «können.».

25.

auf der anderen Seite aber sind die deutschösterreichischen Länder keineswegs geneigt, von der auf solche Weise verbleibenden legislativen Kompetenz der auf der Zwischenstufe zwischen ihnen und dem Reich stehenden Gesetzgebung eines deutschösterreichischen Staates soviel zu überlassen, dass dieser mit einem nur einigermaßen bedeutsamen Wirkungskreis ausgestattet, mehr als eine bloße Scheinorganisation darstellt.

Der von der deutschen Reichsregierung vorbereitete Entwurf des allgemeinen Teils der künftigen Reichsverfassung umschreibt in seinen §§ 2 und 3 die Reichskompetenz in folgender Weise:

Reichsangelegenheiten, die ausschließlich der Gesetzgebung und Verwaltung des Reiches unterliegen sind:

- 1.) die Beziehungen zum Ausland,
- 2.) die Verteidigung des Reichs zu Lande, zu Wasser und zu Luft,
- 3.) die Zölle,
- 4.) der Handel einschließlich des Bank- und Börsenwesens sowie des Münz-, Mass- und Gewichtswesens,
- 5.) das öffentliche Verkehrswesen, und zwar die Eisenbahnen soweit sie bisher Staatsbahnen waren, die Binnenschifffahrt auf den mehreren Freistaaten gemeinsamen Wasserstrassen, die Post- und Telegraphie und der Verkehr mit Kraftfahrzeugen zu Lande und zu Luft.

Der Gesetzgebung des Reiches unterliegen ferner folgende Angelegenheiten:

- 1.) die Staatsangehörigkeit, die Freizügigkeit, das Armenwesen, das Passwesen, die Fremdenpolizei, die Ein- und Auswanderung,
- 2.) das bürgerliche Recht, das Strafrecht und das gerichtliche Verfahren,
- 3.) das Arbeiterrecht, insbesondere Arbeiterversicherung und Arbeiterschutz,

./.

Kompetenz selbst wieder teilen zwischen dem nunmehr als Oberstaat zweiter Ordnung fungierenden Gliedstaat und seinen als Gliedstaaten fungierenden Bestandteilen, in Deutschösterreich: den Ländern. Die Möglichkeit einer solchen Dreiteilung der Gesetzgebungsmaterie kann natürlich theoretisch nicht in Frage gestellt werden. Praktisch stößt sie allerdings auf große Schwierigkeiten. Vor allem ist damit eine keineswegs wünschenswerte Komplikation des staatlichen Gesetzgebungsapparates verbunden. Dann ist es aber beinahe unmöglich, die Kompetenzaufteilung auf die drei Instanzen, Reich, Staat und Land, auch nur einigermaßen gleichmäßig zu gestalten. Wenigstens im vorliegenden Falle! Denn auf der einen Seite muß der Gesetzgebung des Gesamtreiches genügend viel überlassen bleiben, um jene Rechts- und Wirtschaftseinheit herzustellen, die der eigentliche Sinn der Vereinigung mehrerer Gebietskörperschaften zu einem Bundesstaate ist – wobei der bedingungslose Vorbehalt der auswärtigen Angelegenheiten für die Reichsgesetzgebung selbstverständlich ist –; auf der anderen Seite aber sind die deutschösterreichischen Länder keineswegs geneigt, von der auf solche Weise verbleibenden legislativen Kompetenz der auf der Zwischenstufe zwischen ihnen und dem Reich stehenden Gesetzgebung eines deutschösterreichischen Staates soviel zu überlassen, daß dieser, mit einem nur einigermaßen bedeutsamen Wirkungskreis ausgestattet, mehr als eine bloße Scheinorganisation darstellt.

Der erste von der deutschen Reichsregierung ausgearbeitete Entwurf¹⁵³ des allgemeinen Teiles der künftigen Reichsverfassung umschreibt in seinen §§ 2 und 3¹⁵⁴ die Reichskompetenz in folgender Weise:

„§ 3.¹⁵⁵ Reichsangelegenheiten, die ausschließlich der Gesetzgebung und Verwaltung des Reiches unterliegen, sind:

1. die Beziehungen zum Ausland,
2. die Verteidigung des Reiches zu Lande, zu Wasser und zu Luft,¹⁵⁶
3. die Zölle,
4. der Handel einschließlich des Bank- und Börsewesens sowie des Münz-, Maß- und Gewichtswesens,
5. das öffentliche Verkehrswesen, und zwar die Eisenbahnen, soweit sie bisher Staatsbahnen waren, die Binnenschifffahrt auf den mehreren Freistaaten gemeinsamen Wasserstraßen, die Post und Telegraphie und der Verkehr mit Kraftfahrzeugen zu Lande und zu Luft.¹⁵⁷

¹⁵³ «Der ... Entwurf»] T «Der von der deutschen Reichsregierung vorbereitete Entwurf»; F* «Der ... Entwurf».

¹⁵⁴ §§ 3 und 4 Entwurf des allgemeinen Teils der künftigen Reichsverfassung, in: Entwurf des allgemeinen Teils der künftigen Reichsverfassung und Denkschrift zum Verfassungsentwurf, in: Deutscher Reichsanzeiger und Preußischer Staatsanzeiger vom 20. Januar 1919, Nr. 15, Erste Beilage, S. [1]–[4] (im Folgenden: Entwurf II WRV 1919) (3f.); als Entwurf II. abgedruckt in: *Heinrich Triepel* (Hrsg.), *Quellensammlung zum Deutschen Reichsstaatsrecht*, 3. Aufl., Tübingen 1922, S. 10–16 (11).

¹⁵⁵ Paragraphenzählung vom Herausgeber eingefügt.

¹⁵⁶ «und zu Luft,»] § 3 Nr. 2 Entwurf II WRV 1919 (Anm. 154): «und in der Luft,».

¹⁵⁷ «und zu Luft,»] § 3 Nr. 5 Entwurf II WRV 1919 (Anm. 154): «und in der Luft,».

|117 |§ 4.¹⁵⁸ Der Gesetzgebung des Reiches unterliegen ferner folgende Angelegenheiten:

1. die Staatsangehörigkeit, die Freizügigkeit, das Armenwesen, das Paßwesen, die Fremdenpolizei, die Ein- und Auswanderung,
2. das bürgerliche Recht, das Strafrecht und das gerichtliche Verfahren,
3. das Arbeiterrecht, insbesondere Arbeiterversicherung und Arbeiterschutz,
4. das Gewerberecht,
5. die Seeschifffahrt,
6. die Bodengesetzgebung gemäß § 28 (Innensiedlung),
7. die für das Reich zu erhebenden Steuern und Abgaben sowie die Einrichtungen von Betrieben für Reichszwecke,
8. das Enteignungsrecht für Reichszwecke,
9. das Preß-, Vereins- und Versammlungswesen,
10. das Gesundheitswesen,
11. das Versicherungswesen,
12. Kirche und Schule im Rahmen der §§ 19 und 20 (Glaubens- und Gewissensfreiheit, Autonomie der Religionsgesellschaften, Freiheit der Wissenschaft).¹⁵⁹

Selbst wenn man von dieser recht zentralistisch ausgestalteten Reichskompetenz manche Abstriche macht, bleibt für eine die deutschösterreichischen Länder zu einem Staate vereinigende Gebietskörperschaft so gut wie nichts übrig, wenn die Länder als Gliedstaaten, d. h. aber vor allem als Gesetzgebungsinstanzen erhalten bleiben sollen. Wollen die Länder, deren Vertreter immer wieder auf das Beispiel der Schweizerischen Verfassung verweisen, die Stellung der Schweizer Kantone behaupten, dann ist bei einer Eingliederung Deutschösterreichs in das Deutsche Reich für eine Staatlichkeit Deutschösterreichs selbst kein Raum mehr. Denn vom Standpunkt der *nationalen Einheit* – und dies muß auch in der vorliegenden Frage der entscheidende Standpunkt sein – ist auf das innigste zu wünschen, daß die Kompetenz des auch Deutschösterreich umfassenden Deutschen Reiches nicht viel enger sei als die des schweizerischen Bundes. Es könnte ja immerhin das eine oder andere Stückchen legislativer Kompetenz vom Reich und von den Ländern abgebröckelt und einem deutschösterreichischen Staate gnadenweise überlassen werden. Allein mehr als ein äußerliches Ornament an der Fassade des deutschen Staatsgebäudes wäre dieser deutschösterreichische Staat nicht. Es tut not, sich klar und deutlich zum Bewußtsein zu bringen, daß das Volk

|118 | Deutschösterreichs in die nationale Staatsgemeinschaft der Deutschen Republik nur eingehen kann: *Entweder als geschlossener deutschösterreichischer Staat oder als ein Grüppchen in die Stellung kleiner Gliedstaaten strebender Länder.*

¹⁵⁸ Paragraphenzählung vom Herausgeber eingefügt.

¹⁵⁹ Klammerzusätze von Kelsen, Anführungszeichen vom Herausgeber eingefügt.

Da hier nur die verfassungstechnische Seite des Problems untersucht werden soll, kann außer Frage bleiben, welche der beiden charakterisierten Möglichkeiten politisch wünschenswerter ist und ob die Eigenart des deutschösterreichischen Volkes und die Besonderheit der einzelnen Länder besser gesichert wird, wenn ihre bisherige staatliche Einheit gewahrt bleibt; und ob es taktisch empfehlenswert ist, über den Anschluß an das Deutsche Reich mit diesem als eine zehn Millionen Menschen umfassende, das Reich erheblich vergrößern Einheit zu verhandeln, oder diese Verhandlung jedem einzelnen Lande zu überlassen. Wenn auch von einem gesamtationalen Standpunkt aus die Erhaltung Deutschösterreichs als eine staatliche Einheit keineswegs ein oberstes Postulat ist, so wird doch die Beantwortung der aufgeworfenen politischen Frage von eben diesem Standpunkte aus kaum Zweifel bereiten. Sicherlich wohnt dem deutschen Volkscharakter – wie die Denkschrift zum deutschen Verfassungsentwurf¹⁶⁰ ausführt – eine starke Abneigung inne gegen eine unbeschränkte Zentralisierung allen öffentlichen Lebens. Sicherlich muß jede Verfassung Deutschlands dieser Tatsache Rechnung tragen. Allein gerade darum gilt es auch, der Gefahr übergroßer Zersplitterung zu begegnen. Der Gegensatz von Zentralisation und Dezentralisation ist ein relativer. In der kleinen, etwa drei Millionen Einwohner¹⁶¹ umfassenden Schweiz sind winzige Kantone möglich und sogar zweckmäßig. In einem 70 Millionen Menschen umfassenden Deutschen Reich sind Gliedstaaten von der Größe der Schweizer Kantone oder des Landes Vorarlberg mit 145000 Einwohnern¹⁶² ein arges Mißverhältnis; zumal wenn daneben Staaten von der Größe Preußens oder Bayerns bestehen bleiben.¹⁶³ Wenn in dem Staatenhause die einzelnen Gliedstaaten in der Art vertreten sein sollen, daß auf zwei Millionen Einwohner ein Repräsentant entfällt, dann ist mit Ausnahme Niederösterreichs und Deutschböhmens überhaupt kein Land stark genug, um für sich allein vertreten zu sein. Die Länder müßten sich zusammenschließen, kurz: Deutschösterreich müßte gebildet werden, wenn es nicht schon bestünde.

¹⁶⁰ Kelsen dürfte sich beziehen auf *Hugo Preuß*, Denkschrift zum Verfassungsentwurf, in: Entwurf des allgemeinen Teils der künftigen Reichsverfassung und Denkschrift zum Verfassungsentwurf, in: Deutscher Reichsanzeiger und Preußischer Staatsanzeiger vom 20. Januar 1919, Nr. 15, Erste Beilage, S. [1]–[4] (1–3), abgedruckt in: Hugo Preuss, Staat, Recht und Freiheit. Aus 40 Jahren Deutscher Politik und Geschichte. Mit einem Geleitwort von Theodor Heuss, Tübingen 1926, S. 368–394, wo es S. 372 heißt: „Dem deutschen Volkscharakter wohnt unzweifelhaft eine starke Abneigung inne gegen eine unbeschränkte Zentralisierung allen öffentlichen Lebens und gegen eine mechanische Leitung aller Verwaltung von einem einzigen Mittelpunkt aus.“

¹⁶¹ «kleinen, etwa drei Millionen Einwohner»] T «kleinen [Textlücke] Einwohner»; F* «kleinen, etwa drei Millionen Einwohner».

¹⁶² «Landes Vorarlberg mit 145000 Einwohnern»] T «Landes Salzburg mit 200000 Einwohnern»; F* «Landes Vorarlberg mit 145000 Einwohnern».

¹⁶³ Das Deutsche Reich hatte am 8. Oktober 1919 eine „ortsanwesende Bevölkerung“ von 60898584, Preußen von 37726018, Bayern von 6980026 (rechtsrheinische Gebiete: 6108703, linksrheinische Gebiete: 871323), vgl. *Statistisches Reichsamt* (Hrsg.), Statistisches Jahrbuch für das Deutsche Reich 41 (1920), S. 1.

Der¹⁶⁴ Gedanke liegt nahe, die gebotene Zentralisation auf dem Gebiete der Gesetzgebung durch weitgehende Dezentralisation auf dem Gebiete der Verwaltung wettzumachen. Allein es wäre eine Selbsttäuschung, wollte man sich verhehlen, daß dieses Prinzip, auf die bundesstaatliche Organisation angewendet, diese um ihren eigenen Wesensgehalt bringt. In demselben Maße als man die Gesetzgebungskompetenz dem Oberstaate vorbehält, die Verwaltung aber – unter Verzicht auf besondere Reichsbehörden – den sogenannten Gliedstaaten überläßt, werden diese zu bloßen Selbstverwaltungskörpern mit mehr oder weniger demokratischer Verfassung. Ist der Staatscharakter, der unter allen Umständen nur als delegiert aufzufassenden, der Zwangsordnung des Oberstaates unterstellten, als „Gliedstaaten“ bezeichneten Gebietskörperschaften (richtiger Teilordnungen) schon an und für sich vom Standpunkt eines theoretisch formalen Staatsbegriffes höchst problematisch – die als Staat bezeichnete Zwangsordnung unterscheidet sich für die juristische Betrachtung von anderen ihr eingegliederten Zwangsordnungen nur durch ihren Rang als höchste, nicht weiter ableitbare, d. h. durch ihre „Souveränität“ – so ist – auch bei einer praktisch materiellen Bestimmung des Staatsbegriffes – eine Subsumtion der sogenannten Gliedstaaten unter diesen Begriff vollends unmöglich, wenn solch einer Gebietskörperschaft überhaupt keine oder doch keinerlei bedeutende Gesetzgebungskompetenz zusteht, wobei von einer Gesetzgebungskompetenz eben nur dann geredet werden kann, wenn die bezügliche Materie ausschließlich und letztinstanzlich¹⁶⁵ der Regelung durch das spezifische Gesetzgebungsorgan des sogenannten Gliedstaates überlassen ist. Von einem Glied-„Staate“ kann – wenn überhaupt – so doch nur dann die Rede sein, wenn die so bezeichnete Rechtsordnung zwar nicht formal souverän ist, aber doch materiell ihren Inhalt ganz oder teilweise nur durch den Willen von Organen erhält, die – weil¹⁶⁶ sie nur aus der Mitte der durch die fragliche Rechtsordnung konstituierten Gebietskörperschaft berufen werden – als deren Organe und nicht als Organe des Oberstaates fungieren. Ist die Gesetzgebung im Prinzip ein Monopol des Oberstaates und nur die Verwaltung dem sogenannten Gliedstaate überlassen, dann ist der Typus des Bundesstaates aufgegeben und der einer demokratischen Selbstverwaltung an seine Stelle getreten. Allerdings kann auch umgekehrt innerhalb¹⁶⁷ des Typus der demokratischen Selbstverwaltung eine gewisse Annäherung an die Idee der Bundesverfassung vollzogen werden, indem man auf gewissen Verwaltungsgebieten die territorialen Selbstverwaltungskörper letztinstanzlich und unter Ausscheidung einer Kontrolle von oben entscheiden, verfügen und verordnen läßt. Allein der – überhaupt nicht qualitative, sondern stets nur quan-

¹⁶⁴ «bleiben. ...」Der» (14123–1421) T₁ «bleiben.」Der»; T₂ «bleiben. Vgl. § 11 des deutschen Verfassungsentwurfes, wonach kein neuer Gliedstaat unter 2.000.000 Einwohner haben darf.」Der»; F* «bleiben. ...」Der». – Vgl. § 11 Abs. 1 Entwurf II WRV 1919 (Anm. 154).

¹⁶⁵ «letztinstanzlich」 T «letztinhaltlich»; F* «letztinstanzlich».

¹⁶⁶ «die – weil」 T «die – gleichfalls materiell – weil»; F* «die – weil».

¹⁶⁷ «auch umgekehrt innerhalb」 T «auch innerhalb»; F* «auch umgekehrt innerhalb».

titative | – Unterschied gegenüber der bundesstaatlichen Organisation bleibt eben | 120
in dem Mangel einer Gesetzgebungskompetenz.

VI.

Diese Ausführungen sind nötig, um vom Standpunkte juristischer Konstruktion zwei Möglichkeiten zu beurteilen, die zur Lösung der verfassungstechnischen Schwierigkeiten bei der Angliederung Deutschösterreichs an das Deutsche Reich zur Diskussion gestellt werden könnten. Man¹⁶⁸ kann die von der Reichsgesetzgebung nicht in Anspruch genommene Kompetenz der Deutschösterreichischen Nationalversammlung überlassen, den Ländern aber die gesamte Staatsverwaltung ihres Gebietes übergeben und die Landesversammlungen mit der näheren Durchführung der deutschösterreichischen Gesetze betrauen. Was früher als Verordnung des Statthalters ergangen ist,¹⁶⁹ das würde nunmehr als Landesgesetz erlassen werden. Im übrigen wäre die Hauptaufgabe der Landesversammlung eine verwaltende. Sie hätte als der weitere Verwaltungsausschuß der aus ihrer Mitte gewählten Landesregierung zu fungieren. Nichts stünde auch im Wege, die Landesregierungen in gewissen Angelegenheiten als letzte und oberste Verwaltungsbehörde entscheiden und verfügen zu lassen. Die Länder würden somit zu demokratisch organisierten Selbstverwaltungskörpern, Deutschösterreich aber fügte sich als Gliedstaat dem Deutschen Reiche ein, wobei die Deutschösterreichische Nationalversammlung zu einem gemeinsamen oder Generallandtage der deutschösterreichischen Länder würde. Die Hauptaufgabe der deutschösterreichischen Staatsregierung aber wäre¹⁷⁰: im übertragenen Wirkungskreise die Reichsangelegenheiten für Deutschösterreich zu besorgen, d. h. als eine mittlere Reichsverwaltungsstelle zu fungieren, im selbständigen Wirkungskreise aber gewisse – nicht alle – nicht durch Reichsgesetze, sondern durch deutschösterreichische Staatsgesetze geregelten Verwaltungssachen als letzte Zentralinstanz über den Landesregierungen, diese kontrollierend und auf die Einheit der Verwaltung hinwirkend, zu führen.

¹⁶⁸ «werden könnten. Man»] T «werden. Man»; F* «werden könnten. Man».

¹⁶⁹ Sofern sich die Verordnungscompetenz der Statthalter nicht aus spezialgesetzlichen Ermächtigungen ergab, stützte man sie auf Art 11 Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt, RGBL 1867/145, im Übrigen auf die Natur der Sache und auf Gewohnheitsrecht, vgl. *Edmund Bernatzik*, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Verwaltungsrechtliche Studien, Wien 1886, S. 107 f.; *Johann Žolger*, Österreichisches Verordnungsrecht verwaltungsrechtlich dargestellt, Innsbruck 1898, S. 86–93, 93–111, 116, insb. 130 f., 132–135.

¹⁷⁰ «deutschösterreichischen Staatsregierung aber wäre»] T «deutschösterreichischen Regierung aber (des Staatsrates und der Staatssekretäre) wäre»; F* «deutschösterreichischen Staatsregierung aber wäre».

Es wäre aber auch möglich, die nicht reichsgesetzlich zu regelnden Materien ganz oder zum allergrößten Teil den Landesversammlungen zu überlassen und mit der Verwaltung dieser Agenden letztinstanzlich die Landesregierung zu betrauen, für Deutschösterreich aber nur eine natürlicherweise nach demokratischem Prinzipienzug berufene Regierung einzusetzen, die mit der Durchführung der Reichsagenden für ganz Deutschösterreich zu betrauen wäre. Ob neben einer | solchen – ausschließlich als mittlere Reichsverwaltungsstelle fungierenden – deutschösterreichischen Regierung noch eine Gesamtvertretung des deutschösterreichischen Volkes einen Zweck hätte, muß bezweifelt werden. Eine solche aus direkten Wahlen des Gesamtvolkes hervorgegangene Vertretung hätte kaum eine andere Funktion, als die deutschösterreichische Regierung zu wählen und in den wenigen Angelegenheiten Gesetze zu beschließen, die bei der Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen dem Reich und den Ländern übrigbleiben. Als Gliedstaat des Deutschen Reiches käme Deutschösterreich nicht in Betracht. Gliedstaaten wären die Länder, deren Gebiet nur im Hinblick auf die Reichsverwaltung einheitlich zusammengefaßt wäre. Aus diesem Grunde würde es sich auch empfehlen, in diesem Falle von jeder eigenen Volksvertretung Deutschösterreichs abzusehen und die deutschösterreichische Regierung – wenn eine solche vom Standpunkte der Reichsverwaltung aus sich für zweckmäßig erweisen sollte – durch Wahlen aus den einzelnen Landesversammlungen zu bilden.

VII.

Die Eingliederung Deutschösterreichs in die Deutsche Republik wird aller Wahrscheinlichkeit nach nicht mit einem einzigen Schlage erfolgen. Der Verwaltungsapparat¹⁷¹ Deutschösterreichs läßt sich nicht ohne weiteres der Reichsverfassung anpassen. Auch wird die Besonderheit der wirtschaftlichen Situation in Deutschösterreich einen allmählichen Übergang, einen schrittweisen Abbau der eigenen Verfassung notwendig machen. Der Wechsel der Währung, Vereinheitlichung der Staatsschulden, der Abbau der Zwischenzolllinie werden sicherlich geraume Zeit in Anspruch nehmen. Selbst wenn auf beiden Seiten der endgültige Wille feststeht, daß Deutschösterreich *als Gliedstaat* in den großdeutschen Bundesstaat eingehe, so wird doch der Verwirklichung dieses Gedankens ein *Zwischenstadium* vorausgehen müssen, in welchem die Verbindung Deutschösterreichs mit dem Deutschen Reiche noch nicht als eine bundesstaatliche, sondern eher die eines *Staatenbundes* sein wird. Nicht nur deshalb, weil zunächst ein völkerrechtlicher *Vertrag* die Rechtsgrundlage der Verbindung sein wird, sondern insbesondere auch deshalb, weil bis zur Schaffung der wirtschaftlichen und politischen Bedingungen der voll-

¹⁷¹ «Der Verwaltungsapparat»] T «Der Verfassungs- und Verwaltungsapparat»; F* «Der Verwaltungsapparat».

kommenen Eingliederung die verfassungs- und verwaltungsrechtliche Selbständigkeit Deutschösterreichs wird gewahrt bleiben müssen. Während jener Periode, da Großdeutschland ein Staatenbund zwischen dem Bundesstaat des Deutschen Reiches und Deutschösterreich sein | würde, könnte sich letzteres bis auf weiteres |122 bundesstaatlich organisieren. Worauf es in dieser, hoffentlich nicht allzu lange währenden Übergangszeit vor allem ankäme, das wäre, daß Großdeutschland nach außen hin eine geschlossene Einheit darstellt, und dies wäre leicht so herzustellen, daß Deutschösterreich die Besorgung der auswärtigen Angelegenheiten den deutschen Reichsbehörden überträgt und zunächst nach außen mit dem Deutschen Reiche ein einheitliches Zollgebiet bildet, ohne jedoch bis auf weiteres auf eine gewisse Zwischenzolllinie dem Deutschen Reiche gegenüber zu verzichten. Natürlich können auch gewisse Reservatrechte hinsichtlich der Wirtschaftsverträge mit den auf dem Gebiete der ehemaligen Österreichisch-ungarischen Monarchie entstandenen Nationalstaaten vorbehalten werden.

Ein Staatenbund zwischen Deutschösterreich und dem Deutschen Reiche als Übergangsstadium zum vollendeten Bundesstaat der Großdeutschen Republik – *und nur als einem kurzfristigen Provisorium könnte einer solchen Verbindungsform das Wort gesprochen werden* –, hätte auch den Vorteil, daß während dieser Übergangszeit die allseitige Klärung jenes Problems erfolgen kann, vor das Deutschösterreichs Volk gestellt ist, wenn es sich entscheiden soll, als ein einheitlicher Gliedstaat von mittlerer Größe oder zersplittert in sieben bis neun Kleinstaaten, wenn nicht gar Zwergstaaten, Bestandteil der Großdeutschen Republik zu werden.¹⁷²

¹⁷² «werden.»] T «werden.» [Die Rücksicht auf die Länder muß auch die *Form* bestimmen, in der die *Eingliederung Deutschösterreichs in die Großdeutsche Republik* zu erfolgen hat. Solcher Rechtsformen sind drei möglich: Die Einheit der auch Deutschösterreich umfassenden Großdeutschen Republik wird begründet durch eine von *der konstituierenden deutschen Nationalversammlung zu gebenden Verfassung*, wobei natürlich vorausgesetzt wird, daß auch die gewählten Vertreter Deutschösterreichs dieser verfassungsgebenden deutschen Nationalversammlung angehören. Daß dabei von irgendeinem entscheidenden Einfluß dieser Vertreter auf die Gestaltung der Gesamtverfassung und auf die von ihr eingeräumte Stellung Deutschösterreichs oder gar der einzelnen Länder keine Rede sein kann, liegt auf der Hand. Aber auch *den* großen Nachteil hätte diese Form des Anschlusses, daß dadurch die Rechtskontinuität innerhalb der für Deutschösterreich geltenden Rechtsordnung jäh abgebrochen würde. Auch von dem rein politischen Gesichtspunkte aus scheint es nicht empfehlenswert zu sein, das Mißverständnis eines Diktats von Berlin oder Weimar in der Anschlußfrage aufkommen zu lassen. Gerade auf Seite der Länder müßte dies erhebliche Widerstände gegen den Anschluß auslösen. [Soll der aus politischen Gründen kaum vermeidbare *Uebergangszustand einer Staatenbündlichen Verbindung zwischen Deutschösterreich und dem Deutschen Reiche* verwirklicht werden, dann bleibt für die Form des Anschlusses nur die Möglichkeit *paralleler Gesetze* Deutschösterreichs und des Deutschen Reiches oder aber eines *Staatsvertrages* zwischen beiden. Den ersteren Weg hat das deutschösterreichische Gesetz vom 18. November 1918 über die Staats- und Regierungsform von Deutschösterreich St.G.Bl. Nr. 5 betreten, indem es im Artikel 2 Deutschösterreich als einen Bestandteil der deutschösterreichischen [offensichtliches Versehen; es muss „Deutschen“ heißen] Republik erklärt und ausdrücklich auf „besondere *Gesetze*“ – offenbar deutschösterreichische und reichsdeutsche Gesetze – verweist, die die Teilnahme Deutschösterreichs an der Gesetzgebung und Verwaltung der deutschen Republik, sowie die Ausdehnung des Geltungsbereiches von Gesetzen und Einrichtungen der deut-

schen Republik auf Deutschösterreich regeln werden. Aber auch das deutsche Reichswahlgesetz vom 30. November 1918, (R.G.Bl. S. 1345) geht in seinem § 25 von der Voraussetzung aus, daß die deutsche Nationalversammlung zu beschließen habe, daß Deutschösterreich seinem Wunsche entsprechend in das Deutsche Reich aufgenommen werde, und bestimmt, daß für diesen Fall die deutschösterreichischen Abgeordneten der deutschen Nationalversammlung – und zwar auf 180000 Seelen je ein Abgeordneter – als vollberechtigte Mitglieder beitreten. Allerdings scheint dabei das deutsche Reichswahlgesetz nicht so sehr an einer parallelen Gesetzgebung als vielmehr an eine einseitige Deutschösterreich mitumfassende Verfassungsgebung durch die deutsche Konstituante zu denken. Gerade wegen der Schwierigkeit, die der Dualismus der Standpunkte juristischer Beurteilung bei der Konstruktion mit 2 parallelen, ihrem Inhalte nach paktierten Gesetzen bereitet, – die schlechten Erfahrungen, die mit den die Verbindung Oesterreichs mit Ungarn konstituierenden paktierten Gesetzen beider Staaten gemacht wurden beweisen dies zur Genüge – empfiehlt es sich, zur Gründung des die Großdeutsche Republik darstellenden Staatenbundes zwischen Deutschösterreich und dem Deutschen Reich die Form eines völkerrechtlichen Vertrages zu wählen. Diese ermöglicht, daß die deutschösterreichischen Gesamtinteressen, daß insbesondere die Sonderinteressen der deutschösterreichischen *Länder* bei den auf die Verbindung abzielenden Verhandlungen entsprechend zum Ausdruck kommen können, indem sie nicht von einer majorisierbaren Minorität der Mitglieder eines einheitlichen Gesetzgebungskörpers, sondern von – den Vertretern des deutschen Reiches formell koordinierten – Vertragspartnern geltend gemacht werden. Daß aber ein völkerrechtlicher Vertrag zwischen Deutschösterreich und dem Deutschen Reiche der schließlichen Entstehung eines beide Teile umfassenden *Bundesstaates* dauernd im Wege stehe, kann ernstlich nicht behauptet werden, wenn man sich die historischen Vorgänge und die Rechtsformen bei der Gründung des norddeutschen Bundes und des Deutschen Reiches in Erinnerung bringt. Durch einen völkerrechtlichen Vertrag einzelner deutscher Staaten ist der norddeutsche Bund entstanden, und durch einen völkerrechtlichen Vertrag des norddeutschen Bundes mit Bayern, Württemberg etc. etc. durch einen Vertrag der die Reichsverfassung zum Inhalte hatte, ist das Deutsche Reich gegründet worden. Wenn man dieses – als einen *Bundesstaat* zum Unterschied von einem blossen *Staatenbund* – auf einer *Verfassung*, und nicht auf einem *Vertrage* d. h. auf einer *Rechtsordnung* und nicht auf einem – eine höhere Rechtsordnung weiter voraussetzenden – *Rechtsgeschäfte* beruhen läßt, so ist eine solche juristische Konstruktion nur insoweit möglich, als das juristische Bewußtsein die Vertragsform von ihrem Rechtsinhalt abstreift und diesen Rechtsinhalt, eine Summe von Normen, als eine oberste und höchste Ordnung, d. h. aber als eine *Verfassung* setzt oder voraussetzt. Eine solche Umwandlung des juristischen Bewußtseins vollzieht sich umso rascher, je stärker das einigende Nationalbewußtsein, je bewußter der Wille zu einem *Nationalstaat* ist, und je stärker die unitarischen Elemente in der – wenn auch vertragsmäßig zu Stande gekommenen – Gesamtverfassung entwickelt werden.»; F* «werden.».

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich

Teile 1–3
(1919)*

Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich

Teil 4
(1920)**

Die Texte sind in HKW 5, S. 24–129, 130–255, 256–437
und 438–608 abgedruckt.

* Franz Deuticke, Wien und Leipzig 1919.

** Franz Deuticke, Wien und Leipzig 1920.

Edmund Bernatzik

(1919/1920)*

* Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), Heft 1/2, S. VII–IX. – Zur Mitautorschaft Kelsens vgl. den Editorischen Bericht, S. 674–680 (677–679).

In dieser schweren Zeit, die für das deutsche Volk an nichts so reich ist wie an Verlusten, treten auch wir – die Herausgeber und Mitarbeiter dieser jungen, vom Kriege arg gefährdeten Zeitschrift – von schwerstem Verluste betroffen, unseren neuen Weg an. *Edmund Bernatzik*¹, den Mitbegründer und Mitherausgeber wie der Österreichischen Zeitschrift für öffentliches Recht so auch dieses an ihre Stelle tretenden wissenschaftlichen Unternehmens, hat plötzlich der Tod aus unserer Mitte gerissen.

Nicht dieses schmerzlichen Anlasses hat es bedurft, um das Bewußtsein dafür zu wecken, was *Edmund Bernatzik* uns bedeutet. Die Liebe seiner Schüler, die Verehrung seiner Kollegen, die Bewunderung seiner Freunde und Gegner – sie haben immer Zeugenschaft abgelegt für den seltenen Wert, mit dem die eigenartige Persönlichkeit dieses Mannes Wissenschaft und Praxis des öffentlichen Rechtes bereicherte. Diesem – und nicht *nur* diesem Ziele war sein vielseitiges Leben gewidmet; doch nur was es gerade nach dieser Richtung an fruchtbarster Wirkung ausgestrahlt hat, wollen diese Zeilen in dankbare Erinnerung bringen.

Edmund Bernatzik wurde im Jahre 1854 in einer kleinen Provinzstadt Niederösterreichs geboren. Er absolvierte seine Studien in Wien und Graz und trat nach seiner im Jahre 1872 erfolgten Promotion zum Doktor der Rechte in den Richterdienst ein. Im Jahre 1886 habilitierte er sich an der Wiener Universität für Verwaltungsrecht. 1891 folgte er einem Rufe nach Basel, 1893 nach Graz. 1894 wurde er ordentlicher Professor des Staats- und Verwaltungsrechtes an der Wiener Universität. Der hat er durch ein Vierteljahrhundert angehört; ein Stolz der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät, deren Dekan er zweimal war, eine Zierde der ganzen alma mater vindobonensis, die ihn im Jahre 1910 zu ihrem Rektor wählte.

|VIII Das wissenschaftliche Lebenswerk *Edmund Bernatziks* ist in einer Reihe von Arbeiten niedergelegt, denen | der scharfe und glänzende Geist dieses Gelehrten ein durchaus charakteristisches Gepräge verleiht. Schon durch ihren vollendeten Stil, durch die ans Künstlerische reichende, von feinstem Sprachgefühl geleitete Darstellung heben sie sich deutlich von den meisten schriftstellerischen Leistungen auf

¹ Edmund Bernatzik (1854–1919), Staatsrechtslehrer. Er war 1891–1893 o. Prof. in Basel, 1893 in Graz und von 1894 bis zu seinem Tod an der Universität Wien (1910/1911 Rektor); 1900–1905 Ersatzmann, 1905–1918 Mitglied des Reichsgerichts, 1918 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.).

dem Gebiete des öffentlichen Rechtes ab. Mit einem Meisterstück trat *Edmund Bernatzik* seine akademische Laufbahn an. Es ist überaus bezeichnend für die Eigenart seines Geistes, daß es nicht eine landläufige Doktorfrage, daß es vielmehr eines der schwierigsten Probleme war, dessen Lösung seine Habilitationsschrift über *Rechtssprechung und materielle Rechtskraft*² versuchte. Wer die Literatur des öffentlichen Rechtes kennt, weiß, welche außerordentliche Wirkung die mutigen, mit unbeirrbarer Konsequenz entwickelten Ergebnisse dieser Arbeit seit ihrem Erscheinen geübt haben. *Kühnheit des Denkens*, diese seltene Gelehrtentugend, eignete *Edmund Bernatzik* wie wenigen!

Von seinen späteren Arbeiten hatte verhältnismäßig den nachhaltigsten Erfolg die im V. Bande des Archivs des öffentlichen Rechtes erschienene Studie über den *Begriff der juristischen Person*.³ In ihr kommt die vielleicht am stärksten entwickelte Seite seines Geistes, seine elementare *kritische Kraft*, besonders zum Ausdruck. Und wenn irgend eine seiner Arbeiten, so bringt gerade diese den Beweis, daß *Bernatziks* – nur von unklaren Köpfen gefürchtete – *Kritik* keine bloße Negation, sondern eine aufbauende, die Grundlagen zu neuer systematischer Arbeit legende Analyse war.

Als glänzender Essaiist hat sich *Bernatzik* in den beiden im besten Sinne des Wortes geistreichen Untersuchungen über *Anarchismus* und über *Proportionalwahlrecht* bewährt. Für das Nationalitätenrecht von prinzipieller Bedeutung wurde seine berühmte Rektoratsrede über *nationale Matriken*.⁴ Bekannt und hoch geschätzt ist auch der Beitrag, den er über Polizei und Kulturpflege für das *Hinnebergsche* Sammelwerk „Kultur der Gegenwart“ geliefert hat.⁵ Seine größte und umfassendste Arbeit aber hat er – und nichts ist charakteristischer für sein *aller Äußerlichkeit abholdes Wesen* – in einer *Gesetzesausgabe* niedergelegt. Denn eine Geschichte und ein kritischer Kommentar der österreichischen Verfassung und nicht weniger sind seine als Lehr- und Handbuch unentbehrlichen „*Österreichischen Verfassungsgesetze*“.⁶ An dem Problematischen und Fragmentarischen der österreichischen Verfassung hat sich sein nach Klarheit drängender Geist immer wieder entzündet. Ein tragisches Geschick hat *Edmund Bernatzik* gerade | in dem Augenblicke abberufen, da an Stelle des alten Österreich, dessen Mängel niemand so tief empfunden hat als gerade er, ein neues Deutschösterreich tritt, zu dessen Aufbau seine große Erfahrung viel hätte beitragen können.

² *Edmund Bernatzik*, *Rechtssprechung und materielle Rechtskraft*. Verwaltungsrechtliche Studien, Wien 1886.

³ *Edmund Bernatzik*, *Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere*, in: *Archiv für öffentliches Recht* 5 (1890), S. 169–318.

⁴ *Edmund Bernatzik*, *Über nationale Matriken*. Inaugurationsrede, Wien 1910.

⁵ *Edmund Bernatzik*, *Polizei und Kulturpflege*, in: Paul Hinneberg (Hrsg.), *Die Kultur der Gegenwart*. Ihre Entwicklung und ihre Ziele, Teil 2, Abteilung 8: Systematische Rechtswissenschaft, Berlin und Leipzig 1906, S. 387–426 (2. Aufl., Leipzig und Berlin 1913, S. 422–469).

⁶ *Edmund Bernatzik* (Hrsg.), *Die österreichischen Verfassungsgesetze*, Leipzig 1906 (2. Aufl., Wien 1911).

Edmund Bernatzik gehört mit *Paul Laband*⁷, *Georg Jellinek*⁸ und *Otto Mayer*⁹ zu den Begründern und Hauptvertretern jener Theorie des öffentlichen Rechtes, die seit dem Ende des 19. Jahrhunderts die Universitäten, die Gerichte und Verwaltungsbehörden Deutschlands wie Österreichs beherrscht und deren wesentliche Grundzüge aufzuzeigen hier erübrigt. Soll aber die Besonderheit der *Bernatzischen* Geistesrichtung charakterisiert werden, kann dies kaum besser geschehen als mit den Schlußworten seiner Abhandlung über den Begriff der juristischen Person, wo er mit Geist und Temperament für eine Auffassung eintritt, bei der es „voller Tag werden wird in einer Wissenschaft, in deren Bereich derzeit noch Gespenster umgehen“.¹⁰ In dem Kampfe, den die moderne Rechtswissenschaft gegen jahrhundertalte Fiktionen und Hypostatierungen zu führen hat, ist mit *Edmund Bernatzik* einer der besten Streiter dahingegangen. Sein Andenken wird in der Geschichte der Jurisprudenz stets ehrenvoll bewahrt bleiben.

Wien, im April 1919.

⁷ Paul Laband (1838–1918), Staatsrechtslehrer, 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.

⁸ 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. Mitglied des „Institut de Droit international“. 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).

⁹ Otto Mayer (1846–1924), Staats- und Kirchenrechtslehrer, Nestor der deutschen Verwaltungswissenschaft. Promotion 1869 in Erlangen, 1881 Habilitation in Straßburg. 1882 wurde er a.o. Prof., 1887 o. Prof. für Verwaltungsrecht an der Universität Straßburg (1902 Rektor). Ab 1896 lehrte er auch Staats- und Kirchenrecht. 1903 wurde er als Prof. nach Leipzig berufen (1913/1914). 1895–1903 Mitglied des Oberkonsistoriums der ev.-luth. Landeskirche Elsaß-Lothringen. Wichtige Werke: Theorie des französischen Verwaltungsrechts, Straßburg 1886; Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bde., München und 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.

¹⁰ *Bernatzik*, Juristische Person (Anm. 3), S. 318 – *Bernatzik* zitiert *Hugo Preuß*, Entwicklung und Bedeutung des öffentlichen Rechts. Eine akademische Antrittsrede, in: [Schmollers] Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich 13 (1889), S. 1351–1362 (1358): „Es kann nicht Tag sein in der Wissenschaft, wenn solche Gespenster umgehen.“

Buchbesprechung

Max Layer, Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen
Vertrag. Graz und Leipzig 1916
(1919/1920)*

* Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 165–173.

Die für die juristische Konstruktion und Systematik bedeutsame Frage, ob und inwieweit der Begriff eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zulässig sei, beantwortet sich nach der Bestimmung der beiden Begriffe: „Vertrag“ und „öffentliches Recht“. Die unter der Führung *Otto Mayers*² stehende deutsche Verwaltungsrechtstheorie lehnt den Begriff eines öffentlich-rechtlichen Vertrages ab,³ weil sie das Wesen des öffentlichen Rechtes in der Normierung eines Über- und Unterordnungsverhältnisses, einer Gewalt- oder Herrschaftsbeziehung erblickt, der Vertrag aber die übereinstimmende Willensäußerung gleichgeordneter Subjekte sei.

Bei der Untersuchung des in Rede stehenden Problems stellt *Layer*⁴ zunächst den Begriff des Vertrages fest, und zwar in dem hier wesentlichen Punkte übereinstimmend mit der herrschenden Anschauung: als eine Willenseinigung mit Rechtswirkung unter den Parteien, wobei die beteiligten Willensäußerungen gleichwertig, d. h. in gleicher Weise an dem Zustandekommen des Rechtserfolges beteiligt sind (S. 17).⁵ Den Begriff des öffentlichen Rechtes bestimmt er jedoch abweichend von der Theorie *Otto Mayers* und seiner Schule. Und aus dieser Abweichung ergibt sich für *Layer* die Möglichkeit und Notwendigkeit einer prinzipiell anderen Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit der Vertragskategorie im öffentlichen Recht. Öffentlich-rechtliche Verträge sind nach *Layer* Verträge, die eine öffentlich-rechtliche Wirkung haben; öffentlich-rechtlich ist ein Verhältnis dann, wenn die Rechte und Pflichten, die es umfaßt, durch Vorschriften des öf-

¹ *Max Layer*, *Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag*. Eine Studie aus dem österreichischen Verwaltungsrecht, Graz und Leipzig 1916.

² *Otto Mayer* (1846–1924), Staats- und Kirchenrechtslehrer. Promotion 1869 in Erlangen, 1881 Habilitation in Straßburg. 1882 wurde er a.o.Prof., 1887 o.Prof. für Verwaltungsrecht an der Universität Straßburg (1902 Rektor). Ab 1896 lehrte er auch Staats- und Kirchenrecht. 1903 wurde er als 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., München und 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.

³ Vgl. *Otto Mayer*, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. 1, 2. Aufl., München und Leipzig 1914, S. 104; *Otto Mayer*, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. 2, 2. Aufl., München und Leipzig 1917, S. 262.

⁴ *Max Layer* (1866–1941), Staatsrechtslehrer. 1902 Habilitation in Graz, 1903 a.o.Prof., 1908 o.Prof. in Wien, ab 1908 o.Prof. in Graz, 1928–1933 als Nachfolger *Adolf Menzels* o.Prof. in Wien, 1924–1930 Mitglied des Verfassungsgerichtshofes, wurde 1933 wegen seiner aus Anlass der Ausschaltung des Verfassungsgerichtshofes geäußerten Kritik an der Regierung als o.Prof. zwangspensioniert. Wichtige Werke: *Principien des Enteignungsrechts*, Leipzig 1902; *Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag*, Graz und Leipzig 1916; *Staatsformen unserer Zeit*, Graz 1919 (2. Aufl., Graz 1923).

⁵ *Layer*, *Vertrag* (Anm. 1), S. 17.

fentlichen Rechtes und nicht des Privatrechtes ihre Normierung gefunden haben (S. 19).⁶ Der fragliche Gegensatz wird also aus dem Bereiche des subjektiven in den des objektiven Rechtes geschoben, freilich ohne daß dabei das entscheidende Kriterium angegeben würde. *Layer* bemerkt lediglich, daß nach der formellen Seite hin – die ja nicht immer mit der materiellen zusammenstimme – ein Rechtsverhältnis dann ein öffentlich-rechtliches sei, wenn die Geltendmachung und Erzwingung der daraus entspringenden Ansprüche von der Kompetenz der ordentlichen Gerichte ausgeschlossen sei und in die Kompetenz der Verwaltungsbehörden falle (S. 20).⁷ Demgemäß widerspricht *Layer* der Auffassung, daß alle öffentlichen Rechtsverhältnisse Gewaltverhältnisse der Über- und Unterordnung seien, bei denen der eine Teil, d. i. das mit Herrschaftsrechten ausgestattete Subjekt, die Rechte und Pflichten selbst in bindender Weise zu bestimmen und ihre Erfüllung mit obrigkeitlichem Zwang durchzuführen berechtigt sei. Die öffentlich-rechtlichen Verhältnisse haben nach *Layer* nur *größenteils* den Charakter von Gewaltverhältnissen. Es gäbe jedoch zahlreiche öffentlich-rechtliche Verhältnisse zwischen gleichgeordneten Subjekten des öffentlichen Rechtes, z. B. zwischen Selbstverwaltungskörpern (S. 20).⁸

Dadurch daß *Layer* auf diese Weise den Begriff des Vertrages und des öffentlichen Rechtes miteinander vereinbart (im Gegensatz zu *Otto Mayer*, der beide Begriffe so bestimmt, daß sie sich gegenseitig ausschließen), schafft er sich die Möglichkeit einer Synthese zwischen beiden. Er führt aus, daß aus dem Begriffe des Vertrages keineswegs folge, daß sich der Vertragsinhalt auf öffent|liche Rechte und Pflichten nicht beziehen könne (S. 20).⁹ Da aber grundsätzlich anzunehmen sei, daß die öffentliche Verwaltung alle kompetenzmäßigen Aufgaben mit ihren eigenen Machtmitteln durchzuführen berechtigt und dazu mit der erforderlichen vollziehenden Gewalt ausgestattet sei, daher auch alle Rechte und Pflichten, welche das Gesetz in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vorsieht, soweit sie nicht das Gesetz selbst bestimmt, in Ausführung des Gesetzes begründen, aufheben und abändern könne (was doch offenbar soviel heißen dürfte wie: einseitig, als übergeordnetes Subjekt konstituieren) –, so seien Verträge auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes nur eine *Ausnahme*, welche entweder ausdrücklich im Gesetze vorgesehen oder in der Weise gesetzlich zugelassen sein müsse, daß die gesetzliche Norm nur den Charakter einer Dispositivnorm habe, daher nur mangels einer anderweitigen, d. i. vertragsmäßigen Festsetzung subsidiär zur Anwendung zu kommen habe (S. 21).¹⁰

Dieser im allgemeinen Teile der *Layerschen* Schrift entwickelte Grundgedanke wird dann in einem besonderen Teile auf einige dem positiven österreichischen

⁶ *Layer*, Vertrag (Anm. 1), S. 19.

⁷ *Layer*, Vertrag (Anm. 1), S. 19f.

⁸ *Layer*, Vertrag (Anm. 1), S. 20.

⁹ *Layer*, Vertrag (Anm. 1), S. 20.

¹⁰ *Layer*, Vertrag (Anm. 1), S. 21.

Rechte entnommene Rechtsverhältnisse durchgeführt und auf seine Anwendbarkeit geprüft. Zu diesem Grundgedanken seien einige Anmerkungen gestattet:

Was zunächst den Begriff des Vertrages betrifft, so muß man, um seine Stellung im System der Rechtsbegriffe deutlich zu erkennen, sich stets bewußt bleiben, daß er, unter den Begriff des *Rechtsgeschäftes* fallend, seinem Wesen nach eine jener *Bedingungen* (oder Voraussetzungen) ist, an die die Rechtsordnung Rechtsfolgen (sogenannte „Wirkungen“), d. h. die Entstehung und Beendigung von Rechtspflichten und Berechtigungen¹¹, knüpft. Es wäre gewiß mancher Irrtum der Theorie vermieden worden, wenn man sich immer ganz klar gewesen wäre, daß das Rechtsgeschäft als eine von der Rechtsordnung mit Rechtsfolgen verknüpfte menschliche Willensäußerung *systematisch* die gleiche Stellung einnimmt wie etwa die sogenannten rechtserheblichen Ereignisse, d. h. Tatbestände, die keine menschlichen Willensäußerungen sind und an die die Rechtsordnung ebenso wie an die letzteren Pflichten und Rechte, die Entstehung und Beendigung von Rechtsverhältnissen anknüpft. Ob die Rechtsnorm an die Bedingung eines eingetretenen Hochwassers oder an den generellen oder individuellen Befehl einer Verwaltungsbehörde oder an den Vertragsabschluß zweier Kontrahenten Pflichten und Rechte bestimmter Personen bindet, mag materiell sehr verschieden beurteilt werden. In der für die juristische Konstruktion und Systematik relevanten formalen Beziehung haben die Tatsachen des Hochwassers, des Verwaltungsbefehles und des Vertragsabschlusses die gleiche Stellung, nämlich als Bedingung für Rechtspflichten und Berechtigungen, für die Entstehung und Beendigung von Rechtsverhältnissen. Als Bedingung: d. h. als Grund einer Folge, nicht als Ursache einer Wirkung.

Faßt man das Rechtsverhältnis, das nur aus Rechtspflichten und Berechtigungen bestehen kann, als Verhältnis zwischen Personen, d. h. zwischen Subjekten von (bereits entstandenen) Pflichten und Rechten, auf, dann kann streng genommen innerhalb der Sphäre der Bedingung für die Entstehung von Pflichten und Rechten nicht, beziehungsweise noch nicht von Personen oder einem Verhältnis zwischen Personen die Rede sein. Nicht als Person, nicht als Subjekt von Pflichten und Rechten kann man die Bedingung für die Entstehung von Pflichten und Rechten setzen; das wäre eine *petitio principii*. Person, Rechtssubjekt ist man, sofern man Pflichten und Rechte hat, nicht sofern man die Bedingung ihrer Entstehung setzt. Daher ja auch Ereignisse, also etwas, was niemals das Substrat der Person zu bilden vermag, Bedingung für Pflichten und Rechte sein können. Wenn somit innerhalb des bedingenden Tatbestandes die Person überhaupt keinen Raum hat, kann hier auch gar nicht nach dem Verhältnis zwischen zwei Personen gefragt werden, die den bedingenden Tatbestand setzen. Den Vertrag setzen eben nicht zwei Personen, zwei Rechtssubjekte, sondern zwei menschliche Willensäußerungen. Erst durch die Setzung dieser Tatbestände entstehen Pflichten und Rechte und mit ihnen

¹¹ «Berichtigungen»] recte: «Berechtigungen».

deren Personifikationsmöglichkeit und sohin das Rechtssubjekt. Die Behauptung, daß im Vertrag zwei koordinierte Subjekte einander gegenüberstehen, muß auf die – von *Layer* übrigens akzeptierte – Formel reduziert werden, daß an dem Vertrag zwei Willensäußerungen beteiligt sind,¹² deren | Gleichordnung oder Gleichwertigkeit nichts anderes bedeuten kann als: daß beide Willensäußerungen – wie gleichfalls *Layer* treffend formuliert – in gleicher Weise Bedingungen der an sie geknüpften Rechtsfolgen sind: daß beiden die gleiche bedingende Kraft zukommt, d. h. daß beide zu der Folge in dem gleichen logischen Verhältnis stehen, so daß diese Folge nicht zustande kommen kann, wenn eine der beiden Willensäußerungen fehlt oder fehlerhaft ist. |167

Erkennt man, daß im Vertrag nicht Personen, sondern Willensäußerungen einander gegenüberstehen, daß der Vertrag kein Rechtsverhältnis ist, sondern ein solches begründet, vermeidet man also die Vermengung von Grund und Folge, dann erweist sich schon aus diesem Grunde die Argumentation als hinfällig: es könne keinen öffentlich-rechtlichen Vertrag geben, weil öffentliches Recht ein Rechtsverhältnis zwischen über- und untergeordneten Personen darstelle oder normiere, der Vertrag aber zwischen gleichgeordneten Subjekten geschlossen werde.

Dazu kommt von Seite des Begriffes eines öffentlichen Rechtes, daß dessen Bestimmung als Verhältnis zwischen über- und untergeordneten Personen (oder als Regelung eines solchen Verhältnisses) mit dem Begriff der Person unvereinbar ist, die in ihrer rein formalen Bedeutung als Subjekt von Pflichten und Rechten jede auf den Inhalt dieser Pflichten und Rechte oder die Art ihrer Begründung gestützte Wertdifferenzierung ausschließt. Da nun die herrschende Lehre einen Vertrag des Staates mit seinen Untertanen nicht prinzipiell für unmöglich erklärt (auf dem Gebiete des Privatrechtes vielmehr ausdrücklich zugibt), so ist sie gezwungen, zwischen dem Staat als öffentlich-rechtlichem, d. h. den Untertanen übergeordnetem Subjekt und dem Staat als Privatrechts- d. h. den Untertanen koordinierter Person oder Fiskus zu unterscheiden.¹³ Diese Spaltung der Staatspersönlichkeit als Konsequenz einer zwischen Rechtsverhältnissen der Gleichordnung und Rechtsverhältnissen der Überordnung unterscheidenden Theorie ist allein schon hinreichend, um diese ganze Unterscheidung als Grundlage des Gegensatzes von privatem und öffentlichem Recht ad absurdum zu führen.

Nun lehnt zwar *Layer* den Dualismus von Staat (als Herrscher) und (Staat als) Fiskus ab (S. 17).¹⁴ Allein er hält die Unterscheidung zwischen Verhältnissen gleichgeordneter und über- beziehungsweise untergeordneter Subjekte aufrecht. Dies ist jedoch schwer vereinbar, da sich gerade aus der letzteren Unterscheidung

¹² Vgl. *Layer*, Vertrag (Anm. 1), S. 17.

¹³ Vgl. *Julius Hatschek*, Die rechtliche Stellung des Fiskus im Bürgerlichen Gesetzbuche. Eine Studie im Grenzgebiete des Privat- und öffentlichen Rechts, in: *Verwaltungsarchiv* 7 (1899), S. 424–480, insb. 435.

¹⁴ *Layer*, Vertrag (Anm. 1), S. 17.

der Dualismus von Staat und Fiskus notwendig ergibt. Es kann doch wohl nicht dasselbe einheitliche Subjekt sein, von dem man sagen darf, es sei den Untertanen gleichgeordnet und zugleich übergeordnet.

Worin soll nun, worin kann allein eine Über- und Unterordnung im Bereich juristischer Betrachtung bestehen? Übergeordnet den Rechtssubjekten ist allein die Rechtsordnung und ihre Überordnung besteht darin, daß sie und nur sie die Pflichten und Rechte konstituiert, indem sie sie an bestimmte Bedingungen anknüpft. Nicht der Vertrag oder der Vertragswille der Parteien, nicht der obrigkeitliche Befehl als der Wille der Exekutive schaffen oder erzeugen die Pflichten und Rechte (ebensowenig wie ein Hochwasser dies tun kann), die Rechtsordnung allein schafft oder erzeugt, d. h. ist der Grund, die letzte Grundlage dieser Pflichten und Rechte. Der Staat als Rechts- und Pflichtenobjekt oder die Person des Staates ist wie jede andere Person als der Rechtsordnung unterworfen, als ihr untergeordnet und nicht selbst als übergeordnet, daher allen übrigen Subjekten als koordiniert anzusehen.

Nun möchte es fast scheinen, daß *Layer* an einer Stelle seiner Untersuchung gerade diesen Standpunkt akzeptiert. Er sagt (S. 18):¹⁵ „Nur in der Form der Gesetzgebung zeigt sich die *schlechthin übergeordnete* und nicht weiter beschränkbare Willensmacht des Staates.“ Und unmittelbar vorher: „Der allgemein *einseitig verbindliche* Staatswille äußert sich eben nicht in der Verwaltung, im Verwaltungsakt, sondern in der Gesetzgebung.“ Allein *Layer* setzt dennoch die Gewaltverhältnisse, bei denen das mit Herrschaftsrechten ausgestattete Subjekt die Pflichten und Rechte selbst in bindender Weise zu bestimmen und ihre Erfüllung mit obrigkeitlichem Zwang durchzuführen berechtigt ist (S. 20),¹⁶ den „Rechtsverhältnissen zwischen *gleichgeordneten* Subjekten“ (S. 20)¹⁷ entgegen. Dabei unterläuft überdies eine Vermengung zweier verschiedener Kriterien der Überordnung: die Überordnung als Rechtsordnung, d. h. als die Pflichten und Rechte statuierende Autorität, und die von der Rechtsordnung eingeräumte Möglichkeit, einseitig die Pflichten und Rechte eines anderen Menschen zu bestimmen, d. h. als Bedingung für deren Entstehung und Beendigung zu fungieren. Das letztere ist kein Rechtsverhältnis (statische Relation), sondern eine spezifische Bedingung für die Entstehung einer solchen (dynamische Relation). Selbst abgesehen davon und angenommen, es stünden sich im Falle der einseitigen Begründung von Rechten und Pflichten zwei Rechtssubjekte gegenüber, von denen die Willensäußerung des einen die Bedingung und zwar die einseitige Bedingung für die Entstehung oder Veränderung von Pflichten und Rechten des anderen Subjektes ist, so liegt für die juristische Betrachtung ebensowenig ein Über- oder Unterordnungsverhältnis vor wie in dem Falle, wo die Pflichten und Rechte des einen nicht an die einseitige Willensäuße-

¹⁵ Die beiden nachfolgenden Zitate: *Layer*, Vertrag (Anm. 1), S. 18f. – Hervorhebungen von Kelsen.

¹⁶ *Layer*, Vertrag (Anm. 1), S. 20.

¹⁷ *Layer*, Vertrag (Anm. 1), S. 20 – Hervorhebung von Kelsen.

nung des anderen, sondern an die beiderseitige Willensäußerung gebunden sind. *Dieser* Gegensatz von einseitig und zweiseitig ist nicht identisch mit dem Gegensatz von übergeordnet und untergeordnet.

Der Unterschied zwischen der durch einseitige und der durch zweiseitige (übereinstimmende) Willensäußerung bedingten Rechtsfolge (speziell: Verpflichtung) kann tatsächlich eine nicht unwichtige Einteilung der rechtsgeschäftlichen Tatbestände, nicht aber – da man ja damit irgendwie den Gegensatz von öffentlichem und privatem Recht zu identifizieren versucht – des Rechtes überhaupt, sei es des objektiven, sei es des subjektiven Rechtes bilden. Zumal wenn man bedenkt, daß auch die einseitig verbindliche Willensäußerung des sogenannten obrigkeitlichen Aktes nur eine Bedingung ist, an die die Rechtsordnung bestimmte Rechte und Pflichten knüpft, daß damit insbesondere dem unter diese Kategorie zu subsummierenden Verwaltungsakt keinerlei „immanente“ Kraft, keine den übrigen rechtsgeschäftlichen Akten gegenüber irgendwie geartete Sonderstellung zukommt. Denn als einseitig verbindliche Willensäußerung bedarf auch der Verwaltungsakt – wie *Layer* (S. 19)¹⁸ richtig betont – zu seiner Gültigkeit der gesetzlichen Grundlage oder gesetzlichen Ermächtigung. Nicht dieser Verwaltungsakt, sondern die Rechtsordnung statuiert die Rechtsfolgen, und zwar als solche sozusagen immer einseitig, d. h. in ihrer Geltung stets unabhängig von der Zustimmung derjenigen, für die sie gilt, für die sie Rechte und Pflichten statuiert. In *dieser* mit der *Objektivität* der Rechtsordnung identischen „Einseitigkeit“ liegt die Überordnung der Rechtsordnung.

Die einseitige Verbindlichkeit des Verwaltungsaktes lehnt auch *Layer* durchaus zutreffend als Charakteristik des öffentlichen Rechtes gegenüber dem Privatrecht ab.¹⁹ Welches ist aber das von ihm zugrunde gelegte Kriterium? Diese Frage ist gerade der *Layerschen* Untersuchung gegenüber von allergrößter Bedeutung, denn sie trifft den Kernpunkt, auf den sich die von der *Otto Mayerschen* Theorie abweichende besondere Konstruktion *Layers* stützt.²⁰ Nur weil und insofern *Layer* die Theorie des Mehrwertes²¹ der Staatsperson gegenüber anderen Personen als die Besonderheit der spezifisch öffentlich-rechtlichen Verhältnisse ablehnt, kommt er im Gegensatz zu *Otto Mayer* zur Aufrechterhaltung des Begriffes eines öffentlich-rechtlichen Vertrages. Nach Anschauung *Layers* muß es unrichtig sein, das öffentliche Recht als ein Gewaltverhältnis oder als die Regelung von Gewaltverhältnissen zu bestimmen, da es öffentlich-rechtliche Verhältnisse zwischen gleichgeordneten Subjekten gäbe. Zur Begründung seiner Theorie muß er aber

¹⁸ *Layer*, Vertrag (Anm. 1), S. 19.

¹⁹ Vgl. *Layer*, Vertrag (Anm. 1), S. 17f.

²⁰ Vgl. *Layer*, Vertrag (Anm. 1), S. 18–20.

²¹ Die Mehrwerttheorie ist ein Vorläufer der sog. Subordinationstheorie. Nach Mayer verfügt die öffentliche Gewalt über eine „rechtliche Mehrwertigkeit“, aus der ein Über-/Unterordnungsverhältnis abgeleitet wird, vgl. *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, München und Leipzig 1895, S. 109f. In der 2. Aufl. findet sich stattdessen die Wendung der „rechtlich überwiegenden Macht“ (*Mayer*, Verwaltungsrecht I² (Anm. 3), S. 107).

auch zeigen, wie dies möglich sei, indem er positiv angibt, worin das Wesen des öffentlichen Rechtes besteht.

Auf die prinzipielle Abgrenzung des öffentlichen und privaten Rechtes glaubt jedoch *Layer* nicht eingehen zu müssen. Er lehnt – wieder nur negativ – die Theorie ab, die einen prinzipiellen Unterschied leugnet. Was er selbst über den von ihm vorausgesetzten Gegensatz zu sagen hat, beschränkt sich darauf, daß in dem Problem eine materielle und eine formelle Seite zu unterscheiden sei.²² In ersterer Richtung begnügt er sich mit der Erklärung: öffentlich-rechtlich ist ein Rechtsverhältnis, wenn es durch die Vorschriften des öffentlichen Rechtes geregelt wird;²³ was ja doch offenbar keine Antwort auf die Frage nach dem Kriterium des öffentlichen Rechtes sein will. Nach der formellen Seite aber, von der er freilich einschränkend zugibt, daß sie nicht immer mit der materiellen übereinstimmt, sagt er: öffentlich-rechtlich ist ein Verhältnis, wenn die Geltendmachung beziehungsweise Erzwingung der daraus entspringenden Ansprüche in die Kompetenz der Verwaltungsbehörde und nicht des Gerichtes fällt.²⁴ Was gegen eine solche Begriffsbestimmung einzuwenden ist, findet sich bei *Layer* selbst. Abgesehen davon, daß öffentlich-rechtliche Ansprüche – nach *Layers* eigenem Zugeständnis – auch vor dem ordentlichen Gerichte beziehungsweise privatrechtlich vor den Verwaltungsbehörden geltend gemacht werden können, so bemerkt *Layer* (S. 8)²⁵ anlässlich der Darlegung der großen Wichtigkeit einer richtigen Begriffsbestimmung des öffentlich-rechtlichen zum Unterschied vom privat-rechtlichen Vertrag, daß sich vor allem die Kompetenz der zur Entscheidung berufenen Behörde danach bestimme, ob ein öffentlich-rechtliches oder ein privat-rechtliches Verhältnis vorliege. Da ist es doch nicht gut möglich, daß die Frage, ob ein öffentliches oder ein privates Rechtsverhältnis vorliege, danach beantwortet werde, ob Gericht oder Verwaltungsbehörde kompetent sei. Zumal ja positiv-rechtlich zahlreiche Kompetenzbestimmungen vorliegen, die eine Angelegenheit ganz unabhängig von deren rechts-theoretischer Qualifikation als öffentlich-rechtlich oder privat-rechtlich den Gerichten beziehungsweise den Verwaltungsbehörden zuweisen. Die Frage, von deren Beantwortung die besondere Stellung, welche *Layer* zum Begriff des öffentlich-rechtlichen Vertrages einnimmt, prinzipiell abhängt, bleibt somit offen.

Und dazu kommt, daß auch die rein negative Bestimmung des Begriffes öffentlich-rechtlich, die Ablehnung der *Mayerschen* Mehrwerttheorie, von *Layer* im Verlaufe seiner Argumentationen nicht immer aufrecht erhalten wird. Er gerät ganz und gar in den Gedanken der Mehrwerttheorie, wenn er ausführt (S. 20):²⁶ Auch durch Vertrag kann ein eigentliches Gewaltverhältnis begründet werden. „Nur der *privat-rechtliche* Vertrag kann ein solches nicht schaffen, das folgt aber nicht aus

²² Vgl. *Layer*, Vertrag (Anm. 1), S. 19f.

²³ Vgl. *Layer*, Vertrag (Anm. 1), S. 19.

²⁴ Vgl. *Layer*, Vertrag (Anm. 1), S. 19f.

²⁵ *Layer*, Vertrag (Anm. 1), S. 8.

²⁶ *Layer*, Vertrag (Anm. 1), S. 20.

dem Wesen des *Vertrages*, sondern aus dem Wesen des *Privatrechtes*.“ Man vergegenwärtige sich noch einmal kurz den *Layerschen* Grundgedanken: Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag ist möglich, denn es gibt auch öffentlich-rechtliche Verhältnisse zwischen Gleichgeordneten. Nur ein Teil der öffentlich-rechtlichen Verhältnisse gehört zu den Gewaltverhältnissen, d.h. Verhältnisse der Über- und Unterordnung auf einseitigen Verwaltungsakten begründet. *Layer* setzt den einseitig verbindlichen Verwaltungsakt, der ein Verhältnis zwischen Über- und Untergeordneten, ein Gewaltverhältnis, begründet, dem Vertrag gegenüber, der zweiseitig verbindlich ist, beziehungsweise ein Verhältnis zwischen Gleichgeordneten begründet oder darstellt. Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht kreuzt sich somit mit diesem Gegensatz von einseitigem Verwaltungsakt und Vertrag, indem das öffentliche Recht sowohl einseitig verbindliche Verwaltungsakte und dadurch begründete Gewaltverhältnisse als auch zweiseitig verbindliche Verträge und sohin Verhältnisse zwischen Gleichgeordneten aufweist.

Nun behauptet *Layer*, daß der Vertrag die Begründung eines Gewaltverhältnisses zum Gegenstand haben könne (S. 20),²⁷ obgleich er auf derselben Seite als Gewaltverhältnisse solche bezeichnet, die *durch einseitigen Staatsakt begründet* (wo das mit Herrschaftsrechten ausgestattete Subjekt die Rechte und Pflichten selbst in bindender Weise zu *bestimmen*) als auch geltend gemacht werden (ihre Erfüllung mit obrigkeitlichem Zwang durchzuführen berechtigt ist). Einen *Vertrag* (des Staates mit den Untertanen) eingehen, charakterisiert *Layer*: auf dem Boden der *Gleichheit* eine Willenseinigung zustande bringen (S. 19)²⁸ und er stellt gerade in diesem Zusammenhang dem Vertrag den einseitig verbindlichen Verwaltungsakt gegenüber in der Weise, daß vom Vertrag auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes dann Gebrauch zu machen ist, wenn der Verwaltung für den gewünschten Verwaltungserfolg eine gesetzlich begründete *Befehlsmacht*, d.h. das Mittel des einseitig verbindlichen Staatsaktes nicht zur Verfügung steht. Wie soll also dann durch Vertrag – d.h. also auf dem Boden der Gleichheit – ein Gewaltverhältnis begründet werden können, das eben mit seiner Begründung durch einseitig verbindlichen Staatsakt charakterisiert wird? Nur der *privat-rechtliche* Vertrag soll kein Gewaltverhältnis schaffen können, dies folge aber nicht aus dem Wesen des *Vertrages*, sondern aus dem Wesen des *Privatrechtes*?²⁹ Dies könnte nur richtig sein, wenn das Wesen des Privatrechtes zu dem Wesen des Gewaltverhältnisses, | d.h. aber des einseitig verbindlichen Aktes, des Über- und Unterordnungsverhältnisses in Widerspruch stünde, was natürlich nur möglich wäre, wenn Gewaltverhältnis, einseitig verbindlicher Willensakt, Über- und Unterordnungsverhältnis mit dem Wesen des öffentlichen Rechtes zusammenfielen, wenn also nur der öffentlich-rechtliche Vertrag Gewaltverhältnisse begründen könnte. Dann reduzierte sich aber der Gegensatz von privatem und öffentlichem Recht gerade auf dasjenige

²⁷ *Layer*, Vertrag (Anm. 1), S. 20f.

²⁸ *Layer*, Vertrag (Anm. 1), S. 19.

²⁹ Vgl. *Layer*, Vertrag (Anm. 1), S. 20.

Kriterium, das der *Otto Mayerschen* Theorie zugrundeliegt: Hier Gewalt, d. h. Über- und Unterordnungsverhältnis, dort Verhältnis zwischen Gleichgeordneten. Dann ist aber wieder ein öffentlich-rechtlicher Vertrag als ein Vertrag zwischen gleichgeordneten Subjekten oder als eine auf dem Boden der Gleichheit zustande gekommene Willenseinigung im öffentlichen Rechte als dem Boden der Ungleichheit der Über- und Unterordnung nicht denkbar. Dann³⁰ daß durch Vertrag ein Verhältnis der Über- und Unterordnung zwischen den Kontrahenten begründet werde, wenn das Verhältnis der Über- und Unterordnung nur durch die einseitige Verbindlichkeit seines Begründungsaktes charakterisiert werden kann, ist ausgeschlossen. Und wenn *Layer* bemerkt: „Es ist eine willkürliche Annahme, daß jedes öffentliche Recht und jede öffentliche Pflicht nur durch einen einseitigen Akt der Staatsgewalt (Gesetz oder Verwaltungsakt) entstehen könne. Daraus, daß diese bei Bestand des öffentlichen Rechtsverhältnisses durch einseitige Akte der Staatsgewalt *geltend gemacht* werden, folgt nicht, daß sie auch ihre *Entstehung* einem solchen verdanken müssen,“³¹ so bestimmt er jetzt das Wesen des öffentlich-rechtlichen Verhältnisses in der *Geltendmachung* der bezüglichen Ansprüche durch *einseitige* Akte der Staatsgewalt, also in der Einseitigkeit beziehungsweise in der sich darin äußernden Über- und Unterordnung, dem Verhältnis der Ungleichheit zwischen beiden Subjekten, dem Mehrwert des einen Subjektes: Staat. Nur daß er hier zwar gleichfalls Gewaltverhältnis und öffentlich-rechtliches Verhältnis identifiziert, aber ein solches schon für gegeben erklärt, wenn bloß die *Geltendmachung* der bezüglichen Ansprüche durch *einseitigen* Akt der Staatsgewalt erfolgt, während er unmittelbar vorher das Wesen des Gewaltverhältnisses – das er *hier* allerdings mit den öffentlich-rechtlichen Verhältnissen *nicht* identifiziert – dahin charakterisiert, daß der eine Teil die Rechte und Pflichten selbst in bindender Weise *bestimmt*, d. h. doch wohl begründet, zur *Entstehung* bringt (im einseitigen Verwaltungsakt) *und* ihre Erfüllung mit obrigkeitlichem Zwang durchführt.³² Akzeptiert man aber die neue Charakterisierung des öffentlich-rechtlichen Verhältnisses, dann ergibt sich die Konsequenz: Ein Verhältnis wird durch Vertrag, also auf dem Boden der Gleichheit, durch zweiseitig verbindlichem³³ Akt, somit privat-rechtlich begründet, aber einseitig, d. h. in einem Gewaltverhältnisse, also öffentlich-rechtlich geltend gemacht.

Dabei wird jene Anschauung *Layers* über den Gegensatz von öffentlichem und privatem Recht vorausgesetzt, der zufolge das Wesen des *Privatrechtes* dem Wesen des Gewaltverhältnisses als eines Verhältnisses der Über- und Unterordnung widerspricht (S. 20).³⁴ Was aber speziell den Versuch betrifft, das Wesen des – eventuell durch Vertrag begründeten – *öffentlich-rechtlichen* Verhältnisses mit der Gel-

³⁰ «Dann»] recte: «Denn».

³¹ *Layer*, Vertrag (Anm. 1), S. 21.

³² Vgl. *Layer*, Vertrag (Anm. 1), S. 20.

³³ «verbindlichem»] recte: «verbindlichen».

³⁴ *Layer*, Vertrag (Anm. 1), S. 20.

tendmachung durch einseitigen Akt der Staatsgewalt zu bestimmen, so sei bemerkt, daß *jedes* Verhältnis des Staates zu einer anderen Person nur durch einseitigen Akt der Staatsgewalt geltend gemacht werden kann, was natürlich wiederum eine neue Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht ergäbe, der zufolge insbesondere auch die privat-rechtlichen Verträge des Staates mit den Untertanen öffentlich-rechtliche Wirkung begründeten. Denn *einseitig* bleibt der Akt der Geltendmachung (Zwangsausübung), ob nun das staatliche Gericht oder die staatliche Verwaltungsbehörde ihn vollzieht. Der Unterschied in der Kompetenz ist eben ein anderes Kriterium als der Unterschied zwischen Geltendmachung durch einseitigen Akt der Staatsverwaltung oder auf andere Weise. Wobei freilich noch zu bemerken ist, daß die Geltendmachung jedes Rechtsverhältnisses – sofern darunter eben die Erfüllung der Pflichten und Rechte, die es enthält, mit obrigkeitlichem Zwang verstanden wird – durch einseitigen Akt der Staatsgewalt erfolgen muß. Einseitig auch in dem Sinne, daß die Geltendmachung eben nur von dem einseitigen Willen des Berechtigten auch in jenem Falle abhängt, wo das Rechtsverhältnis durch Vertrag begründet wurde.

| Wenn es noch eines Beweises für die theoretische Haltlosigkeit der prinzipiellen | 171
Scheidung zwischen privatem und öffentlichem Rechte (sofern darunter etwas anderes als der Unterschied zwischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden verstanden werden soll) bedürfte, er wäre in den Ergebnissen geliefert, zu denen selbst die feinsten und scharfsinnigsten Köpfe geraten müssen, die sich von diesem jahrhundertalten Dogma nicht emanzipieren wollen oder können.

Nachdem nun *Layer* zu seinem ursprünglichen Gedanken: Weil öffentliches Rechts- und Gewaltverhältnis nicht identisch sind, gibt es auch öffentlich-rechtliche Verträge, zurückkehrt, sucht er das Vorkommen der öffentlich-rechtlichen Verträge als Ausnahme zu erweisen (S. 21).³⁵ Dies ist mit Rücksicht auf den tatsächlichen Stand der Rechtsordnung zweifellos richtig. Faktisch gibt es ein großes Gebiet der Rechtsordnung – das Verwaltungsrecht –, auf welchem die rechtsgeschäftlichen Tatbestände vornehmlich als einseitige Willensäußerung des Staates konstituiert sind. Warum freilich die Rechtsordnung Rechtspflichten und Berechtigungen in gewissen Fällen schon an die einseitige Willensäußerung des Staates anknüpft, ist keine rechts-theoretische, sondern eine rechts-politische, eine Frage der Gesetzgebung. Rechts-theoretisch dagegen ist die Frage, in welchem logischen Verhältnis die bedingende Willensäußerung zur bedingten Rechtsfolge, in welchem Verhältnis etwa zwei Willensäußerungen als Bedingungen der Rechtsfolge stehen und wann die fragliche Bedingung als Vertrag anzunehmen ist. Und da muß wohl angenommen werden, daß ein Vertrag dann vorliegt, wenn die Rechtsfolge und zwar die Entstehung oder Beendigung von Pflichten und Rechten an die Bedingung zweier inhaltlich übereinstimmender Willensäußerungen geknüpft ist, die – diese Einschränkung mag im Sinne des

³⁵ *Layer*, Vertrag (Anm. 1), S. 21.

Layerschen Vertragsbegriffes hinzugefügt werden – auf zu begründende Rechte und Pflichten der Äußernden selbst gerichtet sind und nur solche Pflichten und Rechte zur Folge haben. Das für den Vertrag Wesentliche liegt aber darin, daß beide Willensäußerungen – wie *Layer* richtig sagt – in gleicher Weise an dem Zustandekommen des Rechtserfolges mitwirken (S. 17),³⁶ d. h. in gleicher Weise den Rechtserfolg bedingen. Da nicht das Verhältnis von Ursache und Wirkung, sondern das von logischem Grund und Folge vorliegt, kann die Gleichheit der in Frage stehenden Wirkungsweise nur darin bestehen, daß beide Willensäußerungen gleich wesentliche Bedingungen sind, so daß, wenn eine fehlt oder mangelhaft ist, die Rechtsfolge nicht eintreten kann, der Tatbestand keine Geltung hat. Darum ist unzulässig, in Fällen, in denen der Rechtserfolg vorausgesetztermaßen nicht nur von einer einseitigen Willensäußerung des Staates, sondern auch von einer mit dieser inhaltlich übereinstimmenden Willensäußerung eines von der Rechtsfolge getroffenen Untertanen abhängig gemacht ist, unter Berufung auf eine irgendwie besondere Kraft oder Qualität der Staatswillensäußerung alle Rechtswirkung allein von dieser ausgehen zu lassen. Das ist ein Widerspruch zu der eigenen Voraussetzung. *Layer* sagt, man dürfe nicht in allen Fällen, in welchen die Gültigkeit eines Verwaltungsaktes von einem Antrag oder der Zustimmung des Betroffenen abhängig gemacht ist, einen Vertrag annehmen, sonst wäre ja jede Polizeierlaubnis, jede Ausstellung einer Legitimation, die Begnadigung des Verurteilten über sein Gnadengesuch usw. ein Vertrag (S. 21 bis 22).³⁷ Allein dagegen ist zu bemerken, daß schon die Formulierung: die Gültigkeit des Verwaltungsaktes ist abhängig von der Zustimmung oder dem Antrag usw. ungenau und irreführend ist. Gemeint ist doch wohl, daß die Rechtsfolge nicht eintreten könne, ohne daß neben der Willensäußerung des Staates, dem Verwaltungsakt, die komplementäre Willensäußerung der Partei vorliegt. Was *Layer* beweisen will, nimmt er schon vorweg: daß in diesen Fällen allein dem Verwaltungsakt Gültigkeit, d. h. rechtliche Wirksamkeit zukomme. Das ist aber nicht mehr der Fall, wenn die Willensäußerung der Partei gleichfalls wesentliche Bedingung für die Rechtsfolge ist. Ob freilich jede Polizeierlaubnis, jede Legitimationsausstellung, jede über Gnadengesuch des Verurteilten erfolgte Begnadigung notwendig mit einer komplementären Willensäußerung der Partei verbunden sein muß, damit die Rechtsfolge eintrete, muß fraglich bleiben. Das kann die Rechtsordnung bestimmen, bestimmt es jedoch sehr häufig nicht, so daß die Polizeierlaubnis, die Legitimationsausstellung, die Begnadigung die entsprechende Rechtsfolge auch dann herbeiführt, wenn der bezügliche Parteiantrag fehlt oder fehlerhaft ist, so daß dem letzteren eben keine relevante Bedeutung als Bedingung für die Rechtsfolge zukommt. Ist jedoch von der Rechtsordnung dem Parteiantrag in Bezug auf die Rechtsfolge die Stellung einer unerläßlichen Bedin-

³⁶ *Layer*, Vertrag (Anm. 1), S. 17.

³⁷ *Layer*, Vertrag (Anm. 1), S. 21f.

gung eingeräumt, und zwar in derselben Weise wie dem Verwaltungsakt, dann kann keine Logik der Welt um den Vertragsbegriff herumkommen. Dann bildet eben der Verwaltungsakt in Verbindung mit der komplementären Willensäußerung der Partei den Tatbestand eines Vertrages. Das zeigt am deutlichsten die Formel, die *Layer* wählt, um die Stellung der Parteiwillensäußerung zu bestimmen: Alle Rechtswirkung sei an den behördlichen Akt geknüpft, die Willensäußerung der Partei sei: *nur eine Voraussetzung* für die Gültigkeit des behördlichen Aktes.³⁸ Nun besteht die Gültigkeit des behördlichen Aktes in nichts anderem als darin, daß an ihn als an eine Bedingung oder Voraussetzung die Entstehung von Pflichten und Rechten geknüpft ist. Auch der behördliche Akt ist also *nur eine Voraussetzung* für den Eintritt der Rechtsfolgen, ist aber nicht die ganze Voraussetzung, sondern nur ein Teil der Voraussetzungen; zu ihm muß als weitere Voraussetzung der Rechtsfolge die Willensäußerung der Partei hinzutreten, und zwar nicht als Voraussetzung der staatlichen Willensäußerung beziehungsweise deren Gültigkeit, sondern: weil ohne diese hinzutretende Willensäußerung die Rechtsfolge nicht eintritt, als Voraussetzung dieser Rechtsfolge, die eben darum nicht als alleinige Wirkung oder Folge des Verwaltungsaktes, sondern auch der Parteiwillensäußerung angesehen werden muß. Selbst wenn für die staatliche Willensäußerung eine bestimmte Form, für die Parteiwillensäußerung jedoch keine bestimmte Form vorgeschrieben wäre, könnte – im Falle beide in ihrer gegenständlichen Übereinstimmung zur Herbeiführung des Rechtserfolges wesentlich wären – nur ein Vertrag angenommen werden. Denn wenn auch der Vertrag, wie *Layer* meint, eine bestimmte Rechtsform ist (S. 22),³⁹ dann besteht diese Form in nichts anderem als in der Übereinstimmung zweier Willensäußerungen. Fragt man, wie *Layer* eigentlich die Vorzugsstellung des behördlichen Aktes in jenen Fällen begründet, in denen eine Parteiwillensäußerung als Voraussetzung für die Gültigkeit des Verwaltungsaktes angenommen wird, so erhält man zur Antwort: „Wenn in den Verwaltungsgesetzen aber die Behörde verpflichtet oder ermächtigt wird, unter gewissen Voraussetzungen eine Verfügung zu erlassen und das Gesetz an diese Verfügung die Rechtswirkung knüpft, so ist es klar, daß das Gesetz *schöpferische* Kraft hier dem *Verwaltungsakt*, indem⁴⁰ sich der Wille der Behörde, d. i. des Staates kundgibt, zuschreiben will, wenn die Erlassung der Verfügung von einem Antrage abhängig gemacht wird. Der Antrag ist nur eine der Voraussetzungen, welche die Behörde zu prüfen hat.“⁴¹ Wann somit dem Verwaltungsakt die schöpferische Kraft zugeschrieben wird, muß aus dem Wortlaut des Gesetzes entnommen werden. Eine sehr unsichere Grund-

³⁸ Vgl. *Layer*, Vertrag (Anm. 1), S. 22.

³⁹ *Layer*, Vertrag (Anm. 1), S. 22.

⁴⁰ «indem»] *Layer*, Vertrag (Anm. 1), S. 23: «in dem».

⁴¹ *Layer*, Vertrag (Anm. 1), S. 22f. – Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

lage¹⁾. Allein das Gesetz ist gar nicht imstande, dem Verwaltungsakt eine solche ausschließliche schöpferische Kraft zuzuschreiben, denn wirklich schöpferische Kraft hat nur die Rechtsordnung selbst. Was der Verwaltungsakt auf *Grund des Rechtssatzes*, von der Rechtsordnung verliehen, allein haben kann, ist dies, daß er von der Rechtsordnung zur Bedingung für den Eintritt für Rechtsfolgen gesetzt wird: entweder als alleinige Bedingung oder aber in Verbindung mit einer übereinstimmenden Willensäußerung der Partei. Hat die | Rechtsordnung das letztere angeordnet, dann ist dieser Parteiwillensäußerung von der Rechtsordnung dieselbe schöpferische Kraft verliehen wie dem Verwaltungsakt und dann kann von der Rechtstheorie nicht mehr dem Verwaltungsakt allein eine die Rechtsfolge bedingende Kraft zugesprochen werden. Anders liegt es, wenn die Willensäußerung der Partei von der Rechtsordnung als Bedingung für die Entstehung einer *Rechtspflicht des Staates* beziehungsweise der Verwaltungsbehörde gesetzt wird. Dann ist eben diese Rechtspflicht des Staates die *Rechtsfolge* der Parteiwillensäußerung und kann nicht mehr als *Faktum* neben dem Faktum der Parteiwillensäußerung als *Bedingung einer Rechtsfolge* gelten. Dies kommt jedoch in den von *Layer* angeführten Fällen nicht in Betracht.

Wenn man freilich, wie dies *Otto Mayer* tut, dem Verwaltungsakt als solchem und ohne Rücksicht auf eine über dem Verwaltungsakt stehende Rechtsordnung schöpferische Kraft zuspricht,⁴³ dann unterscheidet sich allerdings die Stellung der staatlichen von der der Partei-Willensäußerung wesentlich. Die Vorstellung einer dem Verwaltungsakt als solchem immanenten, von der Rechtsordnung nicht abgeleiteten rechtserzeugenden Kraft ist jedoch mit der Idee des Rechtsstaates oder der rechtsordnungsmäßigen Verwaltung unvereinbar und wird auch von *Layer* tatsächlich nicht akzeptiert.

Der dauernde und wertvolle Gewinn, den die *Layersche* Schrift der Theorie des Verwaltungsrechtes schenkt, besteht darin, daß *Layer* den Begriff des *Vertrages* jenseits des Gegensatzes von privatem und öffentlichem Recht setzt, daß er den von der *Otto Mayerschen* Schule betonten Gegensatz zwischen Vertrags- und Verwaltungsakt dadurch wesentlich mildert (wenn nicht ganz um seine Bedeutung

|172 ¹⁾ Wenn *Layer* gelegentlich des konkreten Beispielen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages meint, ein solcher und nicht ein einseitiger Verwaltungsakt auf Unterwerfung liege vor, weil hier die Behörde im Verwaltungsakt das ganze Rechtsverhältnis *bestimmt* und die Partei nur „ja“ sagt, dort aber die Partei das ganze Rechtsverhältnis formuliert und die Behörde nur „ja“ sagt (S. 36),⁴² so ist damit ein für den Begriff des *Vertrages* oder die Form des Vertrages gänzlich neues und – wie man wohl sagen darf – unzutreffendes Kriterium aufgestellt. In welcher Weise, ob durch ausführliche Formulierung der beabsichtigten Folge oder durch einfaches Ja der Wille geäußert wird, ist für die Frage, *ob Vertrag vorliegt*, gleichgültig. Glaubt *Layer* annehmen zu sollen, daß, wo die Behörde nur ja zu sagen hat, kein Verwaltungsakt auf Unterwerfung vorliegt, so mag das immerhin zweifelhaft sein, steht aber hier nicht in Diskussion; daß im umgekehrten Falle kein Vertrag vorliege, ist jedenfalls eine unbegründete Behauptung.

⁴² *Layer*, Vertrag (Anm. 1), S. 36.

⁴³ Vgl. *Mayer*, Verwaltungsrecht I² (Anm. 3), S. 101.

bringt), daß er die Rechtswirkung des Verwaltungsaktes auf die Rechtsordnung zurückführt und nicht aus einer immanenten Kraft des Verwaltungsaktes ableitet, sohin der Erkenntnis den Weg bahnt, daß der Verwaltungsakt wie der Vertrag oder ein anderes Rechtsgeschäft eine Bedingung ist, an die die Rechtsordnung Rechtsfolgen knüpft. Ferner daß *Layer* für die Begründung des Gegensatzes zwischen öffentlichem und privatem Recht die heute hauptsächlich noch in Betracht kommende und für die *Wesensdifferenzierung* von (öffentlichem) Verwaltungsakt und (privatem) Vertrag (beziehungsweise Rechtsgeschäft) richtunggebende Mehrwerttheorie ablehnt. Er nähert sich damit – mehr als er vielleicht zuzugeben geneigt ist – jener Auffassung, die den fraglichen Gegensatz als einen rechts-theoretischen und damit den rechts-systematischen Dualismus überhaupt fallen läßt und einem einheitlichen System juristischer Grundbegriffe zustrebt.

Verhältniswahlrecht.
Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft
am 4. Dezember 1918
(1919)*

* Gerichtshalle 63 (1919), Nr. 5/6, vom 26. Januar 1919, S. 27–28.

[Verhältniswahlrecht]¹

|271 | Ich möchte mir erlauben, an die eben gehörten Bemerkungen anzuknüpfen. Es ist tatsächlich für die Beurteilung meines Vorschlages entscheidend, sich klarzumachen, bis zu welchem Grade der Gedanke der Proportionalität praktisch durchgeführt werden kann, insbesondere in bezug auf die deutschösterreichischen Ver-

¹ Kelsens Vortrag, der in der Rubrik „Juristische Blätter“ in der „Gerichtshalle“ ohne eigenen Titel abgedruckt ist, gehen folgende einleitende Zeilen voraus: „Vorsitzender Geheimer Rat Dr. Franz Klein: Sehr verehrte Anwesende! Der heutige Abend war bestimmt für einen Vortrag des Herrn Prof. Dr. Seidler über Verhältniswahlen. Professor Seidler ist erkrankt und es hat sich an seiner Stelle Herr Professor Kelsen bereit erklärt, über dieses Thema zu sprechen. Professor Kelsen ist heute im Verfassungsausschuß beschäftigt und hat uns gebeten, bis zu dieser Stunde auf ihn zu warten. Da er noch nicht anwesend, so war Hofrat Dr. Schiff so liebenswürdig und hat das unsagbare große Opfer gebracht, im letzten Augenblick einzuspringen und über dasselbe Thema einen Vortrag zu halten. Ich danke Herrn Hofrat Schiff bestens für seine Bereitwilligkeit.“

Die Frage, die erörtert werden soll, scheint zunächst wohl außerhalb des Wirkungskreises der Juristischen Gesellschaft zu liegen, sie ist aber vom verfassungs- wie vom verwaltungsrechtlichen Standpunkt zweifellos Bestandteil unseres Aufgabenkreises. Auch diejenigen unter uns, welche hauptsächlich auf Fragen des Zivil- und Strafrechtes Gewicht legen, haben doch ein Interesse daran, daß diese Frage beleuchtet werde und ein Urteil darüber gebildet werde. Die Frage ist deshalb sehr wichtig, weil es sich darum handeln wird, wie in der definitiven Verfassung die ganze Frage geordnet werden soll. Auch die zivilrechtliche und strafrechtliche Entwicklung hängt ja bis zu einem gewissen Grade davon ab, welche Kräfte in der gesetzgebenden Versammlung vertreten sind und es ist gewiß außerordentlich wichtig, ob auch die bürgerlichen Schichten in der gesetzgebenden Versammlung vertreten sind, welche den Grundstock für die Rechtsbildung darstellen. Deshalb habe ich nicht gezögert, auf das Programm unserer Vorträge auch die Wahlordnung zu stellen und ich glaube, daß ich dafür Indemnität erhalte. (Beifall.)“ – Vom Abdruck des, den einleitenden Worten sich anschließenden, Vortrages von Walter Schiff und des auf Kelsens Ausführungen folgenden Referates von Alexander Löffler wird abgesehen.

Der Vorsitzende der Wiener Juristischen Gesellschaft war Franz Klein (1854–1926), Privatrechtslehrer und Staatsmann. Er war ab 1885 o. Prof. für Zivilprozessrecht und ab 1891 auch für Römisches Recht in Wien, ab 1886 Direktor der Wiener Universitätskanzlei, 1906–1908 und 1916 Justizminister. Wichtige Werke: Die schuldhaftige Parteihandlung: eine Untersuchung aus dem Civilprocessrechte, Wien 1885; Sachbesitz und Ersitzung. Forschungen im Gebiete des römischen Sachenrechts und Civilprocesses, Berlin 1891; Mündlichkeitstypen. Materialien zur Beurtheilung des österr. Civilprocessordnungs-Entwurfes vom Jahre 1893, Wien 1894.

Ernst Seidler, auch Seidler-Feuchtenegg (1862–1931), Rechtslehrer, Politiker und Staatsmann. Er lehrte 1906–1908 an der Hochschule für Bodenkultur in Wien und 1905–1917 an der Exportakademie und war u. a. Ackerbauminister (1917) und von Juni 1917 bis Juli 1918 Ministerpräsident.

Alexander Löffler (1866–1929), Strafrechtslehrer. Er wurde 1896 in Wien habilitiert, war ab 1902 a. o. Prof. und ab 1903 o. Prof. ebendort. 1910 gründete er die „Österreichische Zeitschrift für Strafrecht“. 1917 wurde er zum Vorsitzenden der Kommission zur Entscheidung über Pflichtverletzungen von Truppenkommandanten ernannt. Wichtiges Werk: Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung, Leipzig 1895.

Zu Walter Schiff vgl. Anm. 2.

hältnisse. Herr Professor *Schiff*² hat den springenden Punkt bereits stark genug betont. Es handelt sich darum, sich zur Erkenntnis durchzuringen, daß das Prinzip der Wahlkreiseinteilung und das der Proportionalität einfach nicht im Einklange stehen. Der Gedanke der Proportionalität ist der, daß das ganze Volk nur nach dem persönlichen Gesichtspunkt, nach dem Personalitätsprinzip sich verhält: die Angehörigen der gleichen politischen Ueberzeugung müssen sich zusammenfinden, damit jene Gruppen sich bilden können, die entscheidend sind für die Bemessung der Zahl der Kandidaten. Deswegen müssen naturgemäß alle Schranken fallen, die dieser Gruppenbildung im Wege stehen und diese Schranken sind eben die Wahlkreise. Wenn nun das ganze Staatsgebiet einen einzigen Wahlkreis bilden soll, dann steht man vor einer großen technischen Schwierigkeit, denn es bleibt kaum etwas anderes übrig, als jedem Wähler eine Liste von – wie etwa bei uns – 215³ Kandidaten in die Hand zu geben. Welche Nachteile das hat, ist klar. Die Schicksalsfrage des Proportionalwahlsystems ist die, ob dieses Listensystem nicht vermieden werden kann und ob nicht die Proportionalität mit dem Einerwahlsystem verbunden werden kann. Diese Frage ist von der Wissenschaft und der Literatur bereits im bejahenden Sinne beantwortet; es ist möglich. Ich möchte einige kurze Bemerkungen über die Geschichte dieses Wahlsystems machen, welche eine Verquickung von Proportionalität und Einerwahl darstellt. Es ist mir leider erst vor kurzer Zeit vergönnt gewesen, festzustellen, wer der Erste war, der eine solche Kombination vorgeschlagen hat und es ist mir ein Vergnügen, mitteilen zu dürfen, daß der Mann, der zuerst in der Literatur hingewiesen hat, Herr *Dr. Pappenheim*⁴ war, der sich auch heute in unserer Mitte befindet. Er hat vor 33 Jahren in einem Aufsatz, der leider von der Literatur über die Wahlsysteme unberücksichtigt geblieben ist, einen Vorschlag gemacht, in dem die Idee im Prinzip festgelegt wurde.⁵ Die Idee ist nachträglich neuerlich erfunden worden und es ist charakteristisch hervorzuheben, daß sie speziell vom Abgeordneten *Dr. Karl*

² Walter Schiff (1866–1950), Ökonom und Statistiker. 1910 a. o. Prof. der Politischen Ökonomie an der Universität Wien, 1914 o. Prof. ebendort. 1893 konvertierte er vom jüdischen zum römisch-katholischen Glauben. Er emigrierte 1938 nach England und kehrte 1950 nach Wien zurück. Wichtige Werke: Zur Frage der Organisation des landwirtschaftlichen Kredits in Deutschland und Österreich, Leipzig 1892; Die österreichische Sozialpolitik in den Jahren 1912 bis 1914, Wien 1915; Die Planwirtschaft und ihre ökonomischen Hauptprobleme, Berlin 1932.

³ Die Anzahl der nach der Regierungsvorlage zu wählenden Abgeordneten betrug jedoch 255; vgl. Art II Vorlage des Staatsrates. I. Gesetz vom ... über die Einberufung der konstituierenden Nationalversammlung, 62 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen der Provisorischen Nationalversammlung. I. Session 1918, S. 1–2.

⁴ Wilhelm Pappenheim (1860–1939), Wiener Rechtsanwalt. Studium der Rechte in Straßburg, nach zwei Semestern Wechsel nach Wien. Beendigung des Studiums 1883 mit dem Doktorat. Bruder von Bertha Pappenheim (1859–1936) und langjähriger Sozium von Theodor Mauthner (1855–1922). Gründungsmitglied der „Österreichischen Gesellschaft für die Besiedlung Palästinas“.

⁵ *Wilhelm Pappenheim*, Ein Vorschlag zur Lösung des Problems der Verhältniss- und Minoritätenvertretung, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 42 (1886), S. 288–296.

Renner⁶ im Jahre 1904 in einem Vortrag gleichfalls aufgenommen⁷ und später auch von anderen Autoren vertreten wurde. Auch in der Schweiz ist sie bekannt und dort hat ein Schriftsteller Namens *Clöti*⁸ in seiner Arbeit über die Proportionalwahlssysteme in der Schweiz⁹ dieses System als praktisch bewährt angeführt. Diese Bemerkungen habe ich gemacht, weil wir verpflichtet sind, einem Deutschösterreicher die Ehre zu geben, die er verdient.

In diesem System handelt es sich darum, daß man die Einerwahlkreise, aber nur im Sinne von bloßen Abstimmungsbezirken, bestehen läßt und jeder Wähler wählt nur einen einzigen Abgeordneten in diesem Kreise. Jede Parteiliste hat nur die Bedeutung, daß sie einfach einen | Wahlvorschlag der Partei vorstellt und jedem Wähler wird ein Abgeordneter empfohlen. Neben jedem Kandidaten, der auf die Liste aufgenommen wird, wird der Wahlkreis aufgeschrieben, für den er empfohlen wird. Die Schwierigkeit liegt bloß beim Skrutinium,¹⁰ der Wähler hat überhaupt keine Schwierigkeit. Beim Skrutinium müssen einfach alle Stimmen gezählt werden, welche für alle Kandidaten abgegeben wurden die in einer Liste enthalten sind. Nach dieser Gesamtsumme wird dann bestimmt, wieviel Mandate auf jede einzelne Liste einfallen¹¹. Das bedeutet die Durchführung durch ein Stimmenüberweisungskartell, und zwar so, daß derjenige Kandidat, der mehr Stimmen bekommen hat, als der Wahlquotient erfordert, sein Plus abgibt für diejenigen, welche weniger haben. Dieses Kartell wird parteimäßig geschlossen. Es wurde auch der Vorschlag gemacht, das Kartell nicht parteimäßig zu bilden, sondern freiwillig, und zwar so, daß eine offizielle Kandidatur eingeführt wird; jeder Kandidat, wel-

⁶ Karl Renner (1870–1950), Politiker und Staatsmann. Er war 1902–1922 Abgeordneter zum Niederösterreichischen Landtag (Sozialdemokratische Arbeiterpartei), 1907–1918 Mitglied des Reichsrates, 1918–1920 Mitglied der Provisorischen und der Konstituierenden Nationalversammlung, 1918–1920 Staatskanzler, 1919 Innenminister, 1919–1920 Außenminister, 1919 Leiter der österreichischen Delegation in St.-Germain und 1920–1934 Abgeordneter zum Nationalrat (1931–1933 Präsident). Nach dem Ende des 2. Weltkrieges war er 1945 Staatskanzler und Abgeordneter zum Nationalrat (SPÖ) sowie 1945–1950 Bundespräsident. Renner und Kelsen standen sich politisch, wissenschaftlich und auch persönlich nahe. Wichtige Werke: Österreichs Erneuerung, 3 Bde., Wien 1916; Marxismus, Krieg und Internationale, Stuttgart 1917; Staatswirtschaft, Weltwirtschaft und Sozialismus, Berlin 1929.

⁷ Rudolf Springer (Pseudonym von Karl Renner), Mehrheits- oder Volksvertretung? Zur Aufklärung der intellektuellen und industriellen Klassen über ihr Interesse an einer Wahlreform, sowie über Wesen, Arten und Bedeutung der Proportionalwahl. Nach einem in einer Gesellschaft Wiener Fabrier gehaltenen Vortrage, Wien und Leipzig 1904.

⁸ Emil Klöti (1877–1963), schweizerischer Jurist und Politiker. 1900 Promotion, 1900–1902 kantonaler Steuersekretär, 1902–1907 Bausekretär, 1907–1928 Mitglied des Züricher Stadtrats (Sozialdemokratische Partei), 1928–1942 Stadtpräsident. 1919–1930 Mitglied des Nationalrates (1921–1922 Präsident), 1930–1955 Mitglied im Ständerat. Wichtige Werke: Die Proportionalwahl in der Schweiz, Bern 1901; Die Zürcher Stadtverfassung, Zürich 1934; Das Baurecht des ZGB im Dienste kommunaler Boden- und Wohnungspolitik, Zürich 1943.

⁹ Emil Klöti, Die Proportionalwahl in der Schweiz. Geschichte, Darstellung und Kritik, Bern 1901.

¹⁰ Das Skrutinium ist die Ermittlung des Ergebnisses einer mittels Stimmzettel erfolgten Wahl oder Abstimmung.

¹¹ «einfallen»] wohl: «entfallen».

cher mit einem anderen übereinstimmt, kann sich mit den übrigen Kandidaten gleichen Bekenntnisses zu einer Liste verbinden. Das ist nicht sehr praktisch; in der Praxis dürfte es darauf hinauskommen, daß die Partei die Liste offiziell aufstellt.

Ich glaube, der Haupteinwand, den man gegen dieses System vorgebracht hat, ist eigentlich nicht zutreffend. Man sagt, an dem Partikularismus in Deutschland würde diese Idee scheitern. Die Länder bilden so natürliche Einheiten, daß der Vorschlag der Natur dieser Länder nicht adäquat ist. Aber ich meine, es soll der Eigenart der Kronländer nicht das Geringste genommen werden. Wir wissen zum Beispiel, daß in Wien sehr viele Tiroler sich befinden. Diese Tiroler sind, wenn der Vorschlag durchgeht, durchaus in der Lage, ihre Stimmen für jene Partei abzugeben, die gerade in Tirol aufgestellt wird. Diese Stimmen würden aber ganz gewiß für Tirol verloren gehen, wenn man an der Wahlkreiseinteilung festhält. Es ist wohl dem einzelnen nicht gleich ersichtlich, daß es sich bloß um technische Behelfe handelt. Daß die Selbständigkeit der Kronländer nicht gefährdet wird, ist ebenfalls sicher.

Wenn die Parteibildung an den Kronlandsgrenzen nicht haltmacht, dann ist nicht zu begreifen, warum die Kronlandsgrenzen beim Skrutinium eine Schranke bilden sollen. Es ist doch so, daß fast alle großen Parteien sich durch die ganzen Länder erstrecken. Warum sollen dann die Reste in den einzelnen Kronländern verloren gehen, nur um eines Vorurteiles willen, das durch entsprechende Aufklärung beseitigt werden kann. Im übrigen bin ich auch bereit, Konzessionen zu machen. Man soll wenigstens das Skrutinium kronländerweise vornehmen. Das wäre jedenfalls besser als die gegenwärtige willkürliche Wahlkreiseinteilung.

Man hat auch darauf hingewiesen, daß dieses System eine gewisse Unehrllichkeit bedeutet. Der einzelne Wähler glaubt nur den einen Abgeordneten zu wählen; in Wirklichkeit wählt er aber unter Umständen nicht bloß den Abgeordneten, den er bezeichnet, sondern auch einen anderen. Es kann vorkommen, daß so die Stimme eines Wählers einem Abgeordneten zugute kommt, den der Wähler vielleicht nicht goutiert. Aus diesem Grunde haben sich manche für das alte System der proportionellen Einerwahl entschieden, das darin besteht, daß die einzelnen Wähler selbst berechtigt werden, einen Eventualkandidaten oder mehrere auf ihre Stimmzettel zu schreiben. Dieses System räumt dem Wähler zweifellos mehr Rechte ein, als das der Wahl mit Listenskrutinium und parteimäßiger Stimmenzuteilung. Das Skrutinium allerdings gestaltet sich etwas kompliziert. Man zählt zunächst die Stimmen für den erstgenannten Kandidaten: hat der den Quotienten erreicht, so zählt man die weiteren Stimmen bloß für den zweiten Kandidaten. Das System hat den Nachteil, daß Zufallsmomente eine außerordentliche Rolle spielen. Es kommt durchaus darauf an, welcher Stimmzettel zuerst aus der Urne gezogen wird und bei welchem Stimmzettel die Zählung der erstgenannten Kandidaten beginnt. Daraus hat es sich ergeben, daß Kandidaten als gewählt bezeichnet wurden, die tatsächlich weniger Stimmen haben. Um dieses Zufallsmoment auszuschalten, wurde das System der mehrfachen Durchzählung eingeführt. Bei einer

größeren Anzahl von Kandidaten dauert aber das Skrutinium (nach einer Berechnung von *Hagenbach-Bischoff*¹² bei 147 Kandidaten) zwei bis drei Wochen. Es ist demnach bei größeren Vertretungskörpern nicht zu brauchen. Aus diesem Grunde glaube ich, daß der Wunsch, dem Wähler zu überlassen, wem der Ueber-
 schuß zu überweisen ist, technisch unerfüllbar ist und es bleibt nichts übrig, als dem Wähler diese Funktion wegzunehmen und auf diejenige Gruppe zu über-
 |281 tragen, die dem Sinne der Proportionalwahl nach | berufen ist, diese Stimmen-
 überweisung vorzunehmen, nämlich die Partei. Es wäre nämlich eine Vogel-
 Strauß-Politik, wenn man sich darüber täuschen wollte, daß das Proportional-
 wahlssystem die Parteibildung zur Voraussetzung hat. Und ich kann auch nicht
 zugeben, daß der Wähler an dieser Ueberweisung der überflüssigen Stimmen so
 besonders interessiert ist. Was ihn zuerst interessiert, ist, daß der von ihm ge-
 nannte Kandidat gewählt wird. Sein zweites Interesse ist, daß seine Partei zum Sieg
 gelangt und erst in dritter Linie kommt das Moment, daß er auch auf die Auswahl
 der übrigen Kandidaten einen Einfluß hat und daß nicht mit seiner Stimme ein
 Kandidat gewählt wird, der ihm nicht genehm ist. Darauf muß verzichtet werden
 und ich halte dieses Moment auch für geringfügig. Hat die Partei eine Liste auf-
 gestellt, dann kann man durchaus die Präsumtion annehmen, daß er mit dieser
 parteimäßigen Stimmenüberweisung einverstanden ist.

Ich glaube eigentlich damit alle Argumente widerlegt zu haben, die gegen das System der proportionellen Einerwahl vorgebracht werden. Allerdings verhehle ich mir nicht, daß die politischen Aussichten dieses Systems sehr geringe sind und es würde schon einen ungewöhnlichen Erfolg bedeuten, wenn die Wahlkreiseinteilung¹³ nur für Wien aufgegeben wurde¹⁴. Es wäre aber sehr zweckmäßig, wenn sich gegen die Wahlkreiseinteilung möglichst viel Stimmen in der Oeffentlichkeit erheben würden.

¹² Jacob Eduard Hagenbach-Bischoff (1833–1910), schweizerischer Mathematiker und Physiker. 1862 Prof. der Mathematik und 1863–1906 Prof. der Physik an der Universität Basel; 1867 Wahl in den Großen Rat des Kantons Basel-Stadt, wo er bis zu seinem Lebensende verblieb. Wichtige Werke: *Über Tetramidoderivate des Benzols*, Basel 1888; *Die Frage der Einführung der Proportionalvertretung statt des absoluten Mehres*, Basel 1888; *Die Anwendung der Proportionalvertretung bei den schweizerischen Nationalratswahlen*, Basel 1892. – Kelsen beschreibt das Hagenbach-Bischoffsche Verteilungsverfahren eingehend in einem vorhergehenden Text: *Hans Kelsen, Das Proportional(wahl)system*, in: *Der österreichische Volkswirt* 11 (1918/1919), S. 115–118, 133–136, 147–151 (134–136) = HKW 4, S. 25–50 (38–41).

¹³ Zur Wahlkreiseinteilung vgl. die Karten „Wahlkreiseinteilung für die Wahlen zur Konstituierenden Nationalversammlung im Februar 1919“ und „Wahlkreiseinteilung für die Wahlen zur Nationalversammlung/zum Nationalrat im Oktober 1920“, in: *Editorischer Bericht „Die Verfassungsgesetze der Republik (Deutsch-)Österreich“*, in: HKW 5, S. 611–648 (nach 648).

¹⁴ «wurde»] recte: «würde».

Vom Wesen und Werte der Demokratie.
Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft
am 5. November 1919
(1919)*

* Gerichtshalle 63 (1919), S. 292–294 und 304–308. – Der vorliegende Beitrag ist weitgehend identisch mit „Vom Wesen und Wert der Demokratie“, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 47 (1920/1921), S. 50–85, deswegen erfolgt eine synoptische Darstellung im Editorischen Bericht, S. 700–762 (716–759). Darüber hinaus bezieht er sich auf denselben Vortrag wie der nachfolgende Beitrag „Wesen und Wert der Demokratie“, S. 199–208. Zur Autorschaft Kelsens vgl. den Editorischen Bericht, S. 700–762 (761 f.).

[Vom Wesen und Werte der Demokratie]

|2921 | Die durch den Weltkrieg ausgelöste soziale Revolution zwingt zu einer Revision des Begriffes der Demokratie. Gegenüber der *Diktatur des Proletariats* – sowie sie die neokommunistische Theorie des Bolschewismus auffaßt – wird die Demokratie, wie ehemals gegenüber der monarchistischen Autokratie, von neuem zum Problem.

In der *Idee* der Demokratie – und von ihr, nicht von der ihr mehr oder weniger angenäherten politischen Wirklichkeit soll zunächst die Rede sein – vereinigen sich zwei oberste Postulate unserer praktischen Vernunft, drängen zwei Urinstinkte des geselligen Lebewesens nach Befriedigung. Fürs eine die Reaktion gegen den aus dem gesellschaftlichen Zustande fließenden Zwang, der Protest gegen den fremden Willen, dem sich der eigene beugen muß, gegen die Qual der Heteronomie. Es ist die Natur selbst, die sich in der Forderung der *Freiheit* gegen die Gesellschaft aufbäumt. Die Last des fremden Willens, die soziale Ordnung auferlegt, wird umso drückender empfunden, je unmittelbarer im Menschen das primäre Gefühl des eigenen Wertes sich in der Ablehnung jedes Mehrwertes eines anderen äußert, je elementarer gerade dem Herrn, dem Befehlenden gegenüber, das Erlebnis des zum Gehorsam Gezwungenen ist: Er ist ein Mensch wie ich, wir sind *gleich!* Wo ist also sein Recht, mich zu beherrschen? So stellt sich die durchaus negative Idee der *Gleichheit* in den Dienst der ebenso negativen Forderung der *Freiheit*.

Aus der Annahme, daß wir – in der Idee – gleich seien, kann wohl die Forderung abgeleitet werden, daß wir einander nicht beherrschen sollen. Allein die Erfahrung lehrt, daß, wenn wir in der Wirklichkeit gleich bleiben wollen, wir uns beherrschen lassen müssen. Darum verzichtet aber die politische Ideologie keineswegs darauf, Freiheit und Gleichheit miteinander zu verbinden. Gerade die Synthese beider Prinzipien ist für die Demokratie charakteristisch. Nur daß eben der Begriff der Freiheit einen solchen Bedeutungswandel erfahren muß, daß er überhaupt in die Sphäre politischen Kalküls eingehen kann. Aus der absoluten Negation der Herrschaft und somit des Staates überhaupt wird eine besondere Form derselben. Wenn wir schon beherrscht werden müssen, so wollen wir nur von uns selbst beherrscht sein. Politisch frei ist, wer keinem anderen als seinem eigenen Willen untertan. In dieser Bedeutung findet der Gedanke der Freiheit sich mit dem der Gleichheit zur Begründung der demokratischen Idee. Man pflegt die Freiheit als politische Selbstbestimmung des Bürgers, als Mitwirkung an der Bildung des herrschenden Willens im Staate, als die *antike* Freiheitsidee der *germanischen* entgegenzusetzen, die sich in der Vorstellung eines Freisein von Herr-

schaft, eines Freisein vom Staate überhaupt erschöpft.¹ Indes handelt es sich dabei nicht eigentlich um einen historisch-ethnographischen Unterschied. Der Schritt von der germanischen zu der sogenannten antiken Gestaltung des Freiheitsproblems ist nur die erste Stufe jenes *unvermeidlichen Wandlungsprozesses*, jener Denaturierung, der der ursprüngliche Freiheitsinstinkt auf dem Wege unterworfen ist, den das menschliche Bewußtsein aus dem Zustande der Natur in den Zustand der staatlichen Zwangsordnung zurücklegt. Dieser Bedeutungswandel im Begriffe der Freiheit ist überaus charakteristisch für die Mechanik unseres sozialen Denkens. Die ungeheure, gar nicht überschätzbare Bedeutung, die dem Freiheitsgedanken in der politischen Ideologie zukommt, ist nur erklärlich, soferne er aus einer letzten Quelle der menschlichen Seele, aus eben jenen staatsfeindlichen Umrissen, entspringt, der das Individuum *gegen* die Gesellschaft stellt. Und doch wird in einer fast rätselhaften Selbsttäuschung dieser Freiheitsgedanke zum bloßen Ausdrucke für eine bestimmte Stellung des Individuums *in* der Gesellschaft. Aus der Freiheit der Anarchie wird die Freiheit der Demokratie. Der Wandel ist größer, als es auf den ersten Blick erscheint. *Rousseau*², vielleicht der bedeutendste Theoretiker der Demokratie, stellt die Frage nach dem besten Staat – und das ist für ihn das Problem der Demokratie – mit den Worten: Wie findet man eine Gesellschaftsform, die jedes Glied verteidigt und schützt und in der jeder einzelne, obgleich er sich mit allen vereint, gleichwohl nur sich selbst gehorcht und so frei bleibt wie vorher.³ Wie sehr ihm die *Freiheit* der Grund- und Eckstein seines politischen Systems ist, das zeigt auch sein Ausfall gegen das parlamentarische Prinzip in England. „Das englische Volk wähnt frei zu sein, es täuscht sich außerordentlich; nur während der | Wahlen der Parlamentsmitglieder ist es frei; nach | 292 II
Schluß derselben lebt es in Knechtschaft, ist es nichts.“⁴ *Rousseau* zieht bekanntlich die Konsequenz der Unmittelbarkeit der Demokratie. Allein selbst wenn der herrschende Staatswille durch unmittelbaren Volksbeschuß zustande kommt, auch dann ist der Einzelne nur in einem Augenblicke frei, nur während der Abstimmung, und auch das nur, wenn er mit der Majorität und nicht mit der unterlegenen Minorität gestimmt hat. Darum fordert das demokratische Freiheitsprinzip, daß die Möglichkeit einer Ueberstimmung auf ein Minimum beschränkt werde. Qualifizierte Majorität, womöglich Stimmeneinhelligkeit, sind die Garantien für die individuelle Freiheit. Sie sind bei der erfahrungsmäßigen Gegensätzlichkeit der Interessen für das praktische Staatsleben so indiskutabel, daß selbst ein Freiheits-

¹ Vgl. *Otto von Gierke*, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 2, Berlin 1873, S. 130f.

² Jean-Jacques Rousseau (1712–1778), schweizerisch-französischer Philosoph, Schriftsteller und Staatstheoretiker. Wichtige Werke: *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Amsterdam 1755; *Julie ou la Nouvelle Héloïse*, Genf 1761 (2. Aufl., Paris 1776); *Du contrat social; ou principes du droit politique*, Amsterdam 1762 (2. Aufl., Genf 1766); *Émile, ou de l'Éducation*, Amsterdam 1762.

³ *Jean-Jacques Rousseau*, *Du contrat social; ou principes du droit politique*, Amsterdam 1762, 1. Buch, Kap. 6 (S. 29).

⁴ *Rousseau*, *Contrat social* (Anm. 3), 3. Buch, Kap. 15 (S. 239).

apostel wie *Rousseau* Einstimmigkeit nur für den staatsbegründenden Urvertrag fordert. Und diese Beschränkung des Prinzipes der Einstimmigkeit auf den hypothetischen Akt der Staatsgründung ist keineswegs – wie man anzunehmen pflegt – bloß aus Opportunitätsgründen zu erklären. Dem aus der Freiheitsforderung entspringenden Prinzipie der Einstimmigkeit bei Abschluß des Grundvertrages würde streng genommen entsprechen, daß auch der Fortbestand der vertragsmäßigen Ordnung von der dauernden Zustimmung aller abhängig, daß somit jedermann frei sei, jederzeit die Gemeinschaft zu verlassen, sich der Geltung der sozialen Ordnung dadurch zu entziehen, daß er ihr seine Anerkennung verweigert. Hier zeigt sich deutlich der unlösbare Konflikt, in dem die Idee der individuellen Freiheit zur Idee einer sozialen Ordnung steht, die ihrem innersten Wesen nach nur in *objektiver* – d. h. nur in einer letzten Endes von dem Willen der Norm unterworfenen unabhängigen – *Gültigkeit* möglich ist. Diese objektive *Geltung* sozialer Ordnung bleibt für eine auf das spezifisch Soziale gerichtete Erkenntnis zwar selbst dann unberührt, wenn der Inhalt dieser Ordnung irgendwie durch den Willen der Norm unterworfenen bestimmt wird. Allein die formale Objektivität verlangt auch eine materielle. In dem Grenzfalle wo das „du sollst“ des sozialen Imperativs bedingt wird durch ein „wenn und was du willst“ des Adressaten, verliert die Ordnung jeden sozialen Sinn. Darum muß, soll überhaupt Gesellschaft, soll insbesondere Staat sein, auch zwischen dem Inhalt der Ordnung und dem Inhalte der ihr unterworfenen Willen eine mögliche Differenz bestehen. Wäre die Spannung zwischen diesen beiden Polen, zwischen Sollen und Sein gleich Null, d. h. aber der Freiheitswert gleich unendlich, dann könnte von Unterworfenen überhaupt keine Rede mehr sein. Indem die Demokratie die nach der Idee der Freiheit – hypothetisch also – durch Vertrag, somit einstimmig zustandekomene Ordnung durch Mehrheitsbeschluß fortbilden läßt, begnügt sie sich mit einer bloßen Annäherung an die ursprüngliche Idee. Daß noch von Selbstbestimmung die Rede ist, und davon, daß jeder nur seinem eigenen Willen untertan, wenn der Wille der Mehrheit Geltung beansprucht, das ist ein weiterer Schritt in der Metamorphose des Freiheitsgedankens.

Aber auch der mit der Majorität Stimmende ist nicht mehr nur seinem eigenen Willen unterworfen. Das erfährt er sofort, wenn er seinen bei der Abstimmung geäußerten Willen ändert. Die rechtliche Unmaßgeblichkeit solcher Willensänderung zeigt ihm nur allzudeutlich den fremden Willen, oder ohne Bild gesprochen: die objektive Geltung der Ordnung, der er unterworfen ist. Es müßte sich für seine Willensänderung wieder eine Mehrheit finden, damit er, das Individuum, wieder frei sei. Und diese Konkordanz zwischen dem Willen des einzelnen und dem herrschenden Staatswillen ist umso schwieriger, diese Garantie für die individuelle Freiheit umso geringer, je qualifizierter die Majorität, die zur Erzeugung des abändernden Staatswillens erforderlich ist. Sie wäre so gut wie ausgeschaltet, falls Stimmeneinhelligkeit dazu nötig wäre. Hier zeigt sich eine höchst merkwürdige Doppelinnigkeit der politischen Mechanik. Was früher, bei der ganz nach der

Idee der Freiheit sich vollziehenden Gründung der Staatsordnung zum Schutze der individuellen Freiheit diene, wird nunmehr zu ihrer Fessel, wenn man der Ordnung sich nicht mehr entziehen kann. Staatsgründung, Urzeugung der Rechtsordnung oder des Staatswillens, kommt ja in der sozialen Erfahrung so gut wie überhaupt nicht in Betracht. Man wird doch zumeist in eine fertige Staatsordnung hineingeboren, an deren Entstehung man nicht mitgewirkt hat, und die einem daher von Anfang an als fremder Wille entgentreten muß. Nur die Fortbildung, die Abänderung dieser Ordnung steht in Frage. Und unter diesem Gesichtspunkte bedeutet allerdings das Majoritätsprinzip die möglichst größte Annäherung an die Idee der Freiheit. Aus ihr ist das Majoritätsprinzip abzuleiten. Nicht aber – wie dies meist zu geschehen pflegt – aus der Idee der Gleichheit. Daß die menschlichen Willen untereinander gleich seien, ist wohl die Voraussetzung des Majoritätsprinzips. Allein dieses Gleichsein ist nur ein Bild, kann nicht die effektive Meßbarkeit menschlicher Willen oder menschlicher Persönlichkeiten bedeuten. Es wäre undenkbar, das Majoritätsprinzip damit zu rechtfertigen, daß mehr Stimmen ein größeres Gesamtgewicht haben als weniger Stimmen. Aus der rein negativen Präsomption, daß einer nicht mehr gelte als der andere, kann unmöglich folgen, daß der Wille der Mehrheit gelten solle. Wenn man das Mehrheitsprinzip allein aus der Idee der Gleichheit abzuleiten versucht, hat es tatsächlich jenen rein mechanischen, ja sinnlosen Charakter, den man ihm von autokratischer Seite vorwirft. Nur der Gedanke, daß – wenn schon nicht alle – so doch möglichst viele Menschen frei sein, d. h. möglichst wenig Menschen mit ihrem Willen in Widerspruch zu dem allgemeinen Willen der sozialen Ordnung geraten sollen, führt auf einem vernünftigen Wege zum Majoritätsprinzip. Daß dabei natürlich die Gleichheit als die Grundhypothese der Demokratie vorausgesetzt wird, zeigt sich eben darin, daß nicht gerade dieser oder jener frei sein soll, weil dieser nicht mehr gilt als jener, sondern daß möglichst viele frei sein sollen. Die Konkordanz zwischen Einzel- und Staatswillen ist umso leichter, mit je weniger anderen Individualwillen eine Uebereinstimmung notwendig ist, um eine Abänderung des Staatswillens herbeizuführen. Die absolute Majorität stellt hier tatsächlich die unterste Grenze dar. Bei weniger wäre die Möglichkeit gegeben, daß der Staatswille im Augenblicke seiner Erzeugung mit mehr Individualwillen in Widerspruch als in Einklang steht.

| 293 |

Offenbar vollzieht sich ein weiterer Wandel in der Vorstellung von der politischen Freiheit. Die im Grunde genommen unrettbare Freiheit des Individuums tritt allmählich in den Hintergrund, und die Freiheit des sozialen Kollektivums in den Vordergrund. Der Protest gegen Herrschaft von Meinesgleichen führt im politischen Bewußtsein zu einer Verschiebung des Subjektes der – auch in der Demokratie unvermeidbaren – Herrschaft: zur Konstruktion der anonymen Person des Staates. Von ihr und nicht von äußerlich sichtbaren Menschen läßt man das Imperium ausgehen. Ein geheimnisvoller Gesamtwille und eine geradezu mytische Gesamtperson wird von den Willen und Persönlichkeiten der einzelnen losgelöst. Diese fiktive Isolierung vollzieht sich nicht so sehr gegenüber den Willen

der Untertanen als vielmehr gegenüber den Willen derjenigen Menschen, die die Herrschaft faktisch ausüben, und die nunmehr als bloße Organe eines hypostasiierten Herrschaftsobjektes erscheinen. So verdeckt der Schleier der Staatspersonifikation das dem demokratischen Empfinden unerträgliche Faktum einer Herrschaft von Mensch über Mensch. Die für die Staatsrechtslehre grundlegend gewordene Personifikation des Staates hat zweifellos ihre Wurzel in dieser Ideologie der Demokratie.

Ist aber einmal die Vorstellung beseitigt, daß meinesgleichen herrscht, so verschließt man sich nicht mehr der Erkenntnis, daß das Individuum, sofern es der Staatsordnung gehorchen muß, unfrei ist. Es verschiebt sich eben mit dem Subjekte der Herrschaft das Subjekt der Freiheit. Man betont zwar umso nachdrücklicher, daß das Individuum, sofern es in organischer Verbindung mit anderen Individuen die Staatsordnung erzeugt, in eben dieser Verbindung, und nur in ihr „frei“ sei. Der *Rousseausche* Gedanke, daß der Untertane seine ganze Freiheit aufgibt, um sie als Staatsbürger wieder zurückzuerhalten,⁵ ist darum so charakteristisch, weil in dieser Unterscheidung von Untertan und Staatsbürger der gänzliche Standpunktwechsel in der sozialen Betrachtung, die völlige Verschiebung der Problemstellung angedeutet ist. Der Untertan ist das isolierte Individuum einer individualistischen, der Staatsbürger das unselbständige, nur einen Teil eines höheren organischen Ganzen bildende Glied des Kollektivwesens einer universalistischen Gesellschaftserkenntnis; eines Kollektivwesens, das von dem durchaus individualistischen Ausgangspunkt der auf Freiheit eingestellten Wertung einen transzendenten, metaphysischen Charakter hat. Der Szenenwechsel ist ein solch vollständiger, daß es im Grunde genommen nicht mehr richtig ist, zumindest nicht mehr darauf ankommt, zu behaupten, der einzelne Staatsbürger sei frei. Die – von manchen Autoren auch folgerichtig gezogene – Konsequenz erfordert, daß, weil die Staatsbürger nur in ihrem Inbegriffe dem Staate frei sind, eben nicht der einzelne Staatsbürger, sondern die Person des Staates frei sei. Man mag das auch in dem Satze ausdrücken, daß frei nur der Bürger eines freien Staates sei. An die Stelle der Freiheit des Individuums tritt die Souveränität des Volkes oder was dasselbe ist: der freie Staat, der Freistaat als grundsätzliche Forderung. Das ist die letzte |
|293 II Stufe in dem Bedeutungswandel des Freiheitsgedankens. Wer der Selbstbewegung nicht folgen will oder nicht zu folgen vermag, die dieser Begriff kraft eminenten Logik vollzieht, der mag sich über den Widerspruch aufhalten, der zwischen dem ursprünglichen und dem schließlichen Sinne liegt, und auf ein Verständnis der paradoxen Schlußfolgerungen verzichten, die der geistreiche Schilderer der Demokratie gezogen, indem er auch vor der Behauptung nicht zurückschreckte, daß der Staatsbürger nur durch den allgemeinen Willen frei sei, und daß man daher denjenigen, der diesem Willen den Gehorsam verweigert, indem man ihm gegenüber den Staatswillen erzwingt, zwingt – frei zu sein. Es ist mehr als Paradoxie, es

⁵ *Rousseau*, *Contrat social* (Anm. 3), 1. Buch, Kap. 7 (S. 40).

ist ein Symbol der Demokratie, wenn in der genuesischen Republik über den Gefängnistüren und auf den Ketten der Galeerensklaven das Wort Libertas zu lesen war!⁶

Seinen vollendetsten Ausdruck findet der echt demokratische Gedanke des Minoritätsschutzes innerhalb der repräsentativen Demokratie im Grundsatz der Proportionalität. Unter dem Gesichtspunkte der politischen Selbstbestimmung muß es unzulässig erscheinen, daß nur die Majorität ihre Repräsentanten in den Gesetzgebungskörper entsendet, daß die Interessen der Minorität oder der Minoritäten von den Abgeordneten der Majoritätspartei vertreten werden. Soll man von keinem fremden Willen beherrscht sein, darf man auch nur von Angehörigen der eigenen Partei vertreten werden. Darum wählt nach dem System der Verhältniswahl nicht das Volk, sondern wählen die einzelnen Parteien ihre Vertrauensmänner ins Parlament, in dem jede Partei und so auch die Minoritäten im Verhältnis zu ihrer ziffermäßigen Stärke vertreten sind. Bei den Abstimmungen des Parlaments freilich kann der Gedanke der Proportionalität keine Anwendung mehr finden; hier tritt das Majoritätsprinzip wieder in seine Geltung. Und darum möchte es beinahe gleichgültig scheinen, ob eine Minorität mehr oder weniger stark vertreten ist, wenn schließlich ja doch der Wille der Majorität siegt. Allein, wenn auch nicht juristisch, so ist es doch psychologisch von größter Bedeutung, daß die Minorität neben der Majorität überhaupt, und daß sie möglichst stark vertreten sei. Das kann niemand leugnen, der die bedeutende, influenzartige Wirkung beachtet, die von einer kräftigen Minorität auf die Beschlüsse der Majorität ausstrahlt. Je nachhaltiger die Kritik, je zielbewußter die Opposition ist, die von der Minorität ausgeht, desto mehr erhalten die Beschlüsse der Majorität den Charakter von Kompromissen. Und gerade das Kompromiß kennzeichnet die Politik der Demokratie.

Dem Gedanken des Proporz wohnt eine Tendenz inne, die das Repräsentativsystem – innerhalb dessen die Verhältniswahl allein noch einen Sinn hat – zu sprengen droht. Soll jede Partei, also auch die denkbar kleinste, ihre verhältnismäßige Vertretung erhalten, dann muß – um die Proportionalität ganz aufrecht zu erhalten – die Zahl der Abgeordneten umso größer sein, eine je kleinere Partei noch Vertretungsanspruch hat; dann ist im mathematischen Grenzfall (wenn nämlich die kleinste Partei nur einen Angehörigen hat) die Zahl der Abgeordneten gleich der Zahl der Wähler, d. h. aber nichts anderes, als daß die Repräsentation überhaupt aufgehoben und an Stelle der mittelbaren, die unmittelbare Demokratie getreten ist. Soll überhaupt noch Repräsentation möglich sein, dann muß die Größe der Gruppe, die noch einen Abgeordneten erhalten kann, willkürlich limitiert werden.

Gerade in dieser immanenten Tendenz zur Unmittelbarkeit zeigt sich der demokratische Charakter des Proportionalwahlsystems. Aus der niemals ganz zu überwindenden Idee individueller Freiheit fließt diese Tendenz, und im Namen der Freiheit hatte *Rousseau* die juristische Fiktion zurückgewiesen, die das Volk

⁶ Vgl. *Rousseau*, *Contrat social* (Anm. 3), 4. Buch, Kap. 2 (S. 270).

glauben machen will, daß es in dem von ihm gewählten Parlamente selbst die Herrschaft führe. Zweifellos bedeutet das Repräsentativsystem eine Verfälschung des demokratischen Gedankens. Die reine Demokratie ist die unmittelbare, bei der die Souveränität des Volkes nicht erst durch das Medium des Parlaments zur Geltung kommt. Die Erstarkung des demokratischen Gedankens und die zunehmende Opposition gegen den Parlamentarismus während der letzten Jahre vor dem Kriege hängen auf das Innigste zusammen. Vollends die gewaltige Steigerung der Idee der Volkssouveränität durch die sozialen Erschütterungen des Krieges hat das Mißtrauen zur Volksvertretung wesentlich verstärkt. Allenthalben kann man jetzt ein zunehmendes Interesse für die Methoden der unmittelbaren Demokratie und ihre mannigfachen Surrogate wahrnehmen. Das Referendum und die Volksinitiative finden Eingang in die Verfassung selbst großer Staaten, und immer bewußter wird die Ablehnung des bisher zum eisernen Bestand der Staatsrechtspraxis gehörigen Dogmas: daß der Abgeordnete | als Organ des Gesamtstaates nicht die Interessen bloß seiner Wählergruppe vertreten und daher keine bindenden Instruktionen empfangen dürfe. Unzweifelhaft ist in den breiten Volksmassen eine ausgesprochene Neigung zum imperativen Mandat zu konstatieren. Hier äußert sich mit instinktiver Sicherheit das demokratische Prinzip. Denn das imperative Mandat – ehemals ein Requisite des ständischen Staates, und darum besonders in der konstitutionellen Monarchie zum alten Eisen geworfen – ist gleichwohl nur die direkte Konsequenz der unveräußerlichen Volkssouveränität. Praktisch hatte sich ja das freie Mandat ohnedies niemals durchzusetzen vermocht. Die Bindung des Abgeordneten an seine Wähler – nicht nur im weiteren Sinne der aus den Wählern gebildeten Partei, sondern auch im engsten Sinne einer lokalen Gruppe – war stets eine, durch keinen Verfassungsparagraphen zu brechende Tatsache. Innerhalb der großen Fiktion des Repräsentativsystems war das freie Mandat längst schon die Fiktion einer Fiktion. Der Ruf nach dem gebundenen Mandat ist nur der Wunsch nach rechtlichem Ausdruck für eine politische Realität. (Fortsetzung folgt.)

|294I | (Fortsetzung.)

Gerade an diesem Punkte, so äußerte sich der Vortragende, Professor *Dr. Kelsen*, setzt die bolschewistische Theorie und Praxis mit größtem Erfolge, weil in innigster Fühlung mit dem politischen Empfinden der breiten Massen, ein. Im Anschlusse an eine Bemerkung von *Karl Marx*⁷, daß die Pariser Kommune des Jahres 1871 nicht eine parlamentarische, sondern eine arbeitende Körperschaft

⁷ 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, zunächst 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, Bd. 1, (1867), Bd. 2 (1885) und Bd. 3 (1894) (Bd. 2 und Bd. 3 postum hrsg. von Friedrich Engels), in: MEGA, Abt. II, Bd. 5, Bd. 13 und Bd. 15, Berlin 1983, 2004 und 2008.

sein sollte, und daß das allgemeine Stimmrecht, statt einmal in drei oder sechs Jahren zu entscheiden, welches Mitglied der herrschenden Klasse das Volk im Parlament ver- oder zertreten soll, vielmehr dem Volke dazu dienen sollte, unmittelbar in die Verwaltung einzugreifen,⁸ hat *Lenin*⁹ in seinen für die Theorie des Neokommunismus grundlegenden Schriften die Beseitigung des Parlamentarismus gefordert.¹⁰ Er glaubte damit die Demokratie zu treffen, allein er trifft nicht einmal den Parlamentarismus. Das von den Bolschewiki in der russischen Sowjetverfassung¹¹ errichtete Vertretungssystem – auf eine Repräsentation überhaupt konnten und wollten sie aus praktischen Gründen natürlich nicht verzichten – ist in dem fraglichen Punkte nicht nur keine Ueberwindung der Demokratie, sondern umgekehrt der Versuch einer Rückkehr zu ihr. Die kurze Mandatsdauer, die Möglichkeit jederzeitiger Abberufung der in die verschiedenen Sowjets vom Volke Abgeordneten und die damit verbundene völlige Abhängigkeit von den Wählern, der innige Kontakt mit dem Urmaterial des Volkswillens ist echtste Demokratie. Schon die Forderung nach steter und lebendiger Verbindung zwischen den Volksvertretern und ihren Wählern setzt voraus, daß die letzteren ständig beisammen seien, um eine wirksame Kontrolle über ihre Abgeordneten zu führen. Periodische Wählerversammlungen könnten den Zweck nicht erreichen. Wenn aber der einzelne wirtschaftliche Betrieb, die Fabrik, die Werkstätte, das Regiment zum Wahlkörper wird, in dem die Wahlberechtigten täglich in engster Fühlung, weil in Arbeitsgemeinschaft, versammelt sind, wenn jeder einzelne Betrieb in den Lokalsowjet, die Lokalsowjets in den Provinzialsowjet und diese in das höchste Parlament, den allrussischen Kongreß der Arbeiter-, Bauern- und Soldatenräte wählen, der seine legislativen und exekutiven Funktionen wieder einem aus

⁸ Vgl. *Karl Marx*, Der Bürgerkrieg in Frankreich. Adresse des Generalraths der Internationalen Arbeiter-Association. 3. deutsche Aufl., vermehrt durch die beiden Adressen des Generalraths über den deutsch-französischen Krieg und durch eine Einleitung durch Friedrich Engels, Berlin 1891, S. 46f.; entspricht inhaltlich MEGA, Abt. I, Bd. 22, Berlin 1978, S. 179–223 (201f., 203).

⁹ Wladimir Iljitsch Lenin, eigentl. Wladimir Iljitsch Uljanow (1870–1924), Anführer der Oktoberrevolution, Vorsitzender des „Rates der Volkskommissare“ und Begründer der Sowjetunion. Lenin radikalisierte mit der Theorie der revolutionären Avantgarde den Marxismus (Marxismus-Leninismus). Wichtige Werke in deutscher Sprache: Was tun? (russ. 1902), in: Lenin Werke, Bd. 5, Berlin 1966, S. 355–551; Der Imperialismus als höchstes Stadium des Kapitalismus (russ. 1917), in: Lenin Werke, Bd. 22, Berlin 1960, S. 189–309; Staat und Revolution. Die Lehre des Marxismus vom Staat und die Aufgaben des Proletariats in der Revolution (russ. 1918), in: Lenin Werke, Bd. 25, Berlin 1972, S. 393–507; Die nächsten Aufgaben der Sowjet-Macht (russ. 1918), in: Lenin Werke, Bd. 27, Berlin 1960, S. 225–268.

¹⁰ Vgl. *Wladimir Iljitsch Lenin*, Staat und Revolution, Die Lehre des Marxismus vom Staat und die Aufgaben des Proletariats in der Revolution, Berlin 1918, S. 40–46; entspricht inhaltlich Lenin Werke, Bd. 25, Berlin 1972, S. 393–507 (434–440).

¹¹ Основной закон (Конституция) Российской Советской Федеративной Социалистической Республики, 10 июля 1918 г – Osnownoj zakon (Konstitucija) Rossijskoj Sovetskoj Federativnoj Socialističeskoj Respubliki, 10 ijulja 1918 g (Grundgesetz (Verfassung) der Russischen Sozialistischen Föderalistischen Sowjetrepublik vom 10. Juli 1918); deutsche Übersetzung: Die Verfassung der Russischen Sozialistischen Föderativen Sowjetrepublik. Bestimmungen des fünften allrussischen Sowjetkongresses angenommen in der Tagung vom 10. Juli 1918, Berlin-Wilmersdorf 1918 (im Folgenden: Verfassung RSFSR 1918).

200 Mitgliedern bestehenden Zentralexekutivkomitee überträgt, dann ist nicht nur die Möglichkeit eines permanenten Volkswillens geboten, sondern auch die bestmögliche Garantie dafür geschaffen, daß sich dieser Volkswille nicht nach den Zufälligkeiten einer Wählerversammlung, sondern nach immanenter Gesetzmäßigkeit bilde, die – wenn überhaupt – in dem dauernden und innigen Kontakt der Arbeitsgemeinschaft des Betriebes zutage tritt. Daß aber im einzelnen Wirtschaftsbetrieb die Arbeiter an der Leitung beteiligt werden oder die Leitung selbst übernehmen, das bedeutet nichts anderes als die Demokratisierung der Wirtschaft, ihre Durchführbarkeit oder Zweckmäßigkeit steht hier nicht in Frage. Hervorgehoben werden soll nur, daß der Sozialismus mit dieser Forderung nur ein demokratisches Organisationsprinzip in Anwendung bringt.

Der demokratische Sinn der für die Sowjetverfassung so charakteristischen betriebsweisen Wählerorganisation mag – wie die Geschichte der Sowjetverfassung lehrt – nicht von Anfang an beabsichtigt gewesen sein. Aber die meisten sozialen Institutionen erlangen im Laufe der Entwicklung eine andere Bedeutung als mit ihnen ursprünglich verbunden wurde. Auch ist dieses Organisationsprinzip keineswegs konsequent durchzuführen und kann es auch gar nicht sein. Selbst wenn nur Werktätige wahlberechtigt sind – wie dies in der Sowjetverfassung der Fall ist – so gibt es doch zahlreiche Arbeiter, die nicht in Betrieben tätig sind; geistige Arbeiter, kleine Handwerker, vor allem aber: Kleinbauern. Daher muß die Räteverfassung einerseits andere Organisationen zur Ergänzung heranziehen, so die Gewerkschaften, andererseits für die landwirtschaftlich tätigen Wähler auf die betriebsmäßige Organisation ganz verzichten. Hier ist eine rein territoriale Einheit, das Dorf, die Grundlage des Wahlsystems. Aus dieser Vermengung der Organisationssysteme entstehen natürlich mannigfache Nachteile, auf die hier nicht weiter einzugehen ist. Ebenso nicht auf die wichtigere Frage, ob die mit der Verwendung des Betriebes als permanenten Wahlkörper verbundene Politisierung der wirtschaftlichen Organisation dieser nicht gefährlich werden kann. Die Erfahrungen in Rußland bestätigen diese Befürchtung nur allzu sehr. Doch ist gerade dieser Mangel überaus charakteristisch für die unmittelbare Demokratie, die ja in den antiken Stadtstaaten nur darum möglich war, weil die Gruppe der politisch Berechtigten und die der wirtschaftlich Werktätigen, nämlich die Sklaven, grundsätzlich auseinanderfielen.

Bei der praktischen Undurchführbarkeit der unmittelbaren Demokratie in wirtschaftlich und kulturell fortgeschrittenen Großstaaten führt das Bemühen, den Volkswillen in möglichst ständige und nahe Verbindung mit den nun einmal unvermeidbaren Volksvertretern zu bringen, führt die Tendenz nach wenigstens annäherungsweise Unmittelbarkeit nicht etwa zu einer Ausschaltung oder nur Reduzierung, sondern in einem gewissen Sinne gerade umgekehrt zu einer ungeahnten Hypertrophie des Parlamentarismus. Die in bewußter und beabsichtigter Opposition gegen die repräsentative Demokratie der Bourgeoisie gerichtete Sowjetverfassung Rußlands zeigt dies deutlich. An Stelle eines einzigen, aus allge-

meinen Volkswahlen hervorgehenden Parlamentes, tritt ein ganzes System zahlloser, pyramidenförmig aufgebauter Parlamente, die „Sowjets“ oder Räte heißen und nur Vertretungskörper sind. Mit dieser Extensivierung des Parlamentarismus geht Hand in Hand seine Intensivierung. Aus bloßen „Schwatzbuden“ sollen die Parlamente im Sinne des Neokommunismus zu wirklich arbeitenden Körperschaften werden. Das heißt aber: sie sollen sich nicht darauf beschränken, Gesetze zu geben, generelle Normen, allgemeine Grundsätze aufzustellen, sondern auch die Aufgaben der Exekutive übernehmen und den Prozeß der Rechtserzeugung bis zur letzten Reihe der Konkretisierung, bis zum individuellen Staatsakt, zum besonderen Rechtsgeschäft fortführen. Auch auf diese Tendenz ist ja zurückzuführen, daß von dem obersten Zentralparlament in ihrem territorialen und fachlichen Wirkungskreis sich verengende Lokal- und Fachparlamente bis zum Einzelbetrieb strahlenförmig ausgehen. Nichts anderes als ein Versuch liegt vor: neben der Gesetzgebung nun auch die Verwaltung zu demokratisieren, an Stelle der bureaukratisch, das heißt aber autokratisch ernannten Beamten, der innerhalb des mitunter recht weiten Rahmens der Gesetze seinen Willen dem Untertanen verbindlich aufzuzwingen ermächtigt ist, tritt der bisher verwaltete Untertan selbst. Das Objekt der Verwaltung wird zu ihrem Subjekt. Allerdings nicht unmittelbar, sondern durch gewählte Vertreter. Die Demokratisierung der Exekutive ist zunächst nur eine Parlamentarisierung.

Schon in der von der bolschewistischen Theorie so verketzerten bürgerlichen Demokratie hat der Prozeß der Demokratisierung der Verwaltung nach zwei Hauptrichtungen eingesetzt. Von unten die kommunale Selbstverwaltung, von oben das System der sogenannten parlamentarischen Regierung. Nach beiden Richtungen wird das Prinzip der Gewaltentrennung durchbrochen. Der Gemeinderat ist in der Regel zugleich Träger der Gemeindegesetzgebung und der Gemeindeverwaltung, die parlamentarische Regierung ein Ausschuß des Gesetzgebungskörpers. Es ist nur der konsequente Ausdruck der Volkssouveränität, wenn die Regierung – wie dies z. B. in unserer jetzigen Verfassung ausdrücklich normiert ist – auch formell gewählt wird. Praktisch läuft das freilich auf dasselbe hinaus, wenn das Staatsoberhaupt kraft ungeschriebenen Rechtes – so in England, dem Mutterland parlamentarischer Regierung – seine Ministerien aus der Parlamentsmajorität entnehmen muß; daß aber neben Parlament und Kabinett überhaupt ein Staatsoberhaupt – sei es auch nur ein republikanisches, für kurze Funktionsdauer gewähltes Staatsoberhaupt – besteht, ist an sich schon eine Schmälerung der Demokratie. Auch in dieser Beziehung ist unsere Verfassung, die auf ein solches Organ verzichtet, durchaus demokratisch gedacht, soweit eben der Parlamentarismus überhaupt eine Verwirklichung der demokratischen Idee zuläßt. Wenn die bolschewistische Kritik des bürgerlichen Parlamentarismus dahin geht, daß aus bloßen „Schwatzbuden“ Verwaltungskörper werden, so trifft sie sich durchaus mit den Bestrebungen, die von bürgerlicher Seite auf eine Reform des Parlamentarismus gerichtet sind. In seiner ausgezeichneten Schrift über „Parlament und Regie-

305 II rung im neugeordneten Deutschland“ fordert *Max Weber*¹² „nicht ein redendes, sondern ein arbeitendes Parlament, ein Parlament, das die Verwaltung fortlaufend mitarbeitend kontrolliert“. ¹³ „Registrierung und Kontrolle“¹⁴ sind aber die Funktionen, die auch *Lenin* in seinen Schriften immer wieder und mit allergrößtem Nachdruck für das in den Sowjets organisierte Volk in Anspruch nimmt.

Ob das Parlament – sei es die zentrale Volksvertretung, sei es Lokal- oder Fachparlament – zur Durchführung von Verwaltungsaufgaben besonders geeignet ist, ist eine andere Frage. Sicherlich kann man sich der Erkenntnis nicht verschließen, daß die Gesetzgebung normalerweise als Fortbildung und Abänderung einer bestehenden Ordnung keinem permanenten, sondern einem fallweisen Bedürfnis entspricht. Die gesetzgebende Körperschaft eines wohlorganisierten Staates sollte eigentlich nur ausnahmsweise in Tätigkeit kommen, wenn es gilt, etwas an dem fertigen Gebäude zu verbessern. Es ist daher begreiflich, daß die Mitgliedschaft im Parlament nicht Haupt- und Lebensberuf ist. Der Abgeordnete ist und bleibt als solcher Bauer oder Arbeiter, Gewerkschaftssekretär, Rechtsanwalt, Staatsbeamter usw.; die Verwaltung aber ist sozusagen das tägliche Leben des Staates, ihre Funktionen fordern den ganzen Menschen. Zumal im modernen Staate mit seiner¹⁵ weitgehenden und tief ins Wirtschafts- und Kulturleben eingreifenden Aufgaben. Darum muß das Organ der Staatsverwaltung als solches im Hauptberuf tätig sein und muß sich die Auswahl der Organe nach fachlichen Gesichtspunkten vollziehen. Nicht als ob der letztere Gesichtspunkt nicht auch für die legislative Funktion und die Zusammensetzung der gesetzgebenden Körperschaft maßgebend sein sollte! Weil er es tatsächlich nicht ist, erlangt ja die Bureaucratie – der hauptberuflich tätige Fachbeamte – jenes zur Scheindemokratie führende Uebergewicht

¹² Max(imilian Carl Emil) Weber (1864–1920), Jurist, Nationalökonom und Soziologe. 1892 Habilitation, ab 1893 o. Prof. für Nationalökonomie in Freiburg i. Br., ab 1896 Prof. in Heidelberg, aus Krankheitsgründen seit 1903 ohne Hochschullehrerpflichten. Zwischen 1903 und 1918 fanden regelmäßige Gesprächszirkel im Hause Webers in Heidelberg statt, an denen u. a. Georg Jellinek, Friedrich Naumann, Emil Lask, Karl Jaspers, Werner Sombart, Georg Simmel, Georg Lukács, Ernst Bloch, Gustav Radbruch und Theodor Heuss teilnahmen. Weber gilt als Begründer der deutschen Soziologie als werturteilsfreier Wissenschaft, als Begründer der Herrschaftssoziologie und als Mitbegründer der Religionssoziologie. Wichtige Werke: *Die protestantische Ethik und der „Geist“ des Kapitalismus*, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 20 (1905), S. 1–54; *Politik als Beruf*, München und Leipzig 1919 = *Max Weber Gesamtausgabe* (MWG), Abt. I, Bd. 17, Tübingen 1992, S. 156–252; *Wissenschaft als Beruf*, München und Leipzig 1919 = MWG, Abt. I, Bd. 17, Tübingen 1992, S. 70–111; *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen 1922 = MWG, Abt. I, Bd. 22–Bd. 22.6, Tübingen ab 1999.

¹³ *Max Weber*, *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland*. Zur politischen Kritik des Beamtentums und Parteiwesens, München und Leipzig 1918, S. 55 = MWG, Abt. I, Bd. 15, Tübingen 1984, S. 421–596 (486). Die Passage lautet: „Denn nicht ein redendes, sondern nur ein *arbeitendes* Parlament kann der Boden sein, auf dem nicht bloß demagogische, sondern echt *politische* Führerqualitäten wachsen und im Wege der Auslese aufsteigen. Ein arbeitendes Parlament aber ist ein solches, welches die *Verwaltung fortlaufend mitarbeitend kontrolliert*.“

¹⁴ *Lenin*, *Staat und Revolution* (Anm. 10), S. 95 f.; entspricht inhaltlich *Lenin Werke*, Bd. 25, Berlin 1972, S. 393–507 (487 f.).

¹⁵ «seiner»] recte: «seinen».

über das Parlament, das die ihm von der Zentralstelle ausgearbeiteten Gesetzentwürfe mit mehr oder weniger wesentlichen Aenderungen und meist sehr fragwürdigen Verbesserungen beschließt. In dieser Bureaukratie liegt die größte Gefahr für die Demokratie. Alle Bureaukratie neigt notwendigerweise zur Autokratie. Der Kampf gegen die Bureaukratie, den der Bolschewismus mit leidenschaftlichem Elan – wenigstens theoretisch – führt, ist ein Kampf für die Demokratie. Es wäre Selbsttäuschung, zu glauben, die Autokratie des Berufsbeamtentums läge nur in der Art der Berufung, oder wenn an Stelle der Ernennung durch die vorgesetzte Stelle die Wahl durch diejenigen Personen trete, deren Interessen der Berufsbeamte zu versorgen hat, sei Demokratie gesichert. Wer auf Lebensdauer und Kraft seiner durch besondere Ausbildung und Erfahrung erworbenen Fachkenntnisse ein Amt versieht, wird fast immer einem Kollegium von Leuten überlegen sein, die, nur auf kurze Zeit gewählt, aus tausend Gründen die fachliche Arbeit von sich abwälzen müssen. Es ist in solchen Fällen meist nicht schwer zu unterscheiden, wo der Schein und wo die Wirklichkeit der Macht ist. Konsequente Demokratien dürfen daher kein Berufs- und Fachbeamtentum mit einer nur durch Altersgrenze beschränkten Funktionsdauer dulden. Womöglich nur gewählte Ehrenbeamte mit kurzer Funktionsperiode oder Berufung der öffentlichen Funktionäre durch das Los, wenn nicht gar die Bestimmung eines festen Turnus, nach dem jeder Bürger durch eine gewisse Zeit jede staatliche Funktion auszuüben hat. Das entspricht vor allem dem demokratischen Gleichheitsprinzip, mit dem ja die Vorstellung der Fachbeamten unvereinbar ist. Natürlich ist eine solche Organisation der Verwaltung ebenso wie die unmittelbare Beschlußfassung durch die Volksversammlung, ein solcher Grad von Demokratie nur bei sehr einfachen wirtschaftlichen und kulturellen Verhältnissen, bei einer außerordentlichen Einschränkung der staatlichen Aufgaben möglich. Die Abschaffung des Berufsbeamtentums ist ebenso wie Ablehnung des Parlamentarismus einfach die Aufhebung der Arbeitsteilung und damit jeder fortschrittlichen Entwicklung, jeder kulturellen Differenzierung innerhalb des politischen Lebens.

Sicherlich ist es, wie Professor *Dr. Kelsen* erklärt, kein Zufall, daß der Philosoph der unmittelbaren Demokratie zugleich die Rückkehr zur Natur gepredigt hat, und es ist sehr bezeichnend, daß *Montesquieu*¹⁶ für die Grundlage der Demokratie die Tugend erklärt, was *Rousseau* sehr treffend vor allem als Einfalt der Sitten deutet. Er macht gelegentlich die richtige Bemerkung, die Verwaltung der Demokratie sei umso besser, je einfachere Verrichtungen sie notwendig hat. Auch in diesem Punkte, in dieser Tendenz zum Primitivismus, erweist die politische Theorie des Bolschewismus nur ihren demokratischen Charakter. In dem Ueber- und Unterordnungsverhältnis der bureaukratischen Organisation sieht *Lenin* das Cha-

¹⁶ Montesquieu, eigentl. Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu (1689–1755), französischer Schriftsteller und Staatsphilosoph. Wichtige Werke: *Lettres persanes*, Amsterdam 1721 (anonym); *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence*, Amsterdam 1734; *De l'Esprit des Loix*, Genf 1748.

3061 rakteristikum jenes Staates, dessen „Absterben“ mit der Diktatur des Proletariats beginne. Er glaubt an einen schließlichen Gesellschaftszustand, in dem es keine „Vorgesetzten“, keine obrigkeitlichen Beamten und daher überhaupt keinen Staat mehr geben wird, wo alle sozialen – ehemals staatlichen – Funktionen – wie er wörtlich sagt – „abwechselnd von allen ausgeübt, später zur Gewohnheit werden und allmählich als Sonderfunktion einer besonderen Schicht von Menschen – er meint da den die gesamte Staatsgewalt monopolisierenden bürokratischen Apparat – in Fortfall kommen“. ¹⁷ Diese Zukunftsentwicklung ist allerdings nur unter der einen Voraussetzung möglich, daß sich die sozialen Funktionen immer einfacher gestalten werden. Daß *Lenin* diese Voraussetzung wörtlich setzt, gehört zu den Unbegreiflichkeiten eines theoretischen Systems, das zugleich eine straffe und autoritäre Organisation des gesamten Wirtschafts- und Kulturlebens, also eine Verstaatlichung der ganzen Gesellschaft und die Staatslosigkeit des Anarchismus proklamiert. Auch in dieser Steigerung zum Anarchismus, die ja mit der Bindung zum Primitivismus aufs engste verbunden ist, zeigt sich der Bolschewismus nur als radikaler Demokratismus. Freilich mehr in seiner Theorie als in seiner Praxis. Diese sieht freilich nach den eigenen, mit beispielloser Offenheit angelegten Zeugnissen *Lenins* und *Trotzkis* ¹⁸ wesentlich anders aus. In einem Bericht an das zentrale Exekutivkomitee der Arbeiter- und Soldatenräte – einem beinahe tragischen Bekenntnis des Zusammenbruches der bolschewistischen Theorie – fordert *Lenin* angesichts der völligen Auflösung der Produktion die Diktatur – nicht mehr des Proletariates – sondern einzelner Personen. „Die Revolution hat soeben“, so ruft er aus, „die ältesten, die stärksten und die schwersten Fesseln, denen sich die Massen unter der Knute unterworfen hatten, zerschlagen. Das war gestern; heute aber fordert dieselbe Revolution, und zwar im Interesse des Sozialismus, widerspruchslöse Unterordnung der Massen unter den einheitlichen Willen der Leiter des Arbeitsprozesses,“ – „unter den Willen des Sowjetleiters, eines Diktators während der Arbeit.“ ¹⁹ Natürlich verzichtet auch die Autokratie nicht auf ihre Repräsentationsfiktion. Und so ist es nicht zu verwundern, wenn *Lenin* zur Rechtfertigung seiner Forderungen behauptet, daß die Diktatur von einzelnen Personen in der Geschichte der Revolutionsbewegungen sehr oft nur der Sprecher, der Träger und der Führer der Diktatur der revolutionären Klasse war. ²⁰

¹⁷ *Lenin*, Staat und Revolution (Anm. 10), S. 45 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen; entspricht inhaltlich *Lenin Werke*, Bd. 25, Berlin 1972, S. 393–507 (439).

¹⁸ Leo Trotzki, eigentlich Lew Dawidowitsch Bronstein (1879–1940), russischer/sowjetischer Politiker. 1905 und 1917 Vorsitzender des Petersburger Sowjets, nach der Machtübernahme der Bolschewiken Volkskommissar für Äußeres, 1918–1925 Kriegskommissar, begann den Aufbau der Roten Armee. Wichtige Werke in deutscher Sprache: *Russland in der Revolution* (russ. 1906), Dresden 1909; *Geschichte der Russischen Revolution*, 2 Bde. (russ. 1931 und 1933), Berlin 1931 und 1932; *Verratene Revolution. Was ist die Sowjetunion und wohin treibt sie?* (frz. 1936), Antwerpen, Zürich und Prag 1936.

¹⁹ *Wladimir Iljitsch Lenin*, Die nächsten Aufgaben der Sowjet-Macht, Berlin 1919, S. 44, 46; entspricht inhaltlich *Lenin Werke*, Bd. 27, Berlin 1960, S. 225–268 (260, 261).

²⁰ Vgl. *Lenin*, Aufgabe (Anm. 19), S. 42; entspricht inhaltlich *Lenin Werke*, Bd. 27, Berlin 1960, S. 225–268 (258).

Solcher Wandel der Theorie auf dem Wege zur Praxis ist nur allzu begreiflich! Wenn Demokratie nicht nur im Reiche der Ideen aufgerichtet werden soll, wenn Demokratie zu einem Problem sozialer Technik wird, dann zeigen sich erst die engen Grenzen, die hier dem politischen Willen, auch dem besten und ehrlichsten, gesetzt sind. Zur Aufgabe ist gestellt: eine Verfassungsform, in der das Volk sich selbst beherrscht. Allein der Realität, die man als Volk bezeichnen kann, fehlt, was vor allem nötig ist, um eine Herrschaft ausüben zu können, die Einheit. Von nationalen, religiösen und wirtschaftlichen Gegensätzen gespalten, stellt es – seinem soziologischen Befunde nach – eher ein Bündel von Gruppen, als eine zusammenhängende Masse eines und desselben Aggregatzustandes dar. Die Einheit des Volkes ist größtenteils ein moralisch-politisches Postulat. Und dennoch ist der einheitliche Volkswille die unerläßliche Hypothese für eine Herrschaft des Volkes, die Grundlage, auf der das Gebäude der demokratischen Verfassung aufgebaut wird. Wenn diese das Volk als Einheit in einem einheitlichen Wahlakt einen einheitlichen Vertretungskörper wählen läßt, trifft sie der Vorwurf, daß sie als Realität voraussetzt, was zunächst nur als Postulat seine Geltung hat. Die von der Demokratie angenommene Gleichheit der Individuen bedeutet eine radikale Organisation des sozialen Organisationsprozesses und schafft eine Form, bei der die organische Gliederung des sozialen Körpers und die große Verschiedenheit des Wertes, den die einzelnen Glieder für die Gesamtfunktion haben, nicht zum Ausdruck kommen kann. Dieser Einwand ist von jeher gegen die Demokratie von der Autokratie, insbesondere von der Aristokratie in ihren verschiedenen Formen erhoben worden. Indem nun die Räteverfassung das Proletariat als eine politisch privilegierte, ja politisch allein berechtigte Klasse von Staatsbürgern konstituiert, die Grundsätze der radikalen Demokratie auf diese Gruppe allein beschränkt, indem sie die Privilegierung dieser Gruppe gegenüber der politischen Entrechtung aller anderen auf den besonderen Beruf und die besondere Befähigung gerade dieser Klasse zur Herrschaft, auf die besondere Bedeutung derselben für den Staatszweck gründet, nähern sich die Argumentationen für die Räteverfassung mitunter gewissen, scheinbar längst überholten und bisher als recht reaktionär geltenden Gedankengängen. Das zeigt sich besonders deutlich in den politischen Ausstrahlungen des Rätegedankens, in den Tendenzen, die er außerhalb Rußlands speziell in Deutschland gezeitigt und an seiner wahrscheinlich unbeabsichtigten Wirkung auf die Organisation der nicht proletarischen | Klassen. Indem das Räte- | 306 II
system das demokratische Prinzip durch eine in sich widerspruchsvolle Einschränkung, durch einen Verzicht auf die Allgemeinheit der gleichen Rechte aufhebt, wurde die Rückbildung zur vordemokratischen Organisationsformel, die Wiederbelebung der Stände-Verfassung, angebahnt. Denn neben den Arbeiterräten, die alle politische Macht an sich zu reißen bestrebt sind, beginnen sich Bürger- und Bauernräte zu bilden, die ihren Anteil an der Staatsgewalt fordern. Neben, ja gegen die geschriebene demokratische Verfassung sehen wir in Deutschland wie bei uns starke Ansätze zu einer ständischen Organisation entstehen. Es ist zwar

heute noch nicht möglich festzustellen, ob es sich dabei um dauernde oder nur um vorübergehende Erscheinungen handelt. Doch darf nicht unterlassen werden, auf die schweren Mängel einer ständischen Organisation hinzuweisen. Soll nicht ein steter Kampf der einzelnen Gruppen um die entscheidende, das heißt ausschließliche Macht im Staate, dessen Grundlagen ständig erschüttern, können die allen Gruppen gemeinsamen, das heißt staatlichen Angelegenheiten nur in Uebereinstimmung aller Stände besorgt werden. Die ungeheure Schwerfälligkeit dieses Apparates mit seiner inneren Konkurrenz der zahlreichen, ständisch abgegrenzten Bureaukratien, seine geradezu auflösende Tendenz machen ihn für moderne Verhältnisse unmöglich. Gerade darin liegt ja ein Vorzug der Demokratie und ihres Majoritätsprinzipes, daß sie bei größtmöglicher Einfachheit der Organisation doch immerhin eine gewisse politische Integration der Staatsgesellschaft gewährleistet. Die Praxis der Demokratie entwickelt eben schrittweise oder hat doch wenigstens die Tendenz dies zu tun, was ihre Theorie schon voraussetzt.

Gewiß wäre es verfehlt, die Wirkung dieser Integration zu überschätzen und zu vermeinen, die Praxis der Demokratie könne jemals vollkommen erreichen, was ohne Theorie in der Fiktion voraussetzt: die Einheit des Volkes, die man nur allzu leicht hinter der Einheit des Staates vermutet oder gar mit ihr identifiziert. Auch von der Demokratie gilt das Wort, das *Nietzsche*²¹ von neuen Götzen sagt: „Staat ist das kälteste aller Ungeheuer. Kalt lügt es auch und diese Lüge quillt aus seinem Munde: ‚Ich, der Staat, bin das Volk‘“. ²² Daß der auf juristischem Wege erzeugte „Wille des Staates“ der „Wille des Volkes“ sei, ist selbst dann eine Fiktion – wenn auch eine Fiktion mit geringster Wirklichkeitsdistanz – wenn das Willensbildungsverfahren demokratisch organisiert ist. Nicht weil die Demokratie dem wahren Willen des Volkes zutage zu fördern außerstande wäre und eine andere Form es besser vermöchte – wenn dies einer gelingt, so ist es die Demokratie – sondern weil das politische Grundphänomen des Volkswillens an und für sich im höchsten Grade problematisch ist. Unbefangener, von der juristischen Form abstrahierender Betrachtung der tatsächlichen Vorgänge bei der sozialen Willensbildung kann nicht verborgen bleiben, daß die niemals automatisch, niemals aus sich selbst bewegliche Masse, die dem Wollen spezifische, initiativ schöpferische Funktion nicht zu leisten vermag. Das für die Richtung und den Inhalt des Volkswillens entscheidende Stadium liegt meist vor dem demokratischen Verfahren, in dem er

²¹ 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 ideologiekritischen Haltung übte er radikale Erkenntniskritik an (christlicher) 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.

²² *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.

– richtiger seine politische Ausdrucksform: der Staatswille – erzeugt wird und hat durchaus autokratischen Charakter: der Führerwille eines einzelnen wird dem Willen der vielen aufgezwungen. In der Realität des sozialen Geschehens behauptet sich das Gesetz der kleineren Zahl; die wenigen herrschen über die vielen. Und unter diesem Gesichtspunkte ist die Frage der besten Staatsform die Frage nach der besten Methode der Führerauslese. Gerade das aber kann man der Demokratie nachrühmen, daß sie das bestmögliche Selektionsprinzip garantiert. Einmal, weil sie die größtmögliche Basis für die Auslese schafft, weil sie den Kampf um die Führerschaft auf die breiteste Basis stellt, ja schon darum, weil sie überhaupt die Führerschaft in den öffentlichen Wettbewerb setzt. Dann aber, weil nur wirkliche Führerqualitäten in diesem Kampfe Aussicht auf den Sieg haben. Wer die Methoden kennt, nach denen in bürokratisch-autokratischen Monarchien etwa die leitenden Stellen in der Exekutive vor allem die Ministerposten erworben, das heißt die Ernennung durch das Staatsoberhaupt veranlaßt wird, der kann nicht umhin festzustellen, daß hier meist das Prinzip einer umgekehrten Auslese maßgebend sein muß. Es hat gewiß tieferen Sinn, daß man von einem „sich hinauf-dienen“ spricht. Nicht wer am besten herrschen, sondern wer am besten dienen, um nicht zu sagen dienen kann, erreicht das Ziel. Und es ist psychologisch gewiß begrifflich, daß der geborene Herrscher nur Diener um sich sehen will, nur Diener brauchen zu können glaubt.

Daß Demokratie die beste Führerauslese gewährleistet, dieser Vorzug ihrer Wirklichkeit steht freilich in einem Widerspruche zu ihrer Idee. Denn Demokratie ist das Ideal der Führerlosigkeit. Recht aus ihrem | Geiste sind die Worte, die *Platon*²³ in seiner *Politici* dem *Sokrates*²⁴ bei der Frage in den Mund legt, wie in dem Idealstaate ein Mann von hervorragender Qualität, eine Führernatur, behandelt werden soll. Wir würden ihn „als ein anbetungswürdiges, wunderbares und liebenswürdiges Genie verehren; aber nachdem wir ihn darauf aufmerksam gemacht, daß es einen solchen Mann in unserem Staate nicht gebe und auch nicht geben dürfe, würden wir ihn, sein Haupt mit Oel salbend und bekränzend, über die Grenze geleiten“.²⁵ So will es allerdings die demokratische Forderung der Gleichheit. Allein man muß sich in politischen Dingen gewöhnen, zwischen Realität und Ideologie zu unterscheiden. „Wenn man das Wort Demokratie in der ganzen Strenge seiner Bedeutung nimmt,“ sagt *Rousseau*, „so hat es noch nie eine wahre Demokratie gegeben und wird es auch nie geben. Es verstößt gegen die natürliche Ordnung, daß die größere Zahl regiere und die kleinere regiert werde.“ Und er schließt dieses Kapitel – wohl etwas allzu resigniert – mit den Worten: „Gäbe es ein Volk von Göttern, so würde es sich demokratisch regieren. Eine so

|3071

²³ Platon (wohl 427–347 v. Chr.), neben Aristoteles bedeutendster griechischer Philosoph der Antike.

²⁴ Sokrates (wohl 469–399 v. Chr.), antiker griechischer Philosoph und Lehrer Platons.

²⁵ *Platon*, *Politeia*, 3. Buch, 398a – Übersetzung n. e.

vollkommene Regierung paßt für Menschen nicht.“²⁶ Allein so wie aus der Freiheit des Individuums die Volkssouveränität des Freistaates, so wird aus der grundsätzlichen Gleichheit der Individuen die Tendenz möglicher Ausgleichung. Die dogmatische Voraussetzung, daß alle Bürger gleich geeignet seien, jede beliebige Staatsfunktion zu leisten, wird schließlich zur bloßen Möglichkeit, alle Bürger zu den Staatsfunktionen geeignet zu machen. Die Erziehung zur Demokratie wird eine der praktischen Hauptforderungen der Demokratie selbst. Und obgleich alle Erziehung als ein Verhältnis des Lehrers zum Schüler, als geistige Führer- und Gefolgschaft, ihrem innersten Wesen nach in einem guten Sinne autokratisch-autoritär ist, gestaltet sich das Problem der Demokratie in der Praxis des sozialen Lebens dennoch zu einem Erziehungsproblem allergrößten Stiles. Unter diesem Gesichtspunkte ist auch die Frage nach der Befähigung einer bestimmten Klasse zur Herrschaft oder Mitherrschaft im Staate zu beurteilen. Und das ist eine Frage, sollte doch eine Frage sein. Es ist einer der Irrtümer der sozialistischen Theorie von der Diktatur des Proletariats, daß sie, die sich die soziale Revolution – begrifflicherweise – ganz nach Analogie der bürgerlichen Revolutionen von 1789 und 1848 vorstellte, von der selbstverständlichen Annahme ausging, das Proletariat werde zur Uebernahme der Gewalt ebenso befähigt sein, wie es seinerzeit die Bourgeoisie war. Allein das Bürgertum war – kraft seiner wirtschaftlichen Situation – in der Lage gewesen, sich für die politische Herrschaft, von der es der Adel ferne gehalten hatte, vorzubereiten. Es ist vielleicht ein tragisches Geschick, daß die politische Herrschaft dort, wo sie bisher vom Proletariat erobert wurde, in unvorbereitete Hände fiel, die sie – eben darum – nicht imstande sind, dauernd festzuhalten. Nicht allein die Verwaltungskatastrophe der russischen sozialistischen Republik ist damit gemeint, sondern auch die außerordentlichen Schwierigkeiten, die der, meist von der Bourgeoisie entstammenden Männern geführten sozialdemokratischen Partei in Deutschland wie bei uns daraus erwachsen, daß sie innerhalb des Proletariats über die qualifizierten Kräfte nicht verfügt, die sie benötigt, um sich des Verwaltungsapparates auch nur in jenem Maße zu bemächtigen, als dies einer bürgerlich-sozialistischen Regierungskoalition entspricht.

Die gerade für die praktische Durchsetzung gefährliche Problematik des Zentralbegriffes für demokratische Ideologie, die Unsicherheit in der Bestimmung des Begriffes Volk, zeigt sich auch bei dem Versuche einer irgendwie bestimmten Abgrenzung desselben. Was gehört eigentlich zum Volke? Das ist eine Frage, die verschiedene Demokratien sehr verschieden beantwortet haben. So einleuchtend es ist, daß die Idee der Demokratie eine möglichst extensive Interpretation des Begriffes fordert, so sicher ist es, daß praktische Rücksichten in den verschiedensten Richtungen nach Restriktion drängen. Indem man in den meisten Demokratien Kinder, Geisteskranke, Verbrecher, Ausländer, Frauen, Sklaven – je nach dem Standpunkt der Welt- und Lebensanschauung alle oder nur einige dieser

²⁶ *Rousseau, Contrat social* (Anm. 3), 3. Buch, Kap. 4 (S. 165, 168).

Kategorien – von der politischen Berechtigung ausschloß, beschränkte man das „Volk“ im politischen Sinne auf einen verhältnismäßig verschwindend kleinen Teil jener Menschenmenge, die ethnographisch als Volk angesprochen werden muß. Dabei leistet natürlich wieder die Fiktion der Repräsentation gute Dienste. Denn selbst wenn der Kreis des politischen Volkes, d. i. der politisch Berechtigten, noch so eng gezogen ist, verzichtet man nicht darauf, ihn als Repräsentanten der großen, alle ausnahmslos umfassenden Gemeinschaft gelten zu lassen. Stellt man aber dem Volke im natürlichen Sinne nicht die politisch berechtigten Personen, den Idealbegriff des politischen Volkes, sondern das Häuflein der politisch wirklich Tätigen, ihre politischen Rechte und sei es auch nur das Wahlrecht zur Volksvertretung effektiv Ausübenden, also den Realbegriff des politischen Volkes gegenüber, dann läuft – kann durch Erziehung das politische Interesse nicht verallgemeinert werden – Demokratie allerdings Gefahr, zur Farce zu werden. Da die eine vollkommene Gleichheit der Menschen voraussetzende Allgemeinheit der politischen Rechte notwendigerweise an gewisse unüberschreitbare Grenzen gebunden ist, die durch die natürliche Verschiedenheit der Menschen gesetzt ist, muß die demokratische Organisation unter allen Umständen von vornherein auf einen Teil des Volkes beschränkt bleiben. Der Grad und die Bedingungen dieser Einschränkung sind dann dafür entscheidend, ob überhaupt noch von einer Demokratie gesprochen werden kann. Das Bedürfnis nach einem Kriterium – das unter andern Demokratie von Aristokratie sicher scheidet – macht sich hier geltend. Es ist freilich sehr willkürlich, wenn *Rousseau* meint, Demokratie sei noch gegeben, wenn sie sich auf die Hälfte des Volkes beschränke.²⁷ Eine so beschränkte „Demokratie“ stellt auch das Staatsideal *Platos* dar, dessen Kommunismus das Vorrecht oder die Pflicht einer bestimmten Klasse ist. In einem gewissen Sinne könnte auch der Neokommunismus der Bolschewiki als eine klassenmäßig beschränkte Demokratie angesehen werden. Allein gerade die Bedingungen der Beschränkung sind hier solche, daß der demokratische Gedanke – trotzdem er in der Beschränkung auf das radikalste hervortritt – dennoch durch seine Beschränkung geradezu aufgehoben und ins Gegenteil verkehrt wird. Er wäre dadurch nicht gefährdet, daß die russische Sowjetverfassung, von dem Grundsatz ausgehend, „wer nicht arbeitet, soll auch nicht essen“, eine allgemeine Arbeitspflicht statuiert und demgemäß nur Werkträgern politische Rechte verleiht,²⁸ zumal diese Verfassung dabei eine jahrtausend alte Schranke durchbricht, indem sie auch allen Ausländern, die sich zu Arbeitszwecken in Rußland aufhalten, eine volle politische Gleichberechtigung gewährt.²⁹ In der für das überaus langsame Fortschreiten des Menschheitsgedankens so charakteristischen Rechtsentwicklung, nach der der Staatsfremde, ursprünglich ein vogelfreier Feind, später allmählich und schrittweise bürgerlich gleichberechtigt wird, heute fast überall aber noch politisch rechtlos ist, bedeutet

| 307 II

²⁷ Vgl. *Rousseau*, *Contrat social* (Anm. 3), 3. Buch, Kap. 3 (S. 160).

²⁸ Vgl. Art. 4 Nr. 7, Art. 5 Nr. 18 Verfassung RSFSR 1918 (Anm. 11).

²⁹ Vgl. Art. 5 Nr. 20 Verfassung RSFSR 1918 (Anm. 11).

die Sowjetverfassung eine Tat von historischer Bedeutung. Freilich ist der Rückschritt nach anderer Richtung um so größer. Vom Wahlrechte sind ausgeschlossen,³⁰ die nicht nur arbeitsloses Einkommen beziehen, sondern auch Werktätige, die sich Lohnarbeiter bedienen, obgleich ihre für die Gesamtheit nützliche und vielleicht sogar notwendige Arbeit ohne die Zuhilfenahme von Lohnarbeitern gar nicht möglich wäre; ferner private Händler, obgleich die Verfassung diesen Handel nicht untersagt, ja – da sie infolge der nur beschränkt durchführbaren Verstaatlichung der Wirtschaft – auf ihn gar nicht verzichten kann; Geistliche und Beamte der Kultusorganisationen, obgleich die Verfassung, auf dem Standpunkte der religiösen Freiheit stehend,³¹ das religiöse Bedürfnis der Menschen anerkennt und dessen Befriedigung nicht verbietet, mit Rücksicht auf den Charakter des russischen Volkes auch gar nicht verbieten kann. Aber auch innerhalb dieses so verengten Kreises der Werktätigen sind die politischen Rechte keineswegs gleichmäßig verteilt. Wenn die bezüglichen Bestimmungen der russischen Sowjetverfassung in den vorliegenden deutschen Ausgaben richtig wiedergegeben sind und wenn die sonstigen Nachrichten über diesen Punkt verlässlich sind – und dies wird gerade von sozialistischer Seite bei uns allgemein angenommen – dann haben die städtischen Wähler, d. h. das Industrieproletariat gegenüber den Wählern auf dem Lande, den Bauern, und zwar den armen Bauern, denn nur diese sind politisch berechtigt, ein fünffaches Wahlrecht.³² Auf die gleiche Anzahl von Wählern oder Einwohnern fallen in der Stadt fünfmal so viel Vertreter wie auf dem Lande. Und das wäre ja bei dem Zahlenverhältnis zwischen Bauernschaft und Industrieproletariat in Rußland durchaus begreiflich. Von Demokratie kann freilich keine Rede mehr sein; dann aber ist kraft Verfassung Vereins- und Versammlungsfreiheit, Freiheit der Meinungsäußerung und Preßfreiheit nur der Arbeiterklasse, de facto aber – nach dem Zeugnisse sozialistischer Berichterstatter – nur den Angehörigen einer bestimmten politischen Partei gewährleistet. Bewußt setzt man die Diktatur der Demokratie entgegen. Die Unterdrückung und Vernichtung der Bourgeoisie wird als das Ziel der Proletarierdiktatur proklamiert. Allein der Begriff der Bourgeoisie muß sich notwendigerweise verschieben. Bourgeoisie, d. i. nicht mehr der Inbegriff der wirtschaftlichen Ausbeuter, der Unternehmer, Kapital- und Grundrentengenießler, denn solche gibt es streng genommen in der Räterepublik, die das Privateigentum an den Produktionsmitteln aufgehoben hat, nicht mehr oder doch nur in verschwindenden Resten. Gemeint sind größtenteils die „ehemaligen“ Bourgeois, gemeint ist eine bestimmte Gesinnung, eine bestimmte politische, insbesondere wirtschaftliche Grundanschauung, gemeint ist eigentlich alles, was dem sozialistischen Dogma widerspricht. | So wird die Diktatur des Proletariats zur Diktatur einer bestimmten politischen Ueberzeugung, gestützt auf die Verabsolutierung eines bestimmten politischen Ideals.

| 3081

³⁰ Vgl. Art. 13 Nr. 65 Verfassung RSFSR 1918 (Anm. 11).

³¹ Vgl. Art. 5 Nr. 13 Verfassung RSFSR 1918 (Anm. 11).

³² Art. 6 Nr. 25 Verfassung RSFSR 1918 (Anm. 11).

Daß es gerade das sozialistische Ideal ist, bei dessen Durchsetzung die demokratische Methode über Bord geworfen werden muß, mutet deshalb so seltsam an, weil der Sozialismus seit *Marx* und *Engels*³³ von der nicht nur für seine bisherige politische, sondern auch für seine ökonomische Theorie grundlegenden Voraussetzung ausgeht, daß das ausgebeutete und verelendete Proletariat die erdrückende Mehrheit der Bevölkerung bildet und daß dieses Proletariat nur zum Bewußtsein seiner Klassenlage kommen müsse, um sich in der sozialistischen Partei zum Klassenkampfe gegen eine verschwindende Minderheit zu organisieren. Nur darum konnte der Sozialismus die Demokratie fordern, weil er sich einer Herrschaft sicher glaubte, über deren Besitz die Mehrheit entscheidet. Schon das Entstehen bürgerlicher Demokratien in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts und mehr noch ihr gesicherter Fortbestand sowie ihre fortschreitende demokratische Entwicklung in der Folgezeit war mit den Voraussetzungen des Sozialismus nicht mehr ganz vereinbar. Warum wird die bloß politische Demokratie nicht auch zur wirtschaftlichen, d. h. warum herrscht eine bürgerlich-kapitalistische, nicht aber eine sozialistisch-kommunistische Gruppe, wenn das zur sozialistischen Gesinnung erzogene Proletariat die Mehrheit bildet und das allgemeine und gleiche Wahlrecht der Mehrheit die Herrschaft im Parlamente sichert? Natürlich gilt die Frage nur dort, wo echte Demokratie herrscht, wo die Allgemeinheit und Gleichheit der politischen Rechte unzweifelhaft besteht. Das ist aber in den großen Demokratien Westeuropas und Amerikas, das ist im Grunde genommen, auch in Deutschland und Oesterreich der Fall. Die Berufung auf gewisse Praktiken der Wahlordnung, wie Wahlkreisgeometrie, Erschwerung der Ausübung des Wahlrechtes für gewisse Kategorien von Wählern u. ä., insbesondere der Hinweis auf den mächtigen Einfluß der kapitalistischen Presse reichen keineswegs aus, um die Situation zu rechtfertigen. Zweifellos ist das Ideal möglicher wirtschaftlicher Gleichheit ein demokratisches. Und daher erst die Sozialdemokratie eine vollkommene Demokratie. Allein wenn die bürgerliche Demokratie im Stadium der bloß politischen Gleichheit stecken bleibt, so hat dies, wie der Anschauungsunterricht der jüngsten Revolution, speziell in Rußland, nur allzu deutlich zeigt, eben darin seinen Grund, daß das an der wirtschaftlichen Gleichheit und der sie bedingenden Verstaatlichung und Vergesellschaftlichung der Produktion interessierte Proletariat im Widerspruch zu einer Jahrzehnte vertretenen Lehrmeinung des Sozialismus nicht die überwiegende Mehrheit des Volkes, ja dort, wo der Sozialismus durch das Proletariat tatsächlich zur Alleinherrschaft kam, nur eine schwache Minorität bildet. Das ist der Grund für den prinzipiellen Wechsel in der politischen Methode eines großen Teiles der sozialistischen Partei,

³³ Friedrich Engels (1820–1895), Publizist und politischer Philosoph. Wichtige Werke: Die Lage der arbeitenden Klasse in England (1845), in: Karl Marx Friedrich Engels Werke (MEW), Bd. 2, Berlin 1959, S. 225–506; Manifest der kommunistischen Partei (gemeinsam mit Karl Marx, zunächst 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: Karl Marx Friedrich Engels Gesamtausgabe (MEGA), Abt. I, Bd. 27, Berlin 1988, S. 581–627.

das ist der Grund, weshalb an die Stelle der Demokratie, die nach *Marx* und *Engels* in der Diktatur des Proletariats für vereinbar, ja geradezu für die Form dieser Diktatur hielten, eben jene Diktatur treten müßte, die sich als Absolutismus eines politischen Dogmas und einer dieses Dogma vertretenden Parteienherrschaft darstellt.

Gerade gegenüber solcher Diktatur enthüllt die Demokratie ihr bestes Wesen, zeigt sie ihren höchsten Wert. Weil sie den politischen Willen jedermanns gleich einschätzt, muß sie auch jeden politischen Glauben, jede politische Meinung, deren Ausdruck ja nur der politische Wille ist, gleichermaßen achten. Auch die gegenteilige Meinung muß man für möglich halten, wenn man auf die Erkenntnis eines absoluten Wertes verzichtet. Der Relativismus ist die Weltanschauung, die der demokratische Gedanke voraussetzt. Darum gibt er jeder politischen Ueberzeugung die gleiche Möglichkeit, sich zu äußern und im freien Wettbewerb um die Gemüter der Menschen sich geltend zu machen. Die für die Demokratie so charakteristische Herrschaft der Majorität unterscheidet sich von jeder anderen Herrschaft dadurch, daß sie eine Opposition – die Minorität – ihrem innersten Wesen nach nicht nur begrifflich voraussetzt, sondern auch politisch anerkennt und in den Grund- und Freiheitsrechten im Prinzip der Proportionalität schützt. Je stärker aber die Minorität, desto mehr wird die Politik der Demokratie eine Politik des Kompromisses, wie auch für die relativistische Weltanschauung nichts charakteristischer ist, als die Tendenz, zum vermittelnden Ausgleich zwischen zwei gegensätzlichen Standpunkten, von denen man sich keinen ganz und vorbehaltlos und unter völliger Negation des anderen zu eigen machen kann. Die Relativität des Wertes, den ein bestimmtes politisches Glaubensbekenntnis ausweist, die Unmöglichkeit, für ein politisches Programm, für ein politisches Ideal – bei aller subjektiver Hingebung, bei aller persönlichen Ueberzeugung – absolute Gültigkeit zu beanspruchen, zwingt gebieterisch zu einer Ablehnung auch des politischen Absolutismus, mag das nun der Absolutismus eines Monarchen, einer Priester-, Adels-, Kriegerkaste, einer Klasse oder sonst einer privilegierten, jede andere ausschließenden Gruppe sein. Wer sich in seinem politischen Wollen und Handeln auf göttliche Eingebung, auf überirdische Erleuchtung berufen kann, der mag das Recht haben, sein Ohr der Stimme des Menschen zu verschließen und seinen Willen, als den Willen des absolut Guten, auch gegen eine Welt von Ungläubigen, Verblendeten, weil anders Wollenden, durchzusetzen. Darum konnte die Losung des Gottesgnadentums christlicher Monarchie sein: Autorität nicht Majorität,³⁴ jene Losung, die der konservative Rechtsphilosoph *Friedrich Stahl*³⁵

³⁴ Friedrich Stahl, auf den der Gedanke zurückgeht, dürfte indes nicht der Urheber der Formulierung sein; diese findet sich bei *E. Knönagel*, Autorität – nicht Majorität – beherrscht die Welt. Epistel in 12 Capiteln wider den Aberglauben am Constitutionalismus. An Bürger und Bauer, Städter und Landmann, 1851 (Selbstverlag).

³⁵ Friedrich Julius Stahl, ursprünglich Julius Jolson-Uhlfelder (1802–1861), Staats- und Kirchenrechtslehrer sowie Politiker. 1827 Habilitation in München, 1832 a.o.Prof. in Erlangen, noch im selben Jahr o.Prof. in Würzburg, ab 1834 o.Prof. in Erlangen, ab 1840 o.Prof. in Berlin

geprägt hat und die zum Angriffsziel für alles geworden ist, was für geistige Freiheit, für wunder- und dogmenbefreite, auf dem menschlichen Verstande und dem Zweifel der Kritik gegründete Wissenschaft, politisch aber: für Demokratie ist. Denn wer sich nur auf irdische Wahrheit stützt, wer nur menschliche Erkenntnis die sozialen Ziele richten läßt, der kann den zu ihrer Verwirklichung unvermeidlichen Zwang kaum anders rechtfertigen, als durch die Zustimmung wenigstens der Mehrheit derjenigen, denen die Zwangsordnung zum Heile gereichen soll. Und diese Zwangsordnung darf nur so beschaffen sein, daß auch die Minderheit, weil nicht absolut in Unrecht, nicht absolut rechtlos, jederzeit selbst zur Mehrheit werden kann. Das ist der eigentliche Sinn jenen politischen Systems, das wir Demokratie nennen und das nur darum dem politischen Absolutismus entgegengestellt werden darf, weil es der Ausdruck eines politischen Relativismus ist.

Professor *Kelsen* schließt mit folgender Reminiszenz: Im 18. Kapitel des Evangeliums *Johannis* wird eine Begebenheit aus dem Leben *Jesus* geschildert. Die schlichte, in ihrer Naivität lapidare Darstellung gehört zu dem großartigsten, was die Weltliteratur hervorgebracht hat; und ohne es zu beabsichtigen, wächst sie zu einem tragischen Symbol des Relativismus und der – Demokratie. Es ist zur Zeit des Osterfestes, als man *Jesus* unter der Anklage, daß er sich für den Sohn Gottes und den König der Juden ausbebe, vor *Pilatus*, den römischen Statthalter führt. Und *Pilatus* fragt ihn, der in des Römers Augen nur ein armer Narr sein kann, ironisch: „Also, du bist der König der Juden?“ Und *Jesus* antwortet im tiefsten Ernste und ganz erfüllt von der Glut seiner göttlichen Sendung: „Du sagst es. Ich bin ein König und bin dazu geboren und dazu in die Welt gekommen, daß ich der Wahrheit Zeugnis gebe. Jeder der aus der Wahrheit ist, höret meine Stimme.“ Da sagt *Pilatus*, dieser Mensch einer alten, müde und ganz skeptisch gewordenen Kultur: „Was ist Wahrheit?“ Und weil er nicht weiß, was Wahrheit ist und weil er – als Römer – gewohnt ist, demokratisch zu denken, appelliert er an das Volk und veranstaltet – eine Abstimmung. Er ging hinaus zu den Juden, erzählt das Evangelium und sprach zu ihnen: Ich finde keine Schuld an ihm. Es ist aber bei Euch Herkommen, daß ich Euch am Osterfeste Einen freigebe. Wollt Ihr nun, daß ich Euch den König der Juden freigebe? – Die Volksabstimmung fällt gegen *Jesus* aus: Da schrien wiederum alle und sagten: „Nicht diesen, sondern Barabbas.“ Der Chronist aber fügt hinzu: *Barabbas* war ein Räuber. Vielleicht werden Sie, werden

(1852/1853 Rektor). 1836–1837 Abgeordneter im Bayerischen Landtag (als Vertreter der Universität Erlangen), ab 1849 Mitglied der preußischen ersten Kammer (dem späteren Herrenhaus), 1852–1858 Mitglied des Evangelischen Oberkirchenrates, ab 1854 Mitglied des Preußischen Herrenhauses (Konservative Partei). Wichtige Werke: *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, 2 Bde., Heidelberg 1830 und 1837 (3. Aufl. u. d. T. *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, Heidelberg 1854 und 1856); *Die Kirchenverfassung nach Lehre und Recht der Protestanten*, Erlangen 1840 (2. Aufl., Erlangen 1862); *Das monarchische Princip*, Heidelberg 1845.

die Gläubigen, die politisch Gläubigen unter ihnen, mir entgegenhalten, daß gerade dieses Beispiel eher gegen als für die Demokratie spreche. Ich will mich auch gar nicht darauf berufen, daß die Stimme des Volkes hier ja schließlich doch die Stimme Gottes war, der auf diesem schmerzlichen Wege seinen Sohn aus der Welt wieder zu sich zurückrief.

Wesen und Wert der Demokratie.
Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft
am 5. November 1919
(1919)*

* Juristische Blätter 48 (1919), S. 378–380. – Der vorliegende Beitrag bezieht sich auf denselben Vortrag wie der vorstehende Beitrag „Wesen und Wert der Demokratie“, S. 175–198. Zur Autorschaft Kelsens vgl. den Editorischen Bericht, S. 700–762 (761 f.).

Nachdruck:

– in: Walter Barfuß (Hrsg.), Jubiläumsschrift 125 Jahre Wiener Juristische Gesellschaft. Zeitloses aus 125 Jahren, Wien 1992, S. 85–90.

[Wesen und Wert der Demokratie]¹

|378: | Demokratie ist das Schlagwort, das die Geister im 19. und 20. Jahrhundert beherrschte, so sehr, daß gar niemand ihm öffentlich entgegengetreten ist, so sehr aber auch, daß es schon seinen festen Sinn verloren hatte. Die soziale Revolution, die im Gefolge des Weltkrieges aufgetreten ist und von der Sozialdemokratie nur das soziale Streben behält, an die Stelle der Demokratie aber die Diktatur des Proletariats setzen will, nötigt uns zu einer Revision des Begriffes.

Die Idee der Demokratie vereinigt in sich zwei oberste Postulate der praktischen Vernunft: die Forderung nach der Freiheit und die nach der Gleichheit. Beide sind durchaus negativ. Die Freiheit verlangt, daß wir nicht beherrscht werden; die Gleichheit kann nur gewahrt werden, wenn wir uns innerhalb gewisser Grenzen beherrschen lassen. Aber nur von uns selbst! Diese Freiheit durch politische Selbstbestimmung, durch die Mitwirkung aller an dem Staatswillen, pflegt

¹ Dem Abdruck von Kelsens Vortrag in den „Juristischen Blättern“ gehen folgende einleitende Zeilen voraus, denen auch der Titel zu entnehmen ist:

„Aus den Vereinen. Wiener Juristische Gesellschaft. Vollversammlung am 5. November 1919.

Der Vorsitzende Dr. Franz *Klein* eröffnet die neue Saison mit einer Ansprache, in der er unter anderem ausführt: Die Gesellschaft hat vor einem Jahre ihre Tätigkeit mit Hoffnungen begonnen, die sich nicht ganz erfüllt haben. Der Sturz der Monarchie und die Schaffung einer demokratischen Republik hatten in uns den Glauben geweckt, daß wir besser als vordem in der Lage sein würden, unserem Programm zu entsprechen und als Berater der Gesetzgebung eine gedeihliche Wirksamkeit zu entfalten, zu der die Juristische Gesellschaft mehr als jede andere Körperschaft geeignet wäre. Sie umfaßt alle Zweige der Juristenwelt, ihr gehört eine große Zahl von arbeitsfreudigen Mitgliedern an und sie hat es verstanden, in der Beurteilung der rechtlichen Fragen das politische Moment möglichst auszuschalten. Unter der alten Bürokratie war sie zur Seite gestellt worden, weil man keine Berater oder nur jagende Enqueten haben wollte; jetzt in dem ersten Jahre der Republik arbeitete die Gesetzgebungsmaschine meist so hastig, daß zu einer Befragung der Berufenen gar keine Zeit blieb. Wir wollen uns aber unsere Arbeit nicht verleiden lassen; vielleicht wird es in diesem Jahre besser!

Der Vorsitzende begrüßt weiter den heutigen Vortragenden. Sein Thema ist durchaus aktuell und wird uns gewiß darüber belehren, was wir von der Entwicklung der Demokratie in unserem Staatswesen erwarten dürfen.

Professor Dr. Hans Kelsen hält sodann seinen angekündigten Vortrag über ‚Wesen und Wert der Demokratie‘. Er führt aus:⁶

Der Vorsitzende der Wiener Juristischen Gesellschaft war Franz Klein (1854–1926), Privatrechtslehrer und Staatsmann. Er war ab 1885 o. Prof. für Zivilprozessrecht und ab 1891 auch für Römisches Recht in Wien, ab 1886 Direktor der Wiener Universitätskanzlei, 1906–1908 und 1916 Justizminister. Wichtige Werke: Die schuldhafte Parteihandlung: eine Untersuchung aus dem Civilprocessrechte, Wien 1885; Sachbesitz und Ersitzung. Forschungen im Gebiete des römischen Sachenrechts und Civilprocesses, Berlin 1891; Mündlichkeitstypen. Materialien zur Beurtheilung des österr. Civilprocessordnungs-Entwurfes vom Jahre 1893, Wien 1894.

man als die antike im Gegensatz zu der germanischen zu bezeichnen, die auf absolutes Freisein vom Staate aufgebaut sei.² Diese Unterscheidung ist aber nicht richtig; die sogenannte antike Auffassung ist nur der Fortschritt von der ursprünglichen zu der des staatlichen Zwangsprozesses. Der Freiheitsgedanke, der sich seinem Wesen nach gegen die Gesellschaft stellt, wird unbewußt zum Ausdrucke für eine bestimmte Stellung des einzelnen in der Gesellschaft. *Rousseau*³ hat das Postulat der Freiheit auf das schärfste entwickelt: ihm ist der Bürger nur in dem Augenblicke frei, wo er seinen Abgeordneten wählt oder an einer Volksabstimmung teilnimmt.⁴ Und da wird er noch von der Mehrheit erdrückt – dem ist aber nicht abzuhelfen. Immerhin | müßte der Staat nach *Rousseaus* Ansicht durch Einstimmigkeit entstehen; seine Weiterentwicklung aber ist doch nur durch Mehrheitsbeschlüsse möglich.⁵ Auch derjenige, der mit der Mehrheit gestimmt hat, ist unfrei, weil er seinen Willen nicht mehr ändern kann, um so unfreier, je größer die Mehrheit ist, deren eine Abänderung der gefaßten Beschlüsse bedarf. Wenn dazu Stimmeneinhelligkeit nötig wäre, würde dasselbe Mittel, das bei der Gründung des Staates die volle Gewähr der Freiheit ist, hier zu ihrer ärgsten Fessel. Praktisch kommt jedoch fast nur die Fortbildung des Staates und somit der Grundsatz der Mehrheit in Betracht,⁶ der der Idee der Freiheit immer noch am nächsten kommt. Aus der Freiheit ist das Majoritätsprinzip abzuleiten, nicht – wie es meist geschieht – aus der Gleichheit. Die Gleichheit der Persönlichkeiten besteht in Wirklichkeit nicht. Sie ist nur ein Bild, darum läßt sich auch nicht sagen, daß mehr Stimmen ein größeres Gewicht haben als die wenigeren. Nur der Gedanke, daß – wenn schon nicht alle – doch möglichst viele mit ihrem Willen dem Willen der Gesamtheit parallel gehen sollen, kann das Übergewicht der Mehrheit rechtfertigen. Dadurch tritt der Gedanke der individuellen Freiheit, die ja doch unerreichbar ist, in den Hintergrund gegen die metaphysische Person des Staates – losgelöst von den Lenkern des Staates, zu denen sie gewissermaßen in Gegensatz tritt als Wille der Gesamtheit gegenüber ihren Einzelwillen. „So verdeckt der Schleier der Staatspersonifikation das dem demokratischen Empfinden unerträgliche Faktum der Herrschaft von Mensch über Mensch.“⁷

| 378 II

² Vgl. *Otto von Gierke*, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 2, Berlin 1873, S. 130f.

³ Jean-Jacques Rousseau (1712–1778), schweizerisch-französischer Philosoph, Schriftsteller und Staatstheoretiker. Wichtige Werke: *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Amsterdam 1755; *Julie ou la Nouvelle Héloïse*, Genf 1761 (2. Aufl., Paris 1776); *Du contrat social; ou principes du droit politique*, Amsterdam 1762 (2. Aufl., Genf 1766); *Émile, ou de l'Éducation*, Amsterdam 1762.

⁴ Vgl. *Jean-Jacques Rousseau*, *Du contrat social; ou principes du droit politique*, Amsterdam 1762, 3. Buch, Kap. 15 (S. 238).

⁵ Vgl. *Rousseau*, *Contrat social* (Anm. 4), 4. Buch, Kap. 2 (S. 268): der staatsbegründende Urvertrag („pacte social“) müsse einstimmig beschlossen werden.

⁶ Vgl. *Rousseau*, *Contrat social* (Anm. 4), 4. Buch, Kap. 2 (S. 268–270).

⁷ Ohne Anführungszeichen in: *Hans Kelsen*, [Vom Wesen und Wert der Demokratie. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 5. November 1919], in: Gerichtshalle 63 (1919),

Daraus ergibt sich die Vorstellung, daß der Mensch nur in organischer Verbindung mit den anderen in der Staatsordnung frei ist. *Rousseau* meint, der Untertan gebe seine ganze Freiheit auf, um sie als Staatsbürger wieder zu erhalten.⁸ An Stelle der Freiheit des einzelnen tritt der freie Staat, in dem allein der Bürger frei sein kann. Wer sich dem Staatswillen nicht fügen will, wird letzten Endes von dem Staat gezwungen – frei zu sein.⁹ Das klingt paradox, ist aber doch nur das letzte Glied der logischen Entwicklungsreihe von der Freiheit des einzelnen zum sozialen Staat.

Im Zuge derselben Entwicklung zieht sich die individuelle Freiheit auf die angeborenen und unveräußerlichen Menschen- und Bürgerrechte zurück, für die die französische Revolution die klassische Formulierung gefunden hat.¹⁰ Sie dienen als Schutzwall gegen den Mißbrauch der Herrschergewalt, dem der Bürger, nicht weniger als von dem absoluten Monarchen, auch von der Mehrheit, „dem König der Demokratie“, ausgesetzt ist, – als Schutz der Minderheit. Dieser Schutz findet den besten Ausdruck in dem Grundsatz der Proportionalität der Gewählten zu den Wählern. Und wenn auch dann im Vertretungskörper doch die Mehrheit entscheiden muß, so ist der Einfluß der Minderheit nicht zu unterschätzen; er führt auch vielfach zu Kompromissen, die ja überhaupt die Politik der Demokratie kennzeichnen.

In ihrer letzten Konsequenz würde die¹¹ Proporz das Repräsentativsystem wieder auflösen und zur Volksabstimmung führen, die allerdings die reine und unmittelbare Demokratie wäre. In dieser Richtung bewegte sich denn auch vielfach die Tendenz schon vor dem Kriege; seither ist das Vertrauen in die Volksvertretungen noch viel mehr erschüttert worden. Überall zeigt sich Interesse für Referendum und Volksinitiative; immer mehr wird die Ansicht bestritten, daß der Abgeordnete bloß Organ des Gesamtstaates sei, daß er nicht die Interessen seiner Wähler einseitig vertreten und deshalb kein imperatives Mandat annehmen dürfe. Tatsächlich bestand das imperative Mandat schon lange und mit Recht.

S. 292–294, 304–308 (293 i) = HKW 4, 175–198 (180); *Hans Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 47 (1920/1921), S. 50–85 (57); *Hans Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen 1920, S. 10; *Hans Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, S. 325; *Hans Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl., Tübingen 1929, S. 11 f.

⁸ Vgl. *Rousseau*, Contrat social (Anm. 4), 1. Buch, Kap. 7 (S. 40).

⁹ Vgl. *Rousseau*, Contrat social (Anm. 4), 1. Buch, Kap. 7 (S. 40).

¹⁰ Vgl. Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen vom 26. August 1789, Präambel („les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme“), Art. 1 („Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ...“) sowie Art. 2 („Le but de toute association publique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme ...“).

¹¹ «die»] recte: «der».

Im Anschlusse an diese Ideen hat *Lenin*¹² in seinen Schriften die Abschaffung des Parlamentarismus gefordert.¹³ Aber schließlich konnten auch die Bolschewiken auf eine Repräsentation nicht verzichten, so daß auch ihr Versuch keine Überwindung der Demokratie, sondern eher eine Rückkehr zu ihr ist. Gerade die kurze Mandatsdauer, die Möglichkeit jederzeitiger Abberufung der Sowjetabgeordneten, die von ihren Wählern dadurch völlig abhängen, das alles ist echte Demokratie. Was Wählerversammlungen nie vermögen, der innige Kontakt der Wähler untereinander und mit den Gewählten, das wird dadurch bewirkt, daß einzelne wirtschaftliche Betriebe oder z. B. ein Regiment, zu Wahlkörpern werden, aus denen die Lokal|sowjets hervorgehen. Diese wählen die Provinzsowjets, von denen der allrussische Kongreß der Arbeiter-, Bauern- und Soldatenräte gewählt wird. Damit findet der Volkswille seinen besten Ausdruck und wird die größte Anpassungsfähigkeit der Vertretungskörper an den wechselnden Volkswillen erzielt. Daß bei diesem Anlaß die Arbeiter auch in die Leitung der Unternehmungen eingreifen, entspricht dem sozialistischen Organisationsprinzip. Diese demokratische Form der Sowjets war nicht von Anfang an beabsichtigt; sie ist auch nicht rein durchzuführen. Die Bauernschaft z. B. läßt sich nur territorial, nach Dörfern, in das System einfügen. Bei den wirtschaftlichen Betrieben wieder ist die Gefahr nicht ausgeschlossen, daß die Politisierung den Produktionszweck beeinträchtigt. Die Erfahrungen in Rußland sind keine guten: gerade diese Mängel sind aber mit der unmittelbaren Demokratie verbunden. In fortgeschrittenen Großstaaten ist sie undurchführbar.

|3791

In Rußland zeigt sich eben durch die Unmittelbarkeit des Verhältnisses der Wähler zu den Gewählten eine Hypertrophie an Vertretungskörpern und das Bestreben, bis in den Einzelfall alles dort zu erledigen. Damit soll auch die Verwaltung demokratisiert und der Grundsatz von der Trennung der Gewalten aufgegeben werden. Es ist falsch, diesen Grundsatz als demokratisch anzusehen. Es ist auch nicht richtig, daß er, wie *Montesquieu*¹⁴ meinte, der englischen Verfassung

¹² Wladimir Iljitsch Lenin, eigentl. Wladimir Iljitsch Uljanow (1870–1924), Anführer der Oktoberrevolution, Vorsitzender des „Rates der Volkskommissare“ und Begründer der Sowjetunion. Lenin radikalisierte mit der Theorie der revolutionären Avantgarde den Marxismus (Marxismus-Leninismus). Wichtige Werke in deutscher Sprache: Was tun? (russ. 1902), in: Lenin Werke, Bd. 5, Berlin 1966, S. 355–551; Der Imperialismus als höchstes Stadium des Kapitalismus (russ. 1917), in: Lenin Werke, Bd. 22, Berlin 1960, S. 189–309; Staat und Revolution. Die Lehre des Marxismus vom Staat und die Aufgaben des Proletariats in der Revolution (russ. 1918), in: Lenin Werke, Bd. 25, Berlin 1972, S. 393–507; Die nächsten Aufgaben der Sowjet-Macht (russ. 1918), in: Lenin Werke, Bd. 27, Berlin 1960, S. 225–268.

¹³ Vgl. *Wladimir Iljitsch Lenin*, Staat und Revolution. Die Lehre des Marxismus vom Staat und die Aufgaben des Proletariats in der Revolution, Berlin 1918, S. 40–46; entspricht inhaltlich Lenin Werke, Bd. 25, Berlin 1972, S. 393–507 (434–440).

¹⁴ Montesquieu, eigentl. Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu (1689–1755), französischer Schriftsteller und Staatsphilosoph. Wichtige Werke: Lettres persanes, Amsterdam 1721 (anonym); Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence, Amsterdam 1734; De l'Esprit des Loix, Genf 1748.

entspringe.¹⁵ Der letzte Zweck dieses Satzes scheint zu sein, dem konstitutionellen Monarchen ein Übergewicht über die gesetzgebende Gewalt zu sichern. In den Vereinigten Staaten, wo dieses Prinzip als unantastbares Dogma gilt, ist auch die Stellung des Präsidenten, der von dem ganzen Volke gewählt und von den Vertretungskörpern unabhängig ist,¹⁶ durchaus nicht den demokratischen Grundsätzen entsprechend, sondern direkt dem britischen Königtum nachgebildet.

Der Grundsatz von der Trennung der Gewalten, der die Demokratisierung der Staaten hemmt, beruht auch innerlich auf einer unrichtigen Auffassung der Rechtsgestaltung, die sich keineswegs in der Gesetzgebung erschöpft, vielmehr bis zu der Entscheidung des einzelnen Rechtsfalles (ja zum Abschlusse des einzelnen Rechtsgeschäftes) fortschreitet. Die sogenannte Exekutive ist demnach ein ebenso wichtiger Faktor der Rechtserzeugung wie die Legislative. Es mangelt also an dem Grunde, um diese beiden Teile eines Prozesses so scharf voneinander zu trennen. Schon in der bürgerlichen Demokratie wurde der Grundsatz durchbrochen, von oben durch die parlamentarische Regierung, von unten durch die Selbstverwaltung der Gemeinden. Auch von bürgerlicher Seite (*Max Weber*¹⁷, Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland)¹⁸ wird verlangt, daß das Parlament die Verwaltung fortlaufend mitarbeitend kontrolliere. Ähnliches fordert *Lenin* in seinen Schriften.¹⁹

Aber die Volksvertretungen sind für die Ausübung der Verwaltung wenig geeignet. Der Abgeordnete bleibt doch immer in seinem Hauptberuf; die Aufgaben der Staatsverwaltung erfordern einen ganzen Mann, der sie als Lebensberuf behandelt. Freilich sollte die Auswahl der Volksvertreter eine bessere sein; dann würde die Bürokratie nicht auch in freien Staaten jenes Übergewicht erlangen, das auf ihrer besseren Eignung für die Verwaltung beruht. Das demokratische Ideal in

¹⁵ Vgl. *Montesquieu*, De l'Esprit des Loix ou Du rapport que les Loix doivent avoir avec la Constitution de chaque Gouvernement, les Moeurs, le Climat, la Religion, le Commerce, etc., Genf 1748, I. Buch, Kap. 4, S. 244–261.

¹⁶ Vgl. Art. II, section 1; Art. I, section 7, para. 2 Constitution of the United States of September 17, 1787.

¹⁷ Max(imilian Carl Emil) Weber (1864–1920), Jurist, Nationalökonom und Soziologe. 1892 Habilitation, ab 1893 o. Prof. für Nationalökonomie in Freiburg i. Br., ab 1896 Prof. in Heidelberg, aus Krankheitsgründen seit 1903 ohne Hochschullehrerplichten. Zwischen 1903 und 1918 fanden regelmäßige Gesprächszirkel im Hause Webers in Heidelberg statt, an denen u. a. Georg Jellinek, Friedrich Naumann, Emil Lask, Karl Jaspers, Werner Sombart, Georg Simmel, Georg Lukács, Ernst Bloch, Gustav Radbruch und Theodor Heuss teilnahmen. Weber gilt als Begründer der deutschen Soziologie als werturteilsfreier Wissenschaft, als Begründer der Herrschaftssoziologie und als Mitbegründer der Religionssoziologie. Wichtige Werke: Die protestantische Ethik und der „Geist“ des Kapitalismus, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 20 (1905), S. 1–54; Politik als Beruf, München und Leipzig 1919 = Max Weber Gesamtausgabe (MWG), Abt. I, Bd. 17, Tübingen 1992, S. 156–252; Wissenschaft als Beruf, München und Leipzig 1919 = MWG, Abt. I, Bd. 17, Tübingen 1992, S. 70–111; Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen 1922 = MWG, Abt. I, Bd. 22–Bd. 22.6, Tübingen ab 1999.

¹⁸ *Max Weber*, Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland. Zur politischen Kritik des Beamtentums und Parteiwesens, München und Leipzig 1918, S. 55 = MWG, Abt. I, Bd. 15, Tübingen 1984, S. 421–596 (486).

¹⁹ Vgl. *Lenin*, Staat und Revolution (Anm. 13), S. 43; entspricht inhaltlich Lenin Werke, Bd. 25, Berlin 1972, S. 393–507 (437).

dieser Beziehung ist aber keineswegs für fortgeschrittene Staaten brauchbar; es wäre die Aufhebung jeder Entwicklung und politischen Differenzierung.

Die Demokratie ist ihrem Wesen nach auf einfache Verhältnisse gerichtet; der Bolschewismus verlangt in letzter Linie Abschaffung der bürokratischen Unterordnung und der Obrigkeit, also Anarchismus. Allerdings nur in der Theorie – in einem Bericht an das Zentralkomitee der Arbeiter- und Soldatenräte fordern *Lenin* und *Trotzki*²⁰ angesichts der völligen Auflösung der Produktion die Diktatur einzelner Personen.²¹

Hier zeigt sich der innere Widerspruch des demokratischen Problems: dem Volk, das herrschen soll, fehlt das notwendigste Erfordernis, die Einheitlichkeit der Beschaffenheit und des Willens. Wenn es einen Vertretungskörper wählt, kommen in diesem die Verschiedenheiten seiner Bestandteile, ihre Bedeutung für den Gesamtkörper nicht zur Geltung.

Undemokratisch ist die Einschränkung des Repräsentationsrechtes auf die proletarische Klasse allein, wie sie in Rußland geübt wurde;²² in ihren Ausstrahlungen in die übrigen Länder, die eine solche Alleinherrschaft der Arbeiterklasse nicht dulden, kommt es zu einem neuen Rückschritt, zu der ständigen Gliederung. Deren Wirkung ist noch nicht abzumessen – sicher aber wird der Apparat äußerst schwerfällig, seine Tendenz geradezu auflösend. Eine moderne Demokratie braucht die möglichste Einheitlichkeit, ja Einfachheit der Organisation. Diese wird auch in der Praxis angestrebt.

Aber die Einheit des Staates ist noch lange nicht Einheit des Volkes und Volkswillens; nicht weil die Demokratie dazu weniger geeignet wäre, als eine andere Form der Politik, sondern weil die Bildung des Volkswillens selbst ein ganz problematisches Phänomen ist. Die Masse des Volkes kann aus sich heraus einen Willen nicht hervorbringen; sie bedarf dazu einer führenden Persönlichkeit; so herrschen schließlich auch hier die Wenigen über die Vielen. Freilich ist gerade die Demokratie das Mittel für die bestmögliche Auslese der Führer, weil sie die breiteste Grundlage für den Wettbewerb, ja weil sie den Wettbewerb selbst schafft, und

²⁰ Leo Trotzki, eigentlich Lew Dawidowitsch Bronstein (1879–1940), russischer / sowjetischer Politiker. 1905 und 1917 Vorsitzender des Petersburger Sowjets, nach der Machtübernahme der Bolschewiken Volkskommissar für Äußeres, 1918–1925 Kriegskommissar, begann den Aufbau der Roten Armee. Wichtige Werke in deutscher Sprache: *Russland in der Revolution* (russ. 1906), Dresden 1909; *Geschichte der Russischen Revolution*, 2 Bde. (russ. 1931 und 1933), Berlin 1931 und 1932; *Verratene Revolution. Was ist die Sowjetunion und wohin treibt sie?* (frz. 1936), Antwerpen, Zürich und Prag 1936.

²¹ In dem in *Kelsen, Demokratie* (Archiv) (Anm. 7), S. 73, als Fundstelle genannten Werk: *Wladimir Iljitsch Lenin, Die nächsten Aufgaben der Sowjet-Macht*, Berlin 1919, n. e.

²² Vgl. Art. 13 Nr. 65 Основной закон (Конституция) Российской Советской Федеративной Социалистической Республики, 10 июля 1918 г – Osnovnoj zakon (Konstitucija) Rossijskoj Sovetskoj Federativnoj Socialističeskoj Respubliki, 10 ijulja 1918 g (Grundgesetz (Verfassung) der Russischen Sozialistischen Föderalistischen Sowjetrepublik vom 10. Juli 1918); deutsche Übersetzung: *Die Verfassung der Russischen Sozialistischen Föderativen Sowjetrepublik. Bestimmungen des fünften allrussischen Sowjetkongresses angenommen in der Tagung vom 10. Juli 1918*, Berlin-Wilmersdorf 1918 (im Folgenden: *Verfassung RSFSR 1918*).

weil in diesem Kampfe nur die Führerqualitäten entscheiden, während in der autokratischen Monarchie für Ministerstellen u. dgl. oft geradezu das Gegenteil maßgebend ist. Nur daß die Führung, auch durch die Besten, dem Grundwesen der Demokratie, der Führerlosigkeit, widerstreitet. Auf die Frage, wie im Idealstaate eine Führernatur zu behandeln wäre, erwidert *Sokrates*²³ in *Platons*²⁴ *Politeia*, man würde ihn verehren und bewundern, aber ihn, da es einen solchen Mann im Staate nicht geben dürfe, in aller Höflichkeit über die Grenze schaffen!²⁵ In Wirklichkeit ist es jedoch anders; solange das Volk nicht aus Göttern besteht, meint *Rousseau*, wird immer die kleinere Zahl über die größere herrschen.²⁶

Ist aber die wirkliche Gleichheit aller nicht zu erreichen, so ist es schon wertvoll, daß allen wenigstens die gleiche Möglichkeit, zu allen Funktionen des Staates zu gelangen, allen die gleiche Erziehung für den Staatszweck offenstehe. Allein das liegt in der Zukunft. Gegenwärtig fehlt es dort, wo das Proletariat die Gewalt übernommen hat, an geeigneten Personen aus seiner Klasse, die befähigt wären, die Verwaltung zu führen und festzuhalten. Daraus erklärt sich nicht nur der soziale Zusammenbruch in Rußland; auch die Schwierigkeiten der sozialdemokratischen Partei in Deutschland wie in Österreich, deren Führer meist der Bourgeoisie entstammen, sind vielfach daraus zu erklären, daß sie nicht über die qualifizierten Kräfte verfügen, um sich des Regierungsapparates in ausreichendem Maße zu bemächtigen.

Auch die Abgrenzung des Begriffes „Volk“ als Träger des Staatswillens bietet große Schwierigkeit. Aus der Masse der Landesbewohner werden gewisse Gruppen wie Kinder und Geistesranke immer, andere wie Ausländer, Frauen, Sklaven, Verbrecher je nach dem Standpunkte des Gesetzgebers, von der Mitwirkung ausgeschlossen. Und für die, denen die Rechte bleiben, muß die Fiktion der Repräsentation zu Hilfe kommen; denn in Wirklichkeit besteht politisch das Volk aus denen, die ihre politischen Rechte oder doch wenigstens das Wahlrecht zur Volksvertretung, wirklich ausüben. Dadurch kann die Demokratie zur Farce werden.

Die Auswahl der Berechtigten aus der Masse des Volkes ist der Prüfstein für die demokratische Beschaffenheit der Verfassung; ist die Anzahl zu beschränkt, so ist sie eine aristokratische. Eine objektive Begrenzung zu finden, ist schwer; *Rousseau*s Maßstab, daß zur Demokratie die Mitwirkung des halben Volkes genüge,²⁷ ist willkürlich. *Plato* beschränkt seinen kommunistischen Staat auf eine bestimmte Klasse.²⁸ Ebenso ist der Neokommunismus der Bolschewiken eine klassenmäßig

²³ Sokrates (wohl 469–399 v. Chr.), antiker griechischer Philosoph und Lehrer Platons.

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

²⁵ Vgl. *Platon*, *Politeia*, III, 9; 398a–398b.

²⁶ Vgl. *Rousseau*, *Contrat social* (Anm. 4), 3. Buch, Kap. 4 (S. 168).

²⁷ Vgl. *Rousseau*, *Contrat social* (Anm. 4), 3. Buch, Kap. 3 (S. 160f.).

²⁸ Das Ziel der Staatsgründung Platons ist, dass nicht nur ein Stand, sondern die ganze Stadt glücklich wird, da in einer solchen Stadt Gerechtigkeit am ehesten zu finden sei (vgl. *Platon*,

beschränkte Demokratie, deren Radikalismus den Begriff der Demokratie aufhebt. Nicht so sehr, weil sie nur den Werkträgern politische Rechte verleihen, sondern weil sie von diesen alle jene, die Lohnarbeiter beschäftigen, sowie Händler, Geistliche und Beamte der Kultusorganisationen ausschließen, dann aber, wenn die Nachrichten stimmen, weil das industrielle Proletariat gegenüber den armen Bauern (nur diese haben überhaupt Rechte) das fünffache Wahlrecht hat. Dagegen ist ein wichtiger Fortschritt zu verzeichnen, indem den (werkträgern) Ausländern die gleichen Rechte eingeräumt sind wie den Inländern.²⁹ | Doch kann von Demokratie keine Rede sein: Vereins- und Versammlungsfreiheit, Freiheit der Meinungsäußerung und der Presse ist von der Verfassung nur der Arbeiterklasse, nach Berichten von sozialistischer Seite in Wirklichkeit nur den Angehörigen der herrschenden Richtung gewährleistet.³⁰ Der Demokratie wird mit Bewußtsein die Diktatur entgegengesetzt, als deren Ziel die Vernichtung der Bourgeoisie proklamiert, d. h. aller jener, die sich dem sozialistischen Programm widersetzen. Das ist umso merkwürdiger, als seit *Marx*³¹ und *Engels*³² der theoretische Sozialismus immer darauf fußte, daß die Arbeiterklasse, im Besitze der großen Mehrheit, auf wahrhaft demokratischem Wege mit Leichtigkeit ihr Ziel erreichen werde. Die Bildung großer bürgerlicher Demokratien, wie in Westeuropa und Amerika, neuestens auch in Deutschland und Österreich, hat aber gezeigt, daß das allgemeine und gleiche Wahlrecht noch nicht die sozialistische Herrschaft bringt. Das Proletariat bildet eben in Wahrheit nicht die überwiegende Mehrzahl der politisch Berechtigten. Das hat nun zu der grundstürzenden Änderung der Politik jener Sozialisten geführt, die mit der Diktatur der Partei operieren.

Gerade solchen Bestrebungen entgegen zeigt die Demokratie ihr tiefstes Wesen, ihren höchsten Wert. Sie achtet jede Überzeugung und Meinungsäußerung; die

Politeia, 4. Buch, 420b). Dabei herrschen die Philosophenkönige über die übrigen Stände der Wächter, Bauern und Handwerker (vgl. *Platon*, *Politeia*, 5. Buch, 473c–473e; zu den Ständen *Platon*, *Politeia*, 2. Buch, 369b–376c). Frauen und Männer sind innerhalb ihres jeweiligen Standes gleichgestellt (vgl. *Platon*, *Politeia*, insb. 5. Buch, 455d–456a).

²⁹ Vgl. Art. 5 § 20, Art. 13 Nr. 64 *Primečanie 2* Verfassung RSFSR 1918 (Anm. 22).

³⁰ Vgl. *Karl Kautsky*, *Die Diktatur des Proletariates*, 4. Aufl., Wien 1919, S. 21; *Karl Kautsky*, *Terrorismus und Kommunismus*, Berlin 1919, S. 134.

³¹ 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, zunächst 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*, Bd. 1, (1867), Bd. 2 (1885) und Bd. 3 (1894) (Bd. 2 und Bd. 3 postum hrsg. von Friedrich Engels), in: *MEGA*, Abt. II, Bd. 5, Bd. 13 und Bd. 15, Berlin 1983, 2004 und 2008.

³² Friedrich Engels (1820–1895), Publizist und politischer Philosoph. Wichtige Werke: *Die Lage der arbeitenden Klasse in England* (1845), in: *Karl Marx Friedrich Engels Werke (MEW)*, Bd. 2, Berlin 1959, S. 225–506; *Manifest der kommunistischen Partei* (gemeinsam mit Karl Marx, zunächst 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: *Karl Marx Friedrich Engels Gesamtausgabe (MEGA)*, Abt. I, Bd. 27, Berlin 1988, S. 581–627.

Mehrheit duldet nicht nur die Opposition der Minderheit, sie schützt sie und läßt sich von ihr beeinflussen. Der Relativismus in jeder Form schließt den Absolutismus aus, sowohl seitens einer Person, einer Gruppe, wie auch den eines Parteidogmas. Das Wort *Stahls*³³: „Autorität nicht Majorität“³⁴ ist das Angriffsziel aller geworden, die für die Wissenschaft und ihre Freiheit und politisch für Demokratie sind. Zwang zur Beobachtung seines Willens darf eigentlich nur der anwenden, der glaubt, sich auf überirdische Erleuchtung stützen zu können; wer aber nur menschlicher Erkenntnis die Ziele richten läßt, der kann das Mindestmaß an Zwang, das zu ihrer Erreichung unvermeidlich ist, durch die Zustimmung der Mehrheit rechtfertigen, muß aber dabei jede Rücksicht auf die Minderheit beobachten. Dem Wesen der Demokratie wohnt der politische Relativismus inne.

Als *Jesus* des *Pilatus* Frage, ob er der König der Juden sei, bejaht und sich dabei zu der Wahrheit bekannt hatte, fragte *Pilatus*: „Was ist Wahrheit?“³⁵ Als er dann der Menge der Juden anheimgab, die Freilassung eines der Verurteilten zu verlangen, wählten sie *Barabas*, den Räuber und nicht *Jesus*.³⁶ Das Ergebnis dieser Abstimmung könnte allerdings als Einwand gegen die Demokratie gelten, aber nur dann, wenn die politischen Stürmer und Dränger ihrer Sache so gewiß sind wie – der Sohn Gottes!³⁷

³³ Friedrich Julius Stahl, ursprünglich Julius Jolson-Uhlfelder (1802–1861), Staats- und Kirchenrechtslehrer sowie Politiker. 1827 Habilitation in München, 1832 a.o. Prof. in Erlangen, noch im selben Jahr o. Prof. in Würzburg, ab 1834 o. Prof. in Erlangen, ab 1840 o. Prof. in Berlin (1852/1853 Rektor). 1836–1837 Abgeordneter im Bayerischen Landtag (als Vertreter der Universität Erlangen), ab 1849 Mitglied der preußischen ersten Kammer (dem späteren Herrenhaus), 1852–1858 Mitglied des Evangelischen Oberkirchenrates, ab 1854 Mitglied des Preußischen Herrenhauses (Konservative Partei). Wichtige Werke: *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, 2 Bde., Heidelberg 1830 und 1837 (3. Aufl. u. d. T. *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, Heidelberg 1854 und 1856); *Die Kirchenverfassung nach Lehre und Recht der Protestanten*, Erlangen 1840 (2. Aufl., Erlangen 1862); *Das monarchische Princip*, Heidelberg 1845.

³⁴ Stahl, auf den der Gedanke zurückgeht, dürfte indes nicht der Urheber der Formulierung sein; diese findet sich bei *E. Knönagel*, *Autorität – nicht Majorität – beherrscht die Welt. Epistel in 12 Capiteln wider den Aberglauben am Constitutionalismus*. An Bürger und Bauer, Städter und Landmann, 1851 (Selbstverlag).

³⁵ Joh 18,38.

³⁶ Vgl. Joh 18,39–40.

³⁷ Der Bericht endet mit folgenden Zeilen: „(Lebhafter Beifall.) Der Vorsitzende dankt dem Redner: Wenn er uns auch nicht so viel Aktualität geboten habe wie wir erwarteten, sei doch für den, der auf Untertöne zu hören vermöge, vieles für die augenblickliche Lage wertvoll und von Interesse. Auch sonst haben die Auseinandersetzungen des Vortragenden viele Anregung zum Nachdenken über diesen schwierigen Stoff geboten.“

Zur Theorie der juristischen Fiktionen.

Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob (1919)*

* Annalen der Philosophie. Mit besonderer Rücksicht auf die Probleme der Als-Ob-Betrachtung 1 (1919), S. 630–658.

Nachdrucke:

- 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. 1215–1242. (Seitenumbrüche und Paginierung werden gekennzeichnet und sind an der Sigle WRS zu erkennen.)
- in: Hans R. Klecatsky, René Marcic, Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, (2. Aufl.) Wien und Stuttgart 2010, S. 993–1014.

Übersetzungen:

- *Französisch*: Contribution à une théorie des fictions juridiques, centrée sur la philosophie du comme si de Hans Vaihinger, in: Les fictions du droit. Kelsen, lecteur de Vaihinger (herausgegeben, übersetzt und eingeleitet von Christophe Bouriau), Lyon 2013, S. 59–85.
- *Italienisch*: Sulla teoria delle finzioni giuridiche, in: Dio e stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito (herausgegeben, übersetzt und eingeleitet von Agostino Carrino), Neapel 1988, S. 235–265.
- *Spanisch*: Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas, com especial énfasis en la filosofía del „como si“ de Vaihinger (übersetzt von Jean Hennequin), in: Crítica Jurídica (2001), Heft 18, S. 15–36; Nachdruck in: Daniel Mendonça, Ulises Schmill (Hrsg.), Ficciones jurídicas: Kelsen, Fuller Ross, Mexiko-Stadt 2003, S. 23–56.

| Zur Theorie der juristischen Fiktionen.

Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob.

Inhaltsübersicht.¹

I. Der Begriff der Fiktion und der Gegenstand rechtswissenschaftlicher Erkenntnis. Der Widerspruch zur „Wirklichkeit“. Die Natur-Wirklichkeit und die Rechts-Wirklichkeit. Die Erweiterung des <i>Vaihingerschen</i> Fiktionenbegriffes. Echte Fiktionen der <i>Rechtstheorie</i> . Das Rechtssubjekt	210
II. Die sogenannten „Fiktionen“ der <i>Rechtspraxis</i> . Die Pseudofiktionen des Gesetzgebers. Ihr prinzipieller Unterschied gegenüber den erkenntnistheoretischen Fiktionen; Mangel des Erkenntniszwecks und des Widerspruchs zur Wirklichkeit der Natur wie des Rechtes. Der Art. 347 des Deutschen Handelsgesetzbuches. Die praesumptio juris. Die prätorischen Fiktionen	217
III. Die „Fiktionen“ der Rechtsanwendung. Die Analogie. Ihr unkorrigierbarer Widerspruch zur Rechts-Wirklichkeit und ihre juristische Unzulässigkeit. Die rechtlich gebotene Analogie	224
IV. Rechtstheorie und Rechtspraxis. Die moralische Fiktion der „Freiheit“. Ihre Entbehrlichkeit bei Aufhebung des fehlerhaften Synkretismus von Seins- und Sollens-Betrachtung. Die Fiktion des „Staatsvertrages“. Ihre Entbehrlichkeit vom Standpunkte des Rechtspositivismus	227
V. Die Souveränität der Rechtsordnung. Die Unabhängigkeit des Rechts von der Moral. Der angeblich fiktive Charakter dieser Isolierung. Die „praktischen“ Fiktionen <i>Vaihingers</i> . Die Rechtsnorm und die Rechtspflicht keine Fiktionen	229

I.

Seine bedeutende Theorie der Fiktionen hat *Vaihinger*² nicht zum geringsten Teil an den „juristischen“ Fiktionen entwickelt. Die juristische Fiktion erklärt er geradezu für einen der charakteristischen Typen dieses Vorstellungsbildes. Er

¹ Die Inhaltsübersicht ist im Original ohne Angabe von Seitenzahlen abgedruckt.

² Hans Vaihinger (1852–1933), Philosoph und Kant-Kommentator. Ab 1877 Privatdozent in Straßburg, ab 1883 a. o. Prof. ebendort, ab 1884 a. o. Prof. in Halle (Saale), ab 1894 o. Prof. ebendort. 1906 wurde er wegen eines Augenleidens von seiner Lehrverpflichtung entbunden. Ab 1897 war er der Herausgeber der „Kant-Studien“, 1904 Mitbegründer der Kant-Gesellschaft und ab 1919 Mitherausgeber der „Annalen der Philosophie“. Er gilt als Begründer der „Philosophie des Als Ob“ und Verfechter eines idealistischen Positivismus. Wichtige Werke: Commentar zu Kants Kritik der reinen Vernunft, 2 Bde., Stuttgart 1881 und 1892 (2. Aufl., Stuttgart, Berlin und Leipzig 1922); Nietzsche als Philosoph, Berlin 1902 (5. Aufl., Langensalza 1930); Die Philosophie des Als Ob, Berlin 1911 (9. und 10. Aufl., Leipzig 1927).

meint, daß es neben der Mathematik fast kein Gebiet gäbe, das zur Deduktion logischer Gesetze und Illustrierung oder Entwicklung logischer Methoden im allgemeinen und der Fiktionsmethode im besonderen passender wäre, als gerade das Jus. Und er bedauert, daß die Logiker sich gerade die juristische Fiktion haben entgehen lassen, weil sie überhaupt nicht einsahen, daß die Logik ihr Material aus der lebendigen Wissenschaft zu entnehmen habe.¹⁾ Für *Vaihinger* ist die juristische Fiktion eine „wissenschaftliche“ Fiktion²⁾ und prinzipiell identisch mit den erkenntnistheoretischen.³⁾ Er betont ausdrücklich, „die formale Identität der Verstandeshandlung und des ganzen Vorstellungszustandes in den juristischen Fiktionen mit den anderen wissenschaftlichen Fiktionen“.⁴⁾ –

| 631

| WRS 1216

Unter der Bezeichnung der „juristischen Fiktion“ werden jedoch sehr verschiedene Erscheinungen zusammengefaßt. Nur ein verhältnismäßig kleiner Teil stellt sich als Fiktion in der eigentlichen Bedeutung des Wortes, als Fiktion im Sinne des von *Vaihinger* aufgestellten Begriffes dar. Ja, das meiste, was *Vaihinger* selbst als „juristische Fiktion“ behandelt und seiner hochverdienstlichen Theorie zugrunde gelegt hat, ist gar keine Fiktion, ist zumindest nicht das Vorstellungsbild, auf welches jene charakteristischen Merkmale passen, die er treffend bestimmt hat. So rückhaltlos den prinzipiellen Ergebnissen der *Vaihingerschen* Philosophie des Als Ob zugestimmt werden kann, so muß doch gerade die von *Vaihinger* mit besonderer Vorliebe herangezogene juristische Fiktion als unzutreffendes Argument bezeichnet werden.

Die Fiktion charakterisiert sich nach *Vaihinger* ebenso sehr durch ihren Zweck wie durch das Mittel, mit dem sie diesen Zweck erreicht. Der Zweck ist: Erkenntnis der Wirklichkeit, das Mittel: eine Fälschung, ein Widerspruch, ein Kunstgriff, ein Umweg und Durchgangspunkt des Denkens. Ein Mittel der *Logik*, wenn auch ein abnormales, ist die Fiktion; sie hat erkenntnistheoretischen Charakter, als einem Erkenntnismittel kommt ihr Bedeutung zu.⁵⁾

Dabei ist es die Erkenntnis der *Wirklichkeit*, der die Fiktion dient. „Die bewußte Abweichung von der Wirklichkeit soll die Erreichung der letzteren vorbereiten.“⁶⁾

¹⁾ Die Philosophie des Als-ob. 2. Aufl. S. 46.³

| 631, WRS 1215

²⁾ a. a. O. S. 257.⁴

³⁾ a. a. O. S. 447.⁵

| WRS 1216

⁴⁾ a. a. O. S. 250.⁶

⁵⁾ a. a. O. S. 175 ff. u. passim.⁷

⁶⁾ a. a. O. S. 27.⁸

³ *Hans Vaihinger*, Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit. Mit einem Anhang über Kant und Nietzsche, 2. Aufl., Berlin 1913, S. 46.

⁴ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 257.

⁵ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 446 f.

⁶ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 250 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁷ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 171–193 und passim.

⁸ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 27 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

Und der Widerspruch zu der Wirklichkeit ist eines der Hauptmerkmale der Fiktion.⁷⁾

|632 Nun muß es schon von vornherein zweifelhaft sein, ob man | hoffen kann, in einer Wissenschaft Fiktionen anzutreffen, die ihrem Wesen nach gar nicht auf Erkenntnis der Wirklichkeit gerichtet sind. Wenn die Fiktion ein eigenartiges Mittel ist, die Realität zu erfassen, dann könnte nur eine von ihrem Wege gänzlich abgeirrte rechtswissenschaftliche Betrachtung sich einer Fiktion in diesem Sinne |wrs 1217 bedienen, und dann kann eine Fiktion rechtswissenschaftliche Erkenntnis | niemals – auch nicht *indirekt*, auf einem Umwege – fördern. Wenn in der Fiktion ein Wirkliches behauptet wird (im Widerspruch zur Wirklichkeit allerdings), dann kann auf dem Gebiete einer Wissenschaft, deren Erkenntnisse nicht auf die Wirklichkeit bezogen sind, eine Fiktion *stets* nur eine unzulässige und gänzlich unnütze, bloß schädliche Entgleisung sein.

Und *Vaihinger* ist sich der wahren Natur der Rechtswissenschaft durchaus bewußt! Er betont wiederholt, daß die Jurisprudenz nicht ein Seiendes zu erkennen habe. „Bis jetzt fanden wir als einzig wirkliche *wissenschaftliche* Fiktion nur die juristische, allein hier ist doch zu bemerken, daß die Rechtswissenschaft nicht eine eigentliche Wissenschaft des Seienden ist, sondern eine Wissenschaft menschlicher, willkürlicher Einrichtungen.“⁽¹⁾ Die Erkenntnis der Rechtswissenschaft geht auf ein *Sollen*; ihr Gegenstand ist als „menschliche willkürliche Einrichtungen“ nicht richtig charakterisiert, denn auch menschliche willkürliche Einrichtungen sind ein Seiendes und können Gegenstand einer Seinswissenschaft, z. B. der Soziologie, sein.

Indes erwächst gerade aus dieser Richtung kein ernstlicher Einwand – nur eine allerdings nicht unwesentliche Modifikation – für die *Vaihingersche* Fiktionentheorie. Denn die Rechtswissenschaft operiert tatsächlich mit Fiktionen. Welcher Art die sind, und daß die meisten von *Vaihinger* als „juristische Fiktionen“ angeführten es nicht sind, wird später noch zu zeigen sein. Hier sei nur bemerkt, daß der Begriff der *Vaihingerschen* Fiktion sich dann als zu eng erweist, wenn man die *Sinnenwirklichkeit* als den einzigen Gegenstand, das einzige Ziel oder Produkt der Erkenntnis gelten läßt. Und dies ist wohl nicht gut möglich, wenn man neben der Naturwissenschaft auch andere Wissenschaften, etwa Ethik, vor allem aber Rechtswissenschaft anerkennt. Der so erweiterte Fiktionsbegriff ergibt sich, wenn man |633 | an Stelle der „Wirklichkeit“, als einen speziellen Gegenstand der Erkenntnis, diesen *Erkenntnisgegenstand* in seiner Allgemeinheit treten läßt. Und eine Fiktion liegt vor, wenn die Erkenntnis – und im besonderen auch die *juristische* – bei

⁷⁾ a. a. O. S. 171 ff.⁹

|632, |¹⁾ a. a. O. S. 257.¹⁰
WRS 1217

⁹ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 171–175, insb. S. 172.

¹⁰ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 257 – Hervorhebung von Kelsen, Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

ihrem Bemühen, ihren Gegenstand – und bei der juristischen, der Rechtswissenschaft, ist es das Recht, die Rechtsordnung, das rechtliche Sollen – [zu erfassen,] einen Umweg macht, bei dem sie bewußt in einen Widerspruch zu diesem ihrem Gegenstand gerät; freilich nur zu dem Zwecke, um ihn dann um so besser zu packen: So wie ein Bergsteiger sich manchmal gezwungen sieht, vorübergehend in einer dem angestrebten Gip|fel entgegengesetzten Richtung nach abwärts zu klettern, um einem Hindernis aus dem Wege zu gehen und so leichter sein Ziel zu erreichen.

|WRS 1218

In diesem Sinne gibt es echte, d. h. erkenntnistheoretische Fiktionen der Rechtswissenschaft. Fiktionen des auf *Erkenntnis* des Rechtes, auf geistige Bewältigung der Rechtsordnung gerichteten Denkens. Fiktionen der *Rechtstheorie*. Eine solche Fiktion, ein Hilfsbegriff, eine Hilfskonstruktion ist z. B. der Begriff des Rechtssubjektes oder der Begriff des subjektiven Rechtes.

Es kann in diesem Zusammenhange nicht darauf ankommen, den Rechtsbegriff des Rechtssubjektes oder der Person allseitig zu untersuchen. Es soll lediglich gezeigt werden, wie fruchtbar *Vaihingers* Philosophie des Als Ob auf die Fiktionen der *Rechtstheorie* angewendet werden kann.

Die Person – die physische wie die juristische – lebt in der Vorstellung der Juristen als ein von der Rechtsordnung verschiedenes, selbständig existentes Wesen, das für gewöhnlich als „Träger“ von Pflichten und Rechten bezeichnet wird und dem man bald mehr, bald weniger auch ein reales Dasein zuspricht. Ob man diese Realität auf die physische Person beschränkt oder – wie in der organischen Theorie – auch auf die sogenannten juristischen Personen ausdehnt, ist hier gleichgültig. Es genügt die Konstatierung der ausgesprochenen Tendenz zur Realsetzung der Person.

Wenn, was hier nicht näher bewiesen werden kann, das Rechtssubjekt, das physische sowohl wie das juristische, sich als nichts anderes herausstellt, als die zum Zwecke der Vereinfachung und Veranschaulichung vorgenommene *Persönifikation eines Komplexes von Normen*, d. h. der Rechtsordnung als Ganzes (die | Staatsperson) oder einzelner Teilrechtsordnungen (die anderen physischen und juristischen Personen), dann wäre die Vorstellung der Person, so wie sie der modernen Jurisprudenz geläufig ist, ein typisches Beispiel jener Fiktionen, deren interessanten und komplizierten Denkmechanismus *Vaihinger* durchleuchtet hat. Es wäre ein Denkgebilde, bestimmt, den Gegenstand der Rechtswissenschaft, die Rechtsordnung, gedanklich zu erfassen, dabei aber offenbar aus der Phantasie geschaffen und *zu dem Erkenntnisobjekt hinzugedacht*, den Gegenstand sozusagen verdoppelnd und so das Erkenntnisbild verfälschend. Damit tritt aber dieser Denkbehelf zu dem Gegenstand, der spezifischen Rechtswirklichkeit, in einen Widerspruch und wird, wie dies jede Analyse des Personenbegriffs zeigen kann, in sich selbst widerspruchsvoll. Und wenn die Person, die ursprünglich nur als ein spezifischer Denkbe|helf zur Erfassung der Rechtsordnung dieser gegenüber wie ein Gerüst aufgebaut wurde, als reales Wesen, d. h. als eine Art Naturding behaupt-

|634

|WRS 1219

tet wird, dann bedeutet eine so gesteigerte Fiktion der Person sogar einen Widerspruch zur Naturwirklichkeit, was nur bei der argen Grenzüberschreitung einer Rechtstheorie möglich ist, die vermeint, reale Naturtatsachen zum Gegenstand zu haben.

Der Begriff des Rechtssubjektes ist vor allem zu jenen Fiktionen zu rechnen, die *Vaihinger* als die „personifikativen“¹¹ bezeichnet. Sie entstammen dem unserem Vorstellungsapparat von jeher beherrschenden anthropomorphistischen Personifikationstrieb, jenem „unverwüstlichen Hange des Menschengeschlechtes“¹², alles rein Gedankliche in der Form der Person, des Subjekts, zu hypostasieren und so zu veranschaulichen. „Das gemeinsame Prinzip ist die Hypostase von Phänomenen in irgendeiner Hinsicht, mag diese Hypostasierung sich mehr oder weniger an das Bild der Persönlichkeit anschließen. Dies letztere ist auch der eigentlich bestimmende Faktor in der Kategorie des Dinges.“¹³ „Das Urschema der¹⁴ Substantialität ist ja die Personalität.“¹⁵ Dies trifft durchaus auf die Personifikation des Rechtes (d. h. der Rechtsnorm) zu, als welche wir das Rechtssubjekt erkennen müssen. Es ist die Hypostasierung jenes reinen Gedankendinges, als das sich die Rechtsnorm, das Gesollt-Sein menschlichen Verhaltens | darstellt. Und die Erkenntnis, daß der Dingbegriff auch eine personifikative Fiktion darstellt, läßt das Rechtssubjekt und das als „Ding“ gedachte subjektive Recht als durchaus gleichartige, wenn nicht als identische Hypostasierungen der „objektiven“ Rechtsnorm erscheinen. Es kann gar nicht nachdrücklich genug hervorgehoben werden, daß der Begriff des Rechtssubjektes von derselben logischen Struktur ist, wie die charakteristischste aller personifikativen Fiktionen, der Begriff der *Seele*, oder der Begriff der Kraft¹⁶, deren logische Unhaltbarkeit nichts gegen ihre tatsächliche Praktikabilität spricht. Es lohnte sicherlich den Versuch, in dem Rechtssubjekt eine Art *Rechtsseele* zu begreifen. Und es ist nicht überflüssig, darauf hinzuweisen, daß in den Begriffen der sittlichen Persönlichkeit und des „Gewissens“ durchaus die gleichen, der *Veranschaulichung* dienende[n] Personifikationen der Moralnorm vorliegen. Die *Verdoppelung* des Erkenntnisobjektes, die mit der Fiktion im allgemeinen, | insbesondere aber mit der Personifikation vollzogen wird, charakterisiert *Vaihinger* auf das Zutreffendste und man könnte jene eigenartige Duplikation des Rechtes, jene Tautologie, die in dem Begriff der Rechtsperson steckt, kaum besser schildern, als mit

| 635

| WRS 1220

| 634, |¹¹ a. a. O. S. 391.¹²WRS 1219 |²⁾ a. a. O. S. 50.¹³|³⁾ a. a. O. S. 391.¹⁵| 635 |¹⁾ a. a. O. S. 50.¹⁶¹¹ Vgl. *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 50–52.¹² *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), Zitat S. 391 n. e., vgl. aber S. 50: „unwiderstehlichen Hangs zur Personifikation“.¹³ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 50 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.¹⁴ «der»] *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 391: «aller».¹⁵ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 391.¹⁶ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 50.

den Worten *Vaihingers*, der selbst dabei nicht den Rechtsbegriff der Person, sondern den Kraftbegriff im Auge hat: „Solche Begriffe hat insbesondere das 17.¹⁷ Jahrhundert viele geschaffen²⁾ in allen Wissenschaften; damals glaubte man, damit wirklich etwas begriffen zu haben; aber ein solches Wort ist nur eine Schale, welche den sachlichen Kern zusammenhalten und aufbewahren soll. Und wie die Schale in allen ihren Formen sich dem Kerne anschmiegt und ihn einfach verdoppelt äußerlich wiedergibt, so sind auch diese Worte oder Begriffe nur Tautologien, welche die eigentliche Sache in einem äußeren¹⁹ Gewande wiederholen.“³⁾

Die Widersprüche, die mit dem Begriff des Rechtssubjekts gesetzt sind, das ein von der Rechtsnorm (dem „objektiven Recht“) verschiedenes Wesen zu sein behauptet, und dennoch nur dessen Wiederholung ist, sie werden zwar nicht aufgelöst, aber sie werden uns begreiflich, wenn wir wissen (nachdem es uns *Vaihinger* | gesagt hat), daß es das Wesen des Denkweges der Fiktion ist, sich in Widersprüche | 636 zu verwickeln. „Das Denken führt ganz²¹ von selbst auf gewisse Scheinbegriffe hin, ebenso wie das Sehen auf notwendige optische Täuschungen. Wenn wir jenen optischen Schein als notwendigen erkennen, wenn wir die dadurch gesetzten Fiktionen mit Bewußtsein akzeptieren und sie gleichzeitig durchschauen (z. B. Gott, Freiheit usw.), so können wir die dadurch entstandenen²² logischen Widersprüche als notwendige Produkte unseres Denkens ertragen, indem wir erkennen, daß sie notwendige Folgen des inneren Mechanismus des Denkgorgans selbst sind.“⁴¹⁾

Darum kann jene an sich widerspruchsvolle Fiktion des Rechtssubjekts wegen des Vorteils der *Veranschaulichung* und der *Vereinfachung*, den sie mit sich bringt, ohne Schaden für die Rechtswissenschaft stehen gelassen werden. Allerdings nur insolange und nur insoweit, als man sich ihres fiktiven Charakters und der Verdoppelung *bewußt* bleibt, die mit dem Personenbegriff vollzogen wird. Insolange ist auch dasjenige nicht notwendig, was *Vaihinger* die *Kor|rektur* der Fiktion nennt. | WRS 1221 „Ist ein Widerspruch gegen die Wirklichkeit da, so kann die Fiktion eben nur Wert haben, wenn sie *provisorisch* gebraucht ist. Darum²⁴ muß auch ... eine Korrektur

²⁾ Hier muß daran erinnert werden, daß *Schloßmann* (Persona und πρόσωπον im Recht und im christlichen Dogma. Kiel, 1906.)¹⁸ auch den Begriff der Rechtsperson auf die Systematik des 17. Jahrhunderts zurückführt. | WRS 1220

³⁾ a. a. O. S. 52.²⁰

¹⁾ a. a. O. S. 223.²³ | 636

¹⁷ «17.»] *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 52: «XVIII.».

¹⁸ *Siegmund Schloßmann*, Persona und πρόσωπον im Recht und im christlichen Dogma, Kiel 1906, S. 7 – Schloßmann spricht freilich ebenfalls vom 18. Jahrhundert.

¹⁹ «äußeren»] *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 52: «anderen».

²⁰ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 52.

²¹ «führt ganz»] *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 229: «führt eben ganz».

²² «entstandenen»] *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 229: «entstehenden».

²³ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 229.

²⁴ «ist. Darum»] *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 173: «ist, bis die Erfahrungen bereichert sind, oder bis die Denkmethode so geschärft sind, dass jene provisorischen Methoden durch definitive ersetzt werden können. Darum».

eintreten.“²⁾ „Der Fehler muß rückgängig gemacht werden, indem das fiktiv eingeführte Gebilde einfach wieder hinausgeworfen wird.“³⁾ Er sagt zwar ausdrücklich: „Bei den juristischen Fiktionen dagegen scheint eine solche Korrektur gar nicht nötig zu sein; und sie ist es auch nicht. Denn hier handelt es sich ja²⁷ nicht um exakte Berechnung eines Wirklichen, sondern um Subsumtion unter ein willkürliches Gesetz, ein Menschenwerk, kein Naturgesetz, kein Naturverhältnis.“⁴⁾ Allein *Vaihinger* denkt dabei eigentlich nicht an jene Art von Fiktion, als welche sich der Rechtsbegriff der Person darstellt. Dieser ist von der Rechtswissenschaft, von der Theorie oder der Erkenntnis des Rechtes erzeugt. Nicht so die „juristischen“ Fiktionen, deren sich der Gesetzgeber oder der Rechtsanwender bedient und die *Vaihinger* – obgleich es sich hier nicht eigentlich um der Erkenntnis dienende Vorstellungsgebilde und somit gar | nicht um Fiktionen im *logischen* Sinne handelt – dennoch vornehmlich im Auge hat. Indes trifft *Vaihingers* Bemerkung gerade auf die *rechtstheoretische* Fiktion des Rechtssubjektes zu. Nur daß das Wesen der Rechtswissenschaft zum Unterschied von der Naturwissenschaft bloß negativ richtig charakterisiert ist, wenn gesagt wird, daß es sich hier nicht um Erfassung der Wirklichkeit handle. Positiv liegt der Rechtswissenschaft die Erfassung eines Sollens, die Erkenntnis von Normen ob.

Solange also der Begriff der Rechtsperson als das genommen wird, was er seiner logischen Struktur nach ist: ein Spiegelbild, kann er mit Nutzen verwendet werden. Allein es zeigt sich, daß er die mit jeder Personifikation gesetzte Gefahr nicht vermieden hat: die Hypostasierung zu einem realen Naturding. Indem die Theorie ein bloßes Spiegelbild als reales Ding auffaßt, steigert sie den Widerspruch, in dem das Recht als Subjekt (d. i. das Rechtssubjekt) zum Recht als Objekt (d. i. dem objektiven Recht) schon an und für sich und ohne Realsetzung steht, zu einem Widerspruch zur Wirklichkeit. Mit der Rechtsperson wird eine natürliche Realität behauptet, die es nie und nirgends in der Wirklichkeit gibt. Das gilt in gleicher Weise für die „physische“ wie für die sogenannte „juristische“ Person. Treffend vergleicht *Vaihinger* die fiktiven Denkgebilde mit „Knoten und Kno|tenpunkten“,
 |WRS 1222 die sich das Denken selbst aus den ihm dargebotenen Faden knüpft, „die dem Denken Hilfsdienste leisten, die aber demselben selbst zu Fallstricken werden, wenn diese Knoten als etwas genommen werden, was die Erfahrung selbst objektiv

| 1221 |²⁾ a. a. O. S. 173.²⁵

³⁾ a. a. O. S. 297.²⁶

⁴⁾ a. a. O. S. 197.²⁸

²⁵ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 173 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

²⁶ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 197f. – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

²⁷ «ja»] *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 197: «gar».

²⁸ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 197 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

enthält“.¹⁾ Gerade diese unzulässige Realsetzung der Person führt aber – wie dies *Vaihinger* bei anderen Fiktionen gezeigt hat – zu all den „Scheinproblemen“³⁰, den „künstlich geschaffenen Schwierigkeiten“, den „selbst erzeugten Widersprüchen“, deren die Lehre von den „juristischen“ Personen ebenso voll ist, wie alle philosophischen und wissenschaftlichen Theorien, die sich um einen fiktiven Begriff bilden.²⁾

Hier muß allerdings eine „Korrektur“ einsetzen, und diese kann auf keine andere Art erfolgen, als durch eine Reduktion des | Personenbegriffs auf seine | 638 natürlichen Grenzen, durch Selbstbesinnung der Rechtswissenschaft, durch das Klarstellen seiner logischen Struktur. Wenn man von dem Rechtsbegriff der Person nicht mehr verlangt hätte, als er kraft seiner Natur leisten kann, dann wäre jene gänzlich fruchtlose Diskussion zum größten Teile erspart worden, die sich über den Begriff der Person, insbesondere aber über den der „juristischen“ Person entwickelt hat; dann wären jene oft geradezu naiven und paradoxen Entgleisungen der juristischen Theorie, jene nur aus der irreführenden Gewalt der auch wissenschaftliches Denken verblendenden Fiktion erklärlichen Ausschreitungen der organischen Theorie, die sich ja geradezu in einen juristischen Mystizismus versteigen mußte, vermieden worden.

II.

Deutlich zu scheiden von den rechtstheoretischen Fiktionen sind die sogenannten „*fictiones juris*“, sind die Fiktionen der Rechts*praxis*, das ist: des *Gesetzgebers* und *Rechtsanwenders*. Was zunächst die „Fiktionen“ betrifft, deren sich der Gesetzgeber bedient, die Fiktionen *innerhalb* der Rechtsordnung, so liegen hier überhaupt keine „Fiktionen“ im Sinne *Vaihingers* vor. Zunächst schon deshalb nicht, weil die normsetzende, die gesetzgeberische Tätigkeit kein Denkprozeß, weil ihr Ziel nicht *Erkenntnis* ist, sondern weil sie, wenn sie | überhaupt als Prozeß oder Vorgang ins Auge | WRS 1223 gefaßt wird, eine Willenshandlung darstellt. Die Rechtsordnung ist in Worten ausgedrückt und diese Worte weisen zweifellos häufig jene Sprachform auf, hinter der sich die *erkenntnistheoretische* Fiktion zu verbergen pflegt: das „Als Ob“. Allein mangels jedes Erkenntniszweckes der Rechtsordnung – die ja als solche Gegenstand der Erkenntnis, nicht Erkenntnis oder Ausdruck der Erkenntnis ist – können die Worte eines Rechtsgesetzes niemals eine „Fiktion“ im Sinne *Vaihingers* enthalten.

¹⁾ a. a. O. S. 230.²⁹

²⁾ „Eine Lösung des sogenannten Welträtsels wird es nie geben, weil das meiste, was uns rätselhaft erscheint, von uns selbst geschaffene Widersprüche sind, die aus der spielenden Beschäftigung mit den bloßen Formen und Schalen der Erkenntnis entstehen.“ *Vaihinger*, a. a. O. S. 52.³¹

²⁹ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 230.

³⁰ Vgl. *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 152.

³¹ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 52 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

Es sei gleich dasjenige Beispiel untersucht, das *Vaihinger* in dem Kapitel über „juristische Fiktionen“ heranzieht: der Artikel 347 des deutschen Handelsgesetzbuches,³² „wo die Bestimmung getroffen ist, daß eine nicht rechtzeitig dem Absender wieder zur Verfügung gestellte Ware zu betrachten sei, *als ob* sie vom Empfänger definitiv genehmigt und akzeptiert sei“.¹⁾ | An einem solchen Beispiel sei so recht die prinzipielle Identität der analogischen Fiktionen, z. B. der Kategorien, mit dieser juristischen Fiktion zu studieren. Allein in den Kategorien, sowie in allen echten Fiktionen, will der menschliche Geist die Wirklichkeit oder sonst ein Objekt begreifen. Mit der Fiktion des Artikel 347 soll weder die Wirklichkeit oder sonst etwas *begriffen*, erkannt, sondern *geregelt*, soll eine Vorschrift für das *Handeln* gegeben, also eigentlich eine Wirklichkeit *geschaffen* werden. Nun besteht ja zwischen dem die Welt mit den Kategorien *ordnenden* und solcher Art – als geordnete Einheit – erst schaffenden Geist der Erkenntnis und dem die Rechtswelt regelnden und so erzeugenden Gesetz eine gewisse Verwandtschaft. Allein die prinzipielle Differenz zwischen der erkenntnistheoretischen und der juristischen Fiktion des Gesetzgebers zeigt sich sofort in dem Umstand, daß bei der letzteren *niemals* ein Widerspruch zur Wirklichkeit, sei es der Natur, sei es der Wirklichkeit des Rechtes (d. i. des Rechtes als Gegenstand der Erkenntnis) eintreten kann. Dieser Widerspruch könnte nur in einem Urteil über das, was ist (und wenn man den hier vorgeschlagenen erweiterten Fiktionsbegriff akzeptiert: über das, was sein soll) enthalten sein. Allein das Gesetz kann ein solches Urteil gar nicht enthalten. In dem Gesetz werden eben keine *Erkenntnisse* geäußert. Die Sätze, in denen sprachlich das Gesetz zum Ausdruck kommt, sind überhaupt nicht Urteile in diesem eigentlichen Sinne. Der Artikel 347 sagt keineswegs, daß die nicht rechtzeitig retournierte Ware vom Empfänger definitiv genehmigt und angenommen sei. Er sagt lediglich, daß für den Fall der nicht rechtzeitigen Retournierung dieselbe Norm gelten solle, wie für den Fall der Annahme, daß dem Empfänger und dem Absender dieselben Pflichten auferlegt, dieselben Rechte eingeräumt werden, wie im Falle der Annahme. Der Artikel 347 trifft die Bestimmung, daß eine nicht rechtzeitig retournierte Ware *ebenso zu behandeln* sei, *wie* eine angenommene. Die Sprachform des „Als Ob“ ist somit gar nicht wesentlich, sie kann durch das „Ebenso Wie“ ersetzt werden. Wenn das Gesetz zwei verschiedene Fälle unter

|638, |¹⁾ a. a. O. S. 46 ff.³³
WRS 1223

³² § 347 Handelsgesetzbuch. Vom 10. Mai 1897, RGBl. S. 219, behandelt die Sorgfaltspflichten eines ordentlichen Kaufmannes. *Vaihinger* meint vermutlich § 377 Abs. 1–3: „[1] Ist der Kauf für beide Theile ein Handelsgeschäft, so hat der Käufer die Waare unverzüglich ... zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen. [2] Unterläßt der Käufer die Anzeige, so gilt die Waare als genehmigt, es sei denn, daß es sich um einen Mangel handelt, der bei der Untersuchung nicht erkennbar war. [3] Zeigt sich später ein solcher Mangel, so muß die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht werden; anderenfalls gilt die Waare auch in Ansehung dieses Mangels als genehmigt.“

³³ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 46–49 – das Zitat findet sich auf S. 48; Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

dieselbe Norm stellt, so behauptet es damit keineswegs, daß beide Fälle gleich – im Sinne von *naturgleich* – seien. Sonst wäre ja jede generelle Norm eine „Fiktion“, da es überhaupt nicht zwei gleiche Menschen, zwei gleiche Verhältnisse gibt. „Rechtlich“ sind sie aber effektiv, tatsächlich, | wirklich gleich, weil durch die Rechtsordnung gleich gemacht. Der Artikel 347 ist, wie jede sogenannte „Fiktion“ des Gesetzgebers, nichts anderes als eine abbrevierende Ausdrucksweise. Das Gesetz will für einen Fall dasselbe anordnen wie für einen anderen. Die Formulierung in einer einzigen Norm ist zu umständlich, zu schwerfällig, oder es wurde nicht gleich auch an den zweiten Fall gedacht. Alle Vorschriften, die für den ersten Fall schon ausgesprochen wurden, beim zweiten Falle noch einmal zu wiederholen, ist jedoch überflüssig. Der Gesetzgeber kann sich mit dem Hinweis begnügen, daß im zweiten Falle dieselben Vorschriften gelten sollen wie im ersten. Es ist ein Mißverständnis, zu glauben, dieser Effekt werde dadurch erzielt, daß der Rechtsanwender zu der Vorstellung gezwungen wird, beide Fälle seien gleich, d. h. unterscheiden sich in ihren Tatbeständen nicht. Daß sie „rechtlich“ gleich seien, bedeutet nichts anderes, als daß bei natürlicher *Verschiedenheit* des Tatbestandes die *gleiche* Rechtsfolge eintritt. Und diese Verschiedenheit des Tatbestandes darf bei der Rechtsanwendung keineswegs ignoriert werden. Der Richter muß durch Tatsachenforschung *feststellen*, *ob* die Ware angenommen *oder ob* sie nicht rechtzeitig retourniert wurde. Wenn der beklagte Empfänger behauptet: Ich habe die Ware nicht angenommen, muß der *Beweis* geführt werden, daß sie nicht rechtzeitig retourniert wurde. Wo ist der Widerspruch zur Wirklichkeit?

Im Zusammenhang mit einer Unterscheidung zwischen der *factio juris* (Fiktion des Gesetzgebers) und der *praesumptio* charakterisiert *Vaihinger* die juristische Fiktion folgendermaßen: „In der *praesumptio* wird eine Voraussetzung so lange gemacht, *bis das Gegenteil bewiesen ist*. Dagegen ist die *factio* die Annahme eines Satzes bzw. *einer Tatsache, obwohl das Gegenteil sicher ist*.“ Als Beispiel | führt er an: |wrs 1225
 „Wenn ein Ehegatte, dessen Ehefrau etwa Ehebruch begeht, doch als Vater des dadurch erzeugten Kindes angesehen wird, wenn er zu derselben Zeit im Lande war: Da wird er betrachtet, *als ob* er der Vater wäre, obgleich er es nicht ist und obgleich man weiß, daß er es nicht ist. Dieser letztere Zusatz unterscheidet die *praesumptio* von der *factio*.³⁴“⁽¹⁾ Allein so richtig es ist, zwischen *factio* und *praesumptio* zu unterscheiden, so unrichtig ist in diesem Gegensatz die *factio* | charakterisiert. Das Gesetz behauptet nicht, daß der Ehegatte unter gewissen | 641
 Voraussetzungen der *Vater* – d. h. der *natürliche* Vater, *Erzeuger* des von seiner Frau im Ehebruch erzeugten Kindes ist. Es stellt keinen Satz auf, nimmt keine

¹⁾ a. a. O. S. 258.³⁵

| 640, wrs 1225

³⁴ «die *praesumptio* von der *factio*.»] *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 258: «die *factio* von der *praesumptio*.».

³⁵ Beide Zitate: *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 258 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

Tatsache an, obwohl das Gegenteil sicher ist. Sondern es ordnet nur aus bestimmten Gründen und zu bestimmten Zwecken an: Daß der Ehegatte unter gewissen Umständen einem von seiner Frau im Ehebruch erzeugten Kinde gegenüber, und daß dieses Kind dem Ehegatten gegenüber *dieselben* Pflichten und Rechte habe, wie sie zwischen dem Ehegatten und seinen von ihm erzeugten ehelichen Kindern bestehen. Wenn sich das Gesetz des Ausdrucks bedient: Der Ehegatte gilt unter den bezeichneten Umständen „als Vater“ des im Ehebruch erzeugten Kindes, er ist anzusehen, „als ob“ er der Vater wäre, so ist dies nichts als eine abkürzende Formulierung der Rechtsnorm. Ein Widerspruch zur Wirklichkeit ist damit in keiner Weise gesetzt. Ja, man kann sogar – ohne einen solchen Widerspruch zur Wirklichkeit zu begehen – rechtstheoretisch behaupten: Der Ehegatte ist rechtlich der Vater, ist der „rechtliche“ „Vater“ des im Ehebruch erzeugten Kindes, wenn man mit „Vater“ einen spezifischen Rechtsbegriff, nämlich ein Subjekt bestimmter Pflichten und Rechte, *die Personifikation eines bestimmten Normkomplexes* konstituiert. Eine Fiktion im Sinne eines Widerspruches zur Wirklichkeit vollzöge sich erst dann, wenn man diesen Rechtsbegriff des „Vaters“ mit der *Naturtatsache* des so benannten männlichen *Erzeugers* identifizierte. Eine solche Fiktion ist allerdings *nur* falsch und schädlich und gänzlich überflüssig. Es wäre die gleiche Fiktion wie jene, die oben in der Hypostasierung der Rechtsperson zur Naturtatsache des *Menschen* oder des „realen“ Organismus gekennzeichnet wurde. Und dabei wäre es eine Fiktion der Rechtstheorie, der auf *Erkenntnis* des Rechts gerichteten Tätigkeit, nicht des Gesetzgebers, dessen Tätigkeit auf *Erzeugung* des Rechts gerichtet ist.

|WRS 1226 Zu den großen Verdiensten der *Vaihingerschen* Untersuchungen | gehört die Erkenntnis von der innigen Verwandtschaft der mathematischen Methode mit der Begriffstechnik der Rechtswissenschaft.¹⁾ Allein gerade die völlige Gleichsetzung
|642 der *gesetzgeberischen* Fiktion mit den Fiktionen der Mathematik | muß als verfehlt bezeichnet werden. „Die Ähnlichkeit der Methode³⁷ beider Wissenschaften beschränkt sich nicht nur auf die Grundbegriffe, welche in beiden Gebieten rein fiktiver Natur sind, sondern zeigt sich auch in dem ganzen methodischen Verfahren. Was zuerst das letztere betrifft, so handelt es sich oft in beiden Gebieten darum, einen einzelnen Fall unter ein Allgemeines zu subsumieren, dessen Bestimmungen nur³⁸ auf jenes Einzelne angewendet werden sollen. Nun aber widerstrebt das Einzelne dieser Subsumtion. Denn das Allgemeine ist nicht so umfassend, um dieses Einzelne unter sich zu begreifen. In der Mathematik handelt es sich z. B. darum, die krummen Linien unter die geraden zu subsumieren; das hat ja den enormen Vorteil, dann mit denselben rechnen zu können. In der Jurisprudenz handelt es sich darum, einen einzelnen Fall unter ein Gesetz zu bringen, um dessen

|641, |¹⁾ a. a. O. S. 80, 251, 69 ff., 187.³⁶
WRS 1226

³⁶ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 80, 251, 69–76, 187.

³⁷ «Methode»] *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 70: «Methoden».

³⁸ «nur»] *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 70: «nun».

Wohltaten und Strafbestimmungen auf jenen Fall anzuwenden. In beiden Fällen wird nun dies *in Wirklichkeit nicht herzustellende Verhältnis* als hergestellt betrachtet: So wird z. B. die krumme Linie als gerade betrachtet, so wird der Adoptivsohn als der wirkliche Sohn betrachtet. Eine³⁹ krumme Linie ist niemals gerade, ein Adoptivsohn ist niemals ein wirklicher Sohn; oder um ein anderes Beispiel zu⁴⁰ wählen: Der Kreis soll als eine Ellipse gedacht werden; in der Rechtswissenschaft wird der nicht erschienene Beklagte betrachtet, *als ob* er die Klage zugestanden habe, wird der eingesetzte Erbe im Falle der Unwürdigkeit betrachtet, *als ob* er vor dem Erblasser gestorben sei.⁴¹ Allein *Vaihinger* scheint den prinzipiellen Unterschied zu übersehen, der hier zwischen den Gedankengängen der Mathematik und den Formulierungen des Gesetzgebers besteht: Gewiß, in beiden Fällen soll ein Fall unter ein Allgemeines – hier eine Norm, dort ein Begriff – subsumiert werden, das nicht allgemein, nicht weit genug ist, um das Einzelne zu begreifen. Was aber macht der Gesetzgeber? Er *erweitert* einfach die Norm, er dehnt sie – ohne jede Fiktion, ohne jeden Widerspruch zur Wirklichkeit – auf den neuen Fall aus. Der neue Fall verhält sich zur erweiterten Norm nicht anders, als jeder Fall zu der ihn regelnden Norm. Das gewünschte Verhältnis *ist* hergestellt, es ist – für das Gebiet des Rechtes – *nicht* ein „*in Wirklichkeit nicht herzustellendes*“, es ist in der „Wirklichkeit“ des Gesetzes hergestellt. Die Mathematik behauptet, im Widerspruch zu ihrer Wirklichkeit, allerdings: Der Kreis ist eine Ellipse, die Krumme ist gerade. Allein das Gesetz behauptet *nicht* – es behauptet ja überhaupt nichts – der Adoptivsohn ist ein wirklicher Sohn, der nicht erschienene Beklagte hat die Klage zugestanden, der unwürdige Erbe ist *vor* dem Erblasser gestorben. Sondern es „behauptet“, d. h. es bestimmt – und diese Bestimmung steht zu *nichts* in einem Widerspruch –, daß für den Adoptivsohn dieselben Normen gelten sollen wie für den wirklichen – so wie es bestimmt, daß gewisse Normen für Männer und Frauen ohne Rücksicht auf den Geschlechtsunterschied gelten sollen – und es bestimmt, daß das Nichterscheinen des Beklagten dieselben Rechtsfolgen haben soll, wie das Zugeständnis der Klage usw.

| WRS 1227

| 643

Ebenso liegt keine eigentliche Fiktion in dem von *Vaihinger* allerdings als Beispiel für eine solche herangezogenen Grundsatz des englischen Rechts: *The king can do no wrong*.¹⁾ Der König kann „wirklich“ kein Unrecht tun, wenn die Rechtsnorm ihre Geltung ihm gegenüber zurückzieht. „Unrecht“ ist ja keine Naturtatsache. Ein Tatbestand ist „Unrecht“ nur durch sein Verhältnis zur Rechtsordnung,

¹⁾ a. a. O. S. 70.⁴¹

| 642

¹⁾ a. a. O. S. 697.⁴²

| 643, WRS 1227

³⁹ «betrachtet. Eine»] *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 70: «betrachtet. Faktisch ist aber beides geradezu unmöglich. Eine».

⁴⁰ «um ein anderes Beispiel zu»] *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 70: «um andere Beispiele zu».

⁴¹ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 70 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

⁴² *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 697.

dadurch daß er als Inhalt einer verbietenden Rechtsnorm bzw. als Bedingung in eine Strafe oder Exekution anordnende Rechtsnorm aufgenommen ist. Wenn die Rechtsordnung Handlungen oder Unterlassungen des Königs nicht verbietet, bzw. nicht zu Bedingungen für Strafe und Exekution macht, *gibt* es kein Unrecht des Königs. Der dem englischen Rechtsgrundsatz analoge Rechtssatz der österreichischen und deutschen Verfassung: Der Monarch ist unverantwortlich,⁴³ schafft eben jene Rechtswirklichkeit, zu der allein der die juristische Fiktion begründende Widerspruch einsetzen könne. Der *Irrtum*, daß Unrecht eine Naturtatsache sei, daß ein Mord Unrecht sei, auch wenn er nicht vom Recht verboten bzw. mit Strafe bedroht ist, erzeugt die Meinung, daß die erwähnten, die Geltung der Rechtsordnung nach bestimmter Richtung einschränkenden Rechtssätze Fiktionen seien, weil sie in einen Widerspruch zur Wirklichkeit geraten könnten.

Vaihinger scheint ja die Differenz, die zwischen der „Fiktion“ des Gesetzgebers und der mathematischen Fiktion besteht, empfunden zu haben. Er hat sich diesen Unterschied dadurch | verdunkelt, daß er zwar der mathematischen Erkenntnis richtig die *Rechtswissenschaft* gegenüber gestellt hat, dann aber doch ein Gebilde des *Gesetzgebers*, nicht der Rechtswissenschaft, behandelt. Er sagt: „Die Rechtswissenschaft hat es bei ihren Fiktionen indessen viel leichter als die Mathe|matik: Dort sind Fälle, denen willkürliche Gesetzesbestimmungen gegenüberstehen; da ist also eine Übertragung leicht möglich. Man denkt sich die Sache eben einfach so, als ob sie so wäre.“⁴⁴ Allein hier handelt es sich gar nicht um eine „Übertragung“, der Gesetzgeber – und mit ihm der Rechtsanwender – „denkt“ sich nicht die Sache so, als ob sie irgendwie wäre, sondern er *regelt* sie so, wie er es wünscht. Dadurch wird die „Sache“ wirklich, d. h. rechtswirklich, so. Der Gesetzgeber ist – in seinem Reiche – allmächtig, weil seine Funktion in nichts anderem besteht, als Rechtsfolgen an Tatbestände anzuknüpfen. Eine Fiktion des Gesetzes wäre etwa ebenso unmöglich, wie eine Fiktion der Natur. Das Gesetz könnte ja nur zu sich selbst – d. h. zu seiner eigenen Wirklichkeit – in Widerspruch geraten. Das aber ist sinnlos.

Der mit der Fiktion gesetzte Widerspruch kann bei den Fiktionen der Rechtswissenschaft (die von den als „Fiktionen“ bezeichneten Abkürzungen der Gesetzessprache zu unterscheiden sind) zunächst nur gegenüber der Rechtsordnung, dem Rechte als dem Gegenstande und somit der „Wirklichkeit“ der Rechtswissenschaft, in die Erscheinung treten. Das von der Rechtswissenschaft konstituierte Gebilde, ihr Hilfsbegriff, muß, in ein Urteil aufgelöst, eine Behauptung enthalten, die der Rechtsordnung widerspricht, aus der Rechtsordnung sich nicht ableiten läßt. Ein solcher Fall wurde ja oben an dem Begriffe der Person exemplifiziert. Ein

⁴³ Vgl. Art 1 Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt, RGBl 1867/145; Die Verfassung des Deutschen Reiches (Gesetz, betreffend die Verfassung des Deutschen Reichs. Vom 16. April 1871, RGBl. S. 63) geht in ihrer Regelungsanlage von einer Unverantwortlichkeit aus, ohne dass diese im Text ausdrücklich statuiert ist; vgl. *Paul Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, 4. Aufl., Tübingen und Leipzig 1901, S. 196.

⁴⁴ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 71 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

Widerspruch zur Rechtsordnung ist natürlich bei den Fiktionen des Gesetzgebers ausgeschlossen oder nur ein für oberflächliche, an den Worten haftende Betrachtung entstehender Schein.

Daß *Vaihinger* bei seinen juristischen Fiktionen auch an diesen Widerspruch zur Rechtsordnung gedacht hat, das beweist sein Beispiel der prätorischen Fiktionen des römischen Rechtes. Er zitiert die Realencyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft von *Pauly*,⁴⁵ III, S. 473:⁴⁶ „Fictio nannten die Römer eine durch das prätorianische Recht geschaffene *Erleichterung einer Rechtsumgehung*⁴⁷, welche darin besteht, daß etwas, was das strenge Recht fordert, unter gewissen Umständen als geschehen oder vorhanden angenommen werden soll, wenn es auch nicht geschehen oder vorhanden ist. Dadurch treten gewisse rechtliche Wirkungen ein, auch wenn die vorausgesetzten Verhältnisse nicht so stattfinden, wie es das Gesetz vorschreibt.“⁴⁸ Und *Vaihinger* bemerkt hierzu: „Diese Erklärung paßt mutatis mutandis *vollständig* auf die *wissenschaftliche* Fiktion im engeren Sinne; auch hier findet eine Erleichterung und Umgehung der Schwierigkeit statt, welche aber auch hier wie dort Folge | der verwickelten Verhältnisse ist: Auch hier wird eine Forderung des *strengen Rechtes der Logik* umgangen und auch hier treten Konsequenzen, praktische Folgerungen ein, welche *stimmen, obwohl das Vorausgesetzte selbst falsch ist*.“⁴⁹ Allein weder ist die *Paulysche* Charakterisierung der „fictio“, noch sind die daraus gezogenen Schlüsse *Vaihingers* ganz richtig. Diese letzteren stehen und fallen mit der Tatsache, daß die prätorianische Fiktion eine „Rechtsumgehung“ ist, daß sie einen Widerspruch zu demjenigen setzt, was das Gesetz vorschreibt. Dies ist jedoch deshalb nicht der Fall, weil der Prätor selbst gesetzgebendes Organ ist, weil er – und zwar *verfassungsgemäß* – das Recht nicht bloß anwendet, sondern auch selbst Rechtsnormen statuiert. Wenn der Prätor einem peregrinus gestattet, eine Klage, die nach dem jus strictum nur ein civis erheben kann, so anzustellen, *als ob* er ein civis wäre, so bedeutet das nichts anderes, als: die

| 645

| WRS 1229

⁴⁵ „Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft“ ist die bedeutendste deutschsprachige Enzyklopädie zur Antike. Jene hat bisher vier Ausgaben erreicht: (1) *August Friedrich Pauly* (Hrsg.), Real-Encyclopädie der classischen Alterthumswissenschaft in alphabetischer Ordnung, 6 Bde., Stuttgart 1839–1852; (2) *Georg Wissowa* u. a. (Hrsg.), Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft. Neue Bearbeitung, 49 Bde., Stuttgart und München 1893–1978; (3) *Konrat Ziegler/Walther Sontheimer/Hans Gärtner* (Hrsg.), Der kleine Pauly. Lexikon der Antike, 5 Bde., Stuttgart und München 1964–1975; (4) *Hubert Cancik/Helmuth Schneider* (Hrsg.), Der neue Pauly. Lexikon der Antike, 24 Bde., Stuttgart und Weimar, seit 1996.

⁴⁶ *Wilhelm Rein*, [Artikel:] Fictio, in: *August Friedrich Pauly* (Hrsg.), Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft in alphabetischer Ordnung, Bd. 3, Stuttgart 1844, S. 473–474 (473).

⁴⁷ «*Erleichterung einer Rechtsumgehung*» | *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 249: «*Erleichterung und Rechtsumgehung*».

⁴⁸ Wie sich aus den Abweichungen ergibt, zitiert Kelsen – wenn auch unzutreffend – die zwei Sätze aus dem „Pauly“ nach *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 249f. – *Vaihingers* Hervorhebungen von Kelsen teilweise nicht übernommen.

⁴⁹ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 250 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

Statuierung eines *Rechtssatzes*, in dem gewisse Rechte und Pflichten des *civis* auf den *peregrinus* ausgedehnt werden, so kann diese Rechtsnorm ohne jedes „Als Ob“ und ohne jede Fiktion formuliert werden: Der *peregrinus* darf dieselbe Klage anstellen, wie der *civis*. Die „Konsequenzen und praktischen Forderungen“, die hier eintreten, „stimmen“ nicht, *obwohl* das Vorausgesetzte selbst falsch ist, sondern *weil* auch das Vorausgesetzte „richtig“, d. h. rechtmäßig, dem neuen vom Prätor geschaffenen Rechtssatz gemäß ist. Der Irrtum, der hier unterläuft, besteht darin, daß das strikte *jus civile* als der einzige Bestandteil der Rechtsordnung vorausgesetzt wird, als ob nicht auch das prätorische Recht – als vollwertiges objektives Recht – dazu gehörte. Die Klagerhebung durch den *peregrinus* kann der Rechtsordnung nicht widersprechen, denn sie beruht auf einem Satze derselben! Allerdings unterläuft dabei dennoch eine Fiktion: Die nämlich, daß der Prätor nicht Recht *setzt*, sondern Recht *anwendet*. Als bloßer Anwender des *jus civile* müßte der Prätor, der einem | *peregrinus* eine Klage gewährt, die nur dem *civis* zusteht, einen Widerspruch zu dem die Rechtsordnung allein darstellenden *jus civile* setzen. Und dieser in der *Rechtsanwendung* vollzogene Widerspruch zur Rechtsordnung müßte sich in einer Fiktion verstecken. Diese Fiktion besteht jedoch nicht in der Behauptung: Der *peregrinus* sei ein *civis*, sondern in der Behauptung: Die Rechtsordnung gewähre auch dem *peregrinus* eine Klage. Der Prätor leugnet keineswegs den Unterschied zwischen *civis* und *peregrinus* überhaupt. Er leugnet ihn nur – sofern er sich als Rechtsanwender darstellt – nach der speziellen Richtung der Klageberechtigung. D. h. er behauptet: auch der *peregrinus* ist klageberechtigt. Allein diese | Fiktion wird in demselben Augenblicke überflüssig, ja unmöglich, wo jene andere Fiktion wegfällt, die den Prätor als bloßen Rechtsanwender – und nicht als delegierten Gesetzgeber – gelten läßt.

III.

Schon aus dem eben Gesagten ergibt sich, daß in bezug auf die Möglichkeit einer Fiktion – die von der Möglichkeit eines Widerspruches zu der Rechtsordnung abhängt – die Rechtsanwendung sich von der Rechtssetzung unterscheidet. Der Rechtsanwender befindet sich den Rechtsnormen gegenüber tatsächlich in einer ganz ähnlichen Situation, wie das mathematische Denken gegenüber den Begriffen des Kreises, der Ellipse, der Krümmen, der Geraden usw. Der Richter, der Geschäftsmann, kann die Normen nicht willkürlich ausdehnen oder einschränken, mit anderen Worten: er kann nicht an beliebige Tatbestände beliebige Rechtsfolgen knüpfen. Wünscht er also einen Tatbestand unter eine Rechtsnorm zu subsumieren, die diesen Fall nicht umfaßt, dann ist allerdings die Fiktion nahegelegt: Den Fall so zu betrachten, *als ob* er unter die Rechtsnorm fiele. Bedroht das Gesetz die Beschädigung des Staatstelegraphen mit Strafe, läßt es aber die gleiche Beschädigung des Staatstelephons unbestraft, oder setzt es auf dieses Delikt eine –

nach Ansicht des Rechtsanwenders – zu milde Strafe, dann bedeutet es eine Fiktion, wenn der Richter über den Telephonbeschädiger Strafe verhängt, die das Gesetz dem Telegraphenzerstörer zugedacht hat, indem er die den Telegraphen schützende Norm zum Schutze des Telephons verwendet; nicht *als ob* Telegraph und Telephon dasselbe wäre, das behauptet ja der Richter nicht und will es nicht behaupten, sondern als ob | das Gesetz den Telephonbeschädiger mit derselben Strafe bedrohte wie den Telegraphenbeschädiger. Die juristische Fiktion kann nur eine fiktive *Rechts*behauptung, nicht eine fiktive *Tatsachen*behauptung sein. Daß ein *Telephon* und nicht ein *Telegraph* beschädigt wurde, muß der Richter ausdrücklich feststellen und darf es nicht ignorieren. Seine im Widerspruch zur *Rechts*ordnung, nicht zur Naturwirklichkeit oder Physik stehende Behauptung lautet: Auch das Staatstelephon *darf* nicht beschädigt werden. Diese Behauptung einer – nicht geltenden – generellen Norm ist das Mittel, um zu dem konkreten, von ihm gewünschten Urteil zu gelangen. Nicht aber die Behauptung: Das Telephon ist ein Telegraph. | 647

Daß die *Rechtsanwendung* Fiktionen aufweisen kann, hängt damit zusammen, daß sie die *Rechtserkenntnis* voraussetzt oder richtiger, | daß in dem zusammengesetzten Akt der *Rechtsanwendung* auch ein Stück *Rechtserkenntnis* steckt. Indes muß fraglich bleiben, ob diese Fiktionen der *Rechtsanwendung* – sie sind identisch mit den Fällen der Interpretation durch *Analogie* – auch darin den erkenntnistheoretischen Fiktionen gleichen, daß sie wie diese – wenn auch durch eine bewußt falsche Vorstellung – zu einem *richtigen* Ergebnis gelangen. Denn die „Richtigkeit“ der *Rechtsanwendung* kann offenbar nur ihre *Rechtmäßigkeit*, nicht aber ihre Nützlichkeit sein. Es ist ein mathematisch richtiges Resultat, zu dem die Fiktion führt, daß die Krumme nur eine Gerade sei. Es müßte ein rechtlich richtiges, also ein rechtmäßiges Ergebnis sein, das im Wege einer analogisch-fiktiven Interpretation gewonnen wird. Allein die *Rechtmäßigkeit* dieses Ergebnisses kann nur an der *Rechtsordnung* gemessen werden, der *Widerspruch* zur *Rechtsordnung* ist aber bei der fiktiv-analogischen *Rechtsanwendung* nicht ein bloß provisorischer, korrigierbarer, sondern ein definitiver, der im weiteren Verlaufe nicht korrigiert werden kann. Nun betont *Vaihinger* als ein Hauptmerkmal der Fiktion, „daß diese (fiktiven) Begriffe sei es historisch wegfallen, sei es logisch wieder ausfallen“. „Ist ein Widerspruch gegen die Wirklichkeit da, so kann die Fiktion eben nur Wert haben, wenn sie *provisorisch* gebraucht ist ...“ Und speziell von den Semifiktionen: „Darum muß auch ... eine *Korrektur* eintreten; denn ohne eine solche wären sie ja nicht anwendbar auf die Wirklichkeit.“¹⁾ Von den juristischen Fiktionen behauptet er jedoch, wie bereits früher bemerkt,⁵¹ daß eine solche *Korrektur* nicht nötig | 648

¹⁾ a. a. O. S. 172/73.⁵⁰

| 647, WRS 1231

⁵⁰ Drei Zitate: *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 172f. – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt, Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

⁵¹ Vgl. oben S. 219–223.

sei. Denn hier handele es sich ja nicht um exakte Berechnung der Wirklichkeiten, sondern um Subsumtion unter ein willkürliches Gesetz, ein Menschenwerk, kein Naturgesetz, kein Naturverhältnis.¹⁾ Allein damit ist die Überflüssigkeit einer Korrektur bei der juristischen Fiktion der *Rechtsanwendung* nicht erwiesen! Denn es handelt sich wohl bei der geistigen Tätigkeit, die sich juristischer Fiktionen (Fiktionen des Gesetzgebers und der Rechtsanwendung) bedient, nicht um Berechnung der *Wirklichkeit*. Das könnte aber nur die Konsequenz haben, daß zu einem Widerspruch zur Wirklichkeit, und damit zu einer erkenntnistheoretischen Fiktion im Sinne *Vaihingers* überhaupt kein Anlaß ist. Soweit erkenntnistheoretische Fiktionen als „juristische“ Fiktionen möglich sind, können es nur Fiktionen der Rechtserkenntnis sein. Und bei diesen richtet sich der das Wesen der Fiktion | WRS 1232 | konstituierende | Widerspruch gegen die Rechtsordnung, die die „Wirklichkeit“, der Erkenntnisgegenstand der Rechtswissenschaft ist. *Dieser* Widerspruch aber bedarf, wie oben ausgeführt, aus denselben Gründen einer Korrektur, wie der ihm *analoge* Widerspruch bei den physikalischen, mathematischen und sonstigen naturwissenschaftlichen (im weitesten Sinne), denn ohne eine solche Korrektur wäre die juristische Fiktion ebensowenig auf die Rechtsordnung, d. i. die Wirklichkeit der juristischen Erkenntnis, wie die anderen Fiktionen auf die Wirklichkeit der Natur anwendbar. Die Fiktion der *Rechtsanwendung* aber – d. i. die analogische Interpretation – setzt einen *unaufhebbaren* Widerspruch zur Rechtsordnung. Sie ist kein Umweg, der schließlich doch zur „Wirklichkeit“ des Rechtes, sondern ein *Abweg*, der vielleicht zu demjenigen führt, was der Fingierende für nützlich und zweckmäßig hält, niemals aber zum Gegenstand der Rechtswissenschaft: dem *Recht*. Aus diesem Grunde muß eine *Rechtfertigung* dieser Art von juristischer Fiktion, der Fiktion der Rechtsanwendung, theoretisch für unmöglich erklärt werden. Dies ist mit besonderem Nachdruck angesichts der Tatsache zu betonen, daß *Vaihinger* gerade *diese* juristische Fiktion als eine *gleichartige* und *gleichberechtigte* Erscheinung in sein System und seine Theorie der Fiktionen einbezogen hat, die ja im großen und ganzen eine Apologie der Fiktionen sein will.

| 649 | Allerdings muß darauf Bedacht genommen werden, daß eine derartig unzulässige Fiktion tatsächlich *nur* dann vorliegt, wenn ein unleugbarer und unbehebbarer Widerspruch zur Rechtsordnung gesetzt würde. Dies ist in allen jenen Fällen der analogischen Rechtsanwendung *nicht* der Fall, wo die Rechtsordnung die Analogie unter gewissen Bedingungen zuläßt, ja anordnet. Ob dies in einem Gesetzesrechtssatz ausdrücklich normiert ist, wie etwa im § 7 des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches,⁵³ oder ob man sich dabei nur auf eine Gewohnheits-

| 648 | ¹⁾ a. a. O. S. 197.⁵²

⁵² *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 197 – Kelsen paraphrasiert.

⁵³ § 7 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, in: Patent vom 1ten Junius 1811, JGS 1811/946: „Läßt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muß auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die

rechtsnorm oder – im Falle man nicht auf positivistischer Basis steht – auf einen natürlichen Rechtsgrundsatz beruft, ist gleichgültig, denn ein Widerspruch zur *Rechtsordnung* – und damit eine Fiktion ist ausgeschlossen, sobald die Rechtsordnung selbst die Anwendung der Analogie und sohin die mit Hilfe der Analogie getroffene Entscheidung anordnet. Man vergesse auch nicht, daß jeder Jurist, der die Analogie für zulässig erklärt, nie und nimmer darauf verzichten wird, die mittels analogischer Interpretation gewonnene Entscheidung als *Recht* gelten zu lassen. Das heißt aber: Der Satz, der die Analogie fordert, muß als *Rechtssatz* behauptet werden. Der Nachweis eines solchen Rechtssatzes ist natürlich eine andere | Frage. Rechtstheoretisch ist somit eine Fiktion des Gesetzgebers unmöglich, eine Fiktion des Rechtsanwenders gänzlich unzulässig, weil *rechtszweck-* | WRS 1233
widrig.

IV.

Zum Nachweis, daß Fiktionen der Rechtsanwendung gar nicht in das *Vaihinger-* System der Fiktionen hineingehören, sei schließlich festgestellt, daß die *Rechtserkenntnis* – die allein zu einer echten Fiktion führen kann – bei der Rechtsanwendung eine untergeordnete Rolle spielt. Sie ist nicht das Wesen, der eigentliche Sinn und Zweck dieser Tätigkeit, sondern nur ihr Mittel. Der Rechtsanwendung kommt es fast ebenso wie der Rechtssetzung nicht eigentlich auf die Erkenntnis des Rechts, sondern auf dessen Verwirklichung, auf *Willenshandlungen*, an. Die Rechtserkenntnis, die *Theorie* des Rechts, bereitet die Praxis des Rechtes nur vor, schafft ihr das Handwerkszeug.

Nun hat *Vaihinger* wohl selbst zwischen *Rechtstheorie* und *Rechtspraxis* unterschieden.¹⁾ Allein er hat den prinzipiellen | Unterschied übersehen, der zwischen | 650
den echten erkenntnistheoretischen Fiktionen der *Rechtswissenschaft* und den Pseudofiktionen der Rechtspraxis besteht. Vor allem aber hat *Vaihinger* fast ausschließlich die sogenannten „Fiktionen“ der Rechtspraxis behandelt. Doch finden sich immerhin bei ihm auch rechtstheoretische Fiktionen. Leider meist nur mit einem Schlagwort angedeutet und ohne Analyse dieser Gebilde. So die Fiktion der juristischen Person im allgemeinen und der Staatsperson im besonderen.¹⁾ Keine rechtstheoretischen, sondern ethische Fiktionen sind die Fiktionen der „Frei-

¹⁾ Vgl. a. a. O. S. 257.⁵⁴

¹⁾ a. a. O. S. 259.⁵⁵

| 649, WRS 1233

| 650

Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.“

⁵⁴ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 257.

⁵⁵ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 257–259.

heit⁵⁶ und die des „Staatsvertrages“,⁵⁷ die *Vaihinger* zur Begründung des staatlichen Strafrechtes für notwendig hält. Das „Recht“ des Staates, zu strafen, bedarf einer moralischen, keiner juristischen Rechtfertigung; und die Freiheit des Willens als Grund dieses Rechtes ist keine *notwendige* ethische Fiktion. Denn die auch von *Vaihinger* angeführte Generalprävention ist eine Begründung der Strafe, die ohne jede Freiheitsfiktion zu Recht besteht.⁵⁸ Die „Fiktion“ der Freiheit entsteht sicherlich nur durch die irrige Anwendung der normativen Kategorie auf die – kausal determinierte – Naturwirklichkeit, durch einen unzulässigen und für den Bereich juristischer Erkenntnis zumindest überflüssigen Synkretismus von Sein und Sollen. Der Mensch handelt oder wird in bestimmter Weise handeln (Seinsbetrachtung), nur wenn er so handeln kann, bzw. muß. Das Urteil, das ein Handeln als (zukünftig) *seiend* behauptet, obgleich dieses Handeln als unmöglich erkannt ist, setzt einen Widerspruch zu eben jenem Objekt, das mit diesem Urteil erfaßt werden soll: zur Wirklichkeit; ist somit unzulässig und wertlos. Das Urteil: der Mensch *soll* in bestimmter Weise handeln, setzt auch dann keinen Widerspruch – weder zur Wirklichkeit, noch zu sonst einem Erkenntnisobjekt – wenn die gesollte Handlung als seiende unmöglich erscheint. Nur wenn man den Unterschied von Sein und Sollen (als zweier verschiedener Erkenntnisformen) ignoriert und die *Seinsmöglichkeit* für eine Bedingung der Sollurteile hält, entsteht der Schein, als ob zwischen dem Satze, der einen Inhalt als *gesollt* setzt, und dem Satze, der die Unmöglichkeit dieses Inhalts in der *Seinsform* behauptet, ein Widerspruch besteht; entsteht der Irrtum: Der Inhalt (die gesollte Handlung) müsse als *seins*-möglich, der handelnde Mensch somit | als *frei fingiert* werden, damit das Sollurteil und mit ihm die Pflicht zu handeln und eventuell anders zu handeln, als man wirklich handelt, handeln muß und kann, möglich sei. Ein methodischer Fehler führt zu der Fiktion der Freiheit, die mit Erkenntnis dieses Fehlers überflüssig wird. Nur so ist es zu erklären, daß der Widerspruch zwischen der Freiheit der Ethik und Jurisprudenz und der Unfreiheit der Naturwissenschaft überhaupt möglich wurde und von beiden Seiten ignoriert werden konnte. Die ethische Fiktion der Freiheit ist somit nur insolange nützlich und notwendig, als es an der nötigen methodischen Einsicht fehlt. Und insofern paßt auf sie *Vaihingers* zweites Hauptmerkmal der Fiktion: „Ist ein Widerspruch gegen die Wirklichkeit da, so kann die Fiktion eben nur Wert haben, wenn sie provisorisch gebraucht wird. Bis die Erfahrungen bereichert sind, oder bis die Denkmethode so geschärft sind, daß jene provisorischen Methoden durch definitive ersetzt werden können.“⁶¹

|651, |¹ a. a. O. S. 17.⁵⁹
WRS 1234

⁵⁶ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 59 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁵⁷ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 198 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁵⁸ Vgl. *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 59f., 198f.

⁵⁹ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 173 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

Die Fiktion des Staatsvertrages charakterisiert *Vaihinger* nicht ganz richtig, wenn er behauptet: „Der Staat will sein faktisch ausgeübtes Strafrecht nicht auf die Macht gründen, auch nicht bloß utilitaristisch, sondern als wirkliches Recht“⁶⁰ nachweisen: Das ist aber nur möglich durch Fiktion eines Vertrages: Denn andere Rechte als aus Verträgen hervorgegangene kennt der Jurist nicht.“⁶¹ Die Fiktion des Staatsvertrages dient wie die der Freiheit nicht eigentlich zur *juristisch* | WRS 1235
Rechtfertigung der staatlichen Straf- und Zwangsfunktion. Eine solche bedeutete ja nur: Begründung auf einen Rechtssatz. Es gilt vielmehr, den Rechtssatz, das heißt ja nichts anderes als die zwangsanordnende Norm selbst zu begründen. Diese Begründung erfolgt durch eine höhere außerrechtliche Norm: Das moralische oder „natürliche“ Grundprinzip: *Pacta sunt servanda*. *Darum* muß ein Vertrag fingiert werden, nicht aber, weil der Jurist angeblich keine anderen Rechte kennt, als solche, die aus Verträgen hervorgegangen sind. Das ist überdies ein tatsächlicher Irrtum. Der Vertrag ist nur einer der vielen Tatbestände, an die die Rechtsordnung Rechte und Pflichten knüpft.

Der Staatsvertrag ist somit eigentlich keine rechtstheoretische, sondern eine ethische Fiktion, die Fiktion einer moralischen Weltanschauung. Eine rechtstheoretische Betrachtung muß gerade diese Fiktion – mit der Vorstellung einer sittlichen Begründung des Rechts – fallen lassen.

| V.

| 652

Eine Rechtswissenschaft – als Erkenntnis eines besonderen Objektes – ist nämlich überhaupt nur möglich, wenn man von der Anschauung einer *Souveränität des Rechtes* (oder, was dasselbe ist, des Staates) ausgeht, d. h. wenn man die Rechtsordnung als ein selbständiges und daher von keiner höheren Ordnung abgeleitetes Normensystem erkennt. Andernfalls kann es nur eine Moralwissenschaft (Ethik) oder Theologie geben, je nachdem man das Recht als Ausfluß der Moral oder der Religion gelten läßt. (Von einer Naturwissenschaft oder Soziologie des Rechtes, die natürlich auch keine Rechtswissenschaft wäre, braucht hier nicht die Rede zu sein, solange das Recht als Ordnung, als Normenkomplex aufgefaßt wird.) Nun erblickt *Vaihinger* gerade in dieser Isolierung des Rechtes von der Moral eine Fiktion. Die „fiktive Isolierung“, die bei der positivistischen (d. h. das Recht als selbständige, souveräne Ordnung voraussetzenden) Betrachtung unterlaufe, sei „das vorläufige Abgehen von einem integrierenden Teile der Wirklichkeit“. ¹⁾ Für den Gesetzgeber

|¹⁾ a. a. O. S. 375.⁶²

| 652, WRS 1235

⁶⁰ «utilitaristisch, sondern als wirkliches Recht»] *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 199: «utilitaristisch begründen, sondern als wirkliches *juridisches Recht*».

⁶¹ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 199 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁶² *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 372, 375.

und Juristen sei die Trennung von Recht und Moral als von zwei auseinanderfallenden Kreisen von hohem Werte, nur dürfe dabei nicht vergessen werden, daß hier wiederum das „daß“ durch ein „Als Ob“ zu ersetzen sei. „Denn man mag das Verhältnis jener beiden wichtigen⁶³ | Lebensgebiete näher formulieren, wie man will, so kann sich dabei nimmermehr die Meinung geltend machen, daß beides faktisch nichts miteinander zu schaffen habe. Es ist diese Bemerkung darum von Wichtigkeit, weil aus Mangel an methodologischer Einsicht der Fall nicht selten ist, daß Juristen jene Fiktion für das wirkliche Verhältnis halten, ein verhängnisvoller und schwerer Irrtum. Die einseitige Betrachtungsweise kann der Jurisprudenz und selbst dem praktischen Rechtsleben gute Dienste leisten, aber es wird sich immer bald der Punkt geltend machen, wo an Stelle der vorläufig gemachten einseitigen Abstraktion wieder die volle Wirklichkeit in ihre Rechte eingesetzt zu werden vermag⁶⁴.“⁽²⁾ Allein dieser Auffassung kann – gerade vom Standpunkte der *Vaihingerschen* Fiktionentheorie – nicht beigespflichtet werden. Denn in der Behauptung, das Recht sei ein von der Moral unabhängiges – in seiner Sollgeltung nicht auf die sittliche Ordnung | rückführbares Normensystem, kann schon darum auch kein „vorläufiges“ Abgehen von einem integrierenden Teile der Wirklichkeit liegen, weil weder das Recht noch die Moral – beide als Normenkomplexe gedacht – in der Welt jener Wirklichkeit stehen, die *Vaihinger* als die Linie gilt, von der die Fiktion abweicht, und die mit der Natur, der Sinnenwelt, identisch ist; und weil weder Rechtswissenschaft noch Ethik in ihren Objekten jene Wirklichkeit zu fassen suchen. Das Verhältnis zwischen Recht und Moral ist überhaupt nicht ein Verhältnis zwischen zwei „Lebensgebieten“, als zwischen zwei Stücken der *natürlichen* Realität. Das „wirkliche“ Verhältnis zwischen ihnen ist kein Verhältnis in der Wirklichkeit, d. h. der von der Naturwissenschaft im weitesten – auch eine Gesellschaftslehre umfassenden – Sinne ergreifbaren Realität. Die juristische Betrachtung, der *Vaihinger* eine fiktive Isolierung zumutet, kann bei Feststellung des Verhältnisses ihres Objektes zu der Moral gar nicht von einem integrierenden Teile der Wirklichkeit abgehen, da sie die Wirklichkeit nicht im Auge hat. Sofern aber Recht und Moral als – soziale – Realitäten, als „wirkliche“ Vorgänge in der Natur angesehen werden (ob dies überhaupt möglich sei, bleibe hier dahingestellt), sind sie nicht Gegenstand der spezifisch juristischen Erkenntnis bzw. der normativen Ethik. Und insofern kann auch jene fiktive Isolierung gar nicht vollzogen werden. Es ist für sie gar kein Anlaß gegeben. Für eine auf die Wirklichkeit des sogenannten Rechtserlebnisses, die faktischen Moralvorstellungen und durch sie bewirkten „moralischen“ Handlungen gerichtete Betrachtung – ihre | methodi-

|WRS 1237
|WRS 1236 |²⁾ a. a. O. S. 375.⁶⁵

⁶³ «wichtigen»] *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 375: «wichtigsten».

⁶⁴ «vermag»] *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 375: «verlangt».

⁶⁵ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 375 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

sche Möglichkeit überhaupt zugegeben – ist Recht und Moral etwas völlig anderes als das gleiche Wort besagt, das den Gegenstand der normativen Rechtswissenschaft und Ethik bezeichnet. Und für diese auf die wirklichen Seelenvorgänge und Handlungen gerichtete Erkenntnis dürfte sich überhaupt keine wesentliche Differenz zwischen einer als „Recht“ und einer als „Moral“ bezeichneten Wirklichkeit, sicherlich nicht aber die Zweckmäßigkeit einer wenn auch nur provisorisch fiktiven Isolierung beider ergeben. Diese „volle Wirklichkeit“ kann gegenüber einer juristischen Betrachtung überhaupt nicht „in ihre Rechte eingesetzt werden“.

Nun erscheint aber die Vorstellung der Rechtsordnung – als eines Komplexes von Sollnormen – ebenso wie die Vorstellung einer Moralordnung nach *Vaihinger* an und für sich schon als eine Fiktion. Es sind die praktischen Fiktionen¹⁾, unter die die Begriffe der Norm, der Pflicht, des Ideals usw. eingereiht werden müßten. Wenn auch *Vaihinger* sich nicht in extenso mit dem Begriff der Rechtsnorm und des rechtlichen Sollens, der Rechtspflicht usw. befaßt, so darf doch angenommen werden, daß von ihnen dasselbe gelten muß wie von den ethischen Begriffen, die als Fiktionen angesprochen werden. Man könnte im Sinne *Vaihingers* sagen: Der Jurist betrachtet das Recht so, *als ob* es eine Summe von Sollnormen wäre. Allein *wenn* dies eine Fiktion ist, wenn das Recht in *Wirklichkeit* keine Sollnorm ist, was *ist* dann das Recht „in Wirklichkeit“? Und weiter: Was *ist* eine Sollnorm? Mit anderen Worten: Wenn die Annahme, daß das Recht eine Sollnorm ist, eine Fiktion sein soll, dann muß das Recht etwas anderes, etwas „Wirkliches“ sein können, und dann muß auch die „Sollnorm“ etwas „Wirkliches“, nur etwas anderes als das Recht „wirklich ist“, darf Sollnorm nicht selbst wieder eine Fiktion sein. Denn die Fiktion besteht offenbar in einem Vergleich, und zwar in einer falschen Gleichsetzung eines Wirklichen mit einem anderen Wirklichen. In der Fiktionsformel: *X* wird so betrachtet, *als ob* es *Y* wäre (obgleich *X* nicht *Y* ist), muß sowohl *X* als *Y* etwas Wirkliches sein, bzw. als etwas Wirkliches behauptet sein. Fiktiv ist lediglich die Gleichsetzung. Bei *Vaihinger* heißt es von der Fiktionsformel wörtlich: „Demnach wird in dieser Formel ausgesprochen, daß das gegebene Wirkliche, daß ein Einzelnes *verglichen* wurde mit einem anderen, dessen Unmöglichkeit oder Unwirklichkeit zugleich ausgesprochen wird ... z. B. in der juristischen Fiktion lautet die Formel so: Dieser Erbe ist so zu behandeln, wie er zu behandeln wäre, wenn er vor | seinem Vater, dem Erblasser, gestorben wäre, d. h. er ist zu enterben.“⁶⁷ Worauf es hier ankommt, ist lediglich die Feststellung, daß sowohl „der Erbe“ als auch „ein vor dem Erblasser Gestorbener“ an und für sich, d. h. ohne Rücksicht auf die Stellung dieser Elemente in der fiktiven Beziehung – etwas *Wirkliches* bedeuten. *Vaihinger* führt auch aus: „Es wird also hier zunächst eine *Ver-*

| 654

| WRS 1238

¹⁾ a. a. O. S. 59 ff.⁶⁶

| 654, WRS 1237

⁶⁶ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 59–69.

⁶⁷ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 164 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

gleichung ausgesprochen, d.h. die Aufforderung, eine vergleichende oder subsumierende Apperzeption zu vollziehen; ein solcher Satz sagt zunächst nichts anderes, als z. B. der Satz: Der Mensch ist wie ein Gorilla zu betrachten, und warum? weil | er eben ihm ähnlich ist. Ebenso in allen jenen Fällen: Es wird die Aufforderung zu einer vergleichenden Apperzeption ausgesprochen, allein zugleich mit dieser Aufforderung wird nun in diesem Falle ausgesprochen, daß diese Vergleichung auf einer *unmöglichen Bedingung* beruht; anstatt sie aber nun zu unterlassen, wird sie aus anderen Gründen *doch* vollzogen.⁶¹⁾ Die Fiktion besteht in der Durchführung eines Vergleiches zweier Wirklichkeiten, trotz der Unmöglichkeit dieses Vergleiches.

Nun *ist* aber das Recht von vornherein überhaupt nichts Wirkliches. Es gibt kein Stück der Naturwirklichkeit, das als Recht angesprochen werden kann. Aber selbst wenn man davon absähe: Das Recht wird betrachtet, als ob es eine Sollnorm wäre, ja aber was *ist* denn eine Sollnorm? Nichts Wirkliches, sondern selbst eine Fiktion, die Fiktion besteht hier nicht nur in dem „Als-Ob“-Vergleiche, sondern auch in demjenigen, womit das Recht fiktiv verglichen wird. Die Fiktion, das fiktive Urteil, behauptet aber – in dem mit als ob eingeleiteten Satze – eine Wirklichkeit (wenn auch im Widerspruch zu dieser). Die Analyse der Fiktion muß zu – allerdings falsch verknüpften – Wirklichkeitselementen führen, die Fiktion muß sich auflösen lassen, sonst hängt sie überhaupt in der Luft.

Darum will es scheinen, als ob auf das, was *Vaihinger* die „praktischen Fiktionen“ nennt, die von ihm selbst aufgestellten Merkmale des Fiktionsbegriffes nicht recht passen. Im Grunde mußte *Vaihinger* alle ethischen Begriffe als Fiktionen erklären. Er tut es ausdrücklich bei den Begriffen: sittliche Weltordnung, Pflicht, Ideal und einigen anderen.⁶⁹ Allein bei allen diesen Begriffen muß notwendig gerade jenes Element fehlen, das nach *Vaihinger* der Fiktion wesentlich ist: Der Widerspruch zur Wirklichkeit. Denn ein Widerspruch zur Wirklichkeit kann nur vorliegen, wenn ein Wirkliches behauptet wird, überhaupt erkannt werden soll.

Vaihinger sagt: „Das Ideal ist eine | in sich widerspruchsvolle und mit der Wirklichkeit im Widerspruch stehende Begriffsbildung, welche aber ungeheuren, weltüberwindenden Wert hat. Das Ideal ist eine praktische Fiktion.“⁶²⁾ Das kann von jedem ethischen und juristischen Begriff gelten. Denn es gilt von dem Begriff des *Sollens*, der ja mit dem *formalen* Begriff des Ideals identisch ist. Allein worin kann der Widerspruch zur | Wirklichkeit bestehen, der in irgendeinem Sollsatze, selbst in jenem vollzogen wird, der Unmögliches zum Inhalt hat? Der das Ideal, die

⁶⁵⁵,
WRS 1238 |¹⁾ a. a. O. S. 164/165.⁶⁸

|WRS 1239 |²⁾ a. a. O. S. 67.⁷⁰

⁶⁸ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 164 f. – Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

⁶⁹ Vgl. *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 59–69.

⁷⁰ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 67 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

Pflicht, die sittliche Forderung aussprechende Satz: Der A. soll wohlthätig sein, und der die Wirklichkeit beschreibende Satz: Der A. ist nicht wohlthätig, widersprechen sich in keiner Weise. Auch wenn man zugibt – und man muß dies zugeben –, alles, was geschieht, *muß* so geschehen, wie es geschieht, und *kann* nicht anders geschehen, so daß jedes Sollen, das einen anderen Inhalt hat als das Sein, *Unmögliches* fordert, so ist damit dennoch keinerlei Widerspruch zwischen Sein und Sollen gegeben. Dem Sein von *a* widerspricht lediglich das *Sein* von *non a*, nicht aber das Sollen von *non a*. Es wäre denn, man löste den Sollsatz in einen Als-Ob-Seinsatz auf, und behauptete: Indem ich *a* als gesollt behaupte, tue ich so, als ob *a* seiend wäre. Wenn ich behaupte: X. soll wohlthätig sein, fingiere ich X. (in Gedanken) als wirklich wohlthätig, obgleich er in Wirklichkeit gar nicht wohlthätig ist. Das Sollen sei ein fingiertes Sein. Das ist aber offenbar unrichtig. In der Vorstellung des Sollens steht uns eben eine von der Vorstellung des Seins völlig verschiedene Form zur Verfügung, die jeden beliebigen Inhalt aufnehmen kann, ohne zu einer Seinsvorstellung mit kontradiktorisch entgegengesetztem Inhalt in logischen Widerspruch zu geraten. Mit demselben Rechte, mit dem ich das Sollen ein fingiertes Sein, könnte ich das Sein ein fingiertes Sollen nennen. Darum kann ein normativer Begriff wohl in sich selbst widerspruchsvoll sein, er kann aber nie zur Wirklichkeit in Widerspruch geraten. Denn normative Erkenntnis ist überhaupt nicht auf das Sein gerichtet. Natürlich kann es auch innerhalb der normativen Erkenntnis Fiktionen, d. h. Begriffe geben, die in einem Widerspruch zu dem spezifischen Erkenntnisobjekt stehen. Dieses Erkenntnisobjekt selbst und die ganze Erkenntnistätigkeit kann aber nicht als Fiktion bezeichnet werden. Die Begriffe „Gott und Gewissen“ mögen Fiktionen sein. Das „Sollen“, die „Pflicht“, die „Norm“ sind es gewiß nicht. Das zeigt sich deutlich, wenn man die „Fiktion“ der Pflicht in einem Als-Ob-Satz darzustellen versucht. Wir sollen so handeln, als ob es unsere Pflicht wäre, so zu handeln. Aber schon in dem ersten Satze: Wir sollen so handeln, steckt die Behauptung der Pflicht. Wir sind *verpflichtet*, so zu handeln, als ob es unsere Pflicht wäre. Pflicht und Sollen sind identisch. Bedeutet aber der Satz: Wir sollen so handeln, eine Fiktion? Er würde es bedeuten, wenn damit behauptet würde: Wir handeln so, obgleich wir *nicht* so handeln. Allein gerade diese Behauptung enthält er nicht, sondern die: Wir *sollen* so handeln, obgleich wir vielleicht nicht so handeln.

|wrs 1240

|657

Eine andere Frage ist, ob und wie sich die in Sollsätzen aufgestellten Behauptungen beweisen lassen, ob nicht jedes Normensystem letztlich auf einen unbeweisbaren Grundsollsatz aufgebaut ist. Das kann zugegeben werden, ohne daß damit der Charakter einer *Fiktion*, d. h. eines Widerspruches zur Wirklichkeit (als der Natur-Wirklichkeit), konzediert wird.

Der Begriff des Sollens – und mit ihm die Begriffe der Pflicht, der Norm, des Ideals, des (objektiven) Wertes – könnten als Fiktion bezeichnet werden, wenn nicht unter Fiktion ein Vorstellungsgebilde verstanden würde, das der Erkenntnis der Wirklichkeit dient, und einen *Widerspruch* zu eben dieser Wirklichkeit setzt.

Und „Fiktionen“ sind das Sollen – das sittliche wie das rechtliche – nur, wenn unter Fiktionen alles verstanden wird, was nicht Ausdruck, und zwar widerspruchsloser Ausdruck, der *Natur-Wirklichkeit* ist. Wenn man *Vaihinger* auch zugeben kann, daß die Rechtsnormen – so wie die ganze Welt des Sollens – imaginative Produkte des menschlichen Geistes sind, Phantasiegebilde im Verhältnis zu der Sinnen-Welt des Natur-Seins¹⁾, so ist damit noch keineswegs die Notwendigkeit eines Widerspruches zu dieser Wirklichkeit gegeben, das erste seiner „Hauptmerkmale“, an denen „man sofort jede Fiktion erkennen“ kann.²⁾ Gerade in der Kategorie des Sollens ist eine Form geschaffen, in der die Phantasie ohne Widerspruch zu der Wirklichkeit des Seins sich entfalten kann. Andererseits muß die Welt des Sollens als ein, wenn auch anderes, so doch mit der Natur-Wirklichkeit gleichberechtigtes Objekt der (ethischen oder juristischen) Erkenntnis, als eine eigene Art von *Wirklichkeit* gelten, wenn es hier *echte* Fiktionen geben soll.

* * *

Gerade diejenigen juristischen Fiktionen (das sind die der Gesetzgebung und Rechtsanwendung), mit Hilfe deren *Vaihinger* zum groß|en Teile seine glänzende Theorie dargestellt hat, haben | sich bei näherer Betrachtung gar nicht als solche Denkgebilde erwiesen, deren Wesen und Erkenntniswert zu entdecken, das große Verdienst *Vaihingers* ist. Dagegen weist die Rechtswissenschaft andere, durchaus analoge Hilfsbegriffe auf. Doch fällt das Licht auf diese Fiktionen nicht eigentlich aus der Rechtswissenschaft – wie *Vaihinger* meint –, sondern umgekehrt: Die echten, theoretischen Fiktionen der Rechtswissenschaft werden verständlich durch die Fiktionen der Mathematik und der anderen Wissenschaften. Die Fiktionen der Rechtstheorie haben gar nichts spezifisch Juristisches an sich, sie sind keine für die Jurisprudenz charakteristische Methode.

|657, |¹⁾ a. a. O. S. 70.⁷¹
WRS 1240 ²⁾ a. a. O. S. 171 ff.⁷²

⁷¹ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 70.

⁷² *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 3), S. 171–175, Zitate auf S. 175.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts

Beitrag zu einer reinen Rechtslehre

(1920)*

„Paradoxum hoc videbitur iis, qui nexum
veritatum non prospiciunt et ex factis
jura aestimant.“

*Christian Wolff, Jus gentium. ***

* J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1920.

Nachdrucke:

- Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. Zweite, photomechanisch gedruckte Auflage, Tübingen 1928.
- Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. Unveränderter Neudruck der 2. Auflage von 1928 im Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, Aalen 1960 und 1981.

Übersetzungen:

- *Englisch*: The Problem of Sovereignty and the Theory of International Law. Contribution to a Pure Theory of Law (herausgegeben, übersetzt und eingeleitet von Paul Silverman), Oxford (im Erscheinen).
- *Italienisch*: Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto (herausgegeben, übersetzt und eingeleitet von Agostino Carrino), Mailand 1989.
- *Serbisch*: Problem suverenosti i teorija međunarodnog prava. Prilog jednoj čistoj teoriji prava (übersetzt von Danilo N. Basta), Belgrad 2003.

Teilübersetzung:

- *Japanisch*: 主権の問題と国際法の理論序文 „Shuken no Mondai to Kokusaihō no Riron“ Jobun (Vorrede zu „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“) (übersetzt von Ryūichi Nagao), 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. 115–120.

** *Christian Wolff*, Jus gentium methodo scientifica pertractatum, Halle (Saale) 1749, S. 11 (§ 13): „Das wird jenen als Paradoxon erscheinen, die den Zusammenhang der Wahrheiten nicht erkennen und meinen, dass aus Tatsachen Recht entsteht.“

Sovereignty as a Juristic Assumption and as a Focal Point of Political Commitment*

Paul Silverman¹

1. The Analytic Roots of the <i>Problem of Sovereignty</i> in the <i>Main Problems</i>	238
2. Purification of the Prevailing Theory and Multiple Systems of Norms	241
3. Sovereignty and the Problem of Normativity	244
4. Philosophical Sources of Kelsen's Initial Understanding of the Normativity of Law	245
5. Concluding Observation	248

Kelsen's *Problem of Sovereignty* is his second major work on legal theory and the first to speak of a pure theory of law. It is also the first in which the familiar structure of his own theory becomes discernible, if only in incomplete outline. This occurs because the *Problem of Sovereignty* is the first work in which the concept of the basic norm begins to play a prominent role and the first to apply the idea of the *Stufenbau* or hierarchical structure of the legal system. The book is, of course, also a founding work of the Vienna school of jurisprudence on international law, although Kelsen makes clear that his focus is on the meaning of sovereignty for purposes of state law, a problem that was "impossible to resolve without giving fundamental consideration to the theory of international law." (PS 264)² Kelsen's claim that the most important conclusion to be drawn from his inquiry is that state law and international law form a single, unified system shows that the book is a work on the general theory of law and not simply an inquiry into matters specific to international law.

Of all the noteworthy features of the book, however, two others may be of particular interest for the reader who is familiar primarily with Kelsen's later works. The first is the example it provides of what Kelsen meant by the purification of legal theory. Much of the book is taken up with an intensive, often mordant, and occasionally amusing critique of confusion created by impure analytic methods. At the same time, the *Problem of Sovereignty* shows how the Pure Theory of Law took

* In references to the main text of *PS* page numbers as found in the present volume (*Hans Kelsen Werke 4*) are given.

¹ The author gratefully acknowledges the insightful comments of Prof. Stanley L. Paulson.

² All translations from German sources are the author's own. Citations from the *Problem of Sovereignty* do not necessarily reproduce the emphases of the German original.

shape as a purification of the prevailing theory that was the object of this critique. Indeed, Kelsen claims that German theory of law and the state had come closest to the true meaning of sovereignty and that the value of his own approach was that “it is capable of wresting meaning” from “the findings of someone as acute as Laband” and of doing so “without contradicting itself”. (PS 338)

Secondly, the *Problem of Sovereignty* shows how Kelsen’s purified theory, a theory devoid of substantive moral and political elements and that speaks only to what the law specifies ought to be done, not to what one ought to do, developed in a symbiotic relationship with his elaboration of a theory of morality and politics that focused on the reasons why the law is perceived as authoritative. In short, the book provides a key to understanding Kelsen’s approach to the normativity of law. The relationship between this issue and the purification of legal theory is central to the *Problem of Sovereignty* because in it the two converge on the concept of sovereignty itself.

1. The Analytic Roots of the *Problem of Sovereignty* in the *Main Problems*

The starting point for exploring these matters is the question of the relation between facts and norms, an issue that dominates much of the *Problem of Sovereignty*. Kelsen saw confusion between the two as the overriding problem with the prevailing theory, a problem that allowed norms to be mistaken for facts. This turned normative constructs into “congealed metaphors that have become independent entities” (PS 265) that were neither normative nor factual. Kelsen’s primary target thus became “conceptual constructs that are posited as realities” and that “prevent juristic cognition ... from grasping as a unity something that is separated from it by a mere appearance that is taken for a reality”. (PS 265) His fundamental task was “to break up reified legal imagery ... in order to return to the simple and pure relations involved in a legal norm (*Rechtssatz*).” (PS 265)

These remarks set the tone for much of the book, but their full significance becomes clear only if one bears in mind that for Kelsen the simple and pure relations in question are relations that link empirical facts, specifically instances of human conduct. This makes the jurist’s task one of explaining normative relations among facts, a point that applies in particular to the dynamic relations of law creation. These take place “in continuous relation to a parallel fact” in the same way that “psychological facts are related to logical validity”. The factual element in this process represents “the *conditio sine qua non*, not the *conditio per quam*, of the law with respect to its validity”, (PS 265) in other words the necessary, substantive precondition of legal validity rooted in human conduct, but not the formal, sufficient condition that separates natural-causal from normative lawfulness.

To appreciate what this means, one must revert briefly to Kelsen's *Main Problems in the Theory of Public Law*, a work which he describes as laying the foundation for his analysis in the *Problem of Sovereignty*. There he shows that for the jurist, the key to linking empirical facts is the form in which that linkage is expressed. This made Kelsen's initial task one of identifying what he termed the "logical form"³ that is characteristic of a legal norm. This inquiry was premised on the assumption that "objective law is the will of the state"⁴, a central premise of the prevailing theory of state law that is expressed in Gerber's claim that "the power of the state's will, state power, is the state's law" and that "public law is thus the theory of state power and answers the question: what can the state as such will?"⁵

For Gerber this question concerned the rational "content and scope of state power",⁶ but for Kelsen, the positivist who was not inclined to set any limits on these matters, the real issue was what it meant to will anything at all in an "ethico-juristic"⁷ sense. He rejected the psychological concept of will as inapplicable in legal science, and he thus treated the state's will not as an empirical fact but rather as a "construct undertaken for the purpose of imputation",⁸ i. e. for attributing specific human conduct to the state. These are familiar matters that need not be pursued further here. The notable feature of Kelsen's critique for present purposes is his argument that psychological will cannot effectuate the state's empirical ends. This point becomes central to a critique of imperative theories of law that finds them incapable of explaining the law's efficacy, let alone its normativity.

Kelsen saw imperatives as expressions of will that purport to direct the conduct, and thus the will, of another person. But he argued that while one will can have the actions of another as its object, it cannot will those actions but only its own.⁹ It is "impossible" for a "naked ... imperative ... to bring about" a "process of motivation" in another person since "mere awareness that someone else wants something is completely unsuited for producing a motivating effect on one's own will".¹⁰ This psychological fact becomes determinative for the form of a legal norm.

For the state to accomplish its social function of regulating human conduct, its will had to be expressed in a form that could harness the factual causes of that conduct. This goal "can only be achieved by means of motivation",¹¹ which for

³ Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1911) 52 = 2 HKW 139.

⁴ Kelsen, *Hauptprobleme* (note 3) at 97 = 2 HKW 191.

⁵ Carl Friedrich von Gerber, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts* (2nd ed. Leipzig: Bernhard Tauchnitz 1869) 3.

⁶ Gerber, *Grundzüge* (note 5) at 3.

⁷ Kelsen, *Hauptprobleme* (note 3) at 162 = 2 HKW 271.

⁸ Kelsen, *Hauptprobleme* (note 3) at 162 = 2 HKW 271.

⁹ See Kelsen, *Hauptprobleme* (note 3) at 191 = 2 HKW 302–303.

¹⁰ Kelsen, *Hauptprobleme* (note 3) at 202–203 = 2 HKW 314–315 (four citations).

¹¹ Kelsen, *Hauptprobleme* (note 3) at 202 = 2 HKW 314.

Kelsen meant something quite specific. “The entire conduct of human beings, as with every creature, conforms exclusively and without exception to the principle of self-preservation or egoism in the broadest sense”.¹² It thus was necessary to awaken in another person the idea “that the conduct stipulated represents a means for the satisfaction of needs, in other words, a means for achieving a benefit or for avoiding a harm.”¹³ In short, for the jurist sanction is central to a legal norm because it is the means specific to law of motivating, and thus regulating, human conduct.

This view of human conduct as fundamentally egoistic remains, in a slightly modified form, a permanent feature of Kelsen’s thinking and is best understood as an assumed basic fact that is as essential to juristic method as the basic norm. It survives most notably in his concept of law as a specific social technique, but it is important here as something decisive for determining the logical form of a legal norm. Kelsen argues that law must bring the will of an individual “into agreement with the aim pursued through a legal norm”¹⁴ and this is achieved by making the individual aware of his interest “through making him conscious of the idea of some advantage, or some harm to be avoided, that is linked to the appropriate conduct.”¹⁵ This is done in the form of a “hypothetical judgment regarding a conditional will of the state” that says “under certain conditions (i. e., in the case of certain conduct of human beings) the state desires to implement certain actions or legal consequences”,¹⁶ or in its more familiar form: “if A is, then B ought to be”.¹⁷

The full significance of this for both the purification of legal theory and the normativity of law becomes apparent only in light of Kelsen’s distinction between the form of a legal norm and that characteristic of moral norms. He states that “for the jurist, the essential function of a legal norm lies in the reaction to a wrong.”¹⁸ He thus designates legal norms as heteronomous and distinguishes them on this basis from moral norms, which he views as autonomous in nature. A moral norm “does not stand independently juxtaposed to the individual will but rather is simply a part of it; it is the tendency of the will that springs from the natural, inborn moral disposition of human beings.”¹⁹ Unlike law, in morality the normative “I ought” and the factual “I want” converge, which makes “the imperative the appropriate form of a moral law.”²⁰ The “indirect influencing of the will” through a sanction represented “a fundamental difference in the modes of oper-

¹² Kelsen, *Hauptprobleme* (note 3) at 202 = 2 HKW 314.

¹³ Kelsen, *Hauptprobleme* (note 3) at 202 = 2 HKW 314.

¹⁴ Kelsen, *Hauptprobleme* (note 3) at 205 = 2 HKW 317.

¹⁵ Kelsen, *Hauptprobleme* (note 3) at 205 = 2 HKW 317.

¹⁶ Kelsen, *Hauptprobleme* (note 3) at 212 = 2 HKW 326 (two citations).

¹⁷ Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, trans. B. L. Paulson and S. Paulson, (Oxford: Clarendon Press, 1992) 24 (§ 11(b)).

¹⁸ Kelsen, *Hauptprobleme* (note 3) at 214 = 2 HKW 328.

¹⁹ Kelsen, *Hauptprobleme* (note 3) at 204 = 2 HKW 316.

²⁰ Kelsen, *Hauptprobleme* (note 3) at 204 = 2 HKW 316 (three citations).

ation of heteronomous, sanctioned legal norms and sanctionless laws of morality.”²¹ Law and morality thus become distinct, separate systems because their norms possess fundamentally different forms that align them with human conduct in different ways. In the *Problem of Sovereignty*, this point becomes central both to Kelsen’s critical purification of received legal theory and his treatment of the normativity of law.

2. Purification of the Prevailing Theory and Multiple Systems of Norms

The purpose of Kelsen’s critique of legal theory was to establish a foundation for the juristic cognition of the law, not to explain the nature of law. Indeed, he asserts in the *Problem of Sovereignty* that the question “What is law?” is as meaningless for the jurist as the question “what is life?” (PS 283 f. note 1 (284)) is for the biologist. A focus on the nature of law was even a potential distraction. A pertinent example of this was the concern with whether international law “should be accorded the full character of law”, (PS 368) a question that had come to overshadow the central issue that sovereignty raises for the jurist, that of “the mutual relationship between the two systems of norms.” (PS 367) This issue becomes the focus of the middle sections of the *Problem of Sovereignty*, where Kelsen engages in an extensive critique of dualistic approaches to the relation between state and international law based on the difficulties involved in making the same conduct intelligible simultaneously from the perspectives of two distinct systems of norms.

Kelsen viewed the dualism of state and international law as an outgrowth of the traditional definition of sovereignty as the state’s supremacy in relation to its subjects and its independence in relation to other states. This definition conflicted with the “original and true content” of the concept of sovereignty, “which represents an absolute, a superlative”, a concept that is “nullified ... when the state is claimed to possess the property of being the highest power but only in relation to its subjects”. (PS 502f.) This amounts to a “tautology” that treats “sovereignty as the property of being higher than those that are lower”. (PS 310) The prevailing theory resorted to dualism to escape this conundrum by treating state law and international law as “two systems of norms that are different from and independent of each other”. (PS 435)

For Kelsen the relation between two systems of norms involves the relation between their sources and, more importantly here, the distinction between the objects that norms regulate and the addressees to which norms are directed, i. e., their subjects. This distinction is at bottom one between facts and norms. The “object” of legal norms is “human conduct”, (PS 371) which constitutes the sub-

²¹ Kelsen, *Hauptprobleme* (note 3) at 205 = 2 HKW 317 (two citations).

stantive facts that law regulates. A legal subject, on the other hand, is a legal person that “has no reality within nature”, but is instead “a product of juristic cognition” that “has the nature of law itself”.²² (PS 373) It simply personifies a collection of legal norms that regulate individual or collective conduct; it is the legal form that gives empirical content its legal meaning.

Confusing the legal subject with the object of the law transforms the normative legal subject, here the legal person of the state, into an object, an ostensible fact that represents the primary impurity that Kelsen seeks to excise from legal theory. “The state is conceived of as a real being, a natural thing. ... and as a result one believes that ... the state’s conduct can be conceived of as the object of two distinct systems: the state’s ‘own’ legal system and that of international law.” (PS 405) This confusion involves a “doubling of the object of cognition” in which “objective legal norms of a unified legal system appear a second time as rights and duties of a person: the state”. (PS 430) This leads to “pseudo problems”, the primary example being that of explaining how the state as a free and independent being can become subject to legal obligations, a problem that is resolved through the theory of state “self-obligation”. (PS 430) For Kelsen, this theory undermines the very idea of obligation because a norm “whose validity depended on the subjective will of the person whose conduct forms its content would not be a norm.” (PS 207) It amounts to the “proposition that you ought to do whatever you please”, which “completely nullifies the essence of a norm and with it the distinction between ‘is’ and ‘ought’.” (PS 465) One could say that the theory presents an autonomous norm of political morality, not a heteronomous legal norm.

Kelsen’s use of these distinctions in his critical purification of the prevailing theory is too complex and varied to be summarized here. One remarkable example thus must take the place of many. It is that of “the hypostatization of the state carried to its ultimate extreme” (PS 421) in Laband’s concept of the state as the sole addressee of international law. The core of this position is the claim that international law does not obligate the state’s subjects or organs but only what Laband terms “the state as such”. (PS 421) Laband asserted on this basis that a treaty has an effect only externally, not internally. It “confirms the state’s will to obligate itself, not the will ... to fulfil the obligation”. (PS 421) Fulfilment occurs through a command that the state directs to its subjects or organs.

For Kelsen this represents “the complete detachment of the personification from the personified substrate, the order of *human* conduct”. (PS 421) If the state is an “entity that is different from its organs and subjects, an autonomous entity that can be subject to obligations independent of its organs”, the result is a “legal system without content”, legal norms that regulate no factual object. (PS 421) The

²² Such a remark demonstrates, of course, that even if the Pure Theory of Law is not meant to explain the nature of law, Kelsen pursued his inquiry into juristic method to a point where he inevitably spoke to the issue.

problem could be seen in Laband's distinction between the will of the state to obligate itself and the will to fulfil the obligation. For Kelsen the core of an obligation is precisely its fulfilment, the factual conduct that the obligation specifies; "an obligation whose content is not its fulfilment ... is an obligation without content; it is simply no obligation at all". (PS 423)

All this converges on a proposition that appears with full force for the first time in the *Problem of Sovereignty* and that Kelsen characterized as the most important development in his thinking since the *Main Problems*, the unity of law and the state.²³ While this unity is usually discussed in methodological terms as the product of Kelsen's critique of Jellinek's "two-sides" theory of the state as a theory that confuses causal and normative methods, the *Problem of Sovereignty* offers a different perspective based on a critique of the traditional concept of sovereignty.

That concept, the state's supremacy in relation to its subjects and its independence in relation to other states, treats law as regulating "relations" or "connections" between its subjects. But for Kelsen, whose focus is the "simple and pure relations involved in a legal norm", (PS 265) the "'connections' and 'relations' between empirical individuals that are relevant to juristic inquiry are first produced through regulation by law". What is at issue "is not a relation between legal subjects that stand juxtaposed to the legal system", but rather a "relation within the legal system". (PS 388) Law and the state are one and the same because it is legal norms that transform human conduct into conduct of the state. Kelsen maintains that the identity of law and the state "appears perhaps nowhere more clearly and strikingly than ... where one encounters the fundamental question of when a human action really is an act of the state and of the criterion that forms the basis for imputing something to the 'state.'" (PS 394)

This point is decisive for understanding the relation between two systems of norms because it affirms that while the norms of two systems can have the same object, they cannot have the same subject. For instance, law and morality can and do regulate the conduct of the same human being, but the differing relations between norms and facts in the two systems, one heteronomous, the other autonomous in character, result in different normative subjects or persons with different constructions. Thus while Kelsen acknowledges that the same individual can be subject to conflicting demands of law and morality, he insists that "it is inconceivable that two separate and distinct systems each address, in whole or in part, the same person". (PS 372) On the other hand, state law and international law must form a single system precisely because they necessarily address the same persons, complexes of legal norms that have the same meaning in both state and international law, as, for example, in the case of a head of state. There is continuity of meaning only if there is unity of system.

²³ See Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (2nd ed. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1923) preface to the second edition xvi–xviii.

3. Sovereignty and the Problem of Normativity

When Kelsen asserts the identity of law and the state, he necessarily merges legal and political theory in some sense. This becomes evident in the *Problem of Sovereignty* in the way he treats the problems of establishing, maintaining, and also justifying a political system as rooted in the central issue of legal theory, the cognition of legal norms. But while political and legal theory share this focus, Kelsen treats juristic and moral-political cognition as two quite different things.

One sees this in Kelsen's approach to sovereignty itself, a concept which he treats as both a juristic and a political necessity. For the jurist, sovereignty serves as "a presupposition in the thought of an onlooker comprehending law and the state", specifically the assumption that a state or legal system "is the highest system, one that cannot be derived from anything else". (PS 284) This property of underivability makes law an autonomous object of cognition and makes sovereignty coterminous with the concept of the basic norm. At the same time, the quality of underivability "can only pertain to an obligation that we see as emanating from the law". (PS 359) This means that law is not subordinated to the values inherent in any other system and results in ascribing "supreme value" to the legal system. (PS 351)

But the assumption of supreme status and the ascription of supreme value are two quite different things, and this gives sovereignty its separate juristic and moral-political dimensions. The assumption of supreme status pertains to juristic cognition of valid norms; the ascription of supreme value involves a conviction of normative justification based on "representations of the law" that "effectively motivate human beings" but that "can have no place within a science that conceives of the law as norm". (PS 355)

These two aspects of sovereignty appear clearly in what is perhaps the most remarkable statement in the *Problem of Sovereignty*. In it Kelsen maintains that the question of when sovereignty is present harbours two distinct problems. The first involves "the psychological conditions under which I, the observer, make the juridico-logical assumption of sovereignty", the observer being, of course, the jurist seeking to apply the founding assumption of legal science. The second problem involves "the psychological and social-psychological causes (e. g., economic, religious, political causes ...) that lead to the fact that ... ones compatriots ... conceive of their political community as sovereign, conduct themselves as though their state occupies a supreme status". (PS 285 f.) This implies separate modes of cognition: one that grasps the law that possesses "normative validity" and that "exists only for systematic legal science" and one that applies to "the 'law' to which one can predicate factual efficacy". The result is two different sorts of law that "logically are two different objects". (PS 365)

4. Philosophical Sources of Kelsen's Initial Understanding of the Normativity of Law

Logically distinct cannot, however, mean separate in all respects, since factual efficacy represents the necessary condition of the law that possesses normative validity for the jurist. But while Kelsen the jurist views efficacy as rooted in an assumed basic fact of egoistic human conduct that responds only to sanctions of heteronomous norms, he depicts ones compatriots as autonomously ascribing supreme value to the system formed by those norms. The question thus becomes how universal egoism coexists with or is transformed into an acknowledgment of some authority that lies beyond the individual. Kelsen's guide in resolving this problem was Ernst Mach.

Kelsen had made limited but important use of Mach in the *Main Problems*, and in the *Problem of Sovereignty* Mach's influence proves decisive for determining how the jurist should apply the fundamental assumption of legal science when seeking to identify the sovereign. Kelsen posed the problem in terms of the criterion for identifying a valid constitution in the face of revolutionary change, at the time a theoretical issue with obvious practical relevance.

Kelsen began by claiming that legal science could not justify the jurist's selection of a founding assumption. The choice was "arbitrary" from "a *juristic* perspective", but it "need not be arbitrary in every respect". This was because the "supposition that a system that is generally effective is valid positive law ... is in some sense obligatory or commanded". (PS 362–364) The obligation is rooted in science itself and is based on what Kelsen terms an "economy of value" that is modelled on Mach's principle of the economy of thought.

Kelsen described Mach's principle as one "that requires using the simplest possible formula that explains the largest possible number of factual situations". He argued that the normative sciences contained an analogous principle of economy of value that involves "the cognitive realization of a maximum of value". It expresses a tendency "to reduce the tension between 'is' and 'ought' to the greatest extent possible", and it "determines our choice of assumptions" such that "the content of the system that is assumed to be valid corresponds to the greatest degree possible with the content of the factual occurrences that are evaluated on the basis of this system, be it because these occurrences are motivated by mental representations of this system or because they can be thought of as being motivated in that way". (PS 364f.) In short, the jurist should assume that the valid constitution is the one that involves the least disparity between "is" and "ought".

Kelsen would later distance himself from Mach as a guide to the foundations of legal science in favour of unelaborated references to the "ought" as something "cognitively and theoretically transcendental in terms of the Kantian philosophy".²⁴

²⁴ Kelsen, *Introduction* (note 17) at 25 (§ 11(b)).

Still, this episode left its mark on the Pure Theory of Law. It does so in the doctrine of a necessary range of tension between “is” and “ought” within a valid legal system that starts at some minimum level of efficacy but that stops short of the negation of all tension through the merger of “is” with “ought”. Within this range the basic norm permits the attribution of normative significance to factual conduct, which makes “the principle of effectiveness” something that is “implied in the basic norm”.²⁵ The implication arises because one can perceive a disparity between what is and what ought to be only if a system has sufficient efficacy to allow divergences from the norm to be perceivable as delicts, but not if what is and what ought to be converge and thus eliminate all disparity and with it all delicts. This convergence would represent “the elimination of a specific normative standpoint”. (PS 366)

Mach’s importance for the issue of factual efficacy suggests that his influence was less on Kelsen’s treatment of juristic cognition than on matters related to the second dimension of sovereignty where what the jurist sees as egoistic conduct that is controlled by sanctions is transformed into autonomous acceptance of a system of norms that allows the system to persist. The key to this influence lies in how Mach revealed the common origins of the natural and normative sciences. His principle of the economy of thought is rooted in a view of science that sees the origin of natural laws in normative constructs. He understood all science in terms of human purposes, and he viewed laws of nature as rooted in biological needs. All human “expectations are ... regulated in accordance with the goal of survival within specific circumstances”.²⁶ Laws of nature constitute a “restriction of possibilities”²⁷ and “are ... a product of our psychological need to find our way in nature”.²⁸ We seek regularities in nature so that we “do not confront natural processes estranged and bewildered”,²⁹ which makes science the means for implementing the egoistic principle of self-preservation that Kelsen viewed as the wellspring of all action.

But as a function of human purpose, science gains the normative aspect of a guide to conduct in a world that functions according to its own reasons. Thus for Mach, and following him Kelsen, science emerges historically from a tendency to interpret nature in normative terms and to view natural events as responses to human conduct. Mach held that originally “psychological motives were projected

²⁵ Hans Kelsen, “Science and Politics” in Hans Kelsen, *What is Justice?* (Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1957) 350–375, 397 at 360. Kelsen would continue to use the concept of an economy of value for some time. See Hans Kelsen, “Natural Law Doctrine and Legal Positivism”, trans. W. H. Kraus, in Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (Cambridge, MA: Harvard University Press 1945) 389–446 (Appendix) at 437.

²⁶ Ernst Mach, *Erkenntnis und Irrtum* (Leipzig: Barth 1906) 451 (emphasis removed).

²⁷ Mach, *Erkenntnis* (note 26) at 450.

²⁸ Mach, *Erkenntnis* (note 26) at 453–454 (emphasis removed).

²⁹ Mach, *Erkenntnis* (note 26) at 454. Pages 450–454 from Mach informed Kelsen’s discussion of these matters in the early pages of the *Main Problems*. See Kelsen, *Hauptprobleme* (note 3) at 5–6 note 3, 14 note 1 = 2 HKW 84 note 3, 93 note 1. English readers can consult Ernst Mach, *Knowledge and Error. Sketches on the Psychology of Enquiry*, trans. by Thomas J. McCormack (Dordrecht: D. Reidel 1976) 352–355.

into and attributed to nature”,³⁰ causing it to be “filled with demons”.³¹ In the *Main Problems*, Kelsen drew on these and similar observations by others that he subsequently expanded upon to explain the emergence of autonomous normative sciences through the gradual separation of the principle of retribution from that of causation.³² The issue becomes a recurring theme in the *Problem of Sovereignty*, where Kelsen treats the distinction between law and the state as being “entirely on a par with mythology that anthropomorphically imagines a dryad behind every tree ... and thus makes a duality out of nature as the object that cognition must master”. (PS 288 note 1) One has here an archetype for the confusion of norms and facts that lies at the root of impure analytic methods, as well as the human proclivities that reinforce the confusion.

Dualism in the cognition of values lies at the heart of Kelsen’s understanding to the normativity of law. He would later elaborate on this theme at great length, focusing on a historical evolution of character types that vary in their ethical orientation based on how they balance the world of experience with some permanent order of justice that is presumed to lie beyond it. He characterized this process as one in which there is a “constantly renewed effort of the human spirit to liberate itself from this enormous conflict”, and he treats scientific, critical positivism as having achieved this goal, with important consequences for jurisprudence.³³ All this remained in the future, but in the *Problem of Sovereignty*, Kelsen already treats positivism as placing the cognition of values on a new footing that transcends dualism. He did this under the influence perhaps his earliest philosophical interest, Arthur Schopenhauer.

Kelsen’s early interest in Schopenhauer is well known, but while evidence of Schopenhauer’s influence on his work has been noted, the issue remains unexplored.³⁴ No exploration can be attempted here, but simply pointing to the clear mark that Schopenhauer’s ethics left on the *Problem of Sovereignty* does much to explain the link between this book and the theory of politics that was developing in Kelsen’s mind in tandem with it.

Both Kelsen and Schopenhauer take egoism and self-preservation as the fundamental motive of all human action. What Kelsen took from Schopenhauer was

³⁰ Mach, *Erkenntnis* (note 26) at 454.

³¹ Ernst Mach, *Popular Scientific Lectures*, trans. Thomas J. McCormack (Chicago: Open Court 1898) 186.

³² See Kelsen, *Hauptprobleme* (note 3) at 3–5, 14 note 1 = 2 HKW 80–84, 93 note 1. Rudolf Eucken also shaped Kelsen’s understanding of this theme. See Kelsen, *Hauptprobleme* (note 3) at 4, 26 = 2 HKW 81–82, 108; Rudolf Eucken, *Main Currents of Modern Thought* (New York: Scribner’s 1912) 195–211. This development would culminate in Hans Kelsen, *Society and Nature* (Chicago: University of Chicago Press 1943).

³³ Kelsen, “Natural Law Doctrine” (note 25) at 424, 433. See Hans Kelsen, “Autobiographie (1947)”, in Matthias Jestaedt (ed.), *Hans Kelsen Werke*, vol. 1 (Tübingen: Mohr Siebeck 2007) 29–91 at 84–87.

³⁴ See Clemens Jabloner, “Kelsen and his Circle: The Viennese Years”, 9 *European Journal of International Law* (1998) 368–385 at 384 note 72.

his approach to ethics based on egoism and compassion rather than the metaphysics that underlies it. Schopenhauer's ethics seemed to explain fundamental differences in the perception, and therefore the acceptance, of systems of norms. We thus find Kelsen in the final chapter of the *Problem of Sovereignty* speaking of a "subjectivistic epistemology that ... proceeds from ones own ego and in doing so can never transcend that ego, in that it can understand the entire empirical world, nature, only as a representation, the entire world of values only as the will of this ego", one that is "incapable of comprehending" that the "willing 'thou'" of another person "is also an I". He contrasts this with an "objective world view" that "starts from the world in order to reach the ego, when it assumes the existence of an objective rationality of the world, a world spirit, with understanding and willing individuals being subjectifications or concretizations of it" that "confront each other as coordinated and equal".³⁵ (PS 567–569)

The former position is characteristic of an authoritarian, absolutist approach to law and politics that insists on the primacy of state law, while the latter reflects a positivist, relativist approach to both science and politics that is willing to acknowledge a single system of universal law. Here Kelsen draws heavily on Schopenhauer's ethics to depict two contrasting world views that accompany contrasting systems of autocracy and democracy and that possess contrasting inclinations toward the primacy of state and international law, respectively, themes that Kelsen would later elaborate in his overtly political writings.³⁶

5. Concluding Observation

While the Pure Theory of Law constitutes the core of Kelsen's thinking on the problems of law, the state, politics, and morality, it is hoped that these remarks will suggest that its full significance emerges only in conjunction with dimensions of Kelsen's work that extend beyond it and that address matters on which the Pure Theory necessarily remains silent, in particular linkages between norms, facts, and moral sensibility that exist in practice but that theory must separate to provide a foundation for saying what the law is. It is the great merit of this edition of Kelsen's complete works that it will facilitate the exploration of such issues and lead to a fuller understanding of the significance of the Pure Theory of Law as a foundation of juristic method.

³⁵ See, e.g., Arthur Schopenhauer, *The World as Will and Representation*, trans. E. F. J. Payne (New York: Dover 1958) vol. 1, at 331–333 (§ 61), 367–374 (§ 66), 378–379 (§ 68); vol. 2, at 599–601 (ch. 47); Arthur Schopenhauer, *The Two Fundamental Problems of Ethics*, trans. D. E. Cartwright and E. E. Erdmann (Oxford: Oxford University Press 2010) 267–271 (§ 22).

³⁶ See esp. Hans Kelsen, *Staatsform und Weltanschauung* (Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1933) 10–13; see also Hans Kelsen, "Vom Wesen und Wert der Demokratie", 47 *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* (1920/1921) 50–85 at 54 note 6.

Souveränität als Voraussetzung juridischen Denkens und als Kristallisationspunkt politischer Selbstbindung*

*Paul Silverman*¹

Übersetzt von
Jörg Kammerhofer und Matthias Jestaedt

1. Die „Hauptprobleme“ als analytische Grundlage des „Problem der Souveränität“ . 250
2. Reinigung der herrschenden Lehre und die Vielzahl von Normenordnungen . . . 254
3. Die Souveränität und das Normativitätsproblem 257
4. Die philosophischen Quellen des ursprünglichen Konzepts Kelsens
von der Normativität des Rechts 258
5. Schlussbemerkung 262

Kelsens „Problem der Souveränität“ ist seine zweite rechtstheoretische Monographie und die erste Schrift, in der er von einer „reinen“ Rechtslehre spricht. Hier zeigt sich auch die uns vertraute Struktur seiner Theorie erstmals klar, wenn auch nur in einer unvollständigen Annäherung. Dies, weil hier zum ersten Mal einerseits das Konzept der Grundnorm eine herausgehobene Rolle spielt und andererseits das Konzept des Stufenbaues – den hierarchischen Aufbau der Rechtsordnung darstellend – zur Anwendung kommt. Zwar ist sie auch eine der wichtigsten völkerrechtlichen Schriften der Wiener Rechtstheoretischen Schule, aber Kelsens Augenmerk liegt primär auf der Bedeutung des Begriffs Souveränität im innerstaatlichen Recht, „weil eine Lösung dieses Problems nicht möglich ist ohne eine prinzipielle Auseinandersetzung mit der Theorie des Völkerrechts“. (S. 264)² Kelsens Behauptung, dass der wichtigste aus dieser Untersuchung zu ziehende Schluss sei, dass nationale Rechtsordnungen und das Völkerrecht in einer einzigen Rechtsordnung vereinigt seien, zeigt hingegen, dass Kelsen sich hier mit Problemen der allgemeinen Rechtslehre und nicht mit spezifisch völkerrechtstheoretischen Fragen befasst.

* Nachweise aus „Das Problem der Souveränität“ beziehen sich auf die Paginierung in HKW 4.

¹ Der Autor dankt Prof. Stanley L. Paulson für seine hilfreichen Kommentare.

² Hervorhebungen in aus dem „Problem der Souveränität“ zitierten Passagen werden nur so wiedergegeben, wie sie in der englischen Fassung gesetzt sind. Passagen, die aus übersetzungstechnischen Gründen nur in der deutschen Fassung zitiert sind, geben jedoch die Hervorhebungen des Originals wieder.

Von allen erwähnenswerten Zügen dieses Buchs scheinen allerdings zwei weitere von besonderem Interesse für diejenigen Leser zu sein, die in erster Linie mit Kelsens späteren Schriften vertraut sind: Erstens, dass es ein praktisches Beispiel für die Kelsensche „Reinigung“ der Rechtslehre liefert. Ein großer Teil des Buches ist der intensiven, manchmal spöttischen und hin und wieder amüsanten Kritik der Konfusion gewidmet, die von der Verwendung „unreiner“ Methodik ausgeht. Gleichzeitig zeigt uns das „Problem der Souveränität“, wie die Reine Rechtslehre sich als Reinigung der herrschenden Theoriegebäude (dem Angriffsziel ihrer Kritik) entwickelt hat. Kelsen behauptet gar, dass die deutsche Staats- und Rechtslehre der wahren Bedeutung der Souveränität am nächsten gekommen war und dass der Wert von Kelsens eigenem Zugang darin bestand, „daß die hier vertretene Grundanschauung der juristischen Erkenntnis, die in der Labandschen Konstruktion lebendig wird, ihre widerspruchslose Bedeutung gleichsam zu entreißen vermag“. (S. 338)

Das „Problem der Souveränität“ zeigt zweitens, wie Kelsens „gereinigte“ Rechtslehre – eine Theorie ohne moralisch-politische Einschlüsse, die sich darauf beschränkt, darüber zu sprechen, was das Recht vorschreibt, was getan werden soll, aber nicht darüber rasonniert, was man tun soll – sich symbiotisch entwickelt hat mit seiner Ausarbeitung einer Ethik und politischen Theorie, die sich auf die Gründe konzentriert, warum das Recht für verbindlich gehalten wird. Kurzum: das Buch bietet dem Leser einen Schlüssel zum Verständnis des Kelsenschen Ansatzes von der Normativität des Rechts. Die Beziehung zwischen dem Konzept der Normativität und der Reinigung der Rechtstheorie ist von zentraler Bedeutung für das „Problem der Souveränität“, weil in diesem Werk die beiden Konzepte in der Souveränität zu einer Einheit verschmelzen.

1. Die „Hauptprobleme“ als analytische Grundlage des „Problem der Souveränität“

Den Ausgangspunkt für die Diskussion dieser Problematik ist die Frage der Beziehung von Fakten zu Normen, ein Thema, dem ein Gutteil des „Problem der Souveränität“ gewidmet ist. Kelsen sah die Vermengung dieser beiden Phänomene als wesentliche Schwäche der herrschenden Lehre an, in der Normen fälschlicherweise für Fakten gehalten werden. Das wiederum macht normative Konstrukte zu „zu selbständigen Wesenheiten verdichtete Metaphern“ (S. 265), die weder Norm noch Fakt sind. Kelsen wandte sich gegen diese Metaphern; nach ihm stellen sich diese „als Realitäten gesetzte Denkbehelfe der juristischen Erkenntnis in den Weg und verhindern sie, als Einheit zu erfassen, was nur ein für Wirklichkeit gehaltener Schein trennt.“ Sein grundlegendes Anliegen war die „Auflösung der im Denken des Juristen erstarrten, verdinglichten Rechtsgebilde, ... ihre Rückführung auf die einfachen und reinen Relationen des Rechtssatzes“. (S. 265)

Die eben zitierten Worte sind zwar für das ganze Buch tonangebend, aber ihre volle Bedeutung kommt nur dann ans Licht, wenn man sich vor Augen führt, dass diese einfachen und reinen Relationen für Kelsen Beziehungen zwischen empirischen Fakten sind, insbesondere Vorgänge menschlichen Verhaltens. Daher ist es Aufgabe des Rechtswissenschaftlers, normative Beziehungen zwischen Fakten zu erklären, was vor allem für die dynamischen Beziehungen der Rechtserzeugung von Bedeutung ist. Diese vollziehen sich „in stetem Bezug auf ein paralleles Faktum“ und in der gleichen Weise, wie die „psychologischen Tatsachen im Verhältnis zu den logischen Geltungen“ (S. 265) stehen. Das faktische Element dieses Prozesses ist „die *conditio sine qua non*, nicht aber die *conditio per quam* des Rechts auf seinen verschiedenen Stufen, in seinem für den Juristen entscheidenden Geltungsaspekte“, (S. 265) mit anderen Worten: die im menschlichen Verhalten verwurzelte notwendige und inhaltliche Bedingung der Rechtsgeltung, nicht aber die hinreichende und formale Bedingung, die die natürlich-kausale von der normativen Gesetzmäßigkeit trennt.

Um die Bedeutung dieser Worte zu entschlüsseln, müssen wir kurz auf Kelsens „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ zurückgreifen, eine Schrift, von der Kelsen sagt, dass sie den Grundstein der Analysen in „Das Problem der Souveränität“ legt. In jenem Werk zeigt Kelsen, dass für den Juristen der Schlüssel zur Verbindung zwischen empirischen Fakten in der Form des Ausdrucks der Verbindung liegt. Daher ist es Kelsens erste Aufgabe, die für Rechtsnormen charakteristische „logische Form“³ zu identifizieren. Kelsen setzt für diese Untersuchung voraus, „daß das objektive Recht Wille des Staates ist“⁴ – eine zentrale Prämisse der zeitgenössischen Staatsrechtslehre, die sich unter anderem bei Gerber wiederfindet: „Die Willensmacht des Staats, die Staatsgewalt, ist das Recht des Staats. Das Staatsrecht ist also die Lehre von der Staatsgewalt, und beantwortet die Frage ...: was kann der Staat als solches wollen?“⁵

Für Gerber betraf diese Frage den verstandesmäßigen „Inhalt und Umfang der Staatsgewalt“,⁶ für Kelsen jedoch – als Positivisten, der es insofern ablehnte, Grenzen zu setzen – ging es um die Frage, was es heißt, etwas überhaupt „im ethisch-juristischen Sinne“⁷ zu wollen. Er lehnte die psychologische Deutung des Willensbegriffs als auf die Rechtswissenschaft unanwendbar ab; daher ist der Staatswille für ihn nicht ein empirisches Faktum, sondern „eine zum Zwecke der Zurechnung vollzogene Konstruktion“.⁸ Er wird gebraucht, um ein bestimmtes menschliches Verhalten dem Staat zuzurechnen. Da diese Thematik aber als bekannt gelten

³ *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911, S. 52 = HKW 2, S. 21–878 (139).

⁴ *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 3), S. 97 = HKW 2, S. 21–878 (191).

⁵ *Carl Friedrich von Gerber*, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 2. Aufl., Leipzig 1869, S. 3.

⁶ *Gerber*, Grundzüge (Anm. 5), S. 3.

⁷ *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 3), S. 162 = HKW 2, S. 21–878 (271).

⁸ *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 3), S. 162 = HKW 2, S. 21–878 (271).

kann, wollen wir sie hier nicht weiter verfolgen. Für unseren Zweck ist wesentlich an Kelsens Kritik, dass uns der psychologisch verstandene Wille nicht die empirischen Ziele des Staates erreichen lässt. Dieses Argument ist für die Kritik an den Imperativtheorien des Rechts wesentlich, denn sie können weder die Effektivität des Rechts noch, a fortiori, seine Normativität erklären.

Kelsen sah Imperative als Ausdrucksformen des Willens an, die auf die Steuerung des Verhaltens – und daher den Willen – eines anderen Menschen gerichtet sind. Er behauptete jedoch, dass zwar ein Wille das Verhalten eines anderen zum Gegenstand haben, jener aber nicht dessen Verhalten, sondern nur eigenes wollen kann.⁹ Es ist, so Kelsen, „undenkbar“, dass „der nackte an den Menschen gerichtete Imperativ ... den oben charakterisierten Motivationsprozeß“ in einem anderen Menschen „herbeiführen“ kann, denn „der bloße Wille des einen Subjektes ... kann unmöglich einen analogen Willen des andern bewirken.“¹⁰ Diese psychologische Einsicht wird daher bestimmend für die Form der Rechtsnorm.

Damit der Staat seine gesellschaftliche Funktion der Steuerung menschlichen Verhaltens erfüllen kann, muss sein Wille in einer Form ausgedrückt werden, der die tatsächlichen Ursachen dieses Verhaltens einfängt. Dieses Ziel „kann nur im Wege der Motivation erreicht werden“,¹¹ wobei „Motivation“ bei Kelsen eine besondere Bedeutung hat. „Das gesamte Verhalten des Menschen, wie jedes Lebewesen, entspricht nun ausschließlich und ausnahmslos dem Prinzip der Selbsterhaltung oder dem Egoismus im weitesten Sinne“.¹² Es ist daher notwendig, in einem anderen Menschen die Idee zu wecken, „daß das geforderte Verhalten ein Mittel der Bedürfnisbefriedigung, d. h. ein Mittel, Vorteil zu erwerben oder Nachteil zu vermeiden, darstellt.“¹³ Mit anderen Worten: Für den Juristen ist die Sanktion zentral für Rechtsnormen, denn Sanktionen sind das für das Recht typische Mittel, menschliches Verhalten zu beeinflussen und daher zu steuern.

Die Ansicht, dass menschliches Verhalten grundsätzlich egoistisch sei, wird in leicht modifizierter Form in Kelsens Schriften immer wieder auftauchen; man kann sie am besten als ein angenommenes „Grundfaktum“ deuten, das so wesentlich für die juristische Methode ist wie die Grundnorm. Sie kommt vor allem zum Ausdruck in seinem Konzept des Rechts als einer spezifischen Sozialtechnik. Für die hiesigen Überlegungen ist diese Annahme deswegen wichtig, weil sie die logische Form der Rechtsnorm determiniert. Kelsen legt dar, dass das Recht den Willen „der Rechtssubjekte mit dem ... Zweck der Rechtsordnung in Übereinstimmung“¹⁴ bringen muss; dem Rechtssubjekt werden hierbei seine Interessen „durch die Vorstellung eines mit dem entsprechenden Verhalten verbundenen

⁹ Vgl. *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 3), S. 191 = HKW 2, S. 21–878 (302f.).

¹⁰ Vier Zitate: *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 3), S. 202 = HKW 2, S. 21–878 (314f.).

¹¹ *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 3), S. 202 = HKW 2, S. 21–878 (314).

¹² *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 3), S. 202 = HKW 2, S. 21–878 (314).

¹³ *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 3), S. 202 = HKW 2, S. 21–878 (314).

¹⁴ *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 3), S. 205 = HKW 2, S. 21–878 (317).

Vorteiles oder zu vermeidenden Nachteiles zu Bewußtsein gebracht.“¹⁵ Dies geschieht durch das „hypothetische Urteil über einen bedingten Willen des Staates“, welches besagt: „[u]nter bestimmten Umständen (d. i. bei einem bestimmten Verhalten der Menschen) will der Staat gewisse Handlungen bzw. Unrechtsfolgen setzen“,¹⁶ oder, in seiner bekannteren Form: „wenn A ist, so soll B sein“.¹⁷

Die volle Bedeutung dieses Arguments sowohl für die Reinigung der Rechts-
theorie als auch für die Normativität des Rechts erschließt sich erst im Lichte der
Kelsenschen Unterscheidung zwischen der Form der Rechtsnorm auf der einen
und der besonderen Charakteristik der Moralnorm auf der anderen Seite. Er
schreibt: „Für den Juristen liegt die wesentliche Funktion des Rechtssatzes in der
Reaktion gegen das Unrecht.“¹⁸ Er bezeichnet daher Rechtsnormen als heteronom
und grenzt sie auf dieser Grundlage von Moralnormen ab, die er als wesensmäßig
autonom betrachtet. „Der in den Moral-Normen enthaltene Wille ... steht dem
Individualwillen nicht selbständig gegenüber, sondern ist nur ein Teil desselben,
ist die der natürlichen, angeborenen sittlichen Disposition des Menschen ent-
springende Willensrichtung.“¹⁹ Im Gegensatz zum Recht vereinigt sich das mor-
alisch-normative „Ich soll“ mit dem faktischen „Ich will“, deshalb „ist der
Imperativ die entsprechende Form des Sittengesetzes.“²⁰ „In dieser lediglich mit-
telbaren Willensbeeinflussung“ durch Sanktionen „liegt ein wesentlicher Unter-
schied zwischen der Wirkungsweise des heteronomen, sanktionierten Rechtssatzes
und der unmittelbaren Motivation des autonomen, sanktionslosen Sittengeset-
zes.“²¹ Recht und Moral werden dadurch zu unterschiedlichen, getrennten Sys-
temen, dass ihre jeweiligen Normen grundlegend unterschiedliche Formen besit-
zen, in denen sie die Verknüpfung zum menschlichen Verhalten herstellen. Im
„Problem der Souveränität“ wird diese Unterscheidung zentral, und zwar sowohl
für Kelsens kritisches Programm der Reinigung der herrschenden Rechtswissen-
schaft als auch für dessen Deutung der Normativität des Rechts.

¹⁵ Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 3), S. 205 = HKW 2, S. 21–878 (317).

¹⁶ Zwei Zitate: Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 3), S. 212 = HKW 2, S. 21–878 (326).

¹⁷ Hans Kelsen, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, 1. Aufl., Leipzig und Wien 1934, S. 23 (§ 11(b)).

¹⁸ Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 3), S. 214 = HKW 2, S. 21–878 (328).

¹⁹ Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 3), S. 204 = HKW 2, S. 21–878 (316).

²⁰ Drei Zitate: Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 3), S. 204 = HKW 2, S. 21–878 (316).

²¹ Zwei Zitate: Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 3), S. 205 = HKW 2, S. 21–878 (317).

2. Reinigung der herrschenden Lehre und eine Mehrzahl an Normensystemen

Kelsens Kritik an der seinerzeitigen Jurisprudenz zielte darauf, eine Grundlage für die juristische Erkenntnis von Recht zu begründen, und nicht darauf, das Wesen des Rechts zu erklären. So unterstreicht er im „Problem der Souveränität“, dass die Frage „Was ist Recht?“ genauso sinnlos für den Rechtswissenschaftler ist wie die Frage „was ist Leben?“ (S. 283 f. Anm. 1 (284)) für den Biologen. In der Fokussierung auf die Frage nach dem Wesen des Rechts erblickte er sogar eine mögliche Ablenkung. Als Beispiel führt Kelsen die Frage an, „ob dem Völkerrechte überhaupt, ob ihm der vollkommene oder der unvollkommene Rechtscharakter zukomme“ (S. 368); diese Frage hat damals das für den Rechtswissenschaftler eigentlich zentrale Problem der Souveränität überschattet, nämlich das „Problem des gegenseitigen Verhältnisses der beiden Normensysteme“. (S. 367) Im Mittelteil des „Problem der Souveränität“ wird diese Fragestellung thematisiert; Kelsen kritisiert dort ausgiebig die dualistischen Konstruktionen des Verhältnisses von Staats- und Völkerrecht anhand der Schwierigkeit, ein und dasselbe Verhalten gleichzeitig aus der Perspektive zweier unabhängiger Normenordnungen erkennbar zu machen.

Kelsen sah im Dualismus von Staats- und Völkerrecht eine Folge des traditionellen Verständnisses der Souveränität als höchster Gewalt des Staates gegenüber seinen Untertanen sowie als dessen Unabhängigkeit gegenüber anderen Staaten. Durch dieses Verständnis wird der Begriff der Souveränität „seines ursprünglichen und eigentlichen Inhalts, der ein Absolutes, einen Superlativ darstellt, ganz ebenso entäußert und daher aufgehoben ... wie wenn als Souveränität die Eigenschaft des Staates behauptet wird, die höchste Gewalt, jedoch nur gegenüber seinen Untertanen zu sein“. (S. 502 f.) Dies läuft auf die folgende „Tautologie“ hinaus: „die Souveränität ist die Eigenschaft, höher zu sein als diejenigen, die niedriger sind.“ (S. 310) Die herrschende Lehre benötigte den Dualismus, um dieser Sackgasse zu entkommen, indem sie das Staats- und Völkerrecht „als zwei voneinander verschiedene, voneinander unabhängige Normsysteme“ (S. 435) behandelte.

Für Kelsen wird das Verhältnis zweier Normenordnungen durch das Verhältnis ihrer Quellen determiniert und – was hier wichtiger erscheint – durch die Unterscheidung zwischen Normobjekten und Normadressaten, d. h. Normsubjekten. Im Grunde genommen geht es hier um die Unterscheidung von Fakten und Normen. Das „Objekt“ einer Rechtsnorm ist „menschliches Verhalten“ (S. 371), welches die materialen Fakten darstellt, die das Recht regelt. Ein Rechtssubjekt ist hingegen eine juristische Person; sie „hat keine Naturrealität, sondern – als Produkt juristischer Erkenntnis – nur die Natur des Rechtes selbst.“²² (S. 373) Es stellt bloß eine Personifikation eines Bündels von Rechtsnormen dar, die das Verhalten

²² Dieses Zitat zeigt natürlich, dass, selbst wenn die Reine Rechtslehre das Wesen des Rechts nicht erklären möchte, Kelsen sehr wohl seine Untersuchungen zur juristischen Methodik so weit verfolgte, dass er sich unweigerlich zu dieser Frage äußern musste.

von Individuen oder Gruppen regelt; die Rechtsform gibt dem Faktischen seinen juristischen Sinn.

Die Vermengung des Rechtssubjektes mit dem Rechtsobjekt bewirkt die Verwandlung des Rechtssubjekts – hier: der Rechtsperson des Staates – in ein Rechtsobjekt, d. h. in ein „Faktum“; diese Konfusion stellt für Kelsen die fundamentale Unreinheit dar, die er aus der Rechtswissenschaft zu verbannen sucht. „Man denkt sich den Staat als ein reales Wesen, als ein Naturding ... und so wie das Verhalten des Menschen glaubt man dasjenige des Staates als Gegenstand zweier voneinander verschiedener Ordnungen vorstellen zu können: der ‚eigenen‘ staatlichen Rechtsordnung und der Völkerrechtsordnung.“ (S. 405) Diese Vermengung stellt eine „Verdoppelung des Erkenntnisgegenstandes“ dar, in der „die objektiven Rechtssätze einer einheitlichen Rechtsordnung ... das anderemal als Pflichten und Rechte einer Person: des Staates erscheinen“. (S. 430) Dies „läßt zum Problem werden, was ... gar kein Problem ist“ (S. 430); als wichtigstes Beispiel kann man die Frage anführen, wie sich denn erklären lasse, dass ein Staat als freies und unabhängiges Wesen dennoch Rechtspflichten unterworfen sein könne, ein Problem, das durch die These von der „Selbstbindung“ (S. 430) des Staates gelöst wird. Diese Theorie untergräbt für Kelsen jedoch die ganze Idee der Verpflichtung, denn eine „Norm, ein Sollen, dessen Geltung von dem subjektiven Willen desjenigen abhinge, dessen Verhalten es beinhaltet, wäre keine Norm mehr. In dem Satze: du sollst, wenn und was du willst, ist mit dem Gegensatze von Sein und Sollen das Wesen der Norm überhaupt aufgehoben.“ (S. 465) Man könnte daher sagen, dass diese Theorie eine autonome Form der politischen Moral enthält, nicht eine heteronome Rechtsnorm.

Kelsens Gebrauch dieser Unterscheidungen in seiner kritischen Reinigung der herrschenden Lehre ist zu komplex und ist von ihm zu oft variiert worden, um hier zusammengefasst werden zu können. Wir werden daher ein bemerkenswertes Beispiel *pars pro toto* herausheben, und zwar „die bis zum äußersten getriebene Hypostasierung des Staates“ (S. 421), die Laband mit der Vorstellung vom Staat als einzigem Adressaten der Völkerrechtsnormen betreibt. Der Kern von Labands Argument ist die Behauptung, dass das Völkerrecht weder die Untertanen noch die Organe des Staates verpflichte, sondern dass nur „der Staat als solcher“ (S. 421) verpflichtet sei. Auf dieser Basis argumentierte Laband, dass völkerrechtliche Verträge nur nach außen, nicht aber nach innen Rechtswirkung hätten. Der Vertrag „konstatiert nur den Willen des Staates, sich zu verpflichten, nicht aber den Willen ..., die Verpflichtung zu erfüllen.“ (S. 421) Diese „Erfüllung“ geschieht durch einen Rechtsbefehl, den der Staat an seine Untertanen oder Organe richtet.

Für Kelsen stellt das eine „vollkommene Loslösung einer Personifikation von dem personifizierten Substrat, der Ordnung *menschlichen* Verhaltens“ (S. 421) dar. Wenn der Staat „ein von seinen Organen und Untertanen verschiedenes, selbständiges und unabhängig von diesen Organen verpflichtbares Wesen“ ist, dann ist die „Rechtsordnung ohne Inhalt“, (S. 421) das heißt die Rechtsnormen regeln kein

faktisches Objekt. Man kann dieses Problem bei Labands Unterscheidung zwischen dem Willen des Staates, sich zu verpflichten, und dem Willen, die Verpflichtung zu erfüllen, beobachten. Für Kelsen ist der wesentliche Inhalt jeder Verpflichtung genau ihre Erfüllung, das faktische Verhalten, welches den Inhalt der Verpflichtung bildet. „Eine Verpflichtung, die nicht ihre Erfüllung zum Inhalt hat ... ist eben eine inhaltslose, ist eben keine Verpflichtung“. (S. 423)

Diese Überlegungen münden in einem Argument, das seine volle Ausformung zuerst im „Problem der Souveränität“ erhält und das Kelsen als die wichtigste Entwicklung in seinem System seit den „Hauptprobleme“ bezeichnete: die Einheit von Staat und Rechtsordnung.²³ Üblicherweise wird diese Einheit in methodologischer Hinsicht als das Produkt von Kelsens Kritik an Jellineks „Zwei-Seiten-Lehre“ des Staates dargestellt – eine Theorie, welche die kausale mit der normativen Methode vermischt. Durch die Kritik am traditionellen Verständnis des Souveränitätsbegriffs wirft das „Problem der Souveränität“ jedoch ein anderes Licht auf diese Frage.

Dieses Verständnis – der Staat als höchste Gewalt gegenüber seinen Untertanen und als unabhängig gegenüber anderen Staaten – stellt das Recht so dar, als ob es „Beziehungen‘ oder ‚Verhältnisse‘ zwischen Subjekten regelt“. (S. 388) Aber für Kelsen, dessen Augenmerk auf den „einfachen und reinen Relationen des Rechtsatzes“ (S. 265) liegt, „werden die für die juristische Betrachtung relevanten ‚Beziehungen‘ oder ‚Verhältnisse‘“ erst „durch die rechtliche Regelung ... hergestellt“. (S. 388) Es ist „nicht ein Verhältnis zwischen – der Rechtsordnung gegenüberstehenden – Rechtssubjekten“, das zur Frage steht, sondern „ein Verhältnis ... innerhalb der Rechtsordnung“. (S. 388) Recht und Staat sind ein und dasselbe, weil es Rechtsnormen sind, die menschliche Handlungen zum Staatsakt machen. Für Kelsen zeigt sich die Identität von Staat und Recht „nirgends deutlicher und augenfälliger als gerade hier, wo die fundamentale Frage auftaucht: Wann ist eigentlich eine menschliche Handlung Staatsakt, auf Grund welches Kriteriums vollziehe ich die Zurechnung zum ‚Staate‘?“ (S. 394)

Dieses Argument ist entscheidend für unser Verständnis vom gegenseitigen Verhältnis zweier Normensysteme, denn zwei Normensysteme können dasselbe Normobjekt, nicht aber dasselbe Normsubjekt haben. Zum Beispiel können Recht und Moral das Verhalten desselben Menschen regeln, und tun das regelmäßig auch, aber die unterschiedlichen Beziehungen von Normen und Fakten in den beiden Systemen – heteronomes Recht gegen autonome Moral – erzeugen unterschiedliche Normsubjekte oder Personen. Denn während Kelsen anerkennt, dass dasselbe Individuum Gegenstand von unvereinbaren Forderungen des Rechts und der Moral sein kann, besteht er doch darauf, dass es nicht denkbar ist, dass „sich zwei voneinander verschiedene Normsysteme ganz oder teilweise an dieselben

²³ Vgl. *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtsatz, 2. Aufl., Tübingen 1923, Vorrede zur zweiten Auflage, S. XVI–XVIII.

Personen als Adressaten wenden“. (S. 372) Infolgedessen müssen das Staats- und das Völkerrecht eine einzige Rechtsordnung bilden, genau weil sie sich notwendigerweise auf dieselben Personen beziehen – „Personen“ als Bündel von Rechtsnormen –, die dieselbe Bedeutung sowohl im Staats- als auch im Völkerrecht haben, wie zum Beispiel das Staatsoberhaupt. Der Sinngehalt ist nur bei Einheit des Systems identisch.

3. Die Souveränität und das Normativitätsproblem

Indem Kelsen die Identität von Staat und Recht behauptet, muss er auch Rechts- und politische Theorie in einem gewissen Sinne vereinen. Dies wird im „Problem der Souveränität“ evident durch die Art, in der er die Probleme der Errichtung, Erhaltung und Rechtfertigung eines politischen Systems als in der Grundfrage der Rechtstheorie, d. h. der Erkenntnis von Rechtsnormen begründet sieht. Während die politische Theorie und die Rechtstheorie in diesem Punkt einig sind, sind die rechtswissenschaftliche Erkenntnis von Rechtsnormen und deren moral- respektive politikwissenschaftliche Erkenntnis für Kelsen jedoch völlig verschiedene Dinge.

Man kann dies an Kelsens Zugang zur Souveränität ablesen, einem Konzept, das er gleichermaßen als juristische und als politische Notwendigkeit ansieht. Für den Rechtswissenschaftler ist die Souveränität „eine Voraussetzung im Denken des Staat und Recht erfassenden Betrachters“, genauer: die Voraussetzung eines Staates oder einer Rechtsordnung „als höchste, nicht weiter ableitbare“. (S. 284) Durch die Eigenschaft der Unableitbarkeit wird das Recht zu einem eigenen Erkenntnisobjekt und macht die Begriffe „Souveränität“ und „Grundnorm“ deckungsgleich. Gleichzeitig kann die Eigenschaft der „Unableitbarkeit ... wohl nur der Verpflichtung zukommen, die wir vom Rechte ausgehen lassen“. (S. 359) Das heißt, dass das Recht nicht den Werten anderer Normenordnungen subordiniert ist; der Rechtsordnung wird daher „ein oberster Wert“ (S. 351) zugeschrieben.

Aber die Annahme des Rechts als höchste Ordnung ist von der Zuschreibung des höchsten Wertes völlig verschieden, und diese Verschiedenheit setzt die zwei unterschiedlichen Dimensionen des Souveränitätsbegriffs frei: die rechtliche und die moralisch-politische. Die Annahme des Rechts als höchste Ordnung betrifft die Rechtserkenntnis geltender Normen; die Zuschreibung des höchsten Wertes involviert eine Überzeugung der normativen Rechtfertigung – basierend auf „Rechtsvorstellungen“, die „die Menschen wirksam motivieren“ – die aber „innerhalb einer Wissenschaft keinen Platz finden kann, die das Recht als Norm ... auffaßt.“(S. 355)

Diese beiden Aspekte der Souveränität zeigen sich mit aller Deutlichkeit in der wohl bemerkenswertesten Aussage im „Problem der Souveränität“. Dort spricht Kelsen davon, dass „die Frage: wann ist Souveränität gegeben“ zwei Problemfelder

beherbergt. Das erste Problem beinhaltet „die psychologischen Bedingungen, unter denen ich – der Betrachter – die rechtslogische Voraussetzung der Souveränität mache“, (S. 285) wobei der Betrachter natürlich der Rechtswissenschaftler ist, der die grundlegenden Annahmen der Rechtswissenschaft hierauf anwendet. Das zweite Problem bezieht sich auf „die psychischen, insbesondere die sozialpsychischen und sonstigen (etwa wirtschaftlichen, religiösen, politischen ...) Ursachen, die ... zu der Tatsache führen, daß auch die Volksgenossen ... die Vorstellung von der Souveränität ihres Gemeinwesens haben, mit ihrer Staatsordnung als mit einer höchsten, nicht weiter ableitbaren operieren.“ (S. 285f.) Die beiden Problemfelder setzen aber verschiedene Erkenntnismodi voraus: einerseits den Modus, der das Recht als „Soll-Geltung“ erkennt, dieser ist „allein der systematischen Rechtswissenschaft gegeben“; sowie andererseits den Modus, der das Recht als etwas auffasst, „von dem eine Seins-Wirkung ausgesagt werden kann“. (S. 365) Dieser Unterschied erzeugt zwei unterschiedliche Arten von Recht, die „logisch zwei verschiedene Gegenstände sind.“ (S. 365)

4. Die philosophischen Quellen des ursprünglichen Konzepts Kelsens von der Normativität des Rechts

Die Unterscheidung als logisch verschieden kann aber nicht heißen, dass zwei Arten von Recht in jeder Hinsicht unterschiedlich sind, da die faktische Wirksamkeit eine Bedingung für dasjenige Recht darstellt, welches für den Juristen normative Geltung besitzt. Aber während Kelsen als Rechtswissenschaftler die Effektivität als in der faktischen Grundannahme des egoistisch motivierten menschlichen Verhaltens wurzeln sieht, das nur auf die Sanktionen heteronomer Normen reagiert, stellt er doch an unseren Mitbürgern fest, dass sie der aus diesen Normen gebildeten Ordnung kraft autonomer Entscheidung den höchsten Wert zuschreiben. Die Frage ist daher, wie der universelle Egoismus mit dem Eingeständnis koexistiert oder gar zu ihm wird, dass es eine jenseits des Individuums geltende Autorität gibt. Kelsens Gewährsmann bei der Lösung dieses Problems war Ernst Mach.

Kelsen hat bereits in seinem Werk „Hauptprobleme“ zwar beschränkten, aber zentralen Gebrauch von den Schriften Machs gemacht; im „Problem der Souveränität“ wird der Einfluss Machs entscheidend dafür, wie Juristen bei der Suche nach dem Souverän den grundlegenden Annahmen der Rechtswissenschaft Rechnung tragen sollen. Kelsen näherte sich dem Problem, indem er nach dem Kriterium suchte, nach dem man die geltende Verfassung angesichts eines revolutionären Wandels identifizieren kann – damals eine theoretische Frage mit offensichtlich praktischer Relevanz.

In einem ersten Schritt konfrontiert Kelsen den Leser mit der These, dass die Rechtswissenschaft die Wahl der Ursprungshypothese durch den Juristen nicht

rechtfertigen könne. Diese Wahl ist „in *juristischer* Hinsicht ... willkürlich“. (S. 362) „Allein darum muß diese Wahl nicht überhaupt in jeder Richtung willkürlich sein“, denn „[d]aß als positiv geltendes Recht eine in der Regel wirksame Ordnung vorausgesetzt wird, ist nicht bloß Tatsache, ist auch Postulat, ist in irgendeinem Sinne gesollt, geboten.“ (S. 362–364) Dieses Gebot wurzelt in der Wissenschaft selbst; seine Grundlage nennt Kelsen das „wertökonomische[...] Prinzip“ (S. 365), welches Machs Prinzip der Erkenntnisökonomie nachgebildet ist.

Kelsen beschrieb das Machsche Prinzip so: es erlaubt uns, „mit möglichst einfacher Formel möglichst viel der tatsächlichen Gegebenheit zu erklären“. (S. 365) Für ihn enthalten die Normwissenschaften ein analoges Prinzip der Wertökonomie; dieses stelle „ein Prinzip der erkenntnismäßigen Erzielung eines Wertmaximums dar“. (S. 365) Es ist „auf eine möglichste Reduzierung jener Spannung gerichtet ..., die zwischen Sollen und Sein besteht“. (S. 365) Dieses Prinzip determiniert „uns in der Wahl der Voraussetzungen derart“, „daß der Inhalt der als gültig vorausgesetzten Ordnung sich mit dem Inhalt des nach dieser Ordnung zu beurteilenden tatsächlichen Geschehens möglichst deckt, sei es, weil dieses Geschehen durch die Vorstellung dieser Ordnung motiviert ist, sei es, daß es dadurch als motiviert gedacht werden kann“. (S. 364) Kurzum: Der Jurist soll annehmen, dass diejenige die geltende Verfassung ist, welche die geringste Spannung zwischen „Sein“ und „Sollen“ in sich trägt.

In späteren Schriften wird sich Kelsen von Mach als Gewährsmann bei der Aufstellung der Grundlage der Rechtswissenschaft distanzieren und eher kursorisch auf das „Sollen“ als etwas verweisen, das „im Sinne der Kantischen Philosophie erkenntnis-theoretisch-transzendental“²⁴ ist. Nichtsdestotrotz wird diese Episode ihre Spuren in der Reinen Rechtslehre hinterlassen. Dies drückt sich in der Doktrin aus, dass innerhalb einer geltenden Rechtsordnung notwendigerweise eine Spannung besteht zwischen Sein und Sollen, die zwar bei einem Mindestniveau von Effektivität ansetzt, aber nicht so weit geht, dass Sein und Sollen miteinander verschmelzen und die Spannung dadurch aufgehoben wird. In diesem Spannungsbogen erlaubt es die Grundnorm, faktischem Verhalten eine normative Bedeutung zuzuschreiben, die „the principle of effectiveness“ zu etwas macht, das „implied in the basic norm“²⁵ ist. Diese Implikation resultiert daraus, dass man eine Spannung zwischen dem Seienden und dem Seinsollenden nur dann wahrnehmen kann, wenn eine Ordnung ein hinreichendes Maß an Effektivität aufweist, um Abweichungen von der Norm als Delikte erkennbar zu machen, aber nicht, wenn Sein und Sollen konvergieren und daher diese Spannung und mit ihr die Möglichkeit eines Delikts verschwinden. Solch eine Konvergenz bedeutet „die Ausschaltung des spezifisch-normativen Standpunktes“. (S. 366)

²⁴ Kelsen, Reine Rechtslehre (Anm. 17), S. 24.

²⁵ Hans Kelsen, Science and Politics, in: Hans Kelsen, What is Justice?, Berkeley und Los Angeles 1957, S. 350–375, 397 (360). Kelsen wird den Gedanken der Wertökonomie einige Zeit nach dem „Problem der Souveränität“ wiederaufgreifen, vgl. Hans Kelsen, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Berlin-Charlottenburg 1928, S. 65.

Die zentrale Bedeutung Machs für den Topos der tatsächlichen Wirksamkeit bei Kelsen legt es nahe, dass sich Machs Einfluss weniger bei der Frage der juristischen Erkenntnis bemerkbar machte als bei jener nach der zweiten Dimension der Souveränität. Dort wird das egoistische Verhalten, das nach Ansicht des Rechtswissenschaftlers durch Sanktionen gesteuert wird, umgewandelt in die autonome Folgebereitschaft gegenüber einer Normenordnung, welche dieser Beständigkeit verleiht. Der Grund für diesen Einfluss liegt in der Machschen Begründung der gemeinsamen Ursprünge von Natur- und Normwissenschaften. Sein Prinzip der Erkenntnisökonomie erwächst aus einem Wissenschaftsverständnis, das den Ursprung der Naturgesetze in normativen Konstrukten sieht. Er schildert alle Wissenschaft als durch menschliche Zwecke bestimmt und Naturgesetze als in biologischen Bedürfnissen begründet. Menschliche „Erwartung [ist] unter gegebenen Umständen erhaltungsgemäß geregelt“.²⁶ Die Naturgesetze bestehen „in der Einschränkung der Möglichkeiten“²⁷ und „sind ... ein Erzeugnis unseres psychologischen Bedürfnisses, uns in der Natur zurecht zu finden“.²⁸ Wir suchen Regelmäßigkeiten in der Natur, um „den Vorgängen nicht fremd und verwirrt gegenüber zu stehen“,²⁹ was die Wissenschaft wiederum zum Mittel des Selbsterhaltungstriebes macht, den Kelsen als die Urquelle allen Handelns ansieht.

Aber als Mittel menschlicher Zwecke erhält die Wissenschaft einen normativen Zug: als Richtschnur des Handelns in einer Welt, die nach ihrer eigenen Rationalität funktioniert. Daher entwickelt sich für Mach und, ihm folgend, für Kelsen die Wissenschaft historisch aus der Tendenz, die Natur normativ zu verstehen und natürliches Geschehen als Reaktionen auf menschliches Verhalten anzusehen. Mach schreibt, dass ursprünglich „die psychologischen Motive in die Natur projiziert und dieser selbst zugeschrieben worden sind“,³⁰ was dazu führte, dass die Natur als von „Dämonen erfüllt“ erschien.³¹ In den „Hauptprobleme“ bezog sich Kelsen auf diese Aussagen sowie auf ähnliche Aussagen Anderer, um in der Folge darauf aufbauend die Herausbildung der selbstständigen Normwissenschaften durch die schrittweise Trennung des Prinzips der Vergeltung von dem der Kausalität zu erklären.³² Die Frage wird wiederholt im „Problem der Souveränität“

²⁶ Ernst Mach, Erkenntnis und Irrtum. Skizzen zur Psychologie der Forschung, 2. Aufl., Leipzig 1906, S. 451 – Hervorhebungen Machs nicht übernommen.

²⁷ Mach, Erkenntnis (Anm. 26), S. 450.

²⁸ Mach, Erkenntnis (Anm. 26), S. 453 f. – Hervorhebungen Machs nicht übernommen.

²⁹ Mach, Erkenntnis (Anm. 26), S. 454. – Die Seiten 450–454 aus Machs Buch prägen die Kelsenschen Ausführungen in den ersten Seiten der „Hauptprobleme“, vgl. Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 3), S. 5 f. Anm. 3, S. 14 Anm. 1 = HKW 2, S. 21–878 (84 Anm. 3, 93 Anm. 1).

³⁰ Mach, Erkenntnis (Anm. 26), S. 454.

³¹ Ernst Mach, Populär-Wissenschaftliche Vorlesungen, Leipzig 1896, S. 203.

³² Vgl. Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 3), S. 3–5, 14 Anm. 1 = HKW 2, S. 21–878 (80–84, 93 Anm. 1). Rudolf Euckens Werk hatte in diesem Punkt ebenfalls einen Einfluss auf Kelsen, vgl. Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 3), S. 4, 26 = HKW 2, S. 21–878 (81 f., 108); Rudolf Eucken, Geistige Strömungen der Gegenwart, 4. Aufl., Leipzig 1909, S. 154–169. Diese Entwicklung gipfelte in: Hans Kelsen, Vergeltung und Kausalität: Eine soziologische Untersuchung, Den Haag 1941.

thematisiert, wo Kelsen die Unterscheidung zwischen Staat und Recht als „durchaus auf der Stufe einer Mythologie, die anthropomorphistisch hinter jedem Baum eine Dryas ... vorstellt und so die Natur als den durch Erkenntnis zu bewältigenden Gegenstand verdoppelt“, (S. 288 Anm. 1) ansieht. Hierin ist ein Archetypus für die Vermischung von Normen und Fakten zu erblicken, die den unreinen analytischen Methoden zugrunde liegt, sowie für die menschlichen Neigungen, die diese Verwirrung noch verstärken.

Im Zentrum von Kelsens Verständnis der Normativität des Rechts steht der Dualismus der Werterkenntnis. In seinen späteren Schriften hat Kelsen dieses Thema erheblich vertieft, indem er seinen Fokus auf die historische Entwicklung der Charaktertypen legte, die sich in ihrer moralischen Ausrichtung danach unterscheiden, wie sie die Welt der Erfahrung mit einer ewigen Gerechtigkeitsordnung in Einklang bringen, die jenseits der Welt der Erfahrung liegt. Er charakterisiert den Prozess „als den immer wieder erneuerten Versuch eben dieses menschlichen Geistes ..., sich aus dem ungeheuren Konflikte zu befreien“ – ein Ziel, das Kelsen zufolge der wissenschaftlich-kritische Positivismus erreicht, und das erhebliche Konsequenzen für die Rechtswissenschaft hat.³³ Noch lagen die Gedanken vom Standpunkt des „Problem der Souveränität“ in der Zukunft, aber bereits in dieser Schrift betrachtet Kelsen den Positivismus als das Denkmodell, das imstande ist, die Erkenntnis von Werten auf eine neue Grundlage zu stellen, eines, das den traditionellen Dualismus überwindet. Dies tat er unter dem Einfluss seines vielleicht frühesten philosophischen Interesses, dem an Arthur Schopenhauer.

Kelsens frühes Interesse an Schopenhauer ist zwar bekannt, aber während die dafür sprechenden Indizien im Schrifttum zusammengetragen worden sind, wurde dieses Thema noch nicht vertieft erforscht.³⁴ Das kann auch hier nicht getan werden, aber bereits der Hinweis auf den bedeutenden Einfluss von Schopenhauers Ethik auf das „Problem der Souveränität“ kann zur Erklärung der Verknüpfung der gegenständlichen Monographie mit der politischen Theorie Kelsens, die sich ungefähr zur selben Zeit entwickelt hat, beitragen.

Sowohl Kelsen als auch Schopenhauer erachten Egoismus und Selbsterhaltungstrieb als das fundamentale Motiv allen menschlichen Handelns. Dabei knüpfte Kelsen weit eher an Schopenhauers auf Egoismus und Mitgefühl basierende Ethik an als an die dieser Ethik zugrundeliegende Metaphysik. Schopenhauers Ethik schien die fundamentalen Unterschiede in der Erkenntnis und daher der Anerkennung von Normen beziehungsweise Normenordnungen zu erklären. Daher schreibt Kelsen im letzten Kapitel des „Problem der Souveränität“ von einer „subjektivistischen Erkenntnistheorie, die ... vom eigenen Ich ausgeht und dabei doch niemals über das eigene Ich hinauskommen kann, indem sie die ganze Sin-

³³ Kelsen, Grundlagen (Anm. 25), S. 48, 60f. Vgl. Hans Kelsen, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (84–87).

³⁴ Vgl. Clemens Jabloner, Kelsen and his Circle: The Viennese Years, in: European Journal of International Law 9 (1998), S. 368–385 (384 Anm. 72).

nenwelt, die Natur, nur als die Vorstellung, die ganze Welt der Werte nur als den Willen dieses eigenen Ichs verstehen kann“ und „dabei aber unfähig [ist], ... zu begreifen“, dass das „sein wollende ... ‚Du‘“ eines anderen Menschen „auch ein Ich“ (S. 568) ist. Er setzt dem eine „objektivistische Weltanschauung“ (S. 567) entgegen, die „um zum Ich zu gelangen, von der Welt ausgeht, wenn sie eine objektive Weltvernunft, einen Weltgeist voraussetzt, dessen Subjektivationen oder Konkretisationen, dessen nur sehr ephemere und vorläufige Erscheinungsformen ... einander koordiniert und gleichartig ... gegenüberstehen“. (S. 568 f.)³⁵

Die erste Weltanschauung ist charakteristisch für einen autoritären, absolutistischen Zugang zu Recht und Politik, der auf dem Primat des Staatsrechts beharrt, während die zweite einen positivistischen, relativistischen Zugang zu Wissenschaft und Politik widerspiegelt, der bereit ist, ein einziges System universellen Rechts anzuerkennen. Hier bezieht sich Kelsen stark auf Schopenhauers Ethik, um die zwei Weltanschauungen darzustellen, die die zwei kontrastierenden politischen Systeme der Autokratie und Demokratie begleiten und die hinsichtlich des Primats des Staats- oder des Völkerrechts entgegengesetzte Tendenzen aufweisen – Themen, die Kelsen später in seinen unverhüllt politischen Schriften näher erörtern wird.³⁶

5. Schlussbemerkung

Gewiss markiert die Reine Rechtslehre den Kern von Kelsens Reflexion über die Probleme von Recht, Staat, Politik und Moral. Aber vielleicht kann diese Einleitung einen Beitrag zu der Erkenntnis leisten, dass die volle Bedeutung dieser Rechtslehre nur zusammen mit denjenigen Teilen des Kelsenschen Œuvres zutage tritt, die über sie hinausgehen und die Themen ansprechen, über die die Reine Rechtslehre notwendigerweise schweigt, namentlich die Verknüpfung zwischen Normen, Fakten und moralischem Feingefühl, die zwar in der Praxis existieren, die die Theorie aber trennen muss, um sagen zu können, was Recht ist. Der gegenständlichen Gesamtausgabe von Kelsens Werken ist es zu verdanken, dass sie die Erforschung solcher Themen erleichtern und so zu einem besseren Verständnis der Bedeutung der Reinen Rechtslehre als Grundlage der juristischen Methode führen wird.

³⁵ Vgl. z. B. *Arthur Schopenhauer*, *Die Welt als Wille und Vorstellung*, Bd. 1, 3. Aufl., Leipzig 1859, S. 391–393 (§ 61), 434–443 (§ 66), 446–448 (§ 68); *Arthur Schopenhauer*, *Die Welt als Wille und Vorstellung*, Bd. 2, 3. Aufl., Leipzig 1859, S. 686–688 (Kap. 47); *Arthur Schopenhauer*, *Die beiden Grundprobleme der Ethik*, behandelt in zwei akademischen Preisschriften, 2. Aufl., Leipzig 1860, S. 270–274 (§ 22).

³⁶ Vgl. insbesondere: *Hans Kelsen*, *Staatsform und Weltanschauung*, Tübingen 1933, S. 10–13; vgl. auch: *Hans Kelsen*, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 47 (1920/1921), S. 50–85 (54 Anm. 6).

DAS
PROBLEM DER SOUVERÄNITÄT
UND DIE
THEORIE DES VÖLKERRECHTS

BEFTRAG ZU EINER REINEN RECHTSLEHRE

„Paradoxum hoc videbitur iis, qui nexum veritatum non prospiciunt et ex factis jura aestimant.“
Christian Wolff, Jus gentium.

VON

DR. HANS KELSEN

ORD. ÖFF. PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT WIEN



T Ü B I N G E N
VERLAG VON J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK)
1920

Die Arbeit an einer *reinen*, insbesondere von soziologisch-psychologischen und politischen Elementen gereinigten Rechtstheorie, die ich in meinen 1911 erschienenen „Hauptproblemen der Staatsrechtslehre“¹ begonnen und seither in verschiedenen Abhandlungen fortgesetzt habe,² führe ich in den vorliegenden Untersuchungen an ein Problem heran, dessen Behandlung in der herrschenden Lehre ganz besonders geeignet ist, deren Reformbedürftigkeit zu beweisen. Die *Souveränität des Staates* ist einer der Brennpunkte der juristischen Konstruktion; gerade hier, wo die Zusammenhänge des ganzen Systems deutlicher zutage treten, müssen sich die Grundfragen der Methode entscheiden.

Dem Souveränitätsproblem bin ich bisher ausgewichen, obgleich eine grundsätzliche Stellungnahme mir mehr als einmal nahe lag. Es geschah dies vor allem deshalb, weil eine Lösung dieses Problems nicht möglich ist ohne eine prinzipielle Auseinandersetzung mit der *Theorie des Völkerrechts*. Um dessen Beziehung zur staatlichen Rechtsordnung handelt es sich, wenn es gilt, die Frage nach dem Wesen der Souveränität, insbesondere nach ihrer Wesentlichkeit für den Staat – den als *Ordnung*, und zwar als *Rechtsordnung* zu begreifenden Staat – zu beantworten. Die Untersuchung des Verhältnisses zwischen beiden Normensystemen bildet den Hauptgegenstand dieser Arbeit, die Erkenntnis der notwendigen Einheit beider ihr wichtigstes Ergebnis.

Diese Einheit aber wird hier nur zum Ausdruck für die Einheit juristischer Erkenntnis überhaupt, die – wie ich schon in meinen „Hauptproblemen“ betont

¹ *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911 = HKW 2, S. 21–878.

² Vgl. insb. *Hans Kelsen*, Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode. Vortrag gehalten in der Soziologischen Gesellschaft zu Wien, Tübingen 1911 = HKW 3, S. 22–55; *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*, Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung, in: Archiv des öffentlichen Rechts 32 (1914), S. 202–245, 390–438 = HKW 3, S. 359–425; *Hans Kelsen*, Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktstfähigkeit 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; *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. Mit besonderer Rücksicht auf die Probleme der Als-Ob-Betrachtung 1 (1919), S. 630–658 = HKW 4, S. 209–234.

habe³ – nichts anderes zu ihrem Gegenstande haben kann als Rechtsnormen, und die in der Erzeugung eines einheitlichen Systems von Rechtssätzen ihre Aufgabe als Wissenschaft erfüllt. Wenn, wie *Paul Natorp*⁴ so schön ausführt, die Frage nach der letzten Einheit der Erkenntnis überhaupt zwar Sache der Philosophie, aber auch den Einzelwissenschaften | das Streben nach einer letzten Einheit nicht fremd ist,⁵ so mag es ja als Aufgabe der Rechtsphilosophie gelten: die schließliche Einheit der juristischen Erkenntnis auf den verschiedenen Rechtsgebieten zu behaupten und darzustellen; aber dann muß der Trieb zu dieser Einheit auch in den einzelnen Rechtsdisziplinen sich „als die eigentliche schöpferische Kraft“⁶ erweisen und es muß Rechtsphilosophie der Rechtswissenschaft immanent sein. Wenn man sich des Einheitspostulates im Bereiche der Rechtswissenschaft heute noch nicht genügend bewußt ist, so mag das nicht zuletzt darauf zurückzuführen sein, daß der Blick des Rechtstheoretikers ebensowohl von dem eigentlichen Gegenstand seiner Erkenntnis: der Rechtsnorm, in andere Erkenntnisgebiete abgelenkt, wie von Hypostasierungen und Scheinprobleme erzeugenden Fiktionen getrübt, durch diesen Schleier zu seinem ursprünglichen Objekt gar nicht durchdringen kann, das ihm das Bedürfnis nach Veranschaulichung, Denkgewohnheit und Denkbequemlichkeit verhüllen. Gespenstern gleich stellen sich zu selbständigen Wesenheiten verdichtete Metaphern, als Realitäten gesetzte Denkbehelfe der juristischen Erkenntnis in den Weg und verhindern sie, als Einheit zu erfassen, was nur ein für Wirklichkeit gehaltener Schein trennt. Der Kampf gegen die rechtstheoretische Fiktion wird wie schon in meinen „Hauptproblemen“⁷ so auch in der vorliegenden Arbeit geführt. Es handelt sich mir durchwegs um die Auflösung der im Denken des Juristen erstarrten, verdinglichten Rechtsgebilde, um ihre Rückführung auf die einfachen und reinen Relationen des Rechtssatzes.

Auf dem Wege zur Einheit und Reinheit habe ich bei fortschreitender Erkenntnis manche schon ausgesprochene Anschauung vertieft, manche Konstruktion – da ich sie in einen noch allgemeineren Zusammenhang brachte – modifiziert, manche Meinung aber, die ich noch zu Beginn meiner Untersuchungen teilte, als irrig fallen gelassen. Keinem aufmerksamen Leser soll dieser Wandel entgehen, den zu verhüllen ich keinen Anlaß habe. Daß er ein Fortschritt sei, hoffe ich ebensowohl, wie ich glaube, daß sich die in meinen „Hauptproblemen“ gelegten Grundlagen gerade in der vorliegenden Arbeit bewährt haben.

³ Vgl. *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 1), insb. S. III–XIII, 3–33 = HKW 2, S. 21–878 (51–64, 80–116).

⁴ Paul Gerhard Natorp (1854–1924), Philosoph und Pädagoge. 1881 in Marburg habilitiert, ab 1885 a. o. Prof. und 1893–1924 o. Prof. ebendort. Er gilt als Hauptvertreter des Neukantianismus der Marburger Schule. Wichtige Werke: Sozialpädagogik, Stuttgart 1899 (6. Aufl., Stuttgart 1925); Platons Ideenlehre, Leipzig 1903 (2. Aufl., Leipzig 1921); Die logischen Grundlagen der exakten Wissenschaften, Leipzig 1910 (3. Aufl., Leipzig 1923).

⁵ Vgl. *Paul Natorp*, Philosophie. Ihr Problem und ihre Probleme. Einführung in den kritischen Idealismus, Göttingen 1918, S. 3.

⁶ *Natorp*, Philosophie (Anm. 5), S. 6.

⁷ *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 1), S. VIII = HKW 2, S. 21–878 (56); vgl. auch *Kelsen*, Fiktionen (Anm. 2), S. 630–658 = HKW 4, S. 209–234.

Sie gegen – vielfach mißverstehende – Kritik zu rechtfertigen, halte ich hier nicht für geboten. Nur auf zwei immer wieder erhobene Einwände möchte ich antworten.

|V Erstlich: Daß ich mit meiner nur auf die Rechtssätze und ihren funktionalen Zusammenhang gerichteten Betrachtung nicht die „Wirklichkeit“ der sozialen Tatsachen oder – wie man zu sagen pflegt – die „Praxis“ zu erfassen vermag, ist mir wohl bewußt. Ich bin sogar unbescheiden genug, diese Not für eine Tugend zu halten. | Da ich das Recht als ein selbständiges, insbesondere von der Natur verschiedenes System betrachte, so wie es ja alle Juristen tun, wenn sie sich darüber auch nicht immer Rechenschaft geben, da ich somit die Rechtswissenschaft so nehme, wie sie sich in ihren besten Vertretern gibt und stets gegeben hat: als eine nach Gegenstand und Methode selbständige, insbesondere von der Naturwissenschaft verschiedene Disziplin, so weise ich die Berufung auf „Wirklichkeit“ oder „Praxis“ als Berufung auf ein anderes Erkenntnisssystem, eine andere und daher der juristischen Ausgangsposition wesensfremde Theorie – nämlich eine meist recht naive Theorie der natürlichen Tatsachen – somit als Rekurs an eine inkompetente Instanz zurück. Darin gerade liegt ja die alle „Wissenschaft“ erst ermöglichende Reinheit, daß die Erkenntnis innerhalb der ihr durch Gegenstand und Methode gezogenen Grenzen bleibt. Daß diese Grenzen gerade für die Rechtswissenschaft sehr enge sind, zögere ich nicht, selbst auf die Gefahr hin einzugestehn, daß dadurch ihre Bedeutung im Gesamtsysteme der Wissenschaften erheblich vermindert wird; aber ich begreife, daß dies all denen tief beklagenswert erscheinen muß, die als „Juristen“ sich berufen glauben, so ziemlich alles zu verstehen, und mit juristischen Argumentationen ebenso Probleme der Psychologie und Soziologie zu lösen, wie Forderungen der Politik zu honorieren gewohnt sind. Daß sie dabei jene spezifisch „juristische“ Logik entwickeln müssen, die Jurisprudenz im Kreise echter Wissenschaft längst um jedes Ansehen gebracht und den Juristen im Bewußtsein des Volkes zu einem Rabulisten gemacht hat, ist freilich eine nicht zu übersehende Nebenwirkung dieser Kompetenzüberschreitung.

Dann aber muß ich mich gegen das seltsame Mißverständnis wenden: Ich lehre, positives Recht sei irgendwie nur aus „vorgefaßten Ideen“ abzuleiten, sei „abstrakt zu konstruieren“. Wenn ich die individuelle Rechtsnorm eines Urteils, Verwaltungsaktes oder Rechtsgeschäftes auf die generelle Norm des Gesetzes, das Gesetz wieder auf die noch allgemeinere Norm der Verfassung und die Verfassungsnormen schließlich auf eine allgemeine höchste, den logischen Ursprung darstellende Norm zurückführe, die als juristische Hypothese die verfassungsgebende Autorität einsetzt, so bin ich mir wohl bewußt, daß die Verfassung ihre rechtlich relevante *Geltung* zwar aus der vorausgesetzten Ursprungsnorm, ihren *Inhalt* aber aus dem empirischen Willensakt der konstituierenden Autorität holt, ganz ebenso wie das Gesetz seine Geltung aus der Verfassung, seinen Inhalt aber aus dem Faktum des Gesetzesbeschlusses, das Urteil seine Geltung aus dem Gesetz und seinen Inhalt aus dem | Faktum des richterlichen Willensaktes hernimmt. Die logische „Erzeu-

|VI

gung“ des Rechts aus der Ursprungsnorm vollzieht sich stufenweise in stetem Bezug auf ein paralleles Faktum, das aber doch nur – wie die psychologischen Tatsachen im Verhältnis zu den logischen Geltungen – die *conditio sine qua non*, nicht aber die *conditio per quam* des Rechts auf seinen verschiedenen Stufen, in seinem für den Juristen entscheidenden Geltungsaspekte ist. Solche logische Erzeugung aus dem Ursprung darf doch nicht mit naturrechtlichen Deduktionen verwechselt werden. Wenn mich ein Vorwurf trifft, ist es nicht der, daß ich zu wenig, sondern eher der, daß ich zu sehr Positivist bin. Doch sehe ich – heute noch deutlicher als früher – die Grenze, bis zu der der Positivismus in der Rechtserkenntnis geführt werden kann. Nur unkritischer Dogmatismus kann vermeinen, ein System positiven Rechts sei voraussetzungslos möglich. Worauf es allein ankommt ist: sich des – relativen – a priori dieses Systems bewußt zu werden. Ich versuche dies gestützt auf die *Kant'sche*⁸ Transzendentalphilosophie, die für die Rechtswissenschaft gewonnen zu haben, das Verdienst *Rudolf Stammers*⁹ bleibt. Da ich solches jedoch als Jurist, nicht als Berufsphilosoph und für Juristen unternehme, denen die strenge Sprache reiner Erkenntnis nicht geläufig ist und die noch tief in materialistischen Vorurteilen stecken, da meine Darstellung nicht anders denn an die herrschenden Vorstellungen und an einen unwissenschaftlichen, vorwissenschaftlichen Sprachgebrauch anknüpfen kann, um sich überhaupt verständlich zu machen, muß ich eine philosophische Kritik um Nachsicht bitten.

Da in jüngster Zeit mehrere Werke erschienen sind, die sowohl hinsichtlich der Problemstellung wie der Ergebnisse sich in gewissen Punkten mit den vorliegenden Untersuchungen berühren – ich nenne die vorzügliche Schrift *Nelsons*¹⁰, *Die Rechtswissenschaft ohne Recht*, 1917,¹¹ und *Krabbes*¹² schönes Buch, *Die mo-*

⁸ Immanuel Kant (1724–1804), bedeutendster Philosoph seiner Zeit. Ab 1770 Prof. für Logik und 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.

⁹ 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).

¹⁰ Leonard Nelson (1882–1927), Philosoph. 1909 in Göttingen habilitiert, 1919–1927 a.o. Prof. ebendort. Wichtige Werke: *Untersuchungen über die Entwicklungsgeschichte der Kantischen Erkenntnistheorie*, Göttingen 1909; *Die Rechtswissenschaft ohne Recht*, Leipzig 1917; *Vorlesungen über die Grundlagen der Ethik*, 3 Bde., Leipzig und Göttingen 1917–1932.

¹¹ *Leonard Nelson*, *Die Rechtswissenschaft ohne Recht*. Kritische Betrachtungen über die Grundlagen des Staats- und Völkerrechts insbesondere über die Lehre von der Souveränität, Leipzig 1917.

¹² Hugo Krabbe (1857–1936), niederländischer Staatsrechtslehrer. 1883 in Leiden promoviert, ab 1883 Beamter in der öffentlichen Verwaltung, ab 1894 Prof. in Groningen und ab 1908 in Leiden.

derne Staatsidee, 1919,¹³ – so lege ich Wert darauf, festzustellen, daß mein Manuskript schon im Jahre 1915 begonnen wurde und im Jahre 1916 grundsätzlich abgeschlossen war, daß aber meine militärische Dienstleistung während des Krieges¹⁴ die Drucklegung verzögerte.

|VII Was die Benützung der Literatur betrifft, so habe ich – um den Umfang des Buches nicht übermäßig anwachsen zu lassen und weil ich keine literarhistorischen Absichten verfolge – die bei der reformatorischen Tendenz meiner Arbeit leider unvermeidlichen kritischen Auseinandersetzungen auf solche Autoren beschränkt, die durch ihre führende Stellung oder ihre besonders charakteristischen, typischen Formulierungen als Repräsentanten der herrschenden Lehrmeinung, | vor allem aber der heute üblichen Methode rechtswissenschaftlicher Erkenntnis gelten können. Diese Lehrmeinung und ihre Methode, nicht aber irgendwelche Personen will meine Kritik treffen, die ich stets nur sachlich, nie persönlich zu führen bestrebt bin.

Schließlich drängt es mich auch dankbaren Herzens meiner wissenschaftlichen Freunde und Schüler zu gedenken, die meine Arbeiten mit tiefstem Verständnis aufgenommen und nach mancher Richtung besser und weiter fortgeführt haben als es mir selbst gelungen ist. Dieser Gegenruf des Geistes,¹⁵ der mir nun immer häufiger entgegentönt, gibt mir die sichere Gewähr, auf richtigem Wege zu sein.

Wien, im Frühjahr 1920.

Wichtige Werke: De burgerlijke staatsdienst in Nederland, Leiden 1883; Die Lehre der Rechtsouveränität: Beitrag zur Staatslehre, Groningen 1906; De moderne staatsidee, Den Haag 1915 (2. dt. Aufl., Den Haag 1919).

¹³ *Hugo Krabbe*, Die moderne Staats-Idee, 2. Aufl., Den Haag 1919.

¹⁴ Kelsen versah vom 4. August 1914 bis zum 31. Oktober 1918 als Landsturmoftizier Kriegsdienst. Er diente ab Dezember 1914 im Kriegsfürsorgeamt in Wien, ab August 1915 im Divisionsmilitärgericht ebendort sowie ab Oktober 1915 in der Justizabteilung des Kriegsministeriums, ab November 1917 schließlich als unmittelbarer Referent des Kriegsministers mit dem Rang eines Hauptmann-Auditors; vgl. *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (46–55).

¹⁵ Vgl. *Ludwig Tieck*, Des Lebens Ueberfluss, in: *Urania*. Taschenbuch auf das Jahr 1839, S. 1–66 (11). Die Passage lautet: „Das Weib hat in ihrer Liebe immer jene zweite, antwortende Stimme oder den richtigen Gegenruf des Geistes. Und glaube mir, was Ihr so oft in Euerem männlichen Übermut unsere Dummheit oder Kurzsichtigkeit benennt, oder Mangel an Philosophie, Unfähigkeit, in die Wirklichkeit einzudringen, und dergleichen Phrasen mehr, das ist, wie oft, der echte Geisterdialog, die Ergänzung oder der harmonische Einklang in Euer Seelengeheimnis.“

| Inhaltsverzeichnis.

|VIII

Erster Teil: Die staatsrechtliche Souveränitätstheorie.

Erstes Kapitel. Methodologische Vorfrage.

- § 1. Einstellung des Problems 272
 § 2. Die normlogische Bedeutung der Souveränität 275

Zweites Kapitel. Begriff und Wesen der Souveränität.

- § 3. Souveränität als Eigenschaft der Staats- oder Rechtsordnung 280
 § 4. Souveränität der Staatsperson als eines der Rechtsordnung
 unterworfenen Subjektes 286
 § 5. Die Lehre von der Rechtsouveränität 292
 § 6. Die Lehre von der Rechtsouveränität; Fortsetzung 298
 § 7. Die Souveränität als Rechtsmacht 301
 § 8. Souveränität als Macht über die Rechtsordnung, als Rechtsfolge
 und als subjektives Recht 306
 § 9. Staatsrechtliche und völkerrechtliche Souveränität 307
 § 10. Der formale Charakter der Souveränität 310
 § 11. Souveränität als Unbeschränktheit und Unbeschränkbarkeit 313
 § 12. Souveränität als Kompetenzhoheit 317

Drittes Kapitel. Souveränität als wesentliches Merkmal des Staates.

- § 13. Einstellung des Problems: Souveränitätsfreie Begriffsbestimmungen
 des Staates 322
 § 14. „Nicht weiter ableitbare Herrschergewalt, Herrschergewalt aus eigener Macht
 und daher zu eigenem Recht“: eine Definition der souveränen Rechtsordnung 324
 § 15. Der rechtliche Charakter der Gliedstaaten 328
 § 16. Die geteilte Souveränität 330
 § 17. Das „eigene“ Recht zum Zwang als Wesensmerkmal des nicht begriffs-
 notwendig souveränen Staates: eine Definition der souveränen
 Rechtsordnung 334
 § 18. Die Gebietshoheit als Wesensmerkmal des Staates 338
 § 19. Die Fähigkeit des Staates, sich *selbst* wesentlich zu ändern: gleichfalls
 eine Bestimmung der souveränen Rechtsordnung 344
 § 20. Der Zweck als wesentliches Kriterium des Staates; Realisierung der Interessen
 des Gesamtvolkes: nur wenn der Staat als souveräne Ordnung
 vorausgesetzt wird 349

| Viertes Kapitel. Souveränität des Staates und Positivität des Rechtes.

|IX

- § 21. Der Begriff der Rechtspositivität, positives und Naturrecht 352
 § 22. Positivität und Faktizität des Rechts 355
 § 23. Positivität und Gesetztheit des Rechts 359
 § 24. Faktizität und Normativität, Wirkung und Geltung
 der Rechts-(Staats-)Ordnung 360

Zweiter Teil: Die Theorie des Völkerrechts und das Souveränitätsdogma.

Fünftes Kapitel. Das gegenseitige Verhältnis zweier Normensysteme.

§ 25. Einstellung des Problems	367
§ 26. Die Verschiedenheit der „Quellen“	369
§ 27. Normobjekt (Gegenstand der Normierung) und Normsubjekt (Adressat) . . .	371
§ 28. Das Verhältnis einer „höheren“ zu einer „niederen“ Ordnung: die Delegation oder Verweisung	375
§ 29. Die Abänderung der Rechtsordnung; die Verweisung auf die Normen der Moral und auf die durch Rechtsgeschäft zu setzenden Normen	377

Sechstes Kapitel. Die staatliche Rechtsordnung und das Völkerrecht:
die dualistische Konstruktion.

§ 30. Einstellung des Problems	383
§ 31. Das Objekt des Völkerrechts	387
§ 32. Das Subjekt des Völkerrechts (der Normadressat)	393
§ 33. Die Quelle des Völkerrechts; dualistische und monistische Konstruktion	397
§ 34. Vermengung der dualistischen mit monistischen Konstruktionen	401
§ 35. Fortsetzung; bloß völkerrechtliche Verpflichtung des Staates zu Normsetzungsakten	406

Siebentes Kapitel. Der Primat der staatlichen Rechtsordnung.

§ 36. Einstellung des Problems	412
§ 37. Das Völkerrecht als äußeres Staatsrecht	415
§ 38. Zuspitzung der Theorie vom Staat als ausschließlichem Adressaten des Völkerrechts	420
§ 39. Untertanen als Subjekte des Völkerrechts	423
§ 40. Die Theorie von der „Selbstverpflichtung“ des Staates	429
§ 41. Staatsrechtliche und völkerrechtliche Gültigkeit von Staatsverträgen	435
§ 42. Das Völkerrecht als „gemeinsames“ Recht	442
§ 43. Die Ausschließlichkeit der Souveränität	447
§ 44. Der Begriff des Staatsvertrags und die Selbstverpflichtungstheorie	450
§ 45. Die Leugnung des Völkerrechts	455

|x |Achstes Kapitel. Der Primat der Völkerrechtsordnung.

§ 46. Einstellung des Problems	463
§ 47. Die Objektivität des Völkerrechts; das „natürliche“, „notwendige“, „theoretische“, „unwillkürliche“ Völkerrecht	464
§ 48. Die Lehre von den „Grundrechten“ des Völkerrechts	472
§ 49. Geltung des Völkerrechts für den neu entstandenen Staat	483
§ 50. Die Anerkennung des Neustaates	487
§ 51. Die Entstehung des Staates als <i>Rechts</i> problem; Kontinuität der Rechts-(Staats-)Ordnung und Revolution	494

Neuntes Kapitel. Das Völkerrecht als civitas maxima.

§ 52. Das „subjektive“ und das „objektive“ Prinzip des Völkerrechts	499
§ 53. Weltrechtsordnung und Weltstaat	507
§ 54. Organisierte und nicht organisierte Gemeinschaft	515
§ 55. Korporation und Sozietät	524

Zehntes Kapitel. Die Theorie der Staatenverbindungen.

§ 56. Das Wesen der Staatenverbindung	531
§ 57. Einteilung der Staatenverbindungen nach ihrer Entstehung	533
§ 58. Staatenbund und Bundesstaat	535
§ 59. Die Korporationstheorie	544
§ 60. Die freiwillige Einschränkung der Souveränität	549
§ 61. Bundesexekution, Sezession, Nullifikation	554
§ 62. Der Staatenbund als juristische Person	562

Elftes Kapitel. Die erkenntnistheoretische und ethisch-politische Bedeutung der beiden juristischen Grundhypothesen.

§ 63. Subjektivistische und objektivistische Weltanschauung	567
§ 64. Imperialismus und Pazifismus	569
§ 65. Die Zukunft der Völkerrechtstheorie	572

Die staatsrechtliche Souveränitätstheorie.

Erstes Kapitel.

Methodologische Vorfrage.

§ 1. Einstellung des Problems.

Der Begriff der Souveränität, den die moderne Staatsrechtslehre zu ihren schwierigsten und meist umstrittenen zählt, hat einen – die zahlreichen um seine Bestimmung geführten Streitigkeiten verursachenden – Bedeutungswandel durchgemacht. Seit das Wort „Souveränität“ in die Terminologie der um die Erkenntnis von Staat und Recht bemühten Wissenschaften Eingang gefunden, ist es nicht nur zu verschiedenen Zeiten, sondern auch innerhalb derselben Periode in den verschiedensten Bedeutungen gebraucht worden. Sogar für den im allgemeinen recht unsicheren terminologischen Zustand der Staats- und Rechtslehre ist die starke Oszillation dieses Grundbegriffes ungewöhnlich. Sie dürfte zum großen Teil darauf zurückzuführen sein, daß mit ihm, wie dies ja häufig auf diesem Gebiete der Fall ist, keineswegs bloß der Zweck wissenschaftlicher Erkenntnis, sondern auch, ja bis vor kurzem vielleicht sogar vornehmlich, staatspolitische Absichten verfolgt wurden. Wie kein anderer Begriff hat gerade derjenige der Souveränität das theoretische Mäntelchen für höchst praktische Postulate abgegeben, so daß gerade seine Geschichte ein klassisches Beispiel für den die Rechtswissenschaft in ihrem theoretischen¹⁾ Charakter bedrohenden Methodenanarchismus, speziell für die verhängnisvolle Vermengung moralisch-politischer und juristischer, aber auch juristischer und soziologisch-psychologischer Betrachtung liefern kann.

Daß der Begriff der Souveränität schon in seinen historischen Anfängen die Frucht eines unzulässigen Methodensynkretismus war, das zeigen die Untersuchungen, die der Dogmengeschichte der Souveränitätstheorie in neuerer Zeit ge-

|1 ¹⁾ Der Gegensatz von „theoretisch“ und „praktisch“ ist ebenso wie der ihn begründende Gegensatz von Sein und Sollen ein *relativer*. Die Rechtswissenschaft hat es mit dem rechtlichen Sollen zu tun, ist somit gegenüber der mit dem Natur-Sein befaßten Naturwissenschaft eine „praktische“ Disziplin. Als Wissenschaft vom *positiven* Recht, d. h. von dem, was Recht *ist*, vom Sein des Rechtes, steht sie als theoretische Erkenntnis der Politik gegenüber, die zu erkennen sucht, was Recht sein *soll*, die das *richtige* Recht aufsucht. „Theoretisch“ ist aber die Rechtswissenschaft schließlich auch im Sinne von „Wissenschaft“, d. h. als ein auf einer *einheitlichen* Methode gegründetes einheitliches System von Erkenntnissen.

widmet wurden¹⁾. Am deutlichsten tritt dies in der Lehre *Bodins*¹⁷ hervor, den man gern als den Begründer der Souveränitätslehre bezeichnet; die politischen Tendenzen seiner Doktrin liegen heute klar zutage.

Dennoch wäre die Annahme falsch, daß hinter der von der Staatsrechtstheorie seit Jahrhunderten vorgetragenen Souveränitätslehre nichts anderes als politische Postulate zu finden seien. Vielmehr ist es so: daß eine richtige *rechtstheoretische* Erkenntnis durch ein Labyrinth von ihr fremdartigen politischen und anderen Elementen seit Jahrhunderten durchzudringen bemüht ist. Ohne diesen rein theoretischen Wahrheitsgehalt wäre es der Lehre von der Souveränität nicht gelungen, bis auf den heutigen Tag ein eiserner Bestand der Staats- und Rechtslehre, ja eines ihrer wichtigsten Kapitel zu bleiben. Mag immerhin *Bodin*, der sogenannte Begründer der Lehre, mit ihr vornehmlich die Forderung politischer Unabhängigkeit der französischen Könige gegenüber dem Imperium der Deutschen Kaiser verfochten; mögen in gewissen Spielarten dieser Lehre, in der Theorie der Fürsten- und der ihr entgegengesetzten Theorie der Volkssouveränität die Herrschaftsansprüche bestimmter Interessengruppen Ausdruck gefunden; mag der Begriff der Souveränität sich zuzeiten mit der besonderen Idee der absoluten und unbeschränkten Staatsgewalt identifiziert haben: So läßt sich doch unter allen diesen Verkleidungen ein einheitlicher Gedanke erkennen, den herauszuschälen und in seiner Wahrheit sicherzustellen, Aufgabe der Wissenschaft von Staat und Recht sein muß.

Gerade die neueren Formulierungen des Souveränitätsbegriffs, so sehr sie auch voneinander abweichen mögen, sind dem Wahrheitsgehalt dieser Lehre näher gekommen, als dies bisher der Fall war. Es ist darum ein im Grunde verfehelter Gedanke, den Begriff der Souveränität aus der modernen Staats- und Rechtslehre überhaupt zu eliminieren, weil eine seiner vielen Bedeutungen, die man ohne tiefere Begründung für die einzig richtige, die „eigentliche“ hält, etwa jene der

¹⁾ Vgl. insbesondere: *Hancke*, Bodin. Eine Studie über den Begriff der Souveränität. 1894; *Dock*, Der Souveränitätsbegriff von Bodin bis zu Friedrich d. Großen. 1897; *Dock*, Revolution und Restauration über die Souveränität. 1900; *Landmann*, Der Souveränitätsbegriff bei den französischen Theoretikern, von Jean Bodin bis auf Jean Jacques Rousseau. 1890.¹⁶

¹⁶ *Ernst Hancke*, Bodin. Eine Studie über den Begriff der Souveränität, Breslau 1894; *Adolf Dock*, Der Souveränitätsbegriff von Bodin bis zu Friedrich dem Großen, Straßburg 1897; *Adolf Dock*, Revolution und Restauration über die Souveränität. Eine weitere Quellensammlung über den Begriff der höchsten Gewalt und zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Staatstheorien, Straßburg 1900; *Max Landmann*, Der Souveränitätsbegriff bei den französischen Theoretikern, von Jean Bodin bis auf Jean Jacques Rousseau. Ein Beitrag zur Entwicklungsgeschichte des Souveränitätsbegriffes, Leipzig 1896.

¹⁷ Jean Bodin, auch: Johannes Bodinus (1529/1530–1596), französischer Jurist und Philosoph. Er begründete die neuzeitliche Theorie staatlicher Souveränität, unter der er die von den Gesetzen gelöste Macht des Staates über die Untertanen verstand. Obgleich Theoretiker des Absolutismus, trat er zugleich für politische und religiöse Toleranz ein. In seiner juristischen Tätigkeit kam er auch mit der Hexenverfolgung in Kontakt. Wichtige Werke: *Les Six Livres de la République*, Paris 1576; *Iuris universi distributio*, Paris 1578; *De la démonomanie des sorciers*, Paris 1580.

absoluten und unbeschränkten Staatsgewalt, mit der modernen Auffassung vom Rechtsstaat nicht vereinbar sei¹⁾. Diese Anschauung verkennt zunächst die Natur des Bedeutungswandels, den der Souveränitätsbegriff durchgemacht hat, vor allem den entschiedenen Fortschritt, den gerade die letzte Phase der Souveränitätslehre aufweist. Daß die neueren Formulierungen des Begriffs mit irgend einer älteren, wenn auch lange herrschenden Auffassung nicht übereinstimmen, spricht vielleicht mehr gegen diese als gegen jene. Im übrigen kommt es gar nicht auf eine historische Legitimierung des heute in Verwendung stehenden Souveränitätsbegriffs an. Für eine notwendige Vorstellung (und ihre Notwendigkeit ist von der Wissenschaft zu erweisen) soll ein Ausdruck gefunden werden²⁾; die hergebrachte Terminologie bietet einen, der im allgemeinen Sprachgebrauch ungefähr jene Bedeutung hat, die richtiger Erkenntnis nach benötigt wird. In diesem Sinne bedient sich die moderne Staats- und Rechtstheorie des Souveränitätsbegriffs. Und indem

13 ¹⁾ So *Preuss*¹⁸, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, 1889: „Wir haben den Souveränitätsbegriff als das tragende Prinzip des absoluten Obrigkeitsstaates erkannt. Der Gedanke des Obrigkeitsstaates ist auch im heutigen Staatsleben noch in mannigfacher¹⁹ Weise lebendig; aber er bildet nicht mehr den einzigen Grundzug desselben, ist vielmehr mit anderen Elementen durchsetzt. Eben deshalb ist es die Aufgabe der Staatstheorie, das Souveränitätsprinzip, als welches *nur* die Idee des Obrigkeitsstaates zum Ausdruck bringt, zu ersetzen durch ein neues Prinzip, welches Raum hat für die Reste²⁰ des alten *und* die schon wirkenden neuen Kräfte. Das Mischungsverhältnis dieser beiden Elemente ist wiederum begrifflich unabhängig von der Staatsform, wie denn die heutige französische Republik viel²¹ mehr Rudimente des obrigkeitlichen Staates enthält als die meisten konstitutionellen Demokratien. So sind denn auch die der Obrigkeitstheorie gegenüberstehenden neuen Ideen nicht Früchte des aus Frankreich geholten konstitutionellen Dogmas sondern neue Formen der altgermanischen, in England erhaltenen und entwickelten Idee der Selbstverwaltung. Aus derselben Quelle, der diese fruchtbare Idee entspringen, aus dem germanischen Recht entwickelt sich auch das Grundprinzip des modernen Rechtsstaates, welches berufen ist, den romanischen Begriff und das romanische Wort ‚Souveränität‘ zu verdrängen und zu ersetzen.“ A. a. O. S. 136.²² Ein typisches Beispiel für die Behandlung des Souveränitätsproblems unter organisationstechnischen und politischen, gar national-politischen Gesichtspunkten. Daß speziell zwischen dem Begriff des Rechtsstaates und dem der Souveränität kein Gegensatz besteht, wird aus der folgenden Darstellung hervorgehen.

²⁾ Wenn Souveränität hier – antizipierend – als ein *notwendiger* Begriff vorausgesetzt wird, so ist damit noch keineswegs gesagt, daß es sich um eine wesentliche Eigenschaft des Staates handelt.

¹⁸ Hugo Preuß (1860–1925), Staatsrechtslehrer und Politiker. 1889 Habilitation an der Universität Berlin, ab 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 gemeinhin 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.

¹⁹ «mannigfacher»] *Hugo Preuß*, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie, Berlin 1889, S. 136: «mannigfachster».

²⁰ «die Reste»] *Preuß*, *Gemeinde* (Anm. 19), S. 136: «die noch bestehenden Reste».

²¹ «viel»] *Preuß*, *Gemeinde* (Anm. 19), S. 136: «weit».

²² *Preuß*, *Gemeinde* (Anm. 19), S. 136 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

sie dies tut, erwächst ihr die Aufgabe, ihre Terminologie gerade nur soweit zu rechtfertigen, daß sie die von ihr gewählte Bedeutung als den richtigen und unverlierbaren Kern aller Wandlungen nachweist, die der Begriff in der Geschichte durchgemacht hat. |4

§ 2. Die normlogische Bedeutung der Souveränität.

Daß die griechische, insbesondere aber die römische Staats- und Rechtstheorie, wie heute angenommen wird, den Begriff der Souveränität nicht entwickelt hat, liegt nicht etwa daran, daß der griechische und der römische Staat nicht souverän waren. Die griechische und insbesondere die römische Wissenschaft hat für die *Theorie* von Staat und Recht auf allen Gebieten so wenig geleistet – ist sie doch im Gegensatz zu vielen anderen Wissensgebieten nicht nur nicht die Grundlage, viel eher ein Hemmschuh der konventionell immer wieder auf sie zurückgreifenden modernen Wissenschaft gewesen – daß ihr negatives Verhalten in bezug auf die Souveränitätslehre keinerlei Schlüsse zuläßt. Doch wäre gewiß auch die Annahme unbegründet, daß Griechen wie Römern die Vorstellung des souveränen Staates fremd geblieben sei. Ganz abgesehen davon, daß in der aristotelischen Idee der Autarkie²³ und dem römischen Gedanken der *majestas populi romani*²⁴ doch vielleicht mehr Beziehungen zur Souveränitätsvorstellung liegen, als man heute anzunehmen geneigt ist, kann der Gedanke nicht von der Hand gewiesen werden, daß den Griechen, vor allem aber den Römern die Vorstellung der Souveränität ihrer Staats- und Rechtsordnung möglicherweise so *selbstverständlich* und unproblematisch war, daß es einer besonderen Sicherstellung dieser Idee durch wissenschaftliche Erörterung nicht bedurfte und zu einer philosophischen Problemstellung kein Anlaß war. Dies sei besonders einer Auffassung gegenüber hervorgehoben, die das Fehlen einer antiken Souveränitätstheorie und gewisse spätere Wandlungen derselben dafür ins Feld führt, daß Souveränität eine „historische Kategorie“²⁵ sei. Soweit darunter zu verstehen ist, daß die Erkenntnis, die in dem Souveränitätsbegriff zum Ausdruck kommt, nicht zu allen Zeiten zu gelten habe, vielmehr von gewissen äußeren Umständen der Geschichte bedingt sei, so muß schon jetzt dagegen Stellung genommen und mit Nachdruck betont werden, daß der Begriff der Souveränität, den die Staats- und Rechtslehre zu gewinnen hat, nicht mehr und nicht weniger „historisch“ ist, als der des Staates und Rechtes selbst, und daß – wenn Souveränität als in irgend einer wesentlichen Beziehung zu Staat und Recht stehend erkannt sein sollte – dies ebenso für Staat und Recht der alten Ägypter wie der modernen Europäer Geltung hat.

²³ Vgl. z. B. *Aristoteles*, Pol. I, 2; 1252b 27–30, 1252b 34–1253a 1; VII, 4; 1326b 2–5, 1326b 7–9.

²⁴ Lat.: *maiestas populi Romani*; dt.: die Hoheit (Würde) des römischen Volkes. Diese wird meist als Vorherrschaft Roms gegenüber anderen (freien) Verbündeten verstanden, vgl. D.49.15.7.1 (Proculus 8 epist.); *Cicero*, Pro Balbo, 35.

²⁵ *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1914, S. 487.

15 | Seit die Legisten, vor allen *Bartolus*²⁶, die berühmte Unterscheidung zwischen „universitates, quae superiorem non recognoscunt“ und „universitates superiorem recognoscentes“ entwickelten,²⁷ steht das Problem der Souveränität in wissenschaftlicher Diskussion. In den mannigfaltigen Variationen dieser Lehre hat nicht nur das Subjekt gewechselt, dem Souveränität als Attribut beigelegt wurde (der Staat, der Fürst, das Volk), hat auch die Stellung geschwankt, die Souveränität als Attribut oder gar als Subjekt selbst eingenommen, sofern man sie mit dem Staate oder seiner Gewalt schlechthin identifizierte. Gewechselt hat die besondere Ausgestaltung, die der Inhalt der Souveränität erfahren, gewechselt haben die Voraussetzungen, die zu ihr führen sollten, die Konsequenzen, die man aus ihr ziehen zu können glaubte. Gegenüber diesen Schwankungen zeigt die neueste Entwicklung insofern eine gewisse Stabilisierung, als man als das Subjekt, von dem Souveränität – wenn überhaupt – ausgesagt werden kann, den *Staat* erkannt hat. Damit ist eine während der ganzen Geschichte sich geltend machende, nur zeitweise zurückgedrängte Erkenntnistendenz endgültig durchgedrungen. Niemals aber ist ein Moment aus dem Begriff der Souveränität verschwunden, das in allen Definitionen von *Bartolus* bis *Bodin* und von diesem bis zu den allerneuesten Begriffsbestimmungen wiederkehrt: Das Subjekt, dem Souveränität zugesprochen wird, ist damit als ein „höchstes“, „oberstes“ charakterisiert. Ob sich dieses Urteil in einer negativen Sprachform wie bei den „civitates quae superiorem non recognoscunt“²⁸ des *Bartolus* oder in einer positiven, wie in der „summa potestas“²⁹ des *Bodin* ausdrückt, nie ist der „Souveränität“ oder „supremitas“ die wörtliche Bedeutung eines Zuhöchst-, Zuoberst-Seins verloren gegangen, ob damit nun ausschließlich dieses Zuhöchstsein oder zumindest doch neben anderen *auch dieses* zum Ausdruck kommen sollte¹⁾. Und sofern man als ein vorläufiges Ergebnis erkennt, daß es der *Staat* ist, dem Souveränität zugesprochen wird, darf als fester Kern, als ruhender Pol in der Flucht wechselnder Erscheinungsformen der Souveränitätstheorie der Satz erfaßt werden, daß der Staat als ein an *höchster* Stelle Stehendes erkannt werden könne oder müsse.

15 | ¹⁾ Vgl. dazu *Dock*, Der Souveränitätsbegriff, S. 11ff.³⁰ Besonders charakteristisch ist der bei älteren Autoren auftretende Gedanke, Souveränität sei dasselbe wie das „summum genus in logicis“, das „summum ens in metaphysicis“.³¹

²⁶ Bartolo da Sassoferrato, auch: de Saxoferrato (um 1313–1357/1359), Glossator des *Corpus Iuris Civilis*.

²⁷ Vgl. *Bartolus*, In primam Digesti veteris partem, Venedig 1570, fol. 133^v: ad D.4.4.3pr.: l. Denique, D. De minoribus viginti quinque annis; *Bartolus*, In secundam Digesti novi partem, Venedig 1570, fol. 153^r f., Rn. 14: ad D.48.1.7: l. Infamem, D. De publicis iudiciis, fol. 239^r–241^r, Rn. 7: ad D.50.9.4pr.: l. Ambitiosa, D. De decretis ab ordine faciendis.

²⁸ *Bartolus*, Secundam (Anm. 27), fol. 153^r f., Rn. 14: ad D.48.1.7: l. Infamem, D. De publicis iudiciis.

²⁹ *Jean Bodin*, De republica libri sex, Paris 1591, I. Buch, 1. Kap. (S. 1).

³⁰ *Dock*, Souveränitätsbegriff (Anm. 16), S. 11–17.

³¹ Vgl. *Carl Christian Strauß*, De plenitudine summae potentatis. Jena 1691, § 1, i.f., zitiert bei *Dock*, Souveränitätsbegriff (Anm. 16), S. 11f. Anm. 1 (12).

Es ist offenbar nur ein Bild, wenn das Verhältnis des Staates zu anderen Elementen als eine *räumliche* Beziehung dargestellt wird. Und es kann nur darauf ankommen, sich der eigentlichen Relation bewußt zu werden, die durch das Bild eines „oben“ oder „zuhöchst stehenden“ Staates veranschaulicht werden soll. Wie so oft wird auch hier die aus Denkbequemlichkeit geschaffene Veranschaulichung zu einer Verdunkelung des Erkenntnisgegenstandes, wenn man es bei dem Bilde bewenden läßt und so den ursprünglichen¹⁾ Sinn verliert. Wenn von menschlichen Beziehungen – und nur um solche handelt es sich in der Frage der Souveränität – ein „Oben“ und „Unten“, ein „Höher“ und „Nieder“ ausgesagt wird, so kann dies ein zweifaches bedeuten. Man kann damit ein für die soziale Wirklichkeitsbetrachtung gegebenes, einen Spezialfall der Relation „Ursache–Wirkung“ darstellendes Verhältnis bezeichnen. Wenn der Wille des einen zum *Motiv* für den Willen des anderen wird, d. h. wenn der eine den anderen *beherrscht*, ist man gewohnt, den Herrschenden als „über“ dem Beherrschten stehend vorzustellen. Der Herrscher – als Träger des verursachenden Wollens – steht „oben“, der Beherrschte als Subjekt des bewirkten Wollens „unten“. Nun ist man ja geneigt, den Staat als ein solches Herrschaftsverhältnis aufzufassen. Allein ganz abgesehen davon, daß es keineswegs zulässig ist, den Staat – der als Herrschaftsverhältnis Herrscher und Beherrschte gleichermaßen umfaßt – nur mit den Herrschenden zu identifizieren, um von ihm aussagen zu können, daß er „oben“ oder „über“ den von ihm Beherrschten stehe, ist es schlechterdings ausgeschlossen, daß diese auf die Wirklichkeit des sozialen Geschehens als auf eine *Natur*-Realität gerichtete, an dem *Kausalgesetz* orientierte Betrachtung von irgend einem Herrschaftssubjekte *mehr* als ein (die motivierende Wirkung darstellendes) „höher“ Sein, nämlich ein „zuhöchst“ Sein, an Stelle eines Komperativs einen Superlativ aussagen kann. In der Erkenntnisrichtung sozialer Realität könnte das Bild eines Zuhöchstseins, die Annahme eines in diesem Sinne souveränen Herrschaftssubjektes nur die Bedeutung einer *prima causa* annehmen: ein Wollen, das wohl zur Ursache anderer Wollungen wird, und darum ein Subjekt, das andere beherrscht, „über“ anderen steht, „höher“ ist als diese anderen, das aber, weil zuhöchst stehend, selbst nicht beherrscht, d. h. selbst nicht von einem anderen Wollen *verursacht* wird.

Die naturalistische Richtung der modernen Staatslehre drängt diese immer wieder – immer wieder vergeblich und um den Preis gröbster Selbsttäuschung – das Souveränitätsproblem im Wege sozialer Tatsachenforschung, die Souveränität als *Faktum* auf naturwissenschaftlich-empirische Weise, womöglich induktiv zu erfassen. Daß es aber für eine auf die soziale Wirklichkeit gerichtete Betrachtung so etwas wie Souveränität nicht geben kann – die Widerlegung solch monströsen Unsinn ist nur nötig, weil er in der Wissenschaft ernstlich behauptet wurde – läßt sich ja sogleich erweisen. In der Sphäre der Naturrealität muß Souveränität den Sinn etwa von Freiheit oder Unabhängigkeit einer Macht oder Herrschaft von

¹⁾ „Ursprünglich“ nicht im historischen sondern logischen Sinne!

einer anderen annehmen (also ihren eigentlichen Sinn ablegen), um überhaupt ein taugliches Operationsobjekt zu werden. Da aber Macht, Herrschaft, Gewalt im Bereiche sozialen Geschehens nichts anderes als Verursachung, speziell: Motivation ist, muß die Annahme einer Macht-, Gewalt- oder Herrschaftsquelle, d. h. also einer motivierenden Ursache, die nicht ihrerseits selbst wieder auf eine Ursache zurückzuführen und so „frei“ oder „unabhängig“ wäre, mit dem Sinn kausaler Wirklichkeitsbetrachtung völlig unvereinbar sein, da ja die prinzipielle Rückführung jeder sozialen Erscheinung auf ihre sie bestimmenden Ursachen das Postulat der Begreiflichkeit sozialen Geschehens überhaupt ist. In diesem faktischen Sinne (der jedoch keineswegs der Sinn ist, in dem das Problem der Souveränität aufgegeben ist!) kann kein Staat (richtiger: die motivierenden Kräfte, die man in diesem Zusammenhange als Staat bezeichnen mag) souverän sein, ist jeder Staat (für eine wahrhaft naturalistische Betrachtung sind nur Willensmacht übende, d. h. herrschende und beherrschte Menschen gegeben), selbst die politisch gewaltigste Großmacht nach allen Seiten des wirtschaftlichen, rechtlichen und kulturellen Lebens von anderen bestimmt, abhängig, unfrei.

Ganz besonders in der Lehre von den Staatenverbindungen, bei der Erörterung der Frage, ob es nur souveräne oder auch nichtsoveräne Staaten gebe, verfährt die herrschende Lehre fast durchwegs so, als ob es sich dabei um die Feststellung realer Naturtatsachen handle und die gewünschte Erkenntnis auf induktivem Wege durch Beobachtung in der Sinnenwelt sich darbietender realer Tatbestände gewonnen werden könnte. Näheres Zusehen zeigt freilich sofort, daß der Autor, der unter dem Einfluß gewisser naturalistischer Schlagworte (die auf dem Gebiete der Rechts- und Staatstheorie, dieser vom Zentrum der Wissenschaften recht entlegenen Provinz, noch zu einer Zeit nachwirken, da sie von ihren eigenen Urhebern längst aufgegeben sind) die naturwissenschaftlich-induktive Methode akzeptiert zu haben behauptet, seine Resultate auf rein deduktivem Wege gewonnen hat. Allerdings ist auch die Erkenntnis von der Unmöglichkeit der induktiven Methode gerade bei der Gewinnung des Souveränitätsbegriffes, wenn auch nur vereinzelt und ohne in das wissenschaftliche Allgemeinbewußtsein aufgenommen zu sein, ausgesprochen worden; und obgleich ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, daß
 | 8 | es ein unmögliches Unterfangen sei, den Begriff der Souveränität dadurch zu gewinnen, daß man die souveränen von den nichtsoveränen Staaten scheidet und dann beschreibend die gemeinsame Differenz aufzeigt, weil die Unterscheidung von souveränen und nichtsoveränen Gemeinwesen bereits einen vorgefaßten Begriff voraussetzt, so ist dennoch das geistlose und oberflächliche Schlagwort von der „induktiven Methode“ (die man seltsamerweise gerade in Kreisen der Rechts- und Staatswissenschaft für die einzig wissenschaftliche zu halten geneigt ist) noch immer nicht verschwunden und richtet nach wie vor überflüssige Verwirrung an.

In einem ganz anderen Sinne als in demjenigen eines aus *kausaler Seins*betrachtung gegebenen Motivationsprozesses tatsächlicher Herrschaftsbeziehungen wird von einer „Ueber- und Unter“ordnung gesprochen, wenn damit – im Hinblick auf

das *Sollen* gültiger Normen – das *Verpflichtungsverhältnis* dargestellt wird, demzufolge das eine Subjekt dem Willen eines anderen zu entsprechen hat. „Ueber“ einem anderen steht der, dessen Willen als verbindlich gilt für den Willen der ihm – darum – „Unterworfenen“. Und er steht „zuhöchst“, d. h. er ist „souverän“, wenn für seinen Willen kein anderer „höherer“ als verbindlich vorausgesetzt wird. *Solche* Annahme ist allerdings möglich, die Voraussetzung eines „höchsten“ Willens, einer Souveränität in diesem Sinne keineswegs, wie die Annahme einer *prima causa*, in sich widerspruchsvoll und vor allem in Verbindung mit dem Staate ohne jene offenkundige Vergewaltigung der Tatsachen vollziehbar, die eine aus der Kette von Ursache und Wirkung gerissene, aber doch als Realität behauptete Staatsgewalt bedeutet. Dabei zeigt sich bei näherer Untersuchung des *normativen* Herrschafts- oder Ueber- und Unterordnungsverhältnisses, daß dieses nicht – wie das kausale – zwischen Mensch und Mensch besteht. „Unterworfen“ im Sinne von „verpflichtet“ ist man stets nur der Norm, dem Willen eines Menschen aber nur insoferne, als eine Norm solches statuiert, d. h. ein Verhalten als gesollt setzt, zu dessen näherer Bestimmung ein Mensch – die durch die Norm eingesetzte Autorität – delegiert wird. Deren Befehl ist nur die Ausfüllung eines Norm-Blanketts; denn Autorität ist er nur kraft Einsetzung durch die Norm. „Herrscher“ ist somit nur die Norm und „souverän“ ist *dieser* Herrscher nur soferne die Norm als „höchste“ vorausgesetzt wird.

Daß aber eine Norm oder ein Normensystem, eine *Ordnung*, als „höchste“ vorausgesetzt wird, ist ein Bild für eine bestimmte *logische* Qualifikation derselben. Sie wird damit als nicht weiter *ableitbar*, als logischer Ursprung gesetzt oder vorausgesetzt. In | dem Bilde der Ueber- und Unterordnung, des „Höheren“ und „Niederer“ kommt die *logische* Relation des Allgemeinen zum Besonderen, in dem Begriff der Souveränität die Kategorie des Allgemeinen, des „*summum genus in logicis*“³² zum Ausdruck. Dies wird noch im einzelnen zu zeigen sein. Hier sei nur noch ausdrücklich hervorgehoben, daß insbesondere auch das der „herrschenden“ Ordnung unterworfenen Subjekt, die – physische oder juristische – „Person“ des Rechtes sich letztlich als die Personifikation einer *besonderen* Norm und Ordnung darstellt, die im Verhältnis zur „höheren“, weil allgemeineren, umfassenden Ordnung den Charakter einer *abgeleiteten* Teilordnung hat. Doch wird auch darauf noch zurückzukommen sein.³³

³² Lat.: *summum genus in logicis*; dt.: die logisch höchste, alle Arten umfassende Gattung.

³³ Vgl. unten S. 286–292, 375–377.

Zweites Kapitel.

Begriff und Wesen der Souveränität.

§ 3. *Souveränität als Eigenschaft der Staats- oder Rechtsordnung.*

Faßt man den Staat als soziale Realität, als ein in der Kette von Ursache und Wirkung stehendes Faktum auf, d. h. stellt man sich in der Staatstheorie auf den Standpunkt der Kausalerklärung, dann ist es schlechterdings unlogisch, eine möglicherweise sein Wesen mitkonstituierende Eigenschaft zu behaupten, die nur von einem normativen Standpunkte aus denkbar ist. Und tatsächlich ist ja der Grundirrtum vom Wesen des der Staats- und Rechtslehre gegebenen Staates, seine Auffassung als natürliche Realität, bestimmend gewesen für die Entgleisungen der neueren Souveränitätstheorie, für die Auffassung der Souveränität als einer realen Naturtatsache.

Erkennt man dagegen den Staat, so wie er sich der normativen Staats- und Rechtstheorie¹⁾ darbietet, als *Norm* oder *Ordnung* | und als solchen identisch mit dem Rechte, der als „Staat“ bezeichneten Rechtsordnung, die zusammenfällt mit der als „Recht“ bezeichneten Staatsordnung, dann ist der souveräne Staat eine höchste, d. h. von keiner höheren Ordnung ableitbar gedachte oder als oberste vorausgesetzte Ordnung. Da diese Untersuchungen rein *juristische* sein wollen, kommt der *Staat* hier nur als *Gegenstand der Rechtswissenschaft* in Betracht. Es bleibe völlig dahingestellt, ob unter „Staat“ noch etwas anderes als ein Rechtsbe-

|9 |¹⁾ Um vielfachen Mißverständnissen zu begegnen, denen die von mir vertretene „normative“ Auffassung des Rechtes ausgesetzt ist, bemerke ich ausdrücklich, daß das „Sollen“ (oder die Pflicht) die Aussageform aller Rechtssätze, keinerlei *psychologischen* Sinn hat. Nur um eine solche Deutung zu vermeiden, nenne ich das Recht nicht einen „Willen“, denn dieses Wort führt erfahrungsgemäß speziell bei Juristen zu *psychologistischen* Entgleisungen. Dem – Juristen allerdings ungeläufigen – Sprachgebrauche der *Kantischen* Philosophie würde es eher entsprechen, statt von Sollen von einem „reinen“ Willen zu reden. Das „Sollen“ ist für mich der Ausdruck für den spezifischen, von dem Kausalnexer der *Natur* verschiedenen, funktionalen Zusammenhang der Elemente im System des Rechtes, das Sollen als Gegensatz zum Sein nur der Aus|druck für den Gegensatz des Rechts-Systems zum System der Natur. Gewiß kann man auch von einem „Sein“ oder von einer „Wirklichkeit“ des Rechts sprechen; nur ist das eben ein *anderes* Sein, eine *andere* Wirklichkeit als diejenige der Natur. Und die Grenze zwischen Rechtswissenschaft und Naturwissenschaft kann angesichts der naturalistischen Tendenzen unserer Jurisprudenz nicht scharf genug betont werden. – Schließlich bemerke ich, daß der Begriff des Sollens, der für mich den Oberbegriff des Rechtes bildet, keinerlei *materielle* Bedeutung hat. Er führt durchaus nicht den Sinn irgend eines *absolut* Guten oder Richtigen mit sich. Es handelt sich um einen rein *formalen* Begriff, durch den allein der *relative* Wert des positiven Rechts als solcher, in seinem spezifischen Gegensatz zur *Wirklichkeit* des sozialen Lebens erfaßt werden kann, ohne zugleich zur Bedeutung eines absoluten Ideals aufzusteigen. Auf einen Ausdruck jenes *eigentümlichen* Gegensatzes, in dem die Rechtsordnung zu der Naturwirklichkeit des sozialen Lebens stehen kann (nicht muß) – das Recht sagt: wenn a ist, so ist b, die soziale Wirklichkeit sagt: es ist a und dennoch ist b nicht – kann unmöglich verzichtet werden, wenn der spezifische Sinn des Rechtes im Verhältnis zur sozialen Wirklichkeit erfaßt werden soll. Allerdings nur in diesem Verhältnis. Davon abgesehen, nämlich innerhalb des Rechtssystems selbst, hat es keinen Wert, von Sollen und von einem Gegensatz zwischen Sollen und Sein zu sprechen.

griff verstanden werden kann, oder ob – um mit der herrschenden Terminologie zu sprechen – der Staat neben seiner rechtlichen noch eine andere „Seite“ habe. Diese Theorie, die „den“ Staat zugleich als ein natürliches Faktum und eine juristische Person behauptet und so ein und dasselbe Objekt zum Gegenstand zweier der Methode nach gänzlich *auseinanderfallender* Erkenntnisweisen, zweier *verschiedener* Betrachtungsrichtungen: einer soziologisch-naturwissenschaftlichen und einer normativ-juristischen, macht, verstößt gegen den Fundamentalsatz aller Erkenntnistheorie, daß der Gegenstand der Erkenntnis durch die Erkenntnisrichtung bestimmt sei und daß daher zwei verschiedene Methoden, wie die naturwissenschaftlich-kausale und die juristisch-normative nicht ein und denselben Gegenstand – etwa den Staat „an sich“ – sondern zwei ebenso *verschiedene* Gegenstände erzeugen müssen, die mit dem gleichen Namen „Staat“ zu bezeichnen, nur ein irreführender Fehler sein kann¹⁾. Indes läßt sich leicht zeigen, daß alle Versuche, auf soziologisch-kausalforschendem Wege an den Staat heranzukommen, d. h. den Staat als soziale Tatsache im Sinne eines natürlichen Faktums zu begreifen, fehlschlagen müssen, und daß alle in Betracht kommenden Versuche der Soziologie oder Staats-Soziallehre an dem entscheidenden Punkte einen vollständigen Szenenwechsel, eine völlige Richtungsänderung aus einem kausalwissenschaftlichen in einen normativen Erkenntnisbereich vollziehen, und den Staat

¹⁾ Typische Vertreter dieser „Zwei Seiten“-Theorie des Staates sind *Kistiakowski*³⁴, *Gesellschaft und Einzelwesen*, 1899,³⁵ und *Jellinek*³⁶, *System der subjektiven öffentl. Rechte*, 2. Aufl. 1905. Wenn *Jellinek* a. a. O. S. 13 ff.³⁷ auf die Frage: „Wie habe ich mir den Staat rechtlich zu denken?“ antwortet: „Ein und dasselbe Objekt kann zu einer Fülle von Erkenntnisarten Anlaß geben“, und als Beispiel auf eine Symphonie verweist, die sowohl Gegenstand der Physik (Tonschwingungen) als auch der Aesthetik sein könne, so beweist er gerade das Gegenteil! Denn er sagt selbst – beinahe – richtig: „Für die physiologische und psychologische Betrachtung existiert eine Symphonie als konstantes Objekt *nicht*.“ Er hätte richtiger sagen müssen: existiert eine Symphonie überhaupt nicht, sondern nur für die Aesthetik. Daraus wäre aber zu folgern: Wenn der Staat als soziales natürliches Gebilde ein Produkt oder Gegenstand soziologisch-naturwissenschaftlicher Betrachtung ist, existiert er – eben *dieser* Staat – für die juristisch-normative Erkenntnis überhaupt nicht; oder umgekehrt: Wenn der Staat Gegenstand juristisch-normativer Erkenntnis ist, wenn er überhaupt „rechtlich gedacht“ werden kann, dann ist *dieser* Staat für eine naturwissenschaftlich-soziologische Betrachtung nicht vorhanden!

³⁴ Theodor Kistiakowski (1868–1920), ukrainischer Rechtssoziologe, Schüler von Wilhelm Windelband (1848–1915) und Georg Simmel (1858–1918). Wichtiges Werk: *Gesellschaft und Einzelwesen*, Berlin 1899.

³⁵ *Theodor Kistiakowski*, *Gesellschaft und Einzelwesen*. Eine methodologische Studie, Berlin 1899.

³⁶ 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. Mitglied des „Institut de Droit international“. 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).

³⁷ *Georg Jellinek*, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Aufl., Tübingen 1905, S. 13 f. – Hervorhebung von Kelsen.

schließlich als eine *ideelle Ordnung*, als ein Normensystem, somit als Idealität, nicht als Realität erweisen. In welchem Verhältnis diese Ordnung zu der *Rechtsordnung* steht, liegt ziemlich nahe, zumal wenn man bedenkt, daß von der Verlegenheitsformel, mit der sich die herrschende Lehre beruhigt, wenn sie meint, Staat und Recht seien zwei Seiten desselben Dinges, (auch eine Zwei-Seiten-Theorie) nur ein kleiner Schritt zu der Erkenntnis ist, daß Staat und Recht eben *dasselbe* Ding seien. Indes muß ich diese Gedankengänge einer besonderen Arbeit³⁸ vorbehalten²⁾. Die grundsätzliche und wohl unanfechtbare Position, von der hier ausgegangen und deren Anerkennung vom Leser beansprucht wird, ist die: *daß der Staat, insoferne er Gegenstand der Rechtserkenntnis ist, insoferne| es überhaupt eine Staatsrechtslehre gibt, von der Natur des Rechtes, d. h. entweder die Rechtsordnung selbst oder ein Teil derselben sein muß, weil eben „rechtlich“ nichts anderes begriffen werden kann als das Recht, und den Staat rechtlich begreifen* (das ist wohl der Sinn der Staatsrechtslehre) *nichts anderes heißen kann, als den Staat als Recht begreifen*. Daß aber der Staat, sofern er überhaupt als Ordnung erkannt ist – vom Standpunkte juristischer Erkenntnis – nur die Rechtsordnung als Ganzes, nicht aber eine Teil-Rechtsordnung darstellen kann, das dürfte dann keines weiteren Beweises bedürfen, wenn man mit der herrschenden Lehre eine durchgängige Bezogenheit des Rechtes auf den Staat und des Staates auf das Recht anzunehmen und die Vorstellung, daß irgend ein Teil des Rechtes außerhalb des Staates oder irgend ein Teil des Staates außerhalb des Rechtes stehe, abzulehnen geneigt ist. Dabei muß natürlich betont werden, daß hier nur eine der vielen Bedeutungen ins Auge gefaßt wird, in denen nicht nur der vulgäre sondern auch der – leider ebenso vulgäre – „wissenschaftliche“ Sprachgebrauch sich des Terminus des Staates bedient, da man ja den Staat sehr häufig mit einzelnen seiner Organe (der Regierung z. B.) oder mit speziellen seiner Funktionen, oder mit gewissen seiner Voraussetzungen, besonders aber mit bestimmten *natürlichen Bedingungen* für die psychologische Entstehung und Existenz jener *Ideologie* identifiziert, deren normative Geltung und darin beschlossene *Eigengesetzlichkeit* allein den wahren Wesenskern bildet, auf den alle Bemühungen der methodologisch so unsichern Staats- und Rechtstheorie – eben darum nur tastend und halb unbewußt – hinzielen. Diesen Wesenskern der mannigfachen Bedeutungen des Staatsbegriffes beansprucht allerdings der hier zu Grunde gelegte auszudrücken, wenn die als Staat bezeichnete Ordnung mensch-

²⁾ Ist es nicht ein verblüffendes Resultat, wenn z. B. *Jellinek*, nachdem er die kausalwissenschaftliche und die normwissenschaftliche Betrachtung als zwei gänzlich auseinanderfallende Erkenntnisrichtungen charakterisiert hat, auf dem Wege der ersteren zu ganz demselben Staatsbegriff gelangt wie auf dem Wege der letzteren? (*Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl. S. 174 ff.)³⁹ Ist das nicht gerade so, wie wenn ein Biologe mit seinen spezifischen Methoden, d. h. auf empirisch induktivem Wege – den kategorischen Imperativ der Ethik entdecken würde?

³⁸ Vgl. *Hans Kelsen*, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, Tübingen 1922.

³⁹ *G. Jellinek*, *Staatslehre* (Anm. 25), S. 174–183.

lichen Verhaltens als mit der Rechtsordnung identisch behauptet wird, sofern diese Ordnung eben Gegenstand der Rechtswissenschaft sein soll. Sonderlich in der Bedeutung des Wortes „Staat“, in der diesem *Souveränität* zugesprochen wird, kann er – kann diese souveräne Ordnung – nicht anders als mit der Rechtsordnung in ihrer Totalität identisch sein. Nicht nur deshalb, weil der verpflichtende – und nach herrschender Lehre vor allem sich selbst rechtlich verpflichtende – Staat eben nur dasjenige sein kann, von dem allein eine rechtliche Verpflichtung ausgeht: die Rechtsordnung als solche (worauf später noch zurückzukommen sein wird),⁴⁰ sondern vor allem deshalb, weil die Staatsordnung, wenn sie nur eine Teil-Rechtsordnung | wäre, zur Gesamtrechtsordnung – die sie mit anderen Teil- | 13
ordnungen umfaßte – im Verhältnis des *Niedereren* zum *Höheren* stünde, also nicht als *höchste* gelten könnte. Wie im zweiten Teile dieser Untersuchung bei den Darstellungen der möglichen gegenseitigen Beziehungen zweier Ordnungen⁴¹ noch zu zeigen sein wird, bedeutet das Bild, in welchem man von einer „höheren“ Ordnung im Verhältnis zu einer „niederen“ spricht, seinem *normlogischen* Sinne nach nichts anderes, als daß die „niedere“ Norm oder Ordnung aus der höheren „abgeleitet“ d. h. in der höheren – als Teil im Ganzen – logisch beschlossen ist. Souverän ist nur die in keiner andern „enthaltene“, weil aus keiner andern ableitbare Ordnung, d. h. souverän ist nur die alle anderen als Teilordnungen umfassende Gesamtordnung, ist der Staat als *Rechtsbegriff* nur, wenn er mit der Gesamtrechtsordnung zusammenfällt¹⁾. Nur wenn Souveränität | als Eigenschaft des als | 14

¹⁾ Der Nachweis, daß das von der Staatsrechtstheorie immer wieder gesuchte Verhältnis von Staat und Recht – diese wahre *crux* unserer Wissenschaft – nur das der Identität sein kann, ist natürlich noch anders und ausführlicher zu erbringen als dies oben – durch erkenntnistheoretische Analyse der Grundposition der herrschenden Staatslehre: den Staat *rechtlich* zu begreifen, versucht wurde. Da jede neue Bestimmung des Staatsbegriffes auf eine terminologische Streitfrage hinauszulaufen droht, kann der Beweis für die Identität von Staats- und Rechtsordnung nur so erbracht werden, daß gezeigt wird – und dies kann gezeigt werden – wie alle typischen Versuche der bisherigen Theorie, den Begriff des Staates zu bestimmen, in eine Definition der Rechtsordnung münden. Ein solches Unternehmen – das ich einer demnächst zu veröffentlichen Arbeit vorbehalte⁴² – will keinen neuen Begriff des Staates aufstellen, sondern lediglich durch eine Analyse des bereits herrschenden Durchschnittsbegriffes den in ihm nur terminologisch verborgenen Begriff des Rechtes bloßlegen. – Ob *jede* Rechtsordnung schon ein „Staat“ sei, oder ob dies nur von einer inhaltlich bestimmt qualifizierten Rechtsordnung ausgesagt werden kann – von jener nämlich, bei der die Fortbildung und Durchsetzung der Ordnung besonderen, d. h. arbeitsteilig funktionierenden Organen übertragen ist, das darf als eine bloß terminologische Frage beiseite bleiben. Jedenfalls kann der *juristische* Staat nur eine Rechtsordnung sein. Dabei wird hier das Recht als Zwangsordnung d. h. als ein System von Zwang anordnenden Normen vorausgesetzt. Der Zwang ist als charakteristischer *Inhalt* der *Norm*, nicht als *Faktum* aufgefaßt. Als gesollter Zwang kommt das Recht in Betracht, nicht als Tatsache des Zwanges, d. h. auf die Normativität, nicht die Faktizität kommt es an. Das Recht ist – um mit *Kant* zu sprechen – nur eine „Befugnis“ zu zwingen; (Metaphysik der Sitten, Erster Teil, Einleitung in die Rechtslehre § D).⁴³ Allerdings kann es sich

⁴⁰ Vgl. insb. unten S. 286–292.

⁴¹ Vgl. unten S. 375–377.

⁴² Es dürfte gemeint sein: *Kelsen*, Staatsbegriff (Anm. 38).

⁴³ *Immanuel Kant*, Die Metaphysik der Sitten. Erster Theil. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Riga 1798, S. AA VI 231.

Rechtsordnung bestimmten Staates erkannt wird, kann der gerade von der juristischen Seite der Staatstheorie aus gemachte Versuch, Souveränität als *Rechtsbegriff* zu deuten, einen Sinn erhalten. Ein prinzipieller Standpunktwechsel ist gegenüber der herrschenden Anschauungsweise notwendig. Nicht als die einem realen, physischen oder psychischen Naturobjekt anhaftende reale und daher empirisch induktiv beobachtbare Eigenschaft in der Außenwelt wahrnehmbarer Tatsachen ist Souveränität zu erkennen, sondern als eine Annahme, eine Voraussetzung im Denken des Staat und Recht erfassenden Betrachters. Und wenn etwa Souveränität als wesentliche Eigenschaft des Staates behauptet würde, so bedeutete dies, daß eine Ordnung (und zwar eine *Zwangsordnung*) als *Rechts-* oder *Staatsordnung* nur dann gelten könne, sofern *ich*, der Betrachter, diese Ordnung als höchste, nicht weiter ableitbare – das und nichts anderes heißt aber „souverän“ – voraussetze.

Damit ist das in der herrschenden Theorie nach mehr als einer Richtung verschobene Problem zurechtgerückt. Ausdrücklicher Hervorhebung bedarf – weil hier sofort ein Einwand gemacht werden dürfte – nur noch der folgende Umstand. Durch die Wendung: Souverän ist der Staat oder die Ordnung, die ich – der Betrachter – aus irgend welchen Gründen als höchste, nicht weiter ableitbare voraussetze, wird gerade diejenige Frage aus der juristischen Betrachtung *ausgeschaltet*, deren Lösung in der heute üblichen Darstellung des Souveränitätsproblems im Vordergrund zu stehen | scheint. Die Frage nämlich: Wann *ist* ein Gemeinwesen souverän, oder in den hier für richtig erkannten Sinn umgedeutet: Wann setze ich, der Betrachter, eine Ordnung als souverän voraus, welches sind die Gründe, die mich zu der fraglichen *Annahme*, zur Wahl der entscheidenden *Voraussetzung* zwingend veranlassen?

bei jeder Definition des Rechtes nur um eine *vorläufige* und – vom rechtstheoretischen Standpunkt aus – *vorwissenschaftliche* Abgrenzung des Materials handeln; gleichsam um einen Rechenansatz, der im Verlaufe der weiteren Operationen rektifiziert oder gar gänzlich beiseite geschoben wird, so wie man eine Leiter wegstößt, sobald man – mit ihrer Hilfe – die gewünschte Position erreicht hat. Eine Definition des Rechtes, die auf die Angabe einer spezifischen Differenz | zwischen Recht und anderen *ähnlichen Gegenständen* hinausläuft, ist nämlich nur unter einer Voraussetzung möglich, die vom *immanenten Standpunkt des Rechtssystems* nicht besteht: daß das Recht *zugleich*, weil im Vergleich mit anderen Gegenständen erkannt werden könne. Juristische Erkenntnis aber setzt das Recht als *ausschließliches*, in sich geschlossenes System, als eine Welt für sich. Innerhalb dieses Systems ist die Frage: Was ist Recht? als Frage nach einer spezifischen Differenz, sinnlos, denn innerhalb dieses Systems gibt es *nichts als Recht*, ist *alles Recht*. Das besagt offenbar der Ausspruch *Kants*: „Was ist Recht? Diese Frage möchte wohl den *Rechtsgelehrten*, wenn er nicht in Tautologie verfallen, oder statt einer allgemeinen Auflösung auf das, was in irgendeinem Lande die Gesetze zu irgendeiner Zeit wollen, verweisen will, ebenso in Verlegenheit setzen, als die berufene Aufforderung, *was ist Wahrheit?* den *Logiker*.“ (A. a. O. § B).⁴⁴ Oder – so könnte man hinzufügen – das Problem: was ist *Leben?* den *Biologen*. Darum ist es durchaus nicht – wie manche annehmen – ein besonderes Armutszeugnis der Rechtswissenschaft, daß diese den Begriff ihres Gegenstandes noch immer nicht *endgültig* bestimmt habe. Es ist aber auch jeder derartige Versuch eines Juristen vergeblich.

⁴⁴ *Kant*, MdS (Anm. 43), S. AA VI 229.

Nun soll die Berechtigung dieser Frage, die Zulässigkeit und Notwendigkeit dieser Problemstellung nicht im entferntesten in Abrede gestellt werden. Nur zwei Feststellungen seien vorgenommen. Zunächst, daß die Frage in der erstangeführten Formulierung von der herrschenden Theorie zwar gestellt, aber nicht beantwortet wird, daß man vielmehr *tatsächlich* an Stelle der etwa induktiv zu gewinnenden Lösung mit einer nicht weiter gerechtfertigten Voraussetzung deduktiv operiert. Auch die herrschende Lehre schaltet faktisch die in Betracht kommende Frage aus, indem sie deren Lösung *voraussetzt*. Dies zeigt sich beispielsweise besonders deutlich bei der Behandlung des Bundesstaates. Die Differenzen, die sich hier innerhalb der Theorie ergeben (z. B. *Seydel*⁴⁵–*Laband*⁴⁶),⁴⁷ beruhen auf einem Gegensatz in der Voraussetzung, indem die einen bei den Gliedstaaten Souveränität *voraussetzen*, die anderen dagegen nicht. Nur scheinbar, wenn auch im besten Glauben, werden – natürlich unnütze – Beweise dafür geführt, daß die Gliedstaaten souverän oder nichtsoverän *sind*. Dies wird im folgenden noch näher zu zeigen sein.⁴⁸

Dann aber soll die *eigentliche* Natur der aus dem Bereich juristischer (staatsrechtlicher) Lösbarkeit ausgeschalteten Frage aufgezeigt werden⁴⁹ – und daraus ergibt sich erst der letzte Sinn dieser Ausschaltung. Weil Souveränität kein in der Außenwelt sozialer Tatsachen wahrnehmbares Faktum ist und solches nicht sein kann, sondern nichts anderes als eine Annahme des Betrachters, eine Betrachtungs-, Wertungs-Voraussetzung ist, bedeutet die Frage: wann ist Souveränität gegeben, so viel wie: 1. Welches sind die *psychologischen* Bedingungen, unter denen ich – der Betrachter – die rechtslogische *Voraussetzung* der Souveränität mache, und 2. welches sind die psychischen, insbesondere die sozialpsychischen und sonstigen (etwa wirtschaftlichen, religiösen, politischen, aber immer wieder nur *so-*

⁴⁵ Max von Seydel (1846–1901), Staatsrechtslehrer, Ministerialbeamter und Schriftsteller. 1873–1881 Prof. an der bayerischen Kriegsakademie, 1874–1881 bayerischer Ministerialbeamter und ab 1881 o. Prof. in München. Wichtige Werke: Kommentar zur Verfassungs-Urkunde für das Deutsche Reich, Würzburg 1873 (2. Aufl., Freiburg i.Br. und Leipzig 1897); Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, Würzburg 1873; Bayerisches Staatsrecht, 7 Bde., München und Freiburg i.Br. 1884–1894 (3. Aufl., 2 Bde., bearb. von Josef Grassmann und Robert Piloty, Tübingen 1913).

⁴⁶ Paul Laband (1838–1918), prominentester 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.

⁴⁷ Vgl. *Max von Seydel*, Der Bundesstaatsbegriff. Eine staatsrechtliche Untersuchung (1872), in: Max von Seydel, Staatsrechtliche und politische Abhandlungen, Freiburg i.Br. und Leipzig 1893, S. 1–89 (15), einerseits und *Paul Laband*, Deutsches Reichsstaatsrecht, 6. Aufl., Tübingen 1912, S. 22–28, andererseits.

⁴⁸ Vgl. unten S. 322–324, 328–330.

⁴⁹ Vgl. unten S. 322–328.

16 | zialpsychisch wirksamen) Ursachen, die zu einer Massenvorstellung von Souveränität, die zu der Tatsache führen, daß auch die Volksgenossen oder doch eine bestimmte Gruppe derselben die Vorstellung von der Souveränität ihres Gemeinwesens haben, mit ihrer Staatsordnung als mit einer höchsten, nicht weiter ableitbaren operieren. Beide Fragen fallen ja zum großen Teil zusammen. Was hier interessiert, ist der Umstand, daß es | rein psychologische und zwar sozialpsychologische Fragen sind, die mit juristischen, staatsrechtlichen Mitteln weder gestellt noch beantwortet werden können und deren Beantwortung für die juristisch-staatsrechtliche Seite gänzlich gleichgültig ist. Denn die psychologische Bestimmung ist für die (logische) Gültigkeit einer Vorstellung, die Wahrheit ihres Inhaltes irrelevant. So ist für die Richtigkeit des pythagoräischen Lehrsatzes der Denkprozeß unmaßgeblich, dessen *Inhalt* dieser Lehrsatz ist. Dann aber muß die Möglichkeit der Beantwortung dieser Frage wegen ihrer geradezu „hoffnungslosen Komplizität“⁵⁰ in demselben Maße bezweifelt werden, als feststeht, daß bisher auch noch nicht einmal der Versuch ihrer exakten Lösung gemacht wurde.

§ 4. Souveränität der Staatsperson als eines der Rechtsordnung unterworfenen Subjektes.

Daß Souveränität eine Eigenschaft des Staates sei – ob eine wesentliche oder unwesentliche, sei einstweilen dahingestellt – kann nur insoferne Geltung haben, als der Staat als Ordnung und die Identität dieser Ordnung mit der Rechtsordnung erkannt wird. Bei jeder anderen, von der Rechtsordnung verschiedenen Bedeutung des Staatsbegriffes müßte mit Entschiedenheit betont werden, daß Souveränität nur eine Eigenschaft der *Rechtsordnung*, nicht aber des Staates sei. Nun ist die allgemeine Zuerkennung der Souveränitätsqualität an den Staat und die Ablehnung jedes anderen Souveränitätssubjekts durch die neuere Theorie – dieser bisher bedeutendste Fortschritt gegenüber gewissen Abirrungen der älteren Lehre – in offenbarem Zusammenhange mit der zur Herrschaft gelangten juristischen Auffassung des Staates und ein Symptom für die richtige Tendenz, in der sich der Staatsbegriff neuestens dem Rechtsbegriff zu nähern und mit ihm zu verschmelzen sucht. Allein mehr als eine schwache Tendenz liegt wohl noch nicht vor. Denn gerade in seiner Souveränität tritt der Staat in der herrschenden Lehre nicht als Rechtsordnung, ja meist nicht einmal als Rechtssubjekt, sondern als reales Faktum, als Macht oder Gewalt auf. Als eine Eigenschaft der Staatsgewalt wird Souveränität zu begreifen gesucht.⁵¹ Nun soll hier weiter nicht davon die Rede sein, in welchem unlöslichen Widerspruch die herrschende Lehre zu der von ihr postulierten juristischen Behandlung des Staates, zu dem Grundgedanken einer Staats-

⁵⁰ Komplizität dürfte hier von „Komplize“ abgeleitet sein und bedeutet dann soviel wie: tatbestandlich an, verstrickt mit.

⁵¹ Vgl. G. Jellinek, Staatslehre (Anm. 25), S. 481: „In eine kurze Formel zusammengefaßt, bedeutet daher Souveränität die Eigenschaft einer Staatsgewalt, kraft deren sie die ausschließliche Fähigkeit rechtlicher Selbstbestimmung und Selbstbindung hat.“

rechtslehre gerät, wenn sie auch für den Bereich dieser Betrachtung – und nicht nur für die sogenannte Soziallehre vom Staate⁵² – an der Vorstellung der Staatsgewalt oder des Staates als *Gewaltfaktor* festhält. Macht oder Gewalt und Recht schließen einander aus. Und wenn man sich etwa hinter die beliebte Terminologie der „Rechtsmacht“⁵³ und „rechtlich geordneten Gewalt“⁵⁴ zurückzuziehen sucht, so kommt man eben doch nicht über die Tatsache hinweg, daß Rechtsmacht nur eine vom Recht verliehene Macht, also überhaupt keine Macht im eigenen Sinne, sondern eine Kompetenz ist und daß rechtlich geordnete Gewalt aufhört, Gewalt zu sein, sich vielmehr nur als Inhalt einer *Ordnung* darstellt, die als solche allein der juristischen Betrachtung relevant ist. Daß beim Staate als einem Stück der kausal bestimmten sozialen Wirklichkeit von Souveränität in keinem irgend möglichen Sinne die Rede sein kann, ist oben⁵⁵ gezeigt worden. Aber auch nicht jede *juristische* Erscheinung des Staates ist geeignet, sich mit dem Souveränitätsattribut zu verbinden. Der Staat als Person, als Subjekt von Pflichten und Rechten, der als der Rechtsordnung *unterworfen* gedacht werden muß, kann schon um dieser Unterwerfung willen, streng genommen, nicht für souverän betrachtet werden. Immerhin ist die Vorstellung einer souveränen Staatsperson ein sozusagen erträglicher logischer Fehler, eine „läßliche Sünde“, die zu keinen irgendwie schädlichen Konsequenzen für den Ausbau des Systems, zu keinen ernstlichen Widersprüchen führen kann. Denn dieser der Rechtsordnung unterworfenen Staat ist *materiell* mit der – auch als Staat bezeichneten – Rechtsordnung selbst identisch. Ja, nur wenn die Rechtsordnung, der die Staatsperson „unterworfen“ gedacht wird, mit eben diesem Staate identisch, wenn die Staatsperson nur als eine Personifikation der „übergeordneten“ Rechtsordnung gedacht wird, darf die Annahme des Staates als eines *souveränen* Rechts- und Pflichtsubjekts gerade noch passieren. Es ist ja die Idee der Selbstunterworfenheit oder der Selbstverpflichtung, wie es in der herrschenden Terminologie heißt, die dieser Vorstellung der Staatsperson zugrunde liegt. Es muß also auch in der herrschenden Vorstellung der (sich selbst) *verpflichtende* Staat mit dem, was allein rechtlich verpflichten kann, der Rechtsordnung, identifiziert werden. Nur daß sich eben, was materiell identisch ist, aus denk-ökonomischen Gründen in zwei *formal* verschiedene Vorstellungen spaltet, der Staat als Objekt in der Rechtsordnung und der Staat als Subjekt dieser Rechtsordnung – also gleichsam sich selbst – unterworfen. Und dies geschieht durch den Denkbehelf der *Personifikation*.

Dabei unterläuft wie bei jeder zum Zwecke der Vereinfachung und Veranschaulichung vorgenommenen personifikativen Fiktion eine Verdoppelung des Erkenntnisobjektes: Der Rechtsordnung als Objekt d.h. als System von objektiv gültigen Normen menschlichen Verhaltens, | tritt das Recht als Subjekt – die Per- |18

⁵² Die Unterscheidung stammt von Georg Jellinek; vgl. *G. Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 10f.

⁵³ Vgl. unten S. 301–306.

⁵⁴ Vgl. *G. Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 482.

⁵⁵ Vgl. oben S. 277f.

son des Staates – entgegen. Diese Verdoppelung¹⁾ bleibt ins solange ein nützlicher Denkbehelf, als man sich ihres Charakters bewußt bleibt. Sie wird aber zu einer gefährlichen Fehlerquelle, zu einem steten Anlaß der törichtesten Scheinprobleme, wenn man die Personifikation real setzt, hypostasiert und mit der Person des Staates als mit einer von dem Personifikationssubstrat, der Rechtsordnung, verschiedenen selbständigen Wesenheit operiert, den Staat das Recht „erzeugen“, „tragen“ läßt, als ob der Staat noch etwas anderes wäre als eine Menschen verpflichtende Ordnung, und sich so plötzlich vor die Frage gestellt sieht, wie es denn möglich sei, daß der Staat, der das Recht „erzeugt“, durch eben dieses Recht selbst „gebunden“ werden könne. Das ist ja das vielumstrittene „Problem“ der Selbstverpflichtung des Staates, in dem die Rechtswissenschaft die Rolle des Zauberlehrlings spielt: Die sie rief, die Geister, wird sie nun nicht los.⁶¹ Sie vergißt, daß sie sich die Person des Staates nur zur Veranschaulichung der in aller Vielfalt ihrer Normen doch *einheitlichen* Ordnung erzeugt hat, daß die logische Einheit der Rechtssätze eines und desselben Systems nur in dem *Bilde* eines einheitlichen *Willens* – der sogenannte *Wille* der Rechtsordnung ist identisch mit der Person des Staates, „Wille“ und Persönlichkeit juristisch eins – vorgestellt wird. Sie übersieht

[18] ¹⁾ Das Wesen der personifikativen Fiktion, insbesondere die mit ihr verbundene Verdoppelung und die daraus entspringenden Scheinprobleme hat *Vaihinger*⁵⁶, *Die Philosophie des Als Ob*, 3. Aufl. 1917⁵⁷ aufgezeigt. Vgl. dazu meinen Aufsatz: Zur Theorie der juristischen Fiktionen, *Annalen der Philosophie*. I. Bd. S. 630 ff.⁵⁸ Das juristische Denken ist ein durch und durch personifikatives und steht – sofern es die von ihm erzeugten Personen hypostasiert – durchaus auf der Stufe einer Mythologie, die anthropomorphistisch hinter jedem Baum eine Dryas,⁵⁹ hinter jeder Quelle einen Quellgott, hinter der Sonne Apollo vorstellt und so die Natur als den durch Erkenntnis zu bewältigenden Gegenstand verdoppelt. Freilich ist schon unsere zu den Adjektiven ein Substantiv, zu den Prädikaten ein Subjekt hinzubildende Sprache durchaus mythologischen Charakters. Vgl. *Mauthner*, Beiträge zu einer Kritik der Sprache, III. Bd., S. 205 und *Derselbe*, Wörterbuch der Philosophie, II. Bd., S. 464.⁶⁰

⁵⁶ Hans Vaihinger (1852–1933), Philosoph und Kant-Kommentator. Ab 1877 Privatdozent in Straßburg, ab 1883 a.o. Prof. ebendort, ab 1884 a.o. Prof. in Halle (Saale), ab 1894 o. Prof. ebendort. 1906 wurde er wegen eines Augenleidens von seiner Lehrverpflichtung entbunden. Ab 1897 war er der Herausgeber der „Kant-Studien“, 1904 Mitbegründer der Kant-Gesellschaft und ab 1919 Mitherausgeber der „Annalen der Philosophie“. Er gilt als Begründer der „Philosophie des Als Ob“ und Verfechter eines idealistischen Positivismus. Wichtige Werke: *Commentar zu Kants Kritik der reinen Vernunft*, 2 Bde., Stuttgart 1881 und 1892 (2. Aufl., Stuttgart, Berlin und Leipzig 1922); *Nietzsche als Philosoph*, Berlin 1902 (5. Aufl., Langensalza 1930); *Die Philosophie des Als Ob*, Berlin 1911 (9. und 10. Aufl., Leipzig 1927).

⁵⁷ *Hans Vaihinger*, *Die Philosophie des Als Ob*. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus. Mit einem Anhang über Kant und Nietzsche, 3. Aufl., Leipzig 1918, S. 50–52.

⁵⁸ *Kelsen*, *Fiktionen* (Anm. 2), S. 634 f. = HKW 4, S. 209–234 (214 f.).

⁵⁹ Altgr.: Δρυάς; dt.: Dryade, Baumnymphe.

⁶⁰ *Fritz Mauthner*, Beiträge zu einer Kritik der Sprache, Bd. 3: Zur Grammatik und Logik, Stuttgart und Berlin 1902, S. 205 f.; *Fritz Mauthner*, Wörterbuch der Philosophie, Bd. 2: kategorisch-Zweck, Leipzig 1910, S. 464.

⁶¹ Vgl. *Johann Wolfgang von Goethe*, *Der Zauberlehrling*, in: *Musen-Almanach für das Jahr 1798*, hrsg. von Friedrich Schiller, Tübingen 1798, S. 32–37 (36).

darum, daß Pflichten und Rechte des Staates als einer Person nichts anderes heißt als: in einer Rechtsordnung statuierte Pflichten und Rechte, daß die Zurechnung zu einer Person des Staates nur der bildliche Ausdruck jenes Einheitsbezuges ist, in dem die Pflichten und Rechte statuierenden Normen stehen. Wird ein Subjekt von Pflichten und Rechten behauptet, so wird immer behauptet, daß gewisse Pflichten und Rechte in einem einheitlichen System stehen. So zeigt sich das ganze Problem einer „Selbst“-Verpflichtung | des Staates als eine durch die Personifikation er- | 19
zeugte künstliche Schwierigkeit, als ein Scheinproblem¹⁾.

¹⁾ Sofern die herrschende Lehre den Staat als „Person“, als „Träger“ des Rechts vorstellt, leistet der | 19
Begriff des Staates der Rechtswissenschaft die analoge Funktion wie der *Begriff der Substanz* der Naturwissenschaft. Auf diese sehr interessante Parallele verweist Sander⁶² in der „Zeitschrift für öffentliches Recht“, I. Bd., 3. u. 4. Heft, Wien 1920, S. 341.⁶³ Er nennt den Staat die „kategoriale Beharrlichkeitsform des funktionalen Zusammenhanges von Rechtssätzen“ (S. 312).⁶⁴ Es handelt sich bei der Staatsperson eben um nichts anderes als um den personifikativen Ausdruck für die *Einheit* eines Systems von Rechtsnormen. Solche Besinnung ist dringend notwendig gegenüber den Exzessen eines metaphysischen Realismus, so wie er neuestens wieder in dem Werke *Kjelléns*⁶⁵ „Der Staat als Lebensform“, 1917, zum Ausdruck kommt, wo behauptet wird, „daß die Staaten, wie wir sie in der Geschichte verfolgen und uns in der Wirklichkeit unter ihnen bewegen müssen, sinnlich vernünftige Wesen sind – genau wie die Menschen“ (a. a. O. S. 30).⁶⁶ Vgl. dazu die Rezension Sanders, a. a. O. S. 338 ff.⁶⁷ und *Marck*⁶⁸, Rudolf *Kjelléns* Theorie des Staates, Kant-

⁶² Fritz Sander (1889–1939), Staatsrechtslehrer und Rechtsphilosoph. 1920 Habilitation in Wien, ab 1921 a. o. Prof. und ab 1926 o. Prof. an der Prager Deutschen Technischen Hochschule, 1931–1939 o. Prof. an der Deutschen Universität Prag. Zunächst zum engeren Schülerkreis Kelsens gehörend, überwarf sich Sander mit Kelsen 1921–1923 wegen eines von jenem gegen diesen (zu Unrecht) erhobenen Plagiatsvorwurfs. Wichtige Werke: Staat und Recht. Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung, 2 Bde., Leipzig und Wien 1922; Kelsens Rechtslehre. Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz, Tübingen 1923; Allgemeine Staatslehre, Brünn u. a. 1936.

⁶³ *Fritz Sander*, [Buchbesprechung:] Rudolf Kjellén, Mitglied des Schwedischen Reichstages, Professor an der Universität Uppsala. Der Staat als Lebensform. S. Hirzel, Verlag in Leipzig, 1917, VI und 235 S., in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 338–345 (341).

⁶⁴ *Fritz Sander*, [Buchbesprechung:] Dr. Hans Kelsen, Professor an der Universität Wien. Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich, 3 Teile, VI und 117 S., VIII und 248 S., Wien und Leipzig, Franz Deuticke, 1919. Dr. Adolf Merkl, Ministerialkonzipist in der deutschösterreichischen Staatskanzlei, Die Verfassung der Republik Deutschösterreich. Ein kritisch-systematischer Grundriß. VIII und 184 S. Wien und Leipzig, Franz Deuticke, 1919, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 312–318 (312).

⁶⁵ Johan Rudolf Kjellén (1868–1922), schwedischer Staatswissenschaftler, Geograph und Politiker. 1891 Promotion in Uppsala, 1890–1893 Dozent ebendort, ab 1891 zugleich in Göteborg. 1901–1916 Prof. für Erdkunde, Politikwissenschaften und Statistik in Göteborg, 1916–1922 Prof. für Staatswissenschaften in Uppsala. Er prägte den Begriff der „Geopolitik“ und schrieb mit einer anderen als der heute üblichen Bedeutung vom „Nationalsozialismus“. Als konservativer Politiker tätig, war er außerdem Mitglied des Schwedischen Parlaments (1905–1908 in der Zweiten Kammer, 1911–1917 in der Ersten Kammer). Wichtige Werke: Die Großmächte der Gegenwart, 1. und 2. Aufl., Leipzig 1914 (18. und 19. Aufl., Leipzig u. a. 1918); Staten som livsform, Stockholm 1916 (dt.: Der Staat als Lebensform, Leipzig 1917).

⁶⁶ *Rudolf Kjellén*, Der Staat als Lebensform, 2. Aufl., Leipzig 1917, S. 30 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁶⁷ *Sander*, Buchbesprechung Kjellén (Anm. 63).

⁶⁸ Siegfried Marck (1889–1957), Philosoph und Politiker. 1917 Habilitation in Breslau, ab 1924 a. o. Prof., 1930–1933 o. Prof. für Philosophie und Sozialrecht ebendort. 1919–1933 sozialdemokratischer Kommunalpolitiker in Breslau. Am 13. April 1933 Zwangsbeurlaubung, 1935 Ausbür-

studien, Band XXIII, Heft 1.⁶⁹ *Kjellén* glaubt mit dieser Erkenntnis einen entscheidenden Fortschritt zu bewirken. Aber sagte nicht schon *Bluntschli*⁷⁰, Allgemeine Staatslehre, 5. Aufl. I. Bd., 1875, S. 22:⁷¹ „Indem die Geschichte uns Aufschluß gibt über die organische Natur des Staates, läßt sie uns zugleich erkennen, daß der Staat nicht mit den anderen⁷² Organismen der Pflanzen und Thiere auf Einer Stufe stehe, sondern von höherer Art sei. Sie stellt ihn als einen *sittlich-geistigen Organismus* dar, als einen großen *Körper*, der fähig ist, die Gefühle und Gedanken der Völker in sich aufzunehmen und als Gesetz auszusprechen, als Tat zu verwirklichen. Sie berichtet uns von moralischen Eigenschaften, von dem Charakter der einzelnen Staaten. Sie schreibt dem Staate eine *Persönlichkeit* zu, die mit *Geist und Körper begabt*, ihren eigenen *Willen* hat und kundgibt.“ *Bluntschli* begnügt sich nicht, dem Staate Geist und Körper, eigenes Denken, Fühlen und Wollen und einen Charakter zuzusprechen. Er stellt sich – konsequenterweise – auch die Frage, welches *Geschlecht* dieses Lebewesen hat, und entscheidet sich für das *männliche*: „*Der Staat ist der Mann*“ (S. 34).⁷³ Im Gegensatz zur Kirche, die weiblichen Geschlechts ist! (S. 23).⁷⁴ – Ich lege den größten Wert auf die Feststellung, daß solche Ergebnisse der Staatswissenschaft *keineswegs* bloß persönliche Entgleisungen und daher nicht sonderlich ernst zu nehmen sind. Vielmehr treten hier die – freilich nur selten so mutig und rückhaltlos gezogenen – *Konsequenzen* einer bei Juristen und Soziologen ganz allgemein verbreiteten Grundvorstellung zutage. Wie *Bluntschli* so führt die ganze herrschende Lehre die „*Persönlichkeit*“ des Staates ebenso wie die *Persönlichkeit* des Menschen auf einen „*Willen*“ zurück. Der Staat hat einen „*Willen*“, „*der verschieden ist von dem Individualwillen aller Einzelnen und etwas anderes ist als die Summe der Einzelwillen*“ (*Bluntschli*, a. a. O. S. 23).⁷⁵ Das ist eine ausnahmslos akzeptierte Anschauung. Dieser von dem Willen der Einzelnen verschiedene „*Wille*“ des Staates ist natürlich nichts anderes als die für die Einzelnen in *objektiver* Geltung stehende, d. h. den Willen der Einzelnen gegenüber als objektiv gültig vorausgesetzte, daher mit diesen Einzelwillen möglicherweise in Widerspruch geratende *Ordnung*, Rechts- | oder Staatsordnung. Daß man diese Ordnung, dieses System von Soll-Normen mit einem „*Willen*“ *vergleicht*, liegt sehr nahe; einerseits kommt dadurch die *Einheit* dieser Ordnung sinnfällig zum Ausdruck, andererseits macht man sich das Wesen des Sollens am leichtesten

[20

gerung. 1934–1939 Gastprof. für Philosophiegeschichte und Literatur in Dijon, 1939 Emigration in die USA, 1940–1945 Prof. für Philosophie in Chicago am Y.M.C.A.-College, ab 1945 Prof. am dortigen, von ihm mitbegründeten Roosevelt-College, 1955 Gastprof. in Bonn. Wichtige Werke: Imperialismus und Pazifismus als Weltanschauungen, Tübingen 1918; Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie, Tübingen 1925; Die Dialektik in der Philosophie der Gegenwart, 2 Bde., Tübingen 1929 und 1931; Der Neuhumanismus als politische Philosophie, Zürich 1938.

⁶⁹ *Siegfried Marck*, Rudolf Kjelléns Theorie des Staates, in: Kant-Studien. Philosophische Zeitschrift 23 (1919), S. 77–100.

⁷⁰ Johann Kaspar (auch: Caspar) Bluntschli (1808–1881), schweizerischer Staats-, Privat- und Völkerrechtslehrer sowie Politiker. Ab 1833 a. o. Prof. in Bonn, ab 1848 a. o. Prof. in München, ab 1861 o. Prof. für Staatsrecht und Staatswissenschaften in Heidelberg und, damit verbunden, Mitglied der Ersten Badischen Kammer. 1839–1845 als Mitglied der Konservativ-Liberalen Partei im Regierungsrat des Kanton Zürich, ab 1845 Präsident des Großen Rates von Zürich. 1873 Mitbegründer des „Institut de Droit international“ in Genf. Wichtige Werke: Allgemeines Staatsrecht, München 1851 (ab der 5. Aufl. u. d. T. Lehre vom modernen Stat, 3 Teile, Stuttgart 1875 und 1876); Deutsches Privatrecht, 2 Bde., München 1853 und 1854 (3. Aufl. in einem Band, München 1864); Geschichte des allgemeinen Staatsrechts und der Politik, München 1864; Staatswörterbuch, 11 Bde., Stuttgart 1857–1870 (Hrsg.); Das moderne Völkerrecht, Nördlingen 1868 (3. Aufl., Nördlingen 1878).

⁷¹ *Johann Caspar Bluntschli*, Lehre vom modernen Stat, Bd. 1: Allgemeine Statslehre, 5. Aufl., Stuttgart 1875, S. 22 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

⁷² «anderen»] *Bluntschli*, Statslehre (Anm. 71), S. 22: «niedern».

⁷³ *Bluntschli*, Statslehre (Anm. 71), S. 34.

⁷⁴ *Bluntschli*, Statslehre (Anm. 71), S. 23.

⁷⁵ *Bluntschli*, Statslehre (Anm. 71), S. 23 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

|Die Person des Staates ist nur in vergrößertem Maßstabe was jede andere juristische Person, aber auch jede physische Person ist: die Personifikation von Rechtsnormen. Während aber der Staat die Personifikation der totalen Rechtsordnung ist, sind die anderen juristischen und die sogenannten physischen Personen die Personifikationen von Teilrechtsordnungen, so die Gemeinde der Gemeindeordnung, die Aktiengesellschaft des Statutes usw. Speziell die sogenannte physische Person: die Personifikation aller das Verhalten *eines* Menschen regelnden Normen¹⁾. Diesen Personen, d. h. den durch sie personifizierten Teilrechtsordnungen gegenüber verhält sich die Rechtsordnung wie das Allgemeine zum Besonderen und so kann man behaupten, daß diese Personen aus der Rechtsordnung abgeleitet, daß | die Persönlichkeiten von ihr „verliehen“ werden. Gerade die Staatsperson ist aber die Totalrechtsordnung selbst. |21

Darum ist es nur ein systematisch-ästhetischer Verstoß, dem Staat als einem der Rechtsordnung *unterworfenen* Subjekt das Attribut des „höchsten, obersten“ zuzusprechen, das nichts Höheres über sich hat, aus keiner höheren Ordnung abgeleitet ist, obgleich die Hilfsvorstellung der Staatsperson nur durch die Fiktion zustande kommt: *als ob* auch der Staat – als Pflicht- und Rechtssubjekt – aus der Rechtsordnung abgeleitet würde. Bei der weitgehenden Analogie, die zwischen der Begriffstechnik der Theologie und jener der Jurisprudenz besteht – beides sind ja normative Disziplinen! – und speziell bei der außerordentlichen Verwandtheit in der logischen Struktur des Gottes- und des Staatsbegriffes liegt es nahe, auf die

an dem eigenen Erlebnis des *Wollens* – des Wollens eines Verhaltens anderer – verständlich. Der Fehler beginnt erst, wenn man aus diesem veranschaulichenden Bilde eine Identität macht und – *wie das ganz allgemein geschieht* – den „Willen“ des Staates für wesensgleich hält mit dem Willen eines Menschen, wenn man den Willen des Staates als realpsychischen Akt auffaßt. Das sind dann nicht die Konsequentesten, die diese psychische Qualität des Staates – das Wollen – ohne die komplementären Qualitäten des Denkens und Fühlens, die diese Staats-Seele ohne den dazu gehörigen *Staatskörper* lassen und sich womöglich noch erhaben über jene dünken, die den psychischen Staatswillen ernst nehmen und zu einer organischen Sozialtheorie greifen. Zur Frage des „Willens“ in der Rechtswissenschaft vgl. meine Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 97 ff.⁷⁶

¹⁾ „Physische Person“ und „Mensch“ ist auch die herrschende Lehre gewohnt zu unterscheiden. Sagt man: eine *physische Person* „hat“ Pflichten und Rechte bestimmten Inhalts oder „ist“ zu bestimmtem Verhalten verpflichtet oder berechtigt, so geschieht das in demselben Sinne, wie wenn man dies von einer juristischen Person, insbesondere der Person des Staates behauptet: nämlich daß ein bestimmtes Verhalten den Inhalt der Normen eines ganz bestimmten einheitlichen Normensystems bildet, sei es einer Teilrechtsordnung oder der Gesamtrechtsordnung. Sagt man, ein *Mensch* hat bestimmte Pflichten, so bedeutet dies: daß dieses Menschen Verhalten den *Inhalt* von Rechtsnormen bildet. In diesem Sinne kann nur vom *Menschen* – nicht aber von Personen – ausgesagt werden, daß sie Pflichten und Rechte *haben*, verpflichtet und berechtigt sind. Nur wenn man den Staat (oder eine andere juristische Person) als eine Art Mensch vorstellt, realisiert, hypostasiert, wenn man ein Verhalten (Handeln) des Staates als etwas vom *menschlichen* Verhalten verschiedenes und selbständiges vorstellt, entsteht eine unlösbare Schwierigkeit: nämlich die, sich Pflichten des Staates *ebenso* vorzustellen wie Pflichten eines Menschen. Daraus entsteht dann die schiefe Frage: Wie kann der Staat, der doch die Rechtsordnung erzeugt, ebenso verpflichtet werden, wie der Mensch, der der Rechtsordnung unterworfen ist?

⁷⁶ *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 1), S. 97–188 = HKW 2, S. 21–878 (191–300).

Parallele zu verweisen, die zwischen der Spaltung des materiell identischen Staates in die objektive Rechtsordnung und das der Rechtsordnung unterworfenen Pflicht- und Rechtssubjekt, dessen Pflichten und Rechte aus der Rechtsordnung abgeleitet sind, und jener Spaltung besteht, mit der die katholische Theologie die Gottheit in Vater und Sohn scheidet. In der Vorstellung des einem Gottvater untertanen Gottsohnes verzichtet die Theologie ebenso auf das unmittelbare (wenn auch nicht auf das mittelbare) dem Gottesbegriff wesentliche Moment eines höchsten Willens und das Attribut der Allmacht wie die Jurisprudenz bei der Staatsperson auf Souveränität¹⁾.

|22

§ 5. Die Lehre von der Rechtssouveränität.

Von der Idee des Rechtsstaates ausgehend hat *Krabbe*¹⁾ in konsequenter Verfolgung des Gedankens, daß der Staat dem Rechte unterworfen, das Recht somit über dem Staate aufgerichtet sei, die These vertreten, daß nicht der Staat, sondern das Recht souverän sei. In einer meisterhaften Kritik der deutschen Staatsrechtslehre zeigt er die Widersprüche auf, in die sich eine Theorie verwickeln muß, die den Staat als Macht oder Gewalttatsache und zugleich als Rechtsperson begreifen will. Er stellt der Lehre von der Staatssouveränität, die jede Macht und folglich auch das Recht vom Staate herleitet, die Lehre von der Rechtssouveränität entgegen, nach der jede Gewalt, welche in der Gesellschaft Geltung beansprucht, einzig und allein Rechtsgewalt ist. Er erkennt aber nicht, daß die Souveränität des Staates und die Souveränität des Rechtes kein Gegensatz, daß vielmehr beide identisch sind, daß

|21

¹⁾ Der Allmacht Gottes in der Natur entspricht durchaus die analoge Allmacht des Staates im Bereiche des Rechtes. Das theologische und das entsprechende juristische Dogma haben den gleichen Sinn. Wie die Weltordnung dem Theologen als Wille Gottes, erscheint die Rechtsordnung dem Rechtstheologen als Wille des Staates und dieser Wille kann jeden beliebigen Inhalt aufnehmen. Weder aus dem Begriff Gottes noch aus dem der Natur ergibt sich eine Schranke für den Inhalt dieses Willens. Das Verhältnis von Gott und Natur bietet die gleichen spekulativen Möglichkeiten, wie das Verhältnis von Staat und Recht. Vollkommen parallel sind auch die Relationen „Gott–Mensch“ und „Staat–Individuum“. Die juristische „Theorie“ läuft hier – ohne sich dessen bewußt zu sein – meist auf längst gebahnten theologischen, aber nicht selten auch auf mystologischen Gedankenwegen. – Ueber die historischen Beziehungen zwischen Jurisprudenz und Theologie im Mittelalter vgl. die leider sehr dürftigen Bemerkungen bei *Stintzing*, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, I. Abt. 1880, S. 88 ff.⁷⁷ – Die innige Verwandtschaft zwischen *Atheismus* und *Anarchismus* zeigt sich deutlich bei *Stirner*,⁷⁸ insbesondere aber bei *Bakunin*, dessen Schrift „Gott und der Staat“ (Hauptwerke des Sozialismus und der Sozialpolitik, herausgeg. von *Grünberg*, Neue Folge, Heft 2, 1919)⁷⁹ allerdings die entscheidende erkenntnistheoretische Parallele gänzlich übersieht.

|22

¹⁾ Die Lehre der Rechtssouveränität. 1906.⁸⁰

⁷⁷ *Roderich Stintzing*, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, 1. Abtheilung, München und Leipzig 1880, S. 88–90.

⁷⁸ Vgl. *Max Stirner*, Der Einzige und sein Eigenthum, Leipzig 1845.

⁷⁹ *Michael Bakunin*, Gott und der Staat (übersetzt und eingeleitet von Max Nettlau), Leipzig 1919.

⁸⁰ *Hugo Krabbe*, Die Lehre der Rechtssouveränität. Beitrag zur Staatslehre, Groningen 1906.

dies gerade der richtige Kern der auch von der deutschen Staatsrechtslehre vorgebrachten Souveränitätstheorie ist. Diese Erkenntnis hat sich *Krabbe* dadurch verschlossen, daß er selbst nur mit einer sehr unklaren und widerspruchsvollen Vorstellung von dem Verhältnis zwischen Recht und Staat operiert. *Krabbe* betrachtet den Staat als eine vom Recht prinzipiell verschiedene Wesenheit.⁸¹ Trotzdem er tiefer als irgendein anderer Theoretiker den die Gesellschaft oder doch gewisse gesellschaftliche Gebilde konstituierenden Charakter des Rechtes erkannt hat, bleibt es ihm dennoch versagt, durch den Schleier der bis zur Hypostasierung verdichteten Personifikation des Staates hindurch dessen Substrat: die Rechtsordnung, zu sehen. Obgleich er eine selbständige Staatsgewalt leugnet – alle Gewalt ist doch Rechtsgewalt – so läßt er doch das Recht vom Staate erzeugen²⁾ und handhaben³⁾, ja es entsteht für ihn – ganz so wie für die von ihm sehr treffend kritisierte Selbstverpflichtungslehre – das Problem: Wie kann das Recht eine selbständige Gültigkeit gegenüber dem Staate besitzen, da doch die Bildung des Rechtes in steigendem Maße vom Staate ausgeht⁴⁾? Dabei ist er der Erkenntnis einer Identität von Recht und Staat oft zum Greifen nahe! So wenn er als der Lehre von der Rechtssouveränität entsprechend dem Ausspruche *Stahls*⁸⁵ zustimmt, der Staat sei die realisierte Rechtsordnung, und die Frage nach dem Grunde des Rechtes sei identisch mit der Frage | nach dem Grunde des Staates¹⁾, oder wenn er geradezu | 23 behauptet, die Produktion und die Handhabung des Rechtes – diese von ihm dem

²⁾ a. a. O. S. 5.⁸²

³⁾ a. a. O. S. 185.⁸³

⁴⁾ a. a. O. S. 5 und S. 246.⁸⁴

| ¹⁾ *Krabbe* a. a. O. S. 180, *Stahl*, System der Rechtsphilosophie, 1882, S. 313.⁸⁶ | 23

⁸¹ Vgl. *Krabbe*, Rechtssouveränität (Anm. 80), S. 1.

⁸² *Krabbe*, Rechtssouveränität (Anm. 80), S. 5.

⁸³ *Krabbe*, Rechtssouveränität (Anm. 80), S. 185 f.

⁸⁴ *Krabbe*, Rechtssouveränität (Anm. 80), S. 5, 246 – Kelsen paraphrasiert.

⁸⁵ Friedrich Julius Stahl, ursprünglich Julius Jolson-Uhlfelder (1802–1861), Staats- und Kirchenrechtslehrer sowie Politiker. 1827 Habilitation in München, 1832 a. o. Prof. in Erlangen, noch im selben Jahr o. Prof. in Würzburg, ab 1834 o. Prof. in Erlangen, ab 1840 o. Prof. in Berlin (1852/1853 Rektor). 1836–1837 Abgeordneter im Bayerischen Landtag (als Vertreter der Universität Erlangen), ab 1849 Mitglied der preußischen ersten Kammer (dem späteren Herrenhaus), 1852–1858 Mitglied des Evangelischen Oberkirchenrates, ab 1854 Mitglied des Preußischen Herrenhauses (Konservative Partei). Wichtige Werke: Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht, 2 Bde., Heidelberg 1830 und 1837 (3. Aufl. u. d. T. Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung, Heidelberg 1854 und 1856; 5. Aufl., 2 Teile in 3 Bde. u. d. T. Die Philosophie des Rechts, Freiburg i. Br. 1878); Die Kirchenverfassung nach Lehre und Recht der Protestanten, Erlangen 1840 (2. Aufl., Erlangen 1862); Das monarchische Princip, Heidelberg 1845.

⁸⁶ *Krabbe*, Rechtssouveränität (Anm. 80), S. 190; *Friedrich Julius Stahl*, Philosophie des Rechts, Bd. 2: Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung, 5. Aufl., 2. Abt., 4. Buch, Tübingen und Leipzig 1878, S. 172. – Kelsen zitiert Stahl nach dem Werk von *Krabbe*, schreibt dabei aber versehentlich den (nicht den Autorennamen enthaltenden) Folge-Nachweis ab; in diesem nimmt *Krabbe* jedoch auf *Adolf Lasson* Bezug (*Adolf Lasson*, System der Rechtsphilosophie, Berlin und Leipzig 1882, S. 313). Dadurch erscheint das Lassonsche Werk irrtümlich als eines von Stahl.

Staate zugesprochenen Funktionen – erfolgen: durch das Recht selbst²⁾! Für *Krabbe* steht – ganz wie in der herrschenden Lehre – der Staat dem Rechte etwa so gegenüber wie der physische Mensch. Obgleich er erkennt, daß der Staat – zum Unterschied vom physischen Menschen – nichts anderes *kann* als wozu die Rechtsordnung ihn ermächtigt³⁾, der Staat also offenbar auch nichts anderes *ist* als eine – personifizierte – Summe von Rechtsnormen, während der Mensch eben ein von der Rechtsordnung unabhängiges Wesen ist, versucht *Krabbe* dennoch den Staat in voller Parallele zum Einzelmenschen als ein von der Rechtsordnung unabhängiges Wesen und zwar als einen vom Recht zunächst verschiedenen *Zweck*, als Gemeinschaftszweck, oder als eine – von der Rechtsordnung zunächst verschiedene *Ordnung*, nämlich als eine Gemeinschaftsordnung zu erkennen⁴⁾: „Wenden wir nun die Kategorie ‚juristische Person‘ auf den Staat an, dann wird damit zu verstehen gegeben, daß in dem mit dem Staate gegebenen Zwecke Menschen zu einer Gemeinschaft vereinigt sind, und daß dadurch ein neues Wertsubjekt und infolgedessen auch ein neues Rechtssubjekt funktioniert“⁵⁾. „In dem Staat erhält der Gemeinschaftszweck rechtspersonliches Leben“⁶⁾. Daß dieser Zweck nur der Rechtszweck, daß diese Gemeinschaft nur eine durch die Rechtsordnung konstituierte Gemeinschaft sein kann, daß daher Staat und Recht identisch sein müssen, diese Konsequenz scheint unvermeidlich, wenn *Krabbe* ausdrücklich erklärt, daß es „die ordnende Gewalt des Rechtes“ sei, die „zwischen Menschen den Zusammenhang, der sie zu einer Gemeinschaft erhebt“, vermittelt⁷⁾, und wenn er sagt: „Jede öffentlich-rechtliche Person hat den Gemeinschaftszweck nur insofern zu verwirklichen, als ihre Kompetenz rechtlich⁹³ feststeht. Das Recht ordnet Zusammensetzung, Funktionierung und Kompetenz, sorgt mithin in letzter Instanz für Zusammenhang und Einheit“⁸⁾.

2) „... Daß man sagen kann, das Recht handhabe sich selbst, was dann wiederum die selbständige Geltung des Rechtes zum Ausdruck bringt. Nicht weniger als die Produktion des Rechts ist dessen Handhabung Aufgabe der Rechtsordnung, und weder für die Produktion noch für die Handhabung gibt es eine andere Gewalt als einzig und allein das Recht.“⁸⁷

3) a. a. O. S. 17.⁸⁸

4) a. a. O. S. 197 ff.⁸⁹

5) a. a. O. S. 207.⁹⁰

6) a. a. O. S. 211.⁹¹

7) a. a. O. S. 176.⁹²

8) a. a. O. S. 240.⁹⁴

87 *Krabbe*, Rechtssouveränität (Anm. 80), S. 186 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

88 *Krabbe*, Rechtssouveränität (Anm. 80), S. 17.

89 *Krabbe*, Rechtssouveränität (Anm. 80), S. 197–207.

90 *Krabbe*, Rechtssouveränität (Anm. 80), S. 207.

91 *Krabbe*, Rechtssouveränität (Anm. 80), S. 211.

92 *Krabbe*, Rechtssouveränität (Anm. 80), S. 176.

93 «Kompetenz rechtlich»] *Krabbe*, Rechtssouveränität (Anm. 80), S. 240: «Kompetenz dazu rechtlich».

94 *Krabbe*, Rechtssouveränität (Anm. 80), S. 240.

| Wenn *Krabbe* dennoch zwischen der „Staat“ genannten Gemeinschaftsordnung und der Rechtsordnung unterscheidet – und diese Unterscheidung läßt ihn im Banne jener zu Scheinproblemen führenden Hypostasierung des Staates – so ist das schließlich nur so zu erklären, daß er allmählich den Rechtsbegriff verengt, um für einen – unter einen weiteren Rechtsbegriff allerdings noch fallenden – Staatsbegriff Raum zu gewinnen. Er unterscheidet zwei Hauptzwecke oder Funktionen des Staates: Rechtsrealisierung und Genußrealisierung, und er versteht unter dem ersteren Gesetzgebung und Rechtsprechung, unter dem letzteren die Verwaltung¹⁾. Allein auch die sogenannte Genußrealisierung ist Rechtsrealisierung, ist Realisierung der Rechtsordnung, nicht nur im Sinne der Rechtsanwendung, sondern auch im Sinne der Rechtserzeugung. Jede Verordnung, jede Entscheidung und Verfügung ist zugleich Rechtsanwendung wie Rechtserzeugung. Die Ordnung der Verwaltung ist nur ein Teil der Rechtsordnung. Die „Realisierung“ als reines Faktum fällt überhaupt außerhalb des Rahmens juristisch-normativer Erkenntnis. Dieser sind eben nur Normen, generell oder individuell, gegeben. So wie man den „Staat“ mitunter mit speziellen seiner – d. h. des Rechtes – Organe zu identifizieren geneigt ist, z. B. mit der „Regierung“, so besteht auch die Tendenz, den „Staat“ in irgendeine besondere Beziehung zu dem als „Verwaltung“ bezeichneten Teil der Rechtsordnung zu setzen, den man – offenbar wegen des hier vorherrschenden freien Ermessens – von der übrigen Rechtsordnung als dem „Recht“ im eigentlichen und engeren Sinne abzuschneiden geneigt ist. Alle diese Begriffsbildungen – deren psychologische Analyse gewiß interessant wäre – vermengen aber unkritisch das formale Rechts- mit einem materiellen Rechtsinhaltsmoment. Es scheint, daß auch *Krabbe* diesem Fehler verfallen ist. |24

Die Vorstellung, daß der Staat das Recht erzeuge – diese unaufgelöste Hypostasierung – muß *Krabbe* schließlich sogar zur Aufhebung der These von der Rechtssouveränität treiben. Der Staat muß nämlich bei der Erzeugung der Rechtsordnung als frei, d. h. als *Gewalt* erkannt werden zum Unterschied von seiner Funktion als Verwalter oder Genußverwirklicher, wo eben allein Rechtsgebundenheit, d. h. Gebundenheit durch das vom Gesetzgeber – d. i. der „Staat“ – erzeugte Recht besteht. Das spricht *Krabbe* auch ausdrücklich aus²⁾. Damit ist aber der Satz hinfällig, den er als Charakterisierung der These von der Rechtssouveränität ausgesprochen hat: „Bei dem Streben nach Erreichung seines Zweckes bleibt auch der Staat | gebunden durch das Recht“¹⁾. *Erzeugt* der Staat das Recht, dann ist eben – |25

|¹⁾ a. a. O. S. 217.⁹⁵ |24

²⁾ a. a. O. S. 248.⁹⁶

|¹⁾ a. a. O. S. 5.⁹⁷ |25

⁹⁵ *Krabbe*, Rechtssouveränität (Anm. 80), S. 217.

⁹⁶ *Krabbe*, Rechtssouveränität (Anm. 80), S. 248.

⁹⁷ *Krabbe*, Rechtssouveränität (Anm. 80), S. 5.

ganz so wie die Theorie der Staatssouveränität es lehrt – der Staat die Quelle des Rechts, somit der Staat, nicht das Recht souverän. Allein der Staat kann das Recht ebensowenig erzeugen oder bilden oder produzieren, wie das Recht sich selbst erzeugen, bilden oder produzieren kann.

Wenn *Krabbe* der Lehre von der Staatssouveränität die Lehre von der Rechtssouveränität entgegensetzen zu sollen glaubt, so übersieht er, daß auch die erstere im Grunde eine Rechtstheorie ist. Sehr treffend bemerkt er: „Die Theorie der Staatssouveränität hat ihren Grund in der Vorstellung, daß die Gewalt in einem persönlichen Befehlsrecht wurzle. Die Theorie der Rechtssouveränität beruht auf dem Gedanken einer unpersönlichen, den Rechtsnormen, eben weil sie Rechtsnormen sind, eigenen Gewalt“²⁾. Wenn man bei der Lehre von der Staatssouveränität speziell an jene Theorie denkt, die das Recht aus der Gewalt des Staates ableitet, dann muß man sich bewußt werden, daß hier als „Staat“ ein ganz spezielles Organ, nämlich das Gesetzgebungsorgan verstanden wird, und daß diese Theorie in der absoluten Monarchie entstanden ist, wo der Wille eines einzelnen Menschen – des Monarchen – den Inhalt der Rechtsordnung bestimmt. Allein wenn der Befehl des absoluten Monarchen als *Recht* angesehen wird, dann muß als Ursprungsrechtssatz die Norm vorausgesetzt werden: Verhalte dich so oder es soll auf die Art und unter den Bedingungen Zwang geübt werden, wie es der Monarch befiehlt. Dieser *Rechtssatz* ist die letzte Quelle ebenso des Rechtes wie der – nur als Rechtsmacht – erkennbaren „Staats“gewalt, auch in der absoluten Monarchie. Denn Recht kann nur wieder aus Recht „erzeugt“, d. h. logisch abgeleitet werden. Sicherlich ist die Vorstellung zulässig, dem absoluten Monarchen sei *alles* erlaubt; aber diese Vorstellung besagt auch, daß ihm *alles erlaubt*, das ist aber vom Recht, von jenem Ursprungsrechtssatz erlaubt sei, daß er rechtlich ermächtigt sei, zu befehlen, Zwang anzuordnen. Nach einem Befehlsrecht ist die Frage, wie *Krabbe* selbst hervorhebt. Gewiß ist es psychologisch zu begreifen, daß gegenüber dieser *materiellen* Willkür, dieser Ungebundenheit in inhaltlicher Beziehung, die formale Gebundenheit durch das Recht des Ursprungsrechtssatzes – ohne dessen, wenn auch nur stillschweigende Voraussetzung eben kein Befehl des absoluten Monarchen als Recht vorgestellt werden könnte – im juristischen Bewußtsein vernachlässigt oder gar ganz verdrängt wurde. Be|greiflich ist auch, daß die – begriffsnotwendige – Determinierung des Gesetzgebungsorganes durch das Recht eines Ursprungsrechtssatzes erst deutlicher ins Bewußtsein trat, als dieser die Delegation zur Fortbildung der Rechtsordnung, die Ermächtigung zur Gesetzgebung einer Volksvertretung, sei es allein (Republik), sei es in Verbindung mit einem Monarchen (beschränkte Monarchie) erteilte. Denn wenn der im Ursprungsrechtssatz als Bedingung oder Form für jede Aenderung oder Fortbildung der Rechtsordnung

|26

²⁾ a. a. O. S. 47.⁹⁸

⁹⁸ *Krabbe*, Rechtssouveränität (Anm. 80), S. 47 – Hervorhebung von Kelsen, Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

bestimmte Gesetzgebungsprozeß in dem qualifizierten Zusammenwirken von auf eine komplizierte Weise zu berufenden Menschen sich vollzieht, dann ist bei dem in der vulgären Vorstellung den „Staat“ schlechtweg repräsentierenden Rechtserzeugungsorgan beinahe sinnfällig das Moment der Willkür ausgeschaltet und es wird an dieser entscheidenden Stelle eine gewisse Gebundenheit manifest, die schließlich zur Theorie des sogenannten Rechtsstaates führt: d. h. zu der Vorstellung, der Staat ist durch das Recht gebunden. Indem eine irgendwie geartete rechtliche Determination der (in einer „pars pro toto“) als Staat angesprochenen Gesetzgebung in das juristische Bewußtsein tritt, wird man auch gewahr, daß überhaupt jede als Staatsakt qualifizierte, d. h. dem Staate zuzurechnende menschliche Handlung nur aus einer rechtlichen Determinierung heraus, d. h. nur als bestimmter Inhalt einer Rechtsnorm in ihrer spezifischen Qualität erkannt werden kann. Daß freilich diese Art der Determinierung eine wesentlich andere ist als die des Gesetzgebungsaktes, und daß der Staat, dem man die Akte der Exekutive (Rechtssprechung und Verwaltung) zurechnet, einen ganz anderen und zwar viel weiteren Begriff darstellt als der Staat, dessen „Gewalt“ man im Gesetzgebungsakt zu erblicken glaubt, das wird freilich meist übersehen. Schließlich behauptet man mit der Souveränität dieses Staates doch immer wieder nur das Zuhöchst- und Nichtweiterableitbar-Sein jener Rechtsordnung, die aus dem Ursprungsrechtssatz (der Verfassung im rechtslogischen Sinne) deduziert, in ihr als in einem Gesamtrahmen beschlossen, trotz des steten Wandels im Inhalt der einzelnen Normen als einheitlich und im Wechsel der Zeiten identisch erkannt werden muß.

Es ist darum ein Irrtum, wenn *Krabbe* seiner Theorie der Rechtssouveränität nur eine historisch bedingte Gültigkeit zuspricht, indem er eine Souveränität des Rechtes nur für die konstitutionelle Monarchie oder die Republik, kurz nur dort behauptet, wo die Gewalt nicht in einem persönlichen Befehlsrecht wurzelt. *Krabbe* sieht nicht, daß *jeder Staat ein Rechtsstaat* ist, auch die absolute Monarchie, und daß auch bei dieser alle Gewalt, | sofern eben nach ihrem Grund, also nach ihrer Rechtfertigung gefragt wird, unpersönlich im Rechte, d. h. letztlich in jenem Ursprungsrechtssatz wurzelt, der, auch wenn er nur ein persönliches Befehlsrecht erteilt, nur einen einzelnen Menschen zur Gesetzgebung ermächtigt, alle auf dem von ihm vorgeschriebenen Wege inhaltlich erzeugten Rechtsnormen als ein einheitliches Normensystem, als unpersönliche Rechtsordnung umschließt. Es ist nicht so, daß früher, zur Zeit des Absolutismus, die Lehre von der Staatssouveränität und jetzt, zur Zeit der Republik oder beschränkten Monarchie, die Lehre von der Rechtssouveränität richtig ist; sondern es ist so, daß stets und überall, wo die Ideologie des Staates in Frage kommt, „Souveränität“ – sei es nun bewußt oder unbewußt – nichts anderes bedeuten kann, als daß jene Zwangsordnung, die man als das Recht erkennt und als Staat zu personifizieren pflegt, als eine höchste, nicht weiter ableitbare vorausgesetzt wird. Das freilich unterläuft nicht selten, daß Juristen mit Berufung auf die Souveränität des Staates für gewisse Fälle oder innerhalb eines ganz bestimmten Rechtsbereiches – speziell desjenigen der Verwaltung

– auch unter einer konstitutionellen Verfassung eine Argumentation in Anspruch nehmen, die nur in der absoluten Monarchie möglich war: Da dem „Staate“ alles erlaubt sei, können auch ohne die verfassungsmäßige Gesetzesform, auch ohne Ermächtigung in einer solchen Gesetzesform Staatsakte bestimmten Inhaltes gesetzt werden; das heißt aber nichts anderes als: Akte, die in der absoluten Monarchie Rechtsakte, weil durch den hier geltenden Rechtssatz gedeckt waren, daß dem Monarchen oder seinen von ihm bevollmächtigten Dienern alles erlaubt sei, nunmehr unter der geänderten Rechtsvoraussetzung des Konstitutionalismus nach dem Ursprungsrechtssatz der absolutistischen Verfassung als Staatsakte d. h. aber als Rechtsakte zu rechtfertigen. Es ist der der deutschen Staatstheorie politisch zwar geglückte, rechtslogisch aber mißglückte Versuch, ein Stück des monarchischen Absolutismus auch unter der Geltung der konstitutionellen Verfassung zu konservieren.

§ 6. Die Lehre von der Rechtssouveränität; Fortsetzung.

|28 In seinem neuesten Werke: „Die moderne Staatsidee“¹⁾ nähert sich *Krabbe* noch mehr der Erkenntnis der Identität von Recht und Staat. Er sagt geradezu, die moderne Staatsidee „behauptet nicht | mehr, daß der Staat sich dem Recht unterordne, sondern daß die Autorität des Staates nichts weiter *ist* als die Autorität des Rechtes“¹⁾. Trotzdem kommt er noch immer nicht zur vollen Einsicht der Identität. Immer noch läßt er Staat und Recht als zwei verschiedene Wesenheiten nebeneinander bestehen. Das zeigt sich schon darin, daß er im unmittelbaren Anschluß an das eben Zitierte erklärt: „Der Staat wird dieser Auffassung zufolge nicht vom Rechte bezwungen, sondern er ist von der Autorität des Rechtes erfüllt“; also doch etwas anderes – wenigstens der Form nach – als das Recht. Vor allem aber lehrt *Krabbe* – nachdrücklicher und deutlicher noch als in seinem früheren Werke – daß die *Identifikation der Macht des Staates mit jener des Rechts* ein *historischer Prozeß* sei. Was er der herrschenden Staatslehre vorwirft, ist: daß sie eine tatsächliche Entwicklung, eine „*Veränderung* in den Herrschaftsverhältnissen“ ignoriert, „welche seit etwa einem halben Jahrhundert sich allmählich vollzieht“²⁾. Indem *Krabbe* der „Rechtsgewalt“ die „Obrigkeitsgewalt“ gegenüberstellt, glaubt er die folgende historische Entwicklung aufzeigen zu können: Ursprünglich ist der Staat eine reine Rechtsgemeinschaft. Eine „Obrigkeit“ entsteht erst mit der Ausbildung militärischer Organisation. Diese „Obrigkeit“, der Heerführer, der König, gründet seine Stellung zunächst noch auf das Recht, das durch das Volk oder die

|27 ¹⁾ *Haag*, 1919,⁹⁹

|28 ¹⁾ a. a. O. S. 2,¹⁰⁰

²⁾ a. a. O. S. 3.¹⁰¹

⁹⁹ *Krabbe*, Staats-Idee (Anm. 13).

¹⁰⁰ *Krabbe*, Staats-Idee (Anm. 13), S. 2.

¹⁰¹ *Krabbe*, Staats-Idee (Anm. 13), S. 3 – Hervorhebung von Kelsen.

Volksversammlung erzeugt wird. Mit zunehmender Macht des Oberhauptes macht sich dieses vom Volksrecht unabhängig. „Von diesem Augenblicke herrschen über die Gemeinschaft tatsächlich zwei verschiedene, nicht aufeinander zurückführbare Gewalten, nämlich die uralte Gewalt des Rechtes und die neue Gewalt, welche sich als Obrigkeitengewalt anmeldet“³⁾. Unversehens identifiziert *Krabbe* das Recht mit dem „Volksrecht“ und den Staat mit der autokratisch organisierten „Obrigkeit“. Deutlich tritt dies bei der Darstellung zutage, die er von dem historischen Prozesse gibt, in dem die „moderne Staatsidee“ entstand. Es ist sehr bezeichnend, daß er die Identifikation von Rechts- und Staatsgewalt in der Ausbildung des Konstitutionalismus erblickt. „Der alten, historischen, in dem König verkörperten Obrigkeitengewalt stellt sich¹⁰³ ein aus dem Volke und durch das Volk gewähltes Organ als die Volksvertretung gegenüber, welches eine andere Gewalt als die Obrigkeitengewalt zur Offenbarung bringt.“¹⁰⁴ Diese andere Gewalt sei eben die des *Rechtes*. Und in demselben Maße wie die Obrigkeit dem „Gesetz“, das ist dem Beschlusse der *Volksvertretung* unterworfen wird, realisiert sich die Idee des Rechts-Staates, das ist die Idee der dem Volksrecht unterworfenen Obrigkeit. „Vollständig gelangt aber diese Staatsidee erst dort zum Ausdruck, wo entweder die republikanische oder die parlamentarische Regierungsform sich ausgebildet hat. Wo dagegen, wie etwa (früher) in Preußen das Sanktionsrecht des Königs noch ein lebendiges Recht ist, ist die alte Obrigkeitensidee noch nicht ganz ausgeschaltet ...“¹⁾. In diesen Staaten, „namentlich in Deutschland, Oesterreich und Ungarn“ habe sich noch bis vor kurzem „unabhängig vom Recht eine¹⁰⁶ Gewalt“ geltend gemacht, eben jene „außerhalb des Rechtes bestehende, vom Rechte mehr oder weniger eingeschränkte Obrigkeitengewalt“; eben darum sei dort die Lehre von der Rechtssouveränität nicht zur Herrschaft gekommen²⁾. Aber wäre in solchen Staaten diese Lehre nicht falsch? Stünde hier nicht tatsächlich neben der Rechtsidee die Staatsidee als Obrigkeitensidee? Ist aber nicht diese ganze Gegenüberstellung von Recht und Staat und damit diese ganze mißverständliche Umdeutung eines logisch-systematischen Verhältnisses zweier Begriffe zu dem historischen Prozeß einer tatsächlichen Entwicklung verschiedener Kräfte nur dadurch möglich, daß *Krabbe* mit einem künstlich verengten Rechtsbegriff und einem ebenso willkürlich eingeschränkten Staatsbegriff operiert? Recht ist ihm nur ein auf bestimmte Weise, nämlich *demokratisch* erzeugtes Recht. Aber warum in aller

3) a. a. O. S. 14.¹⁰²

1) a. a. O. S. 36.¹⁰⁵

2) a. a. O. S. 42.¹⁰⁷

¹⁰² *Krabbe*, Staats-Idee (Anm. 13), S. 14.

¹⁰³ «sich»] *Krabbe*, Staats-Idee (Anm. 13), S. 33: «sie».

¹⁰⁴ *Krabbe*, Staats-Idee (Anm. 13), S. 32 f.

¹⁰⁵ *Krabbe*, Staats-Idee (Anm. 13), S. 35 f.

¹⁰⁶ «Recht eine»] *Krabbe*, Staats-Idee (Anm. 13), S. 42: «Recht irgend eine».

¹⁰⁷ Drei Zitate: *Krabbe*, Staats-Idee (Anm. 13), S. 42.

Welt sollte Recht nicht auch *autokratisch*, durch Befehl des absoluten Monarchen entstehen können? Es kommt durchaus auf die jeweilige Gestaltung des Ur-Rechtssatzes, der juristischen Ursprungshypothese oder Verfassung im rechtslogischen Sinne an, was als „Quelle“ des Rechts zu gelten habe. Aus dem *Begriffe* des Rechtes geht keine Bestimmung dieser Quelle hervor. Allerdings bedient sich *Krabbe* keines *positivistischen* Rechtsbegriffes. Recht ist ihm nur ein Ausfluß des Rechtsgefühls oder Rechtsbewußtseins. Er zögert nicht, zu behaupten, ein Gesetz, welches sich nicht auf diese Grundlage stützt, ist *nicht* Recht³⁾. Auf die Haltbarkeit dieser Anschauung soll hier nicht eingegangen werden. Allein selbst wenn man das Rechtsgefühl als letzte Quelle des Rechtes annimmt: Sollte die absolute Monarchie sich nicht sehr häufig gerade auf das Rechtsgefühl der breitesten Massen stützen? Das müßte für eine psychologische Rechtstheorie *quaestio facti* bleiben. Was *Krabbe* als bloß obrigkeitlichen Befehl gelten lassen will, kann auch nach seiner eigenen Rechtsanschauung „Recht“ sein. Spricht er doch selbst von einem „lebendigen Recht“⁴⁾ des Monarchen und läßt so die Obrigkeitsidee|auch als eine Rechtsidee gelten. Andererseits ist durchaus nicht zu begreifen, warum nur die autokratisch berufenen Organe als „Obrigkeit“ bezeichnet werden sollen. Sind nicht das vom Volk gewählte Parlament, der vom Volke gewählte Präsident, die vom Parlamente gewählte Regierung ebenfalls „Obrigkeit“, d. h. Menschen, deren Willensäußerung in bestimmten Schranken von der Rechtsordnung anderen Menschen gegenüber für verbindlich erklärt sind? Der Gegensatz, den *Krabbe* zwischen Recht und Obrigkeit und damit – wenigstens für gewisse Entwicklungsperioden – zwischen Recht und Staat erblickt, ist nur der Unterschied zweier verschiedener Rechtserzeugungsmethoden, der demokratischen und der autokratischen; und dieser Unterschied zweier Rechts-Formen ist identisch mit dem Unterschied zweier Staats-Formen! Historisch mögen immerhin beide Formen miteinander im Kampfe gestanden haben. Von dem systematischen Standpunkte einer Staatslehre ist es jedoch ausgeschlossen, zu behaupten, daß – zu irgendeiner Zeit – „zwei verschiedene, nicht aufeinander zurückführbare Gewalten“, nämlich die Gewalt des – allein als Recht gelten gelassenen – Volks-Rechtes und die Gewalt des – zur autokratischen Obrigkeit zusammengeschrumpften – Staates über die Gemeinschaft herrschen. Soll nur *eine* „Gemeinschaft“ bestehen, kann nur *eine* Ordnung gelten. Ueberdies schließen sich das demokratische und das autokratische Rechtserzeugungsprinzip keineswegs völlig aus. Die demokratische und die autokratische Erzeugung des Rechtes sind zumeist nebeneinander in demselben Rechtssystem in Geltung. So wird – in der konstitutionellen Monarchie, aber auch in den nach ihrem Muster organisierten Republiken – die generelle Form des Rechts als Gesetz

³⁾ a. a. O. S. 50.¹⁰⁸

⁴⁾ a. a. O. S. 36.¹⁰⁹

¹⁰⁸ *Krabbe*, Staats-Idee (Anm. 13), S. 50 – Kelsen paraphrasiert.

¹⁰⁹ *Krabbe*, Staats-Idee (Anm. 13), S. 36.

demokratisch, weil durch Beschluß der Volksvertretung, die nächst niedrigere Stufe des Rechts aber autokratisch, als einseitig von ernannten Exekutivorganen (Ministern usw.) erlassene Verordnung, als einseitig von autokratisch organisierten Behörden ergehende Entscheidung, Verfügung, als Urteil erzeugt.

Wenn somit *Krabbe* meint, daß – erst wenn die Rechtsidee über die Obrigkeitstheorie gesiegt habe – nicht mehr der Staat, sondern das Recht für *souverän* erkannt werden müsse,¹¹⁰ so beschränkt er eine allgemein gültige Erkenntnis auf eine spezielle historische Situation. Und weil er sich nicht bewußt ist, einer allgemein gültigen Erkenntnis auf der Spur zu sein, weil er nur eine zeitweilig historische, nicht eine allgemein-begriffliche Identität von Staat und Recht auszusprechen wagt, übersieht er auch, daß mit der Uebertragung der Souveränität von der Staatsauf die Rechtsidee und zwar auf die mit dem Einzelstaat identische Rechtsordnung, für das Verhältnis des Staates zum *Völkerrecht* so gut wie gar nichts gewonnen ist. Er erkennt zwar, daß auf der idealen Grundlage der „Staatsouveränität“ kein internationales Recht gebaut werden könne¹⁾, allein er selbst versucht – vergeblich – dieses internationale Recht auf der Grundlage der gleichen Souveränität aufzubauen, an der sich dadurch nichts ändern kann, daß er die Ordnung, von der Souveränität ausgesagt wird, nicht mehr Staat, sondern Recht nennt.

§ 7. Die Souveränität als Rechtsmacht.

Ganz ähnlich wie *Krabbe*¹¹² lehrt neuestens auch *Somlo*^{113 2)}, daß Souveränität „keine Eigenschaft des Staates“, sondern des Rechtes oder, wie er sich ausdrückt, der „Rechtsmacht“ sei. „Wer immer die Rechtsmacht in Händen habe, es ist die Rechtsmacht, die souverän ist“³⁾. Souveränität ist zwar auch nach *Somlo* eine Eigenschaft, derzufolge die Rechtsmacht eine „höchste“ ist. Allein, damit eine Macht eine „höchste“ sei, ist nach *Somlo* notwendig, „daß sie ihre Gebote in einem bestimmten Kreise von Menschen *gewöhnlich* und *erfolgreicher* als andere Mächte

¹⁾ a. a. O. S. 265.¹¹¹

²⁾ Juristische Grundlehre. 1917.¹¹⁴

³⁾ a. a. O. S. 280.¹¹⁵

¹¹⁰ Vgl. *Krabbe*, Staats-Idee (Anm. 13), S. 37f., 225.

¹¹¹ *Krabbe*, Staats-Idee (Anm. 13), S. 265: „Auf der irrealen Grundlage der Staatssouveränität kann kein internationales Recht gebaut werden.“

¹¹² Vgl. oben S. 295f.

¹¹³ Bódog (Felix) Somló (1873–1920), ungarischer Staats- und Völkerrechtslehrer, Rechtsphilosoph und Soziologe. 1898 Habilitation in Klausenburg, 1903–1905 Dozent in Nagyvárad, ab 1905 a. o. Prof., ab 1909 o. Prof. in Klausenburg (1917/1918 Dekan), 1918–1919 Prof. in Budapest. Wichtige Werke: Zur Gründung einer beschreibenden Soziologie, Berlin und Leipzig 1909; Juristische Grundlehre, Leipzig 1917; Gedanken zu einer ersten Philosophie, hrsg. von Julius Moór, Berlin und Leipzig 1926.

¹¹⁴ *Felix Somló*, Juristische Grundlehre, Leipzig 1917.

¹¹⁵ *Somló*, Grundlehre (Anm. 114), S. 280.

durchzusetzen imstande sei⁴⁾, daß sie „*zahlreiche* Normen an ihre Untergebenen richte, und ein weites Gebiet der Lebensverhältnisse in positiver Regelung machtvoll erfasse⁵⁾, und daß sie „von dauerndem Bestande“ sei⁶⁾. Souveränität ist demnach für *Somlo* „die Gesamtheit der Eigenschaften, die eine Macht zur Rechtsmacht erheben“⁷⁾, und Recht nichts anderes als die Normen, die von einer solchen Macht ausgehen. Was *Somlo* als Souveränität oder Rechtsmacht bezeichnet (beide Begriffe sind ja identisch, da jedes Ding nur der Inbegriff seiner Eigenschaften, Souveränität aber der Inbegriff der die Rechtsmacht bildenden Eigenschaften sein soll) ist in Wahrheit nichts anderes als ein Ausdruck für die Faktizität des Rechtes, das tatsächliche Befolgtwerden der Rechtsnormen, die aus den verschiedensten Ursachen bewirkte Realisierung des Inhalts rechtlichen Sollens⁸⁾. In|dem hier *Somlo* die Rechtsnormen als Wesen nimmt, das *verursacht* wird und so als *Wirkung* zu begreifen ist, selbst aber wieder – als psychologisches Motiv für das Verhalten von Menschen – als Ursache fungiert, indem er die Rechtsnorm in die Kausalkette einstellt, behandelt er einen Gegenstand der Naturwissenschaft und zwar der Psychologie: das Denken, Wollen oder Fühlen einer Norm, einen seelischen Vorgang, der etwas ganz anderes ist als der von ihm getragene geistige Inhalt, nämlich die Rechtsnorm selbst. Deren spezifischer Sinn, deren *Soll-Geltung*, die allein der juristischen Erkenntnis aufgegeben ist, und für die es – weil sie kein Natur-Sein darstellt – keine Ursache und Wirkung gibt, geht dabei gänzlich verloren. Da *Somlo* das Recht grundsätzlich als ein Sollen zu erkennen bemüht ist¹⁾, muß auch

4) a. a. O. S. 93. ¹¹⁶

5) a. a. O. S. 97 f. ¹¹⁷

6) a. a. O. S. 102. ¹¹⁸

7) a. a. O. S. 279. ¹¹⁹

8) Die „höchste Macht“, von der das Recht nach *Somlo* herrührt und „auf deren Begriff der ganze Rechtsbegriff abgestellt ist“ (a. a. O. S. 86) ¹²⁰ verwandelt sich so aus einer *logischen Qualität* der Rechtsordnung zu einer *psychologischen Intensität* bestimmter Vorstellungen, zu einer *Kraft*, deren Größe nicht mehr absolut und daher nicht mehr durch einen Superlativ ausdrückbar ist. *Somlo* stellt sich unter der Rechtsmacht eine Kraft von intensiver Wirkung vor. Das ist mythologische Naturwissenschaft! | Daß die Rechtsmacht nicht mehr eine „höchste“ Macht ist, zeigt sich darin, daß *Somlo* die „Macht“ des Völkerrechts „über“ der einzelnen Rechtsmacht stehen läßt. Vgl. a. a. O. S. 153 ff. ¹²¹

1) Er sagt ausdrücklich, „daß der Oberbegriff des Rechts der Begriff eines Geschehen Sollens, nicht aber der einer Regelmäßigkeit des Geschehens ist“. A. a. O. S. 107. ¹²² Allerdings hebt er den von ihm vorausgesetzten und seiner Rechtslehre zu Grund gelegten Gegensatz von Sein und Sollen wieder auf! *Somlo* glaubt nämlich zwischen „absoluten und empirischen Normen“ und demgemäß zwischen einem absoluten und einem empirischen Sollen unterscheiden zu können. „Absolute“ Normen seien „unmittelbar evidente“ Normen; diesen ständen „die bloß zufälligen oder

¹¹⁶ *Somló*, Grundlehre (Anm. 114), S. 93 – Hervorhebungen von Kelsen.

¹¹⁷ *Somló*, Grundlehre (Anm. 114), S. 97 – Hervorhebung von Kelsen.

¹¹⁸ *Somló*, Grundlehre (Anm. 114), S. 102.

¹¹⁹ *Somló*, Grundlehre (Anm. 114), S. 279.

¹²⁰ *Somló*, Grundlehre (Anm. 114), S. 86.

¹²¹ *Somló*, Grundlehre (Anm. 114), S. 153–159.

¹²² *Somló*, Grundlehre (Anm. 114), S. 107.

empirischen, nicht denknotwendigen, nicht absoluten Werte¹²³ oder Normen gegenüber. Rechtsnormen seien empirische, nicht absolute Normen. Nur das absolute Sollen, das ist also das Sollen der unmittelbar evidenten, denknotwendigen Normen, stehe in einem unüberbrückbaren Gegensatz zum Sein. Zwar bestehe auch der Begriff der empirischen Normen in einem Sollen, „aber dieses Sollen bedeutet keinen unüberbrückbaren Gegensatz zum Begriff des Seins, *sondern ist vielmehr selbst ein Sein*“ (a. a. O. S. 62).¹²⁴ Warum stellt dann *Somlo* den Gegensatz von Sein und Sollen an die Spitze seiner Rechtslehre, und betont, daß es nicht der Seinsbegriff, sondern der Sollensbegriff der Norm ist, dem er das Recht unterwerfe? (Vgl. insbesondere a. a. O. S. 56).¹²⁵ Wenn das, was die empirische Rechtsnorm aussagt, schließlich doch ein Sein ist, warum nennt er es ein „Sollen“? Welcher Art dieses Sein ist, geht offenbar aus seiner Behauptung hervor, daß sich die empirischen – nicht aber die absoluten – Normen auf ein *Wollen* zurückführen lassen (a. a. O. S. 59, 60).¹²⁶ Dann wäre aber das Recht nicht unter den Begriff des Sollens, sondern unter den *Seins-Begriff* des Sollens – nämlich des Sollens im Sinne eines empirisch-psychischen Prozesses in der Seele des Menschen – zu subsummieren. Warum zieht aber *Somlo* diese so handgreiflich nahe Konsequenz seiner Theorie der „empirischen“ Normen *nicht*? Zu welch fragwürdigen Folgen es führen müßte, wenn jeder Inhalt eines Rechtssatzes als Inhalt eines empirischen Willens irgendwelcher Menschen nachgewiesen werden müßte, habe ich an anderer Stelle nachgewiesen.¹²⁷

[Daß ich – in meinen „Hauptproblemen der Staatsrechtslehre“ – die Rechtsnormen nicht als „empirische“ sondern als „absolute“ behandelt und demgemäß auch für das rechtliche Sollen an einem Gegensatz zum (natürlichen) Sein festgehalten habe,¹²⁸ sei – meint *Somlo* – der Hauptirrtum meines Werkes.¹²⁹ Ich habe darauf nur noch folgendes zu bemerken: Fragt man nach dem Geltungsgrunde irgendeiner positiv-rechtlichen Norm – etwa: warum *soll* in Oesterreich der Mörder mit Kerkerstrafe belegt werden? – so bedeutet die Antwort: „Weil es das *Gesetz* vorschreibt“, scheinbar so viel wie: Weil es die Nationalversammlung beschlossen hat. Da wäre nun der von *Somlo* – und vielen anderen – behauptete empirische „Wille“, auf den die Rechtsnormen zurückzuführen sind! Das ist aber ein offenkundiger Irrtum. Daraus, daß das Parlament etwas beschlossen oder der absolute Monarch etwas gewollt, befohlen hat, aus dieser *Sein*satsache folgt nie und nimmer, daß irgend etwas, daß speziell der Inhalt ihres Willensaktes geschehen *solle*, daraus „folgt“ – als aus einem Erkenntnisgrunde – überhaupt nichts. Jedenfalls kann keine Logik der Welt aus einem Seinssatz einen Sollenssatz ableiten, wobei die Frage, ob der Inhalt des Sollenssatzes einen „absoluten“ oder relativen Wert bezeichnet, ganz gleichgültig ist. Wenn ich den Satz rechtfertigen will: der Mörder soll mit Kerkerstrafe belegt werden, dann darf ich nicht auf das *Seins*-faktum des solches Verhalten anordnenden Parlamentsbeschlusses oder monarchischen Befehles, sondern muß ich wieder auf eine Norm, ein *Sollen* rekurrieren, das besagt, daß den Beschlüssen des Parlamentes, den Befehlen des Monarchen Folge zu leisten sei. Diese *Ursprungsnorm*, die ich als Verfassung im rechtslogischen Sinne bezeichne, ist eben die denknotwendige *Hypothese* jedes positiven Rechtssystems, jeder konkreten Rechts- oder Staatsordnung. Wo ist der „Wille“ auf den diese Norm zurückzuführen wäre? Denn wer „*will*“ diese Norm, die nur ein notwendiger *Denk*-behelf ist? Demnach setzt sie keinen *absoluten*, sondern nur einen *relativen* Wert, d. h. nur unter ihrer Voraussetzung ist eine bestimmte Ordnung als *Rechts*-Ordnung denkbar. Die juristische Ursprungshypothese beansprucht schon deshalb nicht einen absoluten Wert zu setzen, weil ja auch das von ihr abgeleitete Rechtssystem keinen absoluten, sondern nur einen relativen Wert bedeutet. Aber einen *Wert!* Einen Wert in dem rein formalen Sinne des für die verschiedensten Inhalte aufnahmefähigen Sollens. Ohne einen solchen rein formalen Sollens-Begriff ist der Sinn des positiven Rechtes nicht zu begreifen. Das Sollen ist ebenso wie das Sein eine absolute *Denkform*; der *Inhalt* des Sollens muß jedoch keineswegs einen absoluten Wert darstellen. *Somlo* bezieht die Qualität des Absoluten, die nur einem bestimmten Inhalt des Sollens zukommt – und

¹²³ Vier Zitate: *Somló*, Grundlehre (Anm. 114), S. 59.

¹²⁴ *Somló*, Grundlehre (Anm. 114), S. 62 – Hervorhebung von Kelsen.

¹²⁵ *Somló*, Grundlehre (Anm. 114), S. 56.

¹²⁶ *Somló*, Grundlehre (Anm. 114), S. 61f.

¹²⁷ Vgl. *Kelsen*, Rechtswissenschaft (Anm. 2), S. 1235–1238 = HKW 3, S. 551–605 (601–605).

¹²⁸ Vgl. *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 1), S. 7 = HKW 2, S. 21–878 (86).

¹²⁹ *Somló*, Grundlehre (Anm. 114), S. 62f.

|33 eine immanente Kritik ihm an diesem | entscheidenden Punkte eine methodische Entgleisung vorwerfen, die nur durch die gleiche Bezeichnung zweier verschiedener Gegenstände: der Norm als Sollgeltung und des seelischen Seinsfaktums des Denkens, | Wollens, Fühlens einer Norm, als „Norm“ erklärlich ist. Dabei ist die Vorstellung einer die Befolgung der Rechtsnormen verursachenden „Macht“ eine naive, alle typischen Mängel einer personifikativen Fiktion aufweisende Hypostasierung. Die „Ursachen“ für die Befolgung von Rechtsnormen, d. h. die Motive für rechtmäßiges Verhalten können die allerverschiedensten sein¹⁾. Sie zu einem einheitlichen Wesen zu verdichten, das die Rechtsnormen so ergehen läßt, wie ein Mensch Befehle erteilt, ist eine durch nichts gerechtfertigte Verdoppelung des Erkenntnisgegenstandes: Das Recht spaltet sich in eine Rechtsmacht und in die von dieser Rechtsmacht ausgehenden Rechtsnormen. In Wirklichkeit – und zwar in der sozialpsychologischen, nicht in der juristischen Wirklichkeit liegt aber nichts anderes vor als Vorstellungen von Menschen, die Rechtsnormen zum Inhalt haben und als wirksame Motive ein bestimmtes (normgemäßes) Verhalten verursachen. Es ist durchaus die gleiche verdoppelnde Hypostasierung, mit der die herrschende Staatslehre die Rechtsordnung in einen Staat und ein von diesem Staat „getragenes“, „verursachtes“, „ausgehendes“ Recht spaltet. Was bei Somló Rechtsmacht heißt, ist in der üblichen Staatslehre eben der Staat. So tritt denn auch bei Somló die verschrobene Lehre von der Selbstverpflichtung des Staates als das Problem der rechtlichen Gebundenheit der Rechtsmacht auf!¹³⁴ Und Somló zögert nicht, die Vorstellung zu vollziehen, derzufolge die Rechtsmacht durch gewisse „ihrer“ Normen selbst verpflichtet wird. Man bedenke nur, was eigentlich diese „Rechtsmacht“

auch das nur, wenn man überhaupt absolute, unmittelbar evidente Werte zugibt – auf die Denkform des Sollens. Daß er damit einen Fehlgriff tut, zeigt am deutlichsten sein Sprachgebrauch. Er hält daran fest, das Recht als ein Sollen und nicht als Sein zu bezeichnen, obgleich die Rechtsnormen kraft ihres Inhalts keinen absoluten Wert bedeuten. Der logische Gegensatz von Sein und Sollen ist aber von dem Gegensatz des absoluten und relativen Wertes ganz unabhängig. Der letztere Gegensatz spielt ganz innerhalb der Kategorie des Sollens.

|34 ¹⁾ Somló sagt selbst: „die Bezeichnung des Urhebers von Rechtsnormen als einer Macht bedeutet weiter nichts als eine¹³⁰ Fähigkeit zum (gewöhnlichen) Verwirklichen seiner Normen, mit anderen Worten: zur Verursachung ihrer Befolgung.“¹³¹ Man sollte meinen, diese „Macht“, die „ihre“ Normen durchsetzt, sei eine einheitliche Ursache, so wie etwa die Elektrizität als „Kraft“ der Ausdruck für eine einheitliche Ursache ist. Allein Somló fährt fort: „Das Durchsetzen von Normen kann demnach eben so verschieden sein, wie die Motive ihrer Befolgung. Der Begriff der Rechtsmacht aber, wie wir ihn aufgestellt haben, hat nichts mit irgend welchen besonderen Arten der Durchsetzung oder irgend welchen Motiven¹³² der Normbefolgung zu tun, sondern umfaßt alle möglichen in ihrer Gesamtheit.“ A. a. O. S. 109.¹³³

¹³⁰ «eine»] Somló, Grundlehre (Anm. 114), S. 108: «seine».

¹³¹ Somló, Grundlehre (Anm. 114), S. 108f.

¹³² «welchen Motiven»] Somló, Grundlehre (Anm. 114), S. 109: «welchen besonderen Motiven».

¹³³ Somló, Grundlehre (Anm. 114), S. 109 – Hervorhebungen von Kelsen, Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

¹³⁴ Vgl. Somló, Grundlehre (Anm. 114), S. 298–309.

ist: ein Inbegriff der verschiedensten Ursachen für rechtmäßiges Verhalten. Und dieser Inbegriff wird nun von bestimmten Normen selbst verpflichtet! Dieser Inbegriff ist somit ein – Mensch geworden, denn „jemand ist verpflichtet“ heißt: jemandes Verhalten ist Inhalt einer Norm, eines Sollens. Nur eines *Menschen* Verhalten kann vernünftigerweise Inhalt einer Norm, speziell einer Rechtsnorm sein. Mit dieser Selbstverpflichtung der Rechtsmacht | hat die Hypostasierung ihren Gipfel erreicht¹⁾. |35

Daß die Rechtsmacht bei *Somlo* die gleiche Rolle spielt wie in der herrschenden Lehre der Staat, ist keineswegs ein Zufall. Denn *Somlos* Gedankengänge sind – ähnlich wie diejenigen *Krabbes*¹³⁶ – auf eine Identifikation des Rechtes mit dem Staate gerichtet, ohne daß diese Tendenz zu einer vollen Klarheit über die Einheit von Staats- und Rechtsordnung gelangen könnte. Von vornherein sind ihm Staat und Recht zwar verschiedene Dinge, denn das Recht subsummiert er unter die Kategorie der *Norm*, den Staat unter diejenige der *Gesellschaft*. Allerdings bestimmt er den Begriff der Gesellschaft im engsten Anschluß an jenen der Norm, freilich nicht der Norm im eigentlichen Sinne, in dem spezifischen Eigensinn ihrer Sollgeltung, sondern der Norm als Ursache (Motiv) bestimmten Verhaltens. Gesellschaft ist eine „Gesamtheit von Menschen, die überhaupt bestimmte Normen befolgen“⁽²⁾. Der Staat demgemäß „eine Gesellschaft, die durch die Befolgung der Normen einer Rechtsmacht gebildet ist“⁽³⁾. Eine Kritik dieses Staatsbegriffes ist hier nicht geboten. Nur seine innige Beziehung zum Rechtsbegriff sei als symptomatisch hervorgehoben. „Der Staatsbegriff führt also auf den Rechtsbegriff zurück und läßt sich ohne ihn gar nicht erfassen“⁽⁴⁾. „Beide enthalten als gemeinsamen Teil den Begriff der Rechtsmacht. Wo es eine Rechtsmacht gibt, dort gibt es sowohl Recht wie Staat“⁽⁵⁾. Da *Somlo* die Gesellschaft als „Normbefolgung“ charakterisiert⁽⁶⁾, steht wohl nichts im Wege, den *Staat* – im Sinne dieser Lehre – als *Rechts-*

¹⁾ Verpflichtet wird die Rechtsmacht nach *Somlo* keineswegs nur durch sich selbst, durch ihre eigenen Normen, sondern auch durch die Normen einer anderen „Macht“, nämlich jener des Völkerrechts, die eine den einzelnen Rechtsmächten „übergeordnete Macht“ ist. Die Normen dieser übergeordneten Macht – die allerdings selbst keine Rechtsmacht ist und deren Normen daher keine Rechtsnormen sind – hat die einzelne Rechtsmacht – dieser Inbegriff von Ursachen oder Motiven – zu befolgen! a. a. O. S. 153 ff.¹³⁵ |35

²⁾ a. a. O. S. 236.¹³⁷

³⁾ a. a. O. S. 257.¹³⁸

⁴⁾ a. a. O. S. 217.¹³⁹

⁵⁾ a. a. O. S. 252.¹⁴⁰

⁶⁾ a. a. O. S. 236.¹⁴¹

¹³⁵ *Somló*, Grundlehre (Anm. 114), S. 153–159.

¹³⁶ Vgl. oben S. 292–301.

¹³⁷ *Somló*, Grundlehre (Anm. 114), S. 236.

¹³⁸ *Somló*, Grundlehre (Anm. 114), S. 251.

¹³⁹ *Somló*, Grundlehre (Anm. 114), S. 251.

¹⁴⁰ *Somló*, Grundlehre (Anm. 114), S. 252.

¹⁴¹ *Somló*, Grundlehre (Anm. 114), S. 236.

befolgung zu bezeichnen. Freilich könnte man die Rechtsbefolgung ebensogut als Recht auffassen; es handelt sich ja um die Wirkung der Rechtsmacht. Und wenn die Befolgung der Normen einer Macht „Staat“ heißt, dann kann diese Macht ebensogut Staatsmacht genannt werden. Tatsächlich identifiziert *Somlo* die Rechtsmacht mit der Staatsmacht, wenn er sagt: „Wir können statt Rechts- oder Staatsmacht auch souveräne Macht sagen“⁷⁾. Dabei erinnere man sich, daß bei *Somlo* Souveränität und Rechtsmacht identische Begriffe sind. Trotzdem glaubt er – ganz ebenso | wie *Krabbe*¹⁴³ – Recht und Staat als zwei verschiedene Wesenheiten auseinanderhalten und demgemäß besonders hervorheben zu sollen, daß Souveränität nicht eine Eigenschaft des Staates, sondern der Rechtsmacht sei. Ist es dann aber nicht seltsam, daß er schließlich die Souveränität doch als ein unerläßliches Merkmal des *Staates* erklärt? „Infolge des uns bereits bekannten Verhältnisses von Rechtsmacht und Staat ist es klar, daß die Souveränität als Eigenschaft der Rechtsmacht damit auch ein unerläßliches Merkmal des Staatsbegriffes bildet. Wenn man also die Eigenschaft der Souveränität von der Rechtsmacht auf den Staat überträgt“ – wie kann man das, wenn beide nicht identisch sind? – „so muß man zu dem Ergebnis gelangen, daß es einen nicht souveränen Staat nicht geben kann“¹⁾.

§ 8. *Souveränität als Macht über die Rechtsordnung, als Rechtsfolge und als subjektives Recht.*

Auf die widerspruchsvolle Unklarheit, die in der heutigen Literatur bezüglich des Grundverhältnisses: Staat und Recht, herrscht, sind gewisse gänzlich haltlose Ideen über die Beziehung der Souveränität zur Rechtsordnung zurückzuführen. So, wenn man etwa versucht, aus der Souveränität des Staates dessen Stellung *über* dem Recht und daraus seine Macht über dieses abzuleiten. Soferne damit die *Tatsache* behauptet werden soll, daß es eine Gewalt gibt, die das Recht erzeugen, oder eine solche, die es brechen kann, so handelt es sich eben nur um eine juristisch irrelevante, keiner weiteren Argumentation bedürftige Behauptung. Wenn jedoch darin eine juristische Beweisführung auftreten will, ist ihre Haltlosigkeit zu offenliegend, um einer Widerlegung zu bedürfen. Erreicht werden kann doch mit dieser Ableitung nur so etwas wie ein *Recht* des Staates über die Rechtsordnung, sei es ein Recht der Rechtserzeugung, sei es das Recht zum Rechtsbruch, eines so widerspruchsvoll wie das andere. Souveränität kann nicht *über* der Rechtsordnung stehen, denn sie ist nur eine Eigenschaft der Rechtsordnung.

⁷⁾ a. a. O. S. 279.¹⁴²

|³⁶ |¹⁾ a. a. O. S. 281.¹⁴⁴

¹⁴² *Somló*, Grundlehre (Anm. 114), S. 279.

¹⁴³ Vgl. oben S. 295 f.

¹⁴⁴ *Somló*, Grundlehre (Anm. 114), S. 281 – Hervorhebungen von Kelsen.

Ebenso unhaltbar ist die vielfach vertretene Anschauung, die Souveränität sei – weil kein nacktes Faktum, sondern *juristischer* Charakter – eine Rechtsfolge, etwa „eine rechtliche Folge“ der Existenz des Staates²⁾. „Rechtliche Folge“ kann natürlich nur eine Folge | sein, die durch die Rechtsordnung an einen Tatbestand geknüpft wird. Das bedeutet aber, daß man um die Souveränität als Rechtsfolge der Staatsexistenz zu konstruieren, die Rechtsordnung dem Staate voraussetzen, den Staat als Tatbestand denken muß, an den das Recht eine bestimmte Folge knüpft. Ganz abgesehen davon, daß eine solche Auffassung mit jedem auch nur irgend möglichen Souveränitätsbegriff unvereinbar und daß eine Rechtsfolge mit dem Inhalt der Souveränität schlechterdings unvorstellbar ist, muß diese Konstruktion insbesondere dann als ein bloßer Verlegenheitsausdruck (um den Anschein eines rein faktischen Charakters der Souveränität zu vermeiden) erkannt werden, wenn dieselbe Theorie, die sich dieser Konstruktion bedient, die Souveränität als die Fähigkeit des Staates zu ausschließlicher (rechtlicher) Selbstbestimmung definiert (wie kann Rechtsfolge sein, was hier als Rechtsvoraussetzung gedacht wird), den Staat aber wieder als Voraussetzung des Rechtes behauptet. (Wie kann Voraussetzung des Rechtes sein, was Rechtstatbestand sein soll¹⁾?) Wenn Souveränität als Eigenschaft ein *Rechtsbegriff* ist, dann kann sie nur – da Rechtsbegriffe nur der Begriff des Rechtes selbst und die aus ihm abgeleiteten Begriffe sind – Eigenschaft der Rechtsordnung sein.

Eine durchaus unpräzise und rechtswissenschaftlich nicht zu rechtfertigende Terminologie ist es auch, wenn von einem „Rechte“ der Souveränität gesprochen wird; wenn man Souveränität als ein subjektives Recht des Staates bezeichnet. Etwa wenn *Jellinek* sagt: „Souveränität ist das Recht, nur durch eigenen Willen verpflichtbar und verpflichtet zu sein“²⁾. Ein subjektives Recht setzt die Rechtsordnung voraus, aus der es abgeleitet, von der es „verliehen“ wird. Das Recht des Staates, sich selbst zu verpflichten, wäre das subjektive Recht, subjektive Rechte zu erzeugen; eine *petitio principii*.

§ 9. Staatsrechtliche und völkerrechtliche Souveränität.

Die mit Souveränität bezeichnete Eigenschaft des Zuhöchstseins pflegt man gewöhnlich nach zwei Richtungen hin zu differenzieren: nach innen und nach außen, oder auch in staatsrechtliche und völkerrechtliche Souveränität zu unter-

²⁾ So z. B. *Jellinek*, Die Lehre von den Staatenverbindungen, 1882, S. 22, ebenso *Pischel*, Der Begriff der Souveränität und die herrschende Lehre von der Souveränität, 1897, S. 19.¹⁴⁵

¹⁾ So *Jellinek*, Staatenverbindungen, S. 22, 34, 32/33, 262.¹⁴⁶

²⁾ Staatenverbindungen, S. 55.¹⁴⁷

¹⁴⁵ *Georg Jellinek*, Die Lehre von den Staatenverbindungen, Wien 1882, S. 22; *Richard Pischel*, Der Begriff der Souveränität und die herrschende Lehre von der Souveränität, Greifswald 1897, S. 19.

¹⁴⁶ *G. Jellinek*, Staatenverbindungen (Anm. 145), S. 22, 34, 32 f., 262.

¹⁴⁷ *G. Jellinek*, Staatenverbindungen (Anm. 145), S. 55.

|38 scheiden, je nachdem das Verhältnis des Staates (oder der Staatsgewalt, der ja die Souveränität zugeschrieben wird) zu seinen Unterworfenen oder zu ande|ren Staaten in Betracht kommt. Sofern damit lediglich zwei Relationen ein und derselben Qualität bezeichnet werden sollen, wäre gegen eine solche Unterscheidung nichts einzuwenden. Bedenklich wird sie jedoch, wenn man versucht, den beiden Beziehungen der souveränen Ordnung verschiedene Bedeutungen, verschiedenen Inhalt zu geben und so eigentlich zwei verschiedene Souveränitäten zu konstruieren. So wenn man etwa die staatsrechtliche Souveränität als Unbeschränktheit der Staatsgewalt, die völkerrechtliche als Unabhängigkeit von anderen Mächten charakterisiert und annimmt, der Staat könne die eine Souveränität besitzen ohne die andere gleichzeitig zu behaupten¹⁾.

Ueber die Auffassung der Souveränität als „Unbeschränktheit“ wird später noch des näheren gesprochen werden.¹⁴⁹ Einen solchen Sinn kann der Begriff der Souveränität kaum haben. Eine völkerrechtliche neben der staatsrechtlichen Souveränität zu unterscheiden ist jedoch schon darum sinnwidrig, weil, wenn es sich nicht darum handelt, nur die verschiedenen Konsequenzen ein und derselben Eigenschaft des Staates zu ziehen, sondern zwei verschiedene *Eigenschaften* des Staates zu konstatieren, der gleiche Name für zwei verschiedene Eigenschaften offenbar unzulässig ist. Nicht wesentlich anders liegt es bei dem Versuche, verschiedene „Merkmale“ der *Souveränität* festzustellen. So zum Beispiel die Souveränität im Verhältnis nach innen als Zuhöchstsein, im Verhältnis nach außen als Unabhängigkeit des Staates oder der Staatsgewalt zu charakterisieren²⁾. *Entweder* handelt es sich hier gar nicht um zwei verschiedene „Merkmale“ der Souveränität – was ja schließlich nur auf zwei verschiedene Eigenschaften der Staatsgewalt hinauslaufen würde –, sondern das neben dem Moment des Zuhöchstseins unterschiedene Merkmal der Unabhängigkeit ist in Wahrheit nur die Umschreibung eines Teilinhaltes des ersteren Momentes. Souveränität besteht in einem einzigen und unteilbaren Merkmal und bedeutet nichts anderes, als daß die dadurch gekennzeichnete Staats- oder Rechtsordnung eine *höchste* und *daher* von jeder anderen unabhängige Ordnung ist. Es bedeutet nur eine *erläuternde* Hinzufügung, wenn hier häufig die Rechtsordnung nicht bloß als höchste, sondern auch als eine von keiner höheren ableitbare Ordnung bezeichnet wird. *Oder* aber die für die herrschende Lehre charakteristische Tendenz, zwei Richtungen der Souveränität zu unterscheiden, rührt daher, daß man sich den Staat als ein Wesen vorstellt, das den seine Untertanen darstellenden Menschen übergeordnet, anderen Wesen aber – den übrigen Staaten nämlich – nicht über- sondern gleichgeordnet |39 ist. Der Staat

|38 ¹⁾ *Georg Meyer*, Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes, 1878, S. 10, 23.¹⁴⁸

²⁾ *Jellinek*, Staatslehre, S. 475.¹⁵⁰

¹⁴⁸ *Georg Meyer*, Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes, Leipzig 1878, S. 10, 23.

¹⁴⁹ Vgl. unten S. 313–316.

¹⁵⁰ *G. Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 475.

ist ein Höchstes, richtiger: ein Höheres somit nur im Verhältnis zu seinen Untertanen, nicht zu den anderen, ihm koordinierten Staaten, denen gegenüber er daher nur als „unabhängig“, nicht als ein Höchster bezeichnet wird. Er ist nicht deshalb „unabhängig“, weil er ein Höchster ist, sondern er ist angeblich nach der einen Seite hin ein Höchster, nach der anderen Seite hin – *obgleich kein Höchster*, sondern nur ein Gleichgeordneter – unabhängig. Man pflegt diese – relative – Souveränität in der Weise zu bestimmen, daß der Staat zwar eine höchste Gewalt, aber nur innerhalb eines bestimmten Kreises, nämlich innerhalb seines „eigenen“ Kreises sei. „Nach der historischen Entstehung und der üblichen Ausdrucksweise läßt sich die Souveränität im allgemeinen bezeichnen als die Eigenschaft eines Staates, *in seiner Sphäre die höchste Gewalt zu sein*, das summum imperium auszuüben. Damit kommt zum Ausdruck einmal die *Unabhängigkeit* des Staates von jeder anderen Gewalt, jedem anderen höheren Willen, sodann die *Ueberordnung* des Staates über alle auf seinem Gebiete befindlichen Personen und Korporationen, die Unterordnung jedes anderen Willens unter den des Staates“¹⁾. Bei einer solchen Konfiguration kann man aber eigentlich nicht mehr von zwei „Merkmale“ der Souveränität, ja nicht einmal mehr von zwei verschiedenen Arten der Souveränität sprechen. Es liegen vielmehr zwei ganz verschiedene Relationen des Staates vor, von denen – wenn überhaupt – so höchstens nur die eine, das Verhältnis „nach innen“, als Souveränität bezeichnet werden könnte. Indes zeigt nähere Untersuchung, daß in solchem Falle auch diese Relation nicht mehr als Souveränität gelten kann. Denn Souveränität ist ihrem Wesen nach ein Superlativ, und zwar ein Absolutum. Vom Staat kann aber – unter der Voraussetzung koordinierter Wesenheiten – nur gesagt werden, daß er höher ist als gewisse, nicht aber höher als andere *in demselben Systeme stehende* Elemente. Daß die dem Staat koordinierten Elemente in demselben System stehen müssen, wie die ihm subordinierten, das ergibt sich aus der Notwendigkeit ihrer Vergleichung. Der Staat wird zu den anderen Staaten in ein Verhältnis gesetzt, wenn er mit ihnen als gleichgeordnet erkannt wird. Das ist die entscheidende *positive* Relation, die sich hinter der negativen Charakteristik der „Unabhängigkeit“ verbirgt. Wäre diese wirklich rein negativ, sollte wirklich mit ihr gesagt werden, daß die anderen Staaten gar nicht zu demselben Erkenntnissystem gehören, innerhalb dessen der Staat anderen Elementen übergeordnet ist, | dann wäre es überflüssig, diese Relation der „Unabhängigkeit“ überhaupt zu erwähnen. Der Staat ist „unabhängig“ auch von den Ge-

| 40

¹⁾ Ebers¹⁵¹, Die Lehre vom Staatenbunde, 1910, S. 275.¹⁵²

| 39

¹⁵¹ Godehard Josef Ebers (1880–1958), Staats-, Kirchen- und Völkerrechtslehrer. 1908 in Breslau habilitiert, ab 1910 a.o. Prof. in Münster und ab 1919 o. Prof. in Köln. 1946–1950 Mitglied des österreichischen Verfassungsgerichtshofes. Wichtige Werke: Das Devolutionsrecht insbesondere nach katholischem Kirchenrecht, Stuttgart 1906; Die Lehre vom Staatenbunde, Breslau 1910; Staat und Kirche im neuen Deutschland, München 1930.

¹⁵² Godehard Josef Ebers, Die Lehre vom Staatenbunde, Breslau 1910, S. 275 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

stirnen; d. h. die Astronomie ist ein von der Staats- und Rechtstheorie gänzlich verschiedenes System. In diesem Sinn ist die „Unabhängigkeit“ offenbar nicht gemeint, die vom Staate anderen Staaten gegenüber ausgesagt wird. Es ist doch die Einheit des Rechtssystems, das alle Staaten verbindet.

Ist aber „Unabhängigkeit“ des Staates von anderen Staaten gleichbedeutend mit rechtlicher Koordination, dann ist die Annahme einer Autorität unvermeidlich, die gleichermaßen *über* allen Staaten stehend, deren Sphären gegeneinander abgrenzend, sich alle Staaten gleichermaßen unterwirft und so einander gleichordnet. Nur in Hinsicht auf einen gemeinsamen Beziehungspunkt können Elemente als koordiniert bezeichnet werden. Dieser Beziehungspunkt, diese gemeinsame Autorität ist – wie später noch näher zu zeigen sein wird¹⁵³ – das Völkerrecht. Und in diesem Zusammenhange wird dann noch deutlicher zu erkennen sein, daß die Staatsordnung, über der die Völkerrechtsordnung steht, auch ihren eigenen Untertanen gegenüber nicht mehr als „höchste“, nicht mehr als „souverän“ bezeichnet werden kann; und daß die beliebte Einschränkung der Souveränitätsdefinition, derzufolge der „souveräne“ Staat *nur* seinen eigenen Untertanen gegenüber die höchste Autorität sei, auf die Tautologie hinausläuft: Der Staat ist denjenigen übergeordnet, die ihm untergeordnet sind, Souveränität ist die Eigenschaft, höher zu sein als diejenigen, die niedriger sind. In diesem *relativen* Sinne ist natürlich jeder souverän, der irgendeinem anderen übergeordnet ist; ist insbesondere jede Teilordnung gegenüber den ihr „Unterworfenen“ z. B. die Gemeinde, souverän, die ja auch von anderen – Gemeinden desselben Staates – „unabhängig“ ist.

§ 10. Der formale Charakter der Souveränität.

Damit ist auch der rein *formale* Charakter des Souveränitätsbegriffes genügend hervorgehoben. Ihn hat unter den neueren Theoretikern vor allen *Jellinek* betont, indem er darauf hinwies, daß jeder Versuch, „einen bestimmten Inhalt der Souveränität zu konstatieren“, auf einer Identifizierung der Souveränität mit der Staatsgewalt (oder, wie von dem hier vertretenen Standpunkt aus gesagt werden könnte, mit der Rechtsordnung) beruhe¹⁾. Allein gerade *Jellinek* selbst hat gegen dieses von ihm richtig erkannte | Prinzip verstoßen, indem er sich bemühte, dem „Rechtsbegriff“ der Souveränität neben seiner rein negativen Bedeutung des Zuhöchstseins und der Unabhängigkeit ein drittes „Merkmal“ hinzufügend, „einen positiven Inhalt zu verleihen“⁽¹⁾. Auf diesen positiven Inhalt hat er dann seine, von vielen neueren Autoren übernommene Definition des Souveränitätsbegriffes allein eingestellt. Souveränität sei Fähigkeit ausschließlicher Selbstbindung durch „Auf-

|40 |¹⁾ Staatslehre, S. 475 ff.¹⁵⁴

|41 |¹⁾ a. a. O. S. 481.¹⁵⁵

¹⁵³ Vgl. unten S. 442–447.

¹⁵⁴ G. *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 475–484 – das Zitat findet sich auf S. 484.

¹⁵⁵ G. *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 481.

stellung einer Rechtsordnung“, oder „ausschließliche Fähigkeit rechtlicher Selbstbestimmung und Selbstbindung“²⁾. *Jellinek* selbst ist es, der in seiner trefflichen Kritik der älteren Souveränitätstheorie den Grundirrtum aufgedeckt hat, in den alle jene verfielen, die aus der Souveränität irgend welche konkrete, d. h. inhaltlich bestimmte Rechte, Befugnisse, Funktionen der Staatsgewalt abzuleiten versuchten³⁾. Der „positive Inhalt“, den er selbst dem Souveränitätsbegriffe verleiht, ist im

²⁾ a. a. O. S. 481.¹⁵⁶

³⁾ Eine sehr charakteristische *materielle* Bestimmung des Souveränitätsbegriffes und zugleich ein typisches Beispiel für eine juristische Betrachtungsweise, die an Stelle des Rechtes die Macht, an Stelle der Erkenntnis von Normen die Anschauung von Tatsachen der Wirklichkeit setzen will, liefert *Erich Kaufmann*¹⁵⁷, *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus*, 1911.¹⁵⁸ Er stellt die „rechts“philosophische Bestimmung des Staates bewußt auf ein „materielles, inhaltliches Moment“ ab, da man „mit dem Merkmal der Souveränität insbesondere, wenn man diese rein formal und superlativisch faßt“, nicht auskommen könne (a. a. O. S. 135).¹⁵⁹ „Mit dem Wegfall der Kulturleitung durch die Kirche rückt der seiner selbst wieder mächtige Staat von neuem zur *Souveränität* auf und wird damit zum Träger der Rechtsordnung. Zu seiner Selbstbehauptung sammelt und weckt er alle in ihm vorhandenen und schlummernden Kräfte und ordnet sie nach dem Gesamtplan, den seine Existenz fordert. *Sein Wesen ist Machtentfaltung*, ist der Wille, sich in der Geschichte zu behaupten und durchzusetzen. Aber Machtentfaltung ist nur möglich durch die Belebung und Entfaltung sämtlicher physischer und moralischer Energien. Von dem Machtgedanken aus wird der Staat ... zu einem *sittlichen Institut*“ (S. 135).¹⁶⁰ Dementsprechend auch ein materieller Souveränitätsbegriff: „Im positiven Sinne souverän wird der Staat nur durch seine sich den verschiedenen gesellschaftlichen Bedürfnissen anpassende *ergänzende* Eigentätigkeit. ... Militärverwaltung, auswärtige Verwaltung und oberste Gesetzgebung wie oberste Gerichtsbarkeit stellen das Minimum solcher ergänzender Eigentätigkeit dar, ohne die ein Staat nicht gedacht werden kann“ (S. 137, 138).¹⁶¹ Natürlich nur die „oberste“ Militärverwaltung, nur die „oberste“ auswärtige Verwaltung, da eine Provinz oder ein Gliedstaat mit lokaler Militärverwaltung nicht gut als „souveräner“ Staat bezeichnet werden kann. Sollte es da nicht doch vorsichtiger sein, sich auf den formalen Superlativ einer höchsten Ordnung zu beschränken, wenn man nicht Gefahr laufen will, statt des Staates überhaupt einen historisch besonders gestalteten Staat, wenn nicht gar nur den preußischen Militärstaat zu definieren, und nicht die Antwort auf die Frage schuldig bleiben will, wie aus einem | Faktum der Macht eine sittliche Ordnung werden | 42

¹⁵⁶ *G. Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 481.

¹⁵⁷ *Erich Kaufmann* (1880–1972). Staats- und Völkerrechtslehrer sowie Rechtsphilosoph. 1908 Habilitation in Kiel, 1912 a. o. Prof. ebendort, ab 1913 o. Prof. in Königsberg, 1916–1920 o. Prof. für Öffentliches Recht in Berlin, 1920–1927 o. Prof. in Bonn, 1927–1934 Hon.-Prof. in Berlin, 1934 o. Prof. in Berlin, im selben Jahr aus politischen Gründen entpflichtet, 1939 Emigration in die Niederlande, 1946–1950 o. Prof. in München, 1946–1950 Hon.-Prof. in Bonn. 1919–1933 Völkerrechtsberater und Prozessvertreter der Reichsregierung vor internationalen Gerichten und Hauptautor des Oberschlesien-Abkommens, 1950–1958 Berater des Auswärtigen Amtes und des Bundeskanzleramtes; Mitglied des „Institut de Droit international“. Wichtige Werke: *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus*, Tübingen 1911; *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, Tübingen 1921; *Règles générales du droit de la paix*, in: *Académie de Droit international, Recueil des cours* 54 (1935), S. 309–620; *Grundtatsachen und Grundbegriffe der Demokratie*, München 1950.

¹⁵⁸ *Erich Kaufmann*, *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus*. Rechtsphilosophische Studie zum Rechts-, Staats-, und Vertragsbegriffe, Tübingen 1911.

¹⁵⁹ *E. Kaufmann*, *Wesen* (Anm. 158), S. 135 Anm. I.

¹⁶⁰ *E. Kaufmann*, *Wesen* (Anm. 158), S. 134 f. – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

¹⁶¹ *E. Kaufmann*, *Wesen* (Anm. 158), S. 137, 138. – Hervorhebung von Kelsen.

|42 Gründe doch nichts anderes, als die Identifizierung der Souveränität | mit einer bestimmten Staatsfunktion, der sogenannten gesetzgebenden Gewalt (um im Sinne der herrschenden, auch von *Jellinek* akzeptierten Auffassung zu sprechen). Die Fähigkeit der rechtlichen Bindung oder noch deutlicher: die Fähigkeit, durch Aufstellung der Rechtsordnung sich (und damit auch die Untertanen) zu binden, ist nichts anderes, als die Fähigkeit der Rechtssatzung, der Gesetzgebung, die – als eine ausschließliche Fähigkeit – *Jellinek* mit Souveränität identifiziert. Man wende nicht etwa ein, es sei nur die Ausschließlichkeit dieser Seite der Staatsgewalt, die hier als Souveränität angesprochen werde, denn damit wäre ja nichts anderes als der von *Jellinek* als bloß negativ bezeichnete Charakter der Unabhängigkeit gegeben. Das *Positive* des dritten Merkmals besteht offenbar in der bezeichneten materiellen Funktion der Selbstbindung durch Aufstellung einer Rechtsordnung.

Nun ist diese *Jellineksche* Begriffsbestimmung der Souveränität nicht bloß im Widerspruch zu seinen eigenen Voraussetzungen. Was hier als Wesen der Souveränität bezeichnet wird, hat mit dieser Eigenschaft der Rechtsordnung gar nichts zu tun. Ganz abgesehen sei davon, daß die Fähigkeit *ausschließlicher* Selbstbindung nur eine *spezielle* Konsequenz der Tatsache ist, daß über dem souveränen Subjekt kein höheres vorausgesetzt wird. Es könnten ebensogut noch andere spezielle Konsequenzen aus diesem „Zuhöchstsein“ abgeleitet und als positiver Inhalt neben der Selbstbindung behauptet werden. Wobei allerdings sehr zweifelhaft bleibt, ob diese positiven Qualitäten mit der Natur des *Subjekts* vereinbar sind, dem Souveränität zugesprochen wird. Und es muß festgestellt werden, daß weder der Staat als Rechtsordnung noch als der Rechtsordnung unterworfenen Subjekt – eine andere juristische Erscheinungsform des Staates gibt es nicht – der Selbstbindung in diesem Sinne fähig ist, daß er die Rechtsordnung *aufstellen* könnte. Wenn der Staat – was übrigens *Jellinek* gelegentlich selbst behauptet – seinem Wesen nach Ordnung¹⁾ ist, kann von ihm die Fähigkeit der | Selbstbeschränkung oder, was ganz dasselbe ist, der *Selbstordnung* nur in dem Sinne ausgesagt werden, daß die Hilfsvorstellung des durch die Rechtsordnung (den Staat im objektiven Sinne) gebundenen, ihr unterworfenen Staates im subjektiven Sinne, der Staatsperson, mit eben dieser Rechtsordnung, dem Staate im objektiven Sinne, materiell identisch ist.

kann? Wie soll man Ergebnisse dieser auf die Realität des sozialen Geschehens gerichteten Betrachtung beurteilen, wenn sie den Staat – man denke etwa an Portugal neben England oder an sonst ein rechtlich unbezweifelbar souveränes Zwergstaatsgebilde neben irgendeiner Großmacht – als „souveräne, in sich selbst ruhende, machtvolle historische Gemeinschaft“ (S. 150)¹⁶² erkennt?

¹⁾ Staatenverbindungen, S. 266:¹⁶³ „Das wesentliche Moment im Begriffe des Staates ist, daß er *Ordnung* ist.“ Diese Ordnung kann doch wohl keine andere als die Rechtsordnung sein! Wie soll dann der Staat als *Voraussetzung* des Rechtes gedacht werden können, wie *Jellinek* wiederholt behauptet, zumal er ja in Fortsetzung des eben Zitierten selbst sagt: „Eine Ordnung vor der Ordnung ist ein Widerspruch in sich selbst.“

¹⁶² E. Kaufmann, Wesen (Anm. 158), S. 150 – Kelsen paraphrasiert.

¹⁶³ G. Jellinek, Staatenverbindungen (Anm. 145), S. 266.

Wenn überhaupt etwas von dieser „Aufstellung der Rechtsordnung“ für die juristische Betrachtung brauchbar gemacht werden kann, ist es nicht das Moment der ersten Erzeugung, der Urzeugung des Rechtes, sondern nur die Möglichkeit einer Ordnung, die *Bedingungen ihrer Abänderung* (und somit Erweiterung usw.) selbst zu bestimmen. Doch wird später – bei Untersuchung des Zusammenhanges zwischen Souveränität und Kompetenzhoheit¹⁶⁴ – zu zeigen sein, daß eine Ordnung durchaus als höchste, nicht weiter ableitbare, d. h. also als souverän erkannt werden kann, ohne daß sie diese Möglichkeit hat, daß insbesondere auch ein souveräner Staat ohne gesetzgebende Gewalt, d. h. ohne ein spezifisches Organ gedacht werden kann, das durch *Satzung* die geltende Staats(Rechts)ordnung abzuändern ermächtigt ist.

Wenn man mit *Jellinek* in den Attributen des „Zuhöchstseins“ und der „Unabhängigkeit“ einen *negativen* Charakter, in der Fähigkeit der rechtlichen Selbstbeschränkung einen *positiven* Inhalt zu erkennen vermöchte, dann müßte wohl der Souveränität ein *rein negativer* und darum formaler Charakter zugesprochen werden. Allein es ist im Grunde nur sprachliche Willkür, wenn man die Eigenschaft des Staates, eine höchste Ordnung zu sein, mit dem negativen Urteil umschreibt, daß es keine höhere Ordnung über dem Staate gäbe. Jedes positive Urteil läßt sich sprachlich negativ ausdrücken. Darum ist die ganze Unterscheidung zwischen einem positiven und einem negativen Inhalt der Souveränität ohne sachliche Bedeutung.

§ 11. Souveränität als Unbeschränktheit und Unbeschränkbarkeit.

Im innigsten Zusammenhange mit dem soeben Ausgeführten steht die Widerlegung der Theorie, die Souveränität für die Unbeschränktheit und Unbeschränkbarkeit ihres Trägers erklärt. Sofern damit die völlige Negation jeder Schranke des Staates überhaupt gemeint ist, liegt bei richtiger Erkenntnis seines Wesens ein Ungedanke vor. Denn der Staat ist seinem tiefsten Wesen nach Ordnung, ist Schranke und Beschränkung an sich. Ein unbeschränkter und unbeschränkbarer Staat wäre ordnungslose Ordnung, unbeschränkte Schranke. Doch merke man wohl: Es ist nicht eigentlich eine *contradictio in adjecto*, die vorliegt, es ist ein gänzlicher Unsinn. Auch ist die sogenannte Selbstverpflichtungstheorie nicht imstande, diese Auffassung vom Wesen der Souveränität zu widerlegen, wenn sie ihr entgegenhält: dem Staate ist wesentlich, eine Rechtsordnung „aufzustellen“ und zu „besitzen“. Die Widerlegung liegt vielmehr in der Erkenntnis: dem Staate ist wesentlich, eine Rechtsordnung zu *sein*! Denn wenn man den Staat als eine Gewalt erkennt, die *vor* der Rechtsordnung existent ist, sofern man annimmt, daß der *Staat* die Rechtsordnung aufstellt, erzeugt, daß der *Staat* das Recht garantiert,

¹⁶⁴ Vgl. unten S. 317–322.

kurz, wenn man den Staat als Voraussetzung der Rechtsordnung denkt¹⁾, dann kann aus dem Wesen des Staates nicht der Beweis erbracht werden, daß ihm die Aufstellung einer Rechtsordnung wesentlich sei, denn er wird *als solcher* schon vor der Aufstellung der Rechtsordnung gedacht. Nur daß ihm die Aufstellung der Rechtsordnung *möglich* sei, kann bestenfalls behauptet werden. In dieser *Dynamik*, mit der die Selbstverpflichtungslehre operiert, indem sie eine nicht bloß logische, sondern zeitliche Bewegung vom Staat zum Recht (das Aufstellen der Rechtsordnung durch den Staat) vorstellt, liegt – neben ihrem rettungslosen Versinken in dem Anthropomorphismus eines von der Rechtsordnung unabhängigen Staatssubjektes – ihr Grundfehler, aus dieser Wurzel wächst immer wieder die nicht zum Verstummen zu bringende Opposition gegen diese Lehre. Die gesteht nur ihre eigene Unzulänglichkeit ein, wenn sie sich zum Beweise der Behauptung: der Staat müsse irgendeine Verfassung haben, auf die faktische Unmöglichkeit der Anarchie beruft²⁾.

In einem anderen als dem bisher unterlegten Sinne ist jedoch der Satz von dem unbeschränkten und unbeschränkbar Staaten nicht unmöglich! Wenn damit nämlich nicht die Negierung der Ordnung überhaupt, sondern lediglich eines besonderen *Inhalts* dieser Ordnung gemeint ist. Das muß nämlich speziell gegenüber *Jellinek* mit Nachdruck betont werden, daß *inhaltlich* der als Staat bezeichneten Zwangsordnung keinerlei „Schranken“ in dem Sinne gesetzt sind, daß irgendein spezieller Inhalt dem Wesen des Staates widerspräche. Jeder beliebige Inhalt kann von der Rechtsordnung aufgenommen werden. Insbesondere auch ihre eigene Aufhebung, das heißt, die Rechtsordnung – wie jeder einzelne Rechtsatz – kann seine Geltung an zeitlich beschränkte Bedingungen knüpfen. In solchem Falle ist allerdings die Nichtgeltung des Rechts aus seiner Geltung abzuleiten, und in diesem Sinne – aber nur in diesem formellen Sinne – kann das Recht (oder der Staat) sich nicht selbst aufheben¹⁾.

Gänzlich unzulässig aber ist es, aus der *rechtslogischen* Erkenntnis, daß der Staat seinem Wesen nach nicht unbeschränkt und unbeschränkbar sein könne, irgend

|44 |¹⁾ Obgleich *Jellinek* den Staat vor dem Recht als „Ordnung vor der Ordnung“, als logischen Widerspruch gelegentlich verwirft,¹⁶⁵ bezeichnet er dennoch in anderem Zusammenhange (Staatslehre, S. 476)¹⁶⁶ den die Rechtsordnung „aufstellenden“ Staat als „die das Recht verbürgende *Organisation*“. Allein auch das Recht ist doch eine Organisation oder, was dasselbe bedeutet: eine Ordnung, und kann wohl keine andere sein als der Staat selbst. Zumindest muß doch die durchgängige *Bezogenheit* beider Ordnungen außer Zweifel stehen, wenn man schon überhaupt den Versuch machen sollte, Staat und Recht als *zwei* Ordnungen zu konstruieren.

²⁾ *Jellinek*, Staatslehre, S. 477.¹⁶⁷

|45 |¹⁾ Vgl. die im Wesen verfehlten Ausführungen *Jellineks*, Staatslehre, S. 477.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Vgl. *G. Jellinek*, Staatenverbindungen (Anm. 145), S. 266.

¹⁶⁶ *G. Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 476 – Hervorhebung von Kelsen.

¹⁶⁷ *G. Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 477: „Die Anarchie liegt im Bereiche der faktischen, nicht der rechtlichen Möglichkeit. Aber selbst faktische Anarchie ist nur als vorübergehender Zustand möglich.“

¹⁶⁸ *G. Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 477.

welche politischen Konsequenzen, etwa im Sinne des Liberalismus abzuleiten. Dies versucht *Jellinek*, wenn er in seiner Polemik gegen die Theorie von der staatlichen Allmacht auf die dem Staate eingeordneten Persönlichkeiten hinweist und ausführt: „Sie haben ihre *eigenen* Rechte, die sie nicht auf Kündigung, nicht als Gnade des souveränen Staates, nicht als dessen Delegierte besitzen, sondern sie haben ihre Rechte kraft ihrer Anerkennung und als Rechtsträger, als Personen, welche Qualität ihnen zu entziehen, gänzlich außerhalb des realen Machtbereiches des Staates liegt“²⁾. Demgegenüber ist festzustellen, daß es keine „eigenen“, nämlich keine anderen als aus der Rechtsordnung abgeleitete oder – wie man sich anthropomorphistisch auszudrücken pflegt – vom Staate verliehene Rechte oder Pflichten gibt. Die „dem Staate eingeordneten Persönlichkeiten“ haben ihre Rechte (wie ihre Pflichten) nicht „kraft ihrer Anerkennung als Rechtsträger, als Personen“, sondern sie sind Personen, nur sofern der Staat oder die Rechtsordnung ihre Rechte oder Pflichten statuiert, oder wie der Sprachgebrauch lautet: der *Staat* oder die *Rechtsordnung* sie als Personen anerkennt. Ebenso wie der Staat ihnen die Personenqualität (durch Statuierung von Pflichten und Rechten) „verleiht“, so kann er ihnen diese Qualität auch „entziehen“. Die Einführung der Sklaverei als Rechtsinstitut liegt durchaus im Bereich der Möglichkeiten einer Rechtsordnung oder des Staates; die in den zitierten Sätzen *Jellineks* gelegene naturrechtliche Vorstellung von Rechten *gegen* den Staat oder seine Ordnung, von sogenannten natürlichen, angeborenen Rechten, Rechten, die aus einer anderen als der staatlichen Ordnung abzuleiten sind, und der damit verbundene Dualismus muß entschieden abgelehnt werden¹⁾. Denn dieser Dualismus birgt einen für die juristische Erkenntnis unlösbaren Konflikt, einen inneren Widerspruch des Rechtssystems in sich. Und es ist im Grunde der gleiche Dualismus, wenn man den Staat zwar als souverän, d. h. als eine höchste Gewalt oder Ordnung behauptet, der Staatsgewalt aber – wenn schon nicht durch die *subjektiven* Rechte Einzelner, so doch – durch die „Natur“, den „Staatszweck“, die „Moral“, also durch irgendeine *objektive* Ordnung, die *nicht die Staatsordnung* selbst ist, Schranken gezogen sieht. Spricht man dann von „Schranken der Souveränität“²⁾, so bedeutet dies offenbar: daß die staat-

²⁾ a. a. O. S. 483. ¹⁶⁹

¹⁾ Allerdings beruht der übliche Begriff des subjektiven Rechtes überhaupt (und nicht bloß der eines angeborenen Persönlichkeitsrechtes) auf einem unzulässigen Dualismus, wenn man ihn als „rechtlich geschütztes Interesse“ u. dgl., also als etwas substantiell von dem objektiven Rechte, der *Norm*, verschiedenes definiert. Innerhalb ein und desselben Erkenntnissystems kann der Gegensatz von objektivem und subjektivem Recht nur den Gegensatz der allgemeinen zur besonderen, der abstrakten zur konkreten, der generellen zur individuellen *Norm* bedeuten. Soll das *subjektive* Recht noch *Recht*, muß es – wie das objektive – *Norm* sein.

²⁾ *Ebers*, a. a. O. S. 281. ¹⁷⁰

¹⁶⁹ *G. Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 483 – Hervorhebung von Kelsen.

¹⁷⁰ *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 281 – Kelsen paraphrasiert.

liche Rechtsordnung gewisse Inhalte nicht aufnehmen könne, weil dies mit einer anderen Ordnung in Widerspruch stünde. Gibt man aber dieser anderen Ordnung die Möglichkeit zu, den Inhalt der staatlichen Rechtsordnung – wenn auch nur in gewissen Punkten – zu *bestimmen*, dann muß diese Ordnung der staatlichen gegenüber als eine „höhere“, der Staat aber dann nicht mehr als souverän vorausgesetzt werden.

Die Erkenntnis, daß jedes subjektive Recht nur aus dem objektiven, der als Staat bezeichneten Rechtsordnung, abgeleitet werden könne, und daß der Rechtsordnung *aus ihrem Wesen* keine inhaltlichen Schranken entspringen, ist durchaus vereinbar mit der Anschauung, daß der Staat nur diejenigen „Hoheitsrechte“ habe, die er sich tatsächlich beilegt, woraus freilich *Jellinek*³⁾ die gegenteiligen Schlüsse zu ziehen versucht hat. Denn auch der Staat als Rechtssubjekt – und als solcher ist er zu denken, wenn seine „Hoheitsrechte“ in Betracht kommen – hat nur jene Rechte und Pflichten (speziell den anderen Subjekten gegenüber), die ihm als durch die Rechtsordnung übertragen gedacht werden müssen. Aber auch vom Standpunkte der Kompetenzerweiterung gesehen, kann zugegeben werden, daß, was der Staat auf dem Wege *möglicher* Zuständigkeitserweiterung gewinnen kann, noch nicht in seiner Rechtssphäre liegt⁴⁾. Allein darum fällt die Entziehung der Personenqualität in irgendeinem Umfange dennoch in den Bereich des Staates und diese bloße *Möglichkeit* bedeutet keineswegs schon „die völlige Vernichtung aller dem Staate eingegliederten Persönlichkeiten“¹⁾.

³⁾ a. a. O. S. 483.¹⁷¹

⁴⁾ *Jellinek*, a. a. O. S. 482.¹⁷²

¹⁾ a. a. O. S. 482.¹⁷³ Mit der Souveränität, die ein „juristischer Hilfsbegriff“ sei, werde keineswegs eine prinzipiell unbeschränkte und unbeschränkbare Zuständigkeit der Staatsgewalt festgesetzt. „Das Recht bezeichnet immer nur die aktuelle Zuständigkeit des Staates. Was der Staat auf dem Wege möglicher Zuständigkeitserweiterung gewinnen kann, liegt nicht in seiner Rechtssphäre. Andernfalls käme man zur völligen Vernichtung aller dem Staat eingegliederten Persönlichkeiten ...“¹⁷⁴ – Wenn *Jellinek* aber meint: „In der Anerkennung der Einzelpersönlichkeit hat unter allen Umständen staatliche Kompetenzerweiterung ihre Grenze“,¹⁷⁵ so ist das natürlich etwas anderes. Es ist das eine dogmatische Behauptung, für die eine *juristische* Rechtfertigung nicht möglich ist. („Persönlichkeit“ heißt hier natürlich so viel wie Rechtsnormen bestimmten Inhalts.) Sie steht im vollendeten Widerspruch zu der folgenden, die *Allmacht* des Rechts voraussetzenden Behauptung, daß ein von der Verfassung für unabänderlich erklärter Rechtssatz, nämlich die republikanische Staatsform, nur durch Gewalt, nicht aber im Wege Rechts abgeändert werden könne; und dieser Satz wieder in Widerspruch zu der weiteren Annahme, daß die *politische* Unmöglichkeit einer Rechtsänderung einer *rechtlichen* gleichzusetzen sei, „da das faktisch Unmögliche niemals als rechtliche Möglichkeit konstruiert werden darf“. ¹⁷⁶ Warum sollte aber dann das *faktisch* Mögliche (die Abänderung des *rechtlich* Unabänderlichen) für rechtlich unmöglich gelten können?

¹⁷¹ *G. Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 483.

¹⁷² *G. Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 482 – Kelsen paraphrasiert.

¹⁷³ *G. Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 482.

¹⁷⁴ *G. Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 482.

¹⁷⁵ *G. Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 483.

¹⁷⁶ *G. Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 484.

§ 12. Souveränität als Kompetenzhoheit.

Damit ist die Frage aufgeworfen, in welchem Verhältnis Souveränität zu der sogenannten Kompetenzhoheit steht, zumal ja in der Literatur vielfach die Meinung vertreten wird, das Wesen der Souveränität bestehe geradezu in der Kompetenzhoheit des Staates²⁾.

Unter „Kompetenzhoheit“ versteht die herrschende Lehre die Fähigkeit der Staatsgewalt, ihre Kompetenz, d. h. ihren Wirkungskreis selbst zu bestimmen. Da – um in den Vorstellungen und | der Terminologie der herrschenden Lehre zu |48
bleiben – die gesetzgebende Gewalt das zur Satzung genereller Normen delegierte Organ ist, für das Kompetenzhoheit in Betracht kommt, bedeutet diese die Fähigkeit des Gesetzgebungsorgans, die Grenzen der Rechtssetzung zu bestimmen, jedes beliebige Objekt in beliebiger Weise der Gesetzgebung zu unterwerfen, den Gegenstand der Regelung zu bestimmen, d. h. neue Rechtspflichten und Berechtigungen zu statuieren oder alte aufzuheben, ihre Grenzen weiter oder enger zu ziehen. Auf den Staat, nicht als Gewalt, sondern als Rechtsordnung bezogen, bedeutet Kompetenzhoheit eine Möglichkeit der *Abänderung* der Rechtsordnung (in der generellen Form der Gesetze), und zwar einer solchen Aenderung, die eine Ausdehnung oder Einengung des sachlichen Geltungsgebietes der Rechtsordnung involviert. Dabei muß allerdings diese Abänderungsmöglichkeit eine unbeschränkte sein. Denkbar wäre nämlich eine Rechtsordnung (als Inbegriff der Ge-

²⁾ So vor allem *Haenel*¹⁷⁷, Studien zum deutschen Staatsrecht, I. Bd., 1873, S. 149:¹⁷⁸ „In dieser Rechtsmacht des Staates über seine Kompetenz liegt die oberste Bedingung der Selbstgenügsamkeit, der Kernpunkt seiner Souveränität.“ Dagegen sagt *Haenel* in seinem „Deutsches Staatsrecht“, I. Bd., 1892, S. 114:¹⁷⁹ „Die Souveränität wird dem Staate nicht zugesprochen um des einen oder des anderen seiner wesentlichen Merkmale, sondern um aller seiner Grunderscheinungen willen.“ Trotzdem hält er es für „zulässig, das Wort *souverän* auf ¹⁸⁰ einzelne Erscheinungen innerhalb des als souverän bestimmten Staates anzuwenden.“¹⁸¹ Und demgemäß erklärt er S. 267:¹⁸² „Die Reichsgesetzgebung ist souverän. Denn sie besitzt die Rechtsmacht, innerhalb ihres Kompetenzgebietes das bestehende Gesetzgebungsrecht der Einzelstaaten nicht nur außer Kraft zu setzen, sondern ...“

¹⁷⁷ 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.

¹⁷⁸ *Albert Haenel*, Die vertragsmässigen Elemente der Deutschen Reichsverfassung, Leipzig 1873, S. 149.

¹⁷⁹ *Albert Haenel*, Deutsches Staatsrecht, Bd. 1: Die Grundlagen des deutschen Staates und die Reichsgewalt, Leipzig 1892, S. 114 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

¹⁸⁰ «*souverän* auf»] *Haenel*, Staatsrecht (Anm. 179), S. 114: «*souverän* auch auf».

¹⁸¹ *Haenel*, Staatsrecht (Anm. 179), S. 114 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

¹⁸² *Haenel*, Staatsrecht (Anm. 179), S. 267 – Hervorhebungen von Kelsen, Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

setze), die nur nach bestimmter Richtung abänderbar wäre, da für gewisse Normen (z. B. bestimmte Verfassungsnormen) die Möglichkeit einer Abänderung fehlte. Ob in diesem Falle einer *beschränkten* Abänderungsmöglichkeit noch eigentlich von einer *Kompetenzhoheit* die Rede sein kann, mag zweifelhaft sein. Allein nicht *jede* Abänderungsmöglichkeit bedeutet Kompetenzhoheit. In der herrschenden Terminologie ausgedrückt, muß die Fähigkeit der Kompetenzbestimmung auf dem *eigenen Willen* des Staates beruhen. Auf die Frage, welche Bedeutung eigentlich dieser „eigene Wille“ habe, erhielt man eine bloße Scheinantwort, wenn man sich mit der Annahme begnügte, Kompetenzhoheit sei Fähigkeit des Staates, die Kompetenz durch das eigene Gesetzgebungsorgan zu bestimmen. Denn dasjenige Organ ist eben das „eigene“, das von der Rechtsordnung oder von der der Rechtsordnung zugrunde liegenden Ursprungsnorm zur Aenderung delegiert ist, oder dessen Funktion sie zur Bedingung, dessen Beschluß sie zum Inhalt der Aenderung bestimmt. Es liefe schließlich darauf hinaus, daß sich die Ordnung selbst ändern können müß[t]e, damit Kompetenzhoheit vorläge. Allein ein Normensystem kann sich selbst nicht ändern. Der irreführende, anthropomorphistische Ausdruck ist auf die Formel zu reduzieren: Die Rechtsordnung kann die Bedingungen enthalten, unter denen sie eine Aenderung erfahren kann. Mit Kompetenzhoheit begabt ist eine Ordnung, wenn ihre Abänderbarkeit auf der eigenen Bestimmung, d. h. auf einer Norm dieser Ordnung selbst beruht.

Allein, kann die Abänderbarkeit einer Ordnung, insbesondere einer Rechtsordnung, auf Bestimmungen einer anderen beruhen? Nimmt man zwei Ordnungen an, die gegenseitig im Verhältnis der Ueber- | und Unterordnung stehen, dann kann die Abänderbarkeit der niederen wohl auf Bestimmung der höheren beruhend gedacht werden. Die höhere kann vorschreiben, ob überhaupt und wie die niedere geändert werden könne. Von Kompetenzhoheit ist dann keine Rede mehr. Nur eine Ordnung, die die Bedingungen ihrer Abänderbarkeit selbst bestimmt, hat Kompetenz-Kompetenz.

Die Abänderbarkeit einer niederen Ordnung, die eine höhere über sich hat (das gegenseitige Verhältnis zweier solcher Ordnungen wird noch näher zu untersuchen sein¹⁸³), ist normalerweise beschränkt. Das Wesen der Unterordnung besteht nämlich – wie später noch zu zeigen sein wird¹⁸⁴ – in einer Delegation und damit in der Absteckung gewisser Grenzen, innerhalb deren sich die niedere Ordnung zu halten, ihre Aenderungen zu beschränken hat. Immerhin ist – mit Rücksicht auf den rein formalen Charakter der Delegation – der Fall denkbar, daß unbeschränkte Aenderungsmöglichkeit kraft Bestimmung der höheren Ordnung der niederen übertragen wird. Auch hier läge nicht Kompetenzhoheit im eigentlichen, *formalen* Sinne vor, da die unbeschränkte Abänderungsmöglichkeit dieser Ordnung nicht auf der eigenen, sondern auf der Bestimmung einer höheren – der delegierenden Ordnung

¹⁸³ Vgl. unten S. 367f. und insb. S. 457–459 Anm. 3 (458f.).

¹⁸⁴ Vgl. unten S. 412–463.

– beruht. Höchstens von einer *materiellen* Kompetenz-Kompetenz, nicht aber von *formaler* Kompetenzhoheit kann die Rede sein. *Solche kann nur einer souveränen Ordnung zukommen.* Muß sie es aber auch? Wäre diese Frage zu bejahen, dann läge allerdings ein wesentlicher Zusammenhang – vielleicht sogar Identität von Souveränität und Kompetenzhoheit vor. Allein die Frage ist zu verneinen. Eine Ordnung und speziell die Rechtsordnung kann als höchste gedacht werden, kann souverän sein, ohne daß sie die unbeschränkte (oder auch nur beschränkte) Möglichkeit der Abänderung kraft eigener Bestimmung haben muß.

Die gegenteilige Annahme beruht auf der irrigen, jedoch als *communis opinio* verbreiteten Anschauung, daß die Abänderbarkeit einer Ordnung, speziell die unbeschränkte Abänderbarkeit einer souveränen Ordnung, sich gewissermaßen von selbst verstehe, gleichsam aus der Natur der Sache, dem Wesen der Ordnung selbst hervorgehe, so daß es nicht für die Abänderbarkeit, sondern umgekehrt: nur für die Unabänderbarkeit der Ordnung oder einzelner Teile derselben einer ausdrücklichen Norm bedarf. Allein schon eine kurze Ueberlegung zeigt, daß gerade nur die Umkehrung dieses Satzes richtig ist. Die Frage, ob überhaupt die Abänderung einer Rechtsordnung möglich sei, ist nur dann zu bejahen, wenn die Bedingungen dafür, *wie* sie abzuändern sei, bestimmt sind. | Diese müssen aber ausdrücklich | 50 fixiert sein, damit ein Erkenntnisgrund für das Urteil gegeben sei, daß eine Norm – als Bestandteil einer Ordnung – aufhöre zu gelten und die Geltung einer anderen beginne, daß der gültige Inhalt einer Norm eine Aenderung erfahre. Wenn keine Bedingungen dafür bekannt sind, *wie* eine Ordnung abgeändert werden könne, kann sie überhaupt niemals als geändert erkannt werden. Eine Norm gilt eben zeitlich unbegrenzt, wenn sie nicht ausdrücklich die Bedingungen des Endes ihrer Geltung bestimmt.

Die entgegenstehende Meinung stützt sich in der Regel auf den ungeprüften Gemeinplatz: Eine Ordnung oder eine Norm kann auf dieselbe Weise abgeändert werden, auf die sie entstanden ist. Allein dieser Satz bleibt insolange gänzlich ungerechtfertigt, als er nicht als Norm, d. h. als Bestandteil der abzuändernden Ordnung oder Norm, nachgewiesen ist, und daher als wesensfremd, weil außerhalb des fraglichen Normsystems stehend, gelten muß. Denn jedes Urteil über die Geltung einer Ordnung kann seine Gründe nur aus dieser Ordnung selbst holen. Das ist Prinzip aller *normlogischen* Erkenntnis.

Die Möglichkeit einer Abänderung oder gar einer *unbeschränkten* Abänderung, und zwar speziell durch Satzung eines besonderen Gesetzgebungsorgans ist nicht begriffswesentlich mit einer staatlichen Rechtsordnung verbunden. – Zunächst ist ein Staat durchaus ohne ein besonderes Gesetzgebungsorgan, eine Rechtsordnung ohne eine besondere zur Fortbildung oder Abänderung der generellen Normen delegierte Autorität denkbar. Wo das Recht sich nur gewohnheitsmäßig weiterbildet, gibt es überhaupt keine Gesetzgebungsinstanz. Von Kompetenzhoheit im landläufigen Sinne könnte hier keine Rede sein, obgleich an der Souveränität eines solchen Gemeinwesens *deshalb* nicht gezweifelt werden müßte. Auch können jene

Normen, die die Stellung der obersten Organe des Staates bestimmen und ebenso kann der *Umfang* der Rechtsordnung überhaupt, d. h. es kann das Ausmaß der die Menschen verbindenden Verpflichtungen, der Kreis rechtlicher Gebundenheit und dementsprechend auch die rechts- oder staats-*freie* Sphäre der Individuen als unabänderlich gelten, von Rechts wegen unabänderlich sein – ob sie es *faktisch* ist, bleibt eine andere Frage – ohne daß dies den Begriff der Staats- oder Rechtsordnung als einer *höchsten, souveränen* Ordnung irgendwie berührte. So wie bestimmte Normen – etwa solche die Staatsform betreffend – als unabänderliche gesetzt sein können, so wäre auch vorstellbar, daß die die Abgrenzung der Kompetenz zwischen dem Oberstaat und den Gliedstaaten eines Bundesstaates betreffenden Normen aus irgendwelchen positiv-rechtlichen Gründen auf legalem Wege keine Aenderung erfahren können. Ob dies praktisch-politisch zweckmäßig ist, kommt hier nicht in Betracht. Die Souveränität des Bundesstaates stünde dadurch jedoch keineswegs in Frage. Damit soll nur gesagt werden, daß die als Staat bezeichnete souveräne Rechtsordnung nicht Kompetenzhoheit haben muß, daß Souveränität und Kompetenzhoheit weder identisch noch miteinander in dem Sinne wesentlich verbunden sind, daß jede souveräne Ordnung auch mit Kompetenzhoheit begabt sein müsse, wenn auch zugleich erkannt ist, daß nur der souveräne Staat *Kompetenzhoheit* im formalen Sinne haben kann¹⁾.

Wenn auch in der neueren Literatur gegen die vielfach versuchte Identifizierung von Souveränität und Kompetenzhoheit wiederholt argumentiert wurde, so ist dies doch nicht selten mit unzutreffenden Gründen geschehen. So hat *Rosin*^{185 2)}, dessen Polemik gegen die bezeichnete Theorie manche scharfsinnige Bemerkung enthält, dennoch den Kern der Sache nicht getroffen, wenn er ausführte: Die Kompetenzhoheit könnte dem Deutschen Reiche fehlen und dennoch würde es seine Souveränität nicht verlieren, würden die Einzelstaaten nicht souverän sein; und zwar deshalb, weil die Einzelstaaten, auch wenn ihre Kompetenz nicht durch den Willen des Reiches eingeschränkt werden könnte, also in ihrem Umfange dem Reiche gegenüber gesichert wäre, dennoch innerhalb ihrer eigenen Kompetenz „die souveräne Macht des Reiches *empfinden* würden“³⁾. Diese Emp-

[51] ¹⁾ Zu einem anderen Ergebnis müßte man allerdings dann gelangen, wenn man die Möglichkeit unabänderlicher Rechtsnormen überhaupt leugnete.

²⁾ Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung. In *Annalen des Deutschen Reiches*, 1883, S. 265 ff.¹⁸⁶

³⁾ a. a. O. S. 271.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Heinrich Rosin (1855–1927), Staatsrechtslehrer. 1880 Habilitation in Breslau, ab 1883 a. o. Prof. in Freiburg i. Br., ab 1888 o. Prof. ebendort. (1890–1918 viermal Dekan). Wichtige Werke: *Das Recht der öffentlichen Genossenschaft*, Freiburg i. Br. 1886; *Recht der Arbeiterversicherung*, 2 Bde., Berlin 1893 und 1905; *Grundzüge der allgemeinen Staatslehre* nach den politischen Reden und Schriftstücken des Fürsten Bismarck, Freiburg i. Br. 1897.

¹⁸⁶ *Heinrich Rosin*, Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung, in: *Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik* 16 (1883), S. 265–322.

¹⁸⁷ *Rosin*, Souveränität (Anm. 186), S. 271 – Hervorhebung von Kelsen.

findung kann wohl kaum als rechtslogisches Kriterium gelten. Dagegen ist es durchaus richtig, daß es an der Souveränität der übergeordneten Verfassung des Reiches und dem Mangel dieser Qualität bei den unterstellten Verfassungen der Einzelstaaten nichts ändern würde, wenn die Kompetenzgrenze zwischen beiden unveränderlich wäre. Doch muß bei diesem Anlasse auf eine Bedeutung aufmerksam gemacht werden, die dem Begriff der Kompetenzhoheit *nicht* beigelegt werden darf, obgleich sie manchmal mit unterläuft, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch stillschweigend *mit* vorgestellt wird. Wenn, wie im Bundesstaat, zwei Verfassungen im Verhältnis der Ueber- und Unterordnung einander gegenüberstehen, scheint der übergeordneten souveränen die Kompetenzhoheit gegenüber der niederen wesentlich zu sein, wenn man sich vergegenwärtigt, daß diese sich notwendigerweise – denn dies liegt im Begriffe der Unterordnung – innerhalb der von jener, als der höheren souveränen gesteckten Grenzen halten muß. Allein dieses Verhältnis der Ueberordnung der souveränen Verfassung über die nichtsoveränen – das in der eben charakterisierten Delegation besteht – darf nicht mit Kompetenzhoheit verwechselt werden. Diese liegt in der *Aenderungsmöglichkeit* und ist keinesfalls gegeben, wenn die der nichtsoveränen Verfassung gezogene Grenze einer Aenderung nicht fähig ist. In der herrschenden Terminologie ausgedrückt: Es fehlt in diesem Falle jede *Macht* des souveränen Staates über die Kompetenz des nichtsoveränen, ihm untergeordneten Gemeinwesens. Unzutreffend ist auch, was *Jellinek*¹⁾ gegen die von *Haenel* vertretene Lehre der Identität von Souveränität und Kompetenzhoheit vorbringt, wenn er behauptet, sie bedeute die Leugnung des Völkerrechts, das ja dem Staat Verpflichtungen auferlege, die er nicht einseitig lösen könne. Dem geschlossenen Verträge gegenüber sei der Staat „inkompetent, d. h. gebunden“, es mangle ihm somit die Kompetenzhoheit, obgleich seine Souveränität bestehen bleibe. Demgegenüber ist zu bemerken, daß durch die von *Jellinek* angeführte völkerrechtliche Bindung der Staat in seiner Kompetenzhoheit nicht im mindesten Abbruch leiden muß. Ebenso wie der Staat – in der herrschenden Terminologie gesprochen – eine eigene Norm, ein Gesetz nur unter den von ihm gesetzten Bedingungen ändern kann und daher an sie und somit an das Gesetz so lange gebunden bleibt, bis die vielleicht ganz außerhalb seiner Machtsphäre gelegenen Bedingungen eingetreten sind, so kann er auch an den Vertrag gebunden gedacht werden, dessen Lösung an die Zustimmung des anderen Staates geknüpft ist. Seine Kompetenzhoheit besteht ja gerade darin, daß die Aenderung, speziell die Aufhebung der ihn bindenden Norm (oder des Vertrages) von Bedingungen abhängt, die er selbst, die sein eigener Wille (wie man sich auszudrücken pflegt) gesetzt hat. Allerdings, wenn die völkerrechtliche Bindung des Staates auf einen von ihm unabhängigen, ihm übergeordneten Willen (immer in der *Jellinek-*

|52

¹⁾ Staatenverbindungen, S. 29.¹⁸⁸

|52

¹⁸⁸ G. Jellinek, Staatenverbindungen (Anm. 145), S. 29.

schon Terminologie gesprochen) zurückgeführt wird, dann kann – da die staatliche Ordnung der völkerrechtlichen unterstellt erscheint – nicht mehr von Kompetenzhoheit des Staates in dem oben entwickelten *formalen* Sinne die Rede sein, aber nur deshalb, weil dem Staate keine Souveränität mehr zuerkannt ist. Darum ist das Völkerrecht (als die der staatlichen *übergeordnete* Ordnung) nicht mit der Identifizierung von Souveränität und Kompetenzhoheit, sondern mit der Souveränität des Staates unvereinbar.

Drittes Kapitel.

Souveränität als wesentliches Merkmal des Staates.

§ 13. *Einstellung des Problems: Souveränitätsfreie Begriffsbestimmungen des Staates.*

In der Frage, ob Souveränität ein *wesentliches* Merkmal des Staates sei, hat die neuere deutsche Rechts- und Staatstheorie eine eigentümliche Wandlung durchgemacht. Während bis zur Gründung des neuen Deutschen Reiches und der sich daran anschließenden Bundesstaatstheorie die weitaus größte Anzahl der rechtsphilosophischen und staatsrechtlichen Schriftsteller die Souveränität als notwendige Eigenschaft des Staates erklärte¹⁾, vollzog sich in dem darauf folgenden Dezennium eine ganz auffallende Schwenkung. Die bisherige Anschauung wird als Irrtum verworfen, und zwar in der kaum zu verhüllenden und auch meist zugestandenem Absicht, das Reich als Staat zu erkennen und zugleich die dem Reiche eingegliederten, bisher als Staaten angesprochenen Gemeinwesen auch weiterhin als solche gelten zu lassen. Wieder einmal hat ein politisches Moment die juristische Begriffsbildung beeinflußt. Die ganze Mechanik dieser das wissenschaftlich juristische Denken bestimmenden politischen Motivation aufzudecken, ist natürlich nicht leicht, wenn nicht unmöglich. Nur die grössten Beziehungen liegen zutage. Und da sind es zweifellos gewisse noch aus der Zeit vor der Reichsgründung nachwirkende partikularistische Vorstellungen der breiten Masse, unter deren Einfluß – mehr oder weniger unbewußt – die juristische Theorie steht; dann aber auch dynastische Interessen, historische Rücksichten, die bei der Bildung der staatsrechtlichen Theorie und Terminologie zu allen Zeiten maßgebend waren.

Natürlich wird der politische Charakter der die Theorie bestimmenden Motive nicht zugegeben und auch nicht erkannt. Die für die neue Lehre typische, charak-

[53] ¹⁾ So konstatiert noch 1882 *Jellinek* in seiner für den Wendepunkt wichtigen Monographie „Die Lehre von den Staatenverbindungen“, S. 37.¹⁸⁹

¹⁸⁹ *G. Jellinek*, Staatenverbindungen (Anm. 145), S. 37.

teristische Argumentation verläuft folgendermaßen: Souveränität ist dem Staate nicht wesentlich, denn *es gibt* doch nichtsoveräne Staaten: die dem allein souveränen Reiche eingegliederten Gliedstaaten. Angesichts dieser konkreten staatlichen Bildungen dennoch Souveränität als wesentliches Begriffsmerkmal des Staates festhalten, „heißt die Existenz | dessen leugnen, was man vor Augen sieht“, |54 heißt „die faktischen Verhältnisse zugunsten einer abstrakten und unbrauchbaren Theorie verdrehen“, die nicht imstande ist „die Wirklichkeit zu erklären“¹⁾. Nun liegt schon in dieser Problemstellung der fundamentale methodologische Fehler. Eine juristische Theorie kann niemals der Vorwurf treffen, daß sie die Wirklichkeit irgendwelcher sozialer Tatsachen nicht zu erklären vermöge, denn sie ist dazu gar nicht berufen. Insbesondere kann der Staat als Träger der Souveränität nicht in der Art eines Naturdings als existent behauptet werden, denn er kommt eben gar nicht als faktisches Verhältnis in Betracht, das man vor Augen sieht. Wäre er das, wofür ihn diese gänzlich in die Irre geführte Anschauung ausgibt, ginge wohl der Streit um seinen Begriff – wenn es überhaupt noch einen gäbe – andere Wege; es wäre nämlich vor allem kein Streit um Voraussetzungen! Das *Faktum*, auf das sich die herrschende Lehre gegenüber der von ihr bekämpften „abstrakten und unbrauchbaren *Theorie*“ beruft, erweist sich bei näherem Zusehen als eine Theorie, als ein bestimmter Sprachgebrauch, als die Tatsache nämlich, daß man für gewisse Ordnungen den Ausdruck „Staat“ verwendet, wobei natürlich die gewiß nicht zu bezweifelnde Faktizität dieses Sprachgebrauches keinerlei Schluß auf die Faktizität des Gegenstandes zuläßt. Allein vermag das faktische Vorkommen eines Wortes den von ihm ausgesagten Begriff zu bestimmen? Wo doch umgekehrt der Gebrauch des Wortes seine Rechtfertigung durch den Begriff erhält? Kann die Wissenschaft ihre Erkenntnis aus dem Sprachgebrauch holen, wenn *sie es ist*, die den Sprachgebrauch zu regulieren hat? Welche Sicherheit kann die juristische Theorie dafür geben, daß ein Sprachgebrauch, auf den sie sich beruft, nicht ganz und gar falsch ist, zumal die Zuchtlosigkeit des Sprachgebrauches auf kaum einem anderen Gebiete härter empfunden wird als auf dem der Rechtswissenschaft, deren kritische Aufgabe fast jedem Problem gegenüber damit beginnen muß, den von der unwissenschaftlichen Praxis gelieferten Sprachgebrauch zu vernichten. Erhebt sich die herrschende Lehre über dieses Argument des Sprachgebrauches und unternimmt sie es, den Begriff des nichtsoveränen Staates logisch zu rechtfertigen, so glaubt sie diese Aufgabe in der Weise erfüllen zu können, daß sie den Nachweis zu erbringen sucht, Souveränität sei nicht – wie von den Gegnern behauptet wird – das einzige Unterscheidungsmerkmal zwischen dem Staate und den ihm unterstellten Ordnungen niederer Kategorie, deren Prototyp die Gemeinde ist; das hier |55

¹⁾ *Jellinek*, Staatenverbindungen S. 13, 14, 37.¹⁹⁰ Vgl. auch *Laband*, Deutsches Reichsstaatsrecht, 6. Aufl. 1912, S. 18.¹⁹¹

¹⁹⁰ *G. Jellinek*, Staatenverbindungen (Anm. 145), S. 13, 37, 14.

¹⁹¹ *Laband*, Reichsstaatsrecht (Anm. 47), S. 18–20.

entscheidende Kriterium sei vielmehr ein anderes, so daß auch der nichtsoveräne Staat sich von der Gemeinde deutlich differenziere. Allein dieser Beweis verfehlt von vornherein sein Ziel. Denn selbst wenn es – wie diese Lehre annimmt – zwischen Staat und Gemeinde eine andere Differenz gäbe als Souveränität, ist damit noch keineswegs ausgemacht, daß der Staat nicht aus anderen Gründen dennoch souverän sein müsse. Dazu kommt: Wenn zwischen den beiden Ordnungen verschiedenen Grades, Staat und Gemeinde, die, da sie im Verhältnis der Ueber- und Unterordnung, d. h. überhaupt in einem Verhältnis stehen, gleichartig sein müssen, beide nur *Rechtsordnungen* sein können, ein Unterschied bestehen soll, dann kann dieser nur im *Inhalt* dieser beiden Ordnungen liegen. Das bedeutete aber, daß zum Wesen der als Staat bezeichneten Zwangsordnung ein bestimmter *Inhalt* gehört, daß der Staatsbegriff seinen rein formalen Charakter (demzufolge er sowohl eine Ausbeuter- wie eine Sozialistenordnung, eine gerechte, ungerechte, milde, grausame, eine enge oder weite Ordnung sein kann) verliert. Das dürfte aber sogar gegen die eigenen Voraussetzungen der herrschenden Lehre verstoßen. Dabei ist es von Grund aus verfehlt, wenn man bei der Suche nach der spezifischen Differenz des Staates seinen Blick auf die ihrem Inhalt nach historisch bedingte Ordnung der Gemeinde beschränkt. Dadurch verliert der Beweis allgemeine Gültigkeit. Vielmehr müßte die Ueberlegung richtigerweise diesen Weg gehen: Durch Delegation kann die Staat benannte Zwangsordnung eine auch inhaltlich durchaus gleichartige Unter-Ordnung ausscheiden und sich unterstellen. Wenn zum Wesen der staatlichen Ordnung nicht ein besonderer Inhalt gehört, dann ist die einzige Differenz zwischen beiden ihre gegenseitige Stellung, und diese Differenz ist eine relative, das heißt, es ist kein Grund dafür gegeben, nicht *beiden* den Namen des Staates zu verleihen, wenn sich dieser Begriff nicht auf die *höchste* beschränkt und die Rangdifferenz so zu einer absoluten wird.

Selbst wenn man jedoch die ganze Problemstellung der herrschenden Lehre gelten läßt, so zeigt sich, daß es ihr nicht gelungen ist, den Begriff des Staates unter Verzicht auf das Merkmal der Souveränität zu begründen, ein sicheres Unterscheidungsmerkmal gegenüber den dem Staate unterstellten Ordnungen (Gemeinde, autonome Provinz) aufzuzeigen. Alle Versuche, den Staat unter *Ausschaltung* des Souveränitätsmomentes zu definieren, laufen schließlich doch auf die Definition einer *souveränen* Zwangsordnung hinaus.

| 56

| § 14. „Nicht weiter ableitbare Herrschergewalt,
Herrschergewalt aus eigener Macht und daher zu eigenem Recht“:
eine Definition der souveränen Rechtsordnung.

Einige typische Konstruktionsversuche sollen zu diesem Zwecke näher geprüft werden. Zunächst derjenige *Jellineks*, der das entscheidende Kriterium des Staates in der *Berechtigung*, „aus eigenem Rechte bindende Normen zu erlassen“, zu erkennen sich bemühte, dabei unter „eigenem Recht“ „rechtlich unkontrollierbares

Recht“ verstanden wissen wollte¹⁾. Indes hat *Jellinek* diese Bestimmung des Begriffs des „eigenen Rechtes“ später – wohl angesichts der trefflichen Gegenargumente *Rosins* und *Labands*¹⁹³ – nicht mehr aufrecht erhalten. Sein endgültiges Formulieren lautet: „Wesentliches Merkmal des Staates ist Dasein einer Staatsgewalt. Staatsgewalt ist aber nicht weiter ableitbare Herrschergewalt, Herrschergewalt aus eigener Macht und daher zu eigenem Recht“. „Wo ein Gemeinwesen aus ursprünglicher Macht und mit ursprünglichen Zwangsmitteln Herrschaft über seine Glieder und sein Gebiet gemäß einer ihm eigentümlichen Ordnung zu üben vermag, da ist ein Staat vorhanden“²⁾.

Da diese Ausführungen den Anspruch erheben, als *juristische* zu gelten, muß bemerkt werden, daß der Staat als Gewalt niemals den *Rechtsbegriff* des Staates, das Substrat der *Staatsrechtslehre* abgeben kann; daß der Schluß: „aus eigener Macht und *daher* zu eigenem Recht“ durch nichts gerechtfertigt ist, da es erst des Beweises bedarf, ob eine „Macht“ zu „Recht“ ausgeübt wird oder nicht. Das Wesentlichste dieser Begriffsbestimmung liegt jedoch darin, daß das „eigene Recht“ negativ charakterisiert wird in dem Mangel einer weiteren Ableitbarkeit. Die Herrschergewalt „zu eigenem Recht“ wird auch als „nicht weiter ableitbare“, als „ursprüngliche“ bezeichnet³⁾. Was bedeutet aber dieses „Ableiten“? Die „Ursprünglichkeit“, die hier für die Staatsgewalt in Anspruch genommen wird, kann nicht den Sinn haben, daß der Staat eine *prima causa* sei, das „Ableiten“ einer Gewalt aus einer anderen kann nicht die natürliche Bedeutung eines kausalen Erzeugens haben. Nicht auf die Ursache und Wirkung aufdeckende *Erklärung*, sondern auf eine *Rechtfertigung*, auf die Beziehung zu einer Norm verweist die „Ableitung“, von der die Rede ist. Eine abgeleitete und daher nicht ursprüngliche „Gewalt“ ist eine solche, die durch eine höhere eingeräumt, übertragen wird, ist im Grunde eine Befugnis oder ein Recht, ist eine Pflicht oder eine Kompetenz, ist eine Ordnung, die auf einer höheren Ordnung *ruht*. *Abgeleitet* ist die individuelle Pflicht aus einer generellen Norm, abgeleitet ist die Befugnis des Stellvertreters aus der Vollmacht des Stellvertretenen, abgeleitet ist die Kompetenz des Staatsorgans

| 57

¹⁾ Staatenverbindungen, S. 40, 41.¹⁹²

²⁾ Staatslehre, S. 489, 490.¹⁹⁴

³⁾ Allerdings findet sich bei *Jellinek* auch die Auffassung, das „eigene“ Recht auf Herrschaft müsse *nicht* zugleich ein „ursprüngliches“, „unabgeleitetes“ sein; für den Staat sei nur wesentlich, daß er ursprüngliche Herrschergewalt habe. „Herrschen ist das Kriterium, das die Staatsgewalt von allen anderen Gewalten unterscheidet. Wo daher Herrschergewalt bei einem dem Staate eingegliederten Verbands- oder Individuum zu finden ist, da stammt sie aus der Staatsgewalt, ist, selbst wenn sie *zum eigenen Rechte des Verbandes* geworden ist, *nicht ursprüngliche*, sondern abgeleitete Gewalt.“ (Staatslehre S. 430.)¹⁹⁵

| 56

¹⁹² *G. Jellinek*, Staatenverbindungen (Anm. 145), S. 40, 41, 42 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

¹⁹³ *Rosin*, Souveränität (Anm. 186), S. 276–279; *Paul Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, 5. Aufl., Tübingen 1911, S. 66.

¹⁹⁴ *G. Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 489f.

¹⁹⁵ *G. Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 430 – Hervorhebungen von Kelsen.

aus der Verfassung, die Ordnungsgewalt des Ministers aus dem delegierenden Gesetz. Abgeleitet ist die Verfassung der Gemeinde aus der Verfassung des Staates. Nicht ableitbar, also ursprünglich ist in diesem *rein normativen* Sinne, der in dem Begriffe der Ableitung steckt, was nicht auf eine höhere Ordnung zurückgeführt werden kann, dessen Geltung nicht selbst wieder auf der Geltung einer *höheren* Norm beruht, über dessen Geltung keine höhere vorausgesetzt wird. Und dieser normative Charakter des „Abgeleitetseins“ setzt sich in der bekanntesten Staatsdefinition *Jellineks*¹⁾ unbewußt durch, wenn gesagt wird, „der Staat ist der einzige, kraft ihm innewohnender, ursprünglicher, *rechtlich* von keiner anderen Macht abgeleiteter Macht herrschende Verband“. Nur weil die „Macht“ *rechtlich* nicht weiter ableitbar ist, ist sie ursprünglich²⁾. Ursprünglich ist | der Wert, den ich als *höchsten* voraussetze, nicht weiter ableitbar die *Gewalt* (die, sofern ich sie mit Ableitbarkeit in Beziehung bringe, *Ordnung* ist), die ich als *souverän* erkenne. Die Ursprünglichkeit oder Unableitbarkeit der Staatsgewalt ist ganz und gar identisch

|58

|57

¹⁾ Staatslehre, S. 180.¹⁹⁶ Nur nebenbei sei bemerkt, daß es sich dabei um die Bestimmung des „sozialen“ und nicht des „juristischen“ Staatsbegriffes handelt.

²⁾ Die Vermengung soziologisch-psychologischer und normativer Argumentation, die bei *Jellinek* immer wieder unterläuft, kehrt verstärkt bei *Redslob*¹⁹⁷ (Abhängige Länder, 1914)¹⁹⁸ wieder, der die „ursprüngliche Herrschergewalt“¹⁹⁹ als Kriterium des Staates von *Jellinek* übernimmt und die „Ursprünglichkeit“ der staatlichen Gewalt damit zu charakterisieren versucht, daß es sich beim Staate „immer um²⁰⁰ eine *erste* Vereinigung handelt, nicht um eine zweite Vereinigung, die durch eine erste *geschaffen* ist“ (a. a. O. S. 49).²⁰¹ Es komme also auf die realen Kräfte an, durch die die Vereinigung „geschaffen“ werde. Das wäre ein historisch genetisches Kriterium. Allerdings modifiziert *Redslob* diese Anschauung sofort dahin, daß es nicht auf die „Kräfte“ ankomme, die „bei der Entstehung eines Gemeinwesens mitwirken“, sondern auf diejenigen, die „das Gemeinwesen zusammenhalten“.²⁰² Die Körperschaft, die als Staat gelten wolle, müsse „ihre Macht aus sich selber schöpfen“ (a. a. O. S. 40).²⁰³ Als ob für eine auf die Welt der realen „Kräfte“ gerichtete Betrachtung eine Ursprünglichkeit – als prima causa – überhaupt vorstellbar wäre! Allein die Welt, auf die *Redslobs* Untersuchungen zielen, ist in Wahrheit eine Welt der Werte. Sie zeigt ihm einen „höheren“ Willen, dem ein anderer, niederer, „untergeordnet“ ist, und als Gegensatz der „ursprünglichen“ erscheint ihm die „delegierte“ Macht (a. a. O. S. 42).²⁰⁴ Das ist nur im Bereiche der Normen, in der Welt des Sollens, nicht des Seins denkbar. In *dieser* Ebene liegt das Problem der „abhängigen“ Länder. Die *realen* soziologischen und psychologischen Tatbestände, die *Redslob* analysieren zu müssen glaubt, verhüllen nur den Kern der Frage.

|58

¹⁹⁶ *G. Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 180 – Hervorhebung von Kelsen.

¹⁹⁷ Robert Redslob (1882–1962), deutsch-französischer Staats- und Völkerrechtslehrer. 1909 Verleihung der *venia legendi* in Straßburg, 1913 o. Prof. in Rostock, 1919–1953 o. Prof. in Straßburg (1945–1953 Dekan). Wichtige Werke: *Abhängige Länder. Eine Analyse des Begriffes von der ursprünglichen Herrschergewalt*, Leipzig 1914; *Das Problem des Völkerrechts*, Leipzig 1917; *Die parlamentarische Regierung in ihrer wahren und in ihrer unechten Form*, Tübingen 1918; *Histoire des grands principes du droit des gens*, Paris 1923; *Le régime parlementaire*, Paris 1924.

¹⁹⁸ *Robert Redslob*, *Abhängige Länder. Eine Analyse des Begriffes von der ursprünglichen Herrschergewalt*, Leipzig 1914, S. 49.

¹⁹⁹ *Redslob*, *Länder* (Anm. 198), S. 49.

²⁰⁰ «immer um»] *Redslob*, *Länder* (Anm. 198), S. 49: «immer die Vorstellung, daß es sich um».

²⁰¹ *Redslob*, *Länder* (Anm. 198), S. 49 – Hervorhebungen von Kelsen.

²⁰² Zwei Zitate: *Redslob*, *Länder* (Anm. 198), S. 49.

²⁰³ *Redslob*, *Länder* (Anm. 198), S. 41.

²⁰⁴ *Redslob*, *Länder* (Anm. 198), S. 42.

mit dem, was *Jellinek* als negative Bedeutung der Souveränität bezeichnet: die Eigenschaft der Staatsgewalt, „die keine höhere über sich kennt“, derzufolge sie höchste und unabhängige Gewalt ist¹⁾. Wenn die Vorstellung einer Macht oder gar eines Rechtes „aus eigenem Rechte“ überhaupt einen Sinn haben kann, und das „eigene“ Recht etwas anderes heißen soll als ein Recht, dessen Subjekt man ist, wenn ein Unterschied zu jedem beliebigen subjektiven Rechte vorliegen soll, dann kann es doch nur dies sein, daß das Recht oder die Macht, die man „zu eigenem“ Rechte hat, nicht, wie das subjektive Recht im gewöhnlichen Sinne, seine Geltung aus einer übergeordneten Rechtsordnung „ableitet“, sondern selbst die *höchste* oberste Geltung beansprucht, für die eine weitere Rechtfertigung voraussetzungsgemäß abgelehnt wird. Kurz: Die „Macht zu eigenem Rechte“ *kann* nichts anderes sein als die souveräne Ordnung.

Damit entpuppt sich der nicht souveräne Staat *Jellineks* ja von vornherein schon als wesentlich mit Souveränität begabt!

Wenn als der einzig mögliche der logisch-normative Sinn des „Ableitungs“-Begriffes erkannt ist, dann kann nicht zweifelhaft sein, welche Bedeutung allein der *Jellinekschen* Wendung abzugewinnen ist: „Wo immer daher ein Gemeinwesen seine Verfassung von einer anderen Macht erhält, so daß sie nicht auf seinem Willen, sondern dauernd auf dem Gesetze dieser Macht ruht, da ist kein Staat, sondern nur das Glied eines Staates vorhanden“²⁾. Denn die Vorstellung, daß ein Gemeinwesen seine Verfassung von einer anderen Macht (die doch offenbar auch eine Verfassung haben muß) „erhält“, ist mit der Vorstellung, daß die eine Verfassung aus einer anderen, höheren, *abgeleitet* wird, ebenso identisch wie die Vorstellung, daß die eine Verfassung „auf dem Gesetze dieser Macht“, d. h. auf | der anderen höheren Verfassung „ruht“⁵⁹. Ein Gemeinwesen kann seine Ordnung nicht im wörtlich physischen Sinne von einem anderen Gemeinwesen (oder dessen Ordnung) „erhalten“, so wie ein Mensch von einem anderen einen Gegenstand erhält. Dieser körperliche Vorgang ist nur ein Bild für die logisch-normative Beziehung der Ueber- und Unterordnung zweier Verfassungen, welches Verhältnis identisch ist mit dem der Delegation. Und so bedeutet der zuletzt zitierte Satz *Jellineks* tatsächlich nichts anderes als: Ein Gemeinwesen, das eine höhere Ordnung über sich hat, das also nicht souverän ist, ist kein Staat! Und das stimmt auch wörtlich mit der von *Jellinek* aufgestellten sogenannten positiven Begriffsbestimmung der Souveränität: Fähigkeit ausschließlicher Selbstbestimmung durch Aufstellung einer Rechtsordnung oder (was doch dasselbe ist) einer Verfassung.²⁰⁷ Ein Gemeinwesen, das seine Verfassung *selbst* aufstellt, sie also nicht von einer anderen Stelle

¹⁾ a. a. O. S. 475.²⁰⁵

²⁾ a. a. O. S. 490, 491.²⁰⁶

²⁰⁵ G. *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 475.

²⁰⁶ G. *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 490 f.

²⁰⁷ Vgl. G. *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 481 f.

„erhält“, das sich *selbst* bestimmt und nicht durch ein anderes bestimmt wird – die „Bestimmung“ liegt doch in der Aufstellung der Verfassung – das heißt, wenn man von der verdoppelnden Hypostasierung absieht, eine Ordnung, die aus keiner höheren abgeleitet wird, ist souverän; nur das souveräne Gemeinwesen ist ein Staat!

§ 15. *Der rechtliche Charakter der Gliedstaaten.*

Darum muß es als mit den eigenen Voraussetzungen *Jellineks* im Widerspruch stehend erkannt werden, wenn dieser behauptet, die sogenannten Gliedstaaten im Bundesstaate seien, bei Annahme des Bundesstaates als eines souveränen Staates, nicht souveräne Staaten.²⁰⁸ Denn wegen des hier vorliegenden und auch von *Jellinek* anerkannten Verhältnisses einer höheren zu den ihr unterstellten niederen Ordnungen müssen diese letzteren ebenso als auf der ersten ruhend angesehen werden, wie die Vorstellung zulässig ist, daß die Gliedstaaten ihre Verfassung vom übergeordneten Bundesstaate „erhalten“ haben. Insbesondere muß aber – und das ist der logisch korrekte, weil unbildliche Ausdruck – die Verfassung der Gliedstaaten aus jener des Bundesstaates „abgeleitet“ gedacht werden. Und all dies sagt übrigens *Jellinek* über das Verhältnis des Gliedstaates zum Bundesstaat selbst aus! In der richtigen Erkenntnis, daß für die juristische Betrachtung nicht der tatsächliche Vorgang des historischen Geschehens, sondern die normlogische Beziehung relevant ist, hat *Jellinek* in seiner monographischen Behandlung des Themas festgestellt, nicht etwa bloß, daß die Gliedstaaten ihre Verfassung vom Bundesstaat „erhalten“, aus dessen | Hand er die Gliedstaaten alle ihre Rechte und Pflichten „empfangen“ läßt¹⁾, sondern vielmehr noch: „daß der Bundesstaat durch seine Verfassung die Gliedstaaten schafft“²⁾. Und während er (in seiner Allgemeinen Staatslehre) zum Wesen des Staates die nicht weitere Ableitbarkeit seiner Verfassung oder Gewalt rechnet,²¹¹ sagt er von den *Gliedstaaten*, die er nicht bloß so nennt, sondern auch als solche gelten lassen will: „daß sie dem Bundesstaate als dem allein rechtlich ursprünglich Existierenden“²¹² gegenüber, „als *das Abgeleitete* zu betrachten sind“³⁾.

|60 |¹⁾ Staatenverbindungen, S. 281.²⁰⁹

²⁾ a. a. O. S. 278.²¹⁰

³⁾ a. a. O. S. 278.²¹³ Dieser eklatante Widerspruch erklärt sich daraus, daß *Jellinek* zwar an dem ursprünglich aufgestellten Staatskriterium des „eigenen Rechtes“ festhält, ihm jedoch später eine gänzlich veränderte Bedeutung unterschiebt. Erst heißt es soviel wie „Unkontrolliertheit“, damit ist die Abgeleitetheit vereinbar, die er als das charakteristische Verhältnis der Gliedstaaten zum

²⁰⁸ Vgl. z. B. *G. Jellinek*, Staatenverbindungen (Anm. 145), S. 278f., 291.

²⁰⁹ *G. Jellinek*, Staatenverbindungen (Anm. 145), S. 281.

²¹⁰ *G. Jellinek*, Staatenverbindungen (Anm. 145), S. 278.

²¹¹ Vgl. *G. Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 180.

²¹² *G. Jellinek*, Staatenverbindungen (Anm. 145), S. 278 – Kelsen paraphrasiert.

²¹³ *G. Jellinek*, Staatenverbindungen (Anm. 145), S. 278 – Hervorhebung von Kelsen.

Mit der Charakterisierung des Staates als einer nicht weiter ableitbaren, ursprünglichen Herrschergewalt wird dem Staat – wenn auch nur mit anderen Worten – Souveränität als wesentliches Merkmal zugesprochen. Darum ist es eine logische Unmöglichkeit, wenn *Jellinek* dennoch versucht, die Grenze zwischen souveränem und nichtsoveränem Staate zu ziehen, indem er die Differenz zwischen seiner Begriffsbestimmung der Souveränität und jener des nichtsoveränen Staates aufzeigt. „Souveränität ist Fähigkeit ausschließlicher rechtlicher Selbstbestimmung, daher kann nur der souveräne Staat innerhalb der von ihm selbst gesetzten oder anerkannten Rechtsschranken völlig frei den Inhalt seiner Zuständigkeit regeln. Der nichtsoveräne Staat hingegen bestimmt sich ebenfalls *frei*, soweit | seine staatliche Sphäre reicht. Bestimmbarkeit oder Verpflichtbarkeit | 61 durch eigenen Willen ist das Merkmal einer jeden selbständigen Herrschergewalt“¹⁾. Auffallen muß, daß hier an Stelle der Unableitbarkeit oder „Ursprünglichkeit“ die „Freiheit“ und „Selbständigkeit“ als wesentliche Eigenschaften der Staatsgewalt treten. Allein auch in dieser Modifikation ist der Begriff des nichtsoveränen Staates unhaltbar. Denn „frei“ oder „selbständig“ kann die Selbstbestimmung des nichtsoveränen „Staates“ nicht mehr genannt werden, wenn sie nur soweit reicht, als die ihm durch den souveränen Staat, also wie man sich ausdrückt, durch einen fremden Willen gesteckte Sphäre. Denn „*frei*“ regelt „*nur*“ der souveräne Staat den Inhalt seiner Zuständigkeit, weil und sofern die Rechtsschranken, innerhalb deren die Regelung erfolgt, von ihm selbst gesetzt oder anerkannt sind! Dieses „Frei“sein des nichtsoveränen Staates, soweit seine staatliche Sphäre reicht, diese Vorstellung einer beschränkten Freiheit ist ebenso widerspruchsvoll wie die Vorstellung einer „beschränkten“ oder partiellen Souveränität, gegen die gerade *Jellinek* treffende Argumente ins Feld führt. Ein Gemeinwesen hat eben keine „freie“ oder „selbständige“, geschweige denn eine „nicht weiter ableitbare“ Herrschergewalt, wenn sich *über* ihm eine andere „Gewalt“ erhebt, die – was

Bundesstaat erkennt. Später läßt er die „Unkontrolliertheit“ fallen und setzt statt dessen „Unableitbarkeit“ als Bedeutung des „eigenen Rechtes“. Ganz abgesehen davon, daß dies dasselbe bedeutet wie Souveränität, stürzt jetzt auch seine Konstruktion des nichtsoveränen Gliedstaates im Bundesstaate zusammen! Wenn *Jellinek* – in einem Selbstwiderspruch – gelegentlich das Kriterium des „eigenen“ Rechtes für den Staat fallen läßt und nur die hievon angeblich verschiedene „Ursprünglichkeit“ der Staatsgewalt betont (vgl. das oben S. 56, Anm. 3 gebrachte Zitat),²¹⁴ so ist das nur ein Symptom für diesen Bedeutungswandel. Daß jeder dem Staat eingegliederte Verband seine Herrschergewalt vom Staat abgeleitet habe, ist im Grunde eine tautologische Behauptung. Denn daß ein Verband in einen anderen *eingegliedert*, und daß die „Herrschergewalt“ des einen von der des anderen „abgeleitet“ ist, bedeutet ein und dasselbe. In dem fraglichen Zitate versteht *Jellinek* unter der den Staat charakterisierenden Herrschergewalt offenbar nur die *souveräne*, höchste Herrschergewalt. Wie aber unter solchen Umständen die in den Bundesstaat eingegliederten sog. Gliedstaaten noch eine „ursprüngliche“ Herrschergewalt haben und somit Staaten sein können, muß allerdings rätselhaft bleiben.

¹⁾ Staatslehre, S. 495.²¹⁵

²¹⁴ Vgl. oben S. 325 Anm. 3; *G. Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 430.

²¹⁵ *G. Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 495 – Hervorhebung von Kelsen.

Jellinek ja ausdrücklich zugibt – mit Kompetenzhoheit ausgestattet, die sogenannte „staatliche“ Sphäre des niederen Gemeinwesens im Wege Rechtens völlig zu eliminieren vermag. Darum ist es unbegreiflich, wie *Jellinek* dem nichtsoveränen „Staate“ Kompetenzhoheit zusprechen kann²⁾. Darf von einer dem Gliedstaate zustehenden Rechtsmacht über seine Kompetenz noch die Rede sein, wenn der übergeordnete Bundesstaat, nicht aber der Gliedstaat selbst eine Erweiterung vornehmen kann?

|62 Vielleicht ist der den *Jellinekschen* Ausführungen zugrunde liegende Gedanke der, daß der souveräne Staat sich *ausschließlich* selbst rechtlich bestimme, also „völlig“ frei sei, während der nichtsoveräne Staat sich nur zum Teil rechtlich selbst bestimme, zu diesem *Teile* somit freier Staat sei. Allein, selbst wenn man schon mit Rücksicht darauf, daß der *Inhalt* der nichtsoveränen, untergeordneten Verfassung nicht in der souveränen Ordnung vorbestimmt ist, von einer gewissen Freiheit im materiellen Sinne sprechen wollte, so liegt doch in der einzig relevanten *formalen* Richtung nur *Gebundenheit* des nichtsoveränen Gemeinwesens vor. Wenn auch das „Wie“ seiner Ordnung nicht durch die höhere Ordnung determiniert ist, die Tatsache, daß es eine Ordnung habe | (daß es also überhaupt existent sei) und welches der Umfang dieser Ordnung sei, ist durch die höhere Ordnung *bestimmt*; das Gemeinwesen ist somit bezüglich seiner eigenen Ordnung ebensowenig „frei“ wie unabhängig.

§ 16. Die geteilte Souveränität.

Hier liegt letztlich der Grund dafür, daß die, speziell zur Konstruktion des Bundesstaates verwendete Theorie von der *geteilten Souveränität* mit einer in sich widerspruchsvollen Vorstellung operiert. Obgleich die herrschende Lehre diese Theorie bekämpft, ist sie sich des eigentlichen Grundes für diese Ablehnung nicht bewußt geworden. Charakteristisch dafür ist, daß *Jellinek* zwar für möglich hält, daß der (nichtsoveräne) Gliedstaat teils „frei“ oder „unabhängig“, teils unfrei und abhängig sei, daß er aber mit größtem Nachdruck die Unteilbarkeit der Souveränität behauptet. Und doch ist beides gänzlich unvereinbar, da im Grunde die „Freiheit“ oder „Unabhängigkeit“ des Staates identisch ist mit seiner „Souveränität“.

Die herrschende Lehre pflegt das Problem der Teilbarkeit der Souveränität an der Personifikation der Rechtsordnung, an der Staatsperson zu exemplifizieren. „Eine Persönlichkeit“, sagt *Laband*, ganz ähnlich wie *Jellinek*, „kann einen großen und weitreichenden Kreis von Lebenszwecken nach ihrem *freien* und selbständigen Willen beherrschen, sie ist dennoch nicht souverän, wenn sie *an irgend einem Punkte* einem fremden Willen unterworfen, der Herrschaft einer anderen Persönlichkeit unterstellt, ihren Befehlen von Rechts wegen Gehorsam schuldig ist. Es

²⁾ a. a. O. S. 495.²¹⁶

²¹⁶ *G. Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 495.

gibt keine halbe, geteilte, verminderte, abhängige, relative Souveränität, sondern nur Souveränität oder Nichtsouveränität²¹⁷. Allein warum ist eine Person oder, wie man richtiger sagen müßte, eine Ordnung, auch wenn sie nur in einem einzigen Punkte einer anderen Person, das heißt einer anderen Ordnung unterstellt ist, nicht mehr souverän, warum kann eine geteilte Souveränität nicht gedacht werden? Und warum ist es ein Widerspruch, wenn *Laband*, ganz ebenso wie *Jellinek*, zwar eine geteilte, relative, verminderte *Freiheit* und *Unabhängigkeit*, nicht aber eine solche Souveränität zugeben wollen?

Man muß hier – wie bereits bemerkt²¹⁸ – deutlich eine relevante formale von einer für die Konstruktion irrelevanten materiellen Relation unterscheiden. Und man muß sich davon emanzipieren, eine Ver|ordnung, die nichts ist als ein System |63 von Normen, anthropomorphistisch als einen Menschen vorzustellen, der Befehle erteilt, so daß das Verhältnis einer niederen zu einer höheren Ordnung mit dem Bilde eines Mannes erledigt wird, dessen Willensemanation nur an bestimmten Punkten auf eine Schranke stoßen, die ihm von einem Anderen, Stärkeren gleichsam, gesetzt sind. Daß eine Ordnung einer anderen, höheren in einem bestimmten Punkte unterworfen, in einer bestimmten Richtung gebunden sei, das bedeutet doch nichts anderes, als (oder kann auch so ausgedrückt werden) daß die Regelung einer bestimmten Materie unmittelbar durch die höhere Ordnung erfolgt, während die aller übrigen (der Regelung überhaupt fähigen) Materien durch die niedere Ordnung erfolgen. Die niedere Ordnung ist in ihrer Kompetenz begrenzt durch eine höhere. Daß von *zwei* – allerdings miteinander in Beziehung stehenden – Ordnungen und nicht nur von *einer* die Rede ist, diese *vorläufige* Unterscheidung beruht auf der Verschiedenheit der zur Erzeugung und Fortbildung der Normen berufenen Organe, im Bundesstaat z. B. auf dem Unterschied von Bundes- und Landes-(Gliedstaats-)Gesetzgebung. Die höhere Ordnung bildet das System der Bundesgesetze, die niedere jenes der Landesgesetze. Worin zeigt sich aber die *Einheit* zwischen beiden Ordnungen, ihre gegenseitige Bezogenheit, der Umstand, daß letztlich nicht zwei verschiedene Ordnungen vorliegen, sondern eine Einheit gegeben ist, die Einheit einer Gesamtordnung? Doch offenbar gerade *nicht* in der Richtung oder in bezug auf jene Materie, deren Regelung unmittelbar durch die höhere Ordnung erfolgt, sondern gerade hinsichtlich jener, die der unmittelbaren Regelung der „niederen“ Ordnung zur Verfügung steht. Darin nämlich, daß diese ganze Regelung und somit die *ganze* niedere Ordnung als von der höheren *ermächtigt*, als von jener Ordnung delegiert erkannt werden muß, die die andere Materie unmittelbar regelt. Gewiß, in *materieller* Beziehung mag die niedere Ordnung in jener Richtung, in der sie selbst unmittelbar regelt, „frei und unabhängig“ von der höheren erscheinen, während sie in bezug auf die Materie, die unmittelbar

¹⁾ Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl., I. Bd., 1911, S. 73.²¹⁷

²¹⁷ *Laband*, Staatsrecht I (Anm. 193), S. 73 – Hervorhebungen von Kelsen.

²¹⁸ Vgl. oben S. 278 f.

von der höheren geregelt wird, deren Regelung ihr entzogen ist, an der ihre Kompetenz endet, unfrei und abhängig genannt werden mag (obgleich sie, streng genommen, nach dieser Richtung als Ordnung überhaupt nicht „ist“); soferne man nämlich zum Ausdruck bringen will, daß der *Inhalt* der Normen der niederen Ordnung nicht durch eine Norm der höheren Ordnung bestimmt wird. Allein das Unterordnungsverhältnis kommt *formal* gerade nur in bezug auf jene Materie zum Ausdruck, deren unmittelbare Regelung der niederen Ordnung obliegt, und hinsichtlich welcher sie allein als solche in Betracht kommend, von der | höheren beauftragt, ermächtigt, delegiert erscheint. Wenn eine nach irgend einer Richtung begrenzte Ordnung nicht in ihrer *Gänze* von einer anderen als delegiert gilt, ist sie überhaupt keine *niedere* Ordnung, die einer höheren unterworfen ist. So paradox es scheinen mag, so ist dies doch nur eine Konsequenz richtiger normlogischer Erkenntnis. Gerade in jenem Punkte, in dem der übliche Sprachgebrauch eine Ordnung einer anderen „unterworfen“ sein läßt – dort nämlich, wo eine unmittelbare Regelung durch die höhere Ordnung angenommen wird – ist die niedere Ordnung in ihrer begrenzten Besonderheit überhaupt nicht als solche gegeben. Es ist ungenau, sie in diesem Punkte als unfrei, abhängig zu bezeichnen, von ihr in dieser Hinsicht überhaupt zu sprechen; die Richtungen, nach denen sie in Geltung steht, und hinsichtlich jener der herrschende Sprachgebrauch sie als frei und unabhängig bezeichnet, gerade in diesen Richtungen, d. h. aber in der *Gänze* ihrer begrenzten Besonderheit muß sie als von derselben Ordnung beauftragt, ermächtigt, delegiert, muß sie als Inhalt einer einzigen Blankettnorm derselben Ordnung angesehen werden, von der die unmittelbare Regelung der ihr entzogenen Materie ausgeht; denn nur dann und nur insoweit kann sie als dieser „höheren“ Ordnung unterworfen gedacht, kann die Einheit der niederen mit der höheren Ordnung, die Einheit des Unter- und Ueberordnungsverhältnisses sichergestellt werden. An einem konkreten Beispiel sei das Gesagte erläutert. Der unmittelbaren – oder wie die herrschende Theorie sagt – der freien, unabhängigen Regelung durch die Ordnung des Gliedstaates sind nur bestimmte Materien überlassen; hinsichtlich der anderen gilt auch auf dem Gebiete des Gliedstaates die Ordnung des Oberstaates. Es ist unrichtig, zu sagen, daß in letzterer Richtung der Gliedstaat gebunden sei, denn er ist hier überhaupt nicht, hier ist der Oberstaat. Und in ersterer Richtung, in der allein der Gliedstaat als begrenzte Ordnung gegeben ist, muß er als dem Reich untergeordnet, als eine von der Reichsordnung ermächtigte, delegierte Ordnung erscheinen, weil er sonst überhaupt nicht als dem Reiche unterstellt gedacht werden könnte. Er ist also gerade dort formell gebunden, wo er nach üblicher Terminologie materiell als frei bezeichnet wird; und ist somit nicht teils frei, teils gebunden, teils unabhängig oder souverän und teils abhängig, unterworfen, nicht-souverän, sondern er ist – nach jeder Richtung, in der er überhaupt in Betracht kommt – unfrei, einem höhern unterworfen, nicht-souverän.

Es ist daher auch unrichtig, wenn man den dem Reich untergeordneten Gliedstaat als Person bezeichnet, die der höheren Person des Reiches gerade nach jener

Richtung hin *gehorsamspflichtig* | oder unterworfen ist, in der die unmittelbare Ordnung des Reiches in Geltung steht. Denn nach dieser Richtung kann von der Person des Gliedstaates überhaupt keine Rede sein; auch nicht als Exekutivorgan des Reiches; gerade in letzterem Falle ist es ja der Oberstaat, nicht der Gliedstaat, der handelnd auftritt, so wie der Staat, nicht der Richter das Urteil exequiert, dem Organ Persönlichkeit nicht zukommt, weil die Zurechnung durch das Organ hindurchgeht. Als Person kommt der sogenannte Gliedstaat nur insoweit in Betracht, als seine „eigene“ Ordnung in Geltung stehend vorausgesetzt wird. Nur nach dieser Richtung könnte er daher dem Reich als gehorsamspflichtig angesehen werden; nach dieser Richtung aber in seiner Totalität, und nicht teilweise gehorsamspflichtig, teilweise frei. Das wäre überhaupt eine Fehlvorstellung: eine Person, die zum Teil einer Ordnung unterworfen, durch diese verpflichtet, zum Teil aber von dieser Ordnung frei ist. Denn die Person, die nichts als die aus der Ordnung abgeleitete Pflichtensubjektivität ist, reicht nicht weiter als diese Gebundenheit durch die Ordnung, ist ja nur die Personifikation dieser Gebundenheit.

Und schließlich ist auch das Folgende zu erwägen. Wenn die souveräne Ordnung bezüglich einzelner Territorien und gewisser Materien auf die Geltung bestimmter für diese Territorien schon vor der Geltung der Reichsverfassung existenter Normen (auf die Rechtsordnung Bayerns, Sachsens usw.) verweist,²¹⁹ so macht sich die Reichsverfassung diese Ordnungen ebenso zu ihren Bestandteilen, sie vollzieht *logisch* ebenso eine Einverleibung dieser Ordnungen, wie etwa das Handelsgesetzbuch, wenn es auf ältere Usancen verweist.²²⁰ Mit anderen Worten: Die Ordnungen, auf welche die als *höchste* vorausgesetzte Verfassung verweist, die sie delegiert, sind als aus ihr abgeleitet vorzustellen, sind der als souverän gedachten Verfassung letztlich *zuzurechnen*. Und wenn die souveräne Verfassung zur Abänderung der niederen Ordnungen (die sie durch Verweisung sich unterstellt oder in eine Gesamtordnung eingegliedert hat, denn es gibt schließlich nur *eine* Ordnung) etwa ein besonderes Gesetzgebungsorgan delegiert, das verschieden ist von jenem Gesetzgebungsorgan, dem die Aenderung der souveränen Ordnung selbst übertragen wird, dann ist im Grunde genommen das erstere, wenn auch mittelbar, so doch *auch* ein Organ der souveränen Verfassung des Reiches. Es muß mit Entschiedenheit festgestellt werden, daß die normlogische, juristische Erkenntnis keine Möglichkeit hat, den Gesetzgebungsapparat des nichtsoveränen

²¹⁹ Vgl. z. B. Art. 170 Abs. 3, S. 1 Die Verfassung des Deutschen Reichs. Vom 11. August 1919, RGBl. S. 1383 (im Folgenden: WRV 1919).

²²⁰ Vgl. z. B. Art 279 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 Herzogthümer 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.

|66 „Gliedstaates“ als ausschließliches Organ dieses letzteren anzusehen und in der Funktion dieses Apparates etwa nur den „eigenen“ Willen des nicht|souveränen Gemeinwesens zu erblicken. Vielmehr liegt hier auch der „Wille“ des übergeordneten souveränen Gemeinwesens vor. Denn die Frage, wem dieses „Willens“-Organ zuzurechnen sei, beantwortet sich nicht nach *faktischen* Verhältnissen, sondern ausschließlich nach den *Normen*, nach der Ordnung, welche die Funktion dieses Apparates zur Bedingung der Aenderung ihrer selbst oder einer ihr unterstellten Ordnung macht. Ein Gesetzgebungsapparat ist nicht nur unmittelbar Organ der Ordnung, die durch seine Funktion geändert wird, sondern mittelbar auch jener, auf deren Bestimmung seine Funktion beruht. Letzten Endes muß die *Zurechnung* zu dieser höchsten, souveränen Ordnung gehen. Dies ist der tiefste Grund, weshalb es logisch unmöglich ist, zu sagen, das nichtsoveräne Gemeinwesen sei Staat, weil und sofern es sich „durch eigenen Willen“ selbst bestimmt. Es hat gar keinen „eigenen Willen“, weil keine *nur* ihm zuzurechnende Organe.

Damit erledigt sich auch die Behauptung, der nichtsoveräne Staat unterscheide sich von einer autonomen Provinz dadurch, daß nur der erstere sich in eine bestimmte Staatsform einordnen lasse, da er ein „nur ihm zugehöriges Herrschaftsorgan²²¹“⁽¹⁾ habe. Denn das nichtsoveräne Gemeinwesen kann gar kein „nur ihm zugehöriges“ Organ haben, da die Zurechnung erst bei der letzten, nicht weiter ableitbaren, höchsten oder souveränen Ordnung Halt machen kann, die allein der *Endpunkt* der Zurechnung ist. Jeder frühere Punkt ist nur ein vorläufiger, ist im Grunde nur ein Durchgangspunkt, der für die normlogische Operation der Zurechnung kein absoluter Ruhe- und Schlußpunkt sein kann. Darin drückt sich ja die schließliche *Einheit* aus, in der die Gliedstaaten mit dem Oberstaate als Teilordnungen einer Gesamtordnung verbunden sind, jene Einheit, kraft deren allein die Gliedstaaten zusammen mit dem Oberstaat letzten Endes als *ein Staat*, als Bundesstaat erkannt werden²⁾.

§ 17. Das „eigene“ Recht zum Zwang
als Wesensmerkmal des nicht begriffsnotwendig souveränen Staates:
eine Definition der souveränen Rechtsordnung.

|67 Der für die Bestimmung des nichtsoveränen Staates in der herrschenden Lehre so bedeutungsvolle Begriff des „eigenen“ Rechtes oder des „eigenen“ Willens schließt die Vorstellung einer| *Zurechnung* in sich, deren logische Natur und Gesetzlichkeit der herrschenden Lehre nicht klar geworden ist. Auf dieser Unklarheit beruhen

|66 ¹⁾ *Jellinek*, Staatslehre, S. 493.²²²

²⁾ Vgl. dazu die Ausführungen des zehnten Kapitels.²²³

²²¹ «zugehöriges Herrschaftsorgan»] *G. Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 493: «zugehöriges oberstes Herrschaftsorgan».

²²² *G. Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 493.

²²³ Vgl. unten S. 531–567.

zahlreiche Irrtümer, in die sich die Theorie vom nichtsouveränen Staate verstrickt. Dies zeigt sich deutlich in der von *Laband*¹⁾ versuchten Lösung, die für die neuere Staatsrechtslehre beispielgebend geworden ist und insbesondere auch die späteren *Jellinekschen* Formulierungen sichtlich beeinflußt hat. *Laband* sieht das Kriterium des Staates in dem „eigenen Herrschaftsrecht“²⁾. Nicht das „eigene Recht“ schlechtweg soll entscheidend sein; „eigene Rechte“ habe auch die Gemeinde; *Laband* stimmt im Grunde der *Rosinschen* Kritik zu, die zeigt, daß „eigenes“ Recht nichts anderes ist als das Recht, dessen Subjekt man ist.²²⁶ Auf das „eigene Herrschaftsrecht“ kommt es an. Ein „Recht“ soll also das Kriterium des Staates sein, ein Recht bestimmten Inhaltes, das dem Staate offenbar in der Art eines subjektiven Rechtes zustehen muß. *Laband* betont ausdrücklich, daß das Attribut des „rechtlichen“, das er der den Staat charakterisierenden Herrschaft zuerkennt, eine „Hauptsache“²²⁷ sei, und spricht auch von einer „rechtlich anerkannten“²²⁸ Gewalt. Solche Vorstellung eines dem Staate als Subjekt zustehenden „Rechtes“ setzt natürlich eine objektive Rechtsordnung voraus, aus der das Recht abgeleitet wird, die das Recht dem Staate einräumt. Andernfalls müßte von der *Tatsache*, nicht aber von dem *Rechte* der Herrschaft die Rede sein. Unter Herrschaft versteht *Laband* das „Recht, freien Personen Handlungen²²⁹, Unterlassungen und Leistungen zu befehlen und sie zur Befolgung derselben zu zwingen“³⁾. Nun ist „Herrschaft“ an sich gewiß kein „Recht“, da es ja berechtigte und unberechtigte Herrschaft geben kann. Dann aber wäre – diese Definition der Herrschaft in die Begriffsbestimmung des Staates eingesetzt – dessen Wesen: das *Recht* auf ein *Recht*, was entschieden eine unlogische Verdoppelung bedeutet und die Unsicherheit dieser Begriffsbildung speziell in bezug auf das Verhältnis von Staat und Recht illustriert. Wie dem immer auch sei: Das Recht, freie Menschen zum Gehorsam zu zwingen, das nach *Laband* nur dem Staate zusteht⁴⁾, kann dem Staate nur durch die Rechtsordnung verliehen sein. Allein es ist nicht einzusehen, warum die Rechtsordnung dieses Recht – wie irgend ein anderes – [nicht] auch andern Subjekten übertragen kann, etwa den Provinzialverbänden, den Gemeinden oder auch

¹⁾ a. a. O. S. 64 ff.²²⁴

²⁾ a. a. O. S. 66.²²⁵

³⁾ a. a. O. S. 68.²³⁰

⁴⁾ a. a. O. S. 70.²³¹

²²⁴ *Laband*, Staatsrecht I (Anm. 193), S. 64–75.

²²⁵ *Laband*, Staatsrecht I (Anm. 193), S. 66 – Kelsen paraphrasiert.

²²⁶ Vgl. *Rosin*, Souveränität (Anm. 186), S. 280.

²²⁷ Zwei Zitate: *Laband*, Staatsrecht I (Anm. 193), S. 72 Anm. 1.

²²⁸ *Laband*, Staatsrecht I (Anm. 193), S. 69.

²²⁹ «Personen Handlungen»] *Laband*, Staatsrecht I (Anm. 193), S. 68: «Personen (und Vereinigungen von solchen) Handlungen».

²³⁰ *Laband*, Staatsrecht I (Anm. 193), S. 68 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

²³¹ *Laband*, Staatsrecht I (Anm. 193), S. 70.

einzelnen physischen Personen. Gewiß, solche Personen mögen dann als „Organe“
 |68 der Rechtsordnung erscheinen, |sofern man nämlich die Rechtsordnung als einen
 Willen zum Zwang, als eine Zwangsordnung erkennt. *Laband* gibt ohne weiteres
 zu, daß auch die Gemeinde „befugt“ sein kann, Zwang auszuüben, was doch wohl
 nichts anderes bedeutet, als daß die Gemeinde zum Zwang „berechtigt“ sein kann,
 ein „Recht“ haben kann zum Zwang. Wenn *Rosin* unter der scheinbaren Zustim-
 mung von *Laband* treffend beweist, daß das „eigene“ Recht nichts anderes sei als
 das Recht, dessen Subjekt man ist,²³² dann ist eigentlich nicht gut einzusehen, was
 die Gemeinde vom nichtsoveränen Staate unterscheidet: beide haben ein Recht –
 und somit ein eigenes Recht – zum Zwang. Nun behauptet aber *Laband*, die
 Gemeinde sei, sofern sie zum Zwang befugt sei, nicht Subjekt *eigenen* Rechtes,
 sondern sie „handelt im Namen und Auftrag des Staates, in Stellvertretung oder
 kraft Delegation desselben“, der ihr *seine* Herrschermacht „überträgt“⁽¹⁾. Allein der
 Staat selbst kann doch – als ein der Rechtsordnung unterworfenen Rechtssubjekt
 gedacht – sein „Recht“ nur von der Rechtsordnung übertragen haben, und im
 Grunde genommen ist es auch nur die Rechtsordnung, die der Gemeinde irgend
 ein Recht übertragen kann. Nicht der Eigentümer überträgt, etwa durch Schen-
 kung, das Eigentumsrecht an einer Sache einer anderen Person, sondern die
Rechtsordnung knüpft an den Tatbestand der Schenkung die Rechtswirkung der
 Eigentumsübertragung: die Rechtsordnung ist es also eigentlich, die das Recht
 „überträgt“. Warum aber soll nun gerade der *Staat* das Zwangsrecht als ein „ei-
 genes“ besitzen, nicht aber die Gemeinde? Das heißt aber nur: Warum kann die
 Zurechnung nicht bei der Gemeinde selbst Halt machen, sondern muß über sie
 hinaus gerade zum *Staate* als einem *Endpunkt* der Zurechnung gehen, so daß die
 Gemeinde nur als Stellvertreter, als Delegat oder Organ des *Staates* erscheint? Nur
 weil und sofern der Staat mit einer höchsten, letzten, nicht weiter ableitbaren, d. h.
 souveränen Ordnung identifiziert wird, sofern der Staat als die Personifikation der
 souveränen Rechtsordnung erscheint. Auch hier erweist sich, daß in dem Begriff
 des „eigenen“ Rechtes der Souveränitätsbegriff verborgen ist.

Wie könnte dem nichtsoveränen Gemeinwesen, über dem sich eine souveräne
 Ordnung erhebt, das „Zwangsrecht“ als „eigenes“ zugesprochen werden? Was *La-*
band von dem Verhältnis der Gemeinde zum „Staat“ sagt, das gleiche gilt von dem
 Verhältnis des sogenannten nichtsoveränen Staates zum übergeordneten souve-
 |69 ränen! Den einzigen Unterschied, den *Laband* zwischen nichtsoveränem |Staat
 und Gemeinde angibt, das „eigene“ Herrschaftsrecht, beruht darauf, daß er die
 Zurechnung dieses Rechtes von der Gemeinde zum Staat ausschließlich auf Grund
 der normlogischen Unterordnung der ersteren unter den letzteren vornimmt und

|68 |¹⁾ a. a. O. S. 70.²³³

²³² Vgl. *Rosin*, Souveränität (Anm. 186), S. 280.

²³³ *Laband*, Staatsrecht I (Anm. 193), S. 70, 70f. Anm. 3 (71) – Hervorhebungen des Autors von
 Kelsen teilweise nicht übernommen.

die Ordnung des nichtsoveränen Staates voraussetzungswidrig als höchste annimmt. Nichts steht im Wege, die Zurechnung des dem nichtsoveränen Staate zustehenden Herrschaftsrechtes bis zu derjenigen Ordnung fortzuführen, die dem nichtsoveränen Staate ganz ebenso übergeordnet ist wie der nichtsoveräne Staat der Gemeinde; und diese Ordnung ist dann *tatsächlich* ein Zurechnungsendpunkt, ihre Personifikation kann in *Wahrheit* als Subjekt eines „eigenen“ Herrschaftsrechtes gedacht werden, denn *sie* ist – und *nur* sie – auch nach der ausdrücklich anerkannten Voraussetzung *Labands*: die höchste, souveräne! Was *Laband* gegen die Auffassung geltend macht, die den Gemeinden eigene Herrschaftsrechte zuspricht, da sie vielfach älter seien als der Staat, kann wörtlich für das Verhältnis des nichtsoveränen Staates zum übergeordneten souveränen angeführt werden: „Dies ist eine historische Betrachtung, aber keine juristische. *Rechtlich* bestehen alle Gemeinden nur durch den Willen des Staates. Der Staat gibt ihnen durch die Gemeindeordnung die rechtliche Existenz, die Verfassung, die Zuständigkeit, die Rechte und Pflichten und er kann einseitig alles dies durch eine Abänderung der Gemeindeordnung umgestalten“¹⁾. Denn diese Charakteristik enthält nichts anderes als die normlogische Darstellung des Verhältnisses einer niederen, nichtsoveränen, zu einer übergeordneten, souveränen und mit Kompetenzhoheit begabten Ordnung.

Die *Labandsche* Begriffsbestimmung des nichtsoveränen Staates – die so wie diejenige *Jellineks* in Wahrheit eine solche des *souveränen* ist – beruht auf der unbewußten Identifizierung des Staates mit der souveränen Rechtsordnung. Das allein rechtfertigt die Annahme eines Rechtes, das nicht auf eine Rechtsordnung zurückgeführt wird, eines „auf sich selbst beruhenden“²³⁵ Rechtes, wie sich *Laband* ausdrückt, um das „eigene“ Recht zu umschreiben. Es ist eben gar kein subjektives, sondern das objektive Recht selbst, das in der üblichen Personifikation hier auftritt. Das zeigt sich ja auch in dem Bemühen, den *Rechtscharakter* der Herrschaft möglichst stark zu betonen, so stark, daß es sogar zu der Konstruktion eines „Rechtes auf ein Recht“ kommt. Das zeigt sich aber am allerdeutlichsten, wenn man den Inhalt jenes „Rechtes“ untersucht, | das das Wesen des Staates | 70
 „Herrschen“ heißt im Sinne *Labands* befehlen und die Befolgung der Befehle *erzwingen*. Doch läßt *Laband* eigentlich das Befehlsmoment fallen und beschränkt sich ganz auf das Zwangsmoment. Staatliche Herrschaft ist *Zwangsgewalt*. Damit hat aber *Laband* nichts anderes als das alte, in der herrschenden Lehre anerkannte spezifische Merkmal des *Rechtes* angegeben, jenes Moment, durch das es sich von der Moral unterscheidet: den Zwang. Das Recht ist eine *Zwangsordnung*¹⁾. Und indem *Laband* den Begriff des Staates zu bestimmen ver-

¹⁾ a. a. O. S. 70.²³⁴

¹⁾ Zwang wird hier – wie nochmals betont sei²³⁶ – nur als Inhalt der Norm aufgefaßt. Recht ist die Norm, die die Bedingungen bestimmt, unter denen der Zwang geübt werden *soll*. In dieser Mo- | 69
 | 70

²³⁴ *Laband*, Staatsrecht I (Anm. 193), S. 70 Anm. 2.

²³⁵ *Laband*, Staatsrecht I (Anm. 193), S. 70.

²³⁶ Vgl. oben S. 283 Anm. 1.

sucht, gibt er eine Begriffsbestimmung des Rechtes: denn das „eigene Herrschaftsrecht“ ist seinem einzig möglichen Sinne nach die *souveräne Zwangsordnung*. Damit hat *Laband* (ebenso wie *Jellinek*) unabsichtlich selbst den besten Beweis gegen die Möglichkeit des Begriffs des nichtsoveränen Staates erbracht. Und wenn er das Ergebnis seiner Beweisführung in die These zusammenfaßt²⁾: „Es ist eine willkürliche, haltlose, der Geschichte, dem Sprachgebrauche und dem wissenschaftlichen Begriff des Staates widersprechende Behauptung, daß es nichtsoveräne Staaten überhaupt nicht geben könne“, so ist nur noch zu bemerken, daß für den rechtswissenschaftlichen Begriff des Staates weder die Geschichte noch der Sprachgebrauch, sondern die Forderung bestimmend ist, daß er widerspruchslos gedacht werden könne. Das aber scheint für die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung am meisten zu sprechen, daß nur, wenn man sie zugrunde legt, die Ergebnisse eines so scharfsinnigen und insbesondere die *juristische* Methode konsequenter als die meisten anderen beachtenden Schriftstellers, wie *Laband*, ihren eigentlichen Sinn zu enthüllen scheinen, daß die hier vertretene Grundanschauung der juristischen Erkenntnis, die in der *Labandschen* Konstruktion lebendig wird, ihre widerspruchslose Bedeutung gleichsam zu entreißen vermag.

§ 18. Die Gebietshoheit als Wesensmerkmal des Staates.

|71 Unter den verschiedenen Versuchen, den Begriff des nichtsoveränen Staates zu bestimmen, verdient auch derjenige besondere Erwähnung, der das Wesen des Staates in der nur dieser Gebietskörperschaft zukommenden *Gebietshoheit* erblickt. Auf diese Konstruktion soll hier nicht etwa eingegangen werden, weil ihr in der neueren Literatur sonderliche Anerkennung zuteil wurde, denn sie hat keine merklichen Wirkungen ausgeübt. Es geschieht vielmehr nur deshalb, weil ihre Argumentation trotz des scheinbar von der herrschenden Lehre abweichenden Resultats dennoch den gleichen typischen Charakter aufweist, wie die von *Laband* und *Jellinek* vertretene Lehrmeinung, und weil sich an ihr ganz ebenso wie an den beiden anderen Theorien die Richtigkeit des hier vertretenen Standpunktes in einer für das methodologische Problem charakteristischen Weise bewährt.

Ohne auf die in der modernen Staatsrechtswissenschaft arg verfahrenere Lehre von den Elementen des Staates im allgemeinen näher einzugehen, sei lediglich eine prinzipielle Bemerkung über die Stellung vorangeschickt, die dem als „Gebiet“ bezeichneten und üblicherweise als eines der drei Staatselemente geltenden Faktor vom Standpunkt einer normativen, juristischen Betrachtung zukommt. Daß das

difikation, die den Sollcharakter des Rechtes streng wahrt, steht die Zwangstheorie in einem prinzipiellen Gegensatz zu jener, die das Recht mit der *Tatsächlichkeit* irgend einer Zwangsübung identifiziert.

²⁾ a. a. O. S. 74.²³⁷

²³⁷ *Laband*, Staatsrecht I (Anm. 193), S. 74.

Staatsgebiet nicht als *natürliche* Tatsache in seiner *geographischen* Realität – selbst wenn es als solche überhaupt möglich wäre – *juristischer* Erkenntnis gegeben ist, bedarf keiner weiteren Erörterung. Als ein naturwissenschaftlich erfaßtes Stück der Erdoberfläche kann das Gebiet nur Element eines realen, wiederum nur naturwissenschaftlicher Betrachtung zugänglichen Gegenstandes sein, was eben der *Staat*, der Staat der *Staatsrechtslehre* und des Juristen nicht ist. Es ist leicht zu zeigen, daß die – im übrigen gänzlich unjuristische – Vorstellung vom Staatsgebiet als dem Raum, innerhalb dessen sich die als Staat bezeichneten Herrschaftsprozesse faktisch abspielen, gänzlich unhaltbar ist. Nicht bloß deshalb, weil man ja schon mit einem *normativen* Begriff des Staatsgebietes ausgerüstet an die „naturwissenschaftliche“ oder soziologische Untersuchung dieser Herrschaftsprozesse geht, also eigentlich schon voraussetzt, was man zu bestimmen vorgibt. Welche rein auf die Tatsächlichkeit gerichtete Betrachtung könnte einem die „Grenzen“ eines Staates zeigen? Auch nicht deshalb, weil es nicht bloß „staatliche“ Herrschaftsprozesse sind, die sich innerhalb dieses Raumes abspielen; vielmehr weil es insbesondere nicht allein die Herrschaft des *eigenen* Staates, sondern auch die des *fremden* Staates ist, die innerhalb dieses Raumes *wirksam* werden *kann*. Man muß dabei nicht einmal gleich an die Besetzung des eigenen Staatsgebietes durch die Armee eines feindlichen Staates denken. Die *Faktizität* sagt juristisch eben gar nichts.

| Für eine *normative* Betrachtung, der sich der Staat als eine geltende Ordnung, als |72 ein System von Normen darstellt, ist das Gebiet nichts anderes als ein Bestandteil seines Norminhaltes. Wie *irgendwann*, gilt die Norm auch *irgendwo*. Weil die Normen und insbesondere die *Rechtsnormen* menschliches Verhalten zum Inhalt haben, menschliches Verhalten aber in Zeit und Raum sich vollzieht, sind Zeit und Raum allgemeine Norminhalte. Das „Gebiet“ aber, als ein bestimmter, *fest abgegrenzter* Raumteil der Erdoberfläche, ist keine notwendige, sondern nur eine regelmäßige Geltungsbedingung der staatlichen Ordnung. „Regelmäßig“ in einem doppelten Sinne: So nämlich, daß keineswegs die ganze staatliche Ordnung ausnahmslos, d. h. jede einzelne Rechtsnorm in gleicher Weise für ein bestimmtes Gebiet Geltung beansprucht. Man setzt ja gewisse Normen der staatlichen Ordnung nicht bloß für das Staatsgebiet als gültig voraus. (Beispiele für Geltung der Staatsordnung außerhalb des engeren Staatsgebietes: Das Schiff auf offener See, der Staatsbürger im Ausland.) Sondern auch in dem Sinne, daß die Geltungsbeschränkung der staatlichen Ordnung auf ein bestimmtes Gebiet nicht ein wesentliches Merkmal des Staates ist. Anders freilich die herrschende Lehre, die den Staat nur als Gebietskörperschaft im Sinne der Herrschaftsorganisation eines *seßhaften* Volkes gelten lassen will. Nun könnte natürlich gegen eine Terminologie nichts eingewendet werden, die nur eine Ordnung als Staat bezeichnen will, deren Geltung, als auf ²³⁸ ein bestimmtes, fest begrenztes Gebiet eingeschränkt ist. Man muß sich nur bewußt werden, daß damit ein inhaltliches Moment in den Begriff aufgenommen

²³⁸ «Geltung, als auf»] recte: «Geltung auf».

wurde und daß mit demselben Rechte irgend ein anderes inhaltliches Moment für den Begriff des Staates als maßgebend angesehen werden könnte. Wenn man sich heute weigert, eine souveräne Zwangsordnung als Staat zu bezeichnen, sofern ihre Geltung – etwa bei einem wandernden Volke – nicht notwendig auf einen bestimmt abgegrenzten Teil der Erdoberfläche beschränkt gedacht wird, dann könnte man aus denselben Gründen etwa die Anwendung des Staatsbegriffes, oder besser, des Staatsterminus, ablehnen, wenn der Inhalt dieser Zwangsordnung derart beschaffen ist, daß sie einen *despotischen* Charakter hat. Es kommt eben darauf an, das Gebiet als ein wandelbares, historisch bedingtes Element des Staates zu erkennen, einzusehen, daß all das Spezifische, dessentwegen wir einen besonderen, einzigartigen *Begriff*, den des Staates bilden, auch vorhanden ist, wenn die souveräne Zwangsordnung für ein in Wanderung begriffenes Volk gilt, daß das Element des Gebietes von den übrigen Begriffsmerkmalen des Staates – die rein formalen Charaktere sind – wesensverschieden, weil inhaltlicher Natur ist. Das Gebiet ist ebensowenig für den Staats- wie für den mit ihm identischen *Rechtsbegriff* spezifisch. Damit ist natürlich nur gesagt, daß die Geltungsbeschränkung auf ein *bestimmtes*, genau und dauernd umgrenztes Gebiet unwesentlich ist.

Nach der Durchschnittsvorstellung der Juristen ist der Staat eine Art seelisch-körperliche Realität, die einen bestimmten *Raum* ausfüllt. Dem gegenüber ist es ein doppelter Widerspruch oder doch zumindest eine Unklarheit, wenn man das als Staatsgebiet bezeichnete Element des Staates als *Fläche*, als einen Teil der Erdoberfläche ansieht¹⁾ und eine allseitige *Begrenztheit* des Gebietes für wesentlich hält. Konsequenterweise müßte man als Element des Staates – neben der Gewalt und dem Volk – einen *dreidimensionalen* Raum annehmen, der nur in der *Horizontale*, nicht aber in der Vertikale eine feste Begrenzung findet. Denn nach oben, in der Luft, und nach unten, dem Erdmittelpunkte zu, findet die staatliche Herrschaft nach üblicher Anschauung doch keine begriffswesentlichen Schranken. Ein um die Staatsrechtslehre so hochverdienter Schriftsteller wie *Fricker*^{240 2)} sagt ausdrücklich, „daß der Staat, soweit ihm eine äußere körperliche Existenz zukommt,

|73 |¹⁾ „Das Land, *auf* welchem der staatliche Verband sich erhebt“ nennt *Jellinek* das Staatsgebiet (Staatslehre S. 394).²³⁹

²⁾ „Gebiet und Gebietshoheit“ in den Festgaben für *Schäffle*, 1901, S. 31.²⁴¹

²³⁹ *G. Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 394 – Hervorhebung von Kelsen.

²⁴⁰ Karl Viktor (auch: Carl Victor) Fricker (1830–1907), Politik-, Rechts- und Staatswissenschaftler. Ab 1863 a. o. Prof., 1865–1875 o. Prof. für Staatsrecht, Völkerrecht und Polizeirecht an der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen. Ab 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.

²⁴¹ *Carl Victor Fricker*, Gebiet und Gebietshoheit, in: Karl Bücher u. a. (Hrsg.), Festgaben für Albert Schäffle zur siebenzigsten Wiederkehr seines Geburtstages am 24. Februar 1901, Tübingen 1901, S. 1–99 (31).

in derselben Weise wie der Einzelne vom Boden mechanisch getragen werde³⁾. Wäre der Staat ein Körper – etwa wie der Mensch – dann wäre die Erdoberfläche, auf der er aufrucht, ebensowenig wesentlich für den Begriff des Staates wie für den des Menschen. Doch ist es recht müßig, solchen Irrwegen juristischer Erkenntnis nachzugehen. Auch die Frage kann hier aus dem Spiel bleiben, ob das Verhältnis zwischen Gebiet und Staat nach Art des Eigentumsrechtes, etwa in der Weise vorgestellt werden dürfe, daß dem Staat als Rechtssubjekt ein bestimmtes Gebiet als Sache „gehöre“, daß das Gebiet vom Staate beherrscht werde. *Fricker* meint, „daß das Gebiet, wenn es ein Moment des Staatsbegriffs bildet, nicht vom Staate abgelöst und als Sache in eigener Objektivität dem Staate als der Person, dem Willensträger gegenüber gestellt werden kann. Hier | hört die Analogie mit dem Eigentum vollständig auf“¹⁾. *Fricker* will das Gebiet ausschließlich als den „Raum des Staates“ gelten lassen, ihm ist „das Gebiet der Staat selbst in seiner räumlichen Erscheinung“²⁾. Allein es findet sich auch bei ihm keine klare Unterscheidung zwischen der den Staatskörper stützenden Erdoberfläche und dem vom Staatskörper erfüllten Raum. Doch stellt er unzweideutig fest, daß innerhalb ein und desselben Raumes nur *ein* Staat existieren könne. *Der Staat sei undurchdringlich*. Daß der Staat innerhalb seines Gebietes *ausschließlich* herrsche, sei ein Ausfluß seiner *Gebietshoheit*³⁾. In diesem Punkte stimmt die ganze herrschende Lehre mit *Fricker* überein, dessen extreme – freilich nur konsequente – organologische Anschauung nicht immer Anklang findet. So sagt *Jellinek*, gestützt auf *Fricker*: „Darum können auf demselben Gebiete unzählige Körperschaften existieren, aber nur ein einziger Staat. *Auf dieser Eigenschaft des Gebietes* als Moment des Staatssubjektes beruht *die Undurchdringlichkeit des Staates*“⁴⁾. In der Anwendung des

³⁾ Vgl. dazu die für den Stand der Rechtswissenschaft überaus charakteristische Polemik *Frickers* mit *Heilborn*²⁴², System des Völkerrechts, 1896, S. 5 ff.²⁴³ In diesem Streit dreht es sich unter anderem um die Frage, ob man den Staat – so wie einen Menschen – *sehen* könne. *Fricker* bejaht das entschieden. a. a. O. S. 31 ff.²⁴⁴

¹⁾ a. a. O. S. 17.²⁴⁵

²⁾ a. a. O. S. 8, 9.²⁴⁶

³⁾ a. a. O. S. 51.²⁴⁷

⁴⁾ Staatslehre S. 396.²⁴⁸ Vgl. auch *Fricker*, Vom Staatsgebiet, Tübingen 1867, S. 17.²⁴⁹ Gerade in dieser seiner ersten Schrift zum Gebietsproblem war *Fricker* der juristischen Lösung viel näher.

²⁴² Paul Heilborn (1861–1932), Straf- und Völkerrechtslehrer. Ab 1891 Privatdozent in Berlin, ab 1903 a. o. Prof. in Breslau, 1913–1927 o. Prof. ebendort. Wichtige Werke: Das völkerrechtliche Protektorat, Berlin 1891; Das System des Völkerrechts entwickelt aus den völkerrechtlichen Begriffen, Berlin 1896; Der agent provocateur, Berlin 1901; Die kurze Freiheitsstrafe, Leipzig 1908.
²⁴³ *Paul Heilborn*, Das System des Völkerrechts entwickelt aus den völkerrechtlichen Begriffen, Berlin 1896, S. 5–13.

²⁴⁴ *Fricker*, Gebietshoheit (Anm. 241), S. 31 f.

²⁴⁵ *Fricker*, Gebietshoheit (Anm. 241), S. 17.

²⁴⁶ *Fricker*, Gebietshoheit (Anm. 241), S. 8, 9.

²⁴⁷ *Fricker*, Gebietshoheit (Anm. 241), S. 51.

²⁴⁸ *G. Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 396 – Hervorhebungen von Kelsen.

²⁴⁹ *Carl Victor Fricker*, Vom Staatsgebiet, in: Einladung zur akademischen Feier des Geburtsfestes seiner Majestät des Königs Karl von Württemberg den 7. März 1867 im Namen des Rectors und

physikalischen Prinzips der Undurchdringlichkeit der Körper auf den Staat soll gewiß nur ein Bild, eine Analogie gebraucht sein (obgleich mehr als eine bloße Analogie angenommen werden könnte, wenn man mit *Fricker* dem Staat Körperlichkeit zuspricht!). Allein was bedeutet dieses Bild? „Auf einem und demselben Territorium kann nur ein Staat seine Macht entfalten“⁵⁾. Im Sinne der Faktizität kann das natürlich nicht verstanden sein. Denn *faktisch* entfalten sehr häufig zwei Staaten auf ein und demselben Gebiete ihre Macht. Man denke etwa an ein Schlachtfeld, auf dem die Armeen zweier feindlicher Staaten aufeinanderstoßen, z. B. die amerikanischen und deutschen Truppen in Frankreich. Nur *normativ* kann die Rede sein von einer Ausschließlichkeit der *Geltung* der Ordnung eines Staates. Und diese Ausschließlichkeit besteht nicht gerade nur in räumlicher, sondern in zeitlicher, und in *jeder* sachlichen Beziehung. *Ausschließlich* gilt die staatliche Ordnung *ihrem eigenen Sinne nach* nicht nur räumlich, sondern auch in der Zeit, indem gleichzeitig nicht | zwei staatliche Ordnungen neben einander gelten können, und auch in dem Sinne, daß nicht die einen Angelegenheiten, (nur ein Teil des menschlichen Verhaltens) von der einen, andere Angelegenheiten, (der andere Teil des menschlichen Verhaltens) von einer anderen Staatsordnung geregelt werden können. Dies ergibt sich aus der notwendigen *Einheit des Systems*, das die Normen der staatlichen Rechtsordnung darstellen. Darum ist es ein Irrtum, die Ausschließlichkeit der staatlichen „Herrschaft“ als eine Folge des Gebiets-elementes anzusehen. Die Ausschließlichkeit – auch in räumlicher Hinsicht – ist vielmehr eine Konsequenz der Systems-Einheit. Die besondere Beziehung auf den Raum ist auf eine räumlich-körperliche Vorstellung des Staates zurückzuführen.

|75

Ausschließlich ist die Geltung der staatlichen Ordnung aber nur, wenn diese als höchste, nicht weiter ableitbare, als *souverän* vorausgesetzt wird. Wird eine *über* der staatlichen Ordnung stehende Ordnung als gültig vorausgesetzt, dann „herrscht“ – dort, *wo* der betreffende Staat existiert, um die räumliche Anschauung zu Hilfe zu nehmen – *auch* diese höhere Ordnung; ja, streng genommen, *nur* diese höhere Ordnung als höchste, denn die staatliche Ordnung holt ihre Geltung aus dieser ihr übergeordneten, daher sie delegierenden Ordnung. Die Behauptung, daß innerhalb eines und desselben Gebietes nur *ein* Staat existieren könne, setzt die *Souveränität als wesentliches Merkmal des Staates* voraus. Durchaus konsequent, wenn auch nicht sehr präzise erklärt *Fricker* den Staat für die „höchste“ „Form der Koexistenz von Menschen“ und betont vom *Bundesstaat*, daß er „nur in

Zwar spricht er auch hier von einer „räumlichen Undurchdringlichkeit“ des Staates. Allein er deutet diese Räumlichkeit dahin: „Es kann an irgend einem Punkte der Erde nur eine einzige einheitliche Rechtsordnung etabliert sein“.

⁵⁾ *Jellinek*, a. a. O. S. 396.²⁵⁰

akademischen Senats der Königlichen Eberhard-Karls-Universität Tübingen, Tübingen 1867, S. 5–28 (17).

²⁵⁰ *G. Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 396 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

seiner Gesamterscheinung, also *mit Einschluß der Gliedstaaten* und ihrer Aufgabe, eine allgemeine Form der Koexistenz von Menschen“ darstelle¹⁾. Dagegen gerät *Jellinek* – und mit ihm die ganze herrschende Lehre – in einen offenkundigen Widerspruch, wenn er mit der Behauptung, auf demselben Gebiete könne nur ein einziger Staat existieren, die „Undurchdringlichkeit“ als ein wesentliches Merkmal des Staates aufstellt, dennoch aber die Souveränität als wesentliches Merkmal leugnet und daher im Bundesstaat auf jedem Teilgebiete *zwei* Staaten: den Oberstaat und den Gliedstaat als existent annehmen muß²⁾.

[Die Ausschließlichkeit der staatlichen Rechtsordnung als Ausdruck ihrer Souveränität bedeutet nicht nur, daß innerhalb eines bestimmt abgegrenzten Territoriums allein der diese Ordnung personifizierende Staat „herrsche“, sondern auch, daß *überhaupt* nur diese Ordnung als gültig vorausgesetzt sei. Nimmt man *mehrere*, in ihrer territorialen Geltung gegeneinander *abgegrenzte* Staaten nebeneinander an, dann ist eine Ordnung denknotwendig, die diese gegenseitige Abgrenzung vornimmt, und daher *über* den einzelstaatlichen Ordnungen vorgestellt werden muß: das Völkerrecht. Dann aber „herrscht“ oder existiert auf dem Staatsgebiete nicht mehr *allein* die als „Staat“ bezeichnete Gemeinschaft, sondern – zumindest – *auch* die durch das Völkerrecht konstituierte Gemeinschaft. Der Einzelstaat kann nicht mehr als „undurchdringlich“ bezeichnet werden. Welche weiteren Konsequenzen aus dieser Konstruktion zu ziehen sind, wird im zweiten Teile dieser Untersuchungen zu erörtern sein¹⁾. |76

¹⁾ Gebiet und Gebietshoheit, S. 58.²⁵¹ |75

²⁾ *Jellinek* meint: Da „der Gliedstaat im Verbande des *ihn beherrschenden* Bundesstaates stehe“, so widerspreche ein solches Verhältnis der behaupteten Undurchdringlichkeit des Staates „so wenig wie die Qualität der Gemeinden als Gebietskörperschaften“. (a. a. O. S. 397.)²⁵² Ja aber die Gemeinde ist kein Staat, in der Gemeinde ist eben nur der Staat existent, dessen *Organ* sie ist! |76

¹⁾ Vgl. dazu unten § 43.²⁵³ Hier sei nur noch das Folgende bemerkt: Die Problematik des Raumelementes im Begriff des Staates zeigt sich insbesondere auch für eine *Soziologie*, die den Staat als soziales Gebilde nur psychologisch begreifen will, wie dies speziell *Simmel*²⁵⁴ in seiner „Soziologie“ (1903)²⁵⁵ auf Grundlage der psychischen „Wechselwirkung“ versucht. Ist der Staat etwas Psychisches, weil ein Fall psychischer Wechselwirkung, ist es richtig, „daß alle gesellschaftlichen Vorgänge ... ihren Sitz in Seelen haben, daß Vergesellschaftung ein psychisches Phänomen ist, und daß es zu ihrer fundamentalen Tatsache, daß eine Mehrheit von Elementen zu einer Einheit wird – in der Welt des Körperlichen nicht einmal eine Analogie gibt, da in dieser alles in das

²⁵¹ *Fricker*, Gebietshoheit (Anm. 241), S. 58 – Hervorhebung von Kelsen.

²⁵² *G. Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 397 – Hervorhebung von Kelsen.

²⁵³ Vgl. unten S. 447–450.

²⁵⁴ 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.

²⁵⁵ *Georg Simmel*, Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung, Leipzig 1908.

|77 | § 19. Die Fähigkeit des Staates, sich selbst wesentlich zu ändern:
gleichfalls eine Bestimmung der souveränen Rechtsordnung.

Wenn *Preuss* die Gebietshoheit als das wesentliche Kriterium des Staates bezeichnet, so versteht er darunter dessen rechtliche Fähigkeit, „sich selbst wesentlich“²⁶¹ zu verändern, bzw. aufzulösen⁽¹⁾. Diese Bestimmung scheint zunächst mit dem Gebiete nichts zu tun zu haben. Denn sich selbst wesentlich verändern könnte

unüberwindliche Auseinander des Raumes gebannt bleibt“ (a. a. O. S. 21),²⁵⁶ dann kann der Staat – wie alle gesellschaftlichen Gebilde – als etwas rein Seelisches nicht raumfüllend vorgestellt werden. Dennoch spricht *Simmel* dem Staate Räumlichkeit zu. Er nennt ihn ein gesellschaftliches Gebilde, das „mit einer besonderen Bodenausdehnung verschmolzen oder sozusagen solidarisch ist“. Ja, er bezeichnet den Staat geradezu als den einzigen vollendeten Typus von gesellschaftlichen Verbindungen, die sich nur so „verwirklichen, daß innerhalb des *Raumgebietes*, das von einem ihrer Exemplare erfüllt wird, für kein zweites Platz ist“ (a. a. O. S. 617/18).²⁵⁷ Und er behauptet, daß die Vorstellung des Staates als eines alles beherrschenden, einzigartigen Verbandes gerade „in Rücksicht auf den *Raumcharakter des Staates*“²⁵⁸ gelte, dem er in dieser Hinsicht die Kirche als „unräumlich und deshalb, obgleich über jeden Raum sich erstreckend, von keinem ein gleichgeformtes Gebilde ausschließend“ gegenüberstellt (a. a. O. 619).²⁵⁹ – Nur als ein sehr anschauliches *Bild* kann diese Vorstellung des Staates als eines einen bestimmten Raum ganz und ausschließlich erfüllenden Wesens stehen bleiben. Andernfalls wäre ja der Staat ein Körper. Allein auch ein Seelisches ist er nicht im Sinne eines seelischen Prozesses. Zur Staats-Seele gehört auch ein Staats-Körper! Und niemand hat die soziale Geister- und Gespensterlehre besser bloßgestellt als gerade *Simmel*. (Vgl. insbesondere a. a. O. S. 557).²⁶⁰ Der | Staat ist ein *geistiger Inhalt*, eine ideelle Ordnung, eine Ideologie. Was das *Bild*, in dem der Staat mit einem alle anderen ausschließenden Körper verglichen wird, bedeutet, ist oben zu sagen versucht worden. Daß innerhalb des Geltungsbereiches eines Staates kein anderer Staat bestehen kann, dieses Undurchdringlichkeitsgesetz bedeutet, daß immer nur *ein* System denkbar ist, daß gleichzeitig nicht zwei voneinander unabhängige Norm-Systeme als gültig vorausgesetzt werden können. Diese normative oder, wenn man will, erkenntnistheoretische Tatsache verbirgt sich hinter dem „soziologischen“ Resultate *Simmels*. Nur nebenbei sei bemerkt, daß sich das als „Kirche“ bezeichnete Normensystem oder „soziale Gebilde“ gerade in Bezug auf seinen „Raumcharakter“ nicht wesentlich vom Staate unterscheidet. Auch die Kirche wird als souverän vorausgesetzt und für die Theologie ist ihre jeweilige Kirche mit einer anderen Kirche ebenso unvereinbar wie für den Juristen sein *souveräner* Staat mit einem anderen Staate. Nur daß die Kirche – nach *Simmel* „unräumlich“ und doch „über jeden Raum sich erstreckend“ – nicht für einen *bestimmt abgegrenzten* Raum Geltung beansprucht, während der Staat, sofern man ihn *mit Hilfe des Völkerrechts neben* anderen Staaten, diesen gleichgeordnet vorstellt, seinen Geltungsanspruch auf ein bestimmtes Gebiet beschränken muß. Wie es *dann* freilich mit der Souveränität und dementsprechend auch mit der Undurchdringlichkeit, Ausschließlichkeit bestellt ist, ist eine andere Frage. Jedenfalls scheint gerade die „Undurchdringlichkeit“ der Kirche, als einer universalen und absolut höchsten Ordnung sicherer zu stehen als die des dem Völkerrecht unterworfenen Staates.

¹⁾ a. a. O. S. 406.²⁶²

²⁵⁶ *Simmel*, Soziologie (Anm. 255), S. 21.

²⁵⁷ Zwei Zitate: *Simmel*, Soziologie (Anm. 255), S. 617 – Hervorhebungen von Kelsen.

²⁵⁸ *Simmel*, Soziologie (Anm. 255), S. 618 – Hervorhebung von Kelsen.

²⁵⁹ *Simmel*, Soziologie (Anm. 255), S. 619.

²⁶⁰ *Simmel*, Soziologie (Anm. 255), S. 557 f.

²⁶¹ «selbst wesentlich»] *Preuß*, Gemeinde (Anm. 19), S. 406: «selbst (bezw. auch die in ihr enthaltenen engeren Gebietskörperschaften) *wesentlich*».

²⁶² *Preuß*, Gemeinde (Anm. 19), S. 406 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

auch eine „Körperschaft“ oder Ordnung, die nicht auf ein Gebiet beschränkt ist. Auch bedeutet die Möglichkeit einer Ordnung, die Bedingungen ihrer Geltung und Abänderung selbst zu bestimmen, so viel wie Kompetenzhoheit und in diesem Sinne käme die *Preussische* Definition darauf hinaus, daß der Staat eine mit Kompetenzhoheit begabte (also wie früher bewiesen, notwendig souveräne!) Ordnung sein müsse. Zu seiner eigenartigen Bestimmung der Gebietshoheit gelangt *Preuss* von besonderen, allerdings irrigen Voraussetzungen. Er nimmt nämlich an, daß jede Gebietsänderung und *nur* eine Gebietsänderung eine *wesentliche* Aenderung der sogenannten | Gebietskörperschaften, insbesondere des Staates sei¹⁾. Nun bleibe dahingestellt, ob etwa die Aenderung einer Verfassung aus einer absoluten in eine parlamentarische Monarchie eine unwesentliche, die kleinste Gebietsausdehnung jedoch – bei sonst gleichbleibender Verfassung – eine „wesentliche“ Aenderung des Staates bedeutet. Es würde sich eben fragen, *was* überhaupt unter einer wesentlichen Veränderung zu verstehen wäre, und da zeigt sich, daß dies je nach dem politischen, *also außerrechtlichen* Standpunkte, den man zu der staatlichen Ordnung einnimmt, verschieden sein muß. Vom rechtlichen Standpunkte gibt es keine Wertdifferenz zwischen den möglichen Veränderungen, die eine staatliche Ordnung bei Aufrechterhaltung ihrer Identität durchmachen kann. Vom juristischen Standpunkte könnte als wesentlich nur eine solche Veränderung angesehen werden, die eine Unterbrechung der Identität des Gemeinwesens, d. h. der Rechtsordnung, somit, streng genommen: deren Auflösung, Vernichtung bedeutet. Jede andere Veränderung muß notwendig als unwesentlich erkannt werden.

Die Anschauung, daß eine Gebietsänderung eine „wesentliche“ Aenderung der Gebietskörperschaft bedeutet, geht letztlich auf die realistisch-naturwissenschaftliche Vorstellung zurück, die *Preuss* als Anhänger der organischen Theorie *Gierkes*²⁶⁵ von dem Wesen des Staates hat; er denkt sich den Staat – oder glaubt doch,

¹⁾ „Jede Veränderung des Gebietes ist eine wesentliche Veränderung der Gebietskörperschaft selbst.“ „Die Veränderung des Gebietes ist nicht nur eine wesentliche Aenderung der Gebietskörperschaft selbst; sie ist auch die *einzig mögliche Art* einer wesentlichen Veränderung derselben.“ a. a. O. S. 396 ff.²⁶³ Zu dieser Aufstellung gelangt *Preuss* gestützt auf die Theorie *Frickers*, daß das Gebiet einen Wesensbestandteil des Staates als Subjektes darstelle.²⁶⁴

²⁶³ Zwei Zitate: *Preuß*, Gemeinde (Anm. 19), S. 396, 397 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

²⁶⁴ Vgl. *Fricker*, Staatsgebiet (Anm. 249), S. 27.

²⁶⁵ 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 gesamte Staatswissenschaft 30 (1874), S. 153–198, 265–335; Naturrecht und Deutsches Recht, Frankfurt a. M. 1883; Deutsches Privatrecht, 3 Bde., München und Leipzig 1895–1917.

sich ihn denken zu können – als *reale* Einheit der Menschen, irgendwie organisch verbunden mit einem Stück Erde. Konsequenterweise müßte er auch jede Veränderung innerhalb der den Staat bildenden Menschen, jeden Zuwachs oder Wegfall durch Tod, Geburt, Eroberung usw. als „wesentliche“ Veränderung gelten lassen. Was er dagegen anführt: „die Zahl der Angehörigen (des Staates) ist eine prinzipiell offene, die Ausdehnung des Gebietes eine prinzipiell geschlossene“²⁾, ist unrichtig, denn der Gebietsumfang ist ebenso *veränderlich*, *prinzipiell* veränderlich wie die Zahl und Individualität der Angehörigen einer Gebietskörperschaft.

|79 Wenn man erkannt hat, daß die einzig „wesentliche“ Veränderung einer „Gebietskörperschaft“ diejenige ist, die ihre Individualität ändert, oder richtiger: beendet, so zeigt sich, daß *Preuss* die Gebietsänderung nicht als „wesentlich“ nachweisen kann, wenn er ausdrücklich betont, daß die Identität der Gebietskörperschaft durch Gebietsänderung *nicht* unterbrochen werde¹⁾. Trotzdem scheint er die Beendigung der Identität der Gebietskörperschaft oder ihre Auflösung für eine wesentliche Veränderung zu halten. Denn er definiert Gebietshoheit als Fähigkeit einer Gebietskörperschaft, sich selbst wesentlich zu verändern, und fügt *in Klammer* hinzu: bzw. aufzulösen.²⁶⁹ „Auflösung“ ist im Sinne *Preuss*’ der Verlust des ganzen Gebietes. Allein warum sollte eine „Auflösung“ nicht auch dadurch denkbar sein, daß eine Ordnung im Wege einer von ihr selbst veranlaßten Änderung die Beendigung ihrer Geltung ausspricht, warum sollte nicht die Geltung einer Rechtsordnung *zeitlich* beschränkt sein können? Nur die Denkmöglichkeit, nicht die faktische Wahrscheinlichkeit steht ja in Frage, und diese ist auch für den Fall einer *Selbstauflösung* durch *Gebietsverzicht* (jeder andere Verlust wäre ja keine *Selbstauflösung*) gleich Null. Der Beschluß eines Gesetzgebungsorgans, daß die von ihm abänderbare Ordnung *nirgends* zu gelten habe, ist ebenso unwahrscheinlich wie jener, daß sie *nicht mehr* gelten solle!

Nicht die Fähigkeit einer wesentlichen Veränderung überhaupt ist es, wodurch *Preuss* den Staat von der Gemeinde unterscheidet, sondern die Fähigkeit *sich selbst*

²⁾ a. a. O. S. 398,²⁶⁶

|79 ¹⁾ *Preuss* sagt a. a. O. S. 398 f.:²⁶⁷ „Ist jede Gebietsveränderung, und zwar *nur* eine solche, eine wesentliche Veränderung der Gebietskörperschaft selbst, so entsteht die Frage, ob demgemäß die wesentlich *veränderte* Körperschaft auch eine *andere*, ein völlig fremdes Rechtssubjekt und daher nur Rechtsnachfolger des früheren ist. Sofern es sich nicht um Verlust des *ganzen* Gebietes, bzw. um Ausscheidung einer völlig neuen Gebietseinheit handelt, ist diese Frage zu verneinen“. Von einer Verfassungsänderung meint er, sie sei „nur eine Veränderung der Organe, nicht der Körperschaft selbst“ (S. 397).²⁶⁸ Sollte eine Körperschaft ohne Organe leichter denkbar sein als ohne Gebiet?

²⁶⁶ *Preuß*, Gemeinde (Anm. 19), S. 398 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen, Klammersausdruck von Kelsen eingefügt.

²⁶⁷ *Preuß*, Gemeinde (Anm. 19), S. 398 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

²⁶⁸ *Preuß*, Gemeinde (Anm. 19), S. 397 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

²⁶⁹ Vgl. *Preuß*, Gemeinde (Anm. 19), S. 406.

wesentlich zu verändern. Darin liegt ja gerade die Gebiets*hoheit*, die nur dem Staat, nicht der Gemeinde zukommen soll. Im Grunde ist es das gleiche Kriterium wie das *Laband-Jellineksche* „eigene Recht“. Und genau so wie in den beiden anderen Fällen zeigt nähere Betrachtung, daß es sich dabei nur um das schlecht verhüllte Merkmal der Souveränität handelt. Auffällig genug, daß die *Preussische* Formulierung fast ganz übereinstimmt mit der *Jellinekschen* Begriffsbestimmung der Souveränität: Fähigkeit ausschließlicher *Selbstbestimmung*.²⁷⁰ Selbstbestimmung kann ja doch nichts anderes sein als die *Preussische* Selbstveränderung; zumindest ist das letztere nur ein Spezialfall des | ersteren. Dann aber bedient sich *Preuss* | 80 durchaus der gleichen Argumentation wie *Laband* und *Jellinek*, wenn er der Gemeinde die Fähigkeit der Selbstveränderung aberkennt. Es ist natürlich ohne weiteres denkbar, daß die Gemeindeverfassung die Möglichkeit einer Gebietsänderung durch Beschluß der Gemeindeorgane – etwa Vereinigung zweier Gemeindegebiete oder Abtretung eines Teiles von einer an eine andere Gemeinde durch übereinstimmenden Beschluß zweier Gemeinden – enthält. Warum haben diese Gemeinden nicht die rechtliche Fähigkeit, *sich selbst* im Sinne *Preuss'* „wesentlich“ zu verändern? *Preuss* sagt – anlässlich der Beurteilung dieser Rechtslage nach der preußischen Städteordnung – die Gemeinde (oder der Bezirksausschuß) handle hier als Organ des Staates¹⁾. Richtig! Aber warum erfolgt die Zurechnung über die Gemeindeordnung hinaus zum Staate, zur Person der Rechtsordnung? Weil eben die Gemeindeordnung der staatlichen Rechtsordnung unterstellt, aus ihr abgeleitet, delegiert, weil die Gemeinde in den Staat „eingegliedert“ ist! Darum und nur darum muß die Gemeinde als „Organ“ des Staates angesehen werden. *Preuss* kann schlechterdings keinerlei zureichenden Grund dafür angeben, warum er im Verhältnis der sogenannten Gliedstaaten zu dem ihnen übergeordneten Reiche auf die Zurechnung zu der *höheren* Ordnung, der rechtlich übergeordneten Persönlichkeit verzichtet. Warum waren die deutschen „Gliedstaaten“ bei Vornahme von Gebietsänderungen nicht Organe des Reiches? Nur sofern man die Einzelstaaten in dieser Richtung als letzte, *höchste*, d. h. als *souveräne* Ordnungen voraussetzt – und das ist nur möglich, wenn man zu der allgemeinen Voraussetzung in Widerspruch gerät, derzufolge das Reich den „Gliedstaaten“ übergeordnet ist – kann man ihnen im Sinne *Preuss'* Gebiets*hoheit* zusprechen²⁾.

¹⁾ a. a. O. S. 407.²⁷¹

²⁾ *Preuss* führt aus: „Völlig anders (als bei den Gemeinden) ist die rechtliche Lage der deutschen Gliedstaaten in dieser Beziehung. Gebietsveränderungen zwischen deutschen Gliedstaaten erfolgen ausschließlich durch den Willen dieser Staaten selbst; weder bedarf es zu einer solchen Gebietsveränderung der Zustimmung des Reiches, noch ist das Reich befugt eine solche Veränderung vorzunehmen“. ²⁷² Darum den *Ländern* eine Gebiets*hoheit* zuzusprechen und sie in dieser Funktion *nicht* als Organe des Reiches gelten zu lassen, bedeutet: ein *autonomes* Organ des Staates wegen seiner – ihm vom Staate „eingräumten“ – *Autonomie* nicht als Organ des Staates gelten zu

²⁷⁰ Vgl. *Preuß*, Gemeinde (Anm. 19), S. 406; *G. Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 495.

²⁷¹ *Preuß*, Gemeinde (Anm. 19), S. 407.

²⁷² *Preuß*, Gemeinde (Anm. 19), S. 409 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen, Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

|81 |Nun wäre es sogar denkbar, wenn auch nicht wahrscheinlich, daß den Gliedstaaten eines Bundesstaates in ihrer Verfassung die Möglichkeit eingeräumt ist (natürlich nur vom Reich), über ihr Gebiet völlig frei zu verfügen. Man könnte hier vielleicht ohne allzu grobe Fehler von einer materiellen, uneigentlichen Gebietshoheit sprechen. Uneigentlich, denn es änderte natürlich gar nichts an der Notwendigkeit, die Gliedstaaten in Ausübung einer solchen ihnen vom Reich eingeräumten Aenderung als *Organe* des Reiches anzusehen. In der Organvorstellung kommt ja nur das allgemeine Abhängigkeits- oder Unterordnungsverhältnis zum Ausdruck, in dem die Ordnung des sogenannten Gliedstaates zur Bundesordnung steht. Man könnte äußerstenfalls die schon früher erwähnte Unterscheidung machen und den Gliedstaat oder dessen Organ als *mittelbares* Bundesorgan bezeichnen. Doch muß der bloß vorläufige Charakter dieses Behelfes stets bewußt bleiben.

Die deutschen Gliedstaaten aber hatten nicht einmal diese materielle Gebietshoheit. Denn zu einer Gebietsänderung, die zugleich eine Aenderung des Reichsgebietes ist, waren sie nicht kompetent. „Selbstverständlich“, sagt *Preuss*¹⁾, und ist sich dabei nicht bewußt, daß von Gebietshoheit ebensowenig die Rede sein kann, wenn eine *höhere* Ordnung über derjenigen steht, deren Kompetenz in Frage kommt, wie wenn nicht *jede* das Gebiet betreffende Aenderung in die fragliche Kompetenz fällt. Die *Preussische* Gebietshoheit ist in Wahrheit Kompetenzhoheit und setzt stillschweigend Souveränität voraus. So bleibt denn auch bei jenem Autor, der den Begriff der Souveränität aus der Staatsrechtslehre gänzlich eliminieren wollte, als das entscheidende Kriterium des Staates jenes Merkmal, das den Staat insbesondere gegenüber der Gemeinde charakterisieren und dabei die Möglichkeit eines aus *Staaten* zusammengesetzten Bundesstaates offen lassen soll: die Souveränität¹⁾!

lassen. Eine mehr oder weniger weitgehende *Selbstbestimmung* des Gebietes, als des Geltungsgebietes einer Teilordnung, ist nur ein Ausfluß der Autonomie. „Gebiet“ ist ein Inhaltsbestandteil. Autonomie heißt: den Inhalt der Teil-Ordnung „selbst“ bestimmen.

|81 |¹⁾ a. a. O. S. 410.²⁷³ Die neue deutsche Reichsverfassung vom 11. August 1919 bestimmt im Art. 2:²⁷⁴ „Das Reichsgebiet besteht aus den Gebieten der deutschen Länder. Andere Gebiete können durch *Reichsgesetz* in das Reich aufgenommen werden, wenn es ihre Bevölkerung kraft des Selbstbestimmungsrechtes begehrt.“ Und Art. 18:²⁷⁵ „... Die Aenderung des Gebietes von Ländern und die Neubildung von Ländern innerhalb des Reiches erfolgt durch verfassungsänderndes *Reichsgesetz*. Stimmen die unmittelbar beteiligten Länder zu, so bedarf es nur eines einfachen *Reichsgesetzes*. Ein einfaches Reichsgesetz genügt ferner, wenn eines der beteiligten Länder nicht zustimmt, die Gebietsänderung oder Neubildung aber durch den Willen der Bevölkerung gefordert wird und ein überwiegendes Reichsinteresse sie erheischt.“ Also in allen Fällen ein *Reichsgesetz*. Dennoch wird noch immer von einer Gebietshoheit der Länder gesprochen. So von *Stier-Somlo*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. Bonn, 1919. S. 103.²⁷⁶

|82 |¹⁾ Daß die Gebietshoheit juristisch nichts anderes bedeute als „örtliche Kompetenz“, d. h. den

²⁷³ *Preuß*, Gemeinde (Anm. 19), S. 410.

²⁷⁴ Art. 2 WRV 1919 (Anm. 219) – Hervorhebung von Kelsen.

²⁷⁵ Art. 18 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2–3 WRV 1919 (Anm. 219) – Hervorhebungen von Kelsen.

²⁷⁶ *Fritz Stier-Somlo*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. Ein systematischer Überblick, Bonn 1919, S. 103.

Und auch sonst – nicht nur bei *Preuss* – erscheint die Gebiets-„Hoheit“ wie jedes andere staatliche „Hoheits“-Recht nur als eine inhaltliche Spezifikation der als *höchste* Gewalt vorausgesetzten Staatsgewalt. Infolgedessen gilt von der Gebiets-hoheit dasselbe, was von der Souveränität überhaupt zu sagen ist: Es kann keine geteilte, beschränkte, halbe Gebietshoheit geben, so wie es keine geteilte, halbe, beschränkte Souveränität gibt. Und ebenso wie die Unterscheidung zwischen einer völkerrechtlichen und einer staatsrechtlichen Souveränität ist die analoge (nur aus der Identität von Souveränität und „Hoheit“ erklärliche) Theorie von einer völkerrechtlichen und einer staatsrechtlichen Gebietshoheit undurchführbar²⁾. Daß viele Vertreter der herrschenden Lehre die Möglichkeit einer geteilten Souveränität energisch ablehnen, aber ohne weiteres im Bundesstaate sowohl dem Oberstaate als auch den Gliedstaaten Gebietshoheit zuerkennen³⁾, ist bezeichnend genug.

§ 20. Der Zweck als wesentliches Kriterium des Staates:

Realisierung der Interessen des Gesamtvolkes:

nur wenn der Staat als souveräne Ordnung vorausgesetzt wird.

Schließlich soll noch jener Theorie Erwähnung getan werden, die das Wesen des nichtsoveränen Staates und seinen Unterschied von der Gemeinde in seinem spezifischen *Zwecke* nachzuweisen versucht. Es handelt sich dabei nur um einen besonderen Anwendungsfall einer seit *Ihering*²⁸¹ in der Rechtswissenschaft stark

räumlichen Geltungsbereich der staatlichen Ordnung, behauptet *Radnitzky*²⁷⁷, Die rechtliche Natur des Staatsgebietes. Archiv für öffentliches Recht, XX. Bd., S. 313 ff.²⁷⁸ Dem ist mit der einen Einschränkung zuzustimmen, daß mit dem Begriffe der örtlichen Kompetenz nur der Begriff des Gebietes zusammenfällt. Die Gebiets-*Hoheit* ist gleichbedeutend mit der Kompetenz-Hoheit in bezug auf die Bestimmung des räumlichen Geltungsbereichs.

²⁾ Vgl. dazu *Fricker*, Vom Staatsgebiet, S. 5 und *Preuss* a. a. O. S. 274.²⁷⁹

³⁾ Z. B. *Laband* (Staatsrecht des Deutschen Reiches, I. Bd., S. 64 u. S. 195),²⁸⁰ der zwar die Souveränität ausschließlich dem Reiche, die Gebietshoheit aber sowohl dem Reiche als den Gliedstaaten zuspricht.

²⁷⁷ Ernst Radnitzky (1862–1939), Ministerialsekretär im Finanzministerium. Wichtige Werke: Die Parteiwillkür im öffentlichen Recht, Wien 1888; Das Wesen der Obstruktionstaktik, in: [Grünhuts] Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 31 (1904), S. 465–482; Die rechtliche Natur des Staatsgebietes, in: Archiv für öffentliches Recht 20 (1906), S. 313–355; Dispositives und mittelbar geltendes Recht, in: Archiv für öffentliches Recht 21 (1907), S. 380–409; Der moderne Freiheitsbegriff und die attische Demokratie, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1922/23), S. 287–351.

²⁷⁸ *Ernst Radnitzky*, Die rechtliche Natur des Staatsgebietes, in: Archiv für öffentliches Recht 20 (1906), S. 313–355 (340).

²⁷⁹ *Fricker*, Staatsgebiet (Anm. 249), S. 5; *Preuß*, Gemeinde (Anm. 19), S. 274.

²⁸⁰ *Laband*, Staatsrecht I (Anm. 193), S. 64, 195.

²⁸¹ Rudolf von Ihering, auch: Rudolph von Jhering (1818–1892), einer der herausragenden Privatrechtslehrer und Rechtstheoretiker 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

verbreiteten Methode der Begriffsbildung; und hauptsächlich ihrer allgemeinen Bedeutung wegen sei von ihr hier die Rede.

Ohne auf die prinzipielle Frage einzugehen, ob der Zweck überhaupt ein Element der Rechtsbegriffe sein kann, sei lediglich festgestellt, daß es unzulässig ist, das Wesen des Staates – als Rechtsbegriff – in dessen Zweck zu erblicken, wenn man unter „Zweck“ einen anderen als den immanenten Rechtszweck versteht. Gerade der *metajuristische Zweck* ist es aber, den man im Auge hat, wenn man von Zweck im Recht spricht. Dies ist in der neueren Literatur auch schon betont worden: insbesondere hat *Laband*, dessen juristische Intuition ihn weit über den Durchschnitt der heutigen Rechtsgelehrten stellt, gegen diese teleologische Begriffskonstruktion Stellung genommen.²⁸² Freilich ohne tiefere Begründung.

Fragt man sich nun, weshalb es ein methodischer Fehler ist, einen Rechtsbegriff und speziell den des Staates nach seinem Zwecke zu bestimmen, so zeigt tiefer-schürfende Untersuchung das unerwartete Ergebnis: weil solche Anschauung mit der Souveränität des Rechtes, bzw. der als Staat bezeichneten Rechtsordnung in Widerspruch steht! Es ist mit irgend einem speziellen Rechtsbegriff genau so wie mit dem allgemeinen Begriffe des Rechtes oder Staates überhaupt. Wer etwa meint, das Eigentum sei eine Institution zur Ausbeutung der Besitzlosen,²⁸³ und darunter nicht etwa nur die (häufig in teleologischer Terminologie ausgedrückte) *Wirkung* versteht, die die faktische Realisierung der Eigentumsvorschriften nach sich zieht, sondern den *Zweck* im eigentlichen Sinne, der unterstellt die Eigentumsordnung – einen Bestandteil der gesamten Rechtsordnung – einer *höheren*, sei es wirtschaftlichen oder moralischen Ordnung, die dem Eigentum einen Platz in ihrem System zuweist. Dabei ist es gleichgültig, ob diese Stellung eine positive oder negative ist, ob das Eigentum in diesem System der Werte – und jede Ordnung ist ein System von Werten – ein positives oder negatives Vorzeichen trägt, ob es zum letzten und allgemeinsten Zweck dieser Ordnung – und jede Ordnung ist ein Zwecksystem – als geeignetes oder ungeeignetes, als gutes oder schlechtes Mittel, als Zweckerfüllung oder Zweckvereitelung zu erkennen ist. Diese – positive oder negative – Bewertung, die in der Feststellung des Zwecks ruht, ist nur möglich, wenn das Rechtsinstitut, wenn dieser Teil der Rechtsordnung einer höheren Ordnung unterworfen gedacht, an einer höheren Ordnung gemessen wird. Die Ableh-

der 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).

²⁸² Vgl. *Paul Laband*, [Buchbesprechung:] Dr. Siegfried Brie, ord. Prof. an der Univers. Breslau, Theorie der Staatenverbindungen. Breslau 1886. gr. 4°. 139 S. (Gratulationsschrift der Universität Breslau zum fünfhundertjährigen Jubiläum der Universität Heidelberg), in: Archiv für öffentliches Recht 2 (1887), S. 311–320.

²⁸³ Vgl. *Karl Marx / Friedrich Engels*, Manifest der kommunistischen Partei (zunächst anonym erschienen, 1848), in: Karl Marx Friedrich Engels Werke, Bd. 4, Berlin 1959, S. 459–493 (475).

nung des Zweckmomentes bei der juristischen Begriffsbildung bedeutet gar nichts anderes als die Weigerung, die Rechtsordnung als unter einem *anderen* als der Rechtsordnung selbst immanenten Zweck, unter einem außer ihr, über ihr liegenden Zweck oder einer ihr übergeordneten Ordnung stehend zu denken. Wer geltend macht: Das Wesen des Eigentums sei juristisch nicht aus irgendeinem seiner Zwecke zu erkennen, denn das Eigentum sei *juristisch* Selbstzweck, wenn es auch wirtschaftlich oder politisch-moralisch einen über sich selbst hinaus weisenden Zweck haben könne, der bringt damit nur die Unabhängigkeit des Rechtes gegenüber der Wirtschaftsordnung, der Moral oder Politik, die Selbständigkeit der Rechtswissenschaft gegenüber Oekonomie, Ethik und Politik zum Ausdruck, der beruft sich auf die Souveränität der Rechtsordnung. |84

Noch viel deutlicher zeigt sich dies, wenn der Begriff des Rechtes als solcher, der Begriff des Staates in Frage steht. Wie anders kann überhaupt die Vorstellung von einem Zweck des Staates zustandekommen als so, daß man sich den Staat eingespannt denkt in eine höhere Ordnung. Der Staat als Mittel steht notwendig *unter* dem behaupteten Zweck. Und je nach der Art der Ordnung, innerhalb deren man die Stelle des Staates zu bestimmen versucht – und solcher Ordnungen sind natürlich sehr verschiedene denkbar – ist die Antwort auf die Frage verschieden, welchen Zweck der Staat eigentlich habe. Die Anschauung: Der Staat habe keinen Zweck, oder die gleichbedeutende, er sei Selbstzweck, besagt nichts anderes als: Der Staat ist selbst eine höchste, letzte Ordnung, ein letzter, höchster Zweck, ein oberster Wert, der Staat ist souverän.

Rosin hat den Versuch gemacht, den Staat durch die „Aufgabe“ zu charakterisieren, „die *nationalen*, dem Gesamtvolke als natürlicher Gemeinschaft eigenen Interessen zu realisieren“¹⁾. Sofern er dem Staate eine „Aufgabe“ setzt, stellt er ihn in den Dienst eines über ihn hinausreichenden Ideals, und zwar ist dies – darin liegt natürlich nur ein persönliches Bekenntnis – die Nation. Bei dieser Anschauung ist nicht so sehr die Konsequenz auffällig, daß ein Nationalitätenstaat, ein übernationaler Staat gar nicht denkbar wäre, als vielmehr dies, daß dabei das gerade Gegenteil dessen bewiesen wird, was *Rosin* beweisen wollte. Es war ihm darum zu tun, den Staatscharakter der nichtsoveränen sogenannten Gliedstaaten des Deutschen Reiches sicherzustellen. Allein nur beim *Reich* trifft bestenfalls zu, was er als Wesen des Staates behauptet: das *nationale* Interesse als dasjenige des *Gesamtvolkes* zu realisieren. Dabei muß vernachlässigt werden, daß das deutsche „Gesamtvolk“ zur Gänze gar nicht im Deutschen Reiche, geschweige denn in einem Gliedstaate vereinigt ist. Aber ist der „Staat“ Hamburg die „natürliche“ Gemeinschaft des deutschen Gesamtvolkes? Oder ist unter „Nation“, unter der natürlichen Gemeinschaft des Gesamtvolkes das jeweilige Volk eines Staates zu

¹⁾ a. a. O. S. 291.²⁸⁴

²⁸⁴ *Rosin*, Souveränität (Anm. 186), S. 291.

|85 verstehen? Das wäre doch nur eine *petitio principii*. Nun könnte man |ja zugeben, daß Hamburg, Baden, Preußen und jeder andere Einzelstaat zwar unmittelbar nur die Interessen eines Teiles, mittelbar jedoch auch die Interessen des Gesamtvolkes realisiere. Allein dann gibt es keinen Unterschied zur Gemeinde. Deren Aufgabe soll nach *Rosin* „die Befriedigung der auf dem örtlichen Zusammenwohnen und der nachbarlichen Lage der Grundstücke beruhenden Gemeindebedürfnisse“²⁸⁵ sein. Allein *mittelbar* sind diese Interessen auch nationale Interessen des Gesamtvolkes! Man denke etwa an die Gemeindeschulen. Die Gemeinde als „Organismus der örtlichen Gemeinschaft“ unterscheidet sich vom Staat als Organismus der „Volksgemeinschaft“²⁸⁶ (bei welcher Begriffsbestimmung das Zweckmoment übrigens nicht aufscheint) nur graduell, denn auch die Volksgemeinschaft ist eine rein örtliche und auch in der „örtlichen“ Gemeinschaft der Gemeinde ist der Volksorganismus lebendig. Diese (von *Rosin* aus *Schulzes*²⁸⁷ deutschem Staatsrecht genommene) Charakterisierung schafft nur dann ein absolutes Kriterium zwischen Staat und Gemeinde, wenn der Staat oder das Volk als *höchste* Gemeinschaft, als souveräne Ordnung gedacht werden.

Viertes Kapitel.

Souveränität des Staates und Positivität des Rechtes.

§ 21. Der Begriff der Rechtspositivität, positives und Naturrecht.

Schon die kritische Analyse dieser typischen Konstruktionsversuche des nichtsoveränen Staates beweist, daß es nicht gelingen kann, das Wesen der als „Staat“ bezeichneten Ordnung ohne Zuhilfenahme des Souveränitätsmoments zu bestimmen, wenn der Staat gegenüber den ihm eingegliederten Gemeinwesen *grundsätzlich* unterschieden werden, wenn zwischen der staatlichen Rechtsordnung als einer Gesamtordnung und den ihr subordinierten Teilordnungen eine *absolute* und keine bloß *relative* Differenz bestehen soll. Dem Einzelstaat den Wert eines *Ab-solutums* zuzuerkennen, ist aber zweifellos die wenn auch uneingestandene Tendenz der herrschenden Staatsrechtslehre: auch jener, die aus irgendwelchen Grün-

²⁸⁵ *Rosin*, Souveränität (Anm. 186), S. 291.

²⁸⁶ Zwei Zitate: *Herrmann Schulze*, Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes, Bd. I: Das deutsche Landesstaatsrecht, Leipzig 1881, S. 411 – Kelsen zitiert nach: *Rosin*, Souveränität (Anm. 186), S. 291.

²⁸⁷ Hermann Johann Friedrich von Schulze-Gaevernitz (1824–1888), Staats- und Völkerrechtslehrer. 1848 Habilitation in Jena, 1848–1850 Privatdozent, ab 1850 a.o. Prof. ebendort, ab 1857 o. Prof. in Breslau und ab 1878 in Heidelberg. Er war ab 1869 Mitglied des preußischen Herrenhauses sowie Mitglied des „Institut de Droit international“. Wichtige Werke: Die Hausgesetze der regierenden deutschen Fürstenhäuser, 3 Bde., Jena 1862–1863; Das preußische Staatsrecht auf Grundlage des deutschen Staatsrechts dargestellt, 2 Bde., Leipzig 1870 und 1877; Das Erb- und Familienrecht der deutschen Dynastien im Mittelalter, Halle (Saale) 1871; Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes, 2 Bde., Leipzig 1881 und 1886.

den die Möglichkeit eines *nicht*souveränen Staates nachzuweisen versucht. Dieser Versuch muß mißlingen. Nämlich darum, weil dasjenige, was diese Lehre wegzuarargumentieren sich bemüht, unausgesprochen und zumeist auch unbewußt in ihren eigenen Voraussetzungen ruht: Die Auffassung des Staates als Ordnung, und zwar als Rechtsordnung, und die Vorstellung von der *Selbständigkeit*, der Besonderheit dieser Ordnung, die Annahme, daß es sich dabei um eine *höchste* Ordnung handelt, deren Geltung nicht höherer Rechtfertigung bedarf. Ob eine Auffassung konsequent durchführbar ist, die das Rechtssystem mit dem Umfang der Staatsordnung zusammenfallen läßt, die die staatliche Rechtsordnung als die allgemeinste, umfassendste Gestalt des Rechtes gelten läßt – was nur ein anderer Ausdruck für die Souveränität des Staates ist – kann hier dahingestellt sein. Insbesondere muß die Frage nach dem Verhältnis des souveränen Staates zum *Völkerrecht* den Untersuchungen des zweiten Teiles²⁸⁸ vorbehalten bleiben. Ob nun das Rechtssystem schon mit der einzelstaatlichen Rechtsordnung oder erst mit einer über allen einzelstaatlichen Rechtsordnungen stehenden, diese als Teilordnungen umfassenden Völkerrechtsordnung abgeschlossen erscheint, ob die Souveränität dem *Staate* oder der Rechtsgemeinschaft der Staaten zugesprochen wird, stets wird der Rechtsordnung als einem einheitlichen in sich geschlossenen System die Souveränität zuerkannt werden müssen.

In der Behauptung der Souveränität des Staates (oder der Rechtsgemeinschaft der Staaten) wird der Anspruch erhoben (oder die Voraussetzung liquidiert): daß die als Staat bezeichnete (oder mit der die einzelstaatlichen Rechtsordnungen zur höchsten Einheit des Rechtssystems zusammenfassenden Völkerrechtsordnung identische) Rechtsordnung eine von der Moral oder Religion oder sonst einer anderen Ordnung verschiedene, abgesonderte und unabhängige Existenz habe, daß die Rechtswissenschaft – als Erkenntnis der einzelstaatlichen Rechtsordnung (oder des universalen, alle einzelstaatlichen Rechtsordnungen umfassenden Weltrechtssystems) – eine selbständige, von der Theologie, Politik oder Ethik verschiedene Disziplin, daß sie überhaupt eine Ordnungslehre sei, die mit ihrer spezifischen Ordnung nicht anders als mit einer höchsten, nicht weiter ableitbaren, letzten Geltung operieren kann. Damit erscheint aber die *Souveränität des Staates* (oder der Staatengemeinschaft) identisch mit der *Positivität des Rechtes*.

Auch dieser letztere Begriff schwankt in der herrschenden Lehre um seinen Wesenskern unsicher hin und her, und auch ihm gegenüber gilt es, die Theorie zum Bewußtsein dessen zu bringen, was mit ihm im Rahmen der *Rechtswissenschaft*, innerhalb ihrer methodischen Grenzen überhaupt gesagt werden kann; ist kritische Selbstbesinnung nötig.

Der Begriff des „positiven“ Rechtes hat sich im Gegensatz zu demjenigen des „Natur“-Rechtes entwickelt. Mit der Behauptung | der „Positivität“ des Rechtes |87 lehnte man die naturrechtliche Anschauung ab, die das Recht aus der „Vernunft“,

²⁸⁸ Vgl. unten S. 367–572.

der „Natur der Sache“, der Moral oder sonst einer nicht spezifisch *rechtlichen* Ordnung abzuleiten versuchte, die somit die Geltung der Rechtsordnung auf die Geltung einer *über* dem Rechte gedachten Norm eines anderen Normsystems zurückführen zu müssen glaubte. Das Wesentliche der von der positivistischen Rechtserkenntnis abgelehnten naturrechtlichen Auffassung und zugleich der Grund dieser Ablehnung ist darin zu erblicken, daß die Naturrechtstheorie die Geltung einer als Recht behaupteten Norm nur durch deren Einklang mit der Vernunft, Natur, Moral oder sonst einem „höheren“ Prinzip legitimiert, während der Positivismus auch die vernunft-, natur- oder moralwidrige Rechtsnorm für gültig erkennt, indem er es ablehnt, die Gültigkeit des Rechtes weiter zu rechtfertigen oder, mit anderen Worten, aus einer höheren Ordnung abzuleiten, der gegenüber sich das Recht als eine irgendwie qualifizierte Teilordnung darstellt. Daß somit nur die positivistische Rechtserkenntnis die Voraussetzung für die Existenz einer *selbständigen* Rechtsordnung und Rechtswissenschaft setzt, während die naturrechtliche Anschauung das Recht schließlich und endlich in Vernunft, Moral, Natur, die Rechtswissenschaft in Ethik, Politik oder gar Naturwissenschaft aufgehen läßt, ist nur die Konsequenz der Tatsache, daß eine Ordnung, die als einer höheren unterstellt, aus dieser abgeleitet gedacht wird, letzten Endes nur als deren unselbständiger Bestandteil erkannt werden muß, dessen gesonderte Existenz nur provisorischen, nicht endgültigen Charakter haben kann. Die Identität *dieses* Sinnes der Positivität des Rechtes mit der richtig verstandenen Bedeutung der Souveränität des Staates (bei Identität von Staats- und Rechtsordnung), ist augenfällig; die als Staat bezeichnete Rechtsordnung wird als höchste, in ihrer Geltung nicht weiter ableitbare gedacht¹⁾.

- [87] ¹⁾ *Bergbohm*²⁸⁹ sagt in seinem für die Theorie des Rechtspositivismus noch immer grundlegenden und unübertroffenen Buche „Jurisprudenz und Rechtsphilosophie“ (1892): „Für mich bedeutet also ‚positiv‘ nichts als ein Notwort, durch dessen Hinzufügung ich die Einmischung der Vorstellung von irgend welchem andersartigen Recht – Naturrecht, Vernunftrecht, Idealrecht und wie die Namen alle heißen mögen – in die betreffende Darlegung verhüten will“ (S. 51).²⁹⁰ – Es ist nur ein scheinbarer Mangel, wenn *Bergbohm*, nachdem er das *positive* Recht als dasjenige bestimmt hat, das kein *Naturrecht* ist, später das Naturrecht als dasjenige definiert, das nicht positives Recht ist (S. 109 ff.).²⁹¹ Denn in der Bezeichnung „positiv“ soll und kann tatsächlich nichts anderes zum Ausdruck kommen als die *Verschiedenheit* des Rechtes von Moral, Politik, Religion, Natur usw., die *Selbständigkeit* des Rechtes gegenüber anderen Normsystemen; das ist aber nichts anderes als die *Souveränität* der Rechtsordnung. *Wodurch* sich das Recht von | anderen Normsystemen unterscheidet, ist eine andere Frage. *Jedenfalls nicht durch seine* „Positivität“! Denn vom Standpunkt
- [88]

²⁸⁹ Karl Magnus Bergbohm (1849–1927), Staats- und Völkerrechtslehrer sowie Rechtsphilosoph. 1876 Habilitation in Dorpat, ab 1893 a.o. Prof. in Marburg, ab 1895 o. Prof. in Bonn, Mitglied des „Institut de Droit international“. Wichtige Werke: Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts, Dorpat 1876; Die bewaffnete Neutralität, Berlin 1884; Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Leipzig 1892.

²⁹⁰ *Karl Bergbohm*, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Kritische Abhandlungen, Bd. 1: Einleitung – Erste Abhandlung: Das Naturrecht der Gegenwart (mehr nicht erschienen), Leipzig 1892, S. 51 Anm. *.

²⁹¹ *Bergbohm*, Jurisprudenz (Anm. 290), S. 109 f.

| § 22. *Positivität und Faktizität des Rechts.*

| 88

Indes nimmt der Begriff der Rechtspositivität noch eine zweite, eine Nebenbedeutung an, die gerade der neueren Theorie zur Hauptbedeutung wird, ohne jedoch den Anspruch aufzugeben, die erste ursprüngliche Bedeutung (den Gegensatz zum Naturrecht) in sich zu schließen. Da eine Dogmengeschichte des Begriffes der Rechtspositivität nicht vorliegt, kann über die Entstehung dieser zweiten Bedeutung nur eine Vermutung ausgesprochen werden.

Wenn man irgendeines der neueren Werke zu Rate zieht, in denen die Grundbegriffe der Staats- und Rechtslehre erörtert werden, so findet man regelmäßig, daß unter Positivität des Rechtes die „Wirksamkeit des Rechtes in der Gesellschaft“ verstanden, daß dies als der Sinn des herrschenden Sprachgebrauches angegeben wird¹⁾. Ein Faktum, ein kausal determinierter Vorgang in der Welt des sozialen Geschehens soll also die *Positivität* des Rechtes sein, so daß eigentlich richtiger von der *Faktizität* des Rechtes gesprochen werden müßte. Dabei ist es in diesem Zusammenhang gleichgültig, ob als das *Seins*faktum, das die Positivität des Rechtes ausmacht, der tatsächliche Vorgang der *Satzung* des Rechtes durch einen generellen Befehl des Monarchen, durch einen abstrakten Beschluß der Volksvertretung, oder ein Akt der sog. *Anwendung* des Rechtes durch den Richter (Verwaltungsbeamten), d. i. die Satzung der individuellen konkreten Rechts-Norm, oder aber die tatsächliche *Befolgung* der Rechtsnormen durch die Untertanen angesehen wird. Nun bedarf es weiter keines Beweises, daß dieser Sinn der Positivität: das Faktum, daß gewisse Rechtsvorstellungen auf irgendwelche Weise erzeugt werden und die Menschen wirksam motivieren, innerhalb einer Wissenschaft keinen Platz finden kann, die das Recht als Norm, als *Sollen* auffaßt, die mit den Begriffen der Geltung, der Pflicht, der Berechtigung, der Person, kurz mit allen jenen Begriffen operiert, die überhaupt keinen anderen als einen normativen Sinn haben können; denn die Erkenntnis einer solchen Wissenschaft bewegt sich nach einer Richtung, in der die kausal bestimmte Welt der sozialen oder irgendeiner anderen Wirklichkeit nicht zu treffen ist¹⁾. Niemals könnte das Recht, das den Gegenstand (oder das

| 89

der Moral ist diese ebenso „positiv“ wie das Recht von seinem Standpunkte aus: denn auch die Moral erhebt Anspruch eine souveräne Ordnung zu sein. – Allerdings hat *Bergbohm* dem Begriff der „Positivität“ schließlich doch die Bedeutung eines das Recht von den nicht rechtlichen Normensystemen unterscheidenden Merkmals gegeben. Vgl. dazu weiter unten S. 89.²⁹² In dieser Bedeutung eines charakteristischen Merkmals des Rechts wird der Begriff der Positivität in der Regel auch bei den anderen Autoren verwendet. Dies führt dann meist zu einem *circulus vitiosus*, indem man das Recht als die „positive“ Norm, positiv aber als das Rechtliche bestimmt.

¹⁾ So z. B. ausdrücklich *Radbruch*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, S. 180. Vgl. auch *Jung*, Das Problem des natürlichen Rechtes, 1912, S. 100 ff.²⁹³

¹⁾ Obgleich *Bergbohm* das Recht ausdrücklich als „Norm“, als etwas „Normatives“ bezeichnet, als „abstrakte Regel, die befolgt sein will“ (a. a. O. S. 81),²⁹⁴ als etwas Verpflichtendes (a. a. O.

| 89

²⁹² Vgl. unten S. 355 f. Anm. 1.

²⁹³ *Gustav Radbruch*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig 1914, S. 180; *Erich Jung*, Das Problem des natürlichen Rechtes, Leipzig 1912, S. 100–131.

²⁹⁴ *Bergbohm*, Jurisprudenz (Anm. 290), S. 81.

Produkt) solcher Rechtswissenschaft bildet, „positiv“ in jenem Sinne der Faktizität sein, den die herrschende Lehre diesem Begriffe abzugewinnen sucht. Denn nur die psychischen Prozesse der Vorstellung und Wollung des Rechtes, nicht aber das *Recht* als der *Inhalt* dieser Prozesse ist positiv im Sinne von *faktisch*. Der prinzipielle Fehler, der in dieser Auffassung der Rechtspositivität steckt, zeigt sich vielleicht am besten, wenn man sich ihren Anlaß, ihren Entstehungsgrund vergegenwärtigt. Indem die Ueberwindung des Naturrechtes die Rückführung der Rechtsordnung auf Moral, Vernunft oder Natur endgültig ablehnte, glaubte sich die „positivistische“ Rechtstheorie vor die nunmehr offene Frage nach dem *Geltungsgrunde*, nach einem anderen Geltungsgrunde des Rechtes gestellt, als die Naturrechtstheorie angab, glaubte sie diese Frage nicht nur negativ, sondern positiv beantworten zu müssen. Und die Antwort lautete: Das Recht gilt nicht, weil und sofern sich seine Normen aus der Moral, Vernunft oder Natur ableiten lassen, sondern es gilt kraft der Tatsache, daß es durch menschlichen Willen oder Willkür *gesetzt* wurde und *tatsächlich beobachtet* wird. Die Sinnlosigkeit dieser Antwort

S. 131)²⁹⁵ begreift, obgleich er das Recht ausdrücklich als etwas nicht sinnlich Wahrnehmbares, als ein bloßes „Gedankending“ (a. a. O. S. 132)²⁹⁶ bezeichnet, wird für ihn die Positivität des Rechtes zu einer Faktizität psychischer Vorstellungs- und Willensakte und äußerlicher, sinnlich wahrnehmbarer Vorgänge. Zunächst versucht er den Gegensatz von „positiv“ und nicht positiv auf den Gegensatz von *Sein* und *Denken* zurückzuführen. Positives Recht sei das ins Sein gesetzte Recht zum Unterschied vom bloß gedachten Recht (a. a. O. S. 52).²⁹⁷ Aber das Recht ist doch nach *Bergbohm* nur ein „Gedankending“? Wie sollte das ins Sein gesetzt werden können, wenn Sein und Denken auseinanderfallen? *Bergbohm* meint: „Die *positivrechtlichen* Normen haben eben diese ihre Eigenschaft durch einen *geschichtlichen Vorgang* erhalten, ohne den sie überhaupt nicht hätten geltendes Recht werden können. Sie sind entweder aus einem autoritativen Willen entsprungen oder durch Taten, jedenfalls durch einen objektiv nachweisbaren Werdegang zu dem geworden, was sie sind. Wer ihrer habhaft werden will, kann dies nicht anders als durch Schlußfolgerung aus notorischen oder eigens erhärteten sinnfälligen Tatsachen, welche den Inhalt des Rechtssatzes und den *nächsten* Grund seiner Verbindlichkeit zu offenbaren geeignet sind“ (a. a. O. S. 132).²⁹⁸ Allein wie kann aus der Tatsache, daß etwas geschieht, durch *Schlußfolgerung* erkannt werden, daß etwas geschehen *soll*, von Rechts wegen geschehen soll? Das ist doch wohl der Sinn einer *Norm*, daß etwas geschehen *soll*. Woran ist zu erkennen, daß der „Wille“, dessen objektiv feststellbare, sinnfällige Äußerung der die Positivität verleihende „historische Vorgang“ sein soll, ein „autoritativer“ Wille ist? Ist *jeder* „historische“ Vorgang – und ist nicht *jeder* Vorgang ein historischer? – die Quelle von Rechtsnormen? In anderem Zusammenhange sagt *Bergbohm*: „Damit eine ... Norm oder Regel positives Recht ... sein könne, ist eine unerläßliche Bedingung, daß ... ihr eine *kompetente* rechtbildende Macht durch einen geeigneten äußerlich erkennbaren Vorgang, der als solcher der Geschichte angehört und die formelle Rechtsquelle der betr. Norm bildet, die Rechtsqualität verleiht“²⁹⁹ (a. a. O. S. 549).³⁰⁰ Ja, aber wann ist eine normierende „Macht“ eine „kompetente“? Darauf gerade kommt es an, denn nur darum sind ihre Normen „positive“ Rechtsnormen, weil sie – *von Rechts wegen* – kompetent ist, Normen zu setzen! Die Kompetenz ist aber aus der *Faktizität* des historischen Vorgangs nicht zu erkennen.

²⁹⁵ *Bergbohm*, Jurisprudenz (Anm. 290), S. 131.

²⁹⁶ *Bergbohm*, Jurisprudenz (Anm. 290), S. 132.

²⁹⁷ *Bergbohm*, Jurisprudenz (Anm. 290), S. 51–53 Anm. * (52).

²⁹⁸ *Bergbohm*, Jurisprudenz (Anm. 290), S. 132 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

²⁹⁹ «verleiht»] *Bergbohm*, Jurisprudenz (Anm. 290), S. 549: «verlieh».

³⁰⁰ *Bergbohm*, Jurisprudenz (Anm. 290), S. 549 – Hervorhebung von Kelsen.

erhellt sofort, wenn man sich bewußt wird, daß die Frage nach dem Geltungsgrunde soviel bedeutet wie: Warum *soll* die Rechtsnorm gesetzt und befolgt werden, und nicht, warum wird sie tatsächlich gesetzt und befolgt. Bedeutete die Frage das letztere, wäre ja die Antwort nur eine Scheinantwort, denn sie besagte, das Recht soll gesetzt und befolgt werden, weil es gesetzt und befolgt wird. Angesichts des rein normativen Sinnes der Frage nach dem Geltungsgrunde des Rechtes ist die Antwort, die auf seine, richtiger auf irgend eine Faktizität hinweist, *nichtssagend*. Denn niemals kann auf die Frage nach dem Grund eines Sollens ein Sein zur Antwort gegeben werden. Indem die herrschende Lehre in der Ueberwindung des Naturrechtes eine positive Antwort auf die Frage nach dem Geltungsgrunde des Rechtes geben zu müssen glaubte, eine Antwort, die sich von jener des Naturrechtes unterschied, mißverstand sie den eigentlichen Sinn dieser Ueberwindung des Naturrechtes, der darin besteht, *daß die Frage nach einem Geltungsgrunde* der Rechtsordnung als solcher, nach einer weiteren Rechtfertigung des Rechtes durch eine *höhere* Ordnung *abgelehnt wird*, indem die Rechtsordnung selbst als höchste, nicht weiter ableitbare, als *souveräne* Ordnung postuliert wird.

Dieses Ableiten der Theorie erklärt sich daraus, daß die Ueberwindung des Naturrechtes von der sogenannten *historischen* Rechtsschule³⁰¹ ihren Ausgang nahm. Der Rechtsgeschichte jedoch – die im Grunde gar nicht den Charakter einer spezifischen Rechtswissenschaft hat, sondern nur einen Teil der historischen Wissenschaft bildet – ist das Problem des Rechtes überhaupt nicht in dem Sinne gestellt, daß die Sollgeltung | seiner Normen in Betracht kommt. Hier mögen tatsächlich |91
 nur jene *Fakten*, jene kausal determinierten Prozesse der Rechtssetzung und Rechtsbefolgung, die sozialpsychischen Vorgänge des sogenannten *Rechtslebens*, somit nur tatsächliches Geschehen, soziales Sein, und nicht ein spezifisches Sollen das Erkenntnisobjekt bilden. Allein von diesem rechtshistorischen Standpunkte aus kann unmöglich ausgemacht werden, was objektiv Recht und Pflicht sei, höchstens nur, was die Menschen – ob mit Recht oder Unrecht muß dahingestellt bleiben – zu verschiedenen Zeiten dafür gehalten haben. Daß die Rechtsgeschichte eine systematische Rechtswissenschaft entbehrllich machen könne, braucht wohl heute nicht mehr ernstlich bewiesen werden. Niemals kann Rechtsgeschichte einen anhängigen Prozeß entscheiden. Darin liegt aber der methodische Fehler der herrschenden dogmatischen Rechtswissenschaft, daß sie, noch unter dem Einfluß der rechtshistorischen Schule, *deren* Betrachtungsstandpunkt mit dem von diesem notwendig gänzlich verschiedenen, höchsteigenen Standpunkt nicht klar scheidet, sondern im

³⁰¹ Die Historische Rechtsschule war die bedeutendste rechtswissenschaftliche Strömung zu Beginn des 19. Jahrhunderts, die maßgeblich unter der Führung von Friedrich Carl von Savigny (1779–1861), die Meinung vertrat, dass Recht nicht kraft der Willkür des Gesetzgebers entstehe, sondern organisch durch Sitte und Kultur eines einzelnen Volkes wachse. Wohlverstandene Aufgabe der positiv-rechtlich eingesetzten Rechtserzeuger sei es, das historisch gewachsene Recht zu erfassen und zur Wirkung zu bringen. Zum Selbstverständnis der Historischen Rechtsschule vgl. *Friedrich Carl von Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814.

Gegenteil immer wieder vermengt. Es liegt hier – bei der Identität von Staat und Rechtsordnung – der gleiche Synkretismus der Methoden vor wie in der Theorie, die den Staat als *Tatsache* der Gewalt oder Herrschaft zu erkennen sucht. Der auf die Faktizität der Satzung und Befolgung gestellte Begriff des „positiven“ Rechtes entspricht durchaus diesem mit ihm korrespondierenden Begriff des Staates, den man ebensogut einen „positiven“ nennen könnte. Die Gewalt und Herrschaft des Staates fällt als Faktum zusammen mit der Tatsache der Norm- oder Befehlsgebung und der im Wege der Motivation bewirkten Befolgung. Herrschen heißt motivieren, heißt zwingende Ursache für fremdes Verhalten sein. Indem die herrschende Lehre die Positivität des Rechtes als irgendeine Art Faktizität deutet, glaubt sie mit diesem Kriterium auch eine wesentliche Differenz zu anderen Normsystemen aufgezeigt zu haben. Das Naturrecht – unter welchem Begriff man alles *nicht positive* Recht zusammenfaßt – sei sozusagen nur ein gedachtes, nicht wirkliches, nicht *ins Sein gesetztes* Recht¹⁾. Das ist ein offener Irrtum. Denn durch seine faktische Wirksamkeit ist das sogenannte positive Recht vom Naturrecht nicht zu unterscheiden, da ja auch das Naturrecht, die jeweils höhere Ordnung, aus der die naturrechtliche Auffassung das Recht ableitet, selbst wirksam und somit „positiv“ sein kann und ist, oft viel wirksamer ist als das sogenannte positive Recht. Angesichts solcher nicht zu bezweifelnden „*Positivität*“ | der Moral-, Vernunft- oder Naturvorstellungen, dessen, was die Menschen für moralisch, vernünftig oder naturgemäß halten, muß jeder Gegensatz, jede Unterscheidungsmöglichkeit zwischen einem Naturrecht und einer Ordnung verschwinden, die von sich nichts anderes auszusagen weiß, als daß auch sie *wirksam*, d. h. „positiv“ ist¹⁾.

Wenn man als Gegenstand der Rechtswissenschaft nur das „positive“ Recht erkennen will, unter Positivität jedoch dessen Faktizität versteht, dann könnte Rechtswissenschaft – sofern man sie nicht mit Rechtsgeschichte identifiziert – nur eine Art *Soziologie* sein; wobei hier dahingestellt bleibe, ob Soziologie überhaupt

|91 |¹⁾ Vgl. oben Seite 89, Anm 1.³⁰²

|92 |¹⁾ *Bergbohm* führt einen leidenschaftlichen Kampf gegen das Naturrecht. Er fordert dessen gänzliche Eliminierung aus der Wissenschaft und Praxis des positiven Rechts.³⁰³ Allein woran soll man dieses auszurottende Uebel erkennen? Das einzige Kriterium, das *Bergbohm* anführt, ist: Das positive Recht tritt auf einem „geschichtlichen Wege“ durch äußerlich wahrnehmbare, „objektive“ Tatsachen ins Dasein, „der Naturrechtssatz dagegen ist kein Produkt eines historischen Vorganges, er entstammt keinem Willen, der sich objektiviert hat ... das Naturrecht ist von selbst da, sobald man es zu denken sich nur vorsetzt“ (A.a.O.S. 132, 546).³⁰⁴ Allein warum sollte das „Denken“ naturrechtlicher Vorstellungen, das Entstehen dieser Vorstellungen, ihre motivierende Wirkung auf das Handeln des Menschen und dieses Handeln selbst nicht ein „historischer“ Vorgang, nicht eine äußerlich feststellbare Objektivation sein? Das Gewohnheitsrecht entsteht und tritt ganz ebenso ins Dasein, wird ganz ebenso befolgt wie gewisse naturrechtliche Vorstellungen, die die Menschen beherrschen, und doch zweifelt *Bergbohm* durchaus nicht an der „Positivität“ des Gewohnheitsrechtes.

³⁰² Vgl. oben S. 355f. Anm. 1.

³⁰³ Vgl. *Bergbohm*, Jurisprudenz (Anm. 290), S. 478.

³⁰⁴ *Bergbohm*, Jurisprudenz (Anm. 290), S. 546, 132.

als naturwissenschaftliche Disziplin und inwieweit speziell eine Rechtssoziologie möglich ist. Ganz ebenso könnte es nur eine Soziologie, nicht aber eine Rechtslehre vom Staate sein, die sich irgendwelche tatsächlichen Herrschafts- oder Gewaltverhältnisse zum Gegenstand macht; wobei gleichfalls dahingestellt bleibe, ob und inwieweit sich der Staat einer soziologischen Betrachtung gegenüber als Einheit darbietet.

§ 23. *Positivität und Gesetztheit des Rechts.*

Nicht selten gelingt es einem richtigen Gedanken – der Wahrheit, wenn das pathetische Wort gestattet ist – aus der Verschüttung durch eine methodologisch falsche Theorie blitzartig, mitten durch ein ganzes System von Irrtümern, wie in einer Sandwüste ein Quell aus der Tiefe, durchzudringen. In einem einzigen Wortlein verrät sich die ins Unbewußte verdrängte Identität von Rechtspositivität und Staatssouveränität, wenn *Jellinek* die Positivität des Rechtes als die „nicht weiter ableitbare Ueberzeugung“ | charakterisiert, daß wir verpflichtet sind, seine Normen zu befolgen¹⁾. Denn nicht weiter „ableitbar“ ist wohl nicht der psychische Vorgang des Ueberzeugungsgefühls; dieses kann nur „verursacht“ und muß irgendwie verursacht sein. Die Unableitbarkeit, die sich *Jellinek* hier als Wesen der Rechtspositivität aufdrängt, kann wohl nur der *Verpflichtung* zukommen, die wir vom Rechte ausgehen lassen, kann nur die Eigenschaft der Rechtsordnung selbst sein, die wir darum als *positiv*, und wenn wir ihr den Namen des Staates beilegen, als *souverän* bezeichnen können. |93

Als „positives“ Recht erkennt man – die Souveränität des Staates vorausgesetzt – eine Norm, wenn sie als Bestandteil der eigenstaatlichen Rechtsordnung nachgewiesen werden kann. Dies geschieht durch ihre stufenweise Rückführung auf die letzte „Quelle“, auf die die Einheit und Besonderheit der Rechtsordnung begründende Ursprungsnorm, aus der sich das Rechtssystem ableitet. Ist etwa in concreto fraglich, ob ein bestimmter Unternehmer für den von seinem Angestellten verursachten Schaden von *rechtswegen* ersatzpflichtig sei, so ist dies zu bejahen, wenn solches durch Rechtsgeschäft, bzw. *Urteil*, auf Grund einer *gesetzlichen* Norm statuiert (entschieden) wurde, vorausgesetzt, daß das fragliche Gesetz, die Satzung, *verfassungsmäßig* erfolgt ist; z. B. durch gehörig kundgemachten Majoritätsbeschluß einer bestimmten – etwa als konstituierendes Parlament bezeichneten – Versammlung irgendwie qualifizierter Menschen. Daß dem Beschluß dieser Versammlung (oder etwa dem Befehl eines absoluten Monarchen) entsprochen werden soll: das ist die nicht weiter zu rechtfertigende Voraussetzung der eben darum *positiven*, das ist der logische Ursprung der eben darum als höchsten geltenden, d. h. souveränen Rechtsordnung. Positiv, das heißt wörtlich „gesetzt“, ist somit die

¹⁾ Staatslehre, S. 333.³⁰⁵

³⁰⁵ G. *Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 333 – Hervorhebung von Kelsen.

einzelne Rechtsnorm, sofern sie in dem auf der juristischen Hypothese der Ursprungsnorm einheitlich gegründeten System einer bestimmten Rechtsordnung gesetzt ist, innerhalb dieses so konstituierten Systems ihren Platz findet. Dabei ist es gewiß verfehlt, die Positivität des Rechtes, was mitunter geschieht, mit seiner *Gesetztheit* zu verwechseln, das hier entscheidende Moment in den Satzungsakt, in die Tatsache zu verlegen, daß die Rechtsnorm in einem Gesetzgebungsprozeß „erlassen“ wird. Zunächst gibt es neben dem gesetzten auch ein Gewohnheitsrecht, dessen Positivität nicht bezweifelt wird. Und Moralnormen entstehen sowohl im Wege der Gewohnheit als auch der Satzung. Indem die Moral gebietet, den elterlichen Befehlen zu gehorchen, delegiert sie norm|setzende Autoritäten ganz ebenso, wie wenn die Verfassung ein Parlament delegiert. Satzung und Gewohnheit ruhen aber auf der Verfassung, im rechtslogischen Sinne, der Ursprungsnorm, der letzten Quelle des Rechtssystems¹⁾. In dieser Norm als einer höchsten nicht weiter ableitbaren, in der von solcher Ursprungsnorm dem ganzen aus ihr erzeugten Rechtssystem verliehenen Qualität der *Souveränität* liegt das für die *Positivität* des Rechtes entscheidende Moment, das dem Recht die Eigenschaft eines selbständigen, von allen anderen Normsystemen verschiedenen, unabhängigen und in sich geschlossenen Systems gibt.

§ 24. Faktizität und Normativität, Wirkung und Geltung der Rechts-(Staats-)Ordnung.

Mit der prinzipiellen Ablehnung der Faktizität als Kriterium für die Positivität des Rechtes ist jedoch keineswegs das Problem der tatsächlichen Wirksamkeit des Rechtes (richtiger der Rechtsvorstellungen) überhaupt, noch auch jeder Zusammenhang dieser *Wirksamkeit* mit der *Geltung* des positiven Rechtes gelegnet. Es kommt nur darauf an, das Problem, das hier zweifellos vorliegt, richtig einzustellen.

Zwei Momente sind es, die bei den Begriffsbestimmungen des positiven Rechtes die Gefahr jener μετάβασις εἰς τὸ ἄλλο γένος³⁰⁶ scheinbar unvermeidlich ma-

[94] ¹⁾ Soll Gewohnheitsrecht juristisch existieren, muß die Gewohnheit als „Quelle“ entweder durch das Gesetz oder durch die Ursprungsnorm selbst eingesetzt sein. Da es schon aus psychologischen Gründen nicht leicht dazu kommt, daß die Satzung sich gleichsam selbst entwertet, indem sie auf die Gewohnheit als Quelle derogierender Normen verweist, muß man – um die Gewohnheit *neben* der Satzung innerhalb desselben Rechtssystems als paritätische Quelle gelten zu lassen – schon auf die Ursprungshypothese zurückgreifen, die man beide gleichermaßen, aber nicht ohne das die Einheit verbürgende Prinzip der *lex posterior*, delegieren läßt. Sofern aber die Gewohnheit ebenso wie die oberste Satzungsautorität unmittelbar auf der Ursprungsnorm selbst beruht, ist die Frage nach der Zulässigkeit des Gewohnheitsrechtes ein Streit um die *Voraussetzungen* der Rechtsordnung und daher *juristisch* nicht zu entscheiden. Das wird meist übersehen.

³⁰⁶ Altgr.: μετάβασις εἰς τὸ ἄλλο γένος (metábasī eis tó állo génos); dt.: Übergang/Wechsel in eine andere Gattung, Kategorienfehler. Der Begriff geht auf Aristoteles zurück, der ihn zunächst in: Anal. post I 7, 75a 38, verwendet: Οὐκ ἄρα ἔστιν ἐξ ἄλλου γένους μεταβάνα δεῖξαι, οἷον τὸ γεωμετρικὸν ἀριθμητικῆι (ouk ára éstin ex álloú génoús metabánta deíksai, hoíon to geometrikón áριθμητικῆι); Es ist folglich nicht möglich in der Art zu beweisen, dass man von einer Gattung zu einer anderen übergeht, wie etwa Geometrisches durch Arithmetik.

chen, die soeben zurückgewiesen wurde. Zunächst die *Tatsache*, daß nur eine im großen und ganzen der Regel nach *wirksame* Ordnung als *gültige*, positive Rechtsordnung von den Juristen vorausgesetzt, daß der Richter als positives Recht, d. h. als souveräne Zwangsordnung faktisch nur eine Ordnung anwendet, deren Befolgung von einer wirksamen Herrschaftsgewalt, von zwingenden Motiven in der Regel durchgesetzt | wird. Das zweite Moment ist dies, daß nicht nur auf die Frage, warum speziell die Normen des positiven Rechtes befolgt werden sollen, sondern auch auf die Frage, warum irgendwelche andere Normen befolgt werden *sollen*, letzten Endes der Hinweis auf eine *Seinstatsache* möglich, ja unausweichlich zu sein scheint. So ist man gewohnt, auf die erste Frage nach dem Geltungsgrunde des Rechtes, dem Grunde des *rechtlichen* Sollens die Antwort: weil (wie man sich ausdrückt) der Staat oder der absolute Fürst oder das Parlament usw. es befiehlt, als ebenso befriedigend hinzunehmen, wie auf die Frage nach dem religiösen oder sittlichen Sollen die Antwort: weil Gott es befiehlt, oder weil das Gewissen es fordert, oder weil die Vernunft es so will. Es hat – wenn man sich dem bloßen Sprachgebrauch anvertraut – beinahe den Anschein, als ob gerade der *letzte*, der souveräne Grund des Sollens immer eine Seinstatsache sein müsse. Ob das nun der Befehlsakt des Staates, des absoluten Fürsten, Gottes, des Gewissens oder der Vernunft sein mag: immer scheint es ein tatsächliches Faktum zu sein, auf das letztlich die Frage nach dem Warum eines Sollens stößt. Allein es ist doch nur ein ungenauer, salopper Sprachgebrauch, der über das wahre logische Verhältnis hinwegtäuscht. Nicht weil Gott, das Gewissen oder die Vernunft befiehlt, *soll* ich mich so oder anders verhalten, sondern weil ich dem Befehle Gottes, der Vernunft oder des Gewissens gehorchen *soll*; das ist der letzte, nicht weiter ableitbare Grund für die Geltung der Religion und Moral; nur als Inhalt einer obersten *Norm* kann der Befehl Gottes, des Gewissens oder der Vernunft das *Sollen* einer besonderen Norm rechtfertigen. Das Kind mag sich immerhin auf die Frage, warum es dieses tun, jenes unterlassen solle, mit der eine Seinstatsache aussagenden Antwort begnügen: weil die Eltern es befehlen. Das logische Denken aber muß zu der Erkenntnis dringen: weil man den Geboten der Eltern gehorchen soll; daß über diesen Satz hinaus gefragt werden kann, ist zweifellos, ebenso daß kein *logischer* Zwang besteht, bei irgendeinem Sollsatze auf weitere Rechtfertigungsfrage zu verzichten. Nur: *wenn* überhaupt ein letzter Grund für irgendein Sollen angegeben wird, kann dies nur wieder ein Sollen sein. Darum kann die Frage, warum den Normen des Rechtes gehorcht werden soll – wenn sie überhaupt gestellt wird – nicht mit der *Tatsache* eines Gesetzgebungsaktes oder sonst einem Rechtserzeugungsfaktum (etwa dem der Gewohnheit) als *Faktum*, sondern nur immer wieder mit der Behauptung einer *Norm* geantwortet werden, die besagt, daß man den Befehlen des Herrschers gehorchen solle, daß man sich so verhalten solle, wie sich die Genossen *gewöhnlich* | zu verhalten pflegen, kurz: mit der Behauptung einer Norm, die den Inhalt des sogenannten Rechtserzeugungsprozesses zur Bedingung eines Sollens setzt. Man wende nicht ein, daß es im Grunde gleichgültig sei, ob die Antwort auf

|95

|96

die Frage nach dem Geltungsgrunde des Rechtes lautet: weil der Herrscher es so befiehlt, oder: weil du den Befehlen des Herrschers gehorchen sollst; *materiell* sei in beiden Sätzen nichts Verschiedenes gesagt, der erstere setze den zweiten stillschweigend voraus. Denn gerade das Uebersehen der *formal* logischen Relation verschuldet möglicherweise die irrige Theorie von der *Faktizität* des positiven Rechtes.

So bleibt nur noch das erste Moment zur Erörterung: die *Tatsache*, daß die Rechtswissenschaft trotz der grundsätzlichen Verschiedenheit von *Wirkung* und *Geltung* nur eine in der Regel *wirksame* Ordnung als *gültig* behandelt. Es fragt sich nun, ob solches Verhalten der Juristen, Theoretiker wie Praktiker, willkürlich oder aber *bestimmt* ist, und wenn das letztere, welcher Art diese Bestimmung sein muß. Mit anderen Worten: Gibt es einen Grundsatz, der das charakterisierte Verhalten der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis *postuliert* und der somit eine *Rechtfertigung* dafür ist, daß man als positives Recht nur eine in der Regel wirksame Ordnung voraussetzt. Zur vollen Klarstellung der Problemlage diene ein konkretes Beispiel. Man würde es juristisch für *sinnlos* erachten, wenn jemand zur rechtlichen Beurteilung der in Betracht kommenden Tatbestände *heute* in Frankreich die Rechtsordnung des ancien regime oder in Oesterreich die Verfassung des Jahres 1867³⁰⁷ als gültig voraussetzen wollte. Zwischen beiden Verfassungen und den heute als gültig angenommenen liegt Revolution, ein Bruch der Rechtskontinuität. Steht man auf dem Standpunkt der *Souveränität der einzelstaatlichen Ordnung*, dann läßt sich mit *juristischen* Gründen das Sinnlose solcher Voraussetzung allerdings nicht erweisen. Da die revolutionär gebrochene Ordnung *rechtlich* niemals aufgehoben wurde, könnte ihre Weitergeltung ebenso behauptet werden, wie die Geltung der revolutionär begründeten Ordnung. *Ebenso*, denn auch die erstere beruht letztlich auf einer *juristisch* nicht zu rechtfertigenden Voraussetzung. Gerade der *juristische* Standpunkt ist gänzlich ungeeignet, das erwünschte Resultat zu erzielen. Denn die Wahl des juristischen Ausgangspunktes juristisch bestimmen wollen, hieße sich selbst auf die Schulter steigen, käme dem Versuche Münchhausens gleich, sich an dem eigenen Zopf aus dem Sumpfe zu ziehen.

|97 In *juristischer* Hinsicht muß die Wahl irgendeines Ausgangspunktes – die Wahl der grundlegenden Rechtsvoraussetzung, | von der aus deduziert sich die ganze positive Rechtsordnung als geltendes Normsystem darstellt – insbesondere aber auch die Wahl eines solchen Ausgangspunktes, der eine in der Regel auch *wirksame* Ordnung als *geltend* ergibt, zunächst als willkürlich erkannt werden¹⁾. Allein

|97 ¹⁾ Diese Rechtsvoraussetzung, dieser Ausgangspunkt, diese Ursprungsnorm, die ich auch als Verfassung im rechtslogischen Sinne bezeichne, da sie die „höchsten“ Organe des Staates, die obersten Rechtsquellen einsetzt, hat durchaus die Funktion einer grundlegenden Hypothese.

³⁰⁷ Wenn Kelsen hier von der „Verfassung des Jahres 1867“ spricht, meint er die Verfassungslage in der österreichisch-ungarischen Monarchie 1867–1918, die im Wesentlichen auf der aus sieben (Staats-)Grundgesetzen des Jahres 1867 bestehenden „Dezemberverfassung“ beruht.

Wenn oben³⁰⁸ behauptet wird, daß die gesamte Rechtsordnung aus ihr „abgeleitet“ wird, so kann das natürlich nicht so verstanden werden, als ob alle positiven Rechtssätze *schon inhaltlich* bestimmt a priori vorausgesetzt würden. Die hypothetische Ursprungsnorm ist nur eine oberste *Erzeugungsregel*. Indem sie z. B. besagt: Verhalte dich so, wie es der absolute Monarch befiehlt, oder wie es die konstituierende Versammlung beschließt, verweist sie hinsichtlich des Inhalts der *generellen* Rechtsnormen auf die *Gesetze*, und die Gesetze wieder verweisen hinsichtlich des Inhalts der – im Rahmen der Gesetze zu haltenden – *individuellen* Rechtsnormen auf die *Urteile* (Verwaltungsakte) der Gerichte (Verwaltungsbehörden). Aus dem *Seins*-Faktum der Gesetzesbeschlüsse oder Befehle des Monarchen, der Urteilsakte der Gerichte, der Entscheidungen oder Verfügungen der Verwaltungsbehörden (eventuell auch der rechtsgeschäftlichen Willensäußerungen) findet das rechtliche Sollen in stufenweiser Abfolge seine *inhaltliche* Erfüllung. Der Inhalt eines Seins wird so zum Inhalt eines Sollens. Doch ist das *Sein* all dieser Akte, dieser „historischen“ Vorgänge nur die *conditio sine qua non*, nicht aber die *conditio per quam* für das rechtliche Sollen der gültigen Normen, so wie auch kein Gedanke möglich ist ohne einen psychischen Akt, wobei jedoch der Sinn, die Wahrheit des Gedankens als eines geistigen Inhalts niemals *begründet* werden kann in dem seelischen Prozeß, der ihn trägt. Nur so scheint mir das Problem lösbar: Daß das Sollen des Rechts und das Sein der historisch-sozialen Wirklichkeit sich zwar logisch ausschließen, dennoch aber in einer nicht zu leugnenden inhaltlichen Beziehung stehen.

Bergbohm, der das Recht als bloßes Gedankending und zwar als Norm erkennt, dabei aber die Positivität des Rechtes in historischen Seinsvorgängen sucht, sagt einmal: „Das Recht ist allerdings nicht sinnlich wahrnehmbar, es ist ein Gedankending, aber doch immer ein aus den *äußeren* Tatsachen eines Rechtsbildungsprozesses herauszudenkendes³⁰⁹“ (a. a. O. S. 132).³¹⁰ Gerade in diesem aus den äußeren Tatsachen „Herausdenken“ liegt das Problem. *Bergbohm* versuchte es zu lösen, indem auch er zwischen dem *Inhalt* der Rechtsnorm und ihrem Normcharakter, zwischen „Rechtsinhalt“ und „Rechtsform“ unterscheidet (a. a. O. S. 543).³¹¹ Und er führt aus: „Damit eine praktische, Handlungen oder Verhältnisse der Menschen und ihrer Vereine bestimmende Norm oder Regel positives Recht im Sinne der Jurisprudenz und Rechtswissenschaft in allen ihren Zweigen und Stufen sein könne, ist eine unerläßliche Bedingung die, daß sie zu dem wesentlichen *normativen Inhalt* die ebenso wesentliche *Rechtsform* erworben habe, was nur auf die Weise geschehen konnte, daß ihr eine kompetente rechtbildende Macht durch einen geeigneten, äußerlich erkennbaren Vorgang, der als solcher der Geschichte angehört und die formelle Rechtsquelle der betreffenden Norm bildet, die Rechtsqualität verlieh“ (a. a. O. S. 549).³¹² Abgesehen davon, daß es unrichtig ist, von einem „normativen Inhalt“ zu sprechen, da der Inhalt indifferent, die Form das Sollen also das Normative ist, ergibt gerade die Umkehrung des *Bergbohmschen* Gedankens die richtige Erkenntnis: Aus dem historischen Vorgang der Satzung oder Gewohnheit holt die Rechtsnorm ihren Inhalt. Ihre Rechtsqualität holt sie aus der Ursprungsnorm, aus der juristischen Hypothese, die die unentbehrliche Voraussetzung für den Gedanken des Rechtes als eines Normativen bildet. Diese Ursprungsnorm, diese letzte Quelle des „positiven“ Rechtes, ist allerdings selbst weder gesetzt noch gewohnheitlich erzeugt, da sie eben die Voraus-Setzung für Satzung und Gewohnheit als sogen. Rechtsquellen bildet.

Bei der Untersuchung des Verhältnisses: Gesetz und Wirklichkeit, kommt auch *Walter Jellinek* (Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, 1913, S. 26 ff.)³¹³ zu einem „obersten Satz aller Rechtsordnung“,³¹⁴ den er folgendermaßen formuliert: „Wenn in einem menschlichen Gemeinwesen ein höchster Gewalthaber (sei es das Volk, sei es der Monarch, sei es eine besondere Gesellschaftsklasse usw.) vorhanden ist, so soll das, was er anordnet, befolgt wer-

³⁰⁸ Vgl. oben S. 359.

³⁰⁹ «herauszudenkendes»] *Bergbohm*, Jurisprudenz (Anm. 290), S. 132: «heraus zu denkendes».

³¹⁰ *Bergbohm*, Jurisprudenz (Anm. 290), S. 132 – Hervorhebung von Kelsen.

³¹¹ *Bergbohm*, Jurisprudenz (Anm. 290), S. 543.

³¹² *Bergbohm*, Jurisprudenz (Anm. 290), S. 549.

³¹³ *Walter Jellinek*, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -verfügungen. Eine staats- und verwaltungsrechtliche Untersuchung, Tübingen 1913, S. 26–29.

³¹⁴ *W. Jellinek*, Gesetz (Anm. 313), S. 27 – Kelsen paraphrasiert.

|98| darum muß diese Wahl nicht *überhaupt in | jeder Richtung* willkürlich sein. Ihre theoretische Bestimmung läßt sich vielleicht erweisen. Nur daß eben die Norm, die die Wahl der Rechtsvoraussetzung bestimmt, nicht selbst Rechtsnorm, sondern eine Norm ganz anderer Art ist. Gewiß! Daß als positiv geltendes Recht eine in der Regel wirksame Ordnung vorausgesetzt wird, ist nicht bloß Tatsache, ist auch Postulat, ist in irgendeinem Sinne gesollt, geboten. Es hat aber dieses Postulat mit dem Begriffe des Rechtes nichts zu tun.

Will man die Natur dieser Norm begreifen, die fordert, nur eine wirksame Ordnung als gültiges Recht vorauszusetzen, will man diese Norm rechtfertigen, muß man versuchen, sie auf ein höheres, allgemeineres Prinzip zurückzuführen. Und ein solches ergibt sich tatsächlich in dem auf das Gebiet normativer Erkenntnis, auf | das Gebiet der *Wertung* ausgedehnten Grundsatz der Erkenntnisökonomie. So wie die Bildung der erklärenden Naturgesetze bestimmt ist durch das – dem ökonomischen Prinzip analoge – Postulat, mit möglichst einfacher Formel möglichst *viel* der tatsächlichen Gegebenheit zu erklären, so kann man im Bereiche normativer Betrachtung oder *Wertung* eine Forderung für gültig erkennen, die uns in der Wahl der Voraussetzungen derart determiniert, daß mit der aus der gewählten Voraussetzung deduzierten Ordnung als Bewertungsmaßstab möglichst viel Tatbestände als *normentsprechend*, somit als (relativ) wertvoll erkannt werden, oder mit anderen Worten, daß der Inhalt der als gültig vorausgesetzten Ordnung sich mit dem Inhalt des nach dieser Ordnung zu beurteilenden tatsächlichen Geschehens möglichst deckt, sei es, weil dieses Geschehen durch die Vorstellung dieser Ordnung motiviert ist, sei es, daß es dadurch als motiviert gedacht werden kann¹⁾.

den.³¹⁵ Gegen diese Formulierung wäre manches vorzubringen; so, daß in sie der Begriff des menschlichen Gemeinwesens nicht aufgenommen werden darf, da der „oberste Satz“ alles menschliche Gemeinwesen erst begründet; auch die Voraussetzung eines „höchsten Gewalthabers“ ist eine *petitio principii*, da das fragliche Faktum erst durch die Hypothese zu einer „höchsten“ Autorität wird. Gemeint kann nur sein eine *wirksame* Motivationsquelle. Doch sind das – angesichts der richtigen Erkenntnis von der Notwendigkeit eines obersten Satzes – nicht entscheidende Einwände. Bedenklicher ist, daß *Walter Jellinek* diesen obersten Satz einem *Naturgesetz* gleichstellt. „Der Satz hat die *gleiche* Unverbrüchlichkeit wie das Naturgesetz; wie dieses ist er unabhängig von der Wirklichkeit, die Wirklichkeit³¹⁶ sind nur Anwendungsfälle.“³¹⁷ Der Satz sei – wie das Naturgesetz – unaufhebbar. Auch diese Parallele zum Naturgesetz wäre noch diskutabel, wenn *Walter Jellinek* nicht vermeinte, sein juristisches Naturgesetz drücke ein Verhältnis von Ursache und Wirkung aus, und es sei zwar der oberste Rechtssatz, nicht aber seien die – aus ihm doch abgeleiteten – positiven Rechtssätze dem Naturgesetz zu vergleichen. Diese Vermengung von Natur- und Rechtswirklichkeit muß ich grundsätzlich ablehnen.

|99| ¹⁾ Obgleich Sein und Sollen zwei voneinander gänzlich verschiedene, aufeinander nicht rückführbare *Denkformen* sind, können sie doch gleiche *Inhalte* aufnehmen. Menschliches Handeln ist vorstellbar als Inhalt des Seins, als ein Stück Natur oder Geschichte, d. h. als Gegenstand der Natur- oder Geschichtswissenschaft, oder als gesollt, als Inhalt von Normen und sohin als Gegenstand der Rechtswissenschaft. Nur wegen dieses gemeinsamen – an sich indifferenten und in dieser Ab-

³¹⁵ *W. Jellinek*, Gesetz (Anm. 313), S. 28.

³¹⁶ «Wirklichkeit»] *W. Jellinek*, Gesetz (Anm. 313), S. 28: «Wirklichkeiten».

³¹⁷ *W. Jellinek*, Gesetz (Anm. 313), S. 28 – Hervorhebung von Kelsen.

Indem dieser dem Prinzipie der von Mach³¹⁹ aufgezeigten Denk- oder Erklärungsökonomie analoge Grundsatz unserer Werterkenntnis (des normativen Betrachtens) auf eine möglichst Reduzierung jener Spannung gerichtet ist, die zwischen Sollen und Sein besteht, tendiert er, möglichst viel als wertvoll, d. h. möglichst viel Inhalt des Seins als mit dem Inhalt des Sollens übereinstimmend, möglichst wenig als wertwidrig, d. h. möglichst wenig Inhalt des Seins als mit dem Inhalt des Sollens im Widerspruch stehend zu erkennen; er stellt somit ein wertökonomisches Prinzip, ein Prinzip der erkenntnismäßigen Erzielung eines Wertmaximums dar²⁾.

Dem rein juristischen oder moralischen Standpunkte gegenüber ist dieses die Rechts- oder Moralvoraussetzung determinierende Prinzip als außerjuristisch oder außermoralisch durchaus heterogener Natur. | Gänzlich verfehlt ist daher, wenn immer wieder versucht wird, in den Begriff des Rechtes selbst die regelmäßige Wirksamkeit seiner Normen aufzunehmen¹⁾. Der schwere methodologische Fehler, der in einem solchen Versuche liegt, ist der, daß das „Recht“, dessen Soll-Geltung in Betracht kommt und das allein der systematischen Rechtswissenschaft gegeben ist, und jenes „Recht“, von dem eine Seins-Wirkung ausgesagt werden kann, logisch zwei verschiedene Gegenstände sind. Das erstere eine Norm, das letztere ein psychischer Akt, sei es eine Vorstellung oder eine Wollung, die allerdings eine Norm zum Inhalt haben kann. Aus dem die Bildung der Ursprungshypothese bestimmenden Prinzipie, das rechtliche Sollen dem tatsächlichen Geschehen inhaltlich möglichst anzupassen, nicht aber aus dem Begriffe des Rechtes ergibt sich für den

straktion gar nicht vorstellbaren – „Substrates“ läßt sich ein tatsächliches Geschehen bewerten, speziell rechtlich beurteilen. Die Frage: Ist eine bestimmte Wirklichkeit wertvoll oder wertwidrig, ist – unter der Voraussetzung eines grundsätzlichen Dualismus von Sein und Sollen, Wirklichkeit und Wert – sinnlos. Wenn eine Wirklichkeit bewertet werden kann, so ist das eben nur in dem Sinne möglich, daß der Inhalt des Seins mit dem Inhalt des Sollens in Vergleich gesetzt wird. Vgl. dazu meine Abhandlung: „Die Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturwissenschaft“ in *Schmolers Jahrbuch*, XL. Band, Heft 3.³¹⁸

²⁾ Vgl. dazu: *Pitamic*, Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft. Oesterr. Zeitschr. für öffentl. Recht. III. Jahrg. 1918, S. 339 ff.³²⁰

¹⁾ Typisch dafür ist die Bestimmung des Rechtsbegriffs durch *Somlo*, a. a. O. S. 105:³²¹ „Recht bedeutet demnach die Normen einer gewöhnlich befolgten, umfassenden und beständigen höchsten Macht“.

³¹⁸ *Kelsen*, Rechtswissenschaft (Anm. 2), S. 1209 f. = HKW 3, S. 551–605 (578 f.).

³¹⁹ Ernst Mach (1838–1916), Physiker, Philosoph und Wissenschaftstheoretiker. Habilitation für Physik 1861 in Wien, ab 1864 o. Prof. für Mathematik in Graz, ab 1866 o. Prof. für Physik ebendort, 1867–1895 o. Prof. für Experimentalphysik in Prag (1879/1880 Rektor), 1895–1901 o. Prof. für Philosophie in Wien. Sein Name verbindet sich sowohl mit mehreren bedeutenden Entdeckungen im Bereich der Physik als auch mit grundlegenden Beiträgen zur positivistisch-empiristischen Theorie des Empiriekritizismus. Wichtige Werke: *Die Mechanik in ihrer Entwicklung*. Historisch-kritisch dargestellt, Leipzig 1883 (7. Aufl., Leipzig 1912); *Die Analyse der Empfindungen und das Verhältnis des Physischen zum Psychischen*, Jena 1886 (6. Aufl., Jena 1911); *Erkenntnis und Irrtum*, Leipzig 1905 (3. Aufl., Leipzig 1917).

³²⁰ *Leonidas Pitamic*, Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 3 (1918), S. 339–367.

³²¹ *Somló*, Grundlehre (Anm. 114), S. 105 – Hervorhebung von Kelsen.

Inhalt der Rechtsordnung, daß dieser überhaupt realisierbar sei und auch in der Regel realisiert werde. Ohne auf diese Relation zum Inhalt des Rechtes hier näher einzugehen, sei lediglich noch bemerkt, daß es keineswegs das *einzig*e determinierende Prinzip ist. Wäre es dies, dann läge nichts im Wege, als rechtlich oder moralisch oder sonstwie gesollt zu erklären, was tatsächlich geschieht, d. h. jede mögliche Spannung zwischen dem Inhalt des Seins und jenem des Sollens zu eliminieren oder *alles*, was in der Sphäre der Natur-Wirklichkeit sich vollzieht, auch jeden historischen Vorgang für wertvoll, insbesondere aber für Recht oder rechtmäßig zu erkennen, so wie dies bei *Spinoza*³²² der Fall ist, der das Recht mit der faktischen Macht identifiziert,³²³ oder bei *Hegel*³²⁴, der alles was ist, für vernünftig erklärt, also auch als gesollt hinstellt, der die Entwicklung des Seins der Natur und Geschichte mit der Entfaltung des Wertes identifiziert.³²⁵ Daß dies im Grunde aber nur die Ueberwindung des Gegensatzes von Wert und Wirklichkeit oder die Ausschaltung des spezifisch-normativen Standpunktes bedeutet, ist selbstverständlich.

Nur um mögliche Mißverständnisse zu meiden, sei schließlich noch hervorgehoben, daß in der Annahme einer erkenntnistheoretischen Determinierung der Wahl des Ausgangspunktes keinerlei Beeinträchtigung der *Rechtssouveränität* gelegen ist. Die Gültigkeit der Rechtsordnung kann ebensowenig aus dem Prinzip des Wertmaximums abgeleitet werden, wie die Richtigkeit der physikalischen Gesetze aus dem Prinzip der Denk- oder Erklärungsökonomie. Allerdings muß schon jetzt hervorgehoben werden, daß das die Ursprungsnorm, die Verfassung des Einzelstaates bestimmende Postulat einen | wesentlich anderen Charakter annehmen und als Rechtsnorm auftreten kann, wenn die Vorstellung von der Souveränität der einzelstaatlichen Rechtsordnung fallen gelassen und über allen Einzelstaaten eine Völkerrechtsordnung angenommen wird, die nur eine in der Regel wirksame Zwangsordnung als Teilordnung delegiert. Doch kann dies des Näheren erst im Zusammenhange mit der Untersuchung des Verhältnisses zwischen der Völkerrechtsordnung und der staatlichen Rechtsordnung dargestellt werden¹⁾.

| 101 |¹⁾ Vgl. unten § 51.³²⁶

³²² Benedictus oder Baruch de Spinoza, auch: Bento d’Espinoza (1632–1677), einer portugiesisch-jüdischen Kaufmannsfamilie entstammender niederländischer Philosoph des ethischen Rationalismus. Wichtige Werke: *Tractatus theologico-politicus*, Hamburg und Amsterdam 1670; *Ethica ordine geometrico demonstrata*, o. O. 1677.

³²³ Vgl. *Baruch de Spinoza*, *Tractatus politicus* (1677), in: Carl Gebhardt (Hrsg.), *Spinoza opera*, Bd. 3, Heidelberg 1925, S. 269–360 (276f., §§ II–IV).

³²⁴ 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.

³²⁵ Vgl. z. B. *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin 1821, Vorrede, S. XIX.

³²⁶ Vgl. unten S. 494–498.

Die Theorie des Völkerrechts und das Souveränitätsdogma.

Fünftes Kapitel.

Das gegenseitige Verhältnis zweier Normensysteme.

§ 25. *Einstellung des Problems.*

So sehr die deutsche Theorie des öffentlichen Rechtes – im Widerspruch zu ihren eigenen Voraussetzungen – bemüht ist, im Bereiche des Staatsrechtes die Souveränität als wesentliche Eigenschaft des Staates – insbesondere hinsichtlich der ihm eingegliederten Teilordnungen oder Gemeinwesen – zu eliminieren, so fest hält sie an diesem Merkmal im Bereiche des Völkerrechtes, wo es gilt, das rechtliche Verhältnis des Staates zu anderen Staaten zu bestimmen. Welch seltsame Verkehrt-heit! Denn so unentbehrlich die Souveränität ist, um eine Ordnung oder das sie personifizierende, sie vergegenständlichende Gemeinwesen gegenüber niederen, eingegliederten, unterstellten Ordnungen oder Gemeinwesen *wesentlich* zu differenzieren, so unvereinbar ist die Souveränität als Attribut des Staates mit der Annahme der Koexistenz anderer, prinzipiell gleichgestellter, ebenso souveräner Staaten unter einer über allen diesen Staaten stehenden, sie verbindenden Ordnung des Völkerrechtes.

Indes ist diese Vorstellung von dem Verhältnis des Völkerrechts zu der staatlichen Rechtsordnung weder die einzig mögliche, noch auch die vorwiegende oder auch nur eine in der herrschenden Lehre konsequent durchdachte Konstruktion. Man denkt sich das Völkerrecht auch als eine dem staatlichen Rechte subordinierte, von diesem delegierte oder ihm eingegliederte Ordnung, oder man versucht, das Völkerrecht in gänzlicher Unabhängigkeit von der staatlichen Rechtsordnung als ein diesem gegenüber selbständiges Normensystem vorzustellen. Dann freilich bleibt die Souveränität des Staates gewahrt. Vom Standpunkt einer Theorie des Völkerrechtes erscheint somit | das Problem der Souveränität geradezu | 103
identisch mit dem Problem des gegenseitigen Verhältnisses der beiden Normensysteme. Auf dieses Verhältnis muß also des Näheren eingegangen werden.

Um das Wesen des damit gestellten Problems zu erkennen, muß man sich vor allem klar machen, daß es sich um eine Frage handelt, die *letzten Endes* nicht durch positivrechtliche Satzung beantwortet werden kann. Sicherlich ist es möglich, daß

eine staatliche Rechtsordnung ihr Verhältnis zum Völkerrecht in einem Rechts-satze festlegt, indem sie das Völkerrecht oder bestimmte Teile desselben als einen Bestandteil ihres eigenen Systems erklärt¹⁾, oder aber auf die Herstellung eines solchen Verhältnisses ausdrücklich verzichtet. Auch wäre eine Norm des positiven Völkerrechts denkbar, die autoritativ eine bestimmte Relation zu den staatlichen Rechtsordnungen setzt. Allein jede dieser positiv rechtlichen Regelungen setzt schon eine bestimmte *Hypothese* über das Grundverhältnis der beiden Normsysteme voraus. Je nachdem ob man sich auf den einseitigen Standpunkt des staatlichen oder auf den des Völker-Rechts stellt, verschiebt sich auch die *Voraussetzung* für die Lösung des Problems. Worauf es aber für die *Rechtswissenschaft* ankommt, ist das: Die möglichen Hypothesen systematisch zu entwickeln und in allen ihren Konsequenzen zu durchdenken.

In der neueren Theorie des Völkerrechts ist die Frage nach dem Verhältnis dieses Normensystems zum staatlichen Recht allzusehr in den Hintergrund gedrängt worden von dem Problem, ob dem Völkerrechte überhaupt, ob ihm der vollkommene oder der unvollkommene *Rechts*charakter zukomme. Dennoch wäre gerade von einer Beantwortung der ersteren Frage ein weit sicherer Aufschluß über das Wesen des Völkerrechts zu erwarten als von der anderen, auf eine mehr oder weniger willkürliche Rechtsdefinition hinauslaufenden Problemstellung.

Die Frage nach dem Grundverhältnis zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht steht – auch in der gelegentlichen Bearbeitung seitens der herrschenden Lehre – im innigsten Zusammenhang (ja fällt zum Teil zusammen) mit der Lehre von den *Quellen* beider Ordnungen und ihrer gegenseitigen Beziehung, mit der Bestimmung des Gegenstandes oder Norm-*Objektes* beider Systeme und der Annahme einer Gleichheit oder Verschiedenheit desselben und mit dem Begriff des Adressaten, an den sich die Normen des Völker- | und des staatlichen Rechtes wenden, d. h. des Norm-*Subjektes* und den Problemen seiner Identität.

Diese Probleme sind keineswegs für das Verhältnis zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht allein charakteristisch. Sie bieten sich ebenso einer Untersuchung der Beziehung zwischen Recht und Moral, wie überhaupt jeder Relation zweier Normensysteme. Diese wäre zunächst zu analysieren, d. h. klarzustellen, in welchem Verhältnis zwei Normensysteme als solche und unabhängig von ihrem besonderen Inhalt zueinander stehen können. Eine allgemeine Theorie des Normativen wäre die notwendige Vorarbeit für die Lösung dieses speziellen – und manches anderen – juristischen Problem.

Ueber dessen methodologische Natur herrscht in der neueren Theorie außerordentliche Unsicherheit. Von vornherein muß daher mit größtem Nachdrucke

| 103 ¹⁾ So neuestens die deutsche Reichsverfassung vom 11. August 1919, deren Art. 4³²⁷ lautet: „Die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts gelten als bindende Bestandteile des deutschen Reichsrechts.“

³²⁷ Art. 4 WRV 1919 (Anm. 219).

festgestellt werden, daß es sich um rein *norm-logische* Fragen handelt. Nicht irgendwelche psychologischen Beziehungen zwischen verschiedenen Willensträgern, nicht Wechselwirkungen faktischer Macht- und Herrschaftsverhältnisse sind zu suchen, sondern lediglich die möglichen *logischen* Relationen aufzudecken, die sich der Erkenntnis bieten, wenn versucht wird, mit zwei Ordnungen zu operieren.

Mit den naiven Augen der Durchschnittsvorstellung gesehen, scheinen sich auf den ersten Blick drei Grundmöglichkeiten zu bieten. Entweder die beiden Normsysteme sind voneinander gänzlich verschieden und *unabhängig*; sie stehen in keiner auf irgendeine Einheit zielenden Beziehung – und jede „Beziehung“ ist eben ein Einheitsbezug. Oder aber es besteht eine solche Beziehung, und diese ist dann das Verhältnis der *Ueber- und Unterordnung* zwischen beiden Systemen; oder das der *Koordination*, hergestellt durch eine gemeinsam über den beiden koordinierten Ordnungen aufgebaute, beide als Teilordnungen gleichermaßen umfassende höhere Ordnung.

Die letztere Möglichkeit kommt für das Verhältnis des Völkerrechts zur staatlichen Rechtsordnung mangels einer dritten auch über dem Völkerrecht stehenden Ordnung nicht in Betracht. Mit der Annahme, daß die Normensysteme A und B, die man irgendwie als gegeben betrachtet, tatsächlich und endgültig *zwei* Ordnungen nur unter der Voraussetzung darstellen, daß beide voneinander unabhängig sind und in keinerlei Beziehung zueinander stehen, ist – wie noch später näher zu zeigen sein wird³²⁸ – keineswegs die Möglichkeit einer gleichzeitigen und konkurrierenden *Geltung* beider gesetzt. Vielmehr ist die Annahme *zweier* Normsysteme, sofern ihre *Geltung* in Frage kommt, nur im Sinne einer *Alternative* |105 denkbar; entweder das eine *oder* das andere Normsystem kann als gültig vorausgesetzt werden. Nicht aber beide zugleich. Denn das Postulat der *Einheit* der Erkenntnis gilt unbeschränkt auch für die normative Ebene und findet hier seinen Ausdruck in der Einheit und Ausschließlichkeit des als gültig vorausgesetzten Normensystemes, was gleichbedeutend mit der notwendigen Einheit des Betrachtungs-, Bewertungs- oder Deutungsstandpunktes ist.

§ 26. Die Verschiedenheit der „Quellen“.

Fragt man, worauf die Verschiedenheit zweier Ordnungen schließlich beruht, so erkennt man, daß es die Verschiedenheit der „Quellen“ ist, aus denen sich in deduktiver Entfaltung verschiedene Normensysteme ergeben. Innerhalb der unter allen normativen Gebieten am meisten theoretisch bearbeiteten *Rechtswissenschaft* ist dieser Begriff der „Quelle“ ein sehr geläufiger. Doch stellt er sich hier nicht in seiner Reinheit, sondern meist von psychologischen, soziologischen Elementen getrübt dar. Normquelle im allgemeinen wie Rechts(norm)-Quelle im besonderen ist nicht ein tatsächlicher Vorgang, ein seelisches oder gesellschaftliches Geschehen. Es handelt sich hier nicht um die *Entstehung* gewisser *Normvorstellungen*.

³²⁸ Siehe unten S. 383–387.

Dieses Problem, sofern es überhaupt exakt lösbar ist, liegt gänzlich außerhalb der spezifisch normativen Betrachtung. Nicht um die Feststellung einer Ursache von Vorstellungen, Wollungen oder Handlungen als spezifischer Wirkungen innerhalb der sozialen Seinsebene, sondern um die Erkenntnis des *Grundes* für die *Soll-Geltung* einer Ordnung, um die Beziehung von Erkenntnisgrund und Folge innerhalb der Sollebene handelt es sich. Darum kann, weil der Grund für die Geltung von Normen immer wieder nur eine Norm sein kann, nur eine solche und zwar als letzte, oberste vorausgesetzt, als „Quelle“ gelten. Quelle ist der „Grundsatz“, aus dem als aus seinem Ursprunge ein System von Normen erzeugt wird. In der Einheit und Besonderheit dieses Ursprungs, dieser Grundnorm, liegt das principium individuationis, liegt die Besonderheit einer Ordnung als eines Systems von Normen. Gänzlich in die Irre geht darum die normativ-juristische Erkenntnis, wenn sie als Rechtsquelle das Faktum einer Gewohnheit oder einer bewußten Satzung, die so benannten sozialen Tatsachen zu verstehen sucht. Denn es kann aus irgendeiner Seinstatsache keine Sollgeltung einer Norm abgeleitet werden; und nur als Inhalt einer – | Satzung oder Gewohnheit delegierenden – Norm kämen beide Momente überhaupt in Betracht. Diese *Norm*, die ein Verhalten als gesollt statuiert, das inhaltlich durch Satzung oder Gewohnheit bestimmt wird, kann als „Quelle“ gelten¹⁾. Als Faktum, d. h. in der Form des Seins gedacht, sind Satzung oder Gewohnheit in demselben Sinn keine „Quelle“, wie sie kein Ursprung, kein Anfang oder Ausgangspunkt der normativen Erkenntnis, sondern selbst nur ein in der Kette von Ursache und Wirkung stehendes, nicht auszuscheidendes Glied sind. Ebenso irrig ist es, wenn als Antwort auf die normlogische Frage nach der Quelle einer Rechtsordnung ein „Wille“ aufgesucht wird, sei es des Staates oder einer anderen Gemeinschaft, oder wenn man – was gerade bei Juristen häufig geschieht – die Rechtsquelle überhaupt nur als „Wille“ gelten lassen will. Nun mag es seine Berechtigung haben, das Recht oder sonst eine Ordnung als Wille zu bezeichnen. Es kommt hier zwar jene anthropomorphisierende Tendenz besonders stark zum Ausdruck, die das ganze Gebiet der von sinnlicher Anschaulichkeit weit entfernten Rechtserkenntnis beherrscht. Allein wenn man sich bewußt wird, daß der hier verwendete Willensbegriff jeden psychologischen Sinn abgelegt hat und in rein normativer Bedeutung auftritt, dann mag immerhin das Sollen, das die spezifische Geltungsexistenz der Ordnung bedeutet, und die Einheit dieser Ordnung ihren analogischen Ausdruck in dem Begriffe des ursprünglich und eigentlich nur menschlichen Willens finden, in dem Einheit und Sollen zum unmittelbaren Erlebnis wird²⁾. Und nur in jenem unpsychologischen Sinn, in dem das Wollen zum Sollen wird, kann als „Quelle“, sei es des Rechts, sei es einer anderen Ordnung, ein

| 106 |¹⁾ Vgl. die Ausführungen des ersten Teils S. 97 Anm. 1.³²⁹

²⁾ Vgl. die Ausführungen des ersten Teils S. 9 f.³³⁰

³²⁹ Vgl. oben S. 362–364 Anm. 1 (362 f.).

³³⁰ Vgl. oben S. 280 Anm. 1.

„Wille“, d. h. aber nur ein Soll-Satz als Grund und Ursprung einer Summe aus ihm abgeleiteter Sollsätze gelten, die zusammen mit ihm, weil von ihm umspannt, in ihm beschlossen, eine einheitliche Ordnung bilden. Doch kann nicht oft und nicht nachdrücklich genug auf die Gefahr dieser Terminologie hingewiesen werden, die immer wieder zu schweren Entgleisungen ins Psychologische, also in ein der normativen Betrachtung wesensfremdes, aber eben gerade jenes Gebiet führt, aus der diese Betrachtung ihre dem Sinne nach völlig geänderten Termini holt.

In seinem eigentlichen Sinne ist der Begriff der Quelle als ein letzter, ein höchster, als ein „Grund“-Satz zu verstehen, über den zwar faktisch weiter hinausgefragt werden kann, aber voraussetzungsgemäß nicht weiter hinausgefragt wird. „Quelle“ ist die als nicht weiter ableitbar vorausgesetzte Norm. Um als Beispiel ein möglichst einfaches Verhältnis anzuführen, sei wieder die Rechtsordnung eines absolut monarchischen Staates herangezogen. Die Rechtsquelle ist hier der Satz: Verhalte dich so, wie der Monarch befiehlt. Es ist dasselbe, was früher als Verfassung im rechtslogischen Sinne bezeichnet wurde. Daß man diesen Satz als letzte, nicht weiter ableitbare Norm voraussetzt, darin liegt – wie früher gezeigt – ebenso die Positivität des Rechts wie die Souveränität des Staates¹⁾. Hier ist festzustellen, daß nur dann zwei voneinander verschiedene, gänzlich unabhängige Normensysteme vorliegen, wenn sie aus zwei verschiedenen, voneinander gänzlich unabhängigen, d. h. auseinander in keiner Weise ableitbaren, aufeinander in keiner Weise rückführbaren „Quellen“ oder Grundsätzen, Ursprungsnormen entwickelt werden müssen.

| 107

§ 27. Normobjekt (*Gegenstand der Normierung*) und Normsubjekt (*Adressat*).

Die Quelle ist sonach maßgebend für die Individualität einer Ordnung. Nicht dagegen – wie mitunter angenommen wird – der Inhalt der Ordnung, der Gegenstand der Regelung, das *Norm-Objekt*. Nur wenn zwei Ordnungen verschiedene Gegenstände regeln, weil sie auf verschiedene Quellen zurückzuführen sind, kann die Verschiedenheit des Normobjekts als ein sekundäres Element der Differenzierung zweier Ordnungen gelten. Nicht weil oder insoferne das Recht etwa das äußere, die Moral das innere Verhalten der Menschen normiert, sind Recht und Moral zwei voneinander verschiedene Normsysteme, sondern nur deshalb und nur insoferne, als beide auf verschiedene voneinander unabhängige Quellen zurückzuführen sind. Da aus der Idee der Ordnung an sich keineswegs deren unbegrenzte Ausdehnungsfähigkeit nach jeder Richtung sich ergibt, vielmehr die Beschränkung auf ein bestimmtes Gebiet – etwa menschliches Verhalten überhaupt, oder nur ein bestimmtes menschliches Verhalten, wie Handeln, Denken usw. – durchaus möglich ist, ist der Fall denkbar, daß zwei, ihrer Quelle nach verschie-

¹⁾ Vgl. die Ausführungen des ersten Teils S. 85f.³³¹

| 107

³³¹ Vgl. oben S. 352f.

dene Ordnungen auch ihrem Inhalte nach sich auf verschiedene Objekte beziehen. Doch auch der umgekehrte Fall ist denkbar, daß zwei verschiedene Normsysteme ganz oder teilweise das gleiche Normobjekt haben. Der Schluß ist jedenfalls falsch: weil Verschiedenheit der Quelle, darum notwendig auch Verschiedenheit des Objektes. Dabei wird „Objekt“ im Sinne eines von seiner Form abstrahierten Inhalts | 108 | verstanden. Eine solche Isolierung des *Inhalts* von seiner *Vorstellungsform* (hier „Sollen“, „Norm“) ist natürlich nur eine Fiktion. Der aus Form *und* Inhalt gebildete „Gegenstand“: das Recht oder die Moral usw. ist bei Verschiedenheit der „Quelle“ natürlich verschieden.

Haben zwei verschiedene Normsysteme ganz oder teilweise das gleiche Normobjekt, dann ist die Frage nach der Möglichkeit des Normkonflikts gegeben. Der gleiche Norminhalt wird möglicherweise innerhalb des einen Normsystems als positiv, innerhalb des anderen als negativ gesollt statuiert, oder wie man sich auch ausdrücken kann, von der einen Ordnung geboten, von der anderen verboten. Beispiele zeigt das Verhältnis zwischen Recht und Moral oder Sitte und Religion. Solcher Normkonflikt könnte sich nur bei gleichzeitiger, konkurrierender Geltung beider voneinander unabhängiger Ordnungen ergeben und wäre mangels eines Einheitsbezuges zwischen beiden unlösbar. Da es die Aufgabe jeder Erkenntnis – auch der normativen – ist, zu einem System einander nicht widersprechender, innerlich zusammenhängender Urteile zu gelangen, oder mit anderen Worten: da Erkenntnis den sich darbietenden Widerspruch zu überwinden hat, bedeutet: daß die Annahme zweier selbständiger, voneinander unabhängiger Normsysteme die Möglichkeit eines Normenwiderspruches enthält, die Bestätigung des bereits eingangs aufgestellten Grundsatzes, daß *zwei* Normensysteme nicht gleichzeitig nebeneinander als gültig vorausgesetzt werden können, daß man stets nur mit dem einen *oder* dem anderen operieren darf. Das Postulat der Einheit normativer Erkenntnis ist gleichbedeutend mit der Ausschließlichkeit der jeweils als gültig angenommenen Ordnung.

Der Möglichkeit einer Identität des Normobjektes bei Verschiedenheit der Ordnung entspricht nicht die analoge Möglichkeit einer Identität des Normsubjektes. Daß sich zwei voneinander verschiedene Normsysteme ganz oder teilweise an dieselben Personen als Adressaten wenden, ist – trotzdem die entgegengesetzte Meinung vielfach vertreten wird – nicht denkbar. Zur Sicherstellung dieser Behauptung bedarf es allerdings einer Klärung des Personenbegriffes und seines Verhältnisses zum Begriff der Ordnung¹⁾. Ueberwunden werden muß die populärjuristische Vorstellung, die Person sei eine der Rechtsordnung gegenüberstehende, unabhängig von der juristischen, d. h. auf die Rechtsordnung gerichteten Erkenntnis existente Realität. Die deutliche Scheidung, welche die herrschende Lehre

| 108 | ¹⁾ Vgl. dazu die Ausführungen des ersten Teiles S. 20f.³³²

³³² Vgl. oben S. 291f.

zwischen „Mensch“ (als biologisch-physiologischer Einheit) und „Person“ (als | spezifisch juristisch-normativem Gebilde) vollzieht, muß in ihrer vollen Konsequenz durchdacht werden. Das Rechtssubjekt – die physische wie die sogenannte | 109
juristische Person, welch letztere nicht um ein Haar mehr „juristisch“ ist als die sogenannte physische – hat keine Naturrealität, sondern – als Produkt juristischer Erkenntnis – nur die Natur des Rechtes selbst. Das spezifische „Subjekt“ der Rechtswissenschaft ist nichts anderes als eine von der juristischen Erkenntnis vollzogene Personifikation; und das Substrat dieser Personifikation kann – wie bereits in einem anderen Zusammenhang festgestellt wurde³³³ – nichts anderes sein als der Gegenstand der juristischen Erkenntnis: die Rechtsnormen. Nach irgendeinem, hier nicht näher zu untersuchenden Individuationsprinzip wird ein bestimmter Normenkomplex (etwa alle das Verhalten eines bestimmten Menschen, oder das gegenseitige Verhalten einer Mehrheit von Menschen bestimmenden Normen) als einheitliches System zum Zwecke größerer Anschaulichkeit personifiziert. So wird die „physische“ und die „juristische“ Person gesetzt, die beide nur als Hilfsbegriffe der auf das Erfassen und geistige Beherrschen des Rechtsnormensystems gerichteten Erkenntnis fungieren. Das Rechtssubjekt ist *das Recht als Subjekt* im Gegensatz zum Recht als Objekt, dem Recht im objektiven Sinne. Recht als Objekt ist nicht identisch mit dem Objekt *des* Rechtes, d. i. dem *Inhalt* des Rechtes. Normobjekt und Normsubjekt sind nicht analog gebaute Begriffe.

Ist diese Grundanschauung vom Wesen der Person richtig, so bedeutet die Verschiedenheit des Normsystems auch die Verschiedenheit der Normsubjekte dieses Systems, d. h. eben der Personifikationen einzelner Normkomplexe desselben oder des Systems als Ganzen. Hält man sich von dem allerdings weitverbreiteten Denkfehler frei, diese Personifikationen zu hypostasieren, dann fällt die Vorstellung von selbst in sich zusammen, die eine so große Rolle in der herrschenden Lehre spielt: Zwei verschiedene Normsysteme wenden sich an dasselbe Subjekt als an den identischen Adressaten ihrer Gebote und Verbote. Ist das Verhalten desselben *Menschen* Inhalt sowohl des Rechtes wie der Moral, dann liegt eine Konkurrenz des *Normobjektes* bei Verschiedenheit der Normsubjekte vor. Die Person des Rechtes und die Person der Moral sind eben verschiedene Personen.

Dem Bilde, dessen man sich in der Bezeichnung der Person oder des Normsubjektes als des „Adressaten“ der Norm bedient, entspricht die analoge Personifikation, mit der man die „Quelle“ der Ordnung als „Adressant“³³⁴ der Normen, als „Autorität“ vorstellt. Der | Verschiedenheit des Adressaten entspricht in voller | 110
Parallelität die Verschiedenheit des Adressanten, so daß als Grundsatz zu gelten hat: Verschiedene Ordnungen entspringen ebenso verschiedenen Quellen oder *Autoritäten*, wie sie sich stets und begriffsnotwendig an verschiedene *Personen* oder Adressaten richten.

³³³ Vgl. oben S. 292 f.

³³⁴ Der Adressant ist der Absender.

Die Erkenntnis von der eindeutigen Zuordnung einer bestimmten Person oder Personenkategorie zu einer bestimmten Ordnung führt zu einer wichtigen Konsequenz für das Problem des sogenannten Normen- oder Pflichtenkonfliktes.

Daß es einen objektiven Normenkonflikt als Widerspruch der Norminhalte zweier gleichzeitig in Geltung stehender verschiedener Ordnungen nicht geben könne, wurde bereits im Vorhergehenden festgestellt.³³⁵ Allein selbst die Möglichkeit einer solchen Normkonkurrenz im objektiven Sinn, eines solchen Konfliktes im Normobjekt vorausgesetzt, d. h. unter der einstweiligen Annahme, daß derselbe Inhalt, etwa dasselbe menschliche Verhalten, das Verhalten desselben Menschen, in verschiedenen Ordnungen in entgegengesetzter Sollgeltung auftritt, kann es doch keinen subjektiven Pflichtenkonflikt in dem Sinne geben, daß – wie man vorzustellen pflegt – innerhalb derselben *Person* zwei Ordnungen aufeinanderstoßen. Wenn für das sittliche Subjekt die Pflicht *a* gilt, dann kann wohl für das Rechtssubjekt die Pflicht des Inhalts *non a* gelten, allein das Subjekt der sittlichen Pflicht ist stets ein anderes als dasjenige der Rechtspflicht, selbst wenn es das Verhalten desselben *Menschen* ist, das den Inhalt beider Pflichten bildet. Die Person ist nur der Mikrokosmos im Verhältnis zum Makrokosmos der sittlichen oder der Rechtsordnung. Und ebensowenig wie in ein und derselben Ordnung die Inhalte *a* und *non a* zugleich gelten können, kann dieser Widerspruch als Konflikt der subjektiven Pflichten in einer und derselben Person bestehen. Denn auch die Einheit der Person ist nur die Widerspruchslosigkeit ihrer idealen Existenz.

Psychologisch allerdings – d. h. im Bereiche der Seinsebene – mag der *Mensch* einen Konflikt, einen *Zweifel* empfinden, ob er nach den Vorschriften dieser oder jener Ordnung handeln solle. Er ist vor die rein im Tatsächlichen befangene und normativ nicht zu entscheidende Wahl zwischen zwei voneinander verschiedenen Ordnungen gestellt. Und dieser „Konflikt“ kommt ebenso in dem Dilemma zum Ausdruck: ob er sittlich oder rechtlich, wie in dem, ob er als sittliche oder als Rechtsperson handeln will.

Der provisorisch vorausgesetzte Widerspruch zwischen zwei voneinander unabhängigen Ordnungen ist unlösbar, sofern er eben bei Annahme der Geltung |111 *beider* Ordnungen nicht aufgehoben werden kann. Voraussetzungsgemäß, denn dies ergibt sich aus der Unmöglichkeit, eine Ordnung auf die andere zurückzuführen. Aus dem eingangs Gesagten ist aber zu folgern, daß ein solcher Normenkonflikt überhaupt nicht zur Auflösung aufgegeben werden kann. Denn wenn auch gedanklich zwei verschiedene Ordnungen einander gegenübergestellt, also so behandelt werden können, *als ob* sie nebeneinander in Geltung stünden – so wie etwa die Sätze einer dreidimensionalen Geometrie mit denen einer vierdimensionalen verglichen werden – so kann doch jede besondere normative Betrachtung nur von einer *einzig*en Ordnung ausgehen, oder mit anderen Worten: Das Ergebnis jeder normativen Betrachtung, die gültige Sollsätze erkennen will, kann immer

³³⁵ Vgl. oben S. 372.

nur ein logisch geschlossenes einheitliches Normensystem sein. Immer wieder muß betont werden: Die Einheit der Ordnung ist das Grundaxiom aller normativen Erkenntnis. Niemals kann z. B. der Jurist als solcher neben der Gültigkeit einer Rechtsnorm des Inhalts *a* eine gültige Moralnorm des Inhalts *non a* behaupten. Er kann nur sagen: wäre ich Moralist – was ich aber nicht bin – dann müßte ich die Geltung von *non a* annehmen. Innerhalb einer speziellen normativen Betrachtung ist ein echter objektiver Normenkonflikt undenkbar.

§ 28. *Das Verhältnis einer „höheren“ zu einer „niederen“ Ordnung:
die Delegation oder Verweisung.*

Wenn von einer Beziehung zweier Normensysteme gesprochen wird, muß ihre gleichzeitige Geltung vorausgesetzt sein. Ist aber eine solche „Beziehung“ angenommen, dann ist damit schon die endgültige „Zweiheit“ aufgegeben und nur als eine vorläufige erkannt, die letzten Endes in der Einheit jener „Beziehung“ aufgeht, die zu suchen ist.

Von den möglichen Beziehungen zweier Normensysteme kommt mit Rücksicht auf das Verhältnis des Völkerrechts zur staatlichen Rechtsordnung zunächst nur das der *Ueber- und Unterordnung* in Betracht. Die *Nebenordnung* zweier Normensysteme ist nur mit Hilfe einer über den beiden koordinierten Systemen stehenden, sie gegenseitig abgrenzenden und so koordinierenden Ordnung denkbar. Auch dieses Verhältnis stellt sich somit als ein solches der Ueber- und Unterordnung dar. Von unmittelbarer Bedeutung wird dieser spezielle Fall für das Verhältnis der einzelstaatlichen Rechtsordnungen zueinander mit Beziehung auf das ihnen gemeinsame Völkerrecht.

Worin besteht nun die Unterordnung, in der ein Normensystem zu einem anderen, übergeordneten gedacht werden kann? Ein Norm|system ist einem anderen „untergeordnet“, wenn es seine Geltung aus einer „höheren“ Ordnung ableitet, die als „über“ der anderen Ordnung stehend gedacht wird. Eine Ordnung, die ihre Geltung aus einer höheren Norm ableitet, entbehrt der Souveränität. Die Vorstellung der „Unter- und Ueberordnung“, der Eigenschaft des „höheren“ und „niederen“ sind Verbildlichungen des *logischen* Verhältnisses der Deduktion, mit der die Geltung des Soll-Urteils, das die „niedere“ Norm darstellt, aus dem nicht weiter ableitbar (d. h. souverän) gedachten Soll-Urteile, mit welchem die „höhere“ Norm dargestellt wird, sich erschließen läßt oder mit anderen Worten „erzeugt“ wird. Schon diese rein logische Beziehung zeigt, daß die niedere Ordnung, weil und soferne sie aus einer „höheren“ abgeleitet wird, in dieser höheren Ordnung beschlossen sein muß. Im Falle eine Unter- und Ueberordnung zwischen zwei Normensystemen angenommen wird, kann im Grunde gar nicht mehr von zwei verschiedenen Ordnungen gesprochen werden. Denn die niedere muß als in der höheren enthalten, muß als deren Bestandteil gedacht werden. Es ist nur ein einziges Normensystem gegeben. Die Vorstellung von zwei Ordnungen kann keine

endgültige sein. Wenn eine Ordnung ihrer Geltung nach aus einer höheren erzeugt werden kann, dann muß sich in der „höheren“ Ordnung eine Norm finden, die als „Quelle“ für die niedere fungiert. Die Einheit dieser „Quelle“ ist es, die die Individualität der niederen, abgeleiteten Ordnung ausmacht und sie als ein geschlossenes Ganzes „unter“ der „höheren“ Ordnung vorstellen läßt. Das einfachste Beispiel für ein derartiges Verhältnis der Ueber- und Unterordnung bietet innerhalb der staatlichen Rechtsordnung die Beziehung von Gesetzes- und Verordnungsrecht. Unter den in Gesetzesform erscheinenden Rechtssätzen bestimmt einer – als ein reiner Blankettrechtssatz – daß innerhalb eines bestimmten Bereiches unter bestimmten Bedingungen geschehen solle, was nicht in Form des Gesetzes (Parlamentsbeschluß), sondern in der Form der Verordnung (genereller Befehl bestimmter Exekutivorgane) angeordnet werde. Der Blankettrechtssatz enthält eine „Verweisung“ oder „Delegation“ und bildet als solcher die „Quelle“ für alle in Form der Verordnung auftretenden Rechtsnormen, die für sich ein einheitliches, dem System der Gesetzesrechtssätze untergeordnetes Normensystem darstellen. Allein gerade diese Delegation oder Verweisung zwingt die juristische Erkenntnis, rückläufig die Normen des Ordnungssystems in die höhere, delegierende Ordnung zu verlegen, sie dorthin „zuzurechnen“, von wo die Verweisung ausgeht. In dieser Delegation oder Verweisung ist rechtlich nichts anderes als eine „Ermächtigung“ zu erblicken. Und es liegt rechtslogisch der gleiche Gedanke vor, ob man den die Delegation enthaltenden Blankettrechtssatz als einen Rahmen vorstellt, der von den delegierten Verordnungsrechtssätzen ausgefüllt wird, oder ob man im Sinne der in der Delegation gelegenen Ermächtigung die Normen der ermächtigten Stelle der ermächtigenden Autorität zurechnet, so wie man die Rechtshandlung des Bevollmächtigten dem Vollmachtgeber zurechnen muß. Delegation, Verweisung, Ermächtigung, Vollmacht, all dies sind im Grunde genommen – wenn nicht überhaupt Synonyma – so doch nur Spielarten des gleichen normlogischen Verhältnisses, das seinem Wesen nach keineswegs auf das Rechtsgebiet beschränkt ist.

Die Einheit des übergeordneten mit dem untergeordneten Systeme aber bewährt sich in der Unmöglichkeit eines logischen Widerspruchs zwischen dem Inhalt der Normen beider Systeme. Wie immer man das Verhältnis konstruieren mag, bei dem ein Normensystem einem höheren als untergeordnet erscheint, niemals wird – rein normlogisch betrachtet – eine Norm der niederen Ordnung zu einer solchen der höheren Ordnung kontradiktorisch entgegengesetzt sein können. Diese Konsequenz ergibt sich aus dem Umstande, daß das Verhältnis der „Ueber- und Unterordnung“ nur die bildliche Darstellung des Verhältnisses der logischen Ableitung ist. Und weil „Verweisung, Delegation und Ermächtigung“ gleichsam nur Uebersetzungen dieser logischen Grundrelation in die normative Terminologie sind, ist es begrifflich unmöglich, daß eine (die höhere) Ordnung auf eine Norm oder Ordnung (die niedere) „verweist“, zur Setzung einer Norm oder Ordnung delegiert oder „ermächtigt“, die sich zu der höheren Ordnung in Widerspruch setzt. Das liegt im Begriffe der Verweisung, Delegation oder Ermächtigung. In der

spezifischen Rechtssprache – der Terminologie der auf Rechtsnormen gerichteten Erkenntnis – sagt man: Jede Norm des untergeordneten Systems, die sich zu der höheren Ordnung ihrer Quelle in Widerspruch setzt, ist von vornherein nichtig, d. h. ist überhaupt keine gültige Norm, ist nicht als gegeben zu betrachten. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Verweisung, Delegation oder Ermächtigung mit oder ohne Kompetenzabgrenzung für die niedere Ordnung erfolgt. Daß eine sachlich über die gezogenen Grenzen greifende Norm mangels jeder Geltungsquelle, jedes Geltungsgrundes nichtig sein muß, leuchtet von vornherein ein. Dagegen scheint im Falle einer – theoretisch immerhin denkbaren – Delegation ohne jede Begrenzung der ermächtigten Autorität auch die Satzung einer der delegierenden Ordnung widersprechenden Norm möglich. Doch erweist sich dies bei näherer Betrachtung als ein Irrtum. Denn hier derogiert die jüngere Norm | des delegierten Systems der mit ihr im Widerspruch stehenden älteren der höheren Ordnung nach dem Prinzip *lex posterior derogat priori*. Im Falle einer begrenzten Delegation, d. h. wenn eine Ordnung nur innerhalb bestimmter Grenzen auf die Geltung anderer Normen verweist, eine Ermächtigung zur Normensetzung nur für ein fest abgestecktes Gebiet erteilt ist, gilt der Grundsatz der *lex posterior* nur innerhalb dieser durch die Delegation begrenzten Kompetenzsphäre. Darüber hinaus, d. h. wenn die delegierte Autorität eine Norm setzen würde, die die Kompetenz überschreitend, sich mit der delegierenden Ordnung in Widerspruch setzt (und jede Kompetenzüberschreitung bedeutet solch einen Widerspruch) gilt der Satz *lex prior derogat posteriori*, d. h. es tritt Nichtigkeit des die Abänderung versuchenden Satzes ein; die Abänderung ist ausgeschlossen.

§ 29. *Die Abänderung der Rechtsordnung; die Verweisung auf die Normen der Moral und auf die durch Rechtsgeschäft zu setzenden Normen.*

Das Wesen der Einheit, die zwei nach der Relation der Ueber- und Unterordnung miteinander verbundene Normsysteme im tiefsten Grunde bilden, erhellt auch aus der Erkenntnis, daß die Grundbeziehung, die zwischen zwei einander über- und untergeordneten Systemen besteht, die gleiche ist wie das Verhältnis, das zwischen einem Normsystem und den ihm neu hinzutretenden Normen erkannt werden muß.

Ein Normsystem ist ein logisch geschlossener Komplex von Normen, deren innere Widerspruchslosigkeit, deren Einheit man dadurch zum bildlichen, fiktiv-anthropomorphistischen Ausdruck zu bringen pflegt, daß man von einem einzigen Willen als dem Träger dieser Ordnung spricht, daß man alle Norminhalte gleichzeitig und nebeneinander als von einem einzigen Subjekte gewollt vorstellt. Jedes solche Normsystem ist auch in diesem Sinne als „geschlossen“ anzusehen, daß es an und für sich einer Erweiterung oder Abänderung nicht fähig ist. Da die Geltung jeder Ordnung, die als eine höchste vorausgesetzt wird – und nur von einer höchsten, souveränen, d. h. einer keiner anderen untergeordneten ist jetzt die

Rede – nur aus dieser Ordnung selbst heraus begriffen, da insbesondere wie der Geltungsumfang so auch die Geltungsdauer der einzelnen Normen nur nach den Bestimmungen dieser Ordnung selbst beurteilt werden kann, ist es nicht möglich, daß zu dem Normenkomplexe eine neue Norm, den Gesamtinhalt des von der
 |115 Ordnung ge|setzten Sollens verändernd, gleichsam von außen hinzutrete; es wäre denn, daß die Ordnung eine Norm enthält, die Bedingungen dafür angibt, daß und wie neue Normen zu dem alten Komplex hinzutreten können. Da jede neu hinzutretende Norm eine Abänderung des ursprünglichen Ordnungszustandes bedeutet, auch wenn sie nicht im Widerspruch zu einer speziellen Norm geratend sich an ihre Stelle setzt, sondern nur eine Bindung statuiert, wo nach dem alten Ordnungszustand Freiheit bestand, muß jedes Normensystem, das Bedingungen dafür setzt, daß und wie neue Normen zu seinem ursprünglichen Normenkomplex hinzutreten können, als ein abänderbares – im Gegensatz zu einem unabänderbaren, das solche Bedingungen nicht statuiert – bezeichnet werden. Inwieweit dieser Begriff der Normänderung noch zu reduzieren ist, muß besonderer Erörterung vorbehalten bleiben. (Ebenso die Frage, welcher Natur eigentlich das grundlegende, die Einheit der Ordnung bei sich änderndem Normbestand garantierende Prinzip der *lex posterior* ist)¹⁾.

|115 ¹⁾ Vgl. dazu meine Abhandlung Reichsgesetz und Landesgesetz nach österr. Verfassung. Archiv des öffentl. Rechts Bd. 32, 1. Heft,³³⁶ und die Ausführungen von *Merkl*³³⁷, Die Rechtseinheit des österr. Staates, Archiv des öffentl. Rechts Bd. 37, Heft 1, S. 75.³³⁸ Ich stimme nunmehr *Merkl* zu; die Einheit des Normsystems ist auf die Einheit des Ursprungs, der Ursprungsnorm oder Verfassung im rechtslogischen Sinn zurückzuführen. Der Satz *lex posterior derogat priori* gilt natürlich nur innerhalb desselben Systems, vorausgesetzt, daß dieses sich als ein abänderbares darstellt, d. h. daß sein Norminhalt variabel ist. Daß solche Abänderbarkeit nur auf Grund positiver Norm, nicht

³³⁶ *Kelsen*, Reichsgesetz (Anm. 2), S. 206–215 = HKW 3, S. 359–425 (364–370).

³³⁷ Adolf Julius Merkl (1890–1970), Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker. Er war 1918–1921 enger Mitarbeiter des Staatskanzlers Dr. Karl Renner und maßgeblich beteiligt an den Vorarbeiten zum B-VG. 1919 Habilitation in Wien, 1920–1930 a.o., 1930–1932 tit. o., 1932–1938 o. Prof. ebendort. Im April 1938 wurde er bis auf Weiteres beurlaubt und im Dezember 1939 in den dauernden Ruhestand versetzt; 1943–1950 o. Prof. in Tübingen und 1950–1965 wieder o. Prof. in Wien. Merkl war bedeutendster und frühester Schüler Kelsens, Mitbegründer der Reinen Rechtslehre und hatte nachhaltigen Einfluss auf deren Entwicklung. Wichtige Werke: Das Recht im Lichte seiner Anwendung, in: Deutsche Richterzeitung 8 (1916), Sp. 584–592 (Teil 1), Deutsche Richterzeitung 9 (1917), Sp. 162–176, 394–398, 443–450 (Teile 2–4), Deutsche Richterzeitung 11 (1919), Sp. 290–298 (Teil 5); Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes, in: Juristische Blätter 47 (1918), S. 425–427, 444–447, 463–465; Die Rechtseinheit des österreichischen Staates. Eine staatsrechtliche Untersuchung auf Grund der Lehre von der *lex posterior*, in: Archiv des öffentlichen Rechts 37 (1918), S. 56–121; Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung, Leipzig 1923; Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien und Berlin 1927; Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus, in: Alfred Verdross (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur reinen Rechtslehre, Festschrift für Hans Kelsen zum 50. Geburtstag, Wien 1931, S. 252–294.

³³⁸ 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), S. 56–121 (75) = Merkl-GS I/1, S. 169–225 (186).

Indem eine Ordnung Bedingungen dafür statuiert, daß und wie sie abgeändert werden kann, vollzieht sie das gleiche, was früher³⁴⁰ als Verweisung, Delegation oder Ermächtigung bezeichnet wurde²⁾. | Wenn die staatliche Verfassung die Bestimmung enthält, daß Rechtsnormen (in Hinkunft) durch vom Monarchen sanktionierten und publizierten Parlamentsbeschluß gesetzt werden, oder korrekter ausgedrückt: daß die Form des sanktionierten und publizierten Parlamentsbeschlusses der Erkenntnisgrund dafür ist, daß der Inhalt dieses sanktionierten und publizierten Parlamentsbeschlusses als Inhalt neuer, zu dem alten Normkomplex abändernd hinzutretender Rechtsnormen angesehen werden kann, so muß in solcher Bestimmung ganz ebenso eine Verweisung, Delegation oder Ermächtigung erkannt werden wie etwa in dem Rechtssatz, der die Regelung bestimmter Materien der Verordnungsgewalt, d. h. den Exekutivorganen überträgt, oder in einer gesetzlichen Vorschrift, die bezüglich der Frage, ob und wie unter gewissen Umständen zu strafen oder zu exequieren sei, auf die Sitte, eine Usance und dergleichen verweist.

Die gleiche Verweisung, Delegation oder Ermächtigung liegt aber auch vor, wenn die Rechtsordnung als gesollt statuiert, was durch den Willen der Parteien erst bestimmt wird. Auch der Begriff des Rechtsgeschäftes bedeutet eine solche Verweisung, Delegation oder Ermächtigung. In allen diesen Fällen enthält die ursprüngliche Ordnung nur ein – mehr oder weniger leeres – Blankett. Sie statuiert, daß etwas solle, das Wie jedoch läßt sie offen. Sie verweist auf einen anderweitig zu beschaffenden Inhalt des Blanketts oder – wie man sich personifizierend ausdrücken kann – sie delegiert oder ermächtigt eine Autorität zur Ausfüllung des Rahmens, den allein sie zunächst aufstellt. Autorität ist der durch die Verfassung delegierte „Gesetzgeber“ (z. B. die Nationalversammlung oder das Parlament in Verbindung mit dem Monarchen) ganz ebenso, d. h. aus demselben Rechtsgrunde wie die zur Verordnungserlassung ermächtigten Minister, die Sitte, auf welche das

aber als selbstverständlich angenommen werden dürfe, hat *Merkel* von seiner positivistischen Grundposition aus richtig erkannt und demgemäß den Schluß gezogen: „Das Prinzip der *lex posterior* sei, richtig verstanden, nur der Ausdruck eines Rechtssatzes, welcher Rechtsänderungen, insbesondere Verfassungsänderungen vorsieht“ (a. a. O. S. 83).³³⁹ Eine andere Frage ist freilich, ob die Rechtsänderungen ermöglichende Norm die Ursprungshypothese selbst oder eine auf Grund dieser Ursprungsnorm erst *gesetzte* (oder gewohnheitsmäßig gebildete) Rechtsnorm ist. Doch macht das keinen Unterschied. Das wäre jedenfalls kurzsichtig, über der Forderung des Positivismus die hypothetische Grundlage, die Ursprungsnorm als Hypothese jedes positiven Rechtssystems und damit die Möglichkeit zu übersehen, daß die Statuierung der Abänderbarkeit und damit der Satz der *lex posterior* schon in der Ursprungsnorm, d. h. aber im *logischen* Ursprung des betr. Rechtssystems gelegen ist. Damit verliert die Frage, ob der Satz der *lex posterior* ein rechtslogisches Prinzip oder ein positiv-rechtlicher Satz ist, eigentlich jede Bedeutung.

²⁾ Den Begriff der „Verweisung“ verwendet in ausgiebiger Weise *Walter Jellinek* a. a. O. S. 89 ff.³⁴¹

³³⁹ *Merkel*, Rechtseinheit (Anm. 338), S. 83 = *Merkel-GS* I/1, S. 169–225 (192).

³⁴⁰ Vgl. oben S. 375–377.

³⁴¹ *W. Jellinek*, Gesetz (Anm. 313), S. 89–99.

Gesetz verwiesen hat, oder schließlich die Parteien, die von der Rechtsordnung ermächtigt werden, im Vertrag ihre gegenseitigen Pflichten und Rechte zu bestimmen. In allen diesen Fällen steht einer ursprünglichen und „höheren“ Ordnung ein niederes, untergeordnetes, weil in seiner Geltung aus dem höheren abgeleitetes, delegiertes Normensystem gegenüber, dessen relative und provisorische Einheit auf einer Blankettnorm der höheren Ordnung beruht, aus der als der einheitlichen „Quelle“ dieses untergeordnete System seine Geltung ableitet. So steht gegenüber der „Verfassung“ als der ursprünglichen und ersten Grundordnung das System aller jener Rechtssätze, die im Wege der von der Verfassung bestimmten Gesetzgebung entstanden sind. Die „Verfassung“, d. h. die erste Ordnung ist nicht auf diesem erst durch sie bestimmten Wege entstanden. Denn sie ist die höchste, die primäre oder Grundordnung, der gegenüber die | ganze übrige Rechtsordnung einen sekundären, abgeleiteten, untergeordneten Charakter hat¹⁾. Ganz ebenso ist das Verhältnis des Systems der Verordnungsrechtssätze zu der die Verordnungsgewalt delegierenden Rechtsnorm des Gesetzesrechtes oder der Verfassung im herkömmlichen Sinne, bzw. jener Ordnung, deren Bestandteil die delegierende, die „Quelle“ des Verordnungsrechtes bildende Blankettnorm ist.

Wenn die Rechtsordnung für einen bestimmt abgegrenzten Geltungsbereich auf Normen der Sitten, der Moral oder irgendeines anderen Normsystems verweist, das man sonst, d. h. von dieser Verweisung abgesehen, als der Rechtsordnung keineswegs untergeordnet, von der Rechtsordnung gänzlich unabhängig ansieht, so muß doch mit der Verweisung die Vorstellung einer Unterordnung der verwiesenen Normen unter die verweisende Rechtsordnung vollzogen werden. Keinen wesentlichen Unterschied macht es, daß in diesem Falle scheinbar keine Ermächtigung zur Neusetzung, zur „Erzeugung“ von Normen, sondern die Heranziehung bereits geltender Normen vorliegt. Denn einerseits ist bei dem Charakter der normlogischen Relationen, wie noch später näher zu zeigen sein wird,³⁴³ die Vorstellung des auf der *psychologisch-soziologischen* Seite liegenden Normerzeugungsprozesses für die hier in Betracht kommenden Verhältnisse irrelevant. Was man in den beiden vorbezeichneten Fällen und auch sonst eine Ermächtigung zur Normsetzung, Rechtserzeugung nennt, ist – von der normlogischen Seite aus gesehen – richtiger charakterisiert als die Statuierung der Bedingungen, unter denen der Inhalt der Grundordnung als geändert erkannt werden muß.

[117] ¹⁾ Vgl. dazu die Ausführungen von *Sander*, Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung. Zeitschrift für öffentl. Recht, Wien 1919, I. Bd. S. 132 ff.³⁴² *Sander* hat sehr treffend die „Erzeugung“ des Rechtssystems aus einer einheitlichen Voraussetzung, einer „Hypothese“ in Analogie zu der logischen Erzeugung des Systems der Natur gesetzt und so eine überaus fruchtbare Parallele (nicht Identität!) zwischen rechtswissenschaftlichen und naturwissenschaftlichen Problemen gezogen.

³⁴² *Fritz Sander*, Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 132–164.

³⁴³ Vgl. unten S. 397–401.

Andererseits aber ist es einfach unrichtig, im Falle einer Verweisung der Rechtsordnung auf Normen der Sitte oder irgendeiner anderen Ordnung von der Heranziehung „bereits geltender Normen“ zu sprechen. Als Rechtsnormen gelten diese delegierten Normen erst von dem Augenblicke und nur kraft der Verweisung durch die Rechtsordnung, aus der ihre spezifische (Rechts-)Geltung abgeleitet werden muß. Eine andere Geltung aber als diese Rechtsgeltung kann vom Standpunkte juristischer Betrachtung überhaupt nicht in Frage kommen. Weil – wie bereits wiederholt bemerkt – von einem | einheitlichen Standpunkte aus – ob er nun ein juristischer, moralischer oder sonst ein normativer sein mag – immer nur *eine* Ordnung als gültig vorausgesetzt werden kann. Im *logischen* Sinne führt aber die Delegation von Moralnormen ganz ebenso zu einer „Erzeugung“ von Rechtsnormen wie die Delegation der Verordnungsgewalt. | 118

Auch die Normen, die im Rechtsgeschäft kraft Ermächtigung durch die Rechtsordnung von dem Willen der Parteien gesetzt werden und ihre individuellen Pflichten und Rechte bestimmen, sind als untergeordnete Normensysteme zu erkennen, die ihre Geltung aus dem das Rechtsgeschäft betreffenden Rechtssatz ableiten¹⁾. Auch dieser ist ein – wenn auch in den verschiedenen Fällen verschieden weitgehender Blankettsatz; denn in ihm erklärt die Rechtsordnung als ihren „Willen“, man solle sich so verhalten, wie man im Vertrag usw. übereinkommen werde. Wenn man die Rechtsordnung, nicht aber den Willen der kontrahierenden Parteien als diejenige Autorität bezeichnet, von der die Verpflichtung und Berechtigung ausgeht, so greift man eben auf die letzte Quelle, auf die höchste Ordnung zurück, aus der die Geltung der individuellen Normen – dieser früher treffend mit „Privatautonomie“ bezeichneten Parteiwillkür – abzuleiten ist. So kann man auch jede gesetzliche Bestimmung als durch die Verfassung angeordnet, als verfassungsmäßig erklären. Tieferer Erkenntnis kann es nicht verborgen bleiben, daß zwischen Gesetz und Rechtsgeschäft das gleiche normlogische Grundverhältnis vorliegt, wie zwischen der Verfassung, als der ersten primären Ordnung, und dem aus ihr abgeleiteten System des Gesetzesrechtes²⁾.

¹⁾ Bei den durch Rechtsgeschäft gesetzten Normen ist allerdings – um Mißverständnisse zu vermeiden – eine gewisse Einschränkung ausdrücklich zu machen. Da Recht eine Zwangsordnung ist, jeder Rechtssatz – als kleinste Einheit des Rechts – alle wesentlichen Elemente des Rechts enthalten muß, können die meist individuellen Normen des Rechtsgeschäftes nur in Verbindung mit dem – durch die *Behörden* in einem bestimmten *Verfahren* zu vollziehenden – Zwang der Exekution vollständige Rechtssätze ergeben. Im Rechtsgeschäft werden die Parteien zunächst nur ermächtigt, Bedingungen zu setzen, unter denen Zwang geübt werden soll. Nur wenn man von dem Zwangsmoment als dem gemeinsamen Faktor abstrahiert und das – vom Standpunkte des an der Rechtsordnung interessierten Subjektes relevante – *zwangsvermeidende* Verhalten (unter der Hypothese: man soll Zwang vermeiden) als Inhalt von Normen vorstellt, kann man den Inhalt des Rechtsgeschäftes für sich allein als ein System von Normen erkennen, die – mit Rücksicht auf die primären, Zwang anordnenden Rechtsnormen – als sekundäre Rechtsnormen bezeichnet werden dürfen. | 118

²⁾ Die Erkenntnis, daß von der Verfassung (im rechtslogischen Sinne) bis zum Rechtsgeschäft die durchgängige Einheit eines stufenförmigen Aufbaues | besteht, daß es ein Vorurteil ist, das Recht nur in der generellen Form des *Gesetzes* zu erfassen, daß sich von der Verfassung über Gesetz und Verordnung bis zum Verwaltungsakt und Privatrechtsgeschäft die stetige Konkretisierung oder | 119

|119 | Und wenn man diese gleichsam an unterster Stelle der großen Normpyramide stehenden Normsysteme der Privatautonomie schließlich doch nur als einen Bestandteil der einheitlichen, obersten Rechtsordnung denkt, wenn man die durch Rechtsgeschäft statuierten Normen in die Grundordnung zurückverlegt, innerhalb des Blankettrechtssatzes vorstellt, aus dem man ihre Geltung ableitet, so geschieht dies aus ganz demselben Grunde und mit ganz dem gleichen Rechte, mit dem man die Normen der Moral, auf die ein Rechtssatz verweist, als Rechtsnormen und Bestandteil der einheitlichen Rechtsordnung gelten läßt, oder die Normen einer Verordnung dem Gesetzesrechte zurechnet, in die Form des Gesetzes rückverlegt und schließlich nicht neben der primären Ordnung der Verfassung eine zweite, sekundäre, aus der ersteren abgeleitete Rechtsordnung dauernd unterschieden hält, sondern beide als durchgängige Einheit denkt: Weil die niedere Ordnung aus der höheren abgeleitet, als in ihr beschlossen gedacht werden muß.

Indem man erkennt, daß es das Verhältnis der höheren zu der aus ihr abgeleiteten niederen Ordnung ist, das in der Beziehung einer abänderbaren Ordnung (einer Ordnung mit variablem Norminhalt) zu den neuen, ihrem ursprünglichen Normenkomplex hinzutretenden Normen vorliegt, vollzieht sich auch die Ueberwindung jenes dynamischen Elementes, das in der Vorstellung der Normänderung gelegen ist: denn jede Aenderung muß – um von der statisch normlogischen Betrachtung überhaupt erfaßt werden zu können – auf eine Bestimmung der ersten Ordnung des ursprünglichen Normenkomplexes zurückgeführt, von dieser delegiert und so gleichsam in nuce schon vorweggenommen vorgestellt werden. Jede Ordnung, die sich dadurch als „abänderbar“ deklariert, daß sie Bedingungen dafür statuiert, wann und wie der Inhalt einer ihrer Normen als geändert anerkannt werden kann, enthält alle möglichen Aenderungen schon in dem Blankett der diese Bedingungen statuierenden Norm; sie birgt alle denkbaren Variationen ihres Norminhalts potentiell in sich. In | diesem Sinne ist sie sich stets gleich, ist in ihrer Identität stets unveränderbar. Und diese – allgemein anerkannte – formelle

Individualisierung des Rechts, seine Verdichtung aus der *allgemeinsten* Form – der Verfassung – zu der höchst besonderen der subjektiven Pflichten und Rechte vollzieht, hat *Merkel* sehr treffend ausgeführt. Vgl. insbesondere dessen Abhandlung: Das Recht im Lichte seiner Anwendung. Deutsche Richterzeitung 1917.³⁴⁴ Hier hat *Merkel* auch die Relativität des Gegensatzes von Rechtserzeugung (Gesetz) und Rechtsanwendung (Rechtsgeschäft) dargelegt. Vgl. auch desselben Autors Aufsatz: Das doppelte Rechtsantlitz. Jurist. Blätter, Wien 1918.³⁴⁵

³⁴⁴ *Adolf Julius Merkel*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung, in: Deutsche Richterzeitung 8 (1916), Sp. 584–592 (Teil 1); Deutsche Richterzeitung 9 (1917), Sp. 162–176, 394–398, 443–450 (Teile 2–4); Deutsche Richterzeitung 11 (1919) Sp. 290–298 (Teil 5) = *Merkel-GS I/1*, S. 85–146 – Titel und Zusammensetzung der Schrift variieren; Teile 1–2 der Zeitschriftenfassung tragen den Titel „Das Recht im Spiegel seiner Auslegung“, Teile 3–5 firmieren als „Das Recht im Lichte seiner Auslegung“, Teile 1–4 erschienen in überarbeiteter Fassung als Monographie unter dem Titel „Das Recht im Lichte seiner Anwendung“ (Hannover 1917).

³⁴⁵ *Adolf Julius Merkel*, Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes, in: Juristische Blätter 47 (1918), S. 425–427, 444–447, 463–465 = *Merkel-GS I/1*, S. 227–252.

Identität einer Ordnung trotz ihres wandelnden Inhalts ist die gleiche normlogische Tatsache wie die Einheit der „höheren“ und der aus ihr abgeleiteten „niederen“ Ordnung¹⁾.

Sechstes Kapitel.

Die staatliche Rechtsordnung und das Völkerrecht: die dualistische Konstruktion.

§ 30. *Einstellung des Problems.*

Für das Verhältnis der staatlichen Rechtsordnung zu dem Normensystem, das man unter dem Namen des Völkerrechts begreift, kommt – wie bereits eingangs bemerkt³⁴⁷ – denkbarer Weise entweder die Möglichkeit zweier voneinander unabhängiger, voneinander verschiedener Ordnungen oder aber eine gegenseitige Ueber- und Unterordnung beider Normensysteme in Betracht. Im letzteren Falle wird zu entscheiden sein, ob das Völkerrecht der staatlichen Rechtsordnung oder ob staatliches Recht der Völkerrechtsordnung subordiniert gedacht werden muß²⁾.

Fragt man, welcher Anschauung in diesem Punkte – der für die Konstruktion des Völkerrechts grundlegend sein muß – die herrschende Lehre zuneigt, so zeigt

¹⁾ Die Vorstellung, daß jede mögliche Aenderung der Norminhalte, jede mögliche Konkretisierung schon in der Ursprungshypothese in nuce enthalten sei, diese Auffassung des Rechts als eines *statischen* Systems steht durchaus nicht im Widerspruch zu der Erkenntnis einer dynamischen „Erzeugung“ des Rechtssystems aus einem einheitlichen Ursprung, in einem kontinuierlich von der Hypothese der Verfassung bis zu dem jeweiligen Akte letzter Konkretisation fortschreitenden Prozeß. Vgl. dazu die Darstellung *Sanders* a. a. O. S. 150:³⁴⁶ „Die Dynamik der Methode durchströmt lösend die Statik des Systems.“

²⁾ Monographisch behandelt ist das Problem des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht von *Triepel*³⁴⁸, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899.³⁴⁹ – *Heilborn*, *Grundbegriffe des Völkerrechts* (Handbuch des Völkerrechts, herausgegeben von *Stier-Somlo*, I. Bd., I. Abt. 1912)³⁵⁰ widmet der Frage ein eigenes Kapitel. Grundlage der Konstruktion des Völkerrechts wird dessen Verhältnis zur staatlichen Rechtsordnung in der Abhandlung von *Verdross*, *Zur Konstruktion des Völkerrechts*, *Zeitschrift für Völkerrecht*, Bd. VIII, S. 329 ff.³⁵¹

³⁴⁶ *Sander*, *Revolution* (Anm. 342), S. 150.

³⁴⁷ Vgl. oben S. 369.

³⁴⁸ *Heinrich Triepel* (1868–1946), Staats- und Völkerrechtslehrer. 1893 Habilitation in Leipzig, ab 1899 a. o. Prof. ebendort, 1900–1908 o. Prof. in Tübingen, ab 1909 o. Prof. in Kiel, von 1910–1913 zugleich Dozent an der Kaiserlichen Marineakademie, 1913–1944 o. Prof. in Berlin (1926/1927 Rektor). Er war Gründer und erster Vorsitzender der „Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer“ und Mitglied des „Institut de Droit international“. Wichtige Werke: *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig 1899; *Die Reichsaufsicht*, Berlin 1917; *Staatsrecht und Politik*, Berlin 1927; *Die Hegemonie*, Stuttgart 1938 (2. Aufl., Stuttgart 1943).

³⁴⁹ *Heinrich Triepel*, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig 1899.

³⁵⁰ *Paul Heilborn*, *Grundbegriffe des Völkerrechts*, Berlin, Stuttgart und Leipzig 1912, S. 87–110.

³⁵¹ *Alfred Verdross*, *Zur Konstruktion des Völkerrechts*, in: *Zeitschrift für Völkerrecht* 8 (1914), S. 329–359.

sich ein recht unsicheres und widerspruchsvolles Hin- und Herschwanken der Theorie, die sich die prinzipiellen normlogischen Beziehungen noch nicht klar zum Bewußtsein gebracht hat. Keine der beiden Grundanschauungen wurde bisher wirklich konsequent durchgeführt, vielmehr werden mit jeder Konstruktion Elemente der entgegengesetzten – nicht ohne Widerspruch natürlich – zu verbinden gesucht.

Wenn man, wie das versucht wurde¹⁾, staatliches Recht und Völkerrecht als zwei voneinander verschiedene Normsysteme gelten läßt, die aus zwei verschiedenen „Quellen“ abgeleitet werden, dann muß man unverweigerlich die Konsequenz akzeptieren, daß eine gleichzeitige Geltung beider Ordnungen, oder richtiger: daß eine Geltung beider Ordnungen von demselben einheitlichen Standpunkte aus unmöglich ist. Genau so wie bei völliger gegenseitiger Unabhängigkeit des Rechts von der Moral der Jurist als solcher von der Moral, der Moralist aber vom Recht *absehen* muß, so kann – werden staatliches Recht und Völkerrecht als zwei disparate Normkreise vorausgesetzt – der auf der Basis einzelstaatlicher Rechtsordnung Stehende und in diesem Sinne als „Jurist“ Bezeichnete die Geltung völkerrechtlicher Normen in seinem Betrachtungsbereich nicht erfassen. Ein Völkerrecht, das auf einen von der Quelle staatlichen Rechts gänzlich verschiedenen Ursprung zurückgeführt wird, ist für den „Juristen“ ebenso überhaupt nicht vorhanden, wie die Moral. Und umgekehrt.

Allerdings muß zweifelhaft sein, ob – ein solches Grundverhältnis vorausgesetzt – die gleichartige Bezeichnung beider Normsysteme als „Recht“ noch zulässig und ob nicht gerade in dieser Bezeichnung, viel mehr aber noch in der allgemein akzeptierten Annahme, die Wissenschaft des Völkerrechts sei ebenso wie die des staatlichen Rechts eine *juristische* Disziplin, letzten Endes doch irgendeine Einheit beider Ordnungen postuliert werde. Dies ist jedenfalls gewiß, daß man nicht die These von der Disparität des staatlichen und des Völkerrechts vertreten, von der Annahme einer völligen Verschiedenheit beider Rechts-„Quellen“ ausgehen und dabei dennoch die Einheit alles Rechts betonen kann, wie solches wohl gelegentlich in der Literatur geschieht²⁾. Und es muß festgestellt | werden, daß wissen-

¹⁾ Vgl. dazu *Triepel* a.a.O. S. 156:³⁵² „Die quellentheoretischen Untersuchungen der vorigen Abschnitte haben zu dem Ergebnis geführt, daß wir Völkerrecht und Landesrecht als zwei verschiedene Rechtsordnungen begreifen müssen. Sie sind zwei Komplexe von Rechtssätzen, jeder einer anderen Quelle entstammend als der andere.“

²⁾ Z. B. *Triepel*, der – sehr charakteristisch für die Unklarheit und Unsicherheit des Einheitsgedankens in der heutigen Rechtswissenschaft – a. a. O. S. 2³⁵³ ausführte: „Alles Recht hängt unter sich eng zusammen, kein Teil verträgt strenge Absonderung. Nur daß vielleicht die Zusammenhänge der Rechtszweige innerhalb des Gesamtbereiches der staatlichen Rechtsordnung offener | zutage liegen als die oft nur feinen Fäden, die vom Landesrecht ins Völkerrecht hinüberführen. Aber sind diese auch fein, so sind sie gleichwohl fest. Und darum können sie wohl, aber dürfen sie

³⁵² *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 156 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

³⁵³ *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 2.

schaftliche Urteile völkerrechtlichen Inhalts – welche Völkerrechtskonstruktion immer man zugrunde legt – bei allen Theoretikern wie Praktikern doch stets nur in dem Sinne ergehen, daß die gleichzeitige Geltung der staatlichen Rechtsordnung nicht nur als möglich, sondern als notwendig vorausgesetzt wird, daß niemals ein prinzipieller Standpunktwechsel für notwendig erachtet wird, um von der Erkenntnis völkerrechtlicher Normen zu der Erfassung staatlichen Rechts zu gelangen. Der Bestand der heute als gültig vorausgesetzten Völkerrechtsnormen ist ein derartiger, daß er ohne die gleichzeitige ergänzende Geltung der staatlichen Rechtsordnungen zu einem sinnlosen Fragmente würde. Wenn aber staatliches Recht und Völkerrecht einander ergänzen sollen, müssen sie irgendwie eine logische Einheit bilden. Worauf es in diesem Zusammenhang ankommt, ist die Feststellung, daß der strenge *Dualismus von Völkerrecht und staatlichem Recht* zu Konsequenzen führt, die dem allgemeinen Sinne der in der heutigen Völkerrechtswissenschaft faktisch enthaltenen Sätze zuwiderlaufen, und daß die Zweifelsfrage nach der Rechtsnatur des Völkerrechts sich nicht eigentlich aus dem Fehlen oder Nichtfehlen des Zwangsmomentes bei diesen Normen, sondern prinzipiell schon daraus ergibt: ob Völkerrecht und staatliches Recht von ein und demselben und zwar von einem *juristischen* Standpunkt aus begriffen werden kann. Wenn man die Auffassung, nach der staatliches Recht und Völkerrecht zwei voneinander verschiedene, unabhängige | Normsysteme sind, als eine „dualistische“ bezeichnet, so muß betont werden, daß ein Dualismus in dem Sinne nicht möglich ist: von ein und demselben Betrachtungsstandpunkt aus beide Ordnungen als gültig zu erkennen. *Die Einheit des Erkenntnisstandpunktes fordert gebieterisch eine monistische Anschauung.* Bei angenommener Disparität beider Ordnungen kann auch nicht von

| 123

nicht übersehen werden“; nichtsdestoweniger hat er die Theorie vom „*Dualismus* der Quellen für Völker- und Landesrecht“³⁵⁴ verhältnismäßig am weitesten getrieben, so weit, daß er die Möglichkeit völkerrechtswidrigen Landesrechts – sowie die einer rechtswidrigen Moral – behauptet (a. a. O. S. 168),³⁵⁵ ja sogar für denkbar hält, „daß ein und derselbe Satz gleichzeitig völkerrechtsgemäß und völkerrechtswidrig ist“ (!) (a. a. O. S. 285)³⁵⁶ und auf das entschiedenste leugnet, daß Völkerrecht zugleich Landesrecht, oder Landesrecht zugleich Völkerrecht sein könne (a. a. O. S. 111).³⁵⁷ Und doch ist bei Einheit des – Völker- und Landesrecht umfassenden – Rechtes nur das eine oder das andere möglich und die Vorstellung eines „rechtswidrigen Rechtes“ gänzlich ausgeschlossen. Auch *Heilborn* erklärt a. a. O. S. 89:³⁵⁸ „Völkerrecht und Landesrecht sind voneinander unabhängig; das eine ist dem andern formell nicht untergeordnet.“ Aber dafür begnügt er sich, dem Postulat der Einheit des Rechtes und der Rechtserkenntnis in folgenden Sätzen Rechnung zu tragen (a. a. O. S. 87):³⁵⁹ „Der Mensch liebt es, das Recht als eine Einheit zu betrachten ... Hierbei mag es sich herausstellen, daß die ursprünglich vorausgesetzte Einheit nicht³⁶⁰ vorhanden ist oder an einer andern Stelle(!) besteht, als zunächst angenommen wurde.“ Gründlicher kann man freilich gar nicht die Grundlage der Rechtserkenntnis in Frage stellen.

³⁵⁴ Z. B. *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 128.

³⁵⁵ *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 168, 285 f.

³⁵⁶ *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 285.

³⁵⁷ *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 111.

³⁵⁸ *Heilborn*, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 89.

³⁵⁹ *Heilborn*, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 89 – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

³⁶⁰ «Einheit nicht»] *Heilborn*, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 89: «Einheit in Wahrheit nicht».

„Beziehungen“ zwischen ihnen in einer Weise gesprochen werden, die eine Projektion beider auf die gleiche Betrachtungsebene voraussetzt. Eine „dualistische“ Konstruktion des Völkerrechts könnte daher nur in dem Sinne möglich sein, daß die Betrachtung entweder vom Standpunkt der staatlichen Rechtsordnung oder von demjenigen des Völkerrechts ausgeht, wobei für jeden der beiden Standpunkte die Ordnung des andern nicht gegeben sein kann¹⁾.

Die notwendige Einheit des Standpunktes normativer Betrachtung im allgemeinen, juristischer im besonderen bedeutet nichts anderes als die Einheit der Ordnung, und zwar der Rechtsordnung und somit die Unmöglichkeit eines logischen Widerspruchs innerhalb desselben Normensystems, das heißt vom normativen, juristischen Standpunkte aus. Wäre die dualistische Auffassung so zu verstehen, daß die staatliche und die Völkerrechtsordnung als zwei verschiedene, nebeneinander in Geltung stehende Ordnungen anzusehen sind, dann wäre sie vor die Möglichkeit eines Widerspruches zwischen beiden Ordnungen gestellt, den sie zu lösen außerstande bliebe; womit sich diese „dualistische“ Konstruktion selbst aufhobe, sofern sie dem Postulate der Einheit – dieser Grundvoraussetzung aller normativen Erkenntnis – widerspräche.

Allerdings ist bei prinzipieller Disparität zwischen staatlichem Recht und Völkerrecht, das heißt bei völliger Verschiedenheit der *Quellen* beider Ordnungen ein
 | 124 Normenkonflikt nicht a priori notwendig. Wenn beide Ordnungen verschiedene

| 123 ¹⁾ *Verdross*³⁶¹, dessen Verdienst es ist, den Versuch einer rein normlogischen Untersuchung des Verhältnisses von Völkerrecht und staatlichem Recht unternommen zu haben, irrt, wenn er eine dualistische Konstruktion – eine Konstruktion „mit der doppelten Sollebene“ (a. a. O. S. 335)³⁶² – in dem Sinne für möglich hält, daß die staatlichen Rechtsordnungen und das Völkerrecht gleichzeitig und nebeneinander in Geltung stehend vorausgesetzt werden. Vgl. a. a. O. S. 334 f.³⁶³ In diesem Sinne glaubt allerdings *Triepel* – den *Verdross* als typischen Vertreter dieser Auffassung anführt – Völkerrecht und Landesrecht als zwei unabhängige und verschiedene Rechtsordnungen, als „zwei Kreise, die sich höchstens berühren, niemals schneiden“ (a. a. O. S. 111)³⁶⁴ charakterisieren zu können. Allein was soll das bedeuten, daß sich diese Kreise „berühren“? Darin steckt ja im Grunde doch die – nicht ganz zum Bewußtsein gelangte – Erkenntnis von der irgendwie beschaffenen *Einheit* beider Ordnungen, die bei gleichzeitiger Geltung unvermeidlich ist.

³⁶¹ Alfred Verdross(-Droßberg) (1890–1980), Völkerrechtslehrer und Rechtsphilosoph. 1918–1924 im österreichischen Außenministerium tätig, 1921 Habilitation in Wien, 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 1956–1966 Mitglied der International Law Commission und 1958–1977 Richter am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Er ist nach Adolf Merkl (Anm. 337) der bedeutendste Schüler Kelsens. Wichtige Werke: *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, Tübingen 1923; *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Wien 1926; *Völkerrecht*, Berlin 1937 (5. Aufl., Wien 1964 gemeinsam mit Stephan Verosta und Karl Zemanek; fortgeführt als „Universelles Völkerrecht“ gemeinsam mit Bruno Simma, Berlin 1976; 3. Aufl., Berlin 1984).

³⁶² *Verdroß*, Konstruktion (Anm. 351), S. 335 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

³⁶³ *Verdroß*, Konstruktion (Anm. 351), S. 334 f.

³⁶⁴ *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 111.

Gegenstände regelten, wäre ein Widerspruch zwischen beiden tatsächlich vermieden. Allein damit wäre keineswegs die Möglichkeit einer „dualistischen“ Konstruktion in dem zuletzt erwähnten Sinne gegeben. Denn nach wie vor lägen beide Ordnungen auf gänzlich verschiedenen Betrachtungsebenen und eine einheitliche Erfassung beider wäre ausgeschlossen. Ganz absehen muß man natürlich von jenem Falle, daß die gegenseitige Inhaltsabgrenzung zweier Ordnungen auf einer höheren, über beiden stehenden Norm oder Ordnung beruht; da sich in diesem Falle beide Ordnungen, auf eine gemeinsame Quelle zurückgeführt, letztlich als eine Einheit darstellen und so die Voraussetzung zweier verschiedener Ordnungen fallen gelassen ist. Der in der Völkerrechtstheorie gelegentlich vorgetragene Schluß muß als irrig zurückgewiesen werden: Weil Völkerrecht und staatliches Recht aus verschiedenen Quellen stammen, müssen beide auch verschiedene Normobjekte haben und können darum in keinen Normenkonflikt geraten¹⁾. Aus der Verschiedenheit der Normquelle – die eine rein formelle Differenz bedeutet – ergibt sich in keiner Weise eine Verschiedenheit des Norminhalts. Dasselbe Objekt kann von den verschiedensten, aus gänzlich unabhängigen Quellen abgeleiteten Ordnungen geregelt werden. Das nächstliegende Beispiel bilden Recht und Moral, die man auf ganz auseinanderfallende Ursprünge zurückführen kann und dennoch ganz oder teilweise die gleichen Gegenstände normieren sieht. Ueberdies muß mit Nachdruck betont werden, daß bei Annahme zweier Ordnungen der Ausschluß eines Normenkonflikts sich nur aus der – keineswegs notwendigen – Verschiedenheit des Normobjekts, nicht aber aus der Verschiedenheit der Quellen ergibt, die im Gegenteil – bei Gleichheit des Inhaltes – die Möglichkeit des Konfliktes begründet!

§ 31. Das Objekt des Völkerrechts.

Indes kann von einer *Verschiedenheit des Normobjektes* bei staatlichem Recht und Völkerrecht nicht ernstlich die Rede sein. Beide Ordnungen haben menschliches Verhalten zum Inhalt und es kann auch nicht behauptet werden, daß es von vornherein verschiedene, einander niemals kreuzende Bezirke menschlichen Verhaltens sind, die den Gegenstand beider Ordnungen bilden. Das ist schon deshalb

¹⁾ *Triepel* a. a. O. S. 22:³⁶⁵ „Wenn es ein (*Triepel* meint: vom Landesrecht verschiedenes, weil aus einer anderen Quelle stammendes) Völkerrecht gibt, muß es andere Beziehungen normieren als das Landesrecht“; und S. 254:³⁶⁶ „Ist das richtig (daß Völkerrecht und Landesrecht verschiedene Gegenstände regeln), so ist es zunächst undenkbar – wir stellten das schon früher in Kürze fest –, daß zwischen den beiden Quellen jemals ein Verhältnis der *Konkurrenz* eintreten könnte. Es ist ausgeschlossen, daß sie beide einmal denselben Tatbestand normieren wollten. So ist vor allem unmöglich, daß ein Satz der einen Rechtsordnung in *Konflikt* käme mit einem aus der anderen.“ Nichtsdestoweniger behauptet *Triepel* die Existenz eines „völkerrechtswidrigen Landesrechtes“ a. a. O. S. 27, 272, 309.³⁶⁷

³⁶⁵ *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 22 – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

³⁶⁶ *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 254 – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

³⁶⁷ *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 22, 272 f., 309.

nicht möglich, weil die Ordnungen als durchaus abänderbare vorgestellt werden und in keiner der beiden Ordnungen eine Norm behauptet wird, die eine Einschränkung dieser Abänderbarkeit statuiert. Zumindest bei der staatlichen Rechtsordnung wird die unbegrenzte Abänderbarkeit, die Möglichkeit, jedes beliebige menschliche Verhalten zum Gegenstand ihrer Regelung zu machen, ganz allgemein angenommen.

Die in der juristischen Theorie vertretene Anschauung, daß staatliches Recht und Völkerrecht *verschiedene Gegenstände* regeln, beruht auf einer Komplikation von Irrtümern. Die Lehre wird etwa in der Weise vorgetragen: Das staatliche Recht ordnet die Verhältnisse zwischen Einzelmenschen als Untertanen des Staates, aber auch die Verhältnisse des übergeordneten Staates zu seinen Untertanen. Das Völkerrecht dagegen normiert die Beziehungen zwischen Staaten als gleichgeordneten Subjekten¹⁾.

Zunächst bedarf es einer Richtigstellung der allgemein verbreiteten Vorstellung, die nicht nur im vorliegenden Falle, sondern auch sonst die Quelle von Irrtümern ist: daß das Recht „Beziehungen“ oder „Verhältnisse“ zwischen Subjekten regelt, so zwar, daß zu den irgendwie schon vorher gegebenen „Beziehungen“ das Recht ordnend hinzutrete. Das Recht regelt menschliches Verhalten, statuiert Pflichten und Berechtigungen, die menschliches Verhalten beinhalten. Erst durch die rechtliche Regelung werden die für die juristische Betrachtung relevanten „Beziehungen“ oder „Verhältnisse“ hergestellt, wird eine gegenseitige Bezogenheit, wird die Einheit der durch die Rechtsordnung statuierten Handlungen oder Unterlassungen „erzeugt“. Bedient man sich der Hilfsvorstellung des Rechts- oder Normsubjekts als der Person, der die von der Rechtsordnung als gesollt gesetzten Handlungen oder Unterlassungen zugerechnet werden, dann muß man sich bewußt bleiben, daß eine unmittelbare Beziehung zwischen den „Personen“ juristisch nicht besteht. Das Rechtsverhältnis ist ein Verhältnis zur Rechtsordnung, richtiger: innerhalb der Rechtsordnung, nicht ein Verhältnis zwischen – der Rechtsordnung gegenüberstehenden – Rechtssubjekten.

|126 | Wenn man die Person oder das Rechts- und Pflichten- und Rechtsordnung unterstellt denkt, so überträgt man auf die Personifikation des Pflichten- und Rechtenkomplexes, der Teilordnung, als welche die Person erkannt wurde, die dem Personifikationssubstrate anhaftende Eigenschaft des Abgeleitetseins aus der Rechtsordnung. Stellt man zwei Personen nebeneinander, dann müssen beide als der Rechtsordnung im gleichen Sinne untergeordnet vorgestellt werden. Sie müssen darum einander als koordiniert und jede nur der Rechtsordnung als unterworfen gedacht werden. Man kann das auch so ausdrücken, daß eine Person, als Subjekt von aus der Rechtsordnung abgeleiteten Pflichten und Rechten, eben weil

¹⁾ Vgl. z. B. *Triepel* a. a. O. S. 11 ff., *Heilborn* a. a. O. S. 88 ff.³⁶⁸

³⁶⁸ *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 11–20; *Heilborn*, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 87–97.

in ihr *nichts* als die Personifikation von Pflichten und Rechten zum Ausdruck kommt, als solche in dieser ihrer rein formalen Qualität anderen Personen gegenüber keine Möglichkeit eines Mehrwerts, einer Niveaudifferenz hat. Sowie die Teilordnungen[,] als deren Personifikationen die Rechtssubjekte erkannt wurden, letztlich in die eine und einheitliche Rechtsordnung zurückverlegt werden müssen, so sind die Hilfskonstruktionen der verschiedenen „Personen“ als auf ein und derselben Ebene stehend zu denken. Das gilt insbesondere auch für die als „Staat“ bezeichnete Person! Welche Konsequenzen aus dieser Ablehnung des Mehrwerts irgendeiner „Person“ gegenüber einer anderen für die durchaus auf dieser Vorstellung fußende Theorie des „öffentlichen“ Rechts folgen, ist in anderem Zusammenhange dargestellt worden¹⁾. Hier genügt die Feststellung, | daß der Staat als |127

¹⁾ Vgl. dazu meine Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 268 ff. und meine Abhandlung: Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, Archiv des öffentlichen Rechts Bd. 31, S. 53 ff.³⁶⁹ *Krabbe* (Die Lehre von der Rechtssouveränität, S. 30 ff.)³⁷⁰ hat bereits vor mir die Theorie des Dualismus von öffentlichem und privatem Rechte, speziell das Dogma von dem „Mehrwert“ der Staatsperson aus der Idee des Rechtsstaats heraus bekämpft. Vgl. dazu auch *Weyr*³⁷¹, Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems, Archiv des öffentl. Rechts, 1908, S. 529 ff.³⁷² |126

Erkennt man die „Person“ als Personifikation eines Normenkomplexes, einer Teil- oder Gesamtordnung, dann könnte man wohl ebenso wie „höhere“ und „niedere“ Ordnungen über- und untergeordnete Personen gelten lassen. Allein diese nur das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen bezeichnende Gradation hat mit der den Gegensatz von öffentlichem und privatem Recht begründenden Wertdifferenz nichts zu tun. Uebergeordnet ist eine „öffentliche“ Person einer „privaten“ nach herrschender Auffassung vermöge einer der ersteren innewohnenden besonderen rechtlichen Kraft oder Macht. Indem wir diese – politische Tendenzen verbergende – Rechtsmythologie ablehnen, behaupten wir die Gleichwertigkeit und Koordination aller Personen. Gegenüber der Rechtsordnung als solcher, dem Recht als Objekt (Recht im objektiven Sinne) erscheint *jede* „Person“, jedes Rechts-Subjekt (das Recht als Subjekt, das Recht im subjektiven Sinne) als das Abgeleitete und daher | der Rechtsordnung gleichermaßen „untergeordnet“, in dieser „Unterordnung“ jedem anderen Subjekte koordiniert. Das gilt auch von der Person des Staates. Denn in der Vorstellung des Staates als Rechts-Subjekt vollzieht man die *Fiktion*, als ob |127

³⁶⁹ *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 1), S. 670 Anm. 1 = HKW 2, S. 21–878 (834 Anm. 1); *Hans Kelsen*, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, in: Archiv des öffentlichen Rechts 31 (1913), S. 53–98, 190–249 (190–225) = HKW 3, S. 247–316 (278–300).

³⁷⁰ *Krabbe*, Rechtssouveränität (Anm. 80), S. 30 f.

³⁷¹ František (Franz) Weyr (1879–1951), führender Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker in der nachmaligen Tschechoslowakei. Begründer der Brünner rechtstheoretischen Schule, die enge Verwandtschaft mit der Wiener rechtstheoretischen Schule um Kelsen aufwies. 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. 259–580; 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.

³⁷² *Franz Weyr*, Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems, in: Archiv für öffentliches Recht 23 (1908), S. 529–580.

Person, d. h. als Subjekt von aus der Rechtsordnung abgeleiteten Pflichten und Rechten keiner anderen Person, die auch nur als Subjekt aus derselben Rechtsordnung abgeleiteter Pflichten und Rechte gelten kann, als übergeordnet angesehen werden darf. In der Personifikation der Rechtsordnung: der Staatsperson, die man sich als unter der Rechtsordnung stehend vorstellt, verzichtet die juristische Konstruktion auf die dem ursprünglichen Personifikationssubstrate zukommende Eigenschaft des Uebergeordnetseins, die ja nur der bildliche Ausdruck für die logische Relation ist, in der die Rechtsordnung zu den aus ihr abgeleiteten Rechtspflichten und Berechtigungen steht.

Ohne auf die Struktur des Begriffs einer Staatsperson näher einzugehen, sei in diesem Zusammenhange nur konstatiert, daß Beziehungen des Staates zu *untergeordneten* Personen, die nach einer typischen Lehrmeinung zum Unterschied von Beziehungen des Staates zu gleichgeordneten Subjekten (anderen Staaten), als dem Gegenstande der Völkerrechtsordnung, das Objekt staatlicher Rechtsordnung bilden sollen, überhaupt nicht denkbar sind; und daß Beziehungen der Staatsperson zu anderen Personen – soweit solche überhaupt juristische Relevanz haben, gar nicht Normobjekt, gar nicht Gegenstand oder Inhalt einer Ordnung, sondern Konstruktionen sind, die an das Subjekt, an den sogen. Adressaten der Ordnung

auch das Substrat dieser Personifikation zur Gesamtrechtsordnung im Verhältnis des Besonderen zum Allgemeinen stünde, als ob es sich um die Personifikation einer Teilrechtsordnung handelte.

Nur nebenbei sei hier auf die Konsequenz hingewiesen, zu der die Anschauung führt, das Völkerrecht regle das Verhältnis koordinierter Staaten. Im Sinne der herrschenden Auffassung des öffentlichen Rechtes, dessen Wesen darin bestehen soll, daß es nicht wie das Privatrecht die Beziehungen gleichgeordneter Subjekte, sondern im Verhältnis der Ueber- und Unterordnung stehender Personen regelt, müßte das Völkerrecht Privatrecht sein. *Gierke*, Deutsches Genossenschaftsrecht, 1868, I. Bd., S. 843³⁷³ sagt auch: „Das gesamte Völkerrecht hat durchaus nur den Charakter von Privatrecht.“ Die herrschende Lehre zählt das Völkerrecht freilich unbekümmert um ihre Theorie zum öffentlichen Recht. – Die Verlegenheit, in der sich die übliche Systematik dem Völkerrecht gegenüber befindet, kommt drastisch in dem folgenden Bekenntnis zum Ausdruck: „Das Völkerrecht ist, wie wir gesehen haben, genau genommen *weder Privatrecht noch öffentliches Recht*, resp. es ist, weniger genau genommen, *sowohl Privatrecht als öffentliches Recht*. Es ist beides und keines von beiden. Keinesfalls aber ist es nur *eines von beiden*. Das Völkerrecht hat nicht die Natur des öffentlichen Rechtes, sondern es hat seine eigene Natur, die Natur des Völkerrechts“ (*Nippold*³⁷⁴, Der völkerrechtliche Vertrag, seine Stellung im Rechtssystem und seine Bedeutung für das internationale Recht, 1894, S. 264).³⁷⁵ Also: Das Völkerrecht ist in bezug auf die das ganze Rechtsgebiet *erschöpfende* Einteilung in Privat- und öffentliches Recht: keines von beiden, beides und ein drittes.

³⁷³ *Otto Gierke*, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 1: Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, Berlin 1868, S. 843.

³⁷⁴ *Otfried Nippold* (1864–1938), Diplomat und Völkerrechtslehrer. 1889–1892 Dozent in Tokio, 1905 in Bern habilitiert, 1914 Austritt aus dem Lehrkörper. Er war 1920–1934 Präsident des Obersten Gerichtshofs des Saargebiets, Mitbegründer der Haager „Académie de droit international“ und Mitglied des „Institut de Droit international“. Wichtige Werke: Der völkerrechtliche Vertrag, Bern 1894; Die Fortbildung des Verfahrens in völkerrechtlichen Streitigkeiten, Leipzig 1907; Die Gestaltung des Völkerrechts nach dem Weltkriege, Zürich 1917.

³⁷⁵ *Otfried Nippold*, Der völkerrechtliche Vertrag, seine Stellung im Rechtssystem und seine Bedeutung für das internationale Recht, Bern 1894, S. 264 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

anknüpfen. So zeigt sich schon jetzt, daß der Versuch, staatliches Recht und Völkerrecht nach der Verschiedenheit des Regelungsgegenstandes zu differenzieren, aus logischen Gründen mißlingen muß.

Wenn man der Anschauung ist, daß im Völkerrecht Pflichten und Rechte des Staates anderen Staaten gegenüber, in der staatlichen Rechtsordnung aber Pflichten und Rechte des Staates seinen Untertanen gegenüber (und Pflichten und Rechte dieser untereinander) statuiert werden, so ist darin auch der Irrtum gelegen, daß – um in der üblichen ungenauen Terminologie und falschen Vorstellungsweise zu sprechen – in der staatlichen Rechtsordnung Pflichten und Rechte des Staates anderen Staaten gegenüber nicht normiert werden, richtiger formuliert: daß auf Grund der staatlichen Rechtsordnung Pflichten und Rechte des Staates anderen Staaten gegenüber nicht konstruiert werden können. Man darf aber niemals aus dem Auge verlieren, daß es letztlich immer nur *menschliches* Verhalten ist, das den Gegenstand der rechtlichen Normierung bildet. Auch Pflichten und Rechte des Staates haben keinen anderen Inhalt als menschliches Verhalten, so wie die Handlungen des Staates nur menschliche Handlungen sind, auf die Einheit der Rechtsordnung bezogen, dem „Staate“, der Personifikation dieser Rechtsordnung, zugerechnet werden. Es ist nicht einzusehen, warum die staatliche Rechtsordnung nicht ein menschliches Verhalten als gesollt statuieren können sollte, das ebenso als Inhalt einer Pflicht des Staates einem anderen Staate gegenüber *gedeutet* oder – was dasselbe ist: juristisch konstruiert werden kann, wie der Inhalt irgendeiner völkerrechtlichen Norm. Fragt man sich zunächst einmal, was eigentlich die Konstruktion einer Pflicht oder Berechtigung des Staates bedeute, so ergibt sich ein von der Rechtsordnung als gesollt gesetztes menschliches Verhalten, das auf Grund besonderer juristischer Kriterien mit der Personifikation der Rechtsordnung, dem Staate, verknüpft wird. Es würde in diesem Zusammenhange zu weit führen, zu zeigen, daß schlechterdings jede von der Rechtsordnung statuierte Pflicht oder Berechtigung als solche des Staates konstruiert werden, daß jede Erfüllung einer Pflicht oder Geltendmachung einer Berechtigung letzten Endes dem „Staate“ zugerechnet, als Staatsakt angesehen werden kann, daß es keine feste Schranke gibt, die verhindern könnte, den Staat als die einzige Person des Rechts – als die Rechtsperson κατ' ἐξοχήν³⁷⁶ zu erkennen. | Denn es gibt kein | 129
anderes juristisches Kriterium für die dem Staate zuzurechnenden Handlungen, es wäre denn, daß man aus der juristischen Betrachtungsweise, die ihre Erkenntnisgründe allein aus der Rechtsordnung holt, in die organisch-naturwissenschaftliche ausglitte, und die dem Staate zuzurechnenden Akte auf Grund unmittelbarer sinnlicher Wahrnehmung eines funktionierenden Organismus – als welcher der Staat hier vorgestellt werden müßte – zu bestimmen versuchte. Eine gewaltige Antinomie!

³⁷⁶ Altgr.: κατ' ἐξοχήν (kat' exochén); dt.: schlechthin.

Allein das Problematische im Begriff der Staatsperson, die neben den anderen Rechtspersonen gedacht wird, der Staatspflichten und Rechte, die von den Pflichten und Rechten anderer Personen unterschieden werden, bleibe hier außer Frage. Die Vorstellung von Pflichten und Rechten, die dem Staate von der Rechtsordnung gesetzt sind, sei hier als gesichert angenommen. Und nur untersucht, ob solche von der staatlichen Rechtsordnung dem Staate statuierten Pflichten und Berechtigungen ihrem Inhalte nach – und nur eine inhaltliche Relation kann hier in Frage kommen – als einem anderen Staate gegenüber eingeräumt gedacht werden können. Die Verpflichtung, ein Darlehen zurückzuerstatten, kann nur in dem Sinne als einem andern, dem Gläubiger, gezollt vorgestellt werden, daß dem pflichtgemäßen Verhalten des Schuldners ein korrespondierendes, komplementäres Verhalten des Gläubigers – als Inhalt einer Berechtigung – entspricht. Der Satz: A ist berechtigt, die Darlehenssumme von B zu nehmen, ist nur ein anderer Ausdruck für den völlig gleichbedeutenden Satz: B ist verpflichtet dem A die Darlehenssumme zu geben. (Von dem technischen Begriff der Berechtigung ist hier nicht die Rede.) Der Inhalt jeder Verpflichtung stellt – im weitesten Sinne – eine Leistung und ihre komplementäre Empfangnahme dar. Wenn die Rechtsordnung den A zu einer Leistung an einen Verein verpflichtet, so ist der reine Inhalt dieser Norm eine menschliche Handlung, die zu ihrer Erfüllung eines anderen Menschen komplementäres Verhalten bedarf. Eines anderen Menschen! Und zwar eines bestimmten. Und zwar desjenigen, der von einer Spezialordnung bestimmt ist und dessen Verhalten kraft einer bestimmten Ordnung, des von der Rechtsordnung delegierten Vereinsstatuts, als Handlung des Vereines gilt, dem Verein – als Person gedacht – zugerechnet wird. Schon im vorhergehenden wurde angedeutet,³⁷⁷ daß die Rechtsordnung mittels des ihr zur Verfügung stehenden Behelfs der Delegation oder Verweisung auch andere Ordnungen in ihren Geltungsbereich ziehen kann. Zweifellos auch andere *Rechtsordnungen*. Jede staatliche Rechtsordnung enthält mannigfache derartige Verweisungen auf eine andere staatliche Ordnung. Nicht nur, wenn sie ihre Organe ermächtigt, Verträge mit anderen Staaten, d. h. mit Organen anderer Ordnungen, zu schließen, sondern auch in vielen anderen Fällen, z. B. wenn die Verfolgung eines Uebeltäters von dem Antrag eines anderen Staates abhängig gemacht wird usw. In allen diesen Fällen statuiert sie als Inhalt einer Rechtspflicht ein bestimmtes menschliches Verhalten, das sich aus dem komplementären Verhalten zweier Menschen zusammensetzt: den einen bestimmt die staatliche Rechtsordnung unmittelbar, die Bestimmung des andern vollzieht sie durch Verweisung auf eine andere Ordnung, die sie sich dadurch unterstellt. Ebenso wie Pflichten und Rechte gegen einen Verein staatlichen Rechts kann die Rechtsordnung Pflichten und Rechte gegen einen anderen Staat statuieren, zumal dessen Ordnung – durch die Verweisung – ebenso zu einem der staatlichen Rechtsordnung unterstellten Normensystem wird wie die Statuten des

|130

³⁷⁷ Vgl. oben S. 375–377.

Vereines. Und die als *Person* konstruierte, delegierte Ordnung des anderen Staates erscheint der eigenen Staatsperson (das ist der Personifikation der delegierenden Rechtsordnung) gegenüber – als solche, das heißt als „Person“, als Subjekt von Pflichten und Rechten – ebenso koordiniert wie die Person des Vereins oder irgendeine andere „Person“.

§ 32. *Das Subjekt des Völkerrechts (der Normadressat).*

Die Behauptung, daß das Völkerrecht Beziehungen von Staat zu Staat, das staatliche Recht dagegen nur Beziehungen von Staat zu Untertan oder der Untertanen untereinander zum Normobjekt habe, wurzelt in einer von der Völkerrechtstheorie fast ausnahmslos¹⁾ anerkannten Grundanschauung über das dem Völkerrecht spezifische Normsubjekt, über den Adressaten, an den sich die Völkerrechtsnormen wenden. Subjekt des Völkerrechts sind nur die Staaten. Da der Inhalt der Völkerrechtsnormen naturgemäß auch nur menschliches Verhalten sein kann, bedeutet dieser Satz zunächst: Die Völkerrechtsnormen statuieren ein Verhalten

¹⁾ Daß auch Untertanen Subjekte völkerrechtlicher Pflichten und Rechte sein können, behauptet z. B. *W. Kaufmann*³⁷⁸, Die Rechtskraft des internationalen Rechtes und das Verhältnis der Staatsgesetzgebung und der Staatsorgane zu demselben, 1899, und *Rehm*³⁷⁹, Untertanen als Subjekte völkerrechtlicher Pflichten, Zeitschrift für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht, I. Bd. S. 53 ff.³⁸⁰ Vgl. dazu die späteren Ausführungen unten § 39.³⁸¹ Vgl. auch *Liszt*³⁸², in der Festgabe der Berliner jur. Fakultät für *Gierke*, III. 1910, S. 38.³⁸³ | 130

³⁷⁸ Wilhelm Kaufmann (1858–1926), Völkerrechtslehrer. A.o.Prof. in Berlin. Wichtige Werke: Die Rechtskraft des Internationalen Rechtes und das Verhältniß der Staatsgesetzgebungen und der Staatsorgane zu demselben, Stuttgart 1899; Staatliches deutsches Internationalprivatrecht und völkerrechtliches Internationalprivatrecht der Haager Verträge, Breslau 1910; Kriegführende Staaten als Schuldner und Gläubiger feindlicher Staatsangehöriger, Berlin 1915.

³⁷⁹ (Gotthold Friedrich) Hermann Rehm (1862–1917), Staats- und Kirchenrechtslehrer. 1889 Habilitation in München, ab 1891 a.o.Prof. in Marburg, ab April 1893 o.Prof. in Gießen, ab August 1893 o.Prof. in Erlangen, ab 1903 o.Prof. in Straßburg. Wichtige Werke: Geschichte der Staatsrechtswissenschaft, Freiburg i.Br. 1896; Allgemeine Staatslehre, Freiburg i.Br. 1899; Völkerkrieg und Völkerrecht, Straßburg 1914.

³⁸⁰ *Wilhelm Kaufmann*, Die Rechtskraft des Internationalen Rechtes und das Verhältniß der Staatsgesetzgebungen und der Staatsorgane zu demselben, Stuttgart 1899, S. 3–13; *Hermann Rehm*, Untertanen als Subjekte völkerrechtlicher Pflichten, in: Zeitschrift für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht 1 (1907), S. 53–55.

³⁸¹ Vgl. unten S. 423–428.

³⁸² Franz Ritter von Liszt (1851–1919), Straf- und Völkerrechtslehrer. 1875 Habilitation in Graz, ab 1879 o.Prof. in Gießen, ab 1882 o.Prof. in Marburg, ab 1889 o.Prof. in Halle (Saale) und ab 1899 o.Prof. in Berlin. Er war ab 1908 Mitglied des preußischen Abgeordnetenhauses, 1912–1918 des deutschen Reichstags (Fortschrittliche Volkspartei). Er gründete die „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“ und die „moderne“ Schule der Kriminalpolitik und war Mitglied des „Institut de Droit international“. Wichtige Werke: Meineid und falsches Zeugnis, Wien 1876; Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Berlin und Leipzig 1881 (21./22. Aufl., Berlin 1919); Das Völkerrecht systematisch dargestellt, Berlin 1898 (11. Aufl., Berlin 1918).

³⁸³ *Franz von Liszt*, Das Wesen des völkerrechtlichen Staatsverbandes und der internationale Prisenhof, in: Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke zum Doktor-Jubiläum 21. August 1910, Bd. 3: Internationales Recht. Strafrecht. Rechtsvergleichung, Breslau 1910, S. 19–44 (38–41).

|131 von Menschen, das niemals ihnen selbst, sondern kraft einer staatlichen Rechtsordnung deren Personifikation, ihrem Staate zugerechnet wird. Es muß fraglich bleiben, ob die Völkerrechtstheorie imstande ist, diese Beschränkung im Inhalt des Völkerrechts aus dessen Quelle abzuleiten. Nur wenn ein Völkerrechtssatz dieses Inhaltes nachgewiesen werden könnte, wäre die behauptete Einschränkung gerechtfertigt. Allein wenn man von der Voraussetzung ausgeht, daß das Völkerrecht Staaten verpflichtet, wenn man also annimmt, daß die Menschen, deren Handlungen und Unterlassungen das Völkerrecht normiert, nicht unmittelbar von diesem, sondern durch die staatlichen Rechtsordnungen bestimmt werden, auf die die Völkerrechtsordnung somit „verweist“, die sie zu diesem Zwecke „delegiert“, dann ist die dualistische Konstruktion, dann ist die Annahme eines von der staatlichen Rechtsordnung der Quelle nach gänzlich verschiedenen Völkerrechts völlig ausgeschlossen. Dann muß zwischen der Völkerrechtsordnung und den von ihr delegierten, ihr somit unterstellten staatlichen Rechtsordnungen das Verhältnis der Ueber- und Unterordnung und somit Einheit einer gemeinsamen und letzten Quelle, Einheit eines totalen das Völkerrecht wie die staatlichen Rechtsordnungen umspannenden Normensystems notwendig angenommen werden. Die Sätze, daß das Völkerrecht nur die Staaten verpflichte und daß es eine von den staatlichen Rechtsordnungen gänzlich unabhängige und verschiedene, weil aus einer anderen Quelle abgeleitete Ordnung sei, stehen zueinander in einem logischen Widerspruch. Um ihn zu begreifen, muß man allerdings erkannt haben, daß für die juristische Betrachtung Staat und Rechtsordnung identisch sind, so identisch, daß es einen Pleonasmus bedeutet von staatlicher Rechtsordnung zu sprechen. Und vielleicht zeigt sich diese Identität nirgends deutlicher und augenfälliger als gerade hier, wo die fundamentale Frage auftaucht: Wann ist eigentlich eine menschliche Handlung Staatsakt, auf Grund welches Kriteriums vollziehe ich die Zurechnung zum „Staate“? Und wo – gerade für diese Problemlage – als einzig mögliche Antwort die Erkenntnis sich aufzwingt, daß nur als Inhalt, nur als bestimmt qualifizierter Inhalt einer Norm und zwar einer Rechtsnorm menschliche Handlung als Staatsakt erkannt werden kann, daß der Staat nur die Ordnung und offenbar nur die Rechtsordnung menschlichen Verhaltens, daß die Person des Staates nur die Personifikation dieser Ordnungseinheit sein kann.

|132 Daß die Völkerrechtstheorie unter dem „Staate“, den sie als Subjekt des Völkerrechts gelten läßt, den Staat der einzelstaatlichen Rechtsordnungen vorstellt, kann wohl ernstlich nicht bezweifelt werden; ob man dabei Staat und Recht identifiziert oder den Staat als „Träger“ oder „Erzeuger“ des Rechts oder sonst in einem Verhältnis zum Recht denkt, ist gleichgültig, ein Verhältnis wechselseitiger Bestimmung ist es auch nach der herrschenden Auffassung zunächst immer. Aus dem hier aufgezeigten Widerspruch könnte nämlich eine den Mut der Konsequenz aufbringende dualistische Konstruktion nur gelangen, wenn sie die Ordnungen, als deren Personifikation das mit „Staat“ bezeichnete Subjekt des Völkerrechts erscheint, von den ebenso bezeichneten Ordnungen staatlichen Rechts

unterschiede. Sie müßte von diesen staatlichen Rechtsordnungen, deren und des Völkerrechts Quellen sie gänzlich auseinanderfallen läßt, sofern sie die Geltung des Völkerrechts erkennt, als nicht vorhandenen, von ihrem Standpunkt nicht faßbaren Geltungen absehen. Nur in dieser radikalen Scheidung zweier voneinander normativ unabhängigen Ordnungen, die jedoch beide als „Staat“ bezeichnet werden und von denen die eine als der Völkerrechtsordnung unterstelltes Normensystem, die andere als zum Völkerrecht gänzlich beziehungslose Ordnung gedacht werden müßte, könnte die häufig versuchte – in ihren Konsequenzen aber noch nie durchdachte – Differenzierung zwischen einer staatsrechtlichen und einer völkerrechtlichen Persönlichkeit des Staates durchgeführt werden. Diese Möglichkeit muß allerdings zweifelhaft erscheinen. Denn daß sich aus einem von der Quelle staatlichen Rechts unabhängigen Ursprung alle jene Normen, das heißt jene ganze Ordnung ableiten läßt, die als Substrat für eine spezifisch völkerrechtliche Persönlichkeit des Staates notwendig ist, kann wohl kaum behauptet werden. Immerhin wäre der Versuch zu machen. Auf welche Schwierigkeiten er stoßen müßte, mag schon daraus erhellen, daß zur Aufgabe steht: die mannigfachen Staatspersönlichkeiten, das sind die Personifikationen der verschiedensten Ordnungsindividualitäten, mit ihren zahllos verschiedenen Bestimmungen über Organschaft unabhängig von den besonderen Rechtsquellen zu deduzieren, aus denen sich eben jene in den „staatsrechtlichen Persönlichkeiten“ personifizierten Rechtsordnungen ergeben. Dabei ist die Terminologie, nach der diese Personen des Völkerrechts als Staaten, also ebenso bezeichnet werden wie die Personifikation derjenigen Ordnung, die als staatliche Rechtsordnung von dem System der Völkerrechtsnormen prinzipiell getrennt wird, in demselben Sinne ungerechtfertigt und irreführend, wie die gleichmäßige Verwendung des Wortes „Recht“ für die Ordnung des Völkerrechts und jene des staatlichen Rechts, für zwei Systeme also, deren prinzipielle Beziehungslosigkeit man voraussetzt.

Allerdings, noch eine Möglichkeit, den Dualismus von Völkerrecht und staatlichem Recht aufrecht zu halten, scheint trotz des notwendigen Bezuges zwischen beiden Normsystemen zu bestehen, | wenn man nämlich ernstlich versuchen | 133 wollte, zwei Standpunkte juristischer Betrachtung auseinanderzuhalten: einen völkerrechtlichen, von dem aus gesehen die staatlichen Rechtsordnungen als delegierte Normsysteme und daher als Teilordnungen des Völkerrechts erscheinen, und einen staatsrechtlichen, von dem aus es entweder überhaupt kein Völkerrecht gibt, oder das letztere nur als delegiertes Normensystem und daher als Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung erscheint. Indes wäre dies nicht *eine* (dualistische) Theorie des Verhältnisses zwischen Staat und Völkerrecht, sondern es wären *zwei* Hypothesen, und zwar die beiden *monistischen* Konstruktionen, also das gerade Gegenteil dessen, was man unter einer dualistischen Konstruktion verstehen kann.

Und auch darauf muß hingewiesen werden, daß die These, das Völkerrecht verpflichte *nur* Staaten, zwar stets mit einer dualistischen Konstruktion unverein-

bar ist, aber – bei einer bestimmten Deutung – nicht notwendig zu der Vorstellung einer *über* den staatlichen Ordnungen stehenden Völkerrechtsordnung führen muß. Dann nämlich, wenn man annehmen zu müssen glaubt, daß die Normen des Völkerrechts – weil *nur* den Staat – weder Untertanen noch Organe des Staates verbinden. Daß diese Auffassung von einer staatsrechtlichen Konstruktion zu einer völligen Negation des Völkerrechts führt, wird in einem späteren Zusammenhange dargestellt werden.³⁸⁴

Selbst im Falle der Nachweis gelingen würde, daß der Völkerrechtsordnung und der staatlichen Rechtsordnung verschiedene Adressaten „gegenüber“ stehen, daß die durch das Völkerrecht verpflichteten Subjekte andere sind als die der staatlichen Rechtsordnung unterworfenen, ist noch keineswegs jede Konfliktsmöglichkeit zwischen beiden Systemen in dem Sinne ausgeschlossen, daß Völkerrechtsnormen keine dem Inhalt staatlichen Rechts widersprechenden Pflichten statuieren können. Vielmehr ist gerade in diesem Falle – wie aus den früheren Ausführungen hervorgeht³⁸⁵ – die Möglichkeit eines völkerrechtswidrigen staatlichen und eines staatsrechtswidrigen Völker-Rechts erst gegeben; in demselben Sinne, wie von einem moralwidrigen Rechtssatz oder einem dem Recht widersprechenden Gebot der Moral gesprochen werden kann: von einem die *Inhalte* beider Ordnungen vergleichenden, nicht auf die Erkenntnis ihrer *Geltung* gerichteten Standpunkt. Denn von dem letzteren kann bei prinzipieller Disparität beider Ordnungen nur die eine oder die andere erfaßt werden, so daß nach dieser Richtung ein Normenkonflikt gar nicht Problem wird.

|134 Wenn in der neueren Theorie gelegentlich der umgekehrte Schluß gezogen und aus der behaupteten Verschiedenheit der Norm|adressaten bei Völkerrecht und staatlichem Recht die Unmöglichkeit eines Konflikts abgeleitet wurde¹⁾, so geschah dies zum Teil mangels einer deutlichen Unterscheidung zwischen Normobjekt und Normsubjekt, indem man eine Verschiedenheit des Normgegenstandes mit der Verschiedenheit der Normsubjekte oder verpflichteten Personen vermengte. Hätte Völkerrecht und staatliches Recht Verschiedenes zum Gegenstande, dann wäre ein Widerspruch zwischen beiden allerdings nicht einmal vom Standpunkt einer bloßen Inhaltsvergleichung möglich. Dann aber wäre – und auch das muß gegenüber entgegengesetzten Meinungen in der herrschenden Lehre betont werden – die Vorstellung eines völkerrechtswidrigen Landesrechtes oder landesrechtswidrigen Völkerrechtes ebenso ausgeschlossen wie etwa diejenige einer unästhetischen Logik.

|134 |¹⁾ So *Triepel* a.a.O. S. 18ff., S. 22 und 23.³⁸⁶

³⁸⁴ Vgl. unten S. 420–423.

³⁸⁵ Vgl. oben S. 384–387, 384f. Anm. 2 (384f.).

³⁸⁶ *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 18–20, 22f.

§ 33. Die Quelle des Völkerrechts; dualistische und monistische Konstruktion.

Die Grundvorstellung der sogenannten „dualistischen“ Konstruktion: Völkerrecht und staatliches Recht als zwei voneinander prinzipiell verschiedene Normenkreise, setzt die völlige Verschiedenheit und gegenseitige Unabhängigkeit der *Quellen* beider Ordnungen voraus. Allein die relativ konsequentesten Versuche einer dualistischen Konstruktion, die selbst ausdrücklich von einem „Dualismus der Quellen“ reden, haben diese prinzipielle Voraussetzung ihrer Anschauungsweise nicht sicherstellen können. Denn es kann nicht gelingen, die Quelle des Völkerrechts von jener des staatlichen Rechts gänzlich zu isolieren. Dies zeigt deutlich die Konstruktion *Triepels*, der in der heutigen Theorie des Völkerrechts den dualistischen Gedanken aufs extremste vertritt und als die – vom Ursprung staatlichen Rechts gänzlich verschiedene – Völkerrechtsquelle die *Vereinbarung zwischen Staaten* aufzeigt. Die typische Argumentation verläuft etwa in folgender Weise: Die Quelle staatlichen Rechts oder – wie sich *Triepel* auch ausdrückt – des Landesrechts ist der „Wille des Staates“.³⁸⁷ Führt man auch das den Staat verpflichtende Völkerrecht auf diesen „Willen“ des (durch das Völkerrecht verpflichteten) Staates zurück, dann müßte das Völkerrecht konsequenterweise als ein Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung erkannt werden. Von einer Verschiedenheit und Selbständigkeit der Völkerrechtsordnung neben der staatlichen könnte keine Rede sein. Damit das Völkerrecht als eine von dem Landesrecht prinzipiell differenzierte Ordnung erkannt werden könne, muß seine Quelle ein „Wille“ sein, der – weil er Staaten verbinden soll – zwar ein Wille von Staaten, weil er aber nicht bloß *einen* Staat, sondern eine Mehrheit von Staaten verpflichten soll, ein Gemeinwille, eine Willensvereinbarung zwischen Staaten sein muß. *Triepel* glaubt in diesem Gemeinwillen, in dieser Willensvereinbarung mehrerer Staaten die von der Quelle staatlichen Rechts verschiedene Quelle des Völkerrechts gefunden zu haben¹⁾. |135

¹⁾ „Was wir Recht im objektiven Sinne nennen, ist ein Inbegriff einzelner Rechtssätze. Was ist ein Rechtssatz? ... Der zum Zwecke der Abgrenzung menschlicher Willenssphären *erklärte Inhalt* eines *Willens* ... eines dem Einzelwillen überlegenen Willens“ (a. a. O. S. 28/29).³⁸⁸ „Den Willen nun, dessen Inhalt der Rechtssatz bildet, den Willen, aus dem *er fließt*, nennen wir *Rechtsquelle*“ (a. a. O. S. 30).³⁸⁹ „Welcher Wille, so fragen wir nun zunächst, ist imstande, mit verbindlicher Kraft die Regeln zu erlassen, die wir dem Objekte nach als mögliche Regeln eines Völkerrechts abgegrenzt haben“ (a. a. O. S. 31).³⁹⁰ Völkerrecht regelt Beziehungen von Staat zu Staat. Ueber den Staaten steht keine höhere Gewalt. „... ist allein ein *Wille* als Quelle des Rechts denkbar, so kann dieser Wille hier nur ein *Staatswille*, vorsichtiger gesagt, ein *Wille von Staaten* sein.“ „Der Wille eines einzelnen Staates kann nicht Quelle von Völkerrecht sein“, denn er ist nicht imstande, „den gleichgeordneten Genossen der Staatengemeinschaft verbindliche Regeln ihres Verhaltens zu geben“. „Nur zu einer Willenseinheit durch *Willenseinigung* zusammengefloßener *Gemeinwille* mehrerer oder vieler Staaten kann die Quelle von Völkerrecht sein“ (a. a. O. S. 31/32).³⁹¹ |135

³⁸⁷ Vgl. z. B. *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 32, 133.

³⁸⁸ *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 28 f.

³⁸⁹ *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 30.

³⁹⁰ *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 31.

³⁹¹ Vier Zitate: *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 31 f.

Nun muß zunächst die Zulässigkeit des Satzes in Frage gestellt werden, ein Wille, und speziell ein Staatswille sei Quelle des Rechts, das Recht ein „Produkt“ eines Willens. Nur die für den Bereich juristischer Erkenntnis gänzlich abzulehnende psychologische Bedeutung des Willensbegriffes macht den Satz: der Wille des Staates ist die Quelle des staatlichen Rechts, überhaupt möglich. Das Recht *ist* der „Wille“ des Staates, wobei „Wille“ in einem rein normativen Sinne ein Ausdruck des Sollens ist. Gewiß kann man auch die Ursprungsnorm – die „Quelle“ im normativen Sinne – als „Wille“ personifizieren. Aber dann ist eben der „Wille“ nicht in einen Gegensatz zum Rechte, als seinem Produkte, gebracht, sondern umgekehrt: das aus der Ursprungsnorm abgeleitete Recht mit dieser „Quelle“ in seiner Gänze als „Wille“ d. h. als Sollen gedacht. Der Satz: „Die Quelle des Rechtes ist der Staatswille“, ist entweder eine für die juristische Betrachtung irrelevante – und überdies unrichtige – Konstatierung einer Tatsache (wenn damit der von Menschen vollzogene Erzeugungsprozeß des Rechts, die soziologisch-psychologische Entstehung der Rechtsvorstellungen gemeint ist) oder aber eine für die Quelle des Rechts völlig nichtssagende Tautologie.

|136 | Schon in dem zweiten Teil der oben schematisch dargestellten, typischen Argumentation erscheint der „Wille“ des Staates nicht mehr als bloße „Quelle“ des Rechts, sondern als Bezeichnung des Staates in seiner Gesamtheit, d. h. der ganzen Staatsordnung oder Staatsperson, wenn von einer Willensgemeinschaft, einer Vereinbarung zwischen Staaten die Rede ist. Es sind doch wohl nicht die „Quellen“, die eine Gemeinschaft eingehen, sondern die Staaten als Ganzes.

Nun muß es – um in der üblichen Vorstellungsweise zu bleiben – fraglich scheinen, ob mit der „Vereinbarung“ mehrerer Staatswillen von diesen verschiedene Quellen gefunden wurden. Zumindest dann nicht, wenn auf die Frage, warum ein Staat durch seine mit anderen Staaten getroffene Vereinbarung gebunden sei, keine andere Antwort erhältlich ist, als die, daß eben in der Vereinbarung sein eigener Wille stecke, daß ihm in der Vereinbarung kein „durchaus fremder, sondern zugleich sein eigener Wille entgegentritt, so daß ihm nichts auferlegt wird, was er sich nicht selbst auferlegt hat“⁽¹⁾. Denn in dieser Argumentation zeigt sich als einziger Geltungsgrund für völkerrechtliche Verbundenheit des Staates: der eigene Wille desselben d. i. – in der übernommenen Terminologie – die gleiche Quelle wie die des staatlichen Rechts; und vollends wenn auf die Frage, weshalb der durch

|136 |¹⁾ *Triepel* a. a. O. S. 82:³⁹² „Ich finde die bindende Kraft des Völkerrechts einmal darin begründet, daß in dem Gemeinwillen, dessen Inhalt dem Staate als Norm seines Verhaltens gegen andere Staaten erscheint, ihm nicht ein durchaus fremder, sondern zugleich sein eigener Wille entgegentritt, so daß ihm nichts auferlegt wird, was er sich nicht selbst auferlegt hat. Nicht *lediglich* sein eigener Wille ...“ Aber als *Geltungsgrund* des Völkerrechts wird damit – wenn dieser auch als Gemeinwille einer Mehrheit von Staaten bezeichnet wird – dem einzelnen Staate gegenüber ja doch nur *dessen* Wille aufgezeigt!

³⁹² *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 82 – Hervorhebung des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

Vereinbarung völkerrechtlich gebundene Staat seinen in der Vereinbarung stekenden „Willen“ einseitig nicht ändern dürfe, nur die Antwort übrig bleibt: weil er sich an diesen seinen eigenen Willen gebunden „fühlt“²⁾. Denn ganz abgesehen von dieser für alle normlogischen Untersuchungen der herrschenden Lehre charakteristischen Entgleisung ins Psychologische (es ist ja nach einem Sollen und nicht nach einer Seinstatsache gefragt und selbst die „Tatsache“ eines Staatsgefühls höchst fragwürdig) – ins Normative übersetzt, bleibt doch wieder nur der eigene Wille des Staates als Geltungsgrund für die völkerrechtliche Verbindlichkeit übrig.

Indes könnte die Konstruktion der zwischenstaatlichen Vereinbarung als Völkerrechtsquelle einen normativ korrekten Ausdruck | darin finden, daß man die *Norm*: Vereinbarungen zwischen Staaten sollen verbindlich sein, oder: Staaten sollen sich so verhalten, wie sie es mit anderen Staaten vereinbaren, als den Grundsatz, den Ursprung oder die Quelle des Völkerrechts gelten ließe. Daß damit keine von der Quelle staatlichen Rechts verschiedene, eine von der staatlichen Rechtsordnung prinzipiell unabhängige Völkerrechtsordnung begründende Quelle konstituiert ist, erhellt auf den ersten Blick. Denn schon in der als Quelle fungierenden Norm ist eine Verweisung, eine Delegation auf die staatlichen Rechtsordnungen enthalten. Was anderes könnte denn unter Staaten verstanden sein als die Personifikation eben jener Rechtsordnungen, von denen man das System der Völkerrechtsnormen zu isolieren versucht? Wo anders könnten jene Staaten ihre Existenz haben, als in diesen Ordnungen, was anderes könnten diese Staaten sein, als diese Ordnungen? Und auch wenn man diese Identifizierung von Staat und Recht (die sich aus der Erkenntnis ergibt, daß der Staat eine Ordnung ist) nicht – oder noch nicht – für unvermeidlich erkannt hat, und den Staat als irgendeine Seinstatsache in jene – unklare und widerspruchsvolle – Wechselbeziehung zum Recht setzt, wie dies üblicherweise geschieht, ist die Norm, daß Staaten ihre Vereinbarungen beobachten sollen, denkbar, ohne daß in dem Begriff des Staates – mit dem diese Norm operiert – zumindest *auch* eine Verweisung auf die Rechtsordnung liegt, die als mit dem Staate wesentlich, begriffswesentlich verbunden gedacht wird? Es sind – für die naturalistische, auf die soziale Seinsebene und die nackten Tatsachen gerichtete Betrachtung, für die der Staat als Faktum erscheint – im Grunde doch nur Menschen, die Vereinbarungen treffen, beobachten oder brechen. Wie soll hinter ihnen der „Staat“ erkannt werden, wenn nicht mit Hilfe einer „Ordnung“, die diese Menschen zu ihrem Verhalten ermächtigt, verpflichtet, diesen Menschen die Organqualität verleiht, die ihnen ja nicht in jeder Hinsicht, sondern nur bezüglich solcher Handlungen zuerkannt werden kann, die eine bestimmte ordnungsmäßige Qualität haben, einer Ordnung in bestimmter Weise entsprechen! Daß diese Ordnung, die Staatsordnung, nur die Rechtsordnung sein kann, wird

²⁾ *Triepel* a. a. O. S. 82.³⁹³

³⁹³ *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 82 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

wohl niemand in Frage ziehen, der mit der herrschenden Lehre das Spezifikum des Staates oder zumindest ein Spezifikum dieser sozialen „Gemeinschaft“ in dem Bezug auf das Recht erkennt.

| 138 Durch die in der Grundnorm oder Quelle des Völkerrechts vorgenommene Delegation der staatlichen Rechtsordnungen sind diese als der Völkerrechtsordnung unterstellt und letztlich mit dieser zu einem einheitlichen Normensystem zusammengefaßt zu erkennen. | Wenn somit als Quelle des staatlichen Rechts der Wille des Einzelstaates, als Quelle des Völkerrechts aber eine Gemeinschaft von Staatswillen angenommen wird, dann kann weder von einem Dualismus der Quellen, noch von einem Dualismus der Ordnungen die Rede sein. Es liegen eben nicht zwei völlig verschiedene Quellen vor. Dies zeigt sich am augenfälligsten in der Ueberlegung: Wenn es derselbe Staatswille ist, der als Quelle staatlichen Rechts vorausgesetzt ist, und der in der Vereinbarung steckt, die als Quelle des Völkerrechts erkannt werden soll, dann ist ein Normenkonflikt zwischen beiden unmöglich, denn in der Vereinbarung kann der Staat nicht das Gegenteil dessen wollen, was er in der staatlichen Rechtsordnung will, da doch die Einheit des Staatswillens den Begriff eines Staatswillens erst möglich macht! In der Möglichkeit eines Normenkonfliktes (vom Standpunkt der Inhaltsvergleiche) zeigt sich aber gerade die Disparität zweier Ordnungen, die denselben Gegenstand regeln.

Trotzdem *Triepels* Theorie der von der Quelle des Landesrechts verschiedenen Quelle des Völkerrechts schließlich auf die *Bergbohm-Jellineksche* Theorie der Selbstverpflichtung des Staates³⁹⁴ hinausläuft und damit das Völkerrecht zu einem Bestandteile der staatlichen Rechtsordnung werden muß, trotz dieser offenkundigen Identität der Quelle staatlichen und Völkerrechtes hält *Triepel* an der Möglichkeit eines unlösbaren Konfliktes zwischen beiden Rechtsordnungen fest. Und dieser Widerspruch wird um so auffallender, je deutlicher zutage tritt, daß die *Triepelsche* Konstruktion, sofern sie sich auf den Geltungsgrund des Völkerrechtes besinnt, aus einer dualistischen in jene monistische Auffassung ableitet, die den Primat der staatlichen Rechtsordnung behauptet. Dies kommt besonders zum Ausdruck, wenn *Triepel* den in der herrschenden Völkerrechtstheorie allgemein akzeptierten Grundsatz, das Völkerrecht müsse von einem Staate *anerkannt* sein, um für ihn zu gelten, auch seinerseits übernimmt und erklärt, es sei ausgeschlossen, „daß ein durch Vereinbarung geschaffener Rechtssatz des Völkerrechts“ – und die Vereinbarung ist die einzige Quelle des Völkerrechts nach *Triepel* – „für solche Staaten gilt, die an seiner Vereinbarung nicht teilgenommen haben“⁽¹⁾.

Die Unvereinbarkeit der völkerrechtlichen Anerkennungstheorie mit einer dualistischen Konstruktion tritt noch deutlicher zutage als dies in der Vereinba-

| 138 |¹⁾ *Triepel* a. a. O. S. 83.³⁹⁵

³⁹⁴ Dazu näher unten S. 429–434.

³⁹⁵ *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 83 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

rungskonstruktion – dieser besonderen Erscheinungsform der Anerkennungstheorie – eingesehen werden kann. | Wenn völkerrechtliche Normen für einen Staat nur gelten, weil und insofern dieser Staat die ihn verpflichtende Völkerrechtsnorm anerkannt hat, dann muß das System der für einen Staat gültigen Völkerrechtsnormen – und ein anderes als ein „gültiges“ Völkerrecht hat keine Existenz – mit dem System der staatlichen Rechtsnormen in einer Einheitsbeziehung stehen, die – in der üblichen Terminologie gesprochen – durch den einheitlichen Willen des Staates hergestellt wird. Was man als „Anerkennung“ des Staates bezeichnet, kann – da der Staat kein physischer Mensch, sondern eine Ordnung ist – nichts anderes bedeuten als eine Verweisung der staatlichen Rechtsordnung auf die Normen des Völkerrechts. Nur wenn und insoweit die staatliche Rechtsordnung im Wege einer Delegation Völkerrechtsnormen zu ihren eigenen macht, können diese als für die Staatsperson ebenso verbindlich erkannt werden wie andere Normen des staatlichen Rechts. Das ist der rechtslogische Sinn der Anerkennungstheorie, auf die später³⁹⁶ noch zurückzukommen sein wird.

§ 34. Vermengung der dualistischen mit monistischen Konstruktionen.

Auch *Heilborn* steht – wie bereits oben bemerkt³⁹⁷ – in der Frage nach dem Verhältnis zwischen staatlichem Recht und Völkerrecht auf dem Standpunkt einer dualistischen Konstruktion¹⁾. Auch *Heilborn* erklärt – ebenso wie *Triepel* und offenbar unter dessen Einfluß: „Sachliche Konflikte zwischen formell gültigem Völkerrecht und Landesrecht sind also möglich“²⁾. „Weil das Völkerrecht sich nur an die Staaten als solche, an die juristischen Personen wendet, für Behörden und Untertanen aber bloß das Landesrecht maßgebend ist, so ist eine Lösung der Konfliktsfälle nicht möglich“³⁾. Aber auch *Heilborn* glaubt mit dieser dualistischen Konstruktion die übliche Anerkennungstheorie verbinden zu können! „Das Völkerrecht ist nicht mittelbar, sondern direkt und unmittelbar auf den Willen derjenigen Staaten zurückzuführen, für welche es maßgebend ist. Die Tatsache, daß ein Völkerrechtssatz für alle übrigen Staaten gilt, ist demjenigen Staate gegenüber belanglos, welcher den Satz nicht anerkannt hat“⁴⁾. Als juristische Kategorie bedeutet die „Anerkennung“ des Völkerrechts durch den Staat nur die Aufnahme des Völkerrechts in die staatliche Rechtsordnung oder deren Ueberordnung über das

¹⁾ Vgl. das oben S. 122, Anm. 2 angeführte Zitat.³⁹⁸

²⁾ a. a. O. S. 89.³⁹⁹

³⁾ a. a. O. S. 90.⁴⁰⁰

⁴⁾ a. a. O. S. 33.⁴⁰¹

³⁹⁶ Vgl. unten S. 414f., 429–434.

³⁹⁷ Vgl. oben S. 384f. Anm. 2 (385).

³⁹⁸ Vgl. oben S. 384f. Anm. 2 (385); *Heilborn*, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 89.

³⁹⁹ *Heilborn*, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 89.

⁴⁰⁰ *Heilborn*, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 90.

⁴⁰¹ *Heilborn*, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 33.

|140 Völkerrecht. Und wie soll dann ein | Satz des Völkerrechts zu einem Satz der staatlichen Rechtsordnung in Widerspruch stehen können, wenn jede Völkerrechtsnorm nur gilt, sofern der Staat sie anerkannt hat? Sollte ein Widerspruch zwischen den Normen derselben staatlichen Rechtsordnung zulässig sein?

Indes haben die Vertreter des Dualismus diesen keineswegs bloß mit Elementen jener monistischen Konstruktion vermengt, die den Primat der staatlichen Rechtsordnung voraussetzt, sondern sie operieren auch mit wesentlichen Vorstellungen jener – das gerade Widerspiel darstellenden – gleichfalls monistischen Konstruktion, die den Primat des Völkerrechts behauptet! Schon wenn *Heilborn* trotz der von ihm angenommenen „Unabhängigkeit“ des Völkerrechts von der staatlichen Rechtsordnung zwischen beiden „Berührungspunkte“¹⁾ annimmt, ein Bild, das juristisch nichts anderes bedeuten kann als einen Einheitsbezug. Oder wenn er gar meint, „daß der Staat beiden⁴⁰³ Rechtsgebieten angehört“²⁾. Was anderes soll aber damit gesagt sein als dies: daß es *derselbe* Staat ist, der einerseits die Personifikation der Landesrechtsordnung darstellt, andererseits der Völkerrechtsordnung unterworfen ist. Ausdrücklich spricht *Heilborn* von einer „Unterwerfung“ des Staates unter das Völkerrecht³⁾ und stellt den dem Völkerrecht unterworfenen Staat dem der Privatrechtsordnung unterworfenen Individuum gleich; „denn für das Völkerrecht ist das Individualinteresse des einzelnen Staates ebenso maßgebend wie das des Menschen für das Privatrecht“⁴⁾. „Wie das Privatrecht dem Menschen, so erkennt das Völkerrecht dem Staat eine Rechtsmacht über gewisse Güter zu“⁵⁾, und „das Völkerrecht erkennt den Staat als Rechtssubjekt an; es räumt den Staatsorganen eine besondere Rechtsstellung ein und bestimmt die Wirksamkeit ihrer Handlungen anderen Staaten gegenüber“⁶⁾. Wo anders als in seiner Rechtsordnung wird der Staat *rechtlich*, das heißt: als Rechtssubjekt existent? Was anderes kann aber dann all das bedeuten, was *Heilborn* hier an Funktionen des Völkerrechts gegenüber dem „unterworfenen“ Staate behauptet, wenn nicht dies: daß von einem einheitlichen, weil beide Ordnungen letztlich als Einheit erfassenden juristischen Standpunkte aus das Völkerrecht als das übergeordnete, die Landesrechtsordnungen delegierende Normensystem vorausgesetzt wird? Wenn das Völ-

|140 |¹⁾ a. a. O. S. 88, 89.⁴⁰²

²⁾ a. a. O. S. 89.⁴⁰⁴

³⁾ a. a. O. S. 21.⁴⁰⁵

⁴⁾ a. a. O. S. 106.⁴⁰⁶

⁵⁾ a. a. O. S. 106.⁴⁰⁷

⁶⁾ a. a. O. S. 89.⁴⁰⁸

⁴⁰² Zwei Zitate: *Heilborn*, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 89, 88.

⁴⁰³ «Staat beiden»] *Heilborn*, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 89: «Staat als solcher beiden».

⁴⁰⁴ *Heilborn*, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 89.

⁴⁰⁵ *Heilborn*, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 21.

⁴⁰⁶ *Heilborn*, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 106.

⁴⁰⁷ *Heilborn*, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 106.

⁴⁰⁸ *Heilborn*, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 89.

kerrecht den Staat als „Rechtssubjekt“ anerkennt, muß es die den Staat als Rechts-
 subjekt konstituierende staatliche Rechtsordnung „anerkennen“, d. h. | als solche |141
 delegieren, in sich aufnehmen. Wenn das Völkerrecht den „Staatsorganen“ irgend-
 eine Stellung zuweist, kann es nur Menschen bezeichnen, deren Organqualität zu
 bestimmen, es die Landesrechtsordnungen ermächtigt, delegiert. Das schließliche
 Resultat der *Heilbornschen* Konstruktion ist dann, daß das Völkerrecht ausdrück-
 lich als eine „Ueberordnung über den einzelnen Staat“¹⁾ behauptet wird, während
 die Ueberordnung des Völkerrechts über die Rechtsordnung des einzelnen Staates
 ebenso ausdrücklich abgelehnt wird²⁾. Und nicht anders ist es bei *Triepel*, dessen
 Theorie, das Völkerrecht sei ein von dem Willen des Einzelstaates – für den es gilt
 – „gesonderter“, von diesem gleichsam losgelöster *Gemeinwille*, nur der Ausdruck
 für die Vorstellung einer *objektiven*, *über* den staatlichen Rechtsordnungen ste-
 henden Rechtsordnung ist. *Triepel* betont ausdrücklich, das Völkerrecht stehe
 ebenso als „Macht“ „über“ den Staaten, wie das Landesrecht „über“ den Staats-
 genossen³⁾. „Einen Rechtssatz, der nicht als Macht *über* den Subjekten steht, an die
 er sich wendet, kann ich mir nicht denken“⁴⁾. Freilich steht diese Vorstellung – die
Triepel zu einer Ablehnung der staatlichen Selbstverpflichtungstheorie veran-
 laßt⁵⁾, in direktem Widerspruch zu seiner – die Selbstverpflichtungslehre wieder
 akzeptierenden – Anschauung vom Geltungsgrunde des Völkerrechts⁶⁾.

¹⁾ a. a. O. S. 61:⁴⁰⁹ „Entscheidend fiel ins Gewicht die Erkenntnis von der Notwendigkeit des |141
 Völkerrechts und seiner *Ueberordnung über den einzelnen Staat*“.

²⁾ a. a. O. S. 89:⁴¹⁰ „Völkerrecht und Landesrecht sind voneinander unabhängig, das eine ist dem
 andern formell nicht *untergeordnet*“.

³⁾ a. a. O. S. 76.⁴¹¹

⁴⁾ a. a. O. S. 79.⁴¹²

⁵⁾ a. a. O. S. 77 f.⁴¹³

⁶⁾ *Triepels* Konstruktion des Völkerrechts beruht auf der Vereinbarungstheorie *Bindings*⁴¹⁴. Die-
 ser hat seine Lehre neuestens (Zum Werden und Leben der Staaten, 1920, S. 191 ff.)⁴¹⁵ in erwei-
 terter Form dargestellt und dabei *Triepels* Völkerrechtskonstruktion grundsätzlich akzeptiert.

⁴⁰⁹ *Heilborn*, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 61 Anm. 2 – Hervorhebung von Kelsen.

⁴¹⁰ *Heilborn*, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 89 – Hervorhebung von Kelsen.

⁴¹¹ *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 76 Anm. 2.

⁴¹² *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 78 f.

⁴¹³ *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 77–79.

⁴¹⁴ Karl (Lorenz) Binding (1841–1920), Strafrechtslehrer und Rechtsmethodologiker. 1864 ha-
 bilitiert in Heidelberg, ab 1866 Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht und Staatsrecht in Basel,
 ab 1870 in Freiburg i. Br., ab 1872 in Straßburg, 1873–1913 in Leipzig (1892/1893 und 1908/1909
 Rektor). Binding war das Haupt der klassischen, an der Vergeltungstheorie festhaltenden Schule
 der Strafrechtslehre. Das Wesen des Verbrechens erblickte Binding darin, dass der Täter den
 staatlichen Anspruch auf Gehorsam gegenüber dem Gesetz verletzt und damit die Autorität des
 Gesetzes gefährdet. Gemeinsam mit Josef Kohler (1849–1919) und Adolf Wach (1843–1926) gilt er
 als Begründer der sog. objektiven Auslegungslehre. Wichtige Werke: Die Normen und ihre Über-
 tretung, 2 Bde., Leipzig 1872 und 1877 (2. Aufl., 4 Bde., Leipzig 1890–1919); Die Schuld im deut-
 schen Strafrecht, Leipzig 1919.

⁴¹⁵ *Karl Binding*, Die „Vereinbarung“. Ihr Begriff. Ihre schöpferische Kraft, in: Karl Binding, Zum
 Werden und Leben der Staaten. Zehn staatsrechtliche Abhandlungen, München und Leipzig 1920,
 S. 189–245.

Auch *Binding* lehnt das Völkerrecht als eine über dem staatlichen Rechte stehende Rechtsordnung ausdrücklich ab (a. a. O. S. 242).⁴¹⁶ Er erklärt „die *Vereinbarung* des inhaltlich gleichen Willens verschiedener Staaten“ für „die einzig mögliche Quelle des Völkerrechts“ (a. a. O. S. 243);⁴¹⁷ und zwar sieht er hier einen jener Fälle der Vereinbarung, wo „die sich Vereinbarenden *nicht einer höheren Rechtsordnung unterstehen*“; die „Bildung des Völkerrechts“ vollzieht die „Vereinbarung“ „in der Luft der *Freiheit, der rechtlichen Ungebundenheit*“ (a. a. O. S. 226).⁴¹⁸ Allein nach den eigenen Ausführungen *Bindings* setzt die Vereinbarung eine über den Vereinbarenden, durch die Vereinbarung zu Bindenden stehende, objektiv gültige Rechtsordnung voraus, oder es ist doch zumindest mit der Vereinbarung zugleich eine solche übergeordnete Norm als entstanden vor-

| 142 *Binding* sagt: „Jede Rechts|bildung und Rechtsbindung setzt in den Köpfen derer, die zur rechtlichen Ordnung verbunden werden sollen, ... eine ganz bestimmte Vorstellung voraus: die vom Dasein eines überindividuellen Willens, dem die unter ihm stehenden Einzelnen Nachachtung, Gehorsam schulden.“⁴¹⁹ Nun stellt die „Vereinbarung“ zweifellos eine „Rechtsbildung“ und „Rechtsbindung“ dar und muß daher als solche die Vorstellung eines überindividuellen Willens *voraussetzen*; eines Willens, der *über* den Vereinbarenden und durch die Vereinbarung zu Bindenden steht. Das heißt, ohne jedes Bild gesprochen: damit die „Vereinbarung“ als Tatbestand – und *Binding* selbst bezeichnet sie gelegentlich als „Tatbestand“ (a. a. O. S. 163)⁴²⁰ – die rechtliche Bindung der Vereinbarenden zur Folge habe, muß entweder eine positiv-gesetzte Rechtsnorm vorliegen, die solches bestimmt, oder aber es muß eine *juristische Hypothese* angenommen werden, die – als Ursprungsnorm – einer bestimmten Vereinbarung als Rechtsfolge die Verbindlichkeit ihres Inhalts zuspricht. Schon darum ist also die als Quelle des Völkerrechts fungierende Vereinbarung nur unter der Voraussetzung einer über den vereinbarenden Staaten stehenden, die Vereinbarung als „Rechtsquelle“ einsetzenden Norm denkbar. Allein selbst wenn *Binding* diese Konsequenz seiner Grundanschauung von der „Rechtsbildung und Rechtsbindung“ nicht zu ziehen geneigt wäre, so drängen doch andere seiner Ausführungen zu demselben Ergebnis. „Vereinbarung ist Vergemeinschaftung inhaltlich gleicher, auf rechtlich Bedeutsames gerichteter Willen mehrerer Willensträger“ (a. a. O. S. 217).⁴²¹ Diese Vereinbarung hat nach *Binding* – scheinbar „an sich“ – rechtsschöpferische Kraft. Daß dies nur innerhalb eines Rechtssystems, und zwar eines auf einer einheitlichen Ursprungshypothese gegründeten Rechtssystems möglich ist, soll hier weiter nicht verfolgt werden, denn es genügt festzustellen, wie *Binding* selbst die verbindende Kraft der Vereinbarung erklärt: „Diese Vorstellung von der bindenden Kraft der Vereinbarung ist sehr eigenartig: sie scheint nicht ganz frei von einem *mystischen* Element. Sie geht dahin: durch die Verabredung eines gemeinsamen Wollens oder eines gemeinsamen Handelns entsteht eine Willensmacht *über* (von *Binding* fett gedruckt) den Verabredenden, der alle Teilnehmer an der Verabredung zu entsprechen haben. Die Vereinbarung wirkt also nicht eine einfache Addition von zwei oder drei inhaltlich gleichen Willen, | sondern sie schafft einen Willen *über* (wieder fett gedruckt) Zweien oder Dreien oder Tausenden, dem sie alle Nachachtung schulden“ (a. a. O. S. 236).⁴²² Ist die „Vereinbarung“ die – notabene von den Quellen der einzelstaatlichen Rechtsordnungen angeblich verschiedene – Quelle des Völkerrechts, dann muß das Völkerrecht ein *über* den (vereinbarenden) Staaten stehender Gemeinwille sein. „Aus allen Staatenvereinbarungen und

| 143

⁴¹⁶ *Binding*, Vereinbarung (Anm. 415), S. 242.

⁴¹⁷ *Binding*, Vereinbarung (Anm. 415), S. 243 – Hervorhebung des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

⁴¹⁸ *Binding*, Vereinbarung (Anm. 415), S. 226 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

⁴¹⁹ *Binding*, Vereinbarung (Anm. 415), S. 233 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁴²⁰ *Karl Binding*, Die Gründung des Norddeutschen Bundes (1888), in: Karl Binding, Zum Werden und Leben der Staaten. Zehn staatsrechtliche Abhandlungen, München und Leipzig 1920, S. 95–167 (161).

⁴²¹ *Binding*, Vereinbarung (Anm. 415), S. 217 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁴²² *Binding*, Vereinbarung (Anm. 415), S. 235f. – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen, Klammerzusätze von Kelsen eingefügt.

| Und schließlich: *Triepel* wie *Heilborn* zweifeln nicht daran, daß das Völkerrecht | 142
den Staat verpflichtet. Wenn Völkerrecht – was beide annehmen – *Recht* ist, und
wenn es – was beide annehmen – kein bloßer Bestandteil staatlichen Rechts ist, was
anderes kann es sein als eine über der gleichfalls den Staat verpflichtenden, im
„Staat“ personifizierten Landesrechtsordnung stehende, mit dieser Landesrechts-
ordnung – weil doch das gleiche Subjekt verpflichtende – in einem Einheitsbezug
stehende Rechtsordnung? Könnte die staatliche Rechtsordnung die Gemeinde ver-
pflichten, wenn nicht die Gemeindeordnung ein unter der staatlichen Rechtsord-
nung stehendes, von ihr delegiertes, eine Teilordnung der staatlichen Rechtsord-
nung bildendes Normensystem, wenn die Gemeinde – als Rechtssubjekt – etwas
anderes als die Personifikation der Gemeindeordnung wäre?

| Wenn man eine dualistische Konstruktion des Verhältnisses zwischen Völker- | 143
recht und staatlichem Recht mit der Vorstellung einer Verpflichtung des *Staaes*
durch das *übergeordnete* Völkerrecht verbinden zu können glaubt, so ist ein solcher
Widerspruch nur durch die im herrschenden Begriff des *Staaes* vollzogene Hy-
postasierung zu erklären. Man denkt sich den Staat als ein reales Wesen, als ein
Naturding, eine Art Mensch; und so wie das Verhalten des Menschen glaubt man
dasjenige des *Staaes* als Gegenstand zweier voneinander verschiedener Ordnun-
gen vorstellen zu können: der „eigenen“ staatlichen Rechtsordnung und der Völ-
kerrechtsordnung. Diese Vorstellung muß aber sogleich in sich selbst zusammen-
fallen, wenn man durch den Schleier der Hypostasierung hindurch erkennt, daß
der Staat eben selbst eine Ordnung, seine „eigene“ Ordnung selbst ist, daß das
Substrat der in der Hypostasierung real gesetzten Personifikation eben nichts an-
deres als eine spezielle Rechtsordnung ist, und daß daher in der Vorstellung einer
Verpflichtung des *Staaes* durch eine „über“ ihm stehende Ordnung schon eine
Relation zwischen zwei Ordnungen hergestellt ist; und zwar begriffsnotwendig
gerade zwischen jenen beiden Ordnungen, deren Beziehungslosigkeit man bei
dualistischer Konstruktion behauptet. Denn Inhalt einer Verpflichtung kann
schließlich und endlich nur menschliches Verhalten sein, und wenn der „Staat“
durch eine über ihm stehende Rechtsordnung verpflichtet ist, dann kann dies
nichts anderes bedeuten als: daß die Völkerrechtsordnung die Verpflichtung zu
dem Verhalten eines *Menschen* setzt, dessen nähere Bestimmung – als Staatsorgan
– sie der als „Staat“ personifizierten Spezialrechtsordnung zuweist. Welches Ver-

allen Staatenverträgen klingt immer dasselbe Bekenntnis: *Gemeinwille steht über dem Einzelwillen und besitzt die Kraft, die Teilnehmer daran nach Maßgabe desselben zu berechtigen und zu verpflichten.*“ So *Binding* (a. a. O. S. 245).⁴²³ Die Behauptung, daß ein von den Einzelwillen, den „Willen“ der Einzelstaaten verschiedener und über ihnen stehender „Gemeinwille“ existiere, ist nur der anthropomorphistische Ausdruck für die *Annahme* einer objektiv gültigen, überstaatlichen Rechtsordnung. Es ist die Hypothese vom Primat des Völkerrechts. Wenn man diesen „Gemeinwillen“ psychologisch aus seiner *Entstehung* durch die „Verschmelzung“ von gleichhaltlichen Einzelwillen zu erklären versucht, dann muß man freilich zur Behauptung eines „mystischen“ Elementes greifen.

⁴²³ *Binding*, Vereinbarung (Anm. 415), S. 245.

|144 hältnis damit | zwischen beiden Ordnungen gegeben ist, geht aus den früheren Ausführungen hervor.⁴²⁴

§ 35. Fortsetzung; bloß völkerrechtliche Verpflichtung des Staates
zu Normsetzungsakten.

Die Vorstellung, das Völkerrecht sei eine von dem staatlichen Recht gänzlich verschiedene und unabhängige Ordnung (dualistische Konstruktion), stehe aber dennoch zugleich verpflichtend über den Staaten oder deren Ordnungen, wird mitunter durch die folgende als typisch zu bezeichnende Argumentation gestützt: Der Staat ist durch das Völkerrecht nur zu einer bestimmten Normsetzung (d. h. zur Erlassung von Gesetzen bestimmten Inhalts) verpflichtet. Nur in dieser Verpflichtung kommt seine Unterordnung unter das Völkerrecht zum Ausdruck. Dabei versucht man die Unterordnung kraft *Verpflichtung* von der Unterordnung auf Grund einer *Ermächtigung* oder *Delegation* zu unterscheiden. Und zwar um des weiteren argumentieren zu können: Wenn der Staat diese Verpflichtung nicht erfüllt und Normen setzt, deren Inhalt den vom Völkerrecht geforderten Normen widerspricht, so seien diese Normen als *staatliche* Rechtsnormen gültig und in ihrer Geltung von einem zuwiderlaufenden Völkerrechtssatz unberührt. Es sei somit völkerrechtswidriges Landes-(staatliches) Recht und umgekehrt landesrechtswidriges Völkerrecht möglich. In dieser Konfliktsmöglichkeit, in dieser Unabhängigkeit der beiderseitigen Geltungen zeige sich wieder die gegenseitige Unabhängigkeit beider Ordnungen¹⁾. Nun ist zunächst | zu bedenken, daß das Völ-

|144 ¹⁾ So z. B. *Triepel* a. a. O. S. 166 f.:⁴²⁵ „Es ist denkbar, daß die herrschende Rechtsquelle Normen aufstellt, nach denen sich die Kompetenz der untergeordneten Quelle als solche zum Teil oder überhaupt bemißt. Sie erteilt oder versagt ihr in bestimmtem Umfange die *Fähigkeit* eigener Rechtserzeugung. Daraus folgt, daß die auf Rechtsschöpfung gerichteten Akte der subordinierten Rechtsquelle, je nachdem sie innerhalb des so gezogenen Rahmens oder unter Durchbrechung der Schranke erfolgen, gültig oder nichtig sind. ... Es ist aber auch denkbar, daß die herrschende der beherrschten Rechtsquelle *Befehle* in Betreff eigener Rechtsschöpfung erteilt ...“, wobei speziell der Fall möglich ist, daß die Uebertretung dieses Befehls „keine Nichtigkeit nachzieht“. Da *Triepel* die Annahme einer *Koordination* der beiden „gesonderten“ (a. a. O. S. 256)⁴²⁶ Rechtsquellen von Völkerrecht und Landesrecht ablehnt (a. a. O. S. 257),⁴²⁷ bleibt nur festzustellen, welcher Art die „Ueberordnung“ der Völkerrechtsquelle über die Landesrechtsquelle sei. Denn auch die Vorstellung, daß die Landesrechtsquelle auf irgendeine Art der Völkerrechtsquelle übergeordnet sei, wird von ihm zurückgewiesen (a. a. O. S. 257 und 265).⁴²⁸ Daß die Quelle des Völkerrechts der des Landesrechts in dem Sinne übergeordnet sei, daß der Wille der ersteren für die *Geltung* der aus der letzteren fließenden Normen entscheidend ist, verneint *Triepel* (a. a. O. S. 257).⁴²⁹ | Das Völkerrecht

⁴²⁴ Vgl. oben S. 393–396.

⁴²⁵ *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 166 f. – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁴²⁶ *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 256 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁴²⁷ *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 257.

⁴²⁸ *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 257, 265.

⁴²⁹ *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 257.

kerrecht nicht bloß Verpflichtungen zur Normensetzung, sondern unmittelbare Verpflichtungen zu einem bestimmten Verhalten des Staates statuieren kann; so daß die besonderen Möglichkeiten, die sich, wie im folgenden ersichtlich, aus der Scheidung zwischen Normsetzungsakt und gesetzter Norm ergeben, nicht in Betracht kommen. Allein selbst wenn man auf diesen besonderen Fall einer völkerrechtlichen Normsetzungsverpflichtung des Staates eingeht, zeigt gerade er die Unmöglichkeit einer dualistischen Konstruktion bei Vorstellung einer Ueberordnung des Völkerrechts über das staatliche Recht.

Diese Ueber- und Unterordnung wird hier in der Normunterworfenheit, in der Verpflichtung des Staates durch das Völkerrecht erblickt. Allein, was kann bedeuten, der Staat sei völkerrechtlich verpflichtet, eine bestimmte Norm zu setzen, einen Rechtssatz bestimmten Inhalts zu erlassen? Die Annahme einer Rechtspflicht bestimmten Verhaltens, der Rechtssatzerzeugung, z. B. eines Gesetzgebungsaktes, dessen Inhalt zwar – nämlich der vom Völkerrecht postulierte – nicht aber dessen Form – der Weg der staatlichen Rechtserzeugung, die Menschen, die als Organe des Staates den Gesetzgebungsprozeß realisieren – vom Völkerrecht bestimmt wird. Hinsichtlich dieser Form des gebotenen Aktes enthält das Völkerrecht eine Verweisung, eine Delegation der staatlichen Ordnung. | Und hierin ist zunächst die Unterordnung der staatlichen Rechtsordnung unter das Völkerrecht gelegen. | 146

Diese Delegation ist – wie bereits früher bemerkt⁴³³ – eine Norm, und zwar eine Blankettnorm. Es soll geschehen, was oder wie eine andere Ordnung bestimmt. In dem vorliegenden Falle ist das „Was“ im Völkerrechtssatz bestimmt, das „Wie“ der staatlichen Rechtsordnung überlassen. Als Norm ist diese Delegation oder Ermächtigung naturgemäß auch – subjektiv – eine Verpflichtung; und schon darum zwi-

sei zwar dem Landesrecht gegenüber eine Art „höhere Ordnung“, aber die Gültigkeit oder Ungültigkeit des Landesrechts könne nicht durch das Völkerrecht bestimmt werden. Denn wenn die „höhere“ Quelle über Sein und Nichtsein der Normen der niederen Quelle entscheiden solle, müsse sie in *unmittelbarer* Beziehung zu den Subjekten stehen, an die sich die Normen der niederen Quelle richten (a. a. O. S. 259).⁴³⁰ Das treffe aber für das Völkerrecht nicht zu, das sich nur an Staaten, nicht an Behörden oder Untertanen des Staates richte wie das Landesrecht (a. a. O. S. 259).⁴³¹ Diese Argumentation ist unzutreffend, denn *wenn* die Rechtssetzung auf einer Delegation d. h. Fähigkeitsverleihung durch eine „höhere“ Quelle beruht, dann ist die Ueberschreitung der Delegation mit Nichtigkeit verbunden, auch wenn aus der höheren Quelle überhaupt keine die (den Normen der niederen Quelle unterworfenen) Subjekte *unmittelbar* bindenden Rechtssätze fließen. – Es bleibt somit für das Verhältnis der beiden Quellen nach *Triepel* nur der zweite Typus, eine Ueber- und Unterordnung, jene, die er ursprünglich auf „Befehl“ – zum Unterschied von „Fähigkeitserteilung“ – gründete. Nunmehr aber, wo es gilt, das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht diesem Schema einzureihen, spricht er davon, daß die übergeordnete Quelle der untergeordneten „Befehle und *Ermächtigungen* zur Vornahme oder Unterlassung der Rechtssetzung“ (a. a. O. S. 264)⁴³² erteilen könne. Daß aber die Erteilung einer „Fähigkeit“ und die Erteilung einer „Ermächtigung“ zur Rechtssetzung dasselbe ist, kann wohl kaum bezweifelt werden.

⁴³⁰ *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 259.

⁴³¹ *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 259.

⁴³² *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 264 – Hervorhebung von Kelsen, Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁴³³ Vgl. oben S. 376.

schen Ermächtigung und Verpflichtung kein Gegensatz. Nimmt man aber den Begriff der Ermächtigung im Sinne von Fähigkeitsverleihung, dann muß jede Verpflichtung zu einem bestimmten Verhalten implicite die Ermächtigung hiezu enthalten. Ich kann nicht zu etwas verpflichtet sein, wozu mir die Ermächtigung, d. h. die rechtliche Fähigkeit fehlt. Es ist darum unrichtig, wenn man den Fall der Unterordnung des Staates unter das Völkerrecht durch Verpflichtung oder Befehl von demjenigen durch Ermächtigung oder Fähigkeitserteilung unterscheidet. Der Befehl ist stets auch Ermächtigung oder Fähigkeitserteilung oder setzt Ermächtigung oder Fähigkeitserteilung von der gleichen „höheren“ Quelle voraus.

Wenn der Staat – völkerrechtlich – für verpflichtet angesehen wird, einen Akt bestimmten Inhalts zu setzen, und er nicht diesen, sondern einen seinem Inhalt nach widersprechenden setzt oder den gebotenen ungesetzt läßt, dann ist dieser Akt oder diese Unterlassung – gleichgültig, ob es sich dabei um einen Normsetzungsakt handelt oder nicht – völkerrechtswidrig, im ersteren Falle *völkerrechtlich* nichtig, überhaupt nicht vorhanden. Der Staat als solcher kann nämlich nur innerhalb seiner Ermächtigung oder, was dasselbe ist, innerhalb der Pflicht handeln. Außerhalb der Norm ist eine menschliche Handlung eben nicht dem Staate zuzurechnen. Eine völkerrechtliche Pflicht des Staates kann ja nichts anderes heißen als: Menschen, die nach staatlicher Rechtsordnung zu bestimmtem Verhalten verpflichtet und als solche Staatsorgane sind, sollen als solche, d. h. soweit sie auch nach staatlicher Rechtsordnung hiezu ermächtigt sind, sich in bestimmter – völkerrechtlich bestimmter – Weise verhalten; das heißt aber: Die völkerrechtliche Pflicht muß als Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung oder die staatliche Rechtsordnung als Bestandteil der völkerrechtlichen erkannt werden. Sonst ist die Vorstellung unmöglich, daß ein Mensch, der Staatsorgan ist, als solcher, daß also der Staat (der ja die Personifikation einer Rechtsordnung ist) so handeln solle, wie völkerrechtlich geboten erscheint.

|147 Wenn somit menschliches Verhalten vorliegt, das dieser Pflicht | nicht entspricht, kann keine Organhandlung angenommen werden, weil die Zurechnung zum Staate unmöglich wird. Denn diese ist nur auf Grund der Rechtsnorm vollziehbar, die eine Handlung als gesollt setzt. Erkennt man das Recht als Zwangsordnung, den Rechtssatz somit als Aussage darüber, unter welchen Bedingungen Zwang geübt werden soll, dann ist – streng genommen – überhaupt nur der Zwangsakt zurechenbar; dem *Staate* zurechenbar. Das *Unrecht* ist stets nur die Bedingung, niemals der Inhalt staatlichen (das ist rechtlichen) Wollens oder Handelns. Und daher ist die Vorstellung eines Unrechts des Staates ein Widerspruch in sich selbst¹⁾. Betrachtete man das Völkerrecht als eine von der einzelstaatlichen

|147 ¹⁾ Vgl. dazu meine Abhandlung: Ueber Staatsunrecht, in *Grünhuts* Zeitschrift für das Privat- und öffentl. Recht der Gegenwart, 40. Bd., S. 17, 95 ff.⁴³⁴ In dieser Abhandlung habe ich die Einheit von staatlichem Recht und Völkerrecht noch nicht klar genug erkannt.

⁴³⁴ *Kelsen*, Staatsunrecht (Anm. 2), S. 1–114 (97–101) = HKW 3, S. 439–531 (517–520).

Rechtsordnung unabhängige Ordnung, dann wäre zwar ein völkerrechtliches Unrecht des Staates in dem Sinne möglich, daß eine Handlung, die vom Standpunkt der einzelstaatlichen Rechtsnorm als Staatsakt dem Staate zuzurechnen wäre, vom Standpunkt des Völkerrechts als Unrecht zu gelten hätte. Allein bei einem solchen Dualismus der Konstruktion käme – wie gezeigt – das Völkerrecht nicht mehr als Rechtsordnung in Betracht. Soll die Verpflichtung des Staates durch das Völkerrecht eine *Rechtspflicht* sein, sollen also die einzelstaatlichen und die Völker-Rechtsnormen ein einheitliches System bilden, dann ist ein Völkerrechtsdelikt des Staates, d. h. ein dem Staate zurechenbarer Unrechtstatbestand ebenso unvorstellbar wie ein Staatsunrecht vom Standpunkt der einzelstaatlichen Rechtsordnung. Denn ob man die verletzte Völkerrechtsnorm als Bestandteil der einzelstaatlichen Rechtsordnung oder die letztere als Teilordnung des durch die Völkerrechtsordnung begründeten Universal-Rechtssystems auffaßt – immer steht man vor der logischen Unmöglichkeit, der Personifikation des Rechts (sei es der Total- oder einer Teilrechtsordnung) ein Unrecht zuzurechnen, den Rechts-Willen das Unrecht wollen zu lassen²⁾. Damit ist natürlich nicht die Unmöglichkeit eines völkerrechtlichen Unrechtsbestandes überhaupt in Frage gestellt; nur die Konstruktion desselben als Unrecht der Staatsperson abgelehnt. | 148

²⁾ Das Problem des Staats-Unrechtes: Wie kann der Personifikation des Rechts das Unrecht zugerechnet werden? – ist nur ein Spezialfall des allgemeinen Problems, in welchem Verhältnis das Rechts-Subjekt überhaupt zum Unrecht stehen könne. Ohne auf diese überaus schwierige Frage hier einzugehen, sei lediglich bemerkt, daß Rechts-Subjekt und Unrechts-Subjekt niemals identisch sein können und zwar aus demselben Grunde, aus dem die christliche Theologie der Person Gottes die des Teufels gegenüberstellen muß. Dann aber sei daran erinnert, daß – vom Standpunkt der *einzelstaatlichen* Rechtsordnung und unter der Voraussetzung des Rechtes als einer *Zwangsordnung* – als *das* Rechts-Subjekt schlechthin, als *die* Person des Rechtes, | als Zurechnungspunkt κατ' ἐξοχήν der Staat gelten muß. Andere Rechtssubjekte oder Personen als Personifikationen von Teilordnungen *und* *Zurechnungspunkte* menschlicher Handlungen sind nur unter der Voraussetzung konstruierbar, daß andere menschliche Handlungen als *Zwangsakte* für gesollt und daher für zurechenbar angesehen werden. Das ist nur möglich mit Hilfe der bereits früher angedeuteten Hypothese einer Norm, die zwangvermeidendes Verhalten anordnet. Diese Hypothese ergibt – an die staatliche *Zwangsordnung* herangebracht – das System der sekundären Rechtsnormen und deren Gruppierung vom Standpunkt des individuellen, wirtschaftlichen und sonstigen Interesses die Substrate für all diejenigen Personifikationen, die andere Rechtssubjekte („physische“ und juristische) als den Staat darstellen. Das Rechts-Subjekt, das sich als Personifikation eines Komplexes von sekundären, zwangvermeidendes Verhalten als gesollt setzenden Rechtsnormen darstellt, das als solches der Zurechnungspunkt für zwangvermeidendes Verhalten ist, kann nicht zugleich als das Subjekt des Unrechtes, d. i. des den Zwang bedingenden Verhaltens gelten. | 148

Wenn dem Staate nicht nur Zwangsakte, sondern auch anderes menschliches Verhalten, (dessen Unterlassen erst den staatlichen Zwangsakt herbeiführt) zugerechnet wird, so ist das als Personifikation der Totalität der sekundären Rechtsnormen ohne weiteres zulässig. Nur vollzieht sich *diese* Zurechnung zum Staate in der herrschenden Lehre, die hier dem vulgären Sprachgebrauch folgt, recht willkürlich und nach den verschiedensten Gesichtspunkten. Ein einheitliches Kriterium ist nicht nachzuweisen; fiskalische, dienstrechtliche, organisationstechnische, historische und sonstige Momente sind dafür maßgebend, daß man einen Akt als Staatsakt gelten läßt. Hiernach ist auch das den völkerrechtlichen Zwang vermeidende Verhalten des Staates zu beurteilen.

Ist somit schon der völkerrechtswidrige Normsetzungsakt des Staates – nicht nur völkerrechtlich, sondern auch staatsrechtlich – nichtig, dann kann die Frage der Gültigkeit der gesetzten Norm gar nicht auftauchen. Wenn aber die oben angegebene typische Argumentation des weiteren so verläuft: der Normsetzungsakt ist zwar völkerrechtswidrig, die gesetzte Norm aber gültig, weil die Normen der staatlichen Rechtsordnung in ihrer Geltung von denen des Völkerrechts unabhängig sind, so liegt darin ein Widerspruch, indem hinsichtlich des Normsetzungsaktes ein monistischer Standpunkt vertreten wird – ansonst wäre ja die Vorstellung „Verpflichtung des Staates“ gar nicht möglich – hinsichtlich der gesetzten Norm jedoch ein dualistischer. Wenn man aber die Verpflichtung des Staates als rein völkerrechtliche gelten lassen wollte, dann müßte man – von demselben völkerrechtlichen Standpunkt – die gesetzte Norm völkerrechtlich für nichtig erkennen. Denn sie fällt ja außerhalb der völkerrechtlichen Ermächtigung. Faßt man aber nur ihre staatsrechtliche Gültigkeit ins Auge, dann kann – von diesem rein staatsrechtlichen Standpunkt – von einer Verpflichtung des Staates zu einem Gesetzgebungsakt keine Rede sein. Mit anderen Worten: Nur wenn man sich auf einen rein *staatsrechtlichen* Standpunkt stellt und von der Geltung des Völkerrechtes *absieht*, kann die – nur vom Standpunkt des *Völkerrechts* diesem zuwiderlaufende, die völkerrechtliche Delegation verletzende und daher ebenso völkerrechtswidrige wie völkerrechtlich nichtige – staatliche *Rechtsnorm gültig* sein. Von diesem Standpunkte aus ist auch der staatliche *Rechtssetzungsakt* gültig, rechtmäßig, dagegen aber eine Verpflichtung des Staates durch eine außerstaatliche Rechtsordnung – und wäre es auch nur zu einem Rechtssetzungsakt – unvorstellbar. Es kann daher von diesem Standpunkte aus – *der allein die Unabhängigkeit der Geltung staatlichen Rechts von einer außer- oder überstaatlichen Ordnung garantiert* – von einem völkerrechtswidrigen Rechtssatze gar keine Rede sein¹⁾.

* * *

[149] ¹⁾ Es ist sehr bezeichnend für den stark monistischen Einschlag in der dualistischen Konstruktion *Triepels*, daß dieser zwar ein völkerrechtswidriges Landesrecht, aber – seltsamerweise – kein landesrechtswidriges Völkerrecht gelten lassen will. „Es gibt kein landesrechtsgemäßes, *kein landesrechtswidriges Völkerrecht*“ (a. a. O. S. 265).⁴³⁵ Man sollte doch meinen, daß wenn sich eine Norm der staatlichen Rechtsordnung vom Standpunkt des Völkerrechts als mit einer Norm dieses Systems im Widerspruch erweist, d. h. also völkerrechtswidrig ist, umgekehrt diese Norm der Völkerrechtsordnung – vom Standpunkt der Staatsrechtsordnung, weil mit einer Norm dieses Systems im Widerspruch – als landesrechtswidrig bezeichnet werden muß. Zumal, wenn die gegenseitige Unabhängigkeit beider Ordnungen – insbesondere hinsichtlich ihrer Geltung – behauptet wird. Wenn ein Rechtssatz – weil gegen ein Gebot der Moral verstoßend – moralwidrig ist, so muß doch die bezügliche Moralnorn als rechtswidrig gelten! *Triepel* meint, das Völkerrecht dulde kein Urteil über seine Landesrechtsmäßigkeit. „Wohl aber ist ... der Akt, aus dem das Landesrecht hervorgeht, in seiner Rechtmäßigkeit nach Völkerrecht zu bewerten. In diesem Punkte zeigt sich

⁴³⁵ *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 265 – Hervorhebung von Kelsen.

| Eine dualistische Konstruktion des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht ist zwar logisch nicht unmöglich, aber die völkerrechtliche Theorie hat diese Konstruktion – wie an den oben vorgeführten Beispielen gezeigt wurde⁴³⁸ – nicht folgerichtig durchgeführt. Vor allem deshalb, weil die Theorie des Völkerrechts nicht darauf verzichten kann, Völkerrecht wie staatliches Recht als gleichzeitig in Geltung stehende Ordnungen von einem einheitlichen, beide Normsysteme erfassenden, *juristischen* Standpunkte aus zu begreifen. Damit ist die unvermeidliche Konsequenz verbunden, die ursprünglich behauptete dualistische Position unversehens mit einer monistischen zu vertauschen. Dazu kommt, daß auch die Vertreter einer dualistischen Konstruktion gewisse von der gesamten Völkerrechtstheorie angenommene Grundsätze nicht abzulehnen in der Lage sind, die unverweigerlich die Einheit von Völkerrecht und Landesrecht zur Voraussetzung oder zur Folge haben: einerseits die Theorie vom Willen des Einzelstaates als Geltungsgrund des Völkerrechts, die sogenannte Anerkennungstheorie, und andererseits die Lehre von den Staaten als Subjekten oder Adressaten des Völkerrechts. | 150

Untersucht man, in welchem Verhältnis das Souveränitätsdogma zu der dualistischen Konstruktion des Völkerrechts steht, so zeigt sich, daß diese Konstruktion in ihrer logisch-korrekten Entfaltung – sofern eine solche praktisch, d. h. mit inhaltlicher Erfüllung der beide Systeme bildenden Normen durchgeführt werden könnte – der Vorstellung von der Souveränität des Einzelstaates Raum läßt; jedoch nur solange man auf dem einen der beiden diese Konstruktion charakterisierenden

die Eigenschaft des Völkerrechts als der ‚höheren‘ Rechtsordnung“ (a. a. O. S. 266).⁴³⁶ Allerdings auch das Fallenlassen des dualistischen Standpunkts! Was *Triepel* hier lehrt, ist der Primat des Völkerrechts über dem staatlichen Recht. Nur dann ist einseitig die eine „Quelle“, richtiger: sind deren Normen der Maßstab für eine andere, bzw. deren Normen – *und nicht umgekehrt*, wenn die Geltung der letzteren auf der Geltung der ersteren beruht, wenn die ersteren, als die *höhere* Ordnung, über den letzteren stehen! Es wäre gewiß nicht zulässig, einen Autor allzu wörtlich bei einem gelegentlich gebrauchten *Bilde* zu nehmen. Aber es ist sicherlich symptomatisch für die Vorstellung, die *Triepel* von dem Verhältnis des Völkerrechts zum staatlichen Rechte hat, wenn er ausführt: „Das Völkerrecht *bedarf* des staatlichen Rechtes, um seine Aufgabe zu erfüllen ... Ein Netz *über* den Staaten schwebend, will es durch starke Stützen in den Staaten gefestigt sein. Es ist einem Feldherrn vergleichbar, der seine Befehle nur an die Truppenführer richtet ...“ (a. a. O. S. 271).⁴³⁷ Dies aber ist das vollendete Bild der *Einheit* von Völkerrecht und staatlicher Rechtsordnung; das Völkerrecht – das zu seiner Ergänzung der staatlichen Rechtsordnungen bedarf – als die über den einzelnen staatlichen Rechtsordnungen stehende, sie gegenseitig begrenzende und miteinander zu einem höheren Ganzen verbindende Gesamtordnung. Woher haben die Befehle der Truppenführer normlogisch ihre Geltung? Aus dem delegierenden, ermächtigenden Befehl des Feldherrn, auch wenn der besondere Inhalt der zahllosen Einzelbefehle, die sie – innerhalb der allgemeinen Ermächtigung – nach den besondern Bedingungen des Augenblicks erlassen, psychologisch ihrem eigenen Willen und Können entspringen! | 150

⁴³⁶ *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 266 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁴³⁷ *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 271 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

⁴³⁸ Vgl. oben S. 384–387.

|151 Standpunkte, nämlich auf dem staatsrechtlichen, beharrt. Denn indem man seine Betrachtung auf die einzelstaatliche Rechtsordnung abstellt und über deren Geltung nicht weiter | hinaus fragt, hat man gerade jene Voraussetzung erfüllt, die rechtslogisch das Wesen der Souveränität bildet: die Annahme der staatlichen Rechtsordnung als eines höchsten, d. h. nicht weiter ableitbaren Normensystems. Es macht durchaus den Eindruck, daß gerade die Möglichkeit dieser Annahme das – vielleicht unbewußte – Motiv für die allerdings mißlungenen Versuche einer dualistischen Konstruktion bildet, die in Wahrheit nur eine pseudo-dualistische ist¹⁾. Indem man auf der einen Seite den Staat und „seine“ Ordnung als souverän behauptet wissen will, auf der andern Seite aber das Postulat einer über den Staaten stehenden Völkerrechtsordnung anzuerkennen sich gezwungen sieht, sucht man nach einer Theorie, die beiden Gedanken Rechnung trägt, und glaubt eine solche in der Aufstellung gefunden zu haben: Völkerrecht und staatliches Recht sind zwei gesonderte, voneinander unabhängige Ordnungen. Welche Widersprüche dabei notwendigerweise unterlaufen, wurde im vorhergehenden gezeigt.

Siebentes Kapitel.

Der Primat der staatlichen Rechtsordnung.

§ 36. Einstellung des Problems.

In seinem die Theorie des Rechtspositivismus begründenden Werk „Jurisprudenz und Rechtsphilosophie“²⁾ polemisiert *Bergbohm* gegen den in der Rechtswissenschaft herrschenden Dualismus von positivem und Naturrecht und betont dabei auf das nachdrücklichste die Einheit des Standpunktes juristischer Erkenntnis, die Einheit des Rechtsbegriffes. „Das Recht ist wesentlich eins, der Rechtsbegriff ein einheitlicher: indem man zweierlei Recht annimmt, korrumpiert man ihn und begeht eine wissenschaftliche Todsünde.“ *Bergbohm* meint zwar – indem er an das

|151 ¹⁾ *Triepel* a. a. O. S. 76,⁴³⁹ deutet zwar die Möglichkeit an, das Souveränitätsdogma fallen zu lassen: „Man wende nur nicht ein, ein Völkerrecht ‚über‘ Staaten stehe in Widerspruch zu ihrer ‚Souveränität‘. Wäre das der Fall, dann würde es die höchste Zeit sein, an eine noch gründlichere Revision dieses berüchtigten Begriffs zu gehen, als er sie schon in neuerer Zeit von berufenen Händen erfahren hat.“ Allein *Triepel* läßt es bei dem hier geäußerten leisen Zweifel an der Vereinbarkeit von der Souveränität mit einem „über“ den Staaten stehenden Völkerrecht bewenden und beruhigt sich schließlich doch mit der Annahme, daß ein Völkerrecht, das über den Staaten steht, deren Souveränität keinen Abbruch tue; er begnügt sich einfach, das Wörtchen „über“ zwischen Gänsefüßchen zu stellen.

²⁾ S. 109,⁴⁴⁰

⁴³⁹ *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 76f. Anm. 2 (76) – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁴⁴⁰ *Bergbohm*, Jurisprudenz (Anm. 290), S. 109.

Verhältnis des Naturrechts zum positiven Recht denkt – der die Rechtswissenschaft „korrumpierende“ | Dualismus gehe nicht so weit, daß man „zwei Rechte |152 von gleicher Realität“⁴⁴¹ annehme. Gerade das aber versucht jene Theorie, die oben als dualistische Konstruktion des Völkerrechts bezeichnet wurde, wenn sie dieses Normensystem als von der staatlichen Rechtsordnung unabhängig, mit dieser gleichzeitig in Geltung stehend behauptet. Und ist es nicht Dualismus, ja eigentlich ein Plurismus, wenn eine andere Theorie ein über den staatlichen Rechtsordnungen stehendes, diese gegenseitig abgrenzendes, zu einer höheren Einheit verbindendes Völkerrecht ablehnt und dennoch eine Vielheit nebeneinander existenter souveräner Staaten, d. h. rechtlich: nebeneinander und unabhängig voneinander gültiger Rechtsordnungen annimmt? Auf die Problematik dieses Rechtsplurismus, der die einzelstaatlichen Rechtsordnungen wie fensterlose Monaden⁴⁴² unverbunden nebeneinander stehen läßt, wird später noch zurückzukommen sein.⁴⁴³ Hier genügt die Feststellung, daß die Jurisprudenz in demselben Maße Wissenschaft wird, als sie dem Postulate der Einheit ihrer Erkenntnis genügt, als es ihr gelingt, alles Recht als ein einheitliches System zu begreifen. Und da ist es für die heutige Rechtswissenschaft charakteristisch, wie wenig bewußt sich ihre Vertreter dieses Postulates sind¹⁾, und wie die verschiedenen, auf dieses prin-

¹⁾ Es bedeutet schon viel, wenn *Fricker* in seiner auch sonst sehr wertvollen Abhandlung: Das Problem des Völkerrechts, in der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 28. Jhg. 1872 S. 90 ff. betont: „In erster Linie ist uns das Völkerrecht der Ausdruck für die Forderung, daß das Recht nicht an den Grenzen des Staates aufhört“ (a. a. O. S. 384);⁴⁴⁴ „das Recht“: das bedeutet doch wohl, daß *dasselbe* Recht staatliches Recht und Völkerrecht ist, daß beide zu einem System gehören. Und wenn er die Aufgabe der Rechtswissenschaft, den Rechtsstoff durch Hypothese zu bearbeiten und zur Einheit zu bringen, mehr ahnend als klar erkennend ausführt: „Hier wie überall würde es nicht die Höhe der Wissenschaft bezeichnen, wenn man bei dem gegebenen Stoffe, so wie er ist, stehen bleiben wollte ... Tatsachen und Anschauungen ... müssen sich beide gefallen lassen, im Lichte einer allgemeinen Idee betrachtet und gedeutet zu werden“ (a. a. O. S. 90/91).⁴⁴⁵ – Nur als ein Beispiel dafür, wie sehr der logisch-erkenntnistheoretische Charakter des Einheitspostulates verkannt werden kann, die Ausführungen von *Ullmann*⁴⁴⁶, Völkerrecht, 1908, S. 26:⁴⁴⁷ „Das Recht regelt menschliche Lebensverhältnisse. Die *objektive Bestimmtheit dieser*

⁴⁴¹ *Bergbohm*, Jurisprudenz (Anm. 290), S. 109.

⁴⁴² Monade ist ein von der Leibnizschen Philosophie stark mitgeprägter, auf antike Wurzeln zurückgehender Begriff: die ursprünglich-elementare, vereinzelte Wesenheit.

⁴⁴³ Kelsen greift diese Thematik im Weiteren nicht mehr explizit auf; am relativ ausführlichsten wird sie auf S. 383–412 behandelt.

⁴⁴⁴ *Carl Victor Fricker*, Das Problem des Völkerrechts, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 28 (1872), S. 90–144, 347–386 (384).

⁴⁴⁵ *Fricker*, Problem 1 (Anm. 444), S. 90 f.

⁴⁴⁶ Emanuel Ritter von Ullmann (1843–1913), Straf- und Völkerrechtslehrer. 1868 Habilitation in Prag, 1870–1872 a. o. Prof. ebendort, ab 1872 o. Prof. in Innsbruck, ab 1885 o. Prof. in Wien, ab 1888 o. Prof. für Völker- und Strafrecht sowie Strafprozessrecht in München. Er war Mitglied des „Institut de Droit international“. Wichtige Werke: Über den Dolus beim Diebstahl, Mannheim 1870; Lehrbuch des österreichischen Strafprozeßrechts, Innsbruck 1882; Lehrbuch des deutschen Strafprozesses, München 1893.

⁴⁴⁷ *Emanuel von Ullmann*, Völkerrecht, Tübingen 1908, S. 26 – Hervorhebung von Kelsen, Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

|153 zipielle Wis|senschaftsziel gerichteten Hypothesen gleichsam nur instinktiv und mangels des klaren Bewußtseins ihrer Funktion zum größten Teile im vollkommensten Widerspruch zueinander und oft in den seltsamsten Verkleidungen entwickelt werden.

Unter diesem Gesichtspunkt ist vor allem die im vorhergehenden schon des öfteren erwähnte⁴⁴⁸ *Anerkennungstheorie* zu beurteilen. Unter der Voraussetzung der Souveränität des Staates, genauer: eines bestimmten Einzelstaates, das heißt aber der eigenen staatlichen Rechtsordnung, wird ein Völkerrecht „für“ diesen Staat, werden Normen für das Verhalten dieses Staates gegenüber anderen Staaten als gültig oder verbindlich nur unter der Bedingung betrachtet, daß dieses Völkerrecht, daß aber auch dieser andere Staat von dem eigenen Staate „anerkannt“ sei. Bei Aufrechterhaltung des Dogmas von der Souveränität des eigenen Staates ist diese Anerkennungstheorie die notwendige Hypothese, um die Einheit von Völkerrecht und staatlicher Rechtsordnung, aber auch den notwendigen Einheitsbezug zwischen der eigenen staatlichen Rechtsordnung – die den Ausgangspunkt der juristischen Erkenntnis bildet – und den übrigen staatlichen Rechtsordnungen herzustellen. Ihrem rechtslogischen Sinne nach bedeutet die „Anerkennung“ des Völkerrechts durch einen Staat nichts anderes, als daß die eigene, in der „Verfassung“ wurzelnde, souveräne Rechts- und Staatsordnung für ein bestimmtes Gebiet menschlichen Verhaltens – nämlich das Verhältnis zu anderen Staaten – auf die unter dem Namen des Völkerrechts bekannten Normen „verweist“⁽¹⁾, so wie etwa in einzelnen Rechtssätzen der staatlichen Rechtsordnung auf die Normen der Moral oder Sitte („Treu und Glauben“, „Billigkeit“ usw.) verwiesen wird. Und wie durch eine solche Verweisung oder Delegation die Moral oder einzelne Normen derselben zu Bestandteilen der Rechtsordnung werden können, so wird das Völkerrecht durch die „Anerkennung“ zu einem Bestandteil der eigenen staatlichen Rechtsordnung, die so – und das ist das Entscheidende – auch diesem Völkerrecht gegenüber den Charakter einer souveränen Ordnung bewahrt. Dabei ist es natür-

|153 *Verhältnisse* postuliert die gleiche objektive Bestimmtheit der Rechtssätze – mit anderen Worten: Die Möglichkeit mehrfacher Normen für betreffende Lebensverhältnisse, die auf verschiedenen, einander fremden oder gar gegensätzlichen Autoritäten beruhen und einen verschiedenen Inhalt haben, ist ausgeschlossen. Es ergibt sich dies aus dem notwendigen Zusammenhang des Inhalts eines Rechtssatzes mit der Beschaffenheit des betreffenden Lebensverhältnisses; jeder Rechtssatz beansprucht ausschließliche Geltung, denn er erscheint als der jeweilige Ausdruck der in den Lebensverhältnissen selbst niedergelegten und von den Recht schaffenden Autoritäten erkannten Ordnung.“ Was hier „objektive Bestimmtheit“ genannt | wird, ist nichts anderes als Einheit. Und diese Einheit – notabene die Rechtseinheit – liegt angeblich in den zu regelnden Gegenständen! Man denke aber an das Verhältnis zwischen Unternehmer und Arbeiter und dessen rechtliche Regelung nach sozialistischer und liberaler Rechtsanschauung. Und die rechtssetzende Autorität hat die Ordnung dieses Verhältnisses nur von dessen tatsächlicher Gestaltung abzulesen! Das letztere ist nicht einmal Naturrecht.

¹⁾ Vgl. dazu: *Verdross* a. a. O. S. 339 ff.⁴⁴⁹

⁴⁴⁸ Vgl. oben S. 400 f.

⁴⁴⁹ *Verdroß*, Konstruktion (Anm. 351), S. 339–343.

lich gleichgültig, ob die eigene Rechtsordnung mit einem besonderen Rechtssatze das sog. allgemeine | Völkerrecht – und nur dieses kommt zunächst in Frage – |154 ausdrücklich rezipiert, oder ob sie ein bestimmtes Organ ermächtigt, einen Anerkennungsakt zu setzen, oder ob die Anerkennung des allgemeinen Völkerrechtes nur indirekt, etwa dadurch aus der eigenen Rechtsordnung interpretiert wird, daß diese bestimmte Organe zur Pflege des internationalen Verkehrs, insbesondere zum Abschluß von völkerrechtlichen Verträgen, also zur Satzung von partikulärem Völkerrecht delegiert. Bei dem partikulären Vertragsvölkerrecht, das nur durch den Willensakt eines von der staatlichen Rechtsordnung hiezu ermächtigten Organs gesetzt wird, ist der Einheitsbezug kraft Delegation offenkundig. Hier liegt sichtlich das gleiche Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht vor, das etwa zwischen Gesetzes- und Verordnungsrecht derselben Verfassung besteht. Und wie das System des Verordnungsrechts – das System der durch Verordnung gesetzten Normen – als gesetzlich delegierte Ordnung in dem Bilde eines niederen, „unter“ dem Gesetzesrecht stehenden Systems vorgestellt werden kann, so kann die Gesamtrechtsordnung, deren Rahmen die Verfassung bildet, als „höhere“, weil allgemeinere, umfassendere Ordnung gegenüber dem delegierten Völkerrecht vorgestellt werden, das seinen rechtlichen Grund in dieser Verfassung findet, aus ihr „abgeleitet“ erscheint. Der souveräne Staat steht, bildlich gesprochen, auch „über“ dem Völkerrecht, das, wenn es überhaupt „Recht“ sein soll, eben nur *sein* Recht sein kann. Das Völkerrecht wird auf solche Weise zu einem „äußeren Staatsrecht“.

§ 37. Das Völkerrecht als äußeres Staatsrecht.

Es ist kein Zufall, daß unter diesem Namen das Völkerrecht gerade bei *Hegel*¹⁾ abgehandelt wird, dessen Rechtsphilosophie die Souveränität des Staates zum Mittelpunkt hat, ja geradezu in einer Vergöttlichung des Staates gipfelt und folgerichtig jede Vorstellung einer über den Staaten stehenden Völkerrechtsordnung ablehnt. Und es ist kein Zufall, daß die *Hegelsche* Auffassung des Völkerrechtes, die im zweiten Drittel des 19. Jahrhunderts bereits als überwunden galt²⁾, im dritten

¹⁾ Grundlinien der Philosophie des Rechts, oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, 3. Aufl. 1854, S. 416 ff.⁴⁵⁰ |154

²⁾ *Kaltenborn*⁴⁵¹, Kritik des Völkerrechtes, 1847, S. 149. Vgl. auch dessen treffende Kritik der *Fichteschen* sowie der auf *Hegel* fußenden Völkerrechtstheorie a. a. O. S. 142 ff.⁴⁵²

⁴⁵⁰ *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, 3. Aufl., hrsg. von Eduard Gans, Berlin 1854, S. 416–423.

⁴⁵¹ Carl Baron Kaltenborn von Stachau (1817–1866), Staats- und Völkerrechtslehrer. 1846 Habilitation in Halle (Saale), ab 1851 a. o. Prof. in Königsberg, ab 1861 o. Prof. ebendort. Wichtige Werke: Kritik des Völkerrechtes nach dem jetzigen Standpunkte der Wissenschaft, Leipzig 1847; Staat, Gemeinde, Kirche, Schule, insbesondere Universitäten und ihre Reform, Halle (Saale) 1848; Zur Geschichte des Natur- und Völkerrechtes sowie der Politik, Leipzig 1848.

⁴⁵² *Carl Baron Kaltenborn von Stachau*, Kritik des Völkerrechtes nach dem jetzigen Standpunkte der Wissenschaft, Leipzig 1847, S. 150 f., 142–154.

Drittel, nicht zuletzt unter dem großen Einflusse *Treitschkes*⁴⁵³, wieder zur Geltung kam. Dieser lehrte, „daß der Staat gar nicht imstande ist, rechtlich eine Gewalt über sich zu dulden“, | daß die Souveränität geradezu das Kriterium für die Natur des Staates sei¹⁾, und sagt über das Verhältnis des Staates zum Völkerrecht: „Will man sich über die Bedeutung des Völkerrechtes nicht täuschen, so muß man sich gegenwärtig halten, daß alles Völkerrecht das Wesen des Staates nicht aufheben darf. Es kann nie eine Forderung des Staates vernünftig sein, die ihn zum Selbstmorde zwingt. Jeder Staat muß auch in der Staatengesellschaft souverän bleiben, die Wahrung der Souveränität ist seine höchste Pflicht auch im Völkerverkehr“⁽²⁾. Damit war der Rechtstheorie die Aufgabe gestellt, die Souveränität des Staates mit der Vorstellung eines Völkerrechtes irgendwie in Einklang zu bringen. Der verhältnismäßig konsequenteste Versuch in dieser Richtung ist die Konstruktion *Zorns*^{457 3)}. Die Einheit des Rechtes ist der Ausgangspunkt. Dabei ist ihm aber das Recht identisch mit der staatlichen Rechtsordnung: „Ein Komplex von Imperativen, welche der Staat an seine Untertanen richtet und mit Zwang schützt“⁽⁴⁾. „Recht ist Ausfluß der Souveränität des Staates und teilt mit dieser die begriffliche Einheit“⁽⁵⁾. Wenn daher

| 155 |¹⁾ Politik, Vorlesungen herausgegeben von *Cornicelius*, 2. Aufl. 1899, I. Bd. S. 35.⁴⁵⁴

²⁾ a. a. O. II. Bd. S. 550.⁴⁵⁵ Die Vorlesungen über Politik hat *Treitschke* seit 1863/4, regelmäßig seit 1874/5 gehalten. Vgl. dazu das Vorwort des Herausgebers I. Bd. S. III.⁴⁵⁶

³⁾ *Philipp Zorn*, Die deutschen Staatsverträge, in der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 36. Bd., 1880, S. 1 ff.⁴⁵⁸ Auf derselben Grundlage steht auch *Albert Zorn*, Grundzüge des Völkerrechts, 2. Aufl. 1903.⁴⁵⁹

⁴⁾ a. a. O. S. 6.⁴⁶⁰

⁵⁾ a. a. O. S. 20.⁴⁶¹

⁴⁵³ Heinrich (Gotthard) von Treitschke (1834–1896), Historiker und Politikwissenschaftler. 1858–1863 Privatdozent in Leipzig, 1863–1866 a. o. Prof. in Freiburg i. Br., 1866–1867 o. Prof. in Kiel, ab 1867 o. Prof. in Heidelberg, ab 1874 o. Prof. in Berlin. Er war ab 1871 Abgeordneter des deutschen Reichstags (Nationalliberale Partei). Wichtige Werke: Deutsche Geschichte im neunzehnten Jahrhundert, Leipzig 1879–1894; Ein Wort über das Judentum, Berlin 1880; Politik. Vorlesung gehalten an der Universität zu Berlin, 2 Bde., Leipzig 1897 und 1898, hrsg. von Max Cornicelius (5. Aufl., 2 Bde., Leipzig 1922).

⁴⁵⁴ *Heinrich von Treitschke*, Politik. Vorlesungen gehalten an der Universität zu Berlin, Bd. 1, 2. Aufl., hrsg. von Max Cornicelius, Leipzig 1899, S. 35.

⁴⁵⁵ *Heinrich von Treitschke*, Politik. Vorlesungen gehalten an der Universität zu Berlin, Bd. 2, 2. Aufl., hrsg. von Max Cornicelius, Leipzig 1900, S. 549.

⁴⁵⁶ *Treitschke*, Politik I (Anm. 454), S. III.

⁴⁵⁷ (Karl Ludwig) Philipp Zorn (1850–1928), Kirchen-, Staats- und Völkerrechtslehrer. 1875 Habilitation in München, 1875 a. o. Prof. in Bern, ab 1877 o. Prof. ebendort, ab 1878 o. Prof. in Königsberg (Rektor 1887/1888), 1900–1914 o. Prof. in Bonn (Rektor 1910/1911). 1899 und 1907 deutscher Delegierter der Haager Friedenskonferenzen. Wichtige Werke: Lehrbuch des Kirchenrechts, Stuttgart 1887; Die staatsrechtliche Stellung des preußischen Gesamtministeriums, Göttingen 1892; Die Verfassungsurkunde des deutschen Reichs, Berlin 1895; Der Völkerbund, eine Kritik der Entwürfe für die Verfassung des Völkerbundes, Berlin 1919.

⁴⁵⁸ *Philipp Zorn*, Die Deutschen Staatsverträge, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 36 (1880), S. 1–39.

⁴⁵⁹ *Albert Zorn*, Grundzüge des Völkerrechts, 2. Aufl., Leipzig 1903.

⁴⁶⁰ *Ph. Zorn*, Staatsverträge (Anm. 458), S. 6.

⁴⁶¹ *Ph. Zorn*, Staatsverträge (Anm. 458), S. 20 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

Völkerrecht *Recht* sein soll, muß es Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung, kann es nur „äußeres Staatsrecht“⁶⁾ sein. Noch deutlicher drückt diesen Gedanken *Albert Zorn*⁴⁶³ aus, wenn er sagt: „Völkerrecht ist juristisch Recht nur, wenn und soweit es Staatsrecht ist“⁷⁾. Mit seiner Rechtsdefinition stellt sich *Ph. Zorn* auf den Standpunkt des Primates der staatlichen Rechtsordnung. Nur die Konsequenz dieser Position ist dann seine Konstruktion des Völkerrechts. Und zwar die gleiche Konsequenz, die – allerdings nicht so deutlich – in der von der ganzen Völkerrechtstheorie akzeptierten Anerkennungstheorie aus der gleichen – freilich nur stillschweigenden, meist nicht ausgesprochenen – Voraussetzung eines Primates der staatlichen Rechtsordnung gezogen wird. *Zorn* gibt nur einer die gesamte Theorie des Völkerrechts beherrschenden Tendenz Ausdruck. Da aber diese Tendenz nicht die einzige ist, sondern sich – sehr widerspruchsvoll – mit anderen auf ein Primat des Völkerrechts oder auf einen Dualismus beider Rechtsordnungen abzielenden Denkrichtungen kreuzt und vermengt, hat *Zorn* Opposition gefunden. Sein großer Vorzug ist aber der der Konsequenz.

Nicht konsequent ist die *Zornsche* Konstruktion nur insofern, – und in diesem Punkte bedeutet sie nicht mehr den Versuch einer *Konstruktion*, sondern die offenbare *Leugnung* des Völkerrechts – als der Rechtscharakter des zwischenstaatlichen Vertrages negiert wird. „Er birgt“⁴⁶⁷ zunächst gar keinen juristischen – auch keinen völkerrechtlichen⁴⁶⁸ – Charakter, sondern lediglich den einer des Rechtsschutzes völlig ermangelnden faktischen Verabredung auf Treu und Glauben zwischen den Vertretern zweier oder mehrerer Staaten“⁴⁾. Da die „Form der Rechts-

⁶⁾ a. a. O. S. 8. ⁴⁶²

⁷⁾ a. a. O. S. 7. ⁴⁶⁴ „Die Normen des Völkerrechts sind Rechtsnormen insoweit, als sie als Bestandteil des nationalen Rechts, sei es auf Grund von Vereinbarungen, wie sie in Staatsverträgen zustande kommen, sei es infolge der auf gemeinsamer Rechtsüberzeugung ruhenden gleichgerichteten Gesetzgebung der einzelnen Staaten, oder endlich hervorgerufen durch die Bildung eines auch das Recht beeinflussenden Herkommens, von dessen Gesetzgebung als Recht zum Ausdruck gebracht sind“ (a. a. O. S. 9). ⁴⁶⁵ Natürlich geht auch *Albert Zorn* vom Souveränitätsdogma aus. Die Staaten sind „als solche einmal vollkommen unabhängig und in ihrer Machtvollkommenheit *nur durch sich selbst* beschränkt und beschränkbar, und weiterhin einander in jeder Beziehung gleichgeordnet“ (a. a. O. S. 6). ⁴⁶⁶

⁴⁾ a. a. O. S. 10. ⁴⁶⁹

⁴⁶² *Ph. Zorn*, Staatsverträge (Anm. 458), S. 8 – Kelsen paraphrasiert.

⁴⁶³ *Albert Zorn* (1876–?), Sohn von *Philipp Zorn* (Anm. 457). Wichtige Werke: Grundzüge des Völkerrechts (2. Aufl., Leipzig 1903); Der staatliche Rechtsgüterschutz auf hoher See, in: Archiv für öffentliches Recht 21 (1907), S. 272–307.

⁴⁶⁴ *A. Zorn*, Völkerrecht (Anm. 459), S. 7 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁴⁶⁵ *A. Zorn*, Völkerrecht (Anm. 459), S. 8f. – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁴⁶⁶ *A. Zorn*, Völkerrecht (Anm. 459), S. 6 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

⁴⁶⁷ «birgt»] *Ph. Zorn*, Staatsverträge (Anm. 458), S. 9: «trägt».

⁴⁶⁸ «völkerrechtlichen»] *Ph. Zorn*, Staatsverträge (Anm. 458), S. 10: «„völkerrechtlichen“».

⁴⁶⁹ *Ph. Zorn*, Staatsverträge (Anm. 458), S. 9f. – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

setzung“ im konstitutionell monarchischen Staate ausschließlich Gesetz und Verordnung sei, könne „die Erhebung eines Vertragsentwurfes zum Rechte nur in einer von diesen beiden Formen erfolgen“²⁾. Diese Ansicht beruht allerdings auf einem Irrtum, kann jedoch unbeschadet der *Zornschen* Grundkonstruktion korrigiert werden. Gesetz und Verordnung sind keineswegs gleichsam a priori die einzigen Formen der Rechtssetzung – weder in der konstitutionellen Monarchie, noch auch in der demokratischen Republik. In welcher Form die Veränderung der Rechtsordnung erfolgen könne, bestimmt die jeweilige Verfassung. Auch das Rechtsgeschäft ist zweifellos eine Form der Rechtssetzung. Wenn aber die Verfassung – wie dies regelmäßig der Fall ist – ein bestimmtes Organ zum Abschluß von Staatsverträgen ermächtigt, so ist eben auch ein mit dem Vertreter eines anderen Staates abgeschlossener „Vertrag“ eine Form, in der die Rechtsordnung inhaltlich abgeändert oder fortgebildet werden kann, neue, Menschen verpflichtende Normen zu den alten hinzutreten können, nämlich die | im Vertrag enthaltenen. Daß diese Form nicht hinreiche, um „nach innen“, d. h. für die Untertanen und Behörden des Staates Verbindlichkeiten zu schaffen, das müßte aus der Verfassung nachgewiesen werden. Daß der Staatsvertrag ganz ebenso wie das private Rechtsgeschäft nur innerhalb des Rahmens der Gesetze und nicht diesen Gesetzen derogierend normierende Funktion haben solle, scheint im allgemeinen durchaus nicht dem Sinne des von den Verfassungen benützten Begriffes einer zwischenstaatlichen Vereinbarung zu entsprechen. Der Staatsvertrag muß keineswegs dem privaten Rechtsgeschäft, er kann ohne weiteres dem Gesetze gleichgestellt werden. Dabei kommen die staatsvertragsmäßig gesetzten Normen nicht als überstaatliches, sondern als „innerstaatliches“ Recht in Betracht.

Gerade wenn man auch den sog. Staatsvertrag auf Grund seiner Einsetzung durch die Verfassung als unmittelbare Form staatlicher Rechtssetzung erkennt, kann bei der Konstruktion nach dem Primat des Staatsrechts eine wesentliche Qualität des Völkerrechtes und besonders des völkerrechtlichen Vertragsrechtes gewahrt werden: die sog. wechselseitige Verbindlichkeit des Vertrages, das Prinzip, daß der vertragschließende Staat nicht „einseitig“, ohne Zustimmung des anderen vertragschließenden Teiles die mit dem Vertrag übernommene Verpflichtung aufheben kann. Nimmt man an, daß eine rechtliche Verbindlichkeit für den Staat erst in der Form eines Gesetzes oder einer Verordnung entsteht, dann kann *diese*

²⁾ a. a. O. S. 23.⁴⁷⁰ Ueber die „Transformationstheorie“ (derzufolge der Staatsvertrag einer Umformung in die Formen des Gesetzes oder der Verordnung bedürfe) vgl. *Verdroß*, Das Verhältnis der verfassungsmäßigen Staatenverträge zum Gesetzesrecht, „Juristische Blätter“ 1917, Nr. 46 und 47.⁴⁷¹

⁴⁷⁰ *Ph. Zorn*, Staatsverträge (Anm. 458), S. 23.

⁴⁷¹ *Alfred Verdroß*, Das Verhältnis der verfassungsmäßigen Staatenverträge zum österreichischen Gesetzesrecht, insbesondere zum Strafrecht. Ein Beitrag zur Anwendung der Haager Konvention von 1899, beziehungsweise 1907 durch die Gerichte, in: *Juristische Blätter* 46 (1917), S. 541–543, 553–557 (541).

rechtliche Verbindlichkeit wieder durch Gesetz und Verordnung, das heißt also: in Formen aufgehoben werden, die den anderen Staaten keine Mitwirkung gewähren. Erkennt man den – verfassungsmäßig delegierten – Vertrag als eine unmittelbare Form staatlicher Rechtsetzung, dann ergibt sich aus dem rechtslogischen Grundsatz, daß jede Rechtsnorm nur unter den Bedingungen abgeändert werden kann, die die Rechtsordnung – deren Bestandteil sie ist – bestimmt, und aus dem üblichen Begriff des Vertrages, dessen sich die Verfassung bedient: daß der im Vertrage erzeugte „Wille“ des Staates nur abgeändert werden könne mit Zustimmung des anderen Staates, d. h. durch einen neuen Vertrag und nicht durch ein – einseitig erlassenes – Gesetz¹⁾. Dabei soll nicht behauptet werden, daß aus dem Begriff des Vertrages schlechtweg dessen Endigung durch *mutuus dissensus*⁴⁷³ geschlossen werden dürfe. Ein Vertrag ist zunächst nichts anderes, als der Tatbestand einer geäußerten Willensübereinstimmung, an den die Rechtsordnung gewisse Folgen knüpft; die Verpflichtung zu dem | vertragsmäßigen Verhalten. Ob überhaupt und wie diese Verpflichtung aufgehoben werden könne, muß die Rechtsordnung bestimmen. Nur weil und soferne man allgemein und somit auch der Gesetzgeber – allerdings irrigerweise – annimmt, daß die Aufhebung durch *mutuus dissensus* mit dem Wesen des Vertrages begrifflich verbunden sei, so muß – weil eben der Gesetzgeber mit dieser Vorstellung operiert – diese Art der Aufhebung als eine durch die Rechtsordnung – nur wegen der irrigen Vorstellung von dem Inhalt des Vertragsbegriffes nicht *ausdrücklich* – angeordnete angesehen werden. Das gilt insbesondere für den von der Verfassung benützten Begriff des Staatsvertrages, in dem ja – will man ihn vernünftig und nach dem durchschnittlichen Sinne dieses Wortes interpretieren – die völkerrechtliche Theorie von dem *mutuus dissensus* als Endigungsgrund mitgedacht ist. | 158

Während die durch verfassungsmäßig geschlossene Staatsverträge gesetzten Normen durch ein späteres Gesetz einseitig nicht abgeändert werden können, ist nicht einzusehen, warum nicht der jüngere Staatsvertrag dem älteren Gesetz unmittelbar derogieren sollte, sobald nur überhaupt die unmittelbar rechtserzeugende Kraft des verfassungsmäßig zur Rechtserzeugung delegierten Staatsvertrags zugegeben ist. Wenn der – verfassungsmäßig zustandekommende – Staatsvertrag den „Willen“ des Staates enthält, muß er nach dem Grundsatz der *lex posterior* dem älteren „Willen“ des Staates, der in einem Gesetz zum Ausdruck kommt und dessen Abänderung durch einen verfassungsmäßig zustandekommenen Willen nicht bezweifelt werden kann, vorgehen. Wenn einem jüngeren Gesetze einem

¹⁾ Vgl. dazu die vorzüglichen Ausführungen von *Verdroß*, Zur Konstruktion des Völkerrechts | 157 S. 348.⁴⁷² Erst *Verdroß* hat die sog. staatsrechtliche Konstruktion des Völkerrechts vollständig durchgeführt.

⁴⁷² *Verdroß*, Konstruktion (Anm. 351), S. 348.

⁴⁷³ Lat.: *mutuus dissensus*; dt.: wechselseitiger Dissens; der Sache nach ist der Aufhebungsvertrag (*actus contrarius*) gemeint.

älteren Verträge gegenüber diese Kraft fehlt, so liegt das eben nur daran, daß ein einseitiges Gesetz den Gegenstand des Vertrages betreffend eben nicht ein *verfassungsmäßig* zustandegekommener „Staatswille“ ist. Verfassungsmäßig ist auf diesem Gebiete ein *Vertrag* gefordert. Inwiefern die gleiche Rechtswirkung wie durch Staatsvertrag durch parallele Gesetze zweier Staaten erzielt würde, die ihre Abänderung wechselseitig wiederum von parallelen Gesetzen abhängig machen (sog. *paktierte Gesetze*), gehört in einen anderen Zusammenhang.

Indem *Zorn* dem Staatsvertrag jede unmittelbare rechtliche Verbindlichkeit abspricht, macht er das Völkerrecht nicht mehr zu einem äußeren Staatsrecht, sondern er leugnet es überhaupt. Denn ein anderes als ein partikuläres Vertragsvölkerrecht kann es ja nach der *Zornschen* Konstruktion überhaupt nicht geben¹⁾, und dieses | wird gänzlich denaturiert, wenn seine einseitige Abänderbarkeit behauptet wird. Doch muß betont werden, daß diese Wendung der *Zornschen* Konstruktion mit ihrem Grundprinzip nicht notwendig verbunden ist, ja zu ihm sogar in einem gewissen Widerspruch steht.

§ 38. *Zuspitzung der Theorie vom Staat als ausschließlichem Adressaten des Völkerrechts.*

In diesem Punkte aber trifft sich *Zorn* mit zahlreichen anderen Theoretikern, die ihm – seltsamer Weise – gerade deshalb opponieren, weil seine Konstruktion dem Wesen des Völkerrechts nicht zu genügendem Ausdruck ver helfe. Die Lehre, daß die Staaten Subjekte des Völkerrechtes seien, hat nämlich in der deutschen Theorie fast allgemein eine Zuspitzung erfahren, die auf einen bis zur Vernichtung des Völkerrechts getriebenen Primat der einzelstaatlichen Rechtsordnung hinausläuft. Indem man erklärt: *Nur der Staat* sei Adressat der völkerrechtlichen Normen, folgert man: Nur der Staat, nicht aber seine Untertanen oder Organe seien durch das Völkerrecht verpflichtet. Solle diese letztere Folge erzielt werden, müsse durch Gesetz oder Verordnung, also in den spezifischen Formen staatlichen Rechts, ein Befehl, eine Norm an Untertanen oder Organe des Staates ergehen. Als ein typisches Beispiel dieser Theorie sei hier *Laband* angeführt, der folgendes ausführt: „Ein Staatsvertrag hat an und für sich gar keine Rechtswirkung nach innen (gegen Behörden und Untertanen), sondern einzig und allein nach außen. Staatsverträge sind Rechtsgeschäfte, durch welche nur die Kontrahenten gegeneinander Ansprüche und Verpflichtungen begründen ... Die Entscheidung, ob ein Staatsvertrag erfüllt werde oder ob die völkerrechtlichen Folgen der Nichterfüllung getragen werden sollen, steht in jedem Falle nur dem Staat als solchen, der Regierung, nicht den einzelnen Untertanen oder Behörden zu. Der völkerrechtliche Vertrag als solcher verpflichtet die letzteren niemals und unter keinen Umständen, und die

| 158 ¹⁾ Vgl. dazu *Albert Zorn* a. a. O. S. 10.⁴⁷⁴

⁴⁷⁴ *A. Zorn*, Völkerrecht (Anm. 459), S. 10.

einzelnen Behörden und Untertanen sind in keinem Falle weder befugt noch imstande, den Vertrag zu erfüllen. Nur der Staat als solcher, der das alleinige Subjekt der aus dem Staatsvertrag hervorgehenden Pflichten ist, vermag dieselben zu erfüllen. Diese Erfüllung geschieht in der Mehrzahl der Fälle durch einen Befehl an die Untertanen resp. an die Behörden⁴⁷¹. „Der *Abschluß* des Vertrages konstatiert nur den | Willen des Staates, sich zu *verpflichten*, nicht aber den⁴⁷⁷ Willen des Staates, die Verpflichtung zu *erfüllen*.“ Dieser Wille zur Erfüllung werde eben erst durch den „Befehl“ an die Behörden und Untertanen gesetzt¹⁾. | 160

In den Ausführungen dieses Meisters deutscher Rechtswissenschaft ist vor allem die bis zum äußersten getriebene Hypostasierung des Staates, diese vollkommene Loslösung einer Personifikation von dem personifizierten Substrat, der Ordnung *menschlichen* Verhaltens, bemerkenswert. Sie ist es schon deshalb, weil sie zweifellos typischen Charakter hat. Der Staat als ein von seinen Organen und Untertanen verschiedenes, selbständiges und unabhängig von diesen Organen verpflichtbares Wesen! Allein was bleibt vom Staate übrig, wenn man seine Organe und Untertanen wegdenkt? Eine Rechtsordnung ohne Inhalt. Es ist überaus charakteristisch, daß *Laband* diesen von seinen Organen und Untertanen entblößten Staat, diesen „Staat als solchen“ mit seiner – „Regierung“ identifiziert, um nur überhaupt für ihn ein Substrat zu haben, wobei freilich nicht gut gelegnet werden kann, daß die Regierung doch wohl eine „Behörde“ des Staates sei.

Es mag immerhin aus denkökonomischen und aus Gründen der Anschaulichkeit gerechtfertigt sein, wenn man das Rechtssubjekt „Staat“ als Personifikation von den Menschen unterscheidet, deren Verhalten – als von Untertanen oder Organen – den Inhalt der personifizierten Rechtsordnung bildet. Allein man darf doch über solch einer Personifikation niemals vergessen, daß Inhalt einer Ordnung, einer Norm oder Pflicht *menschliches* Verhalten sein muß, andernfalls die Norm eben überhaupt keinen Inhalt hat, d. h. aber zu nichts verpflichtet. Wenn das Verhalten einer juristischen Person – also der Personifikation einer Ordnung – als Inhalt einer Norm oder Pflicht gedacht wird, so ist dies natürlich nur so möglich, daß – in gedanklicher Auflösung der nur zu bestimmten Zwecken vollzogenen und nur nach diesen Richtungen zulässigen Personifikation – als Inhalt der Pflicht das Verhalten jenes Menschen gedacht wird, dessen nähere Bestimmung durch die in der juristischen Person personifizierte Ordnung, Teil- oder Spezial-

¹⁾ Staatsrecht des Deutschen Reiches, 2. Bd. 5. Aufl. S. 126.⁴⁷⁵ Ganz ebenso – um einen spezifischen Völkerrechtsjuristen zu zitieren – *Heilborn* a. a. O. S. 90.⁴⁷⁶ | 159

¹⁾ a. a. O. S. 130.⁴⁷⁸ | 160

⁴⁷⁵ *Paul Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 5. Aufl., Tübingen 1911, S. 126 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁴⁷⁶ *Heilborn*, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 90.

⁴⁷⁷ «*verpflichten*, nicht aber den»] *Laband*, Staatsrecht II (Anm. 475), S. 130: «*verpflichten*; die Verkündigung des Vertrages konstatiert den».

⁴⁷⁸ *Laband*, Staatsrecht II (Anm. 475), S. 130.

rechtsordnung, erfolgt. Wenn ein Verein durch die Rechtsordnung zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet wird, so bedeutet das eben gar nichts anderes als: daß zu diesem Verhalten ein *Mensch* verpflichtet wird, dessen Bestimmung die von der Rechtsordnung delegierte Vereinsordnung vornimmt, die als „niedere“ oder Teilrechtsordnung einen Bestandteil der Gesamtrechtsordnung bildet und in dieser ihrer Individualität gegenüber der Personifikation der Gesamtrechtsordnung „Staat“ als spezielle juristische Person veranschaulicht wird. Andernfalls würde es – nichts bedeuten. Denn eine juristische Person ist eben nur die personifizierte Einheit einer Ordnung, deren zu ihrem Wesen gehöriger Inhalt das Verhalten von *Menschen* ist¹⁾.

Welchen Inhalt soll nun die völkerrechtliche Norm haben, die den „Staat“, nicht aber seine Untertanen oder Behörden verpflichtet? Da *keines* Menschen Verhalten, eben überhaupt keinen Inhalt²⁾! Verzichtet man – wie dies *Laband* for-

[161] ¹⁾ Das ist der rechtslogische Sinn des in der juristischen Literatur nicht zum Schweigen zu bringenden Zweifels an der „Realität“ der juristischen Person und der immer wieder in den verschiedensten Formen auftauchenden Behauptung, daß „eigentlich“ ja doch nur der physische Mensch Rechtssubjekt sei; ob nun *Fichte* (Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre, Sämtl. Werke, 3. Bd., 1895, S. 371)⁴⁷⁹ erklärt, „der Staat an sich ist nichts als ein abstrakter Begriff, nur die Bürger als solche sind wirkliche Personen“, oder ob *Hölder*⁴⁸⁰ (Natürliche und juristische Personen, 1905)⁴⁸¹ „die Rechtsbeziehungen eines Gemeinwesens als Rechtsbeziehungen der in dessen Angelegenheiten zuständigen Menschen“ gelten lassen will.

²⁾ *Seligmann*, Abschluß und Wirksamkeit der Staatsverträge, 1890, S. 9f.⁴⁸² „Ein Staatsvertrag als Rechtsgeschäft kann ... nur Rechtsgrund ... für die Verpflichtung und Berechtigung der juristischen Person des Staates sein; für das volle Inkrafttreten gegenüber Organen und Untertanen muß noch der weitere Umstand hinzutreten, daß ein jeder Staat für sein Machtgebiet und an seine Behörden und Rechtsgenossen einen Befehl erläßt, die Vertragsbestimmungen zu achten und zu befolgen. Darin besteht recht eigentlich das Wesen der juristischen Person, daß sie Rechte und Pflichten haben kann, welche nicht solche ihrer Organe und Mitglieder sind.“ Es mag aus konstruktiven Gründen zweckmäßig sein, Pflichten und Rechte der juristischen Person als solcher anzunehmen. Es ist aber unmöglich, irgendeine Pflicht oder Berechtigung der juristischen Person anzunehmen, deren Inhalt nicht zugleich Inhalt der Pflicht oder Berechtigung eines Organs oder Mitglieds, d. h. deren Inhalt nicht eines *Menschen* Verhalten wäre, das – kraft seiner Qualität als Inhalt einer (verpflichtenden oder berechtigenden) Norm – der zur juristischen Person hypostasierten Ordnung oder Teilordnung, dieser „Person“, zugerechnet, d. h. auf die Einheit der Ordnung bezogen wird.

⁴⁷⁹ *Johann Gottlieb Fichte*, Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre (1796), in: Immanuel Hermann Fichte (Hrsg.), Johann Gottlieb Fichte's sämtliche Werke, Bd. 3, Berlin 1845, S. 1–385 (371).

⁴⁸⁰ *Eduard (Otto) Hölder* (1847–1911), Romanist. 1872–1874 a. o. Prof. des Römischen Rechts in Zürich, 1874–1880 o. Prof. in Greifswald, 1888–1893 o. Prof. in Erlangen, von 1893 bis zu seinem Tode o. Prof. in Leipzig als Nachfolger von Bernhard Windscheid (1909/1910 Rektor). Wichtige Werke: Institutionen des Römischen Rechts, Tübingen 1877 (3. Aufl., Freiburg i. Br. 1893); Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 18. August 1896 nebst dem Einführungsgesetze, Bd. 1: Kommentar zum Allgemeinen Theil mit Einleitung, München 1900; Natürliche und juristische Personen, Leipzig 1905.

⁴⁸¹ *Eduard Hölder*, Natürliche und juristische Personen, Leipzig 1905, S. IX.

⁴⁸² *Ernst Seligmann*, Beiträge zur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag, Bd. 2: Abschluß und Wirksamkeit der Staatsverträge, Freiburg i. Br. 1890, S. 9f.

dert – auf eine Auflösung der Hypostasierung „Staat“ im Inhalt der völkerrechtlichen Norm,⁴⁸³ dann negiert man eben diese Norm überhaupt, da man sie eines Wesensbestandteils beraubt. Und daß dies der Effekt – wenn vielleicht auch nicht die bewußte Absicht *Labands* und der ganzen Lehre von der alleinigen Verpflichtung des „Staates“ durch das Völkerrecht ist, das geht noch deutlicher aus der eigenartigen Unterscheidung hervor, die *Laband* – durch seine erste Position gedrängt – zwischen dem Willen des Staates, sich zu *verpflichten*, und dem | Willen, die Verpflichtung zu *erfüllen*, zu machen gezwungen ist.⁴⁸⁴ Denn der wesentliche Inhalt jeder Verpflichtung ist eben: ihre Erfüllung! Die Pflicht, ein Darlehen zurückzuerstatten, bedeutet die Verpflichtung zu einem Verhalten, das treffend als *Erfüllung* der Pflicht charakterisiert ist, weil es, den *Inhalt* der Pflicht bildend, diese „erfüllt“. Eine Verpflichtung, die nicht ihre Erfüllung zum Inhalt hat – welcher Selbstwiderspruch! – ist eben eine inhaltslose, ist eben *keine* Verpflichtung. Der Staatsvertrag wäre somit, soweit er in der Sphäre des Völkerrechts bleibt – und *Laband* unterscheidet diese beiden Sphären – auch nach *Laband* ganz ebenso wie nach *Zorn* eine rechtlich unverbindliche Verabredung des Inhalts,⁴⁸⁵ eine Verpflichtung des Staates – und noch dazu eine einseitig durch Staatsgesetz oder Verordnung lösbare Verpflichtung – zu setzen. Das bedeutet aber die Leugnung des Völkerrechts vom Standpunkt der souveränen Rechtsordnung, die im Einzelstaat personifiziert wird; was freilich *Laband* nicht zugibt, da er ja sogar gegen die *Zornsche* Konstruktion, die das Völkerrecht zu einem bloßen äußeren Staatsrecht degradiert, Stellung nimmt.⁴⁸⁶ Zumindest aber hat der Gedanke, daß eine inhaltserfüllte, konkrete Rechtspflicht betreffend das Verhalten des Staates gegenüber anderen Staaten nur in den – mit Recht oder Unrecht – als spezifisch angenommenen Formen staatlichen Rechts (Gesetz und Verordnung) gesetzt werden könne, als Konsequenz der Theorie, daß nur Staaten Subjekte des Völkerrechts seien, eine sehr pointierte Form der Theorie vom Primat der staatlichen Rechtsordnung zur Voraussetzung. Was natürlich nicht hindert, daß dieser Gedanke auch mit Vorstellungen vom Primat des Völkerrechts faktisch verbunden wird.

§ 39. Untertanen als Subjekte des Völkerrechts.

Nimmt man an, daß die Normen des Völkerrechts vom Staate – für den sie gelten – anerkannt, d. h. also: von der staatlichen Rechtsordnung aufgenommen sein müssen, dann kann das Völkerrecht den Staat nicht anders verpflichten als die staatliche Rechtsordnung selbst, deren Bestandteil es ja nur ist. Das Problem der Verpflichtung des „Staates“ durch seine eigene Rechtsordnung, d. h. durch sich selbst, die sogenannte Selbstverpflichtungstheorie und ihr Verhältnis zur Kon-

⁴⁸³ Vgl. *Laband*, Staatsrecht II (Anm. 475), S. 126.

⁴⁸⁴ Vgl. *Laband*, Staatsrecht II (Anm. 475), S. 130.

⁴⁸⁵ Vgl. *Laband*, Staatsrecht II (Anm. 475), S. 130; *Ph. Zorn*, Staatsverträge (Anm. 458), S. 9f.

⁴⁸⁶ Vgl. *Laband*, Staatsrecht II (Anm. 475), S. 132 Anm. 2.

struktion des Völkerrechtes wird noch des Näheren zu untersuchen sein.⁴⁸⁷ Hier sei nur in Hinsicht auf die Frage nach den Subjekten des Völkerrechts festgestellt, daß der „Staat“ „sich selbst“ nur verpflichten kann, indem er bestimmte Menschen |163 | verpflichtet, deren Verhalten als solches des „Staates“ gedeutet, dem „Staate“ zugerechnet wird. Daß der Staat sich selbst verpflichten könne, ohne dabei seine Organe zu verpflichten, dürfte ernstlich kaum behauptet werden, wenn man den Rechtscharakter der Staatsordnung nicht in Frage stellen will. Ist das Völkerrecht „äußeres Staatsrecht“ oder sonstwie Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung, dann kann der Satz, daß der Staat Subjekt des Völkerrechts sei, mit Rücksicht darauf begriffen werden, daß eben jeder Rechtssatz der Rechtsordnung den Staat verpflichtet, daß als Inhalt jeder Rechtsnorm ein dem Staate zuzurechnendes, d. h. im Einheitsbezug stehendes menschliches Verhalten zu erkennen ist. Es muß also unter allen Umständen ein Mensch – wenn auch in dieser Richtung als „Staatsorgan“ – verpflichtet sein.

Indes zeigt die Problematik des Begriffs des Staatsorgans, die Unmöglichkeit, juristisch zwischen Staatsorgan und Untertan prinzipiell zu unterscheiden, die Hinfälligkeit der These, daß *nur* Staaten, nicht aber Menschen Subjekte des Völkerrechts seien¹⁾. *Juristisch* kann als Organ des Staates, d. h. aber: als Organ der Rechtsordnung nur ein Mensch bezeichnet werden, dessen Verhalten dem Staate

|163 |¹⁾ *Wilhelm Kaufmann*, Die Rechtskraft des internationalen Rechtes und das Verhältnis der Staatsgesetzgebungen und der Staatsorgane zu denselben, 1899, vertritt im Gegensatz zur herrschenden Lehre den folgenden Standpunkt: „Dementsprechend regeln die internationalen objektiven Rechtsordnungen ausweislich ihres Inhalts heutzutage nicht bloß Rechte und Pflichten der Staaten zueinander, sondern auch Rechte und Pflichten der verschiedenen Staaten untertanen Individuen zueinander und zu den verschiedenen Staaten usw. ...“ a. a. O. S. 2.⁴⁸⁸ Kaufmann geht von der Vorstellung aus: „Das internationale Recht ist in Hinblick auf⁴⁸⁹ die Quelle, auf welche es seine Geltung zurückführt, das höhere gegenüber dem staatlichen Recht.“ (a. a. O. S. 78).⁴⁹⁰ Aus dieser Qualität der „höheren“ Ordnung schließt Kaufmann, daß dort, wo eine unmittelbare Regelung durch Völkerrecht vorliegt, das widersprechende staatliche Recht dem Völkerrecht weichen muß. „Wo dies aber geschieht⁴⁹¹, da weichen rechtlich vor der Rechtsordnung der internationalen Völkergemeinschaft als der höheren Rechtsordnung die Rechtsordnungen der in jener befaßten einzelnen Staatsgemeinschaften“ (a. a. O. S. 44).⁴⁹² Indes kann zu demselben Ergebnis auch die Konstruktion gelangen, die den Primat der staatlichen Rechtsordnung annimmt. Und zwar nicht bloß hinsichtlich des Vertragsrechts, das dem Gesetzesrecht derogiert, selbst aber nur durch Vertrag derogiert werden kann, sondern hinsichtlich des ganzen „anerkannten“ Völkerrechts, mit welchem eben auch der Rechtssatz „anerkannt“ und zum Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung gemacht wird, daß eine einseitige Aufhebung durch den Staat unzulässig, unmöglich sei. Vgl. dazu die Ausführungen oben S. 157.⁴⁹³

⁴⁸⁷ Vgl. unten S. 429–434.

⁴⁸⁸ *W. Kaufmann*, Rechtskraft (Anm. 380), S. 2f. – Hervorhebung von Kelsen.

⁴⁸⁹ «Hinblick auf»] *W. Kaufmann*, Rechtskraft (Anm. 380), S. 78: «Hinblick auf den *Gemeinschaftskreis*, für welchen es gilt, und im Hinblick auf».

⁴⁹⁰ *W. Kaufmann*, Rechtskraft (Anm. 380), S. 78.

⁴⁹¹ «aber geschieht»] *W. Kaufmann*, Rechtskraft (Anm. 380), S. 44: «aber geschehen ist und geschieht».

⁴⁹² *W. Kaufmann*, Rechtskraft (Anm. 380), S. 44.

⁴⁹³ Vgl. oben S. 418f.

auf Grund von Rechtsnormen darum zugerechnet wird, weil es – auf bestimmte Weise – als Inhalt dieser Rechtsnormen erscheint. | Die Zurechnung zum Staate | 164 bedeutet für die formal juristische Betrachtung nur die Erkenntnis der Einheitsbeziehung, in der dieses menschliche Verhalten als Inhalt einer Norm zu anderen menschlichen Handlungen – als Inhalt von Normen *desselben* Systems, derselben Rechtsordnung – stehen. Organ des Staates ist, wer mit seinem Verhalten die Normen der staatlichen Ordnung erfüllt, d. h. das Recht realisiert. Es kommt natürlich darauf an, wie man den Rechtssatz konstruiert, um die einen oder die anderen Handlungen als Staatsakte zu erkennen. *Juristisch* kann als Staatsakt nur die Pflichterfüllung begriffen werden, und in der Eigenschaft als qualifizierter (bedingter) Norminhalt, als *Pflichterfüllung* erschöpft sich das rechtliche Wesen der dem „Staat“ zuzurechnenden menschlichen Handlung, das Wesen der Organqualität¹⁾. Nun arbeitet die juristische Terminologie mit einem wesentlich engeren Organbegriff – sofern überhaupt von einem einheitlichen Organbegriff des juristischen Sprachgebrauchs die Rede sein kann. Dieser engere Organbegriff beruht auf außerjuristischen Kriterien. Diese aufzuzeigen ist hier kein Anlaß. Das eben Gesagte genügt, um die folgende Schwierigkeit in der Lehre von den Subjekten des Völkerrechts zu beleuchten.

Wenn etwa ein Völkerrechtssatz die Verpflichtung statuierte, daß ein Staat, der gegen einen anderen Krieg führen will, an diesen vor Beginn der Feindseligkeiten eine formelle Kriegserklärung zu richten habe, so ist damit das Verhalten eines *Menschen* normiert, dessen nähere Bestimmung die einzelstaatliche Rechtsordnung dadurch vornimmt, daß sie ausdrücklich feststellt, wem das Recht (oder die Pflicht) der Kriegserklärung zustehe; etwa dem Präsidenten der Republik oder

¹⁾ Vgl. dazu oben S. 118, Anm. 1, S. 128/129, S. 147, Anm. 2.⁴⁹⁴ Wenn *Binder* in seiner Schrift „Rechtsnorm und Rechtspflicht“ (1912)⁴⁹⁵ daraus, daß die Rechtsnormen nicht an das „Volk“, sondern an die „Behörde“ gerichtet seien, den Schluß zieht, daß die Pflicht kein juristischer Begriff sei, so geht er offenbar zu weit. Zumindest eine Rechtspflicht der „Behörde“, d. h. des Staates und daher der Menschen, deren Handlungen als solche des Staates gelten, muß er doch zugeben, wenn er den „imperativen“ Charakter der Rechtsnorm anerkennt. Und das tut er; denn er nimmt z. B. die Rechtsnorm an: „du *sollst*, wenn ein bestimmter ... Tatbestand vorliegt, eine Strafe verhängen“ (S. 23)⁴⁹⁶ und er spricht ausdrücklich von einer „Strafpflicht der Behörde“ (S. 27).⁴⁹⁷ Demgegenüber ist es allerdings unverständlich, daß er an anderer Stelle das „Sollen“ als Aussageform der Rechtssätze und damit den Begriff der Rechts-„Norm“ überhaupt ablehnt. Die Geltung des Rechts beruhe in seiner „Durchsetzbarkeit“ (S. 47).⁴⁹⁸ Ist das die *Tatsächlichkeit* der Durchsetzung? Das kann doch kaum behauptet werden. In welchem Sinne ist aber dann der Tatbestand mit dem Zwangsakte im Rechtssatz verbunden? Wenn nicht im Sinne des *Seins*, dann doch wohl nur in dem des *Sollens*.

⁴⁹⁴ Vgl. oben S. 381 f. Anm. 1 (381), 391, 409 Anm. 2.

⁴⁹⁵ *Julius Binder*, Rechtsnorm und Rechtspflicht. Rede, gehalten bei der Übernahme des Prorektorsates der Friedrich-Alexanders-Universität in Erlangen am 4. November 1911, Leipzig 1912, S. 22 f.

⁴⁹⁶ *Binder*, Rechtsnorm (Anm. 495), S. 23 – Hervorhebung von Kelsen.

⁴⁹⁷ *Binder*, Rechtsnorm (Anm. 495), S. 27 – Hervorhebung von Kelsen.

⁴⁹⁸ *Binder*, Rechtsnorm (Anm. 495), S. 47.

- | 165 dem Monarchen, die als Organe des betreffenden Staates (und | zwar als Organe in dem engeren Sinne des Sprachgebrauches) dessen völkerrechtliche Verpflichtung zur Kriegserklärung erfüllen. Wenn aber z. B. die das Recht der Blockade betreffenden Völkerrechtssätze den blockierenden Staat zu einem bestimmten Verhalten gegenüber *Angehörigen* von neutralen Staaten, wenn die den Landkrieg regelnden Normen des Völkerrechts den kriegführenden Staat zu einem bestimmten Verhalten gegenüber der *Zivilbevölkerung* berechtigen, und somit notwendigerweise auch umgekehrt Angehörige der neutralen oder feindlichen Staaten zu einem bestimmten Verhalten gegenüber dem blockierten oder zu Land kriegführenden Staate verpflichten, also Personen völkerrechtlich verpflichtet werden, die nicht mehr als „Staatsorgane“ in dem üblichen engeren Sinne des Sprachgebrauches anzusehen sind, dann ist die Behauptung, das Völkerrecht richte sich nur an Staaten, nicht mehr leicht aufrecht zu erhalten. Es ist Völkerrechtsbruch, wenn Privatpersonen das Blockaderecht verletzen, es ist Völkerrechtsbruch, wenn Privatpersonen als Franktireure⁴⁹⁹ gegen kämpfende Armeen auftreten. Also müssen es Privatpersonen sein, die völkerrechtlich verpflichtet werden. Nun könnte man, weil und sofern es sich dabei um „Angehörige“ eines Staates, d. h. um Personen handelt, die rechtlich als *Staatsbürger* eines bestimmten Staates in Betracht kommen, in einem weiteren Sinne auch von „Organen“ des Staates sprechen und die betreffenden Menschen – als Organe des Staates – d. h. also den Staat selbst als Subjekt der in Frage stehenden völkerrechtlichen Pflichten deuten. Daß diese Menschen nicht Subjekte völkerrechtlicher, sondern nur landesrechtlicher Pflichten seien, sofern eben ihr Staat – an den allein die Norm des Völkerrechts gerichtet ist – ihnen völkerrechtsgemäßes Verhalten geboten hat, kann ernstlich nicht geltend gemacht werden, denn dieses Argument wurde ja bereits im Vorhergehenden in der Theorie von den spezifischen Rechtsformen des staatlichen Rechts (Gesetz und Verordnung) widerlegt. Der völkerrechtliche Charakter einer Verpflichtung bleibt unberührt, ob er nun in Form eines Staatsvertrages oder eines Gesetzes oder sonst einer verfassungsmäßigen Staatswillensäußerung erscheint. Allein, selbst abgesehen von dieser Erkenntnis, läßt sich die These, der „Staat“ allein sei Subjekt des Völkerrechts, die Menschen nur Subjekte staatlichen, völkerrechtsgemäßes Rechtes nur solange halten, als man mit Menschen operiert, die einem bestimmten Staate „zugehören“. *Rehm*¹⁾ hat als Beispiel für eine unmittelbare Ver|pflichtung
- | 166
- | 165 ¹⁾ Untertanen als Subjekte völkerrechtlicher Pflichten, Zeitschrift für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht, I. Bd. (1906) S. 53 ff.⁵⁰⁰ *Rehm* behauptet – ebenso wie *Wilhelm Kaufmann*⁵⁰¹ im

⁴⁹⁹ Frz.: franc-tireurs; dt.: Frei-Schütze; der Begriff entstand wohl im deutsch-französischen Krieg 1870–1871 und bezeichnet Zivilisten, die als nicht uniformierte Freischärler an den Kampfhandlungen teilnehmen, insbesondere mittels Sabotageakten hinter den feindlichen Linien. Die Kontroverse über ihre völkerrechtliche Charakterisierung hatte in der Haager Konferenz von 1899 erheblichen Einfluss auf die Entstehung der Martensschen Klausel (Anm. 818).

⁵⁰⁰ *Rehm*, Untertanen (Anm. 380), S. 54 f. – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁵⁰¹ Vgl. *W. Kaufmann*, Rechtskraft (Anm. 380), S. 2.

von Menschen durch das Völkerrecht angeführt: „Piraten, die aus zivilisierter Gegend stammen, aber keinem zivilisierten Staat mehr angehören.“ Auch solche Menschen – denen gegenüber eine staatliche Gesetzgebung gar nicht Platz greifen kann – verletzen das Völkerrecht, wenn sie Piraterie betreiben. Und nur weil sie als durch das Völkerrecht verpflichtet angesehen werden, ist der gegen sie in Fällen des Unrechts geübte Zwang Erfüllung des Völkerrechts, handelt der Zwangsvollstreckter als Organ des Völkerrechts.

Aus diesem Grunde ist der Satz, daß das Völkerrecht nur Staaten verpflichte, nicht haltbar; denn eine Zurechnung der vom Völkerrecht normierten menschlichen Handlungen zu einem bestimmten Staate, d. h. die Beziehung zu einer speziellen, einzelstaatlichen | Rechtsordnung läßt sich zwar in der Regel, aber keineswegs ausnahmslos durchführen¹⁾. | 167

Widerspruch zu der herrschenden Auf|fassung – nicht nur Staaten, auch Untertanen von Staaten | 166 können Subjekte völkerrechtlicher Pflichten (nicht aber solcher Rechte) sein. Er verweist auf das Recht der Blockade und Kriegskonterbande gegenüber Angehörigen neutraler Staaten. Hier übe ein Staat *völkerrechtliches Imperium* unmittelbar gegen Angehörige fremder Staaten aus. Deren Untertanen seien durch das Völkerrecht unmittelbar zu einem bestimmten Verhalten dem blockierenden Staate gegenüber verpflichtet.⁵⁰² Das bedeutet: Der blockierende, Konterbande aufbringende Staat, bzw. dessen Organ handelt hier als Organ des Völkerrechts, nicht der speziellen staatlichen Rechtsordnung; das korrespondierende Verhalten der Untertanen des fremden Staates ist unmittelbar Inhalt völkerrechtlicher Normen. Dies ist der Ausdruck jener Konstruktion, die das Völkerrecht als eine über den Staaten stehende Ordnung auffaßt (Primat des Völkerrechts). *Jellinek* (System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. S. 328),⁵⁰³ der die Auffassung vertritt, das Völkerrecht sei Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung, konstruiert den vorliegenden Fall natürlich anders: Der Kriegführende ist kraft Völkerrecht kompetent, *sein* Imperium über die fremden Untertanen auszudehnen. Das heißt: Die Organe des kriegführenden Staates wenden das zum Bestandteil der eigenen staatlichen Rechtsordnung gewordene Völkerrecht, also nur Normen des eigenen staatlichen Rechtes an, *dem die Untertanen des fremden Staates als unterworfen gedacht werden*. Das ist nur konsequent vom Standpunkt des Primates der eigenen staatlichen Rechtsordnung, die notwendigerweise auch für die Angehörigen fremder Staaten für verbindlich angesehen werden muß, da der fremde Staat vom Standpunkt der eigenen, souveränen Ordnung nur als eine von dieser delegierte Ordnung – er muß „anerkannt“ sein – gelten kann. *Rehm* führt dagegen an: „Allein die Herrschaft, die ein Staat kraft Völkerrecht über Staatsfremde außerhalb seines Gebietes ausübt, ist keine staats-, sondern eine völkerrechtliche. Die durch Staatsrecht bestimmte Gewalt des Staates besitzt ihre Grenzen an seinem Gebiet und seinen Angehörigen“ (a. a. O. S. 54).⁵⁰⁴ Allein dies ist kein Argument gegen die *Jellineksche* Ansicht, sondern eine von einer wesentlich anderen Voraussetzung ausgehende, auf Grund einer anderen Hypothese aufgebaute Konstruktion. *Rehm* steht eben – offenbar ganz unbewußt – auf dem Standpunkt eines Primates des Völkerrechts.

¹⁾ Ich freue mich, in der Frage nach dem Subjekte des Völkerrechtes beinahe ganz mit *Krabbe* | 167 übereinzustimmen, der in seinem Werke „Die moderne Staats-Idee“ ausführte: „Subjekte des internationalen Rechtes sind die *Menschen*, denen als Beherzigern der Interessen, um welche jenes Recht sich kümmert, Befugnisse und Verpflichtungen zufallen. Es ist jedoch nicht bloß juristisch unrichtig, wenn man die aus Verträgen hervorgehenden Rechte und Verpflichtungen als Staatsrechte und Staatsverpflichtungen betrachtet, sondern es verdunkelt auch die Realität des Rechtslebens, in dieser Weise *Fiktionen zu Rechtsträgern zu machen*. Als terminologische Abkürzung ließe es sich vielleicht verteidigen, daß man den Staat als Interessengemeinschaft das Subjekt des in-

⁵⁰² Vgl. *Rehm*, Untertanen (Anm. 380), S. 53–55.

⁵⁰³ *G. Jellinek*, System (Anm. 37), S. 328.

⁵⁰⁴ *Rehm*, Untertanen (Anm. 380), S. 54.

ternationalen Rechtes nennt und tatsächlich ist dies auch der Fall, aber genau genommen müßte dies bedeuten, daß dadurch die Menschen, welche die Normen zu befolgen haben, bloß indirekt angewiesen wären. So verhält es sich jedoch keineswegs. Wenn man den niederländischen ‚Staat‘ als durch die Verträge gebunden betrachtet, so sagt uns dies nichts über die Personen, welche in Wirklichkeit dieser Gebundenheit unterliegen. Vielleicht sind dies die Regierung, der Richter, der Staatsanwalt, der Gesetzgeber, der Bürgermeister, eine Deichbehörde, eine Privatperson. Wer von denselben unter den Geboten des internationalen Rechtes steht, das hängt davon ab, welche Interessen in diesem Rechte ihre Wertung bekommen haben, und welche Personen nach konstitutionellem (nationalem oder internationalem) Recht zur Beherrschung dieser Interessen angewiesen worden sind.“ A. a. O. S. 275/6.⁵⁰⁵

Die Voraussetzungen, von denen aus *Krabbe* zu diesen Ergebnissen gelangt, sind allerdings problematisch. Die *Menschen* sind Subjekte des internationalen Rechtes, weil der Staat durch das Völkerrecht nicht verpflichtet werden könne. „Irgendwelchen Verpflichtungen kann der Staat als Rechtsgemeinschaft nicht unterworfen werden, denn eine solche Verpflichtung würde auf die Forderung hinauslaufen, nach einem anderen Rechtsmaßstab, als welcher mit dem Staate als Rechtsgemeinschaft gegeben ist, eine Ordnung hervorzurufen, was einer Aufhebung des Staatscharakters gleichkommen würde. Selbstverständlich kann aus einer internationalen Regelung eine Verpflichtung des Gesetzgebers oder der Regierung hervorgehen, mittels genauer⁵⁰⁶ Vorschriften jene Regelung auszuarbeiten, aber hierbei funktionieren dieselben dann auch nicht als Organe des Staates als einer Rechtsgemeinschaft, sondern als Organe der internationalen Rechtsgemeinschaft. Die Rechtswirkung, welche vom Staate ausgeht, offenbart sich ausschließlich in der Anlegung des besonderen, *ursprünglichen* Rechtsmaßstabes, welcher einen Staat vom anderen unterscheidet. Freiheit und Selbständigkeit in der Rechtsbildung ist also mit dem Staate unverbrüchlich verbunden“ (S. 272).⁵⁰⁷ Dieser „ursprüngliche“ Rechtsmaßstab, den *Krabbe* gelegentlich in einen Gegensatz zu „abgeleiteter Autonomie“ (S. 269)⁵⁰⁸ stellt, diese „Freiheit und Selbständigkeit“ als Wesensmerkmal des Staates ist nur eine verkappte Souveränität. Das Völkerrecht kann den Staat nicht verpflichten, denn dieser ist souverän! Das ist der – freilich stark verhüllte – Kern der *Krabbeschen* Argumentation. Er steht mit der Lehre von der Rechtssouveränität nicht nur nicht im Widerspruch, sondern ist sogar eine Konsequenz derselben, sofern die Rechtsgemeinschaft des Staates als identisch mit der Rechtsordnung erkannt wird | und die Souveränität sich auf die Rechtsordnung im Sinne einer einzelstaatlichen Ordnung bezieht. Freilich sagt *Krabbe*: „Auf der irrealen Grundlage der Staatssouveränität kann kein internationales Recht gebaut werden“ (S. 265).⁵⁰⁹ Aber auch die Souveränität des Rechtes als einer nationalen (einzelstaatlichen) Rechtsordnung läßt die Geltung einer *überstaatlichen* (übernationalen) Rechtsordnung nicht zu! Dabei sucht leider auch *Krabbe* zwischen diesem Primat der einzelstaatlichen Rechtsordnung und einem Primat des Völkerrechts eine logisch unmögliche Verbindung herzustellen, denn es bedeutet den unzweideutigen Primat der Völkerrechtsordnung, wenn *Krabbe* ausführt: „Zu den ältesten Interessen, deren Rechtswert *im internationalen Recht* seine⁵¹⁰ Wurzeln hat, gehört vor allem das Interesse, welches ein Volk dabei hat, nach *eigenem Rechtsmaßstabe* die Gemeinschaft zu ordnen, was also sagen will: Das Interesse einen Staat zu bilden. Der Wert dieses Interesses ist ebensowenig wie der Wert irgendeines anderen Interesses ein unbedingter, und *es hat also das internationale Recht den Rechtswert desselben zu bestimmen ... Der Staatscharakter eines Volkes wurzelt also im internationalen Recht ... Ein natürliches Recht auf ein eigenes Rechtsleben gibt es nicht*“ (S. 270/71).⁵¹¹ Schärfer kann der Gedanke, die Geltung der einzelstaatlichen Rechtsordnung im übergeordneten Völkerrecht zu begründen, nicht ausgesprochen werden. Freilich ist sich *Krabbe* der ganzen Tragweite der von ihm akzeptierten Hypothese nicht bewußt. Er sagt zwar: „Wenn das

| 168

⁵⁰⁵ *Krabbe*, Staats-Idee (Anm. 13), S. 275f. – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

⁵⁰⁶ «genauer»] *Krabbe*, Staats-Idee (Anm. 13), S. 272: «genauerer».

⁵⁰⁷ *Krabbe*, Staats-Idee (Anm. 13), S. 271f. – Hervorhebung von Kelsen.

⁵⁰⁸ *Krabbe*, Staats-Idee (Anm. 13), S. 269.

⁵⁰⁹ *Krabbe*, Staats-Idee (Anm. 13), S. 265.

⁵¹⁰ «seine»] *Krabbe*, Staats-Idee (Anm. 13), S. 270: «ihre».

⁵¹¹ *Krabbe*, Staats-Idee (Anm. 13), S. 270f. – Hervorhebungen von Kelsen.

| § 40. Die Theorie von der „Selbstverpflichtung“ des Staates.

| 168

Die den Primat der staatlichen Rechtsordnung und damit die Souveränität des Staates begründende (oder voraussetzende) Anerkennungstheorie ist wesensverwandt – wenn nicht identisch – mit der in der deutschen Staatsrechtslehre viel verbreiteten Anschauung, | die die Geltung des Völkerrechts auf die sogenannte Selbstverpflichtung des Staates zurückführt. Schon *Bergbohm* hat diese Theorie begründet, wenn er ausführt: „Vor allem erscheint die Vorstellung selbst, als werde durch die Statuierung eines Rechtes *unter* den Völkern ein Recht *über* die Völker gestellt, welches mit ihrer Freiheit, Unabhängigkeit oder Souveränität unverträglich sein müsse, unklar. Ihren *eigenen* Willen können sie doch unbeschadet ihrer Selbständigkeit gelten lassen? Oder müssen sie wirklich ihren eigenen Willen gerade deshalb verleugnen, weil der Wille einiger oder vieler anderer Staaten genau *denselben Inhalt hat*“¹⁾? *Jellinek* hat dann diesen Gedanken näher ausgeführt. Auch er geht von der Vorstellung der Staatssouveränität aus und kommt zu dem Schlusse: Da der Staat keiner anderen Gewalt unterworfen sein kann, muß er sich *selbst* verpflichten, um überhaupt verpflichtet zu sein. Es ist gewiß charakteristisch, daß er seine berühmte Selbstverpflichtungstheorie, die zum Mittelpunkt seiner Staatsrechtslehre geworden ist, eigentlich zur Begründung des Völkerrechts aufgestellt hat²⁾. Erkennt man den Staat als Rechtsordnung – und dies ist gerade in der Selbstverpflichtungstheorie der Fall, da diese ja vom *Staate* die Rechtsverpflichtung ausgehen läßt, eine rechtliche Verpflichtung aber nur von der Rechtsordnung ausgehen kann – dann ist das Problem: wie kann der souveräne Staat verpflichtet

Recht eines Volkes ein Staat zu sein, im internationalen Recht wurzelt, so vermag das internationale Recht selbstverständlich auch zu bestimmen, wie weit jenes Recht sich erstreckt“ (S. 271).⁵¹² Das kann nichts anderes bedeuten, als daß die einzelstaatliche Rechtsordnung sich nur auf Grund oder innerhalb (beides ist identisch!) der völkerrechtlichen Delegation entfalten kann. Und damit kann natürlich von einem „eigenen“ und „ursprünglichen“ „Rechtsmaßstab“ – um mit *Krabbe* zu sprechen – keine Rede mehr sein. Dennoch fährt *Krabbe* fort: „Eine weitere Bedeutung hat jedoch das internationale Recht für den Staat als Rechtsgemeinschaft nicht. Er kann nur das eigene Rechtsleben eines Volkes *einschränken*“.⁵¹³ Und nun entwickelt *Krabbe* die bereits oben dargelegte These: Irgendeiner internationalen Verpflichtung könne der Staat nicht unterworfen werden, denn das bedeute, ihn einem *fremden* Rechtsmaßstab unterwerfen, käme der Aufhebung des Staatscharakters gleich. Allein der Staatscharakter wurzelt doch nach *Krabbe* im internationalen Recht. Und das Interesse, nach eigenem Rechtsmaßstab die Gemeinschaft zu ordnen, wird durch das internationale Recht als Rechtswert bestimmt. Es ist der gleiche Widerspruch, den *Krabbe* selbst in der herrschenden Lehre zwischen dem Souveränitätsdogma und der Theorie des den Staaten übergeordneten Völkerrechtes erkannt hat. Vgl. a. a. O. S. 264 ff.⁵¹⁴

¹⁾ Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts, 1877, S. 19.⁵¹⁵

²⁾ Die rechtliche Natur der Staatenverträge, 1880.⁵¹⁶

| 169

⁵¹² *Krabbe*, Staats-Idee (Anm. 13), S. 271.

⁵¹³ *Krabbe*, Staats-Idee (Anm. 13), S. 271 – Hervorhebung von Kelsen.

⁵¹⁴ *Krabbe*, Staats-Idee (Anm. 13), S. 264–281.

⁵¹⁵ *Karl Bergbohm*, Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts, Dorpat 1877, S. 19 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

⁵¹⁶ *Georg Jellinek*, Die rechtliche Natur der Staatenverträge, Wien 1880.

werden, offenbar ein Scheinproblem, lediglich dadurch hervorgerufen, daß man die im „Staate“ vollzogene Personifikation der Rechtsordnung nicht auflöst, die Hypostasierung nicht durchschaut. Die bei jeder Personifikation und Hypostasierung mit unterlaufende Verdoppelung des Erkenntnisgegenstandes – hier der Normen, die als die objektiven Rechtssätze einer einheitlichen Rechtsordnung, das anderemal als Pflichten und Rechte einer *Person*: des Staates erscheinen – läßt zum Problem werden, was für die reine, bildfreie Erkenntnis gar kein Problem ist³⁾. Denn Pflichten des Staates sind nichts anderes als in der Staats- oder Rechtsordnung statuierte Pflichten. Es handelt sich bei der Vorstellung von Pflichten des Rechtssubjektes Staat nur um die veranschaulichende Personifikation des Einheitsbezuges, in dem die Pflichten, d. h. die Normen desselben einheitlichen Systems, derselben Rechtsordnung stehen.

| 170 Soferne die „Theorie“, daß alle Pflichten des Staates auf einer „Selbstbindung“ beruhen, zur Konstruktion des Völkerrechts verwendet wird, läuft sie auf die Vorstellung vom Primate der staatlichen Rechtsordnung hinaus und besagt – aller Hypostasierung entkleidet – daß völkerrechtliche Pflichten – des Staates – nur als Normen der staatlichen Rechtsordnung, daß das Völkerrecht, soferne es *Recht* sein soll, nur als Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung gedacht werden kann. So führt *Jellinek* aus: „Es muß aufgezeigt werden, daß es in dem innerstaatlichen Recht ein reflexives Moment gibt, daß Rechtssätze, deren juristische Qualität feststeht, vorhanden sind, welche vom Staat ausgehen und den Staat binden. Gelingt dieser Nachweis, so ist damit die juristische Basis des Völkerrechts gefunden. Mißlingt er, so ist eine Konstruktion des Völkerrechts auf Grund des in dem innerstaatlichen Recht enthaltenen Rechtsbegriffes nicht möglich. Das Völkerrecht ist dann nicht in jenem Sinne Recht, in welchem es das Privatrecht, das Strafrecht oder irgendein anderer Teil der vom Staate ausgehenden Rechtsordnung ist, ja es ist damit den Leugnern des Völkerrechts im Grunde alles eingeräumt, was sie nur wünschen“¹⁾. Recht ist für *Jellinek* eben mit „innerstaatlichem“ Recht identisch. Es ist durchaus der gleiche Ausgangspunkt wie bei *Zorn* und muß notwendigerweise zu demselben Resultate führen: Völkerrecht als äußeres Staatsrecht. „Denn nur sich selbst kann der Staat sich unterordnen und nur, wenn er sich unterordnen kann, ist er imstande, sich *ein Recht nach außen* zu setzen“²⁾. Mit der Annahme des Völkerrechtes als eines staatlichen Rechtes „nach außen“ wird natürlich die Vorstellung einer überstaatlichen Rechtsordnung abgelehnt. „Es wird also kein Zwang auf den Staat ausgeübt, wenn er Normen für sein Verhalten zu anderen *anerkennt*.

³⁾ Vgl. dazu *Vaihinger*, a. a. O. S. 50 ff. und passim.⁵¹⁷

| 170 ¹⁾ a. a. O. S. 7.⁵¹⁸

²⁾ a. a. O. S. 7.⁵¹⁹

⁵¹⁷ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 57), S. 50–52, passim.

⁵¹⁸ *G. Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 516), S. 6 f.

⁵¹⁹ *G. Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 516), S. 7 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

Die völkerrechtlichen Normen sind nicht das Produkt einer über den Staaten stehenden höheren Macht, welche ihm dieselben etwa aufdrängte, es ist das Völkerrecht kein überstaatliches Recht, sondern es entspringt formell derselben Quelle, wie alles objektive Recht: dem Willen des rechtssetzenden Staates⁵²³. Ganz ebenso steht *Liszt* hinsichtlich des Geltungsgrundes des Völkerrechts auf dem Standpunkte der Selbstverpflichtungs- und Anerkennungstheorie. „Die verbindliche Kraft schöpfen die völkerrechtlichen Normen mithin aus dem sich selbst bindenden Willen der Staaten, nicht aus dem Willen | einer diesen untergeordneten Macht. Das Völkerrecht ist Vertrag, nicht Gesetz“⁵²⁴. Wenn *Jellinek* und *Liszt* die Selbstverpflichtung des Staates als *Geltungsgrund* des Völkerrechts einer Theorie entgegenstellen, die etwas über den *Entstehungsprozeß* aussagt, nämlich daß das Völkerrecht „Produkt“ einer höheren Macht (*Jellinek*), daß es Ergebnis von Vertrag und nicht von Gesetz sei (*Liszt*),⁵²⁴ so liegt hier die für den üblichen Begriff der Rechtsquelle charakteristische Vermengung von Geltungsgrund und faktischem Entstehungsprozeß vor. Speziell bei *Liszt* zeigt sich deutlich, daß der vermeintliche Gegensatz in Wahrheit nicht besteht. Vertrag wie Gesetz sind Tatbestände, die eine Verfassung als „Rechtsquellen“ delegieren kann, und wenn dies die *einzelstaatliche* Verfassung tut, dann sind die so entstandenen Normen – weil aus der Verfassung des Staates abgeleitet oder bildlich: als Selbstverpflichtung zu begreifen – Bestandteile der staatlichen Rechtsordnung. Was *Liszt* meint ist dies: daß die völkerrechtlichen Normen nicht durch einen Gesetzgebungsakt gesetzt werden können, der von einer von der staatlichen Verfassung *verschiedenen* oder dieser übergeordneten Ursprungsnorm delegiert wird. Dies gilt aber auch von einem solchen Verträge. Das Völkerrecht wäre eine von der staatlichen Rechtsordnung verschiedene oder dieser übergeordnete Rechtsordnung, wenn man den die Verbindlichkeit der internationalen Verträge begründenden Rechtssatz, *pacta sunt servanda*, auf eine von der staatlichen Rechtsordnung verschiedene oder dieser übergeordnete Rechtsordnung zurückführte. Gerade *Zorn*, der die Vorstellung eines überstaatlichen Völkerrechtes noch am konsequentesten vermeidet, läßt das Völkerrecht als äußeres Staatsrecht aus *Staatsgesetzen* hervorgehen!⁵²⁵

³⁾ a. a. O. S. 45.⁵²⁰ Vgl. dazu auch *E. Kaufmann*, a. a. O. S. 175 ff.⁵²¹ *Kaufmann* findet, wie *Jellinek* vom Souveränitätsdogma ausgehend, die Quelle des Völkerrechts „nur in dem sich selbst bindenden Willen der Vertragssubjekte“. Er polemisiert gegen den – freilich nicht sehr konsequenten – Versuch *Triepels*, als Quelle des Völkerrechts die „Vereinbarung“ als einen von dem Willen des Einzelstaates losgelösten Gesamtwillen zu begründen, a. a. O. S. 160, 161.⁵²²

¹⁾ Das Völkerrecht, 11. Aufl. 1918, S. 6.⁵²³

⁵²⁰ *G. Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 516), S. 45 – Hervorhebung von Kelsen.

⁵²¹ *E. Kaufmann*, Wesen (Anm. 158), S. 175.

⁵²² *E. Kaufmann*, Wesen (Anm. 158), S. 160 f.; vgl. *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 37.

⁵²³ *Franz von Liszt*, Das Völkerrecht. Systematisch dargestellt, 11. Aufl., Berlin 1918, S. 6 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁵²⁴ Vgl. *G. Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 516), S. 45; *Liszt*, Völkerrecht (Anm. 523), S. 6.

⁵²⁵ Vgl. *Ph. Zorn*, Staatsverträge (Anm. 458), S. 10 f.

Wer die Selbstverpflichtung des Staates als Geltungsgrund auch des Völkerrechts annimmt, der hat damit den Primat der staatlichen Rechtsordnung proklamiert und kann – will er konsequent bleiben – das Völkerrecht nur als Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung, als „äußeres Staatsrecht“ gelten lassen. Daß die beiden eben erwähnten Vertreter der Selbstverpflichtungstheorie dennoch Ansichten aussprechen, die den Primat des Völkerrechtes voraussetzen, darauf wird in einem späteren Zusammenhange zurückzukommen sein.⁵²⁶ Hier sei nur – wegen der symptomatischen Bedeutung – hervorgehoben, daß die Selbstverpflichtungstheorie sogar mit einer dualistischen Konstruktion des Völkerrechtes verbunden wird. Im vollkommenen Anschluß an *Jellinek* erklärt *Nippold*²⁾: „Alles Recht | hat seinen Ursprung im Willen des Staates, alles Recht geht vom Staate aus ... Auf den Willen des Staates muß⁵²⁸ also auch das Völkerrecht zurückgeführt werden, wenn es darauf Anspruch macht, ein Recht zu sein in dem allein für den Juristen maßgebenden Sinn dieses Wortes.“ „Der Staatswille ist der *Ursprung des positiven Völkerrechtes*.“ „Indem der Staat Recht schafft, bindet er sich selbst rechtlich an das Gewollte! *Der*⁵²⁹ *Staat schafft also Völkerrecht in derselben Weise wie er alles Recht schafft*: er wendet sich an einen Willen mit einer Norm und bindet diesen Willen an diese Norm ... Die Annahme einer staatlichen Selbstverpflichtung ist notwendig nicht nur zur Konstruktion des⁵³⁰ Völkerrechtes, sondern der meisten Rechtsätze ...“⁽¹⁾. Konsequenterweise lehnt *Nippold* die Vorstellung des Völkerrechtes als eines *über* der staatlichen Rechtsordnung stehenden Normensystems ab²⁾. Denn

²⁾ Der völkerrechtliche Vertrag, seine Stellung im Rechtssystem und seine Bedeutung für das internationale Recht, 1894.⁵²⁷

¹⁾ a.a.O. S. 18 ff.⁵³¹

²⁾ a.a.O. S. 3.⁵³² „... das Völkerrecht als eine *über* den Völkern stehende Rechtsordnung. Das Dasein einer solchen Rechtsordnung müssen wir aber entschieden bestreiten.“ Die Argumentation ist allerdings ebenso verfehlt wie für die Durchschnittsanschauung charakteristisch! Im „wirklichen Leben der Nationen“ „gibt“ es eine solche höhere Ordnung nicht. „Im *wirklichen* Leben der Völker herrscht nichts anderes als der *Wille* dieser Völker.“⁵³³ Obgleich *Nippold* die Theorie vertritt, daß der Wille des Staates das *Recht* sei, sagt er doch: „Von einer allgemeinen Herrschaft des Völkerrechtes kann also gar keine Rede sein. In Wirklichkeit herrscht, wo politische Rücksichten wegfallen, im Völkerleben heute so gut wie im Altertum und Mittelalter der Grundsatz, daß Macht vor Recht gehe“ (a.a.O. S. 5).⁵³⁴ Auf die Frage nach einer Soll-Ordnung der Hinweis auf

⁵²⁶ Vgl. unten S. 463 f.

⁵²⁷ Zwei Zitate: *Nippold*, Vertrag (Anm. 375), S. 19 f.

⁵²⁸ «den Willen des Staates muß») *Nippold*, Vertrag (Anm. 375), S. 20: «den Staatswillen muss».

⁵²⁹ «das Gewollte! *Der*») *Nippold*, Vertrag (Anm. 375), S. 21 f.: «das von ihm Gewollte. [...] *Der*».

⁵³⁰ «Selbstverpflichtung ist notwendig nicht nur zur Konstruktion des») *Nippold*, Vertrag (Anm. 375), S. 22: «Selbstverpflichtung notwendig ist zur Konstruktion nicht nur des».

⁵³¹ *Nippold*, Vertrag (Anm. 375), S. 21 f.

⁵³² *Nippold*, Vertrag (Anm. 375), S. 3.

⁵³³ *Nippold*, Vertrag (Anm. 375), S. 4 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

⁵³⁴ *Nippold*, Vertrag (Anm. 375), S. 5.

wenn das Völkerrecht ebenso Wille des Staates ist, wie das Privat- oder Strafrecht, dann ist es eben ein Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung. Seltsamerweise weist aber *Nippold* auch die Behauptung zurück, „daß dieses Völkerrecht kein Rechtsgebiet für sich sei, sondern äußeres Staatsrecht“³⁾. Und entwickelt nun – in einem unverhüllten und unverhüllbaren Widerspruch zu seinem Ausgangspunkt eine extrem dualistische Konstruktion. „Jedes dieser Rechte (staatliches Recht und Völkerrecht) hat seine besondere Eigentümlichkeit und seine *selbständige Existenz*: Das Völkerrecht ist ebensowenig Staatsrecht, wie das Staatsrecht Völkerrecht ist“⁴⁾. Er betont „die Unabhängigkeit des Völkerrechts von staatsrechtlichen Normen“⁵⁾, sagt von der Natur des Völkerrechts, | daß sie von der des Staatsrechts |173 grundverschieden sei und „daß diese Grundverschiedenheit selbstverständlich eine total verschiedene juristische Betrachtungsweise für beide Gebiete voraussetzt“. Er hebt hervor, daß es sich nicht um bloße „Unterschiede“, sondern um eine „*durchgehende Andersgeartetheit zwischen beiden Gebieten*“ handelt und daß – da die Literatur dies nicht genügend berücksichtige – seine Tendenz sei: „die Selbständigkeit des Völkerrechts zu wahren“¹⁾. Bei all dem muß nur rätselhaft bleiben, warum *Nippold* mit solchem Nachdruck betont, daß es „*derselbe Staat*“ ist, „der sich in seinem Staatsrecht Normen für bestimmte Verhältnisse des inneren und äußeren Staatslebens“ setzt, und der auch „seine internationalen Verhältnisse regelt“.⁵³⁹ Und dies bleibt um so rätselhafter, als *Nippold* entschlossen ist, seine dualistische Konstruktion mit der Behauptung auf die Spitze zu treiben, daß zwischen Völkerrecht und Landesrecht – als zwei gänzlich verschiedenen und voneinander unabhängigen Ordnungen – ein unlösbarer Widerspruch möglich sei. Er meint, daraus, daß es derselbe Staat sei, dessen Wille staatliches Recht *und* Völkerrecht darstelle, folge zwar, „daß die beiderseitigen Regeln, soweit sie denselben Gegenstand betreffen, inhaltlich *regelmäßig* übereinstimmen werden.“⁵⁴⁰ „Diese inhaltliche Übereinstimmung ist jedoch *keine absolut notwendige*. Für die rechtliche Beurteilung der einzelnen Sätze, sowohl der staats- als der völkerrechtlichen

das Faktum eines Seins! Und noch dazu ein gar nicht existentes Faktum, denn daß die Menschen sehr intensiv auch durch völkerrechtliche Normvorstellungen motiviert, beherrscht werden, ist zweifellos.

³⁾ a. a. O. S. 65.⁵³⁵

⁴⁾ a. a. O. S. 72.⁵³⁶

⁵⁾ a. a. O. S. 78.⁵³⁷

|¹⁾ a. a. O. S. 79.⁵³⁸

⁵³⁵ *Nippold*, Vertrag (Anm. 375), S. 65 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁵³⁶ *Nippold*, Vertrag (Anm. 375), S. 72 – Hervorhebung und Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

⁵³⁷ *Nippold*, Vertrag (Anm. 375), S. 78.

⁵³⁸ Drei Zitate: *Nippold*, Vertrag (Anm. 375), S. 78 f. – Hervorhebung von Kelsen.

⁵³⁹ *Nippold*, Vertrag (Anm. 375), S. 73 – Hervorhebung von Kelsen.

⁵⁴⁰ *Nippold*, Vertrag (Anm. 375), S. 73 – Hervorhebung von Kelsen.

kommt [es] auf inhaltliche Uebereinstimmung an sich wenig an. *An sich* können die einen sowohl wie die andern rechtlich existieren, selbst wenn sie im Widerspruch miteinander stehen sollten. Es ist dann Aufgabe der betreffenden Staaten, die inneren Widersprüche der⁵⁴¹ einen oder anderen Sätze zu lösen, denn eine Lösung des Widerspruches, eine Uebereinstimmung des Staatswillens ist natürlich wünschenswert. Vorher existieren die fraglichen Sätze nebeneinander, trotzdem der Wille des einzelnen Staates dadurch dokumentiert, daß er mit sich selbst in Widerspruch geraten ist. Es zeigt sich auch hierin die Selbständigkeit des Völkerrechts vom Staatsrecht⁽²⁾. Dieser mit sich selbst in Widerspruch stehende Staatswille zeigt am deutlichsten den Stand der heutigen Rechtswissenschaft an! Er ist keineswegs die zufällige Entgleisung eines einzelnen Schriftstellers, er ist ein typisches Symptom. Es gibt kaum einen namhaften Vertreter der Staatsrechtslehre, in dessen Lehrmeinung nicht an der einen oder anderen Stelle der sich selbst widersprechende Staatswille feierlich anerkannt oder stillschweigend geduldet würde. Und doch ist dieser sich selbst widersprechende Staatswille nicht mehr und nicht

| 174 | weniger als die sich selbst aufhebende Rechtswissenschaft!⁽¹⁾ Wenn *Nippold* zu Beginn seiner Untersuchungen im Anschluß an *Bergbohm* mit allem nur wünschenswerten Nachdruck betont: „Es gibt für den *Juristen* nur *einen* Standpunkt für die theoretische Behandlung eines Rechtsgebiets, so gut wie es nur *ein* Recht und *einen* Rechtsbegriff gibt⁽²⁾, und wenn er dann trotzdem mit *zwei* Rechten, dem staatlichen Recht und dem Völkerrecht operiert, so muß er freilich übersehen, daß ein Widerspruch zwischen Staatsrecht und Völkerrecht systematisch dasselbe bedeutet wie ein Widerspruch innerhalb der sogen. innerstaatlichen Rechtsordnung. Dann kann er sich freilich dabei beruhigen, dem *Staate* die Aufgabe zuzuschieben, die *Rechtserkenntnis* zu leisten hat: den Widerspruch zu lösen⁽³⁾.

²⁾ a. a. O. S. 75 f. ⁵⁴²

| 174 | ⁽¹⁾ Vgl. dazu meine Abhandlung „Ueber Staatsunrecht“ in *Grünhuts* Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 40. Bd. ⁵⁴³

²⁾ a. a. O. S. 2. ⁵⁴⁴

⁽³⁾ Unmittelbar nachdem *Nippold* die dualistische Parole ausgibt: „Hie Staatsrecht, hie Völkerrecht“, drängt es ihn doch, die Einheit des Rechtes, die einheitliche Bezogenheit von Staats- und Völkerrecht irgendwie anzuerkennen: „Eine *Wechselwirkung* muß notwendigerweise vorhanden sein – wengleich dieselbe keineswegs so weit geht, wie gewöhnlich angenommen wird – schon deshalb, weil beide Rechte auf dem Willen des Staates beruhen, weil beide den Begriff des Staates voraussetzen und von der objektiven Natur des resp. der Staaten abhängen. Angesichts der Notwendigkeit einer solchen Wechselwirkung kann man sagen, daß *Staatsrecht und Völkerrecht einander bedingen, einander begrifflich voraussetzen. Ein Völkerrecht ist nicht denkbar ohne Staatsrecht, weil es eben das Vorhandensein von Staaten voraussetzt und ein Staat im modernen Sinn ohne Staatsrecht undenkbar ist.* Aber auch das Staatsrecht ist nicht ohne Völkerrecht denkbar, weil für

⁵⁴¹ «Widersprüche der»] *Nippold*, Vertrag (Anm. 375), S. 73 f. Anm. 14 (74): «Widersprüche durch Änderung der».

⁵⁴² *Nippold*, Vertrag (Anm. 375), S. 73 f. Anm. 14 (74) – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

⁵⁴³ *Kelsen*, Staatsunrecht (Anm. 2), S. 7 f. = HKW 3, S. 439–531 (445 f.).

⁵⁴⁴ *Nippold*, Vertrag (Anm. 375), S. 2.

§ 41. *Staatsrechtliche und völkerrechtliche Gültigkeit von Staatsverträgen.*

Da *Nippold* sich einer dualistischen Konstruktion zuwendet, ist zu begreifen, daß er in der Lehre vom Abschluß und der Wirksamkeit der Staatsverträge die in der neueren Literatur viel verbreitete Theorie akzeptiert, die prinzipiell zwischen einer völkerrechtlichen und einer staatsrechtlichen Gültigkeit unterscheidet. Diese Theorie ist nur unter der Voraussetzung möglich, daß man Völkerrecht und Staatsrecht als zwei voneinander verschiedene, voneinander unabhängige Normsysteme annimmt. Daß diese Theorie dennoch mit monistischen Konstruktionen, sei es mit der Vorstellung von dem Primat des staatlichen Rechts, sei es mit der Lehre vom Primat des Völkerrechts oder gar mit beiden zugleich verbunden wird, dafür liefert gerade *Nippold* ein sehr charakteristisches Beispiel. Er stellt die These auf: „Der Vertrag ist eben vom Standpunkt zweier Rechtsordnungen zu betrachten. Jede stellt selbständig ihre Sätze auf über Voraussetzungen und Wirksamkeit des Vertrages. Die Grundsätze der einen Rechtsordnung können aber für die andere Rechtsordnung nicht unbedingt maßgebend sein“⁽¹⁾. *Nippold* folgt dabei *Tezner*⁵⁴⁷, der ausführt: „Die wechselseitige Unabhängigkeit der Entstehungs- und Endigungsgründe der staatsrechtlichen und der völkerrechtlichen Wirkungen einer Vertragserklärung erklärt sich nur daraus, daß die Voraussetzungen des Entstehens und des Fortbestandes dieser Wirkungen durch zwei verschiedene voneinander unabhängige Rechtsordnungen bestimmt werden“⁽²⁾. Die Konsequenz dieser Auffassung wäre streng genommen die, daß die Frage, ob ein zwischenstaatlicher Vertrag gültig abgeschlossen sei, entweder vom Standpunkt des Völkerrechts oder von dem der einzelstaatlichen Rechtsordnung zu beurteilen ist, und daß eine mögliche Differenz zwischen beiden Beurteilungen den gleichen Sinn hat wie ein Widerspruch zwischen Recht und Moral. Da vom Standpunkt des Völkerrechts die

einen verkehrtreibenden Staat der innere Rechtszustand einfach durch internationale Verhältnisse bedingt ist“ (a. a. O. S. 77, 78).⁵⁴⁵ Das ist, im Grunde genommen, eine vollkommen monistische Konstruktion!

⁽¹⁾ a. a. O. S. 160.⁵⁴⁶

⁽²⁾ Zur Lehre von der Gültigkeit der Staatsverträge, in *Grünhuts* Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, 20. Bd. S. 156.⁵⁴⁸

⁵⁴⁵ *Nippold*, Vertrag (Anm. 375), S. 77, 78 – Hervorhebungen von Kelsen.

⁵⁴⁶ *Nippold*, Vertrag (Anm. 375), S. 160.

⁵⁴⁷ Friedrich Tezner, ursprünglich Tänzerle (1856–1925), Staatsrechtslehrer. Habilitation 1892 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.

⁵⁴⁸ Friedrich Tezner, Zur Lehre von der Gültigkeit der Staatsverträge. (Kritik der Seligmann'schen Theorie), in: [Grünhuts] Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 20 (1893), S. 120–181 (156).

einzelstaatliche Rechtsordnung, von deren Standpunkt aber das Völkerrecht einfach nicht existieren kann, liegt im Grunde gar kein Problem vor. Dieses ergibt sich erst daraus, daß man in völliger Verkennung des entscheidenden normlogischen Prinzips beide Ordnungen doch irgendwie gleichzeitig in Geltung annimmt – man bezeichnet ja beide als *Recht* – und nun vor einem *Widerspruch* steht, wenn nach Völkerrecht andere Normen über den Abschluß eines Staatsvertrages vorliegen als nach den Verfassungen der vertragschließenden Staaten. Wenn die Theorie nun behauptet, die – nur nach Völkerrecht zu beurteilende – völkerrechtliche Gültigkeit sei unabhängig von der – nur nach Staatsrecht zu beurteilenden – staatsrechtlichen, so ist das nicht eigentlich wörtlich zu nehmen. Sieht man näher zu, so zeigt sich, daß die Theorie, auch wenn sie scheinbar nur nach einer bloß *völkerrechtlichen* Gültigkeit fragt, dennoch eine *rechtliche* Gültigkeit *überhaupt* zu finden bestrebt ist, daß sie, wenn die „Völkerrechtslehre“ Gültigkeit trotz entgegenstehender Bestimmungen der einzelstaatlichen Verfassung behauptet, diese letztere irgendwie als ausgeschaltet, verdrängt oder derogiert ansehen muß. Es besteht in diesem Falle zweifellos die Tendenz, der *staatlichen* Rechtsordnung die Kompetenz abzuspochen, die Frage des Abschlusses von Staatsverträgen frei und unabhängig zu regeln. Es ist sehr charakteristisch, daß *Nippold* erklärt: „Der Vertrag existiert *nur* völkerrechtlich und seine Wirkung ist eine *lediglich* völkerrechtliche (nimmt aber doch auch eine „staatsrechtliche Wirksamkeit“ an!). Die Gebundenheit der Staaten läßt sich vom Standpunkt des innerstaatlichen Rechts gar nicht konstruieren und ihre Vertragsrechte und Pflichten reichen gar nicht in die Sphäre des innerstaatlichen Rechtes hinein, sie sind aber⁵⁴⁹ nichts anderes als völkerrechtliche“⁽¹⁾. Auch *Tezner* meint, der Versuch einer Staatsverfassung, etwa den Einfluß des Irrtums seiner völkerrechtlichen Repräsentanten auf die völkerrechtliche Wirksamkeit mit zu regeln, sei ein „Streich ins Wasser“⁽²⁾; „das positive Staatsrecht möge immerhin intendieren, etwas darüber auszusagen, wann ein Vertrag des Staates, für den es gilt, nach *Völkerrecht* gültig abgeschlossen sei. *Richtig* ist die Aussage doch nur in dem Umfange, als sie durch das Völkerrecht akzeptiert wird“⁽³⁾. „Richtig“, das kann wohl nur heißen: *gültig*. Das setzt aber voraus, daß das Völkerrecht als eine über den staatlichen Rechtsordnungen stehende Ordnung diese auch hinsichtlich ihrer sachlichen Kompetenz begrenzt oder doch nur Normen ganz bestimmten Inhalts „akzeptiert“ oder anerkennt. *Tezner* teilt diese Vorstellung von dem Völkerrecht als einem übergeordneten Normensystem, obgleich er die damit unvereinbare

| 176 |¹⁾ a. a. O. S. 96.⁵⁵⁰

²⁾ a. a. O. S. 125.⁵⁵¹

³⁾ a. a. O. S. 141.⁵⁵²

⁵⁴⁹ «aber»] *Nippold*, Vertrag (Anm. 375), S. 96: «eben».

⁵⁵⁰ *Nippold*, Vertrag (Anm. 375), S. 96 – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

⁵⁵¹ *Tezner*, Gültigkeit (Anm. 548), S. 125.

⁵⁵² *Tezner*, Gültigkeit (Anm. 548), S. 141 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

dualistische Konstruktion vertritt. Er sagt ausdrücklich, das Völkerrecht sei „eine über den Staaten sich erhebende Rechtsordnung der zwischen ihnen bestehenden Gemeinschaft“ und er lehnt es ab, „diese Gemeinschaft den Normen der einzelnen Staaten zu unterwerfen, anstatt die Staaten die Normen für ihr rechtliches Verhalten von ihrer Gemeinschaft empfangen zu lassen“⁴⁾. Ja, auch *Tezner* betont, daß die Frage nach dem Zustandekommen eines Staatsvertrages „eine *ausschließlich völkerrechtliche*“⁵⁾ sei! Wozu | dann die Theorie von den *zwei* Rechtsordnungen, die | 177 unabhängig voneinander diese Frage beantworten?

Wenn man unter der Voraussetzung einer dualistischen Konstruktion des Völkerrechts zwischen einer völkerrechtlichen und einer staatsrechtlichen Gültigkeit des Staatsvertrages unterscheidet und die eine unabhängig von der anderen behauptet, muß man den Nachweis einer Völkerrechtsnorm erbringen, die unabhängig von den besonderen Bestimmungen der einzelstaatlichen Verfassungen den Abschluß von Staatsverträgen regelt, insbesondere die Frage beantwortet, wer befugt sei, Staatsverträge abzuschließen. Selbstverständlich kann dieser Nachweis nicht gelingen. Denn wenn sich auch gewohnheitsrechtlich völkerrechtliche Normen gebildet haben mögen, die bestimmte Organe des Staates, z. B. das Staatsoberhaupt zum Abschluß von Staatsverträgen im allgemeinen, oder Truppenbefehlshaber zum Abschluß von Kriegskonventionen delegieren, ohne Rücksicht darauf, ob diese Organe durch die Verfassungen ihres Staates hiezu in der gleichen Weise ermächtigt werden, so beziehen sich diese Völkerrechtssätze doch immer nur auf *Staatsorgane*, das heißt auf Menschen, deren Organqualität wenigstens *überhaupt*, wenn auch nicht nach der bezeichneten Richtung, durch die Verfas-

⁴⁾ a. a. O. S. 123. ⁵⁵³

⁵⁾ a. a. O. S. 123. ⁵⁵⁴ Vgl. auch *Pitamic*, Die parlamentarische Mitwirkung bei Staatsverträgen in Oesterreich, 1915. Dieser vertritt einen dualistischen Standpunkt: „Die Beobachtung rechtlicher Vorgänge vom Standpunkte des Völker- und des Staatsrechtes hat uns gelehrt, daß wir es da mit *zwei verschiedenen, von einander rechtlich vollständig unabhängigen Rechtsordnungen* zu tun haben. Es wäre daher auch unzutreffend anzunehmen, daß die Emanationen des Staatsrechtes, *falls es seine | Kompetenz überschreitet*, von dem Völkerrecht (ebenso umgekehrt) erst derogiert werden | 177 müßten. Maßt sich das eine Rechtsgebiet einen Eingriff in das andere an, so wird es von diesem nicht derogiert, sondern – wie die Praxis beweist – ignoriert“ (a. a. O. S. 53). ⁵⁵⁵ Allein, wie kann das Staatsrecht seine Kompetenz überschreiten, wenn ihm keine Kompetenz vorgeschrieben ist, und von wo anders könnte eine Kompetenzabgrenzung des Staates ausgehen als von einer *über* dem Staate und daher mit der staatlichen Rechtsordnung in einem Einheitsbezug stehenden Völkerrechtsordnung? *Ueberschreitet* der Staat mit Bestimmungen über den Abschluß von Staatsverträgen seine *Kompetenz*, dann müssen diese Bestimmungen *nichtig* sein. Nur dann bedürfen sie keiner Derogierung durch das Völkerrecht, und nur ihre Nichtigkeit könnte der *juristische* Sinn der sonst juristisch nicht bestehenden Kategorie des „Ignorieren“ sein. All dies bedeutete aber, daß *Pitamic* nicht mehr dualistisch, sondern *monistisch* konstruiert!

⁵⁵³ *Tezner*, Giltigkeit (Anm. 548), S. 123.

⁵⁵⁴ *Tezner*, Giltigkeit (Anm. 548), S. 123.

⁵⁵⁵ *Leonidas Pitamic*, Die parlamentarische Mitwirkung bei Staatsverträgen in Österreich, Wien und Leipzig 1915, S. 53 – Hervorhebungen von Kelsen, Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

sung der Einzelstaaten bestimmt wird. Nur an Menschen, die in irgendeiner Beziehung als Organe der einzelstaatlichen Rechtsordnung qualifiziert sind, kann das Völkerrecht anknüpfen, d. h. es kann nicht auf *jede* Delegation der einzelstaatlichen Rechtsordnung verzichten. Immerhin wäre es aber denkbar, daß sich völkerrechtliche Normen bilden, die Menschen, welche von einzelstaatlichen Rechtsordnungen zu bestimmten Organfunktionen ermächtigt sind, unter teilweiser Delegation dieser Ordnungen, zum Abschluß völkerrechtlicher Verträge delegieren, ohne daß dies auch in den einzelstaatlichen Rechtsordnungen geschieht. Setzt man das Völkerrecht als *über* den einzelstaatlichen Rechtsordnungen stehend voraus, dann *muß* man den entgegenstehenden Inhalt der letzteren als aufgehoben annehmen. Vom Standpunkt des Primates einzelstaatlicher Rechtsordnung kann der bezügliche Völkerrechtssatz als vom Staate anerkannt, somit als Bestandteil der staatlichen Verfassung angesehen werden; und ein zuwiderstehender Rechtssatz der staatlichen Verfassung muß entweder nach dem Grundsatz der *lex posterior* als derogiert oder aber – wenn er selbst jünger ist – als nichtig erkannt werden, sofern in der verfassungsmäßigen „Anerkennung“ des völkerrechtlichen Gewohnheitsrechtssatzes die Unmöglichkeit einer anderen Aufhebung als durch Völkerrechtsgewohnheit oder Staatsvertrag mit allen Staaten der Völkergemeinschaft mit anerkannt ist. Ob der Nachweis solcher „Anerkennung“ gelingt, ist *quaestio facti*.

Nippold versucht tatsächlich die Existenz eines von den einzelstaatlichen Verfassungen gänzlich unabhängigen Völkerrechtssatzes zu behaupten, der besagt, *wer* zum Abschluß von Rechtsverträgen befugt sei. Er lehnt ausdrücklich ab, diese Frage aus dem Staatsrecht zu beantworten. Er meint, es sei ein fundamentaler Fehler, eine völkerrechtliche Frage nach dem Staatsrecht entscheiden zu wollen. „Das *Staatsrecht* bestimmt, wer *staatsrechtlich* Verträge schließen kann. Mehr *kann* es gar nicht bestimmen, da es sonst seine *Kompetenz überschreiten* würde“¹⁾. Indes scheint gerade nach *Nippold* der Staatsvertrag eine *völkerrechtliche* Kategorie zu sein und daher das Staatsrecht seine „Kompetenz zu überschreiten“, wenn es überhaupt etwas über den Abschluß von Staatsverträgen bestimmt. *Nippold* fährt nun fort: „Völkerrechtlich lautet die Antwort folgendermaßen: Dasjenige Staatsorgan, welches den Abschluß eines Vertrages *tatsächlich* vornimmt, wird zunächst als zu dieser Vornahme befugt angesehen“²⁾. Das tatsächlich „ratifizierende“ Organ sei völkerrechtlich ermächtigt, eine besondere staatsrechtliche Legitimation dieses Organs sei völkerrechtlich nicht gefordert, „da kein Völkerrechtssatz existiert, der eine besondere Legitimation vorschreibt“³⁾. Die Zulässigkeit dieser

| 178 |¹⁾ a. a. O. S. 115.⁵⁵⁶

²⁾ a. a. O. S. 116.⁵⁵⁷

³⁾ a. a. O. S. 116.⁵⁵⁸

⁵⁵⁶ *Nippold*, Vertrag (Anm. 375), S. 115 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁵⁵⁷ *Nippold*, Vertrag (Anm. 375), S. 116 – Hervorhebung von Kelsen.

⁵⁵⁸ *Nippold*, Vertrag (Anm. 375), S. 116 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

Schlußfolgerung kann bezweifelt werden. *Nippold* selbst gibt sie übrigens sofort wieder auf. Festgestellt sei zunächst nur, daß schon in dieser Formulierung *Nippolds* eine Verweisung des Völkerrechts auf die einzelstaatliche Rechtsordnung, sohin ein Einheitsbezug zwischen beiden und zwar die Konstruktion des Primates des Völkerrechts enthalten ist! Dasjenige „Staatsorgan“ | sei völkerrechtlich befugt, | 179 das usw. Offenbar nicht jeder beliebige Mensch, sondern ein solcher, der *sonst*, d. h. nach anderer Richtung von der einzelstaatlichen Verfassung zu Staatsakten legitimiert ist! Sonst wäre es ja kein *Staatsorgan*. Wäre das Völkerrecht von der staatlichen Rechtsordnung wirklich unabhängig, dann müßte es eben aus seiner eigenen Quelle auch jene Normen produzieren, die dem betreffenden Menschen die Organqualität verleihen, kurz es müßten ohne Verweisung unmittelbar aus seiner eigenen Ursprungsnorm die einzelstaatlichen Rechtsordnungen abgeleitet werden können. Was natürlich gänzlich ausgeschlossen ist. Indes verläßt *Nippold* die eben behauptete Position sehr bald und gelangt zu einer Konstruktion, die entweder die volle Rückkehr zu seiner ursprünglichen Voraussetzung des Primates des Staatsrechtes ist oder dahin gedeutet werden muß, daß in der Frage des Abschlusses der Staatsverträge das *übergeordnete* Völkerrecht bedingungslos die einzelstaatliche Rechtsordnung delegiere. Damit läßt er aber zugleich seine ganze Unterscheidung zwischen staatsrechtlicher und völkerrechtlicher Gültigkeit fallen. Er untersucht die Frage, welche Konsequenz es habe, wenn ein zwar irgendwie durch den Monarchen ratifizierter Staatsvertrag nicht jene Genehmigung – etwa durch das Parlament – erhält, die nach der Verfassung des betreffenden Staates erforderlich ist. Man sollte die Antwort erwarten: der Vertrag ist völkerrechtlich gültig, aber staatsrechtlich ungültig. Solch ein Satz wäre von derselben rechtslogischen Qualität, wie etwa der, etwas sei Recht und Unrecht zugleich; es ist im Gebiete juristischer Erkenntnis die Aufhebung des Satzes der Identität, die Proklamierung des Grundsatzes: $a = \text{non } a$. Vor dieser von vielen Theoretikern aus der Lehre von der doppelten Gültigkeit des Staatsvertrags ungescheut gezogenen Konsequenz schreckt jedoch gerade *Nippold* zurück. Er meint, „daß ein solcher Mangel selbstverständlich (!) auch völkerrechtlich in Betracht fallen muß. Die Perfektion des Vertrages läßt sich nicht trennen, entweder ist ein gültiger Vertrag zustandekommen oder er ist es nicht – wenn man das Wort ‚Gültigkeit‘ in diesem Sinne versteht, läßt sich die Gültigkeit allerdings nicht spalten“¹⁾. *Nippold* zitiert hier zustimmend das Wort *Ungers*⁵⁶⁰ – ein wirklich erlösendes Wort in der furchtbar

¹⁾ a. a. O. S. 143. ⁵⁵⁹

| 179

⁵⁵⁹ *Nippold*, Vertrag (Anm. 375), S. 143 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen, Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

⁵⁶⁰ Joseph Unger (1828–1913), Privatrechtslehrer, Politiker (Verfassungspartei der Altliberalen) und Reichsgerichtspräsident. 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 (k. u. k.) Reichsgerichts. Gemeinsam mit Julius Glaser (1831–1885) begann er 1860 mit der Herausgabe der „Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k. k.

verfahrenen Lehre vom Abschluß der Staatsverträge – „daß ein solcher Vertrag, wenn er mangels der (verfassungsrechtlich geforderten) Zustimmung (des Parlaments) ungültig ist, nicht bloß staatsrechtlich, sondern auch völkerrechtlich ungültig ist, daß er nach allen Seiten hin nichtig ist, weil nach meiner Ueberzeugung die Gültigkeit sich | nicht spalten läßt und man unmöglich bei einem Vertrag unterscheiden kann, ob er nach außen gültig und nach innen ungültig, oder umgekehrt nach außen ungültig und nach innen gültig ist“¹⁾. Das ist nichts anderes als der Durchbruch des Gedankens der *Einheit* des Rechts und der Einheit der juristischen Erkenntnis. – Es ist interessant, zu beobachten, wie sich bei *Nippold* die Rechtswahrheit gegen die von ihm selbst aufgerichteten Hindernisse sieghaft durchsetzt. Nachdem er mit nicht zu überbietender Schärfe die Unabhängigkeit und Selbständigkeit des Völkerrechts von der staatlichen Rechtsordnung betont hat, erklärt er nun, daß „ein staatsrechtlicher Mangel, der die Perfektion des Vertrags betrifft, allerdings völkerrechtlich ins Gewicht fallen“ müsse.⁵⁶² Der Grund hievon sei jedoch nicht der, daß den betreffenden Verfassungsbestimmungen „an und für sich“ auch völkerrechtliche Verbindlichkeit zukäme; „er liegt einfach in dem Mangel eines wirklichen Staatswillens“²⁾. Und nun entwickelt er die Anschauung, daß sich der Staatswille nur nach den Normen der einzelstaatlichen Verfassung bilden könne. „Wo die Verfassung den Staatswillen sich unter Beteiligung mehrerer Staatsorgane bilden läßt, müssen diese Organe zusammenwirken, um den Staatswillen zu erzeugen. Sonst entsteht kein Vertrag, keine Wirkung für den betreffenden Staat. Es kommt solchenfalls durch Erklärung *eines* Organs kein Vertrag zustande, weder vom völkerrechtlichen, noch vom staatsrechtlichen Standpunkte aus“³⁾. Das ist aber nur möglich, wenn das Völkerrecht als Bestandteil staatlicher Rechtsordnung, als äußeres Staatsrecht, aufgefaßt wird, oder wenn man die einzelstaatliche Ordnung insbesondere auch hinsichtlich der Frage nach dem Abschluß von Staatsverträgen durch das höhere Völkerrecht delegieren läßt. Kurz: bei *monistischer* Konstruktion. Vielleicht ist es – um den Zustand der Rechtswis-

| 180 |¹⁾ *Grünhuts* Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, 6. Bd., S. 349.⁵⁶¹

²⁾ a. a. O. S. 144.⁵⁶³

³⁾ a. a. O. S. 144f.⁵⁶⁴

Obersten Gerichtshofes“ (Wien 1859–1901, N.F. 1900–1919). Er gilt als Systematiker des österreichischen Privatrechts. Wichtige Werke: *Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung*, Wien 1850; *System des österreichischen allgemeinen Privatrechtes*, 2 Bde., Leipzig 1856 und 1859 (5. Aufl., Leipzig 1892).

⁵⁶¹ *Joseph Unger*, Ueber die Gültigkeit von Staatsverträgen, in: [Grünhuts] *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* 6 (1879), S. 349–356 – der Sache nach findet sich die Aussage auf S. 355, das Zitat ist in dem in Bezug genommenen Beitrag Ungers indes n. e.

⁵⁶² *Nippold*, Vertrag (Anm. 375), S. 143f.

⁵⁶³ *Nippold*, Vertrag (Anm. 375), S. 143f. – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁵⁶⁴ *Nippold*, Vertrag (Anm. 375), S. 144f. – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

senschaft zu charakterisieren – nicht ganz überflüssig, anzumerken, daß *Nippold*, nachdem er vom Primat der staatlichen Rechtsordnung ausgegangen ist, dann zu einer dualistischen Konstruktion gegriffen hat, schließlich auch die Annahme eines Primates des Völkerrechtes *ausdrücklich* bekennt – freilich ohne sich im geringsten des prinzipiellen Widerspruchs bewußt zu werden. Er sagt wörtlich: „Der völkerrechtliche Standpunkt ist gewissermaßen (!) ein höherer, allgemeinerer, von dem aus man viele Staaten sieht ...“⁴⁾.

| Auch *Tezner* läßt schließlich die einzelstaatliche Verfassung darüber entscheiden, wie ein Staatsvertrag gültig abgeschlossen werde. Damit eine staatliche Willenserklärung zustandekomme, müssen die Erfordernisse der Verfassung beobachtet werden. „Die Verletzung der diese Erfordernisse bestimmenden Vorschriften wird als Verletzung der Verfassung reprobirt. Die verfassungswidrig abgegebenen Erklärungen sind *unbedingt nichtig, d. h. sie sind keine Willenserklärungen des Staates*; der Effekt ist derselbe, als ob sie gar nicht gegeben worden wären, sie wiegen soviel als die Willenserklärung eines Privatmanns ...“¹⁾. Das aber ist der Standpunkt eines Primates der staatlichen Rechtsordnung, sofern eben *Tezner* darauf verzichtet, die bezüglichlichen Verfassungsbestimmungen als durch das Völkerrecht delegiert zu erkennen. Und so hat auch *Tezner* den Weg über alle drei einander ausschließenden Hypothesen betreffend das Verhältnis von staatlichem Recht und Völkerrecht zurückgelegt²⁾.

⁴⁾ a. a. O. S. 164.⁵⁶⁵

| ¹⁾ a. a. O. S. 168.⁵⁶⁶

²⁾ In einer Polemik gegen die auf meine Lehre vom Rechtssatz aufgebaute Konstruktion *Verdross'* bemerkt *Tezner* (Die Lehre von der Gültigkeit der Staatsverträge, Zeitschrift für Politik, 9. Bd. S. 562f.):⁵⁶⁷ „Die Lehre *Kelsens* von dem in logischen Syllogismen eingeschlossenen und von diesem einzigen Punkte aus zu erklärenden Normen- oder Gesetzesstaat ... übersieht, daß formale Logik und praktisches Bedürfnis in unversöhnlichem Kampf miteinander liegen und daß kraft dieses Gegensatzes das positive Recht voll ist von Dogmen, Abstraktionen, Imaginationen, Fiktionen, Phantasiegebilden, Janusgesichtern, die dem Versuch einer logisch tadellosen Synthese spotten. Im positiven Rechte kann etwas zugleich A und non A, Recht und Unrecht sein, wenn auch von verschiedenen Seiten betrachtet.“ Ich habe darauf lediglich zu erwidern: Ich habe niemals versucht, den Staat in logische Syllogismen einzuschließen. Der Syllogismus gehört zur Technik der Interpretation, mit der sich meine Theorie bisher gar nicht beschäftigt hat. Wohl aber fasse ich den Staat als Normen-, d. i. als Rechtsstaat auf, weil eine andere Auffassung – zumindest vom juristischen Standpunkte – mit der durch die juristische Betrachtung gegebenen Voraussetzung unvereinbar ist. „Juristisch“ kann man nur Recht – und sonst *nichts* – erkennen. Dann aber leugne ich, daß praktisches Bedürfnis und formale Logik miteinander im Kampfe liegen können. Logik ist die Sphäre des Denkens, praktisches Bedürfnis das Gebiet des Wollens und Handelns. Wer unlogisch denkt, dürfte kaum seine Bedürfnisse praktisch befriedigen können. Schließlich: Von Dogmen, Abstraktionen, Imaginationen, Fiktionen, Phantasiegebilden, Janusgesichtern ist nicht das Recht – dieses ist eine Summe von Normen menschlichen Verhaltens – sondern ist die

⁵⁶⁵ *Nippold*, Vertrag (Anm. 375), S. 164 – Klammerausdruck von *Kelsen* eingefügt.

⁵⁶⁶ *Tezner*, Gültigkeit (Anm. 548), S. 168 – Hervorhebungen des Autors von *Kelsen* teilweise nicht übernommen.

⁵⁶⁷ *Friedrich Tezner*, Zur Lehre von der Gültigkeit der Staatsverträge, in: Zeitschrift für Politik 9 (1916), S. 556–564 (562f.).

|182 |Beinahe überflüssig ist es, hervorzuheben, daß zur Theorie einer doppelten Gültigkeit des Staatsvertrages auch dann kein Anlaß ist, wenn etwa eine Verfassung ausdrücklich ein bestimmtes Organ allein zum gültigen Abschluß von Staatsverträgen ermächtigt und dabei die Zustimmung anderer Organe fordert, ohne jedoch diese Zustimmung zur Bedingung der Gültigkeit zu machen. Solch eine Zustimmung – etwa des Parlamentes zur Ratifikation durch den Chef der Exekutive – kann verfassungstechnisch als *lex imperfecta* oder in der Weise angeordnet sein, daß die Unterlassung ihrer Einholung mit Straffolgen für ein hierfür verantwortliches Organ – etwa die die Ratifikation kontrasignierenden Minister – verbunden ist. Hier ist der ohne Zustimmung der Parlamente ratifizierte Vertrag – ebenso nach außen wie nach innen – gültig. Eine von der Gültigkeit des Vertrages gänzlich verschiedene Frage ist die nach den Unrechtsfolgen der Unterlassung¹⁾. Irgendein *Widerspruch* innerhalb der Rechtsordnung liegt nicht vor, ebensowenig wie bei einem gültigen, aber mit Strafe bedrohten Privatrechtsgeschäft. Der „Staat“ will: d. h. es soll – unter ganz bestimmten Bedingungen, nämlich im Falle eines verbotenen Rechtsgeschäftes zwischen A und B – der A oder B bestraft und im Nichtleistungsfalle gegen den B oder den A exequiert werden. Ein Widerspruch läge nur vor, wenn unter derselben Bedingung der A gestraft und zugleich *nicht* gestraft, gegen den B exequiert und zugleich nicht exequiert werden sollte.

§ 42. Das Völkerrecht als „gemeinsames“ Recht.

Die den Primat der einzelstaatlichen Rechtsordnung voraussetzende Theorie von der staatlichen Selbstverpflichtung oder dem Willen des Einzelstaates als Geltungsgrund des Völkerrechts muß – soferne man sie auf eine Vielheit von Staaten anwenden will – *zunächst* zu der Position führen, daß Völkerrecht das mehreren Staaten *gemeinsame*, für jeden Staat durch seinen eigenen Willen geschaffene äußere Staatsrecht sei. Schon *Fricker* hat dies als die Konsequenz der auf der Selbstverpflichtungstheorie fußenden Konstruktion *Bergbohms* aufgezeigt. „Das Völkerrecht muß ein gemeinsames Recht, dieses aber der eigene Wille jedes unter ihm stehenden Staates sein. In dem Erfordernis der Gemeinsamkeit wird der Begriff des

|183 |Völkerrechtes festzuhalten gesucht, in dem Erfordernis des eigenen Willens des Subjektes wird der Unmöglichkeit, einen über den souveränen Staaten herrschen-

Rechtswissenschaft voll, die – ebenso wie die primitive Naturbetrachtung – in dem Bestreben, den Erkenntnisstoff zu meistern, gedanklich zu beherrschen, zu einem Gefangenen der eigenen Denkbefehle wird und in der von ihr selbst angerichteten Wirrnis nicht mehr aus noch ein weiß. Oder

|182 |bedarf es noch einer deutlicheren Bankerotterklärung dieser Rechtswissenschaft, als jener, die in dem Zugeständnis liegt, im Bereiche ihrer Erkenntnis gelte der Satz, daß etwas zugleich A und non A sein könne?

¹⁾ Vgl. dazu *Liszt* a. a. O. S. 162.⁵⁶⁸

⁵⁶⁸ *Liszt*, Völkerrecht (Anm. 523), S. 162.

den Willen zu konstruieren, Rechnung getragen⁴¹). Vom Standpunkt der Selbstverpflichtungstheorie ist die Gemeinsamkeit ein reiner Zufall, denn keine rechtliche Notwendigkeit führt sie herbei. Die Staaten, von denen jeder nach dieser Theorie nur seinem eigenen Willen unterworfen ist, können sich ja nicht *gegenseitig* verpflichten. Es müssen außerrechtliche Tatsachen sein – juristisch irrelevante Vorgänge – die dazu führen, daß mehrere Staaten ihrem äußeren Staatsrecht den gleichen oder einen korrespondierenden Inhalt geben. Es bedeutet einfach einen Widerspruch zu der von ihm akzeptierten Selbstverpflichtungstheorie, wenn *Jellinek* – nachdem er erklärt hat, daß der Staat nur durch sich selbst verpflichtet werden kann – gegen die mit der Selbstverpflichtungslehre untrennbar verbundene, ja mit ihr identische Konstruktion des Völkerrechtes als äußeres Staatsrecht polemisiert und zu einem „objektiven“ Völkerrecht zu gelangen versucht, indem er sich zu beweisen bemüht, „daß der eigene Wille des Staates *für den andern* Recht zu schaffen“²⁾ imstande sei. Er beruft sich dabei auf die seltsame Behauptung: „Zum Rechtssubjekt kann ein Individuum mir gegenüber nur durch meinen Willen erhoben werden, nur dadurch, daß ich meinen Willen als durch den andern beschränkbar anerkenne“³⁾. Ein solcher Individualismus müßte jede Rechtsordnung unmöglich machen. Die *Rechtsordnung* berechtigt und verpflichtet; sie „anerkennt“, „verleiht“ – wie man sich auszudrücken pflegt – solcher Art die Rechtspersönlichkeit: ganz ebenso wie die Rechtsordnung und nicht das Rechtsgeschäft verpflichtet und berechtigt, wie ein ungenauer Sprachgebrauch allerdings nicht selten behauptet. *Jellinek* meint, die Staaten würden dadurch zu Rechtssubjekten, daß sie sich *gegenseitig* | anerkennen. Allerdings: „Der Staat *muß* den andern als |184
Rechtssubjekt anerkennen ... Der Staatswille ist hier gebunden an die *objektive*
Natur der Staatenbeziehungen ... Und hiemit ist uns der Fingerzeig gegeben, wie
trotz der einseitigen Schöpfung des Völkerrechts durch die Einzelstaaten ein ge-

¹⁾ Noch einmal das Problem des Völkerrechts, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 34 (1878) S. 377.⁵⁶⁹ Man beachte den offenbar unbeabsichtigten, aber unvermeidlichen Widerspruch in dieser Darstellung: jeder Staat steht „unter“ dem Völkerrecht und: es ist unmöglich, einen „über den souveränen Staaten herrschenden Willen zu konstruieren“. *Fricker* fügt sehr treffend hinzu: „Ich glaube, daß dieser Versuch nicht gelungen ist und nicht gelingen kann. Ich halte es nicht für möglich, folgendem Dilemma zu entinnen: entweder stehen die Einzelstaatswillen über dem gemeinsamen Willen, d. h. es löst sich dieser als ein besonderer objektiver Wille von den Einzelwillen überhaupt nicht ab, – dann ist ein objektives Völkerrecht nicht zu gewinnen, oder der gemeinsame Wille steht, einmal geworden, mit eigener objektiver Autorität über den Einzelstaatswillen, – dann ergibt sich zwar ein Völkerrecht, aber dasselbe ist ein von dem eigenen Willen des Staates unterschiedener besonderer Wille.“⁵⁷⁰

²⁾ Staatenverträge. S. 47.⁵⁷¹

³⁾ a. a. O. S. 7.⁵⁷²

⁵⁶⁹ *Carl Victor Fricker*, Noch einmal das Problem des Völkerrechts, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 34 (1878), S. 368–405 (377).

⁵⁷⁰ *Fricker*, Problem 2 (Anm. 569), S. 377.

⁵⁷¹ *G. Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 516), S. 47 – Hervorhebung von Kelsen.

⁵⁷² *G. Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 516), S. 47.

meinsames, und zwar nicht nur zufällig gemeinsames Recht erzeugt wird⁽¹⁾. Hier geht *Jellinek* allmählich vom Primat der staatlichen Rechtsordnung zur Vorstellung eines objektiven, von dem Willen der Einzelstaaten unabhängigen und darum verschiedenen Völkerrechts über. Der Staat *muß* den andern anerkennen. Ist das *rechtlicher Zwang*? Und wie steht es mit den Normen über die Entstehung und Endigung von Staatenverträgen? Darauf gibt *Jellinek* eine noch viel deutlichere Antwort: „Es sind vielmehr ganz selbständige Rechtssätze, welche die Staatenverträge regeln. Es sind die *objektiven Momente* des Staatsvertrages und deren *logische Konsequenzen*, welche von den in Vertragsverhältnissen stehenden Staaten vermöge der Tatsache, daß sie miteinander kontrahiert haben, anerkannt werden“⁽²⁾. Das ist nichts anderes als ein die Staaten – auch gegen ihren „Willen“ – *zwingendes*, über ihnen stehendes Völkerrecht! Und diese Vorstellung bricht noch deutlicher durch, wenn *Jellinek* die Frage, ob der neu entstandene Staat auch ohne seine Zustimmung an das durch Vereinbarung der *anderen* entstandene Völkerrecht gebunden sei, mit folgender Begründung bejahen zu müssen glaubt: „denn was einmal als gemeinsame Rechtsüberzeugung ausgesprochen ist, tritt nun allen Mitgliedern der Staatengemeinschaft als gültige Norm *entgegen*, von welcher der Rücktritt nicht gestattet ist und *auch alle künftigen Mitglieder bindet*“⁽³⁾. Und es ist der gleiche Widerspruch, wenn *Nippold*, der zuerst erklärt hat: „Der Staat schafft also Völkerrecht in derselben Weise, wie er das⁵⁷⁶ Recht schafft“,⁵⁷⁷ dann aber einschränkt: „Ein Staat kann wohl Privatrecht oder Staatsrecht schaffen, aber niemals Völkerrecht ... Die Völkerrechtsnorm ist die *gemeinsame Norm mehrerer Staaten*.“ „Jeder von ihnen bindet *sich selbst* und erklärt dies den anderen Staaten gegenüber“; und schließlich erklärt: „Der Wille des Einzelstaates wird notwendig *ergänzt* durch den der anderen Staaten; sie verpflichten sich *gegenseitig* und berechtigen sich *gegenseitig* zu etwas“⁽⁴⁾. Gegenseitig, das heißt: einer den anderen, der Wille des einen ist bindend für den Willen des andern. Die *Selbstverpflichtung* wird zur *Fremdverpflichtung*.

| 184 |¹⁾ a. a. O. S. 48.⁵⁷³

²⁾ a. a. O. S. 51.⁵⁷⁴

³⁾ System, S. 324.⁵⁷⁵

⁴⁾ a. a. O. S. 24, 68.⁵⁷⁸

⁵⁷³ G. *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 516), S. 48 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

⁵⁷⁴ G. *Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 516), S. 51 – Hervorhebungen von Kelsen.

⁵⁷⁵ G. *Jellinek*, System (Anm. 37), S. 324 – Hervorhebungen von Kelsen.

⁵⁷⁶ «das»] *Nippold*, Vertrag (Anm. 375), S. 22: «alles».

⁵⁷⁷ *Nippold*, Vertrag (Anm. 375), S. 22.

⁵⁷⁸ Drei Zitate: *Nippold*, Vertrag (Anm. 375), S. 24, 68 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

|Ein anderer Anhänger der *Jellinekschen* Selbstverpflichtungstheorie, *Schoen*⁵⁷⁹ ¹⁾, verfällt in den gleichen Widerspruch. Auch er lehnt die Auffassung des Völkerrechts als äußeres Staatsrecht ab und stützt sich dabei auf die Annahme, das Völkerrecht sei „gemeinsames Recht“. „Ein Recht aber, das nicht durch den Willen eines einzelnen Staates entsteht, sondern nur durch übereinstimmenden Willen mehrerer Staaten existent wird, und nur solange existiert, als es durch den Willen mehrerer Staaten getragen wird, ist etwas anderes als das äußere Staatsrecht, das ganz zur Disposition des einzelnen Staates steht“²⁾. Danach sollte man meinen, daß das Völkerrecht *nicht* zur Disposition des einzelnen Staates steht. Allein *Schoen* steht auf dem Standpunkte: „Das Völkerrecht gilt für den einzelnen Staat also lediglich vermöge seines Willens. Es beruht auf der Verpflichtung des einzelnen Staates durch sich selbst“³⁾. *Schoen* zögert nicht, zu behaupten, daß der einzelne Staat sich einseitig von dieser Verpflichtung befreien könne, wenn sie mit seinem Interesse kollidiert. Wie soll dann aber das Völkerrecht „existieren“, wenn es nicht „gilt“? Sollte es für andere Staaten „existieren“, ohne für den eigenen Staat zu „gelten“? *Schoen* fährt in dem zuerst zitierten Gedankengang fort: „Es erscheint diesem wie allem einseitig von den einzelnen Staaten geschaffenen Recht gegenüber als ein *Recht höherer Ordnung*; nicht allerdings in dem mit diesem Ausdruck gewöhnlich verbundenen Sinne, als ob es aus einer höheren Rechtsquelle flösse, als dies⁵⁸³ einseitig vom einzelnen Staate geschaffene Recht – auch seine Quelle ist der Wille der Staaten – wohl aber insoferne, als es, auf dem Willen mehrerer Staaten beruhend, eine mehrere Staaten *wechselseitig* verpflichtende Ordnung ist, während alles aus dem Willen des einzelnen Staates entspringende Recht nur eine Lebensordnung für ihn und die seiner Gewalt Unterworfenen sein, *nicht aber andere Staaten ihm gegenüber verpflichten kann*“⁴⁾. Quelle, d. h. Geltungsgrund des Völ-

¹⁾ Zur Lehre von den Grundlagen des Völkerrechts. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, VIII. Bd. S. 287 ff.⁵⁸⁰ | 185

²⁾ a. a. O. S. 307.⁵⁸¹

³⁾ a. a. O. S. 301.⁵⁸²

⁴⁾ a. a. O. S. 307.⁵⁸⁴

⁵⁷⁹ Paul (Otto) Schoen (1867–1941), Staats-, Völker- und Kirchenrechtslehrer. 1894 Habilitation in Königsberg, ab 1896 a. o. Prof. in Jena, ab 1900 o. Prof. ebendort, ab 1900 o. Prof. für Staats-, Verwaltungs-, Völker- und Kirchenrecht in Göttingen. Wichtige Werke: Das evangelische Kirchenrecht in Preußen, 2 Bde., Berlin 1903–1910; Das kaiserliche Standeserhöhungsrecht, Berlin 1905; Die völkerrechtliche Haftung des Staates aus unerlaubten Handlungen, Breslau 1917.

⁵⁸⁰ Paul Schoen, Zur Lehre von den Grundlagen des Völkerrechts, in: Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie mit besonderer Berücksichtigung der Gesetzgebungsfragen 8 (1914/1915), S. 287–321.

⁵⁸¹ Schoen, Grundlagen (Anm. 580), S. 307 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁵⁸² Schoen, Grundlagen (Anm. 580), S. 301.

⁵⁸³ «dies»] Schoen, Grundlagen (Anm. 580), S. 307: «das».

⁵⁸⁴ Schoen, Grundlagen (Anm. 580), S. 307 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

kerrechts ist *für den Staat* dessen Wille, also dieselbe Quelle wie die des staatlichen Rechts. Der Wille des Staates kann nur sich selbst verpflichten. Aber: Quelle des Völkerrechts ist der Wille der *Staaten* – also offenbar etwas vom Willen des *Staates* verschiedenes, und dieses Völkerrecht verpflichtet die Staaten *wechselseitig!* Schoen erklärt in demselben Satze, daß jeder Völkerrechtssatz „für jeden Staat nur kraft seines eigenen Willens gilt“, aber | „auf dem übereinstimmenden Willen mehrerer oder aller Staaten *beruht*“. Es ist der gleiche Gedankengang wie bei *Triepel*,⁵⁸⁵ wenn *Schoen* ausführt: „Beruht der⁵⁸⁶ Völkerrechtssatz nun aber, wenngleich er für jeden Staat nur kraft seines eigenen Willens gilt, doch stets auf dem übereinstimmenden Willen mehrerer oder aller Staaten, so kann man auch sagen, daß im Völkerrechtssatze dem einzelnen ihn anerkennenden Staate nicht nur sein Wille, sondern auch der Wille anderer Staaten entgegentritt; denn nicht nur er will den Satz für sich gelten lassen, auch die anderen Staaten wollen, daß er für und gegen ihn gelte“⁽¹⁾. Allein dieser Wille der anderen Staaten ist für den eigenen Staat irrelevant, ja er existiert für ihn im Grunde gar nicht! Für die „Wechselseitigkeit“ fehlt jeder Grund. *Schoen* wird aber – geradeso wie *Jellinek*⁵⁸⁸ und *Nippold*⁵⁸⁹ – schließlich doch zur Annahme einer objektiven Völkerrechtsordnung über den Staaten gedrängt. Er polemisiert zwar gegen *Jellineks* Inkonsequenz, den neuentstandenen Staat auch ohne eigene Zustimmung an das Völkerrecht für gebunden zu erklären und meint: „Nur mit seiner Zustimmung wird der Neustaat an die von ihm vorgefundenen völkerrechtlichen Normen gebunden, jene liegt in dem Nachsuchen der Anerkennung“⁽²⁾. Darin liegt natürlich eine offenkundige *Fiktion*. Denn ob der Staat – indem er andere ersucht, *ihn* anzuerkennen, seinerseits das Völkerrecht anerkenne, ist höchst zweifelhaft, ja, wenn die Rechtsordnung das um Anerkennung nachsuchende Organ hiezu nicht ermächtigt, sogar unmöglich. Auch wäre denkbar, daß der „Staat“ zwar anerkannt zu sein wünscht, sich selbst aber nicht für gebunden erachtet usw. Allein ganz abgesehen davon: *Schoen* erklärt, es gäbe völkerrechtliche Normen, von denen sich „der einzelne Staat *rechtlich* gar nicht lossagen *kann*, solange er überhaupt Mitglied der Völkerrechtsgemeinschaft bleiben will. Es handelt sich hier wiederum um jene Sätze, die von allen Staaten als *notwendig* allgemein geltend angesehen werden. Ein Staat, der erklären wollte, daß er ... den Satz ‚pacta sunt servanda‘ nicht mehr anerkennt, würde sich ... rechtlich außerhalb der Völkergemeinschaft stellen“⁽³⁾. Gewiß vermeidet *Schoen* durch diese

| 186 |¹⁾ a. a. O. S. 307.⁵⁸⁷

²⁾ a. a. O. S. 300.⁵⁹⁰

³⁾ a. a. O. S. 303.⁵⁹¹

⁵⁸⁵ Vgl. *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 31f.

⁵⁸⁶ «der»] *Schoen*, Grundlagen (Anm. 580), S. 307: «jeder».

⁵⁸⁷ *Schoen*, Grundlagen (Anm. 580), S. 307.

⁵⁸⁸ Vgl. *G. Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 516), S. 48.

⁵⁸⁹ Vgl. oben S. 432–434, 444.

⁵⁹⁰ *Schoen*, Grundlagen (Anm. 580), S. 300 Anm. 18.

⁵⁹¹ *Schoen*, Grundlagen (Anm. 580), S. 303 – Hervorhebungen von Kelsen.

Formulierung den direkten Widerspruch: Das Völkerrecht gilt für den Staat nur, weil und sofern er will, aber der Staat kann sich der Geltung dieses Rechtes *für ihn* nicht entziehen. Allein *Schoen* entgeht diesem Widerspruch nur scheinbar, indem er behauptet, das Völkerrecht gelte zwar nicht für den seine Anerkennung | verweigernden Staat, aber es gelte doch trotz dieses Mangels der Anerkennung | 187 und ohne diese an und für sich oder doch für die anderen Staaten. Die gleichzeitige Geltung des Völkerrechts *neben* der Rechtsordnung des das Völkerrecht nicht anerkennenden Staates – diese Vorstellung steckt im Grunde schon in dem vom Neustaate „vorgefundenen“ und von ihm nicht zu „schaffenden“, sondern bloß anzuerkennenden Völkerrecht, einem *Recht*, unabhängig von der staatlichen Rechtsordnung – ist ein unvollziehbarer Begriff. Ein solcher Dualismus widerspricht nicht nur der alle rechtswissenschaftliche Erkenntnis ermöglichenden Einheit des Betrachtungsstandpunkts, sondern vor allem auch der besonderen Art und Weise, in der diese Einheit in der Anerkennungs- und Selbstverpflichtungstheorie sich realisieren will: dem Primat der staatlichen Rechtsordnung.

§ 43. Die Ausschließlichkeit der Souveränität.

Hier gelangt die den Primat der staatlichen Rechtsordnung begründende Selbstverpflichtungs- und Anerkennungstheorie an einen kritischen Punkt. Die *zufällige Gemeinsamkeit* scheint offenbar nicht zu genügen, um den eigentlichen Sinn des Völkerrechts – soferne man es nicht überhaupt zu leugnen entschlossen ist – zu erfassen. Und die „gegenseitige“ Verpflichtung der Staaten, an die⁵⁹² man offenbar um des Wesens der *völkerrechtlichen* Verpflichtung willen festhält, gerät – bei näherem Zusehen – mit der das Souveränitätsdogma zu wahren bestimmten, staatsrechtlichen Konstruktion des Völkerrechts nicht weniger in Konflikt als die Theorie einer „gegenseitigen“ Anerkennung der Staaten. Die letztere ist aber zur Erhaltung einer Vorstellung unvermeidlich, die ausnahmslos als die Voraussetzung jedes Völkerrechts angesehen wird: *die Koexistenz einer Vielheit gleichgeordneter, gleichberechtigter Staaten*. Denn wenn die Geltung des Völkerrechtes auf die „Anerkennung“ des eigenen, selbst als *höchste* Ordnung vorausgesetzten, auf den Willen des nur durch sich selbst verpflichtbaren, *souveränen* Staates gegründet wird, wenn somit die Völkerrechtsordnung nur als von der eigenen staatlichen Rechtsordnung delegiert, als Bestandteil dieser *eigenen* staatlichen Rechtsordnung zu begreifen ist, dann kann auch ein *anderer* Staat, eine andere staatliche Rechtsordnung nur insoweit erfaßt werden, als sie von der eigenen staatlichen Rechtsordnung delegiert, als der andere Staat vom eigenen, den Ausgangspunkt der juristischen Konstruktion bildenden Staate „anerkannt“ ist. | Das heißt aber, daß die | 188 andere staatliche Rechtsordnung nur insoweit juristisch existent ist, als sie – weil delegiert – als Teilordnung der eigenen, sie mit umfassenden, weil souveränen staatlichen Ordnung vorgestellt wird. Das bedeutet aber, daß als *souverän* nur die

⁵⁹² «die»] recte: «der».

eigene, also eine *einzig*e Rechtsordnung erkannt werden kann. Und da als das Wesen der Staatsordnung gerade vom Standpunkt dieser Anschauungsweise des Primats der *einzelstaatlichen*, richtiger: *eigenstaatlichen* Rechtsordnung die Souveränität gelten muß, kann eine andere Rechtsordnung, ein anderes Gemeinwesen als das eigene, d. h. als dasjenige, von dem die juristische Erkenntnis ausgeht, nicht eigentlich als „Staat“ angesprochen werden. Der „andere“ Staat kann, weil nur auf Anerkennung oder Delegation des „eigenen“ beruhend, nicht als „höchste“, weil nur als eine aus der eigenen Staatsordnung ableitbare Ordnung gelten. Die aller Erkenntnis und so auch der juristischen innewohnende Tendenz zur Einheit überwindet in der Hypothese, die als der Primat der einzelstaatlichen Rechtsordnung bezeichnet wurde, die – vorerst gegebene – Vielheit der Rechtsordnungen oder Staaten in der Weise, daß sie die eigene staatliche Rechtsordnung über die anderen ausdehnt und so – formell, wenn auch nicht materiell – zu einer Universalordnung gestaltet. Das ist unzweifelhaft der letzte Sinn *jeder* juristischen Erkenntnis, *jeder* diese Erkenntnis begründenden, ermöglichenden Hypothese. Und darum muß auch die Konstruktion des Primates staatlicher Rechtsordnung als eine echte juristische Hypothese gelten. Wenn sie als Voraussetzung wie als Ergebnis die Vorstellung eines einzigen *Staates* hat, so bedeutet dies zunächst nichts anderes als dies: daß sie, wie jede juristische Erkenntnis, schließlich und endlich nur eine *einzig*e Rechtsordnung anerkennen, d. h. erkennen kann. Und wenn sie zeigt, daß die *Souveränität* des einen Staates unvereinbar ist mit der Souveränität eines anderen¹⁾, und – sofern | Souveränität das Wesensmerkmal des Staates ist – neben der

|188 |¹⁾ *Nelson*, Die Rechtswissenschaft ohne Recht, 1917: „Die Souveränität des einen Staates schließt unmittelbar die der anderen aus“ (a. a. O. S. 60).⁵⁹³ Zu diesem richtigen Resultate kommt *Nelson* nur dadurch, daß er – noch ganz in eine anthropomorphistische Staatsvorstellung verstrickt – Souveränität mit „Unbeschränkbarkeit“ der Staatsgewalt identifiziert. Diese von der herrschenden Jurisprudenz übernommene Staatsvorstellung läßt die in ihrem kritischen Teile vorzügliche Arbeit *Nelsons* nicht zu dem eigentlichen Problemerkern, zur Erfassung der normlogischen Beziehung zwischen Staats- und Völkerrecht gelangen, deren wissenschaftliche Erhellung er sich zur Aufgabe gemacht hat. Wenn *Nelson* auch die Unvereinbarkeit der Staatssouveränität mit jedem Begriff des Völkerrechts behauptet, so versucht er dies aus der Existenz von „Rechten“ zwischen den Staaten abzuleiten. Das Recht des einen Staates schränke die Souveränität des andern zur Anerkennung dieses Rechtes verbundenen Staates ein. *Nelson* meint, „daß eine Beschränkung der Souveränität ihrer Vernichtung gleichkommt“.⁵⁹⁴ Daß in der „Unbeschränkbarkeit“ nicht das Wesen der Souveränität liege, wurde bereits früher gezeigt.⁵⁹⁵ *Nelson* übersieht auch die Versuche, das Völkerrecht unter Wahrung der Souveränität des Staates zu konstruieren, die Hypothese des Primates der staatlichen Rechtsordnung. Darum ist seine Polemik gegen die Selbstverpflichtungstheorie verfehlt. „Wer nur durch eigenen Willen gebunden ist, ist auch an die Ausführung seines einmal bekundeten Willens nur so lange gebunden, als dieser Wille fortbesteht; er ist also in Wahrheit überhaupt nicht gebunden und es gibt für ihn auch keine Pflicht der Vertragstreue“ (a. a. O. S. 61).⁵⁹⁶ *Nelson* ist zu weit von einer Auflösung des Bildes „Pflichten des Staates“ entfernt, um einzusehen, daß die damit gemeinten rechtlichen Gebundenheiten auch kraft souveräner Rechts-

⁵⁹³ *Nelson*, Rechtswissenschaft (Anm. 11), S. 60.

⁵⁹⁴ *Nelson*, Rechtswissenschaft (Anm. 11), S. 60.

⁵⁹⁵ Vgl. oben S. 313 f.

⁵⁹⁶ *Nelson*, Rechtswissenschaft (Anm. 11), S. 61.

einen staatlichen Rechtsordnung nicht andere, gleichartige, gleichgeordnete staatliche Rechtsordnungen gedacht werden können, so enthüllt sie damit nur als den eigentlichen rechtslogischen Sinn der – politisch und psychologisch so mißverstandenen – „Souveränität“ des Staates: die Einheit und Ausschließlichkeit der so bezeichneten Rechtsordnung. Dadurch unterscheidet sich allerdings die Rechtsordnung durch nichts von irgendeinem anderen *System* und die Rechtswissenschaft durch nichts von irgendeiner anderen systematischen Erkenntnis. Jedes System, nicht nur die Rechtsordnung, tritt mit dem Anspruch auf, in seiner Einheitlichkeit das einzig geltende zu sein. In vollendeter Form kommt dieser Systemgedanke der Einig-Einzigkeit in der theologischen Personifikation der Weltordnung, im *einig-einzigsten Gott* zum Ausdruck, der seine Souveränität im Dekalog anthropomorphistisch proklamiert. Und indem die Souveränität als Einheit und Einzigkeit der Rechtsordnung nicht nur den Ausschluß anderer – souveräner – Rechtsordnungen, sondern anderer Ordnungen, anderer vom System des Rechts und seiner Erkenntnis verschiedener Norm- und Erkenntnisssysteme überhaupt bedeutet, wird sie zum *Symbol der Reinheit der Rechtserkenntnis*¹⁾.

Daß man die das Erkenntnisziel bildende Einheit gerade in der Ausweitung der eigenen staatlichen Rechtsordnung herzustellen versucht, daß man gerade der eigenen staatlichen Rechtsordnung diese Einheitsfunktion überträgt, indem man den eigenen Staat zum Mittel- und Höhepunkt des gesamten Rechtssystems macht, ist allerdings die | Besonderheit gerade der den Primat der staatlichen | 190 Rechtsordnung setzenden Hypothese. Sie ist keineswegs die einzig mögliche. Soll ihre Leistungsfähigkeit beurteilt werden, so ist vorweg anzuerkennen, daß sie ihr Erkenntnisziel zu erreichen wohl imstande ist: Die Einheit der Rechtsordnung ist hergestellt. Fraglich bleibt nur, ob der Weg, auf dem das Ziel erreicht wird, nicht zum Verzicht auf wichtige, vielleicht die wichtigsten Werte zwingt. Und da kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Idee einer Gesellschaft gleichberechtigter Gemeinwesen – wie bereits früher bemerkt⁵⁹⁸ – mit der konsequent durchgeführten, auf Anerkennungs- und Selbstverpflichtungstheorie gestützten Konstruktion eines Primates der einzelstaatlichen Rechtsordnung unvereinbar ist. Wenn der Versuch gemacht wird, durch die Vorstellung einer *wechselseitigen* Anerkennung den Schein einer Koexistenz mehrerer Staaten aufrecht zu erhalten, so ist dieser Schein leicht durch die Einsicht zu zerstören, daß diese „wechselseitige“ Anerkennung

ordnung des Einzelstaates wie unlösbar, so auch bloß unter der Bedingung der Zustimmung bestimmter Interessenten – z. B. der Repräsentanten des anderen Staates – lösbar sein können; so daß jeder Versuch einer anderen Lösung als Rechtsbruch qualifiziert bleibt. Das große Verdienst der *Nelsonschen* Arbeit besteht aber darin, daß sie der Rechtswissenschaft den Spiegel der Philosophie, d. h. reiner Erkenntnis entgegenhält. Das Bild, das man erblickt, ist freilich arg genug!

¹⁾ Vgl. dazu *Sander*, Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung, S. 162.⁵⁹⁷

⁵⁹⁷ *Sander*, Revolution (Anm. 342), S. 162.

⁵⁹⁸ Vgl. oben S. 367.

nichts anderes bedeutet, als den steten *Wechsel* des juristischen *Erkenntnisstandpunktes*, dessen *Einheit* aber gerade das Wesen der juristischen wie jeder Erkenntnis ist. Vom Standpunkt des anerkennenden Staates – und dies allein ist hier der Standpunkt der juristischen Erkenntnis – erscheint der anerkannte als die delegierte, also subordinierte Ordnung. Gleichzeitig kann ein und derselbe Staat nicht anerkennende Autorität und anerkannter Delegatar, souveräne Gesamtordnung und nicht souveräne Teilordnung sein. Man muß also, will man den anerkannten Staat selbst als anerkennenden Souverän begreifen, den ursprünglichen Standpunkt verlassen. Von diesem neuen Standpunkte aber ergibt sich durchaus dasselbe Bild monistischer Konstruktion.

§ 44. *Der Begriff des Staatsvertrags und die Selbstverpflichtungstheorie.*

Ist die Koexistenz einer Vielheit von *gleichgeordneten* Gemeinwesen ein dem Völkerrecht *wesentliches* Moment, dann bedeutet die Hypothese vom Primat der staatlichen Rechtsordnung die Leugnung des Völkerrechts. Damit ist jedoch keineswegs gesagt, was man für gewöhnlich unter „Leugnung des Völkerrechts“ versteht: die rechtliche Ungebundenheit und Unverbindbarkeit des „Staates“ im Verhältnis nach außen. Vielmehr handelt es sich nur um eine andere Konstruktion dieser rechtlichen Gebundenheit! Auch für die Theorie vom Primat der staatlichen Rechtsordnung ist der Staat kein Faktum der Gewalt, sondern eine Rechtsordnung, und die Frage, ob der | „Staat“ in gewisser Richtung rechtlich gebunden sei, bedeutet nichts anderes als: ob und wie bestimmte menschliche Handlungen – die man als Inhalt völkerrechtlicher Normen zu erkennen pflegt – als Inhalt staatlicher Rechtsnormen zu begreifen sind. In der Anerkennungs- und Selbstverpflichtungstheorie wird die Frage beantwortet. Daß diese Konstruktion noch keineswegs die Möglichkeit des „Staates“ bedeutet, die angeblich einseitig, weil nur durch seinen eigenen Willen entstandenen Verpflichtungen (anderen Gemeinwesen gegenüber) einseitig wieder aufzuheben, wurde bereits in anderem Zusammenhange festgestellt.⁵⁹⁹ Wenn aus der staatlichen Rechtsordnung zu deduzieren ist, daß eine als „Staatsvertrag“ charakterisierte Willensäußerung nur mit Zustimmung des – anerkannten – „Staates“ erfolgen könne, mit dem der Vertrag geschlossen wurde, dann erscheint jeder Versuch, die durch den „Staatsvertrag“ gesetzten Normen „einseitig“ zu ändern, als *Rechtsbruch*, ganz ebenso, wie wenn man eine *über* den beiden als koordiniert gedachten Staaten stehende Völkerrechtsordnung vorstellt, die an den Tatbestand des Staatsvertrages Rechtsfolgen knüpft und eine andere Lösung des Vertrages als mit beiderseitiger Zustimmung ausschließt. Der ganze Unterschied ist der, daß im letzteren Falle ein Bruch des Völkerrechts, im ersteren ein Bruch der staatlichen Rechtsordnung, der *Verfassung*, vorliegt, und daß man hier von einem *Nichtkönnen*, dort aber von einem *Nichtsollen* des Staates zu spre-

⁵⁹⁹ Vgl. oben S. 445f.

chen geneigt ist. Indes zeigt sich bei näherer Untersuchung, daß gerade beim Staate Können und Sollen zusammenfällt, weil der Staat eben die Personifikation der Rechtsordnung ist und ein Unrecht nicht begehen *kann*, während nur der Anthropomorphismus, der den Staat als eine Art *Mensch* vorstellt, vom Staate sagt, daß er etwas nicht *solle*.

Auch insoferne steht die Leistungsfähigkeit der Hypothese vom Primat der staatlichen Rechtsordnung jener, die das Völkerrecht als eine über allen Staaten stehende Ordnung gelten läßt, nicht nach, als sie die Möglichkeit des *Vertrages* nicht in Frage stellt. Denn „Vertrag“ ist ein Tatbestand geäußerter Willensübereinstimmung, an den eine Rechtsordnung für die vertragschließenden Parteien Rechtsfolgen knüpft. Es ist insbesondere unrichtig, wenn gegen die Selbstverpflichtungs- und Anerkennungstheorie immer wieder geltend gemacht wird, daß eine Rechtsnorm, die Verträge des *Staates* für verbindlich erklärt, nur einem über dem Staate, d. h. *über* der staatlichen Rechtsordnung stehenden Völkerrecht angehören könne. So führt z. B. *Bar*^{600 1)} in seiner Polemik gegen die *Jellineksche* | Konstruktion des Völkerrechts aus: „... daß der Wille der Staaten allein bindende | 192 Kraft für die Zukunft entbehre. Der Wille an sich ist veränderlich. Die Verbindlichkeit des im Verträge erklärten Willens kann nur begründet werden durch eine über dem Erklärenden stehende *Macht*, oder durch den *Glauben* an die Notwendigkeit des Worthaltens ... Der Satz *pacta sunt servanda* entstammt daher nicht dem an sich frei veränderlichen Willen, vielmehr einer vernünftigen Betrachtung der gesamten menschlichen Verhältnisse“⁽¹⁾, dem „*Naturrecht*“⁽²⁾, wie *Bar* gelegentlich die Quelle des Völkerrechts bezeichnet. Er charakterisiert als die Konsequenz der *Jellinekschen* „Willenstheorie“, „daß, wie der Staat jederzeit ein auf seinem vernünftigen Willen beruhendes Gesetz durch ein neues Gesetz aufheben kann, so der völkerrechtlichen Norm von jedem Staate, soweit sie gegen ihn gelten soll,

¹⁾ Grundlage und Kodifikation des Völkerrechts. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, VI. Bd. S. 145 ff.⁶⁰¹ | 191

¹⁾ a. a. O. S. 145, 146.⁶⁰² | 192

²⁾ a. a. O. S. 155.⁶⁰³

⁶⁰⁰ Carl Ludwig von Bar (1836–1913), Straf- und Völkerrechtslehrer, Politiker. Ab 1857 richterliche Tätigkeit, 1863 in Göttingen habilitiert, ab 1866 o. Prof. in Rostock, ab 1868 in Breslau, ab 1879 in Göttingen. 1890–1893 Abgeordneter der Deutsch-Freisinnigen-Partei im Reichstag. Er war Mitglied des internationalen Schiedsgerichtshofs in Den Haag und Mitglied des „Institut de Droit international“. Wichtige Werke: Das internationale Privat- und Strafrecht, Hannover 1862 (2. Aufl. u. d. T.: Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, 2 Bde., Hannover 1889); Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte, Leipzig 1871; Handbuch des deutschen Strafrechts, Bd. 1 (mehr nicht erschienen), Berlin 1882.

⁶⁰¹ *Carl Ludwig von Bar*, Grundlage und Kodifikation des Völkerrechts, in: Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie mit besonderer Berücksichtigung der Gesetzgebungsfragen 6 (1912/1913), S. 145–158.

⁶⁰² *Bar*, Grundlage (Anm. 601), S. 145 f. – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

⁶⁰³ *Bar*, Grundlage (Anm. 601), S. 155.

durch eine einfache Willenserklärung der Boden entzogen werden kann, und daß nur Klugheitsmotive die allzu häufige Anwendung solchen Abschüttelns später als unvorteilhaft empfundener Verträge und Rechtsnormen hindern³⁾. Offenbar ist *Bar* in der Hypostasierung des Staates – der „Staat“ erläßt das Gesetz, der „Staat“ hebt es auf, der „Staat“ läßt sich von Klugheitserwägungen leiten usw. – zu sehr befangen. Auch bei der staatsrechtlichen Konstruktion des Völkerrechts – die *Jellinek* freilich nicht sehr konsequent versucht – beruht die Verbindlichkeit des im Vertrag erklärten Willen des Staates auf einer „über“ dem Erklärenden stehenden „Macht“, richtiger: Rechtsordnung. (Von der psychologischen Entgleisung in den „Glauben“ sei nicht weiter die Rede.) Die Erklärenden sind aber die *Menschen*, deren Handeln Inhalt der Normen bildet, und die nicht anders, als die „über“ ihnen stehende Ordnung es zuläßt, Bindungen eingehen oder lösen können. Daß ihr Handeln dem „Staate“ zugerechnet wird, ändert nichts an der Vorstellung, daß ihr Handeln Inhalt von Normen, also rechtlich *gebunden* ist. Indem die staatliche Rechtsordnung einen „Vertrag des Staates“ einsetzt, stellt sie auch diesen Vertrag unter den in ihr enthaltenen Rechtssatz, daß Verträge zu beobachten seien. Freilich, wenn man – aus der Rechtstheorie heraustretend – den als „Organ des Staates“ handelnden Menschen mit einer – durch kein Recht gebundenen und bindbaren – *Gewalt* identifiziert, kann man der Willenstheorie den Einwand *Bars* machen. Und die Vertreter der Selbstverpflichtungstheorie sind wahrhaftig nicht abgeneigt, diese Identifikation vorzunehmen!

|193 | Daß von ein und demselben Standpunkte aus: vom Standpunkte der Rechtsordnung eines bestimmten Staates, ein „Vertrag“ zwischen diesem und einem anderen, somit von diesem ersteren *anerkannten* „Staate“ möglich sei, das könnte nur mit Hinweis auf eine für den Vertrag wesentliche Koordination oder *Gleichwertigkeit* der Kontrahenten bezweifelt werden. Der anerkannte Staat muß als delegierte Teilordnung „unter“ dem – allein souveränen – aner kennenden Staate vorgestellt werden. Da ein Vertrag nur zwischen gleichgeordneten Subjekten denkbar sei, wäre er zwischen dem aner kennenden und dem anerkannten Staat ebenso unmöglich wie zwischen dem Staat und einer seiner Gemeinden, zwischen dem Staat und seinen Untertanen. Diese Argumentation wird mitunter gegen die Theorie eines sog. öffentlich-rechtlichen Vertrages geltend gemacht¹⁾. Und in der Tat, wäre ein Vertrag zwischen dem Staat und einer Gemeinde nicht möglich, dann müßte auch auf die Vorstellung eines Vertrages zwischen dem aner kennenden und dem anerkannten „Staate“ auf Grundlage einer staatsrechtlichen Konstruktion des Völkerrechts verzichtet werden. Nun wäre auch dies keineswegs mit der Unge-

³⁾ a. a. O. S. 147.⁶⁰⁴

|193 |¹⁾ Vgl. dazu: *Layer*, Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag, 1916.⁶⁰⁵

⁶⁰⁴ *Bar*, Grundlage (Anm. 601), S. 147.

⁶⁰⁵ *Max Layer*, Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag. Eine Studie aus dem österreichischen Verwaltungsrecht, Graz und Leipzig 1916, S. 18–21.

bundenheit oder „einseitigen“ Lösungsmöglichkeit des Staates gegenüber dem anerkannten Staate identisch. Indes beruht die ganze Argumentation gegen den öffentlich-rechtlichen Vertrag auf einem Irrtum. Nicht daß der üblichen Unterscheidung von Privat- und öffentlichem Recht das Wort gesprochen werden soll²⁾. Allein die Anwendbarkeit der Theorie des öffentlichen Rechtes *als eines Rechtes oder Rechtsverhältnisses zwischen verschiedenwertigen, einander nicht gleich – sondern über- und untergeordneten Rechtssubjekten* auf den Vertragstatbestand muß in Frage gezogen werden.

Was zunächst den Begriff des Vertrages betrifft, so muß man, um seine Stellung im System der Rechtsbegriffe deutlich zu erkennen, sich stets bewußt bleiben, daß er, unter den Begriff des *Rechtsgeschäftes* fallend, seinem Wesen nach eine jener *Bedingungen* (oder Voraussetzungen) ist, an die die Rechtsordnung Rechtsfolgen (sog. „Wirkungen“), d.h. die Entstehung und Beendigung von Rechtspflichten und Berechtigungen knüpft. Es wäre gewiß mancher Irrtum der Theorie vermieden worden, wenn man sich immer ganz klar gewesen wäre, daß das Rechtsgeschäft als eine von der Rechtsordnung mit Rechtsfolgen verknüpfte menschliche Willensäußerung *systematisch* die gleiche Stellung einnimmt, wie etwa die sog. rechtserheblichen Ereignisse, d.h. Tatbestände, die keine menschlichen Willensäußerungen sind, und an die die Rechtsordnung ebenso wie an die letzteren Pflichten und Rechte, die Entstehung und Beendigung von Rechtsverhältnissen anknüpft. Ob die Rechtsnorm an die Bedingung eines eingetretenen Hochwassers oder an den generellen oder individuellen Befehl einer Verwaltungsbehörde oder an den Vertragsabschluß zweier Kontrahenten Pflichten und Rechte bestimmter Personen bindet, mag materiell sehr verschieden beurteilt werden. In der für die juristische Konstruktion und Systematik relevanten, formalen Beziehung haben die Tatsachen des Hochwassers, des Verwaltungsbefehls und des Vertragsabschlusses die gleiche Stellung, nämlich als Bedingung für Rechtspflichten und Berechtigungen, für die Entstehung und Beendigung von Rechtsverhältnissen. Als Bedingung: d. h. als Grund einer Folge, nicht als Ursache einer Wirkung.

| 194

Faßt man das Rechtsverhältnis, das nur aus Rechtspflichten und Berechtigungen bestehen kann, als Verhältnis zwischen Personen d. h. zwischen Subjekten von (bereits entstandenen) Pflichten und Rechten, dann kann streng genommen innerhalb der Sphäre der Bedingung für die *Entstehung* von Pflichten und Rechten nicht oder *noch* nicht von Personen oder einem Verhältnis zwischen Personen die Rede sein. Nicht als Person, nicht als Subjekt von Pflichten und Rechten kann man die Bedingung für die Entstehung von Pflichten und Rechten setzen; das wäre eine *petitio principii*. Person, Rechtssubjekt ist man, sofern man Pflichten und Rechte

²⁾ Vgl. dazu oben S. 126 f.⁶⁰⁶

⁶⁰⁶ Vgl. oben S. 389 f. Anm. 1 (390).

hat, nicht sofern man die Bedingung ihrer Entstehung setzt. Daher ja auch Ereignisse, also etwas, was niemals das Substrat der Person zu bilden vermag, Bedingung für Pflichten und Rechte sein können. Wenn somit innerhalb des bedingenden Tatbestandes die Person überhaupt keinen Raum hat, kann hier auch gar nicht nach dem Verhältnis zwischen zwei Personen gefragt werden, die den bedingenden Tatbestand setzen. Den Vertrag setzen eben nicht zwei Personen, zwei Rechtssubjekte, sondern zwei menschliche Willensäußerungen. Erst durch die Setzung dieser Tatbestände entstehen Pflichten und Rechte und mit ihnen deren Personalisationsmöglichkeit und sohin das Rechtssubjekt. Die Behauptung, daß im Vertrag zwei koordinierte Subjekte einander gegenüberstehen, muß auf die Formel reduziert werden, daß an dem Vertrag zwei Willensäußerungen beteiligt sind, deren Gleichordnung oder Gleichwertigkeit nichts anderes bedeuten kann, als: daß beide Willensäußerungen in gleicher Weise Bedingungen der an sie geknüpften Rechtsfolgen sind; daß beiden die gleiche bedingende Kraft zukommt, d. h. daß beide zu der Folge in dem gleichen logischen Verhältnis stehen, so daß diese Folge nicht zustande kommen kann, wenn eine der beiden Willensäußerungen fehlt oder fehlerhaft ist.

Erkennt man, daß im Vertrag nicht Personen sondern Willensäußerungen einander gegenüberstehen, daß der Vertrag kein Rechtsverhältnis ist, sondern ein solches begründet, vermeidet man also die Vermengung von Grund und Folge, dann erweist sich schon deshalb die Argumentation als hinfällig: es könne keinen öffentlich-rechtlichen Vertrag geben, weil öffentliches Recht ein Rechtsverhältnis zwischen über- und untergeordneten Personen darstelle oder normiere, der Vertrag aber zwischen gleichgeordneten Subjekten geschlossen werde.

Die Gleichwertigkeit der beiden den Tatbestand des Vertrages bildenden Willensäußerungen erleidet natürlich dadurch keinen Abbruch, daß die eine dem „Staat“ zugerechnet, d. h. auf die Einheit der Gesamtordnung bezogen, die andere aber z. B. einer Gemeinde zugerechnet, d. h. auf die Einheit einer bestimmten Teilordnung bezogen wird. Diese Zurechnung erfolgt ganz unabhängig von der den menschlichen Willensäußerungen – die den Vertragstatbestand bilden – von der Rechtsordnung verliehenen Qualität. Wenn bestimmte, dem Staat und der Gemeinde zuzurechnende Pflichten und Berechtigungen (kraft Delegation durch die Rechtsordnung) nur entstehen können, sofern die Willensäußerung eines Staatsorgans und die damit übereinstimmende Willensäußerung eines Gemeindeorgans zustande kommen, wenn diese Pflichten und Berechtigungen – das sind ja nur Individualnormen – wiederum kraft Bestimmung der Rechtsordnung nur aufgehoben werden können, wenn eine analoge Willensübereinstimmung zustande kommt, dann ist in demselben Sinne ein „Vertrag“ zwischen Staat und Gemeinde vorhanden, in dem überhaupt von einem Verträge – auch einem rein privatrechtlichen Verträge zwischen Untertanen – die Rede ist. Somit steht auch der Vorstellung eines Vertrages zwischen dem die eigene Gesamtrechtsordnung personifizierenden, aner kennenden, *souveränen* Staat und dem

anerkannten und daher nur eine Teilrechtsordnung personifizierenden „Staate“ nichts im Wege¹⁾.

Nur daß eben dieser Vertrag vom Standpunkt einer zur Erhaltung des Souveränitätsdogmas bestimmten Konstruktion nicht als Vertrag zwischen „Staaten“ angesehen werden kann. Denn „Staat“ im Sinne einer souveränen Rechtsordnung ist nur das anerkennende Gemeinwesen. Die Vertragspflichten und Rechte und mit ihnen alle | als völkerrechtlich qualifizierten Beziehungen sind nicht *zwischenstaatliches*, sondern *innerstaatliches* Recht. Und da erhebt sich neuerlich die Zweifelsfrage ob eine solche Konstruktion nicht dem *Wesen* des Völkerrechts widerspricht. | 196

§ 45. Die Leugnung des Völkerrechts.

In seiner Polemik gegen die Konstruktion des Völkerrechtes als äußeren Staatsrechts bemerkt *Fricker*, daß die *Hegelsche* Auffassung des Staates als der höchsten Ordnung, des obersten Wertes⁶⁰⁸ – diese vollendetste Formulierung des Souveränitätsdogmas – unvereinbar sei mit der Idee des Völkerrechts¹⁾. In einem anderen Zusammenhange sagt er wörtlich: „Ich behaupte also nicht von vornherein, daß es ein Recht über den Staaten gebe, sondern daß, wenn ein solches unmöglich ist, es kein Völkerrecht gibt. Der Begriff des Völkerrechtes behauptet ein Recht über Staaten ... Wenn ich zu dem Resultate komme, daß das Ding, welches man Völkerrecht nennt, äußeres Staatsrecht ist, so leugne ich nicht dieses Ding, aber ich leugne, daß es Völkerrecht ist“²⁾. Gerade die konsequentesten Leugner des Völkerrechts gehen vom Souveränitätsdogma aus, stützen ihre Argumente immer wieder auf die Souveränität des Staates. Typisch in dieser Hinsicht sind die Ausführungen des Hegelianers *Lasson*^{611 3)}. „Die moralische Person, die wir Staat nennen, ist zugleich eine souveräne Person. Sie ist selber nur ihr Zweck, d. h. der Wille dieser rechtlichen Ordnung mit Bezug auf alles ihr Untergebene; aber sie ist

¹⁾ Auch aus diesem Grunde ist es keine notwendige Konsequenz der staatsrechtlichen Konstruktion des Völkerrechts, wenn *Ph. Zorn* die Rechtsverbindlichkeit des Staatsvertrages leugnet. | 195
A. a. O. S. 10.⁶⁰⁷

²⁾ Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 28 (1872) S. 102.⁶⁰⁹ | 196

³⁾ Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 34 (1878) S. 375.⁶¹⁰

³⁾ Prinzip und Zukunft des Völkerrechts, 1871.⁶¹²

⁶⁰⁷ *Ph. Zorn*, Staatsverträge (Anm. 458), S. 10 f.

⁶⁰⁸ *Hegel*, Grundlinien (Anm. 325), S. 337 (§ 331).

⁶⁰⁹ *Fricker*, Problem 1 (Anm. 444), S. 102.

⁶¹⁰ *Fricker*, Problem 2 (Anm. 569), S. 375.

⁶¹¹ *Adolf Lasson* (1832–1917), Philosoph. 1860–1897 Gymnasial- und Realschullehrer in Berlin, 1877 Habilitation, ab 1897 o. Prof. in Berlin. Er gilt als Wegbereiter des deutschen Imperialismus und bildete die Hegel'sche Lehre fort. Wichtige Werke: Johann Gottlieb Fichte im Verhältnis zu Kirche und Staat, Berlin 1863; Princip und Zukunft des Völkerrechts, Berlin 1871; System der Rechtsphilosophie, Berlin und Leipzig 1882.

⁶¹² *Adolf Lasson*, Princip und Zukunft des Völkerrechts, Berlin 1871.

schlechthin ungebunden und unbeschränkt mit Bezug auf alles was außer ihr vorhanden ist. Als Rechtsordnung dieses bestimmten Volkes muß der Staat vollkommen unabhängig sein von jedem außer ihm vorhandenen Willen oder Gesetze ... Der Staat kann sich also niemals einer Rechtsordnung wie überhaupt keinem Willen außer ihm unterwerfen⁴⁾. „Der Staat aber kann niemals Untertan sein auch wenn er es wollte oder möchte ohne daß er sich vollkommen aufgab und aufhörte Staat zu sein“⁵⁾. Diese *Annahme* der Souveränität staatlicher Rechtsordnung – und etwas anderes als eine Annahme ist es ja nicht, obgleich *Lasson* es offenbar für eine naturnotwendige Erkenntnis hält – würde genügen, um die Ablehnung eines Völkerrechtes – sofern man dieses | als *über* den Staaten vorstellen muß – zu begründen. Indes verbindet sich bei *Lasson* mit dem Souveränitätsdogma – und auch in diesem Punkte kann seine Darstellung als typisch bezeichnet werden – die Macht- und Gewalttheorie. Er erklärt zwar den Staat gelegentlich geradezu als die „realisierte Rechtsordnung“¹⁾ „in allen inneren (!) Verhältnissen durch die Rechtsordnung gebunden“^{616“2)}; ihm ist der Staat so sehr nur Personifikation der Rechtsordnung, daß er die Möglichkeit eines Staatsunrechtes ausschließt: „Der Staatswille und der Rechtswille ist hier ein und dasselbe und wo widerrechtlich gehandelt wird, da ist es gar nicht der Staat, welcher handelt, weil dieser als moralische Person nichts seinem Begriff Widersprechendes tun kann“ ... so „daß nur der Rechtsstaat wahrhaft ein Staat sei“³⁾. Allein, er will den Staat als Rechtsordnung seltsamerweise nur nach „innen“ gelten lassen; nach „außen“ erscheint ihm der Staat als ungebundene, schrankenlose Gewalt. Dabei hypostasiert er diese „Rechtsordnung eines bestimmten Volkes“ ganz in der üblichen Weise zu einem gewalttätigen Menschen; was hier nur deshalb auffällt, weil das Personifikationssubstrat, die Rechtsordnung, gerade in der Darstellung *Lassons* nicht unbewußt bleibt. Der Staat ist „durch und durch eigennützig und trotzig und gar nicht imstande, sich für fremdes Wohl, sondern immer nur für das eigene zu begeistern“⁴⁾, „ein ungebändigter und ungezügelter Wille der Selbstsucht“⁵⁾; nur

4) a. a. O. S. 22. ⁶¹³

5) a. a. O. S. 23. ⁶¹⁴

|197 |1) a. a. O. S. 15. ⁶¹⁵

2) a. a. O. S. 15. ⁶¹⁷

3) a. a. O. S. 15. ⁶¹⁸

4) a. a. O. S. 25. ⁶¹⁹

5) a. a. O. S. 31. ⁶²⁰

⁶¹³ *Lasson*, Princip (Anm. 612), S. 22 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁶¹⁴ *Lasson*, Princip (Anm. 612), S. 23.

⁶¹⁵ *Lasson*, Princip (Anm. 612), S. 15.

⁶¹⁶ «durch die Rechtsordnung gebunden»] *Lasson*, Princip (Anm. 612), S. 15: «durch das Recht gebunden».

⁶¹⁷ *Lasson*, Princip (Anm. 612), S. 15 – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

⁶¹⁸ *Lasson*, Princip (Anm. 612), S. 15.

⁶¹⁹ *Lasson*, Princip (Anm. 612), S. 25.

⁶²⁰ *Lasson*, Princip (Anm. 612), S. 31.

eines sei es, was den Staat hindere, jede „Begierde“ zu befriedigen: „die Furcht vor fremder Macht“⁶¹).

Wäre *Lasson* bei der – von ihm freilich nur auf das „Innere“ des Staates beschränkten – Rechtsstaatstheorie geblieben, dann wäre die völlige Ablehnung einer *über* der souveränen Rechtsordnung des Staates stehenden Völkerrechtsordnung eine selbstverständliche Konsequenz gewesen. Zweifellos liegt auch in dieser seiner Ausgangsposition der – in seinen späteren Argumentationen allerdings verloren gegangene – Grundgedanke. *Lasson* läßt nämlich das Völkerrecht wenn auch nicht als *Recht*, so doch als ein andersartiges System von Normen bestehen. Es kommt ihm, im Grunde genommen, nur mehr darauf an, dieses Normensystem mit der Natur jenes Gewaltwesens übereinzustimmen, zu dem sich ihm der Staat aus einer Rechtsordnung – nach „außen“ – verwandelt hat. Die sog. Völkerrechtssätze sind nämlich nach *Lasson* für den Staat keineswegs überhaupt nicht vorhanden, es sind vielmehr für ihn „Klugheitsregeln, nicht Rechtsgebote“⁶¹. Daß aber für den Staat *Klugheitsregeln* gelten können, rührt daher, daß der Staat – hier zeigt sich, daß dieses Wesen nicht etwa bloß ein gewalttätiges Raubtier, sondern eigentlich doch ein Mensch ist – ein „intelligenter, zweckmäßig sich bestimmender Wille“ sei²⁾. | 198

Nur weil sich die rechtslogisch allein aus dem Souveränitätsdogma ableitbare Leugnung des Völkerrechts als Ablehnung einer *über* den Staaten stehenden Rechtsordnung regelmäßig auf den mit dem Souveränitätsdogma verquickten Gewaltgedanken stützt³⁾, | muß auf die besonders charakteristische Argumentation | 199

⁶¹ a. a. O. S. 35.⁶²¹ Wäre es nicht der reine Machtgedanke, der hier zum Ausdruck kommt, sondern würde man darin nur den bildlichen Ausdruck für *juristische* Beziehungen erblicken, wäre man versucht, diese „Ungebundenheit“ des Staates nach außen als Umschreibung eines Rechtssatzes zu deuten, der die mit der auswärtigen Verwaltung betrauten Organe des Staates zu *jedem* dem Staate – nach ihrem Ermessen – nützlichen, eventuell auch gewalttätigen, egoistischen Verhalten, insbesondere auch zum Bruch der geschlossenen Verträge usw. ermächtigt. Da es schwer fallen dürfte, einen solchen Rechtssatz in der positiven Rechtsordnung eines Staates nachzuweisen, handelte es sich dabei um die Annahme eines naturrechtlichen Satzes.

¹⁾ a. a. O. S. 49.⁶²²

²⁾ a. a. O. S. 36.⁶²³ Daß der Staat selbst gelegentlich ein „seinem Wesen nach als *Substanz* vorhandener Zweck“ genannt wird (a. a. O. S. 13),⁶²⁴ sei nur anmerkungsweise erwähnt. | 198

³⁾ Die Verbindung des Souveränitätsdogmas mit der Machttheorie findet sich in neuerer Zeit besonders charakteristisch bei *E. Kaufmann*. Er betrachtet das Völkerrecht als „Koordinationsrecht“ im Gegensatz zu einem „Subordinationsrecht“, als „Individualrecht“ im Gegensatz zu einem „Sozialrecht“ (a. a. O. S. 128 ff.).⁶²⁵ Als „Koordinationsordnung“ ist das Völkerrecht nur möglich „zwischen *souveränen*, in sich selbst ruhenden, machtvollen historischen Gemeinschaften, die auf ein Zusammenleben angewiesen sind“. „Es ist ... die Natur der *sich selbst verpflichtenden Subjekte als Staaten*, die das Völkerrecht als Individualrecht ermöglicht“ (a. a. O. S. 150/1).⁶²⁶ Scheinbar eine staatsrechtliche Konstruktion des Völkerrechts. Allein der ganze Un-

⁶²¹ *Lasson*, Princip (Anm. 612), S. 35.

⁶²² *Lasson*, Princip (Anm. 612), S. 49.

⁶²³ *Lasson*, Princip (Anm. 612), S. 36.

⁶²⁴ *Lasson*, Princip (Anm. 612), S. 12 f. – Hervorhebung von Kelsen.

⁶²⁵ *E. Kaufmann*, Wesen (Anm. 158), S. 128–159.

⁶²⁶ *E. Kaufmann*, Wesen (Anm. 158), S. 150, 151 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

terschied zwischen Koordinations- und Subordinationsrecht ist für die Differenzierung des Völkerrechts gegenüber dem einzelstaatlichen Rechte unbrauchbar. *Kaufmann* führt aus: Es handle sich beim Recht um eine „Ordnung von Willensverhältnissen, um die Bestimmung, welcher Wille jeweils der durchgreifende und maßgebliche sein soll“;⁶²⁷ offenbar: eine Bestimmung, welcher *menschliche* Wille, der Wille welches *Menschen* maßgeblich sein soll. *K.* geht also nicht von einem *Begriff* des *Rechtes*, sondern von dem Prozesse aus, durch den der Inhalt der Rechtsordnung erzeugt wird. Und demnach unterscheidet er: „Für die vorzunehmenden Normierungen (er meint: Rechtssatzungsakte) kann entweder *ein* Wille der durchgreifende sein, oder es können *mehrere* maßgeblich bleiben“. Das ist der Unterschied zwischen autokratischer und demokratischer Rechtsbildung. *Kaufmann* sieht darin den Gegensatz von Subordinationsrecht und Koordinationsrecht, Individualrecht und Sozialrecht (a. a. O. S. 120).⁶²⁸ Diese Terminologie wäre aus seiner Begriffsbestimmung schlechterdings unverständlich. Sie erhält ihren Sinn erst dadurch, daß im Laufe der weiteren Darlegungen als Subordinationsrecht ein solches verstanden wird, bei dem eine objektive Rechtsordnung *über* den rechtsunterworfenen Subjekten steht („von einem übergeordneten Willen erlassene Rechtssätze“ sagt er a. a. O. S. 171),⁶²⁹ während bei einem Koordinationsrecht die zu verpflichtenden Rechtssubjekte nebeneinanderstehen, ohne daß über ihnen eine höhere Rechtsordnung aufgerichtet wäre. So sei das Völkerrecht anzusehen. Daher: Selbstverpflichtung der souveränen Staaten. – Die Verwirrung der Begriffe ist bei *Kaufmann* eine erhebliche. Im Verhältnis zu den verpflichteten Subjekten muß *jede* Rechtsordnung *Subordinationsrecht* sein, und jeder Rechtsordnung stehen die ihr unterworfenen Subjekte *koordiniert* gegenüber. Mit der Behauptung, Völkerrecht sei Koordinationsrecht, wollte aber *Kaufmann* nichts anderes als – in Konsequenz seiner Souveränitätstheorie – die Vorstellung eines über dem souveränen Staate stehenden Völkerrechts ablehnen. Was er gegen die Anschauung, Recht sei nur als Subordinationsrecht denkbar, vorbringt, ist gänzlich unverständlich: „Der Rechtswert ist gewiß ein überindividueller Wert ... aber eine Rechtsordnung braucht nicht immer der Wille eines realen Ganzen zu sein und damit Subordinationsrecht zu werden. Sie ist *Ordnung innerhalb* eines realen Ganzen; und diese Ordnung braucht nicht immer von einer Zentralstelle entworfen und verwirklicht zu werden, sondern kann, unter bestimmten, oben entwickelten Voraussetzungen, auch auf dem Willen der Genossen ruhen. Eine solche Zentralstelle und damit Subordinationsrecht ...“ (a. a. O. S. 189)⁶³⁰ Der *unpsychologische*, nur bildlich aufzufassende „Wille“ der Rechtsordnung, der stets *über* den Subjekten steht, und der von dieser Ordnung als „maßgeblich“ eingesetzte, psychische „Wille“ eines Einzelnen oder einer Mehrheit von Menschen werden hier miteinander vermengt.

„Ueberindividueller“ Wert im Sinne eines „über“ den Subjekten stehenden „Willens“, also Subordinationsrecht ist das Recht auch dann, wenn sein Inhalt nicht „von einer Zentralstelle entworfen und verwirklicht“ wird; die *K.sche* Untersuchung beruft sich hier auf ein durchaus sekundäres, organisationstechnisches Moment: Zentralismus oder Dezentralismus. Auch wo es an einem zentralen Gesetzgebungsapparate fehlt – bei gewohnheitsrechtlicher Rechtsbildung durch die Uebung der Rechtsgenossen – steht der einheitliche Wille der Rechtsordnung über den Subjekten. Das als Wesensmerkmal des Koordinationsrechts angegebene Moment: daß es auf dem Willen der Genossen ruht, ist wiederum nichts anderes als das Charakteristikum der demokratischen Rechtsbildung.

Indes kommt es nicht so sehr auf die unverständliche Unterscheidung zwischen Subordinations- und Koordinationsrecht als vielmehr auf die Sicherstellung der Behauptung an, daß im Verhältnis zwischen Staaten nur die nackte Gewalt, das sogen. Recht des Stärkeren herrsche. „Die gerechte Verteilung der Lebensgüter, die in einer Subordinationsrechtsordnung die *Gemeinschaft* nach ihren Zwecken vereint“⁶³¹, kann im Völkerrecht als einer Individualrechtsordnung nur von

⁶²⁷ *E. Kaufmann*, *Wesen* (Anm. 158), S. 128 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁶²⁸ *E. Kaufmann*, *Wesen* (Anm. 158), S. 128 – Klammerausdruck im Zitat von Kelsen eingefügt.

⁶²⁹ *E. Kaufmann*, *Wesen* (Anm. 158), S. 171.

⁶³⁰ *E. Kaufmann*, *Wesen* (Anm. 158), S. 189 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

⁶³¹ «vereint»] *E. Kaufmann*, *Wesen* (Anm. 158), S. 151: «vornimmt».

Lassons näher eingegangen werden. Diese ist auch insofern in hohem Maße symptomatisch, als sie zeigt, wie die Verunreinigung der rechtslogischen Gedankenführung, wie das Ausgleiten aus dem System des Rechts in das System der Natur, in die Welt der faktischen Gewalt und seelischen Realitäten, der Furcht und Begierden, des Trotzes und Eigennutzes, die juristische Beweisführung um die beabsichtigten Ergebnisse bringt. Es wurde bereits hervorgehoben,⁶³⁵ daß *Lasson* das Völkerrecht, das zu negieren er ausgezogen ist, im Grunde doch wiederum stehen läßt, indem er für seinen – der Rechtssphäre gänzlich entrückten – „intelligenten“ Staat Klugeheitsregeln gelten läßt. Als Gewalttatsache in der Welt des empirischen Geschehens ist der „Staat“ – sofern dies so bezeichnete Faktum mit der souveränen Rechtsordnung überhaupt in einer Beziehung steht – natürlich nicht allein. Ein Nebeneinander im Wettkampf stehender Kraftzentren, das ist etwa das Bild, das sich dieser auf das natürliche Sein gerichteten Betrachtung ergibt. Gerade *diese* Vorstellung mag bei *Lasson* – wie ja auch bei allen anderen Vertretern des Souveränitätsdogmas – trotz der im *Hegelschen* Geiste gedachten Zuhöchstheit und Ausschließlichkeit der souveränen Staatsordnung, ja im vollendeten Widerspruch zu ihr dazu geführt haben, daß die Koexistenz einer Vielheit von „Staaten“ vorausgesetzt, ja geradezu in den Begriff des Staates aufgenommen wird. „Es ist dem Staate wesentlich und ein Bestandteil seiner Definition, daß er andere Staaten außer sich und neben sich habe“⁽¹⁾, sagt *Lasson*. Wäre dieser Satz in einem *juri-*

den *koordinierten* staatlichen Individuen selbst aus erfolgen: also durch einen *Wettkampf* der Rechtsgenossen, zu deren (?) Entscheidung und Durchsetzung nicht nur der Richter und der Vollstrecker mangelt, sondern vor allem auch der positive Gesichtspunkt, nach dem die Gerechtigkeit der Ansprüche beurteilt werden kann“ (a. a. O. S. 151).⁶³² | Allein kommt es denn bei dem Subordinationsrecht der einzelstaatlichen Rechtsordnung auf die „Gerechtigkeit“ oder kommt es auf die Rechtmäßigkeit an? Letztere mangelt aber der Völkerrechtsordnung keineswegs, sofern sie eben überhaupt als Rechtsordnung in Betracht kommt. Auffallend ist, daß hier als der „maßgebliche“ Wille in der Subordinationsrechtsordnung der der „Gemeinschaft“ erscheint. Ist das die „Zentralstelle“? Das ist einfach eine Personifikation der (die Gemeinschaft konstituierenden) Rechtsordnung. Oder sollte die Koordinations-Rechtsordnung die von ihr verpflichteten Subjekte nicht zu einer „Gemeinschaft“ konstituieren? Rechtsordnung und Rechtsgemeinschaft sind doch korrespondierende Begriffe! Hinter diesen Darlegungen verbirgt sich eben nur schlecht die völlige Leugnung jedes Völkerrechts. Diese zeigt sich noch deutlicher in *Kaufmanns* Theorie des Krieges, auf die später zurückzukommen sein wird.⁶³³ Gegen eine Leugnung des Völkerrechts wäre an sich nichts zu sagen. Bedenklich ist nur, wenn dies in Form einer juristischen Konstruktion des Völkerrechts geschieht. Vgl. dazu die treffende Kritik der *Kaufmannschen* Machttheorie bei *Nelson*, a. a. O. S. 144 ff.⁶³⁴

¹⁾ a. a. O. S. 12.⁶³⁶

⁶³² *E. Kaufmann*, Wesen (Anm. 158), S. 151 – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt, Hervorhebungen teilweise von Kelsen, Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

⁶³³ Vgl. unten S. 522.

⁶³⁴ *Nelson*, Rechtswissenschaft (Anm. 11), S. 144–189.

⁶³⁵ Vgl. oben S. 457.

⁶³⁶ *Lasson*, Princip (Anm. 612), S. 12.

stischen Sinne gemeint, wäre die Existenz dieser Staaten eine *rechtliche*, dann wäre die Hypothese einer über dieser Vielheit von Staaten stehenden, die Staaten gegeneinander abgrenzenden, sie delegierenden und so als gleichgeordnete | Personen „anererkennenden“ Völkerrechtsordnung – also das gerade Gegenteil dessen, was *Lasson* behauptet – unvermeidlich! Allein *Lasson* versteht die Koexistenz der Staaten nur in dem faktisch-natürlichen Sinne eines Nebeneinanderbestehens machtbetätigender Menschengruppen. Er ist damit nur der Wortführer vieler, die zu vorsichtig oder zu unklar denken, um sich einzugestehen, daß dies auf die Negation des Rechtes, die Aufhebung des juristischen Standpunktes überhaupt hinausläuft. *Lasson* selbst glaubt als Jurist dadurch gedeckt zu sein, daß er diese Ausschaltung juristischer Erkenntnis nur *teilweise* vollzieht, indem er versucht, sie auf das Verhältnis des Staates nach außen zu beschränken. Dadurch wird der Staat zu einem wahrhaft grotesken Fabelwesen; halb Rechtsordnung, halb Naturding. Aus der Gewalttheorie – nicht aus dem Souveränitätsdogma – kann dann *Lasson* den Schluß ziehen: „Mithin ist der Zustand, der zwischen den Staaten waltet, ein vollkommen rechtloser“⁶³⁷; er bezeichnet diesen Zustand ausdrücklich als „Naturzustand“⁶³⁸. Da aber das Verhältnis zwischen den als Gewalttatsachen aufgefaßten „Staaten“ *begriffen* werden will, da dieses Verhältnis irgendeiner *Erkenntnis* als Problem aufgegeben ist, stellt sich schließlich doch wieder eine *Ordnung* zwischen den Staaten ein. Nur daß diese Ordnung eine natürliche, d. h. die kausalgesetzliche Ordnung der Natur ist, die wie zwischen allen Seinstatsachen so auch zwischen den „Staat“ genannten Fakten einen Zusammenhang herstellt. Es ist darum mehr als ein bloßes Bild, mehr als ein zufälliger Vergleich, wenn *Lasson* – übrigens nicht ganz in Uebereinstimmung mit seiner Konstruktion des Völkerrechts als System von Klugheitsregeln – zu der Annahme gedrängt wird, „das Problem, eine Ordnung zwischen zwei Staaten“⁶³⁹ herzustellen“ sei „gewissermaßen“ „ein Problem der *Mechanik*“⁶⁴⁰, und geradezu behauptet: „Zwei Staaten stehen sich gegenüber wie zwei *physische Kräfte*“⁶⁴¹. Damit hat sich die Macht- und Gewalttheorie völlig dem

|201 |¹⁾ a. a. O. S. 22. ⁶³⁷

²⁾ a. a. O. S. 35. ⁶³⁸

³⁾ a. a. O. S. 56. ⁶⁴⁰

⁴⁾ a. a. O. S. 56. ⁶⁴¹ Vgl. dazu auch die Ausführungen eines anderen Leugnens des Völkerrechts, *Seydel*, Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, 1873, S. 32:⁶⁴² „Zwischen den Staaten kann mithin kein Recht sein, zwischen ihnen gibt es nur Gewalt. Es gibt darum kein Völkerrecht. Wohl mögen die Herrscher es bei ihrem Verkehr als in ihrem Vorteile gelegen finden, gewisse Grundsätze gegenseitig zu beobachten, allein keiner ist an dieselben länger gebunden, als er will. Dies ist also offenbar kein Recht. Ebenso ist ein anderer Teil dessen, was man Völkerrecht nennt, kein Völkerrecht, sondern gleichmäßiges Staatsrecht der gebildeten Staaten.“

⁶³⁷ *Lasson*, Princip (Anm. 612), S. 22 – Anführungszeichen vom Herausgeber eingefügt.

⁶³⁸ *Lasson*, Princip (Anm. 612), S. 35 – Hervorhebung von Kelsen.

⁶³⁹ «zwischen zwei Staaten»] *Lasson*, Princip (Anm. 612), S. 56: «zwischen Staaten».

⁶⁴⁰ *Lasson*, Princip (Anm. 612), S. 56 – Hervorhebung von Kelsen.

⁶⁴¹ *Lasson*, Princip (Anm. 612), S. 56 – Hervorhebung von Kelsen.

⁶⁴² *Max von Seydel*, Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, Würzburg 1873, S. 32.

Mutterschoße der Rechtstheorie entwunden | und sich selbst ad absurdum geführt. Von diesem mechanistischen Standpunkte aus produziert nun *Lasson* die bekannte Lehre vom „Gleichgewicht“ der Staaten¹⁾, die wohl als der naive Versuch eines Naturgesetzes gewisser sozialer Erscheinungen, nicht aber als eine juristische Kategorie gelten kann. Und nur auf dieser naturwissenschaftlichen – oder richtiger: pseudo-naturwissenschaftlichen – Grundlage kann *Lasson* die von so vielen Juristen immer wieder aufgestellte Behauptung vertreten, daß Staatsverträge nicht rechtsgültig oder verbindlich, sondern nur „vernünftig“ oder unvernünftig, d. h. aber: die richtige oder falsche Beschreibung eines Kräfte- und Interessenverhältnisses seien. Sie sind „vernünftig“ nur insoweit, „als sie das gegenseitige Verhältnis der Macht zwischen den Pacifizierenden⁶⁴⁴ im Wesentlichen korrekt ausdrücken“²⁾. Deutlicher kann die Negation von Recht und Rechtswissenschaft durch den Juristen nicht zutage treten, als wenn dieser – als solcher – seine Aufgabe in der Beschreibung von Seinstatsachen erblickt. In diesem Recht und Rechtswissenschaft gänzlich denaturierenden Sinn deutet *Lasson* – sehr zutreffend – auch die berühmte *clausula rebus sic stantibus*³⁾, die das Völkerrecht auf die Formel reduziert: du sollst, was du willst, und die Völkerrechtswissenschaft zu einer Deskription von Interessen und Machtmitteln erniedrigt, in Wahrheit: aufhebt.

Die Leugnung des Völkerrechts als einer über den Staaten stehenden Rechtsordnung unternimmt neuestens auch *Somló*⁴⁾. Die Besonderheit seines Standpunktes besteht darin, daß er zwar in Opposition zu der staatsrechtlichen Konstruktion des Völkerrechts dieses ausdrücklich als eine *über* den einzelnen Rechtsmächten – den Staaten – stehende Ordnung gelten und deren Normen die unterworfenen Staaten verpflichten läßt, daß er aber diesem Normensystem den Charakter des *Rechtes* absprechen zu müssen glaubt. Die Gründe, aus denen dies geschieht sind: die relative Spärlichkeit der sogen. Völkerrechtsnormen, die Unbeständigkeit der „Völkerrechtsmacht“ und die unzureichende Befolgung des Völkerrechts.⁶⁴⁸ Auf diese Momente näher einzugehen, ist hier kein Anlaß. Was die Natur der Völkerrechtsnormen betrifft, so glaubt *Somló* sie weder dem Rechte noch auch einer anderen der bekannten Normkategorien subsumieren zu können.

¹⁾ a. a. O. S. 56 ff.⁶⁴³

²⁾ a. a. O. S. 62.⁶⁴⁵

³⁾ a. a. O. S. 65.⁶⁴⁶

⁴⁾ a. a. O. S. 153 ff.⁶⁴⁷

⁶⁴³ *Lasson*, Princip (Anm. 612), S. 56–66.

⁶⁴⁴ Lat.: *paciscor*, dt.: einen Vertrag schließen.

⁶⁴⁵ *Lasson*, Princip (Anm. 612), S. 62 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁶⁴⁶ *Lasson*, Princip (Anm. 612), S. 65.

⁶⁴⁷ *Somló*, Grundlehre (Anm. 114), S. 153–173.

⁶⁴⁸ *Somló*, Grundlehre (Anm. 114), S. 162f.

Er will sie „als besondere Gattung im Bereiche der heteronomen Normen des Handelns“ gelten lassen⁵⁾.

|203 |Der Grundirrtum *Somlos* besteht darin, daß er einen Einheitsbezug zwischen einer Rechtsordnung und einem anderen Normensystem für möglich hält, ohne daß dieses andere System Rechtscharakter hat oder einen solchen – etwa durch Delegation – annimmt. Wie könnten denn andere als *Rechtsnormen* den Staat – eine *Rechtsmacht* wie *Somlo* sagt⁶⁵⁰ – verpflichten? Nur wenn man die „Rechtsmacht“ hypostasiert, als eine Art Mensch vorstellt, kann man sich zu der falschen Analogie verirren: So wie der Mensch kann auch der Staat verschiedenen Normensystemen unterworfen sein. Allein der Staat ist selbst ein Normensystem und die Annahme seiner Verpflichtung durch ein anderes System nur der anthropomorphe Ausdruck für das Problem eines Verhältnisses zweier Systeme. *Dieses* Problem löst sich aber nur durch die Erkenntnis der *Einheit* beider Systeme, die Herstellung einer letztlich einheitlichen Rechtsordnung. *Somlo* meint in bezug auf das Völkerrecht: „Damit, daß von einer Norm behauptet wird, daß sie keine juristische ist, ist nicht auch gesagt, daß sie nicht zu befolgen sei“⁽¹⁾. Allein: *Von wem*, von welchem *Standpunkte* aus ist dies gesagt? Von einem juristischen Standpunkte aus – und das soll doch wohl derjenige sein, von dem aus *Somlo* seine „Juristische Grundlehre“ schreibt – kann nur von einer *Rechtsnorm* gesagt werden, daß sie zu befolgen sei, das heißt: daß sie *gelte*. Denn eine andere als eine *Rechts-Geltung* ist von diesem Standpunkte, innerhalb dieses Systems nicht denkbar. Welche Norm wäre dann im Falle eines inhaltlichen Konflikts zwischen den Normen der beiden verschiedenen Systeme zu befolgen?

Der innere Widerspruch einer über der einzelstaatlichen Rechtsordnung stehenden, gültigen, verbindlichen Völkerrechtsordnung, die keine *Rechtsordnung* ist, tritt auch bei *Somlo* deutlich zutage. Daß er das Völkerrecht nicht als Recht – und damit von einem juristischen Standpunkt eben *überhaupt nicht* – gelten läßt, geht letztlich darauf zurück, daß er die einzelstaatliche Rechtsordnung als souverän voraussetzt. Daß deren Normen von einer „höchsten Macht“ herrühren, sei für sie wesentlich, ja auf den Begriff dieser „höchsten Macht“ ist bei ihm der ganze Rechtsbegriff – und das ist für ihn der Begriff der einzelstaatlichen Rechtsordnung – abgestellt²⁾. Wie ist es aber dann möglich, daß „über“ dieser „höchsten“ Macht doch noch eine höhere, nämlich die des Völkerrechts stehen kann, von der *Somlo* ausdrücklich hervorhebt, daß sie | eine „den einzelnen Rechtsmächten übergeord-

|204

⁵⁾ a. a. O. S. 170.⁶⁴⁹

|203 |¹⁾ a. a. O. S. 169.⁶⁵¹

²⁾ a. a. O. S. 86, 93, 105.⁶⁵² Vgl. dazu die Ausführungen des ersten Teiles, S. 31 ff.⁶⁵³

⁶⁴⁹ *Somló*, Grundlehre (Anm. 114), S. 170.

⁶⁵⁰ *Somló*, Grundlehre (Anm. 114), S. 103.

⁶⁵¹ *Somló*, Grundlehre (Anm. 114), S. 169.

⁶⁵² *Somló*, Grundlehre (Anm. 114), S. 86, 93, 105.

⁶⁵³ Vgl. oben S. 301–307.

nete Macht“ sei¹⁾. Allerdings gibt *Somlo* dem Begriff der „höchsten“ Macht eine Deutung, die aus dem absoluten Superlativ eine *relativ* intensive Wirksamkeit macht; was dann zu der seltsamen Konsequenz führt, daß die „Macht“ des Völkerrechtes zwar „über“ der Einzel-Rechtsmacht steht, aber weniger wirksam ist als diese, die – wegen der Intensität ihrer Wirksamkeit – als „höchste“ bezeichnet wird! Es ist gewiß kein Zufall, daß sich *Somlo* der für seine psychologistisch-soziologische Bestimmung der Rechtsmacht ganz unzutreffenden Terminologie einer „höchsten“ Macht – das ist des typischen Souveränitätsausdruckes – bedient und so den Widerspruch nur manifestiert, den seine Völkerrechtskonstruktion zu verbergen sucht: den Widerspruch zwischen der Souveränität der einzelstaatlichen Rechtsordnung und einem Primat des Völkerrechts.

Achstes Kapitel.

Der Primat der Völkerrechtsordnung.

§ 46. Einstellung des Problems.

Nach allgemein anerkannter Auffassung gehört zum Wesen und Begriff des Völkerrechtes, daß es eine Gemeinschaft *gleichberechtigter* Staaten konstituiert. Die Vorstellung der Koexistenz einer Vielheit von Gemeinwesen, die trotz der tatsächlichen Verschiedenheit ihrer Größe, Volkszahl und effektiven Machtmittel *rechtlich* gleichwertig und – bei gegenseitig abgegrenzten Machtsphären – zu irgend einer höheren Gemeinschaft verbunden sind, ist eine eminent *sittliche* Idee und einer der wenigen, wirklich wertvollen und unbestrittenen Bestandteile des neuzeitlichen Kulturbewußtseins. Diese Vorstellung ist aber nur möglich mit Hilfe einer juristischen Hypothese: daß *über* den als Staaten angesehenen Gemeinwesen eine *Rechtsordnung* steht, die die Geltungsbereiche der Einzelstaaten gegenseitig abgrenzt, indem sie Eingriffe des einen in die Sphäre des andern verhindert oder doch an gewisse, für alle gleiche Bedingungen knüpft; eine Rechtsordnung, die das gegenseitige Verhalten dieser Gemeinwesen durch für alle gleiche Normen regelt, bei der Gestaltung der besonderen Rechtsverhältnisse zwischen den einzelnen Staaten grundsätzlich jeden Rechtsmehrwert des einen gegenüber dem anderen ausschließt, und | die, als eine Universalordnung, die zu besonderen Rechtssubjekten | 205 personifizierten einzelstaatlichen Rechtsordnungen aus ihrer Isoliertheit (und damit aus ihrer Höchstwertigkeit oder Souveränität) heraushebt, um sie – nunmehr als Teilordnungen – zu einem Ganzen, zu einer „Gemeinschaft“ zu verbinden. – Dies leistet das Völkerrecht, leistet es jedoch nur, wenn sein Primat gegen-

¹⁾ a.a.O. S. 155.⁶⁵⁴

| 204

⁶⁵⁴ *Somló*, Grundlehre (Anm. 114), S. 155.

über den einzelstaatlichen Rechtsordnungen angenommen, wenn es – um in dem üblichen Bilde zu bleiben – als eine „über“ den Staaten stehende Rechtsordnung angesehen wird, d. h. wenn die einzelstaatlichen Rechtsordnungen als Bestandteile einer sie als Rahmen umspannenden Universalrechtsordnung gelten, nicht aber, wenn das Völkerrecht als Bestandteil der einzelstaatlichen Rechtsordnung, als „äußeres Staatsrecht“ vorgestellt wird. Denn nur bei einem Primat der Völkerrechtsordnung erscheinen die Einzelstaaten auf der gleichen Rechtsebene, indem sie alle gleichermaßen der ihnen übergeordneten universalen Rechtsordnung unterworfen sind, können daher rechtlich als Gemeinwesen gleichen Ranges gelten; während bei einem Primat der einzelstaatlichen Rechtsordnung die eigene staatliche Rechtsordnung, von deren Primat man ausgeht, gegenüber den anderen – kraft „Anerkennung“ seitens der eigenen – gültigen Staatsordnungen allein die Stellung einer „höchsten“, d. h. die anderen rechtslogisch umfassenden Ordnung, somit allein Souveränität behauptet. Und indem der Primat des Völkerrechts diese Funktion erfüllt, wird der Rechtsbegriff zugleich im formellen und materiellen Sinne vollendet: Das Recht wird zur Organisation der Menschheit und damit eins mit der höchsten sittlichen Idee.

In demselben Maße, in dem die Völkerrechtstheorie an der Vorstellung des Nebeneinander einer Vielheit von koordinierten Staaten festhält – und dies ist ausnahmslos der Fall – muß sie auch mit dem diese Vorstellung überhaupt erst ermöglichenden Primat des Völkerrechtes gegenüber den einzelstaatlichen Rechtsordnungen operieren. Sie tut dies – wenngleich in vielfachem Widerspruch zu gewissen gleichzeitig behaupteten Konstruktionen, die einen Primat der einzelstaatlichen Rechtsordnung voraussetzen. Und so findet sich denn bei den meisten Völkerrechtsjuristen die Annahme, daß, wenn nicht das ganze Völkerrecht, so doch gewisse *Bestandteile* desselben eine irgendwie *objektive*, d. h. von dem Willen des Einzelstaates, der „Quelle“ der einzelstaatlichen Rechtsordnung *unabhängige* Existenz haben. Ist aber der Bestand von Völkerrechtsnormen zugegeben, deren Geltung nicht auf dem „Willen“ der durch sie verpflichteten Einzelstaaten beruht, dann muß nicht nur dieses, sondern – wie sich leicht zeigen läßt – das ganze

|206 | Völkerrecht als ein „über“ den einzelstaatlichen Rechtsordnungen stehendes Normensystem vorgestellt werden; die weiteren Konsequenzen dieser Konstruktion liegen zwar offen zutage, werden freilich nicht gezogen.

§ 47. Die Objektivität des Völkerrechts; das „natürliche“, „notwendige“, „theoretische“, „unwillkürliche“ Völkerrecht.

Schon *Grotius*⁶⁵⁵ hatte gelehrt, daß es neben dem „willkürlichen“ Völkerrechte aller oder nur mehrerer Völker ein „unveränderliches und natürliches“ Völker-

⁶⁵⁵ Hugo Grotius, auch: Hugo de Groot (1583–1645), niederländischer Philosoph, Theologe, Rechtsgelehrter und einer der Begründer des modernen Völkerrechtsdenkens. Wichtige Werke: *De jure belli ac pacis*, 3 Teile, Paris 1625 (2. Aufl., Amsterdam 1631); *De veritate religionis christianae*, Paris 1627.

recht gebe, das von niemandem gesetzt sei und dem sich kein Staat entziehen könne.⁶⁵⁶ Die Annahme eines solchen „natürlichen“, d. h. von der Willkür und dem Willen der Einzelstaaten unabhängigen Völkerrechts ist unvermeidlich; und zwar schon deshalb, um das „willkürliche“, d. h. auf dem Willen der Staaten beruhende, durch Verträge fortgebildete und in seinem Inhalt daher veränderliche Völkerrecht als ein Recht zwischen koordinierten Gemeinwesen zu begründen. Denn der *Rechtssatz*, daß Verträge zu erfüllen sind, diese Grundlage des „willkürlichen“ Völkerrechtes, muß – da er nicht durch den Willen eines Einzelstaates oder mehrerer Einzelstaaten gesetzt werden kann – er soll ja erst die Verbindlichkeit dieses „Willens“ und damit diesen „Willen“ als Rechtstatsache begründen – als „natürliches“ Recht, d. h. hier aber nichts anderes als eine Rechtshypothese vorausgesetzt werden. Damit wird aber nicht nur das sog. natürliche Recht – dessen Kern stets die Norm *pacta sunt servanda* ist – sondern auch das ganze auf diesem natürlichen Rechte gegründete willkürliche Völkerrecht, das in seinem Inhalt variable, durch den Willen des Staates bestimmte Vertrags-Völkerrecht in die Sphäre der *objektiven* Geltung und damit in die Sphäre des Rechtes gezogen. Es ist ja auch mit dem Privatrecht nicht anders. Die Rechtsverhältnisse zwischen den Menschen werden inhaltlich durch ihren Willen, d. h. rechtsgeschäftlich vor allem durch Vertrag bestimmt. Nur die Beziehung auf den Inhalt gestattete, hier von einem „Willkürrecht“, von Privatautonomie zu sprechen. Die Verbindlichkeit des Privatwillens ruht aber auf der objektiven, von dem Willen der Parteien unabhängigen Privatrechtsordnung, auf dem Rechtssatz, der an den Tatbestand einer bestimmten Willensäußerung bestimmte Rechtsfolgen knüpft. Wie im Privatrecht ist auch im Völkerrecht *Freiheit* des Individualwillens, also Willkür im eigentlichen Sinne, nur für die *Begründung* eines Rechtsverhältnisses, keineswegs für dessen Aenderung | oder Beendigung eingeräumt. („Eingeräumt“, nämlich von einer objektiven Norm, und darum als subjektives Prinzip der Willkür eigentlich schon aufgehoben.) Und wie im Privatrecht so muß man auch im Völkerrecht das ganze durch Verträge geschaffene Recht – wenn es auch mehr oder weniger Individualrecht ist – wegen des Vertragsrechtssatzes, seiner objektiven Grundlage, als *objektives*, in seiner formalen Geltung der Willkür entrücktes, d. h. aber als echtes Recht gelten lassen. Eine Norm, ein Sollen, dessen Geltung von dem subjektiven Wollen desjenigen abhinge, dessen Verhalten es beinhaltet, wäre keine Norm mehr. In dem Satze: du sollst, wenn und was du willst, ist mit dem Gegensatze von Sein und Sollen das Wesen der Norm überhaupt aufgehoben. |207

Soll das Völkerrecht überhaupt Recht, soll es ein System gültiger Normen sein, dann muß seine Geltung in dem Sinne objektiv sein, daß sie von dem Willen der verpflichteten Subjekte unabhängig ist. Geltung und objektive Geltung sind eins. Als „äußeres Staatsrecht“ vorgestellt, teilt das Völkerrecht die Objektivität der staatlichen Rechtsordnung, deren Bestandteil es bildet. Nur solange die Hyposta-

⁶⁵⁶ Vgl. *Hugo Grotius, De iure belli ac pacis libri tres*, Paris 1625, Prolegomena (S. 6–10).

sierung der Staatsperson nicht aufgelöst wird, solange man nicht *menschliches* Wollen und Handeln als Inhalt der Normen, *Menschen* als Träger der Pflichten erkennt, hat es den Anschein, als ob die Geltung des Rechtes der Staatsperson gegenüber der Objektivität ermangelte; denn nach der üblichen Vorstellung ist der Wille des Staates zugleich das Recht und das verpflichtete Subjekt: der Staat soll nur, wenn und was er will. Indes steht die Geltung staatlicher Rechtsordnung – soweit ihr Inhalt in Betracht kommt – letztlich nur *Menschen* gegenüber in Frage, und ihre Objektivität ist um so weniger einem Zweifel unterworfen, als sie – nicht zuletzt um diese ihre Objektivität zum Ausdruck zu bringen – als Wille einer von allen verpflichteten Menschen verschiedenen, fingierten Person gedacht wird. – Wird die Objektivität des Völkerrechtes gegenüber dem *Staate* betont, indem die Geltung aller oder doch gewisser Normen desselben als vom Willen des (verpflichteten) Staates unabhängig erklärt wird, so ist damit nichts anderes behauptet, als eine mit der *speziellen* Quelle der einzelstaatlichen Rechtsordnung nicht identische Quelle des Völkerrechtes; dessen Verhältnis zur einzelstaatlichen Rechtsordnung, eben wegen der Möglichkeit einer völkerrechtlichen Verpflichtung des Staates d. h. der durch die einzelstaatliche Rechtsordnung zu bestimmenden Menschen, nur das der Ueberordnung sein kann. Indem man eine objektive Geltung des Völkerrechtes dem Staate gegenüber behauptet, stellt man sich auf den Standpunkt eines

| 208 Primates des Völkerrechtes. | Ein Völkerrecht, das nicht der Wille des Einzelstaates ist, ja nicht einmal in seiner Geltung von dem Willen des Einzelstaates abhängt, kann natürlich auch nicht ein Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung, kann nicht äußeres Staatsrecht sein. Soll überhaupt eine Beziehung zwischen beiden Rechtssystemen bestehen, dann muß die staatliche Rechtsordnung zum Bestandteil des Völkerrechtes werden.

Die Objektivität des Völkerrechtes gegenüber dem Willen des Einzelstaates wird von fast allen Schriftstellern mehr oder weniger ausdrücklich behauptet. Nur als typische Beispiele seien die folgenden angeführt. So unterscheidet *Bluntschli*¹⁾ zwischen dem „notwendigen“ Völkerrecht, das die Staaten bindet und zwar auch die Staaten, welche sich nicht erklärt haben, sogar dissentierende Staaten, und dem „konventionellen“ Völkerrecht, das auf dem Vertragswillen beruht. Ja, er erklärt als einen Rechtssatz des Völkerrechtes geradezu die Norm: „Es hängt nicht von der Willkür eines Staates ab, das Völkerrecht zu achten oder zu verwerfen. Da sich kein Staat seiner Menschennatur entledigen kann, so darf er sich auch seiner Menschenpflicht nicht entziehen.“ Und er fügt kommentierend hinzu: „Wäre das Völkerrecht ausschließlich das Erzeugnis freien Willens der einzelnen Staaten, so wäre im Grunde alles Völkerrecht Vertragsrecht, d. h. kein Staat wäre anderen Staaten gegenüber verpflichtet, völkerrechtliche Sätze zu beachten, wenn diese nicht durch

| 208 ¹⁾ Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt. 3. Aufl. 1877.⁶⁵⁷

⁶⁵⁷ *Johann Caspar Bluntschli*, Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt, 3. Aufl., Nördlingen 1878, S. 65.

Staatenvertrag sanktioniert wären. Es bliebe dann sogar unerklärt, weshalb denn die Verträge die Staaten auch dann noch binden, wenn der Wille der Vertragsparteien sich ändert, weshalb nicht jede Willensänderung eine Rechtsänderung nachzieht. Die Verbindlichkeit des Völkerrechts setzt die *Notwendigkeit* desselben im Gegensatz zur Willkür voraus⁽²⁾. Unter Notwendigkeit versteht *Bluntschli*, was hier als objektive Geltung bezeichnet wurde. Allerdings könnte die Verbindlichkeit der Verträge – wie gezeigt⁶⁵⁹ – auch vom Standpunkt einer Konstruktion aufrecht erhalten werden, in der das Völkerrecht als Wille des Einzelstaates erscheint; eine einseitige Willensänderung wäre aber *verfassungsrechtlich* unmöglich. Nur daß eine solche Völkerrechtshypothese nicht imstande ist, die Vorstellung von koordinierten, gleichberechtigten Gemeinwesen und daher auch nicht die Vorstellung eines Vertrages zwischen *Staaten* zu ermöglichen.

Sehr charakteristisch für den Widerspruch, in den die Theorie gerät, wenn sie dem Völkerrecht nur eine *subjektive* Geltung für den Staat zubilligen will, indem sie es lediglich auf den – in | einem Vertrag oder in einer „Anerkennung“ ausge- | 209
drückten Willen des selbstverpflichteten Staates gründet, andererseits aber die Existenz von Völkerrechtsnormen zugeben muß, die nicht nur keine solche Grundlage aufweisen, sondern diese „Grundlage“ erst ihrerseits begründen, zeigen die Ausführungen *Heffters*^{660 1)}. Er nennt das Völkerrecht ausdrücklich nur ein „äußeres Staatsrecht“⁽²⁾ und lehnt entschieden die Vorstellung ab, die Geltung des Völkerrechts auf ein „höheres, alle Staaten verpflichtendes Gesetz“, ein „Naturrecht, welches sie philosophisch konstruieren“⁽³⁾, zu begründen. Er gibt sich weiter darüber keine Rechenschaft, wie ohne die Hypothese eines solchen „höheren Gesetzes“ eine Vielheit *nebeneinander bestehender*, gleichberechtigter Staaten *rechtlich* möglich sein soll; und erklärt, sich auf diese Vorstellung stützend: „Die Wahrheit

2) a. a. O. S. 60. ⁶⁵⁸

¹⁾ *Heffter-Geffcken*, Das europäische Völkerrecht der Gegenwart, 8. Ausgabe, 1888. ⁶⁶¹ | 209

2) a. a. O. S. 1. ⁶⁶²

3) a. a. O. S. 7. ⁶⁶³

⁶⁵⁸ Zwei Zitate: *Bluntschli*, Völkerrecht (Anm. 657), S. 60 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

⁶⁵⁹ Vgl. oben S. 398 f.

⁶⁶⁰ August Wilhelm Heffter (1796–1880), Staats-, Straf- und Völkerrechtslehrer sowie konservativer Politiker. Ab 1816 im Justizdienst, ab 1823 o. Prof. der Rechte in Bonn (1828/1829 Rektor), ab 1830 in Halle (Saale) und ab 1832 in Berlin. 1849–1852 war er Mitglied der Preußischen Ersten Kammer und wesentlich an der Abfassung der Verfassungsurkunde Preußens beteiligt. Er war Kronsyndikus, ab 1863 Mitglied des Preußischen Herrenhauses auf Lebenszeit und Mitglied des „Institut de Droit international“. Wichtige Werke: Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts, Halle (Saale) 1833 (4. Aufl., Halle (Saale) 1848); Der gegenwärtige Grenzstreit zwischen Staat und Kirche, Halle (Saale) 1839; Das europäische Völkerrecht der Gegenwart, Berlin 1844 (8. Aufl., bearb. von Friedrich Heinrich Geffcken, Berlin 1888).

⁶⁶¹ *August Wilhelm Heffter*, Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen, 8. Aufl., bearb. von Friedrich Heinrich Geffcken, Berlin 1888.

⁶⁶² *Heffter*, Völkerrecht (Anm. 661), S. 1.

⁶⁶³ *Heffter*, Völkerrecht (Anm. 661), S. 7.

ist, daß, wie schon bemerkt, für unabhängige Staaten ein gültiges Recht wesentlich durch gemeinsamen Willen (consensu) besteht ...“ Er hält also an der Anerkennungs- und Vertragsbasis, an dem Prinzip einer subjektiven Geltung des Völkerrechts fest. Allein er schwächt diesen „gemeinsamen Willen“, diesen Konsens so sehr ab, daß er im Grunde genommen ganz verschwindet, wenn von diesem Rechte erklärt wird, daß es „zu seiner Gültigkeit weder einer ausdrücklichen Anerkennung in Verträgen, noch einer Bestätigung durch Gewohnheit überall bedarf.“⁶⁶⁴ *Heffter* sagt wörtlich: „Es gibt nämlich ein schon aus innerer Nötigung anzuerkennendes, darum auch keiner ausdrücklichen Anerkennung bedürftiges gegenseitiges Recht der Staaten, insbesondere der in einem gleichartigen Kulturgrade stehenden Staaten. Denn es gibt Grundsätze, die kein derartiger Staat verleugnen darf, wenn er dauernd und mit Sicherheit an dem gemeinsamen Staatenverkehr teilnehmen will, deren Anerkennung also auch jeder bei dem anderen voraussetzt, weil er sonst alle Verbindung mit demselben vermeiden und aufheben würde. So ist von selbst in dem Friedlichzusammenbestehenwollen das Recht der *gegenseitigen Achtung der Persönlichkeiten* enthalten, so in dem Wollen eines zuverlässigen Verkehrs *das Recht der Verträge* und Gesandtschaften, so in der Ausschließung eines ewigen Kriegszustandes *das Gesetz einer menschlichen Kriegführung*. Ein solches ungeschriebenes, von selbst verstandenes Recht verkennen wollen, hieße die Sittlichkeit der christlichen Staaten auf die niedrigste Stufe stellen.“ Neben diesem keiner ausdrücklichen Anerkennung bedürftigen, aus innerer

|210 | Nötigung, also *notwendig*, wenn vielleicht auch nur stillschweigend anzuerkennenden gäbe es auch ein durch bestimmte Willensakte gesetztes Völkerrecht¹⁾. – Daß *Heffter* auf diese Weise gerade die von ihm feierlich abgelehnte Vorstellung eines „höheren, alle Staaten verpflichtenden Gesetzes“, eines „Naturrechtes“ als Grund des objektiv gültigen Völkerrechtes akzeptiert, liegt auf der Hand. Von welchem anderem Ding als dem Moralgesetz könnte nämlich jene „innere Nötigung“ ausgehen, mit der man zur Anerkennung jener „Grundsätze“ gezwungen wird, deren eventuelle Negierung *Heffter* veranlaßt, an die „Sittlichkeit der christlichen Staaten“ zu rekurrieren? Ein objektiv gültiges, von dem Willen und Interesse der Subjekte gänzlich unabhängiges Sittengesetz, etwa nach Art des kategorischen Imperativs, muß vorausgesetzt werden, wenn die Grundsätze gelten sollen, bezüglich deren *Heffter* eine ausdrückliche Anerkennung nicht für notwendig erklärt. Denn wer z. B. zuverlässigen Verkehr mit dem anderen wünscht, der muß wohl Vertragstreue *von diesem ändern* wollen, ohne sie aber für sich selbst gelten zu lassen. Der subjektive Wille eines bestimmten Erfolges kann das objektive Gebot der Vertragstreue nicht begründen. Die Objektivität dieser Norm ist es aber gerade, die

|210 |¹⁾ a. a. O. S. 7.⁶⁶⁵

⁶⁶⁴ Zwei Zitate: *Heffter*, Völkerrecht (Anm. 661), S. 7.

⁶⁶⁵ *Heffter*, Völkerrecht (Anm. 661), S. 7 – Hervorhebung von Kelsen.

Heffter dadurch zum Ausdruck bringt, daß er eine ausdrückliche Anerkennung derselben für überflüssig erklärt oder – in anderem Zusammenhang – das erforderliche Einverständnis (consensus) als „mit Gewißheit voraussetzend“²⁾ präsumiert, richtiger fingiert.

Noch deutlicher betont Geffcken⁶⁶⁷ in seiner Bearbeitung des Heffterschen Werkes die zur Anerkennungstheorie in direktem Widerspruch stehende Objektivität der Geltung des Völkerrechts, wenn er mit Beziehung auf ein Zitat aus Sir W. Scott⁶⁶⁸ von den Verträgen, Gesetzen und Verhandlungen (transactions) der zivilisierten Staaten, in denen das Völkerrecht niedergelegt sei,⁶⁶⁹ behauptet: „Diese sind sein Ausdruck, aber es besteht vor ihnen und unabhängig von ihnen“³⁾.

In seinem auch in deutscher Sprache weit verbreiteten Lehrbuch des Völkerrechts unterscheidet Bonfils^{671 4)} „das theoretische oder natürliche Völkerrecht“ von dem „positiven oder willkürlichen Völkerrecht“⁵⁾. Das theoretische oder natürliche Völkerrecht, das – im Gegensatz zum willkürlichen – den Charakter des not|wendigen hat, schildert er folgendermaßen: „Aus der schöpferischen Ursache |211

²⁾ a. a. O. S. 3. ⁶⁶⁶

³⁾ a. a. O. S. 5. ⁶⁷⁰

⁴⁾ Lehrbuch des Völkerrechts, 3. Aufl., übersetzt von Grah, 1904. ⁶⁷²

⁵⁾ a. a. O. S. 15. ⁶⁷³

⁶⁶⁶ Heffter, Völkerrecht (Anm. 661), S. 3.

⁶⁶⁷ Friedrich Heinrich Geffcken (1830–1896), Staatsrechtslehrer und Politiker. Er trat 1854 in den diplomatischen Dienst der Hansestadt Hamburg ein. Er war 1869–1872 Syndikus im Hamburger Senat und 1872–1882 Professor in Straßburg. Infolge seiner Veröffentlichung eines Teils des Kriegstagebuchs des Kronprinzen Friedrich Wilhelm veranlasste Bismarck 1888 eine Anklage wegen Landesverrats, die aber 1889 fallen gelassen wurde. Er war Mitglied des „Institut de Droit international“. Wichtige Werke: Die Reform der Preußischen Verfassung, Leipzig 1870; Staat und Kirche, Berlin 1875; Der 2. Juni und die Reichstagswahlen, Straßburg 1878.

⁶⁶⁸ Sir William Scott (1745–1836, ab 1821 geadelt zu Baron Stowell), englischer Jurist und Politiker. Er war 1774–1785 Camden Reader of Ancient History in Oxford, wurde 1780 zum (zivilistischen) Barrister ernannt und war 1788–1821 Richter am Consistory Court des Bistums London sowie 1788–1798 King's Advocate (der die Regierung vor Kirchen- und Admiraltätsgerichten vertrat). 1798–1828 war Scott Richter am High Court of Admiralty. Er war 1790–1821 Abgeordneter im House of Commons und ab 1821 Mitglied des House of Lords.

⁶⁶⁹ Vgl. *Le Louis* [1817] 2 Dodson 210, 165 English Reports 1464 (15 December 1817), 1477 (Sir William Scott): „fixed and evidenced by general and ancient and admitted practice by treaties and by the general tenour of the laws and ordinances and the formal transactions of civilized states“.

⁶⁷⁰ Heffter, Völkerrecht (Anm. 661), S. 4–6 Anm. 1 (5) – Zusatz von Geffcken.

⁶⁷¹ Henry (Joseph François Xavier) Bonfils (1835–1897), französischer Privat-, Staats- und Völkerrechtslehrer. Er war ab 1859 Anwalt in Toulouse, 1864–1866 Prof. agrégé in Douai, ab 1866 Dozent in Toulouse, 1875–1891 Prof. ebendort (1879–1888 Dekan). Wichtige Werke: *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers en matière civile, commerciale et criminelle*, Paris 1865; *Traité élémentaire d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure en matière civile et commerciale*, Paris 1885 (2. Aufl., Paris 1892); *Manuel de droit international public (droit des gens)*, Paris 1894 (2. Aufl., hrsg. von Paul Fauchille, Paris 1898).

⁶⁷² *Henry Bonfils*, Lehrbuch des Völkerrechts für Studium und Praxis, 3. Aufl., bearb. von Paul Fauchille, übersetzt von August Grah, Berlin 1904.

⁶⁷³ *Bonfils*, Lehrbuch (Anm. 672), S. 15 – Kelsen paraphrasiert.

und der Grundlage des Völkerrechts“ (soll offenbar soviel heißen wie: aus dem Wesen und Begriff des Völkerrechts) „leitet die menschliche Vernunft im Wege *notwendiger* Schlußfolgerung ursprüngliche, allgemeine, absolute Regeln ab, ohne die das Dasein der Staaten, ihre Souveränität, ihre politische Unabhängigkeit und ihr Anspruch auf Gleichberechtigung verkannt und verletzt werden würde. Beispiele: Die Befugnis im eigenen Lande ohne Zustimmung anderer Staaten die Handelsfreiheit zu verkünden; das Recht, während des Krieges zwischen anderen Staaten Frieden zu halten, aber mit der entsprechenden Verpflichtung, keinen der beiden Kriegsparteien zu begünstigen; die Pflicht der Kriegsparteien, die Handelsfreiheit der Neutralen zu achten; die Unterlassung jeder Einmischung in die inneren Angelegenheiten eines anderen Staates; die Unverletzlichkeit der Vertreter fremder Staaten; die Freiheit, Verträge abzuschließen; die Achtung vor abgeschlossenen Verträgen u. dgl. Die Vernunft an sich – abgesehen von jeder Gewohnheit – schafft und bildet diese ursprünglichen grundlegenden Rechtssätze ... Das Vernunftrecht ist die Wissenschaft, die auf der reinen Theorie aufgebaut ist.“⁶⁷⁴ *Dieses natürliche Völkerrecht gilt unabhängig von seiner ausdrücklichen oder stillschweigenden Anerkennung für alle – auch die nicht zivilisierten – Staaten und Völker.* „Das natürliche Recht ist verpflichtend, weil es notwendig ist. Diese Notwendigkeit drängt sich sämtlichen Staaten auf“⁽¹⁾. Deutlicher kann ein von dem Willen der Einzelstaaten unabhängiges, aus einem von der Quelle einzelstaatlichen Rechtes verschiedenen Ursprung entspringendes Völkerrecht und damit der Primat desselben nicht behauptet werden. Doch darf es einen nicht wundern, daß im unmittelbaren Anschluß an diese Charakteristik des Völkerrechts gesagt wird: „Die Grundsätze dieses Rechtes bilden gewissermaßen (!) einen Bestandteil ihrer (der Einzelstaaten) Landesgesetze“⁽²⁾, was natürlich den Primat der staatlichen Rechtsordnung, also den gerade entgegengesetzten Standpunkt bedeutet; oder wenn – nachdem von der Grundlage des ganzen Völkerrechts gesagt wird, sie dränge sich den Staaten mit *Notwendigkeit* und *unabhängig von jeder Anerkennung* auf – das Völkerrecht definiert wird: als „das *frei gewollte* und *anerkannte* Genossenschaftsrecht solcher Staaten, die den Verkehr mit anderen Staaten aus sichtlich rechtlchem Interesse üben und als eine Forderung ihrer Kultur|bedürfnisse begreifen, somit als Bestandteil einer allgemeinen sie verpflichtenden Ordnung anerkennen“⁽¹⁾.

|211 |¹⁾ a. a. O. S. 18.⁶⁷⁵

²⁾ a. a. O. S. 18.⁶⁷⁶

|212 |¹⁾ a. a. O. S. 6.⁶⁷⁷

⁶⁷⁴ Bonfils, Lehrbuch (Anm. 672), S. 15.

⁶⁷⁵ Bonfils, Lehrbuch (Anm. 672), S. 18.

⁶⁷⁶ Bonfils, Lehrbuch (Anm. 672), S. 18 – Klammerausdrücke von Kelsen eingefügt.

⁶⁷⁷ Bonfils, Lehrbuch (Anm. 672), S. 6 – Hervorhebungen von Kelsen.

Es ist der gleiche Widerspruch, wenn *Rivier*^{678 2)} in seinem bekannten Lehrbuch eingangs das Völkerrecht als „äußeres Staatenrecht“³⁾ kennzeichnet, um dann zu einem vom staatlichen Rechte gänzlich verschiedenen Ursprung des Völkerrechts zu gelangen. Er betont, daß das Völkerrecht nicht „willkürlich“ sei. „Seine Grundlage ist die göttliche Weltordnung“⁴⁾. Und er führt die primäre Quelle des Völkerrechts, das „gemeinsame Rechtsbewußtsein“ der Staaten⁵⁾ wieder auf zwei engverbundene Quellen zurück: „Notwendigkeit“ und „Vernunft“⁶⁾. So trägt er der Forderung nach Objektivität und Primat des Völkerrechts Rechnung. Nichtsdestoweniger zitiert er zustimmend Äußerungen *Holtzendorffs*^{684 7)}, die als letzten Geltungsgrund des Völkerrechts den Willen des Einzelstaates, das Völkerrecht demnach als Bestandteil der wesentlich souveränen einzelstaatlichen Rechtsordnung bezeichnen. Die Völkerrechtsnorm entspringe aus der *freiwilligen* „Unterwerfung höchster im Staate wirkender Machtorgane unter die Herrschaft einer außerhalb ihrer Machtsphäre entstehenden oder bereits vorhandenen Norm, deren Notwendigkeit einleuchtend ist.“ „Das wahre und entscheidende Merkzeichen aller Völkerrechtsquellen ist ursprüngliche Autonomie und Freiheit der *Staaten*, welche bestimmte Grundsätze des Verhaltens gegen andere Staaten als dauernd notwendige und bleibende *Bestandteile ihrer Rechtsordnung* aus eigener Ent-

2) Lehrbuch des Völkerrechts, 2. Aufl. 1899. 679

3) a. a. O. S. 1. 680

4) a. a. O. S. 12. 681

5) Diesem gegenüber seien Gewohnheit und Vertrag nur „sekundäre“ Quellen. A. a. O. S. 9. 682

6) a. a. O. S. 11. 683

7) Handbuch des Völkerrechts. I. 1885. 685

678 Alphonse (Pierre Octave) Rivier (1835–1898), schweizerischer Völkerrechtslehrer und Lehrer des Internationalen Privatrechts. 1862 Habilitation in Bern, 1863–1867 o. Prof. ebendort, ab 1867 Prof. in Brüssel, ab 1886 auch schweizerischer Generalkonsul für Belgien. 1878–1887 Chefredakteur der „Revue de droit international et de législation comparée“ und Mitglied des „Institut de Droit international“. Wichtige Werke: *Traité élémentaire des successions à cause de mort en droit romain*, Brüssel 1878; *Principes du droit des gens*, 2 Bde., Paris 1896.

679 *Alphonse Rivier*, Lehrbuch des Völkerrechts, (inkorrekt gezählt als) 2. Aufl., Stuttgart 1899.

680 *Rivier*, Lehrbuch (Anm. 679), S. 2 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

681 *Rivier*, Lehrbuch (Anm. 679), S. 12.

682 *Rivier*, Lehrbuch (Anm. 679), S. 9.

683 *Rivier*, Lehrbuch (Anm. 679), S. 11.

684 Franz von Holtzendorff (1829–1889), Straf-, Staats- und Völkerrechtslehrer. 1857–1861 Privatdozent in Berlin, 1861–1873 a. o. Prof., 1873 o. Prof. ebendort, ab 1873 o. Prof. für Staats-, Völker- und Strafrecht in München, 1860 Mitbegründer des „Deutschen Juristentages“. Im Mittelpunkt seiner rechtspolitischen Bestrebungen stand die Erneuerung des deutschen Strafrechts und des Strafverfahrens. Er war Mitglied des „Institut de Droit international“. Wichtige Werke: *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung*, Leipzig 1870 (7. Aufl., bearb. von Josef Kohler, 5 Bde., München 1913–1915); *Die Auslieferung der Verbrecher und das Asylrecht*, Berlin 1881; *Einleitung in das Völkerrecht*, Berlin 1885.

685 *Franz von Holtzendorff*, Quellen des Völkerrechts, in: Franz von Holtzendorff (Hrsg.), *Handbuch des Völkerrechts. Auf Grundlage Europäischer Staatspraxis*, Bd. 1: *Einleitung in das Völkerrecht*, Berlin 1885, S. 77–156.

schließung sich aneignen“⁸⁾. Diese unzweideutige Annahme eines Primates der einzelstaatlichen Rechtsordnung hindert allerdings *Holtzendorff*⁹⁾ keineswegs, in der Lehre von den subjektiven Grundrechten der Staaten Völkerrechtsnormen zu behaupten, die – weil sie sich aus dem im Begriff des Völkerrechts gelegenen Nebeneinanderbestehen selbständiger Staaten ergeben – „einer besonderen vertragsmäßigen Anerkennung zu ihrer Wirksamkeit und Geltung nicht bedürfen“¹⁰⁾, und hinsichtlich deren es daher fraglich bleiben muß, auf welchem Wege sie zu einem Bestandteil der einzelstaatlichen Rechtsordnung werden sollen.

|213 | § 48. Die Lehre von den „Grundrechten“ des Völkerrechts.

In der Lehre von den sogen. Grundrechten der Staaten tritt auch bei den meisten anderen Autoren die Vorstellung von einem Primat des Völkerrechts als eines von dem Willen der Einzelstaaten unabhängigen, über deren Ordnungen stehenden Normensystems deutlich zutage. So unterscheidet *Gareis*^{689 1)}, um zu diesen Grundrechten zu gelangen, die nicht durch Willkürakte der Staaten geschaffen werden, sondern die notwendige Voraussetzung für die internationalen Willensakte der Staaten sind, zwischen „echten“ und „unechten“ oder „selbständigen und unselbständigen Quellen des Völkerrechts“ und anerkennt als „echte Quellen des als ein objektives und positives Recht zu behandelnden Völkerrechts“ nur: die Rechtsnotwendigkeit (*necessitas*) und die Gewohnheit. Die „Rechtsnotwendigkeit“, die ja auch sonst in der Theorie des Völkerrechts eine große Rolle spielt, wenn es gilt, seine allgemeinen Grundlagen, seine letzte „Quelle“ zu gewinnen, ist in Wahrheit ein rationales oder sittliches Prinzip, eine oberste Norm, die als Ur-

⁸⁾ a. a. O. S. 81. ⁶⁸⁶

⁹⁾ Das europäische Völkerrecht in: *Holtzendorff*, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., I. Band. ⁶⁸⁷

¹⁰⁾ a. a. O. S. 1210. ⁶⁸⁸

|213 | ¹⁾ Institutionen des Völkerrechts, 2. Aufl. 1901. ⁶⁹⁰

⁶⁸⁶ *Holtzendorff*, Quellen (Anm. 685), S. 81 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

⁶⁸⁷ Franz von *Holtzendorff*, Das Europäische Völkerrecht, in: Franz von *Holtzendorff* (Hrsg.), Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung, Bd. 1, 4. Aufl., Leipzig 1882, S. 1187–1255.

⁶⁸⁸ *Holtzendorff*, Völkerrecht (Anm. 687), S. 1210.

⁶⁸⁹ Karl (Heinrich Franz) *Gareis* (1844–1923), Handels-, Staats- und Völkerrechtslehrer. 1870 Habilitation in Würzburg, ab 1873 a. o. Prof. in Bern, ab 1875 o. Prof. ebendort, 1875–1888 o. Prof. in Gießen (ab 1883 Kanzler), ab 1888 o. Prof. in Königsberg (1893/1894 Rektor) und ab 1902 o. Prof. in München (1912/1913 Rektor). 1878–1881 Abgeordneter der Nationalliberalen Partei im deutschen Reichstag und Mitglied des „Institut de Droit international“. Wichtige Werke: Lehrbuch des deutschen Handelsrechts, Berlin 1880 (4. Aufl., Berlin 1903); Enzyklopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft, Gießen 1887 (4. Aufl., Gießen 1913); Institutionen des Völkerrechts, Gießen 1888 (2. Aufl., Gießen 1901).

⁶⁹⁰ Vier Zitate: *Karl Gareis*, Institutionen des Völkerrechts. Ein kurzgefaßtes Lehrbuch des positiven Völkerrechts in seiner geschichtlichen Entwicklung und heutigen Gestaltung, 2. Aufl., Giessen 1901, S. 33 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

sprungshypothese unentbehrlich ist, damit das Völkerrecht eben jene spezifischen Funktionen erfülle, die ihm im System des juristischen Denkens zugewiesen sind. Unter diesem Gesichtspunkt sind die überaus typischen Ausführungen zu verstehen, die sich bei *Gareis* über die „Rechtsnotwendigkeit“ finden. „Die tatsächlich vorhandenen Verhältnisse, vor allem das Dasein des Staates in seinem Wesen und in der Vielheit der Staaten, die wesentlichen Eigenschaften und Aufgaben der Staaten, die Tatsache eines Verkehrs derselben und ihrer Angehörigen, die dadurch gebotenen Rücksichten, das Vorhandensein gleicher Elemente in allen Staaten führen den sie mit logischer Konsequenz spekulativ beobachtenden Juristen und Staatsmann zu einer Anzahl von Regeln des äußeren Verhaltens, die von den Staaten anerkannt werden und denen sich keine Politik entziehen kann. – Diese Regeln sind weit davon entfernt, Naturrecht zu sein: das Naturrecht ist ein subjektiv theoretisches, der in notwendigen Rechtssätzen bestehende Teil des Völkerrechts, *jus necessarium belli ac pacis*, dagegen ein objektiv-praktisches“²⁾. Die für Juristen charakteristische Selbsttäuschung, daß aus der Beobachtung von Seinstatsachen Rechtsnormen abgeleitet werden können, spielt auch hier die entscheidende Rolle. Die Kenntnis des tatsächlichen Verhaltens der Menschen wäre imstande, eine logisch-konsequente Spekulation zu den Grundprinzipien des Völkerrechtes, d. h. zu einem System von Normen zu führen, die aussagen, wie sich die Menschen – in einer gewissen Beziehung – gegenseitig verhalten *sollen!* Dieser Irrtum verhindert, daß der oberste Grundsatz, die Ursprungsnorm – und nur aus einer Norm können Normen spekulativ abgeleitet werden – ins Bewußtsein tritt. Daher auch die vermeintliche Differenz zwischen dem „notwendigen“, aus den Tatsachen destillierten Völkerrecht und dem Naturrecht, das *bewußt* aus einem Vernunft- oder Moralgrundsatz gewonnen werde. „Subjektiv“ ist das eine wie das andere, sofern es nicht gelingt, die Ursprungsnorm als objektive Wahrheit – sowie⁶⁹² etwa einen mathematischen Lehrsatz – zu erweisen. Und *objektiv* sind beide, sofern ihre Normen – wie alle echten Normen – mit dem Anspruch auf eine von dem Willen der Verpflichteten unabhängige Sollgeltung auftreten. Darin liegt ja gerade die „Notwendigkeit“ der Vernunft oder Moral, auf die sich das eine ausdrücklich – das andere stillschweigend beruft. Und beide sind ebenso „theoretisch“ wie „praktisch“ – wird doch das „notwendige“ Völkerrecht von manchen Schriftstellern geradezu als das „theoretische“ und in richtigem Instinkte für die Verwandtschaft mit dem Naturrecht, das ja auch der extremste Positivismus für die Grundlegung der Rechtsordnung nicht entbehren kann¹⁾, auch als „natürliches“ bezeichnet.

²⁾ a. a. O. S. 33.⁶⁹¹

¹⁾ Vgl. unten S. 225 ff.⁶⁹³

⁶⁹¹ *Gareis*, Institutionen (Anm. 690), S. 33.

⁶⁹² «sowie»] recte: «so wie».

⁶⁹³ Vgl. unten S. 484–487.

Nach *Gareis* sind nun „diese notwendigen, den Staaten durch die Macht der Verhältnisse zur Anerkennung aufgedrängten Rechtssätze“: Die Grundrechte der Staaten, der Satz *pacta sunt servanda*, usw.²⁾ Auch hier wieder tritt der Widerspruch zwischen dem subjektiven und dem objektiven Geltungsprinzip in der Theorie des Völkerrechts deutlich zutage: Die Normen des „notwendigen“ Völkerrechts werden auf dem Wege logischer Schlußfolgerungen aus einer Voraussetzung gewonnen, deren *Gewißheit* naiv in der Weise behauptet wird, daß man sie als *Tatsache* oder *Tatsachenkomplex* fingiert³⁾. Die Normen des „notwendigen“ Völkerrechts | müssen daher – wenn man von dem Problematischen ihrer Grundvoraussetzung absieht, und diese Voraussetzung ist durchaus *außer* Diskussion gestellt – den Charakter vollendeter Objektivität – so wie irgendein aus den Axiomen abgeleiteter Lehrsatz der Mathematik – haben. Es ist die Objektivität der Vernunft, die sie für ihre Geltung in Anspruch nehmen. Das ist es ja gerade, was in ihrer Charakterisierung als „notwendiger“ Rechtsnormen zum Ausdruck kommt. Eine „Anerkennung“ dieser Normen seitens der Subjekte, für die sie gelten, als Bedingung ihrer Geltung wäre somit sinnlos, weil im vollsten Widerspruche zu ihrer Objektivität. Nichtsdestoweniger hält *Gareis* – auch in diesem Punkte typisch für die ganze moderne Völkerrechtslehre – an der Anerkennungstheorie auch gegenüber diesem notwendigen Völkerrecht fest. Seine Darstellung erweckt den Anschein, als ob eine Anerkennung auch dieses Teiles des Völkerrechtes wesentlich wäre.⁶⁹⁷ Allein indem er erklärt, daß man sich dieser Anerkennung nicht „entziehen“ könne, daß sie durch die Macht der Verhältnisse „aufgedrängt“ werde, hebt er den Begriff der Anerkennung in Wahrheit auf. „Anerkennung“ ist der Ausdruck für eine *freie* Willensäußerung. Verzichtet man auf das darin gelegene Bild, dann bedeutet, daß Völkerrechtsnormen unabhängig von der Anerkennung seitens der durch sie verpflichteten Staaten gelten: daß ihr logischer Ursprung nicht in der Sphäre (oder in der Richtung) der einzelnen staatlichen Rechtsordnung liegt; und die konsequente Verfolgung dieses Gedankens führt durch die Notwendigkeit eines Einheitsbezuges zwischen beiden Normensystemen zu der weiteren Erkenntnis, daß umgekehrt der logische Ursprung der einzelstaatlichen Rechtsordnungen in der Sphäre des Völkerrechtes liegen muß.

²⁾ a. a. O. S. 34.⁶⁹⁴ Daß *Gareis* somit den Geltungsgrund der völkerrechtlichen Verträge ausdrücklich in dieses *ius necessarium* verlegt, ist ein deutliches Symptom für den Primat des Völkerrechts. Nur so kann der Begriff eines Vertrages zwischen koordinierten Staaten, zwischen Gemeinwesen gleichen Rechts, d. h. derselben Rechtsschichte ermöglicht werden. *Gareis* sagt zutreffend: „Es ist die bindende Kraft der völkerrechtlichen Verträge eine der unzweideutigsten Manifestationen des sogenannten notwendigen Rechts“ a. a. O. S. 207.⁶⁹⁵

³⁾ Z. B. *Bonfils* a. a. O. S. 6:⁶⁹⁶ „Die rechtliche Grundlage des Völkerrechts beruht also auf der unleugbaren und notwendigen Tatsache, daß eine | dauerhafte Gemeinschaft zwischen solchen Staaten, die einen gewissen Grad der Gesittung erreicht(?) oder überschritten haben, besteht.“

⁶⁹⁴ *Gareis*, Institutionen (Anm. 690), S. 34.

⁶⁹⁵ *Gareis*, Institutionen (Anm. 690), S. 207.

⁶⁹⁶ *Bonfils*, Lehrbuch (Anm. 672), S. 6 – Klammerausdruck von Kelsen eingefügt.

⁶⁹⁷ Vgl. *Gareis*, Institutionen (Anm. 690), S. 33 f.

Die Bearbeitung des als Völkerrecht gegebenen Normenmaterials zwingt so sehr zur Annahme von gewissen, gegenüber den empirisch-satzungs(vertrags)mäßig zustandekommenden Rechtsregeln sozusagen a priori Rechtssätzen, daß auch Autoren, die sich grundsätzlich auf den Standpunkt der subjektivistischen Anerkennungs- und staatsrechtlichen Selbstverpflichtungstheorie stellen, somit auf den Primat der einzelstaatlichen Rechtsordnung festlegen, in der Lehre von den „völkerrechtlichen Grundrechten“ völlig aus der Rolle fallen. Ein sehr anschauliches Beispiel dafür liefert das in Deutschland vielleicht verbreitetste Lehr- und Handbuch des Völkerrechts von *Liszt*. Obgleich dieser schon eingangs seiner Darstellung erklärt: „Die verbindende Kraft schöpfen die völkerrechtlichen Normen mithin aus | dem sich selbst bindenden Willen der Staaten, nicht aus dem Willen einer diesen übergeordneten Macht. *Das Völkerrecht ist Vertrag*, nicht Gesetz“¹⁾, – sieht er sich doch genötigt, aus dem „Gedanken des Nebeneinanderbestehens verschiedener Staaten mit gegeneinander abgegrenzten Herrschaftskreisen“,⁶⁹⁹ d. h. „aus dem Begriff der Völkerrechtsgemeinschaft“ „nach dem Satze des Nichtwiderspruchs“⁷⁰⁰ „eine ganze Reihe von Rechtssätzen“ abzuleiten, „durch welche Rechte und Pflichten der Staaten untereinander bestimmt werden, die *keiner vertragsmäßigen Anerkennung bedürfen*, um bindende Kraft zu besitzen. Sie bilden den festen Grundstock des ungeschriebenen Völkerrechts, seinen ältesten, wichtigsten, heiligsten Bestand. Da die aus diesem Grundgedanken sich ergebenden Rechte *ohne weiteres* einem jeden Staate als Mitglied der Völkerrechtsgemeinschaft zukommen, werden sie wohl auch als ‚völkerrechtliche Grundrechte‘ bezeichnet“²⁾. *Liszt* wendet sich gegen die Anschauung, als ob es sich dabei um „naturrechtliche Truggebilde“⁷⁰² handle; es seien vielmehr „Rechtsnormen“, „die der Form ausdrücklicher Rechtssetzung nicht“⁷⁰³ bedürfen, weil ohne sie ein Völkerrecht überhaupt nicht denkbar wäre“³⁾.

Daß aus dem „Begriff“ des Völkerrechts oder der Völkerrechtsgemeinschaft keine Rechtsnormen abgeleitet werden können, die nicht schon vorher als solche *vorausgesetzt* und nur in der Abstraktion eines Völkerrechts- oder Völkerrechtsgemeinschaftsbegriffes zusammengefaßt wurden, ist selbstverständlich; *Liszt* ver-

¹⁾ a. a. O. S. 6.⁶⁹⁸

²⁾ a. a. O. S. 59.⁷⁰¹

³⁾ a. a. O. S. 59, Anm.⁷⁰⁴

⁶⁹⁸ *Liszt*, Völkerrecht (Anm. 523), S. 6 – Hervorhebung von Kelsen, Anführungszeichen vom Herausgeber eingefügt.

⁶⁹⁹ *Liszt*, Völkerrecht (Anm. 523), S. 58 f.

⁷⁰⁰ Zwei Zitate: *Liszt*, Völkerrecht (Anm. 523), S. 59 Anm. 1.

⁷⁰¹ Zwei Zitate: *Liszt*, Völkerrecht (Anm. 523), S. 59 – Hervorhebung von Kelsen.

⁷⁰² *Liszt*, Völkerrecht (Anm. 523), S. 59 Anm. 1.

⁷⁰³ «die der Form ausdrücklicher Rechtssetzung nicht»] *Liszt*, Völkerrecht (Anm. 523), S. 59 Anm. 1: «die nach dem Satze des Nichtwiderspruchs aus dem Begriff der Völkerrechtsgemeinschaft folgen und der Form ausdrücklicher Rechtssetzung nicht».

⁷⁰⁴ *Liszt*, Völkerrecht (Anm. 523), S. 59 Anm. 1.

fährt hier nicht viel anders wie *Gareis*, der diese Rechtsnormen aus den „Tatsachen“ zu gewinnen vorgibt, und wie dieser bemüht er sich vergeblich die naturrechtliche Grundlage wegzuleugnen. Hier sei nur die Frage aufgeworfen, wie *Liszt* das Völkerrecht, das *ganze* Völkerrecht als „Vertrag, nicht als Gesetz“ charakterisieren, und zugleich von dem „wichtigsten“ Bestandteil desselben erklären kann, daß er auf keiner vertragsmäßigen Anerkennung beruhe, daß, wenn überhaupt die als „Grundrechte“ bezeichneten Völkerrechtsnormen den Inhalt von Vereinbarungen mehrerer Staaten bilden, diese entweder lediglich „deklaratorischen Charakter“ haben, oder es sich dabei um die Einzeldurchführung eines „an sich selbstverständlichen Prinzipes“ handle⁴⁾. Es ist unwesentlich, daß diese Fundamentalnormen des Völkerrechts gerade in der Form von subjektiven Rechten dargestellt zu werden pflegen: korrekter wäre es jedenfalls, sich auch in diesem Falle, ja gerade hier an die objektive Form zu halten und lieber von Grundnormen oder Grundrechtssätzen und -gesetzen | als von Grundrechten zu sprechen. Jedenfalls wäre aber die Norm *pacta sunt servanda* unter diese Grundgesetze aufzunehmen. Dies unterläßt zwar *Liszt*, aber gerade auf diese Norm trifft zu, was *Liszt* von den Grundrechten sagt, daß sie der – für das Völkerrecht charakteristischen – Form der Rechtssatzung, nämlich des Vertrages, nicht bedürfen, weil ohne sie ein Völkerrecht, im Sinne *Liszts* also: ein Vertragsrecht zwischen koordinierten Staaten, nicht denkbar wäre. Weil aber der Vertragsrechtssatz nicht selbst als eine durch Vertrag oder sonstwie durch Anerkennung begründete Rechtsnorm gelten kann, das gesamte Vertragsvölkerrecht seine Geltung vielmehr aus diesem Vertragsrechtssatz herleitet, darf man wohl vom Völkerrecht als ganzem in vollkommener Umkehrung der *Lisztschen* Charakterisierung sagen: Es ist *nicht* Vertrag, sondern Gesetz, sofern eben unter Gesetz im Gegensatz zum Vertrag eine von dem Willen der Normadressaten unabhängige Rechtssatzung verstanden wird. Und speziell der Völkerrechtssatz *pacta sunt servanda* verdient zusammen mit den anderen Grundgesetzen des Völkerrechts vollauf den Namen einer Satzung, d. i. einer Rechtssatzung im Sinne einer objektiv-notwendigen Voraussetzung von Rechtsnormen, einer Hypothese, durch die ein Völkerrecht als die Konstituierung einer Gemeinschaft koordinierter Gemeinwesen allererst ermöglicht wird.

Mit demselben Rechte wie *Liszt* das Völkerrecht, könnte man auch das innerstaatliche Privatrecht als Vertrag, nicht als Gesetz bezeichnen. Denn das ganze innerstaatliche Privatrecht, die rechtsgeschäftlich begründeten Rechte und Pflichten, Individualrechtsnormen, gründen sich letztlich nicht anders auf die innerstaatlichen Gesetzesnormen über Rechtsgeschäfte wie die durch völkerrechtliche Verträge konstituierten zwischenstaatlichen Rechtsverhältnisse auf den völkerrechtlichen Vertragsrechtssatz. Wenn man meint, daß diese Völkerrechtsnorm

⁴⁾ a. a. O. S. 59.⁷⁰⁵

⁷⁰⁵ *Liszt*, Völkerrecht (Anm. 523), S. 59.

andere „über“ den Staaten steht wie die Privatrechtsnorm des staatlichen Gesetzes über den Untertanen, so ist dies ein Irrtum. Worauf es für die normative, d. i. hier die juristische Betrachtung *allein* ankommt, ist der Umstand, daß die Rechtsnorm dem durch sie gebundenen Parteiwillen gegenüber in objektiver Geltung steht. Das liegt in beiden Fällen unzweifelhaft vor. Allerdings wird diese Erkenntnis sofort getrübt, wenn sich an Stelle der objektiven Geltung einer *Norm* die – durch das Bild einer über den Subjekten stehenden Ordnung provozierte – Vorstellung einer über den Subjekten stehenden effektiven *Gewalt* schiebt. Die scheint beim Völkerrecht zu fehlen oder doch nur in sehr unzureichendem Maße vorhanden zu sein. Gerade diese Begriffsverschiebung aus der normativen in die explikative Ebene ist aber typisch und bei *Liszt* deutlich zu konstatieren. „Die Völkerrechtsgemeinschaft ruht auf dem genossenschaftlichen, nicht auf dem herrschaftlichen Prinzip.“ „Der Staat setzt begrifflich eine über dem einzelnen stehende Gewalt voraus, einen Herrscherwillen, der etwas anderes ist als die Summe der Einzelwillen, eine Herrschermacht, die den einzelnen erfaßt und ihn auch gegen seinen Willen festhält“¹⁾. Was an diesen Sätzen juristisch richtig ist, ist die für den Staat, d. h. eben für eine Rechtsordnung wesentliche objektive Geltung von Normen, die die verpflichteten Subjekte ohne, ja auch gegen deren Willen „festhält“; nur daß eben aus dieser objektiven Geltung unmerklich eine von irgendeinem Kraftzentrum ausgehende kausale Wirkung geworden ist. Durch eine solche methodologisch gänzlich unzulässige Metamorphose wird es möglich, die Völkerrechtsordnung in den Schein eines juristischen Gegensatzes zur staatlichen Rechtsordnung zu stellen: „Die Völkerrechtsgemeinschaft aber wird gebildet durch unabhängige Staaten, die die Anerkennung eines über ihnen stehenden Herrscherwillens weit von sich ablehnen. In der Völkerrechtsgemeinschaft ist der Wille der Gesamtheit ... nichts anderes als der Wille des einzelnen“⁷⁰⁸. Den schärfsten Ausdruck findet dieser grundlegende Satz in der Tatsache, daß völkerrechtliche Vereinbarungen nur diejenigen Staaten binden, die sich binden wollen ...“²⁾. Es kommt eben nicht

¹⁾ a. a. O. S. 6.⁷⁰⁶ *Ullmann*, Völkerrecht, S. 370⁷ führt aus: „Da die Herrschergewalt, die in der gesetzlichen Ordnung des Gemeinwesens ihre Grundlage hat und dieser Ordnung auch die Machtmittel entnimmt, durch Entfaltung dieser Machtmittel die Geltung des Rechtes gewährleistet, so stellt sie sich für die abstrakte Betrachtung als Bedingung der rechtlichen Ordnung dar.“ Hier wird normative Geltung mit kausaler Wirksamkeit vermengt und es kommt so zu dem inneren Widerspruch: Die „gesetzliche Ordnung“ ist die „Grundlage“ d. h. doch wohl logisch: die Bedingung der Herrschermacht, die ihre Mittel dieser Ordnung „entnimmt“, d. h. doch: sie durch die sie bedingende Ordnung rechtfertigt; und: die Herrschermacht ist die Bedingung der rechtlichen Ordnung.

²⁾ a. a. O. S. 6.⁷⁰⁹

⁷⁰⁶ Zwei Zitate: *Liszt*, Völkerrecht (Anm. 523), S. 6.

⁷⁰⁷ *Ullmann*, Völkerrecht (Anm. 447), S. 3.

⁷⁰⁸ «Wille des einzelnen»] *Liszt*, Völkerrecht (Anm. 523), S. 6: «Wille der sämtlichen einzelnen».

⁷⁰⁹ *Liszt*, Völkerrecht (Anm. 523), S. 6.

– sofern man im Rahmen einer Rechtstheorie bleiben will – auf einen über den Subjekten stehenden Herrscherwillen, sondern – wenn schon das irreführende Bild eines „Willens“ beibehalten werden soll – auf einen Rechtswillen, d. h. auf eine Rechtsordnung an, deren Normen „über“ den Subjekten stehen, soferne ihre Geltung, ihr „Sollen“ von dem empirischen Wollen dieser Subjekte unabhängig ist. Daß ein solcher über den Staaten der Völkerrechtsgemeinschaft stehender „Wille“ mit dem Wesen eines Völkerrechtes unvereinbar sei, dessen Grundgesetze zugestandenermaßen eben jene objektive Geltung haben, die der einzig mögliche juristische Sinn eines über den Staaten stehenden Willens ist, wäre natürlich ein flagranter Widerspruch. Daß der Gesamtwille der Völkerrechtsgemeinschaft, der nur in den Normen des Völkerrechts zum Ausdruck kommt, nichts anderes sei als der Wille der sämtlichen einzelnen Staaten, kann in dem Augenblicke nicht mehr wahr sein, wo die Existenz von Völkerrechtssätzen zugegeben ist, die unabhängig von dem Willen dieser Einzelstaaten entstanden sind, und die diese Einzelstaaten auch gegen ihren Willen verpflichtet. Die so beliebte Fiktion einer stillschweigenden oder indirekten Anerkennung verdient hier keine ernstliche Berücksichtigung. Wenn der „grundlegende Satz“, daß der Wille der Gesamtheit in der Völkerrechtsgemeinschaft nichts anderes sei als der Wille der sämtlichen Einzelnen, tatsächlich keinen anderen und keinen schärferen Ausdruck finden würde als darin, „daß völkerrechtliche Vereinbarungen nur diejenigen Staaten binden, die sich binden wollen“, so wäre damit wohl kaum ein wesentlicher Unterschied zwischen der Völkerrechtsordnung und einer einzelstaatlichen Rechtsordnung aufgezeigt; denn auch nach der letzteren binden bekanntlich Vereinbarungen nur diejenigen Personen, die sich binden wollen.

Uebrigens gesteht *Liszt* diese objektive Geltung keineswegs bloß den die Grundrechte statuierenden Völkerrechtsnormen, sondern gelegentlich der Völkerrechtsordnung als solcher zu. Um die Rechtsnatur des Völkerrechtes zu erweisen, hebt er sehr treffend als das Wesen des Rechtssatzes hervor, „daß der Verpflichtete sich nicht willkürlich von der übernommenen Verpflichtung freimachen kann, daß die Norm ihn auch gegen seinen Willen bindet“¹⁾. *Liszt* drückt damit ja nichts anderes als die Objektivität der Normgeltung aus, die er allerdings irrtümlich für ein Spezifikum des Rechts hält und den Normen der Moral und Religion abspricht. Diese Objektivität der Normgeltung billigt er der Völkerrechtsordnung grundsätzlich zu, und gerade sie führt er als Beweis für die Rechtsnatur des Völkerrechtes an. Allerdings beschränkt er sich darauf, festzustellen: „Das Verbleiben in dem Staatenverein der Völkerrechtsgemeinschaft steht nicht im freien Belieben der einzelnen Staaten. Je enger die Fäden des internationalen Verkehrs sich verschlingen, desto unmöglicher ist es für den einzelnen Staat, sich der Gemeinschaft zu entziehen.“

|219 |¹⁾ a. a. O. S. 7.⁷¹⁰

⁷¹⁰ *Liszt*, Völkerrecht (Anm. 523), S. 7 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

Der mächtigste Staat, wollte er heute erklären, daß er die von ihm geschlossenen Verträge nicht halten und neue nicht schließen wolle, würde morgen schon darüber klar sein, daß diese Erklärung | einer Selbstvernichtung gleichkäme. Darin, |220 daß der Austritt aus der Völkerrechtsgemeinschaft dem einzelnen Staate eben nicht freisteht, daß er durch die Macht der Verhältnisse auch gegen seinen Willen in der Genossenschaft festgehalten wird, liegt der durchschlagende Beweisgrund für die Rechtsnatur des Völkerrechtes¹⁾. Ist somit ein „Wille“ da, der die Staaten auch gegen ihren Willen bindet und „festhält“, dann ist eigentlich nicht mehr einzusehen, worin noch *juristisch* ein grundsätzlicher Unterschied zwischen der Völkerrechtsordnung und der als Staat bezeichneten Rechtsordnung besteht. Dabei wird in der *Lisztschen* Darstellung der ursprüngliche Fehler: an Stelle der normativen Rechtsgeltung die effektive Machtwirkung zu setzen, später durch den analogen Fehler kompensiert: an Stelle der Rechtsbindung, d. i. der rechtlichen Notwendigkeit, im Rechtsverbände zu bleiben, der rechtlichen Unmöglichkeit, sich der Sollgeltung der Völkerrechtsordnung zu entziehen, die faktische Unmöglichkeit, den effektiven, kausalen Zwang zu setzen.

Auch ein anderer – führender – Völkerrechtslehrer, *Ullmann*, steht durchaus auf dem Standpunkt der Anerkennungs- und Selbstverpflichtungstheorie. Er geht überhaupt von der subjektivistischen Grundauffassung aus: *jedes* Recht, „dem der Wille die Anerkennung versagt, ist nicht geltendes Recht“²⁾, charakterisiert die Geltung der Völkerrechtsnormen als „wesentlich von der Anerkennung der beteiligten Staaten getragen“³⁾, und erklärt die „Selbstbeschränkung der Beteiligten“⁴⁾ als die Grundlage des Völkerrechts. Er führt aus: „In dogmatischer Beziehung weisen Völkerrecht und Verfassungsrecht eine eigenartige Parität auf, insofern die Normen, die sich die Staaten nach außen setzen und die verfassungsrechtlichen Normen auf Willensakten des Staates beruhen, in denen sich eine Selbstbeschränkung der Staatsgewalt bekundet“⁵⁾. Allein anlässlich der Frage nach der Positivität des Völkerrechtes – und diese ist deshalb bedeutungsvoll, weil sie zum Wesenskern des Rechtes, seiner Objektivität führt – erkennt er das Völkerrecht als eine „von der Willkür der Beteiligten unabhängige äußere Ordnung“⁶⁾, er betont die „Not-

¹⁾ a. a. O. S. 8.⁷¹¹

²⁾ a. a. O. S. 40, 41.⁷¹²

³⁾ a. a. O. S. 7.⁷¹³

⁴⁾ a. a. O. S. 3.⁷¹⁴

⁵⁾ a. a. O. S. 35.⁷¹⁵

⁶⁾ a. a. O. S. 17.⁷¹⁶

⁷¹¹ *Liszt*, Völkerrecht (Anm. 523), S. 7f.

⁷¹² *Ullmann*, Völkerrecht (Anm. 447), S. 40f.

⁷¹³ *Ullmann*, Völkerrecht (Anm. 447), S. 7.

⁷¹⁴ *Ullmann*, Völkerrecht (Anm. 447), S. 3 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁷¹⁵ *Ullmann*, Völkerrecht (Anm. 447), S. 35.

⁷¹⁶ *Ullmann*, Völkerrecht (Anm. 447), S. 17.

wendigkeit⁷⁾ seiner Geltung und spricht – gelegentlich – sogar die Hypothese vom Primat des Völkerrechts aus, wenn er zugibt: „Dem Völkerrecht liegt allerdings die Idee eines die Gesamtheit der staatlich organisierten Völker des Erdballs umfassenden Rechts zugrunde“⁸⁾.

|221 | In der Frage der Grundrechte versucht *Ullmann* allerdings – konsequent seiner subjektivistischen Grundkonstruktion – die Hypothese eines objektiven, über allen Staaten gleichmäßig stehenden Normsystems zu vermeiden, dessen Rechtssätze samt den aus ihnen abzuleitenden Rechten und Pflichten unabhängig von der Zustimmung der Rechtssubjekte Geltung haben. Er opponiert daher der „älteren, naturrechtlichen Einteilung des Völkerrechts in *absolutes*, formales oder unbedingtes und *hypothetisches* oder materielles, bedingtes, erworbenes Völkerrecht“, der subjektiven Rechte in Grundrechte, als absolute Rechte, und erworbene Rechte, „deren Entstehung auf Willensakten oder dem in Gewohnheiten oder Verträgen zum Ausdruck gelangten rechtlichen Willen der Staaten beruht“¹⁾; und er lehnt die „Duplizität“⁷²⁰ einer „übergeordneten, aus der Natur des Staates auf deduktivem Weg konstruierten, unwandelbaren Ordnung und dem positiven, von dem Willen der verkehrspflegenden Staaten geschaffenen Völkerrecht“ ab²⁾. *Ullmann* vertritt demgegenüber den Standpunkt des Positivismus, der „Einheit alles Rechts als positiven Rechts“³⁾. Er lehrt: „Da ... die völkerrechtlichen Normen den Charakter positiven Rechts besitzen, kann die Frage der Möglichkeit subjektiver Rechte der völkerrechtlichen Personen immer nur in einer Beziehung zu diesen Normen gedacht werden; jedes auf *spekulativem Wege konstruierte Können und Dürfen* der völkerrechtlichen Subjekte liegt außer der Sphäre des Rechts und seiner Erkenntnis; jene bei den subjektiven Rechten und Pflichten in Betracht kommende Beziehung zu betreffenden Normen ist also auf dem Gebiete des Völkerrechts allemal eine Beziehung zu den *von den Mitgliedern der Staatengemeinschaft anerkannten Normen* ...“⁴⁾. Zweifellos kann man alle subjektiven Rechte und Pflichten,

7) a. a. O. S. 18. ⁷¹⁷

8) a. a. O. S. 53. ⁷¹⁸

|221 | 1) a. a. O. S. 141. ⁷¹⁹

2) a. a. O. S. 142. ⁷²¹

3) a. a. O. S. 144. ⁷²²

4) a. a. O. S. 141. ⁷²³

⁷¹⁷ *Ullmann*, Völkerrecht (Anm. 447), S. 18.

⁷¹⁸ *Ullmann*, Völkerrecht (Anm. 447), S. 53.

⁷¹⁹ *Ullmann*, Völkerrecht (Anm. 447), S. 141.

⁷²⁰ *Ullmann*, Völkerrecht (Anm. 447), S. 141 Anm. 1.

⁷²¹ *Ullmann*, Völkerrecht (Anm. 447), S. 142.

⁷²² *Ullmann*, Völkerrecht (Anm. 447), S. 143f. Anm. 4 (144) – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁷²³ *Ullmann*, Völkerrecht (Anm. 447), S. 140f. – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

insbesondere auch die sog. „Grundrechte“ als Inhalt des einzelstaatlichen Willens nachzuweisen versuchen und so einen Regreß *über* die einzelstaatliche Rechtsordnung, über deren Ursprungshypothese hinaus vermeiden. Die Notwendigkeit einer solchen Hypothese läßt freilich auch in diesem Falle den „spekulativen Weg“ für unvermeidlich erscheinen. Allein *Ullmann* greift schließlich zu einer den Primat des Völkerrechts begründenden Ursprungshypothese. Anläßlich einer Analyse des sog. *Selbsterhaltungsrechts* kommt *Ullmann* zu dem Satze: „Idee und praktische Möglichkeit der internationalen Gemeinschaft *postulieren* eine *grundlegende* Norm zum Schutze der sich als | Rechtssubjekte und Rechtsgenossen gegenseitig aner- |222
kennenden einzelnen Mitglieder der Gemeinschaft. Dem durch das gleichberechtigte Nebeneinanderbestehen der Mitglieder dieser Gemeinschaft gegebenen primären und konstanten Lebensverhältnis entspricht innerhalb der völkerrechtlichen Ordnung durch Vermittlung jener grundlegenden Norm ein primäres, allgemeines Rechtsverhältnis, in welchem jedes Mitglied sich als verpflichtet anerkennt, die andern nicht zu verletzen, jedem einzelnen Mitglied aber auch der Anspruch zuerkannt ist, von jedem andern die Unterlassung jeder Verletzung zu fordern. *Jede Verletzung eines Mitglieds ist rechtswidrig, weil Uebertretung jener grundlegenden, jede Verletzung der Person verbotenden Norm.* Weil diese Norm notwendig alle Interessen umfaßt, kann die Konstruktion einzelner abgeleiteter und als Grundrechte bezeichneter subjektiver Rechte als überflüssig abgelehnt werden, denn keines dieser einzelnen Rechte würde einen spezifischen Inhalt aufweisen“¹⁾. Das heißt aber: Die fraglichen subjektiven Rechte und Pflichten können nur aus der „grundlegenden Norm“ abgeleitet werden – falls überhaupt nach vorheriger Auseinanderlegung dieser allgemeinen Norm in speziellere eine Subjektivierung zweckmäßig erscheint. Wenn aber die „grundlegende Norm“ als ein *Postulat* der *Idee* internationaler Gemeinschaft gleichberechtigt *nebeneinanderstehender* Mitglieder erscheint, dann führt ein unzweifelhaft „spekulativer“ Weg zu einer „absoluten und formalen“ Norm, zu einer „übergeordneten“, „auf deduktivem Wege konstruierten Ordnung“; dann ist auch die – schon an und für sich unhaltbare – Vorstellung einer gegenseitigen Anerkennung als *letzter* Geltungsgrund aufgegeben, und an ihre Stelle tritt die durch die „grundlegende“ Norm statuierte Verpflichtung jedes der Norm unterworfenen Subjektes, das andere zu respektieren, jede Verletzung des anderen zu unterlassen.

Es entsteht nun insbesondere auch die Frage, wie *Ullmann* die Verbindlichkeit der Staatenverträge begründet. Man müßte sich im Sinne der Selbstverpflichtungstheorie auf den Standpunkt stellen: Der Staat ist gebunden, sofern die eigenstaatliche Ordnung, der eigene „Wille“ eine Bindung statuiert, und auch diese Bindung entsteht und endet nach den Bedingungen, die die eigene Ordnung, der eigene

¹⁾ a. a. O. S. 146, 147.⁷²⁴

⁷²⁴ *Ullmann*, Völkerrecht (Anm. 447), S. 145f. – Hervorhebungen von Kelsen.

„Wille“ der Staaten statuiert. Also mit Bezug auf den Staat: ein *subjektives* Vertragsrecht. Allein *Ullmann* lehrt: „Für die Staatsverträge gibt es“ ..., ebenso wie für die privatrechtlichen Verträge in der Privatrechtsordnung, „ein objektives Vertragsrecht, nach welchem derlei Verträge zu beurteilen sind; allein ... während im |223 | Privatrecht für die Kontrahenten die staatlichen Vertragsnormen maßgebend sind, setzen die kontrahierenden Staaten sich diese Normen in den Verträgen als Akten selbstverpflichtenden Willens: bei der Anwendung der Rechtsform des Vertrages bringen die Staaten die Erkenntnis der *allgemeinen Natur des Vertrages und ihrer logischen Konsequenzen* unmittelbar zum Ausdruck und zur wirksamen Geltung. Die bei diesen Selbstverpflichtungsakten regelmäßig beobachteten Regeln ermangeln nicht des Charakters der Objektivität, denn einerseits sind sie der Natur des Vertrags (der Natur der Sache) entlehnt; andererseits haben wir uns diese Regeln, weil als Konsequenz der Natur der Sache von den kontrahierenden Staaten angewendet, zugleich als von ihnen anerkannte bindende Norm vorzustellen“⁽¹⁾. Die Vertragsrechtssätze als *logische Konsequenz der „Natur der Sache“* in objektiver Geltung: das ist die *Voraussetzung* des Satzes *pacta sunt servanda* und einiger anderer den Vertrag betreffender Rechtssätze, unabhängig von der Willkür einer Anerkennung durch diejenigen Subjekte, für die diese Normen Geltung beanspruchen. Das steht in derselben Linie, wie die von *Ullmann* hier zitierte Anschauung *Jellineks*, „daß der Vertrag eine *allgemeine Rechtsform* ist und daher gewisse allgemeine Elemente des Vertrages vorhanden sind, die auch ohne ausdrückliche Anerkennung durch den Gesetzgeber objektives Vertragsrecht bilden. So ist auch *aus dem allgemeinen Wesen* des Vertrages das objektive Recht der völkerrechtlichen Verträge deduziert worden, über welches niemals ausdrückliche Vereinbarungen stattgefunden haben“⁽²⁾. Natürlich, denn die Gültigkeit solcher Vereinbarungen setzt ja ein objektives Vertragsrecht voraus! Ist aber der „Wille“ des Staates als Rechtsquelle verlassen und die „Natur der Sache“ oder das „allgemeine Wesen des Vertrages“ als Rechtsquelle behauptet, so ist damit der subjektivistische Standpunkt aufgegeben. Der Versuch, den „Willen“ des Staates dabei doch auch als Geltungsgrund festzuhalten, muß scheitern, wenn *Ullmann*⁽³⁾ sich die *Jellineksche* Argumentation aneignet: *formell* beruhe die Verpflichtung zur Erfüllung des Vertrags auf dem erklärten Willen, „denn es ist unmöglich, etwas zugleich zu wollen und nicht zu wollen, und da alles Wollen sich auf die Zukunft bezieht, so erkennt der vertragschließende Wille durch den Akt des Vertragschlusses sich für die Zukunft als gebunden an“⁽⁴⁾. Denn es ist durchaus möglich,

|223 |¹⁾ a. a. O. S. 249.⁷²⁵

²⁾ System, S. 223.⁷²⁶

³⁾ a. a. O. S. 250.⁷²⁷

⁴⁾ Staatenverträge, S. 57.⁷²⁸

⁷²⁵ *Ullmann*, Völkerrecht (Anm. 447), S. 249 – Hervorhebung von Kelsen.

⁷²⁶ *G. Jellinek*, System (Anm. 37), S. 223 – Hervorhebungen von Kelsen.

⁷²⁷ *Ullmann*, Völkerrecht (Anm. 447), S. 249 – Kelsen paraphrasiert.

⁷²⁸ *G. Jellinek*, Staatenverträge (Anm. 516), S. 57.

seinen erklärten Willen sofort nach der erfolgten Erklärung zu ändern. Wie rechtfertigt sich dann die Bindung?

| § 49. *Geltung des Völkerrechts für den neu entstandenen Staat.*

| 224

Die so vielfach durchlöchernte Anerkennungstheorie, die das Prinzip einer subjektiven Geltung im Völkerrecht aufstellt, muß auch bei der Frage fallen gelassen werden, in welcher Weise das Völkerrecht für einen neu entstandenen Staat in Geltung tritt. Es ist sehr charakteristisch, daß ein Vertreter der auf die Selbstverpflichtungslehre gestützten Anschauung vom Primat der staatlichen Rechtsordnung wie *Jellinek* zu der bereits hervorgehobenen Behauptung gedrängt wird, der neue Staat sei auch ohne seine Zustimmung an das Völkerrecht gebunden, „denn was einmal als gemeinsame Rechtsüberzeugung ausgesprochen ist, tritt nun allen Mitgliedern der Staatengemeinschaft als gültige Norm entgegen, von welcher der Rücktritt nicht gestattet ist, und die auch alle künftigen Mitglieder bindet“¹⁾. Das bedeutet einen offenen Widerspruch zu dem Grundsatz, daß der Staat nur durch seinen eigenen Willen gebunden werden könne, und ist mit der Vorstellung des Völkerrechtes als eines Bestandteils der staatlichen Rechtsordnung, als äußeren Staatsrechts unvereinbar. Allerdings finden sich bei *Jellinek* auch sonst solche Widersprüche nicht selten. Der seine Grundkonstruktion verleugnende Primat der Völkerrechtsordnung zeigt sich in der von ihm gelegentlich vertretenen Anschauung, daß der Inhalt des Völkerrechts, dem sich die Staaten „unterwerfen“, durch die „unwandelbare Natur“ der internationalen Lebensverhältnisse, nicht durch die Willkür der Staaten bestimmt sei²⁾, daß im Grunde die Vernunft den Willen der Staaten führe, so daß es – wie *Bar*³⁾ hier gegen *Jellinek* bemerkt – den Anschein haben könnte, „als wäre die Differenz gegenüber der Ansicht, welche das Prinzip des Völkerrechts in einer immanenten, zugleich die Entwicklung in sich schließenden Vernunft der internationalen Verhältnisse, in einer höheren auch über den souveränen Staaten waltenden Ordnung erblickt, doch kaum von Bedeutung; der Wille der einzelnen Staaten wäre gewissermaßen nur das Kleid für diese höhere Ordnung“. Nur ein Primat der Völkerrechtsordnung könnte die von *Jellinek* vertretene Anschauung rechtfertigen, daß das Völkerrecht alle miteinander in Gemeinschaft stehenden und „koordinierten“⁴⁾ Staaten „umfasse“⁵⁾, ebenso wie die

|¹⁾ System, S. 324.⁷²⁹

²⁾ Staatenverbindungen, S. 94.⁷³⁰

³⁾ a. a. O. S. 147.⁷³¹

⁵⁾ Staatenverbindungen, S. 95.⁷³³

⁴⁾ Allg. Staatslehre, S. 376.⁷³²

| 224

⁷²⁹ G. Jellinek, System (Anm. 37), S. 324.

⁷³⁰ G. Jellinek, Staatenverbindungen (Anm. 145), S. 94.

⁷³¹ Bar, Grundlage (Anm. 601), S. 146 f.

⁷³² G. Jellinek, Staatslehre (Anm. 25), S. 376.

⁷³³ G. Jellinek, Staatenverbindungen (Anm. 145), S. 95.

|225 | Behauptung, daß jeder Staat, der aus der „unauflöslchen“¹⁾ Gemeinschaft der Völkerrechtsordnung auszutreten versuchte, seinen Charakter als Staat verlieren würde²⁾; eine Ansicht, die *Jellinek* allerdings nicht hinderte, kurz nachher zu behaupten, Natur des Staates sei, „höchste menschliche Organisation“³⁾ zu sein.

Wenn *Schoen* in seiner – schon unter einem anderen Gesichtspunkte angezogenen – Polemik gegen *Jellinek* die Anerkennungstheorie festhaltend behauptet, der Neustaat werde nur mit seiner Zustimmung an die von ihm vorgefundenen völkerrechtlichen Normen gebunden⁴⁾, so gelingt ihm dies nur durch die früher angedeutete Fiktion. Schon in seiner Problemstellung ist ja die Existenz eines objektiv gültigen Völkerrechtes zugegeben: der Neustaat „findet“ bei seiner Entstehung völkerrechtliche Normen, noch bevor er sie anerkannt hat, „vor“.⁷³⁸ Die Existenz des Völkerrechtes wird *vor* der Existenz des Neustaates, d. h. aber: die *Geltung* des Völkerrechtes unabhängig von der Zustimmung des Neustaates angenommen. Von einem die Entstehung des Neustaates erfassenden Standpunkte aus zugleich auch die *Geltung* des Völkerrechtes behaupten, heißt notwendig: diese *Geltung für* den Neustaat behaupten. Ein für den Neustaat nicht oder noch nicht geltendes Völkerrecht wäre von diesem Standpunkte aus nicht (oder noch nicht) vorhanden. Juristisch ist *Geltung* und *Existenz* identisch; nur in der *Geltung* besteht die *Existenz*. Die Behauptung, daß der Neustaat das Völkerrecht vorfinde, ist juristisch gleichbedeutend mit der Behauptung, daß mit der Entstehung des Neustaates das Völkerrecht für diesen in *Geltung* trete. Die konsequent durchgeführte Anerkennungstheorie müßte die Behauptung aufstellen, daß das Völkerrecht erst durch den – sehr unzutreffend als „Anerkennung“ bezeichneten – Willensakt des Neustaates für diesen existent, d. h. erzeugt wird. Daß die hiezu kompetenten Organe des Neustaates den Inhalt gewisser als „Völkerrecht“ bezeichneter Normen kennen, und daß sohin dem Anerkennungsakt gerade dieser Inhalt gegeben wird, ist eine für die *juristische* Erkenntnis irrelevante, eine *vorrechtliche* oder *metajuristische* Tatsache.

Daß *Schoen* die *Geltung* des Völkerrechtes für den Neustaat tatsächlich schon vor dessen angeblicher Anerkennung dieses Rechtes *voraussetzt*, das zeigt sich offenkundig auch darin, daß er von vornherein darauf verzichtet, einen solchen Anerkennungsakt in jedem einzelnen Falle nachzuweisen. Das würde natürlich nur in sehr seltenen Fällen ein Resultat ergeben und zu einer ganz ungeheuerlichen Rechtsunsicherheit auf diesem Gebiete führen. *Schoen* greift zu dem juri-

|226

|225 |¹⁾ a. a. O. S. 96.⁷³⁴

²⁾ a. a. O. S. 100.⁷³⁵

³⁾ a. a. O. S. 102.⁷³⁶

⁴⁾ Vgl. oben S. 186.⁷³⁷

⁷³⁴ G. *Jellinek*, Staatenverbindungen (Anm. 145), S. 96.

⁷³⁵ G. *Jellinek*, Staatenverbindungen (Anm. 145), S. 100.

⁷³⁶ G. *Jellinek*, Staatenverbindungen (Anm. 145), S. 102.

⁷³⁷ Vgl. oben S. 446; *Schoen*, Grundlagen (Anm. 580), S. 300 Anm. 18.

⁷³⁸ *Schoen*, Grundlagen (Anm. 580), S. 313.

stischen Aushilfsmittel, das sich stets einstellt, wenn eine Theorie oder ein Grundsatz den Worten nach aufrecht erhalten, der Sache nach aber aufgegeben wird: der Fiktion. „Die Anerkennung einer Norm kann natürlich nicht nur ausdrücklich, sondern auch *stillschweigend* erfolgen, und das ist besonders zu beachten bei dem Eintritt neuer Staaten in die Völkerrechtsgemeinschaft. Sucht ein neuer Staat um seine Anerkennung als Staat und Mitglied der Völkerrechtsgemeinschaft nach, so erkennt er damit stillschweigend auch als für sich maßgebend die Rechtsordnung der Völkerrechtsgemeinschaft in gewissem Umfange an ...“¹⁾. Das Schulbeispiel einer unzulässigen Fiktion! Welcher Tatbestand liegt voraussetzungsgemäß vor? Ein neuer Staat sucht um seine Anerkennung bei den anderen Staaten der Völkerrechtsgemeinschaft nach. Abgesehen davon, daß es sehr zweifelhaft ist, ob ein solches Ansuchen um Anerkennung seitens der anderen Staaten wesentlich sei für die Zugehörigkeit zum Völkerrecht, und ob nicht auch ohne solches Ansuchen die Geltung der Völkerrechtsordnung auf den neuen Staat ausgedehnt wird, liegt doch in einem solchen Ansuchen um Anerkennung nichts anderes als der Wunsch, daß die alten Staaten den Neustaat in einer bestimmten Weise – nämlich nach den Normen des Völkerrechts – behandeln mögen. Daß der Neustaat sich seinerseits nach diesen Normen verhalten werde, dieses Versprechen gehört nicht wesentlich zu dem Inhalt des Anerkennungs-gesuches. Wäre dies der Fall, dann müßte ja nicht von einer „stillschweigenden“ Anerkennung des Völkerrechtes durch den Neustaat gesprochen werden. Der Neustaat kann sich „stillschweigend“ vorbehalten, *sein* Verhalten ausschließlich nach seinem Interesse und nicht grundsätzlich nach dem Völkerrecht einzurichten; es läge dennoch ein korrektes Ansuchen um Anerkennung vor, und die daraufhin erteilte Anerkennung wäre zweifellos gültig. Ebenso zweifellos wäre allerdings der Vorbehalt ungültig. Aber nicht deshalb, weil er faktisch *nicht* gemacht wurde oder gar weil eine „stillschweigende“ Anerkennung des Völkerrechtes erfolgt wäre – faktisch ist der Vorbehalt der Nichtanerkennung gemacht worden – sondern weil es eben auf die Anerkennung oder Nichtanerkennung des Völkerrechtes durch den Neustaat gar nicht ankommt, weil die Geltung des Völkerrechtes von der Anerkennung der Staaten ebenso unabhängig ist wie die Geltung der staatlichen Rechtsordnung von der Anerkennung der Untertanen. Auch die Geltung des innerstaatlichen Rechtes hat man ja in Fortsetzung der | naturrechtlichen Vertragstheorie auf die „Anerkennung“ der Rechtsunterworfenen zu begründen versucht und hat, da man die objektive Geltung auch des innerstaatlichen Rechtes, ohne das Wesen des Rechtes überhaupt zu opfern, nicht aufgeben konnte, zu der gleichen Fiktion der „stillschweigenden“, der „indirekten“ oder „unbewußten“ Anerkennung gegriffen, wie in der Theorie des Völkerrechtes, zumal wenn es galt, die Anerkennung der in die Rechtsordnung neu hinein Ge-

| 227

|¹⁾ a. a. O. S. 300.⁷³⁹

| 226

⁷³⁹ Schoen, Grundlagen (Anm. 580), S. 300 – Hervorhebung von Kelsen.

borenen nachzuweisen, jener Subjekte also, die bei ihrer Entstehung die Rechtsordnung bereits „vorfinden“¹⁾. Auf dem Gebiete der innerstaatlichen Rechtstheorie darf diese Anerkennungsfiktion als erledigt angesehen werden. Für das Völkerrecht kann sie nur insofern aufrecht erhalten werden, als mit der „Anerkennung“ des Völkerrechts durch den Einzelstaat in einem Bilde der Gedanke des Primates der einzelstaatlichen Rechtsordnung, der Grundsatz ihrer universalen und ausschließlichen Geltung, ihrer Souveränität behauptet wird. Sie ist in demselben Augenblicke hinfällig, da man sich auf den Standpunkt eines Primates des eine Vielheit koordinierter Einzelstaaten umfassenden Völkerrechtes stellt.

Die Normen des allgemeinen Völkerrechts gelten nicht nur für den neuen, in die Völkerrechtsgemeinschaft eintretenden Staat ohne die vorherige Anerkennung seitens des letzteren, sondern es gelten auch spezielle Völkerrechtssätze für einen Staat, der in die durch diese Rechtssätze geregelten Verhältnisse eintritt, ohne daß er bisher überhaupt einen Anlaß gehabt hätte, diese Normen anzuerkennen. „So werden die gemeinen Regeln des Seerechtes für einen Binnenstaat verbindlich, sobald er eine Küste erwirbt und an dem Seeverkehr teilnimmt.“ Dies anerkennt sogar *Heilborn*²⁾, trotzdem er den Primat der einzelstaatlichen Rechtsordnung ziemlich energisch betont und den Grundsatz vertritt: „Aus der Natur der Völkerrechtsquellen ergibt sich, daß der einzelne Rechtssatz zunächst (!) nur für diejenigen Staaten gilt, welche ihn im Wege der Gewohnheit oder Vereinbarung geschaffen haben“³⁾. Allerdings behauptet er auch die Existenz eines gemeinen neben einem partikularen Völkerrecht, obgleich er der Behauptung *Triepels*⁴⁾, „daß eine Vereinbarung nicht nachzuweisen sei, bei der sich sämtliche Staaten beteiligt hatten“, grundsätzlich nicht widerspricht⁵⁾. *Triepel* lehnt konsequent dem⁷⁴⁵ Dogma, daß der Staat nur seinem eigenen Willen unterworfen sei, ein allgemeines Völkerrecht ab. *Heilborn* versucht die den Primat des Völkerrechts voraussetzende Geltung von „allgemeinen“ Rechtsnormen auf dem Wege einer Fiktion zu erweisen, die die einzelstaatliche Souveränität retten soll. „In dem seiner Natur nach immer begrenzten Staatenkreise erkennt ein jeder die übrigen als Rechtsgenossen, als unabhängige völkerrechtliche Personen an; das schließt ein die Zuerkennung gewisser Eigenschaften und Fähigkeiten, sowie bestimmter Rechte,

|228

|227 ¹⁾ Vgl. dazu meine Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 346 ff.⁷⁴⁰²⁾ a. a. O. S. 57, 58.⁷⁴¹³⁾ a. a. O. S. 51.⁷⁴²⁴⁾ a. a. O. S. 83, 84.⁷⁴³⁵⁾ *Heilborn* a. a. O. S. 57.⁷⁴⁴⁷⁴⁰ *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 1), S. 346–378 = HKW 2, 21–878 (474–511).⁷⁴¹ *Heilborn*, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 57 f.⁷⁴² *Heilborn*, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 51 – Klammerausdruck von *Kelsen* eingefügt.⁷⁴³ *Triepel*, Völkerrecht (Anm. 349), S. 83 f.⁷⁴⁴ *Heilborn*, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 57.⁷⁴⁵ «dem»] richtig wohl: «das».

nämlich die prinzipielle Gleichheit, die Fähigkeit zur Vertragsschließung, zur Bestellung von Organen, zur Ergreifung der Selbsthilfe, weiter: Rechte in bezug auf Gebiet und Untertanen. Zu verweisen wäre ferner auf gewisse Normen des Vertragsschließungs-, Gesandtschafts-, Konsular- und Schiffsrechts, ohne daß damit die Liste erschöpft sein sollte. *Diese gemeinen Normen sind zugleich allgemeine und notwendige Voraussetzungen eines geregelten dauernden Verkehrs. Wer an diesem Verkehr teilzunehmen begehrt, dem gegenüber gilt die Vermutung, daß er die entsprechenden Normen anerkennt*⁷⁴⁶. Diese „Vermutung“ ist die gleiche unzulässige, weil die reinen rechtslogischen Relationen verdunkelnde Fiktion, die schon oben gekennzeichnet wurde.⁷⁴⁷ Zieht man sie ab, enthüllt sich das Völkerrecht in der Vorstellung der meisten Juristen als ein System objektiver, von dem Willen der subordinierten (und in dieser Rechtsunterworfenheit gleichgeordneten) Staaten unabhängiger Rechtsnormen, in dem auch das sog. „partikulare“ Völkerrecht, sofern es eben durch rechtsgeschäftliche Willensakte einzelner Staaten (Vertrag, Vereinbarung) nur für diese gesetzt, auf dem Vertragsrechtssatz des allgemeinen Völkerrechts beruht, logisch eingeschlossen ist.

§ 50. Die Anerkennung des Neustaates.

Von der Anerkennung durch den Einzelstaat als dem Geltungsgrund des Völkerrechts ist zu unterscheiden die Anerkennung des Neustaates durch die Völkerrechtsgemeinschaft als Geltungsgrund des Neustaates. Nach einer allgemein verbreiteten Anschauung bedarf nämlich der neuentstandene Staat, um Subjekt der Völkerrechtsgemeinschaft, d. h. Subjekt völkerrechtlicher Pflichten und Rechte zu werden, der Anerkennung durch die Altstaaten.

Diese Anerkennungstheorie, die die völkerrechtliche Existenz des Einzelstaates begründen soll, muß zunächst als im Widerspruch stehend zu jener andern erkannt werden, die den Geltungsgrund des Völkerrechts aufzeigen will. Denn wenn das Völkerrecht seinen Grund im Willen des Einzelstaates hat, kann der Einzelstaat seinen Grund nicht im Willen des Völkerrechts haben. Und als Anerkennung seitens der Völkerrechtsordnung könnte ja die durch die Organe dieser Ordnung oder Gemeinschaft vermittelte Anerkennung des Neustaates gedeutet werden; muß sie sogar gedeutet werden, sofern sie überhaupt als wesentlich und notwendig und sofern eine Völkerrechtsgemeinschaft koordinierter Staaten, also ein Primat der Völkerrechtsordnung vorausgesetzt ist. Indes wäre auch eine andere Deutung möglich, die beide Anerkennungstheorien vereinbar erscheinen ließe: vom Standpunkte eines Primates der eigenen staatlichen Rechtsordnung nämlich. Ist die eigene staatliche Rechtsordnung als souverän vorausgesetzt und so zum Ausgangs-

¹⁾ a. a. O. S. 57.⁷⁴⁶

⁷⁴⁶ Heilborn, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 57 – Hervorhebung von Kelsen.

⁷⁴⁷ Vgl. oben S. 484f.

punkt der juristischen Konstruktion gemacht, dann kann ebenso wie das Völkerrecht auch eine andere staatliche Rechtsordnung nur kraft „Anerkennung“ durch den „Willen“ des eigenen Staates gelten. Welcher Transformation dabei das Völkerrecht ebenso wie die andere staatliche Rechtsordnung unterzogen wird, ist im vorhergehenden Abschnitt dargestellt worden.⁷⁴⁸ Da mit einer solchen Anerkennung des Neustaates nicht eigentlich die parallelen Willensakte koordinierter, die Völkerrechtsgemeinschaft bildender Gemeinwesen, sondern nur der Willensakt des einzig souveränen und dauernd übergeordneten *eigenen* Staates gemeint ist, dürfte diese Deutung kaum in Betracht kommen, wenn in der modernen Völkerrechtstheorie die Entstehung von Neustaaten behandelt wird; obgleich ähnliche Vorstellungen dabei keineswegs ganz ausgeschlossen sein dürften, zumal die ganze Lehre von der Anerkennung des Neustaates mehr vom Standpunkt und im Interesse der Altstaaten und insbesondere, wenn auch unbewußt, des eigenen Altstaates entwickelt wird.

Stellt man sich auf den Standpunkt einer Völkerrechtsgemeinschaft koordinierter Staaten, mithin auf den Standpunkt eines Primates der die Gemeinschaft konstituierenden Völkerrechtsordnung, dann erweist sich die „Anerkennung“ des Neustaates, d. h. die Delegation der neuen staatlichen Rechtsordnung, ihre Aufnahme in das Universalsystem des alle Einzelrechtsordnungen umfassenden Völkerrechtes, die Herstellung eines Einheitsbezuges zwischen dem alten und dem neu hinzutretenden System als eine unvermeidliche rechtslogische Notwendigkeit.

Dabei ist es jedoch von vornherein keineswegs ausgemacht, daß die Aufnahme des Neustaates in die Völkerrechtsgemeinschaft oder, mit andern Worten und ohne die veranschaulichenden Personifikationen ausgedrückt, die Rezeption der neuen Teilrechtsordnung in die Universalrechtsordnung durch übereinstimmende Willensakte der Altstaaten – als der Organe der Völkerrechtsgemeinschaft – erfolgen | muß. Eine positiv-rechtliche Vorschrift ist jedenfalls nicht nachzuweisen. Vielmehr muß angenommen werden – und wird tatsächlich ganz allgemein angenommen – daß der Neustaat, sobald er nur „als Staat“ existent ist, zumindest gewisse völkerrechtliche Pflichten und Rechte habe. Schon daß er eine völkerrechtliche Willenserklärung, nämlich das Ansuchen um Anerkennung abgeben und die Anerkennungserklärung der andern empfangen kann, setzt voraus, daß er völkerrechtliche Persönlichkeit (im üblichen Sinne dieses Begriffes) bereits habe. Allein der Neustaat hat, wie allgemein angenommen wird, sogar ein *Recht* auf Anerkennung, wenn er gewisse Bedingungen erfüllt; die Altstaaten sind in diesem Falle dem Neustaat gegenüber zur Erteilung der Anerkennung verpflichtet. „Verweigerung der Anerkennung *berechtigt* als Unfreundlichkeit zur⁷⁴⁹ Retorsion“ sagt

⁷⁴⁸ Vgl. oben S. 412–463.

⁷⁴⁹ «Unfreundlichkeit zur»] *Liszt*, Völkerrecht (Anm. 523), S. 47: «Unfreundlichkeit (nicht als Unrecht) zur».

z. B. *Liszt*¹⁾, obgleich er die These vertritt: „Ein Staat, der neu entstanden ist oder bisher der Völkerrechtsgemeinschaft noch nicht angehört hat, bedarf, um völkerrechtliches Rechtssubjekt zu werden, der Anerkennung durch die übrigen Mächte“²⁾. Wie kann er aber schon vorher Subjekt einer völkerrechtlichen Berechtigung sein? Daß aber der nicht anerkannte Neustaat auch völkerrechtliche Pflichten habe, kann man gewiß nicht leugnen, so die Pflicht, völkerrechtswidrige Akte gegen Altstaaten, z. B. gewaltsame Eingriffe in deren Rechtssphäre zu unterlassen.

Wenn auch die „Anerkennung“ des Neustaaes nicht durch individuelle Willenserklärung der Altstaaten erfolgen muß, so ist sie doch, wie bereits früher bemerkt,⁷⁵² gerade vom Standpunkt eines Primates des Völkerrechtes nicht überhaupt überflüssig. Nur daß sie eben *generell*, nämlich durch einen *Rechtssatz* des Völkerrechtes erfolgt, der bestimmt, unter welchen Bedingungen ein Staat als solcher völkerrechtlich existent, d. h. Subjekt völkerrechtlicher Pflichten und Rechte ist. Ein solcher Rechtssatz muß als Bestandteil des Völkerrechtes angenommen werden, da aus jedem Normsystem selbst beantwortet werden muß, welches die Subjekte seiner Pflichten und Rechte sind; es handelt sich dabei um ein wesentliches Moment, ohne das der Inhalt seiner Normen – im vorliegenden Falle: *wessen* Handeln eigentlich den Inhalt der Völkerrechtssätze bildet? – nicht hinreichend bestimmt werden könnte. Ebenso muß die innerstaatliche Rechtsordnung genau bestimmen, wer Subjekt ihrer Pflichten und Rechte sei, wessen Handeln den Inhalt ihrer Normen bilde. Daß sie dies nicht in der Aufstellung einer positiven Regel: der Mensch vom Augenblick seiner Geburt bis zum Augenblick seines Todes, | sondern in der Feststellung negativer Ausnahmen: Geisteskranke, Kinder usw. tut, |231
weil sie die positive Regel als selbstverständlich stillschweigend voraussetzt, ist eine rechtstechnische Nebensächlichkeit, die gerade mit Rücksicht darauf für das Völkerrecht belanglos ist, daß dieses als ganzes ein ungeschriebenes Recht ist. Tatsächlich *enthalten* die Darstellungen des Völkerrechtes eine Beantwortung der Frage, wann *vom völkerrechtlichen Standpunkt* ein Staat als gegeben zu betrachten sei. Als typisch hiefür seien die bezüglichen Lehrmeinungen *Liszt*s angeführt. Er stellt die These auf – und will damit offenbar eine *völkerrechtliche* Wahrheit behaupten: „Staat im Sinne des Völkerrechtes ist die selbstherrliche Gebietskörperschaft; d. h. die auf einem bestimmten Gebiete angesiedelte, durch eine selbständige und unabhängige Herrschergewalt zusammengefaßte, menschliche Gemeinschaft“¹⁾. Die Richtigkeit der Staatsbegriffsbestimmung kann hier dahingestellt bleiben. Wesentlich ist, daß damit ein Staat „im Sinne des Völkerrechtes“ bestimmt werden soll. Ein

¹⁾ a. a. O. S. 47. ⁷⁵⁰

|230

²⁾ a. a. O. S. 46. ⁷⁵¹

¹⁾ a. a. O. S. 43. ⁷⁵³

|231

⁷⁵⁰ *Liszt*, Völkerrecht (Anm. 523), S. 47 – Hervorhebung von Kelsen.

⁷⁵¹ *Liszt*, Völkerrecht (Anm. 523), S. 46.

⁷⁵² Vgl. oben S. 484.

⁷⁵³ *Liszt*, Völkerrecht (Anm. 523), S. 43.

Völkerrecht wäre nämlich schlechterdings unmöglich, ohne daß es selbst bestimmte, was ein Staat sei. „Ein Staat im Sinne des Völkerrechts“, das ist eben die völkerrechtliche Bestimmung des Staates.

Darin, daß das Völkerrecht von sich aus bestimmt, was ein Staat sei, oder: wann ein Staat in die Sphäre des Völkerrechts, in die Ebene völkerrechtlicher Erkenntnis eintritt, liegt auch die generelle, ein für allemal erfolgende „Anerkennung“ von Neustaaten. Liegt der von der Völkerrechtsnorm umschriebene Tatbestand vor, dann *ist* für die Völkerrechtsbetrachtung ein Staat in ihrem Sinne, ein Subjekt der Pflichten und Rechte des Völkerrechts existent. Die Begriffsmerkmale des zitierten Völkerrechtssatzes sind die Bedingungen, unter denen ein Gemeinwesen als Staat im Völkerrechtssinn, d. h. als Subjekt des Völkerrechts „anerkannt“, nämlich von der Völkerrechtsordnung oder der Völkerrechtsgemeinschaft „anerkannt“ ist. Eine weitere „Anerkennung“ durch Willenserklärungen der Altstaaten hat demgegenüber nur deklaratorische, d. h. juristisch gar keine Bedeutung²⁾. Ob sie aus Gründen der Verkehrssicherheit usw. dennoch wünschenswert ist, kann hier außer Frage bleiben.

232 | Etwas anderes wäre es natürlich, wenn sich ein positiver Völkerrechtssatz erweisen ließe, demzufolge ein Staat im Sinne des Völkerrechts und mithin ein Subjekt der Völkerrechtsgemeinschaft erst | nach erfolgter „Anerkennung“ durch die Altstaaten existent wäre. Dann hätte die Anerkennung konstitutive Bedeutung, sie wäre das obligate Verfahren, in dem der Neustaat juristisch „erzeugt“, oder – in der etwas ungenauen Terminologie der herrschenden Lehre gesprochen – in die Völkerrechtsgemeinschaft aufgenommen würde¹⁾.

²⁾ Vgl. über den angeblichen Unterschied von konstitutiven und deklarativen Rechtsakten: *Weyr*, Zur Lehre von den konstitutiven und deklaratorischen Akten. Oesterr. Zeitschr. für öffentl. Recht. 1917.⁷⁵⁴

132 | ¹⁾ So *Sander* in seiner Abhandlung: Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung. Er geht von der Grundanschauung aus, daß alles Recht erst im Prozesse „erzeugt“ werde. „Das Verfahren (der Prozeß) als kontinuierlich fortschreitende Tatbestandserzeugung, Tatbestandsfunktion, wird zur Grundfunktion der rechtlichen Dynamik. Aber diese Grundfunktion durchwaltet das ganze Rechtssystem. In stufenförmig über- und untergeordneten Verfahren wird das ganze Rechtssystem erzeugt. Im Verfahren der Verfassungsgesetzgebung gelangen die Verfassungsgesetze zur Erzeugung, im einfachen Gesetzgebungsverfahren die einfachen Gesetze, im Prozeßverfahren die Urteile (Beschlüsse, Verfügungen usw.), im Vollstreckungsverfahren der Vollstreckungsbeschuß, in einem weiteren Verfahren die Vollstreckungshandlung. Der ganze Rechtsinhalt gelangt in stufenförmig übereinander gelagerten, kontinuierlich fortschreitenden Verfahren zur Erzeugung. Jedes Verfahren erzeugt eine Rechtssatzform (Verfassungsgesetz, einfaches Gesetz, Verordnung, Urteil, Beschluß usw.), deren jede Tatbestandsfunktion höher gelagerter Rechtssatzformen ist. Jede erzeugte Rechtssatzform wird wieder ihrerseits ‚Gesetz‘, ‚Regel‘ eines Verfahrens niederer Stufe. Die im Verfassungsgesetzgebungsverfahren erzeugten Verfassungsgesetze sind Erzeugungsregel des Verfahrens der einfachen Gesetzgebung, die einfachen Gesetze Erzeugungsregel der Urteile usw. ...“ *Sander* nimmt an, daß die vorprozessualen Tatbestände außerhalb des Systems der reinen Rechtswissenschaft bleiben. *In der völkerrechtlichen An-*

⁷⁵⁴ *Franz Weyr*, Zur Lehre von den konstitutiven und deklaratorischen Akten, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1918), S. 490–549.

Die bisherige Theorie des Völkerrechts befaßt sich ausschließlich mit der Frage, ob die Anerkennung des Neustaates durch individuelle Willensakte der Altstaaten konstitutiv oder deklaratorisch sei. Daß auch eine generelle „Anerkennung“ durch Rechtssatz möglich ist, wird mangels Einsicht in die rechtslogische Bedeutung der „Anerkennung“ übersehen. Hinsichtlich der ersteren Frage ist die Theorie geteilt. Die Anschauung jener, die für den konstitutiven Charakter der Anerkennung sind, faßt *Heilborn* folgendermaßen zusammen: „Die Entstehung eines neuen Staates ist eine Tatsache, | welcher viele Autoren bis zur Anerkennung rechtliche Bedeutung |233 absprechen; der noch nicht anerkannte Staat sei für die Altstaaten noch kein Rechtssubjekt; er werde es erst durch die Anerkennung. Diese verleihe ihm völkerrechtliche Persönlichkeit gegenüber den Altstaaten. Da aber die Altstaaten dem Neustaat nicht übergeordnet sind, so können sie ihm die Anerkennung nicht aufzwingen, sondern er muß damit einverstanden sein, d. h. seinerseits die Altstaaten anerkennen. Von diesem Standpunkt handelt es sich um eine konstitutive Vereinbarung⁽¹⁾. *Heilborn* lehnt diese Theorie zwar zunächst mit Rücksicht auf gewisse praktische Konsequenzen ab⁽²⁾, hält sie jedoch – er vertrat sie ursprünglich selbst – für „logisch unanfechtbar, wenn man das Recht auf den freien Willen der Rechtssubjekte gründet“⁽³⁾. Ganz abgesehen davon, daß man das Recht eben nicht auf den freien Willen der Rechtssubjekte gründen kann: Gerade vom Standpunkt einer subjektiven Geltung des Völkerrechts ist *diese* Theorie nichts weniger als logisch unanfechtbar. Sie will die Geltung des Völkerrechts auf den Willen des Neustaates gründen und zugleich dem Neustaat erst durch das Völkerrecht einen „Willen“ im Rechtssinne verleihen lassen. Daher der Widerspruch, daß der Neu-

erkennung sieht er das Verfahren, in dem der Einzelstaat, d. h. die Verfassung erzeugt wird. Natürlich steht *Sander* auf dem Standpunkt eines Primates des Völkerrechts. Eine vom Primate der staatlichen Rechtsordnung ausgehende Konstruktion scheint er für indiskutabel zu halten. „Die reine Rechtswissenschaft löst das Völkerrecht aus seiner bisherigen Isolierung und stellt es als höchste Stufe in das Weltrechtssystem ein. Die Idee des Staates, d. h. die Aufgabe der Totalität des Rechtssystems treibt die reine Rechtswissenschaft vom empirisch Bedingten zum empirisch Bedingenden, dem nie erreichbaren Unbedingten entgegen, aufzusteigen ‚solange es angeht‘ (Kant).⁷⁵⁵ Damit gelangt sie über die einzelnen Staatsrechtssysteme hinaus zu deren Bedingung, dem Völkerrecht, in dem alles Staatsrecht eingewurzelt ist.“ A. a. O. S. 149 ff., 156 ff.⁷⁵⁶

¹⁾ a. a. O. S. 58, 59.⁷⁵⁷

²⁾ „Die Untertanen des einen Teils könnten in dem kritischen Zeitraum von dem andern erlaubterweise vergewaltigt werden; dem letzteren gegenüber wären sie mit der Entstehung des Neustaates rechtlos geworden; ferner wäre eine gewaltsame Aktion des Altstaats gegen das Gebiet des nicht anerkannten Neustaats rechtlich indifferent. Diese mißlichen Folgerungen verlieren ihre Bedeutung nicht durch den Hinweis darauf, daß auch Ausländer ohne Staatsangehörigkeit in einem Kulturstaat tatsächlich Rechtsschutz genießen“ a. a. O. S. 59.⁷⁵⁸

³⁾ a. a. O. S. 59.⁷⁵⁹

⁷⁵⁵ Vgl. *Immanuel Kant*, Kritik der reinen Vernunft, Riga 1781/1787, S. A 307, B 364.

⁷⁵⁶ *Sander*, Revolution (Anm. 342), S. 149 f., 156.

⁷⁵⁷ *Heilborn*, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 58 f.

⁷⁵⁸ *Heilborn*, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 59.

⁷⁵⁹ *Heilborn*, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 59.

staat vor der Anerkennung juristisch überhaupt noch nicht existiert und doch einen rechtlich relevanten Willen haben muß, dem derjenige der Altstaaten nicht „aufgezwungen“ werden kann, einen Willen, d. h. eine Rechtspersönlichkeit, die dem der Altstaaten nicht untergeordnet, sondern – offenbar – *gleichgeordnet* ist, einen Rechtswillen, der die Anerkennung seitens der Altstaaten annehmen und seinerseits die Altstaaten „anerkennen“ muß. Logisch anfechtbar ist auch die fiktive Identifizierung des die Anerkennungserklärung der Altstaaten annehmenden Willens des Neustaates mit dessen Anerkennung der Altstaaten.

Wenn *Heilborn* sich für die bloß deklaratorische Bedeutung der Anerkennung des Neustaates entscheidet, so versucht er auch theoretische Gründe dafür vorzubringen, wenigstens soweit es sich um eine Staatsbildung auf altem Völkerrechtsgebiet handelt. „Eben[sowenig wie für einen Menschen gibt es für den Neustaat nur das Recht, das mit ihm geboren ist. Durch seine Entstehung auf altem Völkerrechtsgebiet tritt er in einen historisch bedingten Zustand ein. Die Negierung des Völkerrechts kann ihm schon um dessentwillen nicht freistehen, *weil sein Volk völkerrechtlich gebunden ist*. Nicht als ob damit das Volk oder der einzelne Mensch als Subjekt der völkerrechtlichen Rechte und Pflichten hingestellt werden sollte. Aber er⁷⁶⁰ hat bisher im alten Staat am völkerrechtlichen Verkehr teilgenommen und kann sich um der neuen Staatsgründung willen von ihm nicht lossagen. Das Volk kann dies ebensowenig wie ein anerkannter Staat es kann. Also können auch die Altstaaten dem Neustaat die völkerrechtliche Persönlichkeit nicht absprechen“¹⁾. Also: das „Volk“ des Neustaates ist zwar – da nicht Völkerrechtssubjekt – durch das Völkerrecht nicht verpflichtet, aber es kann sich von dem Völkerrecht nicht „lossagen“. Das „Volk“ ist zwar keineswegs identisch mit dem Neustaat; daher ist der Neustaat durch das Völkerrecht verpflichtet und ergo völkerrechtliche Persönlichkeit auch ohne Anerkennung durch die Altstaaten. Denn diese können ihm die Persönlichkeit offenbar nur deshalb nicht absprechen, weil er sie unabhängig von ihnen hat.

Solche Argumentationen sind nicht allzuselten. Sie sind nur Symptome für das Fehlen jeder logischen Grundlage der juristischen Theorie. Bedeutet es aber nicht den ausdrücklichen Verzicht auf diese, wenn *Heilborn* – auch in diesem Punkte nur den Ausdruck einer Grundstimmung der heutigen Rechtswissenschaft formulierend – in seinem eine *theoretische* Grundlegung der Völkerrechtswissenschaft beabsichtigenden Werke die von ihm vertretene Anschauung schließlich folgendermaßen begründet: „Nicht ohne schwere Bedenken habe ich die früher vertretene Lehre von der konstitutiven Kraft der Anerkennung aufgegeben, und ich bin mir bewußt, daß die im Text vorgetragene Auffassung sich nicht bis in jede Konsequenz hinein festhalten läßt. Man denke an einen Zerfall des chinesischen Rei-

|234 |¹⁾ a. a. O. S. 60.⁷⁶¹

⁷⁶⁰ «er»] *Heilborn*, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 60: «es».

⁷⁶¹ *Heilborn*, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 60 – Hervorhebung von Kelsen.

ches in mehrere neue Staaten. Ist aber das Völkerrecht um jeden Preis konsequent?⁷⁶² Es ist nicht einzusehen, welcher *theoretische* Grund im Wege steht, der Anerkennung der aus dem eventuellen Zerfall Chinas entstehenden Staaten nur deklaratorische Wirkung zuzusprechen. Aber vielleicht stehen *praktisch-politische* Bedenken dagegen? Gesetzt dies sei für den einen oder andern Staat – der an der Existenz des ungeteilten China interessiert ist – der Fall. Was hat dies mit der „Lehre“ zu tun, die in den „Grundbegriffen des Völkerrechts“⁷⁶³ über die Entstehung von Neustaaten vorgetragen wird? | Warum darf *diese* nicht konsequent | 235 sein? Es ist eine unauffällige, wenn auch nicht unwesentliche Verschiebung des Problems, wenn die Frage aufgeworfen und stillschweigend verneint wird, ob das „Völkerrecht“ um jeden Preis konsequent sein müsse. Das „Völkerrecht“ ist hier die Völkerrechtswissenschaft, die vor die Frage gestellt ist, ob sie eine *Theorie*, die sie aufgestellt hat, weil sie sie für *wahr* hält, ohne Rücksicht auf politische Vor- oder Nachteile für den einen oder andern Staat aufrechterhalten oder, wenn es dem betreffenden Theoretiker nicht paßt, fallen lassen darf. Die Antwort, die *Heilborn* – im Geiste der heutigen Völkerrechtswissenschaft – erteilt, ist das Todesurteil über die „Wissenschaft“, die *heutige* Wissenschaft vom Völkerrecht.

Es ist der durchaus mißglückte Versuch eines Mittelweges, den *Liszt* in der Frage der Anerkennung des Neustaates einschlägt, wenn er – nachdem er den Staat als eine „im Sinne des Völkerrechtes“⁷⁶⁴ existente Wesenheit bestimmt hat – erklärt: „Nicht sein Dasein als Staat, sondern sein Eintritt in die Völkerrechtsgemeinschaft ist durch die Anerkennung bedingt“⁷⁶⁵. Bis zu seiner Anerkennung wäre der Staat zwar „als solcher“ existent, es fehlte ihm aber die völkerrechtliche Persönlichkeit. Daß *Liszt* diesem persönlichkeitslosen Staat einen „Anspruch“ auf Anerkennung zubilligt, ebenso wie eine „Berechtigung“ zur Retorsion wegen rechtswidriger Verweigerung der Anerkennung, ist hier nebensächlich. Wesentlich, daß „Staat im Sinne des Völkerrechts“ und „völkerrechtliche Persönlichkeit“, d. h. eben Subjekt des Völkerrechts identisch ist; das „Dasein als Staat“ ist – sofern es eben vom Standpunkte der Völkerrechtswissenschaft überhaupt behauptet werden kann – identisch mit dem Dasein in der Völkerrechtsgemeinschaft. Eine bloß *faktische* Existenz als Staat bedeutete nicht einen Staat im Sinne des Völkerrechts. Ein solcher „Staat“ wäre ebensowenig ein Staat im Rechtssinn, d. h. etwas wovon man juristisch, also in einem Lehrbuch des Völkerrechts als von „Staat“ sprechen könnte, wie ein „Sklave“ – also etwas, dessen Bewegungen in keinem Sinne Inhalt von Pflichten oder Rechten sind – ein „Mensch“ im Sinne der innerstaatlichen Rechtsordnung, d. h. eben ein Rechtssubjekt wäre.

⁷⁶² a. a. O. S. 61, Anm. ⁷⁶²

⁷⁶³ a. a. O. S. 47. ⁷⁶⁵

⁷⁶² *Heilborn*, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 60 Anm. 2.

⁷⁶³ *Heilborn*, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 58–62.

⁷⁶⁴ *Liszt*, Völkerrecht (Anm. 523), S. 43.

⁷⁶⁵ *Liszt*, Völkerrecht (Anm. 523), S. 47.

§ 51. Die Entstehung des Staates als Rechtsproblem;
Kontinuität der Rechts-(Staats-)Ordnung und Revolution.

|236 Indem das Völkerrecht die Bedingungen festsetzt, unter denen ein Staat als entstanden zu gelten hat, wird das Problem der Entstehung des Staates und dementsprechend auch das des Unterganges zu einem Rechtsproblem erhoben. Auch diese Funktion kann das Völkerrecht nur unter der Voraussetzung seines Primates gegenüber der einzelstaatlichen Rechtsordnung erfüllen. Denn sofern man die einzelstaatliche Rechtsordnung als souverän voraussetzt, muß die Frage nach ihrer ersten Entstehung notwendigerweise außerhalb des Rahmens einer juristischen, d. h. mit der Verfassung bereits als mit einer Hypothese arbeitenden Betrachtung fallen, muß metajuristischer Natur bleiben. So wie innerhalb der einzelstaatlichen Rechtsordnung die Entstehung einer Teilrechtsordnung, etwa einer Gemeinde oder einer Aktiengesellschaft, eines konkreten Rechtsverhältnisses oder des Systems des Gesetzesrechtes usw. ein Rechtsproblem ist, weil in der übergeordneten Rechtsschichte, der Verfassung z. B., die Bedingungen statuiert sind, unter denen neue generelle oder individuelle Normen hinzutreten können, so ist auch die Entstehung der staatlichen Rechtsordnung oder ihres Ursprungs: der Verfassung, ein Rechtsproblem, sobald die staatliche Rechtsordnung selbst zur Teilrechtsordnung innerhalb eines sie mit anderen Teilrechtsordnungen umfassenden Systemes wird, oder mit anderen Worten: wenn über der staatlichen Rechtsordnung eine höhere Rechtsordnung, über dem staatlichen Gemeinwesen die Völkerrechtsgemeinschaft vorgestellt wird¹⁾.

Die zahlreichen immer wieder unternommenen Versuche der Staatsrechtstheorie, die Entstehung des Staates juristisch zu begreifen, den Staat d. h. die Rechtsordnung rechtlich zu begründen, mußten natürlich – als ein Versuch, sich am eigenen Zopf aus dem Sumpf zu ziehen – insolange scheitern, als an dem Dogma von der Souveränität des Staates festgehalten wurde. Daß diese Versuche dennoch immer wieder unternommen wurden, ist zweifellos ein deutliches Symptom für die starke, dem juristischen Denken immanente Tendenz, über die engen Grenzen der einzelstaatlichen Rechtsordnung hinauszugelangen. Nur daß man eben – was die Juristen zu übersehen pflegten – juristisch nicht über die enge Grenze des Staates hinaus kann, ohne ein die Staaten umfassendes, über den Staaten stehendes Weltrecht aufzubauen. Im rechtsleeren Raum gibt es keine juristische Erkenntnis²⁾.

|236 ¹⁾ Vgl. dazu die Ausführungen *Sanders* a. a. O. S. 156 ff.⁷⁶⁶

²⁾ Scheinbar ein selbstverständlicher Satz! Aber von der herrschenden Lehre keineswegs beachtet. So versucht *Binding* mit seiner Vereinbarungstheorie allen Ernstes „allgemeine Rechtswahrheiten“ (a. a. O. S. 160)⁷⁶⁷ „auf rechtsfreiem Gebiete“ (a. a. O. S. 163)⁷⁶⁸ zu gewinnen.

⁷⁶⁶ *Sander*, Revolution (Anm. 342), S. 156 f.

⁷⁶⁷ *Binding*, Gründung (Anm. 420), S. 160.

⁷⁶⁸ *Binding*, Gründung (Anm. 420), S. 163.

Unter demselben Gesichtspunkt ist das Problem der Identität des Staates bei Aenderung der Verfassung zu beurteilen. Zwei Fälle | sind grundsätzlich zu unterscheiden: die Verfassung wird unter den von ihr selbst statuierten Bedingungen, d. h. unter Wahrung ihrer eigenen Normen in den von ihr selbst vorgeschriebenen Formen geändert; z. B. eine absolute Monarchie wird durch Gesetz des Monarchen in eine konstitutionelle verwandelt. Die Kontinuität des Rechtes ist auch vom Standpunkt staatsrechtlicher Betrachtung gewahrt, an der Identität der absoluten mit der konstitutionellen Monarchie zu zweifeln kein Anlaß; wenn auch ernstlich bezweifelt werden kann, ob ein solcher Wandel ein vollständiger ist, da ja gerade um die Rechtskontinuität aufrecht zu erhalten, die Ursprungsnorm, die dem Willen des Monarchen rechtsverbindliche Kraft verleiht, weiter in Geltung stehend vorausgesetzt werden muß – sonst entbehrte ja die konstitutionelle Verfassung einer Rechtsgrundlage – und daher die Möglichkeit einer Aufhebung derselben durch den einseitigen Willen des Monarchen offen zu stehen scheint. Doch kann diese Frage hier außer Diskussion bleiben. Der zweite, von dem ersteren prinzipiell verschiedene Fall ist der einer Aenderung der Verfassung auf revolutionärem Wege, d. h. mit einem Bruch der bisherigen Verfassung. Dies ist das entscheidende Kriterium, nicht aber ob die Verfassungsänderung eine mehr oder weniger tiefgreifende ist. Denn in diesem Falle ist vom Standpunkt der einzelstaatlichen Rechtsordnung und zwar sowohl vom Standpunkt der bisher geltenden als auch der revolutionär entstandenen neuen Verfassung jede Möglichkeit, eine Kontinuität des Rechts herzustellen, ausgeschlossen. Solange der Horizont der einzelstaatlichen Rechtsordnung nicht überschritten, d. h. aber: solange die einzelstaatliche Rechtsordnung als souverän vorausgesetzt wird, muß man mit den beiden miteinander in keiner rechtlichen Beziehung stehenden Verfassungen juristisch zwei voneinander gänzlich verschiedene Staaten annehmen; das heißt, korrekt ausgedrückt, sich entweder auf den Standpunkt der einen oder der anderen Verfassung, des einen oder des anderen Staates stellen. Keiner von beiden ist für den anderen *rechtlich* vorhanden; keine bloß staatsrechtliche Konstruktion kann die Kluft überbrücken; auch nicht jene Theorie, die die Identität beider Staaten auf Grund der Annahme behauptet, daß ein Verband derselbe bleibe, wenn dieselben Menschen oder doch ein Teil derselben auf demselben Gebiete oder doch auf einem Teile desselben in zeitlicher Kontinuität die gleichen oder doch zum Teil gleichen Verbandszwecke verfolgen. Denn ganz abgesehen von der Unbestimmtheit dieser Verbandszwecke – sie können bei den allerverschiedensten Staaten als dieselben angenommen werden – ist diese ganze Verbandstheorie keine juristische. Sie verkennt voll|kommen die Bedeutung, die den sogenannten Verbandselementen, Gebiet, Volk und Ordnung im Verhältnis zueinander zukommt. Der Verband wird erst konstituiert durch die Ordnung; Volk und Gebiet sind Inhaltselemente, und bei Verschiedenheit der Ordnung liegt eine Verschiedenheit des Verbandes vor, selbst wenn Volk und Gebiet dasselbe bleiben, während bei Identität der Ordnung die Identität des Verbandes auch dann gewahrt bleibt, wenn

|237

|238

Volk und Gebiet sich ändern. Das Element Volk ist ja in der Regel kein konstantes, sondern variables Element, der Wechsel der Generationen rührt nicht an die Identität des Staates. Und auch eine noch so radikale Aenderung des Gebietes würde bei Identität der Ordnung juristisch die Identität des Staates nicht berühren.

Vom Standpunkt der Souveränität des Einzelstaates ist es schlechterdings unmöglich, eine juristische Konstruktion zu finden, um der Forderung der Billigkeit, des primitivsten Rechtsgefühls Rechnung zu tragen, daß der neuentstandene Staat die Verpflichtungen des alten in demselben Maße weitertrage, als es dieselben Menschen sind, die den neuen Staat bilden. Hier droht die juristische Konstruktion zu einer ernstlichen Schranke für die Gerechtigkeit zu werden. Und die Idee der Gerechtigkeit sprengt auch die Fesseln des Souveränitätsdogmas, den engen Horizont der Einzelrechtsordnung, des Einzelstaates. Denn nur der Rekurs zu einer Völkerrechtsordnung, die über den territorial nebeneinander stehenden wie zeitlich aufeinander folgenden Staaten oder Verfassungen sich erhebt, bringt die gesuchte Lösung des Problems, schlägt auch über den Abgrund, den die Revolution zwischen zwei Verfassungen legt, die Brücke des Rechtes. Es ist ein unbestrittener Völkerrechtssatz, daß die Identität der Staatspersönlichkeit auch durch revolutionäre Verfassungsänderungen nicht berührt wird, und daß daher die völkerrechtlichen Verpflichtungen mit der Identität des Pflichtsubjektes grundsätzlich bestehen bleiben, wenn auch ihr Ausmaß entsprechend der inhaltlichen Veränderung des Subjektes, insbesondere mit Rücksicht auf die Aenderung seines Umfangs Modifikationen erfahren kann. Die Verfassung des Einzelstaates kann ihrem Wesen nach, kann, wenn sie sich selbst nicht aufheben will, eine solche Bestimmung nicht enthalten. Wie ja auch ein Vertrag, die ein spezielles Verhältnis regelnde Teilordnung, den Fall des Vertragsbruches nicht regeln kann. Wäre etwa für den Fall der Nichtleistung des ursprünglich Vereinbarten eine Ersatzleistung statuiert, so wäre die Nichtleistung des ursprünglich Vereinbarten nicht mehr Vertragsbruch, sondern es wäre eine Alternativverpflichtung begründet. Die auf den Rechtsbruch gesetzte Exekution muß in der über | der Schichte der Privatautonomie stehenden Sphäre des Gesetzesrechtes statuiert sein. So kann auch der Verfassungsbruch nicht in der Verfassung selbst, sondern nur in einer über der Verfassung vorausgesetzten Rechtsordnung, dem Völkerrecht, geregelt sein.

|239

Nun darf der hier in Betracht kommende Völkerrechtssatz keineswegs in jener lediglich negativen Form gedacht werden, in der er für gewöhnlich dargestellt wird. Das Völkerrecht muß positive Kriterien dafür angeben, wann ein Staat – trotz revolutionärer Veränderung – noch derselbe bleibt. Und da scheint der Sinn der allgemeinen *Rechtsüberzeugung*, die im Völkerrecht ihren Niederschlag gefunden hat, der zu sein, daß eine gewisse *faktische* Kontinuität des Volkes, d. h. derjenigen Menschen und ihrer Nachkommen, deren Handeln den Inhalt der jeweiligen staatlichen Ordnung bildet, und des Gebietes, für welches diese Ordnung Geltung beansprucht, die Identität der beiden von einem formalen, nämlich von ihrem eigenen, immanenten Standpunkt aus diskontinuierlichen Ordnungen

gewährleistet. Kraft eines höheren *formalen Rechtsprinzipes* wird die Identität des faktischen *Inhalts* entscheidend für die Identität niederer Rechtsformen. In diesem Gewande kann also die früher abgelehnte „Verbandstheorie“ oder doch ein ganz ähnlicher Gedanke akzeptiert werden: nämlich als Inhalt eines Satzes, der einer höheren Schichte angehört als die Ordnungen, deren Identität in Frage steht. Nur wer den Sinn *normativer* Betrachtung nicht erfaßt, wer nicht daran festhält, daß es hier auf *juristische* Erkenntnis ankommt, dem mag unwesentlich erscheinen, ob ein Gedanke als Inhalt einer Norm auftritt oder nicht. Allein wer in dem Gestrüpp rechtswissenschaftlicher Untersuchungen den Weg der korrekten Methode nicht verlieren will, der muß jenem Kompaß folgen, dessen Nadel unentwegt in der Richtung der Norm weist. Das ist im Grunde eine Selbstverständlichkeit; und eben darum, könnte man meinen, wäre es kein Fehler, das Selbstverständliche, den Bezug jeden Gedankeninhalts auf eine Rechtsnorm *unausgesprochen* vorauszusetzen. Nur weil es sich eben in der heutigen Rechtswissenschaft noch keineswegs um Selbstverständlichkeiten handelt, wird hier stärker betont, was bei einer geklärteten methodologischen Grundsituation keiner besonderen Erwähnung bedürfte.

Es ist die *faktische* Kontinuität der den Inhalt der staatlichen Rechtsordnung bildenden, auf einem und demselben Gebiete ansässigen Menschen, die das Völkerrecht als entscheidendes Kriterium für die Identität der Staatsperson aufgenommen hat. Und dieses Moment der *Faktizität* wird auch sonst in der Sphäre des Völkerrechts zu einem *Rechtsprinzip* erhoben. Es ist ein allgemein anerkannter Grundsatz des Völkerrechts, daß auch eine ursprünglich durch Rechtsbruch – Rechtsbruch vom Standpunkt des isolierten Staatsrechts – erworbene Regierung rechtmäßig – vom Standpunkt des Völkerrechts rechtmäßig – werden kann, „wenn sie im Staate dauernd Bestand gewinnt und allgemeine Anerkennung findet“¹⁾. In der Frage, wer einen Staat nach außen zu vertreten habe, begnügt sich das Völkerrecht nicht damit, auf die staatliche Rechtsordnung zu verweisen, sondern normiert, daß nur dasjenige verfassungsmäßige Organ das völkerrechtliche Repräsentationsrecht auszuüben habe, das als „wirkliche Staatsregierung“ über eine gewisse Macht tatsächlich verfügt (*qui actu regit*)²⁾. *Bluntschli* formuliert des weiteren folgende Rechtssätze: „Wer in einem Lande die Regierungsgewalt erwirbt, wird *infolgedessen* im völkerrechtlichen Verkehr als Organ der Staatspersönlichkeit betrachtet. Mit einem siegreichen und im Lande anerkannten Usurpator können für den Staat verbindliche Verträge abgeschlossen werden. –⁷⁷¹ Wer die Regierungsgewalt verliert, hört *infolgedessen* auf, der völkerrechtliche Vertreter des Staates zu

¹⁾ *Bluntschli* a. a. O. S. 113/114. ⁷⁶⁹

²⁾ *Bluntschli* a. a. O. S. 113/114. ⁷⁷⁰

⁷⁶⁹ *Bluntschli*, Völkerrecht (Anm. 657), S. 115.

⁷⁷⁰ *Bluntschli*, Völkerrecht (Anm. 657), S. 113.

⁷⁷¹ Der Gedankenstrich Kelsens markiert eine Auslassung von fast einer Druckseite.

sein. Mit einem entthronten Fürsten können keine den Staat verbindlichen Verträge abgeschlossen werden⁷⁷². Aus all dem geht deutlich hervor, daß unter den Bedingungen, die der bereits oben erwähnte Völkerrechtssatz für die Entstehung und völkerrechtliche Existenz eines Staates aufstellt, neben der Geltung einer *relativ* höchsten, d.h. nur unter dem Völkerrecht stehenden Zwangsordnung menschlichen Verhaltens – vielleicht läßt sich auch die *Seßhaftigkeit* aus dem Völkerrecht ableiten – ein gewisser Grad von *Wirksamkeit* dieser Ordnung, von Faktizität vorausgesetzt wird. Nur bei einem *Primat* des Völkerrechtes könnte eine solche Hypothese *juristischen* Charakter haben. Und so lieferte diese Hypothese vom Primat des Völkerrechtes auch das *juristische* Kriterium für die Lösung jenes Problems, das im ersten Teile dieser Untersuchungen, wo der rein staatsrechtliche Standpunkt, das heißt: das Dogma der Souveränität des Einzelstaates festgehalten wurde, als *metajuristisch* erklärt werden mußte: welche Verfassung, welche Ursprungsnorm zur deduktiven Entwicklung der einzelstaatlichen Rechtsordnung, welcher Ausgangspunkt für die juristische Konstruktion zu wählen sei.⁷⁷³ Was dort als ein mehr oder weniger erkenntnistheoretisches Prinzip angegeben wurde: der Grundsatz, jene Ursprungsnorm zu wählen, aus der sich in deduktiver Entfaltung eine Rechtsordnung ergibt, mit der das tatsächliche Verhalten der Menschen, deren Handeln den Inhalt der Rechtsordnung bildet, in relativ größter Uebereinstimmung steht, das tritt hier – weil zum Inhalt einer *Rechtsnorm* erhoben – als *juristisches* Prinzip auf.

Dadurch daß das *Faktische* zum Inhalt einer Norm wird, erfährt es einen ganz eigenartigen Bedeutungswandel, es wird sozusagen denaturiert, schlägt in sein Gegenteil um, wird selbst zum Normativen. Nicht von einer „normativen Kraft des Faktischen“,⁷⁷⁴ sondern von einer Metamorphose des Faktischen zum Normativen müßte man sprechen. Freilich gerät hier das Völkerrecht an die äußerste Grenze des Bereichs normativer Erkenntnis, an die äußerste Grenze des Rechtes. Es ist vielleicht gerade *noch* Recht, wenn es – den fundamentalen Gegensatz von Sein und Sollen gefährdend – zwar nicht *jede* faktische Macht als Rechtsmacht zu etablieren bemüht ist, aber doch *nur* eine bestimmte *faktische* Macht als Rechtsmacht gelten lassen will. Und in dieser Schwäche des Völkerrechtes gegenüber der *faktischen* Macht, in dieser Neigung des Völkerrechtes, vor den Tatsachen zu kapitulieren, zeigt sich seine wahre Schwäche als Recht, zeigt sich das Problem seiner Rechtsnatur deutlicher als in dem angeblichen Fehlen des Zwangsmomentes.

³⁾ a.a.O. S. 113, 114.⁷⁷²

⁷⁷² Bluntschli, Völkerrecht (Anm. 657), S. 115 – Hervorhebung von Kelsen.

⁷⁷³ Vgl. oben S. 349f.

⁷⁷⁴ G. Jellinek, Staatslehre (Anm. 25), S. 338, 339.

Neuntes Kapitel.

Das Völkerrecht als *civitas maxima*.

§ 52. Das „subjektive“ und das „objektive“ Prinzip des Völkerrechts.

Trotz des Einflusses, den der Staatsabsolutismus der *Hegelschen* Philosophie auf die Völkerrechtstheorie der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts in der Richtung eines Primates der staatlichen Rechtsordnung genommen hat – lehrte doch noch *Pütter*⁷⁷⁵ (1843): „Das eigentümliche Wesen des Völkerrechts“ bestehe darin, „daß sich der Staatswille in seinem Verhalten zu anderen Völkern mit vollkommener Freiheit selbst bestimmt“⁽¹⁾ – macht sich um die Mitte des Jahrhunderts der Gedanke eines Primates des Völkerrechtes deutlich geltend. *Kaltenborn*, der an die Völkerrechtskonstruktion des Philosophen *Christian Wolff*⁷⁷⁸ wieder anknüpft, versucht das Völkerrecht als eine über den Staaten sich erhebende höhere, für die Staaten in objektiver Geltung stehende Rechtsordnung nachzuweisen. Er geht von der Einheit des gesamten Rechtes aus und erkennt den Staat als eine – und zwar begrenzte – Rechtsordnung. Nachdem er festgestellt hat: „Das Recht ist die Norm und Ordnung für das menschliche Gemeinleben“ und zwar „für *alle* Sozialverhältnisse“⁽¹⁾, sagt er vom Staat: „Das Volk aber, zur Rechtsgemeinschaft konzentriert und organisiert, ist nichts anderes als der Staat. Der Staat ist dann fürwahr selbst ein Rechtsinstitut, aber dasjenige, welches innerhalb eines bestimmten Vol-

¹⁾ Beiträge zur Völkerrechtsgeschichte und Wissenschaft, 1843, S. 15.⁷⁷⁶ *Pütters* Tendenz ist, den Begriff des Völkerrechts mit der Souveränität des Staates in Einklang zu bringen (a. a. O. S. 6).⁷⁷⁷ | 241

¹⁾ a. a. O. S. 231.⁷⁷⁹ | 242

⁷⁷⁵ Karl Theodor Pütter (1803–1873), Staats- und Völkerrechtslehrer. 1827 Habilitation in Berlin, ab 1832 a. o. Prof. in Greifswald, ab 1845 o. Prof. ebendort. Wichtige Werke: Die Lehre vom Eigentum nach deutschen Rechten: aus den Quellen dargestellt und mit den Römischen Rechtsgrundsätzen verglichen, Berlin 1831; Beiträge zur Völkerrechtsgeschichte und Wissenschaft, Leipzig 1843; Der Inbegriff der Rechtswissenschaft, oder juristische Enzyklopädie und Methodologie, Berlin 1846.

⁷⁷⁶ *Karl Theodor Pütter*, Über Begriff und Wesen des praktischen Europäischen Völkerrechts, in: Karl Theodor Pütter, Beiträge zur Völkerrechts-Geschichte und Wissenschaft, Leipzig 1843, S. 1–19 (15) – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁷⁷⁷ *Pütter*, Begriff (Anm. 776), S. 6.

⁷⁷⁸ Christian (Freiherr von) Wolff (1679–1754), Philosoph und Mathematiker, Rechtswissenschaftler und Theologe. Habilitation 1703 in Leipzig, 1706 Prof. in Halle (Saale), 1723 von König Friedrich Wilhelm I. des Königreiches Preußen verwiesen, bis 1740 Prof. in Marburg, ab 1740 Prof. für Naturrecht, Völkerrecht und Mathematik in Halle (Saale) (ab 1743 Kanzler). Auf Leibniz aufbauend ist er einer der bedeutendsten deutschen Philosophen vor Kant. Wichtige Werke: Vernünftige Gedanken von den Kräften des menschlichen Verstandes und ihrem richtigen Gebrauche in Erkenntnis der Wahrheit (Deutsche Logik), Halle (Saale) 1713 (2. Aufl., Halle (Saale) 1749); Mathematisches Lexikon, Leipzig 1716 (2. Aufl., Leipzig 1734); Jus naturae methodo scientifica pertractatum, Frankfurt, Leipzig und Halle (Saale) 1740–1748; Jus gentium methodo scientifica pertractatum, Halle (Saale) 1749.

⁷⁷⁹ *Kaltenborn*, Kritik (Anm. 452), S. 231 – Hervorhebung von Kelsen, Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

kes, innerhalb dieses seines Bereiches alle möglichen Rechtsverhältnisse dieses Volkes zu einem ganzen zusammenschließt ...²⁾. Er trübt dann zwar wieder diese klare Einsicht in das Verhältnis von Recht und Staat, indem er sagt, „der Staat ist die Anstalt zur *Beherrschung* des Rechtes, das höchste Rechtsinstitut dieser Nation“³⁾. Aber er erklärt mit um so größerer Deutlichkeit: „Der Staat ist aber nicht das höchste und absolute Institut des Rechts. Vielmehr gibt es noch eine höhere Ordnung des Rechts, d. i. ein höheres menschliches Gemeinwesen als der Staat, ein solches, in welchem der Staat zu einem untergeordneten Gliede einer höheren Einheit herabgesetzt oder vielmehr verklärt wird. Der Staat wäre nur dann das höchste Rechtsverhältnis, wenn er sich nicht auf ein bestimmtes Volk beschränkte oder besser, wenn die Menschheit mit dem Begriffe des Volkes und somit, in juristischer Beziehung, des Staates zusammenfielen. ... Auf diese Weise wird das an sich nur nationale Rechtsleben des Staates in ein über die Nation hinausgehendes, allgemein menschliches *Rechtsgemeinwesen* erhoben, in eine *internationale* Ordnung des Rechtes. Wenn dann das Recht die Norm und Ordnung für das menschliche Gemeinwesen in allen seinen Dimensionen und Gradationen⁴⁾ ist, so ist jene Gemeinschaft der Staaten als die höchste und letzte des Rechts zu bezeichnen. Das Recht ist hier⁵⁾ das, was man gewöhnlich *Völkerrecht*, besser, da das Volk als Rechtsgemeinschaft *Staat* heißt und eben die verschiedenen Staaten jenes neue und höchste menschliche Rechtsleben bilden, *Staatenrecht* nennt“⁶⁾. Deutlicher

|243 | kann wohl die Identität von Ordnung und Gemeinwesen, Rechtsordnung und Staat nicht dargestellt werden. Und nun wird das Prinzip der objektiven Geltung der höchsten Rechtsordnung, die objektive Existenz des „allgemeinen menschlichen Rechtsgemeinwesens“¹⁾, der Völkerrechtsgemeinschaft ausgesprochen und mit dem allgemeinen Grundsatz der objektiven Rechtsgeltung begründet. „Wie in jeder anderen Rechtsordnung, so *müssen* auch die völkerrechtlichen Subjekte, also die Staaten, in jener Gemeinschaft eine höhere Ordnung über sich anerkennen und sich als Glieder eines diese Ordnung bildenden Ganzen gerieren. Dabei ist festzuhalten, daß diese Ordnung über der Willkür der einzelnen Staaten steht, mit

2) a. a. O. S. 258/59.⁷⁸⁰

3) a. a. O. S. 259.⁷⁸¹

4) Diese Vorstellung von „Gradationen“ des Rechts ist sehr wichtig für Erfassung der Einheit von staatlichem Recht und Völkerrecht.

5) „Hier“ d. h. offenbar auf dieser Stufe, in dieser – höchsten – „Gradation“!

6) a. a. O. S. 260/261.⁷⁸²

|243 | 1) a. a. O. S. 261.⁷⁸³

⁷⁸⁰ Kaltenborn, Kritik (Anm. 452), S. 258f. – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁷⁸¹ Kaltenborn, Kritik (Anm. 452), S. 259 – Hervorhebung von Kelsen.

⁷⁸² Kaltenborn, Kritik (Anm. 452), S. 260f. – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen, Fußnoten von Kelsen in das Zitat eingefügt.

⁷⁸³ Kaltenborn, Kritik (Anm. 452), S. 261.

Notwendigkeit aus deren eigentümlichem Wesen folgt, danach nicht erst durch jene Anerkennung hervorgerufen, sondern nur für den einzelnen in dem speziellen Falle näher bestimmt, deutlicher gewußt und erkannt wird. Diese internationale Rechtsordnung erscheint demnach gleichfalls als von objektiver Macht und Bedeutung gegenüber den Staaten als den Subjekten und sie bildet das *objektive Prinzip des Völkerrechtslebens*, wie die Staaten das *subjektive*²⁾. In diesen Ausführungen *Kaltenborns* ist die reine Theorie des Rechts auf Basis eines Primates des Völkerrechts verhältnismäßig am stärksten zum Durchbruch gekommen. Freilich nicht ohne noch gewisse Schlacken mit sich zu führen. So die „Anerkennung“, die die Staaten der über ihnen stehenden Rechtsordnung erteilen „müssen“, obgleich diese über ihrer „Willkür“ steht, d. h. doch wohl von dieser „Anerkennung“ unabhängig ist, die demnach auch in ein bloßes Wissen und Erkennen umgedeutet wird. Den stärksten Mangel bildet aber wohl die kaum ernstgemeinte und auch nicht weiter verfolgte Andeutung, die *notwendige* Geltung der Völkerrechtsordnung aus dem „eigentümlichen Wesen“ der Staaten, d. i. der unmögliche Versuch, das „objektive Prinzip“ des Völkerrechts aus dem subjektiven abzuleiten, um in der eigenen Terminologie *Kaltenborns* zu sprechen.

Das Verhältnis dieser beiden Prinzipien, der objektiven Völkerrechtsordnung und der subjektiven Existenz der Einzelstaaten, ist auch sonst bei *Kaltenborn* nicht widerspruchlos entwickelt. Bald ist das objektive Prinzip das höhere, das in erster Linie maßgebende, bald das subjektive, bald wird die Parität beider behauptet. So sagt er: „Solange man über jener Staatsfreiheit nicht eine *höhere Ordnung* in einer internationalen Gemeinschaft anerkennt und *nicht diese letztere als das zweite und höhere Prinzip* hinstellt, solange wird man die Verhältnisse des Völkerrechts in ihrem ganzen Umfang nicht begreifen ...“¹⁾. Und ein andermal: „Die internationale Gemeinexistenz ist das erste Prinzip des Völkerrechts, ... das ist das objektive Prinzip und somit das wesentliche und ursprüngliche. ... Dazu tritt allerdings ein zweites, nämlich subjektives Prinzip, welches allerdings nur dazu dient, das erste näher⁷⁸⁶ zu bestimmen ...“²⁾. Dagegen erklärt er in einer Polemik gegen *Wolff*, dem er vorwirft, das subjektive Prinzip – die Souveränität der Staaten – nicht entsprechend berücksichtigt zu haben: „Und doch ist gerade organischerweise die Souveränität das eigentliche Maß der Stärke der internationalen Gemeinschaft, welche einzig dadurch verhindert wird, das zu sein, was *Wolff* will, eine civitas

| 244

²⁾ a. a. O. S. 262/263.⁷⁸⁴

| ¹⁾ a. a. O. S. 52.⁷⁸⁵

²⁾ a. a. O. S. 266.⁷⁸⁷

| 244

⁷⁸⁴ *Kaltenborn*, Kritik (Anm. 452), S. 262 f. – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

⁷⁸⁵ *Kaltenborn*, Kritik (Anm. 452), S. 52 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

⁷⁸⁶ «näher»] *Kaltenborn*, Kritik (Anm. 452), S. 266: «genauer».

⁷⁸⁷ *Kaltenborn*, Kritik (Anm. 452), S. 266.

maxima³⁾; und stellt in anderem Zusammenhange das Verhältnis zwischen beiden so dar, daß „beide gleich wesentlich“ seien, daß beide „sich lebendig durchdringen“⁴⁾ müssen. In diesem schwankenden Verhältnis der beiden Prinzipien zeigt sich im Grunde nur die Unsicherheit des Autors in der Wahl der grundsätzlichen Rechtshypothese: Primat des Völkerrechts oder der einzelstaatlichen Rechtsordnung. Und in der Annahme, daß beide Prinzipien vereinbar seien, liegt der prinzipielle Irrtum. Das objektive Prinzip, das *Kaltenborn* um so nachdrücklicher betont, als er es gegenüber der Vernachlässigung, ja Negierung durch die zeitgenössische Theorie zur Geltung bringen will, ist seinem ganzen Wesen nach mit dem Subjektiven unvereinbar; es ist der Versuch, die Teile gegenüber dem Ganzen selbst als Ganzes, das Niedere dem Höheren gegenüber selbst als ein Höchstes zu behaupten. Daß ein „subjektives“ Prinzip, das lediglich dazu dient, ein „objektives“ näher zu bestimmen, nicht eigentlich ein „subjektives“ sein oder ein objektives eben nicht näher bestimmen kann, sollte doch offenkundig sein. Der Widerspruch tritt um so unverhüllter zutage, als *Kaltenborn* das subjektive Prinzip nachdrücklichst mit der Souveränität der Einzelstaaten identifiziert, also das Souveränitätsdogma, das die von ihm bekämpfte Theorie ganz beherrschte, keineswegs aufzugeben, sondern lediglich mit dem objektiven Prinzip einer über den Staaten stehenden Rechtsordnung, eines über den Souveränitäten der Einzelstaaten errichteten höheren Gemeinwesens – mit dem Primat des Völkerrechts also – in Einklang zu bringen unternahm. Allerdings nimmt der Begriff der Souveränität – und das ist überaus charakteristisch auch für die spätere Theorie, sofern diese dem Primat des Völkerrechts zustrebte – eine Bedeutung an, daß er als völlig denaturiert gelten muß und das Souveränitätsdogma eigentlich nur mehr dem

|245 Worte | nach aufrecht erhalten scheint. *Kaltenborn* bezeichnet die Souveränität als „die Selbständigkeit des Staates gegenüber anderen Staaten“¹⁾. Demgegenüber muß immer wieder betont werden: Wenn man diese Begriffsbestimmung der Souveränität in der wissenschaftlich notwendigen Verallgemeinerung ausdrückt, bedeutet sie mit dem einschränkenden Zusatz „gegenüber anderen Staaten“ Selbständigkeit eines Gemeinwesens gegenüber anderen gleichartigen, d. h. gleichgeordneten, auf derselben Stufe der Rechtskonkretisation (in derselben Rechtsschichte, im selben Rechtsrang) stehenden Gemeinwesen. Hier wird der Begriff der Souveränität seines ursprünglichen und eigentlichen Inhalts, der ein *Absolutes*, einen Superlativ darstellt, ganz ebenso entäußert und daher aufgehoben, wie wenn als Souveränität, was mitunter geschieht²⁾, die Eigenschaft des Staates behauptet

³⁾ a. a. O. S. 73. ⁷⁸⁸

⁴⁾ a. a. O. S. 263. ⁷⁸⁹

|245 ¹⁾ a. a. O. S. 266. ⁷⁹⁰

²⁾ Vgl. dazu oben S. 39. ⁷⁹¹

⁷⁸⁸ *Kaltenborn*, Kritik (Anm. 452), S. 73.

⁷⁸⁹ *Kaltenborn*, Kritik (Anm. 452), S. 263 – erstes Zitat auf S. 263 n. e.

⁷⁹⁰ *Kaltenborn*, Kritik (Anm. 452), S. 266.

⁷⁹¹ Vgl. oben S. 308 f.

wird, die höchste Gewalt, jedoch nur gegenüber seinen Untertanen zu sein; wobei vorausgesetzt wird: erstlich, daß der Staat *nicht* die höchste Instanz gegenüber einer über ihm stehenden Völkerrechtsordnung (Gemeinschaft) ist, und des weiteren, daß der Staat nur einem abgegrenzten Teil der Menschheit gegenüber die höchste Autorität, also nur eine relativ höchste „Gewalt“, neben anderen gleichgeordneten „Gewalten“ oder Gemeinwesen sei. Das ist natürlich jede Gemeinde auch. Wäre es nicht naive Selbsttäuschung, dann müßte solche Begriffsbildung als Spiegelfechtereie gebrandmarkt werden: durch Hinzufügen des Merkmals der Souveränität täuscht man eine Spezifikation der „Gewalt“ vor, während nähere Untersuchung dieses Merkmals ergibt, daß *jede* Gewalt die „höchste“, also „souverän“ ist, sofern sie *nur* gegenüber jenen Subjekten in Frage kommt, hinsichtlich derer sie als „Gewalt“ vorausgesetzt wird³⁾.

³⁾ Die Einengung des Begriffs der Souveränität auf die Bedeutung eines Zuhöchst-Seins *nach Innen* ist in Wahrheit das Fallenlassen des Souveränitätsdogmas. Es erfolgt zumeist in der Absicht, den Primat des Völkerrechts, die Vorstellung einer über den Einzelstaaten stehenden, sie verpflichtenden objektiven Rechtsordnung zu ermöglichen, ohne dabei wenigstens *terminologisch* die Souveränität des Staates aufzugeben. Typisch dafür neuestens: *Mausbach*⁷⁹², *Naturrecht und Völkerrecht* (in der Sammlung: *Das Völkerrecht*, herausgegeben von *G. J. Ebers*, 1. und 2. Heft) 1918, S. 102.⁷⁹³ „Der wahre Begriff der Souveränität steht übrigens einer wirklichen Verpflichtung des Staates gegen andere Staaten und erst recht einer Bindung an natürliche, von Gott stammende Gesetze des Völkerlebens durchaus nicht im Wege. Souveränität besagt zunächst höchste Gewalt (*suprema potestas*) gegenüber den Bürgern und niederen Rechtskreisen des Staates, sie ist innerstaatliche Oberhoheit und Unabhängigkeit; nur dadurch, daß ein Staatswesen *in sich* souverän ist, hat es Anspruch, auch im Völkerrecht vollberechtigt neben anderen Staaten aufzutreten. Nun lehnen uns die heutigen Staatsverfassungen, daß der Begriff der Souveränität keineswegs ein fester und absoluter ist, sondern sich in konstitutionellen Monarchien, Bundesstaaten usw. mancherlei Einschränkungen gefallen lassen muß. Nicht anders verhält es sich mit der völkerrechtlichen Souveränität; auch sie bedeutet keine starre, atomistische, beziehungslose Selbständigkeit. Wie die lebendige physische Persönlichkeit eine geschlossene, unabhängige Ichheit, aber auch eine natürliche Bezogenheit in sich faßt, wie das Fürsichsein des Menschen das Füreinandersein nicht aus-, sondern einschließt, so tut es auch der Souveränität der Staaten keinen Eintrag, daß sie einem größeren Menschheitsganzen eingeordnet sind und sowohl durch natürliche wie durch vertragsmäßige Rechtspflichten gegeneinander gebunden sind.“ *Mausbach* gründet das Völkerrecht – als eine über den Staaten stehende Ordnung – auf dem göttlichen Naturrecht. Damit ist selbstverständlich die Souveränität der Staaten unvereinbar. Nicht identisch damit ist die Frage nach der vertragsmäßigen Verpflichtbarkeit. Diese ist auch bei voller Souveränität des Staates denkbar. Freilich nur – wie oben gezeigt⁷⁹⁴ – bei konsequent durchgeführter Konstruktion des Primats eigenstaatlicher Rechtsordnung.

⁷⁹² Joseph Mausbach (1861–1931), Geistlicher, Moraltheologe und Politiker. 1884–1889 Kaplan in Köln, 1889–1892 Religionslehrer am Gymnasium in Mönchengladbach. Ab 1892 o. Prof. für Moraltheologie und Apologetik in Münster, ab 1912 Päpstlicher Hausprälat, ab 1917 Dompropst in Münster. 1919/1920 Mitglied der Weimarer Nationalversammlung (Zentrum). Wichtige Werke: *Katholische Moraltheologie*, 3 Bde., Münster 1914–1918 (6. Aufl., 3 Bde., Münster 1926–1930); *Sozialismus und Christentum*, Münster 1918 (4. Aufl., Münster 1919); *Kulturfragen in der deutschen Verfassung*, Mönchengladbach 1920.

⁷⁹³ *Joseph Mausbach*, *Naturrecht und Völkerrecht*, Freiburg i. Br. 1918, S. 102 f. – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor.

⁷⁹⁴ Vgl. oben S. 450–455.

|246 | Obgleich *Kaltenborn* dem Souveränitätsdogma auf solche Weise eigentlich jede
 |247 Spitze abbricht, ist er doch auch in der Entwicklung | des objektiven Prinzipes
 keineswegs konsequent und läßt dieses allzusehr zugunsten des subjektiven zu-
 rücktreteten. Er meint zwar, die Völkerrechtsgemeinschaft sei „auf der Basis der
 Souveränität der einzelnen Staaten in ähnlicher Weise aufgebaut“ wie „die staat-
 liche Gemeinexistenz, der Staatsorganismus auf dem Fundament individueller

Sehr klar und konsequent ist *Beling*⁷⁹⁵. Die strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität, 1896, S. 10 ff.:⁷⁹⁶ „Für das Völkerrecht speziell sind nun Rechtssubjekte die Staatswesen. Daraus folgt unmittelbar: Objektives Völkerrecht kann den Staaten nur einen Faktor setzen, der über ihnen steht, nimmermehr sie sich selbst.“ Dieser Schluß wäre noch nicht zwingend. Erst der folgende Satz bringt die entscheidende Voraussetzung. „Denn die Staaten stehen nebeneinander als pares. Keiner könnte dem andern gebieten ita jus esto.“ Störend ist bei diesen und den folgenden Darlegungen nur die anthropomorphe Vorstellung eines persönlichen Erzeugers der Rechtsnormen. „Die Frage, ob es überhaupt ein Völkerrecht gibt, verwandelt sich hiernach in die andere, ob es eine den Staaten übergeordnete Staatengemeinschaft gibt, und ob irgendein Modus denkbar ist, in dem diese Gemeinschaft Recht schaffen kann. Bei Verneinung dieser Frage muß man sich den Leugnern des Völkerrechts anschließen ... Dennoch leugnet man das *juristische* Vorhandensein dieser Völkergemeinde, weil jedes Glied derselben, wenigstens grundsätzlich, *souverän* sei, und der souveräne Staat, selbst supremus, keinen superior, wie jene Gemeinschaft, über sich haben könne. Aber hat man je daran gezweifelt, daß ‚freie‘ Menschen sehr wohl einem Staate untertan sein können? Der Staat nimmt dem Menschen nicht die freie Selbstbestimmung, wenn- gleich er ihr Gebieter und Herr ist.“ Allein ist der Mensch als Rechtssubjekt – und nur diese Relation kommt hier in Betracht – der staatlichen Rechtsordnung gegenüber wirklich „souverän“? *Beling* meint: „Ganz analog ist im Staatenleben der einzelne Staat ‚souverän‘, d. h. grundsätzlich sein eigener Herr. Die freie Selbstbestimmung des Staates erlischt nicht durch seine Zugehörigkeit zu einem Rechtswesen, das ihm als Höherer gegenübertritt.“ Wäre der Staat so „souverän“, wie das menschliche Rechtssubjekt der dieses Rechtssubjekt erst konstituierenden staatlichen Rechts- ordnung gegenüber „frei“, dann wäre es um die Staatssouveränität geschehen. Das scheint auch |247 *Beling* zu empfinden, denn er fährt fort: „Aber gesetzt selbst, daß die Souveränität der | Staaten mit der Annahme einer übergeordneten Staatengemeinschaft unvereinbar wäre, so würde doch daraus nimmermehr die Nichtexistenz dieser Völkergemeinschaft dargetan sein. Weichen müßte dann aber der alte Souveränitätsbegriff.“⁷⁹⁷

Der Versuch, die Souveränität der Staaten dem Namen nach stehen zu lassen, dabei aber doch den Gedanken einer überstaatlichen Rechtsordnung sicherzustellen, zeigt sich auch in der meist nur politisch orientierten Opposition gegen eine „Ueberspannung“ des Souveränitätsbegriffes. So bei *Lammasch*, *Das Völkerrecht nach dem Kriege* (Publication de l’institut Nobel, Tome III) 1917, S. 80 ff.⁷⁹⁸

⁷⁹⁵ Ernst von Beling (1866–1932), Strafrechtslehrer und Rechtsphilosoph. 1893 Habilitation in Breslau, 1897 a. o. Prof., 1898–1900 o. Prof. ebendort, 1900–1902 in Gießen, 1902–1913 o. Prof. für Strafrecht und Strafprozessrecht in Tübingen (1912/1913 Rektor), ab 1913 o. Prof. in München für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie, ab 1919 Mitherausgeber von „Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“, in München Mitbegründer der Deutschen Strafrechtlichen Gesellschaft. Er gilt als Vertreter der neuklassischen Richtung im Straf- recht, die die Strafe als Vergeltung auffaßt. Wichtige Werke: *Grundzüge des Strafrechts*, Jena 1899 (11. Aufl., Tübingen 1930); *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen 1906; *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, Leipzig 1908.

⁷⁹⁶ Zwei nachfolgende Zitate: *Ernst Beling*, *Die strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität*. Beiträge zum Völkerrecht und zum Strafrecht, Breslau 1896, S. 10.

⁷⁹⁷ Drei Zitate: *Beling*, *Exterritorialität* (Anm. 796), S. 12 f. – Hervorhebungen teilweise von Kel- sen, teilweise vom Autor.

⁷⁹⁸ *Heinrich Lammasch*, *Das Völkerrecht nach dem Kriege*, Oslo 1917, S. 82 f.

Freiheit⁴¹); und schaltet so das subjektive Moment zunächst ganz aus. Denn vom Standpunkt der objektiven Staatsordnung gibt es keine individuelle Freiheit. Die Rechtsordnung, die ihrem Wesen nach *Bindung* ist, ist mit individueller Freiheit begrifflich unvereinbar. Selbst von einer durch die Rechtsordnung *beschränkten* Freiheit kann nicht von dem immanenten Standpunkt der Rechtsordnung, sondern nur von einem subjektiven Interessenstandpunkt, d. h. vom Standpunkt des der Rechtsordnung gegenüberstehenden wirtschaftlichen, religiösen, politischen Interesses gesprochen werden. Freiheit ist ein außerrechtliches Phänomen; wenn auch als ein den Inhalt der Rechtsordnung gestaltendes Prinzip zugegeben werden kann: die rechtliche Bindung der einzelnen nur soweit zu führen, daß die möglichste Freiheit, d. h. die möglichst geringe Unfreiheit aller gesichert sei. – Obgleich nun *Kaltenborn* die sog. Souveränität der Einzelstaaten der – durch jede Rechtsordnung begriffsnotwendig aufgehobenen – individuellen Freiheit der Einzelsubjekte gleichstellt, läßt er doch schließlich seine – für seine Zeit wahrhaft kühne – Rechts-
 | theorie fallen und weicht, offenbar um die Distanz zwischen sich und der herr-
 | schenden Lehre nicht allzu groß werden zu lassen, auf eine opportunistisch-politi-
 | tische Position zurück: „Doch ist festzuhalten, daß allerdings im Völkerrechte das
 | subjektive Prinzip der Souveränität bei der erhabenen und selbstgenügsamen Fülle
 | der internationalen Subjekte (Staaten) mit einer viel eminenteren Macht und Be-
 | deutung dem objektiven Prinzip, nämlich der internationalen Gemeinexistenz als
 | solcher, gegenübersteht, als dies im Staatsrechte der Fall ist, wo die Stellung der
 | individuellen Freiheit (des subjektiven Prinzipes hier) gegenüber dem Staate (dem
 | objektiven Prinzip hier) eine ganz andere ist. Man erwäge nur den Unterschied: | 248
 | ‚das Individuum ist frei‘ und ‚der Staat ist souverän!‘ Man denke nur an die
 | mancherlei Bande und Ketten, welche dem Individuum durch die Familie, den
 | Stand, die Gemeinde, endlich den Staat selbst auferlegt sind, und nun wieder an
 | die Selbstgenügsamkeit und Unabhängigkeit des souveränen Staates, der in der
 | Fülle seiner Machtvollkommenheit nichts höheres über sich anzuerkennen hat als
 | die internationale Gesamtheit mit ihren *sanften* Banden, mit ihrer *mehr idealen als*
 | *realen* Erscheinung der⁸⁰⁰ Macht⁴¹). Darin lag ja gerade die Stärke und das wis-
 | senschaftliche Verdienst *Kaltenborns*, daß er – von der Einheit des Rechts ausge-
 | hend – die grundsätzliche Gleichartigkeit des Verhältnisses erkannte, das zwischen
 | der einzelstaatlichen Rechtsordnung und ihren Subjekten einerseits, der Völker-
 | rechtsordnung und ihren Subjekten – den Staaten – andererseits besteht: das Ver-
 | hältnis einer objektiven, von dem Wollen der Rechtsunterworfenen unabhängigen
 | Geltung. Und nun dieses schwächliche Ableiten in die Sphäre des *Faktischen*, der

¹⁾ a. a. O. S. 267.⁷⁹⁹

| ¹⁾ a. a. O. S. 267/68.⁸⁰¹

⁷⁹⁹ Zwei Zitate: *Kaltenborn*, Kritik (Anm. 452), S. 267.

⁸⁰⁰ «der»] *Kaltenborn*, Kritik (Anm. 452), S. 268: «und».

⁸⁰¹ *Kaltenborn*, Kritik (Anm. 452), S. 267 f. – Hervorhebungen von Kelsen.

ganz überflüssige Hinweis auf die unwesentliche Tatsache, daß die Bindung durch die staatliche Rechtsordnung eine stärkere, weitergehende sei als durch die Völkerrechtsordnung, und das theoretisch ganz unverständliche Kompliment vor der Macht des Staates. Und diese Wendung ist um so bedeutungsvoller, als die Schrift *Kaltenborns* zweifellos zu den allerbesten Leistungen gehört, die die *Theorie* des Völkerrechts im 19. Jahrhundert aufzuweisen hat²⁾.

2) Im Anschluß an *Kaltenborn* erklärt *Ullmann* a.a.O. S. 8:⁸⁰² „Gegenüber den tatsächlichen Erscheinungen des internationalen Lebens der Neuzeit ist jene Auffassung des Völkerrechts zweifellos unzutreffend, die lediglich das *subjektive Moment der Souveränität* der in Verkehr stehenden Staaten zum Ausgangspunkte wählt. Das internationale Leben in seinen vielgestaltigen Verhältnissen ist kein bloßes Aggregat von Erscheinungen, die wegen ihrer Beziehung zur Existenz souveräner Staaten schon dann eine erschöpfende wissenschaftliche Erkenntnis gefunden haben, wenn sie aus dem Gesichtspunkt jener Beziehung gewürdigt worden sind; jene Verhältnisse sind vielmehr das konstante kausale Ergebnis des internationalen Lebens, das uns auf das Vorhandensein eines ebenso konstant wirkenden, *objektiven*, außer und neben den souveränen Staaten, zugleich aber auch durch die souveränen Staaten existierenden sozialen Faktors: die *internationale Gemeinschaft* hinweist.“ Nichtsdestoweniger steht *Ullmann* durchaus auf dem Standpunkt des Primates der einzelstaatlichen Rechtsordnung, der Anerkennungs- und Selbstbindungstheorie. Ja, kurz vorher nimmt er selbst lediglich das subjektive Moment der Souveränität zum Ausgangspunkt, wenn er – S. 6⁸⁰³ – ausführt, „daß die realen Lebensverhältnisse der Völker eine wechselseitige Abhängigkeit der Staaten geschaffen haben“, daß aber „vom *juristischen* Standpunkt aus von einer wirklichen Einbuße an der eigenen Selbständigkeit | und Unabhängigkeit des Staates im Bereich seiner völkerrechtlichen Wirksamkeit überhaupt nicht die Rede sein“ könne. Denn alles was der Staat an Verpflichtungen auf sich nähme, „wurzelt in letzter Reihe gerade in seiner Selbständigkeit und Unabhängigkeit – in seiner *Souveränität* und in seiner freien völkerrechtlichen Persönlichkeit. *Kraft der Souveränität* und der damit gegebenen Fähigkeit, den eigenen Willen durch autonome Akte zu beschränken, ist überhaupt die juristische und praktische Möglichkeit einer Ordnung der Lebensverhältnisse der Staaten und Völker und Erfüllung jener kollektiven Aufgaben gegeben, die ...“ Wo bleibt da das „objektive Prinzip“, wenn alles auf das subjektive begründet wird? Nebenbei bemerkt: Die „realen Lebensverhältnisse“, die eine Abhängigkeit der Staaten schaffen, werden einem „juristischen Standpunkt“ entgegengesetzt, von dem aus die Unabhängigkeit der Staaten unberührt bleibt. Das ist sicherlich ganz richtig. Nur darf man dann nicht der Rechtswissenschaft eine Betrachtungsweise zuerkennen, „die von dem geltenden Rechte als Ergebnis geschichtlicher Entwicklung und den *realen* Erscheinungen des *Rechtslebens*“ ausgeht, so wie dies allerdings *Ullmann* a.a.O. S. 27⁸⁰⁴ und mit ihm die herrschende Lehre tut. Wenn *Ullmann* im Widerspruch zu seiner tatsächlichen Konstruktion die paritätische Betonung des objektiven neben dem subjektiven Prinzipie postuliert, so geht *Nippold* noch weiter: obgleich er in seiner Schrift „Der völkerrechtliche Vertrag“, wie oben gezeigt, den Standpunkt des subjektivistischen Primates staatlicher Rechtsordnung aufs extremste vertritt,⁸⁰⁵ erklärt er in seinem Buche „Die Fortbildung des Verfahrens in völkerrechtlichen Streitigkeiten“, 1907: „Die Gemeinsamkeit, die Solidarität“ ist „in Wirklichkeit das alleinige Prinzip des Völkerrechts“. „Die Souveränität ist kein besonderes völkerrechtliches Prinzip“ a.a.O. S. 52 ff. 59.⁸⁰⁶

⁸⁰² *Ullmann*, Völkerrecht (Anm. 447), S. 8.

⁸⁰³ Drei nachfolgende Zitate: *Ullmann*, Völkerrecht (Anm. 447), S. 6 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

⁸⁰⁴ *Ullmann*, Völkerrecht (Anm. 447), S. 27 – Hervorhebungen von Kelsen.

⁸⁰⁵ Vgl. oben S. 432–441; *Nippold*, Vertrag (Anm. 375).

⁸⁰⁶ *Otfried Nippold*, Die Fortbildung des Verfahrens in völkerrechtlichen Streitigkeiten. Ein völkerrechtliches Problem der Gegenwart speziell im Hinblick auf die Haager Friedenskonferenzen, Leipzig 1907, S. 52–59 (Zitate auf S. 59).

| § 53. *Weltrechtsordnung und Weltstaat.*

| 249

In derselben Linie wie dieses Festhalten an dem Souveränitätsdogma liegt die Ablehnung der von *Christian Wolff* aufgestellten Theorie einer *civitas maxima*. Diesem Philosophen gebührt das Verdienst, den Primat der Völkerrechtsordnung vom Standpunkt einer reinen Rechtstheorie zuerst erkannt und ausgesprochen zu haben. Die juristische Hypothese, daß die Normen des Völkerrechts eine über den einzelstaatlichen Rechtsordnungen als Teilrechtsordnungen stehende, sie alle umfassende, universale Rechtsordnung seien, ist – bei Erkenntnis der Tatsache, daß die *staatliche* Ordnung ihrem Wesen nach nichts anderes als eine *Rechtsordnung* ist – identisch mit der Hypothese eines über den Einzelstaaten stehenden, diese umfassenden universalen Gemeinwesens, das, weil grundsätzlich von der gleichen Natur wie die Einzelstaaten, als Personifikation der Universal- oder Weltrechtsordnung, als Universal- oder Weltstaat, als *civitas maxima* bezeichnet werden kann. In dieser Begriffsbildung kommt nur die Erkenntnis der vom Standpunkt *juristischer* Betrachtung *entscheidenden* Wesensgleichheit und schließlichen | Einheit der Völkerrechtsordnung und der einzelstaatlichen Rechtsordnungen besonders deutlich zum Ausdruck; und zwar dadurch, daß auch die Personifikation der Völkerrechtsordnung – die Völkerrechtsgemeinschaft, das Gemeinwesen der Staaten, die Staatengesellschaft – mit der schlechthin als „Staat“ bezeichneten Personifikation der nationalen Teilrechtsordnungen als *wesensgleich* behauptet wird; behauptet werden muß, soferne der Staat für die *juristische* Erkenntnis – und nur eine solche will gegeben werden – nicht anders denn als Personifikation der Rechtsordnung, des ausschließlichen Gegenstandes juristischer Erkenntnis, begriffen werden kann. Angesichts des Festhaltens an diesem *wesentlichen* Zusammenhang ist es von ganz nebensächlicher, rein terminologischer Bedeutung, ob man mit Rücksicht auf gewisse unleugbare und von niemandem geleugnete Unterschiede in dem *Inhalt* der Völkerrechtsordnung gegenüber dem durchschnittlichen Inhalt der einzelstaatlichen Rechtsordnungen die Personifikation der ersteren nicht als „Staat“ im eigentlichen Sinne bezeichnen und diesen terminus einer ganz bestimmten Rechtsordnung, einer Rechtsordnung vorbehalten will, deren innere, *materielle*, vom Wesen des Rechtes aber unabhängige Struktur einen ganz besonderen Charakter hat. Sieht man aber das *Wesen* der als „Staat“ bezeichneten Rechtsordnung geradezu in ihrer Rangstufe, nämlich in ihrer Eigenschaft, die höchste, souveräne Ordnung zu sein, dann *muß* man diese Bezeichnung von dem zu einem niederen, untergeordneten Normensystem, zu einer Teilrechtsordnung gewordenen Einzelstaate auf die Personifikation der ihm übergeordneten Universalrechtsordnung, die nunmehr einzig und allein als „souverän“ gelten kann, übertragen.

| 250

Keinen anderen als diesen *juristischen* Sinn hat die *Wolffsche* Theorie der *civitas maxima*; und gerade der *Kaltenbornschen* Schrift größter Vorzug ist es, diese Theorie wieder dargestellt und in ihrer Bedeutung wenigstens zum Teil erkannt zu

haben, während sich die Literatur bis dahin begnügte, „die *Wolffschen* Sätze für falsch zu erklären oder sie auch ganz und gar zu ignorieren“¹⁾. *Wolffs* Lehre vom *positiven* Völkerrecht²⁾ – sein *jus gentium naturale*, das natürliche Völkerrecht, das er neben dem positiven gelten läßt, ist eine nicht sehr klare Konstruktion, die hier nicht weiter in Betracht kommt – unterscheidet ein sog. *jus gentium voluntarium*, ein allgemeines, alle Staaten ohne Rücksicht auf ihre | Zustimmung verbindendes Völkerrecht, und auf dessen Grundlage ein *jus gentium pactitium*, ein partikulares Völkerrecht, das lediglich die vertragschließenden Parteien verpflichtet; daneben ein *jus gentium consuetudinarium*, das sich von dem vorgenannten dadurch unterscheidet, daß es nicht – durch bewußte Willensakte der Staaten – ausdrücklich gesetzt wird, sondern im Weg der Gewohnheit – als Gewohnheitsvölkerrecht also – entsteht. Das *jus gentium voluntarium* nun ist ein Inbegriff von Rechtsnormen, die nach *Wolff* abzuleiten sind „*ex fine civitatis maximae, quam perinde ac societatem inter omnes homines instituit ipsa natura, ut in jus istud consentire debeant gentes, non vero libertati earum relictum sit, utrum consentire malint aut nolint*“¹⁾.

[250] ¹⁾ a. a. O. S. 74.⁸⁰⁷

²⁾ *Jus gentium methodo scientifica pertractatum, in quo jus gentium naturale ab eo, quod voluntarii, pactitii et consuetudinarii est, accurate distinguitur. 1749.*⁸⁰⁸

[251] ¹⁾ a. a. O. Praefatio.⁸⁰⁹ Das Zitat steht in folgendem Zusammenhang: „Sicuti enim in parte octava *Juris naturae*⁸¹⁰ demonstravimus, *leges civiles non esse merae voluntatis, sed ipsum jus naturae praescribere modum, quo ex lege naturali condenda sit civilis, ut non sit quod in ea reprehendi possit; ita quoque jus gentium voluntarium non a libera gentium voluntate dependet, sed ipsum jus naturale praescribit modum, quo ex naturali efficiendum sit voluntarium, ut non admittatur, nisi quod necessitas imperat. Cum gentes in civitatem maximam ipsa natura coegerit, quemadmodum eidem convenienter civitates particulares coiverunt singuli; modus quoque, quo fit jus gentium voluntarium ex naturali, prorsus idem est, quo leges civiles in civitate ex naturalibus condi debent. Ea de causa jus gentium, quod voluntarium dicimus, non, quemadmodum Grotio visum est, ex factis gentium probandum, quasi inde colligatur communis earum consensus; sed ex fine civitatis maximae, quam perinde ac societatem inter omnes homines instituit ipsa natura, ut in jus istud consentire debeant gentes ...*“⁸¹¹

⁸⁰⁷ *Kaltenborn, Kritik* (Anm. 452), S. 74.

⁸⁰⁸ *Christian Wolff, Jus gentium methodo scientifica pertractatum*, Halle (Saale) 1749.

⁸⁰⁹ *Wolff, Jus gentium* (Anm. 808), (praefatio), S. [XV] – dt. Übersetzung: „aus dem Ziel und Zweck der civitas maxima, die genauso wie die Gemeinschaft aller Menschen die Natur selbst geschaffen hat, damit die Völker jenem Recht zustimmen müssen, und es nicht in ihrem Ermessen verbleibt, ob sie lieber zustimmen wollen oder nicht“.

⁸¹⁰ *Christian Wolff, Jus naturae methodo scientifica pertractatum*, Bd. 8, Halle (Saale) 1748, Kapitel V, § 966 (S. 743 f.).

⁸¹¹ *Wolff, Jus gentium* (Anm. 808), S. [XIV] f. (praefatio) – dt. Übersetzung (unter Einschluss der weggelassenen Passage des in Anm. 809 nachgewiesenen Zitates): „Wie wir nämlich im achten Teil des ‚*Jus Naturae*‘ gezeigt haben, sind die Zivilgesetze nicht ausschließlich willkürlich, sondern das Naturrecht selbst schreibt die Art und Weise vor, in der das Zivilgesetz aus dem Naturrecht zu erschaffen sei, damit man an ihm [sc. dem Zivilgesetz] nichts tadeln kann; so hängt auch das willkürliche Völkerrecht nicht vom [völlig] freien Willen der Völker ab, sondern das Naturrecht selbst schreibt die Art und Weise vor, in der das willkürliche Völkerrecht aus dem Naturrecht zu schaffen sei, damit nur dasjenige anerkannt wird, was die Notwendigkeit fordert. Da die Natur selbst die Völker in der civitas maxima in derselben Weise vereint hat, wie die Einzelmenschen

Wenn man diejenigen Rechtssätze, die in der neueren Völkerrechtstheorie etwa als „gemeines“ Völkerrecht (zum Unterschied vom partikulären) bezeichnet werden und ungefähr mit demjenigen übereinstimmen, was *Wolff* nicht sehr glücklich das *jus gentium voluntarium* nennt, auf ihre Herkunft hin untersucht, d. h. nach dem Grund ihrer Geltung fragt, dann muß man – da sie auf vertrags- oder gewohnheitsmäßige Setzung nicht zurückgeführt werden können (beruht doch die rechtserzeugende Kraft von Vertrag und Gewohnheit selbst auf diesem gemeinen Völkerrecht, auf einem, diese „Quellen“ delegierenden Rechtssätze desselben) – eine Idee, eine Grundnorm auffinden, aus deren *vorausgesetzter*, hypothetischer Geltung sich diese Normen des gemeinen Völkerrechtes ergeben. Die der Theorie des Völkerrechtes gestellte Aufgabe, diesen *Ursprung* des Völkerrechtes klar zu formulieren, soll hier nicht im einzelnen gelöst werden. Aber dem *Wesen* nach kann diese *Idee* nichts anderes beinhalten als: Eine Vielheit von Gemeinwesen oder Rechtsgemeinschaften, deren Menschen aus kulturellen Gründen mit/einander ständig verkehren wollen, sollen *gleichberechtigt*, d. h. *gleichgeordnet* in einer *Rechtsgemeinschaft*, also in einer Gemeinschaft gleicher Art stehen, wie sie jedes einzelne der zu verbindenden Gemeinwesen selbst darstellt. Will man sich der üblichen veranschaulichenden Personifikation bedienen, so kann man – von diesem auf den *Inhalt* der Ursprungsnorm gerichteten, *materiellen* Standpunkt aus – die Ursprungsidee des Völkerrechtes etwa dahin formulieren: eine Rechtsgemeinschaft, in der die Freiheit der Subjekte (der Staaten) durch ihre grundsätzliche rechtliche *Gleichheit* beschränkt wird¹⁾. Diese Idee – eine *juristische Hypothese* –

¹⁾ Der – im Verhältnis zum *gewohnheits-* und *vertragsmäßig gesetzten* Völkerrecht – *apriorische* Charakter des Gleichheitsprinzips kommt auch in der – als typisch zu bezeichnenden – Darstellung *Kaltenborns* – freilich nur indirekt – zum Ausdruck. Aus dem „*Postulate* jeder Rechtsordnung, also auch der internationalen“ – nämlich dem von ihm aufgestellten objektiven und subjektiven Prinzip – leitet *Kaltenborn* ab „ein Verhältnis der Gleichheit unter den Staaten. Alle erkennen sich gegenseitig als Staaten an. Und dies nicht erst, nachdem sie sich physisch oder geistig gemessen haben, *sondern dem Prinzipie nach und von Anfang an*. Es müssen sich also die Staaten als Rechtssubjekte, als Personen der internationalen Gemeinschaft anerkennen“ a. a. O. S. 263.⁸¹² „Dem Prinzipie nach und von Anfang an“, das kann ja nichts anderes heißen als: voraussetzungsgemäß, im Sinn einer juristischen Hypothese. Demgemäß muß es als problematisch bezeichnet werden, wenn *Huber*⁸¹³, Die Gleichheit der Staaten (Rechtswissenschaftliche Beiträge.

sich zu den einzelnen Staaten vereint haben, ist auch die Art und Weise, in der das willkürliche Völkerrecht aus dem Naturrecht entsteht, geradewegs dieselbe, in der im Staat die Zivilgesetze auf das Naturrecht gegründet werden sollen. Daher ist das Völkerrecht, das wir willkürliches nennen, nicht, wie es *Grotius* sah, aus dem tatsächlichen Verhalten der Völker zu schließen, als ob daraus deren Gemeinschaftskonsens zu folgern sei; sondern aus dem Ziel und Zweck der *civitas maxima*, die genauso wie die Gemeinschaft aller Menschen die Natur selbst geschaffen hat, damit die Völker jenem Recht zustimmen müssen, und es nicht in ihrem Ermessen verbleibt, ob sie lieber zustimmen wollen oder nicht“.

⁸¹² *Kaltenborn*, Kritik (Anm. 452), S. 263.

⁸¹³ *Hans Max Huber* (1874–1960), schweizerischer Staats- und Völkerrechtslehrer. 1897 Promotion in Berlin. Ab 1902 a. o. Prof. für Staats- und Völkerrecht und 1914–1921 o. Prof. in Zürich. 1907 Delegierter auf der Zweiten Haager Friedenskonferenz und 1919–1920 auf der Pariser Friedenskonferenz. 1922–1930 Richter am Ständigen Internationalen Gerichtshof in Haag

findet ihren Ausdruck in der *Wolffschen* Annahme der *civitas maxima*, die als Rechtsordnung den Einzelstaaten gleichermaßen *übergeordnet* ist, wodurch ebensowohl die rechtliche *Gleichordnung* der einer Rechtsordnung *gleichermaßen* unterworfenen Subjekte, wie die rechtliche Gebundenheit derselben gekennzeichnet wird. –

Der „naturrechtliche“ Charakter einer solchen Grundlegung des Völkerrechtes kann und soll nicht geleugnet werden. Indes: Sofern diese „naturrechtliche“ Grundlage sich lediglich darauf beschränkt, als juristische Hypothese eine durch *positive* Satzung fortzubildende, inhaltlich zu erfüllende Rechtsordnung zwischen koordinierten Subjekten zu ermöglichen, kann auch die einzelstaatliche Rechtsordnung – als souverän vorausgesetzt – solch einer naturrechtlichen Grundlegung nicht entbehren²⁾. Und in *diesem* Sinne ist zwischen | Naturrecht und positivem Recht gar kein Gegensatz vorhanden. Darum ist es keineswegs ein Widerspruch, wenn *Wolff* auf einer Rechtsgemeinschaft, *quam instituit ipsa natura*, das *positive* Völkerrecht begründet und das von ihm als *jus gentium voluntarium* bezeichnete gemeine Völkerrecht zum positiven Völkerrecht rechnet.⁸¹⁶ Schon das verkennt *Kaltenborn*, weil er – wie ja auch die ganze neuere Rechtswissenschaft – ein voraussetzungsloses *positives* Recht für möglich hält, weil er die logische Notwendigkeit übersieht, jedes positive Recht auf einer juristischen Hypothese zu begründen¹⁾.

Juristische Festgabe des Auslands zu Josef Kohlers 60. Geburtstag),⁸¹⁴ die Gleichheit der Staaten als einen Satz des positiven – d. h. gewohnheits- oder vertragsmäßig gesetzten – Völkerrechtes nachweisen will.

²⁾ *Mausbach*, a. a. O. S. 111, 112:⁸¹⁵ „Dem Gesagten zufolge erweisen sich alle Aus- und Umwege, die verpflichtende, rechtliche Natur der Staatsverträge, d. h. aber der wichtigsten Quelle des positiven Völkerrechtes, ohne Anrufung | naturrechtlicher Grundsätze darzutun, als aussichtslos ... v. *Liszt* sagt an anderer Stelle: *Der Satz pacta sunt servanda sei die ‚Grundlage alles Rechtes‘*. Wir fragen: Ist dieser erste Rechtssatz auch durch Herkommen oder Staatswillen oder Vereinbarung entstanden? Jeder Vernünftige wird diese Annahme für unsinnig erklären. Dann ist aber offenbar der ganze positivistische Aufbau des Völkerrechtes in seiner Grundlage widerlegt und für dessen formelle Rechtsnatur ein *umfassendes naturrechtliches Prinzip* als Grundlage anerkannt“.

¹⁾ Er findet es „horribel, daß es eher eine Philosophie als eine positive Wissenschaft des Völkerrechtes geben konnte“ a. a. O. S. 28.⁸¹⁷ Es sei dies durchaus etwas Krankhaftes und hieße, die Sache geradezu auf den Kopf stellen. Die Philosophie habe – das ist ja die Durchschnittsvorstellung des Positivismus – dem Völkerrechte gegenüber „die höchste Blüte und das letzte Resultat aller wis-

(1924–1927 Präsident). 1928–1944 Präsident des Internationalen Komitees des Roten Kreuzes. Mitglied des „Institut de Droit international“. Wichtige Werke: Staatsuccession, Leipzig 1898; Die soziologischen Grundlagen des Völkerrechtes, Berlin 1928; Das Völkerrecht und der Mensch, St. Gallen 1952.

⁸¹⁴ *Max Huber*, Die Gleichheit der Staaten, in: Fritz Berolzheimer (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Beiträge. Juristische Festgabe des Auslands zu Josef Kohlers 60. Geburtstag 9. März 1909, Stuttgart 1909, S. 88–118 (106).

⁸¹⁵ *Mausbach*, Naturrecht (Anm. 793), S. 111f. – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernehmen.

⁸¹⁶ Vgl. *Wolff*, *Jus gentium* (Anm. 808), S. 5 (§ 7), 18 (§ 25).

⁸¹⁷ *Kaltenborn*, Kritik (Anm. 452), S. 28.

Und doch arbeitet *Kaltenborn* – wie ja auch zum großen Teil die neuere Völkerrechtswissenschaft – mit der gleichen Hypothese – nur nicht so konsequent – wie *Wolff*, dessen *civitas maxima* von *Kaltenborn* in Übereinstimmung mit der ganzen vorangegangenen wie nachfolgenden Literatur entschieden abgelehnt wird²⁾.⁸¹⁸ | Er akzeptiert zwar grundsätzlich den Standpunkt *Wolffs* und führt gegen | 254

senschaftlichen Forschung über das Völkerrecht“ zu sein. Daß die Völkerrechtswissenschaft *historisch* mit philosophischer Spekulation begonnen habe, ist aber so unbegreiflich nicht, wenn man sich ihrer *logischen* Voraussetzungen bewußt wird.

²⁾ Ein beliebiges Beispiel: *F. von Martens*⁸¹⁹, Völkerrecht, übers. von *Bergbohm*, 1883, definiert: „Unter internationalem Recht (Völkerrecht) verstehen wir die Gesamtheit der Rechtsnormen, welche den Völkern für die Sphäre ihrer gegenwärtigen Beziehungen *die äußeren Bedingungen* zur Erreichung ihrer Lebenszwecke setzen“ (a. a. O. S. 18).⁸²⁰ Die „äußeren Bedingungen“ – also eine objektive Instanz – erscheinen hier als normsetzende Autorität. Noch deutlicher sagt *Martens*, eine subjektivistische Konstruktion des Völkerrechts ausdrücklich ablehnend: „Die Mehrheit der Völkerrechtsautoren vertritt bis auf den heutigen Tag noch den Standpunkt, daß die den Staaten im Bereiche ihrer Verhältnisse zum Ausland eigenen Rechte und Pflichten keine andere Grundlage hätten als die Souveränität, Freiheit und Selbständigkeit jedes einzelnen dieser politischen Gemeinwesen gegenüber dem andern. Wir unsererseits aber können diese Auffassung deshalb nicht billigen, weil sie logischerweise zu juristisch gar nicht mehr lösbaren Kollisionen zwischen den Gesetzen und Interessen der verschiedenen Staaten führen muß.“⁸²¹ Das heißt: weil eine | solche Konstruktion mit der Rechtseinheit unvereinbar ist! „Die Idee der Souveränität involviert nur das Eine, nämlich daß jeder Staat für sich eine selbständige juristische Persönlichkeit bildet, sie vermag jedoch nicht darüber Aufklärung zu geben, in welcher Beziehung sich nun der eine Staat zum anderen befindet, welche Rechts- und Pflichtverhältnisse sie miteinander verbinden.“⁸²² Also eine klare Ablehnung jeder „Selbst“-Verpflichtungstheorie! Daher denn auch: „Ordnung und Recht dieses Gebietes (des internationalen Lebens) beruhen also auf der *internationalen Gemeinschaft* und nicht auf der Souveränität der Staaten.“ „Die internationale Gemeinschaft ist, wenn man den Beruf des Staates ins Auge faßt, eine *Notwendigkeit*“. Aber sie ist, „die *freie* Verbindung unter den Staaten“⁸²³ usw. „Demnach legen wir, indem wir die Staaten, die Subjekte des Völkerrechts, nicht wie sie an und für sich und isoliert gedacht da sind, sondern in der Gemeinschaft miteinander und als Glieder einer ‚Völkergesellschaft‘ oder ‚internationalen Assoziation‘ betrachten, dieser Vereinigung noch lange nicht den Charakter eines Universalreiches (Weltstaat oder *Wolffs civitas maxima*) bei. Die internationale Gemeinschaft bleibt eben eine *freie* Gesellschaft der Nationen ...“ Aber sie ist doch eine „*Notwendigkeit*“! „Diese freie Vergesellschaftung hebt die Selbständigkeit der | 254

⁸¹⁸ Vgl. *Kaltenborn*, Kritik (Anm. 452), S. 70.

⁸¹⁹ Friedrich Fromhold Martens, auch: Fedor Fedorovič Martens (1845–1908), russischer (estnisch-stämmiger) Völkerrechtslehrer und Diplomat. Ab 1873 a.o. Prof. in St. Petersburg, 1876–1905 o. Prof. ebendort. Die Martenssche Klausel ist ein wichtiger Grundsatz des humanitären Völkerrechts und besagt, dass Zivilpersonen und Kombattanten in vom geltenden (Vertrags-)Recht nicht geregelten Fällen gleichwohl unter dem Schutz des Völkerrechts, d. h. sich aus Gebräuchen, aus der Menschlichkeit und dem öffentlichen Gewissen ergebenden Grundsätzen, verbleiben. Er war Mitglied des „Institut de Droit international“. Wichtige Werke: *La Russie et l'Angleterre dans l'Asie centrale: observations critiques sur „La Russie et l'Angleterre dans l'Asie centrale“*, London 1881; *Traité de droit international*, Paris 1883; *La conférence africaine de Berlin et la politique coloniale des Etats modernes*, Paris 1900.

⁸²⁰ *Friedrich von Martens*, Völkerrecht. Das internationale Recht der civilisirten Nationen, übersetzt von Carl Bergbohm, Bd. 1, Berlin 1883, S. 18 – Hervorhebung von Kelsen.

⁸²¹ *Martens*, Völkerrecht (Anm. 820), S. 199.

⁸²² *Martens*, Völkerrecht (Anm. 820), S. 199.

⁸²³ Drei Zitate: *Martens*, Völkerrecht (Anm. 820), S. 200 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor, Klammersausdruck von Kelsen eingefügt.

|255 die zu seiner Zeit herrschende, auf dem Boden des Souveränität|sdogmas stehende Völkerrechtstheorie aus, was ebensogut gegen die heutige Völkerrechtsdoktrin Geltung hat: „Das Völkerrecht war dabei in der größten Gefahr, verachtet zu werden, denn wie alles Recht, so verlangt auch dieses eine höhere Gemeinschaft unter den nach Recht Lebenden, eine über der Willkür der einzelnen Rechtssubjekte stehende Rechtsgemeinschaft, *Rechtsordnung*. Wolff erkannte zuerst dieses prinzipielle Postulat des Völkerrechts ...“⁸²⁴). Und obgleich *Kaltenborn* erkennt, daß der Staat nichts anderes als eine *Rechtsgemeinschaft* ist, daß ein Gemeinwesen nur in einer Rechtsordnung existent wird, und obgleich er vom Völkerrecht ausdrücklich als von einem über den Staaten stehenden „höheren Gemeinwesen“ spricht, so lehnt er doch die *Wolffsche* Charakterisierung der Völkerrechtsordnung als *civitas*

einzelnen Staaten nicht nur nicht auf, sondern verleiht ihnen gerade die sicherste⁸²⁴ Sanktion“ usw. (a. a. O. S. 199 ff.).⁸²⁵ Ja schließlich wird geradezu als der höchste Zweck der internationalen Gemeinschaft – wie üblich – die Souveränität der Staaten bezeichnet (a. a. O. S. 205 ff.).⁸²⁶ – Im vollsten Widerspruch zu der objektivistischen Begründung des Völkerrechts auf der Völkergemeinschaft stützt *Martens* die Verbindlichkeit der internationalen Verträge „einzig auf der *Anerkennung der Rechtsfähigkeit des einen Staates durch den andern*. Die Staaten *müssen* (?) einander als Rechtssubjekte anerkennen, sie müssen ihre Rechte *gegenseitig* anerkennen, sonst sind überhaupt gar keine Beziehungen zwischen ihnen möglich“ (a. a. O. S. 390).⁸²⁷ Das ist richtig – jedoch nur vom Standpunkt eines Primates der einzelstaatlichen Rechtsordnung, welcher Standpunkt eben zur Selbstverpflichtungstheorie führt, die *Martens* seltsamerweise gerade hier zurückweisen zu müssen glaubt! Es ist ein offener Widerspruch, wenn *Martens* behauptet, die Rückführung der Verbindlichkeit der völkerrechtlichen Verträge auf die gegenseitige Anerkennung der Staaten (der einzelne Staat ist verbunden, den Vertrag zu erfüllen, weil er den andern Staat „anerkannt“ hat), sei gleichbedeutend mit der von ihm der subjektivistischen Konstruktion entgegengesetzten Theorie: „Die Verbindlichkeit der internationalen Verträge fließt aus dem Begriff der internationalen Gemeinschaft.“⁸²⁸ Und nun fährt *Martens* – ein typisches Beispiel für die absichtlich unklare und zweideutige Argumentation der sogenannten Völkerrechtswissenschaft – folgendermaßen fort: „Indem sie in den internationalen Verkehr eintreten, unterwerfen sich die Staaten der Wirksamkeit durch *nicht willkürlich abänderbare* Lebensbedürfnisse und -beziehungen *fest bestimmter Bedingungen*, bei deren Einhaltung allein sie ihre vernünftigen Zwecke zu erreichen vermögen.“⁸²⁹ Wie man sich „Bedingungen“ unterwerfen kann, ist nicht ganz verständlich. Allein: „diese Bedingungen nehmen die Gestalt von Rechtsnormen an, und da in den internationalen Verträgen die zwischen den Staaten bestehenden Lebensverhältnisse formuliert erscheinen, so müssen jene

|255 | Normen auch auf die von den Staaten abgeschlossenen Verträge *influieren*“.⁸³⁰ Also die, wenn auch sehr gewundene, Behauptung einer objektiven, die Beobachtung von Verträgen statuierenden Norm. Nun aber der Schluß: „Soweit die realen Verhältnisse verbinden, soweit sind auch die Verträge verbindlich“ (a. a. O. S. 391).⁸³¹ Das heißt: soweit es jedem Staate beliebt. Das zu beweisen, erscheint eben der Völkerrechtswissenschaft als ihre eigentliche Aufgabe!

¹⁾ a. a. O. S. 71.⁸³²

⁸²⁴ «sicherste»] *Martens*, Völkerrecht (Anm. 820), S. 201: «höchste».

⁸²⁵ Drei Zitate: *Martens*, Völkerrecht (Anm. 820), S. 201 – Hervorhebung von Kelsen.

⁸²⁶ *Martens*, Völkerrecht (Anm. 820), S. 205 f.

⁸²⁷ *Martens*, Völkerrecht (Anm. 820), S. 390 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, teilweise vom Autor, Klammerausdruck im Zitat von Kelsen eingefügt.

⁸²⁸ *Martens*, Völkerrecht (Anm. 820), S. 390.

⁸²⁹ *Martens*, Völkerrecht (Anm. 820), S. 390 – Hervorhebungen von Kelsen.

⁸³⁰ *Martens*, Völkerrecht (Anm. 820), S. 390 f. – Hervorhebung von Kelsen.

⁸³¹ *Martens*, Völkerrecht (Anm. 820), S. 390 f. – Hervorhebung von Kelsen.

⁸³² *Kaltenborn*, Kritik (Anm. 452), S. 71.

maxima unbegreiflicherweise ab. Mit den typischen Worten der Souveränitätsdogmatiker erklärt er, die civitas maxima „vernichte“ das Völkerrecht, mache es zum bloßen Staatsrecht²⁾, der Universalstaat sei das „Grab eines freien Völkerrechtslebens, welches auf Basis der Freiheit der Einzelstaaten zu ruhen hat“³⁾, während doch sein „objektives Prinzip“ umgekehrt die – beschränkte – (und somit aufgehobene) Freiheit der Einzelstaaten auf dem Völkerrecht beruhen läßt; und wirft *Wolff* vor, daß dieser allen Völkern zusammen, d. h. der in der Völkerrechtsordnung konstituierten Gemeinschaft, der civitas maxima also, die nur die Personifikation der Völkerrechtsordnung ist, gegen die einzelnen Staaten ein imperium zuspreche und dieses imperium mit dem imperium civile der Staatsgewalt in eine Linie stelle⁴⁾. Gerade in der Erkenntnis der Gleichartigkeit beider Verhältnisse, in der rein *juristischen* Deutung des imperium civile⁸³⁶ als der Geltung einer Teilrechtsordnung liegt die geniale Tat *Wolffs*. Sie wird um ihren eigentlichsten Wert gebracht, wenn *Kaltenborn* in Fortsetzung und vermeintlicher Verbesserung der *Wolffschen* Völkerrechtstheorie erklärt, „daß die internationale Gemeinschaft ... niemals den Charakter eines Staates annehmen dürfe; denn dadurch würden gerade die einzelnen Staaten ihren selbständigen Charakter als Staaten verlieren und somit das subjektive Prinzip des Völkerrechts vernichtet werden. Also darf die inter|nationale Gemeinschaft des Rechts keinen Universalstaat, gleichviel ob in monarchischer oder republikanischer Form, bilden, sondern etwas ganz besonderes und eigentümliches, vom Staate verschiedenes ...“¹⁾. Diese von einem – früher⁸³⁸ als nichts anderes denn als eine Rechtsgemeinschaft charakterisierten – Staate verschiedene Völkerrechtsgemeinschaft bezeichnet *Kaltenborn* nunmehr als ein „*politisches* System, eine Konföderation“, ein „*Staatsystem*“. „Demnach hat es das Völkerrecht zu tun mit den souveränen Staaten, insofern sie zur Rechtsgemeinsamkeit eines Systems der Staaten sich erhoben haben“²⁾. Hier unterläuft wahrlich mehr als ein Denkfehler! Erstens fragt es sich in der Völkerrechtstheorie nicht, was für einen Charakter die Völkerrechtsgemeinschaft – vielleicht im Laufe der Entwicklung – „annehmen darf“, sondern ausschließlich darum, welchen Charakter sie hat, nicht, ob sie einen Staat bilden darf, sondern ob sie ihrem Wesen

| 256

2) a. a. O. S. 72. ⁸³³3) a. a. O. S. 73. ⁸³⁴4) a. a. O. S. 73. ⁸³⁵1) a. a. O. S. 265, 266. ⁸³⁷2) a. a. O. S. 266. ⁸³⁹

| 256

⁸³³ *Kaltenborn*, Kritik (Anm. 452), S. 72.⁸³⁴ *Kaltenborn*, Kritik (Anm. 452), S. 72 f.⁸³⁵ *Kaltenborn*, Kritik (Anm. 452), S. 73.⁸³⁶ Vgl. *Wolff*, Jus gentium (Anm. 808), § 15 (S. 12).⁸³⁷ *Kaltenborn*, Kritik (Anm. 452), S. 265 f.⁸³⁸ Vgl. *Kaltenborn*, Kritik (Anm. 452), S. 261.⁸³⁹ *Kaltenborn*, Kritik (Anm. 452), S. 266 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

nach ein „Staat“ ist. Nicht eine zufällige Ungenauigkeit der Sprache liegt hier bei *Kaltenborn* vor, sondern eine typische Problemverschiebung. Denn ebenso wie an Stelle des ursprünglich nur formalen Staatsbegriffes als einer – eventuell souveränen – Rechtsordnung der in *materieller* Hinsicht verengte Begriff des Staates als einer besonderen, *inhaltlich* irgendwie qualifizierten Rechtsordnung getreten ist, drängt sich an Stelle der rein rechtstheoretischen Frage nach der rechtslogischen Natur des Verhältnisses zwischen der universalen Völkerrechtsordnung oder -gemeinschaft und den einzelstaatlichen Rechtsordnungen oder -gemeinschaften eine *politische*, auf die materielle, inhaltliche Ausgestaltung der Völkerrechtsordnung gerichtete Frage: die Völkerrechtsordnung dürfe nicht jenen spezifischen Inhalt erhalten, nicht jenen besonderen Charakter annehmen, der sie als „Staat“ im engeren Sinne qualifizieren würde. Dann aber muß auch der Begriff der Souveränität einen ganz anderen Sinn erhalten, als *Kaltenborn* ausdrücklich angibt. Denn wenn er behauptet, daß die einzelnen Staaten bei Errichtung eines Völkerstaates – offenbar wegen *des damit verbundenen Verlustes ihrer Souveränität* infolge der Vernichtung des subjektiven Momentes – ihren Charakter als selbständige Staaten verlieren würden, kann Souveränität nicht – wie *Kaltenborn* definiert – „Selbständigkeit des Staates *gegenüber anderen Staaten*“⁸⁴⁰ bedeuten. Denn *diese* Selbständigkeit wird durch keine noch so tiefgreifende Völkerrechtsordnung gefährdet, die alle Staaten gleichmäßig erfaßt, ihr *gegenseitiges* Verhältnis also nicht berührt.

|257 Schließlich aber der gänzlich aus der Darstellung fallende, plötzlich – wie ein | *deus ex machina* – auftretende Begriff eines *Staatenystems*! Dieser hat überhaupt keinen *juristischen* Sinn, er bedeutete denn eine die Einzelstaaten, d. h. die durch sie personifizierten Rechtsordnungen umfassende *Ordnung*, die *Rechts*charakter hat. Was anderes kann „System“ – sofern es ein *Rechts*begriff sein soll – bedeuten, als Rechtsordnung? Was anderes aber ist die *civitas maxima*? Das traurige, freilich nicht allzuseltene Schauspiel juristischer Begriffsanarchie¹⁾!

|257 |¹⁾ Gerade weil es sich bei *Kaltenborn* um einen Schriftsteller handelt, der rechtstheoretisch verhältnismäßig hoch steht, und weil es symptomatische Bedeutung hat, sei angemerkt, wie sehr politische Erwägungen auch bei ihm die juristische Konstruktion beeinflussen. So führt er gegen die zu seiner Zeit nicht minder wie heute üblichen Prophezeiungen eines ganz neuen, kommenden Völkerrechtes an: „Davor möge uns freilich Gott noch recht lange bewahren, daß die jetzige monarchische Verfassung der internationalen Gemeinexistenz in ein demokratisches Wesen umgewandelt werde! ... Vielmehr scheint die christlich-politische Entwicklung darauf hinauszulaufen, die Persönlichkeit der Herrschaft im Monarchentum mehr und mehr zu verbreiten, allerdings auch zu veredeln ...“ a. a. O. S. 14.⁸⁴¹ Und so bemüht er sich, die Wissenschaft des Völkerrechts im Anschluß an *Oppenheim*⁸⁴² (System des Völkerrechts,

⁸⁴⁰ *Kaltenborn*, Kritik (Anm. 452), S. 266 – Hervorhebung von Kelsen.

⁸⁴¹ *Kaltenborn*, Kritik (Anm. 452), S. 13 f.

⁸⁴² Heinrich Bernhard Oppenheim (1819–1880), Nationalökonom, Politiker und Publizist. 1841–1845 Privatdozent für Staats- und Völkerrecht in Heidelberg. Mitherausgeber der Zeitschrift „Die Reform. Organ der demokratischen Partei“ (ab 1848) und der „Deutsche Jahrbücher für Politik und Literatur“ (ab 1862). 1874–1877 Mitglied des Reichstags (Nationalliberale Partei). Er prägte den Begriff des Kathedersozialismus. Wichtige Werke: Studien der inneren Politik, Grün-

§ 54. *Organisierte und nicht organisierte Gemeinschaft.*

Fragt man, worin die herrschende Völkerrechtstheorie, die den Gedanken einer civitas maxima ablehnt, den wesentlichen Unterschied zwischen der Völkerrechtsgemeinschaft und der durch die einzelstaatliche Rechtsordnung konstituierten Gemeinschaft, dem „Staate“, erblickt, so fällt zunächst die Behauptung auf, daß die erstere im Gegensatz zur letzteren nicht „organisiert“ sei. Man bezeichnet darum auch nicht selten das Völkerrecht als ein „anarchisches Recht“²⁾. Erkennt man, daß „Organisation“ nichts anderes als „Ordnung“ bedeutet, Recht aber eine Ordnung ist, dann ist eine nichtorganisierte Rechtsgemeinschaft eine unorganisierte Ordnung, ein Widerspruch in sich selbst. Offenbar ist hier ein engerer Begriff der Organisation gemeint. Man hat eine spezielle Organi|sation, eine Organisation |258 besonderen Inhalts im Auge. Und ebenso steht es mit dem Begriff des „anarchischen Rechtes“. „Anarchie“ könnte vom Standpunkt normativ-juristischer Betrachtung nichts anderes heißen als Ordnungslosigkeit. Indes, vielleicht meint man eine Rechtsordnung, bei der es keine „Herrschaft“ gibt. Allein, auch dies wäre noch eine logische Unmöglichkeit, da als „Herrschaft“ vom Standpunkt der Normerkenntnis nichts anderes als die Normgeltung, die spezifische „Herrschaft“ des Rechtes verstanden werden könnte. Es ist eben auch hier eine besondere, durch den speziellen *Inhalt* der Ordnung charakterisierte „Herrschaft“ gemeint; jene nämlich, bei der die „Herrschaft“ besonders deutlich, auch *äußerlich* offenkundig durch einen eigenen Herrschaftsapparat in die Erscheinung tritt. Das ist aber jene Ordnung oder Organisation, deren Erzeugung und Anwendung (Durchsetzung) in einem gewissen Umfange, richtiger: in einer gewissen Sphäre des Rechts – *arbeitsteilig* eingerichtet, d. h. norminhaltsgemäß auf *spezielle* Organe übertragen, diesen *vorbehalten* ist; eine Rechtsordnung, in der *verfassungsgemäß* die Fortbildung (Abänderung), d. h. die Erzeugung neuer, zu den alten hinzutretender *genereller* Normen einem besonderen *Gesetzgebungsorgan* (Parlament, Monarch usw.), die Durchsetzung der Rechtsordnung besonderen Exekutivorganen (Ge-

1845)⁸⁴³ als eine „protestantische“ zu erweisen (a. a. O. S. 24–25).⁸⁴⁴ Der Hinweis darauf, daß fast sämtliche Autoren dieser Wissenschaft Protestanten seien, mag immerhin gelten; die Behauptung aber, daß das dem Protestantismus eigene Prinzip der individuellen Freiheit als Souveränität der Staaten die Grundlage für die Theorie des Völkerrechts bilde, muß *Kaltenborn* in einen vollkommenen Widerspruch zu dem von ihm später vertretenen Gedanken bringen.

²⁾ *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 379.⁸⁴⁵ Vgl. statt vieler auch *Heilborn* a. a. O. S. 31 ff.⁸⁴⁶

berg und Leipzig 1842; System des Völkerrechts, Frankfurt a. M. 1845 (2. Aufl., Stuttgart 1866); Der Katheder-Sozialismus, Berlin 1872 (2. Aufl., Berlin 1873).

⁸⁴³ *Heinrich Bernhard Oppenheim*, System des Völkerrechts, Frankfurt a. M. 1845, S. 21, 73–88.

⁸⁴⁴ *Kaltenborn*, Kritik (Anm. 452), S. 24 f.

⁸⁴⁵ *G. Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 379 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁸⁴⁶ *Heilborn*, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 31–37.

richten, Verwaltungsbehörden usw.) zugewiesen ist. So bedingungslos dieser Unterschied – als eine Rechtsinhaltsdifferenz – zuzugeben ist und vom kulturgeschichtlichen Standpunkt für höchst wichtig anerkannt werden muß, so unwesentlich muß er für eine nur auf die wesentlichen *rechtslogischen* Relationen gerichtete Erkenntnis einer reinen Rechtslehre sein. Für das Wesen des Rechtes, der Rechtsordnung, ist es gleichgültig, ob sie überhaupt abänderbar ist oder nicht, und an welche Bedingungen die Abänderung gebunden erscheint. Wenn – was gerade bei älteren Rechtsordnungen die Regel ist – das Recht nur im Wege der *Gewohnheit* fortgebildet werden kann, so mangelt es durchaus an einem speziellen, arbeitsteilig funktionierenden Gesetzgebungsorgan, ohne daß man auch nur im entferntesten den Rechtscharakter einer solchen Ordnung in Zweifel ziehen würde. Und ebenso zögert die herrschende Lehre keinen Augenblick, auch dort von Recht und Rechtsordnung zu sprechen, wo die Zwangsordnung, die zwanganordnenden Normen im Wege der Selbsthilfe – und zwar *normgemäß* auf diesem und keinem anderen Wege – durchgesetzt werden. Jede Rechtsordnung, jede Rechtsgemeinschaft bringt *ursprünglich*, d. h. in den älteren Stadien der Rechtsentwicklung, weder Spezialorgane für eine generelle Rechtserzeugung, noch solche für eine Rechtsdurchsetzung hervor. Darum | ist man aber noch keineswegs zu der Behauptung berechtigt, daß eine solche Rechtsordnung überhaupt *keine* Organe habe. Im Gegenteil. Eine solche Ordnung charakterisiert sich gerade durch eine *Vielheit* von Organen. Was die Rechtserzeugung betrifft, so ist sie eben in diesem Falle durchgehend *allen Subjekten* anheimgegeben, an die sich die Normen der Rechtsordnung überhaupt richten, und die sie zu erfüllen berufen sind. In der gewohnheitsmäßigen Rechtsbildung „erzeugt“ das Volk selbst, erzeugen die Rechtsunterworfenen das Recht. „Untertan“ und „Organ“ fallen zusammen. Und das Analoge gilt für die Rechtsdurchsetzung, wo diese im Wege der Selbsthilfe zu erfolgen hat. Der in seinen Interessen rechtswidrig Verletzte ist kraft *Rechtens* berufen, das Recht, das hier zugleich *sein* Recht ist, gegen den Verletzer durchzusetzen. Und eben darum fungiert er als *Organ* der Rechtsordnung. *Juristisch* erschöpft sich die Organschaft durchaus in dieser Ermächtigung oder Verpflichtung zum Handeln, in dieser Delegation, weshalb ja eine grundsätzliche Scheidung zwischen Rechts(Staats)organschaft und Rechtserfüllung, Rechtsanwendung (im weitesten Sinne) *juristisch* nicht möglich ist¹⁾.

Wollte man geneigt sein, als „Staat“ eine Rechtsordnung erst dann zu bezeichnen, wenn arbeitsteilig fungierende Spezialorgane für die generelle Rechtserzeugung und für die Rechtsdurchsetzung delegiert sind, so ist gegen eine solche Terminologie nichts einzuwenden, es wäre denn dies, daß sie eine juristisch relevante Differenz nicht zum Ausdruck bringt. Dagegen muß mit Entschiedenheit aus dem

|259 |¹⁾ Vgl. dazu oben S. 118, 164.⁸⁴⁷

⁸⁴⁷ Vgl. oben S. 381, 425.

Bereich rechtstheoretischer Erkenntnis die weitverbreitete Anschauung verwiesen werden, die durch die faktische Existenz von speziellen Gesetzgebungs- und Exekutivorganen zur Annahme einer faktischen, von der Geltung der Rechtsordnung verschiedenen „Macht“ veranlaßt wird, und diese Macht, der man die Menschen als unterworfen vorstellt, für ein wesentliches Element des von der Rechtsordnung isolierten Staates, aber auch des Rechtes erklärt, soferne „hinter“ diesem eine solche faktische Macht stehen müsse. Um nichts anderes handelt es sich hier, als um eine durch die sinnfällige Konzentration der Rechtserzeugung und Rechtsdurchsetzung in einem äußerlich wahrnehmbaren Apparat unterstützte Hypostasierung und die durch diese Hypostasierung wieder begünstigte Abweichung von der Linie des rechtlichen Sollens zu der des sozialen Seins. Nicht die faktische Willensäußerung des absoluten Monarchen, nicht der aus vielen Einzelwollungen zusammengesetzte tatsächliche Vorgang des Beschlusses eines republikanischen Parlamentes, nicht diese in der Kette | von Ursache und Wirkung stehenden und als solche *Macht* ausstrahlenden Fakten sind es, auf die es juristisch ankommt. Sie sind nur Bedingungen, unter denen eine Rechtsnorm *gleichen Inhalts* als gültig vorausgesetzt wird, und nur in der Geltung dieser Rechtsnorm liegt alle rechtlich relevante „Herrschaft“ oder „Macht“. Nicht die an die Gesetze des *Seins* gebundene *Tatsache*, daß ein bestimmter Mensch – als Richter und Exekutor – straft, einem anderen Menschen Zwang antut, steht juristisch in Frage, sondern lediglich die Rechtsnorm, die unter bestimmten Bedingungen solchen Zwang als *gesollt* setzt, anordnet, statuiert; und die Norm *gilt*, dieses *Rechts*faktum existiert, auch wenn die kausale Kette des Seins, wenn die Motivationsreihe menschlichen Verhaltens ein Faktum gleichen Inhalts nicht aufweist, wenn der Zwang – rechtswidrig – unterbleibt. Nicht das Gesetzgebungs- oder Exekutivorgan ist, wie die juristische Durchschnittsvorstellung, ohne sich der rechtslogischen Grundbeziehung bewußt zu werden, annimmt, die „Obrigkeit“, sondern ausschließlich und allein die das Gesetzgebungs- oder Exekutivorgan delegierende Rechtsordnung; und dieser Beziehung muß man stets eingedenk bleiben, wenn man überhaupt jene Personifikation verbindlicher Normen verwenden darf. Nur insofern ist eine primitive Rechtsgemeinschaft ohne „Obrigkeit“, als sie ohne arbeitsteilig fungierende Gesetzgebungs- und Exekutivorgane ist.

| 260

Allerdings kann zugegeben werden, daß mit der *faktischen* Existenz eines speziellen Rechtserzeugungs- und Durchsetzungsapparates die Betätigung einer vom Inhalt der Rechtsordnung abweichenden, sozusagen eigengesetzlichen „Macht“ möglich wird, die eben wegen dieser Differenz nicht als Rechtsmacht empfunden wird. Der Zwangsapparat, die zur Erzeugung des Rechtes (in seiner generellen Form), vor allem aber die zur Durchsetzung des Rechtes, zur Realisierung des Zwanges berufenen Menschen werden in Verfolgung ihrer Eigeninteressen gegenüber den anderen zu einem selbständigen Machtfaktor, zu dem die Untertanen beherrschenden „Staat“. Nur daß eben diese unbezweifelbare soziologische Tatsache außerhalb aller rechtlichen Erkenntnis steht.

Die Völkerrechtsgemeinschaft, so wie sie sich nach der Hypothese vom Primat des Völkerrechts darstellt, ist – vom entwicklungsgeschichtlichen Standpunkt betrachtet – eine primitive Rechtsgemeinschaft und in diesem Sinne, aber nur in diesem kein „Staat“. Sie entbehrt vor allem eines *besonderen* Organs zur Fortbildung der konstituierenden Rechtsordnung. Falsch ist es aber, wenn die herrschende Lehre behauptet, sie habe überhaupt kein Organ geschaffen, welches berufen ist, den Staaten Rechte zu setzen. Denn | wie sollte es dann überhaupt zu einer Fortbildung des Völkerrechts kommen? Wird das Völkerrecht nach herrschender Auffassung unmittelbar von den Staaten selbst erzeugt, dann müssen eben diese als *Organe* der Rechtserzeugung angesehen werden. Daß in den *rechtsgeschäftlichen* Akten der Staatenverträge zugleich Akte der Rechtssatzung zu erblicken sind, kann nur insoweit bedenklich erscheinen, als man nicht die durchgehende Verbindung von Rechtssatzung (Erzeugung) und Rechtsanwendung (Rechtsgeschäft) erkannte hat. Auch der Gesetzgebungsakt des Parlamentes ist unter dem Gesichtspunkt der ihn regelnden *Verfassung* Rechtsgeschäft, weil Rechtsanwendung, und auch das kleinste Rechtsgeschäft, der individuellste Vertrag zwischen zwei konkreten Subjekten ist Rechtssatzung, Erzeugung individuellen bisher noch nicht vorhandenen Rechtes. Die mangelnde Einsicht in diese stufenweise Abfolge der Rechtserzeugung von der Verfassung (im rechtslogischen Sinne) bis zum Rechtsgeschäft, in diese schichtenweise Konkretisierung des Rechtes aus seiner allgemeinsten in seine besonderste Form hat auf dem Gebiete der Völkerrechtstheorie zu jenem kuriosen Gebilde der „Vereinbarung“ geführt, die als „rechtsnormativer“ Akt dem „rechtsgeschäftlichen“ Vertrag entgegengesetzt wird und die, zum Unterschied von letzterem, die ausschließliche Fähigkeit haben soll, Rechtsnormen zwischen den vereinbarenden Parteien zu setzen¹⁾. Das kann aber –

|261 |¹⁾ Vgl. *Bluntschli* a. a. O. S. 231 (§ 402, Anm.).⁸⁴⁸ „Verschieden von den Verträgen, welche besonderes Vertragsrecht unter den Vertragsparteien begründen, ist eine völkerrechtliche Uebereinkunft mehrerer Staaten, welche eine allgemeine Rechtsregel ausspricht. Im letzteren Falle ist das pactum instar legis und es entsteht dem Inhalte nach Gesetzesrecht, wenn auch in der vielköpfigen Form der Vereinbarung.“ Auch *Bergbohm*, Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts. 1877, unterscheidet Staatsverträge, die als „*Rechtsgeschäfte* Berechtigungen⁸⁴⁹ der Staaten begründen oder aufheben“ und Staatsverträge, die „*Rechtssätze*, abstrakte Regeln“ enthalten, „welche die Staaten als gemeinsame *Normen* ihrer Handlungen für die Zukunft ausdrücklich vereinbaren“. „Die Staaten sind in Ansehung solcher Verträge nicht Rechtssubjekte, sondern rechtbildende Faktoren.“ A. a. O. S. 79, 81.⁸⁵⁰

Binding, auf dessen Untersuchungen die neuere Vereinbarungstheorie beruht, legt größten Wert darauf, Vertrag und Vereinbarung als zwei verschiedene Tatbestände voneinander deutlich zu scheiden (a. a. O. S. 203 ff.).⁸⁵¹ Zweifellos ist der übliche Begriff des Vertrages zu eng, um alle

⁸⁴⁸ *Bluntschli*, Völkerrecht (Anm. 657), S. 233 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁸⁴⁹ «*Rechtsgeschäfte* Berechtigungen»] *Bergbohm*, Staatsverträge (Anm. 515), S. 79: «*Rechtsgeschäfte*, welche subjektive Berechtigungen».

⁸⁵⁰ *Bergbohm*, Staatsverträge (Anm. 515), S. 79, 81 – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

⁸⁵¹ *Binding*, Vereinbarung (Anm. 415), S. 203–213.

und tut – | jedes Rechtsgeschäft, indem es mehr oder weniger generelle oder individuelle Rechtsnormen zwischen den Parteien neu schafft. Dabei wäre es gewiß falsch, dem Rechtsgeschäft *grundsätzlich nur* die Erzeugung *individueller* Normen zuzuerkennen. Hier liegt gegenüber dem Gesetzgebungsakt bloß ein *gradueller*, kein prinzipieller Unterschied vor. Auch daß durch Rechtsgeschäft nur subjektives, nicht objektives Recht geschaffen werden könne, begründet keinen prinzipiellen Gegensatz zu den rechtssetzenden Akten des Gesetzes oder der Gewohnheit. Denn der Unterschied von objektivem und subjektivem Recht fällt überhaupt nur dann in den Bereich *juristischer* Erkenntnis, wenn er mit dem zwischen der allgemeinen, generellen und der besonderen, individuellen Norm zusammenfällt. Nur wenn auch das subjektive Recht – *Recht*, das heißt aber: wenn es *Norm* ist, kann es *juristisch*, nämlich von jenem Standpunkt begriffen werden, von dem aus auch das objektive Recht erfaßt wird. Rechtsgeschäft ist ein Akt, sofern er seine rechtserzeugende Kraft nicht aus sich selbst, sondern aus einer höheren Norm hat, die ihn einsetzt, delegiert. Natürlich kann auch die sog. „Vereinbarung“ nicht auf eine sie einsetzende Norm des gemeinen Völkerrechts verzichten. Und es muß ernstlich bezweifelt werden, ob dies eine andere Norm sein kann als der Satz *pacta sunt servanda*, der *Vertragsrechtssatz*. Wobei die Möglichkeit zugegeben werden kann, zwischen einem Vertrag im engeren Sinne und einer Vereinbarung zu unterscheiden, sofern sich das Bedürfnis geltend macht, verschiedene Tatbestände von Willenseinigungen zu differenzieren. Jedenfalls aber fallen der Vertrag in einem engeren Sinne und die Vereinbarung ebensowohl unter dem Gesichtspunkt des Rechtsgeschäfts oder der Rechtsanwendung wie der Rechtssetzung, Rechtserzeugung zusammen. Was das Völkerrecht – wie jedes primitive Recht – kennzeichnet, ist der Umstand, daß zwischen die notwendigerweise hypothetisch vorausgesetzte Ursprungsnorm – und in deren Voraussetzung liegt die einzige *reine*, mit keinem Akt der Rechtsanwendung verbundene *Satzung* – und das auch rechtserzeugende Rechtsgeschäft des Vertrages oder der Vereinbarung | kein speziell der *generellen* Rechtserzeugung dienendes Zwischenstadium, kein durch ein besonderes Organ zu besorgender Gesetzgebungsprozeß, so wie er in der einzelstaatli-

Fälle zu decken, in denen an eine – irgendwie zur Einheit zusammengefaßte – Mehrheit von Willensäußerungen Rechtsfolgen geknüpft sind. Gewiß, ein Kaufvertrag und die Wahl eines Abgeordneten sind sehr verschiedene Tatbestände. Nach dieser Richtung hat sich *Binding* großes Verdienst gegenüber der älteren Theorie erworben. Zweifelhaft ist nur, ob man, um die ganze Fülle der Erscheinungen | zu erfassen, mit dem Dualismus von Vertrag und Vereinbarung das Auslangen finden kann, und ob nicht innerhalb der von *Binding* als „Vereinbarung“ zusammengefaßten Tatbestände ebenso große Differenzen bestehen wie zwischen seiner Vereinbarung und dem Vertrag im engsten Sinne. Indes kommt dies hier nicht in Frage. Entschieden abgelehnt werden muß in diesem Zusammenhange nur die These *Bindings*, daß lediglich die Vereinbarung, nicht der Vertrag zur Schöpfung objektiven Rechtes tauglich sei (a. a. O. S. 213 ff.).⁸⁵²

Vgl. auch die übersichtliche Darstellung bei *Heilborn* a. a. O. S. 40. Sehr charakteristisch *Ullmann* a. a. O. S. 45 ff.⁸⁵³

⁸⁵² *Binding*, Vereinbarung (Anm. 415), S. 213–216.

⁸⁵³ *Heilborn*, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 40–48; *Ullmann*, Völkerrecht (Anm. 447), S. 40–51.

chen Rechtsordnung üblich, eingeschaltet ist. Dieses äußerliche und unwesentliche Moment hat die Theorie verwirrt und zu dem Begriff einer spezifisch rechtserzeugenden Vereinbarung geführt, die kein Rechtsgeschäft sein will und doch nur Rechtsfolgen hat, weil ein höherer Rechtssatz ihr solche einräumt¹⁾.

[264] |Die Völkerrechtsgemeinschaft hat – wenn man von gewissen Entwicklungsansätzen absieht – keine *besonderen* Exekutivorgane. Irrig aber wäre – was in der Literatur mitunter geschieht – die Möglichkeit völkerrechtlicher Akte von Rechtsdurchsetzung, die Existenz jedes völkerrechtlichen Zwanges und jedes Exekutivorgans zu leugnen. Ist der Krieg eine *völkerrechtliche* Tatsache, d. h. soll er überhaupt als *rechtliches* Phänomen erfaßt werden – und dies ist in der Regel die Absicht der Völkerrechtstheorie¹⁾ – dann kann er nicht anders denn als das von der

[263] |¹⁾ Die Rückführung der Geltung einer individuellen Norm – z. B. jener des Rechtsgeschäftes – auf eine „höhere“ – etwa auf den „über“ dem Rechtsgeschäft stehenden generellen Rechtssatz des bürgerlichen *Gesetzbuches* – und der immer weitergehende Regreß vom Gesetz zur Verfassung (im üblichen Sinne) und von dieser wieder bis zur Ursprungsnorm (der Verfassung im rechtslogischen Sinne) bedeutet die *Herstellung der System-Einheit*. Es wäre der Verzicht auf diese – und damit die Aufhebung der Rechteerkenntnis – wenn man etwa irgendein Rechtsgeschäft, den Verwaltungsakt, einen Vertrag oder eine Vereinbarung *aus sich selbst heraus rechtlich wirken* lassen wollte. Das wird freilich immer wieder versucht; so auch von *Binding*. Dieser unterscheidet zwischen Vereinbarungen, die „innerhalb des Kreises einer Rechtsquelle“ und solchen, die „außerhalb“, also im rechtsfreien Raum abgeschlossen werden. Obgleich er erklärt: „Im ersten Falle wird ihre Zulässigkeit und ihre rechtliche Wirkung durch das Recht der Rechtsquellen festgestellt, in deren Herrschaftskreis die Vereinbarung gebildet wird“ (a. a. O. S. 225),⁸⁵⁴ leugnet er dennoch den rechtsgeschäftlichen Charakter auch dieser Vereinbarung. Ihm scheint es „eine ganz unmögliche Vorstellung“, daß die Vereinbarung „durch die Rechtsquelle, in deren Bereich sie sich vollzog, ihre Kraft der Bindung erhalten hätte“ (a. a. O. S. 236).⁸⁵⁵ *Binding* glaubt an eine „originäre“ rechtserzeugende, rechtsverbindliche Kraft nicht nur der Vereinbarung im rechtsleeren Raum, sondern auch der durch eine staatliche Rechtsordnung als Bedingung von Rechtsfolgen eingesetzten Vereinbarung. Hier liege nur die Anerkennung und Bestätigung einer – sozusagen a priori gegebenen Rechtskraft, einer Rechtskraft an sich – durch die Rechtsordnung vor! (a. a. O. S. 236/7.)⁸⁵⁶ Ja, *Binding* behauptet dies auch vom Vertrag und schließlich von jedem Rechtsgeschäft, wenn er den Satz in Frage stellt, die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes sei davon abhängig, daß es unter einem objektiven Rechte zum Abschluß kommt (a. a. O. S. 237, Anm. 84).⁸⁵⁷ Das heißt, auf jedes einigende Band, auf jede systematische Einheit der Rechtserscheinungen verzichten. Jedes Rechtsgeschäft stellte ein selbständiges und *isoliertes* System für sich dar, das in keiner Beziehung zu einem anderen stünde. Diese Beziehung wird aber durch den von *Binding* abgelehnten Regreß auf eine *höhere* Stufe hergestellt. Da die – nach *Binding* – das Völkerrecht erzeugenden Vereinbarungen, deren es doch sehr viele gibt, in irgendeiner Einheitsbeziehung stehen müssen, da ja sonst die auf diesem Wege erzeugten Normen nicht das auch von *Binding* als Einheit vorausgesetzte System des Völkerrechts bilden könnten, muß man zu einer all diese Vereinbarungen als „Rechtsquellen“ einsetzenden Urhypothese greifen, wenn man die Norm *pacta sunt servanda* hier nicht als Gewohnheitsrechtssatz gelten lassen will.

[264] |¹⁾ Soll der Krieg als ein Akt des *Staates* begriffen, d. h. dem Staate zugerechnet werden können, muß er als Inhalt einer *Rechtsnorm* erscheinen, d. h. von der die Zurechnung zum Staat allein

⁸⁵⁴ Drei Zitate: *Binding*, Vereinbarung (Anm. 415), S. 225 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁸⁵⁵ *Binding*, Vereinbarung (Anm. 415), S. 236.

⁸⁵⁶ *Binding*, Vereinbarung (Anm. 415), S. 236 f.

⁸⁵⁷ *Binding*, Vereinbarung (Anm. 415), S. 237 Anm. 84.

Völkerrechtsordnung zu ihrer Durchsetzung gegen ihre Verletzer eingesetzte Zwangsmittel angesehen werden. Als „ein erlaubtes Mittel zur Durchsetzung von Rechtsansprüchen“⁽²⁾ wird der Krieg für gewöhnlich bezeichnet. *Strisower*⁸⁶¹ hat kürzlich gegen den modernen Nihilismus, der den Krieg als eine Erscheinung „jenseits von Recht und Unrecht“ ansieht, wieder den Beweis des „orthodoxen“ Satzes erbracht, „daß nach geltendem Völkerrechte der Krieg nur zum Schutze eines Rechtes von seiten des zu diesem Schütze berufenen Staates zulässig ist“⁽³⁾. Diese Durchschnittsmeinung bedeutet aber – von ihrer subjektivistischen Formulierung abgelöst – daß der Krieg der von der Völkerrechtsordnung angeordnete (nicht bloß „erlaubte“) Zwangsakt zur Durchsetzung des (objektiven und nicht bloß des subjektiven) Rechtes sei. Denn daß der Krieg als Akt der Selbsthilfe bloß „erlaubt“ in dem Sinne des Nicht-Verbotenseins wäre, behauptet auch *Strisower* nicht. „Er ist kein bloßes Stück der vom Rechte nicht eingeschränkten natürlichen Handlungsfreiheit, sondern der unter den gegebenen Verhältnissen von ihm auch *gewollten*, als richtig befundenen Handlungsfreiheit“⁽⁴⁾. Dieses *positive* | Erlauben | 265 muß aber als ein *Sollen* nachgewiesen werden, welche Funktion allein der Rechtsordnung zukommt. Dieses „Erlauben“ ist gleichbedeutend mit einem Sollen, das auf das *Ermessen* des Sollenden abgestellt ist. Der von der Völkerrechtsordnung zum Kriege „Berufene“ – das ist der Verletzte, kann aber auch mit Zustimmung des Verletzten ein anderer sein¹⁾ – *soll* gegen den Verletzer des Völkerrechts das Zwangsmittel des Krieges geltend machen, jedoch nach eigenem Ermessen; wobei

vollziehenden Zurechnungsregel erfaßt werden. Positiv rechtlich muß die Verfassung gewisse staatliche Organe zur Kriegführung stillschweigend oder ausdrücklich ermächtigen, damit der Staat *rechtlich* Krieg führen könne. In diesem Sinne muß der Krieg – vom Standpunkt der einzelstaatlichen Rechtsordnung, dem sogen. staatsrechtlichen Standpunkt – als Akt der staatlichen Exekutive gelten. Es ist darum gänzlich verfehlt, wenn *Jellinek* (Staatslehre, S. 610f.)⁸⁵⁸ in der Lehre von den Staatsfunktionen den Krieg nicht als normale, sondern als außerordentliche Staatsfunktion bezeichnet, die weder Gesetzgebung noch Rechtsprechung oder Verwaltung ist (letzteres insbesondere gegen *Martens*, Völkerrecht II. S. 448f., 477)⁸⁵⁹ und erklärt, der Krieg stehe „außerhalb einer jeden Rechtsordnung“. Ja, wie soll man dann den Krieg als Akt des Staates begreifen, d. h. auf die Einheit der Rechtsordnung beziehen können?

²⁾ *Heilborn* a. a. O. S. 24. ⁸⁶⁰

³⁾ Der Krieg und die Völkerrechtsordnung, 1919, S. III, 128. ⁸⁶²

⁴⁾ a. a. O. S. 50. ⁸⁶³

| ¹⁾ a. a. O. S. 52. ⁸⁶⁴

⁸⁵⁸ *G. Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 610f.

⁸⁵⁹ *Friedrich von Martens*, Völkerrecht. Das internationale Recht der civilisirten Nationen, übersetzt von Carl Bergbohm, Bd. 2, Berlin 1886, S. 448f., 477.

⁸⁶⁰ *Heilborn*, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 24.

⁸⁶¹ Leo Strisower (1857–1931), Völkerrechtslehrer und Rechtsphilosoph. Ab 1901 a. o. Prof. in Wien, ab 1909 tit. o. Professor ebendort. Er war Mitglied des „Institut de Droit international“. Wichtige Werke: Der Krieg und die Völkerrechtsordnung, Wien 1919; L'exterritorialité et ses principales applications, in: Recueil des cours 1 (1923), S. 233–287.

⁸⁶² *Leo Strisower*, Der Krieg und die Völkerrechtsordnung, Wien 1919, S. III, 128.

⁸⁶³ *Strisower*, Krieg (Anm. 862), S. 50 – Hervorhebung von Kelsen.

⁸⁶⁴ *Strisower*, Krieg (Anm. 862), S. 52.

dieses Ermessen bloß insofern eingeschränkt ist, als der Krieg *nur* im Falle einer Rechtsverletzung geführt werden darf. Der Krieg ist darum nicht nur subjektiv, wie *Strisower* meint, sondern auch objektiv ein Rechtsmittel, „ein von der Rechtsordnung geschaffenes Mittel, um das Recht zur Geltung zu bringen“²⁾. Denn wenn, wie *Strisower* zugibt, der Krieg subjektiv für den Staat ein Rechtsmittel ist, und die Rechtsordnung ihn „in dieser Richtung sanktioniert“, ⁸⁶⁶ dann ist er schon durch diese Sanktion zu einem objektiven Rechtsmittel geworden.

Ein anderer als ein durch das Völkerrecht gebotener (oder positiv erlaubter) Krieg ist *rechtlich* ein Gewaltakt, ist entweder rechtlich überhaupt nicht erfassbar oder – Unrecht, Völkerrechtsverletzung. Dies natürlich auch dann, wenn es ein *siegreicher* Krieg ist. Nicht einen Rechtsgedanken, sondern das nackte Machtprinzip proklamiert *Kaufmann* mit seiner Lehre, es stelle sich „der *siegreiche* Krieg als Bewährung des Rechtsgedankens, als die letzte Norm heraus, die darüber entscheidet, welcher der Staaten *Recht* hat“³⁾.

²⁾ a. a. O. S. 51. ⁸⁶⁵

³⁾ a. a. O. S. 153. ⁸⁶⁷ Diese Deutung des siegreichen Krieges ist nur die Konsequenz des von *Kaufmann* für das Völkerrecht aufgestellten Grundsatzes: „Nur der, der kann, darf auch“ (a. a. O. S. 151); ⁸⁶⁸ hier kommt das reine Machtprinzip noch deutlicher zum Ausdruck. Vielleicht ist es trotz der Kritik, die *Nelson* (a. a. O. S. 144 ff.) ⁸⁶⁹ an *Kaufmanns* Theorie geübt hat, nicht überflüssig, auch in diesem Zusammenhange dessen Anschauungen über den Krieg und seine Beziehung zum Wesen des Staates anzumerken: „Nicht die ‚Gemeinschaft frei wollender Menschen‘, sondern der *siegreiche* Krieg ist das soziale Ideal: Der siegreiche Krieg als das letzte Mittel zu jenem obersten Ziel. Im Krieg offenbart sich der Staat in seinem wahren Wesen, er ist seine höchste Leistung, in dem seine Eigenart zur vollsten Entfaltung kommt ...“ (a. a. O. S. 146). ⁸⁷⁰ *Kaufmann* hat nur die letzten Konsequenzen der die deutsche Staatsrechtslehre beherrschenden Machttheorie ausgesprochen. Freilich hat er damit nichts sonderlich neues gelehrt. Schon *Pütter* schrieb (a. a. O. S. 18), ⁸⁷¹ das Völkerrecht auf der Souveränität begründend und die staatsrechtliche Konstruktion des Völkerrechts mit der Machttheorie verbindend: „Es kann nämlich, wenn souveräne Völker in solchen Zwist und Streit geraten, nie die Frage sein, ob eines oder welches von beiden Unrecht habe, sondern beide haben das Recht, ihren allzeit für gerecht zu achtenden, recht- | und verfassungsmäßig gefaßten Staatswillen mit aller Macht und Gewalt rechtlich auszuführen. Durch den Krieg aber, der sich dadurch, daß die Gewalttätigkeiten auf das geringste zur Ueberwältigung des feindlichen Staatswillens nötige Maß beschränkt werden, zum förmlichen Rechtsmittel gestaltet, kommt es dann zur Entscheidung und zur Erkenntnis – im Friedensschluß – nicht sowohl, welcher Staat in diesem einzelnen Falle Recht hat, als welcher recht ist, wessen und welches Recht das wahre und rechte – gottwohlgefällige. Denn Er selbst, der Allgerechte, Allmächtige, der den Völkern den Geist und mit und in ihm die Macht und Gewalt, das Reich und die Herrlichkeit auf Erden gibt: Er selbst spricht ihnen das Urteil: Die Weltgeschichte ist sein Weltgericht!“ Ist das

| 266

⁸⁶⁵ *Strisower*, Krieg (Anm. 862), S. 50: „Der Krieg ist allerdings kein Rechtsmittel in einem objektiven Sinne. Er ist nicht ein von der Rechtsordnung geschaffenes Mittel, um das Recht zur Geltung zu bringen“.

⁸⁶⁶ *Strisower*, Krieg (Anm. 862), S. 51.

⁸⁶⁷ *E. Kaufmann*, Wesen (Anm. 158), S. 153.

⁸⁶⁸ *E. Kaufmann*, Wesen (Anm. 158), S. 151 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁸⁶⁹ *Nelson*, Rechtswissenschaft (Anm. 11), S. 144–189.

⁸⁷⁰ *E. Kaufmann*, Wesen (Anm. 158), S. 146

⁸⁷¹ *Pütter*, Begriff (Anm. 776), S. 18 f.

| Daß ein Staat jederzeit und aus jedem beliebigen Motive, ohne damit den Anspruch zu erheben, das von dem Gegner verletzte Völkerrecht durchzusetzen, Krieg führen *dürfe*, kann – trotzdem dies in der Völkerrechtsliteratur geschieht – als *Rechtssatz* des Völkerrechts nicht behauptet werden, ohne daß damit das Völkerrecht sich selbst aufheben, sich selbst negieren würde. Daß es an einer Instanz mangelt, die in objektiver Weise die Rechtsverletzung – als Bedingung des Exekutionsaktes – feststellt, ist zwar ein schwerer praktisch-politischer Mangel, aber kein grundsätzliches Hindernis für eine theoretische Konstruktion des rechtmäßigen Krieges als des völkerrechtlichen Zwangsaktes. So wie in jeder primitiven Rechtsordnung, fungiert auch hier das verletzte Subjekt selbst als Organ der Rechtsgemeinschaft¹⁾. |266

Der Mangel spezifischer Rechtserzeugungs- und Durchsetzungsorgane verführt die Völkerrechtstheorie zu der Lehre, die Staaten der Völkerrechtsgemeinschaft seien zwar einer über ihnen stehenden Rechtsordnung, nicht aber einer über ihnen stehenden Macht oder Gewalt unterworfen; letzteres, nicht aber ersteres sei mit ihrer Souveränität unvereinbar. Um nur ein Beispiel aus vielen zu zitieren, sei hier der bekannte Völkerrechtslehrer *Oppenheim*⁸⁷⁴ erwähnt, der im allgemeinen eine dem Primat der Völkerrechtsordnung außerordentlich nahestehende Anschauung vertritt. Er sagt: „Souveränität als höchste irdische Autorität, welche vor keiner anderen Gewalt sich zu beugen hat, schließt nicht aus, daß der Souverän sich einer selbstgesetzten Ordnung unterwirft, solange diese Ordnung ihn nicht einer höheren irdischen Ordnung unterstellt“⁽²⁾. | Und *Heilborn* betont immer wieder, daß die Staaten der Völkerrechtsgemeinschaft einer übergeordneten Rechtsordnung, nicht aber einer übergeordneten Gewalt unterworfen seien¹⁾. Aus dem Vorherge- |267

noch *Hegels* Geschichtsphilosophie? Oder wird hier nicht der aufrichtige Zynismus der Gewalt: „Gott ist bei den stärkeren Bataillonen“, in dem Gewand einer „Rechts“theorie versteckt.

¹⁾ *Ullmann* a.a.O. S. 25:⁸⁷² „Die spezifische Form der Zwangsreaktion im Völkerrecht ist die Selbsthilfe, das äußerste internationale Zwangsmittel der Krieg.“ Ob dieses Zwangsmittel den Charakter der „Strafe“ habe, ist natürlich nebensächlich. Für die Konstruktion des Kriegs als Rechtsprozeß finden sich Belege bei *Lasson* a.a.O. S. 171.⁸⁷³

²⁾ Die Zukunft des Völkerrechts, in: Festschrift für *Binding*, I. Bd., 1911, S. 152.⁸⁷⁵

¹⁾ a.a.O. S. 11, 13.⁸⁷⁶

⁸⁷² *Ullmann*, Völkerrecht (Anm. 447), S. 25.

⁸⁷³ *Lasson*, Princip (Anm. 612), S. 171.

⁸⁷⁴ *Lassa* (Francis Lawrence) *Oppenheim* (1858–1919), deutsch-englischer Völkerrechtslehrer. 1885–1889 Privatdozent in Freiburg i. Br., 1889–1891 a. o. Prof. ebendort, ab 1891–1905 o. Prof. in Basel; ab 1902 Lecturer für Völkerrecht an der London School of Economics and Political Science, ab 1908 Whewell Professor of International Law in Cambridge. Er war Mitbegründer und bis zu Beginn des 1. Weltkriegs Mitherausgeber der „Zeitschrift für Völkerrecht“ und Mitglied des „Institut de Droit international“. Wichtige Werke: *International Law. A treatise*, 2 Bde., London 1905 und 1906 (2. Aufl., 2 Bde., London 1912, fortgeführt von verschiedenen Bearbeitern, zuletzt von Robert Jennings / Arthur Watts, 9. Aufl., 2 Bde., London 1992); *The Panama Canal Conflict*, Cambridge 1913; *The League of Nations and its Problems*, London 1919.

⁸⁷⁵ *Lassa Oppenheim*, Die Zukunft des Völkerrechts, in: Festschrift für Karl Binding zum 4. Juni 1911, Bd. 1, Leipzig 1911, S. 141–201 (152).

⁸⁷⁶ *Heilborn*, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 11, 13.

sagten ergibt sich das Fehlerhafte dieser Vorstellung von selbst. Für die juristische Erkenntnis gibt es keine andere „Macht“, keine andere „irdische Gewalt“, als die der Rechtsordnung. Wäre Rechtserzeugung und Rechtsdurchsetzung auch im Völkerrecht spezifischen Organen übertragen, so wären die einzelnen Staaten rechtlich dennoch keiner anderen Macht oder Gewalt unterworfen als der über ihnen vorausgesetzten Völkerrechtsordnung; so wie ja auch im Einzelstaate der Untertan vom Standpunkt juristischer Erkenntnis nicht den das Parlament bildenden, nicht den als Richter oder Verwaltungsbeamte fungierenden Menschen, sondern einzig und allein der Rechtsordnung unterworfen ist, als deren Werkzeuge, als deren Vermittler diese „obrigkeitlichen Personen“ nur in Betracht kommen. Wenn es mit der Souveränität des Einzelstaates unvereinbar sein soll, daß ein besonderes Exekutivorgan der Völkerrechtsgemeinschaft gegen den das Völkerrecht verletzenden Staat den völkerrechtlich gebotenen Zwang übt, warum sollte dann mit dieser Souveränität vereinbar sein, daß der verletzte Staat gegen den Verletzenden einen siegreichen Krieg führt und so einen Zwang ausübt, dessen Faktizität über allen Zweifeln steht und dessen Ausmaß weit über jenen Zwang hinausgehen kann, den die einzelstaatliche Rechtsordnung gegen ihre Untertanen anordnet, zumal wenn man zugeben muß, daß für eine juristische Beurteilung der Kriegshandlung diese nur als völkerrechtliche Exekution gelten kann. Wenn der harte Zwang eines verlorenen Krieges mit der Souveränität des Besiegten vereinbar ist – und welcher Völkerrechtsjurist würde dies in Zweifel ziehen? – dann ist unverständlich, was ein unter Umständen viel weniger weitgehender Zwangsakt der Souveränität anhaben kann, wenn er nicht vom Verletzten selbst, sondern von einer objektiven Instanz ausgeht, die nicht anders, ja noch viel offenkundiger als Organ der Gesamtheit fungiert. Gar dann, wenn solche Institution auf vertragsmäßig gesetzter Norm, also – wie die übliche juristische Fiktion in solchem Falle anzunehmen pflegt – auf dem eigenen Willen des Gezwungenen beruhen würde. Der Unterschied zwischen „organisiertem“ und nicht organisiertem Zwang kann doch so groß nicht sein. Und dennoch ist sicher, daß sich dabei die Souveränität *nicht* aufrecht halten läßt; aber nicht nur in dem einen, sondern auch in dem anderen Falle, und nicht, weil der Staat einem Zwange, sondern weil er einer Rechtsordnung unterworfen ist, die ihn – mittels Zwangsandrohung – verpflichtet.

Die Argumentation gegen die *civitas maxima* tritt häufig auch im Gewande jener bekannten Lehre auf, die zwischen Sozietät und Korporation, Gesellschaft und Autoritätsverband, Gemeinschaft und Gemeinwesen einen wesentlichen Unterschied behauptet. Nur der Einzelstaat, nicht aber der Staatenverband habe den Charakter einer Korporation, eines Autoritätsverbandes oder Gemeinwesens. Das Völkerrecht konstituiere nur eine Sozietät, eine *Staatengemeinschaft*, der eben darum juristische Persönlichkeit mangle. Es würde zu weit führen, hier die radi-

kalen Irrtümer der Korporations- und Sozietätstheorie prinzipiell aufzudecken. Es genügt, ihre Anwendung auf das Völkerrecht zu widerlegen, zumal sie hier im Wesen mit der eben dargestellten Theorie vom Unterschied des organisierten und nicht organisierten Verbands zusammenfällt. Von einem Gemeinwesen im Gegensatz zu einer bloßen Gemeinschaft will man nämlich dann sprechen, wenn in der Verbindung ein von dem Willen der einzelnen verschiedener, von ihnen unabhängiger und zu ihnen möglicherweise in Widerspruch tretender Gemeinwille besteht, während eine bloße Gemeinschaft vorliegt, wenn die Verbindung keinen von dem Willen aller Verbundenen verschiedenen Willen und somit auch keine selbständige Persönlichkeit hat¹⁾. In dem selbständigen „Willen“ des Gemeinwesens erblickt man auch die über dem einzelnen errichtete und der Gemeinschaft fehlende „Herrschaft“, weshalb man auch von einem Herrschafts- oder Autoritätsverband spricht. Einen solchen „Gemeinwillen“ über den Einzelstaaten wäre man erst dann geneigt anzunehmen, wenn die Völkerrechtsgemeinschaft besondere Rechtserzeugungs- und Durchsetzungsorgane, ein Weltparlament oder ein Weltgericht aufwies. So schließt z. B. *Liszt* – in dieser speziellen Frage allerdings im Widerspruch zu *Heilborn* und der ganzen herrschenden Lehre – aus der Institution der Fluß- und Sanitätskommissionen, insbesondere aber aus der Bestimmung des Haager Abkommens betr. Errichtung eines internationalen Prisengerichtshofes⁸⁷⁸ auf die Tendenz der Völkerrechtsordnung, aus einer bloßen Sozietät zu einer Korporation zu werden, und erklärt: „Ein Staatenverband, der ein über den nationalen Staaten stehendes Weltgericht einsetzt, der hat Anspruch darauf, nicht bloß als eine Gemeinschaft, sondern als ein Gemeinwesen, nicht bloß als ein Personenverband, sondern als eine Verbandspersönlichkeit von den Juristen konstruiert zu werden“²⁾. | Und *Huber* sagt: „Daß die sogenannte Staatengemeinschaft, die Gesamtheit der das Völkerrecht anerkennenden Staaten nicht als Gemeinwesen betrachtet werden kann, wenn man nicht etwa der Gemeinschaft der Großmächte eine *Herrschaft* über die übrigen Staaten zuschreiben will, steht wohl außer Zweifel. Aber auch die bestehenden Unionen, zu denen diejenige betreffend das Prisengericht gehört und diejenige für die *cour de justice*

¹⁾ Vgl. statt vieler *Huber* a.a.O. S. 112 und *Heilborn* a.a.O. S. 33 ff.⁸⁷⁷

²⁾ Das Wesen des völkerrechtlichen Staatenverbandes und der internationale Prisenhof, Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Gierke III. Bd., | 1910, S. 44.⁸⁷⁹ *Liszt* fügt hinzu: „Passt zu dieser Konstruktion der alte überlieferte Souveränitätsbegriff nicht mehr, dann muß er eben abgeändert werden“. Das ist eine sehr bedeutsame Verschiebung seines im „Völkerrecht“ vertretenen Standpunktes!

⁸⁷⁷ *Huber*, Gleichheit (Anm. 814), S. 112; *Heilborn*, Grundbegriffe (Anm. 350), S. 33–35.

⁸⁷⁸ Convention [XII] relative à l'Établissement d'une Cour Internationale de Prises (Den Haag, 18. Oktober 1907), abgedruckt in: Final Act of the Second Peace Conference, held at The Hague in 1907 and Conventions and Declaration annexed thereto (Cd 4175, 1908), London 1908, S. 101–116.

⁸⁷⁹ *Liszt*, Staatsverband (Anm. 383), S. 44 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

arbitrale gehören würde, stellen keine Gemeinwesen dar ... Es ist nicht der Zweck dieser Unionen, einen auf irgendwelche Weise gebildeten Kollektivwillen dem Willen der einzelnen Staaten gegenüberzustellen. Das internationale Prisengericht z. B. fungiert nicht als Organ der gesamten an der Konvention beteiligten Staaten, sondern lediglich als Gericht für die in jedem einzelnen Falle berechtigten und verpflichteten Staaten⁽¹⁾.

Man pflegt das juristische Wesen bloßer Sozietät in ihrem *Vertrags*charakter am prägnantesten ausgedrückt zu finden; und die sozietäre, eine *civitas maxima* gänzlich ausschließende Natur des Völkerrechts kommt in keinem anderen Satze schärfer zum Ausdruck als in dem *Lisztschen* Paradoxon: das Völkerrecht ist Vertrag.⁸⁸⁰ Tatsächlich scheint der Vertrag das Urbild einer Rechtsverbindung, einer Spezialrechtsordnung zu sein, die keinen anderen Willen als den der verpflichteten Parteien kennt, in der es nichts gibt, was einem über den Einzelwillen stehenden, von diesen verschiedenen oder gar ihnen entgegengesetzten Gesamtwillen, einer von der *volonté de tous* differierenden *volonté générale* auch nur ähnlich sieht. Doch dieser Schein trügt! Nur oberflächliche Betrachtung kann den Einzelwillen der vertragschließenden, den Vertragstatbestand setzenden Subjekte die rechtserzeugende Kraft *letzten Endes* zusprechen. Diese ruht in der über den Parteien stehenden, von ihrem Willen gänzlich unabhängigen Vertragsrechtsnorm. Wäre dem anders, wie käme es sonst, daß nach Abschluß des Vertrages die einseitige Aenderung des „Willens“ einer der vertragschließenden Parteien keineswegs eine Aenderung des Vertrages, d. h. der an den Vertragstatbestand geknüpften Pflichten und Rechte herbeiführen kann? Tritt hier nicht der Vertrag als ein von den Einzelwillen der Parteien verschiedener, zu diesen – falls sie sich in anderer als der vom objektiven Recht vorgeschriebenen Weise ändern – in Widerspruch tretender, höherer | 270 | „Wille“ entgegen? Freilich ist dieser „Wille“ etwas anderes als der psychologische Akt, der den rechtlichen Tatbestand bildet; so wie ja die auch als „Wille“ bezeichnete Rechtsordnung kein psychischer Wille ist. Dieser objektive Vertragswille ist eben selbst eine Rechtsordnung, eine Teilrechtsordnung, deren objektive Geltung aus der Gesamtrechtsordnung stammt, deren Teil sie ist. Die Objektivität dieser Geltung aber ist es, die die Vertragsordnung als einen von den Willen der Parteien verschiedenen Willen vorzustellen und darum diesen „Vertrag“ ebenso zu personifizieren, d. h. als Person zu veranschaulichen, demnach als ein Gemeinwesen anzusprechen erlaubt, wie einen – auch nur vertragsmäßig entstandenen – Verein.

Die Vorstellung eines *Gemeinwesens* zum Unterschied von bloßer *Gemeinschaft*, die Vorstellung einer Ordnung als selbständiges *Wesen* ist nichts anderes als eine veranschaulichende Personifikation, in der die Objektivität der Ordnungsgeltung sinnfälligen Ausdruck erhält. Diese Vorstellung ist im Bereiche des Rechtes

¹⁾ a. a. O. S. 113.⁸⁸⁰

⁸⁸⁰ Huber, Gleichheit (Anm. 814), S. 112f. – Hervorhebung von Kelsen.

⁸⁸¹ Vgl. Liszt, Völkerrecht (Anm. 523), S. 6.

identisch mit der Vorstellung der Ordnung als einer juristischen Person, als eines Rechtssubjektes. Die Frage kann hier dahingestellt bleiben, warum die Rechtstheorie nicht *jede* Teilrechtsordnung zu personifizieren geneigt ist – die vulgäre Rechtssprache (der Ursprung des ganzen Personifikationsproblems) macht solche Unterschiede nicht; es genügt festzustellen, daß nicht, wie die Sozietäts- und Korporationstheorie behauptet, grundsätzliche Unterschiede aufzufinden sind, sondern daß es sich lediglich um verschiedene Grade des Veranschaulichungs-, Vereinfachungsbedürfnisses handelt. Dies aber kann jedenfalls als gesichertes Resultat dieser Untersuchung behauptet werden: Daß die Frage, ob der Staatenverband des Völkerrechts ein Gemeinwesen sei – soferne dies von der Existenz eines von den Willen der Einzelstaaten verschiedenen, einheitlichen Gesamtwillens abhängt – zu bejahen ist ohne Rücksicht darauf, ob die Völkerrechtsgemeinschaft eine organisierte oder eine nicht organisierte Ordnung ist und ob die besonderen Organe der Legislative oder Exekutive sich unmittelbar aus Einzelmenschen zusammensetzen, ob ein spezieller Staat oder ein Kollegium bestimmter Staaten als Rechtserzeugungs- oder Durchsetzungsorgan fungiert. Gewiß mag die Vorstellung eines von den Willen der einzelnen verschiedenen „Willens“ *näher* liegen, wenn dieser „Wille“ nicht in dem Zusammenwirken aller erzeugt wird, sondern wenn ein einzelner oder nur ein Teil der Rechtsunterworfenen zur Erzeugung dieses „Willens“ delegiert ist. Allein diese „Erzeugung“ ist nicht maßgebend. Ob der zur Fortbildung oder Durchsetzung der Ordnung erforderliche „Wille“ verfassungsmäßig durch den Beschluß der *Mehrheit* gebildet wird oder ob ein einstimmiger Beschluß erforderlich ist (*Vertragsprinzip*), stets kann der *empirische* Wille des einzelnen in Widerspruch zu dem maßgebenden Rechtswillen geraten. Nie ist der Rechtsunterworfenen an den *eigenen* psychischen Willen, sondern an den übergeordneten Rechtswillen gebunden und diese rechtliche Bindung kann nicht *faktische* Willensänderung des einzelnen verhindern, selbst wenn dieser an der Bildung des Rechtswillens mit einer zustimmenden Willensäußerung beteiligt war. |271

Die Hinfälligkeit des ganzen Gegensatzes von Gemeinschaft und Gemeinwesen in seiner Anwendung auf den Staatenverband zeigt sich auch darin, daß jede organische Institution eines arbeitsteilig funktionierenden Gesetzgebers oder -vollziehers nach der geltenden Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft nur durch vertragsmäßige Satzung geschaffen werden, daß aber ein Vertrag jeden beliebigen Inhalt aufnehmen kann. Bleibt die Betrachtung an der Oberfläche dieses Vertragsstatbestandes haften, dann ist der Schein bloßer Gemeinschaft, bloßer Sozietät gegeben. Geht man aber auf den eventuellen Inhalt des Vertrages ein, dann zeigt sich – falls etwa ein internationales Gericht, das mit Mehrheitsbeschluß zu judizieren hat, vereinbart wird – der herrschenden Lehre das Bild eines Gemeinwesens mit selbständigem Willen und juristischer Persönlichkeit. Je nachdem ob man sein Augenmerk auf das eine oder andere Moment dieses doch offenbar zusammengehörigen Rechtskomplexes richtet, ändert sich die prinzipielle Konstruktion. So erklärt sich, daß das internationale Prisengericht von *Liszt* als Symptom für die

Existenz eines Gemeinwesens, von *Huber* aber als Beweis für den Gemeinschaftscharakter genommen wird.⁸⁸² Was speziell *Huber* vom Prisengericht sagt, daß es lediglich als Gericht für die in jedem einzelnen Falle berechtigten und verpflichteten Staaten fungiere, das könnte man natürlich auch von jedem innerstaatlichen Gerichte sagen und zwar keineswegs bloß etwa von einem innerstaatlichen Schiedsgericht. Wenn letzteres ebenso wie das in engerem Sinn staatliche Gericht als Organ der Gesamtheit gelten kann und muß, so liegt das daran, daß es ebenso wie das andere durch die einheitliche einzelstaatliche Rechtsordnung eingesetzt ist. Das ist die juristisch entscheidende Beziehung. Der rechtsinhaltliche Unterschied in der Art der Einsetzung beider Gerichte ist von untergeordneter Bedeutung; wesentlich ist, weil allein für den Rechtscharakter maßgebend, die Beziehung auf dieselbe Einheit. Und diese Beziehung auf die Einheit der Rechtsordnung, das Verhältnis zu dem einen Bestandteil des objektiven Völkerrechts, der die Staatengemeinschaft konstituierenden Völkerrechtsordnung bildenden Vertragsrechtssätze zwingt, auch den | Prisengerichtshof, zwingt, jede vertragsmäßig eingesetzte Institution als Organ des gesamten Gemeinwesens aufzufassen, auch wenn diese Institution nur einen territorial oder personal beschränkten Wirkungskreis hat.

Huber führt auch die rechtliche *Gleichheit der Staaten* gegen die Entwicklung der Völkerrechtsgemeinschaft zu einem Gemeinwesen, d. h. zum Weltstaat an. „... das gemeine Recht ist wie die ganze Staatengemeinschaft von Hause aus auf die *Gleichheit* begründet. Wenn dieses Prinzip angefochten wird, so rührt dies daher, daß in das heutige Völkerrecht Elemente eingeführt werden sollen, die einer dritten vom revolutionären Pazifismus postulierten Phase der Völkerrechtsentwicklung angehören würden, der zum Gemeinwesen gesteigerten Staatengemeinschaft.“ Da hier ein Gegensatz von Einzelwillen und Gemeinwille möglich sei, dränge der Gemeinwille zur Entwicklung eines Zwangsapparates. Dies bedeute Verlust der Gleichheit für die schwächeren Mitglieder. Eine solche Entwicklung liege überdies „gänzlich jenseits der Entwicklungsmöglichkeiten der universellen Staatengemeinschaft“¹⁾. Und *Oppenheim* bemerkt: „Jede Organisation der Staaten-gemeinschaft muß ausgehen von der vollen Souveränität und absoluten Gleichheit der Staaten und muß diese charakteristischen Eigenschaften intakt erhalten. Darum kann keine Rede sein von einer politischen Zentralgewalt, welche über den einzelnen Staaten stünde und darum muß die Organisation eine solche sui generis sein und kann nicht nach dem Muster staatlicher Organisation sich gestalten“²⁾. Daß die Bildung arbeitsteiliger Organe innerhalb der Völkerrechtsgemeinschaft ebenso die Gefahr *faktischen* Machtmißbrauches und daher *faktischer* Unterdrückung des einen Subjekts durch die anderen ganz ebenso herbeiführen kann wie

|272 |¹⁾ a. a. O. S. 116.⁸⁸³

²⁾ a. a. O. S. 156.⁸⁸⁴

⁸⁸² Vgl. *Liszt*, Staatsverband (Anm. 383), S. 42; *Huber*, Gleichheit (Anm. 814), S. 113.

⁸⁸³ Zwei Zitate: *Huber*, Gleichheit (Anm. 814), S. 116 – Hervorhebung von Kelsen.

⁸⁸⁴ *L. Oppenheim*, Zukunft (Anm. 875), S. 156.

dies bei der einzelstaatlichen Gemeinschaft der Fall ist, soll keineswegs geleugnet werden. Kann aber vielleicht die *faktische* Gleichheit der Staaten behauptet und die faktische Vergewaltigung kleiner Staaten durch die Großmächte in Abrede gestellt, kann ernstlich das Prinzip der Gleichheit der Staaten als eine Regel sozialen Seins angesehen werden? Als Rechtsprinzip aber droht ihm durch die Ausbildung von Zentralorganen keinerlei Gefahr. Wird die rechtliche Gleichheit aller Staatsbürger etwa durch das Wesen der staatlichen Organisation aufgehoben oder nicht vielmehr gerade durch diese Organisation garantiert?

Diese Art von Beweisführung gegen den Weltstaat, die darzutun versucht, daß nicht nur die Gleichheit der Staaten, sondern auch ihre Freiheit, d. h. ihre Souveränität, mit einer *civitas maxima* unvereinbar sei, muß umso problematischer |273 erscheinen, wenn man feststellt, daß sie gelegentlich auch zu einem entgegengesetzten Ziele hinführt. Die Völkerrechtstheorie der französischen Revolution hat unter dem Einfluß der Rechtsphilosophie *Rousseaus*⁸⁸⁵ gerade aus der Souveränität der Staaten die über ihnen stehende, sie alle verbindende *Weltrepublik* deduziert. So hatte ja *Rousseau* auf der Freiheit, der Souveränität des Individuums den Staat zu begründen versucht; der Gesellschaftsvertrag bot hiezu das konstruktive Mittel.⁸⁸⁶ (Im Grunde ist ja die heute herrschende Anerkennungstheorie nichts anderes als die Begründung der Staatengemeinschaft auf dem *contrat social*, den die Staaten als Individuen miteinander schließen.) In der berühmten *Rousseauschen* Fiktion der *volonté générale*, die ja nur der Ausdruck für die objektive Geltung der staatlichen Rechtsordnung ist, wurde freilich die „Freiheit“ der Individuen wieder aufgehoben. Der zur Weltrepublik führende Gedankengang aber war ungefähr der¹⁾: Das sozusagen a priori gültige Prinzip der Souveränität (analog der angeborenen Freiheit der Menschen) bedeutet, daß der Staat eine freie Persönlichkeit sei. Also darf ihm niemand – auch kein anderer Staat – Gewalt antun. Folgt aus der Souveränität: die *Verpflichtung* jedes Staates, den andern unter gewissen Bedingungen zu respektieren; also: aus der Freiheit die Gebundenheit! Da der einzelne Staat nicht imstande ist, seine Souveränität allein zu wahren, gilt es, dieses *solidarische* Interesse aller Staaten durch den *Völkerbund*, durch die universelle Republik zu garantieren. So leitet man auf dem Wege angeblich logisch-juristischer Schlüsse aus der Souveränität – deren Aufhebung ab!

¹⁾ Vgl. dazu *Redslob*, Das Problem des Völkerrechts, 1917, S. 219 ff.⁸⁸⁷

|273

⁸⁸⁵ Jean-Jacques Rousseau (1712–1778), schweizerisch-französischer Philosoph, Schriftsteller und Staatstheoretiker. Wichtige Werke: *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Amsterdam 1755; *Julie ou la Nouvelle Héloïse*, Genf 1761 (2. Aufl., Paris 1776); *Du contrat social; ou principes du droit politique*, Amsterdam 1762 (2. Aufl., Genf 1766); *Émile, ou de l'Éducation*, Amsterdam 1762.

⁸⁸⁶ Vgl. *Jean-Jacques Rousseau*, *Du contrat social; ou principes du droit politique*, Amsterdam 1762.

⁸⁸⁷ *Robert Redslob*, Das Problem des Völkerrechts. Eine Studie über den Fortschritt der Nationen zu einem universellen Staatensystem, das die Geltung des Völkerrechts verbürgt, Leipzig 1917, S. 217–228.

Deutlich tritt bei den „juristischen“ Argumentationen gegen die *civitas maxima* die Vertauschung des juristischen mit einem politischen Gesichtspunkt hervor. Nicht so sehr das rechtliche Wesen der Staatengemeinschaft klarzustellen, ist das Ziel, sondern gegen die Bildung von Völkerrechtssätzen bestimmten Inhalts, gegen eine gewisse materielle Entwicklung des Völkerrechts Stellung zu nehmen. Die Freiheit und Gleichheit der Staaten steht angeblich auf dem Spiel. Der Weltstaat sei, wie *Oppenheim* sagt, zwar physisch möglich, aber „in keiner Form praktisch brauchbar und erwünscht“, weil er „Tod anstatt Leben bringen würde“²⁾. Und in diesem Punkt treffen sich selbst Vertreter des Primates der Völkerrechtsordnung mit Leugnern des Völkerrechts wie *Lasson*: „Eine Rechtsordnung mit zwingender Gewalt wäre selbst ein Staat und die ihr unterworfenen Staaten wären nun vielmehr keine Staaten mehr, sondern Untertanen. | Statt der vielen Staaten hätten wir somit einen Universalstaat, und der kann und soll doch nicht sein. Mit ihm verschwände alle Freiheit von der Erde und für das Menschengeschlecht bliebe nichts anderes übrig als die gemeinsame Fäulnis und Verwesung in dem für alle gleichen Verderben“¹⁾. Nur weil solche politische Postulate, deren Wert hier nicht zur Diskussion steht, mit rechtstheoretischen Argumenten gestützt werden, muß mit Nachdruck immer wieder hervorgehoben werden, daß die Rechtsnatur der Staatengemeinschaft durch keine wie immer geartete inhaltliche Entwicklung eine Wesensänderung erfahren kann. Von dem Standpunkt rein juristischer Betrachtung aus kann die Völkerrechtsordnung, soferne ihre Normen im Wege Rechtens sich ändern, nichts werden, was sie nicht schon ist. Nicht irgendeinem politischen Glaubensbekenntnis zuliebe oder zuleide, sondern nur um einem argen Mißbrauch der Rechtswissenschaft zu begegnen, um ihre Reinheit und damit ihre Ehre zu wahren, sei als Ergebnis dieser Untersuchungen festgestellt, daß die Völkerrechtsordnung ohne die geringste Gefährdung ihres Wesens auch eine „organisierte“ Gemeinschaft, ein „Staat“ in jedem zulässigen Sinne dieses Wortes werden kann. Sie würde damit nichts wesentlich anderes als sie schon ist, sofern nur an dem schon in der heutigen Völkerrechtswissenschaft mächtig wirksamen Gedanken ihres Primates festgehalten wird. Historisch war dieser Gedanke schon lebendig noch bevor es eine Theorie des Völkerrechts gegeben hat: in der Idee des *imperium Romanum* während des ganzen Mittelalters und zu Beginn der Neuzeit. Erst mit dem Durchbruch des Souveränitätsdogmas wird der Weltstaat und mit ihm das Völkerrecht zum Problem. Und nun beginnt eine Völkerrechtswissenschaft die durch das Souveränitätsdogma zerstörte Idee einer die Einzelstaaten umfassenden universellen Rechts- oder Staatsordnung allmählich wieder aufzubauen.

²⁾ a. a. O. S. 153,⁸⁸⁸

|274 |¹⁾ a. a. O. S. 23,⁸⁸⁹ *Lasson* stellt (S. 119)⁸⁹⁰ auch verschiedene Äußerungen gegen den Universalstaat zusammen.

⁸⁸⁸ *L. Oppenheim*, *Zukunft* (Anm. 875), S. 153.

⁸⁸⁹ *Lasson*, *Princip* (Anm. 612), S. 23.

⁸⁹⁰ *Lasson*, *Princip* (Anm. 612), S. 119–122.

Zehntes Kapitel.

Die Theorie der Staatenverbindungen.

§ 56. *Das Wesen der Staatenverbindung.*

Das Verhältnis der civitas maxima zu den sie bildenden Einzelstaaten, der Völkerrechtsordnung zu den einzelstaatlichen Rechtsordnungen wiederholt sich in dem Verhältnis des Bundesstaates zu seinen | Gliedstaaten, des Staatenbundes zu den | 275 von ihm verbundenen Einzelstaaten. Auch das Problem des Bundesstaats sowie überhaupt die Lehre von den sog. Staatenverbindungen erwächst aus dem Souveränitätsdogma. Darum soll hier auch diese Lehre unter dem Gesichtspunkt einer reinen Rechtstheorie – allerdings nur in ihren Grundzügen – erörtert werden.

Die Lehre von den Staatenverbindungen geht durchwegs von der Vorstellung einer Vielheit wenigstens grundsätzlich gleichgeordneter Staaten aus, die unter einer sie alle gleichermaßen verpflichtenden und daher – in des Wortes nur scheinbar doppelten Bedeutung – *verbindenden* Rechtsordnung stehen¹⁾. Ohne die Hypothese vom Primat der Völkerrechtsordnung ist diese Lehre – so wie sie in der Literatur ganz allgemein vorgetragen wird – nicht möglich. Daß Staaten auch in einem Ueber- und Unterordnungsverhältnis stehen können, wird zwar mitunter in gewissen Staatenverbindungen angenommen²⁾; aber gerade solche Besonderheit wird stets nur unter der Voraussetzung einer allgemeinen Gleichordnung behauptet. Natürlich ließe sich auch vom Standpunkt eines Primates der einzelstaatlichen

¹⁾ Vgl. dazu *Brie*⁸⁹¹, Theorie der Staatenverbindungen, 1886, S. 17.⁸⁹²

²⁾ *Brie* a. a. O. S. 24 ff.⁸⁹³ unterscheidet: Staatenverbindungen nebengeordneter Glieder ohne jede Unterordnung: die nicht organisierten Staatenverbindungen; Staatenverbindungen, deren Glieder einander zwar nebengeordnet, aber einer höheren Gesamtgewalt unter[ge]ordnet sind: so organisierte Verbindungen wie Staatenbund und Bundesstaat; und Staatenverbindungen, deren Glieder untereinander im Verhältnis von Ueber- und Unterordnung stehen: so einseitige Abhängigkeitsverhältnisse wie z. B. Souveränität. Daß es eine Verbindung von koordinierten Staaten ohne Unterordnung unter eine „höhere Gesamtgewalt“, nämlich die der universalen Völkerrechts- oder einer völkerrechtlichen Teilordnung, nicht gibt – und daß *juristisch* eine andere „Gewalt“ nicht in Betracht kommt, wird noch zu zeigen sein.⁸⁹⁴ Bei den einseitigen Abhängigkeitsverhältnissen ist es sehr fraglich, ob noch von zwei „Staaten“ die Rede sein kann. Das abhängige Gemeinwesen, das der „Gewalt“ eines Staates unterworfen ist, kann jedenfalls nicht mehr in demselben Sinne als „Staat“ bezeichnet werden wie das herrschende, Gewalt ausübende.

⁸⁹¹ Siegfried Brie (1838–1931), Staats- und Kirchenrechtslehrer. 1866 Habilitation in Heidelberg, 1869 a. o. Prof. ebendort, ab 1874 o. Prof. in Rostock, 1878–1921 o. Prof. in Breslau (1890/1891 Rektor). Ab 1898 Hrsg. der „Abhandlungen aus dem Staats- und Verwaltungsrecht“. Wichtige Werke: Der Bundesstaat, Leipzig 1874; Theorie der Staatenverbindungen, Stuttgart 1886; Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, Breslau 1899.

⁸⁹² *Siegfried Brie*, Theorie der Staatenverbindungen. Festschrift zur fünfhundertjährigen Jubelfeier der Universität Heidelberg im Namen und Auftrage der Universität Breslau, Stuttgart 1886, S. 17–21.

⁸⁹³ *Brie*, Staatenverbindungen (Anm. 892), S. 24 f.

⁸⁹⁴ Vgl. unten S. 541 f.

Rechtsordnung eine Theorie von „Staaten“-Verbindungen konstruieren; allein mit dem wesentlichen Unterschiede, daß es sich dabei nur um die Verbindung des eigenen Staates mit andern, diesem Staate nicht gleichgeordneten, d. h. nicht in der gleichen Schichte der Rechtskonkretisation stehenden Gemeinwesen handeln kann, „Verbindungen“ von der Art, wie sie zwischen Staat und Gemeinden, Staat und autonomen Provinzen usw. bestehen. Da nicht an rechts*inhaltliche*, sondern an rein formalrechtliche Beziehungen gedacht ist, macht es keinen wesentlichen Unterschied, daß die vom Standpunkt des Primates der eigenstaatlichen Ordnung | noch als „Staaten“ bezeichneten, aber nur kraft „Anerkennung“, Delegation durch den eigenen Staat gültigen Ordnungen (juristisch existenten Gemeinwesen), hinsichtlich ihrer inhaltlichen Fortbildung und Durchsetzung „unabhängig“, d. h. auf Organe gewiesen sind, die *unmittelbar* nur durch die eigene (Teil-)Ordnung, durch die anerkannte, delegierte Ordnung selbst bestimmt werden. Gerade daraus, daß die zweifellos bestehenden Verbindungen zwischen dem Staat und seinen Gemeinden usw. nicht als „Verbindungen“ bezeichnet werden, kann man sehen, daß eine Konstruktion, die den eigenen Staat – als Ausgangs- und Mittelpunkt juristischer Erkenntnis – zur Universalordnung macht und so die anderen Staaten in die Stellung von Teilordnungen drängt, einen Begriff von „Staatenverbindungen“ schafft, der mit dem der herrschenden Lehre gänzlich unvereinbar ist. Deren Begriff würde durch eine konsequent durchgeführte staatsrechtliche Konstruktion des Völkerrechts um seinen innersten Sinn gebracht werden.

Der *Rechts*begriff einer Staatenverbindung besagt, daß als Staaten bezeichnete Gemeinwesen in einer rechtlichen Verbindung stehen; und das bedeutet nichts anderes, als daß solche Gemeinwesen – selbst nur Ordnungspersonifikationen – durch eine höhere Rechtsordnung zu einer Einheit konstituiert werden; dabei kann diese höhere Rechtsordnung die Universalrechtsordnung des Völkerrechts sein und die *allgemeine* Verbindung aller Staaten der Völkerrechtsgemeinschaft konstituieren; oder aber eine kraft der Völkerrechtsordnung gültige Teil- oder Spezialrechtsordnung konstituiert eine *besondere* Verbindung nur zwischen gewissen Staaten. Stets muß natürlich die juristisch entscheidende Beziehung zur Völkerrechtsordnung als dem letzten „Quell“, dem obersten Prinzip, der höchsten Rechtsordnung, aus der die „verbindende“ Kraft der Teilrechtsordnung stammt, theoretisch aufrechterhalten werden.

Wenn das Wesen einer rechtlichen Verbindung in der gegenseitigen Verpflichtung und Berechtigung zweier oder mehrerer Personen (Rechtssubjekte) behauptet wird, so ist damit nur die subjektive Kehrseite des soeben vom Standpunkt des objektiven Rechtes charakterisierten Verhältnisses dargestellt. Eine Rechtsordnung ist ein System von Normen, und Normen in ihrer individuellen Erscheinung sind Pflichten und Berechtigungen. Gerade die Auffassung einer rechtlichen *Verbindung* von Personen als gegenseitige *Verpflichtung* (eine Berechtigung ohne Verpflichtung ist undenkbar) zeigt besonders deutlich, daß die „Verbindung“ juristisch in gar nichts anderem als in der Normierung besteht, daß Rechtsverbind-

lichkeit und Rechtsverbindung dasselbe sind. Indem jemand | durch eine Rechtsordnung „verbunden“ wird, ist er auch mit allen anderen rechtlich „verbunden“, die unter derselben Rechtsordnung stehen. |277

Die Lehre von den *Staatenverbindungen* beschäftigt sich mit rechtlichen Formen der Assoziation ganz bestimmter *Personen*, d. h. Personifikationen von Teilordnungen auf einer ganz bestimmten Stufe des Rechts. Eine rein juristische Theorie der *innerstaatlichen* Assoziationsformen, eine Theorie des Gesellschafts- und Korporationsrechts müßte, im Grunde genommen, alles Wesentliche bereits beigebracht haben. Die Analogie zwischen der „Verbindung“ von Staaten und der rechtlichen Vergesellschaftung von physischen Personen findet auch an keiner Wesensverschiedenheit der Subjekte eine Grenze. Denn zwischen den sog. physischen und den – mit Unrecht allein so benannten – juristischen Personen besteht keine relevante Differenz, indem – wie bereits früher hervorgehoben⁸⁹⁵ – auch die ersteren nur Personifikationen einer Teil-Rechtsordnung darstellen. So wie die Völkerrechtsordnung die allgemeine Staatenverbindung, ist der Staat vom Standpunkt des innerstaatlichen Rechtes die allgemeine Verbindung der physischen Personen oder – unter einem anderen Gesichtspunkt – der Menschen, deren Verhalten den Inhalt seiner Normen bildet. Und so wie bei dem Begriff der Staatenverbindung stets nur an bestimmte, durch spezielle Teilrechtsordnungen konstituierte, besondere Staatenverbindungen gedacht wird, so läßt man in der Lehre von den innerstaatlichen Rechtsverbindungen der Gesellschafts- und Korporationstheorie gerade den Staat selbst als die oberste und allgemeine Verbindung aus dem Auge. Und doch wäre der stete Bezug von der Teilrechtsordnung auf die Gesamtrechtsordnung für die systematische Erkenntnis der Gesellschafts- und Korporationsprobleme von größter Bedeutung; vor allem wäre der durchgängige Zusammenhang der privatrechtlichen Assoziationstheorie mit der völkerrechtlichen Lehre von den Staatenverbindungen hergestellt.

§ 57. Einteilung der Staatenverbindungen nach ihrer Entstehung.

Die besonderen Staatenverbindungen, die durch spezielle Teilrechtsordnungen zwischen gewissen Staaten hergestellt werden, unterscheiden sich voneinander entweder durch ihren Inhalt oder durch die Art ihrer Entstehung. Von einem politischen, insbesondere einem wirtschaftlichen oder organisationstechnischen Gesichtspunkt aus kann man typische Inhalte jener Teilrechtsordnungen | unterscheiden und die Staatenverbindungen nach diesem Kriterium einteilen. |278
Insbesondere kann man sonach organisierte und nicht organisierte Verbindungen auseinanderhalten, je nachdem die Teilordnung arbeitsteilig funktionierende Organe zu ihrer Fortbildung und Durchsetzung (Anwendung) einsetzt oder nicht. Man kann aber auch die rechtslogische Dynamik ins Auge fassen und die Art und Weise, wie eine besondere Staatenverbindung auf Grund der allgemeinen Verfas-

⁸⁹⁵ Vgl. oben S. 291–293.

sung zustandekommt, als Unterscheidungsmerkmal verwenden. Für die innerstaatlichen Verbindungen – die *Gesellschaften* und *Korporationen* – pflegt man zwei Grundformen zu unterscheiden: Gesetz und Rechtsgeschäft – speziell: Vertrag. Im ersten Fall wird die Assoziation unmittelbar durch das Gesetz und somit durch den einseitigen „Willen“ des Staates geschaffen; im zweiten Falle wirken die zu verbindenden Subjekte an der Entstehung der Assoziation, der Teilrechtsordnung mit, indem ihr übereinstimmender Wille als Bedingung für die Bildung der Gesellschaft oder Korporation gesetzt ist. Der Gegensatz von Gesetz und Rechtsgeschäft ist hier ein anderer als der von Rechtserzeugung und Rechtsanwendung, der sonst zugrunde gelegt wird¹⁾. Nunmehr wird das Rechtsgeschäft selbst unter dem Gesichtspunkt der Rechtserzeugung betrachtet und gegenüber dem Gesetze insofern unterschieden, als nur bei jenem, nicht aber bei diesem die Entstehung des Rechtes an einen gleichinhaltlichen Willen der zu verpflichtenden, zu verbindenden Subjekte geknüpft ist. Im Rechtsgeschäft erfolgt die – allerdings nur auf Grund des generellen, abstrakten Gesetzes mögliche – individuelle konkrete Bindung der Subjekte *nur* mit deren Willen, im Gesetze die generelle abstrakte – erst durch das Rechtsgeschäft konkret, individuell zu erfüllende – Bindung der Subjekte *ohne* deren Willen. Selbstverständlich darf diese *Entstehung* des Rechtes nicht mit seiner Geltung verwechselt werden. Der physische Willensakt der Menschen ist im Rechtsgeschäft zwar die *conditio sine qua non*, nicht aber eine *conditio per quam* für die Geltung des Rechtes, das seinen Inhalt – zum Teil – aus diesen Willensakten erhält (zum andern Teil ist es durch das Gesetz bestimmt; das Rechtsgeschäft kann ja nur den durch das Gesetz gesteckten Rahmen ausfüllen und ist darum bloße *Rechtsanwendung*). Darum bleibt die Geltung des Rechtes auch dann eine objektive, wenn sein Inhalt der gleiche ist wie der Wille der unterworfenen Subjekte im Augenblick der Entstehung (seiner letzten Konkretisierung). Indes ist auch unter diesem Gesichtspunkte der Gegensatz zwischen Gesetz und Rechtsgeschäft nur ein relativer. | Denn auch der Gesetzgebungsakt ist nach der *Verfassung* ein Tatbestand, bei welchem mehr oder weniger der Wille der durch das Gesetz zu Verpflichtenden – der „Wille des Volkes“ – dem Rechte auf der Stufe des Gesetzes den Inhalt gibt. Der *generellen* Form des Rechtes entspricht im Entstehungsprozeß der Wille des Volkes, d. h. der *Allgemeinheit*. In der unmittelbaren Demokratie ist dies am sinnfälligsten. Aber auch in der repräsentativen Demokratie ist es grundsätzlich nicht anders, da ja das Parlament nur als Vertreter des Volkes fungiert. Und auch in der Autokratie muß – für eine *organische* Anschauung – der gesetzgebende Monarch als Organ, d. h. als Repräsentant des Volkes, der durch das Gesetz zu verpflichtenden Menschen angesehen werden, und wird ja auch als solcher angesehen¹⁾.

|278 |¹⁾ Vgl. dazu oben S. 118 f. ⁸⁹⁶

|279 |¹⁾ Der individuelle Verwaltungsakt steht – soferne er ein auf dem generellen Gesetz beruhender

⁸⁹⁶ Vgl. oben S. 381 f.

Da das Völkerrecht die Rechtsform des Gesetzes nicht aufweist, oder mit anderen Worten: da die Völkerrechtsordnung kein Gesetzgebungsorgan geschaffen hat, sondern die Fortbildung des Rechts hier nur durch Rechtsgeschäft (Vertrag) möglich ist, (von der Gewohnheit darf in diesem Zusammenhange abgesehen werden) muß für diesen Bereich, somit für alle *Staatenverbindungen* das Gesetz als Entstehungsgrund und Unterscheidungsmerkmal ausfallen. Innerhalb der staatlichen Rechtsordnung kann man zwischen einer Gemeinde, die unmittelbar durch das Gesetz geschaffen wird, und einer Gesellschaft m. b. H., die durch Vertrag entsteht, unterscheiden. Eine Verbindung von *Staaten* ist nach dem ersteren | Typus nicht möglich, solange es kein spezifisches völkerrechtliches Gesetzgebungsorgan gibt. |280

§ 58. *Staatenbund und Bundesstaat.*

Das Rechtsgeschäft, genauer: der *Vertrag* wird jedoch von der herrschenden Lehre keineswegs als der einzige Entstehungsgrund von Staatenverbindungen anerkannt. Vielmehr macht man gerade den Gegensatz von Gesetz und Vertrag zu einem Haupteinteilungsgrund der Staatenverbindungen, insbesondere legt man dieses Kriterium der prinzipiellen Unterscheidung zwischen Staatenbund und Bundesstaat zugrunde, in der ja die ganze Lehre von den Staatenverbindungen kulminiert¹⁾. Der *Staatenbund* – so wird gelehrt – beruht auf Vertrag. Er kann sich somit

Akt der Rechtsanwendung ist – mit dem privaten Rechtsgeschäft auf einer Stufe. Er ist ein Rechtsgeschäft, allerdings ein *einseitiges*, d. h. ein solches, bei dem die Verpflichtung des A (Untertan) an die einseitige Willensäußerung des B (Organ) geknüpft ist. Da die verpflichtende Kraft des Verwaltungsaktes im Rechts- (richtiger Gesetzes-) Staat aus dem *Gesetz* abgeleitet sein muß, kann von einer „immanenten“ Kraft dieser Willensäußerung und einer *darauf* gegründeten Wesensunterscheidung gegenüber dem Rechtsgeschäft keine Rede sein. Vgl. meine Ausführungen: Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, S. 205 ff.⁸⁹⁷ Nur soferne man den Begriff des Rechtsgeschäfts mit dem Begriff der (natürlich nur innerhalb der Grenzen des objektiven Rechtes möglichen) rechtlichen Selbstbestimmung, der *Privatautonomie* identifiziert, könnte zwischen Verwaltungsakt und Rechtsgeschäft – und zwar nur nach dieser Richtung – ein Unterschied zugegeben werden. Allein *dieser* Begriff des Rechtsgeschäfts, der – wie im Texte angedeutet – in dem Gegensatz von Gesetz und Rechtsgeschäft häufig mitklingt, ist von dem allgemein gebräuchlichen Begriff: Willensäußerung, an die durch die objektive Rechtsordnung Rechtsfolgen (und zwar konform zum Inhalt der Willensäußerung) geknüpft sind, verschieden. Ein einseitiges Rechtsgeschäft wäre überhaupt nicht möglich. Vgl. dazu auch *meine* Schrift: Vom Wesen und Wert der Demokratie. 1920.⁸⁹⁸

¹⁾ Besonders nach der zur herrschenden Lehre gewordenen Theorie *Labands*, die *Jellinek* in seiner „Lehre von den Staatenverbindungen“ weiter ausgeführt hat. Vgl. *Jellinek* a. a. O. S. 172 ff.⁸⁹⁹ Eine vorzügliche Darstellung der umfangreichen Literatur bietet *Ebers*, *Die Lehre vom Staatenbunde* (Abhandlungen aus dem Staats- und Verwaltungsrecht, herausgegeben von *Brie* und *Fleischmann*, 22. Heft) 1910.⁹⁰⁰ |280

⁸⁹⁷ *Kelsen*, *Rechtsgeschäft* (Anm. 369), S. 205–218 = HKW 3, S. 247–316 (288–296).

⁸⁹⁸ *Hans Kelsen*, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen 1920 (Separatdruck von: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 47 (1920/1921), S. 50–85).

⁸⁹⁹ *G. Jellinek*, *Staatenverbindungen* (Anm. 145), S. 172–197, 253–314.

⁹⁰⁰ *Ebers*, *Staatenbunde* (Anm. 152), S. 1–256.

von anderen Staatenverbindungen, die auch auf Vertrag beruhen, nur durch den Inhalt dieses Vertrages, durch den Inhalt dieser Vertragsordnung, Teilrechtsordnung unterscheiden, die die spezielle Verbindung konstituiert. So wenn man den als Staatenbund charakterisierten völkerrechtlichen Vertrag, wenn man speziell den Staatenbund von bloßen Bündnissen dadurch unterscheidet, daß der erstere „als die auf Dauer berechnete, mit ständigen Bundesorganen ausgestattete Vereinigung von Staaten zur Wahrnehmung bestimmter gemeinsamer Interessen“²⁾ aus der Fülle völkerrechtlicher Verträge herausgehoben wird. Es sind *vertragsinhaltliche* Momente, von denen als das wesentlichste die Einsetzung von arbeitsteilig funktionierenden *Organen* angesehen werden muß. Daß der Bund auf *Dauer* berechnet ist, unterscheidet ihn durch nichts von irgendeinem anderen völkerrechtlichen Verträge, der nicht ausdrücklich nur auf begrenzte *Zeit* geschlossen wird. Denn in dem einen wie in dem anderen Falle nimmt man den übereinstimmenden Willen der Kontrahenten als Endigungsgrund an. Daß die Unauflösbarkeit Vertragsinhalt sei, gilt für den Staatenbund nicht als wesentlich³⁾. Die Wahrnehmung gemeinsamer Interessen ist gleichfalls – weil das Motiv, die Voraussetzung und der Inhalt *jedes* Vertrages – nichts charakteristisches.

|281 |Der *Bundesstaat* wird jedoch als eine Staatenverbindung betrachtet, die zum Unterschied vom Staatenbund nicht auf Vertrag, sondern auf Gesetz oder Statut, als *Staat*: auf einer *Verfassung* beruht. Der Vertrag ist der Tatbestand, an den das Völkerrecht die *Entstehung* spezieller Staatenverbindungen knüpft. Wenn dem Staatenbund als einer *vertragsmäßigen* Staatenverbindung eine andere *entgegen gesetzt* wird, so kann es nur eine andere *Entstehungsart* sein, die diese andere Art der Staatenverbindung charakterisieren darf. Geht man aber auf die *Entstehung* der als „Gesetz“, als Verfassung oder Statut charakterisierten Ordnung des Bundesstaats zurück, so kann doch keinem Zweifel unterliegen, daß ein völkerrechtlicher *Vertrag* an der Wiege des Bundesstaates nicht anders wie an der des Staatenbundes steht. Nicht etwa notwendigerweise stehen muß, aber doch stehen kann, und in den historisch gegebenen Fällen von Bundesstaaten tatsächlich die Entstehungsgrundlage darstellt. Durch völkerrechtlichen Vertrag muß der Bundesstaat *notwendigerweise* nur dann entstehen, wenn er aus ursprünglich selbständigen, „soveränen“, nämlich nur dem Völkerrecht unterworfenen Staaten gebildet, wenn er eine *Verbindung* von – ursprünglich unverbundenen – Staaten darstellt; *nicht* freilich, wenn er – was theoretisch möglich ist – aus einem Einheitsstaat und daher im Wege der *Gesetzgebung* dieses Staates entsteht¹⁾. Indes gerade dieser letztere Typus

²⁾ Ebers a. a. O. S. 268.⁹⁰¹

³⁾ Vgl. dazu Ebers a. a. O. S. 269.⁹⁰²

|281 |¹⁾ Das wäre in *Oesterreich* der Fall, wenn die Bestrebungen, diesen Einheitsstaat zu einem Bun-

⁹⁰¹ Ebers, Staatenbunde (Anm. 152), S. 268 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁹⁰² Ebers, Staatenbunde (Anm. 152), S. 269.

ist für | die Theorie des Bundesstaates nicht maßgebend gewesen. – Daß die Bundesstaatsordnung, obgleich sie ihrer Entstehung nach ein Vertrag ist, dennoch als Verfassung, Statut oder Gesetz bezeichnet werden kann – ist das „Statut“ oder die „Verfassung“ einer Aktiengesellschaft etwas anderes als der Gesellschaftsvertrag? – rührt eben daher, daß zwischen Vertrag und Gesetz, Verfassung, Statut als Rechtssetzungs- und Rechtserzeugungstatbeständen kein wesentlicher Unterschied besteht. Die Worte „Verfassung“, „Statut“, „Gesetz“ wollen eben in gewisser Bedeutung nur das Moment der Rechtsschöpfung zum Ausdruck bringen.

Wie in der allgemeinen Theorie des Völkerrechts, so führt auch in der Lehre von den Staatenverbindungen die ungenügende Einsicht in die rechtslogische Beziehung zwischen Rechtserzeugung und Rechtsanwendung, Gesetz und Rechts-

desstaat umzugestalten, zum Ziele führen würden. Durch die Verfassungsreform vom 14. März 1919 ist allerdings bereits ein erheblicher Schritt zu diesem Ziele gemacht worden: die schon im alten Oesterreich zwischen dem Zentralparlament des Reichsrats und den Lokalparlamenten der Landtage aufgeteilte Gesetzgebung wurde dahin modifiziert, daß die *Landesgesetzgebung*, bisher an die Mitwirkung eines Zentralorgans (früher des Kaisers und der Reichsminister, später des Staatsrats) gebunden,⁹⁰³ grundsätzlich den Landtagen und den von ihnen gewählten Landesregierungen *allein* überlassen wurde.⁹⁰⁴ An dem historischen Typus der Bundesstaaten gemessen, fehlt nur mehr die Beteiligung der Länder an der Zentralgesetzgebung. Die Emanzipation der Landesverwaltung von der Zentralregierung ist de facto und de jure (letzteres mangels jeder Zwangsmöglichkeit gegenüber den von den Landtagen gewählten Landesregierungen) weiter gediehen, als in irgend einem Bundesstaate.

So wie die Verfassungsreform vom 14. März 1919 sich auf dem Wege der Staats- d. i. der Zentralgesetzgebung vollzog, so könnte sich auch die vollständige Umwandlung in einen Bundesstaat – *verfassungsmäßig* – nur durch Gesetz des Zentralparlamentes, der sog. konstituierenden Nationalversammlung vollziehen. Charakteristisch ist, daß der erste, unter dem Druck der föderalistischen Landesregierungen entstandene, einer (außerhalb der Verfassung stehenden) „Länderkonferenz“ vorgelegte Regierungsentwurf | einer Bundesstaatsverfassung in seinem Texte die politische *Fiktion* aufstellt: als ob der Bundesstaat Oesterreich durch einen freien Willensakt der „selbständigen“ – das ist eine Umschreibung für „souveräne“ – Länder entstehen würde;⁹⁰⁵ obgleich der „Gründungs“-Akt als Staatsgesetz, als Gesetz des verfassungsgebenden Parlamentes des als Einheitsstaat längst bestehenden Oesterreich gedacht ist, und anders gar nicht möglich wäre, wenn nicht die Republik Oesterreich *auf revolutionärem Wege* vorher in eine Reihe „souveräner“ Staaten – die Länder – zerschlagen werden soll. Vgl. dazu *meinen* Kommentar: Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich, III. 1919, S. 136 ff.⁹⁰⁶

⁹⁰³ Für die Rechtslage in der Monarchie vgl. z. B.: § 17 Abs 2 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; für die Rechtslage in der Republik: § 1 Gesetz vom 14. November 1918, betreffend die Übernahme der Staatsgewalt in den Ländern, StGBI 1918/24.

⁹⁰⁴ Art 12–15 Gesetz vom 14. März 1919 über die Volksvertretung, StGBI 1919/179.

⁹⁰⁵ Vgl. Präambel Mayr-Entwurf I, abgedruckt in: Felix Ermacora (Hrsg.), Quellen zum Österreichischen Verfassungsrecht (1920). Die Protokolle des Unterausschusses des Verfassungsausschusses samt Verfassungsentwürfen mit einem Vorwort, einer Einleitung und Anmerkungen, Wien 1967, S. 43–66. Siehe dazu auch: *Hans Kelsen*, Der 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. 3, und Nr. 19926 vom 17. Februar 1920, Morgenblatt, S. 3.

⁹⁰⁶ *Hans Kelsen*, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen, Teil 3, Wien und Leipzig 1919, S. 136–140 = HKW 5, S. 256–437 (366–370).

geschäft zu jener bereits früher charakterisierten Spaltung des Vertragsbegriffes in einen rechtsgeschäftlichen und einen rechtserzeugenden Vertrag,⁹⁰⁷ welche letzteren man als „Vereinbarung“ bezeichnet. Speziell zur Begründung des Bundesstaatsbegriffes, und zwar zwecks prinzipieller Abgrenzung dieses Gebildes gegenüber dem Staatenbunde, versucht man den völkerrechtlichen Vertrag, aus dem die historisch gegebenen Bundesstaaten entstanden sind und über den eine auf die Rechtsentstehung dieser Staatenverbindung gerichtete Betrachtung einfach nicht hinweg kann, derart umzudeuten, daß der rechtsgeschäftliche Charakter dieses Tatbestandes verschwindet, er als bloß rechtserzeugendes Moment in Betracht kommt¹⁾. Man spricht hier auch von einem „konstitutiven“ Vertrag¹⁾ und kennzeichnet ihn als eine „Willenseinigung, welche nicht die Bedeutung eines nur Rechte und Pflichten für die Kontrahenten setzenden Rechtsgeschäfts hat, die vielmehr eine neue Rechtsordnung schafft, der sich die Kontrahenten unterwerfen, und die sie für sich in Zukunft bindend anzusehen sich verpflichten ... Zwischen ihnen bestehen nicht bloß Vertragsrechte und Vertragspflichten, sondern über ihnen steht eine neue Rechtsordnung, eine Verfassung, ein *Gesetz*, dem sie sich zu beugen haben“²⁾. Allein *jeder* Vertrag schafft eine Rechtsordnung, der sich die Kontrahenten zu unterwerfen verpflichten, und setzt nur dadurch Pflichten und Rechte zwischen den Kontrahenten; und Vertragspflichten wie Vertragsrechte bestehen nur insofern zwischen den Kontrahenten, als über ihnen eine neue Rechtsordnung – nämlich die Vertragsrechtsordnung, ein Gesetz – nämlich das Vertragsgesetz – steht. Die Pflichten und Rechte sind ja nur die subjektivistische Ausdrucksform für das – mit Bezug auf eine *objektive* Geltung – als Rechtsordnung bezeichnete System von Normen. Darin ist kein Kriterium für einen vom rechtsgeschäftlichen verschiedenen, „konstitutiven“ Vertrag gefunden. Und so ist es nur selbstverständlich, daß die Frage, wann eigentlich ein Vertragstatbestand einen „konstitutiven“ Charakter aufweise, zu einem *circulus vitiosus* führen muß. Der *äußere* Tatbestand unterscheidet sich durch nichts von dem eines rechtsgeschäftlichen Vertrages: geäußerte Willensübereinstimmung. Der *innere* Tatbestand, der *Vertragsinhalt* aber kann grundsätzlich derselbe sein wie der eines Gesetzes. Aus

¹⁾ „Die Verfassung ist kein Vertrag zwischen Staaten, selbst wenn sie als das Resultat eines vom Volke oder den Staaten abgeschlossenen Vertrages aufgefaßt wird; *denn einmal abgeschlossen, verändert der Vertrag seine Natur und wird Gesetz.*“ So charakterisiert *Jellinek*, Staatenverbindungen, S. 255⁹⁰⁸ die amerikanische Bundesstaatstheorie *Hamiltons* und *Madisons* im *Federalist*. Die Charakteristik trifft aber auch auf die deutsche Theorie zu. Sie behauptet ein juristisches Mysterium; denn wenn Vertrag und Verfassung gegensätzliche Begriffe sind, wie soll sich die Wandlung vollziehen?

|283 |¹⁾ Vgl. die Darstellung bei *Ebers* a. a. O. S. 287 ff.⁹⁰⁹

²⁾ *Ebers* a. a. O. S. 287.⁹¹⁰

⁹⁰⁷ Vgl. oben S. 518–520.

⁹⁰⁸ *G. Jellinek*, Staatenverbindungen (Anm. 145), S. 255 – Hervorhebung von *Kelsen*.

⁹⁰⁹ *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 287–289.

⁹¹⁰ *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 287 f. – Hervorhebung von *Kelsen*.

dem Begriff des Vertrages folgt nichts, was die Annahme hindern könnte, daß alles, was gesetzlich geregelt werden kann, auch einer vertragsmäßigen Ordnung fähig ist. Die Theorie des konstitutiven Vertrages ist daher nicht imstande, den Zirkel zu vermeiden: Ein Vertrag ist konstitutiv, wenn er eine Rechtsordnung setzt, und er setzt eine Rechtsordnung, wenn er konstitutiv ist.

Der eigentliche Sinn, der der Theorie des „konstitutiven“ Vertrages innewohnt, ist auch ein ganz anderer, als einen Unterschied zwischen zwei Vertragsformen aufzuzeigen! Worauf es ankommt, ist nicht, ob der Vertrag eine Rechtsordnung setzt – das tut jeder Vertrag – sondern ob diese durch den Vertrag gesetzte Rechtsordnung als eine bloße *Teilrechtsordnung* oder als *Gesamtrechtsordnung* aufgefaßt wird. Der entscheidende Unterschied ist der: ob die juristische Konstruktion die verbindliche Kraft des Vertrags, die an diesen Tatbestand als Folge geknüpften Normen, subjektiven Pflichten und Berechtigungen, kurz die Vertragsrechtsordnung – aus einem den Bestandteil einer „höheren“, d. h. allgemeineren Rechtsordnung bildenden Rechtssatze, im vorliegenden Falle also: aus dem Rechtssatze *pacta sunt servanda der Völkerrechtsordnung* deduziert, oder aber ob die juristische Konstruktion die Vertragsrechtsordnung selbst als höchste voraussetzt, richtiger: aus einer diesem konkreten Verträge Verbindlichkeit zuerkennenden *Ursprungshypothese* ableitet¹⁾. Dabei sei nicht übersehen, daß der Vertrag | als solcher, nämlich als | 284

¹⁾ Das kommt besonders deutlich bei *Binding* zum Ausdruck, der den Akt, mit welchem die Gründung des Bundesstaates – speziell des Norddeutschen Bundes – erfolgt, mit Nachdruck immer wieder als „Rechtsbegründungsakt“ – nicht als „Rechtvollzugsakt“ gelten lassen will (a. a. O. S. 162).⁹¹¹ *Bindings* Darstellung ringt mit dem Gedanken: Der als „Vereinbarung“ vom „Vertrag“ hauptsächlich wegen des Rechtvollzugs-, Rechtsgeschäftscharakters des letzteren abgespaltene Tatbestand der Bundesstaatsgründung erzeugt sozusagen *aus sich selbst* heraus die neue Verfassung, den neuen Staat, ohne daß diese Rechtswirkung auf eine „höhere“ Norm zurückgeführt werden müsse. Das ist natürlich nichts anderes als eine die Vereinbarung als Rechtsquelle einsetzende juristische Ursprungshypothese. Da sich *Binding* der rechtslogischen Natur seiner Konstruktion nicht ganz bewußt ist, bleibt er auch nicht konsequent. Er sagt: „Die verbindliche Kraft schöpft die vereinbarte Verfassung, seine Rechtsgültigkeit der neue Staat allein aus der vernünftigen, vom Rechte nicht reprobieren, ihm vielmehr als Handlung des *Rechtsausbaues willkommenen* Tat zu ihrer Errichtung *fähiger* Gründer“ (a. a. O. S. 165).⁹¹² Allein, was ist denn dieses „Recht“, das doch offenbar „über“ der Gründungstat stehen muß, wenn ihm wesentlich ist, daß es diese „nicht reprobieren“; kann es vielleicht die Gründungstat – wenn etwa *nicht* „vernünftig“, doch reprobieren? Daß diesem „Recht“ die Gründungstat „willkommen“ ist, kann das *juristisch* etwas anderes heißen, als daß das „Recht“ diese Gründungstat als Quelle einsetzt? Es wäre denn, daß es *gar nichts* bedeuten sollte. Dem steht schon entgegen, daß die Gründungstat als „Handlung des *Rechtsausbaues*“ vom „Recht“ bewillkommt wird. Und ist Rechts-Ausbau etwas wesentlich anderes als Rechts-Vollzug? Die Gründer müssen zur Gründung „fähig“ sein, meint *Binding*. Aber wer anders könnte ihnen solche „Fähigkeit“ verleihen als das „Recht“, das zu seinem Ausbau gewisse Akte – also sagen wir „willkommen“ heißt? Könnten sich die Gründer die fragliche „Fähigkeit“ *selbst* verleihen, wäre ihre Fähigkeit nie in Frage. An anderer Stelle meint freilich *Binding*, die Gründungstat vollziehe sich auf „rechtsfreiem Gebiet“ (a. a. O. S. 163).⁹¹³ Allein in der gerade analysierten Stelle setzt er ein „Recht“ voraus, das – wenn es nicht ein Natur-Recht ist – nur das Völkerrecht sein kann. | 284

⁹¹¹ *Binding*, Gründung (Anm. 420), S. 162.

⁹¹² *Binding*, Gründung (Anm. 420), S. 165 – Hervorhebungen von Kelsen.

⁹¹³ *Binding*, Gründung (Anm. 420), S. 163.

Tatbestand der Willensübereinstimmung, in diesem Falle „konstitutiv“ ist. Konstitutiv, d. h. die letzte „Quelle“ der rechtlichen Geltung, der Rechtsverbindlichkeit, der Rechtsbindung oder *Verbindung* – ist im ersten Falle die über den Kontrahenten stehende Völkerrechtsordnung, allerletztlich: die Völkerrechtshypothese, im zweiten Falle die spezielle Ursprungshypothese unmittelbar. Wird der dem Bundesstaat erzeugende Vertrag als „konstitutiv“ bezeichnet, so hat dies keine andere Bedeutung, als daß von der Völkerrechtsordnung – als einer über allen Staaten und demgemäß auch über den zum konkreten Bundesstaat zu verbindenden Staaten stehenden Rechtsordnung – *abstrahiert*, daß das Völkerrecht als Rechtsgrundlage für die Konstruktion des Bundesstaates, richtiger: daß die Hypothese vom Primat des Völkerrechts abgelehnt, daß vielmehr die aus dem konkreten Verträge, der speziellen Vertragshypothese rechtslogisch abzuleitende Rechtsordnung – die vom Standpunkt eines Primates des Völkerrechts nur eine Teilordnung wäre – als souverän, d. h. aber: als Staat im Sinne des herrschenden Souveränitätsdogmas und sohin der Primat dieser staatlichen Rechtsordnung vorausgesetzt wird¹⁾.

Daß nicht bloß die den Norddeutschen Bund begründende Vereinbarung die von ihr beinhaltetete Rechtswirkung hatte, daß vielmehr jede analoge Vereinbarung die Entstehung einer die Parteien verpflichtenden Bundesstaatsverfassung zur Folge habe, dürfte *Binding* nicht in Abrede stellen. Ist der Satz, der den Tatbestand der Vereinbarung mit dieser Rechtsfolge verknüpft, nicht ein Rechtssatz? *Muß* er nicht als Rechtssatz angenommen werden, wenn nicht nur ein einzelner Bundesstaat, sondern wenn alle Bundesstaaten als *Rechtsphänomene* innerhalb eines Rechtssystems begriffen werden sollen?

|285 ¹⁾ *Jellinek*, Lehre von den Staatenverbindungen, S. 253 ff.⁹¹⁴ versucht den Nachweis: Die Entstehung des Bundesstaates aus einem Verträge der Gliedstaaten abzuleiten, sei unmöglich (S. 255 f.),⁹¹⁵ weil ein Staat nicht aus einem Vertrag entstehen könne. Dabei geht *Jellinek* von der Voraussetzung aus, daß die als Bundesstaaten bezeichneten Gemeinschaften Staaten seien. Denn wäre ihre Entstehung aus einem Vertrag abzuleiten, dann wären sie bloße Staatenbünde. Aber ist das nicht eben erst zu entscheiden – und nicht voraussetzen – was sie sind? Gegen die „naturrechtliche“ Anschauung, der Staat könne durch Vertrag entstehen, macht *Jellinek* – gänzlich aus der juristischen in eine soziologisch-psychologische Ebene gleitend – geltend: „So wenig wie ein Mensch kann ein Staat durch Vertrag geschaffen werden.“⁹¹⁶ *Jellinek* identifiziert hier „Staat“ mit einem natürlichen Faktum. Daß dieses durch Vertrag geschaffen werden könne, hat natürlich niemand – auch das Naturrecht nicht – behauptet. *Jellinek* führt den Vergleich von Staat und Mensch dahin weiter, daß „weder ein einzelner, noch ein Staat durch Vertrag mit anderen eine bisher nicht bestehende Volksgemeinschaft schaffen kann“. Das Volk, als eine der Naturbedingungen der als Staat bezeichneten Ideologie, kann natürlich kein Vertrag „schaffen“. Diese Naturbedingungen, die zwar die *conditio sine qua non*, nicht aber die *conditio per quam* für die Sollordnung des Staates sind, stehen in Frage, wenn *Jellinek* fortfährt: „Die *Tatsache*, daß eine Gesamtheit sich als eine Einheit *fühlt* und weiß und diese Einheit dadurch zum Ausdruck bringt, daß sie sich als Gesamtpersönlichkeit, als wollendes und handelndes Subjekt konstituiert, das ist der innere Grund der Entstehung des Staates, unter welchen äußeren Verhältnissen und Beiwerken sie auch immer vor sich gehen mag.“ – „Noch weniger als ein Staat“, meint *Jellinek*, „kann eine Staatsverfassung durch Vertrag entstehen.“⁹¹⁷ Er behandelt hier also Staat und Staatsverfassung

⁹¹⁴ *G. Jellinek*, Staatenverbindungen (Anm. 145), S. 253–269.

⁹¹⁵ *G. Jellinek*, Staatenverbindungen (Anm. 145), S. 255 f.

⁹¹⁶ *G. Jellinek*, Staatenverbindungen (Anm. 145), S. 256.

⁹¹⁷ Drei Zitate: *G. Jellinek*, Staatenverbindungen (Anm. 145), S. 257 – Hervorhebungen von Kelsen.

| Das ist der Sinn des Unterschiedes zwischen einer völkerrechtlichen und einer staatsrechtlichen Staatenverbindung, den die herrschende Lehre mit dem Gegensatz zwischen vertragsmäßiger und verfassungs(gesetz)mäßiger Grundlage der Staatenverbindung bei Staatenbund und Bundesstaat zusammenfallen läßt. *Darum* – und *nur* dann – fallen Staatenbund und Bundesstaat, so wie die herrschende Lehre seit *Laband* annimmt, unter prinzipiell verschiedene Kategorien: nicht weil der eine ein *Vertrag*, der andere eine Verfassung ist – das sind keine Gegensätze; sondern *darum*, weil die juristische Konstruktion den Staatenbund auf einem Vertrag, und weil sich dieser Vertrag auf einem Völkerrechtssatz, die Vertragsordnung, Vertragsverfassung des Staatenbundes als Teilordnung auf einer höheren Gesamtordnung, der des Völkerrechts nämlich, gründet, während die Vertragsverfassung des Bundesstaates selbst als höchste, als souveräne, selbst als Staatsordnung, d. h. aber als *Staat* vorausgesetzt wird. Jetzt ist allerdings ein absoluter – und keineswegs nur ein relativer Gegensatz von Staatenbund und Bundesstaat vorhanden. Die „Verfassung“ des Bundesstaates unterscheidet sich nunmehr wesentlich von dem Vertrag des Staatenbundes, so wie sich auch der „Vertrag“ des Bundesstaates von der „Verfassung“ des Staatenbundes unterscheidet: denn nur die Verfassung oder der Vertrag des Bundesstaates haben den Charakter der Ursprünglichkeit, sofern sie ihre Verbindlichkeit *unmittelbar* aus der Ursprungshypothese holen, aus der reinen Satzung einer *Voraussetzung*.

Allerdings kann nicht nachdrücklich genug betont werden, daß dieser ganze Unterschied, den die herrschende Lehre zwischen Staatenbund und Bundesstaat *als zwischen zwei Staatenverbindungen* behauptet, keine zulässige logisch-systematische Bedeutung hat. Denn die unterschiedenen Elemente gehören nicht mehr ein und demselben Erkenntnisssysteme an. Die grundsätzliche Verschiedenheit zwischen Staatenbund und Bundesstaat gemäß der Unterscheidung von vertragsmäßigem und verfassungsmäßigem Ur|sprung ist in Wahrheit nur die Verschiedenheit zweier grundsätzlich miteinander unvereinbarer juristischer Hypothesen. Sobald die Theorie sich mit bestimmten rechtlichen Gebilden, nämlich mit den Verfassungen des Deutschen Reiches oder der Schweiz oder der Vereinigten

als verschiedene Wesenheiten. | Sagt freilich einige Seiten später (268):⁹¹⁸ „Staat und Verfassung sind unabtrennbar voneinander gegeben.“ „Denn durch Vertrag kann man keinen höheren Willen über sich und keinen selbständigen Willen neben sich hervorbringen.“⁹¹⁹ Die Fehlvorstellung, die darin liegt, ist schon oben im Texte⁹²⁰ hinreichend gekennzeichnet. Das entscheidende Argument *Jellineks* ist aber die Behauptung, daß „es unmöglich ist, die Entstehung des Staates juristisch zu konstruieren“ (262).⁹²¹ Das ist vollkommen richtig, aber nur unter der Bedingung, daß man den Staat als höchste, nicht weiter ableitbare Ordnung, d. h. als *souverän* voraussetzt. Allerdings bemüht sich *Jellinek*, gerade in diesem Zusammenhange nachzuweisen, daß Souveränität *kein* Wesensmerkmal des Staates sei.

⁹¹⁸ G. *Jellinek*, Staatenverbindungen (Anm. 145), S. 266.

⁹¹⁹ G. *Jellinek*, Staatenverbindungen (Anm. 145), S. 257.

⁹²⁰ Vgl. oben S. 429–434.

⁹²¹ G. *Jellinek*, Staatenverbindungen (Anm. 145), S. 262 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

Staaten von Amerika beschäftigt, verläßt sie die unter dem Gesichtspunkt einer Verbindung koordinierter Staaten unumgängliche Hypothese eines Primates der Völkerrechtsordnung und stellt sich auf den Standpunkt eines Primates eben jener Rechtsordnung, die sie als „Staat“ erkennen will. Das politische Postulat: eine bestimmte, im Wege eines völkerrechtlichen Vertrages entstandene Verfassung als „Staat“ zu begreifen, zwingt die vom Souveränitätsdogma erfüllten Juristen, diese vertragsmäßig entstandene Rechtsordnung als höchste, souveräne vorauszusetzen. Und nur die vorausgesetzte Souveränität kann den Bundesstaat nicht als einen Staatenbund erscheinen lassen. Was freilich dieselben Juristen nicht hindert, ihn – wieder aus andern politischen Motiven – dennoch als eine Verbindung von *Staaten* zu erklären, und bei seinen Teilen, den sog. *Gliedstaaten* auf das Merkmal der Souveränität zu verzichten; was allein ermöglicht, Staatenbund und Bundesstaat, trotz der zugestandenen grundsätzlichen Andersartigkeit beider – gemeinsam in der Lehre von den Staatenverbindungen zu behandeln. Die politischen Motive zu untersuchen, ist hier nicht der Ort. Vom rechtstheoretischen Standpunkt aus genügt die Feststellung, daß die Vorstellung eines aus Staaten zusammengesetzten Staates den Widerspruch eines aus Ganzen zusammengesetzten Ganzen bedeutet, und daß, was als „Gliedstaat“ bezeichnet wird, eine durch gewisse rechtsinhaltliche Momente, speziell organisationstechnischer Art, gekennzeichnete Teilordnung ist, als deren charakteristisches Merkmal etwa gelten kann: daß die Fortbildung und Durchsetzung dieser Teilordnung, natürlich nur im Rahmen der Gesamtordnung, Organen übertragen ist, deren Berufung dieser Teilordnung selbst delegiert ist, was zur Folge hat, daß diese Organe nur aus demjenigen Kreise von Menschen geholt werden, für die die Teilordnung speziell gilt. Das ist der rechtstheoretische Ausdruck für Autonomie; zwischen einer autonomen Gemeinde und dem sog. Gliedstaat [besteht] daher kein qualitativer, sondern nur – wenn überhaupt – ein quantitativer Unterschied. Der Bundesstaat ist somit nur ein Fall des organisationstechnischen Typus des dezentralisierten Staates.

Hält man – wie dies die Lehre von den Staatenverbindungen erfordert – an dem Primate des Völkerrechts auch gegenüber dem sog. Bundesstaate fest, und wahrt man so – wie es die Logik erfordert – die Einheit des Standpunkts rechtswissenschaftlicher Erkenntnis, dann muß jeder prinzipielle Unterschied zwischen Staatenbund und Bundesstaat verschwinden und zu einem rechtsinhaltlich begründeten Gradunterschied herabsinken. Gerade darin bewährt sich ja die Einheit der juristischen Erkenntnis, daß sie von der kleinsten Gemeinde, ja von dem kleinsten privatrechtsgeschäftlichen Vertrag und der durch ihn konstituierten Rechtsgemeinschaft, über den sog. Gliedstaat, und von diesem zum Bundesvertrag und der von ihm konstituierten – sei es als Staat oder nicht als Staat bezeichneten – Verbindung bis zur Völkerrechtsgemeinschaft einen durchgängigen Zusammenhang gleichartiger Elemente herstellt. Gerade indem die Rechtswissenschaft diesen formaltheoretischen Einheitsbezug aus der Mannigfaltigkeit der rechtsinhaltlichen Verschiedenheit immer wieder heraushebt, erfüllt sie ihre vornehmste, wenn auch

nicht ihre einzige Aufgabe. Jedenfalls führt das Fallenlassen dieses Ariadnefadens zu den ärgsten Verirrungen der Theorie! So zeigt sich vor allem, daß das Hauptkriterium, mit dem man den Staatenbund vom Bundesstaat zu scheiden versucht: die Souveränität der verbundenen Staaten, in sich selbst zusammenfällt. Der Vertrag, durch den mehrere Staaten zu einem Staatenbund, und jener, durch den sie zu einem Bundesstaat vereinigt werden, mögen inhaltlich verschieden sein. (Es wird noch zu prüfen sein, ob und inwieweit das tatsächlich der Fall ist.⁹²²) Aber hinsichtlich der Souveränität stehen die Staaten im Staatenbund wie im sog. Bundesstaat völlig gleich, denn sie stehen auf der gleichen Stufe der Rechtskonkretisierung, in derselben Rechtsschichte, sind von der einzig wahren Souveränität, nämlich jener der universalen Völkerrechtsordnung – deren sie in beiden Fällen nur Teilordnungen sind – gleich weit entfernt. Zwischen den einzelstaatlichen Rechtsordnungen und der obersten Völkerrechtsordnung steht in beiden Fällen die auf dem völkerrechtlichen Vertragsrechtssatz gestützte, durch den Bundesvertrag gesetzte Teilrechtsordnung der Bundesverfassung, die – ob man sie nun als Staat oder nicht als Staat bezeichnet – wiederum mehrere niedere Teilrechtsordnungen – die der Einzel- oder Gliedstaaten – umfaßt und so zu einer Gemeinschaft konstituiert. Unter dem Gesichtspunkt des rechtstheoretischen Souveränitätsbegriffes und vom Standpunkt des Primates des Völkerrechtes muß man den Einzelstaaten im Staatenbunde mit demselben Recht die Souveränität absprechen, wie man dies bei den Gliedstaaten im Bundesstaate zu tun pflegt. Tatsächlich haben schon sehr angesehene Rechtsgelehrte – freilich ohne sich des sie leitenden theoretischen Prinzipes bewußt zu werden – auch den Einzelstaaten im Staatenbunde die Sou|veränität abgesprochen¹⁾. Und wenn die herrschende Lehre sie ihnen zu- |289
erkennt, so operiert sie dabei nicht mit besseren, ja mit denselben Argumenten wie gewisse, von ihr heftig bekämpfte Theoretiker, die auch im Bundesstaate von irgendeiner Souveränität der Gliedstaaten sprechen.

¹⁾ Alle diejenigen, die den Staatenbund als Korporation, als juristische Person auffassen, sehen sich veranlaßt, die Souveränität der verbundenen Gliedstaaten mehr oder weniger fallen zu lassen. So *Haenel* (Studien zum deutschen Staatsrecht I, S. 43),⁹²³ der den Einzelstaaten die äußere Souveränität abspricht: „Der Einzelstaat ist in seiner Souveränität beschränkt gegenüber dem Bunde nicht bloß durch ein Vertragsverhältnis, sondern durch ein Verhältnis der Ueber- und Unterordnung ...“ *G. Meyer* (Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, S. 23 f.)⁹²⁴ lehrt, daß die Einzelstaaten insofern nicht souverän sind, als ihnen die völkerrechtliche Souveränität fehlt, da sie der Bundesgewalt unterworfen sind, deren Befehle zu befolgen haben; und *Brie*, (a. a. O. S. 91)⁹²⁵ erklärt die Souveränität der Einzelstaaten für eine „beschränkte“⁹²⁶.

⁹²² Vgl. unten S. 562–567.

⁹²³ *Haenel*, Elemente (Anm. 178), S. 43.

⁹²⁴ *Meyer*, Lehrbuch (Anm. 148), S. 23 f.

⁹²⁵ *Brie*, Staatenverbindungen (Anm. 892), S. 91 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁹²⁶ «beschränkte»] *Brie*, Staatenverbindungen (Anm. 892), S. 91: «*ingeschränkte*».

§ 59. Die Korporationstheorie.

Die herrschende Lehre pflegt unter dem Einfluß *Labands* den Gegensatz von Staatenbund und Bundesstaat als einen Spezialfall des Gegensatzes von Gesellschaft und Korporation zu behandeln, und sieht meist gerade darin, daß sich im Staatenbund – zum Unterschied vom Bundesstaat – über den juristischen Personen der verbundenen Einzelstaaten keine neue, von diesen verschiedene juristische Person, weil kein neuer, von dem Willen der Einzelstaaten verschiedener Wille erhebe, der Bundeswille im Staatenbund – zum Unterschied vom Bundesstaat – vielmehr nur die Summe der verbundenen Einzelwillen, ein gemeinsamer, kein neuer, fremder Wille sei, ein Symptom dafür, daß die Einzelstaaten im Bunde souverän, die Gliedstaaten im Bundesstaate dagegen – wo über ihnen eine höhere juristische Person steht – nicht souverän seien. Es ist nur eine Wiederholung von hier schon oft Gesagtem, wenn demgegenüber festgestellt wird, daß einer Personifikation des Staatenbundes ebensowenig im Wege steht, wie einer solchen des Bundesstaates. Die Bundesverfassung als ein Wesen, ein Gemeinwesen, als Rechtssubjekt, juristische Person, zum Zwecke der Veranschaulichung und Vereinfachung sich vorzustellen, ist beim Staatenbund ebenso möglich wie beim Bundesstaat. Nur die mangelnde Einsicht in das Wesen der Personifikationsmechanik hat ja die ganze unglückliche Privatrechtstheorie vom Gegensatz zwischen Gesellschaft und Korporation verschuldet. Gewiß ist die Existenz eines von dem Willen der „verbundenen“ Subjekte verschiedenen, höheren Willens letzten Endes entscheidend für die Annahme einer juristischen Person. Allein dieser | verschiedene höhere „Wille“ ist stets nur die „über“ den Subjekten stehende Rechtsordnung, sei es die Universal- oder eine noch so kleine Teil-Rechtsordnung – die juristische Person aber nur eine Personifikation dieser Ordnung, deren *objektive* Geltung gegenüber den unterworfenen Subjekten in dem Bilde eines *fremden* Willens, deren Einheit in dem Bilde einer Person zum Ausdruck kommt. Sicherlich wird die Objektivität der Geltung der personifizierten Ordnung um so sinnfälliger, je mehr der Inhalt dieser Ordnung mit dem Inhalt des eigenen psychisch-empirischen Willens der unterworfenen Subjekte in Widerspruch geraten kann. Dies ist in einem geringeren Maße der Fall, wenn der Inhalt der objektiv gültigen Ordnung durch den Willen der unterworfenen Subjekte *erzeugt* wird, wenn Vertrag und nicht Gesetz die Ordnung begründet; wenn die Aenderung der Ordnung durch einstimmigen und nicht schon durch mehrstimmigen Beschluß der Unterworfenen erfolgt, wenn Rechtserzeugung und -durchsetzung arbeitsteilig funktionierenden Organen und nicht allen unterworfenen Subjekten selbst übertragen ist usw. Allein alle diese rechtsinhaltlichen Momente, durch die sich die Ordnungen voneinander materiell unterscheiden mögen, sind für die Frage ihrer Personifikationsmöglichkeit vom formal rechtstheoretischen Standpunkte nicht entscheidend; sie rücken nur *psychologisch* die Personifikation mehr oder weniger nahe. Weil aber in der Literatur der rechtstheoretisch-formale mit dem rechtsinhaltli-

chen Gesichtspunkt konstant vermengt wird, erklären die einen den Staatenbund als juristische Person, *obgleich* er durch Vertrag entstanden, aber *weil* er mit arbeitsteilig funktionierenden Organen ausgerüstet und in der Bundesverfassung das Majoritätsprinzip ausgesprochen ist, während die anderen – mit Rücksicht auf die vertragsmäßige Grundlage – Majoritätsprinzip und arbeitsteilig funktionierende Organe für unwesentlich erklären und dem Staatenbund juristische Persönlichkeit absprechen. Die Argumentation ist in diesem Falle eine sehr einfache: Die arbeitsteilig funktionierenden Organe sind nicht Organe eines neuen, höheren Gemeinwesens, sondern nur gemeinsame Organe der verbundenen Staaten; auch im Majoritätsbeschluß steckt der Wille *aller* Einzelstaaten, denn diese haben sich doch im Bundesvertrag verpflichtet, sich dem Majoritätsbeschluß zu fügen; und man zögert nicht, auch eine Exekution gegen den Einzelstaat als auf dessen „Willen“ beruhend zu konstruieren, wobei die Identität des objektiven Rechtswillens mit dem subjektiven Willen des einzelnen fingiert wird. Natürlich läßt sich dieselbe Argumentation auch auf den Bundesstaat anwenden. Weil die einen das Wesen des Bundesstaates in einer selbständigen juristischen Persönlichkeit | behaupten, haben die | 291 andern sehr leichtes Spiel, Begriff und Existenz des Bundesstaates überhaupt zu leugnen: d. h. auf die Personifikation der Bundesordnung als auf eine Hilfsvorstellung – und nichts anderes ist die juristische Person – zu verzichten¹⁾. Und umgekehrt könnte man diese Schein und Wesen verwechselnde Methode – die sog. Korporationstheorie – auch beim Staatenbund so weit treiben, daß man mit dessen Personifikation seinen Staatscharakter behauptet und den verbundenen Einzelstaaten die Souveränität und schließlich auch den Staatscharakter abspricht²⁾. Natürlich fehlt es auch nicht an Theoretikern, die dem Staatenbund juristische Persönlichkeit zugleich zu- und absprechen. Der Staatenbund sei „nach innen“ eine Gesellschaft, „nach außen“ eine Korporation; er habe zwar nicht auf dem Gebiete des Staatsrechtes, dagegen auf dem des Völkerrechtes juristische Persönlichkeit³⁾. Bei der allgemeinen Anschauung vom Wesen der juristischen Per-

¹⁾ So z. B. *Seydel*, Der Bundesstaatsbegriff, in: Staatsrechtliche und politische Abhandlungen, 1893. ⁹²⁷

²⁾ Daß der Staatenbund ein Staat sei, wurde tatsächlich schon im 18. Jahrhundert von *J. E. Schmidt*, *Exercitatio politico-historica de civitatis origine civitatumque systematis exemplo reip. Batavorum illustratis*, Jenae 1745, und ebenso von *Chr. F. Harpprecht*, *De hypothesi communi systematis foederatarum civitatum difficultates circa formam Imp. Rom. Germ. non. solvente*, Tübingae 1750, ⁹²⁸ behauptet. Vgl. darüber *Ebers* a. a. O. S. 30 ff. ⁹²⁹

³⁾ So *Schulze*, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 1881, und *Gierke*, Labands Staatsrecht und die

⁹²⁷ *Seydel*, Bundesstaatsbegriff (Anm. 47), S. 15.

⁹²⁸ *Joachim Erdmann Schmidt*, *Exercitatio politico-historica de civitatis origine, civitatumque systematis exemplo reipubl. Batavorum illustratis*, Jena 1745; *Karl August Emanuel L. B. Leutrum von Ertingen*, *De hypothesi communi systematis foederatarum civitatum difficultates circa formam Imp. R. G. non solvente*, Tübingen 1750 – der von *Ebers*, *Staatenbunde* (Anm. 152), S. 32, als Autor bezeichnete Christian Ferdinand Harpprecht war lediglich Vorsitzender des Disputationskollegiums.

⁹²⁹ *Ebers*, *Staatenbunde* (Anm. 152), S. 30–43.

sönlichkeit, die natürlich auch von diesen Theoretikern geteilt wird, muß eine solche Konstruktion einen Widerspruch in sich selbst bedeuten. Erkennt man nicht, daß die juristische Person eine bloße Hilfsvorstellung ist, deren sich der Jurist bedienen kann, aber nicht bedienen muß, glaubt man, daß juristische Person etwas objektives, sozusagen rechtlich an sich Gegebenes oder etwas von der Rechtsordnung „Verliehenes“ sei, daß der Jurist lediglich Rechtstatsachen beschreibt, Vorgefundenes konstatiert, wenn er die Existenz einer juristischen Person behauptet⁴⁾, | dann *ist* eben ein Rechtsgebilde eine juristische Person, oder *ist* es

deutsche Rechtswissenschaft, in Schmollers Jahrbuch VII (1883).⁹³⁰ Vor allem aber die meisten deutschen Völkerrechtslehrer. Vgl. dazu Ebers a. a. O. S. 206 ff.⁹³¹

⁴⁾ Sehr verbreitet ist die Lehrmeinung, das Völkerrecht schaffe keine juristische Persönlichkeit, diese sei ihm fremd. So typisch Jellinek, Staatenverbindungen, S. 178 ff.⁹³² Er führt aus: Eine juristische Person könne nur *innerhalb* der staatlichen Rechtsordnung entstehen, sie sei „die Schöpfung einer Rechtsordnung“, „welche *über* denjenigen stehen muß, durch deren Willen sie gebildet werden kann. Die Rechtsordnung des Völkerrechts jedoch, welche ihre juristische Sanktion in dem Willen der Staaten hat, kann unmöglich aus und über mehreren Staatspersönlichkeiten eine juristische Person schaffen ... Wenn im Staate durch Vertrag einzelner eine juristische Person gebildet wird, so knüpft die Rechtsordnung an die Handlungen der Konstituenten die Entstehung der juristischen Person als Rechtswirkung ... Ueber einem Staatenbund aber erhebt sich keine Macht, die das schaffen könnte, was auch die summierten Willen der Einzelstaaten nicht vermögen“⁹³³. Gewiß, wenn das Völkerrecht keine über allen Staaten stehende Universalordnung ist, dann ist auch keine – durch Rechtsgeschäft konstituierte – über speziellen Staaten stehende Teilordnung möglich. Und daher auch keine Personifikation dieser Teilordnung. Weil es an einem Substrat fehlt, kann der die Rechtsordnung begreifende Jurist – nicht aber die Rechtsordnung – keine juristische Person „schaffen“. Doch muß einschränkend bemerkt werden: Nichts kann den Gesetzgeber hindern, in seiner frei gewählten Terminologie „juristische Person“ zu nennen, was er will. Genau so wie eine bestimmte Anschauung von „juristischer Person“ dann spricht, wenn die personifizierte Ordnung zu ihrer Fortbildung und Durchsetzung den Majoritätsbeschluß der rechtsunterworfenen Subjekte einsetzt, so ist es, speziell im Bereiche des Vermögensrechtes, üblich, vornehmlich dann sich der Personifikation bewußt zu werden und von einer juristischen Person κατ' ἐξοχήν zu sprechen, wenn die durch eine Teilordnung zu einer Gemeinschaft verbundenen Subjekte kraft *positiv-rechtlicher* Anordnung eine gewisse *Beschränkung der vermögensrechtlichen Haftung* genießen. Es ist zwar theoretisch falsch, nur in einem solchen Falle eine „juristische Person“ anzunehmen. Wenn man aber „juristische Person“ mit dem *Rechtsinstitut* einer *Haftungsbeschränkung* identifiziert – und der Sprachgebrauch läßt sich nicht verhindern – dann kann man sagen, daß die Rechtsordnung die juristische Person „schafft“, sofern sie eben die Bedingungen und den Umfang der Haftung statuiert. Nur auf die irrije, weil im Widerspruch zu der heute auf allen Gebieten des Rechtes verbreiteten Denkgewohnheit der Personifikation stehende Identifikation der juristischen Person mit diesem vermögensrechtlichen Institut ist die Anschauung zurückzuführen, die Anwendung des Begriffs der juristischen Person im öffentlichen Recht im allgemeinen und im Völkerrecht im besonderen sei eine „gefährliche privatrechtliche Analogie“, wie noch Jellinek, Staatenverbindungen, S. 179⁹³⁴ sagt, obgleich er in seiner Allgemeinen Staatslehre den Staat selbst, unzweifelhaft ein Gebilde öffentlichen Rechts, nur als *Rechtssubjekt*, als juristische Person also, begreifen will.⁹³⁵

⁹³⁰ Schulze, Staatsrecht (Anm. 286), S. 42f.; Otto Gierke, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, in: [Schmollers] Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich 7 (1883), S. 1097–1195 (1157–1172).

⁹³¹ Ebers, Staatenbunde (Anm. 152), S. 206–214.

⁹³² G. Jellinek, Staatenverbindungen (Anm. 145), S. 178–184.

⁹³³ G. Jellinek, Staatenverbindungen (Anm. 145), S. 179.

⁹³⁴ G. Jellinek, Staatenverbindungen (Anm. 145), S. 179f.

⁹³⁵ Vgl. G. Jellinek, Staatslehre (Anm. 25), S. 169–173.

nicht. Ist man der Meinung, daß zwischen Rechtsverhältnis und Rechtssubjekt ein Wesensunterschied bestehe, dann kann man nicht behaupten, daß etwas zugleich das eine *und* das andere sei. Sieht man freilich in der juristischen Person eine im Ermessen des Juristen stehende Konstruktion, mittels deren man *jedes* Rechtsverhältnis d. h. jede Gesamt- oder Teilrechtsordnung personifizieren kann – aber nicht muß, – dann steht freilich nichts im Wege, ein und dasselbe Rechtsverhältnis bald zu personifizieren, bald auf seine Personifikation zu verzichten, das Rechtsverhältnis nur in der einen, nicht aber in einer anderen Richtung als Person zu behandeln. Eine solche nur teilweise Inanspruchnahme des personifikativen Denkbehelfs bei einem und demselben Gebilde ist zwar nicht wahrscheinlich, aber immerhin theoretisch denkbar. Jedenfalls sind die in Rede stehenden Theoretiker |293 weit davon entfernt. Wenn sie einen staatsrechtlichen und einen völkerrechtlichen Bereich unterscheiden und ein und denselben Gegenstand in jeder dieser beiden Sphären als wesensverschieden behaupten, so liegt – wie schon bei der Unterscheidung von staatsrechtlicher und völkerrechtlicher Vertragsgültigkeit, staatsrechtlichen und völkerrechtlichen Staatenverbindungen usw. – ein Wechsel des erkenntnistheoretischen Standpunkts vor. „Staatsrechtlich“, das heißt: vom Standpunkt des Primates staatlicher Rechtsordnung, „völkerrechtlich“ aber bedeutet in diesem Gegensatz eine mehr oder weniger konsequente, mehr oder weniger weitgehende Negation des ersteren Standpunkts, die Annäherung an die Vorstellung vom Primat der Völkerrechtsordnung; womit freilich nicht gesagt sein soll, daß die Annahme einer über den Einzelstaaten stehenden Teilordnung, der Bundesverfassung, die ja die Personifikation des Bundes insbesondere mit Rücksicht auf die von der Bundesverfassung eingesetzten Organe für den Außenverkehr des Bundes nahelegt – und der wieder über der Bundesverfassung stehenden Völkerrechtsordnung folgerichtig durchgeführt wird; wie ja schon der ängstliche Widerstand zeigt, auf den die Personifikation der Völkerrechtsordnung selbst bei solchen Theoretikern stößt, die zwar den Mut haben, die Unterordnung von Einzelstaaten unter eine Teilrechtsordnung: die vertragsmäßige Bundesverfassung, als mit der Souveränität dieser Staaten für unvereinbar zu erklären, die allgemeine Unterordnung aller Staaten unter die Völkerrechtsordnung aber, aus der die spezielle Teilrechtsordnung ihre ganze Geltung, ihre rechtliche Existenz holt – gleichzeitig mit der dadurch unberührten Souveränität dieser Staaten behaupten.

Allerdings hätte die Tatsache, daß die *Völkerrechts*juristen ausnahmslos ohne die geringste Rücksicht auf die Konstruktionen der *Staatsrechtstheorie* den Staatenbund ganz ebenso wie den Bundesstaat als juristische Person behandelten¹⁾ und so den angeblich wesentlichen Unterschied zwischen beiden einfach ignorierten, die Staatsrechtstheorie schon längst stutzig machen und der Erkenntnis zum Durchbruch verhelfen können, der man mitunter schon recht nahe war: daß der

¹⁾ Vgl. dazu Ebers a. a. O. S. 242 ff.⁹³⁶

⁹³⁶ Ebers, Staatenbunde (Anm. 152), S. 242–251.

ganze Unterschied sich auf rechtsinhaltliche Differenzen beschränkt, und daß die konkreten Rechtsgebilde, die historischen Staatenbünde und Bundesstaaten |
 294 Mischformen, Uebergangsstufen²⁾ zwischen zwei Grenzpunkten darstellen, | deren Spannung durch das oben bereits charakterisierte Moment der praktisch größten und geringsten Möglichkeit eines Gegensatzes zwischen dem Willen der verbundenen Subjekte und dem *Rechtswillen* der verbindenden Ordnung bestimmt wird. Da es sich dabei nicht um zwei begrifflich fest abgrenzbare Typen, sondern um Annäherungsgrößen handelt, ist nur selbstverständlich, daß es bei Beurteilung eines konkreten Gebildes zu den stärksten Gegensätzen in der Literatur kommen muß, wenn diese – was als Errungenschaft der deutschen staatsrechtlichen Schule gepriesen wurde – Staatenbund und Bundesstaat als zwei wesensverschiedene, einander begrifflich ausschließende Kategorien behandelt, so daß z. B. das Deutsche Reich von dem einen Gelehrten als Bundesstaat, von dem anderen aber als Staatenbund angesprochen werden¹⁾ und der eine den Bundesstaat als einen Spezialfall des Staatenbundes, der andere ihn als Einheitsstaat erklären konnte²⁾. Da der zu deutende Tatbestand, die Rechtsordnung, außer Zweifel steht, so muß offenbar in der Deutungsmethode ein prinzipieller Fehler liegen.

2) Gestützt auf die amerikanische Theorie, die jeden wesentlichen Unterschied zwischen Staatenbund und Bundesstaat leugnete, hatte *Tocqu[ev]ille*⁹³⁷ gelehrt: Da der ganze Unterschied zwischen Konföderation und Union darin | bestehe, daß nur bei der letzteren der Bundesgewalt eine unmittelbare Einwirkung auf die Bürger eingeräumt sei, im übrigen die Befugnisse der Bundesgewalt hier wie dort dieselben seien, sei das Recht in beiden Fällen dasselbe, aber seine Ausübung verschieden; nicht im Umfang der Befugnisse der Zentralgewalt, sondern in der Art der Ausübung liege der Unterschied zwischen Union und Konföderation.⁹³⁸ Vgl. *Ebers* a. a. O. S. 100, 255.⁹³⁹

1) Z. B. *Laband* und *Seydel*.⁹⁴⁰

2) So *Held*, System des Verfassungsrechts der monarchischen Staaten Deutschlands, 1856,⁹⁴¹ der den Gliedstaaten im Bundesstaate wegen der fehlenden Souveränität den Charakter von Staaten und folgerichtig dem Bundesstaat den einer Staatenverbindung abspricht. *Held* sagt auch mit Recht, daß wenn man von dem Moment der Souveränität absehe, jeder wesentliche Unterschied zwischen Staatenbund und Bundesstaat verschwinden müsse. Vgl. *Ebers* a. a. O. S. 115,⁹⁴² der sehr unzutreffend behauptet, daß *Held* damit das gewonnene Resultat (der Bundesstaat ein Einheitsstaat) wieder in Frage stelle.

⁹³⁷ (Charles) Alexis (Henri Maurice Clérel) de Tocqueville (1805–1859), französischer Jurist, Historiker, Publizist und Politiker. Er wurde 1826 Untersuchungsrichter in Versailles und wurde 1831 von der Regierung mit einer Reise nach Amerika zum Studium des Rechtssystems und des Strafvollzugs beauftragt. 1849 Außenminister. Er gilt als Begründer der vergleichenden Politikwissenschaft. Wichtige Werke: *De la démocratie en Amérique*, 2 Bde., Paris 1835 und 1840; *L’Ancien régime et la Révolution*, Paris 1856.

⁹³⁸ *Alexis de Tocqueville*, *De la démocratie en Amérique*, Bd. 1, 8. Aufl., Paris 1840, Kap. 9 (S. 251–256).

⁹³⁹ *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 100 f., 255.

⁹⁴⁰ *Laband*, Reichsstaatsrecht (Anm. 47), S. 22–28; *Seydel*, Bundesstaatsbegriff (Anm. 47), S. 45.

⁹⁴¹ *Joseph Held*, System des Verfassungsrechts der monarchischen Staaten Deutschlands mit besonderer Rücksicht auf den Constitutionalismus, Bd. 1: Einleitung. Allgemeine Staatsrechtsgrundsätze. Geschichte der politischen Gestaltungen Gesamt-Deutschlands, Würzburg 1856, S. 390–398.

⁹⁴² *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 112–115.

§ 60. Die freiwillige Einschränkung der Souveränität.

Von dieser Methode – gegen die sich diese Untersuchungen in erster Linie richten – gibt die jüngste und wegen ihrer ausgezeichneten Verarbeitung der ganzen Literatur wertvollste Darstellung des in Rede stehenden Problems, *Ebers'* Lehre vom Staatenbunde, eine typische Probe. Im Mittelpunkt seiner Argumentation steht der Souveränitätsbegriff. Diesen bestimmt *Ebers* „als die Eigenschaft eines Staates, in seiner Sphäre die höchste Gewalt | zu sein“¹⁾. Die in der Definition vollzogene | 295 Einschränkung der Souveränität auf die eigene Sphäre – die, wie oben gezeigt,⁹⁴⁴ eine Negation der Souveränität wäre – wird allerdings sofort wieder aufgehoben, indem behauptet wird, in dieser Definition komme „die Unabhängigkeit des Staates vor *jeder* anderen Gewalt, *jedem* anderen höheren Willen, sodann die Ueberordnung des Staates über alle auf seinem Gebiete befindlichen Personen und Korporationen, die Unterordnung *jedes* anderen Willens unter den des Staates“ zum Ausdruck. Dieser *formale* Souveränitätsbegriff wird jedoch wieder durch eine Inhaltsbestimmung beschränkt und daher neuerlich aufgehoben, indem nicht die Freiheit von *jeder* Gewalt, sondern nur die Freiheit von der „Leitung und Aufsicht“ (Kontrolle) eines „höheren Gewalthabers“²⁾ als Wesen der Souveränität behauptet wird. Eine „höhere Gewalt“, die sich darauf beschränkt, eine niedere Autorität für einen bestimmten territorialen oder sachlichen Bereich einzusetzen, zu delegieren und die Fortbildung und Durchsetzung der so konstituierten Teilordnung den von dieser selbst zu bestimmenden Organen überläßt, bleibt als „höhere Gewalt“ bestehen, ohne daß von ihr eine „Leitung“ oder „Aufsicht“, das sind spezifisch verwaltungstechnische Funktionen, ausgehen. Sehr treffend bemerkt *Ebers*, daß ein Staat, der auch nur in einem Teile seiner Beziehungen einem höheren Willen unterworfen sei, nicht mehr als souverän bezeichnet werden könne. Er lehnt den Begriff einer „beschränkten Unabhängigkeit“, einer „beschränkten, relativen Souveränität“ ab. Er sagt, das Wesen der Souveränität richtig erkennend: „Was eben teilweise abhängig, teilweise unabhängig ist, ist nicht mehr absolut unabhängig, nicht mehr souverän“³⁾. Aber was anderes ist die Souveränität des Staates „in seiner Sphäre“ oder die lediglich hinsichtlich „Leitung und Aufsicht“ bestehende Unabhängigkeit als eine relative Souveränität, d. h. ein relatives Absolutes? Und dabei läuft die weitere Argumentation doch wieder nur auf den Versuch hinaus, die Beschränkbarkeit der Souveränität nachzuweisen! Vermittelt jener geläufigen

| 1) a. a. O. S. 275,⁹⁴³2) a. a. O. S. 276.⁹⁴⁵3) a. a. O. S. 276,⁹⁴⁶

⁹⁴³ Dieses und das nachfolgende Zitat: *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 275 – Hervorhebungen von Kelsen, Hervorhebungen des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁹⁴⁴ Vgl. oben S. 309 f.⁹⁴⁵ Drei Zitate: *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 276.⁹⁴⁶ Drei Zitate: *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 276.

Hypostasierung des Staates gelingt es nämlich *Ebers*, in der üblichen Weise den Staat als ein selbständiges Ding dem Recht als einer von ihm verschiedenen Wesenheit gegenüberzustellen. Er lehnt ausdrücklich „die Identifizierung von Staatswillen und objektivem Recht“⁴⁾ ab und stellt fest: der Staat stehe „unter der Herrschaft des Rechtes“, er habe das Recht nicht zu „schaffen“, sondern zu „finden“, es „für sich und für die Personen und Korporationen auf seinem Gebiete zu konstatieren und | seine Beobachtung sicherzustellen“¹⁾. Man stelle sich nur vor: Die „Staat“ genannte Ordnung – oder sollte *Ebers* bezweifeln, daß der Staat eine Ordnung sei? – diese personifizierte Ordnung konstatiert und beobachtet eine andere Ordnung, nämlich das Recht, und stellt dann ihre Beobachtung sicher. Warum eigentlich die eine Ordnung die andere „sicherstellt“, wie diese Sicherstellung erfolgt, ist nicht ganz klar. Wie peinlich jedenfalls für den „Staat“, wenn er schließlich konstatieren müßte, sich *selbst* beobachtet und sichergestellt zu haben! Die Vorstellung des das Recht als Schranke für sich, als Selbstbeschränkung also, selbst sicherstellenden Staates, ist offenbar nichts anderes als die alte Selbstverpflichtungstheorie. Es ist im Grunde nur der Staat, der den Staat beschränkt, der Staat seine eigene Schranke. Unter dieser Voraussetzung besagt es so gut wie nichts, wenn der Staat – wie *Ebers* nunmehr behauptet – in dem von ihm beobachteten und sichergestellten Recht die Schranken seiner *Souveränität* findet. Welcher Art diese Schranken sind ist nicht ersichtlich. Sie seien „durch die Natur und Aufgaben der Individuen und Korporationen gegeben“, entsprächen „dem Gemeinzwirk“²⁾, den der Staat zu verwirklichen hat. Etwas allgemein gesagt! Bleibt immer noch fraglich, warum zu solchen aus der Natur der Glieder und dem Zweck des *Staates* folgenden Schranken das *Recht* (als ein vom Staat verschiedenes Wesen) notwendig ist. Aus diesem Verhältnis des Staates zum Recht ergäbe sich mit Gewißheit, „daß solche Schranken bestehen, daß sie nicht nur mit der Souveränität vereinbar sind, sondern sogar zu ihrem Wesen gehören. Sie haben deshalb auch für die Frage der Beschränkbarkeit der Souveränität im Sinne der Unterordnung unter einen höheren Willen keine Relevanz“.⁹⁵⁰ Nun muß es allerdings sehr befremden, daß *Ebers* das Recht, „unter“ dessen Herrschaft er den Staat vorstellt, offenbar doch wieder nicht als einen „höheren“ Willen gelten läßt, dem der Staat „untergeordnet“ ist. Und es ist völlig unbegreiflich, wenn er fortfährt: „Wenn der Staat einem fremden Willen untersteht, so ist er nicht mehr frei, besitzt er nicht mehr die höchste Gewalt, verliert er also auch seine Souveränität. Wohl aber kann er selbst sich freiwillige Beschränkungen auferlegen, die seine Souveränität unberührt las-

4) a. a. O. S. 280.⁹⁴⁷

| 296 | 1) a. a. O. S. 281.⁹⁴⁸

2) a. a. O. S. 281.⁹⁴⁹

⁹⁴⁷ *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 280.

⁹⁴⁸ Vier Zitate: *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 280f.

⁹⁴⁹ *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 281.

⁹⁵⁰ *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 281.

sen. Denn das ist ja gerade ein Ausfluß seiner Souveränität, seine Tätigkeit frei nach seinem Willen, wenn auch innerhalb jener formellen Schranken, bestimmen, also auch sich selbst zugunsten anderer beschränken zu können, ohne seinen Charakter als freier, unabhängiger, souveräner Staat aufzugeben³⁾. Man bedenke: Mit | größtem Nachdruck wird erst das Recht als ein vom Staate *verschiedenes* |297 Wesen, das kann doch offenbar nichts anderes heißen: als ein dem Staate *fremder* Wille behauptet. Dieser fremde Wille setzt dem Staat eine Schranke, kann ihm diese Schranke nur setzen, weil – wie ausdrücklich behauptet wird – der Staat unter der Herrschaft des Rechts, also unter diesem ihm fremden Willen steht. Und nun wird angenommen, daß der Staat keinem fremden Willen unterstehe, daß er nur *sich selbst* freiwillig Beschränkungen auferlege und eben darum souverän bleibe, ja gerade, *weil* er souverän sei! Früher war es das vom Staat verschiedene Recht, das dem Staat die – seine Souveränität nicht berührenden – Schranken setzte. Jetzt ist es der Staat selbst, offenbar weil nunmehr wieder Staat und Recht identifiziert werden. Dabei ist festzuhalten, daß nach dieser letzten Fassung eine Beschränkung die Souveränität nur dann nicht berührt, wenn sie eine *freiwillige* Selbstbeschränkung ist. Daraus zieht nämlich *Ebers* den Schluß, daß ein „Staat souverän ist, der nur durch *Vertrag* gebunden ist“¹⁾. Allerdings fügt er im Widerspruch zu dem eben aufgestellten Axiom die Einschränkung hinzu: Es gäbe doch „Verträge, durch welche die Vertragsstaaten ihre Souveränität aufgeben“. *Ebers* meint die sog. konstitutiven Verträge, die er den bloß obligatorischen, die die Souveränität unberührt lassen, entgegensetzt. Da auch die konstitutiven Verträge unzweifelhaft *freiwillige* Selbstbeschränkungen darstellen, ist offenbar wieder ein anderes Kriterium für die Souveränität eingeschlichen. *Ebers* meint im weiteren Verlaufe: „Die Souveränität wird erst aufgehoben, wenn der Staat in ein personenrechtliches Unterordnungsverhältnis zu einem anderen Staate tritt, so daß er dessen Willen als einen ihm übergeordneten, höheren anerkennen muß, dieser aber jederzeit aus eigener Machtvollkommenheit in sein Selbstbestimmungsrecht eingreifen kann“²⁾. Zwei neue Momente sind es also, die die Souveränität aufheben. Ein personenrechtliches Unterordnungsverhältnis – gibt es überhaupt ein anderes als ein personenrechtliches? – scheint *Ebers* dann anzunehmen, wenn die höhere Person „aus eigener Machtvollkommenheit“ in das Selbstbestimmungsrecht – das ist doch wohl nur ein anderes Wort für Souveränität? – eingreifen kann. Daß die Souveränität des einen aufgehoben ist, wenn ein anderer in sie eingreifen darf, ist eine Tautologie. Ein Widerspruch ist es aber, wenn dies aus

³⁾ a. a. O. S. 282.⁹⁵¹

|¹⁾ a. a. O. S. 282.⁹⁵²

²⁾ a. a. O. S. 283.⁹⁵³

⁹⁵¹ *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 281f. – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁹⁵² *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 282 – Hervorhebung von Kelsen.

⁹⁵³ *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 283.

„eigener Machtvollkommenheit“ des andern geschehen soll, da *Ebers* von einem vertragsmäßigen Aufgeben der Souveränität spricht. In diesem Falle ist es aber nicht mehr die eigene Machtvollkommenheit des anderen, sondern – zumindest auch – die Machtvollkommenheit desjenigen Staates, in dessen „Souveränität“ einzugreifen, dieser Staat selbst im *Vertrage* dem anderen Staate eingeräumt hat. *Ebers* fährt auch fort: „*Im übrigen* lassen sich indessen keine Grenzen für die *freiwillige* Einschränkung der Souveränität ziehen“¹⁾. Und er erklärt schließlich – das neueingestellte Kriterium wieder fallen lassend – „dem Staat sind, mag er in der Uebertragung von Hoheitsrechten an einen anderen Staat selbst so weit gehen, daß die Souveränität nur noch als nudum jus erscheint, rechtlich keine Grenzen gesetzt, *freiwillig* seiner Souveränität Beschränkungen aufzuerlegen“, und wiederholt noch einmal den Satz, „daß durch die freiwillige Selbstbindung des Staates die Souveränität nicht berührt werde“²⁾. Auch wenn die Uebertragung von Hoheitsrechten soweit geht, daß diese freiwillige Selbstbindung ein personenrechtliches Unterordnungsverhältnis zum Inhalt hat?

Auf diese – etwas unsichere – Grundlage gestützt, geht *Ebers* an die Untersuchung der Stellung, die den Staaten im Staatenbund eingeräumt ist. Er meint, „da der Staatenbund nicht selbst Staat ist, diese vielmehr seine Glieder sind, so müssen diese, eben weil sie Staaten sind, auch souverän sein“³⁾. Daraufhin wären nun die einzelnen Bundesverfassungen zu prüfen. Zunächst stellt nun *Ebers* fest, daß aus den *Grundverträgen* der bekannten Staatenbünde hervorgehe, daß den Gliedern ausdrücklich die Souveränität vorbehalten sei; die Wahrung der Unabhängigkeit werde geradezu als Hauptzweck des Bundes bezeichnet⁴⁾. Daß ein Vertrag schon darum allein als Staatenbund und die Einzelstaaten als souverän bezeichnet werden müssen, weil dies der Vertrag selbst tut, wäre schon deshalb falsch, weil dahingestellt bleibt, was dieser Vertrag unter Souveränität versteht. Zwischen dem theoretischen Begriff und dem Sprachgebrauch des Gesetzes wie des Rechtsgeschäftes besteht nicht selten eine große Differenz. Nie kann ein rechtstheoretisches Problem durch den „Gesetzgeber“, d. h. durch den Inhalt einer Norm gelöst werden. Zumal das der Souveränität, das die Frage einer Hypothese, einer *Voraussetzung* juristischer Erkenntnis ist! Hat sich die Rechtstheorie im geringsten verhindern lassen, die Schweiz als Bundesstaat und ihre Kantone als nichtsoverän zu erkennen, obgleich die Schweizer Bundesverfassung den Gliedstaaten die Souve-

| 298 |¹⁾ a. a. O. S. 283.⁹⁵⁴

²⁾ a. a. O. S. 284.⁹⁵⁵

³⁾ a. a. O. S. 285.⁹⁵⁶

⁴⁾ a. a. O. S. 285.⁹⁵⁷

⁹⁵⁴ *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 283 – Hervorhebungen von Kelsen.

⁹⁵⁵ *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 283 f. – Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

⁹⁵⁶ *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 285.

⁹⁵⁷ *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 285.

ränität ausdrücklich zuerkennt und die Wahrung derselben als ihren Zweck erklärt? Immerhin scheint ja Ebers geneigt, diesen | „Ausdrücken“ kein allzu großes |299 Gewicht beizulegen¹⁾, denn er führt sofort ein anderes Moment an, das gleichfalls aus den Grundverträgen hervorgehe und „entschieden für die Souveränität der Staaten“ spreche: „die Art der Kompetenzverteilung“. Ebers scheint hier wieder die „vertragsmäßige und freiwillige“ Uebertragung von Hoheitsrechten auf den Bund im Auge zu haben. Ja, er geht sogar so weit, zu behaupten: „Wie nun der Staat seine Souveränität durch seinen eigenen Willen unbeschadet zu beschränken vermag, so muß er dies in gleicher Weise auch bezüglich seiner Kompetenz-Kompetenz tun können, ohne aufzuhören, ein souveräner Staat zu sein“²⁾. Es ist nicht einzusehen, warum nicht durch freiwillig geschlossenen Vertrag die verbundenen Staaten dem Bunde überhaupt die materielle Kompetenzhoheit übertragen können sollen, d. h.: Es kann in die vertragsmäßige Bundesverfassung die Bestimmung aufgenommen werden, daß die Aenderung dieser Verfassung, ihre Ausdehnung auf Kosten der Verfassung der Gliedstaaten durch Willensakt eines Bundesorgans, eventuell durch Mehrheitsbeschluß der Vertreter der verbundenen Staaten erfolgen kann. Wäre die freiwillige Selbstbindung das Kriterium der gewährten Souveränität, müßten die verbundenen Staaten auch in diesem Falle als souverän behauptet werden. Ein Staatenbund mit Kompetenzhoheit des Bundes – ist das nicht schon ein Bundesstaat? Wenn Ebers nur gewisse, vertragsmäßige „Einschränkungen“ der Kompetenzhoheit zugesteht und auf die Tatsache verweisen zu müssen glaubt, daß „sämtliche Grundverträge Verfassungsänderungen und damit die Ausdehnung der Zuständigkeit der Bundesgewalt von der Zustimmung sämtlicher Einzelstaaten abhängig“⁹⁶⁰ machen, so ist das erstere eine theoretische Inkonsequenz, das letztere irrelevant.

Rätselhaft ist aber, wenn Ebers, nachdem er immer wieder die *freiwillige Selbstbeschränkung* als das entscheidende Kriterium für die Wahrung der Souveränität betont, es ablehnt, „die vertragsmäßige Entstehung der⁹⁶¹ historischen Staatenbünde“ als Argument für die Souveränität der Staaten und damit als Beweis gegen den Korporationscharakter des Bundes gelten zu lassen³⁾. Ist der Vertrag nicht der typische Ausdruck für die freiwillige Selbstbindung? Kann eine vertragsmäßige Bindung – gerade vom Standpunkt der *Ebersschen* Anschauung – anders denn als eine *freiwillige* Selbstbindung betrachtet werden? Ebers führt hier die bekannte

¹⁾ a. a. O. S. 286.⁹⁵⁸

²⁾ a. a. O. S. 286.⁹⁵⁹

³⁾ a. a. O. S. 287.⁹⁶²

⁹⁵⁸ Ebers, Staatenbunde (Anm. 152), S. 286.

⁹⁵⁹ Vier Zitate: Ebers, Staatenbunde (Anm. 152), S. 286 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁹⁶⁰ Ebers, Staatenbunde (Anm. 152), S. 286.

⁹⁶¹ «der»] Ebers, Staatenbunde (Anm. 152), S. 287: «aller».

⁹⁶² Ebers, Staatenbunde (Anm. 152), S. 287 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

Theorie vom „konstitutiven“ Vertrag an. Mag dieser immerhin einen andern *Inhalt* haben als der „obligatorische“ Vertrag; das Moment der freiwilligen Selbstbindung kann ihm darum nicht ab|gesprochen werden. Aber *Ebers* argumentiert: „Und es ist in der Tat nicht einzusehen, warum souveräne Staaten, die durch obligatorischen Vertrag sich freiwillige Beschränkungen ihrer Souveränität auferlegen, sich selbst verpflichten können, nicht auch die Macht haben sollen, durch einen Konstitutivvertrag eine über ihnen stehende Gesamtpersönlichkeit zu schaffen, der sie sich in einem größeren oder kleineren Kreis von Beziehungen des staatlichen Lebens unterwerfen, d. h. das Recht einräumen, nach ihrem Ermessen, unabhängig vom Willen der Staaten, für diese bindende Anordnungen zu treffen“¹⁾. Damit sollen sie nach *Ebers* ihre Souveränität verlieren. *Ebers* beruft sich hier auch beim Konstitutivvertrag auf die freiwillige Selbstbeschränkung, wenn er aus der Fähigkeit der Staaten, obligatorische Verträge einzugehen, auf die analoge Fähigkeit hinsichtlich der konstitutiven schließt. Allerdings ist es ein offenkundiger Widerspruch, wenn er von der dem Bunde durch solchen Vertrag von den Einzelstaaten freiwillig und durch deren eigenen Willen eingeräumten Befugnis behauptet, sie werde „unabhängig vom Willen der Staaten“ ausgeübt. Nichts berechtigt ihn, gerade in diesem Falle über dem materiellen Inhalt der Befugnis des Bundes die formale Beziehung auf den die Befugnis begründenden Vertrag zu vergessen. Daß gerade nur in diesem Falle eine höhere Persönlichkeit geschaffen werde (steckt hier das „personenrechtliche“ Unterordnungsverhältnis?), ist selbstverständlich ganz unbegründet. Damit fällt aber die einzige Möglichkeit, den Bundesstaat vom Staatenbund prinzipiell zu scheiden, in sich zusammen.

§ 61. Bundesexekution, Sezession, Nullifikation.

Gestützt auf das formale Kriterium der freiwilligen Selbstbindung im Vertrag weist *Ebers* folgerichtig die Anschauung zurück, die auf der Festsetzung des *Majoritätsprinzipes* im Bundesvertrage den Korporationscharakter des Bundes und sohin den Mangel der Souveränität der Einzelstaaten begründet²⁾. Können sich sou-

| 300 ¹⁾ a. a. O. S. 288.⁹⁶³

²⁾ Hauptvertreter dieser bei den meisten Autoren sich irgendwie geltend machenden Anschauung ist *Haenel* a. a. O. S. 41 ff.⁹⁶⁴ Aber auch *Jellinek*, der die *Haenelsche* Auffassung zurückweist (Staatenverbindungen S. 170)⁹⁶⁵ und die Delegation von Majoritätsbeschlüssen in der Bundesverfassung nicht als entscheidend für die Entstehung einer über den verbundenen Gliedern stehenden juristischen Person gelten lassen will, erklärt als ein wesentliches Kriterium zwischen Bundesstaat und Staatenbund: „Wo daher die Kompetenz eines Bundes nur durch den einhelligen Vertragswillen der Glieder abgeändert werden kann, da ist kein Bundesstaat und überhaupt kein Staat, sondern nur eine mit delegierter und daher auch von dem Eigner zurückziehbarer Macht ausgerüstete Sozialgewalt vorhanden“ a. a. O. S. 296.⁹⁶⁶ Also ist doch das Majoritätsprinzip entscheidend?

⁹⁶³ *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 288.

⁹⁶⁴ *Haenel*, Elemente (Anm. 178), S. 41–43.

⁹⁶⁵ *G. Jellinek*, Staatenverbindungen (Anm. 145), S. 170.

⁹⁶⁶ *G. Jellinek*, Staatenverbindungen (Anm. 145), S. 296 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

|veräne Staaten – so meint *Ebers* – überhaupt durch Vertrag verpflichten, so können sie sich auch vertragsmäßig verpflichten, einem Majoritätsbeschluß künftig sich zu fügen¹⁾. Er betont gegen *Jellinek*, daß der überstimmte Staat bei der Befolgung des Beschlusses nicht seinen eigenen Willen vollführe, sondern – was *Ebers* hier allerdings nicht ausdrücklich sagt – einen fremden, den übergeordneten Willen der Vertragsordnung, was freilich nur dann richtig ist, wenn man *nicht* – wie dies gerade *Ebers* tut – auf den *Vertrag* als den Ursprung der Bindung zurückgeht, sondern auf den objektiven Vertragsrechtssatz, aus dem die Vertragsordnung ihre Geltung holt. |301

 Gegenüber jenen Autoren, die eine Beeinträchtigung der Souveränität der verbundenen Staaten darin erblicken, daß die Bundesgewalt ermächtigt wird, *in die inneren Angelegenheiten der Staaten einzugreifen*²⁾, und gegenüber jenen, die die Souveränität der Staaten im Staatenbund – zum Unterschied vom Bundesstaat – dadurch gewahrt sehen, daß die Bundesgewalt keine unmittelbaren Einwirkungen auf die Untertanen hat³⁾, beruft sich *Ebers* auf die vertragsmäßige Begründung sowohl der Ermächtigung zu Eingriffen in die inneren Angelegenheiten, als auch zu unmittelbarer Einwirkung auf die Untertanen. Er wiederholt immer wieder das Argument: Wenn die Staaten sich überhaupt vertraglich verpflichten können, ohne ihre Souveränität zu verlieren, warum sollten sie ihren Verträgen nicht auch diesen Inhalt geben können? Und ebenso argumentiert *Ebers* hinsichtlich einer im Bundesvertrag für den Fall der Nichtbefolgung von Bundesbeschlüssen vereinbarten *Bundesexekution*, daß auch diese – weil vertragsmäßig begründet – nicht im Widerspruch zur Souveränität der vertragschließenden Partei erfolge⁴⁾. Gewiß: *wenn* souveräne Subjekte einen verbindlichen Vertrag eingehen können, dann kann – voraussetzungsgemäß – kein *Vertragsinhalt* die Souveränität beeinträchtigen. Allein in der Vorstellung eines die koordinierten Subjekte verbindenden Vertrages und somit eine[r] über ihnen stehenden Rechtsordnung steckt schon die *Aufhebung* der Souveränität. Die Vorstellung eines rechtsverbindlichen *Staaten-*Vertrages ist eben mit dem Souveränitätsdogma unvereinbar. Mit Beziehung auf diese *vorausgesetzte* Unterwerfung unter die Rechtsordnung ist der Wille der Subjekte im Grunde auch nicht im Augenblicke des Vertragsabschlusses „frei“, und wird nicht erst *nach* Abschluß des Vertrages „gebunden“, wie man anzunehmen pflegt. Er ist vielmehr stets gebunden, weil der Rechtsordnung unterworfen, weil er nur im Rahmen, inner den *Schranken* der Rechtsordnung existent werden kann. |302

1) a. a. O. S. 289, 967

2) a. a. O. S. 293, 968

3) a. a. O. S. 295, 969

4) a. a. O. S. 290, 970

967 *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 289.

968 *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 293.

969 *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 294 f.

970 *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 290.

Zu welchen Konstruktionen es führen muß, wenn man die rechtliche Bindung auf den Willen der Parteien im Vertrag und nicht auf die objektive Rechtsordnung zurückführt, das zeigt gerade der Fall der Bundesexekution. Da *Ebers* die „Freiwilligkeit“ nachweisen muß, um die Souveränität zu wahren, ist er zu der Behauptung gedrängt: daß der Staat, der sich weigert, einen Bundesbeschluß auszuführen, und gegen den nun mit *Zwang*, mit Bundesexekution vorgegangen wird, sich *freiwillig* unterwirft: denn im Bundesvertrag habe sich dieser Staat freiwillig mit der etwaigen Erzwingung für einverstanden erklärt! Aber vielleicht hat er seinen „Willen“ schon im nächsten Augenblick nach dem Vertragsabschluß geändert? Jedenfalls hat er den im Augenblick des Vertragsabschlusses vorhandenen Willen, sich den Bundesbeschlüssen zu fügen, in dem Augenblicke *nicht*, da gegen ihn *Zwang* geübt werden muß. Wo *Zwang* ist, da kann – so sollte man meinen – zugleich keine Freiheit sein¹⁾? Es ist eben überhaupt nicht der im Vertrag geäußerte Wille des rechtsunterworfenen Subjektes, dem sich dieses Subjekt selbst zu fügen hat, der rechtlich bindet, sondern der „Wille“ der Rechtsordnung, der diesem „Willen“ des Subjektes gegenüber stets ein fremder, höherer Wille ist, auch wenn er seinen Inhalt aus irgendeinem einmaligen Willensakte des Subjektes holt. Darum ist ja diese ganze, auf die freiwillige Selbstbindung des Vertrages aufgebaute Souveränität ein Unding!

Weil auch im Falle der Exekution nur freiwillige Unterwerfung vorliege, so könne – schließt *Ebers* – von keiner „Herrschaft“, keiner „personenrechtlichen Unterordnung unter den Gesamtwillen“⁹⁷³ | die Rede sein. Daß das Moment der *Freiwilligkeit* die *personenrechtliche* Unterwerfung ausschließen soll, steht in direktem Widerspruch zu der Tatsache, daß *Ebers* gerade auf der gemeinsamen Grundlage des *Vertrages*, also der freiwilligen Selbstbindung, einerseits – bloß obligatorisch – Verpflichtungsverhältnisse, andererseits – konstitutiv – die personenrechtliche Unterordnung unter eine durch Vertrag geschaffene Gesamtpersonlichkeit aufbaut¹⁾. Das Fehlen einer „personenrechtlichen Unterordnung unter den Ge-

| 302 |¹⁾ Das gleiche Problem ergibt sich bei dem Versuche des individualistischen Naturrechts, den Staat – d. h. die einzelstaatliche Rechtsordnung – auf der Souveränität – hier „Freiheit“ – der Individuen aufzurichten. Ausgehend von der Konstruktion des Gesellschaftsvertrages gelangt z. B. *Rousseau* zu der mit diesem Ausgangspunkt in Widerspruch stehenden Annahme einer *volonté générale* und des weiteren zu der Konsequenz, daß man den Bürger, der dem allgemeinen Willen den Gehorsam verweigert, „*zwingen* werde, *frei* zu sein“ (Du contrat social. I. Buch, 7. Kap.).⁹⁷¹ Vgl. dazu *meine* Schrift: Vom Wesen und Wert der Demokratie. 1920.⁹⁷² Dort zeige ich die Metamorphose auf, die der Freiheitsbegriff durchmachen muß, um zur Grundlage einer Theorie des Staates zu werden.

| 303 |¹⁾ a. a. O. S. 283, 288.⁹⁷⁴

⁹⁷¹ *Rousseau*, Contrat social (Anm. 885), I. Buch, Kap. 7 (S. 40).

⁹⁷² *Kelsen*, Demokratie (Anm. 898), S. 50–59.

⁹⁷³ *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 290.

⁹⁷⁴ *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 283, 288.

samtwillen“ schließt *Ebers* aber auch aus folgendem: Widersetzt sich der Staat der Exekution, kommt es zum *Krieg*. Der Widerstand gegen die Exekution sei nicht Rebellion. Gegen den Einwand, daß während des Bestehens des Bundesverhältnisses ein Krieg zwischen den Gliedern ausgeschlossen sei, führt *Ebers* an: „Sobald aber der renitente Staat gegen den mit Exekution betrauten Staat die Waffen erhebt, sich also dem Bundeszwange nicht fügen will, *bricht er den Bundesvertrag* und spricht damit seinen Austritt aus dem Bunde aus“²⁾. Ganz abgesehen sei hier davon, daß der Krieg – ob nun innerhalb eines engeren Bundesverhältnisses oder innerhalb der Völkerrechtsgemeinschaft überhaupt – sofern er als Rechtsakt begriffen werden soll, nur als Exekution, als Rechtszwang, als Rechtsdurchsetzung gelten kann und daß daher die an die verschiedene *Deutung* dieses Zwangsaktes anknüpfende Unterscheidung zwischen Staatenbund und Bundesstaat, hier Exekution, dort nackter Krieg (die Qualifikation des Widerstandes: hier Rebellion, dort gleichfalls Krieg, ist sekundärer Natur) hinfällig ist. Nur von den eigenen Voraussetzungen der *Ebersschen* Darstellung selbst soll ausgegangen werden. Da ist erstlich festzustellen, daß die Behauptung: der renitente Staat bricht den Bundesvertrag und spricht *damit* seinen Austritt aus dem Bunde aus, eine Fiktion ist. Sein Wille geht – voraussetzungsgemäß – nur auf Nichterfüllung einer speziellen, konkreten Einzelverpflichtung, ja vielleicht liegt überhaupt nur die *Leugnung* dieser konkreten Verpflichtung bei voller Anerkennung des Bundesvertrages vor. Der „renitente“ Staat ist weit davon entfernt, austreten zu wollen. Von dem „Ausprechen“ eines solchen Willens ist schon gar keine Spur. Die Behauptung *Ebers'* könnte nur den Sinn haben: Im Falle dieses Vertragsbruches ist der Vertrag – objektiv, d. h. nach den Bestimmungen des Völkerrechts oder spezieller Bestimmung des Vertrags selbst – als aufgelöst zu betrachten. Denn der Austritt aus dem Bunde ist für den Austretenden gleichbedeutend mit der Auflösung des Vertrages, der Been|digung der Verbindlichkeit dieser speziellen Vertragsordnung. Zu einer solchen Annahme fehlt allerdings jeder Grund. Ueberdies wäre nicht einzusehen, weshalb gerade nur *dieser* Vertragsbruch – nämlich Widerstand gegen Bundesexekution – die Auflösung des Vertrages zur Folge haben sollte. Nach der Ausführung *Ebers'* wird aus dem Vertragsbruch als solchem auf die Auflösung geschlossen. Eine Verpflichtung, die aufgehoben sein soll, wenn sie nicht erfüllt wird, ist aber *keine* Verpflichtung. Es ist ein: du sollst, wenn du willst. Da jede völkerrechtliche Verpflichtung, und so auch jede Bundesvertragspflicht schließlich unter der Sanktion der Exekution, letztere speziell der Bundesexekution steht, bedeutet die Annahme, daß der Widerstand gegen die Bundesexekution der Auflösung des Bundesvertrages gleichkomme, die Negation der verbindlichen Kraft dieses Vertrages, die Aufhebung des Begriffs eines Staatenbundes.

| 304

²⁾ a. a. O. S. 291.⁹⁷⁵

⁹⁷⁵ *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 291 – Hervorhebung von Kelsen.

Damit ist auch das vielerörterte Problem des *Sezessions-* und *Nullifikationsrechtes* im Staatenbund aufgerollt. So wie die Entstehung ist auch die Beendigung von Verpflichtungen und Berechtigungen an Bedingungen geknüpft, die die Rechtsordnung aufstellt. Die Rechtsordnung kann, wie bei der Entstehung so auch bei der Beendigung eines Rechtsverhältnisses, den Willen der verpflichteten und berechtigten Subjekte delegieren. Wie die Begründung von Pflichten und Rechten sowie deren Inhalt an den Vertrag, d. h. an den übereinstimmenden Willen der Parteien, so kann auch die Beendigung dieses Verhältnisses an den gleichen Tatbestand geknüpft, es kann den Parteien im Vertrag überlassen sein, selbst zu bestimmen, wie und wann das Vertragsverhältnis, die Geltung der Vertragsordnung enden solle. Natürlich können auch Rechtsverhältnisse von *unbegrenzter* (d. h. nur durch die natürlichen Tatsachen des Todes usw. *faktisch* begrenzter) Dauer entstehen. Jedenfalls bedarf es wie für ihre Entstehung so auch für ihre Beendigung eines *positiv-rechtlichen* Grundes. Haben die kontrahierenden Parteien in ihrem Verträge *keinen* Endigungsgrund, keine Auflösungsmöglichkeit gesetzt, und fehlt es auch sonst an einem Rechtssatz der objektiven Rechtsordnung, dann liegen eben in ihrer zeitlichen Geltung grundsätzlich unbegrenzte Normen vor. Es wäre denn, daß man z. B. annehmen darf, die kontrahierenden Parteien hätten stillschweigend die Auflösung durch *mutuus dissensus* vorausgesetzt, oder die Auflösung eines Vertrags durch solche Willenseinigung sei durch Gewohnheitsrecht eingeräumt usw. Der meist als selbstverständlich vorausgesetzte Satz: Ein Rechtsverhältnis kann auf dieselbe Weise beendet werden, auf die es entstanden |³⁰⁵ ist, muß, um angewendet werden zu können, auch hier als positiver Rechtssatz des betreffenden Systems nachgewiesen werden! Die Delegation des Subjektswillens seitens der objektiven Rechtsordnung hinsichtlich der individuellen Rechtsgestaltung hat jedoch – wie wiederholt betont wurde⁹⁷⁶ – insofern eine Grenze, als irgendeine Differenzmöglichkeit zwischen dem Inhalt des objektiven Rechts und dem des Subjektswillens offen bleiben muß.

Ist ein Bundesvertrag nicht für eine bestimmte Zeit geschlossen und ist die Auflösung durch *mutuus dissensus* nicht ausdrücklich vereinbart, so ist er als „ewiger“ Bund anzusehen. Denn es fehlt an einem Völkerrechtssatz, der einen Endigungsgrund liefert, und die „unausgesprochene“ Absicht der Kontrahenten ist gerade hier ein unbrauchbares Interpretationsmittel. Bei dem Abschluß von Staatenbundverträgen scheint im allgemeinen die Absicht mehr auf die Ewigkeit als auf begrenzte Zeitdauer zu gehen. Die Aufnahme einer Bestimmung in den Bundesvertrag, derzufolge die Parteien auf eine Auflösung durch *mutuus dissensus* ausdrücklich verzichten, ist daher überflüssig. Es genügt der Mangel einer bezüglichen positiven Bestimmung. Wenn demgegenüber die herrschende Lehre – und mit ihr *Ebers* – die Auflösungsmöglichkeit des Bundes durch übereinstimmenden Beschluß der Staaten auch ohne ausdrückliche Vereinbarung, ja sogar

⁹⁷⁶ Vgl. oben S. 288f., 465f., 476f., 519, 544.

gegen den ausdrücklichen Verzicht darauf behauptet, so kann solche Behauptung nur mit der Souveränität der verbundenen Staaten begründet werden. Das ist aber – abgesehen von allem anderen – ein *circulus vitiosus*, wenn man, was unvermeidlich ist, die Souveränität der Staaten umgekehrt wieder daraus erschließt, daß der Vertrag nicht unlösbar sei. Nicht die Unlösbarkeit des Vertrages, sondern die auf einem höheren Völkerrecht beruhende vertragliche Bindung ist mit der Souveränität unvereinbar. Vollends verfehlt aber ist, wenn die herrschende Lehre jedem Einzelstaate das weder in einem positiven Völkerrechtssatz, noch im Bundesvertrag begründete Recht zuspricht, jederzeit *einseitig* aus dem Bunde auszuschneiden, wenn es das Interesse – das *Lebensinteresse* pflegt man gewöhnlich einschränkend zu sagen – erfordert. Es kann sich bei diesem Sezessionsrecht nur um einen Spezialfall der berüchtigten *clausula rebus sic stantibus* handeln, unter deren „stillschweigender“ Voraussetzung angeblich alle völkerrechtlichen Verträge, also auch der Staatenbündungsvertrag, abgeschlossen werden. Ist nur freilich nicht zu begreifen, weshalb dieser Vorbehalt beim Abschluß jener Verträge gefehlt haben sollte, auf denen die sog. Bundesstaaten begründet wurden, wenn Gliedstaaten der herrschenden Lehre zufolge *kein* Sezessionsrecht | haben¹⁾. In Wahrheit ist die An- | 306

¹⁾ *Binding* sagt dazu das Folgende: Die Verfassung des Bundesstaates, die als die „Rechtsfolge“ der „Vereinbarung“ zwischen den den Bundesstaat gründenden Einzelstaaten anzusehen ist, ist eine „paktierte“ Verfassung, und „eine wirklich paktierte Verfassung ist also echte Willenseinigung zwischen den Personen, die ... das künftige Gemeinwesen mitbilden helfen wollen“ (a. a. O. S. 165).⁹⁷⁷ Dagegen einige Zeilen später: „Nicht sowohl die Einigung der Willen schafft die Verfassung – denn die Willen, die sich gebunden, können sich auch wieder lösen: wohl aber die gemeinsame Tat, von der es keinen Rücktritt gibt, deren Konsequenzen jeder für sich, alle für alle, Generation für Generation anzuerkennen und zu vertreten haben. Diese Tat ist die Bildung, Erklärung und Verwirklichung des Gemeinwillens.“⁹⁷⁸ Bildung und Erklärung des Gemeinwillens ist die Vereinbarung. Daß diese – als bloße Willenseinigung – plötzlich die Verfassung *nicht* schaffen soll, obgleich gerade früher die Verfassung als Rechtsfolge der Vereinbarung, ja als identisch mit der Willenseinigung bezeichnet wurde, sei nicht weiter beachtet. Interessant ist vor allem: daß die Vereinbarung als bloße Willenseinigung den Ausschluß des Sezessionsrechts nicht beinhaltet. Einen Rücktritt verhindert nicht die Willenseinigung, sondern die „Tat“. Und eine solche Tat liegt erst vor, wenn zur Bildung und Erklärung des Gemeinwillens seine *Verwirklichung* hinzutritt. Wie die Vollziehung einer Vereinbarung den in der Vereinbarung selbst nicht enthaltenen Ausschluß des Rücktritts *rechtlich* bewirken soll, ist rätselhaft. Das scheint auch *Binding* anzunehmen. Denn er fügt hinzu: „Ich will in das Mysterium dieser Tat hier nicht weiter einzudringen versuchen.“ Leider hat er dieses Mysterium auch an anderer Stelle nicht aufgeklärt. Aber er hat nicht unterlassen, hinzuzufügen, daß sich die Vereinbarenden bei der Gründung des Norddeutschen Bundes darüber „völlig klar gewesen“ seien, daß es dieser „Tat“ „gegenüber für einen der Miturheber nach dem Zustandekommen des Werkes ‚nichts derart gibt wie Nullifikation und Sezession“.⁹⁷⁹ Sollte etwa die Absicht und sohin der „Wille“ der Vereinbarenden für diese Frage doch nicht ganz gleichgültig sein? Irgendeine Äußerung dieses Willens, aus der man auf seinen Inhalt schließen kann, muß doch wohl vorliegen, wenn man behaupten kann, die Vereinbarenden seien sich darüber „klar gewesen“. – Weshalb die Vereinbarung, die den Norddeutschen Bund

⁹⁷⁷ *Binding*, Gründung (Anm. 420), S. 165 – Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁹⁷⁸ *Binding*, Gründung (Anm. 420), S. 165 – Hervorhebung von Kelsen.

⁹⁷⁹ Drei Zitate: *Binding*, Gründung (Anm. 420), S. 165.

307 nahme der *clausula rebus sic stantibus* im allgemeinen – sofern ein positiver Völkerrechtssatz dieses | Inhalts nicht nachgewiesen werden kann – und eines Sezessionsrechtes im besonderen – sofern ein solches nicht ausdrücklich im Bundesvertrage vereinbart wurde – nur das Aufgeben des *Rechtsstandpunktes* und die Behauptung eines reinen *Machtstandpunktes*, das Verschieben der Betrachtung aus der Rechtssphäre in die Welt der nackten Tatsachen. Es ist im Bereiche des durchaus individualistisch auf der „Anerkennungs“theorie begründeten Völkerrechts das Analogon zu dem vom individualistischen Naturrecht innerhalb der dem Staatsvertrag gegründeten einzelstaatlichen Ordnung dem menschlichen Subjekt vorbehaltenen *Widerstandsrecht*. So sagt *Ebers* zur Begründung des auch von ihm den Einzelstaaten im Bunde zugesprochenen Sezessionsrechtes vor allem: „Denn hat der betreffende Staat die *Macht*, die Folgen dieses seines Austrittes zu tragen, wird ihn nichts zwingen können, fernerhin im Bunde zu verbleiben“¹⁾. Ist es nicht betrübend, immer wieder ausdrücklich feststellen zu müssen, daß die Konstatierung des Rechtsbruchs für die Frage der Rechtsgeltung – das ist aber das Problem des Juristen – gleichgültig ist? *Ebers* meint, die herrschende Lehre vor-

oder sonst einen Bundesstaat begründet, jedes Rücktrittsrecht ausschließt, während eine Vereinbarung, durch die ein Staatenbund entsteht, trotz der mystischen „Tat“, die ja auch hier vorliegen dürfte, den Teilnehmern ein Rücktrittsrecht einräumt, ist besonders unverständlich, wenn man die folgende Lehre *Bindings* berücksichtigt! „Die Festigkeit der frei geschlossenen Vereinbarung, will sagen die *Freiheit oder Unfreiheit des Teilnehmers, sich daraus beliebig oder unter bestimmten Bedingungen zu lösen, ist verschieden stark*. Beim verbrecherischen Komplott besteht nicht nur die volle Freiheit jederzeitigen Austritts, sondern geradezu eine Austrittspflicht. Es gibt rechtlich gebilligte Vereinbarungen, die auf bestimmte Zeit oder nur bis zur Erreichung eines bestimmten Zweckes dauern sollen. *Der Austritt aus dem ewigen Staatenbunde wird nur dadurch zulässig, daß seine Verfassung gegen den Austretenden gebrochen worden* | ist“ (a. a. O. S. 219/20).⁹⁸⁰ Das ist blankes Naturrecht! Oder: vom Standpunkt positiv rechtlicher Erkenntnis, willkürliche Behauptung; oder: politisches Postulat. Aber das innere Verhältnis, in dem diese Art von Rechtswissenschaft – es ist die heute herrschende – zur Politik steht, enthüllt sich in der Bemerkung, die *Binding* gelegentlich über irgendeine Erklärung des preußischen Gesandten in der Frage der Gründung des Norddeutschen Bundes macht. Sie sei – meint *Binding*, Recht und Politik scharf trennend – „lediglich mit politischen, nicht mit Rechtsgründen“ vertreten worden; allein er fügt hinzu: „aus der gesunden Ueberzeugung heraus, daß das politisch allein Mögliche auch das rechtlich Gegebene sei“ (a. a. O. S. 103).⁹⁸¹ Das politisch Mögliche? Das ist zumeist dasjenige, was man für das politisch Richtige hält. Oder wäre anders zu verstehen, was *Binding*, seine Vereinbarungstheorie auf die im Weltkrieg gegen die Mittelmächte gebildete *Entente* anwendend, behauptet: „Dem Verbrechenskomplott ganz analog geartet ist die Koalition eifersüchtiger Staaten wider einen andern Staat, dem sie Vernichtung geschworen haben. *Wie dort dürfte auch hier eine Austrittspflicht bestehen*“ (a. a. O. S. 224).⁹⁸² Sollte sich diese Austrittspflicht auch aus dem Mysterium der Tat ableiten lassen?

¹⁾ a. a. O. S. 292.⁹⁸³

⁹⁸⁰ *Binding*, Vereinbarung (Anm. 415), S. 219f. – Hervorhebungen teilweise von Kelsen, Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

⁹⁸¹ *Binding*, Gründung (Anm. 420), S. 103 – Hervorhebung von Kelsen.

⁹⁸² *Binding*, Vereinbarung (Anm. 415), S. 224 – Hervorhebung von Kelsen, Hervorhebung des Autors von Kelsen nicht übernommen.

⁹⁸³ *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 292 – Hervorhebung von Kelsen.

tragend, im Bundesstaat sowie in dem als *Korporation* aufgefaßten Staatenbund sei das einseitige Ausscheiden „ein unrechtmäßiges, ein durch nichts zu rechtfertigender Akt der Gewalt, eine Auflehnung gegen den übergeordneten Willen des Bundes. Sind die Staaten aber souverän, dann ist das Ausscheiden zwar *auch* ein unrechtmäßiges, *aber es trägt nur den Charakter eines Vertragsbruches*, nicht den der Rebellion an sich“²⁾. Allein | ist nicht auch der Vertragsbruch die Verletzung | 308 eines Rechtssatzes, nämlich des Vertragsrechtssatzes und damit der Bruch derjenigen Rechtsordnung, deren integrierender Bestandteil dieser Rechtssatz ist? Ist der Vertragsbruch daher nicht auch ein durch nichts zu rechtfertigender *Gewaltakt*, wie das eben *jedes Unrecht* ist, eine Auflehnung gegen den Willen der übergeordneten Rechtsordnung des Völkerrechts im allgemeinen und den gleichfalls übergeordneten Willen der – auch *nicht* als *Korporation* aufgefaßten, nicht personalisierten – Bundesordnung?

Daß auf das sog. Sezessionsrecht nicht ausdrücklich verzichtet zu werden braucht, damit es fehle, bedarf nach dem Vorhergesagten nicht besonderer Hervorhebung. Daß sogar ein solcher Verzicht ungültig sei, muß allerdings die herrschende Lehre behaupten. Wenn sie dies, wie z. B. *Ebers*, mit der Souveränität der Parteien begründet, die ein unverzichtbares Sezessionsrecht in sich schließe¹⁾, so ist der bereits oben charakterisierte Zirkel geschlossen! Eine Staatenverbindung ist ein Staatenbund, wenn die Glieder souverän sind. Ein Symptom des Staatenbundes ist das – den Staaten im *Bundesstaate* fehlende – Sezessionsrecht. Die Staaten sind souverän wenn sie das Sezessionsrecht haben. Sie haben das Sezessionsrecht, weil sie souverän sind. – Natürlich kann ein Sezessionsrecht für *bestimmte* Fälle und so auch für den Fall einer Gefährdung von Lebensinteressen im Bundesvertrag ausdrücklich eingeräumt sein. Durch einen solchen Inhalt wird allerdings die Rechtsform bis zur äußersten Grenze ihrer Aufnahmefähigkeit gespannt. Hier droht der Inhalt schon die Form zu sprengen. Immerhin, solange nicht *jede* Interessengefährdung als Bedingung dieses Rechtes gesetzt, solange die Bundesordnung nicht *nur* zu solchem Verhalten verpflichtet will, das, weil im eigenen Interesse der Subjekte, von ihnen selbst *gewollt* wird, solange die mögliche Differenz von Sollen und Wollen nicht auf Null sinkt, ist formell die Rechtsidee gewahrt. Und das Analoge gälte, wenn der Völkerrechtssatz *pacta sunt servanda* tatsächlich nur mit der Einschränkung der berüchtigten *clausula rebus sic stantibus* nachzuweisen wäre.

Aus der Souveränität kann ebensowenig wie das Sezessionsrecht das sog. Nullifikationsrecht, d. i. das Recht des Einzelstaates abgeleitet werden, Gesetze, Beschlüsse oder sonstige Akte der Bundesgewalt für nichtig zu erklären und eventuell

²⁾ a. a. O. S. 292. ⁹⁸⁴

| ¹⁾ a. a. O. S. 292. ⁹⁸⁵

⁹⁸⁴ *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 292 – Hervorhebungen von Kelsen.

⁹⁸⁵ *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 292 f.

aus diesem Grunde die Befolgung zu verweigern. Ein solches Recht müßte, um behauptet zu werden, in der Bundesverfassung eingeräumt sein; denn indem die Bundesverfassung ein *Organ* zur Setzung der fraglichen Akte | delegiert, ist *diesem* die Entscheidung darüber vorbehalten, was Rechtens sei; es wäre denn, daß einem anderen Organe die Ueberprüfung der Verfassungsmäßigkeit und eventuelle Kassation übertragen ist. Dieses Organ höherer Instanz muß keineswegs ein arbeits- teilig funktionierendes sein. Es ist denkbar, daß jedes rechtsunterworfenen Subjekt selbst durch die Verfassung ermächtigt wird, einen Akt des Bundesorgans so zu prüfen und für seinen Bereich zu kassieren, wie dies sonst einer höheren Instanz zukommt. Das rechtsunterworfenen Subjekt fungiert hier ebenso als Organ wie in der primitiven Rechtsgemeinschaft schon beim ersten Akt der Rechtserzeugung. Die Rechtsgemeinschaft ist im Falle eines Nullifikationsrechtes eben auf der Stufe der Rechtskontrolle noch eine primitive. Worauf es in diesem Zusammenhange allein ankommt, ist die Feststellung, daß ein derartiges Nullifikationsrecht mit der Souveränität nichts zu tun hat, daß es keineswegs, wie z. B. *Ebers* behauptet, „die logische Folge der Souveränität“⁽¹⁾ sei. Nur kann zugegeben werden, daß dort, wo es eingeräumt ist, ganz ebenso wie dort, wo ein Sezessionsrecht gegeben wird, die mögliche Differenz zwischen dem Inhalt der objektiven Rechtsordnung und dem Subjektswillen auf ein Minimum reduziert ist, weshalb die Bundesordnung weniger deutlich als ein fremder, höherer Wille zum Bewußtsein kommt und daher ein geringerer Anreiz zu ihrer Personifikation besteht.

§ 62. Der Staatenbund als juristische Person.

Bis zu welchem Grade die Einsicht in das Wesen dieser Personifikation der Rechtswissenschaft verloren gehen konnte, das zeigen die auch in diesem Punkte typischen Ausführungen *Ebers*'s. Nachdem er dargelegt hat, daß ein Staatenbund – ganz ebenso wie ein Bundesstaat – in seine Verfassung das Mehrheitsprinzip, die Bundesexekution, das Verbot des einseitigen Rücktritts, die Zuständigkeit in inneren Angelegenheiten der Staaten, die unmittelbare Einwirkung der Bundesgewalt auf die Untertanen usw. aufnehmen kann, ohne dabei – im Gegensatz zum Bundesstaat – die Souveränität der Staaten zu berühren, erklärt er vom Staatenbund, „daß er sich einem Bundesstaat bis aufs äußerste nähern kann, ohne in ihn überzugehen, sofern nicht der Bundesgewalt ein Herrschaftsrecht über die Einzelstaaten eingeräumt wird, diese nicht in ein Verhältnis der Ueber- und Unterordnung zum Bunde treten, kurz ihre Souveränität behalten“⁽²⁾. Da weder der vertragsmäßige *Ursprung*, noch der *Inhalt* des Vertrags die beiden Staatenverbindungen voneinander

| 309 |¹⁾ a. a. O. S. 293.⁹⁸⁶

²⁾ a. a. O. S. 296.⁹⁸⁷

⁹⁸⁶ *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 293.

⁹⁸⁷ *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 296.

scheidet, da insbesondere auf den Bund beliebig viel „Hoheitsrechte“ übertragen werden können, ohne daß dadurch die Souveränität der Staaten gefährdet wird, wenn dies nur freiwillig, d. i. vertragsmäßig geschieht, so kann man gespannt sein, wann eigentlich der Bundesgewalt ein Herrschaftsrecht, eine Ueberordnung eingeräumt wird. Sieht man näher zu, so stellt sich heraus, daß dies dann der Fall ist, wenn man die Bundesordnung personifiziert! Natürlich ist man sich nicht bewußt, daß es ein Akt willkürlicher Konstruktion, eine das Wesen des Rechtsgebildes nicht berührende Hilfsvorstellung des Juristen ist, wenn dieser eine Staatenverbindung als juristische Person, als Korporation erklärt. Man glaubt vielmehr damit ein objektives Wesenselement festgestellt zu haben. Wenngleich man offenkundig sich in dem Zirkel befindet: die Verbindung ist keine juristische Person, also sind die Glieder souverän, und die Glieder sind souverän, also ist die Verbindung keine juristische Person.

Ebers lehnt die Korporationstheorie für den Staatenbund ab. Allerdings personifiziert er die Bundesordnung schon dadurch, daß er von einer Bundesgewalt spricht. Ueberdies erklärt er ausdrücklich, daß der Bund „als Einheit, als mit eigenem Willen begabt, als *Träger von Rechten* gegenüber seinen Gliedern wie dritten Staaten auftrate“¹⁾. Was ist ein „Träger von Rechten“ anderes als ein Rechtssubjekt? Kann der Bund etwas anderes als ein Rechtssubjekt, eine juristische Person sein, wenn *Ebers* von ihm sagt, daß er „im eigenen Namen“ Verträge schließe, Kriegs- und Friedensrecht ausübe usw.; „daß der Bundeswille nicht identisch“ sei mit der Summe der Einzelwillen, daß er „dem Willen des einzelnen Staates als ein fremder gegenüberreten“⁹⁸⁹ könne, daß die Bundesorgane nicht bloß gemeinschaftliche Organe, sondern Organe der Gesamtheit seien? Das ist die vollendetste Personifikation einer Gemeinschaftsordnung, das ist der Hilfsbegriff der Korporation. Und dabei lehnt *Ebers* die von ihm so genannte Korporationstheorie ab! Sie gehe zu weit. „Sie statuiert eine Herrschaft des Bundes über die Glieder, ein Verhältnis der Ueber- und Unterordnung“²⁾ und das sei mit der Souveränität der Staaten im Staatenbunde unvereinbar. Man sollte meinen, eine „Theorie“ könne doch kein Ueber- und Unterordnungsverhältnis „statuieren“, und die Korporationstheorie dürfte nicht deshalb abgelehnt werden, weil sie es ist, die ein Ueber- und Unterordnungsverhältnis herbeiführt, sondern: weil die Rechtsordnung des Staatenbundes kein solches statuiert, müßte diese „Theorie“ unanwendbar | sein. Allein *Ebers* glaubt sich vor dem Dilemma: „Entweder sehen | 311 wir den Staatenbund als Gesellschaft an, als ein völkerrechtliches Rechtsverhältnis, dann sind wir nicht in der Lage, für sein *eigenes* Wollen und Handeln, seine

¹⁾ a. a. O. S. 297 ff. ⁹⁸⁸

²⁾ a. a. O. S. 300. ⁹⁹⁰

| 310

⁹⁸⁸ *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 297–302 – Kelsen paraphrasiert eine Passage auf S. 298.

⁹⁸⁹ Drei Zitate: *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 298 f.

⁹⁹⁰ *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 300.

völkerrechtliche Einheit eine hinreichende Erklärung zu finden, oder aber wir sprechen ihm, um letzteres tun zu können, den Charakter als Korporation, als eines den Gliedern übergeordneten Rechtssubjektes zu, dann befinden wir uns in Widerspruch mit der Souveränität der Staaten⁴¹). Und aus diesem Dilemma findet *Ebers* – im Anschluß an *Jellinek*⁹⁹² – den Ausweg, daß er den Staatenbund als „Gemeinschaft zur gesamten Hand“ erklärt,⁹⁹³ was in Wahrheit nur ein anderer Ausdruck für die Personifikation der über den Gliedern stehenden Gemeinschaftsordnung ist. Da *Ebers* in der juristischen Person als solcher das Moment der Ueber- und Unterordnung erblickt, ist für ihn das Problem tatsächlich dies: Die Personifikation der juristisch „über“ den Gliedern stehenden, weil sie in objektiv gültiger Weise verpflichtenden (einen „eigenen“ Willen darstellenden) Bundesordnung so zu vollziehen, daß das Moment der Ueberordnung über die Glieder vermieden wird. Ein unmögliches Beginnen! Denn die Personifikation oder deren Produkt, die juristische Person, enthält an und für sich keinerlei Moment der Ueber- und Unterordnung. Dieses haftet an dem *Substrat* der Personifikation, der Ordnung, die je nach ihrer *logischen* Relation zu einer im Verhältnis zu ihr besonderen oder allgemeineren, delegierenden oder delegierten Ordnung eine „höhere“ oder „niedere“ ist und demnach in ihrer Personifikation – bildlich vorgestellt – über- oder untergeordnet erscheint.

In der *Ebersschen* Argumentation spiegelt sich der heutige Stand der Rechtswissenschaft. Er sagt: Der Staatenbund besitzt „einen eigenen Willen, ist Träger eigener Rechte und Pflichten, er hat eine eigene Rechtssphäre, innerhalb deren sein Wille von dem des einzelnen Staates abweichen, seine Rechte und Pflichten denen des einzelnen Staates gegenüberstehen können“⁴²). Das *ist* eine juristische Person. *Ebers* meint jedoch nur: „Das *scheint* allerdings für ein besonderes Rechtssubjekt zu sprechen.“ Gewiß, ein Subjekt von Rechten scheint ein Rechtssubjekt zu sein. Allein: „Wenn wir nun aber prüfen, wer der *Träger* dieses Willens, dieser Rechte ist, dann ergibt sich, daß dies die Staaten selbst sind, und zwar nicht jeder einzelne Staat für sich, sondern die verbündeten Staaten in ihrer Gesamtheit.“ Unter dem Schein, richtiger: in der Selbsttäuschung, einen objektiven Tatbestand zu „prüfen“,
 | 312 ändert *Ebers* einfach den eben eingenommenen Konstruktionsstandpunkt. | Er löst die Personifikation auf und sieht die Glieder selbst als Subjekte der Pflichten und Rechte; „in ihrer Gesamtheit“ und nicht „jeder für sich“; gewiß, denn sie stehen ja in einer sie verbindenden Ordnung. Und nun fährt er fort: „Indessen dürfen wir diese Gesamtheit nicht bloß als die Summe der Glieder ansehen, müssen vielmehr,

| 311 |¹⁾ a. a. O. S. 301.⁹⁹¹

|²⁾ a. a. O. S. 303.⁹⁹⁴

⁹⁹¹ *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 301 – Hervorhebungen des Autors von Kelsen teilweise nicht übernommen.

⁹⁹² Vgl. *G. Jellinek*, Staatslehre (Anm. 25), S. 764.

⁹⁹³ Vgl. *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 303–314.

⁹⁹⁴ *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 303 – Hervorhebungen von Kelsen.

wollen wir zum Ziele kommen, eine engere, eine personenrechtliche Verbundenheit annehmen, um so der Einheit des Staatenbundes gerecht zu werden.“⁹⁹⁵ Die Vorstellung einer Ordnung als „Person“ dient in erster Linie dem Zwecke, ihre *Einheit* zu veranschaulichen. In der Behauptung: Der „Wille“ einer Ordnung sei nicht die Summe der Willen der ihr unterworfenen Subjekte, wird nichts anderes als die objektive Geltung dieser Ordnung zum Ausdruck gebracht. Auch diese Vorstellung liegt der Konstruktion einer von den der Ordnung unterworfenen Personen verschiedenen juristischen Person zugrunde. *Ebers* will also – sich selbst unbewußt – die Staatenbundordnung wieder personifizieren, sie als juristische Person vorstellen. Er fährt fort: „Ist dies möglich“, nämlich: „eine engere, personenrechtliche Verbundenheit anzunehmen, und so der Einheit des Staatenbundes gerecht zu werden“ – wie das möglich sein soll, wird einstweilen nicht gesagt – „dann wären alle Schwierigkeiten behoben, ein Ausweg aus jenem Dilemma gefunden. Dann wäre nicht eine von den Gliedern unabhängige *selbständige* juristische Persönlichkeit, nicht ein besonderes neues Rechtssubjekt, sondern die Gesamtheit der so als Personeneinheit auftretenden genossenschaftlich verbundenen Rechtssubjekte, die Gesamtheit der verbundenen Staaten Träger jener *gesonderten* Rechtssphäre, die sich als Gemeinsphäre von der jedem einzelnen Staate zustehenden Sondersphäre rechtlich scheiden würde; diese Gesamtheit wäre Träger jenes *eigenen* Willens, der sich als einheitlicher Gemeinschaftswillen darstellt und jener *besonderen*, der Gesamtheit *als solcher zustehenden Rechte und Pflichten*. Damit wäre die Möglichkeit erklärt, daß der Gesamtwille als solcher von dem Willen des einzelnen Staates als solchen abweicht, weil die der Gesamtheit zustehende Rechtssphäre von der der einzelnen Staaten rechtlich geschieden ist.“⁹⁹⁶ Also: zwar kein selbständiges Rechtssubjekt, aber ein von den Einzelstaaten verschiedener „Träger“ einer „gesonderten“ Rechtssphäre, „besonderer“ Rechte und Pflichten. Das ist doch wohl ein selbständiges Rechtssubjekt. Aber dieser „Träger“ ist die Gesamtheit. Ist vielleicht die juristische Person, die Korporation, etwas anderes als ein Ausdruck für die „Gesamtheit“? Und die „Gesamtheit“, die nicht die Summe der einzelnen ist, etwas anderes als die Einheit, die zusammenfassende, zu einem höheren | Ganzen konstituierende Ordnung? Das allerdings ist ein Ungedanke, |³¹³ wenn *Ebers* fortfährt: „Aber auch innerhalb der Gesamtsphäre könnte der Gemeinschaftswille, *obwohl nicht von dem Einzelwillen gelöst*, im Widerspruch mit dem Willen des einzelnen Staates stehen“⁽¹⁾. Eben wegen der Möglichkeit dieses Widerspruches vollzieht man ja in der veranschaulichenden Konstruktion die Loslösung des Gesamtwillens von den Einzelwillen, der juristischen Person des Verbandes von den verbundenen Subjekten. Löst nicht *Ebers* selbst den Gesamtwillen von den

¹⁾ a. a. O. S. 304.⁹⁹⁷

|³¹³

⁹⁹⁵ *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 303.

⁹⁹⁶ *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 303f. – Hervorhebungen von Kelsen.

⁹⁹⁷ *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 304 – Hervorhebung von Kelsen.

Einzelwillen los, wenn er betont, daß er Träger einer „gesonderten“ Rechtssphäre ist? Kann ein Wille, ohne von einem anderen „losgelöst“ zu sein, mit diesem in Widerspruch geraten? Man sehe doch die logischen Beziehungen hinter diesem Schleier von Bildern!

Gibt es nun, so fragt *Ebers*, eine Form der Vereinigung, die diesen Anforderungen entspricht? Die Antwort lautet: Die „Gemeinschaft zur gesamten Hand“ des deutschen Rechts. Von dieser Gemeinschaft behauptet nun *Ebers*, daß sie die verbundenen Personen „abweichend vom römischen Recht“ „nicht bloß äußerlich zu einander in Beziehungen setzt, sondern sie tatsächlich zu einer *höheren* Einheit, zu einer *personenrechtlichen* Gemeinschaft verbindet“. Diese Gemeinschaft sei zwar kein neues Rechtssubjekt *über* den verbundenen Rechtssubjekten, aber sie sei – als „*höhere* Einheit“ – „Träger einer besonderen Gemeinsphäre, der ihnen“ – den Einzelstaaten – „in ihrer Gemeinschaft zustehenden Rechte und Pflichten“²⁾. Also zwar kein übergeordnetes Rechtssubjekt, aber ein höheres Subjekt von Rechten und Pflichten; zwar kein „personenrechtliches Unterordnungsverhältnis“, aber das Verhältnis einer „personenrechtlichen“ Einheit zu den von ihr zusammengefaßten Personen, wobei diese Einheit gerade in diesem Verhältnis als eine „höhere“ bezeichnet und die Vorstellung vollzogen wird: daß Rechte und Pflichten von einer höheren Einheit „getragen“ werden, aber den zur Einheit verbundenen Subjekten „zustehen“. Und die besondere Ironie will es, daß solches vom Standpunkt richtiger Einsicht in das Wesen der Personifikation gar kein Widerspruch wäre: die in einer Teilordnung gesetzten Pflichten und Rechte der Menschen (weil das Verhalten dieser Menschen beinhaltenden Normen) *auch* als Pflichten und Rechte der *als Person vorgestellten* Ordnung darzustellen. Freilich ist gerade *Ebers* von solcher Einsicht weit entfernt. Er teilt ja die übliche Anschauung, daß Korporation und Gesamthand verschiedene Rechtsinstitute verschiedener Rechtsordnungen, die eine des römischen, die andere des deutschen Rechtes | sei. Allein Rechtsordnungen statuieren nichts als Pflichten und Rechte von *Menschen*. Nur die juristische Konstruktion formt aus diesem Material die „juristische Person“ oder die „Gesamthand“. Auch nach der *Ebersschen* Darstellung ist zwischen beiden Konstruktionen kein Unterschied, beide nur Ordnungspersonifikationen, die Gesamthand nur eine andere Terminologie für die Korporation. Denn worin soll der entscheidende Unterschied bestehen? Die Gesamthand ist rechts- und handelsfähig wie die Korporation. Zunächst freilich nur nach außen. „Nach innen kann dagegen, soweit die Gesamtsphäre reicht, die Personeneinheit *in scharfem Gegensatz zur Korporation* – ist sie ja kein selbständiges von den verbundenen Rechtssubjekten verschiedenes Rechtssubjekt – nicht wirksam werden. Hier löst sich vielmehr die gesamte Hand unter den Gemeinern in gegenseitige Rechte und Pflichten auf“⁽¹⁾.

²⁾ a. a. O. S. 304.⁹⁹⁸

|¹⁾ a. a. O. S. 308 f.⁹⁹⁹

⁹⁹⁸ *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 304 – Hervorhebungen von Kelsen.

⁹⁹⁹ *Ebers*, Staatenbunde (Anm. 152), S. 308 f. – Hervorhebung von Kelsen.

Das würde gar nichts anderes bedeuten, als daß die deutschen Juristen „zum Unterschied von den römischen“ im Verhältnis nach innen auf eine Personifikation der Gemeinschaftsordnung verzichten. Allein: „Dies gilt nur, soweit es sich um die Rechtsverhältnisse innerhalb der Gesamtsphäre handelt. Dagegen kann in den Beziehungen zwischen der Gesamtsphäre einerseits und sowohl der Sondersphäre wie insbesondere der Individualsphäre andererseits die Gemeinschaft auch dem einzelnen Mitgliede als Personeneinheit mit eigenen Rechten und Pflichten gegenüberreten“²⁾. Also Personifikation auch nach innen! Wo bleibt also der „scharfe Gegensatz“ zur Korporation? Offenbar nur darin, daß die Gesamthand – ganz ebenso wie die Korporation – rechts- und handelsfähig, Subjekt von Pflichten und Rechten, nicht aber Rechts- und Pflichtsubjekt ist! *Difficile est, satiram non scribere!*¹⁰⁰¹

Elftes Kapitel.

Die erkenntnistheoretische und ethisch-politische Bedeutung der beiden juristischen Grundhypothesen.

§ 63. *Subjektivistische und objektivistische Weltanschauung.*

Die beiden hier entwickelten Theorien, die vom Primat der staatlichen Rechtsordnung und jene vom Primat des Völkerrechts sind – als zwei verschiedene Voraussetzungen der Rechtserkenntnis – *erkenntnistheoretische Hypothesen*. Der letzten Bedeutung und des spezifischen Wertes einer jeden von ihnen wird | man erst ganz bewußt, wenn der innige Zusammenhang erhellt, in dem die Erkenntnistheorie des Rechts mit der allgemeinen Erkenntnistheorie steht, wenn man einsieht, daß die beiden in ihren äußersten Konsequenzen dargestellten juristischen Hypothesen nur besondere Anwendungen der beiden allgemeinsten erkenntnistheoretischen Grundprinzipien sind. Damit aber wächst der vorliegende Gegensatz juristischer Konstruktion zu dem Gegensatz *subjektivistischer* und *objektivistischer* Erkenntnis überhaupt und so letztlich zu einem Gegensatz der Weltanschauungen. | 315

Wenn die Theorie vom Primat der staatlichen Rechtsordnung den eigenen *souveränen* Staat, d. h. die eigene staatliche Ordnung als höchstes, nicht weiter ableitbares Normensystem zur Voraussetzung und so zum Ausgangspunkt juristischer Erkenntnis nimmt, und andere „Staaten“ nur begreift, sofern sie von der eigenen staatlichen Ordnung „anerkannt“, delegiert, d. h. aber nur mehr als *Teil-*

²⁾ a. a. O. S. 309.¹⁰⁰⁰

¹⁰⁰⁰ Ebers, Staatenbunde (Anm. 152), S. 309.

¹⁰⁰¹ Iuvenal, Saturae, I.30.

ordnungen, als Bestandteile der eigenen staatlichen Ordnung aufgefaßt werden, so daß *diese* sich über alle anderen staatlichen Rechtsordnungen als Universalordnung ausdehnt; wenn daher die anderen Ordnungen oder Gemeinwesen jenes spezifischen Charakters entbehren müssen, der die eigene, den Ausgangspunkt der Konstruktion bildende Ordnung – und nur diese – gerade als *Staat* qualifiziert, nämlich die *Souveränität*, deren universale Einheit mit dem Anspruch auf Ausschließlichkeit auftritt; wenn somit das souveräne Staatssubjekt, auf dessen, ja *in* dessen Willen mit den übrigen Gemeinwesen die als Völkerrecht bezeichnete Ordnung ruht, als *einzig*sich behauptet: So ist dies ein Bild – mehr als ein Bild – jener subjektivistischen Erkenntnistheorie, die, um die Welt zu begreifen, vom eigenen Ich ausgeht und dabei doch niemals über das eigene Ich hinauskommen kann, indem sie die ganze Sinnenwelt, die Natur, nur als die *Vorstellung*, die ganze Welt der Werte nur als den *Willen* dieses eigenen Ichs verstehen kann, so das eigene souveräne Ich zum Universum dehnend, dabei aber unfähig, das andere Subjekt, das mit dem gleichen Anspruch auf Souveränität auftretende Nicht-Ich, das auch ein Ich sein wollende „Du“ in seiner Eigenart als Zentrum des Universums zu begreifen, weil unfähig, seinen Souveränitätsanspruch zu honorieren; denn steht die Einheit auf dem Ich, ist das Ich *einzig*! Die Ausschließlichkeit der Souveränität, die Einzigkeit des souveränen Staaten-Ich ist nur die Analogie, ist mehr als die Analogie der unentrinnbaren solipsistischen Konsequenz des Subjektivismus.

Die subjektivistische Völkerrechtstheorie, die dem Staat als Subjekt die übrige |
 316 Rechtswelt als Objekt entgegensetzt und vermittels | der Anerkennungstheorie dieses Objekt als Funktion des Subjekts auflöst, findet bei der nicht zu übersehenden Relativität des Gegensatzes von Subjekt und Objekt ihre natürliche Fortsetzung und Ergänzung (oder von einem anderen Ende gesehen: ihren Anfang und Ausgangspunkt) in der Lehre, die den Staat auf, ja *in* dem Willen des Einzelmenschen gründet, das Recht als staatliche Rechtsordnung mit der „Anerkennung“ durch den Untertan, durch das menschliche Individuum rechtfertigt. Und so wird – nicht nur im Bilde der Analogie, sondern tatsächlich und unmittelbar – die Welt des Wertes und zwar speziell die Welt des Staates oder Rechtes, das Weltrecht oder der Weltstaat, zunächst zum Willen des Einzelstaates oder zum Bestandteil der eigenen staatlichen Rechtsordnung, dann aber mit dem eigenen Staat, mit der eigenen staatlichen Rechtsordnung zum Willen des anerkennenden Menschen, das ist desselben Subjektes, als dessen Vorstellung die Welt der Natur gilt!

Wenn demgegenüber eine objektivistische Weltanschauung umgekehrt, um zum Ich zu gelangen, von der Welt ausgeht, wenn sie eine objektive Weltvernunft, einen Weltgeist voraussetzt, dessen Subjektivationen oder Konkretisationen, dessen nur sehr ephemere und vorläufige Erscheinungsformen die erkennenden und wollenden Individuen sind, deren Geister nur als integrierende Teile des universalen Weltgeists, deren erkennende Vernunft nur Ausstrahlungen der höchsten Weltvernunft, deren Ich nur Lehen des allein souveränen Welt-Ich, einander koordiniert und gleichartig, nicht aber wie im Subjektivismus das Du dem Ich we-

sensfremd und unbegreiflich gegenüberstehen: So ist dies nur das Bild, das Vorbild der für die Rechtswelt gültigen Hypothese einer Weltrechtsordnung, der auf der *Objektivität* des Rechts fußenden Theorie vom Primat des Völkerrechts, unter dem die einzelstaatlichen Rechtsordnungen zwar als koordinierte, gleichartige und gleichgeordnete Gemeinwesen, aber – als bloße Teilordnungen – nicht mehr als „Staaten“ im Sinne von Gesamtordnungen von höchsten, souveränen Subjekten zu einer höchsten Einheit, zur Allheit der allein souveränen *civitas maxima* zusammengefaßt werden. Das Individuum ist bloßer Schein, lehrt der Objektivismus. Und die juristische Theorie, die den Primat des Völkerrechts behauptet, weil sie die letzte Konsequenz der Objektivität des Rechtes zieht, muß nicht nur den Einzelstaatssubjekten, als vorläufigen Personifikationen von objektiven Teilordnungen, den Charakter endgültiger und höchster Einheiten absprechen, sie muß – folgerichtig fortgesetzt – auch die „physische“ Person, das „natürliche“ Rechtssubjekt schließlich auf sein Substrat: einen Bestandteil der objektiven Rechtsordnung, reduzieren, als Personifikation einer Teilordnung auflösen.

|Ohne damit eine Entscheidung zwischen beiden *Weltanschauungen* treffen zu wollen, muß doch hervorgehoben werden, daß die subjektivistische *Rechtsanschauung* letzten Endes zu einer Negation des Rechtes überhaupt und sohin der Rechtserkenntnis, der Rechtswissenschaft führen muß. Denn das unverlierbare Wesen des Rechts, seine ganze Existenz liegt in der *Objektivität* seiner Geltung. Es ist nur eine Tautologie, wenn hiezu gesagt wird, daß der Staat, daß ein Kollektivum nur einer kollektivistischen oder universalistischen, das ist eben einer objektivistischen Grundanschauung gegeben ist. Die der Theorie vom Primat der staatlichen Rechtsordnung innewohnende subjektivistische Tendenz führt von ihrer Grundposition zur Leugnung des Völkerrechts und von hier zur Negation der Rechtsidee – zumindest in dieser Sphäre – und zur Behauptung des reinen *Machtstandpunktes*. So wie ja der gleiche Gedanke konsequent in die Sphäre des staatlichen Rechtes fortgesetzt, als Primat des Individuums zur Negation des Rechtes überhaupt und zur Proklamation der Machtidee auf der ganzen Linie drängt. Die meisten Recht und Rechtswissenschaft in *Frage* stellenden Argumentationen gehen letztlich von einem subjektivistischen Prinzip aus. |317

§ 64. *Imperialismus und Pazifismus.*

Der Zusammenhang zwischen theoretischer und praktischer Erkenntnis – auch dieser Gegensatz ist relativ – ist zwar logisch-systematisch nicht nachweisbar, aber er wird *faktisch* hergestellt durch die *Charaktereinheit* des erkennenden und wollenden Subjektes. Eine bestimmte *Weltanschauung* verbindet sich einer spezifischen *Lebensanschauung*, eine Erkenntnistheorie einer ethisch-politischen Ueberzeugung, weil Weltanschauung und Lebensanschauung, weil Erkenntnistheorie und Ethik-Politik letztlich in der Eigenart eines und desselben Charakters wurzeln. Es ist derselbe Mensch, der auf Grund letzter und unkontrollierbarer Bestimmun-

gen zwischen den sich ihm anbietenden Welt- und Lebensanschauungen wählt und so für sich eine Entscheidung trifft, die objektiver Wissenschaft versagt bleibt. So läßt sich – allerdings nur in diesem Sinne – eine gewisse Zuordnung zwischen einem bestimmten erkenntnistheoretischen und einem spezifischen ethisch-politischen Standpunkt behaupten. Wie die egozentrische Position einer subjektivistischen Erkenntnistheorie einem ethischen Egoismus (wenn solcher noch als Ethik bezeichnet werden kann) verwandt ist, so paart sich die Rechtserkenntnistheorie des Primates eigener staatlicher Rechtsordnung mit dem Staatsegoismus einer imperialistischen Politik. Dem souveränen, dem *ein|zig* souveränen Staat sind keine objektiven Rechtsschranken gesetzt, sein territoriales Geltungsgebiet sowie sein sachliches nach Belieben auszudehnen. Denn eine absolute Einschränkung seiner Ordnung auf ein bestimmt abgegrenztes Gebiet ist aus dem Begriffe des souveränen Staates nicht abzuleiten. Es ist kein Zufall, daß der prononcierteste Vertreter des Primates staatlicher Rechtsordnung, der bis zur Leugnung des Völkerrechts und bis zur Annahme des *Machtstandpunktes* konsequente Hegelianer *Lasson* erklärt: „Das von einem Volke bewohnte Territorium, über welches sich die Macht eines Staates *zunächst* erstreckt, ist doch *keine absolute Schranke für die Staatstätigkeit*. Wie jede Abteilung der Menschheit in normaler Entwicklung dahin strebt, ihr Arbeitsgebiet *so weit als möglich auszudehnen* und die natürlichen Stoffe, welche durch die umformende Arbeit in für menschliche Zwecke brauchbare Dinge umzuwandeln sind, auf dem ganzen Erdkreis zu suchen, so ist es zugleich auch des Staates Streben, seine Untertanen in solcher Ausdehnung ihres Arbeitsgebietes zu schützen, andererseits für sich die Ausdehnung seiner Macht über solches Territorium zu gewinnen, welches durch die dasselbe auszeichnenden Naturgaben irgendeinem Mangel des heimischen Gebietes abzu- helfen imstande ist“⁽¹⁾.

Wenn der Imperialismus als ein Zwillingbruder des subjektivistischen Primates der eigenstaatlichen Ordnung auftritt, so ist dabei immer wieder die Relativität des Gegensatzes von Subjektivismus und Objektivismus zu berücksichtigen. Zweifellos sind *Hegel* und sein Schüler *Lasson* Vertreter einer objektivistischen Weltanschauung. Aber *Hegels* Kollektivismus blieb bekanntlich im Staate stecken. Das Verhältnis des Staates – als Individuum gedacht – zur Menschheit ist besonders bei *Lasson* durchaus individualistisch konstruiert. Ist eine schärfere Zuspitzung des Staats- oder Volksindividualismus möglich als die Vorstellung einer „ausgewählten“ Nation, als die *Hegelsche* Idee, daß der Weltgeist in einer Nation allein seinen Thron aufgeschlagen habe?¹⁰⁰³ Welch schrankenloser Imperialismus muß von einer solchen Vorstellung ausgehen! Und so ist es möglich, daß Theoretiker, die das Verhältnis des Staates zum Untertan durchaus universalistisch vorstellen,

|318 |¹⁾ a. a. O. S. 32.¹⁰⁰²

¹⁰⁰² *Lasson*, Princip (Anm. 612), S. 31f. – Hervorhebungen von Kelsen.

¹⁰⁰³ *Hegel*, Grundlinien (Anm. 325), S. 346f. (§ 347).

dennoch in demselben Maße Imperialisten sind, als sie in der Sphäre des Internationalen in einer staatsindividualistischen Denkweise beharren. In dieser Sphäre ist eben der Imperialismus, was der Anarchismus innerhalb des einzelstaatlichen oder nationalen Bereiches²⁾.

| Dagegen ist es ja gerade eine Hauptfunktion der nur durch die Hypothese vom Primate des Völkerrechts ermöglichten Vorstellung einer über allen Staaten gleichmäßig stehenden Rechtsordnung, daß die territorialen Geltungsbereiche der einzelnen Gemeinwesen als gegeneinander rechtlich abgegrenzt und zwar in objektiver Weise abgegrenzt gelten müssen, so daß gewaltsame Eingriffe und Uebergriffe, so daß die das Wesen des Imperialismus bildende Expansion als *rechtswidrig* erscheint. Die Rechtseinheit der *Menschheit*, die nur vorläufig und keineswegs endgültig in mehr oder weniger willkürlich gebildete *Staaten* gegliedert ist, die *civitas maxima* als *Organisation der Welt*: das ist der *politische* Kern der juristischen Hypothese vom Primate des Völkerrechts, das ist aber zugleich der Grundgedanke des *Pazifismus*, der auf dem Gebiete der internationalen Politik das Gegenbild des Imperialismus darstellt. So wie für eine objektivistische Lebensanschauung der sittliche Begriff des Menschen die Menschheit ist, so ist für eine objektivistische Rechtstheorie der Begriff des Rechts identisch mit dem des Völkerrechts und gerade darum zugleich ein ethischer Begriff. |319

²⁾ Darum muß der Ansicht *Marcks* (Imperialismus und Pazifismus als Weltanschauung, 1918),¹⁰⁰⁴ daß der Imperialismus eine objektivistisch-kollektivistische, der Pazifismus aber eine subjektivistisch-individualistische Anschauung sei, widersprochen werden. Daß der imperialistische Staatsbegriff antiindividualistisch sei (S. 6),¹⁰⁰⁵ ist nur insofern richtig, als er es im *Verhältnis zu seinen Untertanen* ist. Im Verhältnis zur Menschheit und zu den anderen Staaten – das ist aber die für die Frage Imperialismus oder Pazifismus entscheidende Beziehung – ist er individualistisch. Es ist eben relativer Individualismus und relativer Kollektivismus und darum inkonsequent. *Marck* meint: „Der Pazifismus ist ethisch und individualistisch“, während er den Imperialismus als „naturalistisch und kollektivistisch“¹⁰⁰⁶ bezeichnet. Gibt es einen höheren Grad des Universalismus als die Idee der Menschheit als begriffliche und politisch-rechtliche Einheit? Gibt es einen sichereren Weg zur Negation alles Ethischen als den Subjektivismus, da doch alle Sittlichkeit an *objektive* Normen, an ein Sollen gebunden ist, dessen Geltung vom Subjekt unabhängig sein muß, damit überhaupt von Geltung die Rede sein kann? Wenn der Pazifismus ethisch ist – und das ist er – dann ist er sicherlich kollektivistisch, weil objektivistisch. Und wenn der Imperialismus „naturalistisch“ ist, so ist er gewiß individualistisch. Denn „naturalistisch“ heißt: auf die Realität der kausal-analytischen und atomisierenden Naturwissenschaft, auf die Realität der schließlich ins Individual-Psychologische mündenden Soziologie gestützt. Vgl. dazu meine Abhandlung: Politische Weltanschauung und Erziehung in: *Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung*, II. Bd., 1. Heft (1912).¹⁰⁰⁷ |319

¹⁰⁰⁴ *Siegfried Marck*, Imperialismus und Pazifismus als Weltanschauungen, Tübingen 1918.

¹⁰⁰⁵ *Marck*, Imperialismus (Anm. 1004), S. 6.

¹⁰⁰⁶ *Marck*, Imperialismus (Anm. 1004), S. 22.

¹⁰⁰⁷ *Hans Kelsen*, Politische Weltanschauung und Erziehung, in: *Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung* 2 (1913), S. 1–26 (7–12) = *HKW* 3, S. 113–145 (122–128).

§ 65. Die Zukunft der Völkerrechtstheorie.

Subjektive und objektive Rechtsanschauung stehen im Kampfe um die heutige
|320 Jurisprudenz. Sonderlich die Völkerrechtstheorie | schwankt zwischen den Gegen-
sätzen einer staats-individualistischen und einer menscheits-universalistischen
Betrachtungsweise, zwischen dem Subjektivismus des Primates staatlicher Rechts-
ordnung und dem Objektivismus des Primates des Völkerrechts inkonsequent hin
und her. Der unbefriedigende Zustand dieses Zweiges der Rechtswissenschaft
rührt aber letztlich daher, daß das soziale Bewußtsein in seiner Entwicklung vom
Individuellen zu immer weiteren Kreisen noch nicht die Schranken der Nation
und des national oder sonst begrenzten *Staates* gesprengt, noch nicht zu einem
Menschheitsbewußtsein sich ausgeweitet hat. Doch wirken unzweifelhaft schon
starke Kräfte nach dieser Richtung. Die Halbheit des Uebergangszustandes spiegelt
sich in den Widersprüchen der Völkerrechtstheorie, die in einem fast tragischen
Konflikt auf der einen Seite zur Höhe einer über den Einzelstaaten aufgerichteten
Weltrechtsgemeinschaft strebt, auf der anderen Seite aber in der Machtsphäre des
souveränen Einzelstaates gefangen bleibt. Aber dennoch ist auch sie auf dem si-
cheren Wege zu einer objektivistischen Rechtsanschauung. So wie der Subjektivi-
smus der naturrechtlichen Staatsvertragstheorie mit der Vorstellung von der
Souveränität des Menschen überwunden und die objektive Geltung der einzel-
staatlichen Rechtsordnung außer Zweifel gestellt wurde, so wird auch mit der
Ueberwindung des Dogmas von der Souveränität des Einzelstaates die Existenz
einer objektiven, von aller „Anerkennung“ unabhängigen, über den Einzelstaaten
stehenden Völker-, richtiger Weltrechtsordnung, einer *civitas maxima* sich durch-
setzen. Die Souveränitätsvorstellung freilich muß radikal verdrängt werden. *Diese*
Revolutionierung des Kulturbewußtseins tut vor allem not! Nicht etwa bloß um
einer juristischen Konstruktion willen – wemgleich die rechtstheoretisch richtige
Einsicht auch manches Hindernis der Rechtsentwicklung beseitigen kann. Denn
die Vorstellung von der Souveränität des eigenen Staates ist bisher – ob mit Recht
oder Unrecht – allem im Wege gestanden, was auf eine Ausgestaltung der Völ-
kerrechtsordnung zu einer arbeitsteiligen Organisation, was auf die Einsetzung
von besonderen Organen zur Fortbildung, Anwendung und Durchsetzung des
Völkerrechts, was auf die Weiterentwicklung der Völkerrechtsgemeinschaft aus
ihrem Zustande der Primitivität zu einer *civitas maxima* – auch im politisch-
materiellen Sinne dieses Wortes – abzielt. Als unendliche Aufgabe aber muß sol-
cher Weltstaat als Weltorganisation allem politischen Streben gesetzt sein.

Der völkerrechtliche Strafanspruch wegen
völkerrechtswidriger Kriegshandlungen
(1920)*

* Neue Freie Presse Nr. 20127 vom 8. September 1920, Morgenblatt, S. 3–4.

| Der völkerrechtliche Strafanspruch wegen völkerrechtswidriger Kriegshandlungen.

Wien, 7. September.

Die Forderung Italiens und Jugoslawiens nach Auslieferung gewisser militärischer Funktionäre, die völkerrechtswidriger Kriegshandlungen gegen die genannten Staaten beschuldigt werden, wirft die alte Rechtsfrage auf, inwieweit Staaten überhaupt einen Anspruch auf Bestrafung von Personen haben, die gegen sie völkerrechtswidrige Kriegshandlungen verübt haben. Mit diesem Problem beschäftigt sich die kürzlich erschienene Schrift des österreichischen Legationssekretärs *Dr. Alfred Verdroß*¹: „Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung und der Strafanspruch der Staaten“ (Berlin, H. R. Engelmann).² Der Autor, der sich durch verschiedene wertvolle völkerrechtliche Abhandlungen³ schon einen sehr angesehenen Namen in der Wissenschaft verschafft hat, beantwortet die Frage zunächst nach *allgemeinem Völkerrechte*.⁴ Die Verpflichtung, Personen zu bestrafen, die kriegsrechtswidrige Handlungen begangen haben, ist zweifellos. Fraglich kann nur sein, *wer* zur Bestrafung verpflichtet, beziehungsweise berechtigt ist, und in welchem Ausmaße die Verpflichtung besteht. Zunächst ist der *Heimatstaat* verpflichtet, alle jene Personen zur Verantwortung zu ziehen, die der Gegenseite kriegsrechtswidrige Schädigungen zugefügt haben. Die Bestrafung *durch den verletzten Staat* ist jedenfalls völkerrechtlich zulässig, wenn die Tat in dessen Gebiet oder Machtbereich begangen wurde und der Täter sich im Machtbereiche des verletzten Staates befindet. Ja, auch wenn die Tat außerhalb des Machtbereiches des verletz-

¹ Alfred Verdroß (-Droßberg) (1890–1980), Völkerrechtslehrer und Rechtsphilosoph. 1918–1924 im österreichischen Außenministerium tätig, 1921 Habilitation in Wien, 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 1956–1966 Mitglied der International Law Commission und 1958–1977 Richter am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Er ist nach 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*, Berlin 1937 (5. Aufl., Wien 1964 gemeinsam mit Stephan Verosta und Karl Zemanek; fortgeführt als „Universelles Völkerrecht“ gemeinsam mit Bruno Simma, Berlin 1976; 3. Aufl., Berlin 1984).

² *Alfred Verdroß*, *Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung und der Strafanspruch der Staaten*, Berlin 1920.

³ Vgl. z. B.: *Alfred Verdroß*, *Zur Konstruktion des Völkerrechts*, in: *Zeitschrift für Völkerrecht* 8 (1914), S. 329–359; *Alfred Verdroß*, *Die Souveränität der Staaten und das Völkerrecht*, in: *Friedenswarte* 22 (1920), S. 259–262.

⁴ Vgl. *Verdroß*, *Kriegshandlung* (Anm. 2), S. 20–25.

ten Staates begangen wurde, hält *Verdroß* zumindest eine mit der Kompetenz des Heimatstaates konkurrierende Strafkompetenz des verletzten Staates für gegeben.⁵

Was den strafbaren Tatbestand betrifft, so kann es sich nur um solche Delikte handeln, die durch die Strafrechtsordnung des zur Bestrafung kompetenten Staates mit Strafe bedroht sind; wobei die strafrechtlichen Normen auf gegnerische Kriegshandlungen nur insoweit anzuwenden sind, als diese nicht durch das Völkerrecht entschuldigt werden. Dieser Ansicht *Renaults*^{6,7} pflichtet *Verdroß* bei.⁸ Ist die völkerrechtswidrige Handlung durch das Strafgesetz nicht mit Strafe bedroht, dann kann auch keine Bestrafung des Täters erfolgen. Eine andere Frage ist, inwiefern ein Staat verpflichtet werden kann, strafgesetzliche Bestimmungen neu zu erlassen.

Natürlich ist – nach allgemeinem Völkerrecht – *kein Staat verpflichtet, seine eigenen Angehörigen zwecks Bestrafung wegen völkerrechtswidriger Kriegshandlungen an den verletzten Staat auszuliefern*. Dieser Rechtsgrundsatz ist jedoch *durch die besondere Vertragspflicht aufgehoben worden, die Oesterreich im Verträge von Saint-Germain übernehmen mußte*.⁹

Dagegen bleibt Oesterreich – nach allgemeinem, durch den Staatsvertrag von Saint-Germain in diesem Punkte | nicht berührtem Völkerrechte – berechtigt, |41 seinerseits die Bestrafung von Angehörigen der Ententestaaten wegen völkerrechtswidriger Kriegshandlungen zu begehren, beziehungsweise solche Personen zu verfolgen! Ein Auslieferungsrecht hat Oesterreich natürlich nicht.

Die vorzügliche Arbeit des jungen österreichischen Juristen behandelt noch eine Reihe wichtiger, mit dem Hauptproblem zusammenhängender Rechtsfragen und wird allen mit der schwierigen Angelegenheit befaßten Behörden ein unentbehrlicher Behelf sein.

⁵ Vgl. *Verdroß*, Kriegshandlung (Anm. 2), S. 24f.

⁶ Louis Renault (1843–1918), französischer Handels- und Völkerrechtslehrer, Friedensnobelpreisträger. Er wurde 1868 zum Prof. agrégé ernannt, war 1868–1872 Dozent in Dijon für Römisches Recht, 1872–1873 Dozent in Dijon für Handelsrecht, 1873–1881 Prof. agrégé in Paris für Völkerrecht, 1881 tit. Prof., 1882–1918 Prof. ebendort. Er spielte eine herausragende Rolle bei beiden Haager Friedenskonferenzen von 1899 und 1907, für die ihm 1907 der Friedensnobelpreis verliehen wurde. Wichtige Werke: *Introduction à l'étude du droit international*, Paris 1879; *Traité de droit commercial*, Paris 1889–1899; *La Conférence navale de Londres: déclaration relative au droit de la guerre maritime*, Paris 1909.

⁷ Vgl. *Louis Renault*, *De l'application du droit pénal aux faits de guerre*, in: *Revue générale de droit international public* 25 (1918), S. 5–29 (12f.).

⁸ Vgl. *Verdroß*, Kriegshandlung (Anm. 2), S. 27.

⁹ Vgl. Art 173–174 Staatsvertrag von Saint-Germain-en-Laye vom 10. September 1919, abgedruckt in und zitiert nach: StGBI 1920/303.

III. Sektion

Berichte und Verzeichnisse

Editorische Berichte

Das Proportional(wahl)system (1918/1919)	580
Der Proporz im Wahlordnungsentwurf (1918)	595
Die Verfassungsnovelle (1918)	602
Die verfassungsrechtliche Stellung des Staatskanzlers (1918)	610
Ein einfaches Proportionalwahlsystem (1918)	616
Buchbesprechung Rudolf Laun, Zur Nationalitätenfrage, Haag 1917 (1918)	622
Buchbesprechung Norbert Wurmbrand, Die rechtliche Stellung Bosniens und der Herzegowina, Leipzig und Wien 1915 (1918)	628
Der Anschluß (1919)	636
Die Organisation der vollziehenden Gewalt Deutschösterreichs nach der Gesetz- gebung der konstituierenden Nationalversammlung (1919)	641
Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs (1919)	654
Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich Teile 1–3 (1919); Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich Teil 4 (1920)	674
Edmund Bernatzik (1919/1920)	674
Buchbesprechung Max Layer, Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag. Graz und Leipzig 1916 (1919/1920)	681
Verhältniswahlrecht. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 4. Dezember 1918 (1919)	693
Vom Wesen und Werte der Demokratie. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 5. November 1919 (1919); Wesen und Wert der Demokratie. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 5. November 1919 (1919) . .	700
Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob (1919)	763
Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre (1920)	775
Der völkerrechtliche Strafanspruch wegen völkerrechtswidriger Kriegshandlungen (1920)	796

Das Proportional(wahl)system (1918/1919)

HKW 4, 25–50

I. Textkonstitution, Publikationsmedium und Überlieferung

Der Text erschien in drei Teilen im Organ „Der österreichische Volkswirt. Zeitschrift für Industrie und Finanzwesen“ im Jahrgang 11 (1918/1919), und zwar Teil 1 in Heft Nr. 8 vom 23. November 1918 auf den Seiten 115–118, Teil 2 in Heft Nr. 9 vom 30. November 1918 auf den Seiten 133–136 und Teil 3 in Heft Nr. 10 vom 7. Dezember 1918 auf den Seiten 147–151. Abschnitt 1 des dreiteiligen Beitrages ist überschrieben mit „Das Proportionalssystem“, indes Abschnitte 2 und 3 den Titel „Das Proportionalwahlssystem“ tragen. Im Inhaltsverzeichnis des Zeitschriftenbandes firmiert der Mehrteiler ausschließlich unter dem Titel „Das Proportionalwahlssystem“. Mit Rücksicht auf die zwei Formulierungsvarianten „Proportionalssystem“ und „Proportionalwahlssystem“ wird der Beitrag hier unter dem Titel „Das Proportional(wahl)system“ geführt. Der Autor des Artikels ist bei allen drei Abschnitten in der Überschrift genannt: „Universitätsprofessor Dr. Hans Kelsen“ und auch im Inhaltsverzeichnis ausgewiesen. Alle Beiträge sind zweispaltig gedruckt. Der Umschlag des Heftes war in der Zeit, in der Kelsens „Proportional(wahl)system“ erschien, blau, das Papier eher rau. Das Format entspricht in etwa DIN A4, nur sind die Seiten etwa 1 cm weniger hoch. Bei Gründung der Zeitschrift wurde glatteres hochwertigeres Papier verwendet, das Format war gleich, ebenso der zweispaltige Satz. Der Einband des einzelnen Heftes war allerdings schwarz-weiß gehalten. Jeder Beitrag beginnt mit einem herausgehobenen Initial. Auch beim Titelblatt machen sich Einflüsse der Wiener Werkstätte geltend.

Die Zeitschrift „Der österreichische Volkswirt“ erschien jeden Samstag ab dem ersten Jahrgang 1908/1909 bis zum Jahrgang 31 im Jahr 1938. Am Tage des „Anschlusses“, dem 12. März 1938, stellte der „Volkswirt“ sein Erscheinen ein. Im Dezember 1945 wurde der Jahrgang 31 fortgesetzt. Der „Österreichische Volkswirt“ ist bis zum 84. Band im Jahr 1998 publiziert worden. Eine weitere Lücke schloß sich in den Jahren 1999 bis 2006 an, seitdem erscheint das Organ monatlich unter dem Titel „Der Volkswirt“ bis heute, und zwar immer im selben Verlag, der in Wien ansässigen Volkswirtschaftlichen Verlags-Gesellschaft. Heute befindet sich die Volkswirtschaftliche Verlags-GesmbH in der Schottenfeldgasse 93 in Wien. Die Korrespondenz Kelsens mit dem Verlag hat sich leider nicht erhalten.¹

Gründer und bis 1934 Herausgeber der Zeitschrift war der österreichische Nationalökonom und Wirtschaftsjournalist Walther Federn (1869–1949), der sich bei der Gründung an dem Vorbild des Londoner „Economist“ orientierte. Das Blatt wollte ein Organ für Industrie und Finanzwelt sein. In den Jahren 1913 bis

¹ Mitteilung des Verlagsleiters Ronald Barazon am 7. Juni 2011.

1921 war der Nationalökonom, Journalist und Politiker Gustav Stolper (1888–1947) Mitherausgeber von „Der österreichische Volkswirt“, nachdem er bereits seit seiner Promotion 1911 als Wissenschaftsjournalist für das Organ gearbeitet hatte. In den Zwanziger Jahren ging Stolper nach Berlin und gründete 1926 das deutsche Pendant, nämlich „Der deutsche Volkswirt. Zeitschrift für Politik und Wirtschaft“, deren Chefredakteur er bis 1933 war. Auch für den deutschen „Volkswirt“ verfaßte Kelsen in den Jahren 1926 bis 1932 drei Beiträge.² Im hier einschlägigen 1. Band des 11. Jahrgangs 1918/1919 werden eine ganze Reihe von Beiträgen von Walther Federn und Gustav Stolper aufgezählt, ansonsten aus dem weiteren Umkreis Kelsens die Professoren Karl (Eman) Pribram (1877–1973), politischer Ökonom und 1907 bis 1928 a.o. Prof. in Wien, der Nationalökonom und Statistiker Walter Schiff (1866–1950), seit 1914 Ordinarius in Wien, und der Staats- und Verwaltungsrechtslehrer Leo Wittmayer (1876–1935), seit 1915 a.o. Prof. in Wien. Durch den Eintritt Gustav Stolpers erweiterte sich das Spektrum der Zeitschrift im Hinblick auf die politischen Vorgänge; nicht zuletzt diesem Umstand dürfte die Aufnahme von Kelsens Beitrag zum „Proportional(wahl)system“ in „Der österreichische Volkswirt“ zu verdanken sein.

„Das Proportional(wahl)system“ war der erste Beitrag von Kelsen in „Der österreichische Volkswirt“, weitere drei Artikel folgten in der nächsten Dekade: „Die ökonomische und die politische Theorie des Marxismus. Eine Selbstanzeige“, in: *Der österreichische Volkswirt* 12 (1920), S. 560–562, „Zur Soziologie der Demokratie“, in: *Der österreichische Volkswirt* 19 (1926), S. 209–211 und 239–242, sowie „Die österreichische Verfassungsreform“, in: *Der österreichische Volkswirt* 22 (1929), S. 110–113.

Der Beitrag wurde bisher weder nachgedruckt noch in andere Sprachen übersetzt. Weitere Textvarianten wie insbesondere der Autograph, Fahnen, Typskripte oder Vorarbeiten respektive Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden.

II. Entstehung, Duktus und Stellung im Gesamtwerk

1. *Wahlrechts-Schriften im Gesamtœuvre Kelsens*

Mag es auf den ersten Blick auch überraschend erscheinen: Das Wahlrecht nimmt im Gesamtœuvre Kelsens – zumindest für die Zeit bis zu dessen Weggang aus Wien im Jahre 1930 – eine herausgehobene Stellung ein. So kann man es nicht einfach als Ausdruck besonderer Verbundenheit mit, gar rückhaltloser Begeisterung für Person und Werk Kelsens abtun, wenn er retrospektiv als „Wahlrechts-

² *Hans Kelsen*, Demokratie, in: *Der deutsche Volkswirt* 1 (1926), S. 238–240, 269–272; *Hans Kelsen*, Zollunion und Völkerrecht, in: *Der deutsche Volkswirt* 5 (1931), S. 995–998; *Hans Kelsen*, Rechtstechnik und Abrüstung, in: *Der deutsche Volkswirt* 6 (1932), S. 877–881.

experte“³ tituliert wird. Man wird sogar noch einen Schritt weiter gehen dürfen: Gemessen an den literarischen Zeugnissen, an deren Zahl und Gehalt sowie an deren Wirkungsgeschichte darf Kelsen unter den österreichischen Rechtswissenschaftlern getrost als *der* Wahlrechtsexperte sowohl der ausgehenden Monarchie als auch und besonders der Ersten Republik gelten. Niemand hat in dem Vierteljahrhundert von 1906 bis 1930 in Österreich so viel und so vielfältig, so tief-schürfend und so stetig zu Fragen des Wahlrechts publiziert, niemand hat die Wahlgesetzgebung dieser zweieinhalb Dekaden als Rechtswissenschaftler publizistisch so engmaschig und weitsichtig begleitet wie Kelsen. Als Kommentator kommt ihm in dieser Zeit sogar eine gewisse Alleinstellung zu. Keiner Materie des „einfachen“ Rechts wendet Kelsen mehr literarische Aufmerksamkeit zu als dem Wahlrecht. Seine wahlrechtsbezogenen Publikationen lassen sich nach inhaltlicher Ausrichtung und Publikationsformat *grosso modo* (freilich nicht ganz überschneidungsfrei) in fünf Kategorien einteilen:

- (1) spezifisch und exklusiv Wahlrechtsfragen gewidmete unselbständige Beiträge; sie bilden mit 13 Schriften die zahlenmäßig größte Kategorie; inhaltlich dienen sie zu erheblichen Teilen rechtspolitischen, daneben aber teilweise auch volksbildnerischen Zwecken; von ihnen wird sogleich noch die Rede sein;
- (2) Kommentare zu seinerzeit in Geltung stehenden Wahlrechtsregelungen; hier spielen Kelsens eigene rechtspolitische Präferenzen naturgemäß nur eine untergeordnete Rolle, verlässliche Information und praxistaugliche Erläuterung stehen ganz im Vordergrund, jedenfalls findet eine klare Scheidung von im engeren Sinne rechtsdogmatischen Aussagen einerseits und solchen rechtspolitischen Charakters andererseits statt; zu nennen sind hier insbesondere der Kommentar zur Reichsratswahlordnung vom 26. Januar 1907⁴ (1907) sowie die in den Teilen 2, 3 und 4 der „Verfassungsgesetze der Republik (Deutsch-)Österreich“ zu findenden Erläuterungen zur Wahlordnung zur Konstituierenden Nationalversammlung vom 18. Dezember 1918⁵ und zum Wahlgerichtshofgesetz vom 6. Februar 1919⁶ (beide 1919), zum Gesetz über die Wahl und die Einberufung der Nationalversammlung vom 20. Juli 1920,⁷

³ Vgl. *Gerhard Strejcek*, Hans Kelsen als Wahlrechtsexperte, 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. 231–248.

⁴ *Hans Kelsen*, Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1907, RGBl. Nr. 17), Wien 1907 = HKW 1, S. 332–544.

⁵ *Hans Kelsen*, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich, Teil 2: Wahlordnung, Verfassungsnovelle, Wien und Leipzig 1919, S. 41–131 (Zum Gesetze über die Wahlordnung für die konstituierende Nationalversammlung) = HKW 5, S. 130–255 (161–239). – Es handelt sich dabei um die längste Kommentierung eines einzelnen Gesetzes in den ersten vier Teilen der „Verfassungsgesetze“.

⁶ *Hans Kelsen*, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich, Teil 3, Wien und Leipzig 1919, S. 17–23 (Zum Gesetz betreffend den Wahlgerichtshof für die Wahlen zur konstituierenden Nationalversammlung) = HKW 5, S. 256–437 (272–278).

⁷ *Hans Kelsen*, Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich, Teil 4, Wien und Leipzig 1920,

zur Wahlordnung für die Nationalversammlung ebenfalls vom 20. Juli 1920⁸ und schließlich zur Vollzugsanweisung über die Durchführung der Wahl zur Nationalversammlung vom 30. Juli 1920⁹ (alle drei 1920);

- (3) die Behandlung von Wahlrechtsfragen in thematisch ausgreifender zugeschnittenen (Kommentarwerken,) Lehrbüchern oder Überblicksbeiträgen; zu denken ist hier insonderheit an die wahlrechtsbetreffenden Kommentarstellen im „Kelsen / Froehlich / Merkl“¹⁰ (1922), an das „Österreichische Staatsrecht“¹¹ (1923) sowie an die unter dem Titel „Die Verfassung Deutschösterreichs“¹² 1920, 1922, 1923/1924, 1927 und 1930 erschienenen Fortsetzungsbeiträge im „Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart“;
- (4) wahlrechtsbezogene, genauer vielleicht: wahlssystembezogene Überlegungen in grundsätzlich angelegten Studien zur Demokratie- und Parlamentarismustheorie im Besonderen und zur Staats- und Verfassungstheorie im Allgemeinen; ohne Anspruch auf Vollständigkeit verdienen Erwähnung die unterschiedlichen Fassungen von „Vom Wesen und Wert der Demokratie“¹³ (1919, 1920, 1929), die „Allgemeine Staatslehre“¹⁴ (1925) sowie „Das Problem des Parlamentarismus“¹⁵ (1925);

S. 114–116 (Zum Gesetz über die Wahl und Einberufung der Nationalversammlung) = HKW 5, S. 438–608 (533–535).

⁸ Kelsen, Verfassungsgesetze IV (Anm. 7), S. 133–144 (Zum Gesetz über die Wahl und Einberufung der Nationalversammlung) = HKW 5, S. 438–608 (546–555).

⁹ Kelsen, Verfassungsgesetze IV (Anm. 7), S. 233 (Zur Vollzugsanweisung über die Durchführung der Wahl in die Nationalversammlung) = HKW 5, S. 438–608 (608).

¹⁰ Hans Kelsen / Georg Froehlich / Adolf Julius Merkl (Hrsg.), Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920. Mit Anhängen: I. Die derzeit geltenden Bundesverfassungsgesetze samt Nebengesetzen. II. Materialien zur Bundesverfassung, Wien und Leipzig 1922, S. 94f. (Grundsätze Wahl der Nationalversammlung), 100–104 (Zusammensetzung des Bundesrats), 151f. (Wahl des Bundespräsidenten), 167 (Wahl der Bundesregierung), 195f. (Grundsätze der Landtagswahl), 265–272 (Wahlanfechtung vor dem Verfassungsgerichtshof).

¹¹ Hans Kelsen, Österreichisches Staatsrecht. Ein Grundriss entwicklungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen 1923.

¹² Hans Kelsen, Die Verfassung Deutschösterreichs, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 9 (1920), S. 245–290; Hans Kelsen, Die Verfassung Oesterreichs, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 11 (1922), S. 232–274; Hans Kelsen, Die Verfassung Oesterreichs, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 12 (1923/1924), S. 126–161; Hans Kelsen, Die Verfassung Oesterreichs, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 15 (1927), S. 51–103; Hans Kelsen, Die Verfassung Österreichs, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 18 (1930), S. 130–185.

¹³ Hans Kelsen, [Vom Wesen und Werte der Demokratie. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 5. November 1919], in: Gerichtshalle 63 (1919), S. 292–294, 304–308 = HKW 4, S. 175–198; Hans Kelsen, [Wesen und Wert der Demokratie. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 5. November 1919], in: Juristische Blätter 48 (1919), S. 378–380 = HKW 4, S. 199–208; Hans Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 47 (1920/1921), S. 50–85; Hans Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl., Tübingen 1929, S. 58–64.

¹⁴ Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, S. 345–351. Vgl. auch die zu Beginn seines Exils in den Vereinigten Staaten für den angloamerikanischen Markt zugerichtete und übersetzte „Allgemeine Staatslehre“ in Gestalt der „General Theory of Law and State“, Cambridge, M.A., 1945, S. 292–297.

¹⁵ Hans Kelsen, Das Problem des Parlamentarismus, Wien und Leipzig 1925, S. 33–35.

- (5) schließlich rechtstheoretische Erörterungen zur Einordnung von Wahlrecht und Wahlpflicht; hier ragt zum einen die Rezension der Wahlpflicht-Schrift von Emil Spira (1866–1959) aus dem Jahre 1909¹⁶ (1910) sowie zum anderen das XXIX. Kapitel der „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ (1911) unter dem Titel „Die Rechtsstellung des Wählers und des Monarchen“¹⁷ heraus.

An Kelsens Beschäftigung mit dem Wahlrecht wird wie in einem Brennglas die disziplinäre Spannweite des Kelsenschen Œuvres deutlich: Neben rechtsdogmatischen und – davon deutlich abgesetzt – rechtspolitischen Erwägungen finden sich rechtsvergleichende und rechtssoziologische, staats- und demokratietheoretische sowie rechtstheoretische Ausführungen. Der Disziplinvielfalt korrespondiert die Rollenvielfalt: Kelsen engagiert sich, um nur einige Rollen zu nennen, als akademischer Lehrer¹⁸ und als politischer Ratgeber, als Chronist und als Kommentator, als Rechts-„Techniker“ und als Rechtsphilosoph, als Volksbildner und als Verfassungsrichter.¹⁹ In nuce wird erkennbar, wie der Reine Rechtslehrer und der homo politicus in einer Person zusammenfinden können. Das Wahlrecht hat auch aus einem weiteren Grund eine prononcierte Stellung im Werk Kelsens inne: Es dürfte jener rechtliche Fragenkreis sein, dem er – in Kommentierungen und rechtspolitischen Zeitungsartikeln – die größte rechtspraktische, also auf die Praxis der Erkenntnis und Erzeugung von Recht gerichtete Aufmerksamkeit hat angedeihen lassen.

Eine besondere Rolle spielen insoweit die Beiträge der erstgenannten Kategorie. Diese exklusiv dem Wahlrecht gewidmeten unselbständigen Veröffentlichungen verfasst Kelsen während seiner gesamten publizistischen Tätigkeit in Österreich, d. h. von 1906 bis 1930. Sie erscheinen – mit Ausnahme des ersten Beitrags aus dem Jahre 1906²⁰ – allesamt nicht in rechtswissenschaftlichen Fachzeitschriften, ganz überwiegend sogar noch nicht einmal in spezifisch wissenschaftsorientierten Publikationsorganen, sondern in populärwissenschaftlichen Zeitschriften sowie Tages- und Wochenzeitungen. Kelsen will mit diesen Beiträgen offenbar – auch

¹⁶ *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.

¹⁷ *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911, S. 679–693, insb. 679–684, siehe ergänzend 485–488 und 643–646 = HKW 2, S. 21–878 (846–860, insb. 846–851, siehe ergänzend S. 631–634 und 805–808) – jeweils in Auseinandersetzung mit Georg Jellineks Thesen.

¹⁸ Zu den Wahlrechtsvorlesungen, die Kelsen abgehalten hat, vgl. die Hinweise bei *Strejcek*, Wahlrechtsexperte (Anm. 3), S. 238 f.

¹⁹ Zu Kelsens wahlrechtsbezogenem Wirken als Referent am Verfassungsgerichtshof: *Strejcek*, Wahlrechtsexperte (Anm. 3), S. 244 f., unter Bezugnahme auf *Robert Walter*, Hans Kelsen als Verfassungsrichter, Wien 2005, S. 21, 29 und 51.

²⁰ Kelsens Erstling unter den unselbständigen Publikationen, sein Beitrag zu „Wählerlisten und Reklamationsrecht. Unter Berücksichtigung der jüngsten Regierungsvorlage, betreffend die Wahlreform“, erscheint 1906, also zu einer Zeit, in der er, noch keine 25 Jahre alt, noch nicht habilitiert war, geschweige denn ein akademisches Amt innehatte, als Vierteljahrer in: Juristische Blätter 35 (1906), S. 289–290, 301–304, 316–318, 327–329 = HKW 1, 301–331.

und gerade – außerhalb der scientific community, bei einem breiteren Publikum und/oder bei den politisch relevanten Kräften wirken. Dem entspricht es, dass es sich bei den Aufsätzen um wahlrechtspolitische Interventionen handelt, mit denen Kelsen die seinerzeitige Wahlrechtsgesetzgebung kritisch begleitet und eigene Vorschläge unterbreitet. Die einzige Ausnahme bildet insoweit eine frühe Buchbesprechung aus dem Jahre 1910,²¹ die zwar mit Wahlrecht und Wahlpflicht ein ausschließlich wahlrechtliches Thema aufweist, die jedoch von Format (Buchbesprechung), Zugriff (eher rechtstheoretisch) und Publikationsort („Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik“) her mit den übrigen 13 Schriften nicht vergleichbar ist; sie bleibt daher im Folgenden außer Betrachtung. Wie stetig und verlässlich Kelsens rechtspolitische Begleitung der Wahlrechtsgesetzgebung ist, wird bei einer näheren Betrachtung der Publikationsdaten seiner Schriften erkennbar; Kelsen lässt nämlich nahezu keine Gelegenheit aus, um sein wahlrechtspolitisches Credo in den jeweiligen Reformdebatten zu Gehör zu bringen.

Die insgesamt 13 Beiträge – dabei sind die Kommentierungen, die teils auch wahlrechtspolitische Ausführungen enthalten, nicht berücksichtigt – lassen sich fünf Phasen zuordnen; einem jeweils besonderen Anlass geschuldet, erscheinen in den einzelnen Phasen – chronologisch gereiht – eine, vier, eine, drei und vier Publikationen: (1) Die bereits kurz angesprochene Frühschrift Kelsens zu „Wählerlisten und Reklamationsrecht“²² aus der Zeit der Monarchie bewegt sich zeitlich und thematisch im Vorfeld des Erlasses der Reichsratswahlordnung 1907, der Kelsen noch in deren Inkrafttretensjahr einen monographisch angelegten Kommentar widmet.²³ (2) Es folgt die Gründungsphase der Ersten Republik, in der die Weichen für das Kommende gestellt werden. Dies gilt in besonderem Maße für Wahlrecht und Wahlsystem; die Auseinandersetzungen um Gestalt und Gehalt der Wahlordnung für die Konstituierende Nationalversammlung im November und Dezember 1918 haben insofern paradigmatischen, Pfadabhängigkeiten begründenden Charakter.²⁴ Dass Kelsen in kürzester Frist vier Beiträge zu dieser Debatte beisteuert, unterstreicht die auch mittel- und langfristige Bedeutung der Entscheidung über das Wahlrecht und das -system für die Wahl zur Konstituierenden Nationalversammlung.²⁵ (3) Als es anno 1923 zur ersten auf der Grundlage des Bundes-Verfassungsgesetzes von 1920 beschlossenen Wahlordnung für den Nationalrat, der NRWO 1923, kommt,²⁶ meldet sich Kelsen in der „Neue Freie Presse“ mit einem Artikel zur Ausgestaltung des Verhältniswahlgrundsatzes in der

²¹ Kelsen, Buchbesprechung Spira (Anm. 16) = HKW 1, S. 577–580.

²² Kelsen, Wählerlisten (Anm. 20) = HKW 1, S. 301–331.

²³ Kelsen, Reichsratswahlordnung (Anm. 4) = HKW 1, S. 332–544.

²⁴ Dazu ausführlich Gerhard Strejcek, Das Wahlrecht der Ersten Republik. Analyse der Wahlrechtsentwicklung 1918–1934 mit der Wahlordnung zur konstituierenden Nationalversammlung und Nebengesetzen, Wien 2009, S. 1–33, insb. 11–17.

²⁵ Näher dazu unter 2., S. 588–593.

²⁶ Näher dazu Strejcek, Wahlrecht (Anm. 24), S. 47–52.

neuen Wahlordnung zu Wort²⁷ – und knüpft an die Diskussion aus der Republikgründungsphase an. (4) Auch im Zuge der aus Sicht Kelsens enttäuschend verlaufenden B-VG-Novelle des Jahres 1925²⁸ ist er wahlrechtspolitisch aktiv: insofern stehen in seinem Publikationsverzeichnis zwei inhaltlich aufeinander abgestimmte Beiträge in der „Neue Freie Presse“ vom 12. und 14. März 1926²⁹ – der erste davon unter dem plakativen Titel „Die Unzufriedenheit mit dem Wahlrecht“ – sowie seine gedruckten Äußerungen als Wahlrechts-Experte in der Sitzung des Wahlreform-Ausschusses des niederösterreichischen Landtags vom 12. Mai 1926 zum Thema „Die Reform des bestehenden Wahlrechtes für den Landtag und die Gemeinden“³⁰ zu Buche. (5) An sich hätte man erwarten können, dass Kelsen auch zu den wahlrechtsbezogenen Aspekten der tiefgreifendsten Verfassungsreform der Ersten Republik, der B-VG-Novelle 1929,³¹ publizistisch Stellung bezieht. Das ist indes nicht geschehen; ein von ihm im Vorfeld der B-VG-Novelle 1929 vor dem zur Promotion der „proportionalen Einerwahl“ gegründeten Verein „Wahlreform“ gehaltener Vortrag aus dem Frühjahr 1928 fand keine Veröffentlichung.³² Die letzte Phase, die das Jahresende 1929 und das Jahr 1930 betrifft, umschließt vier Artikel, die Kelsen zwar auf der Linie des Bisherigen, aber nicht mehr unmittelbar zur österreichischen Rechtslage verfasst und im deutschsprachigen Ausland, genauer: in deutschen und tschechoslowakischen Zeitungen und Zeitschriften veröffentlicht. Sie dokumentieren einerseits die bereits über Österreich hinauswirkende Bedeutung Kelsens, andererseits aber auch den sich vollziehenden Abschied Kelsens von Wien und dessen Orientierung auf außerösterreichische Horizonte hin. Es handelt sich im Einzelnen um ein Plädoyer Kelsens für „Das ideale Wahlrecht“ im deutschsprachigen „Prager Tagblatt“ vom 23. November 1929.³³ Rund

²⁷ *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.

²⁸ Knapp dazu *Strejcek*, *Wahlrecht* (Anm. 24), S. 52–54.

²⁹ *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*, Die proportionale Einerwahl. Vorschlag eines neuen Wahlsystems, in: *Neue Freie Presse* Nr. 22090 vom 14. März 1926, *Morgenblatt*, S. 6–7.

³⁰ *Hans Kelsen*, [Diskussionsbeiträge], in: Sitzung des Wahlreform-Ausschusses betreffend „Die Reform des bestehenden Wahlrechtes für den Landtag und die Gemeinden“, in: *Stenographische Verhandlungsschrift über die Mittwoch, den 12. Mai 1926 im Prälatensaal des n.ö. Landhauses, Wien, I. Herrngasse 13, unter dem Vorsitze des Herrn Landtagsabgeordneten Dr. Czermak stattgefundenen Sitzung des Wahlreform-Ausschusses des n.ö. Landtages betreffend Die Reform des bestehenden Wahlrechtes für den Landtag und die Gemeinden, Wien 1926*, S. 6–8, 9–10, 13–14.

³¹ Dazu *Strejcek*, *Wahlrecht* (Anm. 24), S. 54–61, insb. 54–59.

³² In einer seinen eigentlichen Sachausführungen vorangestellten Vorbemerkung berichtet Georg Fleischer von einem Vortrag seines Lehrers Hans Kelsen, den dieser „in der vom Verein ‚Wahlreform‘ veranstalteten Enquete [gehalten hat], wo er das neue System und seine rechtspolitische Funktion insbesondere auch vom Standpunkte des Wesens und Wertes der Demokratie betrachtete“ (*Georg Fleischer*, Österreichische Wahlreform. Vortrag gehalten im Verein „Wahlreform“ am 11. Oktober 1928, Wien 1929, S. [3]).

³³ *Hans Kelsen*, Das ideale Wahlrecht. Unter Beibehaltung der Vorzüge der Verhältniswahl muß die Wahl von Männern des Vertrauens ermöglicht werden, in: *Prager Tagblatt* Nr. 274 vom 23. November 1929, S. 1.

sieben Wochen später erscheint, ohne besonders ausgeprägten oder gar exklusiven Bezug zur deutschen Wahlrechtslage, ein zweiteiliger Artikel zur „proportionalen Einerwahl“ in der „Neue Leipziger Zeitung“ vom 12. und 14. Januar 1930.³⁴ Eine deutlich erweiterte Fassung des Beitrags im „Prager Tagblatt“ aus dem Jahre 1929 wird wiederum ein halbes Jahr später unter dem Titel „Ein freiheitliches Wahlverfahren. Deutschland vor neuen Aufgaben“ auf der Titelseite der „Frankfurter Zeitung“ vom 18. Juli 1930 abgedruckt.³⁵ Schließlich verfasst Kelsen unter dem schlichten Einworttitel „Wahlreform“ eine in die Reformdiskussion zum Reichstagswahlrecht eingebettete Erörterung für „Das Tagebuch“ (Ausgabe vom 6. September 1930).³⁶

Lässt man Kelsens wahlrechtliche Frühschrift aus der Monarchie einmal beiseite, so geht es in den – verbleibenden zwölf – Beiträgen aus den Jahren 1918 bis 1930 in zahlreichen Variationen immer um dasselbe Thema, nämlich die Nachteile eines Verhältniswahlrechts mit Listenwahl und (echter) Wahlkreiseinteilung einerseits und die Vorzüge eines Verhältniswahlrechts mit sogenannter Einerwahl, bei der Wahlkreiseinteilung nur mehr als Abstimmungsbezirke fungieren, andererseits. Angesichts, ja trotz geringer politischer Realisierungschancen wird Kelsen nicht müde, sein wahlrechtspolitisches *ceterum censeo* in immer wieder neuen Formen, Formulierungen und Foren vorzubringen: dass nämlich der von ihm auf der Basis von Vorarbeiten von Wilhelm Pappenheim (1860–1939)³⁷ erarbeitete Vorschlag eines die Personenauswahl unterstreichenden Proportionalwahlsystems, die – wie er sie bezeichnet – „proportionale Einerwahl mit Listenskrutinium“,³⁸ eine aus Wählersicht leicht verständliche und zugleich die rechnerisch gerechteste, da am wenigsten Verzerrungen verursachende Variante eines Verhältniswahlrechts sei.

Dabei hat er, der zeitlebens nicht Mitglied einer politischen Partei wird, weder parteipolitische Ambitionen, noch lässt er sich parteipolitisch vereinnahmen. Wiewohl er der Sozialdemokratie nahesteht,³⁹ hat er keinerlei Berührungsgänge ge-

³⁴ Hans Kelsen, Die proportionale Einerwahl, in: Neue Leipziger Zeitung Nr. 12 vom 12. Januar 1930, S. 1–2, und Nr. 14 vom 14. Januar 1930, S. 12.

³⁵ Hans Kelsen, Ein freiheitliches Wahlverfahren. Deutschland vor neuen Aufgaben, in: Frankfurter Zeitung Nr. 527 vom 18. Juli 1930, Morgenblatt, S. 5–6.

³⁶ Hans Kelsen, Wahlreform, in: Das Tagebuch 11 (1930), S. 1414–1420.

³⁷ Gemeint ist Wilhelm Pappenheim, Ein Vorschlag zur Lösung des Problems der Verhältniss- und Minoritätenvertretung, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 42 (1886), S. 288–296 (292). – Die Ähnlichkeiten sind so groß, dass der Kelsen-Schüler Georg Fleischer kurzerhand vom „Pappenheim-Kelsenschen System“ spricht (Fleischer, Wahlreform (Anm. 32), S. 12).

³⁸ Hans Kelsen, Der Proporz im Wahlordnungsentwurf, in: Neue Freie Presse Nr. 19494 vom 1. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 3–4 (3 II) = HKW 4, S. 51–58 (54).

³⁹ Zu seinem Verhältnis zur Sozialdemokratie äußert sich Kelsen explizit in seiner aus dem Jahre 1947 stammenden Autobiographie: Hans Kelsen, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (58f.) – mit dem Fazit (S. 59): „So stehe ich denn persönlich einer sozialistischen und zugleich demokratischen Partei durchaus sympathisch gegenüber; und habe aus dieser Sympathie niemals ein Hehl gemacht. Aber stärker als diese Sympathie war und ist mein Beduerfnis nach parteipolitischer Unabhaengigkeit in meinem Beruf. Was ich dem Staate nicht zubillige: das Recht[, die Freiheit der Forschung und Meinungsaeusserung zu beschraenken, kann ich auch einer politischen Partei, durch freiwillige Unterwerfung unter ihre Disziplin, nicht einraeumen.“

genüber den Deutschnationalen Parteien, wenn und soweit sie nur in der Sache mit ihm übereinstimmen. So rekurriert er im Werben für die von ihm präferierte „proportionale Einerwahl“ unter anderem auf einen von den Deutschnationalen Gustav Hummer (1877–1959), August Maria Kemetter (1866–1945), Ferdinand Freiherr von Pantz (1868–1933), Oskar Teufel (1880–1946) und Genossen in der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich eingebrachten Antrag auf Einführung eines proportionalen Einerwahlsystems.⁴⁰ Auch die Vielzahl und insbesondere die Vielfalt der Publikationsorgane unterstreicht die parteipolitische Unabhängigkeit Kelsens: neben der „Arbeiter-Zeitung“ findet sich „Der österreichische Volkswirt“, neben der „Neue Freie Presse“ die „Frankfurter Zeitung“. Kurzum: Unbekümmert um die (partei)politische Ausrichtung der Medien nutzt Kelsen deren Wirkmöglichkeiten, um die von ihm für richtig erkannte Sache zu propagieren.

Wie realpolitisch – man könnte auch sagen: wie sensibel für die politische Psychologie – sein Plädoyer grundiert ist, belegt er selbst mit einer Äußerung aus einer seiner wahlrechtlichen „Spätschriften“. Im Jahre 1926, also nach bereits mehr als sieben Jahren unermüdlichen Engagements für die „proportionale Einerwahl“, hält er dafür, dass sie nicht deswegen anzustreben sei, weil sich auf ihrer Grundlage eine wesentliche Änderung in der Zusammensetzung der Vertretungskörperschaften zeigen würde, sondern weil der Wähler durch sie das Gefühl vermittelt bekomme, effektiv auf die Auswahl der Mitglieder des Parlaments Einfluss zu haben. Daraus resultierend erwartet Kelsen eine wesentliche Hebung des „Interesses an dem öffentlichen Leben“ oder, wie er es nennt, der „Staatsfreudigkeit“.⁴¹ Kelsen tritt in diesen Schriften ganz als homo politicus auf – und bleibt doch mit seinen vielfach didaktisch angelegten und am Sachargument ausgerichteten Beiträgen ganz Hochschullehrer.

2. Verfechter der „proportionalen Einerwahl“ in der Gründungsphase der Ersten Republik

Die gegenständliche Schrift über „Das Proportional(wahl)system“ zählt zu den vier wahlrechtlichen Beiträgen aus der zweiten Phase, d. h. aus der Entstehungsphase der Ersten Republik zum Jahreswechsel 1918/1919. Die vier Artikel sind in äußerst kurzer Folge veröffentlicht worden, nämlich – je nach Zählweise – innerhalb von zweieinhalb Wochen bzw. von zwei Monaten: „Das Proportional(wahl)system“ wurde als Dreiteiler in der Zeit vom 23. November bis zum 10. Dezember

⁴⁰ Antrag der Abgeordneten Hummer, Kemetter, Pank, Teufel und Genossen, betreffend ein Gesetz über die Wahl der konstituierenden Nationalversammlung für Deutschösterreich, 66 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich 1918–1919; vgl. *Kelsen*, Verfassungsgesetze II (Anm. 5), S. 50 = HKW 5, S. 130–255 (170).

⁴¹ Beide Zitate: *Kelsen*, Diskussionsbeiträge (Anm. 30), S. 6 II.

1918 publiziert.⁴² „Ein einfaches Proportionalwahlssystem“ erschien am 24. November 1918⁴³ und „Der Proporz im Wahlordnungsentwurf“ eine gute Woche später am 1. Dezember 1918.⁴⁴ Wiederum drei Tage später, nämlich am 4. Dezember 1918 hielt Kelsen vor der Wiener Juristischen Gesellschaft den am 26. Januar 1919 gedruckten Vortrag über „Verhältnismahlrecht“.⁴⁵ Blickt man auf das letztgenannte Publikationsdatum im Januar 1919, so ist schließlich auch auf Kelsens umfangreiche Kommentierung⁴⁶ des Gesetzes vom 18. Dezember 1918 über die Wahlordnung für die konstituierende Nationalversammlung in Teil 2 der „Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich“⁴⁷ hinzuweisen; die Arbeiten an Teil 2 der „Verfassungsgesetze“ dürfte Kelsen in der Oktav vom 13. bis zum 20. Januar 1919, also noch vor Erscheinen des Vortrags über „Verhältnismahlrecht“ am 26. des Monats, abgeschlossen haben.⁴⁸

Damit handelt es sich um Schriften aus Kelsens Anfangszeit als amtlicher Verfassungsberater des Staatskanzlers der provisorischen deutschösterreichischen Regierung, Karl Renner (1870–1950). Seit Anfang November 1918 in Diensten für die Verfassungsarbeiten in der Staatskanzlei,⁴⁹ hat Kelsen doch offenbar nicht an Vorbereitung und Ausarbeitung des Gesetzentwurfs zur Wahlordnung für die Konstituierende Nationalversammlung Anteil gehabt; die Namen von Renner selbst und Adolf Julius Merkl (1890–1970) werden insoweit genannt.⁵⁰ Gleichwohl muss davon ausgegangen werden, dass Kelsen mehr oder weniger detaillierte Kenntnis interner Vorhaben und Materialien hatte. Seine literarischen Auslassungen zu den Wahlrechtsüberlegungen namentlich der Staatsregierung können daher als Äußerungen eines außenstehenden, zumindest unbeteiligten Wahlrechtsexperten mit Insider-Wissen bezeichnet werden.

Nicht nur ihr Publikationsdatum verbindet die vier Schriften. Auch thematisch sind sie aufs engste verwandt, gelten sie doch alle dem Verhältnismahlrecht, wobei Kelsen jeweils seine Präferenz für eine bestimmte Spielart, nämlich die bereits angesprochene „proportionale Einerwahl mit Listenskrutinium“ oder auch

⁴² Hans Kelsen, Das Proportional(wahl)system, in: Der österreichische Volkswirt 11 (1918/1919), S. 115–118, 133–136, 147–151 = HKW 4, S. 25–50.

⁴³ Hans Kelsen, Ein einfaches Proportionalwahlssystem, in: Arbeiter-Zeitung Nr. 321 vom 24. November 1918, Morgenblatt, S. 2–3 = HKW 4, S. 75–82.

⁴⁴ Kelsen, Proporz (Anm. 38) = HKW 4, S. 51–58.

⁴⁵ Hans Kelsen, [Verhältnismahlrecht. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 4. Dezember 1918], in: Gerichtshalle 63 (1919), S. 27–28 = HKW 4, S. 169–174.

⁴⁶ Die Erläuterungen zur KonstNVWO 1918 umfassen in HKW 5 immerhin 79 Druckseiten (S. 161–239), im Originaldruck sogar 91 Seiten (S. 41–131).

⁴⁷ Kelsen, Verfassungsgesetze II (Anm. 5).

⁴⁸ Dazu näher Editorischer Bericht „Verfassungsgesetze der Republik (Deutsch-)Österreich“, in: HKW 5, S. 611–648 (627–633, insb. 630f.).

⁴⁹ Einzelheiten dazu: Editorischer Bericht „Verfassungsgesetze der Republik (Deutsch-)Österreich“, in: HKW 5, S. 611–648 (622–627, insb. 623f.).

⁵⁰ Vgl. nur Strejcek, Wahlrechtsexperte (Anm. 3), S. 239–241.

„mit Listenkonkurrenz“⁵¹ mehr oder minder deutlich herausstellt. Unbeschadet der engen thematischen Verwandtschaft müssen sie in puncto Stil und Duktus, Aufbau und Sprache jedoch als eigenständige Publikationen betrachtet und behandelt werden. Nachgerade unvermeidbar tauchen zwar einzelne Begrifflichkeiten, Formulierungen und Wendungen in zwei, drei oder auch allen vier Beiträgen auf; dies gilt aber nicht für mehrere Sätze, Absätze oder gar noch längere Passagen. Kelsen dürfte folglich die Beiträge jeweils eigens komponiert und formuliert haben. Über den genauen Zeitpunkt und insbesondere die zeitliche Abfolge von Ausarbeitung und Niederschrift der vier Texte lassen sich – mit einer Ausnahme – nur anhand der Publikationszeitpunkte Mutmaßungen anstellen: die Ausnahme betrifft einen Hinweis, den Kelsen in der vorletzten Anmerkung des dritten und letzten, am 10. Dezember 1918 erschienenen Teiles des „Proportional(wahl)system“ auf seinen Beitrag in der „Arbeiter-Zeitung“ vom 24. November 1918 gibt.⁵² Dieser muss also publiziert gewesen sein, als Kelsen den dritten Teil vom „Proportional(wahl)system“ zum Druck gegeben hat. Mit Rücksicht darauf, dass es sich lediglich um einen Hinweis in einer Fußnote handelt, die beispielsweise auch erst im Stadium der Fahnenkorrektur eingefügt worden sein kann (mangels früherer Textträger lässt sich dies nicht mehr aufklären), ist damit nichts substantiell Belastbares zur Abfolge von Ausarbeitung und Niederschrift der Beiträge gesagt. – Dass es sich trotz thematischer Überschneidungen um selbständige Beiträge handelt, dürfte nicht zuletzt dem unterschiedlichen Umfang und Anlass, dem unterschiedlichen Erscheinungsort und Adressatenkreis geschuldet sein:

- „Das Proportional(wahl)system“ erscheint zwar nicht in einer juristischen Fachzeitschrift, aber als (Wochen-), „Zeitschrift für Industrie und Finanzwesen“ zielt „Der österreichische Volkswirt“ auf eine politisch und juristisch einigermaßen (vor)gebildete Leserschaft, deren Lektüregewohnheiten auch mehrteilige, d. h. im Abstand mehrerer Wochen erscheinende Artikel nicht fremd sind. Der Beitrag ist mit ca. 60000 Zeichen (inkl. Leerzeichen) der mit Abstand umfangreichste der vier einschlägigen Wahlrechts-Artikel. Wenn auch im Verhältnis zu fachwissenschaftlichen Publikationen eher spärlich mit Nachweisen versehen, zählt er doch 13 Fußnoten. In ihm erörtert Kelsen zunächst allgemein, d. h. ohne konkreten Bezug zu den seinerzeit aktuellen wahlrechtspolitischen Fragen das pro et contra des Verhältniswahlsystems in seinen unterschiedlichen Ausformungen. Erst zum Ende seiner Ausführungen wendet Kelsen seine Überlegungen auf die bevorstehende Wahl zur Konstituierenden Nationalversammlung an, ohne indes auf den vom Staatskanzler unterbreiteten Vorschlag einer diesbezüglichen Wahlordnung einzugehen. Bei dieser Gelegenheit, d. h. im dritten und letzten Teil seiner Ausführungen, der am 10. Dezem-

⁵¹ Hans Kelsen, Der Anschluß, in: Neues Wiener Tagblatt Nr. 13 vom 18. Januar 1919, S. 2 (21) = HKW 4, S. 97–100 (98) – Hervorhebung nicht übernommen.

⁵² Kelsen, Proportional(wahl)system (Anm. 42), S. 150 II Anm. 9 = HKW 4, S. 25–50 (49 Anm. 9).

ber 1918 publiziert wird, verweist er auf seinen Beitrag in der „Arbeiter-Zeitung“ vom 24. November 1918.

- Veröffentlicht wird „Ein einfaches Proportionalwahlsystem“ in der „Arbeiter-Zeitung“, dem seinerzeit täglich in einer Auflage von mehreren Zehntausend erscheinenden Zentralorgan der österreichischen Sozialdemokratischen Arbeiterpartei (SDAP, später SPÖ). Wohl mit Rücksicht auf dessen Leserschaft hält Kelsen seine wahlssystembezogenen Ausführungen auf einem nicht ganz so anspruchsvollen intellektuellen Niveau; auf einen wissenschaftlichen Apparat wird verzichtet. Die mit 17000 Zeichen schnell lesbare und leicht verständliche Werbung für die „proportionale Einerwahl“ kann man mit guten Gründen als „populärwissenschaftlich“ bezeichnen.⁵³ Auf den von Staatskanzler Renner vorgelegten Entwurf der Wahlordnung zur Konstituierenden Nationalversammlung, der, bezogen auf die Grundanlage des Wahlsystems, am 18. Dezember 1918 Gesetz werden sollte, geht Kelsen naheliegender Weise nicht ein, denn der Entwurf datiert vom 27. November 1918. Auffällig – und leicht erklärlich mit Rücksicht auf die Adressaten seiner Botschaft – ist, dass in den beiden Beispielen, die Kelsen bildet oder heranzieht, um die ungerechten Wirkungen der Aufteilung des Wahlgebiets in mehrere echte Wahlkreise respektive die schlechten Erfahrungen mit dem Listenwahlsystem aufzuzeigen, die „Sozialisten (S)“ zugunsten der „Bürgerlichen (B)“ respektive die „Sozialisten“ zugunsten der „Katholiken“ und „Liberalen“ übervorteilt werden.
- Publikationsorgan für „Der Proporz im Wahlordnungsentwurf“ ist mit der „Neue Freie Presse“ eine überregionale Tageszeitung einer vornehmlich bürgerlich-liberalen Leserschaft mit hoher fünfstelliger Auflage. Den rund 21 500 Zeichen (inkl. Leerzeichen) Haupttext ist keinerlei wissenschaftlicher Apparat beigegeben. Der Beitrag versteht sich – ja bereits ausweislich seines Titels – als Auseinandersetzung mit dem vier Tage zuvor, nämlich am 27. November 1918, von Staatskanzler Renner unterbreiteten Entwurf der Wahlordnung für die Konstituierende Nationalversammlung. Kelsens Kritik beschränkt sich auf die Grundsatzentscheidung des Wahlordnungs-Entwurfs, nämlich die „Kombination der proportionalen Listenwahl mit einer Wahlkreiseinteilung“ (S. 52), geht also nicht auf – für ein größeres Publikum entweder nicht interessante oder nicht verständliche – Details der wahlrechtstechnischen Umsetzung des konkreten Wahlsystems ein.
- Kelsens (Ko-)Referat am 4. Dezember 1918 vor der Wiener Juristischen Gesellschaft⁵⁴ zum Thema „Verhältniswahlrecht“ wird knapp acht Wochen später, am 26. Januar 1919, in der „Gerichtshalle“ dokumentiert, dem (zwei)wöchentlich erscheinenden „Organ für Rechtspflege und Volkswirtschaft“. Wiewohl relativ anspruchsvoll in der Sache, ist der Beitrag sprachlich dem – in Relation

⁵³ So *Strejcek*, *Wahlrecht* (Anm. 24), S. 21.

⁵⁴ Zur Wiener Juristischen Gesellschaft siehe nachstehend Editorischer Bericht „Verhältniswahlrecht“, S. 693–700 (696–698).

zur Schrifffassung einfacheren – Vortragsduktus verpflichtet, ja er wirkt wie gesprochen und mitstenographiert. Kelsen enthält sich in ihm – auch dies wohl dem oralen Stil geschuldet – aller Sitzverteilungsbeispiele und Berechnungsmodalitäten. Die gerade einmal 9000 Zeichen (inkl. Leerzeichen) Haupttext verfügen über keinerlei wissenschaftlichen Apparat. Auch in diesem Beitrag geht Kelsen nicht explizit auf den zum Zeitpunkt des Vortrags am 4. Dezember 1918 bereits seit einer Woche vorliegenden Wahlordnungs-Entwurf des Staatskanzlers ein, sondern nutzt das Forum, um seinen Vorschlag einer „proportionalen Einerwahl mit Listenskrutinium“ – durchaus mit Blick auf die bevorstehende Wahl zur Konstituierenden Nationalversammlung – gegen die dagegen vorgebrachten Einwände zu verteidigen.

- Nimmt man zur Kontrastierung – ein weiteres Mal – Kelsens Erläuterungen zur Wahlordnung für die Konstituierende Nationalversammlung in Teil 2 der „Verfassungsgesetze für Deutschösterreich“ hinzu, so tritt der Charakter der vorgenannten vier Schriften noch einmal deutlich hervor: Zwar bezieht Kelsen im Vorspann seiner Einzelnorm-Erläuterungen zu dem durch die KonstNVWO 1918 festgeschriebenen Verhältniswahlsystem der gebundenen Listen auf der Grundlage einer Wahlkreiseinteilung des Wahlgebietes rechtspolitisch wertend – und, soweit es die Listenwahl mit Wahlkreiseinteilung betrifft, wie gehabt kritisch – Stellung.⁵⁵ Doch dies tut er in Antwort und damit unter Berücksichtigung sowohl des Motivenberichts als auch der parlamentarischen Ausführungen des Staatskanzlers Renner. Beide Quellen werden ausführlich im Wortlaut zitiert. Kelsens unverändert aufrechterhaltene Kritik nimmt demgegenüber nur relativ wenig Raum ein und wirkt daher – seiner Rolle als Chronist und Kommentator angemessen – gedämpft und zurückgenommen.

Stellt man die vier dem Verhältniswahlsystem gewidmeten Schriften in einen biographischen Kontext, so ist nicht nur daran zu erinnern, dass der siebenunddreißigjährige Kelsen seit Anfang November 1918 für die Arbeiten an den verfassungsrechtlichen Grundlagen der sich formierenden Republik (Deutsch-)Österreich vom Staatskanzler persönlich als staatsrechtlicher Experte herangezogen wird. Auch sein beruflich-akademischer Aufstieg ist in den Fokus zu nehmen: Seit dem 1. Oktober 1918 bekleidet Kelsen die Position eines etatmäßigen außerordentlichen Professors für Staats- und Verwaltungsrecht an der ersten Universität des Landes; kaum ein Jahr später, am 1. August 1919, wird ihm als Nachfolger seines Lehrers Edmund Bernatzik (1854–1919) der Posten eines der beiden ordentlichen Universitätsprofessoren für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien angetragen. Überdies ernennt ihn die Staatsregierung am 3. Mai 1919 zum Mitglied des deutschösterreichischen Verfassungsgerichtshofs. Innerhalb weniger als

⁵⁵ *Kelsen*, Verfassungsgesetze II (Anm. 5), S. 41–51 (48–50 und 50–51) = HKW 5, S. 161–171, insb. 168f. und 170f.

eines Jahres ist Kelsen von einem zwar äußerst begabten, aber doch fast nur in engen fachwissenschaftlichen Kreisen, in seinem unmittelbaren Arbeitsumfeld im k. u. k. Kriegsministerium und darüber hinaus in der Arbeiterbildung wirkenden Juristen zu einem einer breiteren Öffentlichkeit bekannten Staatsrechtler der vorersten Reihe aufgerückt, der die Mächtigen des Landes berät, zugleich aber seine Autorität aus seiner fachlichen und parteipolitischen Unabhängigkeit schöpft. Dazu trägt bei, dass Kelsen seine Rolle und Stellung als die eines politischen, d. h. auch außerhalb der scientific community präsenten, öffentlich gesellschaftspolitische Verantwortung übernehmenden Professors versteht. Die wahlrechtspolitischen Beiträge aus dem November und Dezember 1918 dürften insoweit als der Beginn seines diesbezüglichen öffentlichen Wirkens gedeutet werden.

3. *Duktus*

Wie bereits erwähnt, tragen die drei Teile des Beitrags unterschiedliche Titel: Während der erste Teil „Das Proportionalssystem“ betitelt ist, firmieren die beiden nachfolgenden Teile unter dem genaueren Titel „Das Proportionalwahlssystem“. Jeder Abschnitt trägt zwar eine eigene römische Ordnungszahl, ist aber weder mit (Zwischen-)Überschriften noch weiteren Untergliederungen versehen. Die drei Fußnoten in Teil 1 werden durch einen Asteriskus gekennzeichnet, die zehn Fußnoten in den Teilen 2 und 3 fortlaufend mit arabischen Anmerkungszahlen.

Im ersten Abschnitt behandelt Kelsen ganz grundsätzlich Sinn und Rechtfertigung des Verhältniswahlsystems. Dabei stellt er die beiden Grundsätze der Proportionalität und der Majorität einander gegenüber und zeigt die gegenständlich begrenzte Reichweite des Prinzips der Proportionalität auf. Gleichsam der Technik der Umsetzung des Verhältniswahlsystems sind die beiden folgenden Abschnitte gewidmet. In Teil 2 arbeitet er heraus, welche – zentrale – Bedeutung es hat, ob die Wählergruppe, die einen Mandatsträger entsendet, auf territorialer, sprich: Wahlkreis- oder aber auf personaler, sprich: Parteizugehörigkeits-Basis gebildet wird. Zu diesem Behufe spielt er die unterschiedlichen Wahlsysteme bzw. Wahlsystemkombinationen der sog. Minoritätenvertretung und der Verhältniswahl unter Heranziehung von Beispielen und rechtsvergleichenden Hinweisen durch. Im Anschluss daran erläutert Kelsen unterschiedliche Bestimmungs- und Berechnungsmethoden für den Wahlquotienten, so die Ansätze des Engländers Thomas Hare (1806–1891), des Schweizers Eduard Hagenbach-Bischoff (1833–1910) und des Belgiens Victor d’Hondt (1841–1901). Damit ist der Boden bereitet, um das Thema von Listen- und Einerwahl einzuführen; Kelsen macht seine Leserschaft mit dem Phänomen gebundener, starrer und freier Listen vertraut; zu Beginn des dritten Abschnitts erläutert er die zwischen Listenbindung und Listenfreiheit vermittelnden Techniken des Panaschierens und Kumulierens, zugleich streicht er die technischen Schwierigkeiten sowie die Abweichungen vom Proportionalitätsprinzip heraus, die die unterschiedlichen Spielarten der proportionalen Listenwahl verur-

sachen. Als Remedur dieser Probleme empfiehlt und entwickelt Kelsen eine besondere Ausgestaltung der „proportionalen Einerwahl“ oder auch „Verhältnisswahl bei einnamiger Stimmenggebung“,⁵⁶ die er – im Anschluss an Emil Klöti (1877–1963) – „einnamige Stimmenggebung mit Listenkonkurrenz“⁵⁷ nennt; in anderen Beiträgen charakterisiert Kelsen seinen Wahlsystemvorschlag als „proportionale Einerwahl mit Listenkonkurrenz“⁵⁸, als „proportionale Einerwahl mit Listenskrutinium“⁵⁹ oder auch als „Verbindung des Prinzips der proportionalen Einerwahl mit dem der proportionalen Listenwahl“⁶⁰. Am Ende seiner Ausführungen kommt Kelsen auf die „bevorstehenden Wahlen zur Konstituante Deutschösterreichs“ zu sprechen – und empfiehlt, unter ausdrücklichem Hinweis auf seinen am 24. November 1918 in der „Arbeiter-Zeitung“ erschienenen Artikel „Ein einfaches Proportionalwahlsystem“, das von ihm entwickelte Modell der „proportionalen Einerwahl“ als „das weitaus geeignetste“.⁶¹

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.⁶² Mit Rücksicht darauf, dass die Seiten in „Der österreichische Volkswirt“ zweispaltig gesetzt sind, wurde anstelle des bloßen Seitenumbruchs der Spaltenumbruch markiert und durch Hinzufügung einer kleiner gesetzten römischen Zahl ausgezeichnet (Bsp.: 116_{II}). Abweichend vom ursprünglichen Satzbild wurden die Einrückungen bei Auflistungen und Tabellen den heutigen Satzgewohnheiten angepasst. So wurden Tabulatoren im Fließtext, die nur aus formalen Gründen gesetzt wurden, nicht übernommen. Im dritten und letzten Teil findet sich im Originaldruck zweimal die Fußnotenzahl „9“; die zweite Verwendung ist hier sub silentio in „10“ abgeändert worden.

Eine besondere Herausforderung an die editorische Bearbeitung stellten die Bezugnahmen Kelsens auf ausländische Erfahrungen und ausländische Rechtslagen dar. Kelsen dürfte sich, auch soweit er keine Nachweise anführt, bei sämtlichen

⁵⁶ Beide Wendungen: *Kelsen*, Proportional(wahl)system (Anm. 42), S. 149_{II} = HKW 4, S. 25–50 (45). Häufiger als von der „proportionalen Einerwahl“ spricht Kelsen gleichsinnig von der „proportionalen Einerwahl“, beispielsweise *Kelsen*, Proportional(wahl)system (Anm. 42), S. 150_I = HKW 4, S. 25–50 (47); siehe auch *Kelsen*, Verfassungsgesetze II (Anm. 5), S. 50 = HKW 5, S. 170: „System der proportionalen Einerwahl“ – Hervorhebungen nicht übernommen.

⁵⁷ *Kelsen*, Proportional(wahl)system (Anm. 42), S. 150_{II} = HKW 4, S. 25–50 (47) – Hervorhebung nicht übernommen.

⁵⁸ *Kelsen*, Anschluß (Anm. 51), S. 2_I = HKW 4, S. 97–100 (98) – Hervorhebung nicht übernommen.

⁵⁹ *Kelsen*, Proporz (Anm. 38), S. 3_{II} = HKW 4, S. 51–58 (54); noch genauer: „proportionale Einerwahl mit einheitlichem Listenskrutinium“ (56).

⁶⁰ *Kelsen*, Proportionalwahlsystem (Anm. 43), S. 2_{III} = HKW 4, S. 75–82 (80) – Hervorhebungen nicht übernommen.

⁶¹ *Kelsen*, Proportional(wahl)system (Anm. 42), S. 150_{II} = HKW 4, S. 25–50 (49).

⁶² Vgl. oben S. 5–22.

im weiteren Sinne rechtsvergleichenden Hinweisen auf die Schriften von Ernst Cahn (1875–1953) „Das Verhältniswahlssystem in den modernen Kulturstaaten“ (Berlin 1909) sowie Emil Klöti (1877–1963) „Die Proportionalwahl in der Schweiz“ (Bern 1901) gestützt haben. Da sich indes beiden Werken keine verlässlichen Quellenangaben zu den in Bezug genommenen Wahlrechtsordnungen entnehmen ließen, waren diese unmittelbar nach den seinerzeit geltenden Wahlrechtsbestimmungen zu führen; dabei wurde Wert darauf gelegt, die Rechtsnormen entsprechend der Zitierweise der betreffenden Staaten nachzuweisen.

Nicht oder wenigstens teilweise nicht eruierbar waren der Jean-Jacques Rousseau (1712–1778) zugeschriebene Ausspruch „Eure Abgeordneten sind Eure Tyrannen, es gibt keine Vertretung im Willen“ sowie die „oft zitierte“⁶³ rhetorische Frage, die Lord John Russell (1792–1878) an den Vertreter eines (beschränkten) Proportionalwahlsystems gerichtet haben soll; ebenso wenig ließ sich rekonstruieren, woher Kelsens diesbezügliche Kenntnisse rühren. Kelsen verweist in seiner letzten Anmerkung⁶⁴ unter anderem auf eine „mir freundlichst zur Verfügung gestellte[...], noch nicht publizierte[...] Arbeit des Herrn Dr. Franz X. Weiß“; dass diese Schrift tatsächlich publiziert worden ist, ließ sich nicht verifizieren.

Der Proporz im Wahlordnungsentwurf (1918)

HKW 4, 51–58

I. Textkonstitution, Publikationsmedium und Überlieferung

Der Beitrag erschien in der „Neue Freie Presse“ Nr. 19494 vom 1. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 3–4. 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 31. Januar 1939. Im Zuge der nationalsozialistischen „Arisierungs“-Politik wurde sie mit dem 1893 gegründeten „Neuen Wiener Journal“ und dem 1867 gegründeten „Neuen Wiener Tagblatt“ unter dem Namen des letzteren verschmolzen; das „Neue Wiener Tagblatt“ stellte sein Erscheinen am 7. April 1945 ein. 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 war der deutsch-österreichische Jurist und Journalist Max Friedländer (1829–1872), der Cousin von Ferdinand Lassalle (1825–1864). In den Jahren 1870

⁶³ Kelsen, Proportional(wahl)system (Anm. 42), S. 118₁ = HKW 4, S. 25–50 (31).

⁶⁴ Kelsen, Proportional(wahl)system (Anm. 42), S. 151₁ Anm. * = HKW 4, S. 25–50 (50 Anm. 10).

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 verantwortlich. Die „Neue Freie Presse“ nimmt in der österreichischen Medienlandschaft eine singuläre Stellung ein. Von Beginn an vertrat sie als repräsentatives Blatt den bürgerlichen 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 die Zeitung sicherlich auch entsprechende Honorare an ihre Autoren zahlen, was angesichts von Kelsens finanziell angespannter Situation in der Zeit vor seinem beruflichen Aufstieg nicht außer Betracht gelassen werden darf. Neben Kelsen waren prominente Verfasser für die „Neue Freie Presse“ beispielsweise Eduard Hanslick (1825–1904), Theodor Herzl (1860–1904), Hugo von Hofmannsthal (1874–1929), Felix Salten (1869–1945), Arthur Schnitzler (1862–1931) und Stefan Zweig (1881–1942). Karl Marx' (1818–1883) 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 allein 80 bis 100 Auslandskorrespondenten. 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.

Kelsen hat in der „Neue Freie Presse“ in den Jahren 1913 bis zu seinem Weggang aus Wien im Jahre 1930 insgesamt rund zweieinhalb Dutzend Beiträge veröffentlicht.⁶⁵ An Kelsens populärwissenschaftlichen Artikeln zu aktuellen verfas-

⁶⁵ 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 = HKW 4, S. 51–58; *Hans Kelsen*, Die Verfassungsnovelle, in: *Neue Freie Presse* Nr. 19513 vom 20. Dezember 1918, *Morgenblatt*, S. 3–4 = HKW 4, S. 59–67; *Hans Kelsen*, Zum Bundesverfassungsentwurf des Tiroler Landtages, in: *Neue Freie Presse* Nr. 19889 vom 10. Januar 1920, *Morgenblatt*, S. 2, und 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, und Nr. 19921 vom 12. Februar 1920, *Morgenblatt*, S. 2, Nr. 19923 vom 14. Februar 1920, *Morgenblatt*, S. 2, und

sungsrechtlichen und verfassungspolitischen Fragestellungen in der „österreichischen Times“ der Jahre 1918–1930 lässt sich dessen Aufstieg zu einem „public intellectual“ der Ersten Republik ablesen. In nicht weniger als achtzehn dem Staatsrecht der Republik gewidmeten Beiträgen bringt Kelsen der breiten Öffentlichkeit Wesen und Wert, Werden und Reform von Verfassungsrecht näher und

Nr. 19926 vom 17. Februar 1920, Morgenblatt, S. 3; *Hans Kelsen*, Der völkerrechtliche Strafan-spruch wegen völkerrechtswidriger Kriegshandlungen, in: Neue Freie Presse Nr. 20127 vom 8. September 1920, Morgenblatt, S. 3–4 = HKW 4, S. 573–575; *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, und 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 Verwaltunggerichtshof, in: Neue Freie Presse Nr. 21744 vom 27. März 1925, Morgenblatt, S. 2–3, und 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 Verwaltunggerichtshofes. 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, und 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 Herrmanns „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.

offenbart darin ein für ihn charakteristisches, demokratisch-politisches Grundverständnis der Verfassung: dass sie nämlich – unbeschadet ihres Rechtscharakters (den Kelsen zu betonen nicht müde wird) – nicht als Exklusivangelegenheit mehr oder minder öffentlichkeitsentrückter Juristenzirkel und politisch Mächtiger betrachtet werden darf, sondern dass die Verfassung als Grundordnung des Gemeinwesens im Wortsinne eine *res publica*, eine Sache der Öffentlichkeit, eine Angelegenheit aller ist. In diesen knapp zwölf Jahren von Ende 1918 bis Mitte 1930 sind es mehr als seine fachwissenschaftlichen Publikationen und erst recht mehr als seine bahnbrechenden Arbeiten auf dem Gebiet der Rechtstheorie – neben Kelsens Wirken als ständiger Referent am Verfassungsgerichtshof – seine tagesaktuellen Verfassungsfragen gewidmeten Publikationen, die ihm öffentliche Bedeutung und Aufmerksamkeit sichern – und ihn ins Visier seiner politischen Gegner geraten lassen, die mit der sogenannten „Dispensehen-Affäre“ einen Vorwand haben, nicht nur den missliebigen Verfassungsgerichtshof umzugestalten, sondern zugleich auch das unbequeme VfGH-Mitglied Kelsen zu bekämpfen.

Sonstige Textträger von „Der Proporz im Wahlordnungsentwurf“ wie insbesondere der Autograph oder Fahnen oder auch Vorarbeiten respektive Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden. Die Autorschaft ist durch den Hinweis in der Überschrift deutlich gekennzeichnet: Der Beitrag stammt „Von Universitätsprofessor Dr. Hans Kelsen“. Der Artikel wurde bisher weder nachgedruckt noch in eine andere Sprache übersetzt.

II. Entstehung und Duktus

1. Entstehung

Der am 1. Dezember 1918 publizierte Artikel über den „Proporz im Wahlordnungsentwurf“ ist Teil eines populärwissenschaftlichen Quartetts wahlrechtspolitischer Beiträge, die Kelsen in der Gründungsphase der Ersten Republik Ende des Jahres 1918, genauer: kurz vor und kurz nach Bekanntwerden des Gesetzentwurfs über die Wahlordnung für die Konstituierende Nationalversammlung, den der Staatskanzler dem Staatsrat am 27. November 1918 zuleitete, abgefasst hat. Die drei weiteren Publikationen sind, in der Reihenfolge ihres Erscheinens, der Dreiteiler „Das Proportional(wahl)system“ (23. November bis 10. Dezember 1918),⁶⁶ „Ein einfaches Proportionalwahlsystem“ (24. November 1918)⁶⁷ sowie die Druckfassung des am 4. Dezember 1918 gehaltenen Vortrags zum „Verhältniswahlrecht“ (26. Januar 1919)⁶⁸.

⁶⁶ Hans Kelsen, Das Proportional(wahl)system, in: Der österreichische Volkswirt, 11 (1918/1919), S. 115–118, 133–136, 147–151 = HKW 4, S. 25–50.

⁶⁷ Hans Kelsen, Ein einfaches Proportionalwahlsystem, in: Arbeiter-Zeitung Nr. 321 vom 24. November 1918, Morgenblatt, S. 2–3 = HKW 4, S. 75–82.

⁶⁸ Hans Kelsen, [Verhältniswahlrecht. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 4. Dezember 1918], in: Gerichtshalle 63 (1919), S. 27–28 = HKW 4, S. 169–174.

Alle vier Artikel sind als Beiträge Kelsens zu der gleichermaßen speziell rechtswissenschaftlichen wie allgemein gesellschaftspolitischen Diskussion um die Gestaltung eines neuen, demokratischen Wahlrechts zu lesen und einzuordnen. In ihnen setzt sich Kelsen nicht nur in allgemeiner Form für das Verhältniswahlrecht ein – die Entscheidung für das Proportional- und gegen das Mehrheitswahlrecht fiel in weitgehendem gesellschafts- und parteipolitischen Konsens; vielmehr engagiert sich Kelsen für eine besondere, namentlich den Vorstellungen des Staatskanzlers und mehrheitlich auch des Staatsrats zuwiderlaufende Ausprägung des Proportionalwahlsystems. Statt, wie es der vom Staatskanzler verantwortete Wahlordnungsgesetzentwurf vorsah und wie es am 18. Dezember 1918 dann auch Gesetz wurde, optiert Kelsen nicht für eine proportionale Listenwahl auf der Grundlage einer Einteilung des Wahlgebiets in echte Wahlkreise, sondern er macht sich für eine „proportionale Einerwahl mit Listenskrutinium“⁶⁹ stark. Damit glaubt er, zum einen den Einfluss des Wählers auf die Auswahl der Mandatsträger verstärken und zum anderen die mit der Listenwahl einhergehenden Verzerrungen zulasten des Proportionalprinzips vermindern zu können. Die „proportionale Einerwahl“ avanciert zu Kelsens wahlrechtspolitischem Mantra, welches er in einer ganzen Reihe weiterer Schriften im kommenden Jahrzehnt wiederholen wird.⁷⁰

Zwar gelten die vier Schriften vom Jahreswechsel 1918/1919, soweit es Kelsens Positionierung im Diskurs um das neue demokratische Wahlsystem betrifft, einem identischen Thema. Doch unterscheiden sich die Artikel untereinander in Stil und Duktus, Aufbau und Sprache und stellen daher jeweils einen eigenständigen Zugriff auf die und eine selbständige Präsentation der Materie des Verhältniswahlsystems dar. Im Übrigen sei, was das Verhältnis der vier Publikationen zu- und untereinander betrifft, zur Vermeidung von Wiederholungen auf die eingehenderen Hinweise im vorstehenden Editorischen Bericht zu „Das Proportional(wahl)system“ verwiesen.⁷¹

Stellt man die vier dem Verhältniswahlsystem gewidmeten Schriften in einen biographischen Kontext, so ist nicht nur daran zu erinnern, dass der siebenunddreißigjährige Kelsen seit Anfang November 1918 für die Arbeiten an den verfassungsrechtlichen Grundlagen der sich formierenden Republik (Deutsch-)Österreich vom Staatskanzler persönlich als staatsrechtlicher Experte herangezogen wird. Auch sein beruflich-akademischer Aufstieg ist in den Fokus zu nehmen: Seit dem 1. Oktober 1918 bekleidet Kelsen die Position eines etatmäßigen außerordentlichen Professors für Staats- und Verwaltungsrecht an der ersten Universität

⁶⁹ Hans Kelsen, Der Proporz im Wahlordnungsentwurf, in: Neue Freie Presse Nr. 19494 vom 1. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 3–4 (3 II) = HKW 4, S. 51–58 (54).

⁷⁰ Zu Kelsens wahlrechtsbezogenen Schriften und deren Stellung im Kelsenschen Gesamtwerk: Editorischer Bericht „Das Proportional(wahl)system“, HKW 4, S. 580–595 (581–588).

⁷¹ Zu Kelsens wahlrechtsbezogenen Schriften und deren Stellung im Kelsenschen Gesamtwerk: Editorischer Bericht „Das Proportional(wahl)system“, HKW 4, S. 580–595 (581–588).

des Landes; kaum ein Jahr später, am 1. August 1919, wird ihm als Nachfolger seines Lehrers Edmund Bernatzik (1854–1919) der Posten eines der beiden ordentlichen Universitätsprofessoren für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien angetragen. Überdies ernennt ihn die Staatsregierung am 3. Mai 1919 zum Mitglied des deutschösterreichischen Verfassungsgerichtshofs. Innerhalb weniger als eines Jahres ist Kelsen von einem zwar äußerst begabten, aber doch fast nur in engen fachwissenschaftlichen Kreisen, in seinem unmittelbaren Arbeitsumfeld im k. u. k. Kriegsministerium und darüber hinaus in der Arbeiterbildung wirkenden Juristen zu einem einer breiteren Öffentlichkeit bekannten Staatsrechtler der vordersten Reihe aufgerückt, der die Mächtigen des Landes berät, zugleich aber seine Autorität aus seiner fachlichen und parteipolitischen Unabhängigkeit schöpft. Dazu trägt bei, dass Kelsen seine Rolle und Stellung als die eines politischen, d. h. auch außerhalb der scientific community präsenten, öffentlich gesellschaftspolitische Verantwortung übernehmenden Professors versteht. Die wahlrechtspolitischen Beiträge aus dem November und Dezember 1918 dürften insoweit als der Beginn seines diesbezüglichen öffentlichen Wirkens gedeutet werden.

„Der Proporz im Wahlordnungsentwurf“ nimmt insofern eine besondere Stellung unter den vier in Bezug genommenen Zeitungs- bzw. Zeitschriftenartikeln zum Proportionalwahlsystem ein, als er der einzige ist, in dem sich Kelsen ausdrücklich und eingehend mit dem vier Tage zuvor, nämlich am 27. November 1918, von Staatskanzler Karl Renner (1870–1950) dem Staatsrat unterbreiteten Entwurf der Wahlordnung für die Konstituierende Nationalversammlung auseinandersetzt.⁷² Die (medien)öffentliche Kritik vom 1. Dezember 1918 lässt umso mehr aufhorchen, als Kelsen zu dieser Zeit bereits seit einem Monat gleichsam als amtlicher Verfassungsberater in den Diensten des Staatskanzlers der provisorischen deutschösterreichischen Regierung und damit des Hauptautors des kritisierten Wahlordnungs-Entwurfs steht. Freilich ist Kelsen, der nach eigenem Bekunden für die „Vorbereitung der definitiven Verfassung Deutsch-Oesterreichs“ engagiert worden ist,⁷³ offenbar weder in die Vorbereitung noch in die Ausarbeitung des Gesetzentwurfs zur Wahlordnung für die Konstituierende Nationalversammlung eingebunden, wenn auch davon auszugehen ist, dass er als Konsulent der ja nicht allzu großen „legislativen Abteilung“ der Staatskanzlei (dem nachmaligen Verfas-

⁷² Die Aussage ist insofern zu relativieren, als Kelsen im zweiten, im Frühjahr 1919 erscheinenden Teil der erläuterten Gesetzesausgabe „Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich“ die Gelegenheit ergreift, den Einzelerläuterungen zur KonstNVWO 1918 einige kritische Bemerkungen zum Motivenbericht und den den Wahlordnungsentwurf verteidigenden parlamentarischen Äußerungen des Staatskanzlers voranzuschicken: *Hans Kelsen*, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich, Teil 2: Wahlordnung, Verfassungsnovelle, Wien und Leipzig 1919, S. 41–51 (48–51 – Zum Gesetze über die Wahlordnung für die konstituierende Nationalversammlung) = HKW 5, S. 130–255 (161–171, insb. 168–171).

⁷³ *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (64).

sungsdienst des Bundeskanzleramtes) Kenntnis interner Überlegungen und Materialien besaß.⁷⁴

2. Duktus

Kelsen beschränkt seine etwa 21 500 Zeichen (inkl. Leerzeichen) umfassende, weder mit (Zwischen-)Überschriften noch Binnengliederung noch Anmerkungen versehene Kritik des Wahlordnungs-Entwurfs auf die Frage, welche Ausgestaltung der Proporz, also das Verhältniswahlsystem in ihm gefunden hat. Gegenstand der Kritik ist die dem Wahlordnungs-Entwurf zugrunde liegende Richtungsentscheidung für eine „Kombination der proportionalen Listenwahl mit einer Wahlkreiseinteilung“.⁷⁵ Bevor er auf den Entwurf „in materieller Hinsicht“ eingeht, zollt er diesem „in legislativ-technischer Hinsicht“ größtes Lob. Man ist geneigt, in der gerühmten „gesetzgeberischen Begabung ersten Ranges“ Kelsens eigenen Schüler Adolf Julius Merkl (1890–1970) zu erkennen, der von Renner als Mitarbeiter der „legislativen Abteilung“ der Staatskanzlei zu den Arbeiten am Motivenbericht hinzugezogen worden war.⁷⁶

Inhaltlich entwickelt Kelsen seine Kritik an der vom Wahlordnungs-Entwurf vorgeschlagenen Ausgestaltung eines Verhältniswahlsystems, indem er die beiden Hauptelemente – die Verhältniswahl aufgrund einer gebundenen Liste auf der einen und die Gliederung des Wahlgebietes in echte Wahlkreise auf der anderen Seite – einer getrennten Analyse und Würdigung unterzieht. Der Listenwahl stellt Kelsen die sogenannte Einerwahl gegenüber, bei der der Wähler effektiven Einfluss auf die Wahl der Mandatsträger habe; Listen fungierten in diesem System nur mehr als „technischer Behelf“ im Sinne eines „Stimmüberweisungskartells“.⁷⁷ Gegen die Wahlkreiseinteilung, die Kelsen für das Hauptübel des besprochenen Verhältniswahlsystems hält, wendet er ein, sie gliedere die Wählerschaft im Widerspruch zum „Grundgedanken des Proportionalwahlsystems“ nach dem Territorialitäts- statt dem Personalitätsprinzip.⁷⁸ Demgegenüber wirbt Kelsen dafür, den sogenannten Wahlkreisen nur durchführungstechnische Bedeutung im Sinne bloßer „Abstimmungsbezirke“ zuzumessen und im Übrigen keine substantielle Teilung des Wahlkörpers vorzusehen.⁷⁹ Mit feinem Gespür dafür, was unter den

⁷⁴ Einzelheiten zu Kelsens Tätigkeit für die Staatskanzlei: Editorischer Bericht „Verfassungsgesetze der Republik (Deutsch-)Österreich“, in: HKW 5, S. 611–648 (622–627, insb. 623f.).

⁷⁵ Kelsen, Proporz (Anm. 69), S. 3 I = HKW 4, S. 51–58 (52).

⁷⁶ Gerhard Strejcek, Das Wahlrecht der Ersten Republik. Analyse der Wahlrechtsentwicklung 1918–1934 mit der Wahlordnung zur konstituierenden Nationalversammlung und Nebengesetzen, Wien 2009, S. 240, geht demgegenüber davon aus, Kelsen spreche hier Renners legistisches Talent an. Die Merkl-Biographie Grussmanns verhält sich nicht zu Merkl's Anteil an der Vorbereitung und Ausarbeitung des Entwurfs der KonstNVWO 1918, vgl. Wolf-Dietrich Grussmann, Adolf Julius Merkl. Leben und Werk, Wien 1989, S. 25–30, insb. 26f.

⁷⁷ Beide Wendungen: Kelsen, Proporz (Anm. 69), S. 3 II = HKW 4, S. 51–58 (53).

⁷⁸ Kelsen, Proporz (Anm. 69), S. 3 II–3 III = HKW 4, S. 51–58 (54).

⁷⁹ Kelsen, Proporz (Anm. 69), S. 3 III = HKW 4, S. 51–58 (55).

obwaltenden Umständen politisch durchsetzbar ist, rechnet Kelsen damit, dass „der Versuch einer vollständigen Umgestaltung des eingebrachten Wahlordnungsentwurfes schon wegen der kurz bemessenen Zeit auf Widerstände stieße“;⁸⁰ daher unterbreitet er einen Vorschlag, wie der vom Entwurf vorgesehenen Wahlkreiseinteilung „ihre – die rein personale Gruppenbildung hemmende – Wirkung genommen“ werden kann.⁸¹

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.⁸² Wie oft in Zeitungsartikeln der Zeit ist auch dieser in Frakturschrift gesetzt. Der Beitrag hat keine Zwischenüberschriften. 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).

Die Verfassungsnovelle (1918)

HKW 4, 59–67

I. Textkonstitution, Publikationsmedium und Überlieferung

Der Beitrag erschien in der „Neue Freie Presse“ Nr. 19513 vom 20. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 3–4. Die Autorschaft ist durch den Zusatz „Von Universitätsprofessor Dr. Hans Kelsen“ unterhalb der Überschrift des Zeitungsartikels einwandfrei ausgewiesen.

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 31. Januar 1939. Im Zuge der nationalsozialistischen „Arisierungs“-Politik wurde sie mit dem 1893 gegründeten „Neuen Wiener Journal“ und dem 1867 gegründeten „Neuen Wiener Tagblatt“ unter dem Namen des letzteren verschmolzen; das „Neue Wiener Tagblatt“ stellte sein Erscheinen am 7. April 1945 ein. 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

⁸⁰ Kelsen, Proporz (Anm. 69), S. 41 = HKW 4, S. 51–58 (57).

⁸¹ Kelsen, Proporz (Anm. 69), S. 411 = HKW 4, S. 51–58 (58).

⁸² Vgl. oben S. 5–22.

Feiertagsausgaben. Mitbegründer und bis zu seinem Tode Herausgeber war der deutsch-österreichische Jurist und Journalist Max Friedländer (1829–1872), der Cousin von Ferdinand Lassalle (1825–1864). 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 verantwortlich. Die „Neue Freie Presse“ nimmt in der österreichischen Medienlandschaft eine singuläre Stellung ein. Von Beginn an vertrat sie als repräsentatives Blatt den bürgerlichen 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 die Zeitung sicherlich auch entsprechende Honorare an ihre Autoren zahlen, was angesichts von Kelsens finanziell angespannter Situation in der Zeit vor seinem beruflichen Aufstieg nicht außer Betracht gelassen werden darf. Neben Kelsen waren prominente Verfasser für die „Neue Freie Presse“ beispielsweise Eduard Hanslick (1825–1904), Theodor Herzl (1860–1904), Hugo von Hofmannsthal (1874–1929), Felix Salten (1869–1945), Arthur Schnitzler (1862–1931) und Stefan Zweig (1881–1942). Karl Marx' (1818–1883) 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 allein 80 bis 100 Auslandskorrespondenten. 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.

Kelsen hat in der „Neue Freie Presse“ in den Jahren 1913 bis zu seinem Weggang aus Wien im Jahre 1930 insgesamt rund zweieinhalb Dutzend Beiträge veröffentlicht.⁸³ An Kelsens populärwissenschaftlichen Artikeln zu aktuellen verfas-

⁸³ 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 = HKW 4, S. 51–58; *Hans Kelsen*, Die Verfassungsnovelle, in: Neue Freie Presse Nr. 19513 vom 20. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 3–4 = HKW 4, S. 59–67; *Hans Kelsen*, Zum Bundesverfassungsentwurf des Tiroler

sungsrechtlichen und verfassungspolitischen Fragestellungen in der „österreichischen Times“ der Jahre 1918–1930 lässt sich dessen Aufstieg zu einem „public intellectual“ der Ersten Republik ablesen. In nicht weniger als achtzehn dem

Landtages, in: Neue Freie Presse Nr. 19889 vom 10. Januar 1920, Morgenblatt, S. 2, und 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, und 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 = HKW 4, S. 573–575; *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, und Nr. 21622 vom 22. November 1924, Morgenblatt, S. 2; *Hans Kelsen*, Der Bundespräsident. Anlässlich der Wiederwahl Dr. Michael Hainisch³, 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, und 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 und 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, und 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*, Geschwornengericht 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.

Staatsrecht der Republik gewidmeten Beiträgen bringt Kelsen der breiten Öffentlichkeit Wesen und Wert, Werden und Reform von Verfassungsrecht näher und offenbart darin ein für ihn charakteristisches, demokratisch-politisches Grundverständnis der Verfassung: dass sie nämlich – unbeschadet ihres Rechtscharakters (den Kelsen zu betonen nicht müde wird) – nicht als Exklusivangelegenheit mehr oder minder öffentlichkeitsentrückter Juristenzirkel und politisch Mächtiger betrachtet werden darf, sondern dass die Verfassung als Grundordnung des Gemeinwesens im Wortsinne eine *res publica*, eine Sache der Öffentlichkeit, eine Angelegenheit aller ist. In diesen knapp zwölf Jahren von Ende 1918 bis Mitte 1930 sind es mehr als seine fachwissenschaftlichen Publikationen und erst recht mehr als seine bahnbrechenden Arbeiten auf dem Gebiet der Rechtstheorie – neben Kelsens Wirken als ständiger Referent am Verfassungsgerichtshof – seine tagesaktuellen Verfassungsfragen gewidmeten Publikationen, die ihm öffentliche Bedeutung und Aufmerksamkeit sichern – und ihn ins Visier seiner politischen Gegner geraten lassen, die mit der sogenannten „Dispensehen-Affäre“ einen Vorwand haben, nicht nur den missliebigen Verfassungsgerichtshof umzugestalten, sondern zugleich auch das unbequeme VfGH-Mitglied Kelsen zu bekämpfen.

Sonstige Textträger wie insbesondere der Autograph oder Fahnen oder auch Vorarbeiten respektive Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden. Der Artikel wurde bisher weder nachgedruckt noch in eine andere Sprache übersetzt.

II. Entstehung und Duktus

1. Entstehung

Kelsens Artikel behandelt mit der sogenannten Dezember-Novelle vom 19. Dezember 1918 eines der zentralen, von der Provisorischen Nationalversammlung beschlossenen Verfassungsgesetze der Gründungsphase Deutschösterreichs. Seit dem 21. Oktober 1918 arbeitet die Provisorische Nationalversammlung Deutschösterreichs, um eine doppelte Aufgabe zu bewältigen: nämlich auf der einen Seite den Weg zu ebnen für die eigentliche, d. h. die Konstituierende Nationalversammlung, die am 4. März 1919 ihre Arbeit aufnimmt, – hier sind insonderheit die Entscheidungen über Zusammensetzung, Amtszeit und Einberufung der Konstituierenden Nationalversammlung⁸⁴ sowie über eine Wahlordnung für die Wahlen zur Konstituierenden Nationalversammlung⁸⁵ zu nennen – und zum anderen im Übergangszeitraum die zwar vorläufigen, aber für das Interim notwendigen (und für alles Weitere durchaus richtungweisenden) verfassungs- und einfachgesetzli-

⁸⁴ Gesetz vom 18. Dezember 1918 über die Einberufung der konstituierenden Nationalversammlung, StGBI 1918/114.

⁸⁵ Gesetz vom 18. Dezember 1918 über die Wahlordnung für die konstituierende Nationalversammlung, StGBI 1918/115.

chen Grundlagen bereitzustellen. Die Dezember-Novelle markiert, neben dem sog. Verfassungsbeschluss vom 30. Oktober 1918,⁸⁶ den wichtigsten Baustein der deutschösterreichischen Übergangsverfassung bis zum Zusammentritt der konstituierenden Nationalversammlung, die bereits am 14. März 1919 mit der sogenannten März-Verfassung⁸⁷ den „sukzessiven Verfassungsaufbau“⁸⁸ nach eigenen Vorstellungen kräftig vorantreibt. Die Dezember-Novelle versteht sich, wie ihre amtliche Bezeichnung als „Gesetz vom 19. Dezember 1918 zur Abänderung und Ergänzung des Beschlusses über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt vom 30. Oktober 1918“⁸⁹ auch klar ausweist, als Reform und Fortschreibung der durch den „Verfassungsbeschluss“ vom 31. Oktober 1918 herbeigeführten Verfassungslage Deutschösterreichs.

Kelsens Artikel erscheint im Morgenblatt der „Neue Freie Presse“ vom 20. Dezember 1918, ist aber auf den 19. Dezember 1918 – den Tag des Beschlusses der Dezember-Novelle durch die Provisorische Nationalversammlung – datiert. Der taggleich mit dem Gesetzesbeschluss abgefasste Beitrag verdeutlicht, dass dessen Autor bereits vorher mit dem legislativen Gesamtvorhaben, den konkreten Regulationsabsichten und wohl auch schon mit den zu beschließenden Vorschriften im Wortlaut aufs engste vertraut gewesen und überdies unmittelbaren Zugang zu den letztlich beschlossenen Gesetzestexten gehabt haben muss. Das überrascht nicht, steht doch Kelsen, der seit dem 1. Oktober 1918 die Position eines etatmäßigen außerordentlichen Professors für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien bekleidet, seit Anfang November 1918 als Verfassungsberater in den Diensten des sozialdemokratischen Staatskanzlers Karl Renner (1870–1950), der Schlüsselfigur für die verfassungsrechtlichen Richtungsentscheidungen in der Gründungsphase der Republik Deutschösterreich. Als solcher war es zwar seine Hauptaufgabe, „an der Vorbereitung der definitiven Verfassung Deutsch-Oesterreichs mitzuarbeiten“; gleichwohl hat er an den Arbeiten zur Ergänzung der von Renner entworfenen provisorischen Verfassung – gemeint ist damit der „Verfassungsbeschluss“ vom 30. Oktober 1918 – „gelegentlich mitgewirkt“.⁹⁰ Ob sich diese gelegentliche Mitwirkung bereits auf die von der Provisorischen Nationalver-

⁸⁶ Beschluß der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich vom 30. Oktober 1918 über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt, StGBI 1918/1.

⁸⁷ Gesetz vom 14. März 1919 über die Volksvertretung, StGBI 1919/179; Gesetz vom 14. März 1919 über die Staatsregierung, StGBI 1919/180.

⁸⁸ *Georg Schmitz*, Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung, Wien 1981, S. 34 unter Bezugnahme auf *Theo Öhlinger*, Der Bundesstaat zwischen Reiner Rechtslehre und Verfassungsrealität, Wien 1976, S. 42f.

⁸⁹ Gesetz vom 19. Dezember 1918, womit einige Bestimmungen des Beschlusses der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt vom 30. Oktober 1918, St.G.Bl. Nr. 1, abgeändert oder ergänzt werden, StGBI 1918/139.

⁹⁰ Beide Zitate: *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (65); siehe ähnlich *Hans Kelsen*, Österreichisches Staatsrecht. Ein Grundriss entwicklungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen 1923, 160f.

sammlung von November 1918 bis Januar 1919 beschlossenen Verfassungsgesetze – und damit gegebenenfalls auch die Dezember-Novelle selbst – bezieht, wird aus Kelsens Aussage nicht deutlich, erscheint aber wenig wahrscheinlich.⁹¹ Nachweislich hat Kelsen indes wenigstens einmal an den Beratungen des Verfassungsausschusses der Provisorischen Nationalversammlung, nämlich an der Sitzung vom 4. Dezember 1918, teilgenommen;⁹² darin ging es freilich nicht um die Vorbereitung der Dezember-Novelle, sondern um die Beratung des tags darauf beschlossenen Staatsbürgergesetzes.⁹³ Unbeschadet einer allfälligen Mitwirkung Kelsens im engeren Sinne ist durch dessen Einbeziehung in die in der Staatskanzlei federführend vorangetriebenen Verfassungsarbeiten im weiteren Sinne wie durch dessen Näheverhältnis sowohl zum Staatskanzler selbst als auch zu dessen insoweit wichtigstem Mitarbeiter, Kelsens Schüler Adolf Julius Merkl (1890–1970), davon auszugehen, dass er über die auf die Verfassungsreform im Dezember 1918 bezogenen Interna gut informiert war.

Kelsens Engagement in puncto Schaffung und Ausgestaltung der Übergangsverfassung Deutschösterreichs geht indes über ein dienstliches wie über ein strikt wissenschaftlich-akademisches hinaus. Ein Blick auf Kelsens Publikationsverzeichnis belegt, dass „Die Verfassungsnovelle“ im Kelsenschen Œuvre hinsichtlich Format, Duktus und Adressatenkreis keineswegs isoliert dasteht. Vielmehr ist der Beitrag einer von fünf⁹⁴ innerhalb von fünf Wochen – von Ende November bis Ende Dezember 1918 – erscheinenden populärwissenschaftlichen Artikeln, mit denen Kelsen in Tageszeitungen die Wahlrechts- und Verfassungsberatungen der Provisorischen Nationalversammlung begleitet, für die Öffentlichkeit aufbereitet und kommentierend einordnet. Im Einzelnen handelt es sich, in der Reihenfolge ihres Erscheinens, um folgende Publikationen, die Kelsen gewissermaßen zu einem public intellectual avancieren lassen:

⁹¹ Vgl. auch die Darstellungen bei *Schmitz*, Vorentwürfe (Anm. 88), insb. S. 27–33, und *Thomas Olechowski*, Der Beitrag Hans Kelsens zur österreichischen Bundesverfassung, 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. 211–230 (212–216), die ihrerseits keine konkrete dienstliche Befassung Kelsens mit den Verfassungsgesetzen aus dem November und Dezember 1918 ansprechen.

⁹² Aus den Stenographischen Protokollen der Provisorischen Nationalversammlung Deutschösterreichs lässt sich zwar über die sogenannten Beilagen, die unter anderem Ausschussberichte enthalten, auf Ausschusssitzungen und deren Thematik zurückschließen. Ausschussprotokolle mit Anwesenheitslisten sind indes, soweit vorhanden, nicht publiziert. Infolgedessen lässt sich – mit der im Text genannten Ausnahme (Sitzung des Verfassungsausschusses vom 4. Dezember 1919) – nicht feststellen, an welchen Sitzungen des Verfassungs- und des Wahlgesetzausschusses Kelsen in welcher Funktion teilgenommen hat.

⁹³ Gesetz vom 5. Dezember 1918 über das deutschösterreichische Staatsbürgerrecht, StGBI 1918/91.

⁹⁴ Nämlich vier einteilige Beiträge und ein dreiteiliger.

- 23. November 1918: Das Proportionalsystem [Teil 1], in: Der österreichische Volkswirt 11 (1918/1919), S. 115–118
- 24. November 1918: Ein einfaches Proportionalwahlsystem, in: Arbeiter-Zeitung Nr. 321, Morgenblatt, S. 2–3
- 30. November 1918: Das Proportionalwahlsystem [Teil 2], in: Der österreichische Volkswirt 11 (1918/1919), S. 133–136
- 1. Dezember 1918: Der Proporz im Wahlordnungsentwurf, in: Neue Freie Presse Nr. 19494, Morgenblatt, S. 3–4
- 7. Dezember 1918: Das Proportionalwahlsystem [Teil 3], in: Der österreichische Volkswirt 11 (1918/1919), S. 147–151
- 20. Dezember 1918: Die Verfassungsnovelle, in: Neue Freie Presse Nr. 19513, Morgenblatt, S. 3–4
- 28. Dezember 1918: Die verfassungsrechtliche Stellung des Staatskanzlers, in: Arbeiter-Zeitung Nr. 354, Morgenblatt, S. 2.

Es vergeht also zum Jahresende 1918 kaum eine Woche, in der Kelsen nicht mit einem Beitrag zum provisorischen Verfassungswerk an die Zeitungs-Öffentlichkeit tritt. Dabei wendet er sich, blickt man auf die Publikationsorgane – den „Österreichischen Volkswirt“, die „Arbeiter-Zeitung“ und die „Neue Freie Presse“ –, keineswegs nur an eine sozial oder parteipolitisch homogene Öffentlichkeit.

2. Duktus

Kelsen tritt dem Leser in dieser Abhandlung in der – wohl selbstattribuierten⁹⁵ – Funktion eines der interessierten politischen Öffentlichkeit berichterstattenden juristischen Sachverständigen entgegen. Obwohl für jeden Leser klar erkennbar ist, dass und wie sehr der Autor mit dem, worüber er schreibt, vertraut ist, wahrt Kelsen doch die Beobachter-Position und nimmt nicht die „Ich war dabei“-Autorität des Teilnehmers in Anspruch. Er nennt, erläutert und bewertet die Neuregelungen, die die Verfassungslage – näherhin die Staatsorganisation – durch die Dezember-Novelle vom 19. Dezember 1918 erfährt. Obwohl der Normtext nicht im Wortlaut mitgeteilt wird, werden doch die Inhalte mit der einschlägigen Paragraphenzählung genannt. Zwischenüberschriften, Gliederung oder Anmerkungsapparat finden sich bei diesem Zeitungsbeitrag naheliegender Weise nicht. Lediglich Sperrungen werden als Mittel der Hervorhebung einzelner Textpassagen eingesetzt.

Kelsen leitet seine Darstellung der Dezember-Novelle mit einem verfassungshistorischen Kurzabriss ein, der mit dem Beginn der republikanischen Zeitrechnung – dem 21. Oktober 1918, an dem sich die Provisorische Nationalversammlung konstituierte – anhebt und den „Verfassungsbeschluß“ vom 30. Oktober 1918

⁹⁵ Mangels einschlägiger Dokumente ließ sich weder feststellen, dass einer der fünf vorgenannten Beiträge im engeren Sinne eine Auftragsarbeit gewesen ist, noch, dass ihn Kelsen *motu proprio* verfasst und dem jeweiligen Publikationsorgan zur Veröffentlichung angeboten hat.

in den Mittelpunkt stellt. Sodann wendet er sich den einzelnen Neuerungen – Änderungen und Ergänzungen – in der Staatsorganisation Deutschösterreichs zu. In Bezug auf den Staatsrat werden insbesondere dessen Recht zum suspensiven Veto gegenüber Gesetzesbeschlüssen sowie die Einrichtung des Staatsratsdirektoriums hervorgehoben. Ein besonderes Augenmerk widmet Kelsen (der Entwicklung) der Rolle des Staatskanzlers; er kennzeichnet den markanten Bedeutungszuwachs, den jener durch das neue Verfassungsgesetz erfährt, als eine bloße „nachträgliche gesetzliche Registrierung“⁹⁶ des ohnehin bereits politisch Praktizierten. Schließlich thematisiert er die veränderte Stellung des Staatsnotars – dabei äußert er sich kritisch zur Notwendigkeit eines derartigen eigenständigen Organs – sowie die Neuregelung beim Abschluss von Staatsverträgen. Für „eine der wichtigsten Reformen“ hält er eine „ganz unauffällig“ – nämlich durch Weglassung einer bisherigen Bestimmung – erfolgte Änderung der Rechtslage: dass nämlich fortan das Recht sogenannter Vollzugsanweisungen, sprich: das Recht, Verordnungen zu erlassen, nicht mehr beim Staatsrat monopolisiert ist. Aufschlussreich ist Kelsens – rechtstheoretisch inspirierte, den Reinen Rechtslehrer deutlich manifestierende – Begründung dafür, dass einer Behörde auch das Recht übertragen werden müsse, „innerhalb ihres Wirkungskreises auf Grund des Gesetzes Verordnungen zu erlassen“: „Denn Verwalten heißt keineswegs bloß, individuelle Entscheidungen und Verfügungen treffen, sondern auch generelle Normen setzen. Zwischen dem individuellen und dem generellen Verwaltungsakt ist im Grunde nur ein technisch-ökonomischer Unterschied.“⁹⁷

Im Schlussabsatz öffnet Kelsen dem Leser noch einmal den größeren Horizont des gestuften, in einen a limine nur provisorischen und in einen (vorbehaltlich späterer Änderungen) definitiven Teil zerfallenden Verfassungsgebungsprozesses in Deutschösterreich. Dabei verkennt er nicht, dass das Provisorische durchaus Beharrungskräfte zu entfalten vermag: „Auch mit dem heute beschlossenen Gesetz ist der Ausbau der Verfassung noch nicht abgeschlossen, dem staatsrechtlichen Gebäude der jungen Republik noch keineswegs der provisorische Charakter genommen. Nicht nachdrücklich genug kann betont werden, daß das Werk der definitiven Verfassung der Konstituante vorbehalten bleibt. Da diese aber vermutlich zunächst von dem Gegebenen, dem von der provisorischen Nationalversammlung Geschaffenen ausgehen wird, war eine Reform schon im gegenwärtigen Zeitpunkte nicht überflüssig.“⁹⁸

⁹⁶ Hans Kelsen, Die Verfassungsnovelle, in: Neue Freie Presse Nr. 19513 vom 20. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 3–4 (3 II) = HKW 4, S. 59–67 (62).

⁹⁷ Alle vier Zitate: Kelsen, Verfassungsnovelle (Anm. 96), S. 3 III = HKW 4, S. 59–67 (64).

⁹⁸ Kelsen, Verfassungsnovelle (Anm. 96), S. 4 I = HKW 4, S. 59–67 (67) – ohne die Hervorhebungen im Original.

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.⁹⁹ 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}).

Die verfassungsrechtliche Stellung des Staatskanzlers (1918)

HKW 4, 69–74

I. Textkonstitution, Publikationsmedium und Überlieferung

Der Beitrag erschien in der „Arbeiter-Zeitung“ Nr. 354 vom 28. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 2. Der Text ist zweispaltig in Frakturschrift gesetzt. Die Autorschaft ist durch den Zusatz „Von Universitätsprofessor Dr. Hans Kelsen“ unterhalb der Überschrift gesichert.

Die „Arbeiter-Zeitung“, das Organ der Sozialdemokratischen Arbeiterpartei (SDAP)¹⁰⁰ oder, wie es sich selbst zu Zeiten der Publikation von Kelsens Beitrag auf dem Titelblatt bezeichnete, das „Zentralorgan der Deutschen Sozialdemokratie in Österreich“,¹⁰¹ erschien zum ersten Mal am 12. Juli 1889, zunächst im Zweiwochentakt, später wöchentlich und ab dem 1. Januar 1895 täglich, bis sie im Jahr 1934 verboten wurde.¹⁰² Vom 25. Februar 1934 bis zum 15. März 1938 wurde aus dem Exil in Brünn eine wöchentliche Ausgabe erstellt und nach Österreich eingeschmuggelt. Vorgänger der „Arbeiter-Zeitung“ war das 1886 gegründete und 1889 verbotene sozialdemokratische Wochenblatt „Gleichheit“. Eigentlicher Vater und spiritus rector nicht nur der „Gleichheit“, sondern auch der unmittelbar nach dem

⁹⁹ Vgl. oben S. 5–22.

¹⁰⁰ Die heute mit Vollnamen „Sozialdemokratische Partei Österreichs“ heißende SPÖ wurde 1888/1889 als „Sozialdemokratische Arbeiterpartei“ (SDAP) gegründet und hieß so bis zu ihrem Verbot im Jahre 1934. 1945 wurde sie als „Sozialistische Partei Österreichs“ (SPÖ) wiederbegründet und führte diesen Namen bis ins Jahr 1991, in dem sie auf ihrem Bundesparteitag in Linz zu „Sozialdemokratische Partei Österreichs“ (SPÖ) umbenannt wurde.

¹⁰¹ Die Arbeiter-Zeitung führte unterschiedliche Titelzusätze: 1889–1894 „Organ der österreichischen Sozialdemokratie“, 1895–1911 „Zentralorgan der österreichischen Sozialdemokratie“, 1911–1919 „Zentralorgan der Deutschen Sozialdemokratie in Österreich“, 1919–1934 „Zentralorgan der Sozialdemokratie Deutschösterreichs“, 1945–1970 „Zentralorgan der Sozialistischen Partei Österreichs“.

¹⁰² Dazu und zum Folgenden *Peter Pelinka/Manfred Scheuch*, 100 Jahre AZ, Wien und Zürich 1989.

Verbot der „Gleichheit“ erstmals verlegten „Arbeiter-Zeitung“ war niemand Geringeres als der Begründer der österreichischen Sozialdemokratischen Arbeiterpartei (SDAP, heute SPÖ) Victor Adler (1852–1918). Den – von Adler verfassten – Gründungsauftrag der „Arbeiter-Zeitung“ unterschrieben jedoch aus politischen Gründen drei andere SDAP-Parteivorstandsmitglieder, die bereits beim als Gründungsprogramm der SDAP geltenden „Hainfelder Programm“ in herausgehobener Weise in Erscheinung getreten waren, nämlich Julius Popp (1849–1902), Ludwig August Bretschneider (1860–1929) sowie Rudolf Pokorny (1862–1912). Der Journalist, nachmalige Politiker und Höchsttrichter Friedrich Austerlitz (1862–1931) war seit 1895 Chef des Ressorts Politik, seit 1901 auch formell Chefredakteur und bis zu seinem Tod bei der Zeitung tätig. Unter ihm stieg die „Arbeiter-Zeitung“ in der Ersten Republik zu einem der führenden politischen Tageszeitungen auf. Nach dessen Tod folgte ihm, bis zum Verbot der Zeitung im Jahre 1934, als Chefredakteur Oscar Pollak (1893–1963) nach, der nach seiner Rückkehr aus der Emigration von 1945 bis 1961 ein weiteres Mal das Amt des Chefredakteurs versah. Nach dem Zweiten Weltkrieg erschien die „Arbeiter-Zeitung“, die seit 1922 von der SDAP selbst verlegt wurde, wieder als Parteizeitung der SPÖ – nunmehr mit dem Titelzusatz „Zentralorgan der Sozialistischen Partei Österreichs“. Bis 1955 war sie mit einer Auflage von 245000 Stück die auflagenstärkste Tageszeitung Österreichs. In den 60er und 70er Jahren des 20. Jahrhunderts verlor die „Arbeiter-Zeitung“ immer mehr an Bedeutung und geriet in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Aus finanziellen Gründen erschien die „Arbeiter-Zeitung“ ab Mitte Oktober 1985 im Kleinformat als „Neue AZ“. Ab September 1989 erschien die „Arbeiter-Zeitung“ als parteiunabhängige Zeitung, bis sie im Jahr 1991 eingestellt wurde. Die Zeitung hatte immer ungezählte Beilagen. 1900 erreichte die Zeitung eine Auflage von 24000 Stück, im Jahr 1914 54000, 1925/1930 100000, 1948/1955 245000 und 1990 100000 Exemplare.

Von Kelsen erschienen insgesamt nur zwei Beiträge in der „Arbeiter-Zeitung“, und zwar innerhalb von fünf Wochen, nämlich „Ein einfaches Proportionalwahl-system“, in: Arbeiter-Zeitung Nr. 321, 24. November 1918, S. 2–3, sowie „Die verfassungsrechtliche Stellung des Staatskanzlers“, in: Arbeiter-Zeitung Nr. 354, 28. Dezember 1918, S. 2.

Sonstige Textträger wie insbesondere der Autograph oder Fahnen oder auch Vorarbeiten respektive Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden. Der Beitrag wurde bisher weder nachgedruckt noch in eine andere Sprache übersetzt.

II. Entstehung und Duktus

1. Entstehung

Kelsens Artikel widmet sich einem der zentralen verfassungsrechtlichen und verfassungspolitischen Themen der Übergangsverfassung Deutschösterreichs, nämlich „der Organisation des obersten Exekutivorgans“.¹⁰³ Nach Ausrufung der Republik, Abschaffung der Monarchie und Abdankung des Kaisers stellte sich die Frage, wie die Leerstelle, die der Kaiser als exekutives Staatsleitungsorgan hinterlassen hatte, zu füllen war. Die Aufgaben des obersten *Legislativorgans* nahm bis zur Wahl und Konstituierung der Konstituierenden Nationalversammlung die seit dem 21. Oktober 1918 tagende Provisorische Nationalversammlung Deutschösterreichs wahr. Auf Seiten der *Exekutive* erwies sich die Lösung als schwieriger, uneindeutiger und weniger nachhaltig, zumal die an sich naheliegende Installation eines Präsidenten der Republik aus politischen Gründen zunächst ausschied. Der vielköpfige Staatsrat, dem namentlich mit dem sog. „Verfassungsbeschuß“ vom 30. Oktober 1918,¹⁰⁴ also der ersten Übergangsverfassung der Republik Deutschösterreichs, an sich diese Rolle zugeordnet war, konnte sie je länger, desto weniger ausfüllen. Auch das Dreier-Modell aus den drei Präsidenten der Provisorischen Nationalversammlung, die dem Staatsrat präsidierten, erwies sich unter rechtspraktischen wie (rechts)politischen Auspizien als defizitär, nur bedingt brauchbar. Nach und nach wuchs der initialiter nur als Leiter der nicht mit primären Staatsleitungsaufgaben ausgestatteten Staatskanzlei vorgesehene Staatskanzler – in der charismatisch-zupackenden Gestalt einer der Führungspersonen der Sozialdemokratie, Karl Renner (1870–1950, Staatskanzler 30. Oktober 1918 bis 7. Juli 1920) – in die Rolle eines zentralen exekutiven Staatsleitungsorgans. Diese Entwicklung vollzog sich zunächst weithin *praeter constitutionem*; verfassungsgesetzlich ratifiziert wurde sie im Wesentlichen erst mit der sogenannten Dezember-Novelle, sprich: mit dem „Gesetz vom 19. Dezember 1918, womit einige Bestimmungen des Beschlusses der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt vom 30. Oktober 1918, St.G.Bl. Nr. 1, abgeändert oder ergänzt werden“.¹⁰⁵

Kelsens Überlegungen in der „Arbeiter-Zeitung“ verstehen sich als Beitrag zu dieser laufenden, noch unabgeschlossenen Debatte über die „Organisation des obersten Exekutivorgans“.¹⁰⁶ Seine literarische Intervention steht in unmittelba-

¹⁰³ Hans Kelsen, Die verfassungsrechtliche Stellung des Staatskanzlers, in: Arbeiter-Zeitung Nr. 354 vom 28. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 2–3 (2 II) = HKW 4, S. 69–74 (70).

¹⁰⁴ Beschluß der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich vom 30. Oktober 1918 über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt, StGBI 1918/1.

¹⁰⁵ Gesetz vom 19. Dezember 1918, womit einige Bestimmungen des Beschlusses der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt vom 30. Oktober 1918, St.G.Bl. Nr. 1, abgeändert oder ergänzt werden, StGBI 1918/139.

¹⁰⁶ Kelsen, Staatskanzler (Anm. 103), S. 2 II = HKW 4, S. 69–74 (70).

rem zeitlichen Zusammenhang mit der „Dezember-Novelle“, genauer: Kelsens Artikel erscheint neun Tage nach deren Beschluss durch die Provisorische Nationalversammlung, zählt damit noch zu den unmittelbaren Reaktionen auf die Verfassungsreform vom 19. Dezember 1918. Mit Kelsen meldet sich nicht ein x-beliebiger Bürger zu Wort: Nicht nur, dass er seit dem 1. Oktober 1918 die Position eines etatmäßigen außerordentlichen Professors für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien bekleidet und daher von Berufs wegen besonderen Sachverstand einbringt; viel mehr noch: seit Anfang November 1918 steht Kelsen als Verfassungsberater in den Diensten des Staatskanzlers Karl Renner, der Schlüsselfigur für die verfassungsrechtlichen Richtungsentscheidungen in der Gründungsphase der Republik Deutschösterreich. Als solcher war es zwar seine Hauptaufgabe, „an der Vorbereitung der definitiven Verfassung Deutsch-Oesterreichs mitzuarbeiten“; gleichwohl hat er an den Arbeiten zur Ergänzung der von Renner entworfenen provisorischen Verfassung – gemeint ist damit der „Verfassungsbeschluss“ vom 30. Oktober 1918 – „gelegentlich mitgewirkt“.¹⁰⁷ Ob sich diese gelegentliche Mitwirkung bereits auf die von der Provisorischen Nationalversammlung von November 1918 bis Januar 1919 beschlossenen Verfassungsgesetze – und damit gegebenenfalls auch die Dezember-Novelle selbst – bezieht, wird aus Kelsens Aussage nicht deutlich, erscheint aber wenig wahrscheinlich.¹⁰⁸ Unbeschadet einer allfälligen Mitwirkung Kelsens im engeren Sinne ist durch dessen Einbeziehung in die in der Staatskanzlei federführend vorangetriebenen Verfassungsarbeiten im weiteren Sinne wie durch dessen Vertrauensverhältnis sowohl zum Staatskanzler selbst als auch zu dessen insoweit wichtigstem Mitarbeiter, Kelsens Schüler Adolf Julius Merkl (1890–1970), davon auszugehen, dass er über die auf die Verfassungsreform im Dezember 1918 bezogenen Interna gut informiert war.

Kelsens Engagement in puncto Schaffung und Ausgestaltung der Übergangsverfassung Deutschösterreichs geht indes, wie ja just der am 28. Dezember 1918 in der „Arbeiter-Zeitung“ publizierte Artikel nachhaltig belegt, über ein dienstliches wie über ein strikt wissenschaftlich-akademisches hinaus. Innerhalb von fünf Wochen – von Ende November bis Ende Dezember 1918 – erscheinen in Tageszeitungen oder Wochenschriften nicht weniger als fünf¹⁰⁹ populärwissenschaftliche Beiträge, in denen Kelsen den „sukzessiven Verfassungsaufbau“¹¹⁰ namentlich in

¹⁰⁷ Beide Zitate: *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (65); siehe ähnlich *Hans Kelsen*, Österreichisches Staatsrecht. Ein Grundriss entwicklungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen 1923, 160f.

¹⁰⁸ Vgl. auch die Darstellungen bei *Georg Schmitz*, Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung, Wien 1981, insb. S. 27–33, und *Thomas Olechowski*, Der Beitrag Hans Kelsens zur österreichischen Bundesverfassung, 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. 211–230 (212–216), die ihrerseits keine konkrete dienstliche Befassung Kelsens mit den Verfassungsgesetzen aus dem November und Dezember 1918 ansprechen.

¹⁰⁹ Nämlich vier einteilige Beiträge und ein dreiteiliger.

¹¹⁰ *Schmitz*, Vorentwürfe (Anm. 108), S. 42f.

Gestalt der Wahlrechts- und Verfassungsberatungen der Provisorischen Nationalversammlung begleitet, für die Öffentlichkeit aufbereitet und kommentierend einordnet. Im Einzelnen handelt es sich, in der Reihenfolge ihres Erscheinens, um folgende Publikationen, die Kelsen gewissermaßen zu einem public intellectual avancieren lassen:

- 23. November 1918: Das Proportionalssystem [Teil 1], in: Der österreichische Volkswirt 11 (1918/1919), S. 115–118
- 24. November 1918: Ein einfaches Proportionalwahlsystem, in: Arbeiter-Zeitung Nr. 321, Morgenblatt, S. 2–3
- 30. November 1918: Das Proportionalwahlsystem [Teil 2], in: Der österreichische Volkswirt 11 (1918/1919), S. 133–136
- 1. Dezember 1918: Der Proporz im Wahlordnungsentwurf, in: Neue Freie Presse Nr. 19494, Morgenblatt, S. 3–4
- 7. Dezember 1918: Das Proportionalwahlsystem [Teil 3], in: Der österreichische Volkswirt 11 (1918/1919), S. 147–151
- 20. Dezember 1918: Die Verfassungsnovelle, in: Neue Freie Presse Nr. 19513, Morgenblatt, S. 3–4
- 28. Dezember 1918: Die verfassungsrechtliche Stellung des Staatskanzlers, in: Arbeiter-Zeitung Nr. 354, Morgenblatt, S. 2.

Es vergeht also zum Jahresende 1918 kaum eine Woche, in der Kelsen nicht mit einem Beitrag zum provisorischen Verfassungswerk an die Zeitungs-Öffentlichkeit tritt. Dabei wendet er sich, blickt man auf die Publikationsorgane – den „Österreichischen Volkswirt“, die „Arbeiter-Zeitung“ und die „Neue Freie Presse“ –, keineswegs nur an eine sozial oder parteipolitisch homogene Öffentlichkeit. Der Artikel zur „verfassungsrechtlichen Stellung des Staatskanzlers“ ist der letzte in dieser Reihe.

Er verdient aber auch deswegen besonderes Interesse, weil Kelsen – als Konsulent der Staatskanzlei und deren Leiter, dem Staatskanzler, dienstlich und darüber hinaus Karl Renner auch menschlich (und politisch) verbunden – darin über (die Entwicklung von) Amt und Funktion des deutschösterreichischen Staatskanzlers, die untrennbar mit dem seinerzeitigen Amtsinhaber verquickt, ja teilweise nur daraus zu verstehen sind, räsonniert. Gleichwohl darf, wie nicht zuletzt der keineswegs unkritische Inhalt der Ausführungen belegt, nicht von einer dienstlichen Veranlassung von Kelsens Artikel ausgegangen werden. Ganz im Gegenteil ist auch dieser Beitrag ein nachhaltiger Beweis für die Unabhängigkeit, die sich Kelsen trotz aller loyalitätserheischenden Einbindung wahrte.

2. Duktus

Der Text ist äußerlich lediglich durch Absätze gegliedert, Hervorhebungen sind durch Sperrung kenntlich gemacht. Sonstige Besonderheiten – Gliederung durch Zwischenüberschriften oder Ordnungszahlen, Vorhandensein eines wissenschaft-

lichen Apparats – bestehen nicht. Anders als der gerade einmal eine Woche zuvor in der „Neue Freie Presse“ erscheinende Beitrag zur „Verfassungsnovelle“¹¹¹ ist „Die verfassungsrechtliche Stellung des Staatskanzlers“ weniger berichtender und darstellender als vielmehr analysierender, kontextualisierender und rasonnierender Natur.

Hauptthema von Kelsens Ausführungen ist der – mit der „Dezember-Novelle“ vom 19. Dezember 1918 auch verfassungsgesetzlich vollzogene – Aufstieg des Staatskanzlers, ein Aufstieg, der sich besonders deutlich im Verhältnis zum und zu Lasten des Staatsrats zeigt. Diesen erklärt Kelsen als das eigentliche verfassungsrechtliche Provisorium, womit er wohl zuvörderst aussagen will, dass dieses Organ auf Dauer keinen Bestand haben wird. Der vielköpfige Staatsrat, so Kelsen, erkläre sich überhaupt nur als Ausdruck und Ergebnis eines Burgfriedens der das neue Staatswesen tragenden politischen Parteien. Schon in der kurzen republikanischen Ära seit Ende Oktober 1918 habe sich gezeigt, dass sich der Staatsrat als „oberstes Exekutivorgan“¹¹² nicht bewährt habe. Es bedürfe einer exekutiven Leitungs-Figur und -Institution in der Art des Staatskanzlers. Freilich sei mit der aus mehreren institutionstheoretischen wie -praktischen Gründen bestehenden Notwendigkeit eines „Vorsitzenden des Rates der Staatssekretäre“¹¹³ – Kelsen spricht von der „verfassungs- und verwaltungstechnischen Zweckmäßigkeit des Amtes“¹¹⁴ – nicht schon die Frage beantwortet, ob Bezeichnung und Stellung als Staatskanzler die optimale oder doch wenigstens adäquate Antwort zur Befriedigung der vorgeannten Notwendigkeit darstellten.

Dem Beitrag Kelsens nachgestellt – lediglich durch drei horizontal angebrachte Asterisken und petit-Satz äußerlich überhaupt als eigenständiger Text erkennbar – ist ein weder namentlich noch durch eine Überschrift gekennzeichnete Kommentar zu jenem.¹¹⁵ Der im „wir“-Stil verfasste Kommentar dürfte von der Redaktion der „Arbeiter-Zeitung“ herrühren. Er befasst sich, bei aller zum Ausdruck gelangenden (und wohl nicht nur vorgetäuschten) Wertschätzung für den Autor („der geschätzte Verteidiger jener Verfassungsänderung“), sehr kritisch mit Kelsens Einschätzung der Wirksamkeit einer auch auf den Staatskanzler erstreckten Ministerverantwortlichkeit. Der Kommentar versteht sich als ein verfassungspolitisches Plädoyer gegen das aus seiner Sicht unnütze und sogar schädliche Institut der Ministerverantwortlichkeit. Denn die „ganze Theorie von der Unerläßlichkeit dieser [Minister-], Verantwortlichkeit“ diene lediglich als Mittel, „die politische Kräfteverschiebung, die durch jenes zweite Verfassungsgesetz [sc. die „Dezember-Novelle“] herbeigeführt wird, zu bemänteln und plausibel zu machen“, sei mit

¹¹¹ Hans Kelsen, Die Verfassungsnovelle, in: Neue Freie Presse Nr. 19513 vom 20. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 3–4 = HKW 4, S. 59–67.

¹¹² Kelsen, Staatskanzler (Anm. 103), S. 2 II = HKW 4, S. 69–74 (70).

¹¹³ Kelsen, Staatskanzler (Anm. 103), S. 2 II = HKW 4, S. 69–74 (71).

¹¹⁴ Kelsen, Staatskanzler (Anm. 103), S. 2 III = HKW 4, S. 69–74 (74).

¹¹⁵ Der redaktionelle Kommentar ist oben im Wortlaut abgedruckt: Hans Kelsen, Die verfassungsrechtliche Stellung des Staatskanzlers (1918), in: HKW 4, S. 69–74 (74 Hrs.-Anm. 15).

anderen Worten ein politisch motiviertes Ablenkungsmanöver. Dass Kelsen seinerseits explizit zu diesem redaktionellen Zusatz Stellung bezogen hätte, ließ sich nicht ermitteln.

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.¹¹⁶ Der dreispaltig gesetzte Text ist wie zu der Zeit üblich in Fraktur gesetzt. Es gibt keine Zwischenüberschriften. Mit Rücksicht auf den dreispaltigen Satz wurde anstelle des bloßen Seitenumbruchs der Spaltenumbruch markiert und durch Hinzufügung einer kleiner gesetzten römischen Zahl ausgezeichnet (Bsp.: 2_{III}). Der redaktionelle Kommentar zu Kelsens Text wurde im editorischen Apparat im vollen Wortlaut abgedruckt.

Ein einfaches Proportionalwahlsystem (1918)

HKW 4, 75–82

I. Textkonstitution, Publikationsmedium und Überlieferung

Der Beitrag erschien in der „Arbeiter-Zeitung“ Nr. 321 vom 24. November 1918, Morgenblatt, S. 2–3. Die Autorschaft ist durch den Zusatz „Von Universitätsprofessor Dr. Hans Kelsen“ unterhalb der Überschrift gesichert. Es handelt sich um einen von zwei Artikeln aus der Feder Kelsens in diesem Organ; der zweite Beitrag erschien noch im selben Jahr unter dem Titel „Die verfassungsrechtliche Stellung des Staatskanzlers“.¹¹⁷

Die „Arbeiter-Zeitung“, das Organ der Sozialdemokratischen Arbeiterpartei (SDAP)¹¹⁸ oder, wie es sich selbst zu Zeiten der Publikation von Kelsens Beitrag auf dem Titelblatt bezeichnete, das „Zentralorgan der Deutschen Sozialdemokratie in Österreich“,¹¹⁹ erschien zum ersten Mal am 12. Juli 1889, zunächst im Zweiwo-

¹¹⁶ Vgl. oben S. 5–22.

¹¹⁷ *Hans Kelsen*, Die verfassungsrechtliche Stellung des Staatskanzlers, in: Arbeiter-Zeitung Nr. 354 vom 28. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 2 = HKW 4, S. 69–74.

¹¹⁸ Die heute mit Vollnamen „Sozialdemokratische Partei Österreichs“ heißende SPÖ wurde 1888/1889 als „Sozialdemokratische Arbeiterpartei“ (SDAP) gegründet und hieß so bis zu ihrem Verbot im Jahre 1934. 1945 wurde sie als „Sozialistische Partei Österreichs“ (SPÖ) wiederbegründet und führte diesen Namen bis ins Jahr 1991, in dem sie auf ihrem Bundesparteitag in Linz zu „Sozialdemokratische Partei Österreichs“ (SPÖ) umbenannt wurde.

¹¹⁹ Die Arbeiter-Zeitung führte unterschiedliche Titelzusätze: 1889–1894 „Organ der österreichischen Sozialdemokratie“, 1895–1911 „Zentralorgan der österreichischen Sozialdemokratie“,

chentakt, später wöchentlich und ab dem 1. Januar 1895 täglich, bis sie im Jahr 1934 verboten wurde.¹²⁰ Vom 25. Februar 1934 bis zum 15. März 1938 wurde aus dem Exil in Brünn eine wöchentliche Ausgabe erstellt und nach Österreich eingeschmuggelt. Vorgänger der „Arbeiter-Zeitung“ war das 1886 gegründete und 1889 verbotene sozialdemokratische Wochenblatt „Gleichheit“. Eigentlicher Vater und spiritus rector nicht nur der „Gleichheit“, sondern auch der unmittelbar nach dem Verbot der „Gleichheit“ erstmals verlegten „Arbeiter-Zeitung“ war niemand Geringeres als der Begründer der österreichischen Sozialdemokratischen Arbeiterpartei (SDAP, heute SPÖ) Victor Adler (1852–1918). Den – von Adler verfassten – Gründungsauftrag der „Arbeiter-Zeitung“ unterschrieben jedoch aus politischen Gründen drei andere SDAP-Parteivorstandsmitglieder, die bereits beim als Gründungsprogramm der SDAP geltenden „Hainfelder Programm“ in herausgehobener Weise in Erscheinung getreten waren, nämlich Julius Popp (1849–1902), Ludwig August Bretschneider (1860–1929) sowie Rudolf Pokorny (1862–1912). Der Journalist, nachmalige Politiker und Höchststrichter Friedrich Austerlitz (1862–1931) war seit 1895 Chef des Ressorts Politik, seit 1901 auch formell Chefredakteur und bis zu seinem Tod bei der Zeitung tätig. Unter ihm stieg die „Arbeiter-Zeitung“ in der Ersten Republik zu einem der führenden politischen Tageszeitungen auf. Nach dessen Tod folgte ihm, bis zum Verbot der Zeitung im Jahre 1934, als Chefredakteur Oscar Pollak (1893–1963) nach, der nach seiner Rückkehr aus der Emigration von 1945 bis 1961 ein weiteres Mal das Amt des Chefredakteurs versah. Nach dem Zweiten Weltkrieg erschien die „Arbeiter-Zeitung“, die seit 1922 von der SDAP selbst verlegt wurde, wieder als Parteizeitung der SPÖ – nunmehr mit dem Titelzusatz „Zentralorgan der Sozialistischen Partei Österreichs“. Bis 1955 war sie mit einer Auflage von 245 000 Stück die auflagenstärkste Tageszeitung Österreichs. In den 60er und 70er Jahren des 20. Jahrhunderts verlor die „Arbeiter-Zeitung“ immer mehr an Bedeutung und geriet in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Aus finanziellen Gründen erschien die „Arbeiter-Zeitung“ ab Mitte Oktober 1985 im Kleinformat als „Neue AZ“. Ab September 1989 erschien die „Arbeiter-Zeitung“ als parteiunabhängige Zeitung, bis sie im Jahr 1991 eingestellt wurde. Die Zeitung hatte immer ungezählte Beilagen. 1900 erreichte die Zeitung eine Auflage von 24 000 Stück, im Jahr 1914 54 000, 1925/1930 100 000, 1948/1955 245 000 und 1990 100 000 Exemplare.

Sonstige Textträger wie insbesondere der Autograph oder Fahnen oder auch Vorarbeiten respektive Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden. Der Artikel wurde bisher weder nachgedruckt noch in eine andere Sprache übersetzt.

1911–1919 „Zentralorgan der Deutschen Sozialdemokratie in Österreich“, 1919–1934 „Zentralorgan der Sozialdemokratie Deutschösterreichs“, 1945–1970 „Zentralorgan der Sozialistischen Partei Österreichs“.

¹²⁰ Dazu und zum Folgenden *Peter Pelinka/Manfred Scheuch*, 100 Jahre AZ, Wien und Zürich 1989.

II. Entstehung und Duktus

1. Entstehung

Der am 24. November 1918 publizierte Artikel „Ein einfaches Proportionalwahlsystem“¹²¹ ist Teil eines populärwissenschaftlichen Quartetts wahlrechtspolitischer Beiträge, die Kelsen in der Gründungsphase der Ersten Republik Ende des Jahres 1918, genauer: kurz vor und kurz nach Bekanntwerden des Gesetzentwurfs über die Wahlordnung für die Konstituierende Nationalversammlung, den der Staatskanzler dem Staatsrat am 27. November 1918 zuleitete, abgefasst hat. Die drei weiteren Publikationen sind, in der Reihenfolge ihres Erscheinens, der Dreiteiler „Das Proportional(wahl)system“ (23. November bis 10. Dezember 1918),¹²² „Der Proporz im Wahlordnungsentwurf“ (1. Dezember 1918)¹²³ sowie die Druckfassung des am 4. Dezember 1918 gehaltenen Vortrags zum „Verhältniswahlrecht“ (26. Januar 1919).¹²⁴

Alle vier Artikel sind als Beiträge Kelsens zu der gleichermaßen speziell rechtswissenschaftlichen wie allgemein gesellschaftspolitischen Diskussion um die Gestaltung eines neuen, demokratischen Wahlrechts zu lesen und einzuordnen. In ihnen setzt sich Kelsen nicht nur in allgemeiner Form für das Verhältniswahlrecht ein – die Entscheidung für das Proportional- und gegen das Mehrheitswahlsystem fiel in weitgehendem gesellschafts- und parteipolitischen Konsens; vielmehr engagiert sich Kelsen für eine besondere, namentlich den Vorstellungen des Staatskanzlers und mehrheitlich auch des Staatsrats zuwiderlaufende Ausprägung des Proportionalwahlsystems. Statt, wie es der vom Staatskanzler verantwortete Wahlordnungsgesetzentwurf vorsah und wie es am 18. Dezember 1918 dann auch Gesetz wurde, optiert Kelsen nicht für eine proportionale Listenwahl auf der Grundlage einer Einteilung des Wahlgebiets in echte Wahlkreise, sondern er macht sich für eine „proportionale Einerwahl mit Listenskrutinium“¹²⁵ stark. Damit glaubt er, zum einen den Einfluss des Wählers auf die Auswahl der Mandatsträger verstärken und zum anderen die mit der Listenwahl einhergehenden Verzerrungen zulasten des Proportionalprinzips vermindern zu können. Die „proportionale Einerwahl“ avanciert zu Kelsens wahlrechtspolitischem Mantra, welches er in einer ganzen Reihe weiterer Schriften im kommenden Jahrzehnt wiederholen wird.¹²⁶

¹²¹ Hans Kelsen, Ein einfaches Proportionalwahlsystem, in: Arbeiter-Zeitung Nr. 321 vom 24. November 1918, Morgenblatt, S. 2–3 = HKW 4, S. 75–82.

¹²² Hans Kelsen, Das Proportional(wahl)system, in: Der österreichische Volkswirt 11 (1918/1919), S. 115–118, 133–136, 147–151 = HKW 4, S. 25–50.

¹²³ Hans Kelsen, Der Proporz im Wahlordnungsentwurf, in: Neue Freie Presse Nr. 19494 vom 1. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 3–4 = HKW 4, S. 51–58.

¹²⁴ Hans Kelsen, [Verhältniswahlrecht. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 4. Dezember 1918], in: Gerichtshalle 63 (1919), S. 27–28 = HKW 4, S. 169–174.

¹²⁵ Kelsen, Proporz (Anm. 123), S. 3 II = HKW 4, S. 51–58 (54).

¹²⁶ Zu Kelsens wahlrechtsbezogenen Schriften und deren Stellung im Kelsenschen Gesamtwerk näher: Editorischer Bericht „Das Proportional(wahl)system“, in: HKW 4, S. 580–595 (581–588).

Zwar gelten die vier Schriften vom Jahreswechsel 1918/1919, soweit es Kelsens Positionierung im Diskurs um das neue demokratische Wahlsystem betrifft, einem identischen Thema. Doch unterscheiden sich die Artikel untereinander in Stil und Duktus, Aufbau und Sprache und stellen daher jeweils einen eigenständigen Zugriff auf die und eine selbständige Präsentation der Materie des Verhältniswahlsystems dar. Im Übrigen sei, was das Verhältnis der vier Publikationen zu- und untereinander betrifft, zur Vermeidung von Wiederholungen auf die eingehenderen Hinweise im Editorischen Bericht zu „Das Proportional(wahl)system“ verwiesen.¹²⁷

Stellt man die vier dem Verhältniswahlsystem gewidmeten Schriften in einen biographischen Kontext, so ist nicht nur daran zu erinnern, dass der siebenunddreißigjährige Kelsen seit Anfang November 1918 für die Arbeiten an den verfassungsrechtlichen Grundlagen der sich formierenden Republik (Deutsch-)Österreich vom Staatskanzler persönlich als staatsrechtlicher Experte herangezogen wird. Auch sein beruflich-akademischer Aufstieg ist in den Fokus zu nehmen: Seit dem 1. Oktober 1918 bekleidet Kelsen die Position eines etatmäßigen außerordentlichen Professors für Staats- und Verwaltungsrecht an der ersten Universität des Landes; kaum ein Jahr später, am 1. August 1919, wird ihm als Nachfolger seines Lehrers Edmund Bernatzik (1854–1919) der Posten eines der beiden ordentlichen Universitätsprofessoren für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien angetragen. Überdies ernennt ihn die Staatsregierung am 3. Mai 1919 zum Mitglied des deutschösterreichischen Verfassungsgerichtshofs. Innerhalb weniger als eines Jahres ist Kelsen von einem zwar äußerst begabten, aber doch fast nur in engen fachwissenschaftlichen Kreisen, in seinem unmittelbaren Arbeitsumfeld im k. u. k. Kriegsministerium und darüber hinaus in der Arbeiterbildung wirkenden Juristen zu einem einer breiteren Öffentlichkeit bekannten Staatsrechtler der vordersten Reihe aufgerückt, der die Mächtigen des Landes berät, zugleich aber seine Autorität aus seiner fachlichen und parteipolitischen Unabhängigkeit schöpft. Dazu trägt bei, dass Kelsen seine Rolle und Stellung als die eines politischen, d. h. auch außerhalb der scientific community präsenten, öffentlich gesellschaftspolitische Verantwortung übernehmenden Professors versteht. Die wahlrechtspolitischen Beiträge aus dem November und Dezember 1918 dürften insoweit als der Beginn seines diesbezüglichen öffentlichen Wirkens gedeutet werden.

Der Artikel „Ein einfaches Proportionalwahlsystem“ zeichnet sich in besonderer Weise durch seinen Erscheinungsort aus: Kelsen publiziert ihn im Zentralorgan der Sozialdemokratischen Arbeiterpartei (SDAP), der von Victor Adler, dem charismatischen Mitbegründer und Vorsitzenden der SDAP, begründeten „Arbeiter-Zeitung“. Kelsen sympathisiert zwar – von Zeit zu Zeit sogar offen – mit

¹²⁷ Zu Kelsens wahlrechtsbezogenen Schriften und deren Stellung im Kelsenschen Gesamtwerk: Editorischer Bericht „Das Proportional(wahl)system“, in: HKW 4, S. 580–595 (581–588).

den politischen Ansichten der SDAP, entscheidet sich aber um seiner Unabhängigkeit in seinem Beruf als Staatsrechtslehrer willen bewusst gegen eine Mitgliedschaft.¹²⁸ Es wäre verfehlt, Kelsen in seinen dem Recht geltenden, d. h. als Staatsrechtslehrer verfassten Schriften, so also auch in seinen wahlrechtsbezogenen Stellungnahmen, als Parteigänger oder auch nur als Sympathisant der sozialdemokratischen Partei zu betrachten. Die Veröffentlichung in der „Arbeiter-Zeitung“, der Kelsen im Übrigen nur eine einzige weitere Publikation knapp fünf Wochen später folgen lässt,¹²⁹ ist auf dem Hintergrund einzuordnen, dass, zum einen, Kelsen sich auch in politisch anders ausgerichteten Printmedien zum Proportionalwahlrecht äußert¹³⁰ und, zum anderen, die Publikationsorte seiner recht zahlreichen, zumeist populärwissenschaftlich gehaltenen Beiträge zu verfassungsrechtlichen und verfassungspolitischen Themen keineswegs eine Präferenz für der Sozialdemokratie nahestehende Zeitungen und Zeitschriften erkennen lassen. Dokumente, die Aufschluss über die konkreten Umstände der Publikation von „Ein einfaches Proportionalwahlrecht“ in der „Arbeiter-Zeitung“ geben könnten, waren nicht zu ermitteln. Es dürfte, mangels anderweitiger, entgegenstehender Indizien, nicht ganz falsch sein, anzunehmen, dass Kelsen die Veröffentlichung seiner Ausführungen zum Verhältniswahlrecht in der „Arbeiter-Zeitung“ primär als Gelegenheit wahrnahm, für seine wahlrechtspolitischen Ansichten bei weiteren, von den übrigen Publikationsmedien (wie „Der österreichische Volkswirt“ oder die „Neue Freie Presse“) nicht in gleicher Weise angesprochenen Bevölkerungskreisen zu werben, um ihnen solchermaßen die weitestmögliche Popularisierung und damit politische Durchsetzungschance zu sichern.

2. Duktus

Wohl mit Rücksicht auf die Leserschaft der „Arbeiter-Zeitung“ hält Kelsen seine wahlrechtssystembezogenen Ausführungen auf einem nicht ganz so anspruchsvollen intellektuellen Niveau. Auf einen wissenschaftlichen Apparat wird ebenso wie auf eine mit Überschriften und Ordnungszahlen versehene Untergliederung des Haupttextes verzichtet. Die mit 17000 Zeichen schnell lesbare Werbung für die „proportionale Einerwahl“ ist relativ leicht verständlich geschrieben.

Kelsen leitet seine Ausführungen damit ein, dass die Wahlsysteme der meisten Staaten auf der Verbindung zweier Prinzipien beruhen, nämlich dem Majoritätsprinzip sowie der Einteilung des Wahlgebietes in Wahlkreise. Derlei Wahlsysteme könnten dazu führen, dass sich die politischen Verhältnisse in der Wählerschaft nicht getreulich in der Mandatsverteilung abbildeten. Für diesen Mangel macht Kelsen indes nicht die Mehrheitswahl, sondern die Wahlkreiseinteilung verant-

¹²⁸ Vgl. stellvertretend Kelsens Aussagen in seiner 1947 vollendeten „Autobiographie“: *Hans Kelsen, Autobiographie* (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (58f., insb. 59).

¹²⁹ *Kelsen, Staatskanzler* (Anm. 117), S. 2f.

¹³⁰ Eine Übersicht findet sich im Editorischen Bericht „Das Proportional(wahl)system“, in: HKW 4, S. 580–595 (590–592).

wortlich, die auf eine willkürliche territoriale statt personale Gliederung ziele. Sie gelte es daher zu überwinden. Denn „erst das ermöglicht die Durchführung der weiteren Forderung, daß nicht bloß die Majoritätspartei, sondern daß grundsätzlich jede politische Gruppe nach Maßgabe ihrer zahlenmäßigen Stärke, das heißt also verhältnismäßig im Parlament vertreten sei.“¹³¹ Als die beiden Hauptformen eines Proportionalwahlsystems werden sodann die proportionale Listenwahl – mit starrer und freier Liste – sowie die proportionale Einerwahl dargestellt, wobei letztere die anhand von Beispielen aufgezeigten Schwächen der beiden Varianten der Listenwahl zu vermeiden imstande sei. En passant erklärt Kelsen die Bedeutung des Wahlquotienten, ohne indes näher auf die unterschiedlichen Bestimmungsansätze und Berechnungsverfahren einzugehen. Im letzten Drittel seines Beitrags kommt er schließlich auf die „kommenden Wahlen zur konstituierenden Nationalversammlung“ zu sprechen, für deren „Ausfall“ die konkrete Ausgestaltung des Wahlsystems „von größter Bedeutung“ sei.¹³² An die allgemeineren Darlegungen im Vorhergehenden anknüpfend, postuliert er, dass den Wahlbezirken „ihre entscheidende Bedeutung als Grundlage der Wahlkörper genommen“¹³³ werden müsse. Die Remedur, die er empfiehlt und die er an anderer Stelle als „proportionale Einerwahl mit einheitlichem Listenskrutinium“¹³⁴ bezeichnet, ist eine „Verbindung des Prinzips der proportionalen Einerwahl mit dem der proportionalen Listenwahl“, wobei die jeweilige Liste als „Stimmüberweisungskartell“ fungiert.¹³⁵ In acht durchnummerierten knappen Schritten entwickelt Kelsen sodann die Funktionsweise dieses Wahlsystems, wobei die Umfunktionierung des bisherigen Wahlkreises in einen bloßen „Abstimmungsbezirk“ im Mittelpunkt steht. Im Schlusssatz erhebt Kelsen noch einmal seine zentrale Forderung: „Der alte Wahlkreis darf im neuen System keinen Platz mehr finden!“¹³⁶ – eine Forderung, die freilich schon drei Tage später ihre politischen Realisierungschancen weitestgehend eingebüßt hat. Am 27. November 1918 nämlich präsentiert Staatskanzler Karl Renner (1870–1950) dem Staatsrat den von ihm ausgearbeiteten Entwurf der Wahlordnung zur Konstituierenden Nationalversammlung, der, soweit es die Grundanlage des Wahlsystems betrifft, am 18. Dezember 1918 Gesetz werden wird.

¹³¹ Kelsen, Proportionalwahlsystem (Anm. 121), S. 2_I = HKW 4, S. 75–82 (76) – ohne die Hervorhebung im Original.

¹³² Drei Zitate: Kelsen, Proportionalwahlsystem (Anm. 121), S. 2_{III} = HKW 4, S. 75–82 (80).

¹³³ Kelsen, Proportionalwahlsystem (Anm. 121), S. 2_{III} = HKW 4, S. 75–82 (80) – ohne die Hervorhebung im Original.

¹³⁴ Kelsen, Proporz (Anm. 123), S. 4_I = HKW 4, S. 51–58 (56); vgl. auch Kelsen, Proportional(wahl)system (Anm. 122), S. 150_I = HKW 4, S. 25–50 (46); Kelsen, Verhältnismahlrecht (Anm. 124), S. 27_{II} = HKW 4, S. 169–174 (173).

¹³⁵ Beide Zitate: Kelsen, Proportionalwahlsystem (Anm. 121), S. 2_{III} = HKW 4, S. 75–82 (80, 81) – ohne die Hervorhebungen im Original.

¹³⁶ Kelsen, Proportionalwahlsystem (Anm. 121), S. 3_I = HKW 4, S. 75–82 (82).

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.¹³⁷ Der dreispaltig gesetzte Text ist wie zu der Zeit üblich in Fraktur gesetzt. Es gibt keine Zwischenüberschriften. Mit Rücksicht auf den dreispaltigen Satz wurde anstelle des bloßen Seitenumbruchs der Spaltenumbruch markiert und durch Hinzufügung einer kleiner gesetzten römischen Zahl ausgezeichnet (Bsp.: 2_{III}).

Buchbesprechung: Rudolf Laun, *Zur Nationalitätenfrage*, Haag 1917 (1918)

HKW 4, 83–85

I. Textkonstitution, Publikationsmedium und Überlieferung

Die Buchbesprechung zu Rudolf Launs (1882–1975) „Zur Nationalitätenfrage“ erschien im 3. Jahrgang der „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ (ÖZÖR); im gebundenen Band ist dem 3. Jahrgang das Jahr 1918 zugewiesen. Damit dürfte aber nicht der genaue Erscheinungszeitpunkt getroffen sein. Während der 1. Jahrgang der „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ 1914 erschien und der 2. Jahrgang 1915, wurde das für 1916 geplante Erscheinen des 3. Jahrgangs offenbar durch den Ersten Weltkrieg verzögert. Im ersten (Doppel-)Heft des 3. Jahrgangs findet sich am Ende des Einleitungstextes der Redaktion die Zeitangabe „im November 1916“; auf der Heft-Titelseite findet sich kein einschlägiger Eintrag. Es folgen das 3., das 4. und das 5. Heft (die beiden letzteren in einem Doppelheft) des 3. Jahrgangs, allesamt laut Titelblatt in Wien im Jahre 1917 erschienen. Lediglich das letzte und sechste Heft des 3. Jahrgangs trägt auf der Titelseite die Erscheinensangabe „Wien 1918“. Die von Kelsen verfasste Buchbesprechung des Launschen Opusculum findet sich im 5. Heft auf den Seiten 585 bis 586, ist also bereits 1917 – und damit noch zu vorrepublikanischen Zeiten der k. u. k.-Doppelmonarchie – erschienen.¹³⁸ Im selben Heft, genauer: unmittelbar auf den Seiten davor (S. 580–585) findet sich eine weitere von Kelsen verfasste Buchbesprechung, und zwar zu Norbert Wurmbrands (1882–1973) Schrift zur „rechtlichen Stellung Bosniens und der Herzegowina“.¹³⁹ Die Autorschaft Kelsens ist durch den der Besprechung nachgestellten Namen gesichert.

¹³⁷ Vgl. oben S. 5–22.

¹³⁸ Selbst wenn die Auslieferung gegebenenfalls erst zu Beginn des Jahres 1918 stattgefunden haben sollte, ist von einer Drucklegung im Jahre 1917 auszugehen.

¹³⁹ *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung:] Dr. Norbert Wurmbrand, Die rechtliche Stellung Bosniens und der Herzegowina. (Wiener staatswissenschaftliche Studien. Herausgegeben von Edmund Ber-

Die „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ wurde, maßgeblich initiiert durch Kelsen,¹⁴⁰ 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 „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ erschien in drei Jahrgängen (1.–3. Jg.) in den Jahren 1914–1918 bei der Manzschen 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 am 30. März 1919 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 „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ 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.¹⁴¹ 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. Eine weitere Umbenennung erfolgte mit Rücksicht auf den größer werdenden Anteil völkerrechtswissenschaftlicher Beiträge; fortan trug die Zeitschrift ihrem internationaleren Charakter entsprechend den englischen Zweitnamen „Austrian Journal of Public and International Law“. 1981–1990 gab Ignaz Seidl-Hohenveldern (1918–2001) die Zeitschrift heraus. In den Jahren 1991–1995 (Bd. 42–49) avancierte der zunächst als Untertitel gewählte Name „Austrian Journal of Public and International Law“ zum (einzigem) Haupttitel der

natzik 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. 580–585 = HKW 4, S. 87–96.

¹⁴⁰ Zur eigenen Rolle vgl. *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (44f.).

¹⁴¹ 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“).

zunehmend vorwiegend in englischer Sprache publizierten und von Christoph Schreuer (geb. 1944) herausgegebenen Zeitschrift. 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 „Zeitschrift für öffentliches Recht“ herausgegeben von Stefan Griller (geb. 1956) und Benjamin Kneihs (geb. 1971). Wenngleich die „Zeitschrift für öffentliches Recht“ auch nach dem erzwungenen Rückzug Kelsens von der Herausbergerschaft 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 „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ im Jahre 1914 bis wenige Jahre vor seinem Tode, genauer: bis 1968, publizierte Kelsen dort 35 Beiträge unterschiedlichsten Formats. Drei weitere Aufsätze Kelsens erschienen sogar postum Mitte der Achtziger Jahre – aus dem wissenschaftlichen Nachlass herausgegeben.¹⁴²

¹⁴² 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. 580–585 = HKW 4, S. 87–96; *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 = HKW 4, S. 83–85; [*Hans Kelsen*], Edmund Bernatzik, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), Heft 1/2, S. VII–IX = HKW 4, S. 149–152; *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 = HKW 4, S. 101–114; *Hans Kelsen*, Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 98–122 = HKW 4, S. 115–146; *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 = HKW 4, S. 153–167; *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 und 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),

Andere Textvarianten wie insbesondere der Autograph oder Fahnen oder auch Vorarbeiten respektive Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden. Der Beitrag wurde bisher nicht nachgedruckt, aber vor wenigen Jahren in das Japanische übersetzt:

- *Japanisch*: 愛国者ケルゼン Aikokusha Keruzen (Kelsen als Patriot), in: ケルゼン研究 II Keruzen kenkyū II (Kelsenstudien, Bd. 2) (herausgegeben und übersetzt von Ryūichi Nagao), Tokio 2005, S. 71–74.

II. Entstehung und Duktus

Der Verfasser des besprochenen Buches, Rudolf von Laun (1882–1975), war Staats- und Völkerrechtslehrer in Wien und habilitierte sich drei Jahre vor Kelsen, näm-

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, 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 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; *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 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 Zeitschrift für öffentliches Recht*, N.F. 18 (1968), S. 143–184; *Hans Kelsen*, 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; *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.

lich 1908. Ab 1911 war er in Wien a.o. Professor, d.h. zur Zeit der Rezension Fakultätskollege von Kelsen. 1919 wurde Laun Mitglied der österreichischen Delegation in St.-Germain-en-Laye und von 1919 bis 1951 Professor in Hamburg, wo er in den Jahren 1924 bis 1926 und 1947/1948 Rektor der Universität war. Ab 1922 hatte er verschiedene richterliche Funktionen inne, u. a. war er 1927–1933 (Ersatz-)Mitglied des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich und 1949–1955 Präsident des Staatsgerichtshofs Hamburg. Im selben Band der „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ (S. 397–418) befindet sich ein Aufsatz von Laun über „Das Nationalitätenrecht als internationales Problem“, der thematisch dem von Kelsen besprochenen Buch verwandt ist.

Bei dem rezensierten Werk handelt es sich um ein im Druck 21seitiges Gutachten, das von der „Zentralorganisation für einen dauernden Frieden“ im heutigen Den Haag in Auftrag gegeben wurde und das 1917 erschien. Die „Zentralorganisation“ wurde im April 1915 in Den Haag von Repräsentanten der USA und von neun europäischen Staaten als pazifistische Organisation gegründet. Rudolf von Laun war dort zur Zeit der Publikation Mitarbeiter. Die Zentralorganisation sollte jene Organisationen und Einzelpersonen zusammenfassen, die einen dauernden Frieden anstrebten. Sie wirkte bis zum Ende des Ersten Weltkrieges, wobei die Vertreter aus den USA ihre Mitarbeit mit deren Kriegseintritt 1917 einstellten. Laun skizziert in seinem Gutachten für ein „internationales Publikum“ die „Nationalitätenfrage“, d.h. das „geltende Sprachenrecht Österreichs“.¹⁴³ Ein Jahr vor Kriegsende und im Vorfeld der Verhandlungen in St.-Germain wurde bereits die Zerschlagung der österreichisch-ungarischen Doppelmonarchie und ihre Auswirkungen diskutiert. Heinrich Lammasch, Mitbegründer der „Österreichischen Zeitschrift für öffentliches Recht“, 1899 und 1907 Delegierter auf den Haager Konferenzen, Mitglied des „Institut de Droit international“ und 1918 der letzte Ministerpräsident der österreichisch-ungarischen Monarchie, stellte im Juni 1917 fest: „Nach und nach dringt in den neutralen, ja sogar in den uns gegenwärtig feindlich gegenüberstehenden Staaten die Erkenntnis durch, daß eine Zerlegung der österreichisch-ungarischen Monarchie, wie des ganzen Ostens Europas, in national einheitliche Staaten unmöglich ist, ohne die vitalsten Interessen der zu ‚erlösenden‘ Nationalitäten selbst auf das empfindlichste zu schädigen. Neben der Sprache und anderen idealen Gütern der Völker, die man vorzugsweise als nationale Interessen anzusehen pflegt, stehen andere ebenso schutzbedürftige Interessen, die in jahrhundertlangem Beisammensein, in geopolitischen Momenten, in konfessioneller oder religiöser Uebereinstimmung, in ökonomischen Verhältnissen nicht nur der einzelnen, sondern auch der gesellschaftlichen Verbände usw. begründet

¹⁴³ Drei Zitate: *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 (585) = HKW 4, S. 83–85 (84) – Hervorhebung nicht übernommen.

sind, und die nicht um jener willen preisgegeben werden können.“¹⁴⁴ Laun wehrt sich gegen den – wohl durch Unkenntnis, aber jedenfalls unberechtigt erhobenen – Vorwurf, im Nationenkonglomerat Österreich seien einzelne Nationen „unterdrückt“ worden.

Mit Rücksicht darauf, dass rezensierte Schrift und Rezension dasselbe Erscheinungsjahr tragen, lässt sich mit Sicherheit sagen, dass Kelsen die Besprechung im Jahre 1917 abgefasst hat. Da indes Schwierigkeiten bestehen, eine weitergehende, also unterjährige Datierung des Beitrags vorzunehmen, kommen zwei Abschnitte aus Kelsens beruflicher Vita in Betracht: Sollte die Rezension bis zum 31. Oktober 1917 abgefasst worden sein, so hätte Kelsen sie während seiner Zeit als Oberleutnant-Auditor in der Justizabteilung des k. u. k. Kriegsministeriums geschrieben; in den beiden letzten Monaten des Jahres 1917 hätte der Rezensierende im Rang eines Hauptmann-Auditors mit Titel und Charakter gestanden und wäre der Referent des letzten k. u. k. Kriegsministers Generaloberst Rudolf Freiherr von Stöger-Steiner (1861–1921) gewesen. Wie dem auch sei: Kelsen hat die Rezension während seines Militärdienstes unter Zugrundelegung der seinerzeitigen Rechtslage und mit Rücksicht auf sie geschrieben. Das ist zu bedenken, wenn er die „Gleichberechtigung [aller Nationen Österreichs] in unserer Rechtsordnung“ betont,¹⁴⁵ auch wenn er Optimierungsbedarf einräumt, nämlich „daß [...] die österreichische Verfassung schon in ihrer gegenwärtigen Gestalt einen entwicklungsfähigen Grundstock von Rechtsnormen besitzt, die bei einigem guten Willen zu einem bestmöglichen System des Nationalitätenrechtsschutzes ausgebildet werden können.“¹⁴⁶ Die hier angesprochene Verfassung ist also nicht die am 30. Oktober 1918 beschlossene provisorische Verfassung Deutschösterreichs, der sogenannte „Verfassungsbeschluß“. Die kurze Besprechung ist von Zukunftsoptimismus und Reformwille geprägt, ja gegen Ende legt Kelsen ein eindeutiges patriotisches Bekenntnis ab: „Das aber ist der Grundton, auf den die kleine, prächtig geschriebene Abhandlung gestimmt ist, und der in jedem mitklingen muß, der sich als Österreicher fühlt: Frohe Hoffnung auf eine glücklichere Zukunft unseres Staates, gestützt auf den ehrlichen Willen und das rückhaltlose Bekenntnis zu einem demokratischen, die gleichberechtigte Entwicklung aller seiner Nationen sichernden Österreich!“¹⁴⁷

Überhaupt fällt der für Kelsen ungewöhnlich pathetisch-parteiliche Stil auf. Das ist bemerkenswert – erstens, da Kelsen hier für die alte – monarchische, nicht-republikanische, erst in Grundansätzen demokratische – Ordnung Österreichs eintritt, und zweitens im Hinblick auf den vorgerückten Zeitpunkt im Kriegsverlauf, der einer der sogenannten Mittelmächte wenig Anlass gab, mit „froher Hoff-

¹⁴⁴ *Heinrich Lammasch*, Eine internationale Anerkennung für das österreichische Nationalitätenrecht, in: *Die Zeit* (Wien) Nr. 5283 vom 10. Juni 1917, Morgenblatt, S. 3–4 (3IV).

¹⁴⁵ *Kelsen*, Buchbesprechung Laun (Anm. 143), S. 585 = HKW 4, S. 83–85 (85).

¹⁴⁶ *Kelsen*, Buchbesprechung Laun (Anm. 143), S. 585f. = HKW 4, S. 83–85 (85).

¹⁴⁷ *Kelsen*, Buchbesprechung Laun (Anm. 143), S. 586 = HKW 4, S. 83–85 (85).

nung auf eine glücklichere Zukunft unseres Staates“ zu blicken. Auf der anderen Seite mögen es just die besonderen Umstände sein – das eigene Land steht in einem die staatliche Einheit bedrohenden Krieg ungekannten Ausmaßes, man selbst ist Angehöriger der Streitkräfte des Landes –, die bei einschlägigen Themen (und die „Nationalitätenfrage“ im Vielvölkerstaat Österreich-Ungarn gehört gewiss dazu) selbst einem sonst auf seine Wissenschaftlichkeit so bedachten Autoren die patriotische Feder führen und ihn Zuversicht auch und gerade gegen die sich abzeichnenden militärisch-politischen Szenarien verbreiten lassen. Aber selbst, wenn man dies in Rechnung stellt, springt doch der stilistische Kontrast zwischen den beiden in Heft 5 des 3. Jahrgangs der „ÖZÖR“ unmittelbar aufeinander folgenden Buchbesprechungen aus Kelsens Feder ins Auge: Denn im Gegensatz zur Rezension der Launschen Kleinschrift schlägt die Besprechung der Wurmbrand-schen Arbeit denselben Ton an, den man, um die beiden bedeutsamsten Schriften Kelsens aus diesen Jahren zu nennen, in den „Hauptproblemen“ (Fertigstellung 1910, Erscheinen im Druck 1911) oder im „Problem der Souveränität“ (Fertigstellung etwa 1916–1918, Erscheinen im Druck 1920) antrifft, nämlich den Ton des analytisch-ideologiekritischen Reinen Rechtslehrers Hans Kelsen.¹⁴⁸

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.¹⁴⁹

Buchbesprechung: Norbert Wurmbrand, Die rechtliche Stellung Bosniens und der Herzegowina, Leipzig und Wien 1915 (1918)

HKW 4, 87–96

I. Textkonstitution, Publikationsmedium und Überlieferung

Kelsens Buchbesprechung von Norbert Wurmbrands Werk „Die rechtliche Stellung Bosniens und der Herzegowina“ erschien im 3. Jahrgang der „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ (ÖZÖR); im gebundenen Band ist dem 3. Jahrgang das Jahr 1918 zugewiesen. Damit dürfte aber nicht der genaue Erscheinungszeitpunkt getroffen sein. Während der 1. Jahrgang der „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ 1914 erschien und der 2. Jahrgang 1915, wurde das für 1916

¹⁴⁸ Dazu vgl. nachfolgend Editorischer Bericht „Buchbesprechung Wurmbrand“, in: HKW 4, S. 628–636 (633–636).

¹⁴⁹ Vgl. oben S. 5–22.

geplante Erscheinen des 3. Jahrgangs offenbar durch den Ersten Weltkrieg verzögert. Im ersten (Doppel?-)Heft des 3. Jahrgangs findet sich am Ende des Einleitungstextes der Redaktion die Zeitangabe „im November 1916“; auf der Heft-Titelseite findet sich kein einschlägiger Eintrag. Es folgen das 3., das 4. und das 5. (die beiden letzteren in einem Doppelheft) Heft des 3. Jahrgangs, allesamt laut Titelblatt in Wien im Jahre 1917 erschienen. Lediglich das letzte und sechste Heft des 3. Jahrgangs trägt auf der Titelseite die Erscheinensangabe „Wien 1918“. Die von Kelsen verfasste Buchbesprechung der Monographie von Wurmbrand findet sich im 5. Heft auf den Seiten 580 bis 585, ist also bereits 1917 – und damit noch zu vorrepublikanischen Zeiten der k. u. k.-Doppelmonarchie – erschienen.¹⁵⁰ Im selben Heft, genauer: unmittelbar auf den Seiten danach (S. 585f.) findet sich eine weitere von Kelsen verfasste Buchbesprechung, und zwar zu Rudolf von Launs (1882–1975) „Nationalitätenfrage“.¹⁵¹ Die Autorschaft Kelsens ist durch den der Besprechung nachgestellten Namen gesichert.

Die „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ wurde, maßgeblich initiiert durch Kelsen,¹⁵² 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 „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ erschien in drei Jahrgängen (1.–3. Jg.) in den Jahren 1914–1918 bei der Manzschens 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 am 30. März 1919 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 „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ 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 rechtstheo-

¹⁵⁰ Selbst wenn die Auslieferung gegebenenfalls erst zu Beginn des Jahres 1918 stattgefunden haben sollte, ist von einer Drucklegung und erst recht von einer Niederschrift des Beitrags spätestens im Jahre 1917 auszugehen.

¹⁵¹ *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 = HKW 4, S. 83–85.

¹⁵² Zur eigenen Rolle vgl. *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (44f.).

retischen Schule.¹⁵³ 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. Eine weitere Umbenennung erfolgte mit Rücksicht auf den größer werdenden Anteil völkerrechtswissenschaftlicher Beiträge; fortan trug die Zeitschrift ihrem internationaleren Charakter entsprechend den englischen Zweitnamen „Austrian Journal of Public and International Law“. 1981–1990 gab Ignaz Seidl-Hohenveldern (1918–2001) die Zeitschrift heraus. In den Jahren 1991–1995 (Bd. 42–49) avancierte der zunächst als Untertitel gewählte Name „Austrian Journal of Public and International Law“ zum (einzigem) Haupttitel der nunmehr vorwiegend in englischer Sprache publizierten und von Christoph Schreuer (geb. 1944) herausgegebenen Zeitschrift. 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 „Zeitschrift für öffentliches Recht“ herausgegeben von Stefan Griller (geb. 1956) und Benjamin Kneihls (geb. 1971). Wenngleich die „Zeitschrift für öffentliches Recht“ 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 „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ im Jahre 1914 bis wenige Jahre vor seinem Tode, genauer: bis 1968, publizierte Kelsen dort 35 Beiträge unterschiedlichsten Formats. Drei weitere Aufsätze Kelsens erschienen sogar postum Mitte der Achtziger Jahre – aus dem wissenschaftlichen Nachlass herausgegeben.¹⁵⁴

¹⁵³ 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“).

¹⁵⁴ 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. 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*, [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

Andere Textvarianten wie insbesondere der Autograph oder Fahnen oder auch Vorarbeiten respektive Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden. Die Buchbesprechung wurde bisher weder nachgedruckt noch in eine andere Sprache übersetzt.

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. 580–585 = HKW 4, S. 87–96; *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 = HKW 4, S. 83–85; [*Hans Kelsen*], Edmund Bernatzik, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), Heft 1/2, S. VII–IX = HKW 4, S. 149–152; *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 = HKW 4, S. 101–114; *Hans Kelsen*, Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 98–122 = HKW 4, S. 115–146; *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 = HKW 4, S. 153–167; *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 und 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, 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

II. Entstehung und Duktus

Der Autor des von Kelsen rezensierten Werkes, Norbert Wurmbrand, wurde am 4. März 1882 in Graz geboren. Das Studium der Rechtswissenschaften an der heimischen Karl-Franzens-Universität schloss er am 2. Juli 1906 mit der Promotion ab. Im Jahre 1916 habilitierte er sich ebendort für das Fach „Allgemeines und Österreichisches Staatsrecht“; als Habilitationsschrift reichte Wurmbrand just die von Kelsen besprochene, 1915 erschienene und 147 Seiten umfassende Studie „Die rechtliche Stellung Bosniens und der Herzegowina“ ein. Von 1916 bis ins Jahr 1924 fungierte Wurmbrand als Privatdozent an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät seiner Alma mater. Von 1924 an – ab 1927 dann unbesoldet – war Wurmbrand in Graz außerordentlicher Professor; 1925 wurde ihm die Leitung der Bibliothek der Grazer Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät übertragen. Knapp fünf Monate später als Kelsen geboren, starb er in seiner Heimatstadt sieben Monate nach Kelsen, nämlich am 24. November 1973. Sein rechtswissenschaftliches Œuvre ist überschaubar; aus ihm ragen seine in den „Wiener Staatswissenschaftlichen Studien“ (Band 12, Heft 2) erschienene Monografie über die „rechtliche Stellung Bosniens und der Herzegowina“ aus dem Jahre 1915 sowie ein Beitrag in der von Kelsen mitherausgegebenen „Zeitschrift für öffentliches Recht“ aus dem Jahre 1923 hervor; der knapp sechzigseitige Artikel trägt den Titel „Der österreichische bundesstaatliche Finanzausgleich des Jahres 1922 und seine staatsrechtliche Bedeutung“.¹⁵⁵

Der, wie gesagt, nahezu gleichaltrige Kelsen war zur Zeit der Rezension bereits einige Jahre habilitiert, seit 1915 zum titularen außerordentlichen Professor an der Universität Wien ernannt und zum Kriegsdienst einberufen; in dem für die Niederschrift der Besprechung in Frage kommenden Zeitraum, sprich: in den Jahren 1915 bis 1917 wurde Kelsen vom Oberleutnant(-Auditor) zum Hauptmann-Auditor mit Titel und Charakter befördert, er wechselte vom Kriegsfürsorgeamt zum Divisionsmilitärgericht in Wien, von dort zur Justizabteilung des k. u. k. Kriegsministeriums, bis er schließlich zum Referenten des k. u. k. Kriegsministers aufstieg.

Wurmbrands Arbeit widmet sich der seinerzeit umstrittenen Frage, welche rechtliche Stellung Bosnien und die Herzegowina im Verhältnis zu Österreich und

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 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; *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.

¹⁵⁵ *Norbert Wurmbrand*, Der österreichische bundesstaatliche Finanzausgleich des Jahres 1922 und seine staatsrechtliche Bedeutung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1923), S. 628–683.

Ungarn einnehmen. Österreich-Ungarn hatte Bosnien-Herzegowina im Jahre 1908 annektiert. Kelsen zeigt zu Beginn seiner Rezension die drei möglichen Lösungswege auf – wobei er mit der herrschenden Ansicht von einem völkerrechtlichen und nicht bloß staatsrechtlichen Verhältnis, d. h. von dem je eigenen Staatscharakter Österreichs und Ungarns, ausgeht. Vereinfacht gesagt können Bosnien und die Herzegowina zu Österreich und Ungarn im Verhältnis des „Entweder-oder“, des „Sowohl-als auch“ sowie des „Weder-noch“ stehen: (1) Das annektierte Gebiet wird zum Staatsgebiet entweder Österreichs oder Ungarns. (2) Das annektierte Gebiet wird zum Staatsgebiet sowohl Österreichs als auch Ungarns (Kondominiumslösung). (3) Das annektierte Gebiet wird weder zum österreichischen noch zum ungarischen Staatsgebiet, sondern ist Staatsgebiet eines dritten, selbständigen Staates. Wurmbrand bemüht sich in seiner Schrift, einen vierten Weg aufzuzeigen, indem er die Theorie vom „territorium separatum“ vertritt: Zwar gehöre Bosnien-Herzegowina weder zum österreichischen noch zum ungarischen Staatsgebiet, aber alle dort ausgeübte Staatsgewalt sei sowohl österreichische als auch ungarische, was dazu führe, dass Bosnien-Herzegowina nicht seinerseits einen eigenen Staat bilde. Diese These veranlasst den Rezensenten, Grundsätzliches – vielleicht sollte man besser sagen: Grundstürzendes – zur Dreielementen-Lehre aus Staatsgebiet, Staatsvolk und Staatsgewalt sowie den darauf bezogenen „sehr unklaren und methodisch nicht gereinigten Vorstellungen“¹⁵⁶ der herrschenden Lehre auszuführen.

Was folgt, ist eine dem Streben nach „juristischer Reinheit“¹⁵⁷ verpflichtete Lehrstunde der Dekonstruktion methodensynkretistischer Theoreme und Theorien, kurzum: Kelsen at his best. Die Ausführungen erinnern in Inhalt, Duktus und Wortwahl stark an Kelsens Gedankenführung sowohl in den „Hauptproblemen“ als auch – und thematisch wie zeitlich näher – im „Problem der Souveränität“. Wenige Zitate mögen das belegen: Der Leser erfährt, dass „das Staatsgebiet [...] rechtlich nichts anderes [ist] als das Geltungsgebiet einer Staatsordnung.“¹⁵⁸ Denn „der Staat ist eben keine körperliche, sondern eine ideelle Einheit und sein Gebiet kommt nicht als körperlich reale, d. h. geographische Tatsache, sondern als juristisch ideeller Begriff in Betracht.“¹⁵⁹ Daraus folgt: „Allein die Annahme eines selbständigen Staatsgebietes oder eines selbständigen Staatsvolkes ohne die dazugehörige Staatsgewalt ist begrifflich unmöglich, weil ein bestimmtes Stück der Erdoberfläche nur darum und insoweit Staatsgebiet, eine Vielheit von Menschen

¹⁵⁶ 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. 580–585 (580) = HKW 4, S. 87–96 (89).

¹⁵⁷ Kelsen, Buchbesprechung Wurmbrand (Anm. 156), S. 583 = HKW 4, S. 87–96 (94) – ohne die Hervorhebung im Original.

¹⁵⁸ Kelsen, Buchbesprechung Wurmbrand (Anm. 156), S. 584 = HKW 4, S. 87–96 (95).

¹⁵⁹ Kelsen, Buchbesprechung Wurmbrand (Anm. 156), S. 582 = HKW 4, S. 87–96 (91).

nur darum und nur insoweit Staatsvolk (staatlicher Personenverband) ist, als dieses Stück Land und diese Menschenvielheit unter einer Staatsherrschaft steht, wobei sie natürlich nur Gebiet und Volk eben desjenigen Staates sein können, unter dessen Herrschaft sie stehen, dessen Ordnung für sie als gültig vorausgesetzt wird.“¹⁶⁰ Damit ist das Verdikt über Wurmbrands These vom „territorium separatum“ an sich bereits gesprochen. Doch damit lässt es Kelsen nicht sein Bewenden haben, sondern bohrt tiefer, indem er die Ursachen für Herleitungen und Konstruktionen à la Wurmbrand aufdeckt: „Nur die leider auch bei Theoretikern immer wieder unterlaufende Hypostasierung der ‚Staat‘ benannten Herrschaft oder Ordnung zu einem die Herrschaft ausübenden, irgendwie realen Subjekt, die anthropomorphistische Scheidung zwischen dem Staat und der vor ihm ‚innegehabten‘ Herrschaft, der ihm gehörigen, von ihm ‚gesetzten‘ Ordnung, kann zu solchen Entgleisungen führen.“¹⁶¹ Auf einer noch allgemeineren, nämlich disziplinären Ebene klingt das, ganz in den Bahnen der „Hauptprobleme“, wie folgt: „[...] die Erklärung des realen Lebens ist Sache der kausalen Naturwissenschaft. Der staatstheoretische Standpunkt ist – wenn er ein staatsrechtlicher sein soll – auf die gedankliche Bearbeitung von Rechtsnormen, Normsystemen und Teilsystemen gerichtet, ist Typisierung oder Konstruktion dieses Materials, zwecks leichter, rascher und übersichtlicher Erfassung.“¹⁶² Damit scheidet für Kelsen der Appell an die „Realität“ aus (man fühlt sich unwillkürlich an die Vorrede des „Problems der Souveränität“¹⁶³ erinnert), weil „eine juristische Konstruktion niemals durch den Rekurs auf irgend eine ‚Realität‘ das Recht des logischen Widerspruchs erhält. Nicht die Wirklichkeit, nur unsere Gedanken können widerspruchsvoll sein. Und weil die Rechtsnormen Gedankendinge sind, können wohl die von Menschen geschaffenen rechtlichen Produkte, die Rechtsordnungen, Widersprüche tatsächlich enthalten, niemals kann aber die Rechtstheorie, die Rechtswissenschaft diese Widersprüche zu ihren eigenen machen, sich mit ihnen identifizieren. Sie kann hier nur ihre Unfähigkeit eingestehen, eine Einheit zu erkennen, wo keine Einheit besteht.“¹⁶⁴ In dieser frühen, nahezu unbekanntenen Schrift formuliert Kelsen bereits sehr klar, was er erst nach Jahrzehnten des Raisonnements über das Verhältnis von Recht und Logik wieder in dieser Klarheit wird schreiben können: dass nämlich das Recht als Menschenwerk sehr wohl Widersprüche aufweisen könne (dass das die Rechtswissenschaft aber keineswegs ihrer strikten Verpflichtung auf Widerspruchsfreiheit enthebe). Im Schlusssatz endlich formuliert er seine rechtswissenschaftliche Grundüberzeugung, die, bis in die konkrete Diktion hinein („Und

¹⁶⁰ Kelsen, Buchbesprechung Wurmbrand (Anm. 156), S. 582f. = HKW 4, S. 87–96 (92).

¹⁶¹ Kelsen, Buchbesprechung Wurmbrand (Anm. 156), S. 583 = HKW 4, S. 87–96 (92).

¹⁶² Kelsen, Buchbesprechung Wurmbrand (Anm. 156), S. 583 = HKW 4, S. 87–96 (93) – ohne die Hervorhebung im Original.

¹⁶³ Vgl. Hans Kelsen, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen 1920, S. IV f. = HKW 4, S. 235–572 (265f.).

¹⁶⁴ Kelsen, Buchbesprechung Wurmbrand (Anm. 156), S. 583 = HKW 4, S. 87–96 (94) – ohne die Hervorhebung im Original.

wiederum zeigt ...“), als Kelsens „*ceterum censeo*“ zu erkennen ist: „Und wiederum zeigt diese Bearbeitung eines ganz speziellen Problems des positiven Staatsrechts die überragende Bedeutung der allgemeinen Staatsrechtslehre, ohne deren gründlichste Durchdringung, ohne deren logisch geschlossene Begründung die wissenschaftliche Lösung positivrechtlicher Einzelfragen gar nicht möglich ist.“¹⁶⁵ Spätestens damit „begründet“ Kelsen, warum er einer relativ unbedeutenden Schrift eine so ausführliche Besprechung angedeihen lässt: Er verfasst der Sache nach ein Supplement-Kapitel zu den „Hauptproblemen“ respektive ein Voraus-Kapitel zum „Problem der Souveränität“; das konkrete Sachproblem tritt hinter dem allgemeinen methodisch-disziplinären Demonstrationsinteresse zurück.

Kelsen bedient sich in diesem Beitrag an zwei Stellen ausdrücklich des „Reinheits“-Gedankens zur Charakterisierung seines wissenschaftlich-methodischen Ideals: Er zieht gegen die „sehr unklaren und methodisch nicht gereinigten Vorstellungen“¹⁶⁶ zu Felde und strebt nach „juristischer Reinheit“.¹⁶⁷ Ob er damit erstmals Sache und Begriff der „Reinheit“ in Zusammenhang mit seinem rechtswissenschaftlichen Ansatz bringt, lässt sich, stellt man nicht auf das Publikationsdatum, sondern auf die Niederschrift des Beitrages ab, nicht mit Sicherheit sagen: Denn weder lässt sich auf der Grundlage des vorhandenen Materials eindeutig bestimmen, wann Kelsen seine Besprechung der 1915 publizierten Monografie von Wurmbrand zu Papier gebracht hat (nämlich wann zwischen 1915 und 1917?), noch lässt sich die Niederschrift des 1920 erschienenen, nach Kelsens eigenem Bekunden aber bereits „im Jahre 1916 grundsätzlich abgeschlossenen“¹⁶⁸ „Problems der Souveränität“ präzise zeitlich einordnen (hatte Kelsen insbesondere bereits 1916 den Untertitel „Beitrag zu einer *reinen* Rechtslehre“ gewählt?). Mit Rücksicht darauf, dass Kelsen die Wurmbrandsche Schrift trotz ihrer evidenten Einschlägigkeit in § 18 des „Problems der Souveränität“, d. h. in seinen Ausführungen zur „Gebietshoheit als Wesensmerkmal des Staates“¹⁶⁹ weder näher behandelt noch wenigstens in den Anmerkungen heranzieht, spricht viel dafür, dass das Manuskript des „Problems der Souveränität“ bereits abgeschlossen war, als er die Buchbesprechung verfasste.¹⁷⁰ Umgekehrt ist zu betonen, dass die gebietshoheitsbezogenen Ausführungen in der Behandlung des Wurmbrandschen Buches

¹⁶⁵ Kelsen, Buchbesprechung Wurmbrand (Anm. 156), S. 585 = HKW 4, S. 87–96 (96) – ohne die Hervorhebung im Original.

¹⁶⁶ Kelsen, Buchbesprechung Wurmbrand (Anm. 156), S. 580 = HKW 4, S. 87–96 (89).

¹⁶⁷ Kelsen, Buchbesprechung Wurmbrand (Anm. 156), S. 583 = HKW 4, S. 87–96 (94) – ohne die Hervorhebung im Original.

¹⁶⁸ Kelsen, Souveränität (Anm. 163), S. VI = HKW 4, S. 235–572 (268).

¹⁶⁹ Kelsen, Souveränität (Anm. 163), S. 70–76 = HKW 4, S. 235–572 (338–343).

¹⁷⁰ Eine mögliche, wenn auch wenig wahrscheinliche Erklärung für die Nichtberücksichtigung der Wurmbrandschen Schrift im „Problem der Souveränität“ ist, dass er die Schrift zwar kannte, aber weder die Stellung ihres Autors für „führend“ noch ihre Formulierungen für „besonders charakteristisch, typisch“ im Hinblick auf die „herrschende Lehrmeinung“ hielt (Kelsen, Souveränität (Anm. 163), S. VI f. = HKW 4, S. 235–572 (268)). In diesem Falle ließen sich keinerlei Rückschlüsse auf die zeitliche Priorität der Niederschrift ziehen.

zwar – wenig überraschend – voll auf der Linie des näher im „Problem der Souveränität“ Ausgeführten liegen, aber doch nicht, von einigen Wendungen abgesehen, bloß wörtliche Übernahmen darstellen. Blickt man statt auf das Datum der Niederschrift ausschließlich auf jenes des Erscheinens des Druckwerks, so kann jedoch kein Zweifel daran bestehen, dass Kelsen erstmals in der vorliegenden Rezension den später seine Lehre namensprägenden Reinheits-Zusatz verwendet.

Alles in allem scheint es nicht übertrieben zu sein, davon zu sprechen, dass sich hier ein rechtstheoretisches Juwel unter der unscheinbaren Gestalt der Rezension eines unscheinbaren, da über einen engsten fachlichen, örtlichen und zeitlichen Kreis hinaus nicht weiter beachteten Buches verbirgt.

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.¹⁷¹

Der Anschluß (1919)

HKW 4, 97–100

I. Textkonstitution, Publikationsmedium und Überlieferung

Als maßgebliche Textgrundlage der Edition fungiert der Beitrag „Der Anschluß“, wie er im 53. Jahrgang des „Neues Wiener Tagblatt“ am Dienstag, den 14. Januar 1919, auf Seite 2 abgedruckt wurde. Mit der unmittelbar nach dem Titel folgenden Namensnennung „Von Professor Dr. Hans Kelsen“ ist der Verfasser eindeutig benannt.

Die Tageszeitung „Neues Wiener Tagblatt“ wurde 1867 von Eduard Mayer als Nachfolgeblatt des „Wiener Journal“ gegründet und trug den programmatischen Untertitel „Demokratisches Organ“. Die erste Ausgabe erschien am 10. März 1867, vierspaltig, zunächst mit der Seitengröße 46,5×30 cm, von Mai 1867 bis Oktober 1920 in der Größe 37,5×23 cm. Bereits am 13. Juli 1867 rückte der Journalist und Verleger Moritz Szepe (1835–1902) in die Verlegerrolle ein. Verlag der Zeitung war seit 15. Mai 1872 die Steyermühl Papierfabriks- und Verlagsgesellschaft, die in der Ersten Republik unter dem beherrschenden Einfluss des schillernden Bankiers Rudolf Sieghart (1866–1934) stand, der über mehr als anderthalb Jahrzehnte die Bodencreditanstalt führte, politisch konservative Positionen verfolgte und die Christlichsoziale Partei unterstützte. Das „Neues Wiener Tagblatt“ zählte zu den auflagenstärksten Wiener Zeitungen mit überregionaler Strahlkraft.

¹⁷¹ Vgl. oben S. 5–22.

Kelsen veröffentlichte im „Neues Wiener Tagblatt“ in den Folgejahren noch weitere drei Artikel;¹⁷² während dieser Zeit, d.h. in den Jahren 1919 bis 1926, fungierte als Chefredakteur der Publizist und promovierte Jurist Emil Löbl (1863–1942), der diese Tätigkeit von November 1917 bis zum 19. März 1938 ausübte und der die Auflagenhöhe der Zeitung wesentlich steigern konnte. Im Zuge der nationalsozialistischen „Arisierungs“-Politik wurden dem „Neues Wiener Tagblatt“ zu Beginn des Jahres 1939 die 1864 gegründete „Neue Freie Presse“ sowie das 1893 gegründete „Neues Wiener Journal“ einverleibt. Das fortan linientreue „Neues Wiener Tagblatt“ stellte sein Erscheinen am 7. April 1945 ein.

Andere Textvarianten wie insbesondere der Autograph oder Fahnen oder auch Vorarbeiten respektive Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden. Der Beitrag wurde bisher weder nachgedruckt noch in eine andere Sprache übersetzt.

II. Entstehung und Duktus

Kelsens Beitrag unter dem assoziationsträchtigen Titel „Der Anschluß“ stellt nicht etwa eine wissenschaftliche Abhandlung zur Frage des Beitritts Deutschösterreichs zum Deutschen Reich dar. Vielmehr verbirgt sich unter der – im Übrigen nicht selbst gewählten – Überschrift eine die Rolle der eigenen Person betreffende öffentliche Richtigstellung. Diese erfolgt gegenüber einem drei Tage zuvor, nämlich am 11. Januar 1919, unter demselben Titel auf dem Titelblatt desselben Publikationsmediums – des „Neues Wiener Tagblatt“ – anonym erschienenen Artikels.¹⁷³ Dieser letztere verstand sich seinerseits als ein Debattenbeitrag zur Frage des „Anschlusses“ Deutschösterreichs an das Deutsche Reich und als eine unmittelbare Reaktion auf pressekritische Äußerungen des Staatskanzlers Karl Renner (1870–1950). Dieser hatte zwei Tage zuvor, nämlich in den am 9. Januar 1919 stattfindenden parlamentarischen Beratungen der Provisorischen Nationalversammlung über die Ergänzung der Wahlordnung zur Konstituierenden Nationalversammlung um eine Wahlrechtserstreckung auf gebietsansässige Reichsdeutsche in seinem Schlusswort der Presse den Vorwurf gemacht, das „Gesamtinteresse Deutschösterreichs“ in der nationalen Frage nicht zu berücksichtigen:

„Meine Herren! Ich glaube, daß das Gesetz bei unseren deutschösterreichischen Staatsbürgern allgemein Freude auslösen wird. Wir begrüßen die Reichsdeutschen, die auf unserem Boden wohnen als Mitwähler zu unserer konstituierenden Nationalversammlung. Ich teile in diesem Punkte ganz und gar die Auffassungen des unmittelbaren Herrn Vorredners.¹⁷⁴ Ich hege die

¹⁷² *Hans Kelsen*, Der Verfall der Wiener Universität, in: Neues Wiener Tagblatt Nr. 173 vom 26. Juni 1921, S. 2; *Hans Kelsen*, Friedrich Tezner, in: Neues Wiener Tagblatt Nr. 162 vom 14. Juni 1925, S. 3–4; *Hans Kelsen*, Robert Neumann-Ettenreich, in: Neues Wiener Tagblatt Nr. 86 vom 27. März 1926, S. 7.

¹⁷³ *N.N.*, Der Anschluß, in: Neues Wiener Tagblatt Nr. 10 vom 11. Januar 1919, S. 1–2.

¹⁷⁴ Stenographische Protokolle über die Sitzungen der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich 1918–1919 (im Folgenden: StProt ProvNV), S. 447f. (Abg. von Mühlwerth).

gleichen Bedenken gegen eine Agitation, die sich bei uns breit macht und darauf gerichtet ist, Deutschösterreichs Entschließungen für die Zukunft zu präjudizieren, auch unsere Lage bei den kommenden Verhandlungen außerordentlich zu erschweren. Es ist eine Tatsache, daß unsere große Presse das Interesse Deutschösterreichs tatsächlich in vielen Belangen gefährdet hat dadurch, daß sie, ohne auch nur das Gesamtinteresse Deutschösterreichs zu berücksichtigen, vorweg einen viel zu entgegenkommenden Standpunkt all denjenigen Plänen gegenüber eingenommen hat, die man in anderen, Deutschösterreich fremden und zum Teil feindlichen Kreisen über unsere Zukunft hegt. (*Sehr richtig!*)

Unsere Presse hat – man muß das schon sagen – in diesen Fragen nicht die notwendige politische Zucht eingehalten. Es ist selbstverständlich jedem Staatsbürger gestattet, seine Auffassung über die Zukunft des Staates auszusprechen und kundzugeben. Man muß aber so viel Verständnis für das politische Interesse des Landes und so viel Einordnung in das Gesamtinteresse des Staates haben, daß man nicht durch zu weitgehende Bereitwilligkeit schon die Verhandlungsbasis verschiebt und der Staatsgewalt zu große Schwierigkeiten bereitet. Der Staatsrat steht bis heute und wird, wie ich meine, in aller Zukunft auf dem Standpunkte stehen, daß die deutsch-österreichische Republik ein Bestandteil der großen deutschen Republik ist. (*Beifall.*)¹⁷⁵

Der Artikel auf Seite 1 des „Neues Wiener Tagblatt“ vom 11. Januar 1919 greift diese Medienschelke des Staatskanzlers auf und wendet sich seinerseits gegen die Politik Renners in Sachen Beitritt zum Deutschen Reich. Zwar trägt der Artikel keinen Autorennamen. Der Umstand seiner prominenten Platzierung auf der Titelseite, aber auch die Verwendung der Wir-Form und der Verweis auf die „von uns“ bereits – offenbar im identischen Publikationsmedium – dargetane Auffassung könnten indes als Indizien dafür gedeutet werden, dass es sich um einen Beitrag der Redaktion handelt, auch wenn mit der Anfangszeile „Von geschätzter Seite wird uns geschrieben: ...“ ein anderer Eindruck erweckt wird (oder werden soll). Anstoß erweckt bei Kelsen, dass er in dieser Kritik an Renners Position als Kronzeuge oder, wie es wörtlich heißt, als „Eideshelfer“ bemüht wird. Der Artikel lautet im vollen Wortlaut:

„Der Anschluß.

Von geschätzter Seite wird uns geschrieben:

Der Tadel, den Staatskanzler Dr. Renner gestern gegen jene Blätter zu richten für gut gefunden hat, die in der Frage des Anschlusses an Deutschland die taktischen Interessen der Sozialdemokratie politisch nicht mitzumachen gewillt sind, lenkte die Aufmerksamkeit wieder auf dieses Zukunftsproblem, in Sonderheit auf die Frage, ob der Anschluß an Deutschland, wie die Sozialdemokraten gern behaupten, durch das ‚Gesetz vom 12. November 1918 über die Staats- und Regierungsform von Deutschösterreich‘ schon entschieden oder aber erst noch durch die konstituierende Nationalversammlung zu entscheiden sei. Wir haben dargetan, daß das Recht der konstituierenden Nationalversammlung, über den allfälligen Anschluß Deutschösterreichs an ein andres Staatensystem, völlig frei und an keinerlei Präzedenzen gebunden, zu entscheiden, unzweifelhaft ist.

Für diese unsre Auffassung finden wir nun plötzlich in der nächsten Umgebung des Herrn Doktor Renner selbst einen Eideshelfer. Zu den eifrigsten Vorkämpfern des Proportionalensystems, wie es Doktor Renner vorschwebt, gehört der außerordentliche Professor des Staatsrechtes an der Wiener Universität Dr. Kelsen. In zahlreichen Vorträgen und Zeitungsartikeln ist er für das von Dr. Renner bevorzugte System der ‚einnamigen Stimmgebung mit Listenkonkurrenz‘ eingetreten;¹⁷⁶ er hat sich dafür wie kein anderer in Wort und Schrift eingesetzt. Jede gute Tat findet ihren

¹⁷⁵ StProt ProvNV (Anm. 174), S. 448 (Staatskanzler Renner).

¹⁷⁶ Vgl. insb. Hans Kelsen, Das Proportional(wahl)system, in: Der österreichische Volkswirt 11 (1918/1919), S. 115–118, 133–136, 147–151 = HKW 4, 25–50; Hans Kelsen, Ein einfaches Pro-

Lohn in der deutschösterreichischen Republik, und so gehört Herr Professor Dr. Kelsen dem legislativen Bureau der Staatskanzlei an, jener Werkstätte für Massenerzeugung von Gesetzentwürfen, die dann vom Nationalrat in der bekannten gründlichen Weise erledigt werden. Professor Kelsen hat nun eine Ausgabe der Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreichs veranstaltet, zu der Staatskanzler Dr. Renner in eigener Person die Vorrede geschrieben hat.¹⁷⁷ Außerdem berührt sich das Buch auf dem Titelblatt noch der ‚fördernden Mitwirkung‘ des Staatsrates Dr. v. Licht,¹⁷⁸ und man schöpft aus diesen umständlichen Angaben des Titelblattes die beruhigende Gewißheit, daß Byzanz auch in der Republik Deutschösterreich noch unvergänglich fortlebt. In dieser, wie es in den Publikationen der katholischen Geistlichen zu heißen pflegt, ‚mit Erlaubnis der kirchlichen Oberen‘ veranstalteten Sammlung (Wien, bei Franz Deuticke) findet sich auch ein Kommentar zu dem ‚Gesetz vom 12. November‘, und Professor Kelsen führt darin zum Artikel II, der Deutschösterreich als einen Bestandteil der Deutschen Republik erklärt, folgendes aus:

[.]Der im Artikel II zum Ausdruck gelangte Wille ist *nicht bestimmt genug*, um *selbst nach Hinzutritt einer korrespondierenden Willensäußerung Deutschlands* den beabsichtigten Effekt zu erzielen. Es genügt nicht, zu erklären, ein Bestandteil der deutschen Republik sein zu wollen, sondern es muß auch erklärt werden, in welchem Verhältnisse Deutschösterreich als Bestandteil der deutschen Republik zur Zentralgewalt der letzteren stehen soll: als Gliedstaat eines Bundesstaates, als autonome Provinz, als Reichsland usw. Und auch wenn Deutschösterreich prinzipiell als Gliedstaat in den Verband der deutschen Republik eintreten wollte, so müßte über die Grenzen zwischen der Kompetenz des Reiches und des neuen Gliedstaates und über eine Reihe von weiteren Punkten eine klare Willensäußerung erfolgen, damit – ihre Annahme seitens der deutschen Republik vorausgesetzt – die Eingliederung Deutschösterreichs in das Reich rechtlich wirksam werden kann.

*Trotz der feierlichen Erklärung des Artikels II ist somit Deutschösterreich nicht ein Bestandteil der deutschen Republik, sondern ein selbständiger und souveräner Staat, dessen völkerrechtliche Stellung sich von der deutschen Republik sogar wesentlich unterscheidet. Der Artikel II kann nur als der solenne Ausdruck eines Wunsches, einer politischen Forderung der Nationalversammlung angesehen werden. Im übrigen gehört die Entscheidung der Frage eines Anschlusses an die deutsche Republik wohl nicht mehr in die Kompetenz der provisorischen, sondern in die der konstituierenden Nationalversammlung.*¹⁷⁹

Ganz richtig: Die Entscheidung gehört der konstituierenden Nationalversammlung. Das haben auch wir behauptet. Und die ‚politische Zucht und Sitte‘, von der Herr Dr. Renner spricht,¹⁸⁰ würde erfordern, daß die derzeitige Regierung Deutschösterreichs aufhörte, durch alle erdenklichen Reden, Denkschriften, Telegramme und Erklärungen die Entscheidung in der Frage des Anschlusses nach einer bestimmten Richtung festzulegen und dadurch die künftige konstituierende Nationalversammlung in der Freiheit ihrer Entschließung zu verhindern zu suchen.¹⁸¹

Der Autor des Artikels, der zu knapp einem Drittel aus einem Kelsen-Zitat aus dem ersten Teil der „Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich“ besteht, war

portionalwahlssystem, in: Arbeiter-Zeitung Nr. 321 vom 24. November 1918, Morgenblatt, S. 2–3 = HKW 4, 75–82; Hans Kelsen, Der Proporz im Wahlordnungsentwurf, in: Neue Freie Presse Nr. 19494 vom 1. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 3–4 = HKW 4, S. 51–58; Hans Kelsen, [Verhältnismahlrecht. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 4. Dezember 1918], in: Gerichtshalle 63 (1919), S. 27–28 = HKW 4, S. 169–174.

¹⁷⁷ Vgl. Karl Renner, Zum Geleite, in: Hans Kelsen, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich, Teil I, Wien und Leipzig 1919, S. III–IV = HKW 5, S. 24–129 (26f.).

¹⁷⁸ Vgl. Kelsen, Verfassungsgesetze I (Anm. 177), Titelblatt = HKW 5, S. 24–129 (24).

¹⁷⁹ Kelsen, Verfassungsgesetze I (Anm. 177), S. 33f. = HKW 5, S. 24–129 (57) – die Hervorhebungen finden sich nicht im Original; die wenigen Textauslassungen und -veränderungen gegenüber dem Original sind hier nicht kenntlich gemacht.

¹⁸⁰ Wenigstens in seinen Äußerungen in der 12. Sitzung der Provisorischen Nationalversammlung spricht Renner lediglich von der „notwendigen politischen Zucht“ (StProt ProvNV (Anm. 174), S. 448 (Staatskanzler Renner)).

¹⁸¹ N.N., Anschluß (Anm. 173), S. 1f.

nicht nur ein aufmerksamer Beobachter und Begleiter der seinerzeit aktuellen politischen Lage, sondern auch ein profunder Kenner sowohl von Kelsens öffentlichen rechtspolitischen Äußerungen zum Wahlsystem als auch von dessen rechtswissenschaftlicher Erläuterung der einschlägigen Bestimmung des am 12. November 1918 beschlossenen Gesetzes über die Staats- und Regierungsform Deutschösterreichs. Letzteres ist umso bemerkenswerter, als Teil 1 der „Verfassungsgesetze“ im Börsenblatt für den deutschen Buchhandel erst am 23. Januar 1919 angezeigt wurde,¹⁸² also mehr als zehn Tage *nach* Erscheinen des von Kelsen inkriminierten Beitrags im „Neues Wiener Tagblatt“. Mag das Erscheinungsdatum von Teil 1 der „Verfassungsgesetze“ auch nicht mit dem Datum der Anzeige im Börsenblatt zusammenfallen (in diesem Falle müsste der anonyme Autor vorab Zugang zu Kelsens Arbeit gehabt haben), so bestehen doch wenig Zweifel daran, dass Teil 1 der „Verfassungsgesetze“ erst im Januar 1919 und nicht bereits im Dezember 1918 erschienen ist.¹⁸³ Jedenfalls entnahm der Anonymus das lange Kelsen-Zitat einer im wahrsten Sinne des Wortes druckfrischen Publikation.

Kelsen, der in den Monaten der Gründung und Konsolidierung der Republik Deutschösterreich einen nachgerade kometenhaften Aufstieg erlebt – an der Universität, als Verfassungsberater des Staatskanzlers, als public intellectual –, macht hier, soweit ersichtlich, erstmals Bekanntschaft mit der Schattenseite medialer Berühmtheit. So sieht er sich zum einen dem Versuch ausgesetzt, ihn politisch gegen den Staatskanzler Renner, seinen Auftraggeber, und zu dessen Schaden zu instrumentalisieren. Und zum anderen wird ihm von dem anonymen Verfasser gleichsam der Vorwurf wissenschaftlicher Bestechlichkeit respektive beruflicher Vorteilsnahme gemacht. Beides kann und will Kelsen nicht auf sich sitzen lassen. Seine Reaktion auf den aus seiner Sicht ehrverletzenden Artikel vom Samstag, den 11. Januar 1919, erscheint bereits drei Tage später, am Dienstag, den 14. Januar 1919. Die in der Überschrift anklingende Frage des „Anschlusses“ Deutschösterreichs an das Deutsche Reich spielt in Kelsens Artikel nur eine beiläufige, randständige Rolle. Im Mittelpunkt seiner Gegenäußerung steht die Abwehr des Angriffs auf seine Ehre. Seinen Beitrag weist er dementsprechend als Richtigstellung in tatsächlicher Hinsicht aus. Er tut dies in einer Entschiedenheit in der Sache und in einer Schärfe im Ton, die bereits an spätere, die eigene Person betreffende Auseinandersetzungen erinnert; beispielhaft sei das Vorwort der gegen die Polemik seines Fakultätskollegen, des Rechtshistorikers Ernst Freiherr von Schwind (1865–1932), gerichteten Schrift „Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung“ aus dem Jahre 1928 genannt.¹⁸⁴ Aus heutiger Sicht bestehen keinerlei Zweifel daran, dass Kelsen seine Ausführungen mit Recht als „Richtigstellungen“

¹⁸² Vgl. dazu Editorischer Bericht „Verfassungsgesetze der Republik (Deutsch-)Österreich“, in: HKW 5, S. 611–648 (630 mit Anm. 58).

¹⁸³ Näher dazu Editorischer Bericht „Verfassungsgesetze der Republik (Deutsch-)Österreich“, in: HKW 5, S. 611–648 (630).

¹⁸⁴ *Hans Kelsen*, *Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung*, Wien 1928, S. 1f.

qualifiziert hat. Mindestens ebenso hervorhebenswert ist indes, dass er in dieser Auseinandersetzung zwei für sein Werk und seine Person zentrale Unterscheidungen in Bezug nimmt: Zum einen die reinliche Trennung von persönlicher und fachlicher Verbundenheit (oder Gegnerschaft) und zum anderen die dem ähnlich strikte Trennung von rechtlich Gegebenem und politisch Gewünschtem. Mit der vergleichsweise persönlich gehaltenen Erklärung stellt Kelsen unter Beweis, dass er die beiden Unterscheidungen, die sein literarisches Werk maßstabsprägend begleiten, nicht nur an die Äußerungen anderer anlegt, sondern sich ihnen selbst in seinem Verhalten unterwirft.

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.¹⁸⁵ Mit Rücksicht darauf, dass die Seiten des „Neues Wiener Tagblatt“ vierspaltig gesetzt sind, wurde anstelle des bloßen Seitenumbruchs der Spaltenumbruch markiert und durch Hinzufügung einer kleiner gesetzten römischen Zahl ausgezeichnet (Bsp.: 291₁).

Die Organisation der vollziehenden Gewalt Deutschösterreichs nach der Gesetzgebung der konstituierenden Nationalversammlung (1919/1920)

HKW 4, 101–114

I. Textkonstitution, Publikationsmedium und Überlieferung

Der Beitrag erschien im ersten (Doppel-)Heft des ersten Jahrgangs der von Hans Kelsen mitherausgegebenen „Zeitschrift für öffentliches Recht“ (ZöR): Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 48–60. Er ist knapp 13 Druckseiten lang, kennt keinerlei anderweitige äußerliche Textunterteilung als Absätze: weder Zwischenüberschriften noch Ordnungszahlen finden als Gliederungselemente Verwendung. Nur ganz vereinzelt – und damit abweichend vom für seine Texte Üblichen – hebt Kelsen Wörter durch Sperrung hervor. Der Beitrag kommt ganz ohne Fußnoten aus. Die Autorenzuschreibung bereitet keinerlei Probleme, folgt doch dem Titel der Zusatz „Von *Hans Kelsen*.“

¹⁸⁵ Vgl. oben S. 5–22.

Der erste Jahrgang der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ wurde in drei Doppelheften publiziert, deren beide ersten, also Doppelheft 1/2 und Doppelheft 3/4, die Jahreszahl 1919 ausweisen, während das Doppelheft 5/6 als Erscheinungsjahr 1920 trägt. Kelsens Schrift zur „Organisation der vollziehenden Gewalt“ erschien als dritte von insgesamt sieben Abhandlungen im Doppelheft 1/2.¹⁸⁶ Eine nähere zeitliche, sprich: unterjährige Eingrenzung für das Erscheinungsdatum kann zwar nicht den redaktionellen Mitteilungen entnommen werden; einen Rückschluss auf das Erscheinen des Heftes lässt indes die Heftumschlagwerbung zu: Beworben wurden auf der U2 unter anderem Kelsens „Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich“ – und zwar deren dritter (und für die Verfassung Deutschösterreichs letzter) Teil. Dieser dritte Teil ist im Börsenblatt für den Deutschen Buchhandel erst am 23. Oktober 1919 angekündigt worden,¹⁸⁷ der Zeitpunkt der Werbung¹⁸⁸ und jener des Erscheinens des dritten Bandes der „Verfassungsgesetze“ dürften nicht allzu weit auseinanderfallen. Daher darf davon ausgegangen werden, dass das Doppelheft 1/2 des Erstjahrgangs der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ mit Kelsens Beitrag im Herbst 1919, wohl: im Oktober oder November 1919, ausgeliefert worden ist. Im selben (Doppel-)Heft erscheinen aus Kelsens Feder noch drei weitere Beiträge, nämlich der namentlich nicht gezeichnete Nachruf auf Edmund Bernatzik (1854–1919),¹⁸⁹ die Abhandlung „Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs“¹⁹⁰ sowie die Besprechung von Max Layers (1866–1941) Schrift über die „Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag“.¹⁹¹

Die „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ (ÖZÖR) wurde, maßgeblich initiiert durch Kelsen,¹⁹² 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 „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ erschien in drei Jahrgängen (1.–3. Jg.) in den Jahren 1914–1918 bei der Manzschens 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

¹⁸⁶ Dazu näher unten unter II.2., S. 650–653.

¹⁸⁷ Vgl. Editorischer Bericht „Die Verfassungsgesetze der Republik (Deutsch-)Österreich“, in: HKW 5, S. 611–648 (631 mit Anm. 60).

¹⁸⁸ Es handelte sich auch nicht bloß um eine der Publikation womöglich Monate vorausgehende Vorankündigung, wie die exakte Preisangabe „Preis gebunden K 26-60.“ erkennen lässt.

¹⁸⁹ [Hans Kelsen], Edmund Bernatzik, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), Heft 1/2, S. VII–IX = HKW 4, S. 149–152.

¹⁹⁰ Hans Kelsen, Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 98–122 = HKW 4, S. 115–146.

¹⁹¹ 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 = HKW 4, S. 153–167.

¹⁹² Zur eigenen Rolle vgl. Hans Kelsen, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (44f.).

(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 am 30. März 1919 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 „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ 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.¹⁹³ 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. Eine weitere Umbenennung erfolgte mit Rücksicht auf den größer werdenden Anteil völkerrechtswissenschaftlicher Beiträge; fortan trug die Zeitschrift ihrem internationaleren Charakter entsprechend den englischen Zweitnamen „Austrian Journal of Public and International Law“. 1981–1990 gab Ignaz Seidl-Hohenveldern (1918–2001) die Zeitschrift heraus. In den Jahren 1991–1995 (Bd. 42–49) avancierte der zunächst als Untertitel gewählte Name „Austrian Journal of Public and International Law“ zum (einzigen) Haupttitel der nunmehr vorwiegend in englischer Sprache publizierten und von Christoph Schreuer (geb. 1944) herausgegebenen Zeitschrift. 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 „Zeitschrift für öffentliches Recht“ herausgegeben von Stefan Griller (geb. 1956) und Benjamin Kneihls (geb. 1971). Wenngleich die „Zeitschrift für öffentliches Recht“ 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 „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ im Jahre 1914 bis wenige Jahre vor seinem Tode, genauer: bis 1968, publizierte Kelsen dort 35 Beiträge unter-

¹⁹³ 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“).

schiedlichsten Formats. Drei weitere Aufsätze Kelsens erschienen sogar postum Mitte der Achtziger Jahre – aus dem wissenschaftlichen Nachlass herausgegeben.¹⁹⁴

¹⁹⁴ 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. 580–585 = HKW 4, S. 87–96; *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 = HKW 4, S. 83–85; [*Hans Kelsen*], Edmund Bernatzik, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 1 (1919/1920), Heft 1/2, S. VII–IX = HKW 4, S. 149–152; *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 = HKW 4, S. 101–114; *Hans Kelsen*, Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 1 (1919/1920), S. 98–122 = HKW 4, S. 115–146; *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 = HKW 4, S. 153–167; *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 und 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, 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),

Weitere Textvarianten wie insbesondere Autographe oder Fahnen oder auch Vorarbeiten respektive Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden. Freilich weist die Abhandlung erhebliche textliche Übereinstimmungen mit Kelsens Kommentierung des Gesetzes vom 14. März 1919 über die Staatsregierung im dritten Band der von Kelsen im selben Jahr herausgegebenen „Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich“ unter dem Titel „Zum Gesetz über die Staatsregierung“ auf;¹⁹⁵ davon wird noch zu handeln sein.¹⁹⁶ Der Aufsatz wurde bisher weder nachgedruckt noch in eine andere Sprache übersetzt.

II. Entstehung und Duktus

Der Beitrag entstammt der Gründungsphase der Ersten Republik, nämlich dem Interim zwischen der Niederlage der sogenannten Mittelmächte im Ersten Weltkrieg (1914–1918), mit dem das Ende der österreichisch-ungarischen Doppelmonarchie einherging, und der Konsolidierung der Republik Österreich unter dem Bundes-Verfassungsgesetz vom 1. Oktober 1920.¹⁹⁷ Genauer gesagt, erschien Kelsens Abhandlung zur „Organisation der vollziehenden Gewalt“ in der und gilt der vierten Phase der Verfassungsentwicklung in der Ersten Republik:¹⁹⁸ Während

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 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 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.
¹⁹⁵ *Hans Kelsen*, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen, Teil 3, Wien und Leipzig 1919, S. 149–160 (Zum Gesetz über die Staatsregierung) = HKW 5, S. 256–437 (376–386).

¹⁹⁶ Vgl. nachfolgend II.2., S. 650–653.

¹⁹⁷ Vgl. dazu näher auch Editorischer Bericht „Die Verfassungsgesetze der Republik (Deutsch-) Österreich“, in: HKW 5, S. 611–648 (617–622).

¹⁹⁸ Eine erste Orientierung mag insofern das Schaubild zum Entstehungskontext der „Verfassungsgesetze der Republik (Deutsch-)Österreich“ geben: Editorischer Bericht „Die Verfassungsgesetze der Republik (Deutsch-)Österreich“, in: HKW 5, S. 611–648 (619).

die eigentliche Gründungsphase im sogenannten „Verfassungsbeschuß“ der Provisorischen Nationalversammlung vom 30. Oktober 1918¹⁹⁹ kulminierte, folgten in der zweiten Phase im November 1918 mehrere Verfassungsgesetze, die den „Verfassungsbeschuß“ konkretisierten und fortschrieben; die dritte Phase im Dezember 1918 war durch die sogenannte „Dezember-Novelle“ geprägt, die drei Verfassungsgesetze umfasste, die einerseits den Weg zur Konstituierenden Nationalversammlung ebneten und andererseits Bestimmungen des „Verfassungsbeschlusses“ modifizierten. Ab der vierten Phase agierte anstelle der Provisorischen die im Februar 1919 gewählte und im März 1919 konstituierte Konstituierende Nationalversammlung. Die ersten verfassungsgesetzgeberischen Aktivitäten galten der sogenannten „März-Verfassung“ mit den vier Gesetzen vom 12. und 14. März 1919 über (1) die Staatsform, (2) das (von den Siegermächten besetzte) Staatsgebiet, (3) die Volksvertretung sowie schließlich (4) die Staatsregierung.²⁰⁰

Kelsens Beitrag gilt der Organisation der Regierungs- und Vollzugsgewalt, die in diesen vier Phasen einem grundstürzenden Wandel unterzogen wurde. Denn Provisorische und Konstituierende Nationalversammlung operierten mit grundlegend unterschiedlichen Organisationskonzepten: Oberstes Organ der Exekutive war zunächst der am 30. Oktober 1918 von der Provisorischen Nationalversammlung gewählte „Regierungs- und Vollzugausschuß“ namens „Deutschösterreichischer Staatsrat“ (vgl. § 3 Abs 1 und 2 Beschluß Staatsgewalt 1918). Ihm gehörten kraft Amtes die drei Präsidenten der Provisorischen Nationalversammlung sowie zwanzig weitere Mitglieder derselben an (vgl. § 4 Abs 1 Beschluß Staatsgewalt 1918). Nach dem Gesetzestext nur für die „Führung der Staatsratsprotokolle verantwortlich“, tatsächlich aber nach und nach „der eigentliche Chef der Regierung“,²⁰¹ wurde vom Staatsrat ein Leiter der Staatsratskanzlei gewählt, der von Beginn an den – im Gesetz zunächst nicht vorgesehenen – Titel „Staatskanzler“ führte. Zusammen mit dem „Staatsnotar“ und den drei Präsidenten der Nationalversammlung bildete er das „geschäftsführende Staatsratsdirektorium“ (§ 5 Abs 2 Beschluß Staatsgewalt 1918). Erst die sogenannte „Dezember-Novelle“ schuf – neben dem Staatssiegelamt – die unter der Leitung des Staatskanzlers stehende „Staatskanzlei“²⁰² mit umfangreichen neuen, insbesondere koordinativen und in-

¹⁹⁹ Beschluß der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich vom 30. Oktober 1918 über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt, StGBI 1918/1 (im Folgenden: Beschluß Staatsgewalt 1918).

²⁰⁰ Gesetz vom 12. März 1919 über die Staatsform, StGBI 1919/174; Gesetz vom 12. März 1919 über das besetzte Staatsgebiet, StGBI 1919/175; Gesetz vom 14. März 1919 über die Volksvertretung, StGBI 1919/179; Gesetz vom 14. März 1919 über die Staatsregierung, StGBI 1919/180 (im Folgenden: StaatsregierungsG 1919).

²⁰¹ So *Hans Kelsen*, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen, Teil 1, Wien und Leipzig 1919, S. 17–28 (20 – Zum Beschlusse über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt) = HKW 5, S. 24–129 (42–53 (45)).

²⁰² Vgl. § 3 Abs 1 Gesetz vom 19. Dezember 1918, womit einige Bestimmungen des Beschlusses der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich über die grundlegenden Einrich-

tegrativen Leitungsaufgaben. Zur Führung der Geschäfte der Staatsverwaltung bestellte der Staatsrat Beauftragte, die gemeinsam die Staatsregierung bildeten und als Staatssekretäre ihren jeweiligen Ressorts, „Staatsämter“ genannt, vorstanden (vgl. § 8 Abs. 1 und 2, § 11 Beschluß Staatsgewalt 1918). Einer von ihnen sollte durch den Staatsrat „mit dem Vorsitz in der Staatsregierung“ betraut werden (§ 15 Beschluß Staatsgewalt 1918). Die „Dezember-Novelle“ wies dem Staatskanzler, der ja selbst die Stellung eines Beauftragten des Staatsrates innehatte, – die bis dahin herrschende Praxis aufnehmend – „in Verhinderung des Präsidenten [des Staatsrates] den Vorsitz im Kabinett“ zu.²⁰³ Dies machte ihn auf der einen Seite, da der Präsident außer in besonderen Fällen nicht an den Kabinettsitzungen teilnahm, der Sache nach zu einem Ministerpräsidenten (ohne Vorgesetztenfunktion in Bezug auf die Staatssekretäre), führte aber auf der anderen Seite dazu, dass der Staatskanzler und der Staatsnotar aus dem Staatsratsdirektorium ausschieden. War die Situation zur Zeit der Provisorischen Nationalversammlung durch eine nur mäßig durchschaubare Schachtelung der obersten Exekutivorgane geprägt (namentlich Staatsrat mit Staatsratsdirektorium, Staatskanzlei und Staatsiegelamt, Staatsregierung bestehend aus vom Staatsrat Beauftragten [Staatssekretären] unter der Leitung des Staatskanzlers), die zudem zu erheblichen Teilen nicht den tatsächlichen Machtverhältnissen und der staatspolitischen Bedeutung der Organe korrespondierte, so sah es die Konstituierende Nationalversammlung als eine ihrer ersten, dringlichsten Aufgaben an, hier für größere Klarheit zu sorgen: Mit dem Gesetz vom 14. März 1919 über die Staatsregierung²⁰⁴ (StaatsregierungsG 1919) betraute sie die von ihr zu wählenden „Volksbeauftragten“, die in ihrer Gesamtheit die Staatsregierung unter dem Vorsitz des Staatskanzlers bildeten, „mit der Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt“ (§ 1 Abs 1 StaatsregierungsG 1919). Die Ämter des Staatsrats und des Staatsratsdirektoriums (sowie des Staatsnotars) wurden aufgelöst und deren bisherige exekutive Befugnisse mit wenigen Ausnahmen der Staatsregierung übertragen. An die Stelle der gestuften Bestellung des Staatsrates durch die (Provisorische) Nationalversammlung und der (Staatsrats-) Beauftragten, also der Staatssekretäre einschließlich des Staatskanzlers, durch den Staatsrat rückte nunmehr die Bestellung der Staatsregierung unmittelbar durch die (Konstituierende) Nationalversammlung. Dieser, von der Konstituierenden Nationalversammlung vollzogene Konzeptwechsel veranlasste Kelsen, seinem Beitrag den durch den Zusatz „... nach der Gesetzgebung der konstituierenden Nationalversammlung“ zunächst schwerfällig anmutenden, aber die Sache auf den Punkt bringenden Titel zu verleihen.

Kelsen begleitete die gesamte Geburtsphase der Ersten Republik aus nächster Nähe und in mehrfachen, im engeren Sinne teilnehmenden wie im weiteren Sinne

tungen der Staatsgewalt vom 30. Oktober 1918, St.G.Bl. Nr. 1, abgeändert oder ergänzt werden, StBG 1918/139 (im Folgenden: Verfassungsnovelle 1918).

²⁰³ § 11 Abs 2 Verfassungsnovelle 1918 (Anm. 202).

²⁰⁴ StaatsregierungsG 1919 (Anm. 200).

beobachtenden Funktionen mit. Für ihn selbst war es eine Zeit stürmischer persönlich-beruflicher Veränderungen, man kann auch sagen: eines rasanten beruflichen Aufstiegs verbunden mit zunehmender wissenschaftlich-universitärer, sachverständig-staatspolitischer und auch öffentlichkeitswirksam-medialer Resonanz.²⁰⁵ Stichwortartig verknüpft lassen sich die wichtigsten (beruflich-)biographischen Etappen in den Jahren 1918/1919 wie folgt zusammenfassen: Zum 1. Oktober 1918 wird Kelsen zum etatmäßigen, d. h. ständigen außerordentlichen Professor an der Universität Wien ernannt, zum 31. desselben Monats erfolgt seine Entlassung aus dem Militärdienst. Bereits ab dem Folgetag, dem 1. November 1918, steht Kelsen auf Bitten des Staatskanzlers der provisorischen deutschösterreichischen Regierung, Karl Renner (1870–1950), in den Diensten der legislativen Abteilung der Deutschösterreichischen Staatskanzlei und avanciert zum Verfassungsberater des Staatskanzlers; der Schwerpunkt seines Engagements liegt auf der Mitarbeit an der Vorbereitung der definitiven Verfassung der Republik Österreich. Am 3. Mai 1919 wird er, in Nachfolge Edmund Bernatziks, zum Mitglied des deutschösterreichischen Verfassungsgerichtshofes ernannt, und zum 1. August 1919 – ebenfalls in Nachfolge seines Lehrers – zum ordentlichen Universitätsprofessor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien. Es dürfte nicht übertrieben sein, Kelsen, der außerdem als Herausgeber und Kommentator der quasi-offiziösen Gesetzessammlung „Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich“²⁰⁶ fungierte, als jenen Staatsrechtslehrer zu kennzeichnen, der in den Prozess der verfassungsrechtlichen Findung und Konsolidierung der jungen Republik Deutschösterreich am tatkräftigsten involviert war, diesen am nachhaltigsten wissenschaftlich inspirierte und am sichtbarsten publizistisch begleitete. Bezogen auf das hier einschlägige Publikationsmedium lässt sich noch nachtragen, dass Kelsen, wie bereits oben beschrieben,²⁰⁷ von den Anfängen der „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ im Jahre 1914 an als deren emsiger Redaktionssekretär fungierte, bis er für den verstorbenen Bernatzik anno 1919 in den Herausgeberkreis des nunmehr als „Zeitschrift für öffentliches Recht“ fortgeführten, in Fragen des Öffentlichen Rechts und der Rechtstheorie seinerzeit führenden Periodikums eintrat.

²⁰⁵ Ausführlicher dazu: Editorischer Bericht „Die Verfassungsgesetze der Republik (Deutsch-) Österreich“, in: HKW 5, S. 611–648 (622–627); zu Kelsens Aufstieg zum medienpräsenten „public intellectual“: Editorischer Bericht „Der Proporz im Wahlordnungsentwurf (1918)“, in: HKW 4, S. 595–602 (597f.). Ergänzend: *Gerald Stourzh*, Hans Kelsen, die österreichische Bundesverfassung und die rechtsstaatliche Demokratie, in: Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion. Referate und Diskussion auf dem zu Ehren des 100. Geburtstages von Hans Kelsen von 22. bis 27. September 1981 abgehaltenen Internationalen Symposium, Wien 1982, S. 7–29, insb. 7–17.

²⁰⁶ *Kelsen*, Verfassungsgesetze I (Anm. 201) = HKW 5, S. 24–129; *Hans Kelsen*, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen, Teil 2: Wahlordnung, Verfassungsnovelle, Wien und Leipzig 1919 = HKW 5, S. 130–255; *Kelsen*, Verfassungsgesetze III (Anm. 195) = HKW 5, S. 256–437; vgl. ergänzend *Hans Kelsen*, Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen, Teil 4, Wien und Leipzig 1920 = HKW 5, S. 438–608.

²⁰⁷ Vgl. näher vorstehend I., S. 641–645.

1. Entstehung

Der Artikel im Doppelheft 1/2 des ersten Jahrgangs der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ dürfte nach dem oben Ausgeführten in etwa im Oktober 1919 erschienen sein. Weniger eindeutig lässt sich dessen Entstehung datieren. Denn Kelsen hat keinerlei Aufzeichnungen hinterlassen, aus denen sich Beginn und/oder Abschluss der Arbeiten an dem Beitrag – bezogen auf das Manuskript-, das Typoskript-, das Fahnen- und das Umbruchstadium – zweifelsfrei ergeben. Folglich kann eine Datierung nur auf der Grundlage von Indizien erfolgen. Keine Schwierigkeiten bereitet es, den frühest- respektive spätestmöglichen Zeitpunkt von Beginn und Fertigstellung des Beitrages zu bestimmen: Kelsen erläutert in seiner Abhandlung das – Teil der sogenannten „März-Verfassung“ bildende – Staatsregierungs-gesetz vom 14. März 1919. Vor Mitte März 1919 kann er folglich den Beitrag nicht verfasst haben. Ebenso kann ausgeschlossen werden, dass Kelsen den Beitrag noch nicht vollendet hatte, als sich im Sommer 1919 die Ergebnisse der Verhandlungen der alliierten Siegermächte in St.-Germain-en-Laye abzeichneten.

Mithilfe weiterer Indizien kann der Bearbeitungs- und Fertigstellungszeitraum weiter eingegrenzt werden: So kann darauf verwiesen werden, dass „Die Organisation der vollziehenden Gewalt Deutschösterreichs“ eine teils veränderte, teils namentlich um allgemeinere staatstheoretische und staatspolitische Ausführungen erweiterte Fassung seiner Kommentierung des vorgenannten Verfassungsgesetzes über die Staatsregierung darstellt,²⁰⁸ diese aber im dritten Teil der „Verfassungsgesetze von Deutschösterreich“ erschien, dessen Bearbeitung im April 1919 abgeschlossen wurde.²⁰⁹ Für eine Fertigstellung des Beitrages in zeitlicher Nähe zum Abschluss der Arbeiten am dritten Teil der „Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich“, also etwa im April/Mai 1919, spricht schließlich die Heftgestaltung, genauer die Zusammenstellung der insgesamt sieben Abhandlungen in Heft 1/2 des 1. Jahrgangs der „Zeitschrift für öffentliches Recht“: Kelsen selbst hat zwei davon verfasst, die übrigen fünf haben ihm mehr oder minder nahestehende junge Rechtswissenschaftler bzw. Mitarbeiter der Deutschösterreichischen Staatskanzlei beige-steuert, nämlich Adolf Julius Merkl, Hans Nawiasky (1880–1861), Leo Wittmayer (1876–1935), Egbert Mannlicher (1882–1973) und Fritz Sander (1889–1939). Die Abhandlungen haben eine gemeinsame thematische Klammer: sie behandeln allesamt Grundfragen der Verfassungsordnung Deutschösterreichs. Im Einzelnen handeln die Beiträge von: „Die Organisation der Gesetzgebung in der Deutschösterreichischen Republik“ (Merkl, S. 1–27), „Der Aufbau der Regierungs- und Vollzugsgewalt Deutschösterreichs nach der Gesetzgebung der provisorischen Nationalversammlung“ (Nawiasky, S. 28–47), „Die Organisation der vollziehenden Gewalt Deutschösterreichs nach der Gesetzgebung der konstitu-

²⁰⁸ Dazu sogleich II.2., S. 650–653.

²⁰⁹ Vgl. Editorischer Bericht „Die Verfassungsgesetze der Republik (Deutsch-)Österreich“, in: HKW 5, S. 611–648 (631).

ierenden Nationalversammlung“ (Kelsen, S. 48–60), „Zu den Voraussetzungen und Grundproblemen der provisorischen Verfassung von Deutschösterreich“ (Wittmayer, S. 61–97), „Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs“ (Kelsen, S. 98–122), „Die Stellung der Gemeinde im künftigen Aufbau der Verwaltung“ (Mannlicher, S. 123–131) sowie „Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung“ (Sander, S. 132–164). Nimmt man sie zusammen, so erhält man das – neben Adolf Julius Merkl's „Die Verfassung der Republik Deutschösterreich“ aus demselben Verlag (Deuticke) und demselben Jahr 1919²¹⁰ – umfassendste zeitgenössische Kompendium des Staatsrechts Deutschösterreichs, welches durch seinen Übergangs- und Verweisungscharakter gekennzeichnet ist. In diesen Monaten erscheint noch so manches rechtlich möglich und politisch erstrebenswert – allem voran der Anschluss an das Deutsche Reich –, was mit dem Vertrag von St.-Germain-en-Laye vom 10. September 1919 nicht mehr zur Debatte stehen wird. So gesehen erscheint das Doppelheft 1/2 des 1. Jahrgangs der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ gleichsam *post festum*. Schließlich streitet die (Selbst-)Bezeichnung Kelsens im Inhaltsverzeichnis des Heftes für eine Zusammenstellung der fertigen Beiträge deutlich vor dem 1. August 1919. Denn bei Kelsen findet sich der Zusatz „a. ö. Professor an der Universität in Wien“, also *außerordentlicher* öffentlicher Professor; zum 1. August 1919 wurde er jedoch – als Nachfolger Bernatziks – auf das Ordinariat für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien berufen.

2. Duktus

Der Sache nach handelt es sich bei Kelsens Abhandlung über die „Organisation der vollziehenden Gewalt“ um eine fachwissenschaftliche Erläuterung des Staatsregierungsgesetzes 1919, mit dem die Konstituierende Nationalversammlung einen folgenreichen Richtungswechsel in puncto Exekutivspitze – Kelsen spricht gar von einem „sehr radikalen Eingriff in das Gefüge der provisorischen Verfassung“²¹¹ – einleitete. Der Artikel weist in Anlage und Duktus, Inhalt und Text unübersehbare Übereinstimmungen mit der Kommentierung des betreffenden Gesetzes („Zum Gesetz über die Staatsregierung“) im dritten Teil der von ihm herausgegebenen und erläuterten Gesetzessammlung „Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich“²¹² auf. Die zwei Texte, die vom selben Verlagshaus – nämlich vom Verlag Franz Deuticke, Wien und Leipzig – verlegerisch betreut und deren Publikationsmedien vom identischen Herausgeber – nämlich Kelsen selbst – ver-

²¹⁰ *Adolf Julius Merkl*, Die Verfassung der Republik Deutschösterreich. Ein kritisch-systematischer Grundriß, Wien 1919.

²¹¹ *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 (49) = HKW 4, S. 101–114 (103).

²¹² *Kelsen*, Verfassungsgesetze III (Anm. 195), S. 149–160 (Zum Gesetz über die Staatsregierung) = HKW 5, S. 256–437 (376–386).

antwortet wurden, dürften in engem zeitlichem Zusammenhang im zweiten Quartal des Jahres 1919 entstanden sein.²¹³ Unbeschadet dessen enthalten sie sich beide eines Verweises auf den je anderen Text. Vollständige Textidentität besteht zu rund 30%, wobei die Wortlautübereinstimmungen zu Beginn beider Beiträge deutlich zahlreicher sind als in den weiteren Abschnitten; in einem einzigen Absatz verwendet Kelsen Wendungen und Satzteile aus seiner ebenfalls im dritten Teil der „Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich“ abgedruckten Kommentierung „Zum Gesetz über die Volksvertretung“.²¹⁴ Sowohl Übereinstimmungen als auch Unterschiede treten deutlich hervor, legt man die jeweils thematisierten Gesetzesbestimmungen zugrunde: Während die Kommentierung in den „Verfassungsgesetzen der Republik Deutschösterreich“ naturgemäß (bis auf die Inkrafttretensbestimmung in Art 15) sämtliche Vorschriften des Staatsregierungsgesetzes 1919 erläutert, fokussiert der Zeitschriftenartikel die die Weichenstellung begründenden Art 1–6 Staatsregierungsg 1919; lediglich am Rande interessieren Art 7–9 und 12, wohingegen die sonstigen Artikel gar keine Erwähnung finden. Aus dem unterschiedlichen Format ergeben sich weitere Unterschiede, so die Titelwahl („Zum Gesetz über die Staatsregierung“ einerseits und „Die Organisation der vollziehenden Gewalt Deutschösterreichs nach der Gesetzgebung der konstituierenden Nationalversammlung“ andererseits), der Umstand, dass der Beitrag in der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ äußerlich nicht nach den jeweils erläuterten Gesetzesbestimmungen gegliedert ist, und schließlich die Konsequenz, dass im Zeitschriftenartikel systematische Zusammenhänge auch in der Darstellung klarer herausgestellt werden als in der Kommentierung des insofern „nicht sehr systematischen“²¹⁵ Staatsregierungsg 1919. Die „Organisation der vollziehenden Gewalt“ geht an jenen Stellen über die Gesetzeskommentierung hinaus, an denen die Abhandlung Ausführungen enthält, die sich, erstens, nicht unmittelbar auf das Staatsregierungsg 1919 beziehen,²¹⁶ die, zweitens, der Einordnung des betreffenden Gesetzes in die Verfassungsordnung als Ganzes gewidmet sind²¹⁷ und die, drittens, allgemein staats-theoretischen und staatspolitischen Reflexionen (namentlich zur Wahl der Regierung durch das Parlament) dienen.²¹⁸ In Bezug auf die orthografisch-stilistische Präsentation fallen nur wenige Unterschiede ins Auge, so etwa die Weglassung des Dativ-„e“ („im Gesetze“, „aus dem Wortlaute“) und des Fugen-„s“ („Kabinettschef“, „Rangsklasse“) oder die Ersetzung des lateinischen

²¹³ Vgl. vorstehend II.1., S. 649f.

²¹⁴ Vgl. *Kelsen*, Organisation (Anm. 211), S. 55 = HKW 4, S. 101–114 (109) einerseits mit *Kelsen*, Verfassungsgesetze III (Anm. 195), S. 129–370 (129 – Zum Gesetz über die Volksvertretung) = HKW 5, S. 256–437 (359–370 (359 letzter Absatz)) andererseits.

²¹⁵ *Kelsen*, Verfassungsgesetze III (Anm. 195), S. 149–160 (153 – Zum Gesetz über die Volksvertretung) = HKW 5, S. 256–437 (376–386 (379)).

²¹⁶ Vgl. namentlich *Kelsen*, Organisation (Anm. 211), S. 60 = HKW 4, S. 101–114 (114).

²¹⁷ Vgl. *Kelsen*, Organisation (Anm. 211), S. 49 und insb. 54f. = HKW 4, S. 101–114 (103 und insb. 108f.).

²¹⁸ Vgl. *Kelsen*, Organisation (Anm. 211), S. 52–54 = HKW 4, S. 101–114 (106–108).

„etc.“ durch das deutsche „usw.“ sowie des Präsens durch das Präteritum jeweils in der Publikation in der „Zeitschrift für öffentliches Recht“. Zwar lässt sich – auch auf der vorgenannten Grundlage – nicht eindeutig die Frage der zeitlichen Priorität der beiden Fassungen beantworten. Dennoch spricht vieles dafür, dass die Kommentierung die Grundlage für die Abhandlung in der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ abgab; nicht zuletzt deutet in diese Richtung, dass sich die Kommentierung in Duktus und Stil homogener liest als der Zeitschriftenbeitrag, der durch seine Zusätze heterogener, unruhiger und zusammengesetzter wirkt.

Bleibende, über den zeitgebundenen Kontext hinausweisende Bedeutung besitzt Kelsens „Organisation der vollziehenden Gewalt“ insbesondere wegen seiner allgemeineren, sich in der Kommentierung nicht findenden Passagen. Dabei handelt es sich einerseits um die Ausführungen zur (In-)Stabilität der Verfassung und andererseits um jene zur staatsrechtlichen Bedeutung der Kreation der Regierung durch das Parlament: Am Schluss seiner einleitenden Bemerkungen schiebt Kelsen eine zwar knappe, aber doch sehr eindringliche, besorgt-kritische Überlegung zur Häufigkeit der Änderung des provisorischen Verfassungsgefüges ein. Dass das „Gefüge der provisorischen Verfassung“ seit dem 30. Oktober 1918, d. h. innerhalb weniger als eines halben Jahres, nun schon zum zweiten Male einer – und zwar „sehr radikalen“ – Revision unterzogen werde, obwohl die „definitive Gestalt der Verfassung Deutschösterreichs“ ja noch gar nicht erreicht sei und eine provisorische Verfassung infolgedessen durch eine ihrerseits ebenfalls nur provisorische Verfassung ersetzt werde, findet Kelsens Missbilligung, die er, der normativistische Positivist, in dem bemerkenswerten Satz kulminieren lässt: „Denn nichts ist dem Staatsbewußtsein, dem notwendigen Vertrauen des einzelnen zur staatlichen Rechtsordnung abträglicher als die Unsicherheit und die stete Veränderung der Grundlage des ganzen Staatsgebäudes: der Verfassung.“²¹⁹

In dem mit rund drei Druckseiten umfangreichsten Einschub stellt Kelsen Erwägungen zur staatsrechtlichen und staatspolitischen Bedeutung der – mit dem Staatsregierungsgesetz 1919 installierten – Kreation der Regierung durch das Parlament an.²²⁰ Hier macht sich bemerkbar, dass Kelsen von den ersten Anfängen der Ersten Republik an, und zwar beginnend mit Überlegungen zu Wahlsystem und Wahlrecht,²²¹ sich immer intensiver mit „Wesen und Wert der Demokratie“ beschäftigt und nach und nach eine zunehmend reif-komplexe Theorie moderner Demokratie entwirft. – In Kontrastierung der präsidialen und der parlamentarischen Demokratie arbeitet Kelsen hier in einem ersten Schritt den „Gegensatz [der Gewaltentrennung] zum Prinzip der Volkssouveränität“ heraus, weswegen er auf die „paradoxe“ Folge hinweist, dass „die unmittelbare Wahl des

²¹⁹ Alle vier Zitate: *Kelsen*, *Organisation* (Anm. 211), S. 49 = HKW 4, S. 101–114 (103) – Hervorhebung nicht übernommen.

²²⁰ *Kelsen*, *Organisation* (Anm. 211), S. 52–55 = HKW 4, S. 101–114 (106–109).

²²¹ Dazu näher Editorischer Bericht „Das Proportional(wahl)system (1918/1919)“, in: HKW 4, S. 580–595 (581–593).

Präsidenten durch das Volk eher eine Schwächung als eine Stärkung des Prinzips der Volkssouveränität“ darstelle, zumal in Bezug auf das monokratische Amt des Präsidenten „der Gedanke der Repräsentation des Volkes den letzten Schein von Berechtigung“ einbüße.²²² Die die Volkssouveränität nachhaltiger verwirklichende Parlamentsabhängigkeit der Regierung führe daher folgerichtig zur Überwindung der Gewaltenteilung, die für die „Präsidentschaftsrepublik“ in gleicher Weise charakteristisch sei wie für die dieser insoweit als Vorbild dienenden konstitutionellen Monarchie.²²³ Im zweiten Schritt weist er auf die (wohl nicht ganz zutreffend bezeichnete) „rein technische Bedeutung“ hin, die der – mit dem Staatsregierungsgesetz 1919 konsequent vollzogenen – „organisatorischen Trennung der gesetzgebenden von der vollziehenden Gewalt“ innewohne. Dabei spiele der Umstand eine überragende Rolle, dass die vollziehende Gewalt – Exekutive wie Judikative umgreifend – einem „permanenten Apparat“ von Menschen übertragen sei, „die fachlich hiezu geeignet, diese Tätigkeit als ihren Lebensberuf ausüben“.²²⁴ Wiewohl nicht ausdrücklich genannt, dürften hier die Überlegungen Max Webers (1864–1920) zu Bürokratisierung und Professionalisierung, zu Fachlichkeit und Hauptberuflichkeit der Exekutive Pate gestanden haben.²²⁵ Demgegenüber erfordere die Gesetzgebung, „das ist die Fortbildung der Rechtsordnung durch Satzung genereller Normen“, „nur eine periodische Tätigkeit und kann daher von Menschen besorgt werden, die in ihrem Hauptberufe Landwirte, Arbeiter, Gelehrte usw. bleiben“.²²⁶

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien²²⁷ und beinhaltete keinerlei vom Üblichen abweichende editorische Herausforderungen.

²²² Alle vier Zitate: *Kelsen, Organisation* (Anm. 211), S. 53 = HKW 4, S. 101–114 (107).

²²³ *Kelsen, Organisation* (Anm. 211), S. 54 = HKW 4, S. 101–114 (108).

²²⁴ Die letzten vier Zitate: *Kelsen, Organisation* (Anm. 211), S. 54 = HKW 4, S. 101–114 (108).

²²⁵ Vgl. *Max Weber, Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland. Zur politischen Kritik des Beamtentums und Parteiwesens*, München und Leipzig 1918, S. 14–18 = MWG, Abt. I, Bd. 15, Tübingen 1984, S. 421–596 (450–454); s. ergänzend *Max Weber, Politik als Beruf*, München und Leipzig 1919, S. 10f. und 16f. = MWG, Abt. I, Bd. 17, Tübingen 1992, S. 156–252 (167f. und 175–177).

²²⁶ Beide Zitate: *Kelsen, Organisation* (Anm. 211), S. 54 = HKW 4, S. 101–114 (108).

²²⁷ Vgl. oben S. 5–22.

Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs (1919/1920)

HKW 4, 115–146

I. Textkonstitution, Publikationsmedium und Überlieferung

1. Textkonstitution und Publikationsmedium

Der Beitrag erschien im ersten Band des ersten Jahrgangs der von Hans Kelsen mitherausgegebenen „Zeitschrift für öffentliches Recht“ (ZöR): Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 98–122. Er umfasst sieben, durch römische Ordnungszahlen – freilich ohne Zwischenüberschriften – getrennte Abschnitte mit insgesamt 25 Druckseiten und sechs Fußnoten. Die Autorenzuschreibung bereitet keinerlei Probleme.

Der erste Jahrgang der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ wurde in drei Doppelheften publiziert, deren beide ersten, also Doppelheft 1/2 und Doppelheft 3/4, die Jahreszahl 1919 ausweisen, während das Doppelheft 5/6 als Erscheinungsjahr 1920 trägt. Kelsens Schrift zur „Stellung der Länder“ erschien als fünfte von insgesamt sieben Abhandlungen im Doppelheft 1/2. Eine nähere zeitliche, sprich: unterjährige Eingrenzung für das Erscheinungsdatum kann zwar nicht den redaktionellen Mitteilungen entnommen werden; einen Rückschluss auf das Erscheinen des Heftes lässt indes die Heftumschlagwerbung zu: Beworben wurden auf der U2 unter anderem Kelsens „Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich“ – und zwar deren dritter (und für die Verfassung Deutschösterreichs letzter) Teil. Dieser dritte Teil ist im Börsenblatt für den Deutschen Buchhandel erst am 23. Oktober 1919 angekündigt worden;²²⁸ der Zeitpunkt der Werbung²²⁹ und jener des Erscheinens des dritten Bandes der „Verfassungsgesetze“ dürften nicht allzu weit auseinanderfallen. Daher darf davon ausgegangen werden, dass das Doppelheft 1/2 des Erstjahrgangs der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ mit Kelsens Beitrag im Herbst 1919, wohl: im Oktober oder November 1919, ausgeliefert worden ist. Im selben (Doppel-)Heft erscheinen aus Kelsens Feder noch drei weitere Beiträge, nämlich der namentlich nicht gezeichnete Nachruf auf Edmund Bernatzik (1854–1919),²³⁰ die Abhandlung „Die Organisation der vollziehenden Gewalt Deutschösterreichs nach der Gesetzgebung der konstituierenden Nationalver-

²²⁸ Vgl. Editorischer Bericht „Die Verfassungsgesetze der Republik (Deutsch-)Österreich“, in: HKW 5, S. 611–648 (631 mit Anm. 60).

²²⁹ Es handelte sich auch nicht bloß um eine der Publikation womöglich Monate vorausgehende Vorankündigung, wie die exakte Preisangabe „Preis gebunden K 26-60.“ erkennen lässt.

²³⁰ [Hans Kelsen], Edmund Bernatzik, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), Heft 1/2, S. VII–IX = HKW 4, S. 149–152.

sammlung“²³¹ sowie die Besprechung von Max Layers (1866–1941) Schrift über die „Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag“.²³²

Die „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ (ÖZÖR) wurde, maßgeblich initiiert durch Kelsen,²³³ 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 „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ erschien in drei Jahrgängen (1.–3. Jg.) in den Jahren 1914–1918 bei der Manzchen 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 am 30. März 1919 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 „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ 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.²³⁴ 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. Eine weitere Umbenennung erfolgte mit Rücksicht auf den größer werdenden Anteil völkerrechtswissenschaftlicher Beiträge; fortan trug die Zeitschrift ihrem internationaleren Charakter ent-

²³¹ 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 = HKW 4, S. 101–114.

²³² 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 = HKW 4, S. 153–167.

²³³ Zur eigenen Rolle vgl. Hans Kelsen, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (44f.).

²³⁴ 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“).

sprechend den englischen Zweitnamen „Austrian Journal of Public and International Law“. 1981–1990 gab Ignaz Seidl-Hohenveldern (1918–2001) die Zeitschrift heraus. In den Jahren 1991–1995 (Bd. 42–49) avancierte der zunächst als Untertitel gewählte Name „Austrian Journal of Public and International Law“ zum (einzigen) Haupttitel der nunmehr vorwiegend in englischer Sprache publizierten und von Christoph Schreuer (geb. 1944) herausgegebenen Zeitschrift. 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 „Zeitschrift für öffentliches Recht“ herausgegeben von Stefan Griller (geb. 1956) und Benjamin Kneihs (geb. 1971). Wenngleich die „Zeitschrift für öffentliches Recht“ 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 „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ im Jahre 1914 bis wenige Jahre vor seinem Tode, genauer: bis 1968, publizierte Kelsen dort 35 Beiträge unterschiedlichsten Formats. Drei weitere Aufsätze Kelsens erschienen sogar postum Mitte der Achtziger Jahre – aus dem wissenschaftlichen Nachlass herausgegeben.²³⁵

²³⁵ 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. 580–585 = HKW 4, S. 87–96; *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 = HKW 4, S. 83–85; [*Hans Kelsen*], Edmund Bernatzik, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 1 (1919/1920), Heft 1/2, S. VII–IX = HKW 4, S. 149–152; *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 = HKW 4, S. 101–114; *Hans Kelsen*, Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 1 (1919/1920), S. 98–122 = HKW 4, S. 115–146; *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 = HKW 4, S. 153–167; *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 und 699–700; *Hans Kelsen*, Staat und Völkerrecht, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 4 (1925), S. 207–222; *Hans Kelsen*, Staatsform als

2. Überlieferung

Als frühere Textstufe existiert ein maschinengeschriebenes Gutachten mit dem Titel „Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs unter besonderer Berücksichtigung des Anschlusses an das Deutsche Reich“; als Autor erscheint „Professor Dr. Hans Kelsen“ Das Gutachten ist paginiert und umfasst 36 Seiten, wobei die Abschnitte III, V und VI jeweils auf einer neuen Seite beginnen, die Zeilen auf den jeweils vorhergehenden Seiten bleiben leer. An fünf

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, 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 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 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 Zeitschrift für öffentliches Recht*, N.F. 18 (1968), S. 143–184; *Hans Kelsen*, 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; *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.

Stellen des Typoskripts finden sich geringfügige handschriftliche Nachbesserungen bzw. Korrekturen von Kelsens Hand. An wenigen Stellen (S. 34 und 35 des Typoskripts) finden sich am Seitenrand kurze Notizen, ein Fragezeichen sowie eine Unterschlängelung im Text von fremder Hand. Nur an einer Stelle (Typoskriptseite 27) wurde am linken Seitenrand eine spätere(?) maschinenschriftliche Ergänzung hinzugefügt.

Diese gutachtliche Stellungnahme hat Kelsen im Auftrag staatlicher Stellen, wohl der Staatskanzlei im Rahmen seiner Dienstverwendung als Verfassungsberater des Staatskanzlers Karl Renner (1870–1950), im ersten Jahresquartal 1919 verfasst.²³⁶ Das Original mit aufgestempeltem Aktenzeichen und Datierung, nämlich „–2325/pr: 14.III.1919“ befand sich im (österreichischen) Haus-, Hof- und Staatsarchiv, gilt derzeit indessen im Österreichischen Staatsarchiv als unauffindbar.

Der Gutachtenstext ist im Jahre 1989 von Felix Ermacora (1923–1995) in den Band „Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Dokumente der Staatskanzlei über allgemeine Fragen der Verfassungsreform“ im Wilhelm Braumüller-Verlag, Wien, – freilich nur teilweise – aufgenommen und in einem eigens beigelegten Anmerkungsapparat erläutert worden.²³⁷ Der Abdruck bei Ermacora umfasst die Abschnitte I bis IV (Typoskriptseite 1–23); die Abschnitte V bis VII (Typoskriptseite 24–36), die sich Verfassungsmodellen des Anschlusses Deutschösterreichs an das Deutsche Reich widmen und rund ein Drittel des Gesamtumfangs ausmachen, wurden mit Rücksicht auf ihre „nur mehr historische Bedeutung“²³⁸ nicht abgedruckt. Ermacora erläutert in der Eingangsfußnote Herkunft und Verhältnis des Gutachtens zur Druckfassung in der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ wie folgt:²³⁹ „HHStA, NPA, Karton 106 (neu) = AVA, Büro des Präsidenten der NV Seitz, Karton 7. Das Gutachten wurde von Kelsen unter Berücksichtigung der Gesetze vom 14. März 1919, StGBI. 179 und 180 in der ZÖR 1919/20, S. 98, veröffentlicht. [...] Das im HHStA vorfindliche Dokument trägt das Datum vom 14. März 1919. In der veröffentlichten Fassung finden sich Fußnoten, die seitenweise numeriert sind: [...]. Sie werden hier nicht berücksichtigt, da sie lediglich Querverweise beinhalten. Demgegenüber werden in den nachfolgenden Fußnoten Textabweichungen zwischen Gutachten und veröffentlichtem Text berücksichtigt; es wird auch auf Fakten verwiesen.“

Die von Kelsen für die Drucklegung in der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ vorgenommenen Änderungen am Typoskript sind unter inhaltlichen Gesichtspunkten zwar in summa nicht allzu gewichtig – es handelt sich insoweit eher um

²³⁶ Zur Datierung näher unten II.1., S. 663–667.

²³⁷ *Hans Kelsen*, Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs mit besonderer Berücksichtigung des Anschlusses Deutschösterreichs an das Deutsche Reich, in: Felix Ermacora, Die Entstehung der Bundesverfassung 1920, Bd. 2: Dokumente der Staatskanzlei über allgemeine Fragen der Verfassungsreform, Wien 1989, S. 3–17.

²³⁸ *Felix Ermacora*, Die Entstehung der Bundesverfassung 1920, Bd. 2: Dokumente der Staatskanzlei über allgemeine Fragen der Verfassungsreform, Wien 1989, S. 17.

²³⁹ *Ermacora*, Bundesverfassung (Anm. 238), S. 3 Anm. 1.

Akzentverschiebungen –, aber doch der Anzahl und Form nach durchaus nennenswert. Die bedeutendsten Änderungen verdanken sich der nach Fertigstellung des Gutachtens und vor Drucklegung in der „Zeitschrift für öffentliches Recht“²⁴⁰ eingetretenen Änderung der (Verfassungs-)Rechtslage im März 1919. Wo es die neue Rechtslage nach der sogenannten März-Verfassung erforderte, ergänzte oder ersetzte Kelsen seine Ausführungen. Den – mit der März-Verfassung bereits eingetretenen und mit den Verhandlungen zum Vertrag von St.-Germain-en-Laye sich abzeichnenden – Veränderungen der Rechtslage dürfte auch geschuldet sein, dass der Beitrag ohne den ursprünglichen Titelzusatz „mit besonderer Berücksichtigung des Anschlusses Deutschösterreichs an das Deutsche Reich“ abgedruckt wurde – nicht, dass die Frage eines „Anschlusses“ an das Deutsche Reich in der Druckfassung keine Frage mehr gespielt hätte, aber Stellenwert und Gewicht der diesbezüglichen Ausführungen sind im gedruckten Text zurückgeführt, wie nicht zuletzt daran zu erkennen ist, dass Kelsen nahezu zwei Drittel der dem Übergangsregime einer „Eingliederung Deutschösterreichs in die deutsche Republik“ geltenden Erörterungen im siebten und letzten Abschnitt, nämlich Typoskriptseite 34–36, gestrichen hat. An nächster Stelle folgen Ergänzungen und Klarstellungen in Bezug auf die Landesebene: Mehrfach erweitert und konkretisiert Kelsen seine ursprünglich eher spärlichen Hinweise auf Beitrittserklärungen konkreter Länder, auf Landesverfassungen und Landesversammlungen. Erst an dritter Stelle rangieren – die wenigen – Anpassungen, die nicht zuletzt Frucht einer klareren Einsicht oder auch nur einer besseren Formulierung des Autors sind; unter ihnen dürften die – allerdings ebenfalls mit der Änderung der Rechtslage im März 1919 im Zusammenhang stehenden – Ausführungen zu den Vorkehrungen gegen „staatsgesetzwidrige Landesgesetze“ die relativ spektakulärsten sein, da sie Kelsen nicht nur ein „Bundesverfassungsgericht“ ins Spiel bringen, sondern ihn sich zugleich der Frage nach der stärker föderativ zu konzipierenden Kreation der Mitglieder des Verfassungsgerichtshofs zuwenden lassen. Das Gutachten selbst hat Kelsen ohne Anmerkungsapparat erstellt; der Druckfassung fügte er insgesamt sechs seitenweise nummerierte Fußnoten – allesamt im zweiten Abschnitt seiner Ausführungen – hinzu; drei von ihnen dienen lediglich Nachweiszwecken, genauer: beinhalten Verweise auf die von ihm selbst herausgegebenen „Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich“, die anderen drei konkretisieren oder präzisieren das im Haupttext Gesagte. Alle übrigen Veränderungen gegenüber der Ursprungsfassung sind lediglich stilistisch-darstellerischer Natur oder haben überhaupt keinerlei inhaltstragende Bedeutung: So sind im Typoskript bestimmte Textstellen einfach, selten auch zweifach unterstrichen, die sich im Drucktext recte finden; Sperrungen im Drucktext sind im Typoskript nicht immer unterstrichen. Für den Druck in der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ wurden auch angepasst:

²⁴⁰ Zur genaueren Datierung von Gutachten und gedrucktem Beitrag nachstehend II.1., S. 663–667.

zum einen Abkürzungen (Beispiel: im Drucktext „zitierten“, im Typoskript „zit.“, im Drucktext „zum Beispiel“, im Typoskript „z. B.“) und zum anderen Umlaute bei Großbuchstaben (im Drucktext „Übernahme“, „Österreich“, im Typoskript „Uebernahme“, „Oesterreich“). Sämtliche inhaltstragenden Abweichungen zwischen Gutachten (Typoskript) und Druckfassung in der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ sind vorliegend in Gestalt textgenetischer Fußnoten im editorischen Apparat dokumentiert.²⁴¹

Weitere Textträger wie insbesondere der Autograph oder Fahnen beziehungsweise Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden. Der Beitrag wurde bisher – abgesehen von dem vorstehend erwähnten Teilabdruck des Gutachtens²⁴² – weder nachgedruckt noch in eine andere Sprache übersetzt.

II. Entstehung und Duktus

Der Beitrag erschien in dem Interim zwischen der Niederlage der sogenannten Mittelmächte im Ersten Weltkrieg (1914–1918), mit dem das Ende der österreichisch-ungarischen Doppelmonarchie einherging, und der Konsolidierung der Republik Österreich unter dem Bundes-Verfassungsgesetz vom 1. Oktober 1920.²⁴³

Er reflektiert die verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Grundfrage nach der Position der Länder „im Verhältnis zum Staatsganzen“²⁴⁴ im Frühjahr 1919 und damit in einer rechtlichen wie politischen Schwebelage, die namentlich durch sechs Momente gekennzeichnet war: Nach der und durch die Auflösung der k. u. k. Doppelmonarchie aus cisleithanischer und transleithanischer Reichshälfte – vereinfachend: aus Österreich und Ungarn – formierte sich Ende Oktober / Anfang November 1918, erstens, eine ganze Reihe teils sogar neuer Nachfolgestaaten, unter ihnen die Republik Deutschösterreich.²⁴⁵ Deutschösterreich proklamierte sich, zweitens, durch Art 2 Satz 1 des von der Provisorischen Nationalversammlung verabschiedeten Gesetzes über die Staats- und Regierungsform von Deutschösterreich vom 12. November 1918²⁴⁶ als „ein Bestandteil der Deutschen Republik“; anders, als es die indikativische Formulierung nahelegt, war damit der sogenannte „Anschluss“ an das Deutsche Reich nicht bereits vollzogen, sondern wurde angestrebt. Territorial war Deutschösterreich, drittens, nicht vollauf iden-

²⁴¹ Vgl. auch nachstehend III., S. 673.

²⁴² Vgl. o. Anm. 237.

²⁴³ Vgl. dazu näher auch Editorischer Bericht „Die Verfassungsgesetze der Republik (Deutsch-) Österreich“, in: HKW 5, S. 611–648 (617–622).

²⁴⁴ Hans Kelsen, Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 98–122 (98) = HKW 4, S. 115–146 (116).

²⁴⁵ Vgl. dazu die Karte „Nachfolgestaaten der Österreichisch-Ungarischen Monarchie“, in: Editorischer Bericht „Die Verfassungsgesetze der Republik (Deutsch-)Österreich“, in: HKW 5, S. 611–648 (nach 648).

²⁴⁶ Art 2 Gesetz vom 12. November 1918 über die Staats- und Regierungsform von Deutschösterreich, StGBI 1918/5.

tisch mit der ehemals cisleithanischen Reichshälfte, sprich: „der im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder“, sondern beanspruchte, wie der Staatsname „Republik *Deutschösterreich*“ unter anderem zum Ausdruck bringen sollte, die Gebietshoheit (lediglich) über „das geschlossene Siedlungsgebiet der Deutschen innerhalb der bisher im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder“²⁴⁷ und schloss neben dem Staatsgebiet des heutigen Österreich insbesondere Deutsch-Südtirol, Deutschböhmen und das Sudetenland ein.²⁴⁸ Mit diesen Gebietsansprüchen traf der neue Staat indes – nicht nur bei den Siegermächten des Ersten Weltkriegs – auf teils heftigen Widerstand. Das Frühjahr 1919 ist, viertens, die Phase, in der die staatspolitische und verfassungsrechtliche Hauptverantwortung – „die oberste Gewalt des Staates Deutschösterreich“²⁴⁹ – von der Provisorischen auf die im Februar 1919 gewählte und Anfang März 1919 erstmals zusammengetretene Konstituierende Nationalversammlung überging, zu deren hervorstechendsten Aufgaben es gehörte, die definitive Verfassung für (Deutsch-)Österreich auszuarbeiten und zu verabschieden.²⁵⁰ Zu diesem Zeitpunkt waren, fünftens, die Beratungen und Verhandlungen über die konsolidierte und das Staatsganze konsolidierende Verfassung (Deutsch-)Österreichs, nämlich das Gesetz vom 1. Oktober 1920, womit die Republik Österreich als Bundesstaat eingerichtet wird (Bundes-Verfassungsgesetz),²⁵¹ folgeweise noch nicht richtig angelaufen, zeichneten sich jedoch bereits ab und befanden sich sozusagen im Vorbereitungsstadium. Schließlich hatten, sechstens, auch die über die Zukunft Deutschösterreichs entscheidenden Verhandlungen der alliierten und assoziierten Siegermächte über einen Friedensvertrag mit (Deutsch-)Österreich, die im September 1919 in den Staatsvertrag von St.-Germain-en-Laye²⁵² münden und weitreichende Bestimmungen zum Nachteil Deutschösterreichs zeitigen sollten, noch nicht begonnen. Auf diesem Hintergrund war die Frage nach der zukünftigen Stellung der Länder in der neuen (deutsch)österreichischen Verfassungsordnung im Frühjahr 1919 folglich ebenso drängend wie deren Beantwortung mit vielfältigen Unwägbarkeiten belastet.

Auch für Kelsen selbst war die Geburtsphase der Ersten Republik eine Zeit stürmischer persönlich-beruflicher Veränderungen, man kann auch sagen: eines rasanten beruflichen Aufstiegs verbunden mit zunehmender wissenschaftlich-universitärer, sachverständig-staatspolitischer und auch öffentlichkeitswirksam-

²⁴⁷ § 1 Abs 1 Gesetz vom 22. November 1918 über Umfang, Grenzen und Beziehungen des Staatsgebietes von Deutschösterreich, StGBI 1918/40.

²⁴⁸ Vgl. dazu die Karte „Deutschösterreichs Anspruch 1918–1919“, in: Editorischer Bericht „Die Verfassungsgesetze der Republik (Deutsch-)Österreich“, in: HKW 5, S. 611–648 (nach 648).

²⁴⁹ § 1 Beschluß der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich vom 30. Oktober 1918 über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt, StGBI 1918/1 (im Folgenden: Beschluß Staatsgewalt 1918).

²⁵⁰ Vgl. Art 1 Abs 1–2 Gesetz vom 14. März 1919 über die Volksvertretung, StGBI 1919/179.

²⁵¹ Gesetz vom 1. Oktober 1920, womit die Republik Österreich als Bundesstaat eingerichtet wird (Bundes-Verfassungsgesetz), StGBI 1920/450 = BGBl 1920/1 (im Folgenden: B-VG 1920).

²⁵² Staatsvertrag von Saint-Germain-en-Laye vom 10. September 1919, abgedruckt in und zitiert nach: StGBI 1920/303 (im Folgenden: StV St. Germain 1919).

medialer Resonanz.²⁵³ Stichwortartig verknüpft lassen sich die wichtigsten Etappen in den Jahren 1918/1919 wie folgt zusammenfassen: Zum 1. Oktober 1918 wird Kelsen zum etatmäßigen, d. h. ständigen außerordentlichen Professor an der Universität Wien ernannt, zum 31. desselben Monats erfolgt seine Entlassung aus dem Militärdienst. Bereits ab dem Folgetag, dem 1. November 1918, steht Kelsen auf Bitten des Staatskanzlers der provisorischen deutschösterreichischen Regierung, Karl Renner (1870–1950), in den Diensten der legislativen Abteilung der Deutschösterreichischen Staatskanzlei und avanciert zum Verfassungsberater des Staatskanzlers; der Schwerpunkt seines Engagements liegt auf der Mitarbeit an der Vorbereitung der definitiven Verfassung der Republik Österreich. Am 3. Mai 1919 wird er, in Nachfolge Edmund Bernatziks, zum Mitglied des deutschösterreichischen Verfassungsgerichtshofes ernannt, und zum 1. August 1919 – ebenfalls in Nachfolge seines Lehrers – zum ordentlichen Universitätsprofessor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien. Es dürfte nicht übertrieben sein, Kelsen, der außerdem als Herausgeber und Kommentator der quasi-offiziösen Gesetzessammlung „Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich“²⁵⁴ fungierte, als jenen Staatsrechtslehrer zu kennzeichnen, der in den Prozess der verfassungsrechtlichen Findung und Konsolidierung der jungen Republik Deutschösterreich am tatkräftigsten involviert war, diesen am nachhaltigsten wissenschaftlich inspirierte und am sichtbarsten publizistisch begleitete. Bezogen auf das hier einschlägige Publikationsmedium lässt sich noch nachtragen, dass Kelsen, wie bereits oben beschrieben,²⁵⁵ von den Anfängen der „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ im Jahre 1914 an als deren emsiger Redaktionssekretär fungierte, bis er für den verstorbenen Bernatzik anno 1919 in den Herausgeberkreis des nunmehr als „Zeitschrift für öffentliches Recht“ fortgeführten, in Fragen des Öffentlichen Rechts und der Rechtstheorie seinerzeit führenden Periodikums eintrat.

²⁵³ Ausführlicher dazu: Editorischer Bericht „Die Verfassungsgesetze der Republik (Deutsch-) Österreich“, in: HKW 5, S. 611–648 (622–627); zu Kelsens Aufstieg zum medienpräsenten „public intellectual“: Editorischer Bericht „Der Proporz im Wahlordnungsentwurf (1918)“, in: HKW 4, S. 595–602 (597 f.). Ergänzend: *Gerald Stourzh*, Hans Kelsen, die österreichische Bundesverfassung und die rechtsstaatliche Demokratie, in: *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion, Referate und Diskussion auf dem zu Ehren des 100. Geburtstages von Hans Kelsen von 22. bis 27. September 1981 abgehaltenen Internationalen Symposium*, Wien 1982, S. 7–29, bes. 7–17.

²⁵⁴ *Hans Kelsen*, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen, Teil 1, Wien und Leipzig 1919 = HKW 5, S. 24–129; *Hans Kelsen*, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen, Teil 2: Wahlordnung, Verfassungsnovelle, Wien und Leipzig 1919 = HKW 5, S. 130–255; *Hans Kelsen*, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen, Teil 3, Wien 1920 = HKW 5, S. 256–437; vgl. ergänzend *Hans Kelsen*, Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen, Teil 4, Wien 1920 = HKW 5, S. 438–608.

²⁵⁵ Vgl. näher vorstehend I.1., S. 654–656.

1. Entstehung

Erschienen sein dürfte der Artikel im Doppelheft 1/2 des ersten Jahrgangs der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ nach dem oben Ausgeführten in etwa im Oktober 1919. Weniger eindeutig lässt sich dessen Entstehung datieren. Denn Kelsen hat keinerlei Aufzeichnungen hinterlassen, aus denen sich Beginn und/oder Abschluss der Arbeiten an dem Beitrag – bezogen auf das Manuskript-, das Typoskript-, das Fahnen- und das Umbruchstadium – zweifelsfrei ergeben. Folglich kann eine Datierung nur auf der Grundlage von Indizien erfolgen. Dabei kann und muss mit Rücksicht darauf, dass die in der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ abgedruckte Fassung auf einem von Kelsen in seiner Eigenschaft als verfassungskundiger Berater angefertigten Gutachten beruht, welches er für den Druck verändert und angepasst hat, eine zweifache Datierung vorgenommen werden.

Zunächst ist zu betonen, dass, obwohl feststeht, dass das Gutachten im März 1919 dem Kabinettsrat vorgelegen hat, nicht mehr zweifelsfrei feststellbar ist, „auf wessen Betreiben und aus welchem Anlaß es angefertigt wurde“.²⁵⁶ Ebensowenig klärbar ist die Frage, wann Kelsen mit der Ausarbeitung des Gutachtens begonnen hat. Dem Gutachtenstext sind keine belastbaren Hinweise darauf zu entnehmen, dass es in mehreren Phasen mit größeren Unterbrechungen verfasst worden wäre, so dass viel dafür spricht, dass Kelsen es mehr oder minder zeitlich zusammenhängend erstellt hat; dies vorausgesetzt, dürften Beginn und Ende der Arbeiten an dem Gutachten nur wenige Tage auseinanderliegen. Für die Fertigstellung des Gutachtens lassen sich indes einige Hinweise finden. So bereitet die Aussage wenig Mühe, dass der spätest mögliche Zeitpunkt für die Fertigstellung des Gutachtens der 14. März 1919 gewesen ist, trägt doch das ins (österreichische) Haus-, Hof- und Staatsarchiv aufgenommene Exemplar den Stempelaufdruck „14.III.1919“. Gleichwohl ist es unwahrscheinlich, dass Kelsen seine Arbeit tatsächlich erst am 14. März beendet hat, fehlt doch in dem Gutachten – anders als in der Druckfassung in der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ – der für die geltende rechtliche Ausgangslage wichtige Hinweis auf das vom 12. März 1919 von der Konstituierenden Nationalversammlung beschlossene Gesetz über die Staatsform.²⁵⁷ Es darf davon ausgegangen werden, dass Kelsen als Verfassungsberater Renners und als der Chronist der Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreichs sachlich und zeitlich aufs engste mit der damaligen (Verfassungs-)Gesetzgebung – zunächst der Provisorischen Nationalversammlung und sodann der Konstituierenden Nationalversammlung – vertraut war, und zwar sowohl mit ihren Endprodukten, den (Verfassungs-)Gesetzen, als auch mit den zu den Gesetzesbeschlüssen führenden

²⁵⁶ *Ermacora*, Bundesverfassung (Anm. 238), S. 2 unter Hinweis auf *Stourzh*, Hans Kelsen (Anm. 253), S. 7–29 (11).

²⁵⁷ *Kelsen*, Stellung der Länder (Anm. 244), S. 98–122 (100) = HKW 4, S. 115–146 (119 mit Hrsg.-Anm. 15).

Entwürfen und Beratungen. Angesichts dessen ist es nicht recht vorstellbar, dass Kelsen in einem für amtliche Zwecke erstellten Gutachten ein bereits beschlossenes Verfassungsgesetz übersehen hat – dies umso weniger, als das betreffende Gesetz vom 12. März 1919 das von der Provisorischen Nationalversammlung am 12. November 1918 beschlossene Gesetz über die Staats- und Regierungsform in Deutschösterreich im Wesentlichen ersetzte, dieses ältere Verfassungsgesetz aber im Gutachten anstelle der Gesetzes vom 12. März 1919 Erwähnung fand.²⁵⁸ Dies in Rechnung stellend, ist vielmehr wahrscheinlich, dass Kelsen die Arbeiten an dem Gutachten vor den Beratungen zur sogenannten März-Verfassung, d. h. mehr oder weniger deutlich vor dem 12. März 1919 beendet hat. Dem entspricht es, dass Kelsens Denkschrift zu den Dokumenten gezählt haben soll, die der seinerzeitige Staatssekretär des Äußeren (Außenminister) Deutschösterreichs, Otto Bauer (1881–1938), bei seinen Verhandlungen mit seinem deutschen Pendant, Ulrich von Brockdorff-Rantzau (1869–1928), zwischen dem 27. Februar und dem 2. März 1919 in Berlin mitgeführt haben soll.²⁵⁹ Frühester Zeitpunkt der Fertigstellung ist insoweit ausweislich der zitierten Quellen der 20. Januar 1919: Die jüngsten Quellen, die Kelsen in seinem Gutachten in Bezug nimmt,²⁶⁰ sind der „Entwurf des allgemeinen Teils der künftigen [deutschen] Reichsverfassung“ und die dazugehörige, von Hugo Preuß (1860–1925) verfasste „Denkschrift zum Verfassungsentwurf“, die gemeinsam am 20. Januar 1919 im Deutschen Reichsanzeiger und Preussischen Staatsanzeiger abgedruckt wurden.²⁶¹ Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Gutachten, welches die wesentliche Grundlage der Publikation in der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ bildet, zwischen dem 20. Januar und Ende Februar 1919 von Kelsen fertiggestellt worden sein dürfte.²⁶²

Die späteren Veränderungen beziehen sich, wie dargestellt,²⁶³ im Wesentlichen auf die Anpassungen an die veränderte (Verfassungs-)Rechtslage durch die Gesetzesbeschlüsse der Konstituierenden Nationalversammlung Mitte März 1919. Ob Kelsen ein neues Typoskript hergestellt, die Korrekturen in das bestehende eingezeichnet oder aber erst im Fahnenstadium entsprechende Korrekturanweisungen erteilt hat, lässt sich nicht mehr nachvollziehen; letzteres dürfte aber wenig wahrscheinlich sein. Wiewohl Kelsen als Hauptherausgeber und zugleich Redak-

²⁵⁸ Kelsen, Länder (Ermacora) (Anm. 237), S. 5.

²⁵⁹ So Georg Schmitz, Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung, Wien 1981, S. 32 mit Anm. 78.

²⁶⁰ Vgl. Kelsen, Stellung der Länder (Anm. 244), S. 116 sowie 118 = HKW 4, S. 115–146 (139 mit Hrsg.-Anm. 154 sowie 141 mit Hrsg.-Anm. 160).

²⁶¹ Hugo Preuß, Denkschrift zum Verfassungsentwurf, in: Entwurf des allgemeinen Teils der künftigen Reichsverfassung und Denkschrift zum Verfassungsentwurf, in: Deutscher Reichsanzeiger und Preussischer Staatsanzeiger vom 20. Januar 1919, Nr. 15, Erste Beilage, S. [1]–[4] (1–3), abgedruckt in: Hugo Preuß, Staat, Recht und Freiheit. Aus 40 Jahren Deutscher Politik und Geschichte. Mit einem Geleitwort von Theodor Heuss, Tübingen 1926, S. 368–394.

²⁶² Stourzh, Hans Kelsen (Anm. 253), S. 7–29 (11f.), datiert die Abfassung der Denkschrift auf „etwa zwischen Mitte Januar und Mitte Februar 1919“ (11).

²⁶³ Vgl. oben I.2., S. 657–660.

teur der „Zeitschrift für öffentliches Recht“, an dessen Privatanschrift sämtliche Manuskripte zu richten waren,²⁶⁴ bis kurz vor Drucklegung Korrekturen in die Druckfahnen hat eintragen können, dürften die Anpassungen deutlich vor dem Erscheinenstermin im Oktober 1919 durchgeführt worden sein. Dafür sprechen wenigstens vier Indizien:

Erstens passte Kelsen seinen Beitrag zwar der Rechtslage nach der sogenannten März-Verfassung an, er berücksichtigte aber nicht mehr die seinen Beitrag in wichtigen Passagen obsolet machende Rechtslage nach dem Friedensvertrag von St.-Germain-en-Laye, der am 10. September 1919 unterzeichnet und dessen Inhalt der österreichischen Delegation bereits am 2. September 1919 bekanntgegeben wurde; eine Bezeichnung des Staates als „Deutschösterreich“ war nach dem Vertrag von St.-Germain-en-Laye ebenso unstatthaft wie ein sogenannter Anschluss Deutschösterreichs an das Deutsche Reich.²⁶⁵

Zweitens verwies Kelsen auf den Abdruck der Beitrittserklärungen der Länder und der autonomen Landesverfassungen im (Anhang des) Dritten Teil(s) der „Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreichs“;²⁶⁶ der Dritte Teil ist zwar erst um den 23. Oktober 1919 herum erschienen,²⁶⁷ den Verweis darauf führt Kelsen aber – abweichend von den beiden Verweisen auf den Ersten Teil der „Verfassungsgesetze“,²⁶⁸ der Ende Januar 1919 publiziert worden ist – ohne konkrete Seitennennung; das spricht dafür, dass Kelsen, der die Arbeiten am Dritten Teil bereits Ende April 1919 abgeschlossen haben dürfte,²⁶⁹ sich auf ein Typoskript- oder Fahnenstadium dieses Teils bezog, in dem die endgültige Paginierung noch nicht feststand. Möglich erscheint, dass Kelsen unter dem Eindruck der Verhandlungen in St.-Germain-en-Laye betreffend (Deutsch-)Österreich und der nahezu parallel dazu verlaufenden Verhandlungen in Versailles betreffend das Deutsche Reich die letzten drei Schreibmaschinenseiten seines Gutachtens, die Fragen von

²⁶⁴ Vgl. den Hinweis auf der U2 des Umschlages der Doppelhefte 1/2, 3/4 und 5/6.

²⁶⁵ Dazu Art 88 StV St. Germain 1919 (Anm. 252): „Die Unabhängigkeit Österreichs ist unabänderlich, es sei denn, daß der Rat des Völkerbundes einer Abänderung zustimmt. Daher übernimmt Österreich die Verpflichtung, sich, außer mit Zustimmung des gedachten Rates, jeder Handlung zu enthalten, die mittelbar oder unmittelbar oder auf irgendwelchem Wege, namentlich – bis zu seiner Zulassung als Mitglied des Völkerbundes – im Wege der Teilnahme an den Angelegenheiten einer anderen Macht seine Unabhängigkeit gefährden könnte.“ Vgl. ergänzend Art. 80 Vertrag von Versailles vom 28. Juni 1919, abgedruckt in und zitiert nach: RGBl. S. 687: „Deutschland erkennt die Unabhängigkeit Österreichs innerhalb der durch Vertrag zwischen diesem Staate und den alliierten und assoziierten Hauptmächten festzusetzenden Grenzen an und verpflichtet sich, sie unbedingt zu achten; es erkennt an, daß diese Unabhängigkeit unabänderlich ist, es sei denn, daß der Rat des Völkerbunds einer Abänderung zustimmt.“

²⁶⁶ Vgl. *Kelsen*, Stellung der Länder (Anm. 244), S. 104 Anm. 2 = HKW 4, S. 115–146 (124 Anm. 2).

²⁶⁷ Näher dazu Editorischer Bericht „Die Verfassungsgesetze der Republik (Deutsch-)Österreich“, in: HKW 5, S. 611–648 (631 mit Anm. 61).

²⁶⁸ *Kelsen*, Stellung der Länder (Anm. 244), S. 100 Anm. 1, 104 Anm. 1 = HKW 4, S. 115–146 (120 Anm. 1, 124 Anm. 1).

²⁶⁹ Vgl. Editorischer Bericht „Die Verfassungsgesetze der Republik (Deutsch-)Österreich“, in: HKW 5, S. 611–648 (631).

Form und Verfahren der „Eingliederung Deutschösterreichs in die Großdeutsche Republik“ betrafen, ersatzlos gestrichen hat.²⁷⁰ Das würde darauf hindeuten, dass Kelsen die – letzten – Änderungen nicht schon im April 1919 vorgenommen hat, sondern möglicherweise erst im Mai 1919 – am 7. Mai 1919 wurde der reichsdeutschen Delegation der Vertragsentwurf präsentiert – oder im Juni 1919 – am 23. Juni 1919 nahm die Weimarer Verfassunggebende Nationalversammlung den Versailler Vertrag mit der Verpflichtung, die Unabhängigkeit Österreichs anzuerkennen, an.²⁷¹

Für eine Fertigstellung des Beitrages im April/Mai 1919 spricht drittens die Heftgestaltung, genauer die Zusammenstellung der insgesamt sieben Abhandlungen: Kelsen selbst hat zwei davon verfasst, die übrigen fünf haben ihm mehr oder minder nahestehende junge Rechtswissenschaftler bzw. Mitarbeiter der Deutschösterreichischen Staatskanzlei beigegeben, nämlich Adolf Julius Merkl, Hans Nawiasky (1880–1861), Leo Wittmayer (1876–1935), Egbert Mannlicher (1882–1973) und Fritz Sander (1889–1939). Die Abhandlungen haben ein gemeinsame thematische Klammer: sie behandeln allesamt Grundfragen der Verfassungsordnung Deutschösterreichs. Im Einzelnen handeln die Beiträge von: „Die Organisation der Gesetzgebung in der Deutschösterreichischen Republik“ (Merkl, S. 1–27), „Der Aufbau der Regierungs- und Vollzugsgewalt Deutschösterreichs nach der Gesetzgebung der provisorischen Nationalversammlung“ (Nawiasky, S. 28–47), „Die Organisation der vollziehenden Gewalt Deutschösterreichs nach der Gesetzgebung der konstituierenden Nationalversammlung“ (Kelsen, S. 48–60), „Zu den Voraussetzungen und Grundproblemen der provisorischen Verfassung von Deutschösterreich“ (Wittmayer, S. 61–97), „Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs“ (Kelsen, S. 98–122), „Die Stellung der Gemeinde im künftigen Aufbau der Verwaltung“ (Mannlicher, S. 123–131) sowie „Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung“ (Sander, S. 132–164). Nimmt man sie zusammen, so erhält man das – neben Adolf Julius Merkl's „Die Verfassung der Republik Deutschösterreich“ aus demselben Verlag (Deuticke) und demselben Jahr 1919²⁷² – umfassendste zeitgenössische Kompendium des Staatsrechts Deutschösterreichs, welches durch seinen Übergangs- und Verweisungscharakter gekennzeichnet ist. In diesen Monaten erscheint noch so manches rechtlich möglich und politisch erstrebenswert – allem voran der Anschluss an das Deutsche Reich –, was mit dem Vertrag von St.-Germain-en-Laye vom 10. September 1919 nicht mehr zur Debatte stehen wird. So gesehen erscheint das Doppelheft 1/2 des 1. Jahrgangs der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ gleichsam *post festum*.

²⁷⁰ Vgl. Hans Kelsen, Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs (1919/1920), in: HKW 4, S. 115–146 (145f. Hrsg.-Anm. 172) (insoweit in Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 98–122, nicht abgedruckt) – Hervorhebung nicht übernommen.

²⁷¹ Ohne weitergehende Erläuterungen datiert *Stourzh*, Hans Kelsen (Anm. 253), S. 7–29 (12) die Änderungen für die Druckfassung auf „April oder Mai 1919“.

²⁷² Adolf Julius Merkl, Die Verfassung der Republik Deutschösterreich. Ein kritisch-systematischer Grundriß, Wien 1919.

Schließlich streitet die (Selbst-)Bezeichnung Kelsens im Inhaltsverzeichnis des Heftes für eine Zusammenstellung der fertigen Beiträge deutlich vor dem 1. August 1919. Denn bei Kelsen findet sich der Zusatz „a. ö. Professor an der Universität in Wien“, also *außerordentlicher* öffentlicher Professor; zum 1. August 1919 wurde er jedoch – als Nachfolger Bernatziks – auf das Ordinariat für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien berufen.

2. Duktus

In seinem Beitrag zur „Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs“ verbindet Kelsen verfassungspolitische mit verfassungsrechtlich-verfassungsdogmatischen Überlegungen einerseits und staatsrechtliche Kategorien mit realpolitischen Entwicklung(smöglichkeit)en andererseits. Gleich zu Beginn seiner Ausführungen rekurriert er auf vier staatsrechtliche Modelle, um eine Antwort auf die Frage zu entwickeln, welche Stellung „den Ländern [ergänze: Deutschösterreichs] im Verhältnis zum Staatsganzen einzuräumen ist“: den Einheitsstaat, das System der Selbstverwaltung, den Bundesstaat und den Staatenbund. Letzteren lässt er jedoch, weil er zu einer Auflösung Deutschösterreichs führe, im Weiteren außer Betracht. Die drei übrigen Idealtypen überkommener Staatstheorie begleiten und leiten in gewisser Weise die folgenden Erörterungen. Die vorliegende Schrift darf getrost als richtungweisende Vorarbeit seiner späteren staatsrechtlichen Arbeiten im Allgemeinen – wie namentlich der „Allgemeine Staatslehre“ (1925)²⁷³ – und seiner bundesstaatstheoretischen Beiträge im Besonderen – wie etwa „Österreich als Bundesstaat“ (1922) oder insbesondere „Die Bundesexekution“ (1927)²⁷⁴ – betrachtet werden.

Kelsen gliedert seine Überlegungen in sieben, mit römischen Ordnungszahlen, aber nicht eigens mit Überschriften versehene Abschnitte: In Abschnitt I beschäftigt er sich damit, bei wem die Rechtsmacht zur Entscheidung der aufgeworfenen Frage im Sinne einer der drei aufgezeigten Möglichkeiten liege. Die sogenannte Kompetenzhoheit liegt für ihn eindeutig (zunächst) bei der Provisorischen und (sodann) bei der Konstituierenden Nationalversammlung Deutschösterreichs – und nicht etwa bei den ehemaligen Kronländern oder deren Organen. Das heißt indes nicht, dass die Ausübung dieser unzweifelhaften rechtlichen Wahlmacht nicht faktisch-politischen Zwängen unterliege, die Kelsen zum einen in der tatsächlich ausgeübten Machtstellung der Länder im staatspolitischen Alltag und zum anderen in dem in Aussicht genommenen Anschluss Deutschösterreichs an das Deutsche Reich erkennt.

²⁷³ Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925.

²⁷⁴ Hans Kelsen, *Österreich als Bundesstaat*, in: *Österreichische Rundschau* 18 (1922), S. 421–430; Hans Kelsen, *Die Bundesexekution*. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundes-Verfassung, in: Zaccaria Giacometti / Dietrich Schindler (Hrsg.), *Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag* 24. Januar 1927, Tübingen 1927, S. 127–187.

In dem – mit großem Abstand längsten – Abschnitt II reflektiert Kelsen das polare Verhältnis von, wie er es nennt, „Rechts- und Sachlage“, angesichts derer die Konstituierende Nationalversammlung ihre Auswahlentscheidung „in der Länderfrage“ treffe.²⁷⁵ Hier unterstreicht er sowohl die von ihm von Beginn an verfochtene Diskontinuitätsthese, wonach Recht aus der Zeit der Monarchie nur kraft Rezeption fortgelte(n könne),²⁷⁶ als auch die Delegationsthese, wonach die Landesgewalt nicht (gleich)ursprünglich wie die Bundesgewalt oder gar ursprünglicher als diese sei, sondern lediglich eine vom Staat (Deutschösterreich) delegierte darstelle.²⁷⁷ Insonderheit die Delegationsthese, die den positivrechtlichen Ermächtigungszusammenhang in den Fokus der Überlegungen rückt, hat weitreichende Auswirkungen auf Status und Bedeutung der Landesversammlungen, der Beitritts-erklärungen der einzelnen Länder zu Deutschösterreich, der Landesverfassungen, der Landeslegislative sowie der Landesexekutive. Denn diese beurteilen sich alleamt nach Maßgabe der neu erlassenen Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich (und der durch sie verfügten Rezeptionen von Recht aus Zeiten der Monarchie), insbesondere des sogenannten Verfassungsbeschlusses vom 30. Oktober 1918.²⁷⁸ Die Verfassungen der deutschösterreichischen Länder etwa erklärt Kelsen unter formellen Auspizien zu einem – und zwar einem *einzigem* – (deutschösterreichischen) Staatsgesetz.²⁷⁹ Kelsen verhehlt nicht, dass „Rechts- und Sachlage“ nicht kongruent seien, im Klartext: dass sich insbesondere die Landesorgane nicht entsprechend seiner Deutung der (Verfassungs-)Rechtsslage verhielten, wenn er formuliert: „Während nach der Rechtsslage die Verstaatlichung der Länder auch in materieller Hinsicht vollzogen ist, zeigt die Sachlage eine Verländerung des Staates.“²⁸⁰ Am Beispiel der Beitrittserklärungen einzelner Länder stellt Kelsen freilich unmissverständlich den unidirektionalen Delegationszusammenhang vom Staat zu den Ländern heraus:

„Unter Voraussetzung des Verfassungsbeschlusses vom 30. Oktober 1918, das heißt unter Voraussetzung einer für das ganze Gebiet Deutschösterreichs gültigen Staatsordnung, steht es weder im Ermessen der Länder, ob und wie sie sich zu einem politischen Gebilde Deutschösterreich zusammenfügen wollen, noch auch können diese Länder sich ihre Verfassung anders als auf Grund einer staatsgesetzlichen Delegation geben. Die Vorstellung einer freiwilligen und vertragsmäßigen Vereinigung der – dabei notwendigerweise als souveräne Staaten vorausgesetzten – Länder zu einem

²⁷⁵ Beide Zitate: *Kelsen*, Stellung der Länder (Anm. 244), S. 100 = HKW 4, S. 115–146 (120).

²⁷⁶ Vgl. exemplarisch: *Kelsen*, Verfassungsgesetze I (Anm. 254), S. 10 = HKW 5, S. 24–129 (37): „Die Gründung des Staates Deutschösterreich trägt rein revolutionären Charakter, denn die Verfassung, in der die rechtliche Existenz des neuen Staates zum Ausdrucke kommt, steht in keinem rechtlichen Zusammenhange mit der Verfassung des alten Österreich. Die Kontinuität zwischen der Rechts- und Staatsordnung des alten Österreich und der Deutschösterreichs ist unterbrochen.“

²⁷⁷ Vgl. *pars pro toto Kelsen*, Stellung der Länder (Anm. 244), S. 100–109 = HKW 4, S. 115–146 (120–131).

²⁷⁸ Beschluß Staatsgewalt 1918 (Anm. 249).

²⁷⁹ Vgl. *Kelsen*, Stellung der Länder (Anm. 244), S. 101 = HKW 4, S. 115–146 (120).

²⁸⁰ *Kelsen*, Stellung der Länder (Anm. 244), S. 104 = HKW 4, S. 115–146 (124).

nicht anders denn als Staatenbund charakterisierbaren Deutschösterreich und die Vorstellung eines in seiner einheitlichen Verfassung existenten Staates Deutschösterreich sind miteinander unvereinbar.“²⁸¹

Die durch autochthones Landesgesetz beschlossenen Landesverfassungen verfallen dementsprechend dem Verdikt, dass ihnen „vom Standpunkt der Verfassung Deutschösterreichs rechtliche Relevanz nicht zu[komme]“,²⁸² soweit nicht in einer nachfolgenden Genehmigung durch die (Provisorische) Nationalversammlung eine Delegation zu erblicken sei.

Im Folgeabschnitt III behandelt Kelsen die Frage, „ob und inwieweit das System der demokratischen und dezentralisierten Selbstverwaltung für den Ausbau der definitiven Verfassung in Betracht kommt“,²⁸³ Einer Dezentralisierung der Gesetzesanwendung entspräche mit Rücksicht auf die Einheit der Rechtsordnung die weitgehende Zentralisierung der Gesetzgebung bei den (zentral)staatlichen Legislativorganen, indes den Landeslegislativen im Wesentlichen die Aufgabe der bloßen Durchführungsgesetzgebung bliebe. Sollte die Möglichkeit eingeräumt werden, dass „an Stelle der bisher von der Zentrale ernannten Provinzstatthalter von der Provinzialversammlung zu wählende Organe träten“,²⁸⁴ so bleibe, da die praktische Wirksamkeit rechtlicher Garantien nicht überschätzt werden dürfe, „entscheidend [...], ob das partikularistische Landesgefühl oder ob das zentralistische Staatsgefühl stärker ist. Das letztere kann durch keinerlei rechtliche Garantien ganz ersetzt werden.“²⁸⁵

In Abschnitt IV wendet sich Kelsen sodann den Übergangsformen zwischen dem „Typus der demokratischen Selbstregierung“²⁸⁶ und demjenigen des Bundesstaates zu: Ersterer gehe in dem Maße in letzteren über, in welchem auf administrativem und/oder legislativem Gebiet den Ländern ausschließliche und letztinstanzliche Kompetenzen zugewiesen würden. Das Wesen des Bundesstaates bestehe nämlich – so formuliert Kelsen im Folgeabschnitt kurz und prägnant – „in der Aufteilung der legislativen Kompetenz auf zwei Gesetzgebungsorgane: das Parlament des Oberstaates und die Parlamente der Gliedstaaten.“²⁸⁷ Mit geringen Modifikationen der Rechtslage könne die geltende Staatsordnung in eine solche bundesstaatlichen Typs überführt werden; im Zentrum stünden dabei einerseits die „Kompetenzhoheit des Reiches“²⁸⁸ und andererseits der Ausschluss der Mitwirkung zentralstaatlicher Organe im Gesetzgebungsprozess der Länder. Erstmals

²⁸¹ Kelsen, Stellung der Länder (Anm. 244), S. 107 = HKW 4, S. 115–146 (128) – Hervorhebungen nicht übernommen.

²⁸² Kelsen, Stellung der Länder (Anm. 244), S. 108f. = HKW 4, S. 115–146 (130).

²⁸³ Kelsen, Stellung der Länder (Anm. 244), S. 109f. = HKW 4, S. 115–146 (131) – Hervorhebung nicht übernommen.

²⁸⁴ Kelsen, Stellung der Länder (Anm. 244), S. 111 = HKW 4, S. 115–146 (133).

²⁸⁵ Kelsen, Stellung der Länder (Anm. 244), S. 112 = HKW 4, S. 115–146 (134).

²⁸⁶ Kelsen, Stellung der Länder (Anm. 244), S. 112 = HKW 4, S. 115–146 (134).

²⁸⁷ Kelsen, Stellung der Länder (Anm. 244), S. 115f. = HKW 4, S. 115–146 (137) – Hervorhebung nicht übernommen.

²⁸⁸ Kelsen, Stellung der Länder (Anm. 244), S. 113 = HKW 4, S. 115–146 (134f.).

formuliert Kelsen in diesem Zusammenhang den Konnex von Bundesstaatlichkeit und Verfassungsgerichtsbarkeit, wenn er ausführt: „Als Garantie gegen staatsgesetzwidrige Landesgesetze käme – der Idee des Bundesstaates entsprechend – die Kassation durch ein Bundesverfassungsgericht in Betracht.“²⁸⁹ Kelsen gibt zu erwägen, ob sich das „föderalistische Element“ nicht auch bei dem Vorschlagsrecht für die Berufung von Mitgliedern des Verfassungsgerichtshofes niederschlagen müsse – ein Vorschlag, der in Art 147 Abs 3 B-VG 1920 mit der Modifikation aufgenommen wird, dass anstelle der Landesversammlungen der Bundesrat vorschlagsberechtigt ist.²⁹⁰ Insgesamt spricht sich Kelsen unter der Voraussetzung, dass Deutschösterreich selbständig und souverän bleibe, für eine „bundesstaatliche Verfassung nach dem Muster der Schweiz“ aus, bilde diese doch den „besten Ausdruck der gegebenen politischen Konstellation“.²⁹¹

Die letzten drei Abschnitte V–VII gelten der Stellung der Länder (und Deutschösterreichs!) unter der Voraussetzung einer An- bzw. Eingliederung Deutschösterreichs an bzw. in das – seinerseits bundesstaatlich organisierte – Deutsche Reich. Dabei behandelt Kelsen in Abschnitt V zunächst das Problem eines – theoretisch möglichen, aber rechtspraktisch komplikationsbehafteten – dreigliedrigen oder, um Verwechslungen mit dem späteren gleichnamigen Konzept Kelsens zu vermeiden,²⁹² eines Dreiebenen-Bundesstaates: der Ebene des (Deutschen) Reiches als Oberstaat erster Ordnung, jener des beigetretenen Deutschösterreich als Gliedstaat erster Ordnung im Verhältnis zum Reich und als Oberstaat zweiter Ordnung im Verhältnis zu seinen Ländern, die folglich als Gliedstaaten zweiter Ordnung figurieren. Unter Rekurs auf den Entwurf der Weimarer Reichsverfassung vom Januar 1919 legt Kelsen dar, dass für die Zwischenebene – zwischen Oberstaat erster Ordnung und Gliedstaat zweiter Ordnung, sprich: nach Lage der Dinge für Deutschösterreich – „so gut wie nichts übrig [bleibe], wenn die Länder als Gliedstaaten, d. h. aber vor allem als Gesetzgebungsinstanzen erhalten bleiben sollen“: Deutschösterreich sei dann nicht mehr als „ein äußerliches Ornament an der Fassade des deutschen Staatsgebäudes“.²⁹³ Für Kelsen ergibt sich daraus eine klare Alternative für den Vollzug der Eingliederung „in die nationale Staatsgemeinschaft der Deutschen Republik“: „*Entweder als geschlossener deutschösterreichischer Staat oder als ein Grüppchen in die Stellung kleiner Gliedstaaten strebender Länder.*“²⁹⁴ Wenngleich Kelsen es ablehnt, offen politische Präferenzen für die eine oder an-

²⁸⁹ Kelsen, Stellung der Länder (Anm. 244), S. 113 = HKW 4, S. 115–146 (135) – Hervorhebung nicht übernommen.

²⁹⁰ Art 147 Abs 3 B-VG 1920 (Anm. 251): „Der Präsident, der Vizepräsident sowie die Hälfte der Mitglieder und Ersatzmitglieder werden vom Nationalrat, die andere Hälfte der Mitglieder und Ersatzmitglieder vom Bundesrat auf Lebensdauer gewählt.“

²⁹¹ Beide Zitate: Kelsen, Stellung der Länder (Anm. 244), S. 115 = HKW 4, S. 115–146 (137).

²⁹² Dazu Kelsen, Allgemeine Staatslehre (Anm. 273), S. 199f.; Kelsen, Bundesexekution (Anm. 274), S. 127–187 (130–135).

²⁹³ Beide Zitate: Kelsen, Stellung der Länder (Anm. 244), S. 117 = HKW 4, S. 115–146 (140).

²⁹⁴ Beide Zitate: Kelsen, Stellung der Länder (Anm. 244), S. 118 = HKW 4, S. 115–146 (140).

dere Option auszusprechen – er untersuche ja „nur die verfassungstechnische Seite des Problems“ –, votiert er doch mit Rücksicht auf die „Gefahr übergroßer Zersplitterung“²⁹⁵ in einem Bundesstaat für die erste Option. Mit Rücksicht auf die Zentralisierung der Gesetzgebungskompetenzen problematisiert Kelsen den Begriff des Gliedstaates: An sich sei es richtiger, stattdessen von bloßen „Teilordnungen“ zu sprechen, weil „die als Staat bezeichnete Zwangsordnung [...] sich für die juristische Betrachtung von anderen ihr eingegliederten Zwangsordnungen nur durch ihren Rang als höchste, nicht weiter ableitbare, d. h. durch ihre ‚Souveränität‘“ unterscheide. „Von einem Glied-,Staate‘ kann – wenn überhaupt – so doch nur dann die Rede sein, wenn die so bezeichnete Rechtsordnung zwar nicht formal souverän ist, aber doch materiell ihren Inhalt ganz oder teilweise nur durch den Willen von Organen erhält, die – weil sie nur aus der Mitte der durch die fragliche Rechtsordnung konstituierten Gebietskörperschaft berufen werden – als deren Organe und nicht als Organe des Oberstaates fungieren.“²⁹⁶

In Abschnitt VI diskutiert Kelsen sodann – wie er eigens betont: „vom Standpunkte juristischer Konstruktion aus“ – zwei Varianten der „Angliederung Deutschösterreichs an das Deutsche Reich“:²⁹⁷ Zum einen könnten die nicht vom Reich wahrgenommenen Kompetenzen dergestalt aufgeteilt werden, dass Deutschösterreich die Gesetzgebung, den Ländern indes die Durchführungsgesetzgebung (Verordnunggebung) sowie die Verwaltung zufielen. Die wichtigste Konsequenz dieser Variante: Die Länder wären nichts anderes mehr als „demokratisch organisierte Selbstverwaltungskörper“, während Deutschösterreich als Gliedstaat des Deutschen Reiches figurierte. In der gleichsam umgekehrten Variante würden die legislativen Restkompetenzen und die sich darauf beziehenden Verwaltungskompetenzen den Ländern zugewiesen, indes Deutschösterreich mit der Verwaltungskompetenz für den Vollzug der Reichsgesetze betraut wäre. Die Länder wären in dieser Konstellation „nur im Hinblick auf die Reichsverwaltung einheitlich zusammengefaßt“,²⁹⁸ Gliedstaatscharakter käme dann den Ländern und – mangels eigener Gesetzgebungszuständigkeiten – nicht mehr dem Deutschösterreich genannten Verwaltungsgebiet zu. Eine eigene deutschösterreichische Volksvertretung wäre in dieser Variante überflüssig.

Den letzten, für die Druckfassung gekürzten²⁹⁹ Abschnitt VII verwendet Kelsen darauf, Überlegungen zu der im „Anschluß“-Falle für allfällige Anpassungen notwendigen Übergangszeit anzustellen. In diesem „Zwischenstadium“³⁰⁰ werde die Verbindung zwischen dem Deutschen Reich und Deutschösterreich noch keine bundesstaatliche, sondern bloß eine staatenbündische sein: „Großdeutschland“ als

²⁹⁵ Beide Zitate: *Kelsen*, Stellung der Länder (Anm. 244), S. 118 = HKW 4, S. 115–146 (141).

²⁹⁶ Alle drei Zitate: *Kelsen*, Stellung der Länder (Anm. 244), S. 119 = HKW 4, S. 115–146 (142).

²⁹⁷ Beide Zitate: *Kelsen*, Stellung der Länder (Anm. 244), S. 120 = HKW 4, S. 115–146 (143).

²⁹⁸ *Kelsen*, Stellung der Länder (Anm. 244), S. 121 = HKW 4, S. 115–146 (144).

²⁹⁹ Dazu näher oben I.2., S. 657–660.

³⁰⁰ *Kelsen*, Stellung der Länder (Anm. 244), S. 121 = HKW 4, S. 115–146 (144) – Hervorhebung nicht übernommen.

„Staatenbund zwischen dem Bundesstaat des Deutschen Reiches und Deutschösterreich“. ³⁰¹ Diese allerdings nur als „kurzfristiges Provisorium“ ³⁰² zu empfehlende Verbindungsform böte darüber hinaus dem deutschösterreichischen Volk die Gelegenheit, sich für die Eingliederung als „einheitlicher Gliedstaat von mittlerer Größe oder zersplittert in sieben bis neun Kleinstaaten, wenn nicht gar Zwergstaaten“ ³⁰³ zu entscheiden. – In dem in der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ gestrichenen Schluss des letzten Abschnittes erörtert Kelsen drei Formen respektive Verfahren der „Eingliederung Deutschösterreichs in die Großdeutsche Republik“: Die Eingliederung könne hergestellt werden erstens durch eine Verfassung, die von der „konstituierenden deutschen Nationalversammlung“ ³⁰⁴ unter Einschluss gewählter Vertreter Deutschösterreichs verabschiedet werde, zweitens im Wege paralleler Gesetzgebung des Deutschen Reiches und Deutschösterreichs und drittens durch einen zwischen beiden abzuschließenden Staatsvertrag. Dabei spricht sich Kelsen mit Rücksicht auf die Interessen Deutschösterreichs für die letztgenannte, völkervertragliche, da zwischen formell gleichgestellten Vertragspartnern herbeigeführte Variante aus. Doch wichtiger als dies sind, zumindest in der längerfristigen Perspektive, zwei weitere Bemerkungen des Autors: Zum einen führt er – just mit verfassungshistorischen Belegen (Norddeutscher Bund 1867, Deutsches Reich 1870/1871) – aus, dass eine völkervertragliche Begründung einer Staatenverbindung der schließlichen Entstehung eines Bundesstaates keineswegs im Wege stehen müsse. Und zum anderen bringt er zum Bewusstsein, dass die häufig angenommene Verbindung Bundesstaat–Verfassung einer- und Staatenbund–Vertrag andererseits daher rühre, dass „das juristische Bewußtsein die Vertragsform von ihrem Rechtsinhalt abstreift und diesen Rechtsinhalt, eine Summe von Normen, als eine oberste und höchste Ordnung, d. h. aber als eine *Verfassung* setzt oder voraussetzt.“ ³⁰⁵ Der heutige Leser fühlt sich unwillkürlich an die Verfassungsfrage in Bezug auf die auf völkerrechtlichen Verträgen gründende Europäische Union erinnert.

Mit seinen Ausführungen zur „Stellung der Länder“ stellt Kelsen, indem er die unterschiedlichen Konstruktionsmöglichkeiten umsichtig identifiziert und in ihren Divergenzen und Konvergenzen, ihren Unterschieden und Übergängen klar herausarbeitet, sein großes analytisch-konzeptionelles Talent unter Beweis. Darüber hinaus beeindruckt – auch – dieser Beitrag durch die Mischung theoretisch

³⁰¹ Beide Zitate: *Kelsen*, Stellung der Länder (Anm. 244), S. 121 = HKW 4, S. 115–146 (145).

³⁰² *Kelsen*, Stellung der Länder (Anm. 244), S. 122 = HKW 4, S. 115–146 (145) – Hervorhebung nicht übernommen.

³⁰³ *Kelsen*, Stellung der Länder (Anm. 244), S. 122 = HKW 4, S. 115–146 (145).

³⁰⁴ Beide Zitate: *Hans Kelsen*, Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs (1919/1920), in: HKW 4, S. 115–146 (145 f. Hrsg.-Anm. 172 (145)) (insoweit in *Zeitschrift für öffentliches Recht* 1 (1919/1920), S. 98–122 nicht abgedruckt) – Hervorhebung nicht übernommen.

³⁰⁵ *Hans Kelsen*, Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs (1919/1920), in: HKW 4, S. 115–146 (146 Hrsg.-Anm. 172) (insoweit in *Zeitschrift für öffentliches Recht* 1 (1919/1920), S. 98–122 nicht abgedruckt).

fundierten Umgangs mit dem positiven Recht auf der einen Seite und politischen Realitätssinns, genauer vielleicht: des Wissens um die politisch-bewusstseinsmäßige Bedingtheit der Wirksamkeit rechtlicher Verbürgungen auf der anderen Seite.

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.³⁰⁶ Besonderheiten traten ausschließlich bei der Einbeziehung und Inbezugsetzung des im Typoskript vorliegenden, auf den 14. März 1919 datierten Gutachtens auf; sprich: bei der Behandlung des Typoskripttextes im editorischen Apparat.

Zusätzlich zu dem bisherigen textkritischen Apparat wurde die Sigle „T“ für Typoskript eingefügt. Sämtliche inhaltstragenden Veränderungen im Verhältnis Gutachten–Druckfassung in der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ sind, bis auf eine sogleich zu nennende Ausnahme, in gewohnter Manier in textgenetischen Fußnoten dokumentiert. Weitere Texteingriffe Kelsens, die nicht durch textgenetische Fußnoten nachgewiesen sind, beziehen sich, wie gesagt,³⁰⁷ vor allem auf divergierende Hervorhebungen (im Typoskript sind manche Textstellen einfach, selten auch zweifach unterstrichen, die im Drucktext recte wiedergegeben sind; umgekehrt erscheinen nicht alle im Druck hervorgehobenen Textstellen im Typoskript als unterstrichene; wiewohl Hervorhebungen regelmäßig inhaltstragende Bedeutung haben, wurde mit Rücksicht auf die Übersichtlichkeit und Verständlichkeit der editorischen Anmerkungen davon abgesehen, die Divergenzen kenntlich zu machen), Abkürzungen (Beispiel: im Drucktext „zitierten“, im Typoskript „zit.“, im Drucktext „zum Beispiel“, im Typoskript „z.B.“) sowie Umlaute bei Großbuchstaben (im Drucktext „Übernahme“, „Österreich“, im Typoskript „Uebnahme“, „Oesterreich“). Oft fehlt im Typoskript hinter dem Satzzeichen das Spatium, das bei Zitierung der entsprechenden Passage in den textgenetischen Fußnoten sub silentio ergänzt worden ist. Da aufgrund der Schreibmaschinentypen nicht zwischen einem Binde- und einem Gedankenstrich differenziert werden konnte, weist das Typoskript entsprechend auch nur Bindestriche aus. In den textgenetischen Fußnoten wurden diese, wo angezeigt, in Gedankenstriche verändert.

³⁰⁶ Vgl. oben S. 5–22.

³⁰⁷ Vgl. vorstehend I.2., S. 657–660.

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich Teile 1–3
(1919)

Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich Teil 4
(1920)

HKW 4, 147 sowie HKW 5, 24–129, 130–255, 256–437, 438–608

Die entsprechend der erscheinungschronologischen Reihung an sich im vorliegenden Band abdruckenden Texte der Teile 1 bis 4 der von Kelsen herausgegebenen und erläuterten „Verfassungsgesetze der Republik (Deutsch-)Österreich“ (1919–1920) sind, zu einem gemeinsamen Band verselbständigt, in HKW 5, S. 24–129 (Teil 1), 130–255 (Teil 2), 256–437 (Teil 3) und 438–608 (Teil 4) mit- samt dem dazugehörigen Editorischen Bericht (S. 611–648) abgedruckt.

Edmund Bernatzik

HKW 4, 149–152

I. Textkonstitution, Publikationsmedium und Überlieferung

1. Textkonstitution und Publikationsmedium

Der zweieinhalb Druckseiten umfassende Nachruf gilt dem Mitbegründer und Mitherausgeber der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ (ZÖR) Edmund Bernatzik (1854–1919) und erschien im ersten (Doppel-)Heft des ersten Jahrgangs: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), Heft 1/2, S. VII–IX. Er folgt, unmittelbar hinter dem Geleitwort der neuen Zeitschrift platziert und wie dieses nicht mit arabischen, sondern mit römischen Ziffern paginiert, noch vor den arabisch paginierten Abhandlungen. Die erste der drei Seiten – genauer: deren Satzspiegel – ist von einem schwarzen Trauerrand umgeben. Das im Inhaltsverzeichnis des Heftes dem Namen Bernatzik nachgestellte Kreuz (†) fehlt in der Beitragsüberschrift. Der Nachruf endet mit der Zeit- und Ortsbestimmung „Wien, im April 1919.“, aber ohne Autorengabe.

Der erste Jahrgang der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ wurde in drei Doppelheften publiziert, deren beide ersten, also Doppelheft 1/2 und Doppelheft 3/4, die Jahreszahl 1919 ausweisen, während das Doppelheft 5/6 als Erscheinungsjahr 1920 trägt. Eine nähere zeitliche, sprich: unterjährige Eingrenzung für das Erscheinungsdatum kann zwar nicht den redaktionellen Mitteilungen entnommen werden; einen Rückschluss auf das Erscheinen des Heftes lässt indes die Heftum-

schlagwerbung zu: Beworben wurden auf der U2 unter anderem Kelsens „Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich“ – und zwar deren dritter (und für die Verfassung Deutschösterreichs letzter) Teil. Dieser dritte Teil ist im Börsenblatt für den Deutschen Buchhandel erst am 23. Oktober 1919 angekündigt worden,³⁰⁸ der Zeitpunkt der Werbung³⁰⁹ und jener des Erscheinens des dritten Bandes der „Verfassungsgesetze“ dürften nicht allzu weit auseinanderfallen. Daher darf davon ausgegangen werden, dass das Doppelheft 1/2 des Erstjahrgangs der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ im Herbst 1919, wohl: im Oktober oder November 1919, ausgeliefert worden ist. Im selben (Doppel-)Heft erscheinen aus Kelsens Feder noch drei weitere, namentlich gekennzeichnete Beiträge, nämlich die beiden Abhandlungen „Die Organisation der vollziehenden Gewalt nach der Gesetzgebung der konstituierenden Nationalversammlung“³¹⁰ und „Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs“³¹¹ sowie die Rezension des Werkes von Max Layer (1866–1941) „Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag“.³¹²

Die „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ (ÖZÖR) wurde, maßgeblich initiiert durch Kelsen,³¹³ 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 „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ erschien in drei Jahrgängen (1.–3. Jg.) in den Jahren 1914–1918 bei der Manzschens 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 am 30. März 1919 verstorbenen Bernatzik trat Kelsen 1919 in

³⁰⁸ Vgl. Editorischer Bericht „Die Verfassungsgesetze der Republik (Deutsch-)Österreich“, in: HKW 5, S. 611–648 (631 mit Anm. 60).

³⁰⁹ Es handelte sich auch nicht bloß um eine – der Publikation womöglich Monate vorausgehende – Vorankündigung, wie die exakte Preisangabe „Preis gebunden K 26.60.“ erkennen lässt.

³¹⁰ *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 = HKW 4, S. 101–114.

³¹¹ *Hans Kelsen*, Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 1 (1919/1920), S. 98–122 = HKW 4, S. 115–146.

³¹² *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 = HKW 4, S. 153–167.

³¹³ Zur eigenen Rolle vgl. *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (44f.).

den Kreis der Herausgeber ein. Verlegt wurde die „ZöR“ vom Verlag Franz Deuticke, Wien und Leipzig. Wie schon die „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ 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.³¹⁴ 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. Eine weitere Umbenennung erfolgte mit Rücksicht auf den größer werdenden Anteil völkerrechtswissenschaftlicher Beiträge; fortan trug die Zeitschrift ihrem internationaleren Charakter entsprechend den englischen Zweitnamen „Austrian Journal of Public and International Law“. 1981–1990 gab Ignaz Seidl-Hohenveldern (1918–2001) die Zeitschrift heraus. In den Jahren 1991–1995 (Bd. 42–49) avancierte der zunächst als Untertitel gewählte Name „Austrian Journal of Public and International Law“ zum (einzigen) Haupttitel der nunmehr vorwiegend in englischer Sprache publizierten und von Christoph Schreuer (geb. 1944) herausgegebenen Zeitschrift. 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 „Zeitschrift für öffentliches Recht“ herausgegeben von Stefan Griller (geb. 1956) und Benjamin Kneihis (geb. 1971). Wenngleich die „Zeitschrift für öffentliches Recht“ 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 „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ im Jahre 1914 bis wenige Jahre vor seinem Tode, genauer: bis 1968, publizierte Kelsen dort 35 Beiträge unterschiedlichsten Formats. Drei weitere Aufsätze Kelsens erschienen sogar postum Mitte der Achtziger Jahre – aus dem wissenschaftlichen Nachlass herausgegeben.³¹⁵

³¹⁴ 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“).

³¹⁵ 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 Rechtsquellentheorie. Heft 1 der Prager Staatswissenschaftlichen Untersuchungen, herausgegeben von H. Rauchberg, P. Sander, L. Spiegel, A. Spiethoff, R. Zuckerkanzl. Duncker & Humblot, München und Leipzig 1913. (139 S.), in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 1

2. Kelsens Autorschaft

Der Text des Nachrufes auf Bernatzik trägt – anders als sämtliche Abhandlungen und Buchbesprechungen in der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ – weder selbst noch im Inhaltsverzeichnis des Heftes / Bandes eine Autorenzuschreibung. Er un-

(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. 580–585 = HKW 4, S. 87–96; *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 = HKW 4, S. 83–85; [*Hans Kelsen*], Edmund Bernatzik, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), Heft 1/2, S. VII–IX = HKW 4, S. 149–152; *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 = HKW 4, S. 101–114; *Hans Kelsen*, Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 98–122 = HKW 4, S. 115–146; *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 = HKW 4, S. 153–167; *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 und 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, 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 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; *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

terscheidet sich insoweit auch von dem unmittelbar davor platzierten „Zum Geleite“, welches zwar ebenfalls den Zusatz „Wien, im April 1919.“ aufweist, aber darüber hinaus noch mit „Die Herausgeber.“ unterzeichnet ist.³¹⁶ Selbst von dem im letzten Doppelheft 5/6 desselben Jahrgangs der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ erschienenen Pendant, nämlich dem Nachruf auf einen weiteren Mitherausgeber, und zwar den am 6. Januar 1920 verstorbenen letzten k. k. Ministerpräsidenten Heinrich Lammasch, setzt sich der Nekrolog auf Bernatzik ab; denn ersterer trägt den Namen seines Autors: Alexander Hold Ferneck (1875–1955).³¹⁷ Die Frage der Autorschaft kann danach nicht als geklärt gelten.

Dass der Beitrag gleichwohl in die vorliegende Edition der Werke Hans Kelsens aufgenommen worden ist – und damit dessen (Mit-)Autorschaft wenigstens nicht ausgeschlossen wird –, beruht auf der hier verfolgten inklusiven Editionsstrategie; danach finden neben den zweifelsfrei von Kelsen stammenden wissenschaftlichen Beiträgen auch solche Schriften – freilich unter Hinweis auf die Unsicherheiten bezüglich der Autorschaft – Berücksichtigung, bei denen es (derzeit) nicht zu entkräftende Anhaltspunkte dafür gibt, dass Kelsen sie (mit)verfasst hat.

An Indizien, die eine (Mit-)Autorschaft Kelsens nahelegen, können folgende genannt werden: Gleich zu Beginn des Textes sprechen die Autoren in der ersten Person Plural den Leser an: „wir – die Herausgeber und Mitarbeiter dieser jungen [...] Zeitschrift –“. Kelsen aber war der einzige unter den Herausgebern, der die Doppelrolle des Herausgeber-Redakteurs versah und wohl auch noch zu diesem Zeitpunkt das sämtliche Redaktionsarbeiten allein erledigende Faktotum der Zeit-

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 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 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.

³¹⁶ *Max Hussarek/Hans Kelsen/Heinrich Lammasch/Adolf Menzel*, Zum Geleite, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 1 (1919/1920), Heft 1/2, S. V.

³¹⁷ *Alexander Hold [Ferneck]*, Heinrich Lammasch. †, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 1 (1919/1920), Heft 5/6, S. V–VIII.

schrift gewesen sein dürfte.³¹⁸ Dass alle vier Herausgeber an dem Text mitgeschrieben haben, ist wenig wahrscheinlich; dies gilt insbesondere für die beiden ehemaligen k. k. Ministerpräsidenten Lammasch, der zudem zu dieser Zeit nicht in Wien, sondern in Salzburg weilte, sowie Hussarek. Adolf Menzel hat andernorts einen namentlich gekennzeichneten Nachruf publiziert.³¹⁹ Allein Kelsen hatte – als Schüler und Nachfolger des Verschiedenen – sowohl uneingeschränkter Grund, würdigende Worte aus Anlass des Todes seines Mentors zu verlieren, als auch verfügte er wie kein zweiter unter den Herausgebern über die Mittel zur Umsetzung; hat er den Nachruf auch nicht allein verfasst – wofür neben der bereits zitierten Passage auch der Stil des Nachrufes spricht –, so ist doch kaum vorstellbar, dass der rühmteste unter den Herausgebern, dem sämtliche redaktionellen Aufgaben oblagen, sich nicht an dem im Namen der „Herausgeber und Mitarbeiter“ der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ publizierten Nachruf auf einen der Mitherausgeber beteiligt haben sollte. Schließlich streiten einzelne kelsentypische Stilelemente wie die Häufung von Parenthesen sowie einzelne kelsentypische Wendungen wie insbesondere die Bezugnahme auf den „Kampfe, den die moderne Rechtswissenschaft gegen jahrhundertalte Fiktionen und Hypostatierungen zu führen hat,“³²⁰ dafür, dass Kelsen zu den Verfassern des Textes zählt. Andererseits darf nicht unerwähnt bleiben, dass der in zahlreichen Wendungen anzutreffende pathetisch-manieriert wirkende Stil nicht recht zu Kelsens sonstiger Wissenschaftsprosa passen will und eher für die bloße *Mit*autorschaftsthese spricht. Auch bedarf es des Hinweises, dass – sei es Kelsen selbst, sei es sein Schüler Rudolf Aladár Métall (1903–1975) mit seiner Billigung³²¹ – es zeitlebens unterlassen hat, den Nachruf in das Schriftenverzeichnis aufzunehmen; offiziell hat das Hans Kelsen-Institut erst im Jahre 2003, also 30 Jahre nach Kelsens Tod, den Nachruf auf Bernatzik zu einem Kelsen-Werk erklärt.³²²

³¹⁸ Vgl. nur *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (44f.); ausweislich der zweiten Umschlagseite (U2) des fraglichen Doppelheftes 1/2 des ersten Jahrgangs der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ waren „Manuskripte und redaktionelle Zuschriften“ an „Prof. Dr. Hans Kelsen, Wien VIII, Wickenburggasse 23“, also an Kelsens Wohnadresse, zu richten.

³¹⁹ *Adolf Menzel*, Edmund Bernatzik, in: Die feierliche Inauguration des Rektors der Wiener Universität für das Studienjahr 1919/1920 am 5. November 1919, Wien 1919, S. 64–66.

³²⁰ [*Hans Kelsen*], Edmund Bernatzik, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), Heft 1/2, S. VII–IX (IX) = HKW 4, S. 149–152 (152).

³²¹ Vgl. namentlich: *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 aus Anlass seines 50. Geburtstages), Wien 1931, S. 417–441; *Rudolf Aladár Métall*, Bibliographie der Reinen Rechtslehre, in: Hans Kelsen, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, 1. Aufl., Leipzig und Wien 1934, S. 155–162 (dort freilich beschränkt auf die „rechtstheoretischen Schriften von Hans Kelsen“); *Rudolf Aladár Métall*, Hans Kelsen. Leben und Werk, Wien 1969, S. 122–161 (Anhang I: Gesamtverzeichnis von Hans Kelsens Veröffentlichungen).

³²² Vgl. *Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny* (Hrsg.), Hans Kelsens stete Aktualität. Zugleich eine Neuauflage des Bandes 10 der Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts „Hans Kelsen – Ein Leben im Dienste der Wissenschaft“, Wien 2003, S. 115–229 (Anhang 2: Chronologische Bibliographie der Werke Kelsens, S. 127, Werk-Nr. 46a). Bereits 1988 hatte jedoch Robert

3. Überlieferung

Sonstige Textträger wie insbesondere der Autograph oder Fahnen oder auch Vorarbeiten respektive Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden. Der Beitrag wurde bisher weder nachgedruckt noch in eine andere Sprache übersetzt.

II. Entstehung und Duktus

Edmund Bernatzik starb – offenbar gänzlich unerwartet – am 30. März 1919 an den Folgen eines Herzschlags.³²³ Der Nachruf, der auf „April 1919“ datiert worden ist, dürfte in unmittelbarer zeitlicher Folge des Todes verfasst worden sein. Die herausragende Bedeutung Bernatziks für das Ansehen und den Stellenwert der österreichischen Staats- und Verwaltungsrechtslehre in der Endphase der Monarchie und in der sich etablierenden Republik unterstreichen die zahlreichen, in recht unterschiedlichen Publikationsformaten erschienenen Würdigungen von Leben und Werk des Verstorbenen.³²⁴ Dass angesichts dessen „seine“ Zeitschrift nicht fehlen darf, versteht sich von selbst. Der Nachruf beschränkt sich, der thematischen Fokussierung der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ folgend, bewusst darauf, Bernatzik in seiner Rolle für und seiner Wirkung auf die „Wissenschaft und Praxis des öffentlichen Rechtes“ zu würdigen.

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.³²⁵

Walter in einem Brief an Stanley L. Paulson die – offenbar zuvor von diesem geäußerte – Vermutung geteilt, dass Kelsen als Mitautor (neben Menzel) oder als gar Alleinautor des Nachrufes zu betrachten sei; Walters recht eingehenden Ausführungen verdanken sich zu wesentlichen Teilen die im Haupttext angestellten Überlegungen (Brief von Robert Walter an Stanley L. Paulson vom 25. Juli 1988, aus den Aktenbeständen des Hans Kelsen-Instituts dem Herausgeber freundlicherweise überlassen).

³²³ Vgl. *Kelsen*, Autobiographie (Anm. 318), in: HKW 1, S. 29–91 (57).

³²⁴ Vgl. stellvertretend *Max Garr*, Edmund Bernatzik, in: *Österreichische Rundschau* 59 (1919), S. 116–122; *Karl Grünberg*, † Edmund Bernatzik. Worte, gesprochen an seinem Grabe, in: *Neue Freie Presse* Nr. 19615 vom 3. April 1919, *Morgenblatt*, S. 8–9; *N.N.*, Edmund Bernatzik † (Aus einem Gespräche mit Sektionsrat Prof. Dr. Leo Wittmayer), in: *Juristische Blätter* 48 (1919), S. 109–110.

³²⁵ Vgl. oben S. 5–22.

Buchbesprechung: Max Layer, Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag, Graz und Leipzig 1916 (1919/1920)

HKW 4, 153–167

I. Textkonstitution, Publikationsmedium und Überlieferung

Der Beitrag erschien im ersten (Doppel-)Heft des ersten Jahrgangs der von Hans Kelsen mitherausgegebenen „Zeitschrift für öffentliches Recht“ (ZöR): Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 165–173. Es handelt sich um eine in der Rubrik „Literatur.“ (Unterrubrik: „Staats- und Verwaltungsrecht.“) publizierte, knapp neunseitige Rezension der 1916 im Verlag Leuschner & Lubensky's Universitäts-Buchhandlung, Graz und Leipzig, erschienenen, ihrerseits 69 Seiten umfassenden Kurzmonographie von Max Layer (1866–1941) mit dem Titel „Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag. Eine Studie aus dem österreichischen Verwaltungsrecht“. Der Text ist, wie üblich bei Rezensionen, petit gesetzt, enthält keinerlei Zwischenüberschriften oder Ordnungszahlen; einzige Form der äußerlichen Textgestaltung sind – neben einer einzigen Fußnote – Absätze sowie – kelsentypisch – Worthervorhebungen durch Sperrung. Die Autorenzuschreibung steht infolge des nachgestellten Namens („Kelsen.“) auf gesicherter Grundlage.

Der erste Jahrgang der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ wurde in drei Doppelheften publiziert, deren beide ersten, also Doppelheft 1/2 und Doppelheft 3/4, die Jahreszahl 1919 ausweisen, während das Doppelheft 5/6 als Erscheinungsjahr 1920 trägt. Kelsens Buchrezension der Layerschen Kurzmonographie erschien als erste von insgesamt fünf Buchbesprechungen im Doppelheft 1/2. Eine nähere zeitliche, sprich: unterjährige Eingrenzung für das Erscheinungsdatum kann zwar nicht den redaktionellen Mitteilungen entnommen werden; einen Rückschluss auf das Erscheinen des Heftes lässt indes die Heftumschlagwerbung zu: Beworben wurden auf der U2 unter anderem Kelsens „Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich“ – und zwar deren dritter (und für die Verfassung Deutschösterreichs letzter) Teil. Dieser dritte Teil ist im Börsenblatt für den Deutschen Buchhandel erst am 23. Oktober 1919 angekündigt worden;³²⁶ der Zeitpunkt der Werbung³²⁷ und jener des Erscheinens des dritten Bandes der „Verfassungsgesetze“ dürften nicht allzu weit auseinanderfallen. Daher darf davon ausgegangen werden, dass das Doppelheft 1/2 des Erstjahrgangs der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ mit Kelsens Beitrag im Herbst 1919, wohl: im Oktober oder November 1919, ausgeliefert worden ist. Im selben (Doppel-)Heft erscheinen aus Kelsens Feder

³²⁶ Vgl. Editorischer Bericht „Die Verfassungsgesetze der Republik (Deutsch-)Österreich“, in: HKW 5, S. 611–648 (631 mit Anm. 60).

³²⁷ Es handelte sich auch nicht bloß um eine – der Publikation womöglich Monate vorausgehende – Vorankündigung, wie die exakte Preisangabe „Preis gebunden K 26-60.“ erkennen lässt.

noch drei weitere Beiträge, nämlich der namentlich nicht gezeichnete Nachruf auf Edmund Bernatzik (1854–1919),³²⁸ die beiden Abhandlungen „Die Organisation der vollziehenden Gewalt nach der Gesetzgebung der konstituierenden Nationalversammlung“³²⁹ sowie „Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs“.³³⁰

Die „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ wurde, maßgeblich initiiert durch Kelsen,³³¹ im Jahre 1914 begründet von den seinerzeitigen Wiener Professoren Edmund Bernatzik, 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, von Heinlein Hussarek und Lammasch waren – von Juli bis November 1918 – die beiden letzten k. k. Ministerpräsidenten. Die „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ erschien in drei Jahrgängen (1.–3. Jg.) in den Jahren 1914–1918 bei der Manzschens 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 Kreis der Herausgeber ein. Verlegt wurde die „Zeitschrift für öffentliches Recht“ vom Verlag Franz Deuticke, Wien und Leipzig. Wie schon die „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ 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.³³² Nachdem Kelsen 1934 die Herausgeberschaft wegen seiner jüdischen Abstammung niederlegen musste, versah sein Schüler Alfred Verdroß diese Funktion. Nach ihrer Einstellung mit Bd.

³²⁸ [Hans Kelsen], Edmund Bernatzik, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), Heft 1/2, S. VII–IX = HKW 4, S. 149–152.

³²⁹ 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 = HKW 4, S. 101–114.

³³⁰ Hans Kelsen, Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 98–122 = HKW 4, S. 115–146.

³³¹ Zur Rolle Kelsens vgl. Hans Kelsen, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (44f.).

³³² 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“).

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 „Zeitschrift für öffentliches Recht“ herausgegeben von Stefan Griller (geb. 1956) und Benjamin Kneihls (geb. 1971). Wenngleich die „Zeitschrift für öffentliches Recht“ 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 „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ im Jahre 1914 bis wenige Jahre vor seinem Tode, genauer: bis 1968, publizierte Kelsen dort 35 Beiträge unterschiedlichsten Formats. Drei weitere Aufsätze Kelsens erschienen sogar postum Mitte der Achtziger Jahre – aus dem wissenschaftlichen Nachlass herausgegeben.³³³

³³³ 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. 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*, [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. 580–585 = HKW 4, S. 87–96; *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 = HKW 4, S. 83–85; [*Hans Kelsen*], Edmund Bernatzik, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), Heft 1/2, S. VII–IX = HKW 4, S. 149–152; *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 = HKW 4, S. 101–114; *Hans Kelsen*, Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 98–122 = HKW 4, S. 115–146; *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 = HKW 4, S. 153–167; *Hans Kelsen*, Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik, in:

Weitere Textvarianten wie insbesondere Autographe oder Fahnen oder auch Vorarbeiten respektive Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden. Die Buchbesprechung wurde bislang weder nachgedruckt noch in eine andere Sprache übersetzt.

Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1921), S. 453–510; *Hans Kelsen*, In eigener Sache, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1922), S. 499–502 und 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, 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 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 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 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.

II. Entstehung und Duktus

Ähnlich wie bei der Besprechung des Werkes von Norbert Wurmbrand³³⁴ (1882–1973) handelt es sich bei der Rezension der *Verwaltungsvertrags-Schrift* von Layer nicht bloß um eine den üblichen Erwartungen an Umfang und Originalität entsprechende höhere Form der Buchanzeige. Vielmehr nutzt Kelsen die sich bietende Gelegenheit einer Rezension, um seine bereits in den „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“³³⁵ begonnene Generalkritik sowohl an Art und Bedeutung der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht als auch an der herrschenden Konzeption des Rechtsnorm- bzw. Rechtsgeschäft-Begriffes fortzuführen und auszubauen.

1. Entstehung

Erschienen sein dürfte Kelsens im Doppelheft 1/2 des ersten Jahrgangs der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ abgedruckte Buchbesprechung von Layers Monographie zum *Verwaltungsvertrag* nach dem oben Ausgeführten im Herbst 1919. Wann Kelsen die Rezension indes abgefasst hat, lässt sich nicht mehr eindeutig datieren. Dafür fehlt es an aussagekräftigen zeitgenössischen Aufzeichnungen oder auch zuverlässigen späteren Schilderungen der Ereignisse. So wird man guten Gewissens nichts Konkretes sagen können, als dass Kelsen die Besprechung in der Zeit zwischen 1916 und dem Ende des ersten Halbjahres 1919 abgefasst hat: Das rezensierte Buch ist im Jahre 1916 erschienen, und die Heftzusammenstellung für das Doppelheft 1/2 des ersten Jahrgangs der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ dürfte etwa im April 1919 (dem Zeitpunkt, auf den die Herausgeber das Geleitwort des Heftes datierten),³³⁶ jedenfalls aber noch in der ersten Jahreshälfte 1919 erfolgt sein. Für Letzteres spricht namentlich,³³⁷ dass Kelsen in dem von ihm als Redakteur selbst zu verantwortenden Inhaltsverzeichnis des betreffenden Doppelheftes noch als „a. ö. Professor an der Universität Wien“ firmiert,³³⁸ diese Dienststellung aber nur bis zum Wirksamwerden seiner Ernennung zum Ordinarius, d. h. bis einschließlic 31. Juli 1919, innehatte.

³³⁴ *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. 580–585 = HKW 4, S. 87–96.

³³⁵ *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911 = HKW 2, S. 21–878.

³³⁶ *Max Hussarek/Hans Kelsen/Heinrich Lammasch/Adolf Menzel*, Zum Geleite, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), Heft 1/2, S. V.

³³⁷ Weitere Indizien liefern die Zeiträume, innerhalb derer Kelsen die beiden anderen im Doppelheft 1/2 des ersten Jahrgangs der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ erschienenen Beiträge verfasst hat. Zu ihnen vgl. Editorischer Bericht „Die Organisation der vollziehenden Gewalt“, in: HKW 4, S. 641–653; Editorischer Bericht „Die Stellung der Länder“, in: HKW 4, S. 654–673.

³³⁸ Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), Heft 1/2, S. III.

Alles Weitere verliert sich im Spekulativen, zumal sich in den Jahren 1916 bis 1919 keine derart einschneidenden Veränderungen in der juristischen Weltanschauung Kelsens vollziehen, dass deren Verlauf ein verlässliches Datierungsschema für einzelne Schriften abgeben könnte. Stellt man dies in Rechnung, so ließe sich zunächst die Vermutung aufstellen, dass die Besprechung des Layerschen Werkes, welche rund anderthalb Druckseiten Textidentität mit der „im Jahre 1916 grundsätzlich abgeschlossenen“ (und wegen Kelsens „militärischer Dienstleistung während des Krieges“³³⁹ erst im Jahre 1920 publizierten) Studie zum „Problem der Souveränität“ aufweist,³⁴⁰ ebenfalls bereits 1916 fertiggestellt, aber noch nicht publiziert worden sei. Dafür könnte des Weiteren angeführt werden, dass Kelsen bei Abfassung des „Problems der Souveränität“ die Schrift Layers kannte und es daher aus arbeitsökonomischen Gründen nahe gelegen hätte, sogleich auch die detaillierter auf Layers Text eingehende Rezension zu verfassen. Schließlich ließe sich daran denken, dass Kelsen mit Rücksicht darauf, dass das Erscheinen des Vorgängers der „Zeitschrift für öffentliches Recht“, die – ebenfalls von ihm mitbegründete und als Redakteur betreute – „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“, im Verlaufe des Ersten Weltkriegs eingestellt werden musste, mit der Publikation seiner bereits während des Krieges verfassten Rezension zuwarten wollte, bis ein Nachfolgemedium installiert würde. Dagegen könnte freilich angeführt werden, dass Kelsen durchaus auch in den letzten Kriegsjahren Beiträge veröffentlicht hat.³⁴¹

2. Duktus

Kelsens grundsätzliche Bemerkungen zum öffentlichrechtlichen Vertrag, die er in Gestalt einer Buchbesprechung „verpackt“, sind zwar nicht seine ersten Ausführungen zum Verwaltungsvertrag, treffen aber zum Zeitpunkt ihrer Publikation anno 1919 auf eine sich im Umschwung befindende Diskurslage.

War der öffentlichrechtliche Vertrag noch in Kelsens „Hauptproblemen“ im Jahre 1911 kein Thema, so widmet Kelsen seinen ersten grundlegenden Beitrag, in dem er die rechtstheoretischen Positionen seiner bahnbrechenden Habilitationsschrift aufgreift und kräftig im Sinne eines konsequenten Positivismus und einer – nun auch – dynamischen Rechtsbetrachtung weiterentwickelt, noch vor Kriegsaus-

³³⁹ *Hans Kelsen*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen 1920, S. VI = HKW 4, S. 235–572 (268).

³⁴⁰ Dazu nachfolgend II.2., S. 686–692.

³⁴¹ Vgl. *Hans Kelsen*, Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung, in: Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich 40 (1916), S. 1181–1239 = HKW 3, S. 551–605; *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*, Zur Reform der verfassungsrechtlichen Grundlagen der Wehrmacht Österreich-Ungarns, in: Zeitschrift für Militärrecht 1 (1917/1918), S. 8–23 = HKW 3, S. 615–629.

bruch, nämlich im Jahre 1913, der „Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“.³⁴² Im vierten und letzten Kapitel seines zweiteiligen Archiv-Beitrages³⁴³ wendet sich Kelsen bereits ausdrücklich gegen die seinerzeit mit den Namen von Karl Kormann (1884–1914) und insbesondere dem Doyen der deutschen Verwaltungsrechtslehre, Otto Mayer (1846–1924), in Verbindung gebrachte Lehre vom Verwaltungsvertrag, die in Otto Mayers berühmten Ausspruch gipfelt: „Darum sind wahre Verträge des Staates auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes überhaupt nicht denkbar.“³⁴⁴ Kelsens Kritik kulminiert ihrerseits darin, dass er der herrschenden Staats- und Verwaltungsrechtstheorie „ein Steckenbleiben in den Anschauungen des Polizeistaates“ vorhält, nämlich „daß mittels einer pseudojuristischen Terminologie als ‚öffentliches‘ Rechtsverhältnis, als ‚öffentliches‘ Rechtssubjekt bezeichnet wird, was im Grunde nur Gewaltverhältnis und Machtsubjekt ist.“³⁴⁵

Der Umschwung in der Staatsrechtslehre, d. h. die allmähliche Abkehr von der bis dato vorherrschenden, dem Institut des verwaltungsrechtlichen Vertrages gegenüber ablehnenden Haltung Otto Mayers vollzieht sich wenige Jahre später und ist namentlich auf zwei im weiteren wissenschaftlichen Diskurs einflussreiche Schriften zurückzuführen: zum einen auf Willibalt Apelts (1877–1965) – unter der Betreuung Otto Mayers 1916 entstandene und 1920 veröffentlichte – Habilitationsschrift „Der verwaltungsrechtliche Vertrag“³⁴⁶ und eben auf Max Layers 1916 erschienene Monographie.³⁴⁷ Kelsens in der Substanz viel scharfsinnigere und tiefgründigere Dekonstruktion des Mayerschen Ansatzes im Jahre 1913 war wohl zu radikal und – aus Sicht der sich im Zentrum des Diskurses wädhenden herrschenden Lehre – zu randständig, zu voraussetzungs- und vor allem zu folgenreich, als dass sie in der damaligen Staatsrechtslehre in richtungsbestimmender Weise hätte rezipiert werden können.

Layer, 1902 in Graz habilitierter Staatsrechtslehrer und seit 1908 Ordinarius an seiner steirischen Heimatuniversität, widmet seine Kleinmonographie „Geheimrat Otto Mayer anlässlich seines siebzigsten Geburtstages verehrungsvoll“³⁴⁸ und ent-

³⁴² Hans Kelsen, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, in: Archiv des öffentlichen Rechts 31 (1913), S. 53–98, 190–249 = HKW 3, S. 247–316. Dazu: Editorischer Bericht „Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“, in: HKW 3, S. 706–712 (708–712).

³⁴³ Kelsen, Öffentliches Rechtsgeschäft (Anm. 342), S. 225–249 (zu Otto Mayer 235–248) = HKW 3, S. 247–316 (300–316, zu Otto Mayer 307–316).

³⁴⁴ Otto Mayer, Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge, in: Archiv für öffentliches Recht 3 (1888), S. 3–86 (42).

³⁴⁵ Kelsen, Öffentliches Rechtsgeschäft (Anm. 342), S. 225–249 (245f.) = HKW 3, S. 247–316 (300–316 (315)).

³⁴⁶ Willibalt Apelt, Der verwaltungsrechtliche Vertrag. Ein Beitrag zur Lehre von der rechtswirksamen Handlung im öffentlichen Rechte, Leipzig 1920.

³⁴⁷ Wie hier: Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914–1945, München 1999, S. 211; ausführlich dazu Harald Eberhard, Der verwaltungsrechtliche Vertrag. Ein Beitrag zur Handlungsformenlehre, Wien und New York 2005, S. 41–54.

³⁴⁸ Max Layer, Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag. Eine Studie aus dem österreichischen Verwaltungsrecht, Graz und Leipzig 1916, S. 3.

lehnt sogar den Titel seines Beitrags einer Schrift des Jubilars: Der „Meister des deutschen Verwaltungsrechts“³⁴⁹ hatte im von Paul Laband (1838–1918) und Felix Stoerk (1851–1908) herausgegebenen „Archiv für öffentliches Recht“ im Jahre 1888 einen über 80 Seiten umfassenden, quasimonographischen Artikel unter der Überschrift „Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag“ publiziert³⁵⁰ – just jene Abhandlung, die Kelsen bereits 1913 einer schonungslosen Kritik unterzogen hatte. Layer knüpft an das Konzept Otto Mayers an, modifiziert es aber in wesentlichen Belangen. Das gibt Kelsen die willkommene Gelegenheit, unter sich langsam, aber deutlich ändernden Diskursvorzeichen nicht nur die Kritik an Otto Mayers Position zu wiederholen, sondern auch Layers Modifikationen beziehungsweise Fortentwicklungen der Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag daraufhin zu überprüfen, ob wenigstens sie vom Standpunkt der „juristischen Konstruktion und Systematik“ aus – man dürfte wohl auch formulieren: ob sie von rechtstheoretischer Warte – einer Belastungsprobe standhalten.

Layers Schrift zerfällt in zwei Teile, und zwar einen der Existenz und der Essenz des Instituts des öffentlich-rechtlichen Vertrages gewidmeten allgemeinen Teil (S. 5–24) und einen fast doppelt so langen exemplifizierend-besonderen Teil, der das Gesagte an Beispielen des zeitgenössischen österreichischen öffentlichen Rechts durchspielt (S. 25–69). Kelsens Rezension bezieht sich ausschließlich auf Layers prinzipielle Aussagen im ersten, allgemeinen Teil, d. h. lediglich auf die ersten zwanzig Seiten des besprochenen Büchleins;³⁵¹ den unter quantitativen Auspizien größeren Rest der Ausführungen hält er offenbar nicht für berichtenswert und besprechungswürdig.³⁵² Berücksichtigt man darüber hinaus, dass Kelsens Rezension rund zwei Drittel jenes Platzes benötigt, die der von ihm besprochene Erste Teil des Layerschen Werkes einnimmt – die Buchbesprechung hat einen stattlichen Umfang von rund 37000 Zeichen (einschließlich Leerzeichen), indes die ersten zwanzig Seiten des Layerschen Beitrages schätzungsweise 48000 Zeichen (einschließlich Leerzeichen) umfassen –, so nährt auch dies die Vermutung, dass Kelsen hier nicht ein für ihn mehr oder minder x-beliebige Werk bespricht, sondern dass es ihm um etwas für seine Auffassung von (öffentlichem) Recht und Rechtswissenschaft, von Rechtsnorm und Rechtsform Wesentliche(re)s geht. Schon deshalb kann der Umstand, dass Layers Position – und zwar nicht nur im Ergebnis – dem von Kelsen abgelehnten Ansatz Otto Mayers zuwiderläuft, für Kelsen keinen hinreichenden Grund dafür abgeben, Layers Schrift einen lobbe-

³⁴⁹ Layer, Vertrag (Anm. 348), S. 5.

³⁵⁰ Mayer, Verträge (Anm. 344).

³⁵¹ Das kommuniziert Kelsen auch deutlich, wenn er eingangs seiner Kritik formuliert: „Zu diesem *Grundgedanken* [sc. der Layerschen Schrift] seien einige Anmerkungen gestattet: ...“; 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 (166) = HKW 4, S. 153–167 (156) – Hervorhebung nicht im Original.

³⁵² Nur einmal, nämlich in der einzigen Fußnote der Buchbesprechung, bezieht sich Kelsen auf eine Aussage Layers aus dem besonderen Teil von dessen Ausführungen: Kelsen, Buchbesprechung Layer (Anm. 351), S. 172 Anm. 1 = HKW 4, S. 153–167 (166 Anm. 1).

gleiteten Freibrief auszustellen. Vielmehr lässt er ihr eine ebenso schonungslose wie akribische Begutachtung angedeihen – eine Verfahrensweise, die dem Kelsen-Leser erstmals in den „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ begegnet. Überhaupt erinnern Duktus und Methode der Rezensionsausführungen – auch insoweit vergleichbar der Besprechung des Wurmbrandschen Werkes zur rechtlichen Stellung Bosniens und der Herzegowina³⁵³ – stark an die „Machart“ der „Hauptprobleme“: Denn auch bei der Besprechung der Layerschen Kurzmonographie verwendet Kelsen das von ihm „bevorzugte kontradiktorische Verfahren“, welches „zum großen Teil durch einen dialogischen Charakter meines Erkennens bedingt ist, bei dem sich die Gedanken am liebsten und leichtesten an ihrem Widerpart emporranken“. ³⁵⁴ Auch hier leitet nicht die eigene Sachauffassung unmittelbar den Gang und Ablauf der Darstellung, sondern diese ordnet sich dem fremden Gedankengang unter, schmiegt sich ihm an und folgt den von der auf ihre Stichhaltigkeit hin zu prüfenden Ansicht vorgezeichneten Wegen – eine für eine Rezension fraglos äußerst adäquate Präsentationsform. An die „Hauptprobleme“ erinnert die vorliegende Rezension schließlich auch durch das besondere rechtstheoretische Analyse- und Dekonstruktionsverfahren, bei dem die immanente Kritik im Vordergrund steht und das einer methodologischen Vivisektion gleicht. ³⁵⁵ Doch sowenig Kelsen Layer kritische Nachfragen und Vorhaltungen erspart und so sehr er ihm mehrfach Inkonsequenzen und Inkonsistenzen in der Gedankenführung, Selbstwidersprüchlichkeit und Zirkularität in der Beweisführung sowie Verwechslung und Vermengung bei der Kategorienwahl zur Last legt, so fair, klar und detailliert hält Kelsen die Vorzüge der Layerschen Schrift fest. Im Schlussabsatz der Rezension heißt es denn auch mit der sachzugewandten Nüchternheit eines Buchhalters und ohne jeden Anflug von Gönnerhaftigkeit, die schon deswegen deplatziert gewesen wäre, weil hier ein (je nach Abfassung der Besprechung im Zeitraum von 1916 bis 1919: titularer oder etatmäßiger) außerordentlicher Professor das Werk eines 15 Jahre älteren gestandenen Grazer Ordinarius rezensierte:

„Der dauernde und wertvolle Gewinn, den die *Layersche* Schrift der Theorie des Verwaltungsrechtes schenkt, besteht darin, daß *Layer* den Begriff des Vertrages jenseits des Gegensatzes von privatem und öffentlichem Recht setzt, daß er den von der *Otto Mayerschen* Schule betonten Gegensatz zwischen Vertrags- und Verwaltungsakt dadurch wesentlich mildert (wenn nicht ganz um seine Bedeutung bringt), daß er die Rechtswirkung des Verwaltungsaktes auf die Rechtsordnung zurückführt und nicht aus einer immanenten Kraft des Verwaltungsaktes ableitet, sohin der Erkenntnis den Weg bahnt, daß der Verwaltungsakt wie der Vertrag oder ein anderes Rechtsgeschäft eine Bedingung ist, an die die Rechtsordnung Rechtsfolgen knüpft. Ferner daß *Layer* für die Begründung des Gegensatzes zwischen öffentlichem und privatem Recht die heute hauptsächlich noch in Betracht kommende und für die Wesensdifferenzierung von (öffentlichem) Verwaltungsakt und (privatem) Vertrag (beziehungsweise Rechtsgeschäft) richtunggebende Mehrwerttheorie ablehnt. Er nähert sich damit – mehr als er vielleicht zuzugeben geneigt ist – jener Auffassung, die den fraglichen Gegensatz als einen rechts-theoretischen und damit den rechts-systematischen

³⁵³ Vgl. Editorischer Bericht „Buchbesprechung Wurmbrand“, in: HKW 4, S. 628–636.

³⁵⁴ Beide Zitate: *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 335), S. Xif. = HKW 2, S. 21–878 (59).

³⁵⁵ Vgl. Editorischer Bericht „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“, in: HKW 2, S. 881–913 (906).

Dualismus überhaupt fallen läßt und einem einheitlichen System juristischer Grundbegriffe zustrebt.“³⁵⁶

Die vorliegende Buchbesprechung kann als eindringliches Beispiel für das Ideologiekritisch-Purgatorische des für die Formationsphase der Reinen Rechtslehre besonders prägenden rechtstheoretischen Antiessentialismus’ und Dekonstruktivismus’ Kelsens gelesen werden. Als Demonstrationsobjekt dient ihm hier – mehr noch als der Vermittlungsversuch Layers, dem er, wie gesagt, eher Inkonsequenzen und Selbstwidersprüche vorhält – die durch Otto Mayer repräsentierte herrschende Lehre im Öffentlichen Recht. Diese führt aus Sicht Kelsens zwei rechtsessentialistische Unterscheidungen zu der Konsequenz, dass der Verwaltungsvertrag an sich mit dem Wesen des Öffentlichen Rechts unvereinbar ist, zusammen: nämlich den angeblichen Wesensunterschied von Öffentlichem und Privatrecht auf der einen mit dem angeblichen Wesensunterschied von Verwaltungsakt und Vertrag auf der anderen Seite. Kelsen begegnet diesem Ansatz dadurch, dass er sowohl die Haltlosigkeit jeder der beiden essentialistischen Trennungstheoreme für sich darlegt – zunächst wendet er sich dem Begriff des Vertrages,³⁵⁷ sodann jenem des Öffentlichen Rechtes zu³⁵⁸ – als auch demonstriert, dass die Kombination dieser beiden Elemente auf einer Kategorienvermengung beruht.

In Bezug auf den Vertrag formuliert er zwei das herrschende Verständnis von Rechtsgeschäft und Rechtssubjektivität radikal in Frage stellende Thesen, nämlich dass die von den Vertragspartnern abgegebenen Willenserklärungen als bloße Bedingung, nicht aber als Ursache – in anderem Kontext bemüht Kelsen die Unterscheidung von *conditio sine qua non* und *conditio per quam*³⁵⁹ – der Rechtswirkungen zu gelten habe einerseits und dass diejenigen, die die Willenserklärungen abgeben, zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht als Rechtssubjekte zu qualifizieren seien, andererseits:

These 1: „Es wäre gewiß mancher Irrtum der Theorie vermieden worden, wenn man sich immer ganz klar gewesen wäre, daß das Rechtsgeschäft als eine von der Rechtsordnung mit Rechtsfolgen verknüpfte menschliche Willensäußerung systematisch die gleiche Stellung einnimmt wie etwa die sogenannten rechtserheblichen Ereignisse, d.h. Tatbestände, die keine menschlichen Willensäußerungen sind und an die die Rechtsordnung ebenso wie an die letzteren Pflichten und Rechte, die Entstehung und Beendigung von Rechtsverhältnissen anknüpft. Ob die Rechtsnorm an die Bedingung eines eingetretenen Hochwassers oder an den generellen oder

³⁵⁶ Kelsen, Buchbesprechung Layer (Anm. 351), S. 173 = HKW 4, S. 153–167 (166f.) – Hervorhebungen nicht übernommen.

³⁵⁷ Kelsen, Buchbesprechung Layer (Anm. 351), S. 166f. = HKW 4, S. 153–167 (156f.).

³⁵⁸ Kelsen, Buchbesprechung Layer (Anm. 351), S. 167–171, s. a. 171–173 = HKW 4, S. 153–167 (157–163, s. a. 163–166).

³⁵⁹ Locus classicus: Hans Kelsen, Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2. Aufl., Wien 1960, S. 197: „Obersatz und Untersatz sind beide Bedingungen des Schlußsatzes. Aber nur der Obersatz, der ein Soll-Satz ist, ist *conditio per quam* im Verhältnis zum Schlußsatz, der auch ein Soll-Satz ist; das heißt, die im Obersatz ausgesagte Norm ist der Geltungsgrund der im Schlußsatz ausgesagten Norm. Der als Untersatz fungierende Seins-Satz ist nur *conditio sine qua non* im Verhältnis zum Schlußsatz; das heißt: die im Untersatz festgestellte Seins-Tatsache ist nicht der Geltungsgrund der im Schlußsatz ausgesagten Norm.“

individuellen Befehl einer Verwaltungsbehörde oder an den Vertragsabschluß zweier Kontrahenten Pflichten und Rechte bestimmter Personen bindet, mag materiell sehr verschieden beurteilt werden. In der für die juristische Konstruktion und Systematik relevanten formalen Beziehung haben die Tatsachen des Hochwassers, des Verwaltungsbefehles und des Vertragsabschlusses die gleiche Stellung, nämlich als Bedingung für Rechtspflichten und Berechtigungen, für die Entstehung und Beendigung von Rechtsverhältnissen. Als Bedingung: d. h. als Grund einer Folge, nicht als Ursache einer Wirkung.“³⁶⁰

These 2: „Faßt man das Rechtsverhältnis, das nur aus Rechtspflichten und Berechtigungen bestehen kann, als Verhältnis zwischen Personen, d. h. zwischen Subjekten von (bereits entstandenen) Pflichten und Rechten, auf, dann kann streng genommen innerhalb der Sphäre der Bedingung für die Entstehung von Pflichten und Rechten nicht, beziehungsweise noch nicht von Personen oder einem Verhältnis zwischen Personen die Rede sein. Nicht als Person, nicht als Subjekt von Pflichten und Rechten kann man die Bedingung für die Entstehung von Pflichten und Rechten setzen; das wäre eine *petitio principii*. Person, Rechtssubjekt ist man, sofern man Pflichten und Rechte hat, nicht sofern man die Bedingung ihrer Entstehung setzt. [...] Den Vertrag setzen eben nicht zwei Personen, zwei Rechtssubjekte, sondern zwei menschliche Willensäußerungen. Erst durch die Setzung dieser Tatbestände entstehen Pflichten und Rechte und mit ihnen deren Personifikationsmöglichkeit und sohin das Rechtssubjekt.“³⁶¹

In Bezug auf die behauptete Eigentümlichkeit des Öffentlichen Rechts bewegt sich Kelsen weitgehend in den Bahnen seiner Ausführungen in den „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“³⁶² und in der „Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“,³⁶³ wenn er formuliert:

„Worin soll nun, worin kann allein eine Über- und Unterordnung im Bereich juristischer Betrachtung bestehen? Übergeordnet den Rechtssubjekten ist allein die Rechtsordnung und ihre Überordnung besteht darin, daß sie und nur sie die Pflichten und Rechte konstituiert, indem sie sie an bestimmte Bedingungen anknüpft. Nicht der Vertrag oder der Vertragswille der Parteien, nicht der obrigkeitliche Befehl als der Wille der Exekutive schaffen oder erzeugen die Pflichten und Rechte (ebensowenig wie ein Hochwasser dies tun kann), die Rechtsordnung allein schafft oder erzeugt, d. h. ist der Grund, die letzte Grundlage dieser Pflichten und Rechte. Der Staat als Rechts- und Pflichtsubjekt oder die Person des Staates ist wie jede andere Person als der Rechtsordnung unterworfen, als ihr untergeordnet und nicht selbst als übergeordnet, daher allen übrigen Subjekten als koordiniert anzusehen.“³⁶⁴

Erhellend ist Kelsens – die Erweiterung seiner bis dato im Wesentlichen statischen Rechtsdeutung um die Perspektive der Rechtsdynamik andeutender – Zusatz, dass hier „überdies eine Vermengung zweier verschiedener Kriterien der Überordnung [unterlaufe]: die Überordnung als Rechtsordnung, d. h. als die Pflichten und Rechte statuierende Autorität, und die von der Rechtsordnung eingeräumte Möglichkeit, einseitig die Pflichten und Rechte eines anderen Menschen zu bestimmen, d. h. als Bedingung für deren Entstehung und Beendigung zu fungieren. Das letz-

³⁶⁰ Kelsen, Buchbesprechung Layer (Anm. 351), S. 166 = HKW 4, S. 153–167 (156). Ähnlich bereits Kelsen, Öffentliches Rechtsgeschäft (Anm. 342), S. 224 = HKW 3, S. 247–316 (299f., nachfolgende Wendung: 300), wo er ironisierend von der „beliebten Verwechslung von Erkenntnisgrund und Ursache“ spricht – Hervorhebung nicht übernommen.

³⁶¹ Kelsen, Buchbesprechung Layer (Anm. 351), S. 166 = HKW 4, S. 153–167 (156f.).

³⁶² Vgl. Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 335), 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.).

³⁶³ Vgl. Kelsen, Öffentliches Rechtsgeschäft (Anm. 342), S. 190–226 = HKW 3, S. 247–316 (278–300).

³⁶⁴ Kelsen, Buchbesprechung Layer (Anm. 351), S. 167 = HKW 4, S. 153–167 (158).

tere ist kein Rechtsverhältnis (statische Relation), sondern eine spezifische Bedingung für die Entstehung einer solchen (dynamische Relation).“³⁶⁵ „Dieser Gegensatz von einseitig und zweiseitig ist nicht identisch mit dem Gegensatz von übergeordnet und untergeordnet.“³⁶⁶ Damit weist Kelsen dem erstgenannten Begriffspaar eine lediglich innersystemische Bedeutung zu:

„Der Unterschied zwischen der durch einseitige und der durch zweiseitige (übereinstimmende) Willensäußerung bedingten Rechtsfolge (speziell: Verpflichtung) kann tatsächlich eine nicht unwichtige Einteilung der rechtsgeschäftlichen Tatbestände, nicht aber – da man ja damit irgendwie den Gegensatz von öffentlichem und privatem Recht zu identifizieren versucht – des Rechtes überhaupt, sei es des objektiven, sei es des subjektiven Rechtes bilden.“³⁶⁷

Ungeachtet der großen thematischen Nähe der der Schrift von Layer gewidmeten Rezension zu dem nur wenige Jahre älteren, die „Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“ betreffenden Artikel aus dem Jahre 1913 übernimmt Kelsen nur vereinzelte Begriffe (wie z. B. „Wertdifferenzierung“³⁶⁸), Wendungen und Satzteile aus dem früheren Beitrag. Vollständige Sätze oder gar ganze Passagen der Vorkriegsabhandlung finden sich der Buchbesprechung jedoch grundsätzlich nicht wieder. Wiewohl er – wenig überraschend – in nicht unerheblichem Umfang dieselben Aspekte anspricht (insbesondere in Bezug auf die Mehrwerttheorie Otto Mayers) und dieselben Argumente wiederholt, dürfte er doch den jüngeren Beitrag zum Grund auf neu formuliert haben. Partiiell anders stellt sich das Verhältnis zum „Problem der Souveränität“ dar: Denn beide Schriften weisen eine – bis auf marginale, nicht inhaltstragende Abweichungen – wortidentische Textpassage im Umfang von anderthalb Seiten auf; es handelt sich um allgemeine Ausführungen zum „Begriff des Vertrages“.³⁶⁹ Da sich dieser Abschnitt in Stil und Duktus sowohl in das „Problem der Souveränität“ als auch in die Layer-Rezension bruchlos-harmonisch einfügt und weder ein früherer Textträger (wie insbesondere ein Autograph) wenigstens einer der beiden Texte überliefert noch klar eruierbar ist, welche der beiden Schriften Kelsen als erste abgefasst hat, lässt sich nicht mehr entscheiden, ob einer der beiden Texte und gegebenenfalls welcher zunächst geschrieben worden ist und dem anderen als Steinbruch diene.

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.³⁷⁰

³⁶⁵ Kelsen, Buchbesprechung Layer (Anm. 351), S. 167f. = HKW 4, S. 153–167 (158).

³⁶⁶ Kelsen, Buchbesprechung Layer (Anm. 351), S. 168 = HKW 4, S. 153–167 (159).

³⁶⁷ Kelsen, Buchbesprechung Layer (Anm. 351), S. 168 = HKW 4, S. 153–167 (159).

³⁶⁸ Zum einen Kelsen, Öffentliches Rechtsgeschäft (Anm. 342), S. 88 = HKW 3, S. 247–316 (273); zum anderen Kelsen, Buchbesprechung Layer (Anm. 351), S. 167 = HKW 4, S. 153–167 (157).

³⁶⁹ Vgl. einerseits Kelsen, Souveränität (Anm. 339), S. 193–195 = HKW 4, S. 235–572 (453f.) und andererseits Kelsen, Buchbesprechung Layer (Anm. 351), S. 166f. = HKW 4, S. 153–167 (156f.).

³⁷⁰ Vgl. oben S. 5–22.

Verhältniswahlrecht. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 4. Dezember 1918 (1919)

HKW 4, 169–174

I. Textkonstitution, Publikationsmedium und Überlieferung

Der Text ist erschienen in der Zeitschrift „Gerichtshalle“, 63. Jahrgang 1919, Nr. 5/6 vom 26. Januar 1919, S. 27–28. Er trägt indes weder einen eigenständigen Titel, noch ist er überhaupt als selbständiger Beitrag ausgeflaggt. Vielmehr handelt es sich um die Mitschrift eines (Ko-)Referates, welches Kelsen im Anschluss an einen thematisch gleichgelagerten Vortrag des ordentlichen Universitätsprofessors der Politischen Ökonomie an der Universität Wien Walter Schiff (1866–1950) im Rahmen der Vollversammlung der Wiener Juristischen Gesellschaft vom 4. Dezember 1918 gehalten hat. Der vollständige Wortlaut der Vollversammlung³⁷¹ ist, einem stenographischen Bericht gleich, in der „Gerichtshalle“ dokumentiert. Der Sprecher-Wechsel wird in der üblichen Weise, nämlich durch die Einfügung des betreffenden Namens zu Beginn der Ausführungen gekennzeichnet. Die Autorschaft Kelsens ist durch die einen neuen Absatz beginnende Einfügung „Professor Dr. Hans Kelsen:“ gesichert.

Der Titel von Kelsens Ausführungen wurde aus dem Vorspann der Äußerungen von Schiff und Kelsen (re)konstruiert: Der damalige Vorsitzende der Wiener Juristischen Gesellschaft, der k. k. Justizminister a. D. Franz Klein (1854–1926), leitete die Referate von Schiff und Kelsen unter anderem damit ein, dass der Abend „für einen Vortrag des Herrn Prof. Dr. Seidler über Verhältniswahlen“ bestimmt gewesen sei; und er fuhr wörtlich fort: „Professor Seidler ist erkrankt und es hat sich an seiner Stelle Herr Professor Kelsen bereit erklärt, über dieses Thema zu sprechen.“³⁷² Da aber weder Schiff noch Kelsen unspezifisch „über Verhältniswahlen“ sprachen, sondern sich mit der rechtlichen Ausgestaltung des Proportional- oder auch Verhältniswahlsystems beschäftigten, wurden den Äußerungen Kelsens hier der Titel „Verhältniswahlrecht“ beigegeben.

Die „Gerichtshalle“ charakterisierte sich selbst im Untertitel als „Organ für Rechtspflege und Volkswirtschaft“. Sie wurde von Band 1 im Jahre 1857 bis zum 82. Jahrgang im Jahr 1938 im Verlag M. Breitenstein (1853–1926) in Wien verlegt; sie galt als dessen bekanntestes Erzeugnis. Als Sonntagszeitung erschien sie wöchentlich sonntags auf acht Seiten im Format DIN A4, im hier interessierenden Zeitraum (Januar 1919) in Doppelnummern grundsätzlich vierzehntägig. Erster Herausgeber der „Gerichtshalle“ war der Wiener Rechtsanwalt Ignaz Pisko

³⁷¹ Genauer: der Wortlaut der Äußerungen der offiziellen Sprecher; allfällige Zwischenrufe oder ähnliches sind nicht vermerkt.

³⁷² Beide Zitate: *Franz Klein*, in: *Gerichtshalle* 63 (1919), S. 20.

(1828–1905). (Mit-)Gründer im Jahr 1857 war der Schriftsteller und Journalist Adolf Kulka (1823–1898), der auch Mitglied der Redaktion der „Wiener Allgemeine Zeitung“ war und die „Gerichtshalle“ 40 Jahre lang leitete. In den Jahren 1905 bis 1917 war der „Neue österreichische Juristenkalender in Verbindung mit einem Fristenvormerkungsprotokoll und einem Auszug aus den Gebührengesetzen in systematischer Anordnung zum Gebrauche für praktische Juristen“ der Zeitschrift als Beilage hinzugefügt. Neben Buchbesprechungen und Aufsätzen wurden auch Zivil- und Strafrechtserkenntnisse abgedruckt, darüber hinaus enthielt die Zeitschrift Rechtsprechungsübersichten, Mitteilungen über Konkurse, Ernennungen von Notaren und Advokaten, sonstige Standespersonalia in der Rubrik „Tages- und Ständefragen“ und mit dem „Sprechsaal“ sogar eine Leserbrief-Rubrik. Im Zentrum des Interesses standen die Entwicklungen in Bezug auf die ordentliche Gerichtsbarkeit mit ihrem Prozessrecht, also dem Zivil- und Strafprozessrecht, unter besonderer Betonung der seinerzeit aktuellen Prozessgesetzgebung aus Praktikersicht. Wenigstens zeitweise diente die „Gerichtshalle“ – neben den „Juristische Blätter“, deren Gründungsherausgeber Lothar Johanny (1835–1886) einer der beiden Initiatoren der Wiener Juristischen Gesellschaft war – als Dokumentationsforum der Sitzungen der Gesellschaft; dafür war eine eigene, „Wiener Juristische Gesellschaft“ überschriebene Rubrik vorgesehen, die, zumeist in einer Länge von rund 4 Druckseiten (8 Spalten) pro (Doppel-)Heft, in protokollähnlicher Weise die Vorträge und Beratungen der Gesellschaft dokumentierte; soweit die Dokumentation einer Sitzung der Wiener Juristischen Gesellschaft, die sich – durchaus abweichend vom sonstigen Fokus der „Gerichtshalle“ – bisweilen auch mit staatsrechtlichen oder staatspolitischen Themen beschäftigte, die übliche Länge von 4 Druckseiten überschritt, wurde sie geteilt und im Folgeheft fortgesetzt. – Nach dem „Anschluss“ Österreichs an das Deutsche Reich wurde der inzwischen von der Witwe des Verlegers, Friederike Breitenstein (1872–nach 1941), geführte Betrieb des Verlags M. Breitenstein im Rahmen der sogenannten Arisierung jüdischer Betriebe im Jahre 1938 durch die Gestapo geschlossen. Auf behördliche Anordnung durfte auch die „Gerichtshalle“ nicht weiter verlegt werden. In der „Gerichtshalle“ erschien außer dem „Verhältniswahlrecht“ ein Jahr später Kelsens Vortrag zum Thema „Vom Wesen und Werte der Demokratie“.³⁷³

Sonstige Textträger wie insbesondere der Autograph oder Fahnen oder auch Vorarbeiten respektive Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden. Der Beitrag wurde bisher weder nachgedruckt noch in eine andere Sprache übersetzt.

³⁷³ Hans Kelsen, [Vom Wesen und Werte der Demokratie. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 5. November 1919], in: Gerichtshalle 63 (1919), S. 292–294, 304–308 = HKW 4, S. 175–198.

II. Entstehung und Duktus

1. Kelsens wahlrechtspolitische Schriften im Vorfeld der Dezember-Novelle 1918

Die am 26. Januar 1919 erschienene Druckfassung des am 4. Dezember 1918 gehaltenen (Ko-)Referats zum „Verhältniswahlrecht“ ist der zeitlich jüngste Beitrag des populärwissenschaftlichen Quartetts wahlrechtspolitischer Beiträge, die Kelsen in der Gründungsphase der Ersten Republik Ende des Jahres 1918, genauer: kurz vor und kurz nach Bekanntwerden des Gesetzentwurfs über die Wahlordnung für die Konstituierende Nationalversammlung, den der Staatskanzler dem Staatsrat am 27. November 1918 zuleitete, abgefasst hat. Die drei weiteren Publikationen sind, in der Reihenfolge ihres Erscheinens, der Dreiteiler „Das Proportional(wahl)system“ (23. November bis 10. Dezember 1918),³⁷⁴ „Ein einfaches Proportionalwahlssystem“ (24. November 1918)³⁷⁵ sowie „Der Proporz im Wahlordnungsentwurf“ (1. Dezember 1918).³⁷⁶

Alle vier Artikel sind als Beiträge Kelsens zu der gleichermaßen speziell rechtswissenschaftlichen wie allgemein gesellschaftspolitischen Diskussion um die Gestaltung eines neuen, demokratischen Wahlrechts zu lesen und einzuordnen. In ihnen setzt sich Kelsen nicht nur in allgemeiner Form für das Verhältniswahlrecht ein – die Entscheidung für das Proportional- und gegen das Mehrheitswahlssystem fiel in weitgehendem gesellschafts- und parteipolitischen Konsens; vielmehr engagiert sich Kelsen für eine besondere, namentlich den Vorstellungen des Staatskanzlers und mehrheitlich auch des Staatsrats zuwiderlaufende Ausprägung des Proportionalwahlsystems. Statt, wie es der vom Staatskanzler verantwortete Wahlordnungsgesetzentwurf vorsah und wie es am 18. Dezember 1918 dann auch Gesetz wurde, optiert Kelsen nicht für eine proportionale Listenwahl auf der Grundlage einer Einteilung des Wahlgebiets in echte Wahlkreise, sondern er macht sich für eine „proportionale Einerwahl mit Listenskrutinium“³⁷⁷ stark. Damit glaubt er, zum einen den Einfluss des Wählers auf die Auswahl der Mandatsträger verstärken und zum anderen die mit der Listenwahl einhergehenden Verzerrungen zulasten des Proportionalprinzips vermindern zu können. Die „proportionale Einerwahl“ avanciert zu Kelsens wahlrechtspolitischem Mantra, welches er in einer ganzen Reihe weiterer Schriften im kommenden Jahrzehnt wiederholen wird.³⁷⁸

³⁷⁴ Hans Kelsen, Das Proportional(wahl)system, in: Der österreichische Volkswirt 11 (1918/1919), S. 115–118, 133–136, 147–151 = HKW 4, S. 25–50.

³⁷⁵ Hans Kelsen, Ein einfaches Proportionalwahlssystem, in: Arbeiter-Zeitung Nr. 321 vom 24. November 1918, Morgenblatt, S. 2–3 = HKW 4, S. 75–82.

³⁷⁶ Hans Kelsen, Der Proporz im Wahlordnungsentwurf, in: Neue Freie Presse Nr. 19494 vom 1. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 3–4 = HKW 4, S. 51–58.

³⁷⁷ Kelsen, Proporz (Anm. 376) S. 3 II = HKW 4, S. 51–58 (54).

³⁷⁸ Zu Kelsens wahlrechtsbezogenen Schriften und deren Stellung im Kelsenschen Gesamtwerk: Editorischer Bericht „Das Proportional(wahl)system“, in: HKW 4, S. 580–595 (581–588).

Zwar gelten die vier Schriften vom Jahreswechsel 1918/1919, soweit es Kelsens Positionierung im Diskurs um das neue demokratische Wahlsystem betrifft, einem identischen Thema. Doch unterscheiden sich die Artikel untereinander in Stil und Duktus, Aufbau und Sprache und stellen daher jeweils einen eigenständigen Zugriff auf die und eine selbständige Präsentation der Materie des Verhältniswahlsystems dar. Im Übrigen sei, was das Verhältnis der vier Publikationen zu- und untereinander betrifft, zur Vermeidung von Wiederholungen auf die eingehenderen Hinweise im Editorischen Bericht zu „Das Proportional(wahl)system“ verwiesen.³⁷⁹

Stellt man die vier dem Verhältniswahlsystem gewidmeten Schriften in einen biographischen Kontext, so ist nicht nur daran zu erinnern, dass der siebenunddreißigjährige Kelsen seit Anfang November 1918 für die Arbeiten an den verfassungsrechtlichen Grundlagen der sich formierenden Republik (Deutsch-)Österreich vom Staatskanzler persönlich als staatsrechtlicher Experte herangezogen wird. Auch sein beruflich-akademischer Aufstieg ist in den Fokus zu nehmen: Seit dem 1. Oktober 1918 bekleidet Kelsen die Position eines etatmäßigen außerordentlichen Professors für Staats- und Verwaltungsrecht an der ersten Universität des Landes; kaum ein Jahr später, am 1. August 1919, wird ihm als Nachfolger seines Lehrers Edmund Bernatzik (1854–1919) der Posten eines der beiden ordentlichen Universitätsprofessoren für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien angeboten. Überdies ernennt ihn die Staatsregierung am 3. Mai 1919 zum Mitglied des deutschösterreichischen Verfassungsgerichtshofs. Innerhalb weniger als eines Jahres ist Kelsen von einem zwar äußerst begabten, aber doch fast nur in engen fachwissenschaftlichen Kreisen, in seinem unmittelbaren Arbeitsumfeld im k. u. k. Kriegsministerium und darüber hinaus in der Arbeiterbildung wirkenden Juristen zu einem einer breiteren Öffentlichkeit bekannten Staatsrechtler der vordersten Reihe aufgerückt, der die Mächtigen des Landes berät, zugleich aber seine Autorität aus seiner fachlichen und parteipolitischen Unabhängigkeit schöpft. Dazu trägt bei, dass Kelsen seine Rolle und Stellung als die eines politischen, d. h. auch außerhalb der scientific community präsenten, öffentlich gesellschaftspolitische Verantwortung übernehmenden Professors versteht. Die wahlrechtspolitischen Beiträge aus dem November und Dezember 1918 dürften insoweit als der Beginn seines diesbezüglichen öffentlichen Wirkens gedeutet werden.

2. Kelsens wahlrechtspolitisches Plädoyer vor der Wiener Juristischen Gesellschaft

Bei dem hier abgedruckten Artikel handelt es sich, wie bereits angedeutet, um die Wiedergabe einer mündlichen Stellungnahme Kelsens im Rahmen der Vollversammlung der Wiener Juristischen Gesellschaft am 4. Dezember 1918. Die traditionsreiche Wiener Juristische Gesellschaft wurde im Oktober 1867 auf Initiative

³⁷⁹ Editorischer Bericht „Das Proportional(wahl)system“, in: HKW 4, S. 580–595 (581–588).

von Johann Nepomuk Prix (1836–1894) und dem Gründungsherausgeber der „Juristischen Blätter“ Lothar Johanny (1835–1886) als unpolitischer und gemeinnütziger Verein zum Zweck der Förderung und Entwicklung des Rechts in Theorie und Praxis gegründet.³⁸⁰ 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 – zweifelsohne Rudolf von Jherings (1818–1892) am 11. März 1872 gehaltenes Referat über den „Kampf ums Recht“.³⁸¹ Kelsen selbst hat wenigstens fünf weitere Male vor der Wiener Juristischen Gesellschaft referiert, und zwar jedes Mal zu einem – auch und gerade für sein eigenes Denken und Wirken – zentralen Thema, so am 20. März 1912 „Über Staatsunrecht“, am 5. November 1919 unter dem Titel „Wesen und Wert der Demokratie“, am 6. November 1929 über „Die Verfassungsreform“ sowie – als gerade emeritierter Gast aus den Vereinigten Staaten – am 11. Februar 1953 zu „Was ist Gerechtigkeit“ und schließlich achtzigjährig am 6. Juni 1962 zu „Naturrechtslehre und Rechtspositivismus“.³⁸²

Kelsens Ko-Referat zum „Verhältniswahlrecht“ wird, gemeinsam mit der restlichen Dokumentation der Beiträge auf der fraglichen Vollversammlung der Wiener Juristischen Gesellschaft, mehr als einen Monat später in der „Gerichtshalle“ abgedruckt. Die Wiedergabe der Vollversammlung vom 4. Dezember 1918 ist auf zwei Ausgaben der Zeitschrift aufgeteilt: Die einleitenden Bemerkungen des Vorsitzenden sowie rund zwei Drittel des Vortrags von Walter Schiff finden sich in der Doppelnummer 3/4 vom 12. Januar 1919 (S. 20f.), das letzte Drittel der Schiffschens Ausführungen, Kelsens Statement sowie sich daran anschließende Bemerkungen des Wiener Strafrechtslehrer Alexander Löffler (1866–1929) zur Wahlrechtsthematik sind in der folgenden Doppelnummer 5/6 vom 26. Januar 1919 (S. 26–28) abgedruckt. Ursprünglich war vorgesehen, den drittletzten k.k. Ministerpräsidenten, Ernst Seidler (1862–1931, k.k. Ministerpräsident 23. Juni

³⁸⁰ Näher dazu *Werner Ogris*, 100 Jahre Wiener Juristische Gesellschaft (1867 bis 1967), in: *Juristische Blätter* 91 (1969), S. 246–252.

³⁸¹ Wesentlich erweiterte, im Druck 96 Seiten umfassende Ausarbeitung des Vortrags: *Rudolf von Jhering*, *Der Kampf um's Recht*, Wien 1872.

³⁸² *Hans Kelsen*, *Über Staatsunrecht*, in: [Grünhuts] *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart* 40 (1914), S. 1–114 = HKW 3, S. 439–531 (diese über 110 Seiten lange Fassung ist freilich allenfalls teildentisch mit der nicht als solche veröffentlichten Vortragsfassung vom 20. März 1912; Bericht über den Vortrag von *A. Eg.*, Aus den Vereinen. Wiener Juristische Gesellschaft, in: *Juristische Blätter* 13 (1912), S. 147–149); *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 = HKW 4, S. 199–208; *Hans Kelsen*, *Die Verfassungsreform*, in: *Juristische Blätter* 58 (1929), S. 445–457 (nur teildentisch mit der nicht veröffentlichten Vortragsfassung vom 6. November 1929); *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; *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.

1917–25. Juli 1918), zur seinerzeit aktuellen Frage der Gestaltung des neuen Wahlrechts sprechen zu lassen. Nach Seidlers Erkrankung hatte Kelsen zugesagt, dessen Part zu übernehmen. Da Kelsen zu Beginn der Vollversammlung indes wohl noch den Beratungen des Verfassungsausschusses der Provisorischen Nationalversammlung beiwohnte, der an diesem Tage über das Gesetz über das deutsch-österreichische Staatsbürgerrecht – hier höchstwahrscheinlich über die sogenannte „Lex Kemetter“ – beriet,³⁸³ erklärte sich – offenbar spontan – Walter Schiff bereit, etwas aus dem Stegreif zur angesetzten Wahlrechtsthematik zu sagen. Kelsen stieß wohl erst gegen Ende der Ausführungen von Schiff zur Vollversammlung, hat aber offenbar, wie seine Anknüpfungen an das zuvor von Schiff Gesagte belegen, noch wenigstens teilweise Kenntnis davon erlangt. Dass sowohl Kelsen als auch Löffler nur mehr eine Art ergänzende Kommentare zu dem Vortrag von Schiff abgaben, erhellt daraus, dass der Umfang von Kelsens Ausführungen nicht einmal halb so viel Platz einnimmt wie jene von Schiff und die Bemerkungen Löfflers gar nur rund ein Viertel. Desungeachtet standen Kelsens Überlegungen zur Gestaltung des Proportionalwahlrechts im Zentrum der Überlegungen an diesem Abend; das beweist nicht zuletzt die Bezugnahme Schiffs auf Kelsens „ausgezeichnete Aufsätze im ‚Österreichischen Volkswirt‘, in der ‚Arbeiter-Zeitung‘ und in der ‚Neuen Freien Presse‘“,³⁸⁴ denen er erhebliche Teile seiner Ausführungen widmet.

3. Duktus

Es ist bereits angeklungen, dass es sich bei Kelsens Ausführungen nicht um einen für sich stehenden, selbständigen Beitrag und auch nicht im eigentlichen Sinne um einen Vortrag handelt. Die gerade einmal rund 9000 Zeichen (inkl. Leerzeichen) Haupttext, die selbst bei mäßigem Sprechtempo – Kelsen war ganz und gar kein Schnellsprecher – kaum mehr als eine Viertelstunde gefüllt haben dürften, verfügen über keinerlei Überschrift, Gliederung oder wissenschaftlichen Apparat. Sie knüpfen an den vorausgehenden Hauptvortrag von Walter Schiff an und begnü-

³⁸³ Die Lex Kemetter wird erläutert in *Hans Kelsen*, Die Verfassungsnovelle, in: Neue Freie Presse Nr. 19513 vom 20. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 3–4 (3 III) = HKW 4, S. 59–67 (63f. mit Hrsg.-Anm. 25); am 4. Dezember 1918 tagten in der Provisorischen Nationalversammlung nur zwei Ausschüsse: der Verfassungs- sowie der Finanzausschuss. Aus dem Index der Stenographischen Protokolle der Provisorischen Nationalversammlung lässt sich schließen, dass die „Lex Kemetter“ wohl am 4. Dezember im Verfassungsausschuss beraten wurde (Stenographische Protokolle über die Sitzungen der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich 1918–1919, S. 99f., 125f.). Die Provisorische Nationalversammlung erhielt die Zuschrift des Staatsrates, der die Abänderung der „Lex Kemetter“ zum Ziel hatte, am 4. Dezember. Am selben Tag wies sie die Materie dem Verfassungsausschuss zu. Der Ausschuss hatte in der fraglichen Zeit keine anderen Beratungsgegenstände als das Gesetz über das deutschösterreichische Staatsbürgerrecht, welches bereits am Folgetag, dem 5. Dezember 1918, von der Provisorischen Nationalversammlung auf der Grundlage des Berichtes des Verfassungsausschusses nicht nur beraten, sondern auch beschlossen wurde (Gesetz vom 5. Dezember 1918 über das deutschösterreichische Staatsbürgerrecht, StGBI 1918/91).

³⁸⁴ *Walter Schiff*, in: Gerichtshalle 63 (1919), S. 26.

gen sich im Wesentlichen damit, die gegen Kelsens andernorts bereits unterbreiteten Vorschlag einer proportionalen Einerwahl vorgebrachten oder denkbaren Einwände auszuräumen. Der Text, der ja auch äußerlich wie ein Teil eines stenographischen Berichtes daherkommt, wirkt wie gesprochen, d. h. wie spontan formuliert, mag Kelsen auch hier und da sprachlich-stilistische Glättungen vorgenommen haben. Jedenfalls fehlen in auffälligem Maße die für Kelsens Schriftdeutsch typischen Häufungen von Schachtelsätzen, Hervorhebungen durch Kursvierungen oder Sperrungen und Gedankenerweiterungen durch Parenthesen. Stattdessen findet sich an mancher Stelle ein für den literarischen Kelsen sonst ganz unüblicher Ich-Stil.

Inhaltlich sind seine Ausführungen gewissermaßen in einem gedanklichen Dreischritt angelegt (ohne dass diese Gliederung indes äußerlich sichtbar gemacht wäre): Kelsen legt seinen Zuhörern zunächst dar, dass das von ihm präferierte Wahlsystem – „eine Verquickung von Proportionalität und Einerwahl“³⁸⁵ – bereits einige Protagonisten kennt, allen voran den im Auditorium anwesenden Wilhelm Pappenheim (1860–1939) und niemand Geringeres als den aktuellen Staatskanzler Karl Renner (1870–1950). Im zweiten Schritt erläutert er die Funktionsweise der proportionalen Einerwahl, um im abschließenden dritten Schritt die dagegen gerichteten Einwände aufzugreifen und zu entkräften; im Mittelpunkt, sozusagen als Hauptvorwürfe an die Adresse der proportionalen Einerwahl, stehen die Einwände, dass dieses Wahlsystem aufgrund des deutschösterreichischen Partikularismus nicht funktionieren könne und dass es im Kern unehrlich sei, weil und indem dem Wähler vorgetäuscht werde, er wähle nur den von ihm bestimmten Abgeordneten, indes seine Stimme gegebenenfalls auch für weitere Kandidaten derselben (Partei-)Liste zählen könnte. Kelsen nimmt sich der Einwände mit großer Umsicht an und entkräftet sie. Auf den von Staatskanzler Renner eine Woche zuvor – am 27. November 1918 – vorgelegten und Kelsen bestens bekannten Entwurf der Wahlordnung zur Konstituierenden Nationalversammlung, der, bezogen auf die Grundanlage des Wahlsystems, am 18. Dezember 1918 Gesetz werden sollte, geht Kelsen nicht ein. Stattdessen erinnert Kelsen daran, dass der „Abgeordnete Dr. Karl Renner“ im Jahre 1904 selbst das Modell einer proportionalen Einerwahl vertreten habe.³⁸⁶ Die Sachlichkeit, der Realismus und zugleich das Engagement, welche Kelsens Statement insgesamt ausstrahlt, kommen in seinem Schlussabsatz – in der vorgenannten Reihenfolge – paradigmatisch zum Ausdruck: „Ich glaube eigentlich damit alle Argumente widerlegt zu haben, die gegen das System der proportionellen Einerwahl vorgebracht werden. Allerdings verhehle ich mir nicht, daß die politischen Aussichten dieses Systems sehr geringe sind und es würde schon einen ungewöhnlichen Erfolg bedeuten, wenn die Wahlkreiseinteilung nur für Wien aufgegeben w[ü]rde. Es wäre aber sehr zweckmäßig, wenn

³⁸⁵ *Hans Kelsen*, [Verhältnswahlrecht. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 4. Dezember 1918], in: Gerichtshalle 63 (1919), S. 27–28 (27i) = HKW 4, S. 169–174 (171).

³⁸⁶ *Kelsen*, Verhältnswahlrecht (Anm. 385), S. 27i = HKW 4, S. 169–174 (171f.).

sich gegen die Wahlkreiseinteilung möglichst viel Stimmen in der Öffentlichkeit erheben würden.“³⁸⁷

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.³⁸⁸ Mit Rücksicht darauf, dass die Seiten der „Gerichtshalle“ zweiseitig gesetzt sind, wurde anstelle des bloßen Seitenumbruchs der Spaltenumbruch markiert und durch Hinzufügung einer kleiner gesetzten römischen Zahl ausgezeichnet (Bsp.: 27ⁱⁱ).

Zur Kontextualisierung von Kelsens Ausführungen wurden die einleitenden Bemerkungen des seinerzeitigen Vorsitzenden der Wiener Juristischen Gesellschaft Franz Klein im editorischen Apparat abgedruckt,³⁸⁹ um nicht den Rahmen zu sprengen, wurde indes davon abgesehen, auch die Referate von Schiff und Löffler, die zusammengenommen knapp den dreifachen Umfang des Kelsen-Textes ausmachen, im Wortlaut zu dokumentieren.

Vom Wesen und Werte der Demokratie. Vortrag vor der Wiener
Juristischen Gesellschaft am 5. November 1919 (1919)
Wesen und Wert der Demokratie. Vortrag vor der Wiener
Juristischen Gesellschaft am 5. November 1919 (1919)

HKW 4, 175–198

HKW 4, 199–208

I. Textkonstitution, Publikationsmedium und Überlieferung

Am 5. November 1919 hielt Kelsen einen seiner insgesamt sechs Vorträge vor der Vollversammlung der Wiener Juristischen Gesellschaft. Dieser Vortrag ist in zwei Publikationsorganen, nämlich zum einen in der Zeitschrift „Gerichtshalle“ und zum anderen in der Zeitschrift „Juristische Blätter“, im November/Dezember 1919 in deutlich voneinander abweichender Form dokumentiert worden. Bereits äußerlich treten markante Unterschiede hervor: Während in der „Gerichtshalle“ als Vortragstitel „Vom Wesen und Werte der Demokratie“ erscheint, wird als Titel

³⁸⁷ Kelsen, Verhältniswahlrecht (Anm. 385), S. 281 = HKW 4, S. 169–174 (174).

³⁸⁸ Vgl. oben S. 5–22.

³⁸⁹ Hans Kelsen, Verhältniswahlrecht. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 4. Dezember 1918 (1919), in: HKW 4, S. 169–174 (170 Hrsg.-Anm. 1).

in den „Juristische Blätter“ „Wesen und Wert der Demokratie“ genannt. Weit gewichtiger noch ist indes, dass der in der „Gerichtshalle“ abgedruckte Beitrag den mehr als dreieinhalbfachen Umfang von jenem hat, der sich als Bericht über denselben Vortrag in den „Juristische Blätter“ versteht.³⁹⁰

1. Die „Wesen und Wert“-Variante in der „Gerichtshalle“

Die ausführlichere Variante erschien in zwei Teilen mit insgesamt rund 63000 Zeichen (einschließlich Leerzeichen) im 63. Jahrgang der „Gerichtshalle. Organ für Rechtspflege und Volkswirtschaft“ in (Doppel-)Nummer 49/50 am Sonntag, den 30. November 1919, S. 292–294, sowie in der darauf folgenden (Doppel-)Nummer 51/52 am Sonntag, den 28. Dezember 1919, S. 304–308.

Keiner der beiden Teile trägt einen eigenständigen, inhaltsanzeigenden Titel oder weist in üblicher Weise den Namen des Autors aus.³⁹¹ Eine Hauptüberschrift, Zwischenüberschriften oder sonstige Textgliederungsmittel fehlen (sieht man einmal von Absätzen ab) ebenso wie Fuß- und Endnoten. Gelegentliche Wortsperungen bilden die einzige Form der Hervorhebungen. Überhaupt ist die Vortragsdokumentation nicht in der sonst üblichen Weise als selbständiger wissenschaftlicher Beitrag ausgeflaggt. Der zweispaltig in Fraktur gesetzte Text versteht sich vielmehr als – namentlich nicht gekennzeichnet – Bericht von einer der Vollversammlungen der Wiener Juristischen Gesellschaft, über die die „Gerichtshalle“ zu jener Zeit regelmäßig berichtete; er erschien daher – in beiden Teilen – schlicht unter der (Rubrik-)Überschrift „Wiener Juristische Gesellschaft“. Der eigentliche Titel von Kelsens Ausführungen kann nur dem knappen, Kelsens Namen falsch wiedergebenden – es ist von „Prof. Dr. Kalser“³⁹² die Rede – Einleitungssatz des ersten Teils, der wie eine Anmoderation daherkommt, entnommen werden. Dieser lautet: „An dem ersten Abend dieser Saison hielt Prof. Dr. Kalser einen Vortrag unter dem Titel ‚Vom Wesen und Werte der Demokratie‘, in welchem Vortrage er im Wesentlichen folgendes ausführte:“. Der rund dreieinhalb Wochen nach dem Vortragsabend erfolgende Abdruck des ersten Teils endet abrupt und mit dem kurzen Hinweis: „(Fortsetzung folgt.)“. In der exakt vier Wochen später, nämlich in der darauffolgenden (Doppel-)Nummer der „Gerichtshalle“ abgedruckten Fortsetzung wird Kelsens Name richtig geschrieben. Der zweite, deutlich längere Teil setzt, ohne eine Erläuterung seiner Verbindung zum ersten Teil zu enthalten, den Textfluss einfach fort. Lediglich der in den ersten zwei Zeilen des zweiten Teiles sich findende Satzeinschub „so äußerte sich der Vortragende, Professor Dr. Kelsen“ ist – neben der Überschrift „Wiener Juristische Gesellschaft. (Fortsetzung.)“ – für den regelmäßigen, mit den Präsentationsusancen der Zeitschrift vertrauten Leser ein untrüglicher Hinweis darauf, dass es sich hierbei um den

³⁹⁰ Ein eingehenderer Textvergleich findet sich nachstehend unter II.2.b, S. 710–713.

³⁹¹ Zur Autorschaft Kelsens siehe nachfolgend II.3, S. 761 f.

³⁹² In: Gerichtshalle 63 (1919), S. 292–294 (292i).

zweiten Teil der Dokumentation von Kelsens Vortrag vom 5. November 1919 handelt. Der Bericht aus der Wiener Juristischen Gesellschaft endet ähnlich, wie er begonnen hat: Zu Beginn stand lediglich ein kurzer Einführungssatz, am Ende fehlt sogar jegliche, an den Veranstaltungsrahmen erinnernde Einfassung – das Berichtsende und das Ende von Kelsens Vortrag fallen schlicht in eins. An drei Stellen finden sich im Text Einschübe von fremder Hand, welche die Sprechsituation näher charakterisieren und damit den Eindruck des Authentisch-Dokumentarischen erwecken, nämlich zu Beginn des zweiten Teils mit „so äußerte sich der Vortragende, Professor Dr. Kelsen,“³⁹³ etwa in der Mitte des Gesamttextes mit „wie Professor Dr. Kelsen erklärt“³⁹⁴ und als Einleitung des Schlussabsatzes mit „Professor Kelsen schließt mit folgender Reminiszenz“.³⁹⁵

Die „Gerichtshalle“ charakterisierte sich selbst im Untertitel als „Organ für Rechtspflege und Volkswirtschaft“. Sie wurde von Band 1 im Jahre 1857 bis zum 82. Jahrgang im Jahr 1938 im Verlag M. Breitenstein (1853–1926) in Wien verlegt; sie galt als dessen bekanntestes Erzeugnis. Als Sonntagszeitung erschien sie wöchentlich sonntags auf acht Seiten im Format DIN A4, im hier interessierenden Zeitraum (November und Dezember 1919) in Doppelnummern grundsätzlich vierzehntägig. Erster Herausgeber der „Gerichtshalle“ war der Wiener Rechtsanwalt Ignaz Pisko (1828–1905). (Mit-)Gründer im Jahr 1857 war der Schriftsteller und Journalist Adolf Kulka (1823–1898), der auch Mitglied der Redaktion der „Wiener Allgemeine Zeitung“ war und die „Gerichtshalle“ 40 Jahre lang leitete. In den Jahren 1905 bis 1917 war der „Neue österreichische Juristenkalender in Verbindung mit einem Fristenvormerkungsprotokoll und einem Auszug aus den Gebührengesetzen in systematischer Anordnung zum Gebrauche für praktische Juristen“ der Zeitschrift als Beilage hinzugefügt. Neben Buchbesprechungen und Aufsätzen wurden auch Zivil- und Strafrechtserkenntnisse abgedruckt, darüber hinaus enthielt die Zeitschrift Rechtsprechungsübersichten, Mitteilungen über Konkurse, Ernennungen von Notaren und Advokaten, sonstige Standespersonalia in der Rubrik „Tages- und Ständefragen“ und mit dem „Sprechsaal“ sogar eine Leserbrief-Rubrik. Im Zentrum des Interesses standen die Entwicklungen in Bezug auf die ordentliche Gerichtsbarkeit mit ihrem Prozessrecht, also dem Zivil- und Strafprozessrecht, unter besonderer Betonung der seinerzeit aktuellen Prozessgesetzgebung aus Praktikersicht. Wenigstens zeitweise diente die „Gerichtshalle“ – neben den „Juristische Blätter“, deren Gründungsherausgeber Lothar Johanny (1835–1886) einer der beiden Initiatoren der Wiener Juristischen Gesellschaft war – als Dokumentationsforum der Sitzungen der Gesellschaft; dafür war eine eigene, „Wiener Juristische Gesellschaft“ überschriebene Rubrik vorgesehen, die, zumeist

³⁹³ Hans Kelsen, [Vom Wesen und Werte der Demokratie. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 5. November 1919], in: Gerichtshalle 63 (1919), S. 292–294, 304–308 (304 ff) = HKW 4, 175–198 (182).

³⁹⁴ Kelsen, Demokratie (Gerichtshalle) (Anm. 393), S. 305 ff = HKW 4, 175–198 (187).

³⁹⁵ Kelsen, Demokratie (Gerichtshalle) (Anm. 393), S. 308 ff = HKW 4, 175–198 (197).

in einer Länge von rund 4 Druckseiten (8 Spalten) pro (Doppel-)Heft, in protokollähnlicher Weise die Vorträge und Beratungen der Gesellschaft dokumentierte; soweit die Dokumentation einer Sitzung der Wiener Juristischen Gesellschaft, die sich – durchaus abweichend vom sonstigen Fokus der „Gerichtshalle“ – bisweilen auch mit staatsrechtlichen oder staatspolitischen Themen beschäftigte, die übliche Länge von 4 Druckseiten überschritt, wurde sie geteilt und im Folgeheft fortgesetzt. – Nach dem „Anschluss“ Österreichs an das Deutsche Reich wurde der inzwischen von der Witwe des Verlegers, Friederike Breitenstein (1872–nach 1941), geführte Betrieb des Verlags M. Breitenstein im Rahmen der sogenannten Arisierung jüdischer Betriebe im Jahre 1938 durch die Gestapo geschlossen. Auf behördliche Anordnung durfte auch die „Gerichtshalle“ nicht weiter verlegt werden.

Weitere Textträger zu diesem Beitrag wie insbesondere der Autograph oder Fahnen, Vorarbeiten oder Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden. Übersetzungen und Nachdrucke sind nicht bekannt. Indessen existieren zwei Beiträge, die mehr oder minder zeitgleich entstanden sind sowie mehr oder minder starke Übereinstimmungen mit diesem Text aufweisen; es handelt sich

- zum einen um die bereits erwähnte, sehr viel kürzere und nachstehend (unten 2.) näher gekennzeichnete Paralleldokumentation desselben Vortrags in den „Juristische Blätter“ (zu einem Textvergleich unten II.2.b, S. 710–713) sowie
- zum anderen um die im April 1920, also lediglich ein Vierteljahr später erscheinende, um Fußnoten und einige Textpassagen ergänzte Publikation „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ im „Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik“, von der zeitgleich ein Separatdruck veranstaltet wurde (zu einem Textvergleich der „Gerichtshalle“-Variante mit der „Archiv“-Variante einschließlich Synopse nachstehend II.2.c, S. 714–761).³⁹⁶

2. Die „Wesen und Wert“-Variante in den „Juristische Blätter“

Die deutlich kürzere Variante erschien in dem von Sonntag, dem 30. November 1919, datierenden Doppelheft 47/48 der Juristische Blätter 48 (1919), S. 378–380. In der Rubrik „Aus den Vereinen“ ist der insgesamt rund 17000 Zeichen (einschließlich Leerzeichen) umfassende Beitrag Kelsens in den Bericht über die Vollversammlung der Wiener Juristischen Gesellschaft eingebettet, die am 5. November 1919 stattgefunden hatte. Wie der Text in der „Gerichtshalle“ ist auch jener in den „Juristische Blätter“ weder mit einer Überschrift noch sonstigen Textgliederungsmerkmalen noch Anmerkungen versehen; wie jener ist auch dieser nicht äußerlich als selbständiger Beitrag eines Einzelautors ausgeflaggt.³⁹⁷ Gelegentliche

³⁹⁶ Hans Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 47 (1920/1921), S. 50–85; Hans Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen 1920.

³⁹⁷ Zur Autorschaft Kelsens siehe nachfolgend II.3., S. 761 f.

Wortsperrungen bilden die einzige Form der Hervorhebung. Anders als in der „Gerichtshalle“ wirkt der Bericht von der Vortragsveranstaltung in den „Juristische Blätter“ freilich eher wie eine das Geschehen mehr oder minder getreulich und vollständig wiedergebende Dokumentation: Er schildert zunächst die Eröffnungsworte des Vorsitzenden der Wiener Juristischen Gesellschaft Franz Klein (1854–1926), leitet dann zur Begrüßung des Vortragenden durch den Vorsitzenden über, teilt das Vortragsthema mit und kommt im Folgenden wie ein Wortprotokoll des Vortrags von Kelsen daher;³⁹⁸ nach dem Schluss des Vortrags verzeichnet der Bericht – wie ein stenographisches Protokoll – „(Lebhafter Beifall)“; die Veranstaltung wird laut Bericht durch Dankesworte des Vorsitzenden an den Vortragenden beschlossen.³⁹⁹

Die „Juristische Blätter. Eine Wochenschrift“ 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 Johanný 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 über 14-tägig (so auch im hier fraglichen Jahre 1919) bis hin zu monatlich. Herausgeber zur Erscheinungszeit von „Wesen und Wert der Demokratie“ 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 sieben Jahrzehnten insgesamt sieben Beiträge⁴⁰⁰ in den „Juristische Blätter“, der erste im Jahre 1906 und der letzte im Jahre 1973.

³⁹⁸ Der Vorspann ist im Wortlaut abgedruckt: *Hans Kelsen*, *Wesen und Wert der Demokratie*. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 5. November 1919 (1919), in: HKW 4, S. 199–208 (200 Hrsg.-Anm. 1).

³⁹⁹ Die auf Kelsens Vortrag folgenden Zeilen des hier einschlägigen Berichts „aus den Vereinen“ sind im Wortlaut abgedruckt: *Hans Kelsen*, *Wesen und Wert der Demokratie*. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 5. November 1919 (1919), in: HKW 4, S. 199–208 (208 Hrsg.-Anm. 37).

⁴⁰⁰ 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 und 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 = HKW 4, S. 195–204; *Hans Kelsen*, *Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österrei-*

Weitere Textträger zu diesem Beitrag wie insbesondere der Autograph oder Fahnen, Vorarbeiten oder Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden. Soweit bekannt, ist diese Fassung von „Wesen und Wert der Demokratie“ nicht übersetzt, freilich einmal – rund zwei Jahrzehnte nach Kelsens Ableben – ohne nähere Erläuterung als authentischer Kelsen-Beitrag nachgedruckt worden:

- *Hans Kelsen*, *Wesen und Wert der Demokratie*, in: Walter Barfuß (Hrsg.), *Jubiläumsschrift 125 Jahre Wiener Juristische Gesellschaft*. Zeitloses aus 125 Jahren, Wien 1992, S. 85–90

Darüber hinaus existiert ein Beitrag, der denselben Vortrag Kelsens dokumentiert, nämlich der bereits mehrfach angesprochene Abdruck in der „Gerichtshalle“ (dazu vorstehend 1. und nachfolgend II.2.b, S. 701–703, 710–713), der seinerseits sehr starke Übereinstimmungen aufweist mit der wenige Monate später, genauer: im April 1920 unter dem Titel „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ im „Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik“ erschienen Publikation, von der zeitgleich ein Separatdruck veranstaltet wurde.⁴⁰¹

II. Entstehung und Versionen, Autorschaft und Duktus

1. Entstehung

Bei den hier abgedruckten Beiträgen handelt es sich, wie bereits angedeutet, um zwei unterschiedliche Fassungen einer Dokumentation von Kelsens Vortrag zu *Wesen und Wert der Demokratie* im Rahmen der Vollversammlung der Wiener Juristischen Gesellschaft am 5. November 1919.

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 als unpolitischer und gemeinnütziger Verein zum Zweck der Förderung und Entwicklung des Rechts in Theorie und Praxis gegründet.⁴⁰² Ihre Hauptaktivität entfaltete und entfaltet sie bis heute in juristischen, häufig praxisorientierten Fachvorträgen mit Diskussionen. Zu den berühmtesten und wirkmächtigsten Vorträgen vor der Gesellschaft zählt – neben Kelsens Vorträgen – zweifelsohne Rudolf von Jherings (1818–1892) am 11. März 1872 gehaltenes Referat über den „Kampf um’s Recht“.⁴⁰³ Kelsen selbst hat wenig-

chischem 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; *Hans Kelsen*, *Gespräch mit Hans Klecatsky*, in: *Juristische Blätter* 95 (1973), S. 305–306.

⁴⁰¹ *Kelsen*, *Demokratie* (Archiv) (Anm. 396); *Kelsen*, *Demokratie* (Separatdruck) (Anm. 396).

⁴⁰² Näher dazu *Werner Ogris*, *100 Jahre Wiener Juristische Gesellschaft (1867 bis 1967)*, in: *Juristische Blätter* 91 (1969), S. 246–252.

⁴⁰³ Wesentlich erweiterte, im Druck 96 Seiten umfassende Ausarbeitung des Vortrags: *Rudolf von Jhering*, *Der Kampf um’s Recht*, Wien 1872.

stens sechs Male ziemlich genau innerhalb eines halben Jahrhunderts vor der Wiener Juristischen Gesellschaft referiert, und zwar jedes Mal zu einem – auch und gerade für sein eigenes Denken und Wirken – zentralen Thema, so am 20. März 1912 „Über Staatsunrecht“, am 4. Dezember 1918 zum „Verhältniswahlrecht“, am 5. November 1919 unter dem Titel „(Vom) Wesen und Wert(e) der Demokratie“, am 6. November 1929 über „Die Verfassungsreform“, am 11. Februar 1953 als gerade emeritierter Gast aus den Vereinigten Staaten zu „Was ist Gerechtigkeit“ und schließlich achtzigjährig am 6. Juni 1962 zu „Nurrechtslehre und Rechtspositivismus“.⁴⁰⁴

Warum Kelsen eingeladen wurde, am 5. November 1919 vor der Wiener Juristischen Gesellschaft zu dem Demokratie-Thema zu sprechen, lässt sich heute nicht mehr mit Sicherheit sagen.⁴⁰⁵ Auch lassen sich retrospektiv nur mehr Vermutungen dazu anstellen, wer die Thematik des Vortrags ausgesucht und vorgeschlagen hat. Gewiss passen die allgemeinen, weithin demokratietheoretischen Ausführungen Kelsens in die Zeit der sich formierenden Ersten Republik, die, je nach Standpunkt, erst respektive bereits über ein Jahr Erfahrung mit der neuen demokratischen Staatsform verfügte; der Beitrag kann als sich anverwandende Vergewisserung über „Wesen und Wert“ der gerade erst angenommenen, noch im manchem unvertraut wirkenden Prägeform des Gemeinwesens gelesen werden. Möglich ist auch, dass Kelsen, der bereits elf Monate zuvor zum Verhältniswahlrecht einen Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft gehalten hatte und schon von daher dem damaligen Vorsitzenden der Gesellschaft, Kelsens privatischem Fakultätskollegen Franz Klein, bestens bekannt war,⁴⁰⁶ motu proprio eine Abhandlung zu Wesen und Wert der Demokratie verfasst hatte, die ihm als Grundlage seines Vortrages diente (dazu nachfolgend 2.b und c, S. 710–761). Es handelt sich um die ersten ausführlichen und unmittelbar thematischen literari-

⁴⁰⁴ *Hans Kelsen*, Über Staatsunrecht, in: [Grünhuts] Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 40 (1914), S. 1–114 = HKW 3, S. 439–531 (diese über 110 Seiten lange Fassung ist freilich allenfalls teilentisch mit der nicht als solche veröffentlichten Vortragsfassung vom 20. März 1912); *Hans Kelsen*, [Verhältniswahlrecht. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 4. Dezember 1918], in: Gerichtshalle 63 (1919), S. 27–28 = HKW 4, S. 165–170; *Kelsen*, Demokratie (Gerichtshalle) (Anm. 393) = HKW 4, 175–198; *Hans Kelsen*, [Wesen und Wert der Demokratie. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 5. November 1919], in: Juristische Blätter 48 (1919), S. 378–380 = HKW 4, S. 199–208; *Hans Kelsen*, Die Verfassungsreform, in: Juristische Blätter 58 (1929), S. 445–457 (nur teilentisch mit der nicht veröffentlichten Vortragsfassung vom 6. November 1929); *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; *Hans Kelsen*, Nurrechtslehre und Rechtspositivismus. Vortrag, gehalten bei der Sitzung der Wiener Juristischen Gesellschaft vom 6. Juni 1962, in: Juristische Blätter 85 (1963), S. 31–33.

⁴⁰⁵ Nach Auskunft des Sekretariats der Wiener Juristischen Gesellschaft vom 23. Oktober 2013 sind keinerlei Archivmaterialien aus der damaligen Zeit, die Aufschluss über die Hintergründe von Kelsens Vortragseinladung hätten geben können, mehr vorhanden.

⁴⁰⁶ Zu Franz Klein siehe *Hans Kelsen*, Wesen und Wert der Demokratie. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 5. November 1919 (1919), in: HKW 4, S. 199–208 (200 Hrsg.-Anm. 1).

schen Äußerungen Kelsens zur Demokratietheorie, der noch eine Reihe weiterer folgen sollte, nicht zuletzt *der* Klassiker der Demokratietheorie in deutscher Sprache, die Zweitaufgabe von „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ aus dem Jahre 1929.⁴⁰⁷ Es darf als gesichert gelten, dass Kelsen den Anstoß zu einer eingehenderen Beschäftigung mit demokratietheoretischen Fragen aus seinem zum Jahreswechsel 1918/1919 besonders starken, ebenso rechtswissenschaftlich wie rechtspraktisch orientierten Engagement in Wahlrechtsfragen erhielt;⁴⁰⁸ letztere führten ihn ein um das andere Mal zu grundsätzlicheren, Wahl-System und Wahl-„Technik“ übersteigenden Überlegungen zu „Wesen und Wert der Demokratie“. Eine – weitere, nämlich nach 1912 und 1918 dritte – Einladung Kelsens zu einem Vortrag mag schließlich auch deswegen gleichsam „in der Luft“ gelegen haben, weil der gerade 38-Jährige zu dieser Zeit mit Fug und Recht als der aufgehende Stern am Himmel der Wiener Rechtsprofessoren gelten durfte: seit November 1918 stand Kelsen als Verfassungsberater in Diensten des Staatskanzlers Karl Renner (1870–1950), seit Mai 1919 war er Mitglied des deutschösterreichischen Verfassungsgerichtshofs, seit August 1919 bekleidete der vormalige etatmäßige Extraordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht neben Adolf Menzel (1857–1938) den zweiten Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht an der ersten rechtswissenschaftlichen Fakultät des Landes; daneben war er weit über die Universität und juristische Fachkreise hinaus als eine Art *public intellectual* bekannt – namentlich durch seine Mitwirkung in der Arbeiterbildung, durch öffentliche Vorträge und besonders durch seine mediale Präsenz in Gestalt von Beiträgen zu aktuellen Rechtsthemen in Tageszeitungen und sonstigen, sich an die interessierte Öffentlichkeit richtenden Periodika.

2. Versionen

a) Viereinhalb Versionen „(Vom) Wesen und Wert(e) der Demokratie“

In der mit Kelsen sich befassenden Forschung stehen bislang zwei Fassungen seiner bahnbrechenden und bis heute ungebrochen aktuellen Schrift zu „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ ganz im Vordergrund des Interesses und der Beschäftigung, und zwar die als Erst- und Zweitaufgabe bekannten Versionen dieses Klassikers politischen Denkens aus den Jahren 1920 und 1929.⁴⁰⁹ Weit weniger – wenn

⁴⁰⁷ *Hans Kelsen*, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl., Tübingen 1929.

⁴⁰⁸ Dazu näher oben Editorischer Bericht „Das Proportional(wahl)system“, in: HKW 4, S. 580–595 (581–593).

⁴⁰⁹ Als exemplarisch mag die unter dem Titel „Verteidigung der Demokratie“ erschienene Sammlung von „Abhandlungen [Hans Kelsens] zur Demokratietheorie“ gelten, die Oliver Lepsius gemeinsam mit dem Herausgeber dieser Edition im Jahre 2006 veranstaltet hat: diese enthält neben fünf weiteren Beiträgen Kelsens zur Demokratie die Volltexte der Erst- und der Zweitaufgabe von „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ (*Hans Kelsen*, *Verteidigung der Demokratie*. *Abhandlungen zur Demokratietheorie*, hrsg. von Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius, Tübingen 2006, S. 1–33 sowie 149–228).

überhaupt – bekannt ist, dass die als Erstaufgabe gehandelte (Kurz-)Monographie keineswegs die Erstbeschäftigung Kelsens mit dem „Wesen und Wert der Demokratie“ markiert und noch nicht einmal die eigentliche Urfassung des Erstaufagentextes darstellt. Vielmehr gehen drei gedruckte Fassungen der später im rechtswissenschaftlichen Schrifttum als Erstaufgabe bezeichneten oder doch wenigstens angesehenen selbständigen Publikation voraus, was Anlass dazu geben könnte, die Sprech- und Schreibweise von „Erstaufgabe“ für die Monographie aus dem Jahre 1920 und „Zweitaufgabe“ für jene aus dem Jahre 1929 in einer nicht mit formalen Parametern (Monographie vs. unselbständiger Beitrag; Selbstbezeichnung usf.) sich begnügenden Betrachtungsweise zu relativieren.

Insgesamt handelt es sich folglich nicht um zwei, sondern um – je nach Zählweise – vier bzw. fünf Fassungen der literarischen Beschäftigung Kelsens mit der Thematik „(Vom) Wesen und Wert(e) der Demokratie“. Im Einzelnen sind dies (der größeren Übersichtlichkeit und besseren Vergleichbarkeit wegen wird hier bei den beiden ersten Versionen auf den Zusatz „Vortrag gehalten ...“ verzichtet):

- (1) [Wesen und Wert der Demokratie], in: Juristische Blätter 48 (1919), S. 378–380 = HKW 4, S. 199–208 mit knapp 17500 Zeichen (hier wie nachfolgend jeweils inkl. Leerzeichen)
- (2) [Vom Wesen und Werte der Demokratie], in: Gerichtshalle 63 (1919), S. 292–294 und 304–308 = HKW 4, S. 175–198 mit rund 63000 Zeichen
- (3) Vom Wesen und Wert der Demokratie, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 47 (1920/1921), S. 50–85 mit rund 86300 Zeichen
- (4) Vom Wesen und Wert der Demokratie, (1. Aufl.) Tübingen 1920, 38 S. mit rund 86300 Zeichen
- (5) Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl., Tübingen 1929, VII und 119 S. mit rund 218600 Zeichen (ohne Titelei: ca. 209800).

Diese fünf Versionen stehen aber nicht einfach gleichberechtigt in sachlicher Hinsicht neben- oder in zeitlicher Perspektive hintereinander. Die Beziehungen der einzelnen Texte untereinander stellen sich vielmehr nicht einheitlich und nicht gleichförmig, sondern komplexer und komplizierter dar: Während die Versionen „Juristische Blätter“ (1) und „Gerichtshalle“ (2) zwar den identischen Vortrag dokumentieren, aber in der Sache zwei in Länge und Wortlaut stark voneinander abweichende Texte darstellen (dazu sogleich b), sind die Version „Archiv für Sozialwissenschaft“ (3) und die Version „1. Aufl.“ (4) vollauf text- und seitenidentisch (wenn auch unterschiedlich paginiert), wobei letztere den Separatdruck der ersteren darstellt und nicht umgekehrt;⁴¹⁰ legt man die Versionen (2) einer- und (3) (sowie (4)) andererseits nebeneinander, so stellt sich erstere als die leicht kürzere und ohne Anmerkungen versehene Fassung der letzteren dar (dazu nach-

⁴¹⁰ Dies ergibt sich – außer aus dem Schriftverkehr zwischen Kelsen und dem Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) – zweifelsfrei auch daraus, dass auf S. 2 der Kleinmonographie der Zusatz erscheint: „Separatdruck aus ‚Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik‘ Band 47, Heft 1. Die Seiten 3–38 dieses Separatdruckes entsprechen den Seiten 50–85 des Archivs.“

stehend c); die Versionen (4) (sowie (3)) einer- und (5) andererseits schließlich stehen im – sozusagen regulären – Verhältnis von 1. und 2. erweiterter bzw., wie Kelsen es in concreto ausgedrückt wissen wollte: „umgearbeiteter“ und auf den rund zweieinhalbfachen Umfang angewachsener Auflage. Auf der Zeitschiene sind die Versionen auch nicht gleichförmig verteilt, ganz im Gegenteil: Versionen (1) bis (4) erscheinen innerhalb eines knappen halben Jahres – von November 1919 bis April 1920 –, während Version (5) erst rund eine knappe Dekade später, nämlich im Jahre 1929, publiziert wird. Und bezieht man die bibliographische Dokumentation der fünf Versionen mit in die Betrachtung ein, so ergibt sich ein weiteres Bild: Während die als Beiträge Kelsens unzweifelhaft ausgewiesenen Versionen (3) bis (5) von Beginn an in den mit Kelsens Autorisierung angefertigten und gedruckten Bibliographien eigener Werke aufgeführt sind sowie als Bestandteil von Kelsens Œuvre betrachtet und diskutiert werden, gilt Gleiches nicht für die Versionen „Juristische Blätter“ und „Gerichtshalle“; zu Kelsens Lebzeiten finden beide keinen Eingang in das von dessen Assistent, Schüler und Freund Rudolf Aladár Métall (1903–1975) erarbeitete Schriftenverzeichnis Kelsens – weder 1931 in der Festschrift zur Vollendung des 50. Geburtstages von Kelsen noch 1934 im Anhang der Erstauflage der „Reine Rechtslehre“ noch 1969 in der mit Kelsens Wissen und Billigung erstellten Biographie.⁴¹¹ Die Version „Juristische Blätter“ wird überhaupt erst knapp zwei Dekaden nach Kelsens Ableben im Jahre 1992 aus Anlass des Jubiläums der „Juristische Blätter“ in einem Sammelband nachgedruckt⁴¹² und, soweit ersichtlich, vom Hans Kelsen-Institut, welches die von Métall begonnene Bibliographie der Werke Kelsens fortführt, erstmals im Jahre 2003 in einer Publikation aufgeführt.⁴¹³ Die erst jüngst im Rahmen der vorliegenden Edition „wiederentdeckte“ Fassung des Vortrags vom 5. November 1919 in der „Gerichtshalle“ findet sich bis dato noch nicht in einer gedruckten Fassung der vom Hans Kelsen-Institut geführten Bibliographie der Werke Kelsens.

⁴¹¹ *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 aus Anlass seines 50. Geburtstages), Wien 1931, S. 417–441; *Rudolf Aladár Métall*, *Bibliographie der Reinen Rechtslehre*, in: Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, 1. Aufl., Leipzig und Wien 1934, S. 155–162 (dort freilich beschränkt auf die „rechtstheoretischen Schriften von Hans Kelsen“); *Rudolf Aladár Métall*, *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Wien 1969, S. 122–161 (Anhang I: Gesamtverzeichnis von Hans Kelsens Veröffentlichungen).

⁴¹² *Hans Kelsen*, *Wesen und Wert der Demokratie*, in: Walter Barfuß (Hrsg.), *Jubiläumsschrift 125 Jahre Wiener Juristische Gesellschaft. Zeitloses aus 125 Jahren*, Wien 1992, S. 85–90.

⁴¹³ *Robert Walter / Clemens Jabloner / Klaus Zeleny* (Hrsg.), *Hans Kelsens stete Aktualität*. Zugleich eine Neuauflage des Bandes 10 der Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts „Hans Kelsen – Ein Leben im Dienste der Wissenschaft“, Wien 2003, S. 115–229 (Anhang 2: Chronologische Bibliographie der Werke Kelsens, S. 127, Werk-Nr. 46a).

b) Vergleich der Versionen „Juristische Blätter“ und „Gerichtshalle“

Die in etwa zeitgleich erschienenen Versionen in den „Juristische Blätter“ und in der „Gerichtshalle“ dokumentieren – freilich ohne Bezugnahme aufeinander – denselben Vortrag Kelsens vor der Wiener Juristischen Gesellschaft. Es klang bereits mehrfach an, dass die Vortragsdokumentationen in Länge und Wortlaut erhebliche Abweichungen voneinander aufweisen; es darf noch einmal daran erinnert werden, dass sie in einem Umfungsverhältnis von etwa 1:3,6 (ca. 17 500 zu ca. 63 000 Zeichen) stehen.

Unbeschadet dessen stimmen beide Texte in puncto Gedankengang, sprich: in Inhalt wie Duktus, im Wesentlichen überein. So behandeln sie in identischer Reihenfolge identische Aspekte, die etwa wie folgt gekennzeichnet werden können (die erste [HKW-]Seitenangabe bezieht sich jeweils auf die „Gerichtshalle“-Version, die zweite jeweils auf die „Juristische Blätter“-Version): Notwendigkeit einer Revision des Demokratiebegriffs (176 \cong 200) – Freiheit und Gleichheit (mit Rousseau (1712–1778)) (176–181 \cong 200 f.) – Minderheitenschutz (181 \cong 202) – Proporz und Repräsentativsystem (181 f. \cong 202) – Bolschewismus (182–185 \cong 202 f.) – Gewaltenteilung (185–187 \cong 203 f.) – Ausrichtung der Demokratie auf einfache Verhältnisse („Primitivismus“), des Bolschewismus auf Anarchie (187 f. \cong 204) – Einschränkung der Repräsentation auf die Arbeiterklasse (189 f. \cong 205) – Führerauslese (191 f. \cong 205 f.) – Bestimmung der Mitwirkungsberechtigten (des „Volkes“) (192–194 \cong 206 f.) – Minderheitenschutz (196 f. \cong 207 f.) – Jesus und Pilatus (197 f. \cong 208). Wie bereits aus dieser knappen Aufstellung ersichtlich, stellen sich die Erörterungen zu den einzelnen Gesichtspunkten in der „Gerichtshalle“-Version jeweils mehr oder minder deutlich ausführlicher und komplexer dar, wobei die Disparität in Ausführlichkeit und Vielschichtigkeit zum Ende beider Texte hin zunimmt. Als Beispiel für eine derartige Disparität mag dienen, dass Kelsen zwar in beiden Texten davon spricht, dass an die Stelle der Freiheit des Einzelnen „der freie Staat“ trete (180 \cong 202), dieser Gedankengang sich aber in der „Gerichtshalle“ deutlich komplexer liest als in den „Juristische Blätter“, wo die Konsequenz, dass nämlich das Individuum dem personifizierten Staate gegenüber auch in der Demokratie „unfrei“ sei, nicht artikuliert wird. So eindeutig die „Gerichtshalle“-Version im Verhältnis zur „Juristische Blätter“-Version die ausführlichere und vielschichtigere ist, so wenig darf daraus jedoch der Schluss gezogen werden, dass diese nichts enthielte, was nicht auch in jener erschiene; zwar wird nur Weniges in der „Juristische Blätter“-Version thematisiert, das kein Pendant in der „Gerichtshalle“-Version findet, doch gehören dazu – im Rahmen der Behandlung der Lehre von der Trennung der Gewalten – zwei interessante Gedanken, nämlich zum einen der Hinweis auf die rechtstheoretische Bedeutungslosigkeit der Funktionentrennung im Stufenbau der Rechtsordnung, (in) dem sich alle Rechtserzeugung in strukturell gleichartiger Weise präsentiert,⁴¹⁴ sowie zum anderen der Hinweis auf

⁴¹⁴ Kelsen, Demokratie (JBl) (Anm. 404), S. 379₁ = HKW 4, S. 199–208 (203 f.).

Montesquieu (1689–1755) Irrtum bezüglich der englischen Herkunft der Gewaltentrennung und auf die tatsächlich englische Herkunft des US-amerikanischen Präsidentenamts;⁴¹⁵ beide Aspekte werden freilich ausführlich in der „Archiv für Sozialwissenschaft“-Version angesprochen – just in jenen Anfangsabsätzen des III. Abschnittes, in denen die umfangreichsten Abweichungen von der „Gerichtshalle“-Version anzutreffen sind.⁴¹⁶ Ebenfalls in den „Juristische Blätter“ (sowie in der „Archiv für Sozialwissenschaft“-Version), nicht hingegen in der „Gerichtshalle“-Version findet sich die dramatische Schlusspointe, die sich ab der „Archiv für Sozialwissenschaft“-Version in allen weiteren Texten zu „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ findet. Während in der „Gerichtshalle“-Version die beiden Schlusssätze wie folgt lauten:

„Vielleicht werden Sie, werden die Gläubigen, die politisch Gläubigen unter ihnen, mir entgegenhalten, daß gerade dieses Beispiel eher gegen als für die Demokratie spreche. Ich will mich auch gar nicht darauf berufen, daß die Stimme des Volkes hier ja schließlich doch die Stimme Gottes war, der auf diesem schmerzlichen Wege seinen Sohn aus der Welt wieder zu sich zurückrief.“⁴¹⁷

heißt der letzte Satz in der „Juristische Blätter“-Version:

„Das Ergebnis dieser Abstimmung könnte allerdings als Einwand gegen die Demokratie gelten, aber nur dann, wenn die politischen Stürmer und Dränger ihrer Sache so gewiß sind wie – der Sohn Gottes!“⁴¹⁸

Im „Archiv für Sozialwissenschaft“, dem Separatdruck („Erstauflage“) und der Zweitauflage heißt es dann übereinstimmend, die „Gerichtshalle“-Version mit der „Juristische Blätter“-Version verkoppelnd⁴¹⁹:

„Vielleicht wird man, werden die Gläubigen, die politisch Gläubigen einwenden, daß gerade dieses Beispiel eher gegen als für die Demokratie spreche. Und diesen Einwand muß man gelten lassen; freilich nur unter einer Bedingung: Wenn die Gläubigen ihrer politischen Wahrheit, die, wenn nötig, auch mit blutiger Gewalt durchgesetzt werden muß, so gewiß sind wie – der Sohn Gottes.“⁴²⁰

Eine Synchronisation beider Beiträge lässt sich darüber hinaus auch anhand markanter (Begriffsver-)Wendungen herstellen, so, wenn in beiden Varianten in identischer Abfolge beispielsweise folgende auffällige Begriffe, Namen oder Wendungen aufscheinen: „Revision des Begriffes“, „Idee der Demokratie“, „antike“ und „germanische“ Freiheitsidee (176 \cong 200); „So verdeckt der Schleier der Staatsper-

⁴¹⁵ *Kelsen*, Demokratie (JBl) (Anm. 404), S. 379_I = HKW 4, S. 199–208 (203).

⁴¹⁶ Dazu nachfolgend c, S. 714–761.

⁴¹⁷ *Kelsen*, Demokratie (Gerichtshalle) (Anm. 393), S. 308_{II} = HKW 4, 175–198 (197f.).

⁴¹⁸ *Kelsen*, Demokratie (JBl) (Anm. 404), S. 380_I = HKW 4, S. 199–208 (208).

⁴¹⁹ „Verkoppelnd“ ist hier in einem sachlich-inhaltlichen und nicht in einem zeitlichen Sinne gemeint, dass etwa die „Juristische Blätter“- und die „Gerichtshalle“-Version der „Archiv für Sozialwissenschaft“-Version in ihrer Fertigstellung vorausgegangen wären. Dazu siehe sogleich im Text.

⁴²⁰ *Kelsen*, Demokratie (Archiv) (Anm. 396), S. 85; *Kelsen*, Demokratie (Separatdruck) (Anm. 396), S. 38; *Kelsen*, Demokratie (2. Aufl.) (Anm. 407), S. 104.

sonifikation ...“ (180 \cong 201); „Hypertrophie“ (184 \cong 203); „von bürgerlicher Seite“ „Max Weber“, „Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland“ (185f. \cong 204); „Autorität nicht Majorität“, „Stahl“ (196f. \cong 207).

Wörtliche Zitate tauchen nur in der „Gerichtshalle“-Version auf, sieht man einmal von den Gemeinplatz-Wendungen „Autorität nicht Majorität“⁴²¹ und „Was ist Wahrheit?“⁴²² sowie von einem in Anführungszeichen gesetzten Satz ab, welcher dem Kontext nach ein Rousseau-Zitat sein könnte, der sich aber als originärer Kelsen-Text entpuppt und das „dem demokratischen Empfinden unerträgliche Faktum der Herrschaft von Mensch über Mensch“ behandelt.⁴²³ Dass hier Anführungszeichen gesetzt werden, kann als Indiz dafür gewertet werden, dass es sich bei der „Juristische Blätter“-Version um eine von dritter Seite gefertigte Mitschrift von Kelsens Vortrag handelt (und nicht etwa um das dem Redakteur der „Juristische Blätter“ zur Verfügung gestellte Vortragsmanuskript Kelsens); die Anführungszeichen wären dann der Hinweis darauf, dass der Vortragende an dieser Stelle einmal in gesicherter Weise verbatim wiedergegeben und nicht nur paraphrasiert wird. Auch das Fehlen sonstiger Zitate deutet darauf hin, dass es sich bei dem gedruckten Text um die Wiedergabe eines nicht streng nach Manuskript gesprochenen Vortrags handelt. Dafür kann schließlich auch die Gesamtanlage der Veranstaltungsdokumentation in der „Juristische Blätter“-Version angeführt werden, gleicht sie doch in manchem einem Stenographischen Bericht; besonders markant ist insoweit die in Klammern hinzugesetzte Publikumsreaktion auf Kelsens Vortrag: „(Lebhafter Beifall.)“.⁴²⁴

Demgegenüber sprechen mehrere Indizien dagegen, dass die „Gerichtshalle“-Version das von Kelsen am 5. November 1919 Vorgetragene getreulich wiedergibt: Schon die Textlänge von rund 63000 Zeichen widerstreitet nachdrücklich der Annahme, es könne sich dabei um das Vortragsmanuskript gehandelt haben. Legt man Kelsens relativ getragenes Sprechtempo zugrunde, so hätte der Vortrag des Gesamttextes aus der „Gerichtshalle“ mit seinen ca. 63000 Zeichen gewiss mehr als anderthalb Stunden in Anspruch genommen – und damit eine Dauer, die für einen Vortrag ungewöhnlich hoch ist; auch hier liegt es deutlich näher, die rund 17500 Zeichen umfassende „Juristische Blätter“-Version für die (annähernd) vollständige Wiedergabe des Vortrags zu halten. Des Weiteren ist es ein Hinweis in der „Gerichtshalle“, welcher just die Authentizität des Wiedergegebenen dokumentie-

⁴²¹ Kelsen, Demokratie (JBl) (Anm. 404), S. 380₁ = HKW 4, S. 199–208 (207).

⁴²² Kelsen, Demokratie (JBl) (Anm. 404), S. 380₁ = HKW 4, S. 199–208 (208).

⁴²³ Kelsen, Demokratie (JBl) (Anm. 404), S. 378_{II} = HKW 4, S. 199–208 (201). Ohne Anführungszeichen taucht dieser Satz auf in: Kelsen, Demokratie (Gerichtshalle) (Anm. 393), S. 293₁ = HKW 4, 175–198 (180); Kelsen, Demokratie (Archiv) (Anm. 396), S. 57; Kelsen, Demokratie (Separatdruck) (Anm. 396), S. 10; Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, S. 325; Kelsen, Demokratie (2. Aufl.) (Anm. 407), S. 11 f.

⁴²⁴ Hans Kelsen, Wesen und Wert der Demokratie. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 5. November 1919 (1919), in: HKW 4, S. 199–208 (208 Hrsg.-Anm. 37).

ren soll, der gegen die Authentizität als Vortragstext spricht: Der (einzige) Einleitungssatz zu Kelsens Vortrag endet mit den Hinweis darauf, dass das Folgende „im wesentlichen“ jenes gewesen sei, das Kelsen an diesem Abend ausgeführt habe. Schon mit Rücksicht auf die Länge kann diese Einschränkung „im wesentlichen“ kaum der Realität entsprochen haben. Darüber hinaus belegt ein Abgleich der „Gerichtshalle“-Version mit der kurze Zeit später erschienenen Version im „Archiv für Sozialwissenschaft“, dass einiges Weniges in der erstgenannten Version im Haupttext und sämtliche Anmerkungen im Vergleich zur zweiten Version fehlen; *insoweit* mag es angebracht erscheinen, davon zu sprechen, die „Gerichtshalle“-Version sei bloß „im wesentlichen“ mit der „Archiv für Sozialwissenschaft“-Version identisch (dazu näher nachfolgend c), nicht aber im Blick auf den an jenem 5. November 1919 zum Vortrag gebrachten Text. Die bereits angesprochenen Satzeinschübe, die auf die Sprechsituation verweisen (vorstehend I.1., S. 701–703), dürften danach als redaktionelle Kunstgriffe zu verstehen sein, die dokumentarische Authentizität insinuieren sollten.

Mit Rücksicht auf diese Hinweise dürfte es das Wahrscheinlichste sein, dass es sich bei der „Juristische Blätter“-Version zwar nicht um das Vortragsmanuskript selbst, aber doch um eine recht wortgetreue Mitschrift des von Kelsen Vorgetragenen handelt; dass dem Referenten diese vor Drucklegung zur Korrektur und zur Autorisierung zugeleitet worden ist, kann zwar mit einem Fragezeichen versehen,⁴²⁵ aber nicht sicher ausgeschlossen werden. Demgegenüber dürfte die „Gerichtshalle“-Version ein redaktionell (mit Kelsens Unterstützung?) nach dem Vortragsabend hergestellter Text sein, der auf der Grundlage des satzfertigen Manuskripts (oder Typoskripts) der wenige Wochen später im „Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik“ abgedruckten Fassung – nämlich durch Kürzung derselben – gefertigt worden ist. Stimmen diese Annahmen, so liegt die Vermutung nicht fern, dass Kelsen den Vortrag zwar in Anlehnung an das „Archiv für Sozialwissenschaft“-Manuskript, aber doch in mehr oder minder freier Rede gehalten hat; daraus würde sich auch umstandslos erklären, dass jene Stellen in der viel kürzeren „Juristische Blätter“-Version, die nicht in der „Gerichtshalle“-Version enthalten sind, der Sache oder sogar dem Wortlaut nach in der „Archiv für Sozialwissenschaft“-Version auffindbar sind.

⁴²⁵ Neben dem als Zitat ausgewiesenen Satz („So verdeckt der Schleier der Staatspersonifikation das dem demokratischen Empfinden unerträgliche Faktum der Herrschaft von Mensch über Mensch.“), der von Kelsen selbst stammt (vgl. vorstehend Anm. 423), dürfte dagegen auch der Umstand sprechen, dass manche Kürzungen oder Weglassungen gegenüber den längeren Fassungen in der „Gerichtshalle“ bzw. im „Archiv für Sozialwissenschaft“ in einer für das Textverständnis so wenig förderlichen Weise erfolgt sind, dass es nicht ganz leicht fällt, dahinter Kelsen selbst zu vermuten.

c) Vergleich der Versionen „Gerichtshalle“ und „Archiv für Sozialwissenschaft“

Will man die beiden „Wesen und Wert“-Versionen in der „Gerichtshalle“ und im „Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik“ (sowie dessen Separatdruck, vgl. vorstehend a) vergleichen, so kann insbesondere eine temporale, eine formale und eine materiale Vergleichsperspektive eingenommen werden.

Unter *zeitlichen* Gesichtspunkten stellt sich das Verhältnis der beiden Versionen wie folgt dar: Die „Gerichtshalle“-Version muss spätestens Mitte/Ende November 1919 vollständig vorgelegen haben. Denn der erste Teil wurde bereits in der (Doppel-)Nummer 49/50 des 63. Jahrgangs der „Gerichtshalle“ am Sonntag, den 30. November 1919, publiziert; die Fortsetzung folgte vier Wochen später in der darauf folgenden (Doppel-)Nummer 51/52 am Sonntag, den 28. Dezember 1919. Heft 1 des 47. Jahrgangs 1920/1921 des „Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik“, in welchem Kelsens Beitrag abgedruckt ist, ist ausweislich eines Aufdrucks auf dem Heftumschlag rund vier Monate später im April 1920 erschienen. Der erhaltenen Verlagskorrespondenz mit dem Verleger des „Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik“, dem Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen,⁴²⁶ lassen sich nähere Hinweise auf die spätestmögliche Fertigstellung des Manuskripts (Typoskripts) entnehmen: Mit Schreiben vom 27. Januar 1920 übersandte Kelsen die korrigierten Fahnen des „Archiv“-Beitrages;⁴²⁷ bereits gut zwei Wochen zuvor, nämlich mit Brief vom 11. Januar 1920, hatte Kelsen dem Verlag mitgeteilt, er habe mit dem Schriftleiter des „Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik“, seinem nahezu gleichaltrigen Freund aus Heidelberger Jahren, dem Ökonomen Emil Lederer (1882–1939),⁴²⁸ verabredet, dass ein Separatdruck von dem „Archiv“-Beitrag veranstaltet werde.⁴²⁹ Beide Daten lassen es sehr wahrscheinlich sein, dass Kelsen das satzfertige Manuskript (Typoskript) bereits vor der Weihnachtspause 1919 dem Verlag zugänglich gemacht hatte. Das würde bedeuten, dass er spätestens im Dezember 1919 das Manuskript abgeschlossen hatte. Die im Vorstehenden (unter b) geäußerten Vermutungen legen sogar nahe, dass Kelsen die „Archiv für Sozialwissenschaft“-Version bereits zum Zeitpunkt des Vortrages vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 5. November 1919 (mehr oder weniger) fertiggestellt hatte. Angesichts dessen kann keineswegs mit Sicherheit davon ausgegangen werden, dass die „Gerichtshalle“-Version vor der „Archiv für Sozialwissenschaft“-Version verfasst worden ist; vielmehr sprechen gute Gründe dafür, dass jene eine – wohl von der

⁴²⁶ Die nachfolgend zitierten Briefe befinden sich inzwischen im Mohr-Archiv in der Handschriftenabteilung der Staatsbibliothek zu Berlin – Preußischer Kulturbesitz, Potsdamer Str. 33 in 10785 Berlin.

⁴²⁷ Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 27. Januar 1920.

⁴²⁸ Vgl. *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (41).

⁴²⁹ Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 11. Januar 1920.

Redaktion der „Gerichtshalle“ – gekürzte Version dieser darstellt – und dementsprechend die jüngere Version wäre.

In *formaler* Hinsicht unterscheiden sich beide Versionen trotz überwiegender textlich-inhaltlicher Übereinstimmung in mehrfacher Weise (siehe die nachfolgende Synopse): Die „Gerichtshalle“-Version besitzt keine reguläre Überschrift; ein üblicher Hinweis auf den Autor des Textes fehlt ebenso; der dem von dritter Hand hinzugefügten Einleitungssatz zu entnehmende Titel lautet: „Vom Wesen und Werte der Demokratie“; der Beitrag ist – außer durch Absätze – nicht weiter unterteilt; Anmerkungen sind keine vorhanden; dafür enthält die „Gerichtshalle“-Version an drei Stellen textverbindende Sprechsituation-Beschreibungen (z. B. „wie Professor Dr. *Kelsen* erklärt“). Demgegenüber ist die Abhandlung im „Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik“ in der üblichen Weise mit einem Titel – „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ – und der Autorenzuschreibung unmittelbar unter dem Titel versehen; sie ist in sieben mit römischen Ordnungszahlen versehene Abschnitte unterteilt; und dem Haupttext sind insgesamt 50 fortlaufend nummerierte Fußnoten beigegeben. Auch rein quantitativ ergeben sich deutliche Unterschiede: Während die „Gerichtshalle“-Version rund 63000 Zeichen besitzt, schlagen ca. 86300 Zeichen, nämlich rund 72600 Haupttext- und 13700 Fußnotentextzeichen – und damit rund 37% mehr Textumfang – für die „Archiv für Sozialwissenschaft“-Version zu Buche; stellt man ausschließlich auf den Haupttext ab, so weist die „Archiv für Sozialwissenschaft“-Version einen um 15% größeren Umfang aus.

(Fortsetzung des Fließtextes nach der folgenden Synopse auf S. 760)

Synoptische Darstellung: Vom Wesen und Wert der Demokratie

*Gerichtshalle 63 (1919),
S. 292–294, 304–308*

*Archiv für Sozialwissenschaft
und Sozialpolitik 47 (1920/1921), S. 50–85*

|50 [Vom Wesen und Werte der Demokratie]

[Vom Wesen und Wert der Demokratie.

I.

Die bürgerlichen Revolutionen von 1789 und 1848 hatten das demokratische Ideal beinahe zu einer Selbstverständlichkeit des politischen Denkens gemacht; – selbst wer sich seiner Verwirklichung mehr oder weniger zu widersetzen unternahm, glaubte dies meist nur mit einer höflichen Verbeugung vor dem grundsätzlich anerkannten Prinzip und unter einem vorsichtigen Deckmantel demokratischer Terminologie wagen zu dürfen. Ein offenes und unumwundenes Bekenntnis zur *Autokratie* ist während der letzten Jahrzehnte weder bei einem bedeutenden Staatsmanne noch bei einem namhaften Literaten zu verzeichnen. *Demokratie* ist das die Geister im 19. und 20. Jahrhundert fast allgemein beherrschende Schlagwort. Gerade darum aber verliert es – wie jedes Schlagwort – seinen festen Sinn. Weil man es – dem politischen Modezwang unterworfen – zu allen möglichen Zwecken und bei allen möglichen Anlässen benutzen zu müssen glaubt, nimmt dieser mißbrauchteste aller politischen Begriffe die verschiedensten, einander oft sehr widersprechenden Bedeutungen an, sofern ihm nicht die übliche Gedankenlosigkeit des vulgärpolitischen Sprachgebrauches zu einer keinen bestimmten Sinn mehr beanspruchenden, konventionellen Phrase degradiert.

|292 1 |Die durch den Weltkrieg ausgelöste soziale Revolution zwingt zu einer Revision des Begriffes der Demokratie. Gegenüber der *Diktatur des Proletariats* – sowie sie die neokommunistische Theorie des Bolschewismus auffaßt – wird die Demokratie, wie ehedem gegenüber der monarchistischen Autokratie, von neuem zum Problem.

Da zwingt die durch den Weltkrieg ausgelöste soziale Revolution zu einer Revision auch dieses politischen Wertes. Jene grandios organisierte Massenbewegung, die bisher mit größter Energie und mit größtem Erfolg auf eine *Demokratie* gerichtet war, die neben dem *Sozialismus* – wie ja der |Name der führenden Partei bezeugt – die Hälfte ihres geistigen Wesens darstellte, diese Bewegung staut, ja spaltet sich gerade an jenem Punkte, wo es gilt, nicht nur die Grundsätze des Sozialismus, sondern vor allem diejenigen der Demokratie zu verwirklichen. Wäh-

*Gerichtshalle 1919**Archiv für Sozialwissenschaft 1920*

In der *Idee* der Demokratie – und von ihr, nicht von der ihr mehr oder weniger angenäherten politischen Wirklichkeit soll zunächst die Rede sein – vereinigen sich zwei oberste Postulate unserer praktischen Vernunft, drängen zwei Urinstinkte des geselligen Lebewesens nach Befriedigung. Fürs eine die Reaktion gegen den aus dem gesellschaftlichen Zustande fließenden Zwang, der Protest gegen den fremden Willen, dem sich der eigene beugen muß, gegen die Qual der Heteronomie. Es ist die Natur selbst, die sich in der Forderung der *Freiheit* gegen die Gesellschaft aufbäumt. Die Last des fremden Willens, die soziale Ordnung auferlegt, wird umso drückender empfunden, je unmittelbarer im Menschen das primäre Gefühl des eigenen Wertes sich in der Ablehnung jedes Mehrwertes eines anderen äußert, je elementarer gerade dem Herrn, dem Befehlenden gegenüber, das Erlebnis des zum Gehorsam Gezwungenen ist: Er ist ein Mensch wie ich, wir sind *gleich!* Wo ist also sein Recht, mich zu beherrschen? So stellt sich die

rend der eine Teil nur zögernd und von mannigfachen Hindernissen gehemmt, die alte Richtung weiter zu verfolgen sucht, drängt der andere stürmisch und entschlossen einem neuen Ziele zu, das sich frei und offen als eine Form der Autokratie enthüllt. Gegenüber der *Diktatur des Proletariates* – so wie sie die neokommunistische Theorie des Bolschewismus auffaßt – wird die Demokratie, wie ehemals gegenüber der *monarchischen* Autokratie, von Neuem zum Problem.

In der *Idee* der Demokratie – und von ihr, nicht von der ihr mehr oder weniger angenäherten politischen Wirklichkeit soll zunächst die Rede sein – vereinigen sich zwei oberste Postulate unserer praktischen Vernunft, drängen zwei Urinstinkte des geselligen Lebewesens nach Befriedigung. Fürs eine die Reaktion gegen den aus dem gesellschaftlichen Zustande fließenden Zwang, der Protest gegen den fremden Willen, dem sich der eigene beugen muß, gegen die Qual der Heteronomie. Es ist die Natur selbst, die sich in der Forderung der *Freiheit* gegen die Gesellschaft aufbäumt. – Die Last fremden Willens, die soziale Ordnung auferlegt, wird um so drückender empfunden, je unmittelbarer im Menschen das primäre Gefühl des eigenen Wertes sich in der Ablehnung jedes Mehrwertes eines anderen äußert, je elementarer gerade dem Herrn, dem Befehlenden gegenüber das Erlebnis des zum Gehorsam Gezwungenen ist: Er ist ein Mensch wie ich, wir sind *gleich!* Wo ist also sein Recht, mich zu beherrschen¹⁾? So stellt sich die

¹⁾ In dieser Ablehnung alles persönlichen Mehrwertes liegt der *antiheroische Charakter der Demokratie*, den besonders hervorhebt: *Koigen, Die Kultur der Demokratie, 1912.* „In dem Kampfe gegen das Titanentum, gegen die Willkür und die Launen des Gewaltmenschen und des Heros ist der demokratische Kulturgedanke geboren und im Kampfe um die Vermenschlichung sowohl der natürlichen, usurpatorischen wie der supranatürlichen, göttlichen Willensäußerungen ist er groß geworden.“ A. a. O. S. 4.

Gerichtshalle 1919

durchaus negative Idee der *Gleichheit* in den Dienst der ebenso negativen Forderung der *Freiheit*.

52 Aus der Annahme, daß wir – in der Idee – gleich seien, kann wohl die Forderung abgeleitet werden, daß wir einander nicht beherrschen sollen. Allein die Erfahrung lehrt, daß, wenn wir in der Wirklichkeit gleich bleiben wollen, wir uns beherrschen lassen müssen. Darum verzichtet aber die politische Ideologie keineswegs darauf, Freiheit und Gleichheit miteinander zu verbinden. Gerade die Synthese beider Prinzipien ist für die Demokratie charakteristisch. Nur daß eben der Begriff der Freiheit einen solchen Bedeutungswandel erfahren muß, daß er überhaupt in die Sphäre politischen Kalküls eingehen kann. Aus der absoluten Negation der Herrschaft und somit des Staates überhaupt wird eine besondere Form derselben. Wenn wir schon beherrscht werden müssen, so wollen wir nur von uns selbst beherrscht sein. Politisch frei ist, wer keinem anderen als seinem eigenen Willen untertan. In dieser Bedeutung findet der Gedanke der Freiheit sich mit dem der Gleichheit zur Begründung der demokratischen Idee. Man pflegt die Freiheit als politische Selbstbestimmung des Bürgers, als Mitwirkung an der Bildung des herrschenden Willens im Staate, als die *antike* Freiheitsidee der *germanischen* entgegensetzen, die sich in der Vorstellung eines Freiseins von Herrschaft, eines Freiseins vom Staate überhaupt erschöpft. Indes handelt es sich dabei nicht eigentlich um einen historisch-ethnographischen Unterschied. Der Schritt von der germanischen zu der sogenannten antiken Gestaltung des Freiheitsproblems ist nur die erste Stufe jenes *unvermeidlichen Wandlungsprozesses*, jener Denaturierung, der der ursprüngliche Frei-

|52

Archiv für Sozialwissenschaft 1920

durchaus negative Idee der *Gleichheit* in den Dienst der ebenso negativen Forderung der *Freiheit*.

Aus der Annahme, daß wir – in der Idee – gleich seien, kann wohl die Forderung abgeleitet werden, daß einer den andern nicht beherrschen solle. Allein die Erfahrung lehrt, daß wenn wir in der Wirklichkeit gleich bleiben wollen, wir uns beherrschen lassen müssen. Darum verzichtet aber die politische Ideologie keineswegs darauf, Freiheit und Gleichheit miteinander zu verbinden. Gerade die Synthese beider Prinzipien ist für die Demokratie charakteristisch²⁾. Nur daß eben der Begriff der Freiheit einen solchen Bedeutungswandel erfahren muß, damit er überhaupt in die Sphäre politischen Kalküls eingehen kann. Aus der absoluten *Negation* der Herrschaft und somit des Staates überhaupt wird eine besondere *Form* derselben. Wenn wir schon beherrscht werden müssen, so wollen wir nur von uns selbst beherrscht sein. Politisch frei ist, wer keinem anderen als seinem eigenen Willen untertan. In dieser Bedeutung findet sich der Gedanke der Freiheit mit dem der Gleichheit zur Begründung der demokratischen Idee.

Man pflegt die Freiheit als politische Selbstbestimmung des Bürgers, als Mitwirkung an der Bildung des herrschenden Willens im Staate, als die *antike Freiheitsidee* der *germanischen* entgegensetzen, die sich in der Vorstellung eines Freiseins von Herrschaft, eines Freiseins vom Staate überhaupt erschöpft. – Indes handelt es sich dabei nicht eigentlich um einen historisch-ethnographischen Unterschied. Der Schritt von der germanischen zu der sogenannten antiken Gestaltung des Freiheitsproblems ist nur die erste Stufe jenes unvermeidlichen Wandlungsprozesses, jener Denaturierung,

²⁾ Das kommt schon in dem Worte *Ciceros* zum Ausdruck: „Itaque nulla alia in civitate, nisi in qua *populi potestas summa est*, ullum domicilium *libertas* habet: qua quidem certe nihil potest esse dulcius et quae, si *aequa* non est, ne *libertas* quidem est“.

*Gerichtshalle 1919**Archiv für Sozialwissenschaft 1920*

heitsinstinkt auf dem Wege unterworfen ist, den das menschliche Bewußtsein aus dem Zustande der Natur in den Zustand der staatlichen Zwangsordnung zurücklegt. Dieser Bedeutungswandel im Begriffe der Freiheit ist überaus charakteristisch für die Mechanik unseres sozialen Denkens. Die ungeheure, gar nicht überschätzbare Bedeutung, die dem Freiheitsgedanken in der politischen Ideologie zukommt, ist nur erklärlich, sofern er aus einer letzten Quelle der menschlichen Seele, aus eben jenen staatsfeindlichen Umrissen, entspringt, der das Individuum *gegen* die Gesellschaft stellt. Und doch wird in einer fast rätselhaften Selbsttäuschung dieser Freiheitsgedanke zum bloßen Ausdrucke für eine bestimmte Stellung des Individuums *in* der Gesellschaft. Aus der Freiheit der Anarchie wird die Freiheit der Demokratie. Der Wandel ist größer, als es auf den ersten Blick erscheint. *Rousseau*, vielleicht der bedeutendste Theoretiker der Demokratie, stellt die Frage nach dem besten Staat – und das ist für ihn das Problem der Demokratie – mit den Worten: Wie findet man eine Gesellschaftsform, die jedes Glied verteidigt und schützt und in der jeder einzelne, obgleich er sich mit allen vereint, gleichwohl nur sich selbst gehorcht und so frei bleibt wie vorher. Wie sehr ihm die *Freiheit* der Grund- und Eckstein seines

der der ursprüngliche Freiheitsinstinkt auf dem Wege unterworfen ist, den das menschliche Bewußtsein aus dem Zustande der Natur in den Zustand der staatlichen Zwangsordnung zurücklegt. Dieser Bedeutungswandel im Begriffe der Freiheit ist überaus charakteristisch für die Mechanik unseres sozialen Denkens. Die ungeheure, gar nicht überschätzbare Bedeutung, die gerade dem Freiheitsgedanken in der politischen Ideologie zukommt, ist nur erklärlich, sofern er aus einer letzten Quelle der menschlichen Seele, aus eben jenem staatsfeindlichen Urinstinkt entspringt, der das Individuum *gegen* die Gesellschaft stellt. Und doch wird in einer fast rätselhaften Selbsttäuschung dieser Freiheitsgedanke zum bloßen Ausdrucke für eine bestimmte Stellung des Individuums *in* der Gesellschaft. Aus der Freiheit der Anarchie wird die Freiheit der Demokratie. Der Wandel ist größer als es auf den ersten Blick erscheint. *Rousseau*, vielleicht der bedeutendste Theoretiker der Demokratie, stellt die Frage nach dem besten Staat – und das ist für ihn das Problem der Demokratie³⁾ – mit den Worten: „Wie findet man eine Gesellschaftsform, die jedes Glied verteidigt und schützt und in der jeder einzelne, obgleich er sich mit allen vereint, dennoch nur sich selbst gehorcht und so frei bleibt wie vorher⁴⁾“

| 53

³⁾ Das ist freilich keine unvoreingenommene Problemstellung. Fragt man nach dem Wesen der Demokratie, darf man diese nicht von vornherein als beste Staatsform voraussetzen. – Das scheint bei der im übrigen vorzüglichen Darstellung *Steffens* (Das Problem der Demokratie, 3. Aufl. 1917) zu unterlaufen, der in dem Bestreben, Demokratie als beste Staatsform zu erweisen, manchen ihrer charakteristischen Wesenszüge negiert, bloß weil er ihn – wenn auch vielleicht ganz mit Recht – für unvorteilhaft hält. – Natürlich ist das Gegenteil ebenso bedenklich. Man darf nicht die konstitutionelle Monarchie für die beste Staatsform halten, wenn man eine objektive „politische Beschreibung“ der Demokratie geben will, wie dies bei *Hasbach* (Die moderne Demokratie, 1912) der Fall ist. Vgl. dazu Anm. 15.

⁴⁾ Du contrat social, I. Buch, 6. Kap.

Gerichtshalle 1919

politischen Systems ist, das zeigt auch sein Ausfall gegen das parlamentarische Prinzip in England. „Das englische Volk wähnt frei zu sein, es täuscht sich außerordentlich; nur während der | Wahlen der Parlaments-

292 II mitglieder ist es frei; nach Schluß derselben lebt es in Knechtschaft, ist es nichts.“ *Rousseau* zieht bekanntlich die Konsequenz der Unmittelbarkeit der Demokratie. Allein selbst wenn der herrschende Staatswille durch unmittelbaren Volksbeschluß zustande kommt, auch dann ist der Einzelne nur in einem Augenblicke frei, nur während der Abstimmung, und auch das nur, wenn er mit der Majorität und nicht mit der unterlegenen Minorität gestimmt hat. Darum fordert das demokratische Freiheitsprinzip, daß die Möglichkeit einer Ueberstimmung auf ein Minimum beschränkt werde. Qualifizierte Majorität, womöglich Stimmeneinhelligkeit, sind die Garantien für die individuelle Freiheit. Sie sind bei der erfahrungsmäßigen Gegensätzlichkeit der Interessen für das praktische Staatsleben so indiskutabel, daß selbst ein Freiheitsapostel wie *Rousseau* Einstimmigkeit nur für den staatsbegründenden Urvertrag fordert. Und diese Beschränkung des Prinzipes der Einstimmigkeit auf den hypothetischen Akt der Staatsgründung ist keineswegs – wie man anzunehmen pflegt – bloß aus Opportunitätsgründen zu erklären. Dem aus der Freiheitsforderung entspringenden Prinzipie der Einstimmigkeit bei Abschluß des Grundvertrages würde streng genommen entsprechen, daß auch der Fortbestand der vertragsmäßigen Ordnung von der dauernden Zustimmung aller abhängig, daß somit jedermann frei sei, jederzeit die Gemeinschaft zu verlassen, sich der Geltung der sozialen Ordnung dadurch zu entziehen, daß er ihr seine Anerkennung verweigert. Hier zeigt sich deutlich der unlösbare Konflikt, in dem die Idee der individuellen Freiheit zur Idee einer sozialen Ordnung steht, die ihrem innersten Wesen nach nur in *objektiver* – d. h.

54

Archiv für Sozialwissenschaft 1920

Wie sehr ihm gerade die *Freiheit* der Grund- und Eckstein seines politischen Systems ist, das zeigt auch sein Ausfall gegen das parlamentarische Prinzip in England. „Das englische Volk wähnt frei zu sein, es täuscht sich außerordentlich; nur während der Wahlen der Parlamentsmitglieder ist es frei; nach Schluß derselben lebt es in Knechtschaft, ist es nichts“⁵⁾. *Rousseau* zieht bekanntlich die Konsequenz der Unmittelbarkeit der Demokratie. Allein selbst wenn der herrschende Staatswille durch unmittelbaren Volksbeschluß zustande kommt, auch dann ist der einzelne nur in einem Augenblicke frei, nur während der Abstimmung, und auch das nur, wenn er mit der Majorität und nicht mit der unterlegenen Minorität gestimmt hat. Darum fordert das demokratische Freiheitsprinzip, daß die Möglichkeit einer Ueberstimmung auf ein Minimum beschränkt werde: Qualifizierte Majorität, womöglich Stimmeneinhelligkeit, werden als Garantien für die individuelle Freiheit angesehen. Sie sind bei der erfahrungsmäßigen Gegensätzlichkeit der Interessen für das praktische Staatsleben so indiskutabel, daß selbst ein Freiheitsapostel wie *Rousseau* Einstimmigkeit nur für den staatsbe|gründenden Urvertrag fordert. Und diese Beschränkung des Prinzipes der Einstimmigkeit auf den hypothetischen Akt der Staatsgründung ist keineswegs – wie man anzunehmen pflegt – bloß aus Opportunitätsgründen zu erklären. Dem aus der Freiheitsforderung entspringenden Prinzipie der Einstimmigkeit bei *Abschluß* des Grundvertrages würde streng genommen entsprechen, daß auch der *Fortbestand* der vertragsmäßigen Ordnung von der dauernden Zustimmung aller abhängig, daß somit jedermann frei sei, jederzeit die Gemeinschaft zu verlassen, sich der Geltung der sozialen Ordnung dadurch zu entziehen, daß er ihr seine Anerkennung verweigert. Hier zeigt sich deutlich der unlösbare Konflikt, in dem die Idee der individuellen Freiheit zur Idee

⁵⁾ A. a. O., III. Buch, 15. Kap.

Gerichtshalle 1919

nur in einer letzten Endes von dem Willen der Norm unterworfenen unabhängigen – *Gültigkeit* möglich ist. Diese objektive *Geltung* sozialer Ordnung bleibt für eine auf das spezifisch Soziale gerichtete Erkenntnis zwar selbst dann unberührt, wenn der Inhalt dieser Ordnung irgendwie durch den Willen der Norm unterworfenen bestimmt wird. Allein die formale Objektivität verlangt auch eine materielle. In dem Grenzfall wo das „du sollst“ des sozialen Imperativs bedingt wird durch ein „wenn und was du willst“ des Adressaten, verliert die Ordnung jeden sozialen Sinn. Darum muß, soll überhaupt Gesellschaft, soll insbesondere Staat sein, auch zwischen dem Inhalt der Ordnung und dem Inhalte der ihr unterworfenen Willen eine mögliche Differenz bestehen. Wäre die Spannung zwischen diesen beiden Polen, zwischen Sollen und Sein gleich Null, d.h. aber der Freiheitswert gleich unendlich, dann könnte von Unterworfenen überhaupt keine Rede mehr sein. Indem die Demokratie die nach der Idee der Freiheit – hypothetisch also – durch Vertrag, somit einstimmig zustandegekommene Ordnung durch Mehrheitsbeschluß fortbilden läßt, begnügt sie sich mit einer bloßen Annäherung an die ursprüngliche Idee. Daß noch von Selbstbestimmung die Rede ist, und davon, daß jeder nur seinem eigenen Willen untertan, wenn der Wille der Mehr-

Archiv für Sozialwissenschaft 1920

einer sozialen Ordnung steht, die ihrem innersten Wesen nach nur in *objektiver* – d.h. nur in einer, letzten Endes von dem Willen des Normunterworfenen unabhängigen – *Gültigkeit* möglich ist⁶⁾. Diese objektive *Geltung* sozialer Ordnung bleibt für eine auf das spezifisch Soziale gerichtete Erkenntnis zwar selbst dann unberührt, wenn der *Inhalt* dieser Ordnung irgendwie durch den Willen der Normunterworfenen bestimmt wird. Allein die formale Objektivität verlangt auch eine materielle. In dem Grenzfall, wo das „du sollst“ des sozialen Imperativs bedingt wird durch ein „wenn und was du willst“ des Adressaten, verliert die Ordnung jeden sozialen Sinn. Darum muß, soll überhaupt Gesellschaft, soll insbesondere Staat sein, auch zwischen dem Inhalt der Ordnung und dem Inhalte der ihr unterworfenen Willen eine mögliche Differenz bestehen. Wäre die Spannung zwischen diesen beiden Polen, zwischen Sollen und Sein gleich Null, d.h. aber der Freiheitswert gleich unendlich, dann könnte von Unterworfenen überhaupt keine Rede mehr sein. Indem die Demokratie die nach der Idee der Freiheit – hypothetisch also – | durch Vertrag, somit einstimmig *zustandegekommene* *Ordnung* durch Mehrheitsbeschluß *fortbilden* läßt, begnügt sie sich mit einer bloßen Annäherung an die ursprüngliche Idee. Daß noch von Selbstbestimmung die Rede ist

⁶⁾ Die Theorie des Staatsvertrags, ebenso wie ihre moderne Spielart, die sog. Anerkennungstheorie, die die Geltung der Normen der Rechts- und Staatsordnung auf der Anerkennung der Normunterworfenen begründet, entspricht durchaus dem subjektivistisch-individualistischen Charakter der Demokratie. Wie die subjektivistische *Erkenntnistheorie* die Welt der Wirklichkeit als *meine* – des Erkennenden – *Vorstellung*, so behauptet die analoge *Werttheorie* der Demokratie allen Wert, insbesondere den entscheidenden sozialen Wert: den Staat oder das Recht, als *meinen* – des Wertenden – *Willen*. Wie die subjektivistische Erkenntnistheorie letztlich zum *Solipsismus*, so führt die ihr zugeordnete politische Werttheorie zum *Anarchismus*.

Gerichtshalle 1919

heit Geltung beansprucht, das ist ein weiterer Schritt in der Metamorphose des Freiheitsgedankens.

Aber auch der mit der Majorität Stimmente ist nicht mehr nur seinem eigenen Willen unterworfen. Das erfährt er sofort, wenn er seinen bei der Abstimmung geäußerten Willen ändert. Die rechtliche Unmaßgeblichkeit solcher Willensänderung zeigt ihm nur allzudeutlich den fremden Willen, oder ohne Bild gesprochen: die objektive Geltung der Ordnung, der er unterworfen ist. Es müßte sich für seine Willensänderung wieder eine Mehrheit finden, damit er, das Individuum, wieder frei sei. Und diese Konkordanz zwischen dem Willen des einzelnen und dem herrschenden Staatswillen ist umso schwieriger, diese Garantie für die individuelle Freiheit umso geringer, je qualifizierter die Majorität, die zur Erzeugung des abändernden Staatswillens erforderlich ist. Sie wäre so gut wie ausgeschaltet, falls Stimmeneinhelligkeit dazu nötig wäre. Hier zeigt sich eine höchst merkwürdige Doppelinnigkeit der politischen Mechanik. Was früher, bei der ganz nach der Idee der Freiheit sich vollziehenden Gründung der

Archiv für Sozialwissenschaft 1920

und davon, daß jeder nur seinem eigenen Willen untertan, wenn der Wille der Mehrheit Geltung beansprucht, das ist ein weiterer Schritt in der Metamorphose des Freiheitsgedankens⁷⁾.

Aber auch der mit der Majorität Stimmente ist nicht mehr nur seinem eigenen Willen unterworfen. Das erfährt er sofort, wenn er seinen bei der Abstimmung geäußerten Willen ändert. Die rechtliche Unmaßgeblichkeit solcher Willensänderung zeigt ihm nur allzudeutlich den fremden Willen, oder, ohne Bild gesprochen: die objektive Geltung der Ordnung, der er unterworfen ist. Es müßte sich für seine Willensänderung eine Mehrheit finden, damit er, das Individuum, wieder frei sei. Und *diese* Konkordanz zwischen dem Willen des einzelnen und dem herrschenden Staatswillen ist um so schwieriger, diese Garantie für die individuelle Freiheit ist um so geringer, je qualifizierter die Majorität, die zur Erzeugung des abändernden Staatswillens erforderlich ist. Sie wäre so gut wie ausgeschaltet, falls Stimmeneinhelligkeit dazu nötig wäre. Hier zeigt sich eine höchst merkwürdige Doppelsinnigkeit der politischen Mechanik. Was früher bei der ganz nach der Idee der Freiheit sich vollziehenden Gründung der

⁷⁾ Auch das Gewohnheitsrecht hebt den Gegensatz von sozialem Sollen und individuellem Sein nicht auf – wie es wohl scheinen möchte; aber es reduziert ihn auf ein Minimum, indem es gebietet: Verhalte dich so, wie sich deine Genossen für gewöhnlich zu verhalten pflegen. Das Unrecht, der Ordnungsbruch wird so von vornherein zu einer bloßen *Ausnahme* von der Regel des Seins. Darin erweist das Gewohnheitsrecht seinen demokratischen Charakter gegenüber der Satzung, zumal wenn diese – wie in älterer Zeit – als Befehl einer Gottheit, eines die Gottheit repräsentierenden Priesters oder eines von den Göttern abstammenden Heldenkönigs auftritt. Indem Theorie und Praxis des Gewohnheitsrechts sich gerade zu Zeiten des politischen Absolutismus geltend machen, wirke es – als konträres Prinzip und Gegengewicht – in der Richtung eines Machtgleichs.

Gerichtshalle 1919

Staatsordnung zum Schutze der individuellen Freiheit diene, wird nunmehr zu ihrer Fessel, wenn man der Ordnung sich nicht mehr entziehen kann. Staatsgründung, Urzeugung der Rechtsordnung oder des Staatswillens, kommt ja in der sozialen Erfahrung so gut wie überhaupt nicht in Betracht. Man wird doch zumeist in eine fertige Staatsordnung hineingeboren, an deren Entstehung man nicht mitgewirkt hat, und die einem daher von Anfang an als fremder Wille entgegneten muß. Nur die Fortbildung, die Abänderung dieser Ordnung steht in Frage. Und unter diesem Gesichtspunkte bedeutet allerdings das Majoritätsprinzip die möglichst größte Annäherung an die Idee der Freiheit. Aus ihr ist das Majoritätsprinzip abzuleiten. Nicht aber – wie dies meist zu geschehen pflegt – aus der Idee der Gleichheit. Daß die menschlichen Willen untereinander gleich seien, ist wohl die Voraussetzung des Majoritätsprinzips. Allein dieses Gleichsein ist nur ein Bild, kann nicht die effektive Meßbarkeit menschlicher Willen oder menschlicher Persönlichkeiten bedeuten. Es wäre undenkbar, das Majoritätsprinzip damit zu rechtfertigen, daß mehr Stimmen ein größeres Gesamtgewicht haben als weniger Stimmen. Aus der rein negativen Präsuntion, daß einer nicht mehr gelte als der andere, kann unmöglich folgen, daß der Wille der Mehrheit gelten solle. Wenn man das Mehrheitsprinzip allein aus der Idee der Gleichheit abzuleiten versucht, hat es tatsächlich jenen rein mechanischen, ja sinnlosen Charakter, den man ihm von autokratischer Seite vorwirft. Nur der Gedanke, daß – wenn schon nicht alle – so doch möglichst viele Menschen frei sein, d. h. möglichst wenig Menschen mit ihrem Willen in Widerspruch zu dem allgemeinen Willen der sozialen Ordnung geraten sollen, führt auf einem vernünftigen Wege zum Majoritätsprinzip. Daß dabei natürlich die Gleichheit als die Grundhypothese der Demokratie vorausgesetzt wird, zeigt sich eben darin, daß nicht gerade dieser oder jener frei sein soll, weil dieser nicht mehr gilt als jener,

Archiv für Sozialwissenschaft 1920

Staatsordnung zum Schutze der individuellen Freiheit diene, wird nunmehr zu ihrer Fessel, *wenn man der Ordnung sich nicht mehr entziehen kann*. Staatsgründung, Urzeugung der Rechtsordnung oder des Staatswillens kommt ja in der sozialen Erfahrung so gut wie überhaupt nicht in Betracht. Man wird doch zumeist in eine fertige Staatsordnung hineingeboren, an deren Entstehung man nicht mitgewirkt hat, und die einem daher von Anfang an als fremder Wille entgegneten muß. Nur die Fortbildung, die Abänderung dieser Ordnung steht in Frage. Und unter diesem Gesichtspunkte bedeutet allerdings das Prinzip der absoluten (und nicht das der qualifizierten) Majorität die relativ größte Annäherung an die Idee der *Freiheit*.

Aus *ihr* ist das Majoritätsprinzip abzuleiten. Nicht aber – wie dies meist zu geschehen pflegt – aus der Idee der Gleichheit. Daß die menschlichen Willen untereinander gleich seien, ist wohl die Voraussetzung des Majoritätsprinzips. Allein dieses Gleich-Sein ist nur ein Bild, kann nicht die effektive Meßbarkeit, die Summierbarkeit menschlicher Willen oder menschlicher Persönlichkeiten bedeuten. Es wäre unmöglich, das Majoritätsprinzip damit zu rechtfertigen, daß mehr Stimmen ein größeres Gesamtgewicht haben als weniger Stimmen. Aus der rein negativen Präsuntion, daß einer nicht mehr gelte als der andere, kann noch nicht positiv folgen, daß der Wille der Mehrheit gelten solle. Wenn man das Mehrheitsprinzip allein aus der Idee der Gleichheit abzuleiten versucht, hat es tatsächlich jenen rein mechanischen, ja sinnlosen Charakter, den man ihm von autokratischer Seite vorwirft. Es wäre nur der notdürftig formalisierte Ausdruck der Erfahrung, daß die mehreren stärker sind als die wenigeren; und der Satz: Macht geht vor Recht, wäre nur insoferne überwunden, als er sich selbst zum Rechtssatz erhöhe. Nur der Gedanke, daß – wenn schon nicht alle – so doch möglichst viel Menschen *frei* sein, d. h. möglichst wenig Menschen mit ihrem Willen in Wi-

| 56

| 293 1

Gerichtshalle 1919

sondern daß möglichst viele frei sein sollen. Die Konkordanz zwischen Einzel- und Staatswillen ist umso leichter, mit je weniger anderen Individualwillen eine Uebereinstimmung notwendig ist, um eine Abänderung des Staatswillens herbeizuführen. Die absolute Majorität stellt hier tatsächlich die unterste Grenze dar. Bei weniger wäre die Möglichkeit gegeben, daß der Staatswille im Augenblicke seiner Erzeugung mit mehr Individualwillen in Widerspruch als in Einklang steht.

|57

Offenbar vollzieht sich ein weiterer Wandel in der Vorstellung von der politischen Freiheit. Die im Grunde genommen unrettbare Freiheit des Individuums tritt allmählich in den Hintergrund, und die Freiheit des sozialen Kollektivums in den Vordergrund. Der Protest gegen Herrschaft von Meinesgleichen führt im politischen Bewußtsein zu einer Verschiebung des Subjektes der – auch in der Demokratie unvermeidbaren – Herrschaft: zur Konstruktion der anonymen Person des Staates. Von ihr und nicht von äußerlich sichtbaren Menschen läßt man das Imperium ausgehen. Ein geheimnisvoller Gesamtwille und eine geradezu mystische Gesamtperson wird von den Willen und Persönlichkeiten der einzelnen losgelöst. Diese fiktive Isolierung vollzieht sich nicht so sehr gegenüber den

|57

Archiv für Sozialwissenschaft 1920

derspruch zu dem allgemeinen Willen der sozialen Ordnung geraten sollen, führt auf einem vernünftigen Wege zum Majoritätsprinzip. Daß dabei natürlich die Gleichheit als die Grundhypothese der Demokratie vorausgesetzt wird, zeigt sich eben darin, daß nicht gerade dieser oder jener frei sein soll, weil dieser nicht mehr gilt als jener, sondern daß möglichst viele frei sein sollen. Und da ist eben die Konkordanz zwischen Einzel- und Staatswillen um so leichter, mit je weniger anderen Individualwillen eine Uebereinstimmung notwendig ist, um eine Abänderung des Staatswillens herbeizuführen. Die absolute Majorität stellt hier tatsächlich die oberste Grenze dar. Bei weniger wäre die Möglichkeit gegeben, daß der Staatswille im Augenblicke seiner Erzeugung mit mehr Individualwillen in Widerspruch als in Einklang steht; bei mehr, daß eine Minderheit | den Staatswillen – indem sie dessen Abänderung verhindert – im Widerspruch zu einer Mehrheit zu bestimmen vermag⁸⁾.

Angesichts der unvermeidlichen Differenz zwischen dem Willen des einzelnen, der den Ausgangspunkt der Freiheitsforderung bildet, und der staatlichen Ordnung, die dem einzelnen als fremder Wille entgegentritt, selbst in der Demokratie entgegentritt, wo diese Differenz nur annäherungsweise auf ein Mindestmaß herabgesetzt ist, vollzieht sich ein weiterer Wandel in der Vorstellung von der politischen Freiheit. Die im Grunde genommen unrettbare Freiheit des Individuums tritt allmählich in den Hintergrund und die *Freiheit des sozialen Kollektivums* in den Vordergrund. Der Protest gegen die Herrschaft von meinesgleichen führt im politischen Bewußtsein zu einer Verschiebung des Subjektes der – auch in der Demokratie unvermeidbaren – Herrschaft: zur Konstruktion der anonymen Per-

⁸⁾ Darum kann die in die meisten Verfassungen aufgenommene Bestimmung einer qualifizierten Majorität für Verfassungsänderungen, das Prinzip der starren Verfassung nicht als demokratisch gelten.

Gerichtshalle 1919

Willen der Untertanen als vielmehr gegenüber den Willen derjenigen Menschen, die die Herrschaft faktisch ausüben, und die nunmehr als bloße Organe eines hypostasierten Herrschaftsobjektes erscheinen. So verdeckt der Schleier der Staatspersonifikation das dem demokratischen Empfinden unerträgliche Faktum einer Herrschaft von Mensch über Mensch. Die für die Staatsrechtslehre grundlegend gewordene Personifikation des Staates hat zweifellos ihre Wurzel in dieser Ideologie der Demokratie.

Ist aber einmal die Vorstellung beseitigt, daß meinesgleichen herrscht, so verschließt man sich nicht mehr der Erkenntnis, daß das Individuum, sofern es der Staatsordnung gehorchen muß, unfrei ist. Es verschiebt sich eben mit dem Subjekte der Herrschaft das Subjekt der Freiheit. Man betont zwar umso nachdrücklicher, daß das Individuum, sofern es in organischer Verbindung mit anderen Individuen die Staatsordnung erzeugt, in eben dieser Verbindung, und nur in ihr „frei“ sei. Der *Rousseausche* Gedanke, daß der Untertane seine ganze Freiheit aufgibt, um sie als Staatsbürger wieder zurückzuerhalten, ist darum so charakteristisch, weil in dieser Unterscheidung von Untertan und Staatsbürger der gänzliche Standpunktwechsel in der sozialen Betrachtung, die völlige Verschiebung der Problemstellung angedeutet ist. Der Untertan ist das isolierte Individuum einer individualistischen, der Staatsbürger das unselbständige, nur einen Teil eines höheren organischen Ganzen bildende Glied des Kollektivwesens einer universalistischen Gesellschaftserkenntnis; eines Kollektivwesens, das von dem durchaus individualistischen Ausgangspunkt der auf Freiheit eingestell-

Archiv für Sozialwissenschaft 1920

son des Staates. Von ihr und nicht von äußerlich sichtbaren Menschen läßt man das Imperium ausgehen. Ein geheimnisvoller Gesamtwille und eine geradezu mystische Gesamtperson wird von den Willen und Persönlichkeiten der einzelnen losgelöst. Diese fiktive Isolierung vollzieht sich nicht so sehr gegenüber den Willen der Untertanen, als vielmehr gegenüber den Willen derjenigen Menschen, die die Herrschaft faktisch ausüben, und die nunmehr als bloße Organe eines hypostasierten Herrschaftsobjektes erscheinen. So verdeckt der Schleier der Staatspersonifikation das dem demokratischen Empfinden unerträgliche Faktum einer Herrschaft von Mensch über Mensch. Die für die Staatsrechtslehre grundlegend gewordene Personifikation des Staates hat zweifellos ihre Wurzel auch in dieser Ideologie der Demokratie.

Ist aber einmal die Vorstellung beseitigt, daß meinesgleichen herrscht, verschließt man sich nicht mehr der Erkenntnis, daß das Individuum, sofern es der Staatsordnung gehorchen muß, unfrei ist. Es verschiebt sich eben mit dem Subjekte der Herrschaft das Subjekt der Freiheit. Man betont zwar um so nachdrücklicher, daß das Individuum, sofern es *in organischer Verbindung mit anderen Individuen* die Staatsordnung erzeugt, in eben dieser Verbindung und nur in ihr „frei“ sei. Der *Rousseausche* Gedanke, daß der *Untertan* seine ganze Freiheit aufgibt, um sie als *Staatsbürger* wieder zurückzuerhalten, ist darum so charakteristisch, weil in dieser Unterscheidung von Untertan und Staatsbürger der gänzliche Standpunktwechsel in der sozialen Betrachtung, die völlige Verschiebung der Problemstellung angedeutet ist. Der Untertan ist das isolierte Individuum einer individualistischen, der Staatsbürger das unselbständige, nur Teil eines höheren organischen Ganzen bildende Glied des Kollektivwesens einer universalistischen Gesellschaftserkenntnis; eines Kollektivwesens, das von dem durchaus individualistischen Ausgangspunkt der auf Freiheit eingestellten Wertung einen

Gerichtshalle 1919

Archiv für Sozialwissenschaft 1920

ten Wertung einen transzendenten, metaphysischen Charakter hat. Der Szenenwechsel ist ein solch vollständiger, daß es im Grunde genommen nicht mehr richtig ist, zumindest nicht mehr darauf ankommt, zu behaupten, der einzelne Staatsbürger sei frei. Die – von manchen Autoren auch folgerichtig gezogene – Konsequenz erfordert, daß, weil die Staatsbürger nur in ihrem Inbegriffe dem Staate frei sind, eben nicht der einzelne Staatsbürger, sondern die Person des Staates frei sei. Man mag das auch in dem Satze ausdrücken, daß frei nur der Bürger eines freien Staates sei. An die Stelle der Freiheit des Individuums tritt die Souveränität des Volkes oder was dasselbe ist: der freie Staat, der Freistaat als grundsätzliche Forderung. Das ist die letzte | Stufe in dem Bedeutungswandel des Freiheitsgedankens. Wer der Selbstbewegung nicht folgen will oder nicht zu

|293 II

|58

transzendenten, metaphysischen Charakter hat⁹⁾. Der Szenenwechsel ist ein solch vollständiger, daß es im Grunde genommen nicht mehr richtig ist, zumindest nicht mehr darauf ankommt, zu behaupten, der einzelne Staatsbürger sei frei. Die – von manchen Autoren auch folgerichtig gezogene – Konsequenz erfordert, daß, weil die Staatsbürger nur in ihrem Inbegriffe: dem Staate frei sind, eben nicht der einzelne Staatsbürger, sondern die Person des *Staates* frei sei. Das drückt auch der Satz aus, daß frei nur der Bürger eines freien Staates sei. An die Stelle der Freiheit des Individuums tritt die *Souveränität des Volkes* oder, was dasselbe ist: der freie Staat, der *Freistaat* als grundsätzliche Forderung¹⁰⁾. Das ist die letzte Stufe in dem Bedeutungswandel des Freiheitsgedankens. Wer der Selbstbewegung nicht folgen will oder nicht zu folgen ver-

⁹⁾ *Rousseaus* *volonté generale* – der anthropomorphe Ausdruck für die *objektive*, von dem Willen der Individuen, der *volonté des tous*, unabhängig gültige Staatsordnung – ist mit der Theorie des Staatsvertrags – der eine Funktion der subjektiven *volonté des tous* ist – völlig unvereinbar. Allein dieser Widerspruch zwischen einer individualistischen und einer universalistischen Konstruktion oder – wenn man will – diese Bewegung von einer subjektivistischen Ausgangsposition zu einem objektivistischen Endresultat ist für *Rousseau* nicht weniger charakteristisch wie für *Kant* und *Fichte*.

¹⁰⁾ Die Volkssouveränität als „demokratische Grundforderung“ weist *Steffen* ebenso in *Rousseaus* *contrat social* wie in der Nordamerikanischen Deklaration of independence (1776) und in der französischen Declaration des droits de l'homme et du citoyen (1789) nach. A. a. O. S. 75 ff. „Volkssouveränität“ ist gleichbedeutend mit dem – neuestens geläufigeren – Begriff „Selbstbestimmungsrecht des Volkes“. In diesem scheint ein gewisser innerer Widerspruch zu liegen. Damit das Volk sich selbst bestimmen könne, muß es vorher selbst als solches, nämlich als politische Einheit, irgendwie bestimmt, vor allem abgegrenzt sein. Diese Bestimmung kann aber niemals autonom, sondern muß – ihrem Wesen nach – heteronom sein.

Gerichtshalle 1919

folgen vermag, die dieser Begriff kraft eminenter Logik vollzieht, der mag sich über den Widerspruch aufhalten, der zwischen dem ursprünglichen und dem schließlichen Sinne liegt, und auf ein Verständnis der paradoxen Schlußfolgerungen verzichten, die der geistreiche Schilderer der Demokratie gezogen, indem er auch vor der Behauptung nicht zurückschreckte, daß der Staatsbürger nur durch den allgemeinen Willen frei sei, und daß man daher denjenigen, der diesem Willen den Gehorsam verweigert, indem man ihm gegenüber den Staatswillen erzwingt, zwingt – frei zu sein. Es ist mehr als Paradoxie, es ist ein Symbol der Demokratie, wenn in der genuesischen Republik über den Gefängnistüren und auf den Ketten der Galeerensklaven das Wort *Libertas* zu lesen war!

Archiv für Sozialwissenschaft 1920

mag, | die dieser Begriff kraft immanenter | 59
Logik vollzieht, der mag sich über den Widerspruch aufhalten, der zwischen dem ursprünglichen und dem schließlichen Sinne liegt und auf ein Verständnis der Schlußfolgerungen verzichten, die der geistreichste Schilderer der Demokratie gezogen, indem er auch vor der Behauptung nicht zurückschreckte, daß der Staatsbürger nur durch den allgemeinen Willen frei sei und daß man daher denjenigen, der diesem Willen den Gehorsam verweigert, indem man ihm gegenüber den Staatswillen erzwingt, *zwingt* – *frei* zu sein. Es ist mehr als bloß paradox, es ist ein Sinnbild der Demokratie, wenn in der Genuesischen Republik über den Gefängnistüren und auf den Ketten der Galeerensklaven das Wort „*libertas*“ zu lesen war¹¹⁾!

II.

Indem nun die Freiheit als politische Selbstbestimmung in der Demokratie sich nicht mehr auf das Individuum, sondern auf das Kollektivum des Volksganzen bezieht und so zur Volkssouveränität wird, zieht sich die individuelle Freiheit in die Vorstellung der angeborenen und unveräußerlichen *Menschen- und Bürgerrechte* zurück, deren klassische Formulierung die große französische Revolution, diese ewige Quelle kontinentaler Demokratie, gebracht hat. Die Grundrechte werden zu einem wesentlichen Requisite jeder demokratischen Verfassung. Sie dienen vor allem als Schutzwall gegen den Herrschaftsmißbrauch, der seitens eines absoluten Monarchen nicht mehr zu befürchten ist als seitens der Majorität, dem König der Demokratie¹²⁾. So fungieren die Grundrechte der Demokratie als Minoritätsschutz und sichern die Gleichberechtigung auch demjenigen, der nicht die politische, religiöse oder nationale Ueberzeugung der Mehrheit teilt.

¹¹⁾ Nach Rousseau a. a. O. IV. Buch, 2. Kap. | 59

¹²⁾ „Die Mehrheit ist König“, ein Schweizer Sprichwort. Vgl. *Hasbach* a. a. O. S. 304.

Gerichtshalle 1919

Seinen vollendetsten Ausdruck findet der echt demokratische Gedanke des Minoritätsschutzes innerhalb der repräsentativen Demokratie im Grundsatz der Proportionalität. Unter dem Gesichtspunkte der politischen Selbstbestimmung muß es unzulässig erscheinen, daß nur die Majorität ihre Repräsentanten in den Gesetzgebungskörper entsendet, daß die Interessen der Minorität oder der Minoritäten von den Abgeordneten der Majoritätspartei vertreten werden. Soll man von keinem fremden Willen beherrscht sein, darf man auch nur von Angehörigen der eigenen Partei vertreten werden. Darum wählt nach dem System der Verhältniswahl nicht das Volk, sondern wählen die einzelnen Parteien ihre Vertrauensmänner ins Parlament, in dem jede Partei und so auch die Minoritäten im Verhältnis zu ihrer ziffermäßigen Stärke vertreten sind. Bei den Abstimmungen des Parlamentes freilich kann der Gedanke der Proportionalität keine Anwendung mehr finden; hier tritt das Majoritätsprinzip wieder in seine Geltung. Und darum möchte es beinahe gleichgültig scheinen, ob eine Minorität mehr oder weniger stark vertreten ist, wenn schließlich ja doch der Wille der Majorität siegt. Allein, wenn auch nicht juristisch, so ist es doch psychologisch von größter Bedeutung, daß die Minorität neben der Majorität überhaupt, und daß sie möglichst stark vertreten sei. Das kann niemand leugnen, der die bedeutende, influenzartige Wirkung beachtet, die von einer kräftigen Minorität auf die Beschlüsse der Majorität ausstrahlt. Je nachhaltiger die Kritik, je zielbewußter die Opposition ist, die von der Minorität ausgeht, desto mehr erhalten die Beschlüsse der Majorität den Charakter von Kompromissen. Und gerade das Kompromiß kennzeichnet die Politik der Demokratie.

Dem Gedanken des Proporz wohnt eine Tendenz inne, die das Repräsentativsystem – innerhalb dessen die Verhältniswahl allein

|60

Archiv für Sozialwissenschaft 1920

Seinen vollendetsten Ausdruck findet der echt demokratische Gedanke des Minoritätsschutzes innerhalb der repräsentativen Demokratie im Grundsatz der *Proportionalität*. Unter dem Gesichtspunkte der politischen Selbstbestimmung muß es unzulässig erscheinen, daß nur die Majorität ihre Repräsentanten in den Gesetzgebungskörper entsendet, daß die Interessen der Minorität oder der Minoritäten von den Abgeordneten der Majoritätspartei vertreten werden. Soll man von keinem fremden Willen beherrscht sein, darf man auch nur von Angehörigen der eigenen Partei vertreten werden. Darum wählt nach dem System der Verhältniswahl nicht das Volk, sondern wählen die einzelnen Parteien ihre Vertrauensmänner ins Parlament, in dem jede Partei und so auch die Minoritäten im Verhältnis zu ihrer ziffermäßigen Stärke vertreten sind. Bei den Abstimmungen des Parlamentes freilich kann der Gedanke der Proportionalität keine Anwendung mehr finden; hier tritt das Majoritätsprinzip wieder in seine Geltung. Und darum möchte es beinahe gleichgültig scheinen, ob eine Minorität mehr oder weniger stark vertreten ist, wenn schließlich ja doch der Wille der Majorität siegt. Allein, wenn auch nicht juristisch, so ist es doch psychologisch von größter Bedeutung, daß die Minorität neben der Majorität überhaupt, und daß sie möglichst stark vertreten sei. Das kann niemand leugnen, der die bedeutende, influenzartige Wirkung beachtet, die von einer kräftigen Minorität auf die Beschlüsse der Majorität ausstrahlt. Je nachhaltiger die Kritik, je zielbewußter die Opposition ist, die von der Minorität ausgeht, desto mehr erhalten die Beschlüsse der Majorität den Charakter von *Kompromissen*. Und gerade das Kompromiß kennzeichnet die Politik der Demokratie¹³⁾.

Dem Gedanken des Proporz wohnt eine Tendenz inne, die das Repräsentativsystem – innerhalb dessen die Verhältniswahl allein

|¹³⁾ Vgl. Steffen a. a. O. S. 104.

Gerichtshalle 1919

noch einen Sinn hat – zu sprengen droht. Soll jede Partei, also auch die denkbar kleinste, ihre verhältnismäßige Vertretung erhalten, dann muß – um die Proportionalität ganz aufrecht zu erhalten – die Zahl der Abgeordneten umso größer sein, eine je kleinere Partei noch Vertretungsanspruch hat; dann ist im mathematischen Grenzfall (wenn nämlich die kleinste Partei nur einen Angehörigen hat) die Zahl der Abgeordneten gleich der Zahl der Wähler, d.h. aber nichts anderes, als daß die Repräsentation überhaupt aufgehoben und an Stelle der mittelbaren, die unmittelbare Demokratie getreten ist. Soll überhaupt noch Repräsentation möglich sein, dann muß die Größe der Gruppe, die noch einen Abgeordneten erhalten kann, willkürlich limitiert werden.

Gerade in dieser immanenten Tendenz zur Unmittelbarkeit zeigt sich der demokratische Charakter des Proportionalwahlsystems. Aus der niemals ganz zu überwindenden Idee individueller Freiheit fließt diese Tendenz, und im Namen der Freiheit hatte *Rousseau* die juristische Fiktion zurückgewiesen, die das Volk glauben machen will, daß es in dem von ihm gewählten Parlamente selbst die Herrschaft führe. Zweifellos bedeutet das Repräsentativsystem eine Verfälschung des demokratischen Gedankens. Die reine Demokratie ist die unmittelbare, bei der die Souveränität des Volkes nicht erst durch das Medium des Parlaments zur Geltung kommt. Die Erstarkung des demokratischen Gedankens und die zunehmende Opposition gegen den Parlamentarismus während der letzten Jahre vor dem Kriege hängen auf das Innigste zusammen. Vollends die gewaltige Steigerung der Idee der Volkssouveränität durch die sozialen Erschütterungen des Krieges hat das Mißtrauen zur Volksvertretung wesentlich verstärkt. Allenthalben kann man jetzt ein zunehmendes Interesse für die Methoden der unmittelbaren Demokratie und ihre mannigfachen Surrogate wahrnehmen. Das Referendum und die Volksinitiative finden Eingang in die Verfassung selbst großer

Archiv für Sozialwissenschaft 1920

noch einen Sinn hat – zu sprengen droht. Soll jede Partei, also auch die denkbar kleinste, ihre verhältnismäßige Vertretung erhalten, dann muß – um die Proportionalität ganz aufrecht zu erhalten – die Zahl der Abgeordneten um so größer sein, eine je kleinere Partei noch Vertretungsanspruch hat, dann ist im mathematischen Grenzfall (wenn nämlich die kleinste Partei nur einen Angehörigen hat) die Zahl der Abgeordneten gleich der Zahl der Wähler, d.h. aber nichts anderes, als daß die Repräsentation überhaupt aufgehoben und an Stelle der mittelbaren die unmittelbare Demokratie getreten ist. Soll überhaupt noch Repräsentation möglich sein, dann muß die |Größe |61
der Gruppe, die noch einen Abgeordneten erhalten kann, willkürlich limitiert werden.

In dieser immanenten Tendenz zur Unmittelbarkeit zeigt sich der demokratische Charakter des Proportionalwahlsystems. Aus der niemals ganz zu überwindenden Idee individueller *Freiheit* fließt diese Tendenz und im Namen der Freiheit hatte *Rousseau* die juristische Fiktion zurückgewiesen, die das Volk glauben machen will, daß es in dem von ihm gewählten Parlamente selbst die Herrschaft führe. Zweifellos bedeutet das Repräsentativsystem eine Verfälschung des demokratischen Gedankens. Die *reine Demokratie* ist die *unmittelbare*, bei der die Souveränität des Volkes nicht erst durch das Medium des Parlaments zur Geltung kommt. Die Erstarkung des demokratischen Gedankens und die zunehmende Opposition gegen den Parlamentarismus während der letzten Jahre vor dem Kriege hängen auf das Innigste zusammen. Vollends die gewaltige Steigerung der Idee der Volkssouveränität durch die sozialen Erschütterungen des Krieges hat das Mißtrauen zur Volksvertretung wesentlich verstärkt. Allenthalben kann man jetzt ein zunehmendes Interesse für die Methoden der unmittelbaren Demokratie und ihre mannigfachen Surrogate wahrnehmen. Das Referendum und die Volksinitiative finden Eingang in die Verfassung selbst großer

Gerichtshalle 1919

Archiv für Sozialwissenschaft 1920

Staat, und immer bewußter wird die Ablehnung des bisher zum eisernen Bestand der Staatsrechtspraxis gehörigen Dogmas: daß der Abgeordnete | als Organ des Gesamtstaates nicht die Interessen bloß seiner Wählergruppe vertreten und daher keine bindenden Instruktionen empfangen dürfe. Unzweifelhaft ist in den breiten Volksmassen eine ausgesprochene Neigung zum imperativen Mandat zu konstatieren. Hier äußert sich mit instinktiver Sicherheit das demokratische Prinzip. Denn das imperative Mandat – ehemals ein Requisite des ständischen Staates, und darum besonders in der konstitutionellen Monarchie zum alten Eisen geworfen – ist gleichwohl nur die direkte Konsequenz der unveräußerlichen Volkssouveränität. Praktisch hatte sich ja das freie Mandat ohnedies niemals durchzusetzen vermocht. Die Bindung des Abgeordneten an seine Wähler – nicht nur im weiteren Sinne der aus den Wählern gebildeten Partei, sondern auch im engsten Sinne einer lokalen Gruppe – war stets eine, durch keinen Verfassungsparagraphen zu brechende Tatsache. Innerhalb der großen Fiktion des Repräsentativsystems war das freie Mandat längst schon die Fiktion einer Fiktion. Der Ruf nach dem gebundenen

Staat, und immer bewußter wird die Ablehnung des bisher zum eisernen Bestand der Staatsrechtstheorie gehörigen Dogmas: daß der Abgeordnete als Organ des Gesamtstaates nicht die Interessen bloß seiner Wählergruppe vertreten und daher keine bindenden Instruktionen empfangen dürfe. Unzweifelhaft ist in den breiten Volksmassen eine ausgesprochene Neigung zum *imperativen Mandat* zu konstatieren. Hier äußert sich mit instinktiver Sicherheit das demokratische Prinzip. Denn das imperative Mandat – ehemals ein Requisite des ständischen Staates und darum besonders in der konstitutionellen Monarchie zum alten Eisen geworfen – ist gleichwohl nur die direkte Konsequenz der unveräußerlichen Volkssouveränität. Praktisch hatte sich ja das freie Mandat ohnedies niemals durchzusetzen vermocht. Die Bindung des Abgeordneten an seine Wähler – nicht nur im weiteren Sinne der aus den Wählern gebildeten Partei, sondern auch im engsten Sinne einer lokalen Gruppe – war stets eine durch keinen Verfassungsparagraphen zu brechende Tatsache. Innerhalb der großen Fiktion des Repräsentativsystems war das freie Mandat längst schon die Fiktion einer Fiktion¹⁴⁾. Der Ruf nach dem gebundenen

|62

¹⁴⁾ Eine *Fiktion* ist die Auffassung des Parlamentes als Repräsentant des Volkes, als „Volksvertretung“, nicht etwa in dem Sinne, als ob der Gedanke der Repräsentation an und für sich eine Fiktion wäre, wie man nicht selten mit *Rousseau* annimmt. Insofern der Begriff der Repräsentation dasselbe bedeutet wie jener der Organschaft überhaupt, liegt nicht eine Fiktion, sondern eine normativ-juristische Konstruktion vor. Jemand ist Organ des Staates, repräsentiert den Staat, weil seine Handlungen als solche des Staates „gelten“, d. h. auf Grund einer Norm dem Staate als der Einheit der Ordnung *zugerechnet*, auf die im Staate personifizierte Einheit des Normensystems bezogen werden. Das parlamentarische Repräsentationsdogma behauptet aber, das Parlament repräsentiere zunächst nur das Volk, nicht unmittelbar den Staat, sei also Organ eines Staatsorgans. Das eben ist die Fiktion,

Gerichtshalle 1919

Mandat ist nur der Wunsch nach rechtlischem Ausdruck für eine politische Realität. (Fortsetzung folgt.)

Archiv für Sozialwissenschaft 1920

Mandat ist nur der Wunsch nach rechtlischem Ausdruck für eine politische Realität¹⁵⁾.

denn diese Behauptung steht im Widerspruch – nicht etwa zu der sozialen Wirklichkeit, diese ist überhaupt nicht Gegenstand normativ-juristischer Erkenntnis – sondern zur *Rechtslage*. Daß die Zurechnung der Parlamentsfunktion zum Staate den Umweg über ein anderes Organ – das Volk – mache, dazu wäre dann ein hinreichender Grund, wenn das Parlament an den Willen des Volkes materiell gebunden wäre, so wie etwa der Stellvertreter an den Willen des Vertretenen im Privatrecht gebunden ist. Das Gegenteil ist aber der Fall! Das Ständehaus hat sich zum modernen Parlament gerade dadurch umgewandelt daß die Bindung an die Wählerschaft beseitigt, daß an Stelle des imperativen, das freie Mandat gesetzt wurde. In demselben Maße als der *aristokratische* Charakter des ehemals ständischen Parlamentes durch die Allgemeinheit und Gleichheit des Wahlrechts gemindert würde, ist er durch das freie Mandat wieder verstärkt worden. Daß das Volk das Parlament bestellt, richtiger: daß einzelne Wählergruppen einzelne Abgeordnete wählen, kann keine Veranlassung sein, das Parlament anders als andere Organe des Staates zu behandeln. Kreation und Repräsentation haben miteinander nichts zu tun. Die Fiktion der Volksrepräsentation durch das Parlament hat offenbar einen politischen Grund. Das Dogma der Volkssouveränität spricht dem Volke – neben anderen – auch die gesetzgebende Gewalt zu. Die Repräsentationsfiktion erhält den Schein dieses Dogmas auch dann, wenn Arbeitsteilung die Gesetzgebung einem speziellen Apparat übertragen hat. Und zu diesem Zwecke wird die Repräsentationsfiktion auch in jenen Fällen verwendet, wo sie sich nicht auf das – immerhin vom Volke gewählte – Gesetzgebungsorgan, sondern auf einen anderen Machtfaktor bezieht, der seine Funktion im Sinne der Volkssouveränität zu rechtfertigen wünscht.

¹⁵⁾ Wie das politische Werturteil die theoretische Konstruktion beeinflusst, das zeigt sich deutlich in der Stellung *Steffens* und *Hasbachs* zur unmittelbaren Demokratie und speziell zum imperativen Mandat. Weil er es für nachteilig hält, erklärt es *Steffen*, dem die Demokratie die beste Staatsform ist, für undemo-

| 304 II | (Fortsetzung.)

| 63 Gerade an diesem Punkte, so äußerte sich der Vortragende, Professor *Dr. Kelsen*, setzt die bolschewistische Theorie und Praxis mit größtem Erfolge, weil in innigster Fühlung mit dem politischen Empfinden der breiten Massen, ein. Im Anschlusse an eine Bemerkung von *Karl Marx*, daß die Pariser Kommune des Jahres 1871 nicht eine parlamentarische, sondern eine arbeitende Körperschaft sein sollte, und daß das allgemeine Stimmrecht, statt einmal in drei oder sechs Jahren zu entscheiden, welches Mitglied der herrschenden Klasse das Volk im Parlament ver- oder zertreten soll, vielmehr dem Volke dazu dienen sollte, unmittelbar in die Verwaltung einzugreifen, hat *Lenin* in seinen für die Theorie des Neokommunismus grundlegenden Schriften die Beseitigung des Parlamentarismus gefordert. Er glaubte damit die Demokratie zu treffen, allein er trifft nicht einmal den Parlamentarismus. Das von den Bolschewiki in der russischen Sowjetverfassung errichtete Vertretungssystem – auf eine Repräsentation überhaupt konnten und wollten sie aus praktischen Gründen natürlich nicht verzichten – ist in dem fraglichen Punkte nicht nur keine Ueberwindung der Demokratie, sondern umgekehrt der Versuch einer Rückkehr zu ihr. Die kurze Mandatsdauer, die Möglichkeit jederzeitiger Abberufung der in die verschiedenen Sowjets vom Volke Abgeordneten und die damit verbundene völlige Abhängigkeit von den Wählern, der innige Kontakt mit dem Urmaterial des Volkswillens ist echtste Demokratie. Schon die Forderung nach steter und lebendiger Verbin-

Gerade an diesem Punkte setzt die *bolschewistische Theorie und Praxis* mit größtem Erfolge, weil in innigster Fühlung mit dem politischen Empfinden der breiten Massen ein¹⁶). Im Anschlusse an eine Bemerkung von *Karl Marx*, daß die Pariser Kommune des Jahres 1871 nicht eine parlamentarische, sondern eine arbeitende Körperschaft sein sollte, und daß das allgemeine Stimmrecht, statt einmal in 3 oder 6 Jahren zu entscheiden, welches Mitglied der herrschenden Klasse das Volk im Parlament ver- oder zertreten soll, vielmehr dem Volke dazu dienen sollte, unmittelbar in die Verwaltung einzugreifen¹⁷), hat *Lenin* in seinen für die Theorie des Neokommunismus grundlegenden Schriften die *Beseitigung des Parlamentarismus* gefordert¹⁸). Er glaubte damit die Demokratie zu treffen, allein er trifft nicht einmal den Parlamentarismus. Das von den Bolschewiki in der russischen Sowjetverfassung errichtete Vertretungssystem – auf eine Repräsentation überhaupt konnten und wollten sie aus praktischen Gründen natürlich nicht verzichten – ist in dem fraglichen Punkte nicht nur keine Ueberwindung der Demokratie, sondern umgekehrt der Versuch einer Rückkehr zu ihr. Die kurze Mandatsdauer, die Möglichkeit jederzeitiger Abberufung der in die verschiedenen Sowjets vom Volke Abgeordneten und die damit verbundene völlige Abhängigkeit von den Wählern, der innige Kontakt mit dem Urmaterial des Volkswillens – ist echtste Demokratie. Schon die Forderung nach steter und lebendiger Verbindung zwischen den Volksvertretern und

kratisch (a. a. O. S. 93); weil *Hasbachs* politisches Ideal der Demokratie entgegengesetzt ist, beeilt er sich, das auch von ihm für nachteilig erkannte imperative Mandat für eine Konsequenz der Volkssouveränität zu erklären (a. a. O. S. 322).

| 63

|¹⁶) Vgl. dazu *meine* Schrift: *Sozialismus und Staat*, 1920.

¹⁷) Bürgerkrieg in Frankreich, 3. Aufl. S. 47.

¹⁸) *Staat und Revolution*, 1918, S. 40ff.

Gerichtshalle 1919

dung zwischen den Volksvertretern und ihren Wählern setzt voraus, daß die letzteren ständig beisammen seien, um eine wirksame Kontrolle über ihre Abgeordneten zu führen. Periodische Wählerversammlungen könnten den Zweck nicht erreichen. Wenn aber der einzelne wirtschaftliche Betrieb, die Fabrik, die Werkstätte, das Regiment zum Wahlkörper wird, in dem die Wahlberechtigten täglich in engster Fühlung, weil in Arbeitsgemeinschaft, versammelt sind, wenn jeder einzelne Betrieb in den Lokalsowjet, die Lokalsowjets in den Provinzialsowjet und diese in das höchste Parlament, den allrussischen Kongreß der Arbeiter-, Bauern- und Soldatenräte wählen, der seine legislativen und exekutiven Funktionen wieder einem aus 200 Mitgliedern bestehenden Zentralexekutivkomitee überträgt, dann ist nicht nur die Möglichkeit eines permanenten Volkswillens geboten, sondern auch die bestmögliche Garantie dafür geschaffen, daß sich dieser Volkswille nicht nach den Zufälligkeiten einer Wählerversammlung, sondern nach immanenter Gesetzlichkeit bilde, die – wenn überhaupt – in dem dauernden und innigen Kontakt der Arbeitsgemeinschaft des Betriebes zutage tritt. Daß aber im einzelnen Wirtschaftsbetrieb die Arbeiter an der Leitung beteiligt werden oder die Leitung selbst übernehmen, das bedeutet nichts anderes als die Demokratisierung der Wirtschaft, ihre Durchführbarkeit oder Zweckmäßigkeit steht hier nicht in Frage. Hervorgehoben werden soll nur, daß der Sozialismus mit dieser Forderung nur ein demokratisches Organisationsprinzip in Anwendung bringt.

Archiv für Sozialwissenschaft 1920

ihren Wählern setzt voraus, daß die letzteren ständig beisammen seien, um eine wirksame Kontrolle über ihre Abgeordneten zu führen. Periodische Wählerversammlungen könnten den Zweck nicht erreichen. Wenn aber der einzelne wirtschaftliche Betrieb, die Fabrik, die Werkstätte, das Regiment zum Wahlkörper wird, in dem die Wahlberechtigten täglich in engster Fühlung, weil in Arbeitsgemeinschaft versammelt sind, wenn jeder einzelne Betrieb in den Lokalsowjet, die Lokalsowjets in den Provinzialsowjet und diese in das höchste Parlament, den allrussischen Kongreß der Arbeiter-, Bauern- und Soldatenräte wählen, der seine legislativen und exekutiven Funktionen wieder einem aus 200 Mitgliedern bestehenden Zentralexekutivkomitee überträgt, dann ist nicht nur die Möglichkeit eines permanenten Volks|willens geboten, sondern auch die bestmögliche Garantie dafür geschaffen, daß sich dieser Volkswille nicht nach den Zufälligkeiten einer Wählerversammlung, sondern nach immanenter Gesetzlichkeit bilde, die – wenn überhaupt – in dem dauernden und innigen Kontakt der Arbeitsgemeinschaft des Betriebes zutage tritt. Daß aber im einzelnen Wirtschaftsbetrieb die Arbeiter an der Leitung beteiligt werden, oder die Leitung selbst übernehmen, das bedeutet nichts anderes als die *Demokratisierung der Wirtschaft*. Ihre Durchführbarkeit oder Zweckmäßigkeit steht hier nicht in Frage. Hervorgehoben werden soll nur, daß der Sozialismus mit dieser Forderung nur ein demokratisches Organisationsprinzip in Anwendung bringt¹⁹⁾.

|64

¹⁹⁾ Daß auch der moderne Staat soziologisch nur als ein großer „Betrieb“ angesehen werden dürfe, daß ein wirtschaftlicher Privatbetrieb, etwa eine große Fabrik, und der heutige Staat nichts Wesenverschiedenes seien, betont Max Weber in seiner vorzüglichen Schrift „Parlament und Regierung im neu geordneten Deutschland“, 1918, S. 15. Darum ist ja auch das Organisationsproblem in beiden Fällen grundsätzlich das gleiche. Und Demokratie nicht nur eine Frage des Staates, sondern auch der wirtschaftlichen Betriebe.

Der demokratische Sinn der für die Sowjetverfassung so charakteristischen betriebsweisen Wählerorganisation mag – wie die Geschichte der Sowjetverfassung lehrt – nicht von Anfang an beabsichtigt gewesen sein. Aber die meisten sozialen Institutionen erlangen im Laufe der Entwicklung eine andere Bedeutung als mit ihnen ursprünglich verbunden wurde. Auch ist dieses Organisationsprinzip keineswegs konsequent durchzuführen und kann es auch gar nicht sein. Selbst wenn nur Werktätige wahlberechtigt sind – wie dies in der Sowjetverfassung der Fall ist – so gibt es doch zahlreiche Arbeiter, die nicht in Betrieben tätig sind; geistige Arbeiter, kleine Handwerker, vor allem aber: Kleinbauern. Daher muß die Räteverfassung einerseits andere Organisationen zur Ergänzung heranziehen, so die Gewerkschaften, andererseits für die landwirtschaftlich tätigen Wähler auf die betriebsmäßige Organisation ganz verzichten. Hier ist eine rein territoriale Einheit, das Dorf, die Grundlage des Wahlsystems. Aus dieser Vermengung der Organisationssysteme entstehen natürlich mannigfache Nachteile, auf die hier nicht weiter einzugehen ist. Ebenso nicht auf die wichtigere Frage, ob die mit der Verwendung des Betriebes als permanenten Wahlkörper verbundene Politisierung der wirtschaftlichen Organisation dieser nicht gefährlich werden kann. Die Erfahrungen in Rußland bestätigen diese Befürchtung nur allzu sehr. Doch ist gerade dieser Mangel überaus charakteristisch für die unmittelbare Demokratie, die ja in den antiken Stadtstaaten nur darum möglich war, weil die Gruppe der politisch Berechtigten und die der wirtschaftlich Werktätigen, nämlich die Sklaven, grundsätzlich auseinanderfielen.

Bei der praktischen Undurchführbarkeit der unmittelbaren Demokratie in wirtschaftlich und kulturell fortgeschrittenen Großstaaten führt das Bemühen, den Volkswillen in möglichst ständige und nahe Verbindung mit den nun einmal unvermeidbaren Volksvertretern zu bringen, führt die

Der demokratische Sinn der für die Sowjetverfassung so charakteristischen betriebsweisen Wählerorganisation mag – wie die Geschichte der Sowjetverfassung lehrt – nicht von Anfang an beabsichtigt gewesen sein. Aber die meisten sozialen Institutionen erlangen im Laufe der Entwicklung eine andere Bedeutung als mit ihnen ursprünglich verbunden wurde. Auch ist dieses Organisationsprinzip keineswegs konsequent durchgeführt und kann es auch gar nicht sein. Selbst wenn nur Werktätige wahlberechtigt sind – wie dies in der Sowjetverfassung der Fall ist – so gibt es doch zahlreiche Arbeiter, die nicht in Betrieben tätig sind; geistige Arbeiter, kleine Handwerker, vor allem aber: Kleinbauern. Daher muß die Räteverfassung einerseits andere Organisationen zur Ergänzung heranziehen, so die Gewerkschaften, andererseits für die landwirtschaftlich tätigen Wähler auf die betriebsmäßige Organisation ganz verzichten. Hier ist eine rein territoriale Einheit, das Dorf, die Grundlage des Wahlsystems. Aus dieser Vermengung der Organisationssysteme entstehen natürlich mannigfache Nachteile, auf die hier nicht weiter einzugehen ist. Ebenso nicht auf die wichtigere Frage, ob die mit der Verwendung des Betriebes als permanenten Wahlkörper verbundene Politisierung der wirtschaftlichen Produktion dieser nicht gefährlich werden kann. Die Erfahrungen in Rußland bestätigen diese Befürchtung nur allzusehr. Doch ist gerade dieser Mangel überaus charakteristisch für die unmittelbare Demokratie, die ja in den antiken Stadtstaaten nur darum möglich war, weil die Gruppen der politisch Berechtigten und die der wirtschaftlich Werktätigen, nämlich der Sklaven, grundsätzlich auseinanderfielen.

Bei der praktischen Undurchführbarkeit der unmittelbaren Demokratie in wirtschaftlich und kulturell fortgeschrittenen Großstaaten führt das Bemühen, den Volkswillen in möglichst ständige und nahe Verbindung mit den nun einmal unvermeidbaren Volksvertretern zu bringen, führt die

Gerichtshalle 1919

Tendenz nach wenigstens annäherungsweise Unmittelbarkeit nicht etwa zu einer Ausschaltung oder nur Reduzierung, sondern in einem gewissen Sinne gerade umgekehrt zu einer ungeahnten Hypertrophie des Parlamentarismus. Die in bewußter und beabsichtigter Opposition gegen die repräsentative Demokratie der Bourgeoisie gerichtete Sowjetverfassung Rußlands zeigt dies deutlich. An Stelle eines einzigen, aus allgemeinen Volkswahlen hervorgehenden Parlamentes, tritt ein ganzes System zahlloser, pyramidenförmig aufgebauter Parlamente, die „Sowjets“ oder Räte heißen und nur Vertretungskörper sind. Mit dieser Extensivierung des Parlamentarismus geht Hand in Hand seine Intensivierung. Aus bloßen „Schwatzbuden“ sollen die Parlamente im Sinne des Neokommunismus zu wirklich arbeitenden Körperschaften werden. Das heißt aber: sie sollen sich nicht darauf beschränken, Gesetze zu geben, generelle Normen, allgemeine Grundsätze aufzustellen, sondern auch die Aufgaben der Exekutive übernehmen und den Prozeß der Rechtserzeugung bis zur letzten Reihe der Konkretisierung, bis zum individuellen Staatsakt, zum besonderen Rechtsgeschäft fortführen. Auch auf diese Tendenz ist ja zurückzuführen, daß von dem obersten Zentralparlament in ihrem territorialen und fachlichen Wirkungskreis sich verengende Lokal- und Fachparlamente bis zum Einzelbetrieb strahlenförmig ausgehen. Nichts anderes als ein Versuch liegt vor: neben der Gesetzgebung nun auch die Verwaltung zu demokratisieren, an Stelle der bürokratisch, das heißt aber autokratisch ernannten Beamten, der innerhalb des mitunter recht weiten Rahmens der Gesetze seinen Willen dem Untertanen verbindlich aufzuzwingen ermächtigt ist, tritt der bisher verwaltete Untertan selbst. Das Objekt der Verwaltung wird zu ihrem Subjekt. Allerdings nicht unmittelbar, sondern durch gewählte Vertreter. Die Demokratisierung der Exekutive ist zunächst nur eine Parlamentarisierung.

Archiv für Sozialwissenschaft 1920

Tendenz nach wenigstens annäherungsweise Unmittelbarkeit nicht etwa zu einer Ausschaltung oder nur Reduzierung, sondern, in einem gewissen Sinne gerade umgekehrt, zu einer ungeahnten *Hypertrophie des Parlamentarismus*. Die in bewußter und beabsichtigter Opposition gegen die repräsentative Demokratie der Bourgeoisie gerichtete Sowjetverfassung Rußlands zeigt dies deutlich. An Stelle eines einzigen, aus allgemeinen Volkswahlen hervorgehenden Parlamentes tritt ein ganzes System zahlloser, pyramidenförmig aufgebauter Parlamente, die „Sowjets“ oder Räte heißen, und nur Vertretungskörper sind. Mit dieser Extensivierung des Parlamentarismus geht Hand in Hand seine Intensivierung. Aus bloßen „Schwatzbuden“ sollen die Parlamente im Sinne des Neokommunismus zu wirklich arbeitenden Körperschaften werden. Das heißt aber: Sie sollen sich nicht darauf beschränken, Gesetze zu geben, generelle Normen, allgemeine Grundsätze aufzustellen, sondern auch die Aufgaben der Exekutive übernehmen und den Prozeß der Rechtserzeugung bis zur letzten Stufe der Konkretisierung, bis zum individuellen Staatsakt, zum besonderen Rechtsgeschäft vollenden. Auch auf diese Tendenz ist ja zurückzuführen, daß von dem obersten Zentralparlament, in ihrem territorialen und fachlichen Wirkungskreis sich verengende, Lokal- und Fachparlamente bis zum Einzelbetrieb strahlenförmig ausgehen. Nichts anderes als ein Versuch liegt vor: neben der Gesetzgebung nun auch die *Verwaltung zu demokratisieren*. An Stelle des bürokratisch, d. h. aber autokratisch ernannten Beamten, der innerhalb des mitunter recht weiten Rahmens der Gesetze seinen Willen dem Untertanen verbindlich aufzuzwingen ermächtigt ist, tritt der bisher verwaltete Untertan selbst. Das Objekt der | Verwaltung wird zu ihrem Subjekt. Allerdings nicht unmittelbar, sondern durch gewählte Vertreter. Die Demokratisierung der Exekutive ist zunächst nur eine Parlamentarisierung.

III.

In den aus autokratischen Monarchien entstandenen Demokratien ist man geneigt, die demokratische Forderung als erfüllt anzusehen, wenn die Legislative sich unter Teilnahme des Volkes vollzieht. Die Lehre von *der Trennung der Gewalten* hat lange als Damm gegen jedes Uebergreifen des demokratischen Prinzips über den Bereich der Gesetzgebung gewirkt. Das gilt insbesondere von den konstitutionellen Monarchien und den ihnen nachgebildeten Republiken, wie den Vereinigten Staaten von Amerika und Frankreich. Letzteres hat eine ausgesprochen monarchische Verwaltungsorganisation. Nur theoretische Kurzsichtigkeit oder politische Absicht konnte das Prinzip der Trennung der Gewalten als ein demokratisches ausgeben²⁰⁾. Von *Montesquieu* angeblich der englischen Verfassung entnommen, wo man es damals vergeblich gesucht hätte, wird es zwar als eine Garantie der Freiheit gerechtfertigt. Sein eigentlicher Sinn aber dürfte wohl der sein, dem aus dem Absolutismus in die Beschränkung des Konstitutionalismus verdrängten Monarchen ein letztes Uebergewicht über die im Parlamente konzentrierte Gewalt des Volkes zu sichern. Denn wie sich nun einmal das Spiel der Kräfte im Staate gestaltet, hat diese Gewaltentrennung zur Folge, daß das vielköpfige Gesetzgebungsorgan, in dem das Volk allein repräsentiert wird, keineswegs als das höchste sich geltend machen kann. Ist die vollziehende Gewalt einem Monarchen übertragen und – ganz im Widerspruch zu ihrem Begriffe – der Legislative statt unterstellt gleichgeordnet, dann tritt dieser Monarch erfahrungsgemäß als übergeordnete Macht der an der Gesetzgebung mitbeteiligten Volksvertretung entgegen. Hier zeigt sich eine politische Ueberschätzung der Gesetzgebungsfunktion. Es ist beinahe eine Ironie

²⁰⁾ Treffend hebt *Hasbach* a. a. O. S. 17 hervor, daß *Montesquieu's* Lehre von der Trennung der Gewalten unvereinbar sei mit der Idee von der Volkssouveränität.

Archiv für Sozialwissenschaft 1920

der Geschichte, wenn eine Republik wie die Vereinigten Staaten von Amerika das Dogma von der Gewaltentrennung gläubig übernimmt und gerade im Namen der Demokratie auf die Spitze treibt. Allerdings ist die Stellung des Präsidenten der Vereinigten Staaten bewußt jener des Königs von England nachgeahmt. Wenn in der sogenannten Präsidentschaftsrepublik die vollziehende Gewalt auf einen Präsidenten übertragen wird, der nicht aus der Volksvertretung hervorgeht, sondern unmittelbar durch das Volk gewählt ist, und wenn auch in anderer Weise die Unabhängigkeit des mit der vollziehenden Gewalt betrauten Präsidenten gegenüber der Volksvertretung gesichert wird, so bedeutet dies – so paradox es auch erscheinen mag – eher eine Schwächung als – wie vermutlich beabsichtigt – eine Stärkung des Prinzipes der Volkssouveränität. Denn wenn dem nach Millionen zählenden Volke der Wähler nur ein einziger als Gewählter gegenübersteht, dann muß der Gedanke einer Repräsentation des Volkes den letzten Schein von Berechtigung verlieren. Was in einem alle Volksparteien umfassenden vielköpfigen Parlamente vielleicht noch möglich ist: daß sich aus dem Zusammenwirken aller dieser Kräfte etwas wie ein Volkswille bilde, ist bei dem durch unmittelbare Volkswahl berufenen und daher vom Parlamente ganz unabhängigen, durch den ungeheuren und nicht aktionsfähigen Gesamtkörper des Volkes aber nicht kontrollierbaren Präsidenten ebensowenig möglich wie bei dem erblichen Monarchen. Ja, die Chancen einer – wenn auch nur zeitlich begrenzten – Autokratie sind dort unter Umständen noch größer als hier. Die Art der Berufung spielt keine entscheidende Rolle. Wie wenig verwandt der Repräsentativgedanke dem demokratischen Prinzip ist, erkennt man daraus, daß die Autokratie sich derselben Fiktion bedient. Wie der Monarch und ganz besonders der absolute Monarch, so gilt auch jeder vom Monarchen eingesetzte Beamte als *Organ* d. h. aber als Repräsentant der Volksgesamtheit, des Staates. Es hat kei-

Archiv für Sozialwissenschaft 1920

nen Usurpator und keinen Tyrannen gegeben, der auf diese Rechtfertigung seiner Macht verzichtet hätte. Die autokratische Repräsentationsformel und die Pseudodemokratie eines gewählten Cäsars unterscheiden sich nicht allzusehr voneinander.

Das die völlige Demokratisierung des Staates hemmende Prinzip der Gewaltentrennung beruht nicht nur auf einem praktisch-politischen Fehlurteil über die Bedeutung der Gesetzgebung, es geht auch Hand in Hand mit einem theoretischen Irrtum hinsichtlich des Wesens der Rechtsgestaltung. Wir sind allzusehr gewohnt, das Recht nur in jener generellen, abstrakten Form zu erkennen, in der es sich im Stadium der Gesetzgebung befindet²¹⁾. Rechtswissenschaft ist heute beinahe identisch mit Gesetzeskunde. Und doch ist das generelle Gesetz nur eine Stufe, weder die erste noch die letzte Stufe in dem Prozesse der Rechtserzeugung, der mit der Verfassung, als der Ursprungs- und Ausgangsnorm, als einer Regel für die Gesetzgebung beginnt, und über das Gesetz, als einer generellen Regel für Verordnungen, Urteile, Verwaltungsakte, Rechtsgeschäfte, bis zu diesen Konkretisierungen des Rechts – wie die wirtschaftliche Produktion vom Rohstoff über das Halbfabrikat zur Fertigware – fortschreitet. Es ist ein Irrtum, wenn auch ein weitverbreiteter, daß die Erzeugung des Rechtes – oder was dasselbe ist: die Realisierung des Staates – mit der Gesetzgebung abgeschlossen oder gar in ihr allein beschlossen sei. Dieser Irrtum hat mit zu der Ueberschätzung dieser Funktion beigetragen. Hat die Einsicht in die innere Dynamik der Rechts- (oder was dasselbe ist: der Staats-) Ordnung gezeigt, daß die sogenannte Exekutive ein ebenso wichtiges, ebenso wesentliches Stadium der Rechtserzeugung oder Rechtsrealisierung ist wie die Legislative, daß die Vollziehung ja nur die notwendige

| 68

| 68

²¹⁾ Vgl. dazu die ausgezeichnete Schrift *Merkel*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung, Hannover 1917.

*Gerichtshalle 1919**Archiv für Sozialwissenschaft 1920*

Schon in der von der bolschewistischen Theorie so verketzerten bürgerlichen Demokratie hat der Prozeß der Demokratisierung der Verwaltung nach zwei Hauptrichtungen eingesetzt. Von unten die kommunale Selbstverwaltung, von oben das System der sogenannten parlamentarischen Regierung. Nach beiden Richtungen wird das Prinzip der Gewaltentrennung durchbrochen. Der Gemeinderat ist in der Regel zugleich Träger der Gemeindegesetzgebung und der Gemeindeverwaltung, die parlamentarische Regierung ein Ausschuß des Gesetzgebungskörpers. Es ist nur der konsequente Ausdruck der Volkssouveränität, wenn die Regierung – wie dies z. B. in unserer jetzigen Verfassung ausdrücklich normiert ist – auch formell gewählt wird. Praktisch läuft das freilich auf dasselbe hinaus, wenn das Staatsoberhaupt kraft ungeschriebenen Rechtes – so in England, dem Mutterland parlamentarischer Regierung – seine Ministerien aus der Parlamentsmajorität entnehmen muß; daß aber neben Parlament und Kabinett überhaupt ein Staatsoberhaupt – sei es auch nur ein republikanisches, für kurze Funktionsdauer gewähltes Staatsoberhaupt – besteht, ist an sich schon eine Schmälerung der Demokratie. Auch in dieser Beziehung ist unsere Verfassung, die auf ein solches Organ verzichtet, durchaus demokratisch gedacht, soweit eben der Parlamentarismus überhaupt eine Verwirklichung der demokratischen Idee zuläßt.

Fortsetzung der Gesetzgebung ist, die ohne sie ein Fragment bleiben müßte, ist das Prinzip der Einheit des Rechtserzeugungsprozesses erkannt, dann fehlt jeder Grund dafür, das demokratische Organisationsprinzip auf ein mehr oder weniger willkürlich herausgegriffenes Stadium dieser Prozesse zu beschränken; dann öffnet sich das Auge des Rechtstechnikers oder Staatskonstruktors für den Widerspruch, der darin besteht, daß die eine Stufe der Rechtserzeugung oder Staatsverwirklichung – nämlich die legislative – demokratisch, die nächstfolgende – die sogenannte Exekutive – aber wieder autokratisch organisiert ist.

Schon in der von der bolschewistischen Theorie so verketzerten bürgerlichen Demokratie hat der Prozeß der Demokratisierung der Verwaltung nach zwei Hauptrichtungen eingesetzt. Von unten die kommunale Selbstverwaltung, von oben das System der sogenannten parlamentarischen Regierung. Nach beiden Richtungen wird das Prinzip der Gewaltentrennung durchbrochen. Der Gemeinderat ist in der Regel zugleich Träger der Gemeindegesetzgebung und der Gemeindeverwaltung, die parlamentarische Regierung ein Ausschuß des Gesetzgebungskörpers. Es ist nur der konsequente Ausdruck der Volkssouveränität, wenn die Regierung – wie dies z. B. in der neuesten österreichischen Verfassung ausdrücklich normiert ist – auch formell vom Parlamente gewählt wird. Praktisch läuft es freilich auf dasselbe hinaus, wenn das Staatsoberhaupt kraft ungeschriebenen Rechtes – so in England, dem Mutterland parlamentarischer Regierung – seine Minister aus der Parlamentsmajorität entnehmen muß. Daß aber neben Parlament und Kabinett überhaupt ein Staatsoberhaupt, sei es auch nur ein republikanisches, für kurze Funktionsdauer gewähltes Staatsoberhaupt, besteht, ist an sich schon eine Schmälerung der Demokratie. Auch in dieser Beziehung ist die russische (ebenso wie die österreichische) Verfassung, die auf ein solches Organ verzichtet, durchaus demokratisch gedacht.

Gerichtshalle 1919

Archiv für Sozialwissenschaft 1920

Wenn die bolschewistische Kritik des bürgerlichen Parlamentarismus dahin geht, daß aus bloßen „Schwatzbuden“ Verwaltungskörper werden, so trifft sie sich durchaus mit den Bestrebungen, die von bürgerlicher Seite auf eine Reform des Parlamentarismus gerichtet sind. In seiner ausgezeichneten Schrift über „Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland“ fordert *Max Weber* „nicht ein redendes, sondern ein arbeitendes Parlament, ein Parlament, das die

|305 II Verwaltung | fortlaufend mitarbeitend kontrolliert“. „Registrierung und Kontrolle“ sind aber die Funktionen, die auch *Lenin* in seinen Schriften immer wieder und mit allergrößtem Nachdruck für das in den Sowjets organisierte Volk in Anspruch nimmt.

|70

Ob das Parlament – sei es die zentrale Volksvertretung, sei es Lokal- oder Fachparlament – zur Durchführung von Verwaltungsaufgaben besonders geeignet ist, ist eine andere Frage. Sicherlich kann man sich der Erkenntnis nicht verschließen, daß die Gesetzgebung normalerweise als Fortbildung und Abänderung einer bestehenden Ordnung keinem permanenten, sondern

|69

Wenn die bolschewistische Kritik des bürgerlichen Parlamentarismus dahin geht, daß aus bloßen „Schwatzbuden“ Verwaltungskörper werden, so trifft sie sich durchaus mit den Bestrebungen, die von bürgerlicher Seite auf eine Reform des Parlamentarismus gerichtet sind. In seiner Schrift über „Parlament und Regierung im neu geordneten Deutschland“ fordert *Max Weber* „nicht ein redendes, sondern ein arbeitendes Parlament, ein Parlament, das die Verwaltung fortlaufend mitarbeitend kontrolliert“²²). „Registrierung und Kontrolle“ sind aber die Funktionen, die auch *Lenin*²³) in seinen Schriften immer wieder und mit allergrößtem Nachdruck für das in den Sowjets organisierte Volk in Anspruch nimmt²⁴).

|IV.

Ob Parlamente – sei es die zentrale Volksvertretung, seien es Lokal- oder Fachparlamente – zur Durchführung von Verwaltungsaufgaben besonders geeignet sind, ist eine andere Frage. Sicherlich kann man sich der Erkenntnis nicht verschließen, daß die Gesetzgebung normalerweise als Fortbildung und Abänderung einer bestehenden Grundordnung keinem permanenten, son-

|22) A. a. O. S. 55.

|23) A. a. O. S. 95.

|24) Mit der Ablehnung des bloß legislativ tätigen Zentralparlamentes nimmt die bolschewistische Theorie nur einen Gedanken auf, der längst vor der Revolution und zwar auch von durchaus bürgerlicher Seite ausgesprochen worden war. Der Dilettantismus der „enzyklopädisch angelegten Zentralparlamente“ hatte schon um die Wende des 19. Jahrhunderts zu einer Krisis des Parlamentarismus und in deren Verlauf unter anderem zu dem Vorschlag geführt, neben dem bloß politischen Zentralparlament für die verschiedenen Gebiete des staatlichen Lebens Fachparlamente – etwa im Anschluß an die staatlichen Zentralverwaltungsstellen (Ministerien) – zu errichten. Vgl. dazu *Koigen* a. a. O. S. 149ff. Neuestens wird dieser Gedanke auch von *Walter Rathenau* in seiner Schrift „Der neue Staat“, 1919, vertreten.

Gerichtshalle 1919

einem fallweisen Bedürfnis entspricht. Die gesetzgebende Körperschaft eines wohlorganisierten Staates sollte eigentlich nur ausnahmsweise in Tätigkeit kommen, wenn es gilt, etwas an dem fertigen Gebäude zu verbessern. Es ist daher begreiflich, daß die Mitgliedschaft im Parlament nicht Haupt- und Lebensberuf ist. Der Abgeordnete ist und bleibt als solcher Bauer oder Arbeiter, Gewerkschaftssekretär, Rechtsanwalt, Staatsbeamter usw.; die Verwaltung aber ist sozusagen das tägliche Leben des Staates, ihre Funktionen fordern den ganzen Menschen. Zumal im modernen Staate mit seiner weitgehenden und tief ins Wirtschafts- und Kulturleben eingreifenden Aufgaben. Darum muß das Organ der Staatsverwaltung als solches im Hauptberuf tätig sein und muß sich die Auswahl der Organe nach fachlichen Gesichtspunkten vollziehen. Nicht als ob der letztere Gesichtspunkt nicht auch für die legislative Funktion und die Zusammensetzung der gesetzgebenden Körperschaft maßgebend sein sollte! Weil er es tatsächlich nicht ist, erlangt ja die Bureaukratie – der hauptberuflich tätige Fachbeamte – jenes zur Scheindemokratie führende Uebergewicht über das Parlament, das die ihm von der Zentralstelle ausgearbeiteten Gesetzentwürfe mit mehr oder weniger wesentlichen Aenderungen und meist sehr fragwürdigen Verbesserungen beschließt. In dieser Bureaukratie liegt die größte Gefahr für die De-

Archiv für Sozialwissenschaft 1920

dem einem fallweisen Bedürfnis entspricht. Die gesetzgebende Körperschaft eines wohlorganisierten Staates sollte eigentlich nur ausnahmsweise in Tätigkeit kommen, wenn es gilt, etwas an den Grundmauern des Gebäudes zu verbessern. Es ist daher begreiflich, daß die Mitgliedschaft im Parlament nicht Haupt- und Lebensberuf ist. Der Abgeordnete ist und bleibt als solcher Bauer, oder Arbeiter, Gewerkschaftssekretär, Rechtsanwalt, Staatsbeamter usw.; die Verwaltung aber ist sozusagen das tägliche Leben des Staates, ihre Funktionen fordern den ganzen Menschen. Zumal im modernen Staate mit seinen weitgehenden, tief ins Wirtschafts- und Kulturleben eingreifenden Aufgaben. Darum muß das Organ der Staatsverwaltung als solches im *Hauptberuf* tätig sein; und muß sich die Auswahl der Organe nach *fachlichen* Gesichtspunkten vollziehen. Nicht als ob der letztere Gesichtspunkt nicht auch für die legislative Funktion und die Zusammensetzung der gesetzgebenden Körperschaft maßgebend sein sollte! Weil er es tatsächlich nicht ist, erlangt ja die Bureaukratie – der hauptberuflich tätige Fachbeamte²⁵⁾ – jenes zur Scheindemokratie führende Uebergewicht über das Parlament, das die ihm von der Zentralstelle ausgearbeiteten Gesetzentwürfe mit mehr oder weniger wesentlichen Aenderungen (meist sehr fragwürdigen Verbesserungen) beschließt. In dieser *Bureau-*

²⁵⁾ *Max Weber* a. a. O. S. 14: „In einem modernen Staate liegt die wirkliche *Herrschaft*, welche sich ja weder in parlamentarischen Reden noch in Enunziationen von Monarchen, sondern in der *Handhabung der Verwaltung* auswirkt, notwendig und unvermeidlich in den Händen des Beamtentums.“ Und er führt weiter aus, „daß der Fortschritt zur bürokratischen, auf Anstellung, Gehalt, Pension, Avancement, fachmäßige Schulung und Arbeitsteilung, festen Kompetenzen, Aktenmäßigkeit, hierarchischer Unter- und Ueberordnung ruhenden Beamtentum“ „der eindeutige Maßstab der Modernisierung des Staates“ sei. |70

|71

mokratie. Alle Bürokratie neigt notwendigerweise zur Autokratie. Der Kampf gegen die Bürokratie, den der Bolschewismus mit leidenschaftlichem Elan – wenigstens theoretisch – führt, ist ein Kampf für die Demokratie. Es wäre Selbsttäuschung, zu glauben, die Autokratie des Berufsbeamtentums läge nur in der Art der Berufung, oder wenn an Stelle der Ernennung durch die vorgesetzte Stelle die Wahl durch diejenigen Personen trete, deren Interessen der Berufsbeamte zu versorgen hat, sei Demokratie gesichert. Wer auf Lebensdauer und Kraft seiner durch besondere Ausbildung und Erfahrung erworbenen Fachkenntnisse ein Amt versieht, wird fast immer einem Kollegium von Leuten überlegen sein, die, nur auf kurze Zeit gewählt, aus tausend Gründen die fachliche Arbeit von sich abwälzen müssen. Es ist in solchen Fällen meist nicht schwer zu unterscheiden, wo der Schein und wo die Wirklichkeit der Macht ist. Konsequente Demokratien dürfen daher kein Berufs- und Fachbeamtentum mit einer nur durch Altersgrenze beschränkten Funktionsdauer dulden. Womöglich nur gewählte Ehrenbeamte mit kurzer Funktionsperiode oder Berufung der öffentlichen Funktionäre durch das Los, wenn nicht gar die Bestimmung eines festen Turnus, nach dem jeder Bürger durch eine gewisse Zeit jede staatliche Funktion auszuüben hat. Das entspricht vor allem dem demokratischen Gleichheitsprinzip, mit dem ja die Vorstellung der Fachbeamten unvereinbar ist. Natürlich ist eine solche Organisation der Verwaltung ebenso wie die unmittelbare Beschlußfassung durch die Volksversammlung, ein solcher Grad von Demokratie nur bei sehr einfachen wirtschaftlichen und kulturellen Verhältnissen, bei einer außerordentlichen Einschränkung der staatlichen Aufgaben möglich. Die Abschaffung des Berufsbeamtentums ist ebenso wie Ablehnung des Parlamentarismus einfach die Aufhebung der Arbeitsteilung und damit jeder fortschrittlichen Entwicklung, jeder kulturellen Differenzierung innerhalb des politischen Lebens.

kratie liegt die größte Gefahr für die Demokratie. Alle Bürokratie neigt | notwendigerweise zur Autokratie. Der Kampf gegen die Bürokratie, den der Bolschewismus mit leidenschaftlichem Elan – wenigstens theoretisch – führt, ist ein Kampf für die Demokratie. Es wäre Selbsttäuschung, zu glauben, die Autokratie des Berufsbeamtentums läge nur in der Art der Berufung; wenn an Stelle der Ernennung durch die vorgesetzte Stelle die Wahl durch diejenigen Personen tritt, deren Interessen der Berufsbeamte zu versorgen hat, sei Demokratie gesichert. Wer auf *Lebensdauer* und kraft seiner durch besondere Ausbildung und Erfahrung erworbenen *Fachkenntnisse* ein Amt versieht, wird fast immer, auch wenn er durch Wahl berufen wird, einem Kollegium von Leuten überlegen sein, die nur auf kurze Zeit gewählt, aus tausend Gründen die fachliche Arbeit von sich abwälzen müssen. Es ist in solchen Fällen meist nicht schwer zu unterscheiden, wo der Schein und wo die Wirklichkeit der Macht ist. Konsequente Demokratien dürfen daher kein Berufs- und Fachbeamtentum mit einer nur durch Altersgrenze beschränkten Funktionsdauer dulden. Womöglich nur gewählte Ehrenbeamte mit kurzer Funktionsperiode oder Berufung der öffentlichen Funktionäre durch das Los, wenn nicht gar die Bestimmung eines festen Turnus, nach dem jeder Bürger durch eine gewisse Zeit jede staatliche Funktion auszuüben hat. Das entspricht vor allem dem demokratischen Gleichheitsprinzip, mit dem ja die Vorstellung von Fachbeamten unvereinbar ist. Natürlich ist eine solche Organisation der Verwaltung ebenso wie die unmittelbare Beschlußfassung durch die Volksversammlung, ist ein solcher Grad von Demokratie nur bei sehr einfachen wirtschaftlichen und kulturellen Verhältnissen, bei einer außerordentlichen Einschränkung der staatlichen Aufgaben möglich. Die Abschaffung des Berufsbeamtentums ist ebenso wie die Ablehnung des Parlamentarismus einfach die *Aufhebung der Arbeitsteilung* und damit jeder fortschrittlichen Ent-

Gerichtshalle 1919

Sicherlich ist es, wie Professor *Dr. Kelsen* erklärt, kein Zufall, daß der Philosoph der unmittelbaren Demokratie zugleich die Rückkehr zur Natur gepredigt hat, und es ist sehr bezeichnend, daß *Montesquieu* für die Grundlage der Demokratie die Tugend erklärt, was *Rousseau* sehr treffend vor allem als Einfalt der Sitten deutet. Er macht gelegentlich die richtige Bemerkung, die Verwaltung der Demokratie sei umso besser, je einfachere Verrichtungen sie notwendig hat. Auch in diesem Punkte, in dieser Tendenz zum Primitivismus, erweist die politische Theorie des Bolschewismus nur ihren demokratischen Charakter. In dem Ueber- und Unterordnungsverhältnis der bürokratischen Organisation sieht *Lenin* das Charakteristikum jenes Staates, dessen „Absterben“ mit der Diktatur des Proletariats beginne. Er glaubt an einen schließlichen Gesellschaftszustand, in dem es keine „Vorgesetzten“, keine obrigkeitlichen Beamten und daher überhaupt | keinen Staat mehr geben wird, wo alle sozialen – ehemals staatlichen – Funktionen – wie er wörtlich sagt – „abwechselnd von allen ausgeübt, später zur Gewohnheit werden und allmählich als Sonderfunktion einer besonderen Schicht von Menschen – er meint da den die gesamte Staatsgewalt monopolisierenden bürokratischen Apparat – in Fortfall kommen“. Diese Zukunftsentwicklung ist allerdings nur unter der einen Voraussetzung möglich, daß sich die sozialen Funktionen immer einfacher gestalten werden. Daß *Lenin* diese Voraussetzung wörtlich setzt, gehört zu den Unbegreiflichkeiten eines theo-

Archiv für Sozialwissenschaft 1920

wicklung, jeder kulturellen Differenzierung innerhalb des politischen Lebens²⁶⁾.

Sicherlich ist es kein Zufall, daß der Philosoph der unmittelbaren Demokratie zugleich die Rückkehr zur Natur gepredigt hat, und es ist sehr bezeichnend, daß *Montesquieu* für die Grundlage der Demokratie die Tugend erklärt, die *Rousseau* treffend vor allem als Einfalt der Sitten deutet. Er macht gelegentlich die richtige Bemerkung, die Verwaltung der Demokratie sei um so besser, je einfachere Verrichtungen sie notwendig mache. Auch in diesem Punkte, in dieser Tendenz zum Primitivismus, erweist die politische Theorie des Bolschewismus nur ihren demokratischen Charakter. In dem Ueber- und Unterordnungsverhältnis der bürokratischen Organisation sieht *Lenin* das Charakteristikum jenes Staates, dessen „Absterben“ mit der Diktatur des Proletariats beginne. Er glaubt an einen schließlichen Gesellschaftszustand, in dem es keine „Vorgesetzten“, keine obrigkeitlichen Beamten und daher überhaupt keinen Staat mehr geben wird, weil alle sozialen – ehemals staatlichen – Funktionen, wie er sagt, „abwechselnd von allen ausgeübt, später zur Gewohnheit werden und allmählich als Sonderfunktion einer besonderen Schicht von Menschen – gemeint ist der die gesamte Staatsgewalt monopolisierende bürokratische Apparat – in Fortfall kommen“²⁷⁾. Diese Zukunftsentwicklung ist allerdings nur unter der einen Voraussetzung möglich, daß sich die sozialen Funktionen „immer einfacher gestalten“ werden. Daß *Lenin* diese Voraussetzung wörtlich setzt²⁸⁾, gehört zu den Unbegreiflichkeiten eines theoretischen Systems, das eine straffe und autori-

²⁶⁾ *Max Weber*, für den Bürokratisierung und Fortschritt zusammenfällt, meint: „Der Bürokratie gehört die Zukunft“ (a. a. O. S. 27). Zur Beurteilung der antibürokratischen Tendenzen des Bolschewismus sind die Feststellungen *Max Webers* über die der Bürokratie immanente Lebenskraft von größter Bedeutung.

²⁷⁾ A. a. O. S. 45.

²⁸⁾ A. a. O. S. 45.

Gerichtshalle 1919

retischen Systems, das zugleich eine straffe und autoritäre Organisation des gesamten Wirtschafts- und Kulturlebens, also eine Verstaatlichung der ganzen Gesellschaft und die Staatslosigkeit des Anarchismus proklamiert. Auch in dieser Steigerung zum Anarchismus, die ja mit der Bindung zum Primitivismus aufs engste verbunden ist, zeigt sich der Bolschewismus nur als radikaler Demokratismus. Freilich mehr in seiner Theorie als in seiner Praxis. Diese sieht freilich nach den eigenen, mit beispielloser Offenheit angelegten Zeugnissen *Lenins* und *Trotzkis* wesentlich anders aus. In einem Bericht an das zentrale Exekutivkomitee der Arbeiter- und Soldatenräte – einem beinahe tragischen Bekenntnis des Zusammenbruchs der bolschewistischen Theorie – fordert *Lenin* angesichts der völligen Auflösung der Produktion die Diktatur – nicht mehr des Proletariates – sondern einzelner Personen. „Die Revolution hat soeben“, so ruft er aus, „die ältesten, die stärksten und die schwersten Fesseln, denen sich die Massen unter der Knute unterworfen hatten, zerschlagen. Das war gestern; heute aber fordert dieselbe Revolution, und zwar im Interesse des Sozialismus, widerspruchslose Unterordnung der Massen unter den einheitlichen Willen der Leiter des Arbeitsprozesses,“ – „unter den Willen des Sowjetleiters, eines Diktators während der Arbeit.“ Natürlich verzichtet auch die Autokratie nicht auf ihre Repräsentationsfiktion. Und so ist es nicht zu verwundern, wenn *Lenin* zur Rechtfertigung seiner Forderungen behauptet, daß die Diktatur von einzelnen Personen in der Geschichte der Revolutionsbewegungen sehr oft nur der Sprecher, der Träger und der

|73

|73

Archiv für Sozialwissenschaft 1920

täre Organisation des gesamten Wirtschafts- und Kulturlebens, also eine *Verstaatlichung* der ganzen Gesellschaft und zugleich die Staatslosigkeit des *Anarchismus* proklamiert²⁹⁾. Auch in dieser Neigung zum Anarchismus, die ja mit der Tendenz zum Primitivismus aufs engste verbunden ist, zeigt sich der Bolschewismus nur als radikaler Demokratismus.

Freilich mehr in seiner Theorie als in seiner Praxis. Diese sieht nach den eigenen, mit beispielloser Offenheit abgelegten Zeugnissen *Lenins* und *Trotzkis* – wesentlich anders aus. In einem Bericht an das zentrale Exekutivkomitee der Arbeiter- und Soldatenräte³⁰⁾ – einem beinahe tragischen Bekenntnis des Zusammenbruchs der bolschewistischen Theorie – fordert *Lenin* angesichts der völligen Auflösung der Produktion die Diktatur – nicht mehr des Proletariates, sondern einzelner Personen. „Die Revolution hat soeben“, so ruft er aus, „die ältesten, die stärksten und die schwersten Fesseln, denen sich die Massen unter der Knute unterworfen hatten, zerschlagen. Das war gestern, heute aber fordert dieselbe Revolution und zwar im Interesse des Sozialismus widerspruchslose Unterordnung der Massen unter den einheitlichen Willen der Leiter des Arbeitsprozesses“, – „unter den Willen des Sowjetleiters, eines Diktators während der Arbeit“³¹⁾. Natürlich verzichtet auch diese *Autokratie* nicht auf ihre Repräsentationsfiktion. Und so ist es nicht zu verwundern, wenn *Lenin* zur Rechtfertigung seiner Forderungen behauptet, daß die „Diktatur von einzelnen Personen in der Geschichte der Revolutionsbewegungen sehr oft nur der Sprecher, der Träger und

²⁹⁾ Vgl. dazu *meine* Schrift „Sozialismus und Staat“, S. 44ff., wo ich den Widerspruch zwischen der *ökonomischen* (auf autoritäre Zwangsordnung gerichteten) und der *politischen* (zum Anarchismus strebenden) Theorie des Marxismus näher dargelegt habe.

³⁰⁾ Die nächsten Aufgaben der Sowjet-Macht, 1919.

³¹⁾ A. a. O. S. 44, 46.

Gerichtshalle 1919

Führer der Diktatur der revolutionären Klasse war.

Solcher Wandel der Theorie auf dem Wege zur Praxis ist nur allzu begreiflich! Wenn Demokratie nicht nur im Reiche der Ideen aufgerichtet werden soll, wenn Demokratie zu einem Problem sozialer Technik wird, dann zeigen sich erst die engen Grenzen, die hier dem politischen Willen, auch dem besten und ehrlichsten, gesetzt sind. Zur Aufgabe ist gestellt: eine Verfassungsform, in der das Volk sich selbst beherrscht. Allein der Realität, die man als Volk bezeichnen kann, fehlt, was vor allem nötig ist, um eine Herrschaft ausüben zu können, die Einheit. Von nationalen, religiösen und wirtschaftlichen Gegensätzen gespalten, stellt es – seinem soziologischen Befunde nach – eher ein Bündel von Gruppen, als eine zusammenhängende Masse eines und desselben Aggregatzustandes dar. Die Einheit des Volkes ist größtenteils ein moralisch-politisches Postulat. Und dennoch ist der einheitliche Volkswille die unerläßliche Hypothese für eine Herrschaft des Volkes, die Grundlage, auf der das Gebäude der demokratischen Verfassung aufgebaut wird. Wenn diese das Volk als Einheit in einem einheitlichen Wahlakt einen einheitlichen Vertretungskörper wählen läßt, trifft sie der Vorwurf, daß sie als Realität voraussetzt, was zunächst nur als Postulat seine Geltung hat. Die von der Demokratie angenommene Gleichheit der Individuen bedeutet eine radikale Organisation des sozialen Organisationsprozesses und schafft eine Form, bei der die organische Gliederung des sozialen Körpers und die große Verschiedenheit des Wertes, den die einzelnen Glieder für die Gesamtfunktion haben, nicht zum Ausdrucke kommen kann. Dieser Einwand ist von jeher gegen die Demokratie von der Autokratie, insbesondere von der Aristokratie in ihren verschiedenen Formen erhoben worden. Indem nun die Räteverfassung das

Archiv für Sozialwissenschaft 1920

der Führer der Diktatur der revolutionären Klassen war³²⁾.

V.

Solcher Wandel der Theorie auf dem Wege zur Praxis ist allzu begreiflich! Wenn Demokratie nicht nur im Reiche der Ideen aufgerichtet werden soll, wenn Demokratie zu einem Problem sozialer Technik wird, dann zeigen sich erst die engen Grenzen, die hier dem politischen Willen, auch dem besten und ehrlichsten, gesetzt sind. Zur Aufgabe ist gestellt: eine Verfassungsform, in der das Volk sich selbst beherrscht. Allein der Realität, die man als Volk bezeichnen kann, fehlt, was vor allem nötig ist, um eine Herrschaft ausüben zu können, die *Einheit*. Von nationalen, religiösen und wirtschaftlichen Gegensätzen gespalten, stellt es – seinem soziologischen Befunde nach – eher ein Bündel von Gruppen, als eine zusammenhängende Masse eines und desselben Aggregatzustandes dar. Die Einheit des Volkes ist größtenteils ein moralisch politisches Postulat. Und dennoch ist der einheitliche Volkswille die unerläßliche Hypothese für eine Herrschaft des Volkes, die Grundlage, auf der das Gebäude der demokratischen Verfassung aufgebaut wird. Wenn diese das Volk als Einheit in einem einheitlichen Wahlakt einen einheitlichen Vertretungskörper wählen läßt, trifft sie der Vorwurf, daß sie als Realität voraussetzt, was zunächst nur als Postulat seine Geltung hat. Die von der Demokratie angenommene Gleichheit der Individuen bedeutet eine radikale Mechanisierung des sozialen Organisationsprozesses und schafft eine Form, bei der die organische Gliederung des sozialen Körpers und die große Verschiedenheit des Wertes, den die einzelnen Glieder für die Gesamtfunktion haben, nicht zum Ausdrucke kommen kann. Dieser Einwand ist von jeher gegen die Demokratie von der Autokratie, insbesondere von der Aristokratie in ihren verschiedenen Formen erhoben worden. Indem nun die Räteverfassung das Proletariat

|74

³²⁾ A. a. O. S. 42.

*Gerichtshalle 1919**Archiv für Sozialwissenschaft 1920*

Proletariat als eine politisch privilegierte, ja politisch allein berechnete Klasse von Staatsbürgern konstituiert, die Grundsätze der radikalen Demokratie auf diese Gruppe allein beschränkt, indem sie die Privilegierung dieser Gruppe gegenüber der politischen Entrechtung aller anderen auf den besonderen Beruf und die besondere Befähigung gerade dieser Klasse zur Herrschaft, auf die besondere Bedeutung derselben für den Staatszweck gründet, nähern sich die Argumentationen für die Räteverfassung mitunter gewissen, scheinbar längst überholten und bisher als recht reaktionär geltenden Gedankengängen. Das zeigt sich besonders deutlich in den politischen Ausstrahlungen des Rätegedankens, in den Tendenzen, die er außerhalb Rußlands speziell in Deutschland gezeitigt und an seiner wahrscheinlich unbeabsichtigten Wirkung auf die Organisation der nicht proletarischen | Klassen. Indem das Räte-system das demokratische Prinzip durch eine in sich widerspruchsvolle Einschränkung, durch einen Verzicht auf die Allgemeinheit der gleichen Rechte aufhebt, wurde die Rückbildung zur vordemokratischen Organisationsformel, die Wiederbelebung der Stände-verfassung, angebahnt. Denn neben den Arbeiterräten, die alle politische Macht an sich zu reißen bestrebt sind, beginnen sich Bürger- und Bauernräte zu bilden, die ihren Anteil an der Staatsgewalt fordern. Neben, ja gegen die geschriebene demokratische Verfassung sehen wir in Deutschland wie bei uns starke Ansätze zu einer ständischen Organisation entstehen. Es ist zwar heute noch nicht möglich festzustellen, ob es sich dabei um dauernde oder nur um vorübergehende Erscheinungen handelt. Doch darf nicht unterlassen werden, auf die schweren Mängel einer ständischen Organisation hinzuweisen. Soll nicht ein steter Kampf der einzelnen Gruppen um die entscheidende, das heißt ausschließliche Macht im Staate, dessen Grundlagen ständig erschüttern, können die allen Gruppen gemeinsamen, das heißt staatlichen Angelegenheiten nur in

als eine politisch privilegierte, ja politisch allein berechnete Klasse von Staatsbürgern konstituiert, die Grundsätze der radikalen Demokratie auf diese Gruppe allein beschränkt, indem sie die Privilegierung dieser Gruppe gegenüber der politischen Entrechtung aller anderen auf den besonderen Beruf und die besondere Befähigung gerade dieser Klasse zur Herrschaft, auf die besondere Bedeutung derselben für den Staatszweck gründet, nähern sich die Argumentationen für die Räteverfassung mitunter gewissen scheinbar längst überholten und bisher als recht reaktionär geltenden Gedankengängen. Das zeigt sich besonders deutlich in den politischen Ausstrahlungen des Rätegedankens, in den Tendenzen, die er außerhalb Rußlands speziell in Deutschland gezeitigt und an seiner wahrscheinlich unbeabsichtigten Wirkung auf die Organisation der nicht proletarischen Klassen. Indem das Räte-system das demokratische Prinzip durch eine in sich widerspruchsvolle Einschränkung, durch einen Verzicht auf die Allgemeinheit der gleichen Rechte aufhebt, wurde die Rückbildung zu vordemokratischen Organisationsformen, die Wiederbelebung der *Stände-verfassung* angebahnt. Denn neben den Arbeiterräten, die alle politische Macht an sich zu reißen bestrebt sind, beginnen sich Bürger- und Bauernräte zu bilden, die ihren Anteil an der Staatsgewalt fordern. Neben, ja gegen die geschriebene demokratische Verfassung, sehen wir in Deutschland wie in Oesterreich starke Ansätze zu einer ständischen Organisation entstehen. Es ist zwar heute noch nicht möglich festzustellen, ob es sich dabei um dauernde oder nur um vorübergehende Erscheinungen | handelt. Doch darf nicht unterlassen werden, auf die schweren Mängel einer ständischen Organisation hinzuweisen. Soll nicht ein steter Kampf der einzelnen Gruppen um die entscheidende, d. h. ausschließliche Macht im Staate dessen Grundlagen ständig erschüttern, können die allen Gruppen gemeinsamen, also staatlichen Angelegenheiten nur in Uebereinstim-

|306 II

|75

Gerichtshalle 1919

Uebereinstimmung aller Stände besorgt werden. Die ungeheure Schwerfälligkeit dieses Apparates mit seiner inneren Konkurrenz der zahlreichen, ständisch abgegrenzten Bureaukratien, seine geradezu auflösende Tendenz machen ihn für moderne Verhältnisse unmöglich. Gerade darin liegt ja ein Vorzug der Demokratie und ihres Majoritätsprinzipes, daß sie bei größtmöglicher Einfachheit der Organisation doch immerhin eine gewisse politische Integration der Staatsgesellschaft gewährleistet. Die Praxis der Demokratie entwickelt eben schrittweise oder hat doch wenigstens die Tendenz dies zu tun, was ihre Theorie schon voraussetzt.

Gewiß wäre es verfehlt, die Wirkung dieser Integration zu überschätzen und zu verneinen, die Praxis der Demokratie könne niemals vollkommen erreichen, was ohne Theorie in der Fiktion voraussetzt: die Einheit des Volkes, die man nur allzu leicht hinter der Einheit des Staates vermutet oder gar mit ihr identifiziert. Auch von der Demokratie gilt das Wort, das *Nietzsche* von neuen Götzen sagt: „Staat ist das kälteste aller Ungeheuer. Kalt lügt es auch und diese Lüge quillt aus seinem Munde: ‚Ich, der Staat, bin das Volk‘“. Daß der auf juristischem Wege erzeugte „Wille des Staates“ der „Wille des Volkes“ sei, ist selbst dann eine Fiktion – wenn auch eine Fiktion mit geringster Wirklichkeitsdistanz – wenn das Willensbildungsverfahren demokratisch organisiert ist. Nicht weil die Demokratie dem wahren Willen des Volkes zutage zu fördern außerstande wäre und eine andere Form es besser vermöchte – wenn dies einer gelingt, so ist es die Demokratie – sondern weil das politische Grundphänomen des Volkswillens an und für sich im höchsten Grade problematisch ist. Unbefangener, von der juristischen Form abstrahierender Betrachtung der tatsächlichen Vorgänge bei der sozialen Willensbildung kann nicht verborgen bleiben, daß die niemals automatisch, niemals

Archiv für Sozialwissenschaft 1920

mung aller Stände besorgt werden. Die ungeheure Schwerfälligkeit dieses Apparates mit seiner inneren Konkurrenz der zahlreichen, ständisch abgegrenzten Bureaukratien, seine geradezu auflösende Tendenz machen ihn für moderne Verhältnisse unmöglich. Gerade darin liegt ja ein Vorzug der Demokratie und ihres Majoritätsprinzipes, daß sie bei größtmöglicher Einfachheit der Organisation doch immerhin eine gewisse politische Integration der Staatsgesellschaft gewährleistet. Die Praxis der Demokratie entwickelt eben schrittweise oder hat doch wenigstens die Tendenz, dies zu tun, was ihre Theorie schon voraussetzt.

Gewiß wäre es verfehlt, die Wirkung dieser Integration zu überschätzen und zu verneinen, die Praxis der Demokratie könne niemals vollkommen erreichen, was ihre Theorie in der Fiktion voraussetzt: die Einheit des Volkes, die man nur allzuleicht hinter der Einheit des Staates vermutet oder gar mit ihr identifiziert. Auch von der Demokratie gilt das Wort, das *Nietzsche* vom „neuen Götzen“ sagt: „Staat heißt das kälteste aller Ungeheuer. Kalt lügt es auch; und diese Lüge kriecht aus seinem Munde: Ich, der Staat, bin das Volk“³³⁾. Daß der auf juristischem Wege erzeugte „Wille des Staates“ der „Wille des Volkes“ sei, ist selbst dann eine Fiktion – wenn auch eine Fiktion mit geringster Wirklichkeitsdistanz – wenn das Willensbildungsverfahren demokratisch organisiert ist. Nicht weil die Demokratie den wahren Willen des Volkes zutage zu fördern außerstande wäre und eine andere Form es besser vermöchte – wenn dies einer gelingt, so ist es die Demokratie – sondern weil das politische Grundphänomen des Volkswillens an und für sich im höchsten Grade problematisch ist. Unbefangener, von der juristischen Form abstrahierender Betrachtung der tatsächlichen Vorgänge bei der sozialen Willensbildung kann nicht verborgen bleiben, daß die niemals automatisch, niemals

³³⁾ Also sprach Zarathustra, I. Teil.

Gerichtshalle 1919

|76 aus sich selbst bewegliche Masse, die dem Willen spezifische, initiativ schöpferische Funktion nicht zu leisten vermag. Das für die Richtung und den Inhalt des Volkswillens entscheidende Stadium liegt meist vor dem demokratischen Verfahren, in dem er – richtiger seine politische Ausdrucksform: der Staatswille – erzeugt wird und hat durchaus autokratischen Charakter: der Führerwille eines einzelnen wird dem Willen der vielen aufgezwungen. In der Realität des sozialen Geschehens behauptet sich das Gesetz der kleineren Zahl; die wenigen herrschen über die vielen. Und unter diesem Gesichtspunkte ist die Frage der besten Staatsform die Frage nach der besten Methode der Führerauslese. Gerade das aber kann man der Demokratie nachrühmen, daß sie das bestmögliche Selektionsprinzip garantiert. Einmal, weil sie die größtmögliche Basis für die Auslese schafft, weil sie den Kampf um die Führerschaft auf die breiteste Basis stellt, ja schon darum, weil sie überhaupt die Führerschaft in den öffentlichen Wettbewerb setzt. Dann aber, weil nur wirkliche Führerqualitäten in diesem Kampfe Aussicht auf den Sieg haben. Wer die Methoden kennt, nach denen in bürokratisch-autokratischen Monarchien etwa die leitenden Stellen in der Exekutive vor allem die Ministerposten erworben, das heißt die Ernennung durch das Staatsoberhaupt veranlaßt wird, der kann nicht umhin festzustellen, daß hier meist das Prinzip einer umgekehrten Auslese maßgebend sein muß. Es hat gewiß tieferen Sinn, daß man von einem „sich hinaufdienen“ spricht. Nicht wer am besten herrschen, sondern wer am besten dienen, um nicht zu sagen dienern kann, erreicht das Ziel. Und es ist psychologisch gewiß begreiflich, daß der geborene Herrscher nur Diener um sich sehen will, nur Diener brauchen zu können glaubt.

Daß Demokratie die beste Führerauslese gewährleistet, dieser Vorzug ihrer Wirklich-

|76

Archiv für Sozialwissenschaft 1920

aus sich selbst bewegliche Masse die dem Willen spezifische, initiativ schöpferische Funktion nicht zu leisten vermag. Das für die Richtung | und den Inhalt des Volkswillens entscheidende Stadium liegt meist vor dem demokratischen Verfahren, in dem er – richtiger seine politische Ausdrucksform, der Staatswille – erzeugt wird, und hat durchaus autokratischen Charakter: Der Führerwille eines einzelnen wird dem Willen der Vielen aufgezwungen. In der Realität des sozialen Geschehens behauptet sich das Gesetz der kleineren Zahl³⁴; die Wenigen herrschen über die Vielen. Und unter diesem Gesichtspunkte ist die Frage der besten Staatsform die Frage nach der besten Methode der *Führerauslese*. Gerade das aber kann man der Demokratie nachrühmen, daß sie das bestmögliche Selektionsprinzip garantiert³⁵. Einmal, weil sie die größtmögliche Basis für die Auslese schafft, weil sie den Kampf um die Führerschaft auf die breiteste Grundlage stellt, ja schon darum, weil sie überhaupt die Führerschaft in den öffentlichen Wettbewerb setzt. Dann aber, weil wirkliche Führerqualitäten in diesem Kampfe Aussicht auf den Sieg haben. Wer die Methoden kennt, nach denen in bürokratisch-autokratischen Monarchien etwa die leitenden Stellen in der Exekutive, vor allem die Ministerposten erworben werden, der kann nicht umhin festzustellen, daß hier leicht das Prinzip einer umgekehrten Auslese maßgebend sein kann. Es hat gewiß tieferen Sinn, daß man von einem „sich hinaufdienen“ spricht. Nicht wer am besten herrschen, sondern wer am besten dienen, um nicht zu sagen dienern kann, erreicht das Ziel. Und es ist psychologisch gewiß begreiflich, daß der geborene Herrscher nur Diener um sich sehen will, nur Diener brauchen zu können glaubt.

Daß Demokratie die beste Führerauslese gewährleistet, dieser Vorzug ihrer Wirklich-

³⁴) Vgl. dazu *Wieser*, *Recht und Macht*, 1910, S. 15.

³⁵) Vgl. dazu *Max Weber* a. a. O. S. 55 ff.

Gerichtshalle 1919

keit steht freilich in einem Widerspruche zu ihrer Idee. Denn Demokratie ist das Ideal der Führerlosigkeit. Recht aus ihrem Geiste sind die Worte, die *Platon* in seiner *Politici* dem *Sokrates* bei der Frage in den Mund legt, wie in dem Idealstaate ein Mann von hervorragender Qualität, eine Führernatur, behandelt werden soll. Wir würden ihn „als ein anbetungswürdiges, wunderbares und liebenswürdiges Genie verehren; aber nachdem wir ihn darauf aufmerksam gemacht, daß es einen solchen Mann in unserem Staate nicht gebe und auch nicht geben dürfe, würden wir ihn, sein Haupt mit Oel salbend und bekränzend, über die Grenze geleiten“. So will es allerdings die demokratische Forderung der Gleichheit. Allein man muß sich in politischen Dingen gewöhnen, zwischen Realität und Ideologie zu unterscheiden. „Wenn man das Wort Demokratie in der ganzen Strenge seiner Bedeutung nimmt,“ sagt *Rousseau*, „so hat es noch nie eine wahre Demokratie gegeben und wird es auch nie geben. Es verstößt gegen die natürliche Ordnung, daß die größere Zahl regiere und die kleinere regiert werde.“ Und er schließt dieses Kapitel – wohl etwas allzu resigniert – mit den Worten: „Gäbe es ein Volk von Göttern, so würde es sich demokratisch regieren. Eine so vollkommene Regierung paßt für Menschen nicht.“ Allein so wie aus der Freiheit des Individuums die Volkssouveränität des Freistaates, so wird aus der grundsätzlichen Gleichheit der Individuen die Tendenz möglicher Ausgleichung. Die dogmatische Voraussetzung, daß alle Bürger gleich geeignet seien, jede beliebige Staatsfunktion zu leisten, wird schließlich zur bloßen Möglichkeit, alle Bürger zu den Staatsfunktionen geeignet zu machen. Die Erziehung zur Demokratie

Archiv für Sozialwissenschaft 1920

keit steht freilich in einem Widerspruche zu ihrer Idee. Denn Demokratie ist das Ideal der Führerlosigkeit. Recht aus ihrem Geiste sind die Worte, die *Platon* in seiner *Politeia* dem *Sokrates* bei der Frage in den Mund legt, wie in dem Idealstaate ein Mann von hervorragender Qualität, ein Genie behandelt werden soll. „Wir würden ihn als ein anbetungswürdiges, wunderbares und liebenswürdiges Wesen verehren; aber nachdem wir ihn darauf aufmerksam gemacht, daß es einen solchen Mann in unserem Staate nicht gebe, und auch nicht geben dürfe, würden wir ihn, sein Haupt mit Oel salbend und bekränzend – über die Grenze geleiten“³⁶. So will es allerdings die demokratische Forderung der Gleichheit. Allein man muß sich in politischen Dingen gewöhnen, zwischen Realität und Ideologie zu unterscheiden. „Wenn man das Wort Demokratie in der ganzen Strenge seiner Bedeutung nimmt, – sagt *Rousseau* – so hat es noch nie eine wahre Demokratie gegeben und wird es auch nie geben. Es verstößt gegen die natürliche Ordnung, daß die größere Zahl regiere und die kleinere regiert werde.“ Und er schließt dieses Kapitel – wohl etwas allzu resigniert – mit den Worten: „Gäbe es ein Volk von Göttern, so würde es sich demokratisch regieren. Eine so vollkommene Regierung paßt für Menschen nicht“³⁷. Allein so wie aus der Freiheit des Individuums die Volkssouveränität des Freistaates, so wird aus der grundsätzlichen Gleichheit der Individuen die Tendenz möglicher Ausgleichung. Die dogmatische Voraussetzung, daß alle Bürger gleich geeignet seien, jede beliebige Staatsfunktion zu leisten, wird schließlich zur bloßen Möglichkeit, alle Bürger zu den Staatsfunktionen geeignet zu machen. Die *Erziehung zur De-*

| 307 1

| 77

³⁶ *Politeia*, III, 9. Es handelt sich um einen Mann, „der durch sein Geschick alles mögliche werden und alle Dinge nachahmen könnte“. Es ist sehr bezeichnend, daß die Ausschließung eines solchen vielseitigen Genies mit Berufung auf die notwendige *Arbeitsteilung* erfolgt.

| 77

³⁷ A. a. O., III. Buch, 4. Kap.

Gerichtshalle 1919

wird eine der praktischen Hauptforderungen der Demokratie selbst. Und obgleich alle Erziehung als ein Verhältnis des Lehrers zum Schüler, als geistige Führer- und Gefolgschaft, ihrem innersten Wesen nach in einem guten Sinne autokratisch-autoritär ist, gestaltet sich das Problem der Demokratie in der Praxis des sozialen Lebens dennoch zu einem Erziehungsproblem allergrößten Stiles. Unter diesem Gesichtspunkte ist auch die Frage nach der Befähigung einer bestimmten Klasse zur Herrschaft oder Mitherrschaft im Staate zu beurteilen. Und das ist eine Frage, sollte doch eine Frage sein. Es ist einer der Irrtümer der sozialistischen Theorie von der Diktatur des Proletariats, daß sie, die sich die soziale Revolution – begreiflicherweise – ganz nach Analogie der bürgerlichen Revolutionen von 1789 und 1848 vorstellte, von der selbstverständlichen Annahme ausging, das Proletariat werde zur Uebernahme der Gewalt ebenso befähigt sein, wie es seinerzeit die Bourgeoisie war. Allein das Bürgertum war – kraft seiner wirtschaftlichen Situation – in der Lage gewesen, sich für die politische Herrschaft, von der es der Adel ferne gehalten hatte, vorzubereiten. Es ist vielleicht ein tragisches Geschick, daß die politische Herrschaft dort, wo sie bisher vom Proletariat erobert wurde, in unvorbereitete Hände fiel, die sie – eben darum – nicht imstande sind, dauernd festzuhalten. Nicht allein die Verwaltungskatastrophe der russischen sozialistischen Republik ist damit gemeint, sondern auch die außerordentlichen Schwierigkeiten, die der, meist von der Bourgeoisie entstammenden Männern geführten sozialdemokratischen Partei in Deutschland wie bei uns daraus erwachsen, daß sie innerhalb des Proletariats über die qualifizierten Kräfte nicht verfügt, die sie benötigt, um

|78

Archiv für Sozialwissenschaft 1920

mokratie wird eine der praktischen Hauptforderungen der Demokratie selbst³⁸⁾. Und obgleich alle Erziehung als ein Verhältnis des Lehrers zum Schüler, als geistige Führer- und Gefolgschaft, ihrem innersten Wesen nach, in einem guten Sinne, autokratisch-autoritär ist, gestaltet sich das Problem der Demokratie in der Praxis des sozialen Lebens dennoch zu einem Erziehungsproblem allergrößten Stiles³⁹⁾. Unter diesem Gesichtspunkt ist auch die Frage nach der Befähigung einer bestimmten Klasse zur Herrschaft oder Mitherrschaft im Staate zu beurteilen. Und das *ist* eine Frage, sollte doch eine Frage sein. Es ist einer der Irrtümer der sozialistischen Theorie von der Diktatur des Proletariats, daß sie, die sich die soziale Revolution – begreiflicherweise – ganz nach Analogie der bürgerlichen Revolutionen von 1789 und 1848 vorstellte, von der selbstverständlichen Annahme ausging, das Proletariat werde zur Uebernahme der Gewalt ebenso befähigt sein, wie es seinerzeit die Bourgeoisie war⁴⁰⁾. Allein das Bürgertum war – kraft seiner wirtschaftlichen Situation – in der Lage gewesen, sich für die politische Herrschaft, von der es der Adel ferne gehalten hatte, vorzubereiten. Es ist vielleicht ein tragisches Geschick, daß die politische Herrschaft dort, wo sie bisher vom Proletariate erobert wurde, in unvorbereitete Hände fiel, die – eben darum – nicht imstande sind, sie dauernd festzuhalten. Nicht allein die Verwaltungskatastrophe der russischen sozialistischen Republik ist damit gemeint, sondern auch die außerordentlichen Schwierigkeiten, die der von Abkömmlingen der Bourgeoisie geführten sozialdemokratischen Partei in Deutschland wie in Oesterreich daraus erwachsen, daß sie innerhalb des Proletariates über die qualifizierten Kräfte nicht verfügt, die sie benötigt,

³⁸⁾ Vgl. dazu *meine* Abhandlung „Politische Weltanschauung und Erziehung“ in den „Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung“, 2. Bd., 1. Heft, S. 1 ff. (1912).

³⁹⁾ Vgl. dazu *Steffen* a. a. O. S. 97.

⁴⁰⁾ Sehr treffend *Steffen* a. a. O. S. 148, 149.

|78

Gerichtshalle 1919

sich des Verwaltungsapparates auch nur in jenem Maße zu bemächtigen, als dies einer bürgerlich-sozialistischen Regierungskoalition entspricht.

Die gerade für die praktische Durchsetzung gefährliche Problematik des Zentralbegriffes für demokratische Ideologie, die Unsicherheit in der Bestimmung des Begriffes Volk, zeigt sich auch bei dem Versuche einer irgendwie bestimmten Abgrenzung desselben. Was gehört eigentlich zum Volke? Das ist eine Frage, die verschiedene Demokratien sehr verschieden beantwortet haben. So einleuchtend es ist, daß die Idee der Demokratie eine möglichst extensive Interpretation des Begriffes fordert, so sicher ist es, daß praktische Rücksichten in den verschiedensten Richtungen nach Restriktion drängen. Indem man in den meisten Demokratien Kinder, Geisteskranke, Verbrecher, Ausländer, Frauen, Sklaven – je nach dem Standpunkt der Welt – und Lebensanschauung alle oder nur einige dieser Kategorien – von der politischen Berechtigung ausschloß, beschränkte man das „Volk“ im politischen Sinne auf einen verhältnismäßig verschwindend kleinen Teil jener Menschenmenge, die ethnographisch als Volk angesprochen werden muß. Dabei leistet natürlich wieder die Fiktion der Repräsentation gute Dienste. Denn selbst wenn der Kreis des politischen Volkes, d. i. der poli-

Archiv für Sozialwissenschaft 1920

um sich des Verwaltungsapparates auch nur in jenem beschränkten Maße zu bemächtigen, als dies einer bürgerlich-sozialistischen Regierungskoalition entspricht.

Die gerade für die praktische Durchsetzung gefährliche Problematik des Zentralbegriffes der demokratischen Ideologie, die Unsicherheit in der Bestimmung des Begriffes Volk⁴¹⁾, zeigt sich auch bei dem Versuche, einer irgendwie bestimmten Abgrenzung desselben. Was gehört eigentlich zum Volke? Das ist eine Frage, die verschiedene Demokratien sehr verschieden beantwortet haben. So einleuchtend es ist, daß die Idee der Demokratie eine möglichst extensive Interpretation des Begriffes fordert, so sicher ist es, daß praktische Rücksichten in den verschiedensten Richtungen nach Restriktion drängen. Indem man in den meisten Demokratien Kinder, Geisteskranke, Verbrecher, Ausländer, Frauen, Sklaven – je nach dem Standpunkte der Welt- und Lebensanschauung alle oder nur einige dieser Kategorien – von der politischen Berechtigung ausschloß, beschränkte man das „Volk“ im politischen Sinne auf einen verhältnismäßig verschwindend kleinen Teil jener Menschenmenge, die ethnographisch als Volk angesprochen werden muß. Dabei leistet natürlich wieder die Fiktion der Repräsentation gute Dienste. Denn selbst wenn der Kreis des politischen Volkes, d. i.

|79

⁴¹⁾ „Demokratisch gesehen gibt es gar keinen Volkswillen als Ganzes und Faßbares. Das Volk setzt sich aus den Willensäußerungen der Vielen zusammen. Indem die vielen in gesetzliche, regelrechte Verhältnisse zu einander treten und Recht pflegen, wird die Mehrheit ihrer Willen zu einem Volkswillen. Daß der schöpferischen Rechtskraft ein besonderer Gemeinschaftswille neben dem Willen zum Schutz der Autonomie eines jeden innewohnt, fällt den Ideologen des demokratischen nicht auf“. *Koigen* a. a. O. S. 142. Hier drängt vielleicht der Gedanke hervor, daß die Einheit des Volkes nur als Organisation, d. h. aber als Rechtsordnung möglich ist. Daher auch die gelegentliche Frage *Koigens*: „Vielleicht decken gar die Begriffe Volk und Recht einander“? A. a. O. S. 7.

tisch Berechtigten, noch so eng gezogen ist, verzichtet man nicht darauf, ihn als Repräsentanten der großen, alle ausnahmslos umfassenden Gemeinschaft gelten zu lassen. Stellt man aber dem Volke im natürlichen Sinne nicht die politisch berechtigten Personen, den Idealbegriff des politischen Volkes, sondern das Häuflein der politisch wirklich Tätigen, ihre politischen Rechte und sei es auch nur das | Wahlrecht zur Volksvertretung effektiv Ausübenden, also den Realbegriff des politischen Volkes gegenüber, dann läuft – kann durch Erziehung das politische Interesse nicht verallgemeinert werden – Demokratie allerdings Gefahr, zur Farce zu werden. Da die eine vollkommene Gleichheit der Menschen voraussetzende Allgemeinheit der politischen Rechte notwendigerweise an gewisse unüberschreitbare Grenzen gebunden ist, die durch die natürliche Verschiedenheit der Menschen gesetzt ist, muß die demokratische Organisation unter allen Umständen von vornherein auf einen Teil des Volkes beschränkt bleiben. Der Grad und die Bedingungen dieser Einschränkung sind dann dafür entscheidend, ob überhaupt noch von einer Demokratie gesprochen werden kann. Das Bedürfnis nach einem Kriterium – das unter andern Demokratie von Aristokratie sicher scheidet – macht sich hier geltend. Es ist freilich sehr willkürlich, wenn *Rousseau* meint, Demokratie sei noch gegeben, wenn sie sich auf die Hälfte des Volkes beschränke. Eine so beschränkte „Demokratie“ stellt auch das Staatsideal *Platos* dar, dessen Kommunismus das Vorrecht oder die Pflicht einer bestimmten Klasse ist. In einem gewissen Sinne könnte auch der Neokommunismus der Bolschewiki als eine klassenmäßig beschränkte Demokratie angesehen werden. Allein gerade die Bedingungen der Beschränkung sind hier solche, daß der demokratische Gedanke – trotzdem er in der Beschränkung auf das radikalste hervortritt – dennoch durch seine Beschränkung gera-

der politisch Berechtigten, noch so eng gezogen ist, verzichtet man nicht darauf, ihn als Repräsentanten der großen alle ausnahmslos umfassenden Gemeinschaft gelten zu lassen. Stellt man aber dem Volke im natürlichen Sinne nicht die politisch berechtigten Personen, den *Idealbegriff* des politischen Volkes, sondern das Häuflein der politisch wirklich Tätigen, ihre politischen Rechte, und sei es auch nur das Wahlrecht zur Volksvertretung, effektiv Ausübenden, also den *Realbegriff* des politischen Volkes gegenüber, dann läuft – kann durch Erziehung das politische Interesse nicht verallgemeinert werden – Demokratie allerdings Gefahr, zur Farce zu werden.

VI.

Da die, eine vollkommene Gleichheit der Menschen voraussetzende Allgemeinheit der politischen Rechte notwendigerweise an gewisse unüberschreitbare Grenzen gebunden ist, die durch die natürliche Verschiedenheit der Menschen gesetzt sind, muß die demokratische Organisation unter allen Umständen von vornherein auf einen Teil des Volkes beschränkt bleiben. Der Grad und die Bedingungen dieser Einschränkung sind dann dafür entscheidend, ob überhaupt noch von einer Demokratie gesprochen werden kann. Das Bedürfnis nach einem Kriterium – das unter anderem Demokratie von Aristokratie sicher scheidet – macht sich hier geltend. Es ist freilich recht willkürlich, wenn *Rousseau* meint, Demokratie sei noch gegeben, wenn sie sich auf die Hälfte des Volkes beschränke⁴²⁾. Eine so *beschränkte* „Demokratie“ stellt auch das Staatsideal *Platos* dar, dessen Kommunismus das Vorrecht oder die Pflicht einer bestimmten Klasse ist. In einem gewissen Sinne könnte auch der Neokommunismus der Bolschewiki als eine klassenmäßig beschränkte Demokratie angesehen werden. Allein gerade die Bedingungen der Beschränkung sind hier solche, daß der demokratische Gedanke – trotzdem er in der

Gerichtshalle 1919

dezu aufgehoben und ins Gegenteil verkehrt wird. Er wäre dadurch nicht gefährdet, daß die russische Sowjetverfassung, von dem Grundsatz ausgehend, „wer nicht arbeitet, soll auch nicht essen“, eine allgemeine Arbeitspflicht statuiert und demgemäß nur Werktätigen politische Rechte verleiht, zumal diese Verfassung dabei eine jahrtausend alte Schranke durchbricht, indem sie auch allen Ausländern, die sich zu Arbeitszwecken in Rußland aufhalten, eine volle politische Gleichberechtigung gewährt. In der für das überaus langsame Fortschreiten des Menschheitsgedankens so charakteristischen Rechtsentwicklung, nach der der Staatsfremde, ursprünglich ein vogelfreier Feind, später allmählich und schrittweise bürgerlich gleichberechtigt wird, heute fast überall aber noch politisch rechtlos ist, bedeutet die Sowjetverfassung eine Tat von historischer Bedeutung. Freilich ist der Rückschritt nach anderer Richtung um so größer. Vom Wahlrechte sind ausgeschlossen, die nicht nur arbeitsloses Einkommen beziehen, sondern auch Werktätige, die sich Lohnarbeiter bedienen, obgleich ihre für die Gesamtheit nützliche und vielleicht sogar notwendige Arbeit ohne die Zuhilfenahme von Lohnarbeitern gar nicht möglich wäre; ferner private Händler, obgleich die Verfassung diesen Handel nicht untersagt, ja – da sie infolge der nur beschränkt durchführbaren Verstaatlichung der Wirtschaft – auf ihn gar nicht verzichten kann; Geistliche und Beamte der Kultusorganisationen, obgleich die Verfassung, auf dem Standpunkte der religiösen Freiheit stehend, das religiöse Bedürfnis der Menschen anerkennt und dessen Befriedigung nicht verbietet, mit Rücksicht auf den Charakter des russischen

Archiv für Sozialwissenschaft 1920

Beschränkung auf das radikalste hervortritt – dennoch durch seine Beschränkung geradezu aufgehoben und ins Gegenteil | verkehrt wird. Er wäre dadurch nicht gefährdet, daß die russische Sowjetverfassung, von dem Grundsatz ausgehend, wer nicht arbeitet, soll auch nicht essen, eine allgemeine Arbeitspflicht statuiert und demgemäß nur Werktätigen politische Rechte verleiht⁴³⁾, zumal diese Verfassung dabei eine jahrtausend alte Schranke durchbricht, indem sie auch allen Ausländern, die sich zu Arbeitszwecken in Rußland aufhalten, die volle politische Gleichberechtigung gewährt⁴⁴⁾. In der für das überaus langsame Fortschreiten des Menschheitsgedankens⁴⁵⁾ so charakteristischen Rechtsentwicklung, nach der der Staatsfremde ursprünglich ein vogelfreier Feind, später allmählich und schrittweise bürgerlich gleichberechtigt wird, heute fast überall aber noch politisch rechtlos ist, bedeutet die Sowjetverfassung eine Tat von historischer Bedeutung. Freilich ist der Rückschritt nach anderer Richtung um so größer. Vom Wahlrechte sind ausgeschlossen⁴⁶⁾ nicht nur, die arbeitsloses Einkommen beziehen, sondern auch Werktätige, die sich der Lohnarbeiter bedienen, obgleich ihre für die Gesamtheit nützliche und vielleicht sogar notwendige Arbeit ohne die Zuhilfenahme von Lohnarbeitern gar nicht möglich wäre; ferner private Händler, obgleich die Verfassung diesen Handel nicht untersagt, ja – infolge der nur beschränkt durchführbaren Verstaatlichung der Wirtschaft – auf ihn gar nicht verzichten kann; Geistliche und Beamte der Kultusorganisationen, obgleich die Verfassung auf dem Standpunkte der religiösen Freiheit stehend⁴⁷⁾, das religiöse Bedürfnis der Men-

⁴³⁾ I. Abschn. 4. Kap. Pt. 7 und II. Abschn. 5. Kap. Pt. 18 der Sowjetverfassung. | 80

⁴⁴⁾ II. Abschn. 5. Kap. Pt. 20.

⁴⁵⁾ Den Zusammenhang zwischen der demokratischen Idee und dem Humanitätsgedanken betont besonders *Koigen* a. a. O. passim.

⁴⁶⁾ IV. Abschn. 13. Kap. Pt. 65.

⁴⁷⁾ II. Abschn. 5. Kap. Pt. 13.

Gerichtshalle 1919

Archiv für Sozialwissenschaft 1920

Volkes auch gar nicht verbieten kann. Aber auch innerhalb dieses so verengten Kreises der Werktätigen sind die politischen Rechte keineswegs gleichmäßig verteilt. Wenn die bezüglichen Bestimmungen der russischen Sowjetverfassung in den vorliegenden deutschen Ausgaben richtig wiedergegeben sind und wenn die sonstigen Nachrichten über diesen Punkt verlässlich sind – und dies wird gerade von sozialistischer Seite bei uns allgemein angenommen – dann haben die städtischen Wähler, d. h. das Industrieproletariat gegenüber den Wählern auf dem Lande, den Bauern, und zwar den armen Bauern, denn nur diese sind politisch berechtigt, ein fünffaches Wahlrecht. Auf die gleiche Anzahl von Wählern oder Einwohnern fallen in der Stadt fünfmal so viel Vertreter wie auf dem Lande. Und das wäre ja bei dem Zahlenverhältnis zwischen Bauernschaft und Industrieproletariat in Rußland durchaus begreiflich. Von Demokratie kann freilich keine Rede mehr sein; dann aber ist kraft Verfassung Vereins- und Versammlungsfreiheit, Freiheit der Meinungsäußerung und Preßfreiheit nur der Arbeiterklasse, de facto aber – nach dem Zeugnisse sozialistischer Berichterstatter – nur den Angehörigen einer bestimmten politischen Partei gewährleistet. Bewußt setzt man die Diktatur der Demokratie entgegen. Die Unterdrückung und Vernichtung der Bourgeoisie wird als das Ziel der Proletarier-

schen anerkennt und dessen Befriedigung nicht verbietet, mit Rücksicht auf den Charakter des russischen Volkes auch gar nicht verbieten kann. Aber auch innerhalb dieses so verengten Kreises der Werktätigen sind die politischen Rechte keineswegs gleichmäßig verteilt. Wenn die bezüglichen Bestimmungen der russischen Sowjetverfassung in den vorliegenden deutschen Ausgaben richtig wiedergegeben sind und wenn die sonstigen Nachrichten über diesen Punkt verlässlich sind – und dies wird gerade von sozialistischer Seite allgemein angenommen – dann | haben die städtischen Wähler, d. h. das Industrieproletariat gegenüber den Wählern auf dem Lande, den Bauern, und zwar den armen Bauern, denn nur diese sind politisch berechtigt, ein fünffaches Wahlrecht⁴⁸⁾. Auf die gleiche Anzahl von Wählern oder Einwohnern fallen in der Stadt fünfmal so viel Vertreter wie auf dem Lande. Und das wäre ja bei dem Zahlenverhältnis zwischen Bauernschaft und Industrieproletariat in Rußland durchaus begreiflich. Von Demokratie kann freilich keine Rede mehr sein. Dann aber ist kraft Verfassung Vereins- und Versammlungsfreiheit, Freiheit der Meinungsäußerung und Preßfreiheit nur der Arbeiterklasse, de facto aber – nach dem Zeugnisse sozialistischer Berichterstatter – nur den Angehörigen einer bestimmten politischen Partei gewährleistet⁴⁹⁾. Bewußt setzt man die *Diktatur* der

|81

|81

⁴⁸⁾ Die bezüglichen Bestimmungen der Verfassung sind nicht sehr klar. III. Abschn. 6. Kap. Pt. 25 lautet: Der Allrussische Sowjetkongreß besteht aus den Vertretern der städtischen Sowjets – wobei je 25 000 Wähler einen Deputierten entsenden – und aus den Vertretern der Gouvernements-Sowjetkongresse – wobei stets 125 000 Einwohner einen Deputierten entsenden. Vgl. dazu: Hirschberg, Bolschewismus, 1919, S. 27 und die sozialistische Propagandaschrift „Rätediktatur oder Demokratie“ (Sozialistische Bücherei, Heft 2) Wien 1919, S. 6. Ferner meine Schrift „Sozialismus und Staat“, S. 104 ff.

⁴⁹⁾ Vgl. dazu Kautsky, Die Diktatur des Proletariates, 4. Aufl. und Terrorismus und Kommunismus, 1919.

Gerichtshalle 1919

diktatur proklamiert. Allein der Begriff der Bourgeoisie muß sich notwendigerweise verschieben. Bourgeoisie, d. i. nicht mehr der Inbegriff der wirtschaftlichen Ausbeuter, der Unternehmer, Kapital- und Grundrentengenießler, denn solche gibt es streng genommen in der Räterepublik, die das Privateigentum an den Produktionsmitteln aufgehoben hat, nicht mehr oder doch nur in verschwindenden Resten. Gemeint sind größtenteils die „ehemaligen“ Bourgeois, gemeint ist eine bestimmte Gesinnung, eine bestimmte politische, insbesondere wirtschaftliche Grundanschauung, gemeint ist eigentlich alles, was dem sozialistischen Dogma widerspricht. | So wird die Diktatur des Proletariats zur Diktatur einer bestimmten politischen Ueberzeugung, gestützt auf die Verabsolutierung eines bestimmten politischen Ideals.

Daß es gerade das sozialistische Ideal ist, bei dessen Durchsetzung die demokratische Methode über Bord geworfen werden muß, mutet deshalb so seltsam an, weil der Sozialismus seit *Marx* und *Engels* von der nicht nur für seine bisherige politische, sondern auch für seine ökonomische Theorie grundlegenden Voraussetzung ausgeht, daß das ausgebeutete und verelendete Proletariat die erdrückende Mehrheit der Bevölkerung bildet und daß dieses Proletariat nur zum Bewußtsein seiner Klassenlage kommen müsse, um sich in der sozialistischen Partei zum Klassenkampfe gegen eine verschwindende Minderheit zu organisieren. Nur darum konnte der Sozialismus die Demokratie fordern, weil er sich einer Herrschaft sicher glaubte, über deren Besitz die Mehrheit entscheidet. Schon das Entstehen bürgerlicher Demokratien in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts und mehr noch ihr gesicherter Fortbestand sowie ihre fortschreitende demokratische Entwicklung in der Folgezeit war mit den Voraussetzungen des Sozialismus nicht mehr ganz vereinbar. Warum wird die bloß politische Demokratie

Archiv für Sozialwissenschaft 1920

Demokratie entgegen. Die Unterdrückung und Vernichtung der Bourgeoisie wird als das Ziel der Proletarierdiktatur proklamiert. Allein der Begriff der Bourgeoisie muß sich notwendigerweise verschieben. Bourgeoisie, d. i. nicht mehr der Inbegriff der wirtschaftlichen Ausbeuter, der Unternehmer, Kapital- und Grundrentengenießler, denn solche gibt es streng genommen in der Räterepublik, die das Privateigentum an den Produktionsmitteln aufgehoben hat, nicht mehr oder doch nur in verschwindenden Resten. Gemeint sind größtenteils die „ehemaligen“ Bourgeois, gemeint ist eine bestimmte Gesinnung, eine bestimmte politische, insbesondere wirtschaftspolitische Grundanschauung, gemeint ist eigentlich alles, was dem sozialistischen Dogma widerspricht. So wird die Diktatur des Proletariates zur Diktatur einer bestimmten politischen Ueberzeugung, gestützt auf die Verabsolutierung eines bestimmten politischen Ideals.

Daß es gerade das sozialistische Ideal ist, bei dessen Durchsetzung die demokratische Methode über Bord geworfen werden muß, mutet deshalb so seltsam an, weil der Sozialismus seit | *Marx* und *Engels* von der nicht nur für seine bisherige politische, sondern auch für seine ökonomische Theorie grundlegenden Voraussetzung ausgeht, daß das ausgebeutete und verelendete Proletariat die erdrückende Mehrheit der Bevölkerung bildet und daß dieses Proletariat nur zum Bewußtsein seiner Klassenlage kommen müsse, um sich in der sozialistischen Partei zum Klassenkampfe gegen eine verschwindende Minderheit zu organisieren. Nur darum konnte der Sozialismus die Demokratie fordern, weil er sich einer Herrschaft sicher glaubte, über deren Besitz die Mehrheit entscheidet. Schon das Entstehen *bürgerlicher Demokratien* in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts und mehr noch ihr gesicherter Fortbestand sowie ihre fortschreitende demokratische Entwicklung in der Folgezeit war mit den Voraussetzungen des Sozialismus nicht mehr ganz vereinbar. Warum wird die bloß politische Demokratie

| 308 1

| 82

Gerichtshalle 1919

nicht auch zur wirtschaftlichen, d. h. warum herrscht eine bürgerlich-kapitalistische, nicht aber eine sozialistisch-kommunistische Gruppe, wenn das zur sozialistischen Gesinnung erzogene Proletariat die Mehrheit bildet und das allgemeine und gleiche Wahlrecht der Mehrheit die Herrschaft im Parlamente sichert? Natürlich gilt die Frage nur dort, wo echte Demokratie herrscht, wo die Allgemeinheit und Gleichheit der politischen Rechte unzweifelhaft besteht. Das ist aber in den großen Demokratien Westeuropas und Amerikas, das ist im Grunde genommen, auch in Deutschland und Oesterreich der Fall. Die Berufung auf gewisse Praktiken der Wahlordnung, wie Wahlkreisgeometrie, Erschwerung der Ausübung des Wahlrechtes für gewisse Kategorien von Wählern u. ä., insbesondere der Hinweis auf den mächtigen Einfluß der kapitalistischen Presse reichen keineswegs aus, um die Situation zu rechtfertigen. Zweifellos ist das Ideal möglicher wirtschaftlicher Gleichheit ein demokratisches. Und daher erst die Sozialdemokratie eine vollkommene Demokratie. Allein wenn die bürgerliche Demokratie im Stadium der bloß politischen Gleichheit stecken bleibt, so hat dies, wie der Anschauungsunterricht der jüngsten Revolution, speziell in Rußland, nur allzu deutlich zeigt, eben darin seinen Grund, daß das an der wirtschaftlichen Gleichheit und der sie bedingenden Verstaatlichung und Vergesellschaftlichung der Produktion interessierte Proletariat im Widerspruch zu einer Jahrzehnte vertretenen Lehrmeinung des Sozialismus nicht die überwiegende Mehrheit des Volkes, ja dort, wo der Sozialismus durch das Proletariat tatsächlich zur Alleinherrschaft kam, nur eine schwache Minorität bildet. Das ist der Grund für den prinzipiellen Wechsel in der politischen Methode eines großen Teiles der sozialistischen Partei, das ist der Grund, weshalb an die Stelle der Demokratie, die nach *Marx* und *Engels* in der Diktatur des Proletariats für vereinbar, ja geradezu für die Form dieser

nicht auch zur wirtschaftlichen, d. h. warum herrscht eine bürgerlich-kapitalistische, nicht aber eine sozialistisch-kommunistische Gruppe, wenn das zur sozialistischen Gesinnung erzogene Proletariat die Mehrheit bildet und das allgemeine und gleiche Wahlrecht der Mehrheit die Herrschaft im Parlamente sichert? Natürlich gilt die Frage nur dort, wo echte Demokratie herrscht, wo die Allgemeinheit und Gleichheit der politischen Rechte unzweifelhaft besteht. Das ist aber in den großen Demokratien Westeuropas und Amerikas, das ist, im Grunde genommen, auch in Deutschland und Oesterreich der Fall. Die Berufung auf Praktiken der Wahlordnung, wie Wahlkreisgeometrie, Erschwerung der Ausübung des Wahlrechtes für gewisse Kategorien von Wählern u. ä., insbesondere der Hinweis auf den mächtigen Einfluß der kapitalistischen Presse reichen keineswegs aus, um die Situation zu rechtfertigen. Zweifellos ist das Ideal möglicher wirtschaftlicher Gleichheit ein demokratisches. Und daher erst die Sozialdemokratie eine vollkommene Demokratie. Allein wenn die bürgerliche Demokratie im Stadium der bloß politischen Gleichheit stecken bleibt, so hat dies – wie der Anschauungsunterricht der jüngsten Revolution, speziell in Rußland, nur allzudeutlich zeigt – eben darin seinen Grund, daß das an der wirtschaftlichen Gleichheit und der sie bedingenden Verstaatlichung und Vergesellschaftung der Produktion interessierte Proletariat im Widerspruch zu einer Jahrzehnte vertretenen Lehrmeinung des Sozialismus nicht die überwiegende Mehrheit | des Volkes, ja dort, wo der Sozialismus durch das Proletariat tatsächlich zur Alleinherrschaft kam, nur eine schwache Minorität bildet. Das ist der Grund für den prinzipiellen Wechsel in der politischen Methode eines großen Teiles der sozialistischen Partei, das ist der Grund, weshalb an die Stelle der Demokratie, die noch *Marx* und *Engels* mit der Diktatur des Proletariats für vereinbar, ja geradezu für die Form dieser

Gerichtshalle 1919

Diktatur hielten, eben jene Diktatur treten mußte, die sich als Absolutismus eines politischen Dogmas und einer dieses Dogma vertretenden Parteienherrschaft darstellt.

Gerade gegenüber solcher Diktatur enthüllt die Demokratie ihr bestes Wesen, zeigt sie ihren höchsten Wert. Weil sie den politischen Willen jedermanns gleich einschätzt, muß sie auch jeden politischen Glauben, jede politische Meinung, deren Ausdruck ja nur der politische Wille ist, gleichermaßen achten. Auch die gegenteilige Meinung muß man für möglich halten, wenn man auf die Erkenntnis eines absoluten Wertes verzichtet. Der Relativismus ist die Weltanschauung, die der demokratische Gedanke voraussetzt. Darum gibt er jeder politischen Ueberzeugung die gleiche Möglichkeit, sich zu äußern und im freien Wettbewerb um die Gemüter der Menschen sich geltend zu machen. Die für die Demokratie so charakteristische Herrschaft der Majorität unterscheidet sich von jeder anderen Herrschaft dadurch, daß sie eine Opposition – die Minorität – ihrem innersten Wesen nach nicht nur begrifflich voraussetzt, sondern auch politisch anerkennt und in den Grund- und Freiheitsrechten im Prinzip der Proportionalität schützt. Je stärker aber die Minorität, desto mehr wird die Politik der Demokratie eine Politik des Kompromisses, wie auch für die relativistische Weltanschauung nichts charakteristischer ist, als die Tendenz, zum vermittelnden Ausgleich zwischen zwei gegensätzlichen Standpunkten, von denen man sich keinen ganz und vorbehaltlos und unter völliger Negation des anderen zu eigen machen kann. Die Relativität des Wertes, den ein bestimmtes politisches Glaubensbekenntnis ausweist, die Unmöglichkeit, für ein politisches Programm, für ein

Archiv für Sozialwissenschaft 1920

Diktatur hielten⁵⁰), eben jene Diktatur treten mußte, die sich als Absolutismus eines politischen Dogmas und einer dieses Dogma vertretenden Parteienherrschaft darstellt.

VII.

Gerade gegenüber solcher Diktatur enthüllt die Demokratie ihr tiefstes Wesen, zeigt sie ihren höchsten Wert. Weil sie den politischen Willen jedermanns *gleich* einschätzt, muß sie auch jeden politischen Glauben, jede politische Meinung, deren Ausdruck ja nur der politische Wille ist, gleichermaßen achten. *Auch die gegenteilige Meinung muß man für möglich halten, wenn man auf die Erkenntnis eines absoluten Wertes verzichtet.* Der *Relativismus* ist daher die Weltanschauung, die der demokratische Gedanke voraussetzt. Darum gibt er jeder politischen Ueberzeugung die gleiche Möglichkeit, sich zu äußern und im freien Wettbewerb um die Gemüter der Menschen sich geltend zu machen. Die für die Demokratie so charakteristische Herrschaft der Majorität unterscheidet sich von jeder anderen Herrschaft dadurch, daß sie eine Opposition – die Minorität – ihrem innersten Wesen nach nicht nur begrifflich voraussetzt, sondern auch politisch anerkennt und in den Grund- und Freiheitsrechten, im Prinzip der Proportionalität schützt. Je stärker aber die Minorität, desto mehr wird die Politik der Demokratie eine Politik des Kompromisses, wie auch für die relativistische Weltanschauung nichts charakteristischer ist, als die Tendenz zum vermittelnden Ausgleich zwischen zwei gegensätzlichen Standpunkten, von denen man sich keinen ganz und vorbehaltlos und unter völliger Negation des anderen zu eigen machen kann. Die Relativität des Wertes, den ein bestimmtes | politisches Glaubensbekenntnis aufrichtet, die Unmöglichkeit, für ein politisches Programm, für ein

| 84

⁵⁰ So heißt es z. B. im kommunistischen Manifest, „daß der erste Schritt in der Arbeiterrevolution die Erhebung des Proletariates zur herrschenden Klasse, die Erkämpfung der Demokratie ist.“ | 83

Gerichtshalle 1919

308 II politisches Ideal – bei aller subjektiver Hin-
gebung, bei aller persönlichen Ueberzeugung – absolute Gültigkeit zu beanspruchen, zwingt gebieterisch zu einer Ablehnung auch des politischen Absolutismus, mag das nun der Absolutismus eines Monarchen, einer Priester-, Adels-, Kriegerkaste, einer Klasse oder sonst einer privilegierten, jede andere ausschließenden Gruppe sein. Wer sich in seinem politischen Wollen und Handeln auf göttliche Eingebung, auf überirdische Erleuchtung berufen kann, der mag das Recht haben, sein Ohr der Stimme des Menschen zu verschließen und seinen Willen, als den Willen des absolut Guten, auch gegen eine Welt von Ungläubigen, Verblendeten, weil anders Wollenden, durchzusetzen. Darum konnte die Losung des Gottesgnadentums christlicher Monarchie sein: *Autorität nicht Majorität*, jene Losung, die der konservative Rechtsphilosoph *Friedrich Stahl* geprägt hat und die zum Angriffsziel für alles geworden ist, was für geistige Freiheit, für wunder- und dogmenbefreite, auf dem menschlichen Verstande und dem Zweifel der Kritik gegründete Wissenschaft, politisch aber: für Demokratie ist. Denn wer sich nur auf irdische Wahrheit stützt, wer nur menschliche Erkenntnis die sozialen Ziele richten läßt, der kann den zu ihrer Verwirklichung unvermeidlichen Zwang kaum anders rechtfertigen, als durch die Zustimmung wenigstens der Mehrheit derjenigen, denen die Zwangsordnung zum Heile gereichen soll. Und diese Zwangsordnung darf nur so beschaffen sein, daß auch die Minderheit, weil nicht absolut in Unrecht, nicht absolut rechtlos, jederzeit selbst zur Mehrheit werden kann. Das ist der eigentliche Sinn jenen politischen Systems, das wir Demokratie nennen und das nur darum dem politischen Absolutismus entgegengestellt werden darf, weil es der Ausdruck eines politischen Relativismus ist.

Professor *Kelsen* schließt mit folgender Reminiszenz: Im 18. Kapitel des Evangeliums *Johannis* wird eine Begebenheit aus dem Leben *Jesu* geschildert. Die schlichte, in

Archiv für Sozialwissenschaft 1920

politisches Ideal – bei aller subjektiven Hin-
gebung, bei aller persönlichen Ueberzeugung – *absolute Gültigkeit* zu beanspruchen, zwingt gebieterisch zu einer Ablehnung auch des *politischen Absolutismus*, mag das nun der Absolutismus eines Monarchen, einer Priester-, Adels-, Kriegerkaste, einer Klasse oder sonst einer privilegierten, jede andere ausschließenden Gruppe sein. Wer sich in seinem politischen Wollen und Handeln auf *göttliche* Eingebung, auf überirdische Erleuchtung berufen kann, der mag das Recht haben, sein Ohr der Stimme des Menschen zu verschließen, und seinen Willen, als den Willen des absolut Guten, auch gegen eine Welt von Ungläubigen, Verblendeten, weil anders Wollenden durchzusetzen. Darum konnte die Losung des Gottesgnadentums christlicher Monarchie sein: *Autorität nicht Majorität*, jene Losung, die der konservative Rechtsphilosoph *Stahl* geprägt hat und die zum Angriffsziel für alles geworden ist, was für geistige Freiheit, für wunder- und dogmenbefreite, auf dem menschlichen Verstande und dem Zweifel der Kritik gegründete Wissenschaft, politisch aber: für Demokratie ist. Denn wer sich nur auf irdische Wahrheit stützt, wer nur menschliche Erkenntnis die sozialen Ziele richten läßt, der kann den zu ihrer Verwirklichung unvermeidlichen Zwang kaum anders rechtfertigen, als durch die Zustimmung wenigstens der Mehrheit derjenigen, denen die Zwangsordnung zum Heile gereichen soll. Und diese Zwangsordnung darf nur so beschaffen sein, daß auch die Minderheit, weil nicht absolut im Unrecht, nicht absolut rechtlos, jederzeit selbst zur Mehrheit werden kann. Das ist der eigentliche Sinn jenes politischen Systems, das wir Demokratie nennen, und das nur darum dem politischen Absolutismus entgegengestellt werden darf, weil es der Ausdruck eines *politischen Relativismus* ist.

Im 18. Kapitel des Evangelium Johannes wird eine Begebenheit aus dem Leben Jesu geschildert. Die schlichte, in ihrer Naivität lapidare Darstellung gehört zu dem großar-

*Gerichtshalle 1919**Archiv für Sozialwissenschaft 1920*

ihrer Naivität lapidare Darstellung gehört zu dem großartigsten, was die Weltliteratur hervorgebracht hat; und ohne es zu beabsichtigen, wächst sie zu einem tragischen Symbol des Relativismus und der – Demokratie. Es ist zur Zeit des Osterfestes, als man *Jesus* unter der Anklage, daß er sich für den Sohn Gottes und den König der Juden ausbebe, vor *Pilatus*, den römischen Statthalter führt. Und *Pilatus* fragt ihn, der in des Römers Augen nur ein armer Narr sein kann, ironisch: „Also, du bist der König der Juden?“ Und *Jesus* antwortet im tiefsten Ernste und ganz erfüllt von der Glut seiner göttlichen Sendung: „Du sagst es. Ich bin ein König und bin dazu geboren und dazu in die Welt gekommen, daß ich der Wahrheit Zeugnis gebe. Jeder der aus der Wahrheit ist, höret meine Stimme.“ Da sagt *Pilatus*, dieser Mensch einer alten, müde und ganz skeptisch gewordenen Kultur: „Was ist Wahrheit?“ Und weil er nicht weiß, was Wahrheit ist und weil er – als Römer – gewohnt ist, demokratisch zu denken, appelliert er an das Volk und veranstaltet – eine Abstimmung. Er ging hinaus zu den Juden, erzählt das Evangelium und sprach zu ihnen: Ich finde keine Schuld an ihm. Es ist aber bei Euch Herkommen, daß ich Euch am Osterfeste Einen freigebe. Wollt Ihr nun, daß ich Euch den König der Juden freigebe? – Die Volksabstimmung fällt gegen *Jesus* aus: Da schrienen wiederum alle und sagten: „Nicht diesen, sondern *Barabbas*.“ Der Chronist aber fügt hinzu: *Barabbas* war ein Räuber. Vielleicht werden Sie, werden die Gläubigen, die politisch Gläubigen unter ihnen, mir entgegenhalten, daß gerade dieses Beispiel eher gegen als für die Demokratie spreche. Ich will mich auch gar nicht darauf berufen, daß die Stimme des Volkes hier ja schließlich doch die Stimme Gottes war, der auf diesem schmerzlichen Wege seinen Sohn aus der Welt wieder zu sich zurückrief.

tigsten, was die Weltliteratur hervorgebracht hat; und, ohne es zu beabsichtigen, wächst sie zu einem tragischen Symbol des Relativismus und der – Demokratie. Es ist zur Zeit des Osterfestes, als man *Jesus* unter der Anklage, daß er sich für den Sohn Gottes und den König der Juden ausbebe, vor *Pilatus*, den römischen Statthalter führt. Und *Pilatus* fragt ihn, der in des Römers Augen nur ein armer Narr sein kann, ironisch: Also du bist der König der Juden? Und *Jesus* antwortet im tiefsten Ernste und ganz erfüllt von der Glut seiner göttlichen Sendung: Du sagst es. Ich bin ein König, und bin dazu geboren und dazu in die Welt gekommen, daß ich der Wahrheit Zeugnis gebe. Jeder der aus der Wahrheit ist, höret meine Stimme. Da sagt *Pilatus*, dieser Mensch einer alten, müde und darum skeptisch gewordenen Kultur: Was ist Wahrheit? – Und weil er nicht weiß, was Wahrheit ist und weil er – als Römer – gewohnt ist demokratisch zu denken, appelliert er an das Volk und veranstaltet – eine Abstimmung. – Er ging hinaus zu den Juden, erzählt das Evangelium, und sprach zu ihnen: Ich finde keine Schuld an ihm. Es ist aber bei euch Herkommen, daß ich euch am Osterfeste einen freigebe. Wollt Ihr nun, daß ich euch den König der Juden freigebe? – Die Volksabstimmung fällt gegen *Jesus* aus. – Da schrien wiederum alle und sagten: Nicht diesen, sondern *Barabbas*. – Der Chronist aber fügt hinzu: *Barabbas* war ein Räuber.

Vielleicht wird man, werden die Gläubigen, die politisch Gläubigen einwenden, daß gerade dieses Beispiel eher gegen als für die Demokratie spreche. Und diesen Einwand muß man gelten lassen; freilich nur unter einer Bedingung: Wenn die Gläubigen ihrer politischen Wahrheit, die, wenn nötig, auch mit blutiger Gewalt durchgesetzt werden muß, so gewiß sind, wie – der Sohn Gottes.

Unter *inhaltlichen* Auspizien lässt sich das Verhältnis des „Archiv für Sozialwissenschaft“-Drucks zum „Gerichtshalle“-Druck wie folgt zusammenfassen: Es handelt sich grundsätzlich um den identischen Text, der zum einen an einigen wenigen Stellen mehr oder minder geringfügige stilistische Veränderungen erfahren hat und der zum anderen im „Archiv“-Druck namentlich an vier Stellen über den „Gerichtshallen“-Druck hinausgeht. Nicht in der „Gerichtshalle“-Version finden sich jeweils der erste Absatz des Abschnittes I (ca. 1200 Zeichen [hier wie im Folgenden jeweils einschließlich Leerzeichen]); es geht um den Begriff der Demokratie als missbrauchtes Schlagwort) und des Abschnittes II (über 900 Zeichen; hier geht es um die Grundrechte als Minoritätsschutz in der Demokratie) sowie die ersten beiden Absätze des Abschnittes III (zusammen etwas mehr als 6100 Zeichen; die Ausführungen betreffen Status und Funktion der Lehre von der Gewaltentrennung in [der Relation zu] der Lehre von der Demokratie); um rund 700 Zeichen umfangreicher als im „Gerichtshalle“-Druck fällt der zweite Absatz des I. Abschnittes aus, der von der Beziehung von Sozialismus und Demokratie handelt. Alle sonstigen Abweichungen sind unter quantitativen Gesichtspunkten nur ganz geringfügiger Natur. Ausgenommen davon sind die 50 Anmerkungen, die teils wichtige Ergänzungen enthalten, so zum „antiheroischen Charakter der Demokratie“;⁴³⁰ zum Zusammenhang von subjektivistischer Erkenntnistheorie und individualistischer Werttheorie mit der Idee der Demokratie;⁴³¹ zum demokratischen Charakter des Gewohnheitsrechts;⁴³² zum undemokratischen Charakter der „starrten Verfassung“;⁴³³ zu dem bei Rousseau (wie Kant und Fichte) sich findenden Widerspruch von individualistischer und universalistischer Konstruktion;⁴³⁴ zu dem Paradox, dass das Volk erst zu autonomer Bestimmung fähig ist, nachdem es heteronom bestimmt worden ist;⁴³⁵ zur Repräsentation als Fiktion;⁴³⁶ zum „Betriebs“-Charakter des modernen Staates und der daraus zu ziehenden Konsequenz für die Demokratie;⁴³⁷ zum „Gedanke [...], daß die Einheit des Volkes nur als Organisation, d. h. aber als Rechtsordnung möglich ist“.⁴³⁸ Auch die in Anmer-

⁴³⁰ Kelsen, Demokratie (Archiv) (Anm. 396), S. 51 Anm. 1; Kelsen, Demokratie (Separatdruck) (Anm. 396), S. 4 Anm. 1.

⁴³¹ Kelsen, Demokratie (Archiv) (Anm. 396), S. 54 Anm. 6; Kelsen, Demokratie (Separatdruck) (Anm. 396), S. 7 Anm. 6.

⁴³² Kelsen, Demokratie (Archiv) (Anm. 396), S. 55 Anm. 7; Kelsen, Demokratie (Separatdruck) (Anm. 396), S. 8 Anm. 7.

⁴³³ Kelsen, Demokratie (Archiv) (Anm. 396), S. 57 Anm. 8; Kelsen, Demokratie (Separatdruck) (Anm. 396), S. 10 Anm. 8.

⁴³⁴ Kelsen, Demokratie (Archiv) (Anm. 396), S. 58 Anm. 9; Kelsen, Demokratie (Separatdruck) (Anm. 396), S. 11 Anm. 9.

⁴³⁵ Kelsen, Demokratie (Archiv) (Anm. 396), S. 58 Anm. 10; Kelsen, Demokratie (Separatdruck) (Anm. 396), S. 11 Anm. 10.

⁴³⁶ Kelsen, Demokratie (Archiv) (Anm. 396), S. 62 Anm. 14; Kelsen, Demokratie (Separatdruck) (Anm. 396), S. 15 Anm. 14.

⁴³⁷ Kelsen, Demokratie (Archiv) (Anm. 396), S. 64 Anm. 19; Kelsen, Demokratie (Separatdruck) (Anm. 396), S. 17 Anm. 19.

⁴³⁸ Kelsen, Demokratie (Archiv) (Anm. 396), S. 78 Anm. 41; Kelsen, Demokratie (Separatdruck) (Anm. 396), S. 31 Anm. 41.

kungen 16 und 49 der „Archiv für Sozialwissenschaft“-Version erfolgenden Bezugnahmen auf eigene Schriften, nämlich die thematisch verwandten Abhandlungen „Sozialismus und Staat“⁴³⁹ und „Politische Weltanschauung und Erziehung“,⁴⁴⁰ tauchen nicht in der „Gerichtshalle“-Version auf. Abgesehen von den geschilderten größeren Eingriffen bewirken die zahlenmäßig nicht zu vernachlässigenden Unterschiede im Übrigen keine (in nennenswerter Weise) inhaltsbeeinflussenden Textveränderungen. Eine Reihe von Abweichungen betreffen Varianten in der Groß- und Kleinschreibung, Ausschreibung statt Abkürzung von Zahlen oder Abkürzungen, Korrekturen von Satzfehlern im „Gerichtshalle“-Abdruck (z. B. „Doppelinnigkeit“ statt „Doppelsinnigkeit“, „Politici“ statt „Politeia“) oder eine Einfügung bzw. Tilgung eines Genitiv- oder Dativ-e (Beispiel: „Werte“ zu „Wert“, „Parlaments“ zu „Parlamentes“, „Proletariats“ zu „Proletariates“). Manche Veränderungen dürften aus stilistischen Überlegungen zu Stande gekommen sein, um eine Wiederholung zu vermeiden, manche Abweichungen erklären sich auch aus dem Gebrauch der „wir“-Form in der „Gerichtshalle“-Version und der unpersönlichen Form in der „Archiv für Sozialwissenschaft“-Version (Beispiel: „dies wird gerade von sozialistischer Seite bei uns allgemein angenommen“ einerseits und „dies wird gerade von sozialistischer Seite allgemein angenommen“ andererseits). Spricht auch die Mehrzahl der Indizien für die Annahme, dass die „Gerichtshalle“-Version auf der Grundlage des Manuskriptes der „Archiv für Sozialwissenschaft“-Version, wie gesehen: im Wesentlichen durch Kürzung des Ausgangstextes, entstanden ist, so dürfte Kelsen gleichwohl nach Herstellung der „Gerichtshalle“-Version noch einzelne stilistische sowie orthografische Änderungen und inhaltliche Präzisierungen an der Druckvorlage für die Abhandlung im „Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik“ vorgenommen haben. In *dieser* Perspektive wäre die „Archiv für Sozialwissenschaft“-Version der jüngere Text.

3. Kelsens Autorschaft

Bis hierher sind die beiden Versionen des „Wesen und Wert der Demokratie“-Textes aus dem Jahre 1919 so behandelt worden, als handle es sich um Texte aus der Feder Kelsens. Und dies, (1) obwohl keiner der beiden Beiträge in der sonst üblichen Weise – d. h. entweder ganz am Anfang, sei es unmittelbar vor oder unmittelbar nach dem Titel des Beitrages, oder ganz am Ende des Beitrages – Kelsen als Autor nennt; (2) obwohl beide Dokumente wie wortgetreue Wiedergaben eines und desselben Vortrages von Kelsen daherkommen, dies aber schon wegen ihrer gravierenden Diskrepanzen nicht gleichzeitig zu sein beanspruchen können; (3) obwohl beide Versionen zu Kelsens Lebzeiten keinen Eingang in sein – von Métall geführtes – Schriftenverzeichnis gefunden haben. Wenn sie hier

⁴³⁹ Hans Kelsen, *Sozialismus und Staat*, Tübingen 1920.

⁴⁴⁰ Hans Kelsen, *Politische Weltanschauung und Erziehung*, in: *Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung* 2 (1913), S. 1–26 = HKW 3, S. 112–145.

gleichwohl – mit dem Vorbehalt, dass Kelsen sie nicht offiziell als eigene autorisiert und authentifiziert hat – in dessen Schriften eingereiht werden, dann beruht dies auf folgenden Erwägungen:

Die in der „Gerichtshalle“ abgedruckte Version beruht (mit Ausnahme der drei als solche gut erkennbaren redaktionellen Einschübe) auf einem von Kelsen verfassten Text, mag dieser auch redaktionell bearbeitet – insbesondere gekürzt – worden sein. Die zum Abdruck gelangten Worte sind mithin mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit Worte Kelsens, und zwar auch in ihrem Zusammenhang und ihrer Abfolge. Nichts, was in der „Gerichtshalle“-Version Kelsen als eigener Beitrag zugeschrieben wird, dürfte *nicht* von ihm, sondern beispielsweise vom Redakteur des Publikationsorgans stammen. Der Vergleich mit der im „Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik“ abgedruckten Version macht dies deutlich (dazu vorstehend 2.c). Es bleibt freilich dabei, dass Kelsen selbst den Text in seiner vorliegenden Gestalt wohl nicht zusammengefügt haben dürfte.

Etwas schwieriger gestaltet sich die Sachlage bei dem in den „Juristische Blätter“ abgedruckten Text: Dass Kelsen diesen Text zur Gänze formuliert hätte, lässt sich nicht belegen, erscheint nach dem Gesagten auch wenig wahrscheinlich. Weitaus näher liegt es, anzunehmen, dass ein Teilnehmer an der Vortragsveranstaltung im Auftrage(?) der „Juristische Blätter“ mitstenographiert oder sonstwie Aufzeichnungen gefertigt hat. Ob ihm dabei oder bei der allfälligen Reinschrift seiner Aufzeichnungen die erste Version von Kelsens Manuskripts für das „Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik“ vorgelegen hat, lässt sich weder belastbar bestätigen noch ausschließen, bleibt folglich Spekulation. Dass das Kelsen Zuschriebene tatsächlich so von ihm gesagt worden sein kann (sic), belegt ein Abgleich mit Duktus, Inhalten und Redewendungen sowohl der Version in der „Gerichtshalle“ als auch jener im „Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik“ (dazu oben 2.b).

Beide Versionen enthalten so viel an Kelsen-Authentischem, dass sie im Sinne einer inklusiven Editionsstrategie trotz bestehender Vorbehalte in Bezug auf die Autorschaft in die vorliegende Ausgabe der Werke Hans Kelsens aufgenommen worden sind.

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung der beiden Druckfassungen des Vortrags vom 5. November 1919 vor der Wiener Juristischen Gesellschaft erfolgte nach den Editionsrichtlinien.⁴⁴¹ Mit Rücksicht auf den zweispaltigen Satz (in beiden Varianten) wurde anstelle des bloßen Seitenumbruchs der Spaltenumbruch markiert und durch Hinzufügung einer kleiner gesetzten römischen Zahl ausgezeichnet (Bsp.: 292_I bzw. 379_{II}).

⁴⁴¹ Vgl. oben S. 5–22.

Zur Theorie der juristischen Fiktionen.
 Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers
 Philosophie des Als Ob (1919)
 HKW 4, 209–234

I. Textkonstitution und Überlieferung

Der Beitrag erschien im ersten Jahrgang der neu gegründeten Zeitschrift „Annalen der Philosophie“: 1 (1919), S. 630–658. Er umfasst rund 66000 Zeichen (einschließlich Leerzeichen) auf 28 Druckseiten mit einem Satzspiegel von 17,9 mal 10,6 cm und ist in fünf mit römischen Ordnungszahlen versehene, aber nicht eigens betitelte Abschnitte sowie einen durch drei waagrecht angeordnete Sternchen abgesetzten, zusammenfassenden Schlussabsatz unterteilt. Dem in lateinischen Lettern gesetzten Text ist eine Inhaltsübersicht vorangestellt, die jedem Abschnitt mehrere, jeweils durch Punkte abgetrennte Stichworte – ähnlich Kolummentiteln – im Fließtext und ohne Seitenangaben zuordnet. Der Beitrag enthält 37 seitenweise nummerierte Fußnoten, die bis auf eine allesamt ausschließlich Bezugnahmen auf Vaihingers Schrift „Die Philosophie des Als Ob“ enthalten. Kelsens Autorschaft ist insbesondere durch den dem Titel folgenden Autorensatz „Von Dr. Hans Kelsen, a. ö. Professor an der Universität Wien.“ gesichert.

Publikationsmedium ist die 1919 von Hans Vaihinger (1852–1933), dem Begründer der Kant-Studien im Jahre 1897 und der Kant-Gesellschaft im Jahre 1904, sowie seinem Schüler Raymund Schmidt (1890–nach 1941) begründete und herausgegebene Zeitschrift „Annalen der Philosophie“. Sie wurde von dem 1911 in Leipzig gegründeten Verlag von Felix Meiner (1883–1965) während der acht Jahrgänge ihres Erscheinens unter dem Titel „Annalen der Philosophie“, ab dem 4. Jahrgang 1924/1925 mit dem Zusatz „und philosophischen Kritik“, insgesamt also von 1919 bis 1929, verlegerisch betreut.⁴⁴² Ab dem 6. Jahrgang 1927 erweiterte sich der Herausgeberkreis um Joseph Petzoldt (1862–1929), bis die „Annalen der Philosophie“ von neuen Herausgebern und unter neuem Namen fortgeführt wurden: ab 1930 erschien die Zeitschrift unter dem Namen „Erkenntnis“ und wurde herausgegeben von Rudolf Carnap (1891–1970) und Hans Reichenbach (1891–1953). Die Zeitschrift trug, solange sie „Annalen der Philosophie“ hieß, den programmatischen Untertitel „Mit besonderer Berücksichtigung auf die Probleme der Als-Ob-Betrachtung“ und verstand sich als bewusst interdisziplinär ausgerichtetes Forum zum Austausch, zur Verbreitung und zur Kritik von Vaihingers „Philosophie des Als Ob“. In dem dem 1. Jahrgang vorangestellten „Programm der Zeitschrift“ heißt es dementsprechend:

⁴⁴² Dazu und zum Folgenden *Rainer Hegselmann/Geo Siegwart*, Zur Geschichte der „Erkenntnis“, in: *Erkenntnis* 35 (1991), S. 461–471.

„Die ‚Philosophie des Als-Ob‘, die 1911 in erster, 1913 in zweiter, 1918 in dritter Auflage erschienen ist, hat die Aufmerksamkeit weiter Kreise auf sich gezogen. Hervorgegangen aus einer methodischen Überschau über die verschiedensten Wissens- und Lebensgebiete hat sie so vielfache Beachtung gefunden, daß es angezeigt erscheint, die Diskussion über sie, die nicht bloß in Fachkreisen, sondern auch bei den Vertretern der Einzelwissenschaften mannigfach eingesetzt hat, fortan in einem eigenen Organ zu vereinigen. Was als Einzeläußerung unter der Fülle der Gegenwarterscheinungen leicht verloren gehen kann, soll hier in fruchtbaren Zusammenhang gestellt werden und so Gelegenheit finden, sich in Wirkung und Gegenwirkung abzurunden und womöglich sich mit verwandten Bestrebungen zu einem neuen Ganzen zusammenzufügen.

Es handelt sich in erster Linie darum, die in der Als-Ob-Betrachtung zum Ausdruck kommende Methode zu untersuchen, sie auf ihren logischen Wert und ihre psychologische Grundlage hin zu prüfen, und Umfang und Grenzen ihrer Anwendbarkeit in Wissenschaft, Leben und Weltanschauung festzustellen. [...]

Bisher hat es an einer fruchtbaren Wechselwirkung zwischen Einzelwissenschaften und Philosophie gefehlt. Wohl haben gelegentlich und mehr zufällig solche gegenseitige Förderungen stattgefunden, aber es fehlte an einem gemeinsamen Platze, auf dem Philosophen einerseits und Vertreter der einzelnen Fachwissenschaften andererseits zusammen kommen und zusammen arbeiten konnten.“⁴⁴³

Gemeinsamer Bezugspunkt der in der Zeitschrift versammelten Beiträge war danach die Philosophie des Als-Ob, die ihren authentischen Ausdruck in Hans Vaihingers, einem „positivistischen Idealismus“ gewidmeten Hauptwerk fand und das als eine der Schlüsselschriften der Philosophie der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts gelten darf. Nach jahrzehntelang währenden Vorarbeiten publizierte Vaihinger sein dem „System der [...] Fiktionen der Menschheit“ gewidmetes Chef d’Euvre in Erstaufgabe 1911 unter dem Titel „Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus. Mit einem Anhang über Kant und Nietzsche“; bis 1927 erfuhr es weitere neun Auflagen.⁴⁴⁴

Kelsens Beitrag „Zur Theorie juristischer Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob“ wurde zweimal nachgedruckt, nämlich in der 1968 erschienenen Erstaufgabe und der 2010 publizierten Zweitaufgabe des von Hans Klecatsky (geb. 1920), René Marcic (1919–1971) und Herbert Schambeck (geb. 1934) herausgegebenen und die Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl (1890–1970) und Alfred Verdross (1890–1980) vereinigenden Sammelwerkes „Die Wiener rechtstheoretische Schule“ (WRS).⁴⁴⁵ Um den Ab-

⁴⁴³ Hans Vaihinger / Raymund Schmidt, Programm der Zeitschrift, in: Annalen der Philosophie. Mit besonderer Rücksicht auf die Probleme der Als-Ob-Betrachtung 1 (1919), S. III–VI (III [die beiden ersten Absätze] und V [der letzte Absatz]).

⁴⁴⁴ Hans Vaihinger, Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus. Mit einem Anhang über Kant und Nietzsche, 1. Aufl., Berlin 1911; 2. (durchgesehene) Aufl., Berlin 1913; 3. (durchgesehene) Aufl., Leipzig 1918; 4. Aufl., Leipzig 1920; 5. und 6. Aufl., Leipzig 1920; 7. und 8. Aufl., Leipzig 1922; 9. und 10. Aufl., Leipzig 1927 – wegen eines sich rapide verschlechternden Augenleidens bei Vaihinger gab Raymund Schmidt von der 4. Aufl. (1920) bis zur 7. und 8. Aufl. (1922) auf Wunsch des Verfassers die Neuauflagen der „Philosophie des Als Ob“ heraus. – Im Folgenden werden, da Kelsen seinen Ausführungen ausschließlich die 2. Aufl., Berlin 1913, zugrunde legt, Nachweise stets aus dieser geführt.

⁴⁴⁵ Hans Kelsen, Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von

gleich mit der bislang wohl am häufigsten verwendeten Publikationsquelle, nämlich der Erstauflage der WRS, 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 davon abweichende Paginierung der Zweitaufgabe der WRS ist aus Gründen der Übersichtlichkeit und der Relevanz nicht ausgewiesen worden).

Außerdem wurde der Text bislang dreimal übersetzt:

- *Französisch*: Contribution à une théorie des fictions juridiques, centrée sur la philosophie du comme si de Hans Vaihinger, in: Les fictions du droit. Kelsen, lecteur de Vaihinger (herausgegeben, übersetzt und eingeleitet von Christophe Bouriau), Lyon 2013, S. 59–85.
- *Italienisch*: Sulla teoria delle finzioni giuridiche, in: Dio e stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito (herausgegeben, übersetzt und eingeleitet von Agostino Carrino), Neapel 1988, S. 235–265.
- *Spanisch*: Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas, com especial énfasis en la filosofía del „comosi“ de Vaihinger (übersetzt von Jean Hennequin), in: Crítica Jurídica (2001), Heft 18, S. 15–36; Nachdruck in: Daniel Mendonça / Ulises Schmill (Hrsg.), Ficciones jurídicas: Kelsen, Fuller, Ross, Mexiko-Stadt 2003, S. 23–56.

Sonstige Textträger wie insbesondere der Autograph oder Fahnen oder auch Vorarbeiten respektive Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden.

II. Entstehung und Duktus

1. Entstehung

Der erste Jahrgang der „Annalen der Philosophie“ ist verlagsseitig auf das Jahr 1919 datiert worden. Eine unterjährige Veröffentlichungsdatierung der nicht heft-, sondern bandweise erschienenen Publikation erscheint dennoch möglich: Die einführnden Bemerkungen zum „Programm der Zeitschrift“ sind auf Januar 1919 datiert⁴⁴⁶; in den „Vorbemerkungen der Redaktion zum ersten Bande“ heißt es, dass es gelungen sei, „diesen Band noch zum Schluß des Jahres 1918 fertigzustellen“.⁴⁴⁷ Schließlich mag im Blick auf Kelsen ein weiteres Indiz genannt werden: Der

Vaihingers Philosophie des Als-Ob, 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. 1215–1242; *Hans Kelsen*, Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob, in: Hans Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, (2. Aufl.) Wien und Stuttgart 2010, S. 993–1014.

⁴⁴⁶ Vaihinger / Schmidt, Programm (Anm. 443), S. III–VI (VI).

⁴⁴⁷ N. N., Vorbemerkungen der Redaktion zum ersten Bande, in: Annalen der Philosophie. Mit besonderer Rücksicht auf die Probleme der Als-Ob-Betrachtung 1 (1919), S. VII.

Autor erscheint in dem Beitrag (wie auch schon im Band-Inhaltsverzeichnis) als „a. ö. Professor an der Universität in Wien“, also noch als Extraordinarius – zum 1. August 1919 wurde er zum Ordinarius ernannt. Die genannten Indizien sprechen dafür, dass der Band früh in der ersten Jahreshälfte 1919 erschienen ist. Kelsens Abhandlung ist der an letzter Stelle publizierte von 15 Artikeln, die sich aus unterschiedlichen Perspektiven mit der Philosophie des Als-Ob beschäftigen und namentlich nach deren Wert für die jeweilige Fachwissenschaft – wie die Religionsphilosophie, die Medizin, die Physik, die Mathematik, die Psychologie, die Ethik, die Ästhetik und die Rechtswissenschaften – sowie die Philosophie allgemein fragen. Neben Kelsens Abhandlung enthält der Jungferband der „Annalen der Philosophie“ einen weiteren rechtswissenschaftlichen Beitrag, nämlich „Wahrheit und Unwahrheit im Recht“ aus der Feder des Münsteraner Privatrechtslehrers und Romanisten Paul Krückmann (1866–1943).⁴⁴⁸

Mit Sicherheit lässt sich sagen, dass Kelsen seinen Beitrag (wenn nicht in der gedruckten Endfassung, so doch in einer publikationsfähigen Fassung) bereits deutlich früher, nämlich spätestens im Mai 1917 – und damit während seiner Militärzeit (1915–1918) im Ersten Weltkrieg (1914–1918) – fertiggestellt hatte. Das geht aus einem gut zwei Seiten umfassenden Antwortbrief Kelsens vom 19. Mai 1917 auf ein (wohl nicht erhaltenes) Schreiben Vaihingers vom 14. Mai 1917 hervor.⁴⁴⁹ Offenbar hatte der Pazifist und Menschenrechtler Rudolf Goldscheid (1870–1931) Vaihinger auf Kelsens Beitrag aufmerksam gemacht. Goldscheid war 1907 in Wien Mitbegründer der „Soziologischen Gesellschaft“, 1909 in Berlin der „Deutschen Gesellschaft für Soziologie“. Vaihinger wandte sich daraufhin unter dem 14. Mai 1917 an Kelsen und fragte bei ihm an, ob er bereit sei, seine Arbeit der neuen Zeitschrift „Annalen der Philosophie“ zur Verfügung zu stellen. Dem entsprach Kelsen „mit Vergnügen“, begrüßte er das Projekt der „Annalen“ doch „als ein bedeutsames philosophisches Unternehmen“. Erläuternd ergänzte Kelsen sodann zu seiner Auseinandersetzung mit Vaihingers Werk:

„Sie ist als Bestandteil einer größeren Untersuchung über ‚den Rechtsbegriff der Person und die Person des Staates‘ entstanden und bildet ein selbständiges, in sich abgeschlossenes Ganze. Die Auseinandersetzung mit Ihrer Fiktionen-Theorie und die Verwertung derselben für die Theorie der juristischen Erkenntnis erfolgt jedoch keineswegs bloß in der etwa 2 Druckbogen umfassenden Abhandlung über die Theorie der juristischen Fiktionen sondern auch an verschiedenen Stellen der großen Arbeit über den Rechtsbegriff der Person etc.

Es ist mir eine ausserordentliche Freude, durch Ihren gütigen Brief auch einen äusseren Anlaß dafür bekommen zu haben, Ihnen zu sagen, einen wie großen Eindruck die Philosophie des Als-Ob auf mich gemacht hat und wie außerordentlich fruchtbar die dort entwickelten Gedankengänge meiner Ansicht nach für die Rechtswissenschaft sind. Daran kann natürlich nichts ändern, daß ich gerade an Ihren Ausführungen über die juristischen Fiktionen gewisse Korrekturen für zweckmäßig halte. Ihr Grundgedanke ist von einer radikal-klärenden Wirkung.“⁴⁵⁰

⁴⁴⁸ Paul Krückmann, Wahrheit und Unwahrheit im Recht, in: Annalen der Philosophie. Mit besonderer Rücksicht auf die Probleme der Als-Ob-Betrachtung 1 (1919), S. 113–190.

⁴⁴⁹ (Offenbar nur) Ersterer ist erhalten und in der Handschriftensammlung der Staats- und Universitätsbibliothek Bremen zugänglich.

⁴⁵⁰ Alle drei Zitate: Brief von Hans Kelsen an Hans Vaihinger vom 19. Mai 1917.

Bei der von Kelsen genannten „größeren Untersuchung über ‚den Rechtsbegriff der Person und die Person des Staates‘“ kann es sich einerseits um die nach eigenen Angaben bereits 1916 überwiegend fertiggestellte Monographie handeln, die 1920 bei J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) in Tübingen unter dem Titel „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre“ verlegt wurde; andererseits kann es sich aber auch um jene noch frühere, unpublizierte Studie zum „Verhältnis von Staat und Recht“ handeln, deren „Ergebnisse: im wesentlichen die Einsicht der Einheit von Staat und Recht, das Recht nur als positives Recht vorausgesetzt,“ Eingang in „Das Problem der Souveränität“ fanden.⁴⁵¹

Gegen Ende des Briefes kündigt Kelsen den Versand des Beitrages an Vaihinger an, sobald das Manuskript in Maschinschrift vorliege.⁴⁵²

2. *Duktus*

a) Kelsens erste interdisziplinäre Schrift

Kelsens Abhandlung „Zur Theorie der juristischen Fiktionen“ stellt den ersten Beitrag dar, in dem er bewusst interdisziplinär arbeitet, spricht: Deutungsschemata und Schlüsselkonzepte einer benachbarten Disziplin auf ihre Übertragbarkeit in die eigene Disziplin hin untersucht, dabei den Erkenntnisfortschritt auch für die Nachbardisziplin im Auge hat und seinen Diskursbeitrag in einem disziplinübergreifenden Forum zur Debatte stellt. Dies ist in concreto umso bemerkenswerter, als Kelsen sich der Vaihingischen Philosophie des Als-Ob nicht erst nach einem für interdisziplinäres Arbeiten heute durchaus nicht unüblichen Rezeptionsverzögerung von einer halben bis zu einer ganzen Generation zuwendet, sondern – legt man das Jahr 1917 als jenes der Fertigstellung des Manuskripts zugrunde – gerade einmal sechs Jahre nach Erscheinen der Erstauflage (1911) und noch vor Publikation der Drittauflage im Jahre 1918. Kelsen steuert also nicht etwa einen Beitrag zu einem bereits seit langem und mit klaren Tendenzen geführten fachphilosophischen Diskurs über einen Klassikertext bei, sondern er äußert sich – in für Diskursteilnehmer anderer Disziplinen anschlussfähiger Weise – in einer aktuell laufenden, in ihren Ergebnissen noch völlig unklaren Debatte. Was damit über den Rechtswissenschaftler Kelsen ausgesagt ist, lässt sich an einem Vergleich mit dem Beitrag des anderen Rechtswissenschaftlers im ersten Band der „Annalen der Philosophie“ eindrücklich ablesen: Während nämlich Krückmann in seinem recht konventionell rechtswissenschaftlich, spricht: disziplinintrovertiert daherkommenden, nahezu 80-seitigen Artikel keinen substanziellen Bezug zu Vaihingers „System der Fiktionen“ herstellt und nicht wenigstens einmal in den Anmerkungen auf Vaihingers „Philosophie des Als Ob“ rekurriert, ist Kelsens nur rund

⁴⁵¹ Beide Zitate: *Hans Kelsen*, Selbstdarstellung (1927), in: HKW 1, S. 19–27 (22).

⁴⁵² Brief von Hans Kelsen an Hans Vaihinger vom 19. Mai 1917.

ein Drittel so lange Abhandlung von der ersten bis zur letzten Zeile eine „dialogische“, auf das Recht und die Rechtswissenschaft bezogene Auseinandersetzung mit Vaihingers Ansatz; dementsprechend sind alle bis auf eine Anmerkung Nachweisen aus der „Philosophie des Als Ob“ gewidmet. Pointiert: Während der arrierte Krückmann sozusagen bei seinen gewohnten Leisten bleibt, wagt sich der (bei Abfassung des Manuskripts gerade einmal) 35-jährige (titulare) Extraordinarius in die Arena der Erkenntnisphilosophie, um sich dort mit einem der Granden der anderen Zunft zu messen.

So ungewohnt für Kelsen das Gebiet, auf das er sich wagt, so eingeübt und bewährt ist für ihn die (Erörterungs-)Methode, derer er sich bedient: Es ist das von ihm selbst so bezeichnete und erstmals in voller Konsequenz und voller Wirkung in den „Hauptproblemen“ 1911 zum Einsatz gebrachte „kontradiktorische Verfahren“, welches „zum großen Teil durch einen dialogischen Charakter meines Erkennens bedingt ist, bei dem sich die Gedanken am liebsten und leichtesten an ihrem Widerpart emporranken“.⁴⁵³ Hier setzt Kelsen es freilich nicht primär dazu ein, um seinen „Widerpart“ argumentativ zu zerlegen und des Selbstwiderspruches zu überführen; viel zu groß ist seine Anerkennung für Vaihingers Philosophie des Als-Ob, die der Fiktion allererst einen bedeutsamen erkenntnistheoretischen und -praktischen Platz vindiziert. Im virtuellen Dialog mit Vaihinger spürt Kelsen dessen Konzepten und Modellierungen nach, würdigt deren Prägnanz und Erklärungsmächtigkeit im Grundsätzlichen, scheut sich aber andererseits auch nicht, eine Reihe von Korrekturen einzufordern, soweit es Vaihingers Thesen zu Einsatzfeldern und Berechtigung juristischer Fiktionen geht. Dabei geht er fast immer in der Weise vor, dass er *mit* Vaihinger *gegen* Vaihinger antritt, anders gewendet: dass er Vaihinger auf dem Felde des Rechtlichen vorhält, sich nicht an den erkenntnistheoretischen Rahmen zu halten, welchen er selbst entworfen hat. Auf diese Weise trägt Kelsen zu einer nicht unerheblichen Konsistenzsteigerung der Philosophie des Als-Ob auf dem Felde des Rechtlichen bei.

Dass er sich ausgerechnet Vaihingers Philosophie des Als-Ob für seinen ersten interdisziplinären „Ausflug“ ausgesucht hat, kann nicht wirklich überraschen. Denn Kelsen widmete von Beginn seiner rechtstheoretischen Arbeiten an größte Aufmerksamkeit Phänomen und Funktion von Fiktionen. In der Vorrede der „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ formulierte er programmatisch seinen Kampf gegen den vorherrschenden Methodensynkretismus, der sich ihm als Kampf gegen das Für-wirklich-Nehmen oder, wie er selbst sagt, die „Realsetzung“⁴⁵⁴ von Fiktionen präsentiert:

⁴⁵³ Beide Zitate: *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911, S. XI f. = HKW 2, S. 21–878 (59).

⁴⁵⁴ *Hans Kelsen*, Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob, in: *Annalen der Philosophie*. Mit besonderer Rücksicht auf die Probleme der Als-Ob-Betrachtung I (1919), S. 630–658 (633 und 637) = HKW 4, S. 209–234 (213 und 216, 217). Ähnlich *Hans Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht, Tübingen 1922, S. 205, wo Kelsen Fiktionen

„Die Verquickung einander ausschließender Betrachtungsweisen führt notwendig zur *Fiktion*, der Behauptung einer Realität im bewußten Widerspruche zur Wirklichkeit. Und nichts ist für den Stand der heutigen Rechtswissenschaft so charakteristisch, als daß ihre Theorie von Fiktionen durchsetzt ist. Der Kampf gegen die Fiktion, diese verwerfliche Notlüge der Wissenschaft, ist eines der Ziele meiner Arbeit.“⁴⁵⁵

Entsprechend liest man in dem nur ein Jahr nach der „Theorie der juristischen Fiktionen“ erschienenen „Problem der Souveränität“ folgende Sätze in der Vorrede:

„Wenn man sich des Einheitspostulates im Bereiche der Rechtswissenschaft heute noch nicht genügend bewußt ist, so mag das nicht zuletzt darauf zurückzuführen sein, daß der Blick des Rechtstheoretikers ebensosehr von dem eigentlichen Gegenstand seiner Erkenntnis: der Rechtsnorm, in andere Erkenntnisgebiete abgelenkt, wie von Hypostasierungen und Scheinprobleme erzeugenden Fiktionen getrübt, durch diesen Schleier zu seinem ursprünglichen Objekt gar nicht durchdringen kann, das ihm das Bedürfnis nach Veranschaulichung, Denkgewohnheit und Denkbequemlichkeit verhüllen. Gespenstern gleich stellen sich zu selbständigen Wesenheiten verdichtete Metaphern, als Realitäten gesetzte Denkbehelfe der juristischen Erkenntnis in den Weg und verhindern sie, als Einheit zu erfassen, was nur ein für Wirklichkeit gehaltener Schein trennt. Der Kampf gegen die rechtstheoretische Fiktion wird wie schon in meinen ‚Hauptproblemen‘ so auch in der vorliegenden Arbeit geführt.“⁴⁵⁶

Kelsens Position zur Fiktion im Recht und in der Rechtswissenschaft darf jedoch nicht auf die eines „Kampfes“, sprich: auf die einer vollumfänglich-pauschalen Ablehnung dieser „verwerfliche Notlüge der Wissenschaft“ verengt werden. Die Rede vom „Kampf gegen die *rechtstheoretische* Fiktion“ deutet an, dass nicht jegliche Spielart der Fiktion (und deren Einsatzes) aus Sicht Kelsens dem Verdikt des wissenschaftlich Verwerflichen unterfällt. Davon, dass Fiktionen Kelsen zufolge durchaus ihren guten Sinn auch in *juridicis* haben können, legt die in dessen Spätlehre erfolgende Konzeptionalisierung der Grundnorm als Fiktion im Vaihingerschen Sinne⁴⁵⁷ beredtes Zeugnis ab. Er wehrt sich folglich nicht gegen jedwede Verwendungsweise von Fiktionen in *juridicis*, sondern nur gegen bestimmte, freilich in der Jurisprudenz besonders beliebte und verbreitete. In der hier gegenständlichen Arbeit „Zur Theorie der juristischen Fiktionen“ nimmt Kelsen die Gelegenheit wahr, auf der Grundlage der elaboriertesten philosophischen Theorie der Fiktionen eine eigene, sehr differenzierte Haltung zu Fiktionen in Recht und Rechtswissenschaft zu formulieren.

mit den Begriffen „Hypostasierung, [...] Personifikation und Realsetzung von Rechtsnormen oder Rechtsrelationen, [...] Verdinglichung von Beziehungen“ kennzeichnet.

⁴⁵⁵ Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 453), S. VII = HKW 2, S. 21–878 (56).

⁴⁵⁶ Hans Kelsen, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen 1920, S. IV = HKW 4, S. 235–572 (265).

⁴⁵⁷ Vgl. Hans Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, Wien 1979, S. 206f.

b) Vaihingers Fiktionenlehre auf Kelsens Prüfstand

In der Sache handelt es sich, wie bereits angedeutet, um eine ausgesprochen scharfsinnige Analyse und Würdigung der Vaihingerschen Philosophie des Als-Ob sowie deren Applikation auf das Recht und die Rechtswissenschaft – wenn auch Kelsen mit Blick auf das Rechtliche zu von Vaihingers Sicht deutlich abweichenden Ergebnissen gelangt. Kelsen nimmt das Resultat seiner Überlegungen vorweg, wenn er – im Eingangsabschnitt, bereits auf der zweiten Seite seines Beitrags – formuliert:

„Unter der Bezeichnung der ‚juristischen Fiktion‘ werden jedoch sehr verschiedene Erscheinungen zusammengefaßt. Nur ein verhältnismäßig kleiner Teil stellt sich als Fiktion in der eigentlichen Bedeutung des Wortes, als Fiktion im Sinne des von *Vaihinger* aufgestellten Begriffes dar. Ja, das meiste, was *Vaihinger* selbst als ‚juristische Fiktion‘ behandelt und seiner hochverdienstlichen Theorie zugrunde gelegt hat, ist gar keine Fiktion, ist zumindest nicht das Vorstellungsbild, auf welches jene charakteristischen Merkmale passen, die er treffend bestimmt hat. So rückhaltlos den prinzipiellen Ergebnissen der *Vaihingerschen* Philosophie des Als Ob zugestimmt werden kann, so muß doch gerade die von *Vaihinger* mit besonderer Vorliebe herangezogene juristische Fiktion als unzutreffendes Argument bezeichnet werden.“⁴⁵⁸

Im Ausgangspunkt hält Kelsen Vaihingers Verständnis der Fiktion für ein erklärungsmächtiges Konzept, wonach diese zwar auf die Erkenntnis der Wirklichkeit gerichtet ist, die Wirklichkeitserkenntnis aber nicht direkt, sondern – *faute de mieux* – indirekt, nämlich durch eine „bewußte Abweichung von der Wirklichkeit“⁴⁵⁹ in Gestalt eines „Umwegs und Durchgangspunktes des Denkens“⁴⁶⁰ zu erreichen sucht. Da und soweit es im Recht und in der Rechtswissenschaft aber nicht um die (Tatsachen-)Wirklichkeit, das Sein, sondern um die Norm als Sollen geht, schlägt Kelsen einen „erweiterten Fiktionsbegriff“⁴⁶¹ vor, bei dem an die Stelle der „Wirklichkeit“ im Besonderen der – neben dem Sein auch das Sollen einschließende – „Erkenntnisgegenstand“ im Allgemeinen tritt. Eine Fiktion liegt demnach vor,

„wenn die Erkenntnis [...] bei ihrem Bemühen, ihren Gegenstand [...] [zu erfassen,] einen Umweg macht, bei dem sie bewußt in einen Widerspruch zu diesem ihrem Gegenstand gerät; freilich nur zu dem Zwecke, um ihn dann um so besser zu packen: So wie ein Bergsteiger sich manchmal gezwungen sieht, vorübergehend in einer dem angestrebten Gipfel entgegengesetzten Richtung nach abwärts zu klettern, um einem Hindernis aus dem Wege zu gehen und so leichter sein Ziel zu erreichen.“⁴⁶²

Dass Kelsen im Vergleich zu Vaihinger zu deutlich abweichenden Rubrizierungen und Einschätzungen von juristischen Fiktionen gelangt, ist im Wesentlichen Ausdruck wie Folge einer Differenzierung, deren sich Vaihinger nicht (zumindest nicht in dieser Konsequenz und Tragweite) bewusst ist: Kelsen stellt den Fiktionen

⁴⁵⁸ *Kelsen*, Fiktionen (Anm. 454), S. 631 = HKW 4, S. 209–234 (211).

⁴⁵⁹ *Vaihinger*, Als Ob (Anm. 444), S. 27 – ohne die Hervorhebungen im Original.

⁴⁶⁰ *Kelsen*, Fiktionen (Anm. 454), S. 631 = HKW 4, S. 209–234 (211).

⁴⁶¹ *Kelsen*, Fiktionen (Anm. 454), S. 632 = HKW 4, S. 209–234 (212).

⁴⁶² *Kelsen*, Fiktionen (Anm. 454), S. 633 = HKW 4, S. 209–234 (212f.).

der Rechtstheorie jene der Rechtspraxis gegenüber, wobei letztere wiederum in zwei Spielarten auftreten, nämlich solchen des Gesetzgebers und solchen des Gesetzesanwenders.

Echte Fiktionen im Sinne des (erweiterten) Verständnisses Vaihingers lokalisiert Kelsen in der *Rechtstheorie*, wobei Kelsen hier unter Rechtstheorie offenbar nicht nur die auf Funktionsanalyse beschränkte juristische Beobachterdisziplin meint, sondern – als Gegenüber der Rechtspraxis – wohl die normwissenschaftlich arbeitende Rechtswissenschaft im Ganzen im Blick hat, soweit es ihr um die Erkenntnis des Rechts geht (unter Einschuss also auch der wissenschaftlich operierenden Rechtsdogmatik). Exemplarisch demonstriert er Wesen, Funktionsweise und Gefahren einer „erkenntnistheoretischen Fiktion der Rechtswissenschaft“ am Konzept des Rechtssubjekts, welches nichts anderes ist „als die zum Zwecke der Vereinfachung und Veranschaulichung vorgenommene Personifikation eines Komplexes von Normen“.⁴⁶³ Die Gefahr einer derartigen Fiktion erblickt Kelsen freilich darin, dass wegen des „unseren Vorstellungsapparat von jeher beherrschenden anthropomorphistischen Personifikationstriebes“⁴⁶⁴ „die Person, die ursprünglich nur als ein spezifischer Denkbehelf zur Erfassung der Rechtsordnung dieser gegenüber wie ein Gerüst aufgebaut wurde, als reales Wesen, d. h. als eine Art Naturding behauptet wird“.⁴⁶⁵ Der Verwender echter Fiktionen muss sich folglich des Nutzens wie auch und insbesondere der Gefahren derselben bewusst sein und jeden „juristischen Mystizismus“⁴⁶⁶ meiden:

„Darum kann jene an sich widerspruchsvolle Fiktion des Rechtssubjekts wegen des Vorteils der Veranschaulichung und der Vereinfachung, den sie mit sich bringt, ohne Schaden für die Rechtswissenschaft stehen gelassen werden. Allerdings nur insoweit und nur insoweit, als man sich ihres fiktiven Charakters und der Verdoppelung bewußt bleibt, die mit dem Personenbegriff vollzogen wird.“⁴⁶⁷

„Solange also der Begriff der Rechtsperson als das genommen wird, was er seiner logischen Struktur nach ist: ein Spiegelbild, kann er mit Nutzen verwendet werden. Allein es zeigt sich, daß er die mit jeder Personifikation gesetzte Gefahr nicht vermieden hat: die Hypostasierung zu einem realen Naturding.“⁴⁶⁸

Ganz anders beurteilt Kelsen die „*fictiones juris*“, deren sich der *Gesetzgeber* bedient: Sie seien – obwohl Vaihinger sie dafür halte – überhaupt keine Fiktionen im Vaihingerschen Sinne, fehle es doch, da die Gesetzesnorm nicht auf die erkennende Beschreibung, sondern die erzeugende Gestaltung der Wirklichkeit (der Natur oder des Rechts) ziele, am Widerspruch zur Wirklichkeit. Die gewöhnlich verwendete Sprachform des „Als Ob“ sei hier „nichts anderes als eine abbrevie-

⁴⁶³ Kelsen, Fiktionen (Anm. 454), S. 633 = HKW 4, S. 209–234 (213) – ohne die Hervorhebung im Original.

⁴⁶⁴ Kelsen, Fiktionen (Anm. 454), S. 634 = HKW 4, S. 209–234 (214).

⁴⁶⁵ Kelsen, Fiktionen (Anm. 454), S. 634 = HKW 4, S. 209–234 (213 f.).

⁴⁶⁶ Kelsen, Fiktionen (Anm. 454), S. 638 = HKW 4, S. 209–234 (217).

⁴⁶⁷ Kelsen, Fiktionen (Anm. 454), S. 636 = HKW 4, S. 209–234 (215) – ohne die Hervorhebungen im Original.

⁴⁶⁸ Kelsen, Fiktionen (Anm. 454), S. 637 = HKW 4, S. 209–234 (216).

rende Ausdrucksweise. Das Gesetz will für einen Fall dasselbe anordnen wie für einen anderen. [...] Der Gesetzgeber kann sich mit dem Hinweis begnügen, daß im zweiten Falle dieselben Vorschriften gelten sollen wie im ersten. [...] Daß sie ‚rechtlich‘ gleich seien, bedeutet nichts anderes, als daß bei natürlicher *Verschiedenheit* des Tatbestandes die *gleiche* Rechtsfolge eintritt.“⁴⁶⁹ Zusammenfassend gilt für gesetzliche „Fiktionen“:

„[...] der Gesetzgeber [...] ‚denkt‘ sich nicht die Sache so, als ob sie irgendwie wäre, sondern er *regelt* sie so, wie er es wünscht. Dadurch wird die ‚Sache‘ wirklich, d. h. rechtswirksam, so. Der Gesetzgeber ist – in seinem Reiche – allmächtig, weil seine Funktion in nichts anderem besteht, als Rechtsfolgen an Tatbestände anzuknüpfen. Eine Fiktion des Gesetzes wäre etwa ebenso unmöglich, wie eine Fiktion der Natur. Das Gesetz könnte ja nur zu sich selbst – d. h. zu seiner eigenen Wirklichkeit – in Widerspruch geraten. Das aber ist sinnlos.“⁴⁷⁰

Wiewohl ebenfalls in der Rechtspraxis eingesetzt, sieht Kelsen bei den Fiktionen, deren sich der *Gesetzesanwender* bedient, doch einen wesentlichen Unterschied zu den *gesetzgeberischen* Fiktionen: Bei ersteren handele es sich nämlich um eine „fiktive *Rechtsbehauptung*“, sprich: um die „Behauptung einer – nicht geltenden – generellen Norm [als] das Mittel, um zu dem konkreten, von ihm [sc. dem Rechtsanwender] gewünschten Urteil zu gelangen“.⁴⁷¹ Gegen diese Art der juristischen Fiktion in Gestalt der Analogie verhängt Kelsen ein prinzipielles Verdikt:

„Die Fiktion der *Rechtsanwendung* aber – d. i. die analogische Interpretation – setzt einen *unaufhebba-*ren Widerspruch zur Rechtsordnung. Sie ist kein Umweg, der schließlich doch zur ‚Wirklichkeit‘ des Rechtes, sondern ein *Abweg*, der vielleicht zu demjenigen führt, was der Fingierende für nützlich und zweckmäßig hält, niemals aber zum Gegenstand der Rechtswissenschaft: dem *Recht*. Aus diesem Grunde muß eine *Rechtfertigung* dieser Art von juristischer Fiktion, der Fiktion der Rechtsanwendung, theoretisch für unmöglich erklärt werden. Dies ist mit besonderem Nachdruck angesichts der Tatsache zu betonen, daß *Vaihinger* gerade diese juristische Fiktion als eine *gleichartige* und *gleichberechtigte* Erscheinung in sein System und seine Theorie der Fiktionen einbezogen hat, die ja im großen und ganzen eine Apologie der Fiktionen sein will.“⁴⁷²

Das Verdikt aktualisiert sich indes, wie Kelsen ausdrücklich hinzufügt, nicht, „wo die Rechtsordnung die Analogie unter gewissen Bedingungen zuläßt, ja anordnet“,⁴⁷³ d. h. in denen der *Gesetzesanwender* positivrechtlich zur analogen Rechtssetzung ermächtigt oder gar verpflichtet ist.

In den beiden letzten Abschnitten des Beitrages wendet sich Kelsen einerseits der „ethischen Fiktion der Freiheit“⁴⁷⁴ und andererseits der „praktischen Fiktion“⁴⁷⁵ des Rechts zu: Auf der Linie seiner früheren Ausführungen in den „Hauptproblemen“⁴⁷⁶ entlarvt er das (Willens-)Freiheitsproblem, wonach die Begrün-

⁴⁶⁹ Kelsen, Fiktionen (Anm. 454), S. 640 = HKW 4, S. 209–234 (219).

⁴⁷⁰ Kelsen, Fiktionen (Anm. 454), S. 644 = HKW 4, S. 209–234 (222).

⁴⁷¹ Kelsen, Fiktionen (Anm. 454), S. 647 = HKW 4, S. 209–234 (225).

⁴⁷² Kelsen, Fiktionen (Anm. 454), S. 648 = HKW 4, S. 209–234 (226).

⁴⁷³ Kelsen, Fiktionen (Anm. 454), S. 649 = HKW 4, S. 209–234 (226).

⁴⁷⁴ Kelsen, Fiktionen (Anm. 454), S. 651 = HKW 4, S. 209–234 (228).

⁴⁷⁵ Vaihinger, Als Ob (Anm. 444), S. 59–69.

⁴⁷⁶ Vgl. Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 453), S. 156–159 = HKW 2, S. 21–878 (264–268).

derung des staatlichen Strafanspruchs die Willensfreiheit voraussetze, diese aber psychologisch nicht erwiesen werden könne, als Scheinproblem. Die „Fiktion“ der Freiheit entstehe „sicherlich nur durch die irrige Anwendung der normativen Kategorie auf die – kausal determinierte – Naturwirklichkeit, durch einen unzulässigen und für den Bereich juristischer Erkenntnis zumindest überflüssigen Synkretismus von Sein und Sollen.“⁴⁷⁷

Auch den von Vaihinger so genannten „praktischen Fiktionen“ ergeht es kaum besser. Doch bevor Kelsen sich diesen zuwendet, äußert er eine wissenschaftstheoretisch bemerkenswerte These, der zufolge die Jurisprudenz als selbständige Wissenschaft das Recht als souverän, d. h. als von keinem anderen Validationssystem abgeleitet voraussetzt:

„Eine Rechtswissenschaft – als Erkenntnis eines besonderen Objektes – ist nämlich überhaupt nur möglich, wenn man von der Anschauung einer *Souveränität des Rechtes* [...] ausgeht, d. h. wenn man die Rechtsordnung als ein selbständiges und daher von keiner höheren Ordnung abgeleitetes Normensystem erkennt. Andernfalls kann es nur eine Moralwissenschaft (Ethik) oder Theologie geben, je nachdem man das Recht als Ausfluß der Moral oder der Religion gelten läßt.“⁴⁷⁸

Vaihinger vertritt gewissermaßen die Gegenauffassung, indem er den Selbstand des Rechts gegenüber der Moral (und folgeweise der Rechtswissenschaft gegenüber der Ethik) für eine „praktische Fiktion“ hält, der gegenüber über kurz oder lang die „Wirklichkeit“, dass das Recht in der Moral wurzele, ihr Recht einfordere. Kelsen fährt hier das denkbar schärfste Argument aus dem Instrumentenkasten der „dialogisch-kontradiktorischen“ Methode⁴⁷⁹ auf, nämlich jenes der Inkonsistenz:

„Allein dieser Auffassung kann – gerade vom Standpunkte der *Vaihingerschen* Fiktionentheorie – nicht beigespflichtet werden [...], weil weder das Recht noch die Moral – beide als Normenkomplexe gedacht – in der Welt jener Wirklichkeit stehen, die *Vaihinger* als die Linie gilt, von der die Fiktion abweicht, und die mit der Natur, der Sinnenwelt, identisch ist; und weil weder Rechtswissenschaft noch Ethik in ihren Objekten jene Wirklichkeit zu fassen suchen. Das Verhältnis zwischen Recht und Moral ist überhaupt nicht ein Verhältnis zwischen zwei ‚Lebensgebieten‘, als zwischen zwei Stücken der *natürlichen* Realität.“⁴⁸⁰

Und als wäre die Vaihingersche Position in diesem Punkte nicht schon hinreichend erschüttert, nimmt Kelsen auch noch die Kategorie der „praktischen Fiktionen“ ins Visier. Ein weiteres Mal wendet Kelsen Vaihinger argumentativ gegen Vaihinger:

„Man könnte im Sinne *Vaihingers* sagen: Der Jurist betrachtet das Recht so, *als ob* es eine Summe von Sollnormen wäre. Allein *wenn* dies eine Fiktion ist, wenn das Recht in *Wirklichkeit* keine Sollnorm ist, was *ist* dann das Recht ‚in Wirklichkeit‘? Und weiter: Was ist eine Sollnorm? Mit anderen Worten: Wenn die Annahme, daß das Recht eine Sollnorm ist, eine Fiktion sein soll, dann muß das Recht etwas anderes, etwas ‚Wirkliches‘ sein können, und dann muß auch die ‚Sollnorm‘ etwas ‚Wirkliches‘, nur etwas anderes als das Recht ‚wirklich ist‘, darf Sollnorm nicht

⁴⁷⁷ Kelsen, Fiktionen (Anm. 454), S. 650 = HKW 4, S. 209–234 (228).

⁴⁷⁸ Kelsen, Fiktionen (Anm. 454), S. 652 = HKW 4, S. 209–234 (229).

⁴⁷⁹ Dazu vorstehend unter a, S. 767–769, und Kelsen, Hauptprobleme (Anm. 453), S. XI f. = HKW 2, S. 21–878 (59).

⁴⁸⁰ Kelsen, Fiktionen (Anm. 454), S. 652 f. = HKW 4, S. 209–234 (230).

selbst wieder eine Fiktion sein. Denn die Fiktion besteht offenbar in einem Vergleich, und zwar in einer falschen Gleichsetzung eines Wirklichen mit einem anderen Wirklichen.“⁴⁸¹

Nun hat Kelsen leichtes Spiel: „Nun *ist* aber das Recht von vornherein überhaupt nichts Wirkliches. Es gibt kein Stück der Naturwirklichkeit, das als Recht angesprochen werden kann. [...] Darum will es scheinen, als ob auf das, was *Vaihinger* die ‚praktischen Fiktionen‘ nennt, die von ihm selbst aufgestellten Merkmale des Fiktionsbegriffes nicht recht passen.“⁴⁸²

Bei dieser Gelegenheit streift Kelsen bereits eine Position, die ihn Jahrzehnte später beschäftigen sollte, nämlich die Modellierung der Grundnorm als Fiktion.⁴⁸³ Auf der vorletzten Seite seiner Ausführungen kommt er gleichsam nebenbei darauf zu sprechen:

„Eine andere Frage ist, ob und wie sich die in Sollsätzen aufgestellten Behauptungen beweisen lassen, ob nicht jedes Normensystem letztlich auf einen unbeweisbaren Grundsollsatz aufgebaut ist. Das kann zugegeben werden, ohne daß damit der Charakter einer *Fiktion*, d. h. eines Widerspruches zur Wirklichkeit (als der Natur-Wirklichkeit), konzediert wird.“⁴⁸⁴

Näher geht er indes auf die damit aufgeworfenen Fragen eines infiniten Geltungsrekurses in diesem Beitrag und zur damaligen Zeit nicht ein.

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien.⁴⁸⁵ Die Inhaltsübersicht, die im Original nur durch römische Ziffern und Absätze gegliedert ist, wurde hier größerer Übersichtlichkeit und Handhabungsfreundlichkeit halber in ein mit Seitenzahlen versehenes Inhaltsverzeichnis umgewandelt.

Um den Abgleich mit der bislang wohl am häufigsten verwendeten Publikationsquelle von „Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von *Vaihingers* Philosophie des Als Ob“ zu erleichtern, sind Seitenumbrüche und Paginierung des Abdrucks in der „Wiener rechtstheoretische Schule“ (WRS) – neben jenen der Originalpublikation – ebenfalls in Text und Marginalienspalte der Edition gekennzeichnet worden. An der Sigle WRS sind sie leicht zu erkennen. Da der Abdruck von „Zur Theorie der juristischen Fiktionen“ 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.

⁴⁸¹ *Kelsen*, Fiktionen (Anm. 454), S. 634 = HKW 4, S. 209–234 (231).

⁴⁸² *Kelsen*, Fiktionen (Anm. 454), S. 655 = HKW 4, S. 209–234 (232).

⁴⁸³ Vgl. oben in und bei Anm. 457.

⁴⁸⁴ *Kelsen*, Fiktionen (Anm. 454), S. 657 = HKW 4, S. 209–234 (233).

⁴⁸⁵ Vgl. oben S. 5–22.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts Beitrag zu einer reinen Rechtslehre (1920)

HKW 4, 235–572

I. Textkonstitution, Publikationsmedium und Überlieferung

Grundlage der Edition ist die Monographie „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre“ von Hans Kelsen, die im Juli 1920⁴⁸⁶ in erster Auflage erschienen ist. Gesetzt und gedruckt wurde sie bei der H. Laupp'schen Buchhandlung in Tübingen, verlegt von der Verlagsbuchhandlung J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), ebenfalls Tübingen und wie die H. Laupp'sche Buchhandlung seinerzeit geleitet von Paul Siebeck (1855–1920).

Vom Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), seit 2003: Mohr Siebeck, wurden, lässt man einmal die Folgeauflagen, die, abgesehen von einem neuen Vorwort, nichts als photomechanisch hergestellte Nachdrucke darstellen, beiseite, zu Kelsens Lebzeiten allein neun seiner Monographien mit zusammen nahezu 2 100 Druckseiten verlegerisch betreut und verantwortet. Darunter befinden sich für das Werk Kelsens so zentrale Arbeiten wie dessen Habilitationsschrift „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ (1911), „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ (1920), „Der soziologische und juristische Staatsbegriff“ (1922), das „Österreichische Staatsrecht“ (1923) sowie der demokratietheoretische Klassiker „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ (1920 und 1929).⁴⁸⁷ Selbst wenn man die zahlreichen unselbständigen Publikationen Kelsens in weiteren Verlagsprodukten

⁴⁸⁶ Zur Datierung vgl. nachfolgend II.1.b), S. 780–786.

⁴⁸⁷ Im Einzelnen handelt es sich um folgende Titel (mit Umfangsangabe): *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911, XXVII, 709 S. = HKW 2, S. 21–878; *Hans Kelsen*, Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode. Vortrag gehalten in der Soziologischen Gesellschaft zu Wien, Tübingen 1911, 64 S. = HKW 3, S. 22–55; *Hans Kelsen*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen 1920, X, 320 S. = HKW 4, S. 235–572; *Hans Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen 1920, 38 S. [Sonderdruck aus dem „Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik“]; *Hans Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht, Tübingen 1922, IV, 253 S.; *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 2. verm. Aufl., Tübingen 1923, XXXVI, 709 S.; *Hans Kelsen*, Österreichisches Staatsrecht. Ein Grundriß, entwicklungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen 1923, VIII, 256 S.; *Hans Kelsen*, Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung, Tübingen 1927, 186 S. [Sonderdruck aus: Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag 24. Januar 1927]; *Hans Kelsen*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, 2. photomechan. gedr. Aufl., Tübingen 1928, XII, 320 S.; *Hans Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht, 2., photomechan. gedr. Aufl., Tübingen 1928, VIII, 253 S.; *Hans Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2., umgearb. Aufl., Tübingen 1929, VII, 119 S.; *Hans Kelsen*, Staatsform und Weltanschauung, Tübingen 1933, 30 S.

wie dem „Archiv für öffentliches Recht [später: des öffentlichen Rechts]“, dem „Jahrbuch für öffentliches Recht der Gegenwart“, dem „Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik“, der „Juristenzeitung“ oder auch dem Anschütz-Thomaschen „Handbuch des Deutschen Staatsrechts“⁴⁸⁸ außer Betracht lässt, ist festzuhalten, dass Kelsen in keinem anderen Verlagshaus im monographischen Format umfangmäßig mehr publiziert hat als bei dem renommierten Tübinger Wissenschaftsverlag.

Hergestellt wurde „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ in einer Verkaufsaufgabe von 1000 Exemplaren und es kostete in der broschiierten Ausgabe im (deutschen) Buchhandel 28 (Reichs-)Mark „zuzüglich 50% Teuerungszuschlag“.⁴⁸⁹ Die Abhandlung im Lexikonoktavformat umfasst zehn römisch und 320 arabisch paginierte Seiten mit rund 886000 Zeichen (inkl. Leerzeichen) und wurde auf 20 5/8 Bogen gedruckt. Die in lateinischer Type gesetzte Schrift zerfällt in zwei Teile, deren erster – mit 101 Seiten, vier Kapiteln und 24 durchgehend gezählten Paragraphen – der „staatsrechtlichen Souveränitätstheorie“ und deren zweiter – mit 219 Seiten, sieben Kapiteln und durchgehend nummerierten 41 Paragraphen – dem völkerrechtlichen Souveränitätsdogma gewidmet ist. Weitere, durch (Zwischen-)Überschriften versehene Untergliederungen kennt der Text nicht; Hervorhebungen, deren es zahlreiche gibt, sind – abgesehen von Eigennamen, die in Kapitälchen gesetzt sind – ausschließlich durch Sperrung kenntlich gemacht. Die Seiten mit einem Satzspiegel von 18,5 cm Höhe mal 10,9 cm Breite bestehen aus maximal 40 Zeilen Haupttext sowie insgesamt 512 seitengleichen und seitenweise nummerierten Fußnoten in Petitsatz. Die Kolummentitel geben auf der verso-Seite die Paragraphen-Überschrift wieder und auf der recte-Seite den Titel des jeweiligen Teils. Dem Textteil ist neben einer rund vierhalbseitigen Vorrede ein nahezu drei Druckseiten umfassendes Inhaltsverzeichnis vorangestellt. Ein Sach- oder Personenregister ist nicht beigegeben.

Das Buch wurde mehrfach nachgedruckt, wobei die 2., im Jahre 1928 ebenfalls beim Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) erschienene Auflage,⁴⁹⁰ die auf dem neu gesetzten und mit neuem Layout versehenen Deckblatt als „photomechanisch gedruckte Auflage“ bezeichnet wird, sich nur durch zwei relative Marginalien vom Erstdruck unterscheidet: Zum einen fehlt im Zweitdruck auf dem Deckblatt das dem „Jus gentium“ von Christian Wolff (1679–1754) entnommene Motto;⁴⁹¹ zum anderen ist der Vorrede zur ersten Auflage ein kurzes Vorwort zur Neuauflage vorangestellt, so dass sich jene durch dieses in der Paginierung um zwei Seiten

⁴⁸⁸ *Hans Kelsen*, Die Entwicklung des Staatsrechts in Oesterreich seit dem Jahre 1918, in: Gerhard Anschütz/Richard Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 1, Tübingen 1930, S. 147–165.

⁴⁸⁹ Vgl. Börsenblatt für den Deutschen Buchhandel 87 (1920), Nr. 124 vom 9. Juni 1920, S. 6402.

⁴⁹⁰ *Hans Kelsen*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. Zweite, photomechanisch gedruckte Auflage, Tübingen 1928.

⁴⁹¹ Vgl. *Hans Kelsen*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen 1920, S. I = HKW 4, S. 235–572 (263).

verschiebt. Die neue Vorrede ist lediglich acht Zeilen lang, begründet knapp den Nachdruck und weist den Leser auf eine zwischenzeitlich erschienene Schrift des Autors hin. Nachdem auch diese Ausgabe mit einer Druckauflage von 500 Exemplaren vergriffen war, veranstaltete der Verlag Scientia in Aalen noch zwei weitere photomechanische Nachdrucke – und zwar von der Zweitaufgabe von 1928 – in den Jahren 1960 (Kelsens Zustimmung konnte zu diesem Nachdruck eingeholt werden) und 1981.⁴⁹²

Erst reichlich spät – gemessen an der außerordentlichen Bedeutung der Schrift für Kelsens rechtstheoretisches Œuvre – wurde „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ auch in andere Sprachen übersetzt. Knapp 70 Jahre nach dem Ersterscheinen fertigte Agostino Carrino eine Übersetzung ins Italienische an.⁴⁹³ Dem folgten, mit nicht unbeträchtlichem zeitlichem Abstand, die Übersetzungen ins Serbische (von Danilo N. Basta, 2003)⁴⁹⁴ und jüngst von Paul Silverman ins Englische (im Erscheinen).⁴⁹⁵ Die werkaufschließende Vorrede Kelsens zur Erstauflage wurde im Jahre 2009 von Ryūichi Nagao ins Japanische übersetzt und in die von ihm edierte mehrbändige „Sammlung der Schriften Hans Kelsens“ aufgenommen.⁴⁹⁶

Andere Textvarianten wie insbesondere der Autograph oder Fahnen oder auch Vorarbeiten respektive Exzerpte sind nicht (mehr) vorhanden. – „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ dürfte Kelsen als Vorlage für die Druckfassung seiner ersten Vorlesung an der Académie de droit international im Haag im Jahre 1926 gedient haben: Sein Beitrag „Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public“⁴⁹⁷ enthält längere Passagen namentlich in Kapiteln III bis VI, die mehr oder minder wörtliche Übersetzungen aus dem „Problem der Souveränität“ darstellen; an weiteren Stellen ist auch eine deutliche Anlehnung an das „Problem der Souveränität“ feststellbar. Überwiegende oder gar vollständige Textidentität liegt indes nicht vor.

⁴⁹² Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. Unveränderter Neudruck der 2. Auflage von 1928 im Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, Aalen 1960 und 1981.

⁴⁹³ Hans Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*. Contributo per una dottrina pura del diritto (herausgegeben, übersetzt und eingeleitet von Agostino Carrino), Mailand 1989.

⁴⁹⁴ Hans Kelsen, *Problem suverenosti i teorija međunarodnog prava*. Prilog jednoj čistoj teoriji prava (übersetzt von Danilo N. Basta), Belgrad 2003.

⁴⁹⁵ Hans Kelsen, *The Problem of Sovereignty and the Theory of International Law*. Contribution to a Pure Theory of Law (herausgegeben, übersetzt und eingeleitet von Paul Silverman), Oxford (im Erscheinen).

⁴⁹⁶ 主権の問題と国際法の理論 序文 „Shuken no Mondai to Kokusaihō no Riron“ Jobun (Vorrede zu „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“) (übersetzt von Ryūichi Nagao), 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. 115–120.

⁴⁹⁷ Hans Kelsen, *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, in: Académie de droit international, *Recueil des cours* 14 (1926), S. 227–331.

II. Entstehung und Duktus

1. Entstehung

a) Ein gestreckter Entstehungsprozess

Die im Juli 1920 bei J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) erschienene Schrift dürfte bereits einige Jahre früher verfasst worden sein. Mithilfe der erhalten gebliebenen Verlagskorrespondenz (dazu nachfolgend b) lässt sich bestimmen, wann Kelsen – unbeschadet der im Herstellungsprozess eingefügten Korrekturen – seine Abhandlung spätestens abgeschlossen hat: Im letzten Drittel des August 1919 bietet Kelsen dem Mohr-Verlag sein druckreifes Manuskript an.⁴⁹⁸ Im Übrigen ist man auf die publizierten Aussagen Kelsens verwiesen. Dieser äußert sich in seinen Schriften wenigstens an drei Stellen zu den Entstehungsumständen von „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“: In der Vorrede dieses Buches legt Kelsen mit Rücksicht auf das (nicht mehr) verwertete (rezenteste) Schrifttum Wert auf die Feststellung, „daß mein Manuskript schon im Jahre 1915 begonnen wurde und im Jahre 1916 grundsätzlich abgeschlossen war, daß aber meine militärische Dienstleistung während des Krieges die Drucklegung verzögerte.“⁴⁹⁹ In seiner 1927 verfassten „Selbstdarstellung“ rückt Kelsen „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ in sachlichen und zeitlichen Zusammenhang mit drei ebenfalls das Problem des Verhältnisses von Staat und Recht(sordnung) betreffenden Abhandlungen: erstens dem 1913 erschienenen Beitrag „Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“, zweitens dem Aufsatz „Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung“ aus dem Jahre 1914 sowie drittens einer „das Verhältnis von Staat und Recht behandelnden, während des [Ersten] Weltkriegs entstandenen Arbeit“, die unveröffentlicht blieb (und als verschollen gelten muss);⁵⁰⁰ deren „Ergebnisse: im wesentlichen die Einsicht der Einheit von Staat

⁴⁹⁸ Vgl. Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 24. August 1919 (dazu ergänzend unten Anm. 508).

⁴⁹⁹ *Kelsen, Souveränität* (Anm. 491) = HKW 4, S. 235–572.

⁵⁰⁰ Womöglich handelte es sich um eine Schrift, für die Kelsen sogar ein verlagsseitig am 21. März 1914 unterzeichneter Vertrag mit J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vorlag, nämlich die ca. 7 Bogen (= 106 Druckseiten) starke Abhandlung mit dem Titel „Die Antinomie von Recht und Staat“ (mit einer projektierten Verkaufsaufgabe von 1000). Kelsen selbst charakterisiert sie in seinem Brief an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 12. März 1914 (dazu ergänzend unten Anm. 508) wie folgt: „Die Arbeit ist rechtsphilosophischer Natur und behandelt eine Reihe in der neueren Literatur aktueller Probleme. Ich bemerke schließlic, daß diese Schrift eine wichtige Ergänzung meines in Ihrem geschätzten Verlage erschienenen Buches ‚Hauptprobleme der Staatsrechtslehre‘ bildet.“ Kelsen kündigte zwar zweimal – in seinen Briefen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 17. März 1914 und vom 4. April 1914 – die alsbaldige Übersendung des Typoskripts an; der Eingang desselben lässt sich aus der Verlagskorrespondenz indes ebenso wenig bestätigen wie eine Drucklegung. In der weiteren (erhaltenen) Korrespondenz kommt keine der beiden Seiten mehr auf dieses Werk zurück, so dass offen bleiben muss, warum die Abhandlung nicht als Buch erschien. Sosehr es aus thematischen Gründen nahe liegt, „Die Antinomie von Recht und Staat“ für die von Kelsen in dessen „Selbstdarstellung“ in Bezug genommene Schrift zu halten, so wenig darf außer Acht gelassen werden, dass die „Antinomie“-Schrift nicht erst „während des Weltkriegs entstanden“ ist.

und Recht, das Recht nur als positives Recht vorausgesetzt,“ seien in der Souveränitäts-Schrift „verarbeitet“ worden.⁵⁰¹ Schließlich resümiert er in der 1947 verfassten „Autobiographie“:

„Die drei-ein-halb Jahre, die ich im Kriegsministerium taetig war [1915–1918⁵⁰²], waren fuer meine wissenschaftliche Arbeit nicht verloren. Ich hatte noch Zeit genug um eine groessere Untersuchung des Souveranitaetsproblems zu beginnen, die – 1920 – unter dem Titel ‚Das Problem der Souveranitaet und die Theorie des Voelkerrechts‘ publiziert wurde.“⁵⁰³

Eine genauere Datierung als auf der Grundlage der nicht völlig kongruenten Angaben Kelsens zu Beginn und Ende der Arbeit an „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ lässt sich wohl nicht bewerkstelligen. Freilich lässt sich der durch sie beschreibbare Zeitraum – Fertigstellung zwischen 1916 (eher unwahrscheinlich) und August 1919, am wahrscheinlichsten dürften die letzten beiden Kriegsjahre sein – durch zwei⁵⁰⁴ weitere Indizien erhärten: Zum einen die Entstehungsumstände der Rezension des 1916 erschienenen Buches von Max Layer (1866–1941), die rund anderthalb Druckseiten Textidentität mit „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ aufweist,⁵⁰⁵ und zum anderen Duktus und Thematik der Monographie: Sie fügt sich, wie Kelsen ja selbst in der zitierten Passage aus der „Selbstdarstellung“ im Jahre 1927 betont, in den Kreis jener kurz zuvor entstandenen Schriften, die das primär erkenntnistheoretisch-methodologische Anliegen der „Hauptprobleme“ aufnehmen, ein und wendet den so gewonnenen Ansatz auf einem Feld an, auf dem Kelsen eine besonders drängende „Reformbedürftigkeit“ ausmacht.⁵⁰⁶

Bemerkenswert dabei ist, dass Kelsen sich just in Kriegszeiten dem Völkerrecht zuwendet und dessen Rechtscharakter herausarbeitet – übrigens ein Verhalten, welches sich im Zweiten Weltkrieg mit der Hinwendung zum Völkerrecht namentlich mit der Programmschrift „Peace Through Law“ (1943/1944)⁵⁰⁷ in gewissem Sinne wiederholen sollte.

⁵⁰¹ Hans Kelsen, Selbstdarstellung (1927), in: HKW 1, S. 19–27 (22f., alle drei zitierten Wendungen: 22).

⁵⁰² Kelsen wurde zum 1. Oktober 1915 zur Justizabteilung des k. u. k. Kriegsministeriums versetzt; am 31. Oktober 1917 erfolgte die Zuteilung zum Präsidialbüro als Referent des k. u. k. Kriegsministers Generaloberst Stöger-Steiner; seine Entlassung aus dem Militärdienst wurde zum 31. Oktober 1918 wirksam.

⁵⁰³ Hans Kelsen, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91 (55).

⁵⁰⁴ Ein drittes Indiz mag man darin sehen, dass Kelsen Verdroß' einschlägige, von seiner eigenen abweichende Position, die ihm spätestens im Sommer 1918 aus dem bei Kelsen zu Hause stattfindenden Privatseminar bekannt gewesen sein muss, nicht mehr berücksichtigt hat; dazu Robert Walter, Die Rechtslehren von Kelsen und Verdroß unter besonderer Berücksichtigung des Völkerrechts, in: Robert Walter / Clemens Jabloner / Klaus Zeleny (Hrsg.), Hans Kelsen und das Völkerrecht. Ergebnisse eines Internationalen Symposiums in Wien (1.–2. April 2004), Wien 2004, S. 37–49 (40f.).

⁵⁰⁵ Dazu näher Editorischer Bericht „Buchbesprechung Layer“, in: HKW 4, S. 681–692 (686 und 692).

⁵⁰⁶ Kelsen, Souveränität (Anm. 491), S. III = HKW 4, S. 235–572 (264).

⁵⁰⁷ Hans Kelsen, Peace Through Law, in: Journal of Legal and Political Sociology 2 (1943/1944), S. 52–67; Hans Kelsen, Peace Through Law, Chapel Hill 1944.

b) Vom verlegerischen Erstkontakt zur Auslieferung der Druckfassung

Aus der erhaltenen Verlagskorrespondenz,⁵⁰⁸ die – von der Anbahnung der Verlagsverhandlungen über „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ bis zum anastatischen Nachdruck⁵⁰⁹ in Gestalt der Zweitauflage im Jahre 1928 – 18 Schreiben Kelsens an den Verlag und 25 Schreiben des Verlags an Kelsen umfasst, lassen sich die verlegerischen Begleitumstände des Werkes weitgehend erhellen. Die erste Anfrage Kelsens an den Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) wurde wohl im Brief vom 24. August 1919 formuliert, in welchem er dem Verlag zunächst mitteilte, dass er einen „Ruf als Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht an die hiesige Fakultät angenommen habe“; bezogen auf „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ schrieb Kelsen:

„[...] Dagegen habe ich ein zu 15–20 Druckbogen starkes Manuskript ‚Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts‘ fertiggestellt. Es ist eine neue theoretische Grundlegung des Völkerrechts. Gerade von dieser Rechtsdisziplin glaube ich, daß sie in nächster Zeit besonderes Interesse und starke Bearbeitung finden wird.

Ich würde mich freuen, wenn Sie diese Arbeit in Ihren Verlag nehmen wollten und bitte mir freundlichst mitzuteilen, ob und unter welchen Bedingungen Sie dazu bereit wären; Insbesondere: innerhalb welchen Zeitraums Sie in der Lage wären, die Publikation zu bewerkstelligen.“⁵¹⁰

Werner Siebeck (1891–1934) zeigte sich am 3. September 1919 bereit, das Manuskript wohlwollend zu prüfen und bat um Zusendung.⁵¹¹ Ein Notizzettel⁵¹² dokumentiert die einzelnen Stellungnahmen der aus Paul Siebeck und dessen Söhnen Oskar (1880–1936) und Werner bestehenden Verlagsleitung zu Kelsens Anerbieten. Werner Siebeck notierte am 18. September 1919, dass das Buch ca. 18 Bogen umfassen würde, falls man es setzen ließe wie die „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“, Kelsens Habilitationsschrift von 1911.⁵¹³ Auf die „Hauptprobleme“ rekurrierte auch Oskar Siebeck in seiner Bewertung vom 20. September 1919: „K[elsen] wurde früher geringes Verständnis für die Praxis vorgeworfen. Seine ‚Hauptprobleme‘ sind wol [sic] auch reichlich theoretisch. Das scheint besser geworden zu sein. (Urteil Köllreutters⁵¹⁴) [...] Da er sich mit dem neuen Buch

⁵⁰⁸ Die nachfolgend zitierten Schriftstücke (überwiegend Briefe) befinden sich inzwischen alle im Mohr-Archiv in der Handschriftenabteilung der Staatsbibliothek zu Berlin – Preussischer Kulturbesitz, Potsdamer Str. 33 in 10785 Berlin.

⁵⁰⁹ Unter einem „anastatischen“ (Nach-)Druck versteht man ein früher verwendetes Ätzverfahren, alte Drucke in der Farbe so aufzufrischen, dass von ihnen Neudrucke auf Stein- oder Zinkplatten gemacht und von diesen Auflagen gedruckt werden können.

⁵¹⁰ Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 24. August 1919.

⁵¹¹ Brief von Werner Siebeck an Hans Kelsen vom 3. September 1919.

⁵¹² Der interne Laufzettel zum Verlagsanerbieten „Das Problem der Souveränität“ befindet sich in der Verlagskorrespondenz zwischen Hans Kelsen und dem Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).

⁵¹³ *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911 = HKW 2, S. 21–878.

⁵¹⁴ Otto Koellreutter (1883–1972), Staatsrechtslehrer. 1912 Habilitation für Staats- und Verwaltungsrecht in Freiburg i. Br., 1913 Privatdozent ebenda, 1914–1918 Kriegsteilnehmer, 1918–1919 a. o. Prof. in Freiburg, 1920–1921 o. Prof. in Halle, 1921–1933 o. Prof. in Jena, 1923–1933 nebenamtlich Oberverwaltungsgerichtsrat am Thüringischen Oberverwaltungsgericht in Jena,

besonders Mühe gegeben hat, möchte ich Annahme empfehlen.“ Am 24. September 1919 unterrichtete Werner Siebeck den Autor, daß der Verlag das Buch annehme. Als Honorar wurde „bei einer Auflage von 1000 Exemplaren ein Bogenhonorar von Mk. 40.–“ angeboten, wobei der Umfang, der in Orientierung an der Satzeinrichtung der „Hauptprobleme“ bestimmt wurde, unter 20 Bogen bleiben sollte. Da nach dem Ersten Weltkrieg Papierknappheit herrschte, spielte auch folgende Feststellung des Verlegers eine wichtige Rolle für den raschen Fortschritt des Herstellungsprozesses: „Ich hätte auch in diesem Format ein Papier vorrätig, während ich in kleinerem Formate das für Ihr Buch nötige Quantum im Augenblick nicht verfügbar habe.“⁵¹⁵ Das Problem wird auch später in einem Brief von Werner Siebeck an Kelsen noch einmal aufgegriffen:

„Was die Qualität des Papierses für Ihr neues Werk anbetrifft, so ist es unter den heutigen Verhältnissen leider nicht möglich, auch nur annähernd dieselbe zu bekommen, wie seinerzeit für die ‚Hauptprobleme‘. Ich hoffe aber, dass das von mir bestellte Papier in einer annehmbaren Qualität geliefert wird. Mit Rücksicht auf die Anfertigung des Papierses in Süddeutschland musste ich den Druck von Leipzig nach hier verlegen.“⁵¹⁶

Auch wurde Kelsens Wunsch, für den ersten und zweiten Teil des Werkes besondere Titelblätter einzufügen, mit „Hinblick auf die bestehende Papierknappheit“⁵¹⁷ nicht erfüllt.

Am 29. September 1919 erklärte sich Kelsen mit den Verlagsbedingungen einverstanden, fügte aber hoffnungsvoll hinzu, dass das Buch bis Weihnachten erscheinen sollte⁵¹⁸ – ein Wunsch, der von Werner Siebeck in seinem Brief vom 9. Oktober 1919 skeptisch eingeschätzt wurde: „Mit dem Satz wird sogleich begonnen werden. Ob allerdings bei den heutigen Verkehrsverhältnissen das Buch bis Weihnachten fertig vorliegen kann, ist mir etwas zweifelhaft.“⁵¹⁹ Dem raschen Fortschritt sicherlich förderlich war das Telegramm, das Kelsen am 3. November an den Verlag sandte und in dem er darauf hinwies, dass er die Korrekturen in den Fahnen vornehmen könne, „da [offenbar im Manuskript] kaine [aktualisierenden]

1933–1945 Mitglied der NSDAP, ab 1933 o. Prof. für Allgemeine Staatslehre, Staats- und Verwaltungsrecht sowie Kirchenrecht in München, 1945 auf Weisung der amerikanischen Militärregierung amtsenthoben, Verurteilung zu 5 Jahren Arbeitslager, im Juni 1947 inhaftiert und nach 13 Monaten im Juli 1948 entlassen, 1949 in den Ruhestand versetzt und 1952 emeritiert. 1921–1944 Mithrsg. des „Archiv des öffentlichen Rechts“, 1933–1942 Hrsg. des „Verwaltungsarchiv“. Mitglied der Akademie für Deutsches Recht. Wichtige Werke: Deutsches Verfassungsrecht, Berlin 1935 (3. Aufl., Berlin 1938); Der nationalsozialistische Rechtsstaat, Berlin 1936; Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin 1936 (2. Aufl., Berlin 1938); Deutsches Staatsrecht, Stuttgart 1953. – Der (Klammer-)Hinweis auf Koellreutter mag daher rühren, dass er, der wenig später Mitherausgeber des „Archiv des öffentlichen Rechts“ wurde, im Verlag bekannt und daher als Rat- und Auskunftgeber leicht verfügbar war.

⁵¹⁵ Beide Zitate: Brief von Werner Siebeck an Hans Kelsen vom 24. September 1919.

⁵¹⁶ Brief von Werner Siebeck an Hans Kelsen vom 22. Oktober 1919. Deswegen wurde das Buch bei H. Laupp jr. in Tübingen gedruckt und nicht bei J. B. Hirschfeld in Leipzig wie beispielsweise Kelsens „Hauptprobleme“ (Anm. 513).

⁵¹⁷ Brief von Werner Siebeck an Hans Kelsen vom 17. Januar 1920.

⁵¹⁸ Vgl. Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 29. September 1919.

⁵¹⁹ Brief von Werner Siebeck an Hans Kelsen vom 9. Oktober 1919.

zusätze noetig“ wären.⁵²⁰ Außerdem äußerte Kelsen den Wunsch,⁵²¹ dass die Kapitel- und Paragraphen-Überschriften in den Kolumnentitel übertragen werden sollten – ein Wunsch, den der Verlag erfüllte. Dass der Druck offenbar zügig vonstatten ging, das Buch aber wohl nicht bis Weihnachten 1919 vorlag, lässt sich aus der Bitte Werner Siebecks vom 30. Dezember 1919 schließen, in dem er den Autor um eine kurze Selbstanzeige für die „Grüne Hefte“⁵²² bat.⁵²³

Diese Bitte erfüllte Kelsen und sandte seine handschriftliche Kurzbeschreibung zusammen mit den Korrekturen des ersten Teiles des Buches sowie der handschriftlichen Kurzbeschreibung der Klein-Monographie „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ (1. Aufl. 1920) am 11. Januar 1920 an den Verlag;⁵²⁴ sie erschien in Nr. 1 der „Grüne Hefte“ im Jahr 1920 und hat folgenden Wortlaut:

„Dr. Hans Kelsen, Professor in Wien, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*. Unter der Presse.

Im Mittelpunkt der politischen und rechtstechnischen Erörterungen, die der Neuaufbau der mittel- und osteuropäischen Staatenwelt ausgelöst hat, steht vielfach wieder der Organisationstypus des Bundesstaates, und damit das Problem der *Souveränität*. Die schweren Erschütterungen des internationalen Rechts im Weltkrieg und der Versuch einer Organisation der Staatengemeinschaft durch den Völkerbund hat das Verhältnis in Frage gestellt, in dem das System der Völkerrechtsnormen zur einzelstaatlichen Rechtsordnung steht. Auch den Kern dieser Frage, die an die Grundlagen der Völkerrechtstheorie rührt, bildet das Problem der *Souveränität*.

Es erscheint zunächst als ein *politisches* und *soziologisches*. Allein es birgt einen *rechtstheoretischen* Gehalt, den herauszuschälen und in seiner *juristischen Reinheit* darzustellen, die Arbeit Kelsens unternimmt. Und gerade indem der Begriff der Souveränität von allem politischen und soziologischen Nebensinn befreit und so eine sichere Grundlage für den *Begriff des Staates*, das *Wesen der Staatenverbindungen*, die *Konstruktion des Völkerrechts* im Rahmen einer *reinen Rechtslehre* gewonnen wird, dringt die Untersuchung zu *letzten juristischen Hypothesen* vor, zeigt deren *Zusammenhang mit Weltanschauung* auf und enthüllt so mit der erkenntnistheoretischen die eigentliche, meist unbewußt geliebene *ethisch-politische Bedeutung* der von der Jurisprudenz bisher versuchten Problemlösungen.

Von der grundsätzlichen *Einheit alles Rechtes* ausgehend versucht das Werk einen juristischen Standpunkt zu gewinnen, von dem aus auch Staats- und Völkerrecht als Einheit begriffen werden können und stellt so eine *organische Verbindung* der bisher sehr zum Schaden der Rechtserkenntnis in gegenseitiger Isolierung entwickelten Systeme *der Staatsrechtslehre und Völkerrechtstheorie* her.“⁵²⁵

Entgegen seiner Ankündigung vom November 1919 bemerkte Kelsen im bereits genannten Schreiben vom 11. Januar 1920: „Infolge gewisser Neuerscheinungen und einiger anderer von mir nicht vorhergesehener Umstände waren eine Reihe von Ergänzungen nötig. Da dies – wie ich sicher glaube – beim zweiten Teil nicht der Fall sein wird, dürfte die Erweiterung des Gesamtumfangs nicht allzugroß sein.

⁵²⁰ Telegramm von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 3. November 1919.

⁵²¹ Vgl. Telegramm von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 3. November 1919.

⁵²² Die – mit Rücksicht auf die Farbe des Umschlages so genannten – „Grüne Hefte“ trugen offiziell den Titel „Neuigkeiten aus dem Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) und der H. Laupp'schen Buchhandlung“. Sie sind die Vorgänger des heutigen „Mohr Kurier“.

⁵²³ Vgl. Brief von Werner Siebeck an Hans Kelsen vom 30. Dezember 1919.

⁵²⁴ Vgl. Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 11. Januar 1920.

⁵²⁵ „Grüne Hefte“ (Neuigkeiten aus dem Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) und der H. Laupp'schen Buchhandlung) 1920, Nr. 1, S. 11f.

Selbstverständlich bin ich bereit, falls Sie es wünschen, ihnen bezüglich der Überschreitung von 20 Bogen in der Kostenfrage in jeder Weise entgegen zu kommen.⁵²⁶ Im selben Brief unterbreitete Kelsen Vorschläge für die Gestaltung des Titelblattes (genauer: der graphischen Gestaltung des Haupttitels), die aber vom Verlag nur zum Teil berücksichtigt wurden.⁵²⁷ Werner Siebeck bestätigte den Eingang der Revisionsbogen mit Brief vom 17. Januar 1920, stellte aber gleichzeitig fest: „Leider wird es nicht möglich sein, Ihnen die restlichen Fahnen zugehen zu lassen, solange nicht eine Reihe Bogen gedruckt ist, da der Druckerei die Typen ausgegangen sind. Ich bitte Sie daher, auch Ihrerseits freundlichst dafür zu sorgen, dass nach Versandt [sic] der neuen Revision möglichst bald einige Bogen gedruckt werden können.“⁵²⁸ Zeitgleich begann die Herstellung der Separatausgabe von Kelsens Abhandlung „Vom Wesen und Wert der Demokratie“⁵²⁹ im selben Verlag.

Im Blick auf Kelsens Buch „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ fragte der Verlag am 24. April 1920 an, ob der Verfasser ein Register wünsche. Für diesen Fall möge er doch das entsprechende Manuskript möglichst bald an den Verlag senden.⁵³⁰ Doch der Verfasser hielt ein Register nicht für nötig, wie er dem Verlag am 28. April mitteilte, erkundigte sich aber im nämlichen Brief, ob es „schon möglich ist, Rezensionsexemplare ins Ausland, speziell England, Holland, Amerika, Frankreich, Schweiz zu senden?“⁵³¹ Das wollte Werner Siebeck in Erfahrung bringen, wie er im Brief vom 4. Mai 1920 versicherte,⁵³² bevor er zu einer für Kelsen sicher unangenehmen Bemerkung ansetzte: „Nachdem Ihr Buch nahezu fertig ist, hat die Berechnung der Druckerei ergeben, dass die Korrekturkosten im ganzen Mk. 1300.– betragen. Von den 240 Korrekturstunden würden laut Vertrag ca 80 auf den Verlag entfallen. Ich möchte mir heute die höfliche Anfrage erlauben, ob Sie bereit wären, von den noch verbleibenden 160 Stunden einen Teil zu Ihren Lasten zu übernehmen.“ Die Hälfte der zusätzlichen Korrekturkosten zu bezahlen sicherte Kelsen am 15. Mai 1920 zu,⁵³³ womit sich der Verlag am 25. Mai einverstanden erklärte.⁵³⁴ Die Vorgänge präsentieren sich, ruft man sich die Entwicklungen im Rahmen der Drucklegung der „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ durch denselben Verlag rund neun Jahr zuvor ins Gedächtnis,

⁵²⁶ Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 11. Januar 1920.

⁵²⁷ Vgl. Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 11. Januar 1920.

⁵²⁸ Brief von Werner Siebeck an Hans Kelsen vom 17. Januar 1920.

⁵²⁹ Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen 1920.

⁵³⁰ Vgl. Brief der Prokuristen des J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Verlags, R. Wille und R. Pflug, an Hans Kelsen vom 24. April 1920.

⁵³¹ Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 28. April 1920.

⁵³² Brief von Werner Siebeck an Hans Kelsen vom 4. Mai 1920. In der Verlagskorrespondenz liegt diesem Brief als Anlage ein handgeschriebener Zettel bei, auf dem berechnet wurde, wie viele Korrekturstunden der Verlag und wieviel der Autor jeweils zu tragen haben. Unten auf dem Notizblatt wurde bei 155,5 Korrekturstunden auf Kosten des Autors vermerkt: „Damit ginge das Honorar drauf.“

⁵³³ Vgl. Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 15. Mai 1920.

⁵³⁴ Brief von Paul Siebeck an Hans Kelsen vom 25. Mai 1920.

wie ein Déjà-vu: Schon seinerzeit kam Kelsen mit den Korrekturen kaum hinterher; auch seinerzeit überschritt der vom Autor verursachte Korrekturaufwand bei Weitem das vertraglich vom Verlag zu tragende Maß; und auch schon damals einigten sich die Beteiligten auf eine hälftige Korrekturkostenteilung, die das Autorenhonorar mehr oder minder aufzehrte.⁵³⁵

Neben den zehn Freiemplaren an seine Wiener Adresse, deren Eingang Kelsen mit Brief vom 10. Juli 1920 bestätigte, standen dem Autor weitere 10 Freiemplare zu, die der Verlag auf Kosten des Verfassers an folgende Empfänger senden sollte: Prof. Dr. Hugo Krabbe (1857–1936) in Groningen (Holland), Prof. Dr. Leonard Nelson (1882–1927) in Göttingen, in Berlin Prof. Dr. Rudolf Stammler (1856–1938), Prof. Dr. Heinrich Triepel (1868–1946), Prof. Dr. Erich Kaufmann (1880–1972) und Staatssekretär a.D. Dr. Hugo Preuß (1860–1925), Prof. Dr. Walter Jellinek (1885–1955) in Kiel, Prof. Dr. Franz Weyr (1879–1951) in Brünn, Prof. Dr. Otfried Nippold (1864–1938) in Zürich und schließlich Prof. Dr. Philipp Zorn (1850–1928) in Bonn. Dass der Versand durch die Nachwirkungen des Kriegsgeschehens beeinträchtigt wurde, schilderte der Verlag in seinem Brief an Kelsen vom 14. Juli 1920: „Gegenwärtig kann man sich ja nicht so wie in Friedenszeiten auf die Beförderung durch die Post verlassen.“⁵³⁶ Eine andere Folge des Krieges war die Inflation: So berichtete Kelsen im Brief vom 20. August 1920, dass sein Buch in Wien zu einem Preis von über 300 Kronen verkauft werde⁵³⁷ – was Werner Siebeck mit einem „erschreckend“ kommentierte und die Befürchtung äusserte, „dass sich dies nicht so bald ändern wird.“⁵³⁸ Der Verkaufspreis in Deutschland betrug, wie erwähnt, 28 Mark zuzüglich 50 % Teuerungszuschlag.⁵³⁹

Im Brief vom 20. August 1920⁵⁴⁰ bat Kelsen den Verlag, zwei Rezensionsexemplare nach Italien zu senden, nämlich einmal an Prof. Alessandro Bonucci (1883–1925) in Perugia für die 1920 erst gegründete und von Bonucci herausgegebene Zeitschrift „Rivista trimestrale di studi filosofici e religiosi“ sowie an Prof. Giuseppe Meloni (1885–?) in Camerino für die Zeitschrift „Rivista di Diritto Pubblico e della Pubblica Amministrazione in Italia e Giurisprudenza Amministrativa esposta sistematicamente“. Eine Besprechung eines Kelsenschen Werkes ist allerdings in keiner der beiden Zeitschriften publiziert worden.

Bis zum 31. Mai 1921 waren nach einer verlagsinternen Absatzberechnung bei einer Auflage von „1000 + 50“ erst 141 Exemplare verkauft und 47 Frei- und Rezensionsexemplare versandt; der Absatz sollte sich indes in den kommenden Jahren steigern. Am 14. Juli 1924 erkundigte sich Kelsen, wie viele Exemplare des

⁵³⁵ Vgl. Editorischer Bericht „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“, in: HKW 2, S. 881–913 (901f.).

⁵³⁶ Brief von [vermutlich] Oskar Siebeck an Hans Kelsen vom 14. Juli 1920.

⁵³⁷ Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 20. August 1920.

⁵³⁸ Brief von Werner Siebeck an Hans Kelsen vom 26. August 1920.

⁵³⁹ Vgl. Börsenblatt für den Deutschen Buchhandel 87 (1920), Nr. 124 vom 9. Juni 1920, S. 6402.

⁵⁴⁰ Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 20. August 1920.

Buches inzwischen abgesetzt worden seien.⁵⁴¹ Der Verlag antwortete zehn Tage später, dass 769 Bücher verkauft worden seien und die Frage nach einer Neuauflage zu bedenken wäre.⁵⁴² Nach einer Absatzaufstellung des Verlages vom 13. Dezember 1924 wurden insgesamt 801 Exemplare der Auflage von 1000 Stück verkauft. Im Brief vom 5. Mai 1926 erfragt Kelsen beim Verlag aufs Neue die Absatzzahlen und greift die Überlegung zu einer Neuauflage auf, ja er schlägt vor, „ob nicht an Stelle einer zweiten Auflage des ‚soziologischen und juristischen Staatsbegriff‘⁵⁴³ und der – vermutlich auch bald fälligen 2. Auflage des ‚Problem der Souveränität‘ nicht ein beide Bücher umfassendes und beide neu bearbeitendes Werk erscheinen könnte“.⁵⁴⁴ Diese Idee nahm der Verlag mit Freude auf, kam der Vorschlag doch den Plänen des Verlages sehr entgegen, wie Oskar Siebeck an Kelsen zwei Wochen später schrieb und ein persönliches Treffen in Wien in Aussicht stellte:

„[...] ich habe bestimmt vor, im September zu den Tagungen des Vereins für Sozialpolitik und der Deutschen Gesellschaft für Soziologie nach Wien zu kommen. Bei dieser Gelegenheit hatte ich schon immer vor, Ihnen Vorschläge zu unterbreiten, die auf etwas ganz Ähnliches hinauslaufen wie Ihre Absichten für die Neubearbeitung Ihrer Bücher über den Staatsbegriff und das Problem der Souveränität. Mir schwebt vor, dass diese sämtlichen Schriften, die zufällig fast um dieselbe Zeit in erster Auflage vergriffen sein werden – vom ‚Problem der Souveränität‘ sind noch 96 Exemplare vorrätig – zu einem oder zwei Bänden im ungefähren Umfange der ‚Hauptprobleme‘ zusammengestellt werden könnten. Ähnlich wie die Tröeltsch’schen ‚Soziallehren‘⁵⁴⁵ wären dann die ‚Hauptprobleme‘ ein erster, die übrigen Schriften ein 2. und eventuell 3. Band ‚Gesammelter Schriften zum allgemeinen Staatsrecht‘.“⁵⁴⁶

Realisiert wurde diese Ausgabe allerdings nicht, obwohl im Brief des Verlages vom 16. Oktober 1926 von dieser Trilogie noch die Rede war und Kelsen auch im August 1927 noch einmal formulierte, dass er an dem Vorhaben festhalte,⁵⁴⁷ allerdings „dürfte die Durchführung – durch meine Naturrechtsarbeit⁵⁴⁸ verzögert –

⁵⁴¹ Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 14. Juli 1924.

⁵⁴² Brief von Richard Wille, Mitarbeiter des Verlages J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), an Hans Kelsen vom 24. Juli 1924.

⁵⁴³ *Hans Kelsen*, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, 2., photomechan. gedr. Aufl., Tübingen 1928, VIII, 253 S.

⁵⁴⁴ Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 5. Mai 1926.

⁵⁴⁵ *Ernst Troeltsch*, *Die Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppen* (=Gesammelte Schriften, Bd. 1), Tübingen 1912. Die „Soziallehren“ bilden den ersten, rund 1000 Seiten (XVI und 994 S.) umfassenden Band von insgesamt vier Bänden „Gesammelte Schriften“ des bedeutenden protestantischen Theologen und Kulturphilosophen Ernst Troeltsch (1865–1923), die allesamt im Jahre 1912 bei J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) in Tübingen verlegt wurden.

⁵⁴⁶ Brief von Oskar Siebeck an Hans Kelsen vom 18. Mai 1926.

⁵⁴⁷ Noch im Brief vom 24. April 1930 an den Verlag unterstreicht Kelsen, „daß ich meine Absicht, die beiden Werke: Soz. u. jur. Staatsbegr. u. ‚Problem d Souveränität‘ zu einem neuen Buch umzuarbeiten, keineswegs aufgegeben habe“; (Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 24. April 1930).

⁵⁴⁸ Gemeint sein dürfte: *Hans Kelsen*, *Die Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Berlin-Charlottenburg 1928; vgl. außerdem *Hans Kelsen*, *Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses*, in: *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* 2 (1928), S. 71–91.

noch etwas auf sich warten lassen. Aus diesem Grunde möchte ich Ihnen neuerlich den Vorschlag machen, von jedem der beiden Bücher einen anastatischen Neudruck zu veranstalten.⁵⁴⁹ Die Notwendigkeit eines Neudruckes ergab sich auch aus der Absatzstatistik vom Stand Ende August 1927: von 1000 Exemplaren der „Souveränität“ waren 980 verkauft, so dass der Verlag bereit war, „so schnell als möglich“ die Neudrucke zu veranstalten, und zwar – so der Vorschlag des Verlags – in einer Auflagenhöhe von 800 Stück.⁵⁵⁰ Letztlich wurde ein unveränderter Neudruck mit 500 Exemplaren vereinbart.⁵⁵¹ Die weitere Korrespondenz zwischen Verlag und Autor in diesem Jahr, bezogen auf die Neuauflage der „Souveränität“, konzentrierte sich auf die Frage des Vorworts. Kelsen ging auf den Vorschlag des Verlags, eine neue Vorrede zu verfassen und die Vorrede zur ersten Auflage in der 2. Auflage wegzulassen,⁵⁵² nur insoweit ein, als er ein neues Vorwort schrieb, den Verlag aber bat, auch in der 2. Auflage die Vorrede zur 1. Auflage wieder abzudrucken, „da sie sehr wesentliche Gesichtspunkte entwickelt“⁵⁵³ – ein Wunsch, den Kelsen gut vier Wochen später noch einmal deutlich unterstrich.⁵⁵⁴ Die Neuauflage mit den beiden Vorreden erschien 1928. Die „Souveränität“ spielt in der Verlagskorrespondenz mit Kelsen vor dem Zweiten Weltkrieg nur noch einmal eine Rolle: im Januar 1938 bittet der Autor, der Verlag möge ihm zwei Exemplare an seine Genfer Adresse zusenden – ein Wunsch, der sofort erfüllt wurde.⁵⁵⁵

Über 20 Jahre später nahm der Verlag mit Kelsen, der seit 1940 in den Vereinigten Staaten lebte, den Kontakt wieder auf, da der Verlag Scientia in Aalen beim Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) um eine Nachdrucklizenz zu Kelsens „Souveränität“ ansuchte. Dieser Bitte entsprach Kelsen mit Schreiben vom 3. April 1959. Der Nachdruck erschien bei Scientia im Sommer 1960, ein weiterer im Jahr 1981.

2. Duktus

Grundmelodie und Grundduktus, genauer: Anliegen und Motivation, Ausgangspunkt und Erkenntnisziel von „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ sind in dem Einführungsbeitrag von Paul Silverman⁵⁵⁶ detailliert nachgezeichnet. Die nachfolgenden Ausführungen seien daher auf einige wenige Ergänzungen und Unterstreichungen begrenzt.

⁵⁴⁹ Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 16. August 1927.

⁵⁵⁰ Brief von A. Heilbrunner für Oskar Siebeck an Hans Kelsen vom 7. September 1927 mit der Anlage: „Absatzzahlen der Werke von Hans Kelsen bis einschließlich 31. August 1926“ (sic).

⁵⁵¹ Brief von A. Heilbrunner für Oskar Siebeck an Hans Kelsen vom 21. September 1927.

⁵⁵² Vgl. Brief von Oskar Siebeck an Hans Kelsen vom 19. Oktober 1927.

⁵⁵³ Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 13. November 1927.

⁵⁵⁴ Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 16. Dezember 1927.

⁵⁵⁵ Vgl. Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 3. Januar 1938 und Brief des Verlags an Hans Kelsen vom 4. Januar 1938.

⁵⁵⁶ Paul Silverman, *Sovereignty as a Juristic Assumption and as a Focal Point of Political Commitment*, in: HKW 4, S. 237–248; Paul Silverman, *Souveränität als juristische Annahme und als Blickfang des politischen Bekenntnisses*, in: HKW 4, S. 249–262.

a) Das „Problem der Souveränität“ im Gesamtwerk Kelsens

„Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ nimmt in Kelsens Gesamtœuvre einen herausragenden Platz ein und lässt sich in ihm gleich mehrfach als richtungweisende Publikation verorten:

Zunächst einmal gehört das Werk, welches Kelsens erste (zugleich) dem Völkerrecht gewidmete Schrift ist, neben den „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ (1911), der „Allgemeine Staatslehre“ (1925), den beiden (deutschsprachigen) Auflagen der „Reine Rechtslehre“ (1934 und 1960) sowie der postum erschienenen „Allgemeine Theorie der Normen“ (1979) zweifellos zu den sechs rechtstheoretischen Hauptschriften Kelsens.

Sodann bildet die Schrift gemeinsam mit den „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ (1911) und „Der soziologische und der juristische Staatsbegriff“ (1922) gleichsam eine durch identischen Zugriff, Anspruch und Durchführung, man könnte auch sagen: durch eine gemeinsame „Erkennungsmelodie“ ausgezeichnete Trilogie in der Formationsphase der Reinen Rechtslehre: Alle drei Werke widmen sich monographisch *einem* zentralen Thema der Allgemeinen Rechtslehre, präsentieren also kein – ein Gesamtgebiet systematisch erschließendes – Lehrgebäude (wie namentlich die „Allgemeine Staatslehre“, sämtliche Varianten der „Reine Rechtslehre“ oder auch die „Allgemeine Theorie der Normen“), sondern fokussieren sich darauf, zuvor ungekannte – um nicht zu sagen: grundstürzend neue – Sicht- und Bewertungsweisen für herausgehobene rechtliche Einzelphänomene in Abgrenzung und Ablehnung zu den überkommenen Zugängen und Doktrinen zu entwickeln. In allen dreien bedient sich Kelsen des von ihm besonders „bevorzugten kontradiktorischen Verfahrens“, welches „zum großen Teil durch einen dialogischen Charakter meines Erkennens bedingt ist, bei dem sich die Gedanken am liebsten und leichtesten an ihrem Widerpart emporranken“.⁵⁵⁷ In einem imposanten Defilee lässt Kelsen in jeder der drei Monografien die in der Staats(- und Völker)rechtslehre seiner Zeit vorherrschenden Auffassungen Stellung annehmen, um anschließend Meinung für Meinung einer minutiöschonungslosen „Revision der methodologischen Grundlagen“⁵⁵⁸ zu unterziehen und dabei aufzudecken, dass keine von ihnen den Ansprüchen an eine metaphysikfreie, methodenbewusste, moderne Wissenschaft vom Recht zu genügen vermag. Wenngleich er dabei die von ihm kritisierte Auffassung jeweils durch Zitate oder Paraphrasen möglichst authentisch zu Wort kommen lässt, geht es ihm doch nicht eigentlich um die Einzelmeinung oder gar die hinter ihr stehende Person, sondern um das Typische, Charakteristische und Symptomatische an „Lehrmei-

⁵⁵⁷ Beide Zitate: *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 513), S. XI f. = HKW 2, S. 21–878 (59).

⁵⁵⁸ Zur Charakterisierung seines Untersuchungsstils und -interesses wählt Kelsen im Vorwort der ersten Auflage der „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ die Wendung von der „Revision der methodologischen Grundlagen“: *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 513), S. III = HKW 2, S. 21–878 (51).

nungen und ihren Methoden“.⁵⁵⁹ Eine wichtige Folge des von Kelsen gewählten „kontradiktorischen Verfahrens“ ist, dass der Gedankengang der Untersuchungen von den Wegen der vorherrschenden Auffassungen bestimmt und gelenkt wird und davon, dass Kelsen diese als Sackgassen oder Scheinwege auszuweisen beabsichtigt; an einer zusammenhängenden, über die Dekonstruktion und Kritik der herrschenden Jurisprudenz hinausgehenden Darstellung der eigenen Lösungswege fehlt es regelmäßig – keine der Monografien ist mit einer Zusammenfassung, bei der die eigene Meinung im Vordergrund steht, versehen –, so dass man in Bezug auf Kelsens eigenen Problemlösungsansatz nicht selten darauf verwiesen ist, diesen ex negativo zu erschließen oder aber aus Einzelaussagen zusammenzupuzzeln. – Mit diesen drei Schriften demonstriert Kelsen *pari passu et in praxi*, wie er sich eine Jurisprudenz vorstellt, die „aus ihrer ungesunden [ergänze: disziplinären] Isolierung“ befreit ist und „als vollwertiges Glied im Wissenschaftssystem“ die ihr gebührende Rolle wahrnimmt.⁵⁶⁰

Schließlich markiert „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ – zusammen mit der genannten Monographie zum soziologischen und juristischen Staatsbegriff aus dem Jahre 1922 – das Ende der ersten großen Gründungs- und Konsolidierungsphase der Reinen Rechtslehre: Mit diesen beiden Abhandlungen, die im Übrigen mit einem ähnlichen Gliederungsschema arbeiten – insgesamt nur drei Gliederungsebenen, bestehend aus (1) Teilen, (2) fortlaufend nummerierten Kapiteln und (3) durchnummerierten Paragraphen –, kommt eine Entwicklung zu einem vorläufigen Abschluss, in deren Verlauf sämtliche Grundbausteine entdeckt und herausgearbeitet worden sind, die das zwar im Ganzen revolutionäre, aber gleichwohl noch einer statischen Rechtskonzeption verhaftete Konzept der „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ in das um die Rechtsdynamik bereicherte Konzept der Reinen Rechtslehre transformieren⁵⁶¹ – mag auch die

⁵⁵⁹ Zitat: *Kelsen*, Souveränität (Anm. 491), S. VII = HKW 4, S. 235–572 (268); als Beispiele dieses Vorgehens mögen genannt sein: *Kelsen*, Souveränität (Anm. 491), S. 197, 199f. sowie 234 = HKW 4, S. 235–572 (456, 458f. sowie 492f.).

⁵⁶⁰ Beide Wendungen: *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz, 2. Aufl., Tübingen 1923, S. V–XXIII (XXIII).

⁵⁶¹ Mehr noch als der „Soziologische und juristische Staatsbegriff“ ist das „Problem der Souveränität“ nachgerade eine Fundgrube für eine Vielzahl von Stehsätzen der Reinen Rechtslehre, die hier entweder überhaupt erstmals formuliert oder aber doch wenigstens erstmalig in der später kanonisierten Form verwendet werden. Aus der Fülle seien nur wenige Beispiele herausgegriffen (im Klammerzusatz ist jeweils die Originalseite und darauf folgend die entsprechende HKW-Seite angegeben): (1) „Jede Verordnung, jede Entscheidung und Verfügung ist zugleich Rechtsanwendung wie Rechtserzeugung.“ (24 = HKW 4, S. 295) – (2) die Grundnorm wird charakterisiert als „vorausgesetzte Ursprungsnorm“, „Ursprungsrechtssatz“, „Verfassung im rechtslogischen Sinne“, „Ur-Rechtssatz“, „juristische Ursprungshypothese“, „*principium individuationis*“, „Grundnorm“, „Grund-Satz“ (VI, 25, 26, 29, 32f. Anm. 1 (33), 93, 94 Anm. 1, 97f. Anm. 1 (97), 105–107, 115 Anm. 1, 118f. Anm. 1 (118), 137 u. ö. = HKW 4, S. 266, 296, 297, 300, 302–304 Anm. 1 (303), 360, 360 Anm. 1, 362–364 Anm. 1 (362), 369–371, 378 Anm. 1, 381f. Anm. 1 (381), 400 u. ö.). – (3) Das Sein (z. B. von Gesetzesbeschlüssen, Gerichtsurteilen oder Verfügungen) ist „nur die *conditio sine qua non*, nicht aber die *conditio per quam* für das rechtliche Sollen der gültigen Normen“ (S. 97f. Anm. 1 (98) = HKW 4, S. 362–394 Anm. 1 (363); ähnlich VI = HKW 4,

Zusammenführung aller Elemente in einer systematischen Gesamtdarstellung der erst 1925 erscheinenden „Allgemeine Staatslehre“ vorbehalten sein. Dass beide Bücher gewissermaßen wie zwei Hälften eines Ganzen gelesen werden können, kommt auch darin zum Ausdruck, dass Kelsen noch Mitte der Zwanziger Jahre die – letztlich nicht realisierte – Absicht hegte, das „Problem der Souveränität“ und den „Soziologischen und juristischen Staatsbegriff“ in „einem beide Bücher umfassenden und beide neu bearbeitenden Werk“ aufgehen zu lassen.⁵⁶² – Wie zentral und prägend „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ für diese (Trans-)Formationsphase des Kelsenschen Gedankengebäudes ist, erhellt aus der Stellung, die ihr Kelsen in seiner sozusagen authentischen Interpretation der Entwicklung von der Erstauflage der „Hauptprobleme“ anno 1911 bis zur Zweitaufgabe derselben im Jahre 1923 zuweist: Keine Schrift dieser Zwischenphase nennt er in der berühmten Vorrede zur Zweitaufgabe der „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ häufiger – nämlich, je nach Zählweise, 6 bzw. 7 Male⁵⁶³ – und keiner Schrift weist er mehr Raum und Bedeutung in Bezug auf „die wichtigsten Fortschritte meiner Einsicht in die von diesem Werke [sc. die ‚Hauptprobleme der Staatsrechtslehre‘] behandelten Probleme“⁵⁶⁴ (dazu sogleich b).

S. 267). – (4) Zu dem (später von ihm selbst unternommenen!) Versuch, die Wirksamkeit von Recht zur Bedingung seiner Geltung zu erheben, bemerkt Kelsen: „Gänzlich verfehlt ist daher, wenn immer wieder versucht wird, in den Begriff des Rechtes selbst die regelmäßige Wirksamkeit seiner Normen aufzunehmen. Der schwere methodologische Fehler, der in einem solchen Versuche liegt, ist der, daß das ‚Recht‘, dessen Soll-Geltung in Betracht kommt und das allein der systematischen Rechtswissenschaft gegeben ist, und jenes ‚Recht‘, von dem eine Seins-Wirkung ausgesagt werden kann, logisch zwei verschiedene Gegenstände sind.“ (S. 100 = HKW 4, S. 365) – (5) „[D]er Grund für die Geltung von Normen [kann] immer wieder nur eine Norm sein“ (S. 105, s. a. 50 = HKW 4, S. 370, s. a. 319). – (6) „Juristisch ist Geltung und Existenz identisch; nur in der Geltung besteht die Existenz.“ (S. 225, s. a. 137 und 293 = HKW 4, S. 484, s. a. 399 und 547) – (7) Auf den Vorwurf, einen logizistischen Rechtsbegriff zu propagieren, erwidert Kelsen: „Ich habe niemals versucht, den Staat in logische Syllogismen einzuschließen. Der Syllogismus gehört zur Technik der Interpretation, mit der sich meine Theorie bisher gar nicht beschäftigt hat. Wohl aber fasse ich den Staat als Normen-, d. i. als Rechtsstaat auf, weil eine andere Auffassung – zumindest vom juristischen Standpunkte – mit der durch die juristische Betrachtung gegebenen Voraussetzung unvereinbar ist. ‚Juristisch‘ kann man nur Recht – und sonst *nichts* – erkennen. Dann aber leugne ich, daß praktisches Bedürfnis und formale Logik miteinander im Kampfe liegen können. Logik ist die Sphäre des Denkens, praktisches Bedürfnis das Gebiet des Wollens und Handelns. Wer unlogisch denkt, dürfte kaum seine Bedürfnisse praktisch befriedigen können. Schließlich: Von Dogmen, Abstraktionen, Imaginationen, Fiktionen, Phantasiegebilden, Janusgesichtern ist nicht das Recht – dieses ist eine Summe von Normen menschlichen Verhaltens – sondern ist die *Rechtswissenschaft* voll, die – ebenso wie die primitive Naturbetrachtung – in dem Bestreben, den Erkenntnisstoff zu meistern, gedanklich zu beherrschen, zu einem Gefangenen der eigenen Denkbefehle wird und in der von ihr selbst angerichteten Wirrnis nicht mehr aus noch ein weiß.“ (S. 181 Anm. 2 = HKW 4, S. 441 f. Anm. 2 (441 f.))

⁵⁶² Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 5. Mai 1926.

⁵⁶³ Vgl. *Kelsen, Hauptprobleme*² (Anm. 560), S. V–XXIII (XII, XVIII f. [2–3 Male], XX, XXI, XXIII); näher dazu nachfolgend b).

⁵⁶⁴ *Kelsen, Hauptprobleme*² (Anm. 560), S. V.

b) Ein zentraler „Beitrag zu einer reinen Rechtslehre“

Es ist wohl kaum als Zufall zu qualifizieren, dass die Be- und Kennzeichnung des eigenen Ansatzes als „reine Rechtslehre“ erstmals – und zwar prominent im Untertitel – in „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ aufscheinen.⁵⁶⁵ Auch der Auftaktsatz der Vorrede versteht und unterstreicht die nun gefundene (Selbst-)Kennzeichnung als wissenschaftliche (Selbst-)Verpflichtung:

„Die Arbeit an einer *reinen*, insbesondere von soziologisch-psychologischen und politischen Elementen gereinigten Rechtstheorie, die ich in meinen 1911 erschienenen ‚Hauptproblemen der Staatsrechtslehre‘ begonnen und seither in verschiedenen Abhandlungen fortgesetzt habe, führe ich in den vorliegenden Untersuchungen an ein Problem heran, dessen Behandlung in der herrschenden Lehre ganz besonders geeignet ist, deren Reformbedürftigkeit zu beweisen.“⁵⁶⁶

Darin drückt sich (wenigstens) zweierlei aus: zum einen, dass nunmehr – sprich: im Jahre 1920 – hinreichend Bausteine beieinander und Baugesetze formuliert sind, dass das daraus konstruierte Gedankengebäude bereits als selbständige „Rechtslehre“ charakterisiert werden und firmieren kann, und zum anderen, dass wesentliche Elemente zu diesem Prozess von ebendieser Schrift beigesteuert werden. Kelsen bezieht sich, wie soeben erwähnt, an rund einem halben Dutzend Stellen *expressis verbis* auf „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“, um die entscheidenden Entwicklungsschritte der Reinen Rechtslehre in der Phase zwischen Erscheinen der Erst- und Erscheinen der Zweitauflage der „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ zu belegen: Er nennt die Studie zur Souveränität im Zusammenhang (1) mit der „Theorie der primären und sekundären Rechtssätze“,⁵⁶⁷ (2) mit der „erkenntnistheoretischen Vertiefung“, die er, Kelsen, insbesondere durch Hermann Cohens (1842–1918) Kant-Interpretation gewonnen habe,⁵⁶⁸ (3) mit der „für das Verhältnis von Staat und Recht überaus wichtigen Lösung des Problems eines einheitlichen Personenbegriffs“,⁵⁶⁹ (4) mit

⁵⁶⁵ In etwa zeitgleich rekurriert Kelsen in der Buchbesprechung des Werkes von Norbert Wurmbrand „Die rechtliche Stellung Bosniens und der Herzegowina“ (1918) im Zusammenhang mit seinem Wissenschaftsideal auf die „Reinheits“-Vokabel; den Begriff der „reinen Rechtslehre“ verwendet er hier indes (noch) nicht. Dazu näher Editorischer Bericht „Buchbesprechung Wurmbrand“, in: HKW 4, S. 628–636 (unter II., S. 633–636).

⁵⁶⁶ *Kelsen*, Souveränität (Anm. 491), S. III = HKW 4, S. 235–572 (264). Im Weiteren spricht er von der „nur auf die wesentlichen *rechtslogischen* Relationen gerichteten Erkenntnis einer reinen Rechtslehre“ (*Kelsen*, Souveränität (Anm. 491), S. 258 = HKW 4, S. 235–572 (516); synonym verwendet er den Begriff der „reinen Rechtstheorie“ (*Kelsen*, Souveränität (Anm. 491), S. 249 sowie 275 = HKW 4, S. 235–572 (507 sowie 531)) sowie der „reinen Theorie des Rechts“ (*Kelsen*, Souveränität (Anm. 491), S. 243 = HKW 4, S. 235–572 (501)). Zur Kennzeichnung des eigenen Ansatzes spricht er von der „Rückführung [sc. der Rechtsgebilde] auf die einfachen und reinen Relationen des Rechtssatzes“ (*Kelsen*, Souveränität (Anm. 491), S. IV = HKW 4, S. 235–572 (265)) sowie von den „reinen rechtslogischen Relationen“ (*Kelsen*, Souveränität (Anm. 491), S. 228 = HKW 4, S. 235–572 (487)).

⁵⁶⁷ *Kelsen*, Hauptprobleme² (Anm. 560), S. XII.

⁵⁶⁸ Zwei Zitate: *Kelsen*, Hauptprobleme² (Anm. 560), S. XVIII f.

⁵⁶⁹ *Kelsen*, Hauptprobleme² (Anm. 560), S. XVIII f., Wendung: XVIII – ohne die Hervorhebung im Original.

der Aufdeckung, dass es sich bei der Theorie der Selbstverpflichtung des Staates um eine „Scheinlösung eines Scheinproblems“ handle,⁵⁷⁰ (5) mit der „vollständigen Ueberwindung der sogenannten ‚Zwei-Seiten-Theorie‘“ des Staates und der „vollen Trennung der normativen von der Kausalerkenntnis“,⁵⁷¹ (6) mit der Erkenntnis, dass das Staatsgebiet (bzw. die Gebietshoheit) nichts anderes als der „örtliche Geltungsbereich der die staatliche Ordnung bildenden Rechtsnormen“ sei,⁵⁷² und schließlich (7) mit der Einsicht, dass es „die notwendige Konsequenz der Einheit des Standpunktes juristischer Erkenntnis“ sei, internationales und nationales Recht als von einer Gesamtrechtsordnung umgriffen zu konzeptionalisieren.⁵⁷³

Kelsen verbucht zwar im Jahre 1923 minutiös die Fortschritte und Entwicklungen, die sich seit der Gründungsschrift der neuen, nämlich „Reinen“ Rechtslehre vollzogen haben. Aber er wird nicht müde zu betonen, dass die erzielten Erkenntnisfortschritte in Richtung auf ein seinen methodologisch-wissenschaftstheoretischen Vorstellungen entsprechendes, geschlossenes juridisches Weltbild namens „Reine Rechtslehre“ keineswegs nur eigene sind: In der Vorrede zur Zweitaufgabe der „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“, die sich auf die Entwicklung der Jahre 1911 bis 1923 bezieht, würdigt Kelsen namentlich die Beiträge von Franz Weyr,⁵⁷⁴ Felix Kaufmann (1895–1949) und Fritz Schreier (1897–1981),⁵⁷⁵ Alfred Verdroß (1890–1980),⁵⁷⁶ Leonidas Pitamic (1885–1971),⁵⁷⁷ Adolf Julius Merkl (1890–1970),⁵⁷⁸ Walter Henrich (1888–1955),⁵⁷⁹ Fritz Sander (1889–1939)⁵⁸⁰ sowie Josef L. Kunz (1890–1970)⁵⁸¹ zu jener Art von Rechtswissenschaft, die er fortan „Reine Rechtslehre“ nennen wird. Dabei sind die angesprochenen Beiträge zur Herausbildung einer Reinen Rechtslehre teils Kritiken und Korrekturen der bisherigen, von Kelsen – als dem unbestrittenen intellektuellen Kopf dieser Wissenschaftsbewegung – unternommenen Erklärungs- und Konstruktionsversuche, teils aber auch blickweitende Ergänzungen und zu nicht geringen Teilen beides.⁵⁸² Kelsen profitiert von den unterschiedlichen juristischen Interessenschwerpunkten (wie Völkerrecht und Verwaltungsrecht, Normen- und Geltungstheorie, Erkenntnistheorie und Erkenntniskritik, Logik und Phänomenologie usf.) und vielfältigen wissenschaftlichen Begabungen seines geistigen

⁵⁷⁰ Kelsen, Hauptprobleme² (Anm. 560), S. XIX.

⁵⁷¹ Zwei Zitate: Kelsen, Hauptprobleme² (Anm. 560), S. XIXf. – ohne die Hervorhebung im Original.

⁵⁷² Kelsen, Hauptprobleme² (Anm. 560), S. XXI – ohne die Hervorhebung im Original.

⁵⁷³ Kelsen, Hauptprobleme² (Anm. 560), S. XXIII.

⁵⁷⁴ Vgl. Kelsen, Hauptprobleme² (Anm. 560), S. VIII f.

⁵⁷⁵ Zu Kaufmann und Schreier: Vgl. Kelsen, Hauptprobleme² (Anm. 560), S. X und XII.

⁵⁷⁶ Vgl. Kelsen, Hauptprobleme² (Anm. 560), S. XV.

⁵⁷⁷ Vgl. Kelsen, Hauptprobleme² (Anm. 560), S. XV.

⁵⁷⁸ Vgl. Kelsen, Hauptprobleme² (Anm. 560), S. XV.

⁵⁷⁹ Vgl. Kelsen, Hauptprobleme² (Anm. 560), S. XXI.

⁵⁸⁰ Vgl. Kelsen, Hauptprobleme² (Anm. 560), S. XXI f.

⁵⁸¹ Vgl. Kelsen, Hauptprobleme² (Anm. 560), S. XXIII.

⁵⁸² In diesem Sinne deutlich Kelsen, Souveränität (Anm. 491), S. VII = HKW 4, S. 235–572 (268).

Weggefährten Weyr und seines wissenschaftlich außerordentlich rührigen und produktiven Wiener Schülerkreises und verschmilzt deren Entdeckungen mit den eigenen Vorstellungen zu einem neuen Ganzen. Just die Wiener Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre als Forscherformation können als ebenso leuchtendes wie seltenes Beispiel einer geglückten Synergie in der Jurisprudenz gelten. Kelsens im Schlussabsatz der Vorrede zur Zweitaufgabe der „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ getätigte Aussage: „Die reine Rechtstheorie, zu der die ‚Hauptprobleme‘ einen Grundstein legen durften, ist das gemeinsame Werk eines stetig sich erweiternden Kreises theoretisch gleich gerichteter Männer.“⁵⁸³ darf denn auch gestrotzt zum Nennwert genommen werden.⁵⁸⁴

c) Die „Einheit juristischer Erkenntnis“⁵⁸⁵ als Paradigma

Kelsens „Beitrag zu einer reinen Rechtslehre“ fühlt sich in gleicher Weise und aus gleichem Grunde wie der namensgebenden „Reinheit“ der Betrachtungsweise deren *Einheit* verpflichtet; beide, Reinheit wie Einheit, verhalten sich denn auch, bei Lichte besehen, zueinander wie die zwei Seiten derselben Medaille.⁵⁸⁶ Dass „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ ein zuvörderst der Einheit – Einheit in vielfältigen Bedeutungsräumen – gewidmetes Buch ist, erhellt bereits aus einer einfachen quantitativen Textanalyse: ganze 132 Male verwendet Kelsen den Begriff „Einheit“, 27 Male Komposita wie „Einheitspostulat“, „Einheitsbeziehung“, „Einheitsbezug“ und „Einheitsfunktion“, davon in dem Absicht und Richtung der Erörterungen offenlegenden und insofern haupttextentschlüsselnden Vorwort neun („Einheit“) plus eins („Einheits“-Kompositum) Male. Auch darf noch einmal an die Charakterisierung erinnert werden, die Kelsen seinem Werk in den vom Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) herausgegebenen „Grüne Hefte“ angedeihen lässt; der letzte der drei Absätze unterstreicht den Einheitsgedanken:

„Von der grundsätzlichen *Einheit alles Rechtes* ausgehend versucht das Werk einen juristischen Standpunkt zu gewinnen, von dem aus auch Staats- und Völkerrecht als Einheit begriffen werden können und stellt so eine *organische Verbindung* der bisher sehr zum Schaden der Rechtserkenntnis in gegenseitiger Isolierung entwickelten System *der Staatsrechtslehre und Völkerrechtstheorie* her.“⁵⁸⁷

⁵⁸³ Kelsen, Hauptprobleme² (Anm. 560), S. XXIII.

⁵⁸⁴ Ein beeindruckendes (wenn auch nicht vollständiges, weil namentlich Franz Weyr und die zwei Hauptschüler Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross bewusst ausklammerndes) Panorama liefert der biographisch angelegte Sammelband: Robert Walter / Clemens Jabloner / Klaus Zeleny (Hrsg.), Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre, Wien 2008 (zur Erklärung der Aussparung der drei Vorgenannten: Robert Walter / Clemens Jabloner / Klaus Zeleny, Einleitung, in: Robert Walter / Clemens Jabloner / Klaus Zeleny (Hrsg.), Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre, Wien 2008, S. 1–23 (2f.)).

⁵⁸⁵ Kelsen, Souveränität (Anm. 491), S. III = HKW 4, S. 235–572 (264).

⁵⁸⁶ So spricht Kelsen denn auch selbstverständlich von seinem „Wege zur Einheit und Reinheit“: Kelsen, Souveränität (Anm. 491), S. IV = HKW 4, S. 265.

⁵⁸⁷ „Grüne Hefte“ (Neuigkeiten aus dem Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) und der H. Lapp'schen Buchhandlung) 1920, Nr. 1, S. 11 f. (12).

Just die bedeutendsten rechtstheoretischen Erkenntnisse des „Problem der Souveränität“ legen Einheit frei, wo nach traditionellem Verständnis Pluralität und Differenz, Dichotomie und Dualismus herrschten: die Einheit von Staat und Recht(sordnung), die Einheit von Völkerrecht und Staatsrecht in einem beide umfassenden System, die Einheit(lichkeit) des Begriffes der juristischen Person als „die Personifikation eines Komplexes menschliches Verhalten statuierender Normen“,⁵⁸⁸ um nur die wichtigsten zu nennen. Das auffallend gehäufte Auftreten von Einheits-Phänomenen ist keineswegs eine zufällige Koinzidenz. Vielmehr ist es Ausdruck wie Folge des von Kelsen so genannten „Einheitspostulats“,⁵⁸⁹ dem er „logisch-erkenntnistheoretischen Charakter“⁵⁹⁰ zuschreibt. Unmissverständlich formuliert Kelsen diesen gleichsam dreistufigen Zusammenhang von Einheit(sbezug) juristischer Phänomene–Einheit juristischer Erkenntnis–Einheit der Erkenntnis überhaupt. Zunächst heißt es zu Beginn der Vorrede:

„Die Untersuchung des Verhältnisses zwischen beiden Normensystemen [sc. Völkerrecht und staatliches Recht] bildet den Hauptgegenstand dieser Arbeit, die Erkenntnis der notwendigen Einheit beider [Stufe 1] ihr wichtigstes Ergebnis.

Diese Einheit aber wird hier nur zum Ausdruck für die Einheit juristischer Erkenntnis überhaupt [Stufe 2], die [...] nichts anderes zu ihrem Gegenstande haben kann als Rechtsnormen, und die in der Erzeugung eines einheitlichen Systems von Rechtssätzen ihre Aufgabe als Wissenschaft erfüllt.“⁵⁹¹

Zum Konnex von Erkenntnistheorie und Rechtstheorie ergänzt er:

„Denn das Postulat der Einheit der Erkenntnis [Stufe 3] gilt unbeschränkt auch für die normative Ebene und findet hier seinen Ausdruck in der Einheit und Ausschließlichkeit des als gültig vorausgesetzten Normensystemes [Stufe 1], was gleichbedeutend mit der notwendigen Einheit des Betrachtungs-, Bewertungs- oder Deutungsstandpunktes ist [Stufe 2].“⁵⁹²

Weil das Was der Erkenntnis, das *objectum quod*, vom Wie der Erkenntnis, dem *objectum quo*, abhängt, lässt sich nur vermittels einer „reinen“, nämlich: einer methodenreinen oder auch stets methodenidentischen Rechtslehre die vom Standpunkt der Wissenschaftlichkeit aus „notwendige Einheit des Betrachtungs-, Bewertungs- oder Deutungsstandpunktes“ bewerkstelligen und durchhalten. Anders gewendet: Unterschiedliche Phänomene setzen, sollen sie in eine Relation zueinander treten, mit Rücksicht darauf, dass „jede ‚Beziehung‘ [...] eben ein Einheitsbezug [ist]“,⁵⁹³ ein gemeinsames, also einheitliches Validations- und Attributions-system voraus.

⁵⁸⁸ Wendung: *Kelsen*, Hauptprobleme² (Anm. 560), S. XVIII – in diesem Kontext verweist Kelsen auf „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“.

⁵⁸⁹ *Kelsen*, Souveränität (Anm. 491), S. IV = HKW 4, S. 235–572 (265).

⁵⁹⁰ *Kelsen*, Souveränität (Anm. 491), S. 152 Anm. 1 = HKW 4, S. 235–572 (413 Anm. 1).

⁵⁹¹ *Kelsen*, Souveränität (Anm. 491), S. III = HKW 4, S. 235–572 (264f.).

⁵⁹² *Kelsen*, Souveränität (Anm. 491), S. 105 = HKW 4, S. 235–572 (369) – Hervorhebung nicht übernommen.

⁵⁹³ *Kelsen*, Souveränität (Anm. 491), S. 104 = HKW 4, S. 235–572 (369).

Damit ist auch schon Kelsens „reformatorisches“⁵⁹⁴ Programm „[a]uf dem Wege zur Einheit und Reinheit“⁵⁹⁵ und in Gestalt des Kampfes gegen Methodensynkretismen und Anthropomorphismen, Hypostasierungen und Fiktionen in der überkommenen Rechtswissenschaft formuliert:

„Wenn man sich des Einheitspostulates im Bereiche der Rechtswissenschaft heute noch nicht genügend bewußt ist, so mag das nicht zuletzt darauf zurückzuführen sein, daß der Blick des Rechtstheoretikers ebensowohl von dem eigentlichen Gegenstand seiner Erkenntnis: der Rechtsnorm, in andere Erkenntnisgebiete abgelenkt, wie von Hypostasierungen und Scheinprobleme erzeugenden Fiktionen getrübt, durch diesen Schleier zu seinem ursprünglichen Objekt gar nicht durchdringen kann, das ihm das Bedürfnis nach Veranschaulichung, Denkgewohnheit und Denkbequemlichkeit verhüllen. Gespenstern gleich stellen sich zu selbständigen Wesenheiten verdichtete Metaphern, als Realitäten gesetzte Denkbehelfe der juristischen Erkenntnis in den Weg und verhindern sie, als Einheit zu erfassen, was nur ein für Wirklichkeit gehaltener Schein trennt. Der Kampf gegen die rechtstheoretische Fiktion wird [...] auch in der vorliegenden Arbeit geführt. Es handelt sich mir durchwegs um die Auflösung der im Denken des Juristen erstarrten, verdinglichten Rechtsgebilde, um ihre Rückführung auf die einfachen und reinen Relationen des Rechtssatzes.“⁵⁹⁶

Pointiert: Die Jurisprudenz ist „in demselben Maße Wissenschaft [...], als sie dem Postulate der Einheit ihrer Erkenntnis genügt, als es ihr gelingt, alles Recht als ein einheitliches System zu begreifen.“⁵⁹⁷

d) Zeitgenössische Rezeption

Wiewohl Kelsens Monographie in den ersten beiden Jahren nach ihrem Erscheinen mehrere Rezensionen erfuhr,⁵⁹⁸ löste sie doch nicht die – ob ihrer Thesen: – an

⁵⁹⁴ Vgl. *Kelsen*, Souveränität (Anm. 491), S. VI = HKW 4, S. 235–572 (268).

⁵⁹⁵ *Kelsen*, *Kelsen*, Souveränität (Anm. 491), S. IV = HKW 4, S. 235–572 (265).

⁵⁹⁶ *Kelsen*, Souveränität (Anm. 491), S. IV = HKW 4, S. 235–572 (265).

⁵⁹⁷ *Kelsen*, Souveränität (Anm. 491), S. 152 = HKW 4, S. 235–572 (413). Entsprechend *Kelsen*, Souveränität (Anm. 491), S. 187 = HKW 4, S. 235–572 (447): die „alle rechtswissenschaftliche Erkenntnis ermöglichende Einheit des Betrachtungsstandpunkts“.

⁵⁹⁸ Vgl. insbesondere *Dr. B.*, [Buchbesprechung:] Dr. Hans Kelsen, „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes“. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. Tübingen, Verlag von J. C. B. Mohr, in: Neue Freie Presse Nr. 21200 vom 7. Oktober 1923, Morgenblatt, S. 34; *Eduard His*, [Buchbesprechung:] Kelsen, Hans (Prof. in Wien): Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. Tübingen, (J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)), 1920, in: Zeitschrift für schweizerisches Recht 62 (1921), S. 400–403; *Adolf Julius Merkl*, Neue Wege der Rechtswissenschaft. Zu Hans Kelsens Rechtstheorie, in: Schweizerische Juristen-Zeitung 18 (1921/1922), S. 303–307; *Adolf Julius Merkl*, Hans Kelsens System einer reinen Rechtslehre, in: Archiv des öffentlichen Rechts 41 (1921), S. 171–201; *Adolf Julius Merkl*, [Buchbesprechung:] Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. Von Dr. Hans Kelsen, o. ö. Professor an der Universität Wien. Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1920, 320 Seiten, in: Zeitschrift für Verwaltung 54 (1921), S. 34; *Adolf Julius Merkl*, [Buchbesprechung:] Kelsen, Hans, o. ö. Universitätsprofessor in Wien, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. Tübingen. 1920. Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 320 S., in: Kantstudien 27 (1922), S. 215–217; *Robert Redslob*, [Buchbesprechung:] Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre (Le problème de la souveraineté et la théorie du droit des gens. Contribution à une doctrine raisonnée du droit), par M. Hans Kelsen, professeur à l'Université de Vienne, 1 vol. in 8°, Tübingue, 1920, in: Revue Générale de Droit

sich fällige breite Debatte über die Konzeption der Souveränität einerseits und die Modellierung des Verhältnisses von Staatsrecht und Völkerrecht andererseits aus.

Gleichwohl darf nicht übersehen werden, dass sie noch in den Zwanziger Jahren von zwei der Hauptprotagonisten des sogenannten Weimarer Richtungs- und Methodenstreites eine kritisch-polemische Würdigung erfuhr: Carl Schmitt (1888–1985) wandte sich ihr bereits 1922 in der „Politische Theologie“ zu,⁵⁹⁹ Hermann Heller (1891–1933) fünf Jahre später, 1927, in seiner der Souveränität gewidmeten Schrift.⁶⁰⁰ Im Vergleich beider lässt Schmitt der Kelsenschen Lehre deutlich mehr Fairness und Gerechtigkeit widerfahren als Heller, dem nicht zu Unrecht nachgesagt wird, dass seine „Abgrenzung zum neukantianischen Positivismus Kelsens [...] von fast pathologischer Schärfe“ gewesen sei.⁶⁰¹ So liefert ersterer – bei aller Gegnerschaft in der Sache – eine verständnisbefördernde Kennzeichnung von Kelsens Lehre; klarsichtig erkennt er, dass die Zentralkategorie des „Problems der Souveränität“ „die Einheit des Erkenntnisstandpunktes“⁶⁰² markiert. Von seinem existenzialistisch-substantialistischen Standpunkt aus kann er selbstredend wenig mit Kelsens „monistischer Metaphysik“⁶⁰³ anfangen. Gleichwohl spricht er ihr nicht rundweg jeden Wert ab, sondern lässt Kelsens „methodologische Beschwörungen und Begriffsschärfungen und die scharfsinnige Kritik“ wenigstens „als Vorbereitung“ im „Antichambre“ der eigentlichen Rechtswissenschaft gelten.⁶⁰⁴ Schmitts Ergebnis: „Kelsen löst das Problem des Souveränitätsbegriffs dadurch, daß er es negiert.“ entgeht freilich die wesentliche Pointe des Kelsenschen Ansatzes, die keineswegs in der Negation „des selbständigen Problems der Rechtsverwirklichung“⁶⁰⁵ liegt. Ungleich aggressiver und polemischer als Schmitt – man könnte auch ohne große Übertreibung doppelsinnig formulieren: ohne jedes Ver-

International Public 28 (1921), S. 185–186; *Ludwig Spiegel*, Kelsens Rechtslehre, in: *Prager Juristische Zeitschrift* 1 (1921), Sp. 1–21; *Ernst Wolgast*, [Buchbesprechung:] Kelsen, Dr. Hans, o.ö. Prof. d. Rechte a.d. Universität Wien, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*. Tübingen 1920. J.C.B. Mohr. 320 S., in: *Weltwirtschaftliches Archiv* 18 (1922), S. 253–254.

⁵⁹⁹ *Carl Schmitt*, *Politische Theologie*. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, München und Leipzig 1922, S. 20–23.

⁶⁰⁰ *Hermann Heller*, *Die Souveränität*. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts, Berlin und Leipzig 1927, passim, bes. S. 21–23, 46 Anm. 1, 53–57, 63f., 90–96, 97, 101, 106–110 (hier auch Auseinandersetzung mit *Adolf Julius Merkl*, *Die Lehre von der Rechtskraft* entwickelt aus dem Rechtsbegriff, Leipzig und Wien 1923, sowie *Alfred Verdross*, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, Tübingen 1923), 115 Anm. 2 (zustimmend), 116f., 119f., 130–137 (auch Auseinandersetzung mit *Verdross*, *Einheit* (Anm. 600) und *Alfred Verdross*, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Wien 1926), 149f., 152f. (Rückverweis auf S. 130), 155f., 159, 176. Hellers Buch kann insgesamt als eine große Abrechnung mit der Lehre Kelsens gelesen werden.

⁶⁰¹ So *Michael Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 3: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914–1945, München 1999, S. 184.

⁶⁰² *Schmitt*, *Theologie* (Anm. 599), S. 22.

⁶⁰³ *Schmitt*, *Theologie* (Anm. 599), S. 22.

⁶⁰⁴ Drei Zitate: *Schmitt*, *Theologie* (Anm. 599), S. 23.

⁶⁰⁵ Beide Zitate: *Schmitt*, *Theologie* (Anm. 599), S. 23.

ständnis für die Überlegungen Kelsens – wendet sich Heller gegen „die Heimatlosigkeit des Souveränitätsbegriffs im System der ‚reinen Rechtslehre‘“. ⁶⁰⁶ Polemik gilt ihm – besonders ausgeprägt im Verhältnis zu Kelsen – als Argument, ein ernsthaftes Sicheinlassen auf die sowie ein substanzielles Erwägen der von Kelsen präsentierten Gedankengänge scheint ihm nicht möglich zu sein. Ausdruck wie Folge dessen ist die sarkastisch-präpotente Rechtfertigung, die Heller für die nahezu durchgängig in seiner „Souveränität“ erfolgende Bezugnahme auf die Auffassungen Kelsens gibt: „Wenn diese Arbeit auf Kelsens Lehre besonderen Bezug nimmt, so geschieht es nicht deshalb, weil das ebenso willkürliche, wie scharfsinnige Begriffslegespiel Kelsens ansonsten mit hilflosem Schweigen ignoriert würde, wie der tschechische Jurist Weyr (Prag. Jur. Ztg. 7, 79) mehr kühn als richtig behauptet; auch nicht deshalb, weil Kelsen die umfangreichste Monographie zu diesem Thema verfaßt hat, sondern allein, weil er die durch Laband inaugurierte Tendenz der herrschenden Lehre besonders konsequent, wenn auch besonders ergebnislos repräsentiert.“ ⁶⁰⁷

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte entsprechend den Editionsrichtlinien. ⁶⁰⁸ Das bereits im Erstdruck vorliegende Inhaltsverzeichnis wurde der Paginierung der HKW angepasst.

Der völkerrechtliche Strafanspruch wegen völkerrechtswidriger Kriegshandlungen (1920)

HKW 4, 573–575

I. Textkonstitution und Überlieferung

Der Beitrag erschien in der „Neuen Freien Presse“ Nr. 20127 vom 8. September 1920, Morgenblatt, S. 3–4. 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 31. Januar 1939. Im Zuge der nationalsozialistischen „Arisierungs“-Politik wurde sie mit dem 1893 gegründeten „Neuen Wiener Journal“ und dem 1867 gegründeten

⁶⁰⁶ Heller, *Souveränität* (Anm. 600), S. 21.

⁶⁰⁷ Heller, *Souveränität* (Anm. 600), S. 21 Anm. 2.

⁶⁰⁸ Vgl. oben S. 5–22.

„Neuen Wiener Tagblatt“ unter dem Namen des letzteren verschmolzen; das „Neue Wiener Tagblatt“ stellte sein Erscheinen am 7. April 1945 ein. 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 war der deutsch-österreichische Jurist und Journalist Max Friedländer (1829–1872), der Cousin von Ferdinand Lassalle (1825–1864). 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 verantwortlich. Die „Neue Freie Presse“ nimmt in der österreichischen Medienlandschaft eine singuläre Stellung ein. Von Beginn an vertrat sie als repräsentatives Blatt den bürgerlichen 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 die Zeitung sicherlich auch entsprechende Honorare an ihre Autoren zahlen, was angesichts von Kelsens finanziell angespannter Situation in der Zeit vor seinem beruflichen Aufstieg nicht außer Betracht gelassen werden darf. Neben Kelsen waren prominente Verfasser für die „Neue Freie Presse“ beispielsweise Eduard Hanslick (1825–1904), Theodor Herzl (1860–1904), Hugo von Hofmannsthal (1874–1929), Felix Salten (1869–1945), Arthur Schnitzler (1862–1931) und Stefan Zweig (1881–1942). Karl Marx' (1818–1883) 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 allein 80 bis 100 Auslandskorrespondenten. 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.

Kelsen hat in der „Neue Freie Presse“ in den Jahren 1913 bis zu seinem Weggang aus Wien im Jahre 1930 insgesamt rund zweieinhalb Dutzend Beiträge veröffentlicht.⁶⁰⁹ An Kelsens populärwissenschaftlichen Artikeln zu aktuellen verfas-

⁶⁰⁹ 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 Verwaltungskommis-

sungsrechtlichen und verfassungspolitischen Fragestellungen in der „österreichischen Times“ der Jahre 1918–1930 lässt sich dessen Aufstieg zu einem „public intellectual“ der Ersten Republik ablesen. In nicht weniger als achtzehn dem

sion 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 = HKW 4, S. 51–58; *Hans Kelsen*, Die Verfassungsnovelle, in: Neue Freie Presse Nr. 19513 vom 20. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 3–4 = HKW 4, S. 59–67; *Hans Kelsen*, Zum Bundesverfassungsentwurf des Tiroler Landtages, in: Neue Freie Presse Nr. 19889 vom 10. Januar 1920, Morgenblatt, S. 2, und 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, und 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 = HKW 4, S. 573–575; *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, und 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, und 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 und 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, und 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*, Geschwornengericht 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

Staatsrecht der Republik gewidmeten Beiträgen bringt Kelsen der breiten Öffentlichkeit Wesen und Wert, Werden und Reform von Verfassungsrecht näher und offenbart darin ein für ihn charakteristisches, demokratisch-politisches Grundverständnis der Verfassung: dass sie nämlich – unbeschadet ihres Rechtscharakters (den Kelsen zu betonen nicht müde wird) – nicht als Exklusivangelegenheit mehr oder minder öffentlichkeitsentrückter Juristenzirkel und politisch Mächtiger betrachtet werden darf, sondern dass die Verfassung als Grundordnung des Gemeinwesens im Wortsinne eine *res publica*, eine Sache der Öffentlichkeit, eine Angelegenheit aller ist. In diesen knapp zwölf Jahren von Ende 1918 bis Mitte 1930 sind es mehr als seine fachwissenschaftlichen Publikationen und erst recht mehr als seine bahnbrechenden Arbeiten auf dem Gebiet der Rechtstheorie – neben Kelsens Wirken als ständiger Referent am Verfassungsgerichtshof – seine tagesaktuellen Verfassungsfragen gewidmeten Publikationen, die ihm öffentliche Bedeutung und Aufmerksamkeit sichern – und ihn ins Visier seiner politischen Gegner geraten lassen, die mit der sogenannten „Dispensehen-Affäre“ einen Vorwand haben, nicht nur den missliebigen Verfassungsgerichtshof umzugestalten, sondern zugleich auch das unbequeme VfGH-Mitglied Kelsen zu bekämpfen.

Sonstige Textträger wie Autographe, Typoskripte oder Fahnen sind nicht (mehr) vorhanden. Der Artikel wurde bisher weder nachgedruckt noch in eine andere Sprache übersetzt.

II. Entstehung und Duktus

Es handelt sich hier indessen nicht um einen tages- oder verfassungspolitisch wichtigen Beitrag, sondern lediglich um eine rund 3300 Zeichen (inkl. Leerzeichen) umfassende Buchanzeige. Kelsen erläutert die rechtliche Problemstellung und die dazu passende Lösung der kurz zuvor unter dem Titel „Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung und der Strafanspruch der Staaten“ (Berlin 1920) erschienenen Monographie seines Schülers Alfred Verdross (1890–1980). Kelsen beschränkt sich, neben wenigen kontextualisierenden Hinweisen, im Wesentlichen darauf, Verdross' Auffassung wiederzugeben.

Nr. 23 222 vom 9. Mai 1929, Morgenblatt, S. 3; *Hans Kelsen*, Der Drang zur Verfassungsreform. Eine Folge der politischen Machtverschiebung, in: Neue Freie Presse Nr. 23 370 vom 6. Oktober 1929, Morgenblatt, S. 6–7; *Hans Kelsen*, Die Grundzüge der Verfassungsreform. Umgestaltung der Gesetzgebung, in: Neue Freie Presse Nr. 23 384 vom 20. Oktober 1929, Morgenblatt, S. 6; *Hans Kelsen*, Die Grundzüge der Verfassungsreform. Die Rechte des Bundespräsidenten, in: Neue Freie Presse Nr. 23 394 vom 30. Oktober 1929, Morgenblatt, S. 2–3.

III. Editorische Bearbeitung

Die editorische Bearbeitung erfolgte nach Maßgabe der Editionsrichtlinien.⁶¹⁰ 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}).

⁶¹⁰ Vgl. oben S. 5–22.

Abkürzungen und Siglen

1. Abkürzungen

(die nur von Kelsen verwendeten Abkürzungen sind *kursiv* gestellt)

§	Paragraph
§§	Paragraphen
<i>a. a. O.</i>	am angegebenen Ort
<i>abgegeb.</i>	abgegebene
Abs	Absatz (Österreich)
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
a. D.	außer Dienst
Ah.	Allerhöchst
al.	alinéa (Frankreich)
al.	alinea (Italien)
altgr.	altgriechisch
Anal. post	Analytica posteriora (Aristoteles)
Anm.	Anmerkung
a. o.	außerordentlich
a. ö.	außerordentlich öffentlich
Art	Artikel (Österreich)
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung (Schweiz)
Aufl.	Auflage
AVA	Allgemeines Verwaltungsarchiv
AZ	Arbeiterzeitung
Bd.	Band
Bde.	Bände
bearb.	bearbeitet
<i>betr.</i>	betreffend
bzw.	beziehungsweise
<i>bezw.</i>	beziehungsweise
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz (Österreich)
c.	chapter (Großbritannien)
cl.	clause (Vereinigte Staaten)
D.	Digesten
<i>dgl.</i>	dergleichen
d. h.	das heißt
<i>d. i.</i>	das ist
<i>d. s.</i>	das sind
dt.	deutsch

ed.	edition, editor
Edw. VII	King Edward VII (Großbritannien)
e. g.	exempli gratia
epist.	epistula
<i>erhalt.</i>	erhaltene
esp.	especially
<i>etz.</i>	et cetera
ev.-luth.	evangelisch-lutherisch
f.	folgende
<i>ff.</i>	fortfolgende
fol.	folium
frz.	französisch
gedr.	gedruckt
Henr. VI	King Henry VI (Großbritannien)
HKW	Hans Kelsen Werke
HHStA	Haus-, Hof- und Staatsarchiv
Hrsg.	Herausgeber
i.Br.	im Breisgau
idF	in der Fassung (Österreich)
i. d. F.	in der Fassung
i. e.	id est
i.f.	in fine
<i>Imp. Rom. Germ.</i>	Imperium Romanum [Nationis] Germanicae
Imp.R.G.	Imperium Romanum [Nationis] Germanicae
insb.	insbesondere
i.S.v.	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit (Österreich)
<i>Jhg.</i>	Jahrgang
JBl	Juristische Blätter
JGS	Justizgesetzsammlung (Österreich)
Kap.	Kapitel
k. k.	kaiserlich-königlich
k. u. k.	kaiserlich und königlich
lat.	latein
LGBL	Landesgesetzblatt (Österreich)
lit	litera (Österreich)
MA	Massachusetts
MEGA	Karl Marx Friedrich Engels Gesamtausgabe
MerkI-GS	<i>Dorothea Mayer-Maly/Herbert Schambeck/Wolf-Dietrich Grußmann</i> (Hrsg.), Adolf Julius Merkl Gesammelte Schriften
MEW	Karl Marx Friedrich Engels Werke
MWG	Max Weber Gesamtausgabe
N.F.	Neue Folge
N.N.	nomen nescio
Nr.	Nummer
Núm.	Número (Argentinien)
NV	Nationalversammlung
o.	ordentlich
op. cit.	opere citato
ord.	ordentlich

o. ö.	ordentlich-öffentlich
<i>österr.</i>	österreichisch
ÖZÖR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht
para.	paragraph
Pol.	Politik (Aristoteles)
Prag. Jur. Ztg.	Prager Juristische Zeitung
pr.	primus
ProvNV	Provisorische Nationalversammlung
PS	Problem der Souveränität (Kelsen)
<i>resp.</i>	respektive
RGBL	Reichsgesetzblatt (Österreich)
RGBL.	Reichsgesetzblatt
<i>R.G.Bl.</i>	Reichsgesetzblatt
russ.	russisch
S.	Seite
s.	siehe
s. a.	siehe auch
sc.	scilicet
SDAP	Sozialdemokratische Arbeiterpartei
sog.	sogenannt
<i>sogen.</i>	sogenannt
Sp.	Spalte
SPÖ	Sozialistische / Sozialdemokratische Partei Österreichs
St.	saint
StGBL	Staatsgesetzblatt (Österreich)
<i>St.G.Bl.</i>	Staatsgesetzblatt
StGG	Staatsgrundgesetz
StProt	Stenographisches Protokoll
U	Umschlagsseite
u. a.	und andere
u. ö.	und öfters
usf.	und so fort
usw.	und so weiter
<i>u.s.w.</i>	und so weiter
tit.	titulierter
trans.	translated
u.d.T.	unter dem Titel
Vict.	Queen Victoria (Großbritannien)
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
vol.	volume
Z	Ziffer (Österreich)
Z.	Ziffer
z. B.	zum Beispiel
ZGB	Zivilgesetzbuch (Schweiz)
ZöR	Zeitschrift für öffentliches Recht

2. Siglen

]]	Lemma-Kennzeichnung im textkritischen Apparat
« »	Kennzeichnung einer Referenzstelle im textkritischen Apparat
F	Fahne
F*	nicht überlieferte, d. h. erschlossene Fahne
n. e.	nicht ermittelt
n. ü.	nicht (autoptisch) überprüft
T	Typoskript
WRS	<i>Hans Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck</i> (Hrsg.), <i>Die Wiener rechtstheoretische Schule</i> , Wien u. a. 1968

Quellennachweis der Abbildungen

Adam Oestreicher, New York: Frontispiz
Österreichisches Staatsarchiv, Wien: Faksimile der Typographen auf Seiten 117, 138

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 werden die in den editorischen Personenerläuterungen genannten „wichtigen Werke“ sowie die in den Editorischen Berichten geführten Sammelnachweise aller von Kelsen in einer Zeitschrift, einer Zeitung oder bei einem Verlag publizierten Schriften.

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 solches 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.

(4) Werke, die nur in früheren Textstufen erwähnt wurden, werden mit einem typographischen Kreuz † versehen aufgeführt.

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.

Das Proportional(wahl)system (1918/1919)

Bernatzik, Edmund, Das System der Proportionalwahl, in: [Schmollers] Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich 17 (1893), S. 394–426

Cahn, Ernst, Das Verhältniswahlssystem in den modernen Kulturstaaten. Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung, Berlin 1909

°*Fleischer, Georg*, Österreichische Wahlreform. Vortrag gehalten im Verein „Wahlreform“ am 11. Oktober 1928, Wien 1929

Geyerhahn, Siegfried, Das Problem der verhältnismäßigen Vertretung. Ein Versuch seiner Lösung, Tübingen und Leipzig 1902

°*Gollwitzer, Heinz* (Hrsg.), Deutsche Reichstagsakten unter Maximilian I., Bd. 6: Reichstage von Lindau, Worms und Freiburg 1496–1498, Göttingen 1979

**Hare, Thomas*, A Treatise on the Election of Representatives, Parliamentary and Municipal, London 1859

- °Kelsen, Hans, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925
- °Kelsen, Hans, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91
- °Kelsen, Hans, Das ideale Wahlrecht. Unter Beibehaltung der Vorzüge der Verhältniswahl muß die Wahl von Männern des Vertrauens ermöglicht werden, in: Prager Tagblatt Nr. 274 vom 23. November 1929, S. 1
- °Kelsen, Hans, Das Problem des Parlamentarismus, Wien und Leipzig 1925
- °Kelsen, Hans, Der Anschluß, in: Neues Wiener Tagblatt Nr. 13 vom 18. Januar 1919, S. 2 = HKW 4, S. 97–100
- °Kelsen, Hans, Der Proporz im Wahlordnungsentwurf, in: Neue Freie Presse Nr. 19494 vom 1. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 3–4 = HKW 4, S. 51–58
- °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, Die proportionale Einerwahl, in: Neue Leipziger Zeitung Nr. 12 vom 12. Januar 1930, S. 1–2, und Nr. 14 vom 14. Januar 1930, S. 12
- °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 Verfassung Deutschösterreichs, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechtes der Gegenwart 9 (1920), S. 245–290
- °Kelsen, Hans, Die Verfassung Oesterreichs, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 11 (1922), S. 232–274
- °Kelsen, Hans, Die Verfassung Oesterreichs, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 12 (1923/1924), S. 126–161
- °Kelsen, Hans, Die Verfassung Oesterreichs, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 15 (1927), S. 51–103
- °Kelsen, Hans, Die Verfassung Österreichs, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 18 (1930), S. 130–185
- °Kelsen, Hans, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen, Teil 2: Wahlordnung, Verfassungsnovelle, Wien und Leipzig 1919 = HKW 5, S. 130–255
- °Kelsen, Hans, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen, Teil 3, Wien und Leipzig 1919 = HKW 5, S. 256–437
- °Kelsen, Hans, Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen, Teil 4, Wien und Leipzig 1920 = HKW 5, S. 438–608
- Kelsen, Hans, Ein einfaches Proportionalwahlsystem, in: Arbeiter-Zeitung Nr. 321 vom 24. November 1918, Morgenblatt, S. 2–3 = HKW 4, S. 75–82
- °Kelsen, Hans, Ein freiheitliches Wahlverfahren. Deutschland vor neuen Aufgaben, in: Frankfurter Zeitung Nr. 527 vom 18. Juli 1930, Morgenblatt, S. 5–6
- °Kelsen, Hans, General Theory of Law and State, Cambridge, M.A., 1945
- °Kelsen, Hans, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911 = HKW 2, S. 21–878
- °Kelsen, Hans, Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1907, RGBl. Nr. 17), Wien 1907 = HKW 1, S. 332–544
- °Kelsen, Hans, Österreichisches Staatsrecht. Ein Grundriss entwicklungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen 1923
- °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*, [Verhältniswahlrecht. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 4. Dezember 1918], in: Gerichtshalle 63 (1919), S. 27–28 = HKW 4, S. 169–174
- ° *Kelsen, Hans*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 47 (1920/1921), S. 50–85
- ° *Kelsen, Hans*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl., Tübingen 1929, S. 58–64
- ° *Kelsen, Hans*, [Vom Wesen und Werte der Demokratie. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 5. November 1919], in: Gerichtshalle 63 (1919), S. 292–294, 304–308 = HKW 4, S. 175–198
- ° *Kelsen, Hans*, Wahlreform, in: Das Tagebuch 11 (1930), S. 1414–1420
- ° *Kelsen, Hans*, [Wesen und Wert der Demokratie. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 5. November 1919], in: Juristische Blätter 48 (1919), S. 378–380 = HKW 4, S. 199–208
- ° *Kelsen, Hans/Froehlich, Georg/Merkel, Adolf Julius* (Hrsg.), Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920. Mit Anhängen: I. Die derzeit geltenden Bundesverfassungsgesetze samt Nebengesetzen. II. Materialien zur Bundesverfassung, Wien und Leipzig 1922
- Klöti, Emil*, Die Proportionalwahl in der Schweiz. Geschichte, Darstellung und Kritik, Bern 1901
- Kunwald, Gottfried*, Über den eigentlichen Grundgedanken des proportionalen Wahlsystems, Wien 1906
- * *Naumann, Friedrich*, Das Kulturwahlrecht, in: Süddeutsche Monatshefte 5 (1908), Bd. 1, S. 340–346
- ° *Olascoaga, Laurentino*, Instituciones políticas de Mendoza, Bd. 1, La Paz 1919
- Pappenheim, Wilhelm*, Ein Vorschlag zur Lösung des Problems der Verhältniss- und Minoritätenvertretung, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 42 (1886), S. 288–296
- Preuß, Hugo*, Wahlen ohne Wahlkreise, in: Frankfurter Zeitung Nr. 228 vom 19. August 1917, Zweites Morgenblatt, S. 1–2
- Rosin, Heinrich*, Minoritätenvertretung und Proportionalwahlen. Ein Überblick über deren Systeme, Verbreitung, Begründung, Berlin 1982
- * *Rousseau, Jean-Jacques*, Du contrat social; ou principes du droit politique, Amsterdam 1762
- Springer, Rudolf* (Pseudonym von Karl Renner), Mehrheits- oder Volksvertretung? Zur Aufklärung der intellektuellen und industriellen Klassen über ihr Interesse an einer Wahlreform, sowie über Wesen, Arten und Bedeutung der Proportionalwahl. Nach einem in einer Gesellschaft Wiener Fabrier gehaltenen Vortrage, Wien und Leipzig 1904
- ° *Strejcek, Gerhard*, Das Wahlrecht der Ersten Republik. Analyse der Wahlrechtentwicklung 1918–1934 mit der Wahlordnung zur konstituierenden Nationalversammlung und Nebengesetzen, Wien 2009
- ° *Strejcek, Gerhard*, Hans Kelsen als Wahlrechtsexperte, 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. 231–248
- ° *Walter, Robert*, Hans Kelsen als Verfassungsrichter, Wien 2005
- [*Weiss, Franz Xaver*], [Auszüge aus dem Bericht von *Franz X. Weiss* über das Proportionalwahlrecht], in: Bericht über die Tätigkeit des statistischen Seminars an der k.k. Universität in Wien im Wintersemester 1905/06, in: Statistische Monatsschrift 11 (1906) S. 721–782 (768–773)

Der Proporz im Wahlordnungsentwurf (1918)

- ° *Grussmann, Wolf-Dietrich*, Adolf Julius Merkl. Leben und Werk, Wien 1989
- ° *Kelsen, Hans*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91
- Kelsen, Hans*, Das Proportional(wahl)system, in: Der österreichische Volkswirt 11 (1918/1919), S. 115–118, 133–136, 147–151 = HKW 4, S. 25–50
- ° *Kelsen, Hans*, Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen, Teil 2: Wahlordnung, Verfassungsnovelle, Wien und Leipzig 1919 = HKW 5, S. 130–255
- ° *Kelsen, Hans*, Ein einfaches Proportionalwahlsystem, in: Arbeiter-Zeitung Nr. 321 vom 24. November 1918, Morgenblatt, S. 2–3 = HKW 4, S. 75–82
- ° *Kelsen, Hans*, [Verhältniswahlrecht. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 4. Dezember 1918], in: Gerichtshalle 63 (1919), S. 27–28 = HKW 4, S. 169–174
- Schiff, Walter*, Über die zweckmäßige Form des Proportionalwahlrechtes, in: Neue Freie Presse Nr. 19490 vom 27. November 1918, Morgenblatt, S. 1–2
- ° *Strejcek, Gerhard*, Das Wahlrecht der Ersten Republik. Analyse der Wahlrechtsentwicklung 1918–1934 mit der Wahlordnung zur konstituierenden Nationalversammlung und Nebengesetzen, Wien 2009

Die Verfassungsnovelle (1918)

- ° *Kelsen, Hans*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91
- ° *Kelsen, Hans*, Der Proporz im Wahlordnungsentwurf, in: Neue Freie Presse Nr. 19494 vom 1. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 3–4 = HKW 4, S. 51–58
- ° *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 Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen, Teil 1, Wien und Leipzig 1919 = HKW 5, S. 24–129
- ° *Kelsen, Hans*, Österreichisches Staatsrecht. Ein Grundriss entwicklungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen 1923
- ° *Öhlinger, Theo*, Der Bundesstaat zwischen Reiner Rechtslehre und Verfassungsrealität, Wien 1976
- ° *Olechowski, Thomas*, Der Beitrag Hans Kelsens zur österreichischen Bundesverfassung, 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. 211–230
- ° *Schmitz, Georg*, Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung, Wien 1981

Die verfassungsrechtliche Stellung des Staatskanzlers (1918)

- °Kelsen, Hans, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91
- °Kelsen, Hans, Die Verfassungsnovelle, in: Neue Freie Presse Nr. 19513 vom 20. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 3–4 = HKW 4, S. 59–67
- °Kelsen, Hans, Österreichisches Staatsrecht. Ein Grundriss entwicklungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen 1923
- °Olechowski, Thomas, Der Beitrag Hans Kelsens zur österreichischen Bundesverfassung, 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. 211–230
- °Pelinka, Peter/Scheuch, Manfred, 100 Jahre AZ, Wien und Zürich 1989
- °Schmitz, Georg, Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung, Wien 1981

Ein einfaches Proportionalwahlsystem (1918)

- °Kelsen, Hans, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91
- *Kelsen, Hans, Das Proportional(wahl)system, in: Der österreichische Volkswirt 11 (1918/1919), S. 115–118, 133–136, 147–151 = HKW 4, S. 25–50
- °Kelsen, Hans, Der Proporz im Wahlordnungsentwurf, in: Neue Freie Presse Nr. 19494 vom 1. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 3–4 = HKW 4, S. 51–58
- °Kelsen, Hans, Die verfassungsrechtliche Stellung des Staatskanzlers, in: Arbeiter-Zeitung Nr. 354 vom 28. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 2 = HKW 4, S. 69–74
- °Kelsen, Hans, [Verhältniswahlrecht. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 4. Dezember 1918], in: Gerichtshalle 63 (1919), S. 27–28 = HKW 4, S. 169–174
- °Geyerhahn, Siegfried, Das Problem der verhältnismäßigen Vertretung. Ein Versuch seiner Lösung, Tübingen und Leipzig 1902
- *N.N., Wie sollen wir wählen?, in: Arbeiter-Zeitung Nr. 317 vom 20. November 1918, Morgenblatt, S. 1
- °Pelinka, Peter/Scheuch, Manfred, 100 Jahre AZ, Wien und Zürich 1989

Buchbesprechung: Rudolf Laun, Zur Nationalitätenfrage, Haag 1917 (1918)

- °Kelsen, Hans, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91
- °Kelsen, Hans, Ein einfaches Proportionalwahlsystem, in: Arbeiter-Zeitung Nr. 321 vom 24. November 1918, Morgenblatt, S. 2–3 = HKW 4, S. 75–82
- °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. 580–585 = HKW 4, S. 87–96
- Lammasch, Heinrich, Eine internationale Anerkennung für das österreichische Nationalitätenrecht, in: Die Zeit (Wien) Nr. 5283 vom 10. Juni 1917, Morgenblatt, S. 3–4

Laun, Rudolf, Zur Nationalitätenfrage, Haag 1917

°*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

Buchbesprechung: *Norbert Wurmbrand*, Die rechtliche Stellung Bosniens, und der Herzegowina, Leipzig und Wien 1915 (1918)

°*Bernatzik, Edmund* (Hrsg.), Die österreichischen Verfassungsgesetze, 2. Aufl., Wien 1911

°*Kelsen, Hans*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91

°*Kelsen, Hans*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen 1920

°*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 = HKW 4, S. 83–85

°*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

°*Wurmbrand, Norbert*, Der österreichische bundesstaatliche Finanzausgleich des Jahres 1922 und seine staatsrechtliche Bedeutung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1923), S. 628–683

Wurmbrand, Norbert, Die rechtliche Stellung Bosniens und der Herzegowina, Wien und Leipzig 1915

Der Anschluß (1919)

**Kelsen, Hans*, Das Proportional(wahl)system, in: Der österreichische Volkswirt 11 (1918/1919), S. 115–118, 133–136, 147–151 = HKW 4, S. 25–50

**Kelsen, Hans*, Der Proporz im Wahlordnungsentwurf, in: Neue Freie Presse Nr. 19494 vom 1. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 3–4 = HKW 4, S. 51–58

**Kelsen, Hans*, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen, Teil 1, Wien und Leipzig 1919 = HKW 5, S. 24–129

**Kelsen, Hans*, Ein einfaches Proportionalwahlsystem, in: Arbeiter-Zeitung Nr. 321 vom 24. November 1918, Morgenblatt, S. 2–3 = HKW 4, S. 75–82

°*Kelsen, Hans*, Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, Wien 1928

°*Kelsen, Hans*, [Verhältniswahlrecht. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 4. Dezember 1918], in: Gerichtshalle 63 (1919), S. 27–28 = HKW 4, S. 169–174

N.N., Der Anschluß, in: Neues Wiener Tagblatt Nr. 10 vom 11. Januar 1919, S. 1–2

Renner, Karl, Zum Geleite, in: Hans Kelsen, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen, Teil 1, Wien und Leipzig 1919, S. III–IV = HKW 5, S. 24–129 (26f.)

- **Springer, Rudolf* (Pseudonym von Karl Renner), Mehrheits- oder Volksvertretung? Zur Aufklärung der intellektuellen und industriellen Klassen über ihr Interesse an einer Wahlreform, sowie über Wesen, Arten und Bedeutung der Proportionalwahl. Nach einem in einer Gesellschaft Wiener Fabier gehaltenen Vortrage, Wien und Leipzig 1904

Die Organisation der vollziehenden Gewalt Deutschösterreichs nach der Gesetzgebung der konstituierenden Nationalversammlung (1919/1920)

- °*Kelsen, Hans*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91
- °*Kelsen, Hans*, Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 98–122 = HKW 4, S. 115–146
- °*Kelsen, Hans*, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen, Teil 1, Wien und Leipzig 1919 = HKW 5, S. 24–129
- °*Kelsen, Hans*, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen, Teil 2: Wahlordnung, Verfassungsnovelle, Wien und Leipzig 1919 = HKW 5, S. 130–255
- °*Kelsen, Hans*, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen, Teil 3, Wien und Leipzig 1919 = HKW 5, S. 256–437
- °*Kelsen, Hans*, Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen, Teil 4, Wien und Leipzig 1920 = HKW 5, S. 438–608
- °*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 = HKW 4, S. 153–167
- °[*Kelsen, Hans*], Edmund Bernatzik, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), Heft 1/2, S. VII–IX = HKW 4, S. 149–152
- °*Merkel, Adolf Julius*, Die Verfassung der Republik Deutschösterreich. Ein kritisch-systematischer Grundriß, Wien 1919
- **Naumann, Friedrich*, Das Kulturwahlrecht, in: Süddeutsche Monatshefte 5 (1908), Bd. 1, S. 340–346
- **Rousseau, Jean-Jacques*, Du contrat social; ou principes du droit politique, Amsterdam 1762
- °*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
- °*Stourzh, Gerald*, Hans Kelsen, die österreichische Bundesverfassung und die rechtsstaatliche Demokratie, in: Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion. Referate und Diskussion auf dem zu Ehren des 100. Geburtstages von Hans Kelsen von 22. bis 27. September 1981 abgehaltenen Internationalen Symposium, Wien 1982, S. 7–29
- °*Weber, Max*, Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland. Zur politischen Kritik des Beamtentums und Parteiwesens, München und Leipzig 1918 = MWG, Abt. I, Bd. 15, Tübingen 1984, S. 421–596
- °*Weber, Max*, Politik als Beruf, München und Leipzig 1919 = MWG, Abt. I, Bd. 17, Tübingen 1992, S. 156–252

Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs (1919/1920)

- ° *Bernatzik, Edmund*, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Verwaltungsrechtliche Studien, Wien 1886
- ° *Enderle-Burcel, Gertrude/Haas, Hanns/Mähner, Peter* (Hrsg.), Der österreichische Staatsrat. Protokolle des Vollzugausschusses, des Staatsrates und des Geschäftsführenden Staatsratsdirektoriums. 21. Oktober 1918 bis 14. März 1919, Bd. 1: 21. Oktober 1918 bis 14. November 1918, Wien 2008
- ° *Ermacora, Felix*, Die Entstehung der Bundesverfassung 1920, Bd. 2: Dokumente der Staatskanzlei über allgemeine Fragen der Verfassungsreform, Wien 1989
- ° *Kelsen, Hans*, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925
- ° *Kelsen, Hans*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91
- ° *Kelsen, Hans*, Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundes-Verfassung, in: Zaccaria Giacometti / Dietrich Schindler (Hrsg.), Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag 24. Januar 1927, Tübingen 1927, S. 127–187
- ° *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 = HKW 4, S. 101–114
- Kelsen, Hans*, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen, Teil 1, Wien und Leipzig 1919 = HKW 5, S. 24–129
- ° *Kelsen, Hans*, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen, Teil 2: Wahlordnung, Verfassungsnovelle, Wien und Leipzig 1919 = HKW 5, S. 130–255
- Kelsen, Hans*, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen, Teil 3, Wien und Leipzig 1919 = HKW 5, S. 256–437
- ° *Kelsen, Hans*, Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen, Teil 4, Wien und Leipzig 1920 = HKW 5, S. 438–608
- ° [*Kelsen, Hans*], Edmund Bernatzik, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), Heft 1/2, S. VII–IX = HKW 4, S. 149–152
- ° *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 = HKW 4, S. 153–167
- ° *Kelsen, Hans*, Österreich als Bundesstaat, in: Österreichische Rundschau 18 (1922), S. 421–430
- ° *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
- ° *Merkel, Adolf Julius*, Die Verfassung der Republik Deutschösterreich. Ein kritisch-systematischer Grundriß, Wien 1919
- * *Preuß, Hugo*, Denkschrift zum Verfassungsentwurf, in: Entwurf des allgemeinen Teils der künftigen Reichsverfassung und Denkschrift zum Verfassungsentwurf, in: Deutscher Reichsanzeiger und Preussischer Staatsanzeiger vom 20. Januar 1919, Nr. 15, Erste Beilage, S. [1]–[4] (1–3), abgedruckt in: Hugo Preuß, Staat, Recht und Freiheit. Aus 40 Jahren Deutscher Politik und Geschichte. Mit einem Geleitwort von Theodor Heuss, Tübingen 1926, S. 368–394
- ° *Schmitz, Georg*, Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung, Wien 1981

- ° *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
- ° *Statistisches Reichsamts* (Hrsg.), Statistisches Jahrbuch für das Deutsche Reich 41 (1920)
- ° *Stourzh, Gerald*, Hans Kelsen, die österreichische Bundesverfassung und die rechtsstaatliche Demokratie, in: Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion. Referate und Diskussion auf dem zu Ehren des 100. Geburtstages von Hans Kelsen von 22. bis 27. September 1981 abgehaltenen Internationalen Symposium, Wien 1982, S. 7–29
- ° *Tripel, Heinrich* (Hrsg.), Quellensammlung zum Deutschen Reichsstaatsrecht, 3. Aufl., Tübingen 1922
- ° *Zölger, Johann*, Österreichisches Verordnungsrecht verwaltungsrechtlich dargestellt, Innsbruck 1898

Edmund Bernatzik (1919/1920)

- Bernatzik, Edmund* (Hrsg.), Die österreichischen Verfassungsgesetze, Leipzig 1906
- Bernatzik, Edmund* (Hrsg.), Die österreichischen Verfassungsgesetze, 2. Aufl., Wien 1911
- Bernatzik, Edmund*, Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere, in: Archiv für öffentliches Recht 5 (1890), S. 169–318
- Bernatzik, Edmund*, Polizei und Kulturpflege, in: Paul Hinneberg (Hrsg.), Die Kultur der Gegenwart. Ihre Entwicklung und ihre Ziele, Teil 2, Abteilung 8: Systematische Rechtswissenschaft, Berlin und Leipzig 1906, S. 387–426
- Bernatzik, Edmund*, Polizei und Kulturpflege, in: Paul Hinneberg (Hrsg.), Die Kultur der Gegenwart. Ihre Entwicklung und ihre Ziele, Teil 2, Abteilung 8: Systematische Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Leipzig und Berlin 1913, S. 422–469
- Bernatzik, Edmund*, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Verwaltungsrechtliche Studien, Wien 1886
- Bernatzik, Edmund*, Über nationale Matriken. Inaugurationsrede, Wien 1910
- ° *Garr, Max*, Edmund Bernatzik, in: Österreichische Rundschau 59 (1919), S. 116–122
- ° *Grünberg, Karl*, † Edmund Bernatzik. Worte, gesprochen an seinem Grabe, in: Neue Freie Presse Nr. 19615 vom 3. April 1919, Morgenblatt, S. 8–9
- ° *Hold [Ferneck], Alexander*, Heinrich Lammasch. †, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), Heft 5/6, S. V–VIII
- ° *Hussarek, Max/Kelsen, Hans/Lammasch, Heinrich/Menzel, Adolf*, Zum Geleite, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), Heft 1/2, S. V
- ° *Kelsen, Hans*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91
- ° *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 = HKW 4, S. 101–114
- ° *Kelsen, Hans*, Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 98–122 = HKW 4, S. 115–146
- ° *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 = HKW 4, S. 153–167
- ° *Menzel, Adolf*, Edmund Bernatzik, in: Die feierliche Inauguration des Rektors der Wiener Universität für das Studienjahr 1919/1920 am 5. November 1919, Wien 1919, S. 64–66

- ° *Métall, Rudolf Aladár*, Bibliographie der Reinen Rechtslehre, in: Hans Kelsen, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, 1. Aufl., Leipzig und Wien 1934, S. 155–162
- ° *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 aus Anlass seines 50. Geburtstages), Wien 1931, S. 417–441
- ° *Métall, Rudolf Aladár*, Hans Kelsen. Leben und Werk, Wien 1969
- ° *N.N.*, Edmund Bernatzik † (Aus einem Gespräche mit Sektionsrat Prof. Dr. Leo Wittmayer), in: Juristische Blätter 48 (1919), S. 109–110
- * *Preuß, Hugo*, Entwicklung und Bedeutung des öffentlichen Rechts. Eine akademische Antrittsrede, in: [Schmollers] Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich 13 (1889), S. 1351–1362
- ° *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
- ° *Walter, Robert/Jabloner, Clemens/Zeleny, Klaus* (Hrsg.), Hans Kelsens stete Aktualität. zugleich eine Neuauflage des Bandes 10 der Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts „Hans Kelsen – Ein Leben im Dienste der Wissenschaft“, Wien 2003

Buchbesprechung: *Max Layer, Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag. Graz und Leipzig 1916 (1919/1920)*

- ° *Apelt, Willibald*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag. Ein Beitrag zur Lehre von der rechtswirksamen Handlung im öffentlichen Rechte, Leipzig 1920
- ° *Eberhard, Harald*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag. Ein Beitrag zur Handlungsformenlehre, Wien und New York 2005
- ° *Hatschek, Julius*, Die rechtliche Stellung des Fiskus im Bürgerlichen Gesetzbuche. Eine Studie im Grenzgebiete des Privat- und öffentlichen Rechts, in: Verwaltungsarchiv 7 (1899), S. 424–480
- ° *Hussarek, Max/Kelsen, Hans/Lammasch, Heinrich/Menzel, Adolf*, Zum Geleite, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. V
- ° *Kelsen, Hans*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91
- ° *Kelsen, Hans*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen 1920 = HKW 4, S. 235–572
- ° *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 = HKW 4, S. 101–114
- ° *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 Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 98–122 = HKW 4, S. 115–146
- ° *Kelsen, Hans*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911 = HKW 2, S. 21–878
- ° *Kelsen, Hans*, Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2. Aufl., Wien 1960

- ° *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:] 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. 580–585 = HKW 4, S. 87–96
- ° *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 Reform der verfassungsrechtlichen Grundlagen der Wehrmacht Österreich-Ungarns, in: Zeitschrift für Militärrecht 1 (1917/1918), S. 8–23 = HKW 3, S. 615–629
- Layer, Max*, Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag. Eine Studie aus dem österreichischen Verwaltungsrecht, Graz und Leipzig 1916
- * *Mayer, Otto*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, München und Leipzig 1895
- * *Mayer, Otto*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 2. Aufl., München und Leipzig 1914
- * *Mayer, Otto*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 2, 2. Aufl., München und Leipzig 1917
- ° *Mayer, Otto*, Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge, in: Archiv für öffentliches Recht 3 (1888), S. 3–86
- ° *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
- ° *Stolleis, Michael*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914–1945, München 1999

Verhältniswahlrecht. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 4. Dezember 1918 (1919)

- ° *Eg., A.*, Aus den Vereinen. Wiener Juristische Gesellschaft, in: Juristische Blätter 13 (1912), S. 147–149
- ° *Ihering, Rudolf von*, Der Kampf um's Recht, Wien 1872
- ° *Kelsen, Hans*, Das Proportional(wahl)system, in: Der österreichische Volkswirt 11 (1918/1919), S. 115–118, 133–136, 147–151 = HKW 4, S. 25–50
- ° *Kelsen, Hans*, Der Proporz im Wahlordnungsentwurf, in: Neue Freie Presse Nr. 19494 vom 1. Dezember 1918, Morgenblatt, S. 3–4 = HKW 4, S. 51–58
- ° *Kelsen, Hans*, Ein einfaches Proportionalwahlsystem, in: Arbeiter-Zeitung Nr. 321 vom 24. November 1918, Morgenblatt, S. 2–3 = HKW 4, S. 75–82
- ° *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*, Über Staatsunrecht, in: [Grünhuts] Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 40 (1914), S. 1–114 = HKW 3, S. 439–531
- ° *Kelsen, Hans*, [Vom Wesen und Werte der Demokratie. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 5. November 1919], in: Gerichtshalle 63 (1919), S. 292–294, 304–308 = HKW 4, S. 175–198

- °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 = HKW 4, S. 199–208
- Klöti, Emil, Die Proportionalwahl in der Schweiz. Geschichte, Darstellung und Kritik. Bern 1901
- °Ogris, Werner, 100 Jahre Wiener Juristische Gesellschaft (1867 bis 1967), in: Juristische Blätter 91 (1969), S. 246–252
- *Pappenheim, Wilhelm, Ein Vorschlag zur Lösung des Problems der Verhältniss- und Minoritätenvertretung, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 42 (1886), S. 288–296
- *Springer, Rudolf (Pseudonym von Karl Renner), Mehrheits- oder Volksvertretung? Zur Aufklärung der intellektuellen und industriellen Klassen über ihr Interesse an einer Wahlreform, sowie über Wesen, Arten und Bedeutung der Proportionalwahl. Nach einem in einer Gesellschaft Wiener Fabrier gehaltenen Vortrage, Wien und Leipzig 1904

Vom Wesen und Werte der Demokratie. Vortrag vor der Wiener
Juristischen Gesellschaft am 5. November 1919 (1919)
Wesen und Wert der Demokratie. Vortrag vor der Wiener
Juristischen Gesellschaft vom 5. November 1919 (1919)

- °Gierke, Otto von, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 2, Berlin 1873
- °Ihering, Rudolf von, Der Kampf um's Recht, Wien 1872
- °Kautsky, Karl, Die Diktatur des Proletariates, 4. Aufl., Wien 1919
- °Kautsky, Karl, Terrorismus und Kommunismus, Berlin 1919
- °Kelsen, Hans, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925
- °Kelsen, Hans, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91
- °Kelsen, Hans, Die Verfassungsreform, in: Juristische Blätter 58 (1929), S. 445–457
- °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, Politische Weltanschauung und Erziehung, in: Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung 2 (1913), S. 1–26 = HKW 3, S. 112–145
- °Kelsen, Hans, Sozialismus und Staat, Tübingen 1920
- °Kelsen, Hans, Über Staatsunrecht, in: [Grünhuts] Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 40 (1914), S. 1–114 = HKW 3, S. 439–531
- °Kelsen, Hans, [Verhältniswahlrecht. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 4. Dezember 1918], in: Gerichtshalle 63 (1919), S. 27–28 = HKW 4, S. 165–170
- °Kelsen, Hans, Verteidigung der Demokratie. Abhandlungen zur Demokratietheorie, hrsg. von Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius, Tübingen 2006
- °Kelsen, Hans, Vom Wesen und Wert der Demokratie, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 47 (1920/1921), S. 50–85
- °Kelsen, Hans, Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen 1920
- °Kelsen, Hans, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl., Tübingen 1929
- °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

- ° *Knönagel, E.*, Autorität – nicht Majorität – beherrscht die Welt. Epistel in 12 Capiteln wider den Aberglauben am Constitutionalismus. An Bürger und Bauer, Städter und Landmann, 1851 (Selbstverlag)
- * *Lenin, Wladimir Iljitsch*, Die nächsten Aufgaben der Sowjet-Macht, Berlin 1919; entspricht inhaltlich Lenin Werke, Bd. 27, Berlin 1960, S. 225–268
- * *Lenin, Wladimir Iljitsch*, Staat und Revolution, Die Lehre des Marxismus vom Staat und die Aufgaben des Proletariates in der Revolution, Berlin 1918; entspricht inhaltlich Lenin Werke, Bd. 25, Berlin 1972, S. 393–507
- * *Marx, Karl*, Der Bürgerkrieg in Frankreich. Adresse des Generalraths der Internationalen Arbeiter-Association. 3. deutsche Aufl., vermehrt durch die beiden Adressen des Generalraths über den deutsch-französischen Krieg und durch eine Einleitung durch Friedrich Engels, Berlin 1891; entspricht inhaltlich MEGA, Abt. I, Bd. 22, Berlin 1978, S. 179–223
- ° *Métall, Rudolf Aladár*, Bibliographie der Reinen Rechtslehre, in: Hans Kelsen, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, 1. Aufl., Leipzig und Wien 1934, S. 155–162
- ° *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 aus Anlass seines 50. Geburtstages), Wien 1931, S. 417–441
- ° *Métall, Rudolf Aladár*, Hans Kelsen. Leben und Werk, Wien 1969
- * *Montesquieu, De l'Esprit des Loix ou Du rapport que les Loix doivent avoir avec la Constitution de chaque Gouvernement, les Moeurs, le Climat, la Religion, le Commerce, etc.*, Genf 1748
- * *Nietzsche, Friedrich*, Also sprach Zarathustra, in: Giorgio Colli/Mazzino Montinari (Hrsg.), Nietzsche Werke. Kritische Gesamtausgabe, 6. Abt., Bd. 1, Berlin 1968
- ° *Ogris, Werner*, 100 Jahre Wiener Juristische Gesellschaft (1867 bis 1967), in: Juristische Blätter 91 (1969), S. 246–252
- * *Platon, Politeia*
- * *Rousseau, Jean-Jacques*, Du contrat social; ou principes du droit politique, Amsterdam 1762
- ° *Walter, Robert/Jabloner, Clemens/Zeleny, Klaus* (Hrsg.), Hans Kelsens stete Aktualität. Zugleich eine Neuauflage des Bandes 10 der Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts „Hans Kelsen – Ein Leben im Dienste der Wissenschaft“, Wien 2003
- * *Weber, Max*, Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland. Zur politischen Kritik des Beamtentums und Parteiwesens, München und Leipzig 1918 = MWG, Abt. I, Bd. 15, Tübingen 1984, S. 421–596

Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob (1919)

- ° *Canick, Hubert/Schneider, Helmuth* (Hrsg.), Der neue Pauly. Lexikon der Antike, 24 Bde., Stuttgart und Weimar, seit 1996
- ° *Hegselmann, Rainer/Siegwart, Geo*, Zur Geschichte der „Erkenntnis“, in: Erkenntnis 35 (1991), S. 461–471
- ° *Kelsen, Hans*, Allgemeine Theorie der Normen, Wien 1979
- ° *Kelsen, Hans*, Selbstdarstellung (1927), in: HKW 1, S. 19–27
- ° *Kelsen, Hans*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchungen des Verhältnisses von Staat und Recht, Tübingen 1922

- °Kelsen, Hans, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen 1920
- °Kelsen, Hans, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911 = HKW 2, S. 21–878
- °Krückmann, Paul, Wahrheit und Unwahrheit im Recht, in: Annalen der Philosophie. Mit besonderer Rücksicht auf die Probleme der Als-Ob-Betrachtung 1 (1919), S. 113–190
- °Laband, Paul, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, 4. Aufl., Tübingen und Leipzig 1901
- °N.N., Vorbemerkungen der Redaktion zum ersten Bande, in: Annalen der Philosophie. Mit besonderer Rücksicht auf die Probleme der Als-Ob-Betrachtung 1 (1919), S. VII
- °Pauly, August Friedrich (Hrsg.), Real-Encyclopädie der classischen Alterthumswissenschaft in alphabetischer Ordnung, 6 Bde., Stuttgart 1839–1852
- Rein, Wilhelm, [Artikel:] Fictio, in: August Friedrich Pauly (Hrsg.), Real-Encyclopädie der classischen Alterthumswissenschaft in alphabetischer Ordnung, Bd. 3, Stuttgart 1844, S. 473–474
- Schloßmann, Siegmund, Persona und πρόσωπον im Recht und im christlichen Dogma, Kiel 1906
- °Vaihinger, Hans, Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus. Mit einem Anhang über Kant und Nietzsche, Berlin 1911
- Vaihinger, Hans, Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit. Mit einem Anhang über Kant und Nietzsche, 2. Aufl., Berlin 1913
- °Vaihinger, Hans, Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus. Mit einem Anhang über Kant und Nietzsche, 3. Aufl., Leipzig 1918
- °Vaihinger, Hans, Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus. Mit einem Anhang über Kant und Nietzsche, 4. Aufl., Leipzig 1920
- °Vaihinger, Hans, Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus. Mit einem Anhang über Kant und Nietzsche, 5. und 6. Aufl., Leipzig 1920
- °Vaihinger, Hans, Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus. Mit einem Anhang über Kant und Nietzsche, 7. und 8. Aufl., Leipzig 1922
- °Vaihinger, Hans, Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus. Mit einem Anhang über Kant und Nietzsche, 9. und 10. Aufl., Leipzig 1927
- °Vaihinger, Hans/Schmidt, Raymund, Programm der Zeitschrift, in: Annalen der Philosophie. Mit besonderer Rücksicht auf die Probleme der Als-Ob-Betrachtung 1 (1919), S. III–VI
- °Wissowa, Georg u. a. (Hrsg.), Paulys Realencyclopädie der classischen Alterthumswissenschaft. Neue Bearbeitung, 49 Bde., Stuttgart und München 1893–1978
- °Ziegler, Konrat/Sontheimer, Walther/Gärtner, Hans (Hrsg.), Der kleine Pauly. Lexikon der Antike, 5 Bde., Stuttgart und München 1964–1975

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre (1920)

**Aristoteles*, Politik

°*Dr. B.* [Buchbesprechung:] Dr. Hans Kelsen, „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes“. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. Tübingen, Verlag von J. C. B. Mohr, in: Neue Freie Presse Nr. 21 200 vom 7. Oktober 1923, Morgenblatt, S. 34
Bakunin, Michael, Gott und der Staat (übersetzt und eingeleitet von Max Nettlau), Leipzig 1919

Bar, Carl Ludwig von, Grundlage und Kodifikation des Völkerrechts, in: Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie mit besonderer Berücksichtigung der Gesetzgebungsfragen 6 (1912/1913), S. 145–158

**Bartolus*, In primam Digesti veteris partem, Venedig 1570

**Bartolus*, In secundam Digesti novi partem, Venedig 1570

Beling, Ernst, Die strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität. Beiträge zum Völkerrecht und zum Strafrecht, Breslau 1896

Bergbohm, Karl, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Kritische Abhandlungen, Bd. 1: Einleitung – Erste Abhandlung: Das Naturrecht der Gegenwart (mehr nicht erschienen), Leipzig 1892

Bergbohm, Karl, Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts, Dorpat 1877

Binder, Julius, Rechtsnorm und Rechtspflicht. Rede, gehalten bei der Übernahme des Prorektorsates der Friedrich-Alexanders-Universität in Erlangen am 4. November 1911, Leipzig 1912

Binding, Karl, Die Gründung des Norddeutschen Bundes (1888), in: Karl Binding, Zum Werden und Leben der Staaten. Zehn staatsrechtliche Abhandlungen, München und Leipzig 1920, S. 95–167

Binding, Karl, Die „Vereinbarung“. Ihr Begriff. Ihre schöpferische Kraft, in: Karl Binding, Zum Werden und Leben der Staaten. Zehn staatsrechtliche Abhandlungen, München und Leipzig 1920, S. 189–245

Bluntschli, Johann Caspar, Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt, 3. Aufl., Nördlingen 1878

Bluntschli, Johann Caspar, Lehre vom modernen Stat, Bd. 1: Allgemeine Staatslehre, 5. Aufl., Stuttgart 1875

**Bodin, Jean*, De republica libri sex, Paris 1591

Bonfils, Henry, Lehrbuch des Völkerrechts für Studium und Praxis, 3. Aufl., bearb. von Paul Fauchille, übersetzt von August Grah, Berlin 1904

Brie, Siegfried, Theorie der Staatenverbindungen. Festschrift zur fünfhundertjährigen Jubelfeier der Universität Heidelberg im Namen und Auftrage der Universität Breslau, Stuttgart 1886, S. 17–21

°*Cicero*, Pro Balbo

Dock, Adolf, Der Souveränitätsbegriff von Bodin bis zu Friedrich dem Grossen, Straßburg 1897

Dock, Adolf, Revolution und Restauration über die Souveränität. Eine weitere Quellensammlung über den Begriff der höchsten Gewalt und zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Staatstheorien, Straßburg 1900

Ebers, Godehard Josef, Die Lehre vom Staatenbunde, Breslau 1910

°*Ermacora, Felix* (Hrsg.), Quellen zum Österreichischen Verfassungsrecht (1920). Die Protokolle des Unterausschusses des Verfassungsausschusses samt Verfassungsentwürfen mit einem Vorwort, einer Einleitung und Anmerkungen, Wien 1967

- **Ertringen, Karl August Emanuel L .B. Leutrum von, De hypothesi communi systematis foederatarum civitatum difficultates circa formam Imp. R. G. non solvente, Tübingen 1750*
- °*Eucken, Rudolf, Geistige Strömungen der Gegenwart, 4. Aufl., Leipzig 1909*
- °*Eucken, Rudolf, Main Currents of Modern Thought, New York 1912*
- Fichte, Johann Gottlieb, Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre (1796), in: Immanuel Hermann Fichte (Hrsg.), Johann Gottlieb Fichte's sämtliche Werke, Bd. 3, Berlin 1845, S. 1–385*
- Fricker, Carl Victor, Das Problem des Völkerrechts, in: Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft 28 (1872), S. 90–144, 347–386*
- Fricker, Carl Victor, Gebiet und Gebietshoheit, in: Karl Bücher u. a. (Hrsg.), Festgaben für Albert Schäffle zur siebenzigsten Wiederkehr seines Geburtstages am 24. Februar 1901, Tübingen 1901, S. 1–99*
- Fricker, Carl Victor, Noch einmal das Problem des Völkerrechts, in: Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft 34 (1878), S. 368–405*
- Fricker, Carl Victor, Vom Staatsgebiet, in: Einladung zur akademischen Feier des Geburtsfestes seiner Majestät des Königs Karl von Württemberg den 7. März 1867 im Namen des Rectors und akademischen Senats der Königlichen Eberhard-Karls-Universität Tübingen, Tübingen 1867, S. 5–28*
- Gareis, Karl, Institutionen des Völkerrechts. Ein kurzgefaßtes Lehbuch des positiven Völkerrechts in seiner geschichtlichen Entwicklung und heutigen Gestaltung, 2. Aufl., Giesesen 1901*
- °*Gerber, Carl Friedrich von, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 2. Aufl., Leipzig 1869*
- Gierke, Otto, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 1: Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, Berlin 1868*
- Gierke, Otto, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, in: [Schmollers] Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich 7 (1883), S. 1097–1195*
- **Goethe, Johann Wolfgang von, Der Zauberlehrling, in: Musen-Almanach für das Jahr 1798, hrsg. von Friedrich Schiller, Tübingen 1798, S. 32–37*
- **Grotius, Hugo, De iure belli ac pacis libri tres, Paris 1625*
- Haenel, Albert, Deutsches Staatsrecht, Bd. 1: Die Grundlagen des deutschen Staates und die Reichsgewalt, Leipzig 1892*
- Haenel, Albert, Die vertragsmässigen Elemente der Deutschen Reichsverfassung, Leipzig 1873*
- Hancke, Ernst, Bodin. Eine Studie über den Begriff der Souverainetät, Breslau 1894*
- Heffter, August Wilhelm, Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen, 8. Aufl., bearb. von Friedrich Heinrich Geffcken, Berlin 1888*
- **Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin 1821*
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, Grundlinien der Philosophie des Rechts, oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, 3. Aufl., hrsg. von Eduard Gans, Berlin 1854*
- Heilborn, Paul, Das System des Völkerrechts entwickelt aus den völkerrechtlichen Begriffen, Berlin 1896*
- Heilborn, Paul, Grundbegriffe des Völkerrechts, Berlin, Stuttgart und Leipzig 1912*
- Held, Joseph, System des Verfassungsrechts der monarchischen Staaten Deutschlands mit besonderer Rücksicht auf den Consitutionalismus, Bd. 1: Einleitung. Allgemeine Staatsrechtsgrundsätze. Geschichte der politischen Gestaltungen Gesamt-Deutschlands, Würzburg 1856*
- °*Heller, Hermann, Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts, Berlin und Leipzig 1927*

- ° *His, Eduard*, [Buchbesprechung:] Kelsen, Hans (Prof. in Wien): Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. Tübingen, (J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)), 1920, in: Zeitschrift für schweizerisches Recht 62 (1921), S. 400–403
- Hölder, Eduard*, Natürliche und juristische Personen, Leipzig 1905
- Holtzendorff, Franz von*, Das Europäische Völkerrecht, in: Franz von Holtzendorff (Hrsg.), Encyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung, Bd. 1, 4. Aufl., Leipzig 1882, S. 1187–1255
- Holtzendorff, Franz von*, Quellen des Völkerrechts, in: Franz von Holtzendorff (Hrsg.), Handbuch des Völkerrechts. Auf Grundlage Europäischer Staatspraxis, Bd. 1: Einleitung in das Völkerrecht, Berlin 1885, S. 77–156
- Huber, Max*, Die Gleichheit der Staaten, in: Fritz Berolzheimer (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Beiträge. Juristische Festgabe des Auslandes zu Josef Kohlers 60. Geburtstag 9. März 1909, Stuttgart 1909, S. 88–118
- ° *Jabloner, Clemens*, Kelsen and his Circle: The Viennese Years, in: European Journal of International Law 9 (1998), S. 368–385
- Jellinek, Georg*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1914
- Jellinek, Georg*, Die Lehre von den Staatenverbindungen, Wien 1882
- Jellinek, Georg*, Die rechtliche Natur der Staatenverträge, Wien 1880
- Jellinek, Georg*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1905
- Jellinek, Walter*, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -verfügungen. Eine staats- und verwaltungsrechtliche Untersuchung, Tübingen 1913
- Jung, Erich*, Das Problem des natürlichen Rechts, Leipzig 1912
- * *Iuvenal, Saturae*
- Kaltenborn von Stachau, Carl Baron*, Kritik des Völkerrechts nach dem jetzigen Standpunkte der Wissenschaft, Leipzig 1847
- Kant, Immanuel*, Die Metaphysik der Sitten. Erster Theil. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Riga 1798
- * *Kant, Immanuel*, Kritik der reinen Vernunft, Riga 1781/1787
- Kaufmann, Erich*, Das Wesen des Völkerrechts und die *clausula rebus sic stantibus*. Rechtsphilosophische Studie zum Rechts-, Staats-, und Vertragsbegriffe, Tübingen 1911
- Kaufmann, Wilhelm*, Die Rechtskraft des Internationalen Rechtes und das Verhältniß der Staatsgesetzgebungen und der Staatsorgane zu demselben, Stuttgart 1899
- ° *Kelsen, Hans*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91
- * *Kelsen, Hans*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchungen des Verhältnisses von Staat und Recht, Tübingen 1922
- ° *Kelsen, Hans*, Der 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. 3; Nr. 19926 vom 17. Februar 1920, Morgenblatt, S. 3
- ° *Kelsen, Hans*, Die Entwicklung des Staatsrechts in Oesterreich seit dem Jahre 1918, in: Gerhard Anschütz/Richard Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 1, Tübingen 1930, S. 147–165
- ° *Kelsen, Hans*, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Berlin-Charlottenburg 1928
- * *Kelsen, Hans*, Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung, in: Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft in Deutschen Reiche 40 (1916), S. 1181–1239 = HKW 3, S. 551–605

- Kelsen, Hans*, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen, Teil 3, Wien und Leipzig 1919, S. 136–140 = HKW 5, S. 256–437
- 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*, Introduction to the Problems of Legal Theory, übersetzt von Bonnie Litschewski Paulson und Stanley L. Paulson, Oxford 1992
- °*Kelsen, Hans*, Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public, in: Académie de droit international, Recueil des cours 14 (1926), S. 227–331
- °*Kelsen, Hans*, Natural Law Doctrine and Legal Positivism, übersetzt von W. H. Kraus, in: Hans Kelsen, General Theory of Law and State, Cambridge, M.A. 1945, S. 389–446
- °*Kelsen, Hans*, Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses, in: Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 2 (1928), S. 71–91
- °*Kelsen, Hans*, Peace Through Law, in: Journal of Legal and Political Sociology 2 (1943/1944), S. 52–67
- °*Kelsen, Hans*, Peace Through Law, Chapel Hill 1944
- Kelsen, Hans*, Politische Weltanschauung und Erziehung, in: Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung 2 (1913), S. 1–26 = HKW 3, 113–145
- 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*, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, 1. Aufl., Leipzig und Wien 1934
- °*Kelsen, Hans*, Science and Politics, in: Hans Kelsen, What is Justice?, Berkeley und Los Angeles 1957, S. 350–375
- °*Kelsen, Hans*, Selbstdarstellung (1927), in: HKW 1, S. 19–27
- °*Kelsen, Hans*, Society and Nature, Chicago 1943
- °*Kelsen, Hans*, Staatsform und Weltanschauung, Tübingen 1933
- **Kelsen, Hans*, Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode. Vortrag gehalten in der Soziologischen Gesellschaft zu Wien, Tübingen 1911 = HKW 3, S. 22–55
- 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*, Vergeltung und Kausalität: Eine soziologische Untersuchung, Den Haag 1941
- Kelsen, Hans*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 47 (1920/1921), S. 50–85
- Kelsen, Hans*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen 1920
- **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 Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob, in: Annalen der Philosophie. Mit besonderer Rücksicht auf die Probleme der Als-Ob-Betrachtung 1 (1919), S. 630–658 = HKW 4, S. 209–234
- Kistiakowski, Theodor*, Gesellschaft und Einzelwesen. Eine methodologische Studie, Berlin 1899

- Kjellén, Rudolf*, Der Staat als Lebensform, 2. Aufl., Leipzig 1917
- Krabbe, Hugo*, Die Lehre der Rechtssouveränität. Beitrag zur Staatslehre, Groningen 1906
- Krabbe, Hugo*, Die moderne Staats-Idee, 2. Aufl., Den Haag 1919
- **Laband, Paul*, [Buchbesprechung:] Dr. Siegfried Brie, ord. Prof. an der Univers. Breslau, Theorie der Staatenverbindungen. Breslau 1886. gr. 4°. 139 S. (Gratulationsschrift der Universität Breslau zum fünfzehnjährigen Jubiläum der Universität Heidelberg), in: Archiv für öffentliches Recht 2 (1887), S. 311–320
- **Laband, Paul*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, 5. Aufl., Tübingen 1911
- Laband, Paul*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 5. Aufl., Tübingen 1911
- Laband, Paul*, Deutsches Reichsstaatsrecht, 6. Aufl., Tübingen 1912
- Lammasch, Heinrich*, Das Völkerrecht nach dem Kriege, Oslo 1917
- Landmann, Max*, Der Souveränitätsbegriff bei den französischen Theoretikern, von Jean Bodin bis auf Jean Jacques Rousseau. Ein Beitrag zur Entwicklungsgeschichte des Souveränitätsbegriffes, Leipzig 1896
- Lasson, Adolf*, Princip und Zukunft des Völkerrechts, Berlin 1871
- Lasson, Adolf*, System der Rechtsphilosophie, Berlin und Leipzig 1882
- Layer, Max*, Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag. Eine Studie aus dem österreichischen Verwaltungsrecht, Graz und Leipzig 1916
- Liszt, Franz von*, Das Völkerrecht. Systematisch dargestellt, 11. Aufl., Berlin 1918
- Liszt, Franz von*, Das Wesen des völkerrechtlichen Staatsverbandes und der internationale Prisenhof, in: Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke zum Doktor-Jubiläum 21. August 1910, Bd. 3: Internationales Recht. Strafrecht. Rechtsvergleichung, Breslau 1910, S. 19–44
- **Mach, Ernst*, Erkenntnis und Irrtum. Skizzen zur Psychologie der Forschung, 2. Aufl., Leipzig 1906
- °*Mach, Ernst*, Knowledge and Error. Sketches on the Psychology of Enquiry, übersetzt von Thomas J. McCormack, Dordrecht 1976
- °*Mach, Ernst*, Popular Scientific Lectures, übersetzt von Thomas J. McCormack, Chicago 1898
- °*Mach, Ernst*, Populär-Wissenschaftliche Vorlesungen, Leipzig 1896
- Marck, Siegfried*, Imperialismus und Pazifismus als Weltanschauungen, Tübingen 1918
- Marck, Siegfried*, Rudolf Kjelléns Theorie des Staates, in: Kant-Studien. Philosophische Zeitschrift 23 (1919), S. 77–100
- Martens, Friedrich von*, Völkerrecht. Das internationale Recht der civilisirten Nationen, übersetzt von Carl Bergbohm, Bd. 1, Berlin 1883
- Martens, Friedrich von*, Völkerrecht. Das internationale Recht der civilisirten Nationen, übersetzt von Carl Bergbohm, Bd. 2, Berlin 1886
- °*Marx, Karl/Engels, Friedrich*, Manifest der kommunistischen Partei (zunächst anonym erschienen, 1848), in: Karl Marx Friedrich Engels Werke, Bd. 4, Berlin 1959, S. 459–493
- Mausbach, Joseph*, Naturrecht und Völkerrecht, Freiburg i.Br. 1918
- Mauthner, Fritz*, Beiträge zu einer Kritik der Sprache, Bd. 3: Zur Grammatik und Logik, Stuttgart und Berlin 1902
- Mauthner, Fritz*, Wörterbuch der Philosophie, Bd. 2: kategorisch–Zweck, Leipzig 1910
- Merkel, Adolf Julius*, Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes, in: Juristische Blätter 47 (1918), S. 425–427, 444–447, 463–465 = Merkl-GS I/1, S. 227–252
- Merkel, Adolf Julius*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung, in: Deutsche Richterzeitung 8 (1916), Sp. 584–592 (Teil 1); Deutsche Richterzeitung 9 (1917), Sp. 162–176, 394–398, 443–450 (Teile 2–4); Deutsche Richterzeitung 11 (1919) Sp. 290–298 (Teil 5) = Merkl-GS I/1, S. 85–146

- ° *Merkel, Adolf Julius*, Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff, Leipzig und Wien 1923
- 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), S. 56–121 = Merkel-GS I/1, S. 169–225
- ° *Merkel, Adolf Julius*, [Buchbesprechung:] Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. Von Dr. Hans Kelsen, o.ö. Professor an der Universität Wien. Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1920, 320 Seiten, in: Zeitschrift für Verwaltung 54 (1921), S. 34
- ° *Merkel, Adolf Julius*, Hans Kelsens System einer reinen Rechtstheorie, in: Archiv des öffentlichen Rechts 41 (1921), S. 171–201
- ° *Merkel, Adolf Julius*, [Buchbesprechung:] Kelsen, Hans, o.ö. Universitätsprofessor in Wien, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. Tübingen. 1920. Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 320 S., in: Kantstudien 27 (1922), S. 215–217
- ° *Merkel, Adolf Julius*, Neue Wege der Rechtswissenschaft. Zu Hans Kelsens Rechtstheorie, in: Schweizerische Juristen-Zeitung 18 (1921/1922), S. 303–307
- Meyer, Georg*, Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes, Leipzig 1878
- * *Natorp, Paul*, Philosophie. Ihr Problem und ihre Probleme. Einführung in den kritischen Idealismus, Göttingen 1918
- Nelson, Leonard*, Die Rechtswissenschaft ohne Recht. Kritische Betrachtungen über die Grundlagen des Staats- und Völkerrechts insbesondere über die Lehre von der Souveränität, Leipzig 1917
- Nippold, Otfried*, Der völkerrechtliche Vertrag, seine Stellung im Rechtssystem und seine Bedeutung für das internationale Recht, Bern 1894
- Nippold, Otfried*, Die Fortbildung des Verfahrens in völkerrechtlichen Streitigkeiten. Ein völkerrechtliches Problem der Gegenwart speziell im Hinblick auf die Haager Friedenskonferenzen, Leipzig 1907
- Oppenheim, Heinrich Bernhard*, System des Völkerrechts, Frankfurt a. M. 1845
- Oppenheim, Lassa*, Die Zukunft des Völkerrechts, in: Festschrift für Karl Binding zum 4. Juni 1911, Bd. 1, Leipzig 1911, S. 141–201
- Pischel, Richard*, Der Begriff der Suzeränität und die herrschende Lehre von der Souveränität, Greifswald 1897
- Pitamic, Leonidas*, Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1918), S. 339–367
- Pitamic, Leonidas*, Die parlamentarische Mitwirkung bei Staatsverträgen in Österreich, Wien und Leipzig 1915
- Preuß, Hugo*, Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie, Berlin 1889
- Pütter, Karl Theodor*, Über Begriff und Wesen des praktischen Europäischen Völkerrechts, in: Karl Theodor Pütter, Beiträge zur Völkerrechts-Geschichte und Wissenschaft, Leipzig 1843, S. 1–19
- Radbruch, Gustav*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig 1914
- Radnitzky, Ernst*, Die rechtliche Natur des Staatsgebietes, in: Archiv für öffentliches Recht 20 (1906), S. 313–355
- Redslob, Robert*, Abhängige Länder. Eine Analyse des Begriffes von der ursprünglichen Herrschergewalt, Leipzig 1914
- Redslob, Robert*, Das Problem des Völkerrechts. Eine Studie über den Fortschritt der Nationen zu einem universellen Staatensystem, das die Geltung des Völkerrechts verbürgt, Leipzig 1917

- ° *Redslob, Robert*, [Buchbesprechung:] Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre (Le problème de la souveraineté et la théorie du droit des gens. Contribution à une doctrine raisonnée du droit), par M. Hans Kelsen, professeur à l'Université de Vienne, 1 vol. in 8°, Tubingue, 1920, in: *Revue Générale de Droit International Public* 28 (1921), S. 185–186
- Rehm, Hermann*, Untertanen als Subjekte völkerrechtlicher Pflichten, in: *Zeitschrift für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht* 1 (1907), S. 53–55
- Rivier, Alphonse*, Lehrbuch des Völkerrechts, (inkorrekt gezählt als) 2. Aufl., Stuttgart 1899
- Rosin, Heinrich*, Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung, in: *Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik* 16 (1883), S. 265–322
- * *Rousseau, Jean-Jacques*, *Du contrat social; ou principes du droit politique*, Amsterdam 1762
- Sander, Fritz*, Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 1 (1919/1920), S. 132–164
- Sander, Fritz*, [Buchbesprechung:] Dr. Hans Kelsen, Professor an der Universität Wien. Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich, 3 Teile, VI und 117 S., VIII und 248 S., Wien und Leipzig, Franz Deuticke, 1919. Dr. Adolf Merkl, Ministerialkonzipist in der deutschösterreichischen Staatskanzlei, Die Verfassung der Republik Deutschösterreich. Ein kritisch-systematischer Grundriß. VIII und 184 S. Wien und Leipzig, Franz Deuticke, 1919, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 1 (1919/1920), S. 312–318
- Sander, Fritz*, [Buchbesprechung:] Rudolf Kjellén, Mitglied des Schwedischen Reichstages, Professor an der Universität Uppsala. Der Staat als Lebensform. S. Hirzel, Verlag in Leipzig, 1917, VI und 235 S., in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 1 (1919/1920), S. 338–345
- ° *Savigny, Friedrich Carl von*, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814
- Schmidt, Joachim Erdmann*, *Exercitatio politico historica de civitatis origine, civitatumque systematis exemplo reipubl. Batavorum illustratis*, Jena 1745
- ° *Schmitt, Carl*, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München und Leipzig 1922
- Schoen, Paul*, Zur Lehre von den Grundlagen des Völkerrechts, in: *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie mit besonderer Berücksichtigung der Gesetzgebungsfragen* 8 (1914/1915), S. 287–321
- ° *Schopenhauer, Arthur*, Die beiden Grundprobleme der Ethik, behandelt in zwei akademischen Preisschriften, 2. Aufl., Leipzig 1860
- ° *Schopenhauer, Arthur*, Die Welt als Wille und Vorstellung, Bd. 1, 3. Aufl., Leipzig 1859
- ° *Schopenhauer, Arthur*, Die Welt als Wille und Vorstellung, Bd. 2, 3. Aufl., Leipzig 1859
- ° *Schopenhauer, Arthur*, *The Two Fundamental Problems of Ethics*, übersetzt von D. E. Cartwright und E. E. Erdmann, Oxford 2010
- ° *Schopenhauer, Arthur*, *The World as Will and Representation*, Bd. 1, übersetzt von E. F. J. Payne, New York 1958
- ° *Schopenhauer, Arthur*, *The World as Will and Representation*, Bd. 2, übersetzt von E. F. J. Payne, New York 1958
- Schulze, Herrmann*, Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes, Bd. 1: Das deutsche Landesstaatsrecht, Leipzig 1881
- Seligmann, Ernst*, Beiträge zur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag, Bd. 2: Abschluß und Wirksamkeit der Staatsverträge, Freiburg i.Br. 1890
- Seydel, Max von*, Der Bundesstaatsbegriff. Eine staatsrechtliche Untersuchung (1872), in: Max von Seydel, Staatsrechtliche und politische Abhandlungen, Freiburg i.Br. und Leipzig 1893, S. 1–89
- Seydel, Max von*, Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, Würzburg 1873

- Simmel, Georg*, Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung, Leipzig 1908
- Somló, Felix*, Juristische Grundlehre, Leipzig 1917
- °*Spiegel, Ludwig*, Kelsens Rechtslehre, in: Prager Juristische Zeitschrift 1 (1921), Sp. 1–21
- **Spinoza, Baruch de*, Tractatus politicus (1677), in: Carl Gebhardt (Hrsg.), Spinoza opera, Bd. 3, Heidelberg 1925, S. 269–360
- Stahl, Friedrich Julius*, Philosophie des Rechts, Bd. 2: Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung, 5. Aufl., 2. Abt., 4. Buch, Tübingen und Leipzig 1878
- Stier-Somlo, Fritz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. Ein systematischer Überblick, Bonn 1919
- Stintzing, Roderich*, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, 1. Abtheilung, München und Leipzig 1880
- Stirner, Max*, Der Einzige und sein Eigenthum, Leipzig 1845
- °*Stolleis, Michael*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914–1945, München 1999
- **Strauß, Carl Christian*, De plenitudine summae potentatis. Jena 1691
- Strisower, Leo*, Der Krieg und die Völkerrechtsordnung, Wien 1919
- Tezner, Friedrich*, Zur Lehre von der Gültigkeit der Staatsverträge. (Kritik der Seligmann'schen Theorie), in: [Grünhuts] Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 20 (1893), S. 120–181
- Tezner, Friedrich*, Zur Lehre von der Gültigkeit der Staatsverträge, in: Zeitschrift für Politik 9 (1916), S. 556–564
- **Tieck, Ludwig*, Des Lebens Ueberfluss, in: Urania. Taschenbuch auf das Jahr 1839, S. 1–66
- **Tocqueville, Alexis de*, De la démocratie en Amérique, Bd. 1, 8. Aufl., Paris 1840
- Treitschke, Heinrich von*, Politik. Vorlesungen gehalten an der Universität zu Berlin, Bd. 1, 2. Aufl., hrsg. von Max Cornicelius, Leipzig 1899
- Treitschke, Heinrich von*, Politik. Vorlesungen gehalten an der Universität zu Berlin, Bd. 2, 2. Aufl., hrsg. von Max Cornicelius, Leipzig 1900
- Triepel, Heinrich*, Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig 1899
- °*Troeltsch, Ernst*, Die Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppen, Tübingen 1912
- Ullmann, Emanuel von*, Völkerrecht, Tübingen 1908
- Unger, Joseph*, Ueber die Gültigkeit von Staatsverträgen, in: [Grünhuts] Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 6 (1879), S. 349–356
- Vaihinger, Hans*, Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus. Mit einem Anhang über Kant und Nietzsche, 3. Aufl., Leipzig 1918
- Verdroß, Alfred*, Das Verhältnis der verfassungsmäßigen Staatenverträge zum österreichischen Gesetzesrecht, insbesondere zum Strafrecht. Ein Beitrag zur Anwendung der Haager Konvention von 1899, beziehungsweise 1907 durch die Gerichte, in: Juristische Blätter 46 (1917), S. 541–543, 553–557
- °*Verdroß, Alfred*, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung, Tübingen 1923
- °*Verdroß, Alfred*, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, Wien 1926
- Verdroß, Alfred*, Zur Konstruktion des Völkerrechts, in: Zeitschrift für Völkerrecht 8 (1914), S. 329–359
- °*Walter, Robert*, Die Rechtslehren von Kelsen und Verdroß unter besonderer Berücksichtigung des Völkerrechts, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Hans Kelsen und das Völkerrecht. Ergebnisse eines Internationalen Symposiums in Wien (1.–2. April 2004), Wien 2004, S. 37–49

- ° *Walter, Robert/Jabloner, Clemens/Zeleny, Klaus*, Einleitung, in: Robert Walter / Clemens Jabloner / Klaus Zeleny (Hrsg.), *Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre*, Wien 2008, S. 1–23
- ° *Walter, Robert/Jabloner, Clemens/Zeleny, Klaus* (Hrsg.), *Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre*, Wien 2008
- Weyr, Franz*, Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems, in: *Archiv für öffentliches Recht* 23 (1908), S. 529–580
- Weyr, Franz*, Zur Lehre von den konstitutiven und deklaratorischen Akten, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 3 (1918), S. 490–549
- Wolff, Christian*, *Jus gentium methodo scientifica pertractatum*, Halle (Saale) 1749
- * *Wolff, Christian*, *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*, Bd. 8, Halle (Saale) 1748
- ° *Wolgast, Ernst*, [Buchbesprechung:] *Kelsen, Dr. Hans, o. ö. Prof. d. Rechte a. d. Universität Wien, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*. Tübingen 1920. J. C. B. Mohr. 320 S., in: *Weltwirtschaftliches Archiv* 18 (1922), S. 253–254
- Zorn, Albert*, *Grundzüge des Völkerrechts*, 2. Aufl., Leipzig 1903
- Zorn, Philipp*, Die Deutschen Staatsverträge, in: *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft* 36 (1880), S. 1–39

Der völkerrechtliche Strafanspruch wegen völkerrechtswidriger Kriegshandlungen (1920)

- * *Renault, Louis*, De l'application du droit pénal aux faits de guerre, in: *Revue générale de droit international public* 25 (1918), S. 5–29
- Verdroß, Alfred*, *Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung und der Strafanspruch der Staaten*, Berlin 1920
- * *Verdroß, Alfred*, Zur Konstruktion des Völkerrechts, in: *Zeitschrift für Völkerrecht* 8 (1914), S. 329–359
- * *Verdroß, Alfred*, Die Souveränität der Staaten und das Völkerrecht, in: *Friedenswarte* 22 (1920), S. 259–262

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		
	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, in: Patent vom 1ten Junius 1811, JGS 1811/946	
	Patent vom 26. Februar 1861. Die Verfassung der österreichischen Monarchie, nebst zwei Beilagen, RGrBl 1861/20	Februarpatent 1861 <i>Verfassung von 1861</i>
	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, RGrBl 1861/20, Beilage IIa, S. 75–80	
	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 Herzogthümer Ober- und Nieder-Schlesien, Steiermark, Kärnten, 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, RGrBl 1863/1	<i>Handelsgesetzbuch</i>
	Gesetz vom 25. Juli 1867, über die Verantwortlichkeit der Minister für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGrBl 1867/101	MinisterverantwortlichkeitsG 1867 <i>Ministerverantwortlichkeitsgesetz</i> <i>Gesetz über die Ministerverantwortlichkeit</i>

Gesetz	Abkürzung(en)
Gesetz vom 21. December 1867, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert wird, RGBl 1867/141 – idF RGBl 1907/15	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 Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt, RGBl 1867/145	
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>Delegationsgesetz</i>
Gesetz vom 15. April 1873, betreffend die Regelung der Bezüge der activen Staatsbeamten, RGBl 1873/47	
Landesgesetz vom 27. November 1905, wirksam für die Markgrafschaft Mähren und die mährischen Enklaven in Schlesien, mit welchem eine neue Landtagswahlordnung erlassen wird, LGBl Mähren 1906/2	
Landesgesetz vom 27. November 1905, wirksam für die Markgrafschaft Mähren und die mährischen Enklaven in Schlesien, mit welchem eine neue Landtagswahlordnung erlassen wird, LGBl Mähren 1906/2	
Gesetz vom 26. Jänner 1907, betreffend die Wahl der Mitglieder des Abgeordnetenhauses des Reichsrates, RGBl 1907/17	<i>Reichsratswahlordnung von 1907</i>
Ah. Handschreiben an den gemeinsamen Finanzminister und Ah. Proklamation an das bosnisch-herzegowinische Volk vom 5. Oktober 1908, abgedruckt in: Wiener Zeitung Nr. 231 vom 7. Oktober 1908, S. 1–2	
Ah. Handschreiben an die beiden Ministerpräsidenten und Ah. Handschreiben an den Minister des Äußern vom 5. Oktober 1908, abgedruckt in: <i>Edmund Bernatzik</i> (Hrsg.), Die österreichischen Verfassungsgesetze, 2. Aufl., Wien 1911, S. 1030	Ah. Handschreiben Bosnien 1908
Protokoll zwischen Österreich-Ungarn und der Hohen Pforte vom 26. Februar 1909, abgedruckt in: <i>Edmund Bernatzik</i> (Hrsg.), Die österreichischen Verfassungsgesetze, 2. Aufl., Wien 1911, S. 1033–1037	<i>Vertrag mit der Türkei Staatsvertrag mit der Türkei</i>
Gemeindewahlordnung für die Stadt Wiener-Neustadt, in: Gesetz vom 2. November 1912, betreffend die Erlassung eines neuen Statuts und einer neuen Gemeindewahlordnung für die Stadt Wiener-Neustadt, LGBl Österreich unter der Enns 1912/187	

Gesetz	Abkürzung(en)
Gemeindewahlordnung für die Stadt Waidhofen an der Ybbs, in: Gesetz vom 2. November 1912, betreffend die Erlassung eines neuen Statuts und einer neuen Gemeindewahlordnung für die Stadt Waidhofen an der Ybbs, LGBl Österreich unter der Enns 1912/188	
Beschluß der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich vom 30. Oktober 1918 über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt, StGBL 1918/1	Beschluß Staatsgewalt 1918 <i>Verfassungsbeschluß vom 30. Oktober</i>
– Gesetz vom 19. Dezember 1918, womit einige Bestimmungen des Beschlusses der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt vom 30. Oktober 1918, St.G.Bl. Nr. 1, abgeändert oder ergänzt werden, StGBL 1918/139	Verfassungsnovelle 1918 <i>Verfassungsnovelle vom 19. Dezember</i>
Kundmachung des Landesrates des Landes Salzburg vom 9. November 1918, No. 1, L.-B., betreffend die Verlautbarung einer neuen Verfassung für das Land Salzburg, LGBl Salzburg 1918/59	Landesverfassung Salzburg 1918
Vorläufige Verfassung des Landes Kärnten. Beschluß der vorläufigen Landesversammlung vom 11. November 1918, Nr. 1, LA Z. 16745/18, abgedruckt in: Veröffentlichungen über die Beratungen der Kärntner vorläufigen Landesversammlung in der Zeit vom 11. November 1918 bis 4. Juli 1921, Klagenfurt 1922, S. 3–5	Vorl Verf Kärnten 1918
Gesetz vom 12. November 1918 über die Staats- und Regierungsform von Deutschösterreich, StGBL 1918/5	
Aufruf [an das deutschösterreichische Volk vom 12. November 1918], StGBL 1918/6	
Vollzugsanweisung des Deutschösterreichischen Staatsamtes für Volksernährung vom 2. November 1918 [betreffend die Erhöhung der Übernahmepreise für einzelne im Jahre 1918 geerntete Frucht- und Futtergattungen], StGBL 1918/8	
Vollzugsanweisung des Deutschösterreichischen Staatsamtes für Volksernährung vom 13. November 1918, mit welcher die Höchstpreise für frisches Gemüse außer Kraft gesetzt werden, StGBL 1918/9	
Vollzugsanweisung des Deutschösterreichischen Staatsamtes für Volksernährung im Einvernehmen mit dem Deutschösterreichischen Staatsamte für Verkehrswesen vom 13. November 1918, betreffend Transportbescheinigungen für Frischgemüse, StGBL 1918/10	

Gesetz	Abkürzung(en)
Beschluß der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich vom 12. November 1918, betreffend die feierliche Beitrittserklärung der Länder, Kreise und Gaue des Staatsgebietes, StGBL 1918/23	Beschluß Beitrittserklärung 1918
Gesetz vom 14. November 1918, betreffend die Übernahme der Staatsgewalt in den Ländern, StGBL 1918/24	LänderG 1918
Vorläufige Verfassung der deutschösterreichischen Provinz Sudetenland, in: Beschluß der provisorischen Landesversammlung des Sudetenlandes vom 16. November 1918	Vorl Verf Sudetenland 1918
Grundgesetz vom 22. November 1918 über die richterliche Gewalt, StGBL 1918/38	GG richterliche Gewalt 1918
Gesetz vom 22. November 1918 über Umfang, Grenzen und Beziehungen des Staatsgebietes von Deutschösterreich, StGBL 1918/40	
Gesetz vom 28. November 1918 über die provisorische Landesordnung für die Provinz Deutschböhmen, LGBL Deutschböhmen 1918/1	prov LO Deutschböhmen 1918
Gesetz vom 5. Dezember 1918 über das deutschösterreichische Staatsbürgerrecht, StGBL 1918/91	
Gesetz vom 6. Dezember 1918, wirksam für das Land Steiermark, womit eine Landesordnung für das Land Steiermark erlassen wird, LGBL Steiermark 1919/50	
Gesetz vom 18. Dezember 1918 über die Einberufung der konstituierenden Nationalversammlung, StGBL 1918/114	
Gesetz vom 18. Dezember 1918 über die Wahlordnung für die konstituierende Nationalversammlung, StGBL 1918/115	
Kundmachung des Deutschösterreichischen Staatsrates vom 8. Jänner 1919, betreffend die Festsetzung des Wahltages für die konstituierende Nationalversammlung, StGBL 1919/11	
Gesetz vom 25. Jänner 1919 über die Errichtung eines deutschösterreichischen Verfassungsgerichtshofes, StGBL 1919/48	
Gesetz vom 6. Februar 1919 über den Staatsrechnungshof, StGBL 1919/85	RechnungshofG 1919
Gesetz vom 6. Februar 1919 über die Errichtung eines deutschösterreichischen Verwaltungsgerichtshofes, StGBL 1919/88	VwGG 1919
Gesetz vom 12. März 1919 über die Staatsform, StGBL 1919/174	
Gesetz vom 12. März 1919 über das besetzte Gebiet, StGBL 1919/175	

Gesetz	Abkürzung(en)
Gesetz vom 14. März 1919 über die Volksvertretung, StGBI 1919/179	VolksvertretungsG 1919
Gesetz vom 14. März 1919 über die Staatsregierung, StGBI 1919/180	StaatsregierungsG 1919
Gesetz vom 14. März 1919 über die Vorbereitung der Sozialisierung, StGBI 1919/181	SozialisierungsG 1919
Staatsvertrag von Saint-Germain-en-Laye vom 10. September 1919, abgedruckt in und zitiert nach: StGBI 1920/303	StV St. Germain 1919
Gesetz vom 1. Oktober 1920, womit die Republik Österreich als Bundestaat eingerichtet wird (Bundes-Verfassungsgesetz), StGBI 1920/450 = BGBl 1920/1	B-VG 1920

2. Argentinien

Constitución de 1895, abgedruckt in: *Laurentino Olascoaga*, Instituciones políticas de Mendoza, Bd. 1, La Paz 1919, S. 153–210

Ley Núm. 157 vom 23. August 1900, in: Recopilación de leyes tomo I, Mendoza 1925

3. Australien

The Electoral Act, 1907 (7 Edw. VII., c. 6.)

4. Belgien

Loi relative à l'application de la représentation proportionnelle aux élections législatives, in: *Moniteur Belge. Journal Officiel* 1899, S. 5379

VerhältniswahlG Belgien
1899

5. Costa Rica

Ley de Elecciones, in: *La gaceta*, diario official Nr. 263 vom 12. November 1893, S. 1531

6. Dänemark

Lov om Valgene til Rigsdagen, in: *Love og Anordninger, samt andre offentlige Kundgjørelser*, Kopenhagen 1867

7. Deutschland

Reichsabschied von Lindau vom 9. Februar 1497, abgedruckt in: *Heinz Gollwitzer* (Hrsg.), *Deutsche Reichstagsakten unter Maximilian I.*, Bd. 6: Reichstage von Lindau, Worms und Freiburg 1496–1498, Göttingen 1979, Nr. 51, S. 338–352

Gesetz, betreffend die Verfassung des Deutschen Reichs. Vom 16. April 1871, RGBl. S. 63

Deutsche Reichsverfassung
Bismarcksche Verfassung

– i.d.F. Nr. 2 Gesetz zur Abänderung der Reichsverfassung. Vom 28. Oktober 1918, RGBl. S. 1274

Gesetz	Abkürzung(en)
Handelsgesetzbuch. Vom 10. Mai 1897, RGBl. S. 219	
Wahlgesetz für die Wahlen zur Bürgerschaft vom 5. März 1906, Gesetzsammlung der freien und Hansestadt Hamburg, I. Abteilung, S. 27	WahlG Hamburg 1906
Verfassungsgesetz, betreffend Abänderungen des IX. Kapitels der Verfassungsurkunde. Vom 16. Juli 1906, Regierungsblatt für das Königreich Württemberg, S. 161	
Landtagswahlgesetz. Vom 16. Juli 1906, Regierungsblatt für das Königreich Württemberg, S. 185	
Gesetz für das Herzogtum Oldenburg vom 27. Dezember 1907, betreffend Abänderungen der Gemeindeordnung, Gesetzblatt für das Herzogtum Oldenburg, S. 715	
Gemeindewahlgesetz vom 15. August 1908, Gesetz und Verordnungsblatt für das Königreich Bayern, S. 421	GemeindewahlG Bayern 1908
Wahlordnung für die gemeindlichen Verhältniswahlen vom 18. August 1908, in: Königlich Allerhöchste Verordnung, die Gemeindewahlen betreffend, Gesetz- und Verordnungsblatt für das Königreich Bayern, S. 424	
Vertrag von Versailles vom 28. Juni 1919, abgedruckt in und zitiert nach: RGBl. S. 687	
Die Verfassung des Deutschen Reichs. Vom 11. August 1919, RGBl. S. 1383	WRV 1919 <i>Reichsverfassung</i>
8. England	
Electors of Knights of the Shires Act 1429 (8 Henr. VI, c. 7).	
Representation of the People Act 1867 (30 & 31 Vict. c. 102)	
Representation of the People Act 1884 (48 Vict. c. 3)	
9. Frankreich	
Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen vom 26. August 1789	
10. Norwegen	
Lov indeholdende Forandringer i Lov as 14de Januar 1837 om Formandskaber i Kjøbstæderne, in: Norsk Lovtidende 1896, S. 339	
Lov indeholdende Forandringer i Lov as 14de Januar 1837 om Formanskaber i Kjøbstæderne med Tillægslov as 27de Juli 1896, in: Norsk Lovtidende 1901, S. 292	

Gesetz	Abkürzung(en)
11. Russland	
<p>Основной закон (Конституция) Российской Советской Федеративной Социалистической Республики, 10 июля 1918 г – Osnovnoj zakon (Konstitucija) Rossijskoj Sovetskoj Federativnoj Socialističeskoj Respubliki, 10 ijulja 1918 g (Grundgesetz (Verfassung) der Russischen Sozialistischen Föderalistischen Sowjetrepublik vom 10. Juli 1918); deutsche Übersetzung: Die Verfassung der Russischen Sozialistischen Föderativen Sowjetrepublik. Bestimmungen des fünften all-russischen Sowjetkongresses angenommen in der Tagung vom 10. Juli 1918, Berlin-Wilmersdorf 1918</p>	Verfassung RSFSR 1918
12. Schweiz	
<p>Loi du 22 janvier 1867, modifiant celle du 8 avril 1863, sur l'organisation judiciaire, abgedruckt in: Recueil des Lois, Décrets, Arrêtés et autres Actes du Gouvernement du Canton de Vaud, Bd. 64, Lausanne 1868, S. 18</p>	
<p>Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (AS I 38)</p>	<i>schweizerische Verfassung</i>
<p>Decreto de revisione costituzionale del 9 febbrajo 1891, in: Raccolta ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi della Repubblica e Cantone del Ticino 1891</p>	
<p>Loi constitutionnelle concernant l'élection des députés au Grand Conseil du 6 juillet 1892, in: Recueil authentique des lois et actes du gouvernement de la République et Canton de Genève 1892, S. 307</p>	
<p>Gesetz über die Wahlen in den Grossen Rat nach dem Grundsatz der Verhältniswahl vom 26. Januar 1905, in: Sammlung der Gesetze und Beschlüsse wie auch der Polizei-Verordnungen, welche vom 1. Januar 1901 bis 31. Dezember 1905 für den Kanton Basel-Stadt erlassen worden, Bd. 18, Basel 1906, S. 272–279</p>	WahlG Basel 1905
<p>Loi sur les votations et élections du 3 mars 1906, abgedruckt in: Loi sur les votations et élections du 3 Mars 1906, collationnée suivant arrêté du Conseil d'Etat du 20 Avril 1917, Genf 1919</p>	
<p>Gesetz über das proportionale Wahlverfahren für die Mitglieder des Grossen Rates und des Verfassungsrates vom 24. November 1911, in: Kanton St. Gallen. Gesetzessammlung, Bd. 10 (N.F.): 1908–1911, St. Gallen 1911, S. 472–483 (Nr. 63)</p>	
13. Serbien	
<p>Устав Краљевине Србије – Ustav Kraljevine Srbije (Verfassung des Königreichs Serbien) vom 22. Dezember 1888</p>	

Gesetz	Abkürzung(en)
14. Südafrika	
State of Good Hope Ordinance 1852	
15. Tasmanien	
The Electoral Act, 1907 (7 Edw. VII., c. 6.)	
16. Ungarn	
1867. évi XII. törvénycikk a magyar korona országai és az Ő 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)	
17. Vereinigte Staaten von Amerika	
Constitution of the United States of September 17, 1787	
Chapter 194 of the Laws of New York 1867, an Act to Provide for a Convention to Revise and Amend the Constitution	
Constitution of Illinois 1870	
18. Multilaterale Verträge	
Convention [XII] relative à l'Établissement d'une Cour Internationale de Prises (Den Haag, 18. Oktober 1907), abgedruckt in: Final Act of the Second Peace Conference, held at The Hague in 1907 and Conventions and Declaration annexed thereto (Cd 4175, 1908), London 1908, S. 101–116	

II. Sortierung nach Abkürzungen

Abkürzung	Gesetz
Ah. Handschreiben Bosnien 1908	Ah. Handschreiben an die beiden Ministerpräsidenten und Ah. Handschreiben an den Minister des Äußern vom 5. Oktober 1908, abgedruckt in: <i>Edmund Bernatzik</i> (Hrsg.), Die österreichischen Verfassungsgesetze, 2. Aufl., Wien 1911, S. 1030
Beschluß Beitritts- erklärung 1918	Beschluß der Provisorischen Nationalversammlung für Deutsch- österreich vom 12. November 1918, betreffend die feierliche Bei- trittserklärung der Länder, Kreise und Gaue des Staatsgebietes, StGBI 1918/23
Beschluß Staatsge- walt 1918	Beschluß der Provisorischen Nationalversammlung für Deutsch- österreich vom 30. Oktober 1918 über die grundlegenden Einrich- tungen der Staatsgewalt, StGBI 1918/1

Abkürzung	Gesetz
<i>Bismarcksche Verfassung</i>	Gesetz, betreffend die Verfassung des Deutschen Reichs. Vom 16. April 1871, RGBl. S. 63
B-VG 1920	Gesetz vom 1. Oktober 1920, womit die Republik Österreich als Bundestaat eingerichtet wird (Bundes-Verfassungsgesetz), StGBI 1920/450 = BGBl 1920/1
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
<i>Deutsche Reichsverfassung</i>	Gesetz, betreffend die Verfassung des Deutschen Reichs. Vom 16. April 1871, RGBl. S. 63
Februarpatent 1861	Patent vom 26. Februar 1861. Die Verfassung der österreichischen Monarchie, nebst zwei Beilagen, RGBl 1861/20
GemeindewahlG Bayern 1908	Gemeindewahlgesetz vom 15. August 1908, Gesetz und Verordnungsblatt für das Königreich Bayern, S. 421
<i>Gesetz über die Ministerverantwortlichkeit</i>	Gesetz vom 25. Juli 1867, über die Verantwortlichkeit der Minister für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGBl 1867/101
GG richterliche Gewalt 1918	Grundgesetz vom 22. November 1918 über die richterliche Gewalt, StGBI 1918/38
<i>Handelsgesetzbuch</i>	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 Herzogthümer 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
LänderG 1918	Gesetz vom 14. November 1918, betreffend die Übernahme der Staatsgewalt in den Ländern, StGBI 1918/24
Landesverfassung Salzburg 1918	Kundmachung des Landesrates des Landes Salzburg vom 9. November 1918, No. 1, L.-B., betreffend die Verlautbarung einer neuen Verfassung für das Land Salzburg, LGBI Salzburg 1918/59
MinisterverantwortlichkeitsG 1867	Gesetz vom 25. Juli 1867, über die Verantwortlichkeit der Minister für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGBl 1867/101

Abkürzung	Gesetz
<i>Ministerverantwortlichkeitsgesetz</i>	Gesetz vom 25. Juli 1867, über die Verantwortlichkeit der Minister für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGBl 1867/101
prov LO Deutschböhmen 1918	Gesetz vom 28. November 1918 über die provisorische Landesordnung für die Provinz Deutschböhmen, LGBl Deutschböhmen 1918/1
RechnungshofG 1919	Gesetz vom 6. Februar 1919 über den Staatsrechnungshof, StGBL 1919/85
<i>Reichsratswahlordnung von 1907</i>	Gesetz vom 26. Jänner 1907, betreffend die Wahl der Mitglieder des Abgeordnetenhauses des Reichsrates, RGBl 1907/17
<i>Reichsverfassung</i>	Die Verfassung des Deutschen Reichs. Vom 11. August 1919, RGBl. S. 1383
<i>schweizerische Verfassung</i>	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (AS I 38)
SozialisierungsG 1919	Gesetz vom 14. März 1919 über die Vorbereitung der Sozialisierung, StGBL 1919/181
StaatsregierungsG 1919	Gesetz vom 14. März 1919 über die Staatsregierung, StGBL 1919/180
<i>Staatsvertrag mit der Türkei</i>	Protokoll zwischen Österreich-Ungarn und der Hohen Pforte vom 26. Februar 1909, abgedruckt in: <i>Edmund Bernatzik</i> (Hrsg.), <i>Die österreichischen Verfassungsgesetze</i> , 2. Aufl., Wien 1911, S. 1033–1037
StGG Reichsvertretung 1867	Gesetz vom 21. December 1867, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert wird, RGBl 1867/141
StV St. Germain 1919	Staatsvertrag von Saint-Germain-en-Laye vom 10. September 1919, abgedruckt in und zitiert nach: StGBL 1920/303
Verfassung RSFSR 1918	Основной закон (Конституция) Российской Советской Федеративной Социалистической Республики, 10 июля 1918 г – Osnovnoj zakon (Konstitucija) Rossijskoj Sovetskoj Federativnoj Socialističeskoj Respubliki, 10 ijulja 1918 g (Grundgesetz (Verfassung) der Russischen Sozialistischen Föderalistischen Sowjetrepublik vom 10. Juli 1918); deutsche Übersetzung: <i>Die Verfassung der Russischen Sozialistischen Föderativen Sowjetrepublik</i> . Bestimmungen des fünften allrussischen Sowjetkongresses angenommen in der Tagung vom 10. Juli 1918, Berlin-Wilmersdorf 1918
<i>Verfassungsbeschuß vom 30. Oktober</i>	Beschluß der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich vom 30. Oktober 1918 über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt, StGBL 1918/1
Verfassungsnovelle 1918	Gesetz vom 19. Dezember 1918, womit einige Bestimmungen des Beschlusses der Provisorischen Nationalversammlung für Deutsch-

Abkürzung	Gesetz
	österreich über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt vom 30. Oktober 1918, St.G.Bl. Nr. 1, abgeändert oder ergänzt werden, StGBI 1918/139
<i>Verfassungsnovelle vom 19. Dezember</i>	Gesetz vom 19. Dezember 1918, womit einige Bestimmungen des Beschlusses der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt vom 30. Oktober 1918, St.G.Bl. Nr. 1, abgeändert oder ergänzt werden, StGBI 1918/139
<i>Verfassung von 1861</i>	Patent vom 26. Februar 1861. Die Verfassung der österreichischen Monarchie, nebst zwei Beilagen, RGBl 1861/20
VerhältniswahlG Belgien 1899	Loi relative à l'application de la représentation proportionnelle aux élections législatives, in: <i>Moniteur Belge. Journal Officiel</i> 1899, S. 5379
<i>Vertrag mit der Türkei</i>	Protokoll zwischen Österreich-Ungarn und der Hohen Pforte vom 26. Februar 1909, abgedruckt in: <i>Edmund Bernatzik</i> (Hrsg.), <i>Die österreichischen Verfassungsgesetze</i> , 2. Aufl., Wien 1911, S. 1033–1037
VolksvertretungsG 1919	Gesetz vom 14. März 1919 über die Volksvertretung, StGBI 1919/179
Vorl Verf Kärnten 1918	Vorläufige Verfassung des Landes Kärnten. Beschluß der vorläufigen Landesversammlung vom 11. November 1918, Nr. 1, LA Z. 16745/18, abgedruckt in: <i>Veröffentlichungen über die Beratungen der Kärntner vorläufigen Landesversammlung in der Zeit vom 11. November 1918 bis 4. Juli 1921</i> , Klagenfurt 1922, S. 3–5
Vorl Verf Sudetenland 1918	Vorläufige Verfassung der deutschösterreichischen Provinz Sudetenland, in: Beschluß der provisorischen Landesversammlung des Sudetenlandes vom 16. November 1918
VwGG 1919	Gesetz vom 6. Februar 1919 über die Errichtung eines deutschösterreichischen Verwaltungsgerichtshofes, StGBI 1919/88
WahlG Basel 1905	Gesetz über die Wahlen in den Grossen Rat nach dem Grundsatz der Verhältniswahl vom 26. Januar 1905, in: <i>Sammlung der Gesetze und Beschlüsse wie auch der Polizei-Verordnungen, welche vom 1. Januar 1901 bis 31. Dezember 1905 für den Kanton Basel-Stadt erlassen worden</i> , Bd. 18, Basel 1906, S. 272–279
WahlG Hamburg 1906	Wahlgesetz für die Wahlen zur Bürgerschaft vom 5. März 1906, <i>Gesetzsammlung der freien und Hansestadt Hamburg</i> , I. Abteilung, S. 27
WRV 1919	Die Verfassung des Deutschen Reichs. Vom 11. August 1919, RGBl. S. 1383

Personenregister

Das Personenregister bezieht sich auf die Schriften Kelsens sowie auf die Herausgeberrede. Letztere umfasst die editorischen Anmerkungen, den Einleitungsbeitrag und die Editorischen Berichte. Keine Berücksichtigung finden Personennamen in bibliographischen Angaben. Nachweise aus Kelsens Haupttext werden durch die Angabe der Seite geführt. Die Herausgeberrede und der Einleitungsbeitrag werden im Grundsatz wie die Autorenrede behandelt; zur Unterscheidung werden die Fundstellen indes mit einem Asteriskus versehen (Bsp.: 614*f. oder 529.258*). Halbfett gesetzte Zahlen markieren die Fundstelle einer editorischen Personenerläuterung (Bsp.: 526.250*).

A

Adler, Victor 611*, 617*, 619*
Apelt, Willibalt 687*
Aristoteles 191.23*, 206.24*, 360.306*
Austerlitz, Friedrich 611*, 617*

B

Baily, Walter 46, 46.49*
Bakunin, Michael 292
von Bar, Carl Ludwig 451, 451.600*, 452, 483
Barabbas 197, 208, 759*
Barazon, Ronald 580*
Bartolo da Sassoferrato 276, 276.26*
Basta, Danilo N. 777*
Bauer, Otto 664*
von Beling, Ernst 504, 504.795*
Benedikt, Ernst 596*, 603*, 797*
Benedikt, Moriz 596*, 603*, 797*
Bergbohm, Karl Magnus 354, 354.289*, 355, 356, 358, 363, 400, 412, 429, 434, 442, 511, 518
Bernatzik, Edmund 32, 88, 150, 150.1*, 151, 152, 152.10*, 592*, 600*, 619*, 623*, 629*, 642*, 643*, 648*, 650*, 654*, 655*, 662*, 667*, 674*, 675*, 677*–680*, 682*, 696*
Binder, Julius 425
Binding, Karl 403, 403.414*, 404, 405, 494, 518–520, 523, 539, 540, 559, 560

von Bismarck, Otto 73, 469.667*
Bloch, Ernst 186.12*, 204.17*
Bluntschli, Johann Kaspar 290, 290.70*, 466, 467, 497, 518
Bodin, Jean 273, 273.17*, 276
Bonfils, Henry 469, 469.671*, 474
Bonucci, Alessandro 784*
Breitenstein, Friederike 694*, 703*
Bretschneider, Ludwig August 611*, 617*
Brie, Siegfried 531, 531.891*
von Brockdorff-Rantau, Ulrich 664*
Bronstein, Lew Dawidowitsch s. *Trotzki, Leo*
Bum, Ernst 704*
Burian, Max 704*

C

Cahn, Ernst 28, 38, 39, 40, 595*
Carnap, Rudolf 763*
Carrino, Agostino 777*
Cicero 718*
Clöti s. *Klöti, Emil*
Cohen, Hermann 790*
Cornelius, Max 416

D

d'Hondt, Victor 38, 38.36*, 39, 56, 56.18*, 593*
Dock, Adolf 273, 276
Duguit, Léon 389.371*

E

Ebers, Godehard Josef 309, 309.151*, 315, 503, 535, 536, 538, 545–566
 Engels, Friedrich 195, 195.33*, 196, 207, 207.32*, 755*, 756*
 Ermacora, Felix 658*
 d'Espinoza, Bento s. *Spinoza, Baruch de*
 Etienne, Michael 596*, 603*, 797*
 Eucken, Rudolf 247*, 260*

F

Federn, Walther 580*, 581*
 von Ferneck, Alexander Freiherr Hold 678*
 Fichte, Johann Gottlieb 366.324*, 415, 422, 726*, 760*
 Fleischer, Georg 586*, 587*
 Fricker, Karl Viktor 340, 340.240*, 341, 342, 345, 349, 413, 442, 443, 455
 Friedländer, Max 595*, 603*, 797*
 Friedrich Wilhelm I. 499.778*
 Friedrich Wilhelm, Kronprinz 469.667*

G

Gareis, Karl 472, 472.689*, 473, 474, 476
 Geffcken, Friedrich Heinrich 469, 469.667*
 von Gerber, Carl Friedrich 239*, 251*
 Geyerhahn, Siegfried 44.48*
 von Gierke, Otto 345, 345.265*
 Glaser, Julius 439.560*
 Goldscheid, Rudolf 766*
 Griller, Stefan 624*, 630*, 643*, 656*, 676*, 683*
 Grotius, Hugo 464, 464.655*

H

Haenel, Albert 317, 317.177*, 321, 554
 Hagenbach-Bischoff, Eduard 38, 38.34*, 39, 46, 56, 56.18*, 174, 174.12*, 593*
 Hanslick, Eduard 596*, 603*, 797*
 Hare, Thomas 37, 37.32*, 38, 39, 45, 46, 593*
 Harpprecht, Christian Ferdinand 545.928*
 Hasbach, Wilhelm 731*, 732*
 Heffter, August Wilhelm 467, 467.660*, 468, 469

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich 366, 366.324*, 415, 455, 455.611*, 459, 499, 523, 570
 Heilborn, Paul 341.242*, 385, 401–403, 405, 486, 491–493, 523, 525
 von Heinlein Hussarek, Max Freiherr 623*, 629*, 642*, 655*, 675*, 679*, 682*
 Held, Joseph 548
 Heller, Hermann 795*, 796*
 Henrich, Walter 791*
 Herzl, Theodor 596*, 603*, 797*
 Heuss, Theodor 186.12*, 204.17*
 Hölder, Eduard 422.480*
 von Hofmannsthal, Hugo 596*, 603*, 797*
 von Holtzendorff, Franz 471, 471.684*, 472
 Huber, Hans Max 509.813*, 525, 528
 Hummer, Gustav 588*

I

von Ihering, Rudolf 349, 349f.281*, 697*, 705*

J

Jaspers, Karl 186.12*, 204.17*
 Jellinek, Georg 152, 152.8*, 186.12*, 204.17*, 243*, 256, 281.36*, 282, 287.52*, 307, 310–316, 321f., 324–331, 335, 337, 338, 340, 341, 343, 347, 359, 400, 427, 429–432, 443–446, 451, 452, 482–484, 521, 535, 538, 540, 541, 546, 554, 555, 564, 584*
 Jellinek, Walter 363, 364, 784*
 Jestaedt, Matthias 249*
 Jesus 197, 208, 710*, 758*, 759*
 Johannes 197, 758*
 Johann, Lothar 694*, 697*, 702*, 704*, 705*
 Jolson-Uhlfelder, Julius s. *Stahl, Friedrich Julius*
 Julius, Adolf 623*, 629*

K

Kaiser s. *Kelsen, Hans*
 Kaltenborn von Stachau, Carol Baron 415.451*, 499, 501, 502, 504–507, 509–515
 Kammerhofer, Jörg 249*

Kant, Immanuel 210.2*, 245*, 259*, 267, 278.8*, 280, 283, 284, 288.56*, 491, 499.778*, 726*, 760*, 790*

Karl VI. 118.10*

Kaufmann, Erich 311, 311.157*, 431, 457, 458, 459, 522, 784*

Kaufmann, Felix 791*

Kaufmann, Wilhelm 393, 393.378*, 424, 426

Kautsky, Karl 754*

Kelsen, Hans 27.3*, 48.56*, 52.2*, 57.22*, 60.3*, 74.15*, 78.4*, 84.4*, 98.3*, 98.6*, 108.33*, 118.9*, 124.53*, 141.160*, 170.1*, 172.6*, 174.12*, 182, 187, 197, 200.1*, 223.48*, 237*–262*, 268.14*, 289.62*, 293.86*, 362.307*, 378.337*, 386.361*, 389.371*, 413.443*, 441, 497.771*, 574.1*, 580*–603*, 605*–616*, 618*–630*, 632*–652*, 654*–659*, 661*–672*, 675*–683*, 685*–693*, 695*–710*, 712*–714*, 732*, 743*, 758*, 761*–797*, 799*

Kemetter, August Maria 63, 63.24*, 63.f.25*, 588*, 698*

Kistiakowski, Theodor 281, 281.34*

Kjellén, Johan Rudolf 289, 289.65*, 290

Klecatsky, Hans 764*

Klein, Franz 170.1*, 200.1*, 693*, 700*, 704*, 706*

Klöti, Emil 47, 47.52*, 172, 172.8, 594*, 595*

Kneihs, Benjamin 624*, 630*, 643*, 656*, 676*, 683*

Koellreutter, Otto 780*

Kohler, Josef 403.414*

Koigen, David 751*

Kormann, Karl 687*

Krabbe, Hugo 267, 267.f.12*, 292, 293, 293.86*, 294–301, 305, 306, 389, 427–429, 784*

Krückmann, Paul 766*–768*

Kulka, Adolf 694*, 702*

Kunz, Josef L. 623*, 629*, 643*, 655*, 675*, 682*, 791*

L

Laband, Paul 152, 152.7*, 238*, 242*, 243*, 250*, 255*, 256*, 285, 285.46*, 325, 330, 331, 335–338, 347, 349, 350, 420–423, 535, 541, 544, 548, 688*, 796*

Lammasch, Heinrich 84.4*, 504, 623*, 626*, 629*, 642*, 655*, 675*, 678*, 679*, 682*

Lask, Emil 186.12*, 204.17*

Lassalle, Ferdinand 595*, 603*, 797*

Lasson 293.86*, 455, 455.611*, 456, 457, 459, 460, 461, 530, 570

Laun, Rudolf 84, 84.2*, 84.3*, 85, 622*, 625*–629*

Layer, Max 154, 154.4*, 155, 157–167, 642*, 655*, 675*, 681*, 685*–690*, 692*, 779*

Lederer, Emil 714*

Leibniz, Gottfried Wilhelm 413.442*, 499.778*

Lenin, Wladimir Iljitsch 183, 183.9*, 186–188, 203, 203.12*, 204, 205, 732*, 740*, 743*, 744*

von Liszt, Franz Ritter 393.382*, 431, 475–479, 489, 493, 510, 525–527

Löbl, Emil 637*

Löffler, Alexander 170.1*, 697*, 698*, 700*

Lukács, Georg 186.12*, 204.17*

M

Mach, Ernst 245*, 246*, 258*–260*, 365, 365.319*

Mannlicher, Egbert 649*, 650*, 666*

Marcic, René 764*

Marck, Siegfried 289.f.68*, 571

Martens, Friedrich Fromhold 426.499, 511, 511.819*, 512, 521

Marx, Karl 182, 182.7*, 195, 196, 207, 207.31*, 596*, 603*, 732*, 755*, 756*, 797*

Mausbach, Joseph 503, 503.792*

Mauthner, Theodor 49.58*, 171.4*

Mayer, Eduard 636*

Mayer, Otto 152, 152.9*, 154, 154.2*, 155, 159, 159.21*, 160, 162, 166, 687*–690*, 692*

Mayr, Michael 537.905*

Meiner, Felix 763*

Meloni, Giuseppe 784*

Menzel, Adolf 154.4*, 623*, 629*, 642*, 655*, 675*, 679*, 680*, 682*, 707*

Merkel, Adolf Julius 124, 124.53*, 378, 378.337*, 379, 382, 386.361*, 574.1*, 583*, 589*, 601*, 607*, 613*, 623*, 629*, 643*, 649*, 650*, 655*, 666*, 675*, 682*, 764*, 791*, 792*

Métall, Rudolf Aladár 679*, 709*, 761*
 Montesquieu, Charles-Louis de Secondat,
 Baron de la Brède et de 187, 187.16*, 203,
 203.14*, 711*, 736*, 743*
 von Mühlwerth, Albert 637*

N

Nagao, Ryūichi 777*
 Natorp, Paul 265, 265.4*
 Naumann, Friedrich 186.12*, 204.17*
 Nawiasky, Hans 649*, 666*
 Nelson, Leonard 267, 267.10*, 448, 449,
 459, 522, 784*
 Nietzsche, Friedrich 190, 190.21*, 747*
 Nippold, Otfried 390.374*, 432–436,
 438–441, 444, 446, 506, 784*

O

Oppenheim, Heinrich Bernhard 514,
 514f.842*
 Oppenheim, Lassa 523, 523.874*, 528, 530

P

von Pantz, Ferdinand Freiherr 588*
 Pappenheim, Bertha 49.58*, 171.4*
 Pappenheim, Wilhelm 49.58*, 171, 171.4*,
 587*, 699*
 Paulson, Stanley L. 680*
 Pauly, Friedrich August 223, 223.48*
 Petzoldt, Joseph 763*
 Pilatus 197, 208, 710*, 759*
 Pisko, Ignaz 693*, 702*
 Pitamic, Leonidas 365, 437, 623*, 629*,
 643*, 655*, 675*, 682*, 791*
 Plato(n) 191, 191.23*, 191.24*, 193, 206,
 206.23*, 206.24*, 206f.28*, 749*, 752*
 Pokorny, Rudolf 611*, 617*
 Pollak, Oscar 611*, 617*
 Popp, Julius 611*, 617*
 Preuß, Hugo 48, 48.54*, 141.160*, 274,
 274.18*, 344–349, 664*, 784*
 Pribram, Karl 581*
 Prix, Johann Nepomuk 697*, 705*
 Pütter, Karl Theodor 499, 499.775*, 522

R

Radbruch, Gustav 186.12*, 204.17*, 355
 Radnitzky, Ernst 349, 349.277*
 Rathenau, Walther 740*
 Redslob, Robert 326, 326.197*, 529
 Rehm, Hermann 393, 393.379*, 426, 427
 Reichenbach, Hans 763*
 Renault, Louis 575, 575.6*
 Renner, Karl 48, 48.56*, 48.57*, 52.2*, 60,
 60.3*, 98, 98.3*, 99, 99.7*, 116.2*, 124.53*,
 126.74*, 171f., 172.6*, 172.7, 378.337*,
 589*, 591*, 592*, 600*, 601*, 606*,
 612*–614*, 621*, 637*–640*, 648*, 658*,
 662*, 663*, 699*, 707*
 Rivier, Alphonse (Pierre Octave) 471,
 471.678*
 Rosin, Heinrich 47.50*, 320, 320.185*, 325,
 335, 336, 351, 352
 Rousseau 26, 26.1*, 26.2*, 107, 107.31*,
 107.32*, 177, 177.2*, 178, 180, 181, 187,
 191, 193, 201, 201.3*, 202, 206, 529,
 529.885*, 556, 595*, 710*, 712*, 719*,
 720*, 725*, 726*, 729*, 730*, 743*, 749*,
 752*, 760*
 Russell, John Russel, First Earl 31, 31.9*,
 595*
 S
 Salten, Felix 596*, 603*, 797*
 Sander, Fritz 289, 289.62*, 380, 383, 490,
 491, 649*, 666*, 791*
 von Savigny, Friedrich Carl 357.301*
 Schäffer, Heinz 624*, 630*, 643*, 656*,
 676*, 683*
 Schambeck, Herbert 764*
 Scheidemann, Philipp 48.54*, 274.18*
 Schiff, Walter 56, 56.20*, 170.1*, 171, 171.2*,
 581*, 693*, 697*, 698*, 700*
 Schloßmann, Siegmund 215, 215.18*
 Schmidt, Raymund 763*, 764*
 Schmitt, Carl 795*
 Schnitzler, Arthur 596*, 603*, 797*
 Schoen, Paul 445, 445.579*, 446, 447, 484
 Schopenhauer, Arthur 247*, 248*, 261*,
 262*
 Schreier, Fritz 791*
 Schreuer, Christoph 624*, 630*, 643*,
 656*, 676*, 683*

von Schulze-Gaevernitz, Hermann Johann
 Friedrich 352, 352.287*
 von Schwind, Ernst Freiherr 640*
 Scott, Sir William 469, 469.668*
 Seidl-Hohenveldern, Ignaz 623*, 630*,
 643*, 656*, 676*, 683*
 Seidler-Feuchtenegg, Ernst 170.1*, 693*,
 697*, 698*
 von Seydel, Max 285, 285.45*, 548
 Siebeck, Oskar 780*, 785*
 Siebeck, Paul 775*, 780*
 Siebeck, Werner 780*–784*
 Sieghart, Rudolf 636*
 Simmel, Georg 186.12*, 204.17*, 281.34*,
 343, 343.254*, 344
 Sokrates 191, 191.24*, 206, 206.23*, 749*
 Sombart, Werner 186.12*, 204.17*
 Somló, Bódog 301, 301.113*, 302–306,
 461–463
 Spinoza, Baruch de 366, 366.322*
 Spira, Emil 584*
 Springer, Rudolf s. *Renner, Karl*
 Stahl, Friedrich Julius 196, 196.34*, 196.35*,
 208, 208.33*, 208.34*, 293, 293.85*, 293.86*,
 758*
 Stammer, Rudolf 267, 267.9*, 784*
 Steffen, Gustav Frederik 726*, 731*
 Stirner, Max 292
 Stoerk, Felix 688*
 von Stöger-Steiner, Rudolf Freiherr 627*,
 779*
 Stolper, Gustav 581*
 Strisower, Leo 521, 521.861*, 522
 Szeps, Moritz 636*

T

Teufel, Oskar 588*
 Tezner, Friedrich 435, 435.547*, 436, 437,
 441
 Tocqueville, Alexis de 548, 548.937*
 von Treitschke, Heinrich 416, 416.453*
 Triepel, Heinrich 383.348*, 384, 386, 387,
 397, 400, 401, 403, 405–407, 410–412,
 431, 446, 486, 784*
 Troeltsch, Ernst 785*
 Trotzki, Leo 188, 188.18*, 205, 205.20*, 744*

U

Uljanow, Wladimir Iljitsch s. *Lenin,
 Wladimir Iljitsch*
 von Ullmann, Emanuel Ritter 413.446*,
 479–482, 506
 Unger, Joseph 439, 439f.560*, 440.561*

V

Vaihinger, Hans 210, 210.2*, 211–218,
 218.32*, 219–234, 288.56*, 763*–774*
 Verdroß, Alfred 386, 386.361*, 419, 441,
 574, 574.1*, 575, 623*, 629*, 630*, 642*,
 643*, 655*, 675*, 676*, 682*, 683*, 704*,
 764*, 791*, 792*, 779*, 799*

W

Wach, Adolf 403.414*
 Walter, Robert 679*f., 680*
 Weber, Max 186, 186.12*, 204, 204.17*,
 653*, 733*, 740*, 743*
 Weiss, Franz Xaver 50, 50.64*, 595*
 Weyr, Franz 389.371*, 623*, 629*, 643*,
 655*, 675*, 682*, 784*, 791*, 792*, 796*
 Windelband, Wilhelm 281.34*
 Windscheid, Bernhard 422.480*
 Wittmayer, Leo 581*, 649*, 650*, 666*
 von Wolff, Christian 235, 499, 499.778*, 501,
 507–513, 776*
 Wurmbrand, Norbert 88, 88f.3*, 89–96,
 622*, 628*, 629*, 632*–635*, 685*, 689*,
 790*

Z

Zorn, Albert 416, 417, 417.463*, 420
 Zorn, Philipp 416.457*, 417, 417.463*, 418,
 423, 430, 431, 455, 784*
 Zweig, Stefan 596*, 603*, 797*

Sachregister

Das Sachregister bezieht sich auf die Schriften Kelsens, den Einleitungsbeitrag sowie auf die Herausgeberrede. Letztere umfasst die editorischen Anmerkungen und den Editorischen Bericht. 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 Anmerkungszahl (Bsp.: 246.1). Die Herausgeberrede und der Einleitungsbeitrag werden im Grundsatz wie die Autorenrede behandelt; zur Unterscheidung werden die Fundstellen indes mit einem Asteriskus * versehen (Bsp.: 638*f. oder 509.210*). 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.: „Die“, „Ein“) außer Betracht; damit die Stichworteinträge als Beiträge Kelsens leichter identifiziert werden können, sind sie mit dem Klammerzusatz „(HK)“ versehen. Einzelne Gesetzesbestimmungen werden wie folgt gereiht: Art der Ordnungszahl (Art., Nr., §); Datum des Rechtsaktes; Ordnungszahl (aufsteigend).

A

Abgeordnete

- als Tyrannen 26, 107
- Bindung der ~ an ihre Wähler 182
- Diskrepanz zwischen Majorität der Wähler und der ~ 29f.

Ableitung der (Staats-)Gewalt bei Georg Jellinek 325–328

Absolutismus

- Konservierung eines Stücks des ~ im Konstitutionalismus durch die deutsche Staatstheorie 298

Abstimmungsbezirk *s. a. Wahlkreis* 55

- Einerwahlkreis als bloßer ~ 172

acceptance

- autonomous ~ of a systems of norms allows the system to persist 246*

actus contrarius *s. a. mutuus dissensus*

- eine Rechtsnorm muss nicht in der Weise abgeändert werden können, wie sie entstanden ist 319, 558
- über Aufhebbarkeit durch ~ muss die Rechtsordnung bestimmen 419, 558

Adressat der Rechtsnorm *s. Normsubjekt*

Aktiengesellschaft

- als Personifikation ihres Statuts 291

- Entstehung der ~ analog zu der des Staates im Völkerrecht 494
- Statut/Verfassung der ~ ist nur der Gesellschaftsvertrag 537
- „Allgemeine Staatslehre“ (HK) 787*
- „Allgemeine Theorie der Normen“ (HK) 787*, 789*
- Allmacht Gottes und des Staates 292.1
- Als Ob
- Anwendung der Philosophie des ~ auf die Fiktionen der Rechtstheorie 213
- Philosophie des ~ 211–217
- Sprachform des ~ 218
- Alternativverpflichtung
- ein Vertrag kann den Fall des Vertragsbruchs nicht regeln, höchstens eine ~ 496
- Analogische Interpretation 226
- Anarchie
- als Rechtsordnung ohne Herrschaft 515
- Staatensystem als trauriges Beispiel juristischer Begriffs~ 514
- Völkerrecht als anarchisches Recht 515
- Änderung
- der Rechtsordnung 317–319, 377–383
- des Staatsgebiets 345
- Fähigkeit des Staates zu wesentlicher ~ seiner selbst 344–349

- Anerkennung s. *Anerkennung als Staat, Anerkennung des Völkerrechts, Anerkennungstheorie des staatlichen Rechts, Anerkennungstheorie des Völkerrechts*
- Anerkennung als Staat 487–493
- als Delegation von dessen Rechtsordnung durch das Völkerrecht 488
 - als Verfahren, worin dieser erzeugt wird 490f.¹
 - bei Heilborn 491–493
 - bei Sander 490f.¹
 - gegenseitige ~ durch die Staaten und Souveränitätsdogma 447–450
 - und Völkerrechtssubjektivität 490
 - Verweigerung der ~ berechtigt zur Retorsion 488f.
- Anerkennung des Völkerrechts s. a. *Anerkennungstheorie des Völkerrechts, Primat der staatlichen Rechtsordnung*
- als freie Willensäußerung 474
 - als Verweisung der staatlichen Rechtsordnung auf dieses s. a. *Primat der staatlichen Rechtsordnung* 401, 414f.
 - als Voraussetzung von dessen Geltung 400, 444, 446, 501
- Anerkennungstheorie des staatlichen Rechts
- analog zur Anerkennungstheorie des Völkerrechts 485f.
 - setzt die naturrechtliche Vertragstheorie fort 485
- Anerkennungstheorie des Völkerrechts s. a. *Anerkennung des Völkerrechts, Primat der staatlichen Rechtsordnung* 400f., 411, 414, 417, 444, 446f., 450f., 474f., 479
- als notwendige Hypothese, wenn Souveränität des Staates angenommen wird 414
 - analog zur Anerkennungstheorie des staatlichen Rechts 485f.
 - bei Heilborn 486f.
 - bei Georg Jellinek 483f.
 - bei Martens 511f.² (512)
 - bei Schoen 484f.
 - bei Triepel 486
 - ist nur mit Fiktionen möglich 484–487
 - steht im Widerspruch zur Annahme der Geltung des Völkerrechts für neu entstandene Staaten 483–487
 - steht im Widerspruch zur Begründung der völkerrechtlichen Existenz des Staates durch dessen Anerkennung von Seiten Dritter 487
 - steht im Widerspruch zur objektiven Geltung des Völkerrechts 467–472, 474, 478
- Angelobung 105
- Angliederung s. *Annexion, Anschluss*
- Deutscher Reich an das Deutsche Reich*
- Anknüpfung von Rechtsfolgen an Tatbestände als einzige Funktion des Gesetzgebers 222
- „Annalen der Philosophie“ 763*–766*
- Annexion
- Bosniens und Herzegowinas durch Österreich-Ungarn 95f.
 - drei Möglichkeiten für die ~ eines Gebietes durch Österreich-Ungarn 88
- Anonyme Kritik an Hans Kelsen 97–100, 638*–640*
- „Der Anschluß“ (HK) 97–100, 636*–641*
- Anschluss Deutscher Reich an das Deutsche Reich 99f., 103, 119, 143–146
- Anthropomorphismus s. a. *Personifikation* 288.1, 314, 331, 370, 377, 448f.¹, 451, 457, 503f.³ (504)
- Antiessentialismus 690*
- Antike
- Freiheitsidee der ~ 176f.
 - keine Souveränitätstheorie in der ~ 275
- „Die Antinomie von Recht und Staat“ (nicht verwirklichtes Buchprojekt von Hans Kelsen) 778.500*
- Anwendung
- des Rechts durch den Richter als Satzung einer individuellen Norm 355
- „Arbeiter-Zeitung“ 610*f., 616*f.
- Argentinien
- Verhältniswahl in Mendoza 36
- Assoziationstheorie s. *Gesellschaftsrecht*
- Aufhebung
- eines völkerrechtlichen Vertrags durch Vertrag (mutuus dissensus) nur, wenn von der Rechtsordnung zugelassen 419, 558f.
- Auflösung
- Fähigkeit des Staates zur ~ seiner selbst 344–346
- Ausgangspunkt
- juristischer ~ ist willkürlich, nur denk-
önomisch, jedenfalls nicht juristisch zu bestimmen 362–365

- Ausgleichung der Zentralisation auf dem Gebiete der Gesetzgebung durch Dezentralisation auf dem Gebiete der Verwaltung 142
- Ausland
- Geltung der eigenen Staatsordnung für Staatsbürger im ~ 339
- Ausschließlichkeit des Staates auf seinem Gebiet 341–343
- Äußeres Staatsrecht
- Völkerrecht als ~ 415–420, 423 f., 430, 432 f., 442, 464 f., 467, 471
- Autarkie
- bei Aristoteles 275
- Autonome Provinz
- Länder Deutschösterreichs als ~ 127 f.
 - und Gliedstaat 334
- autonomous acceptance of a systems of norms allows the system to persist 246*
- Autorität
- „~ nicht Majorität“ 196, 207
 - ist ein Mensch nur kraft Einsetzung durch eine Norm 279, 524
- B**
- Baden 352
- basic norm
- principle of effectiveness is implied in the ~ 259*
 - selection of ~ is arbitrary from a juristic perspective 245*
- Bataillon
- Gott ist bei den stärkeren ~ 522 f.3 (523)
- Bayern 333
- Verhältniswahl in ~ 36
- Beamte
- Berufsbeamtentum ist unvereinbar mit einer Demokratie 187
 - Ernennung von ~ in Deutschösterreich 110
- Bedingung
- als Grund einer Folge und nicht als Ursache einer Wirkung 156
- Begriff
- aus einem ~ können keine Rechtsnormen abgeleitet werden, die nicht schon vorher vorausgesetzt sind 475
- Begriffsanarchie 514
- Beitrittserklärung
- der Länder Deutschösterreichs 124–131
 - faktische Bedeutung des mit der ~ verbundenen Verfassungsbeschlusses 130
 - Wortlaut der ~ als entscheidendes Argument 123
- Belgien
- Verhältniswahl in ~ 36
- Bernatzik, Edmund 150 f.1*
- Nachruf für ~ 149–152, 674*–680*
 - Stellung von ~ in der Theorie des öffentlichen Rechtes 152
 - wichtige Werke 150 f.
- Berufsbeamtentum *s. a. Bürokratie*
- ist unvereinbar mit einer Demokratie 187
- Bestechlichkeit
- Vorwurf wissenschaftlicher ~ gegen Hans Kelsen 640*
- Bismarcksche Verfassung
- hat im Reichskanzler nur einen verantwortlichen Reichsminister geschaffen 73
- Blankettrechtssatz 376, 379 f., 382, 407
- Blockaderecht 426, 426 f.1 (427)
- Bolschewistische Theorie
- als Rückkehr zur Demokratie 203
 - als Theorie des radikalen Demokratismus 188
 - Prozeß der Demokratisierung der Verwaltung in der ~ 185
- Bosnien und Herzegowina
- als gegenüber Österreich und Ungarn selbständiges Staatsgebiet 92 f.
 - als mit Sonderstellung ausgestattetes Land 89 f.
 - als territorium separatum 89 f.
 - Annexion ~ als Gebietserweiterung für Österreich und Ungarn 95 f.
 - Problem der rechtlichen Stellung von ~ 88 f.
 - Verhältnis zwischen ~ und Österreich-Ungarn 89 f.
- (Verlag M.) Breitenstein 702* f.
- Buchbesprechung (HK)
- Rudolf Laun, Zur Nationalitätenfrage 83–85, 622*–628*
 - Max Layer, Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag 153–167, 681*–692*
 - Norbert Wurmbrand, Die rechtliche Stellung Bosniens und der Herzegowina 87–96, 628*–636*

- Bundesexekution 555–557
 - Bundesstaat 285, 318, 320 f., 328–334, 336 f., 342 f., 347–349, 535–567
 - als Idealtyp der staatsrechtlichen Theorie 116, 134–137
 - Aufgabe des Typus des ~ durch die Monopolisierung der gesetzgeberischen Gewalt von dem Oberstaat 142
 - Aufteilung der legislativen Kompetenz auf das Parlament des Oberstaates und die Parlamente der Gliedstaaten 137
 - Aufteilung der legislativen Kompetenz in einem dreistufigen ~ 139
 - Ausgleichung der Zentralisation auf dem Gebiete der Gesetzgebung durch Dezentralisation auf dem Gebiete der Verwaltung 142
 - bei Binding 559 f.1
 - bei Laband 541, 544
 - beruht auf Verfassung 536
 - Deutsches Reich als ~ 139, 541 f., 548
 - Deutschösterreich als ~ 116–146
 - dreistufiger ~ 139, 670*
 - Entstehung durch völkerrechtlichen Vertrag 536
 - Europäische Union als ~ 672*
 - Exekutive des Landes und des Staates im ~ zu trennen 136
 - Gebot der Berufung der ~ unabhängig von jeder Ingerenz seitens der zentralen Staatsregierung 136
 - Geltung des Gründungsvertrags des ~ selbst als Ursprungshypothese (Grundnorm) 539 f.
 - ist nur ein organisationstechnischer Untertyp des dezentralisierten Staates 542
 - Majoritätsprinzip im Bundesvertrag als Wesensmerkmal des ~ 554
 - Norddeutscher Bund als ~ 539 f.1
 - Österreich als ~ 536 f.1
 - Schweiz als ~ 134, 541 f., 552 f.
 - Über- und Unterordnung zweier Verfassungen im ~ 321
 - und Staatenbund 535–567
 - und Verfassungsgerichtsbarkeit 669* f.
 - unvereinbar mit einer Monopolisierung der gesetzgeberischen Gewalt auf der Bundesebene 142
 - Vereinigte Staaten von Amerika als ~ 541 f., 548.2
 - Verhältnis der civitas maxima zu den Staaten analog der des ~ zu den Gliedstaaten 531
 - Verhältnis des ~ zu den Gliedstaaten 328–330
 - Verweisung der Verfassung des ~ auf ältere Normen der Territorien als Einverleibung dieser Ordnungen 333
 - Wandel des Staatsbegriffs vor dem Hintergrund der Gründung des deutschen ~ 322
 - Zwang (Exekution) des Oberstaats gegen die Gliedstaaten 555–557
 - Bundesverfassungsgericht
 - Kassation durch ein ~ als Garantie gegen staatsgesetzwidrige Landesgesetze 135, 659*
 - Bundes-Verfassungsgesetz
 - Erlass 1920 661*
 - Novellen 1925 und 1929 586*
 - Verfassungsgerichtshof im ~ 670*
 - Bündnisvertrag
 - Unterschied zum Vertrag, der einen Staatenbund begründet 536
 - Bürokratie 654*
 - als größte Gefahr für die Demokratie 186–188
 - bürokratisch und zentralistisch regierter Einheitsstaat 116, 119
- ## C
- China 492 f.
 - civitas maxima 499–530, 571 f.
 - allein die ~ ist souverän 508
 - als Organisation der Welt 571
 - bei Christian Wolff 507–514
 - Gleichheit der Staaten als Argument gegen ~ 528 f.
 - Organisiertheit des Staates als wesentlicher Unterschied zur ~ 515
 - Über- und Unterordnung von ~ und Einzelstaaten 531 f.
 - Verhältnis der ~ zu den Staaten analog dem des Bundesstaates zu den Gliedstaaten 531
 - Völkerrechtsordnung als ~ 409, 507
 - clausula rebus sic stantibus 559–561
 - als Einschränkung der Norm „pacta sunt servanda“ 561

- als Reduktion des Völkerrechts auf die Formel „du sollst, was du willst“ 461
- contrat social 485, 529
- Costa Rica
- Verhältnis von Staat und Recht als wahre ~ 283 f.1 (283)
- Verhältniswahl in ~ 36
- crux der Staatsrechtswissenschaft

D

Dänemark

- Verhältniswahl in ~ 36
- Darlehen 392, 423
- Dativ-„e“ 651*, 761*
- Dekapitieren 78
- Dekonstruktivismus 690*
- Delegation 318, 327, 331 f., 336, 375–377, 407 f.
- Abänderbarkeit eines Normensystems ist ~ 379
- als Blankettnorm 407
- als Vollmacht 376
- begrenzte ~ 377
- der einzelstaatlichen durch die Völkerrechtsordnung 366, 394, 400, 402, 407
- Eigenschaft als Organ erschöpft sich in der ~ und Verpflichtung 516
- Ermächtigung als ~ 376 f.
- Delegationsthese 668 f.
- Delikt
- völkerrechtliches ~ des Staates ebenso unvorstellbar wie Staatsunrecht 409
- Demokratie 175–208
- als Antipode der Diktatur des Proletariats 195 f., 207
- als einstimmig zustandgekommene Ordnung 178
- als Garant der politischen Integration der Staatsgesellschaft 190
- als Ideal der Führerlosigkeit 191
- als Schlagwort 200
- bei Platon 193, 205
- bei Rousseau 177, 201
- Berufsbeamtentum unvereinbar mit einer ~ 187
- Bürokratie als größte Gefahr für die ~ 186–188
- demokratische Selbstverwaltung in der Staatstheorie 116

- demokratische Selbstverwaltung in Deutschösterreich 131
- Freiheit als Grundprinzip der ~ 26
- Herrschaft von Mensch über Mensch als für das demokratische Empfinden unerträgliches Faktum 180, 201
- im Johannes-Evangelium 197 f.
- in der bolschewistischen Theorie 203 f.
- individualistischer Charakter der ~ führt nicht nur zur Unmittelbarkeit der staatlichen Willensbildung, sondern auch zur Forderung nach Einstimmigkeit aller Beschlüsse und Ablehnung des Majoritätsprinzips 26
- Minoritätsschutz als Gedanke der ~ 181
- praktische Undurchführbarkeit der unmittelbaren ~ in wirtschaftlich und kulturell fortgeschrittenen Großstaaten 184 f.
- Relativismus als gedankliche Voraussetzung der ~ 196
- Revision des Begriffes der ~ nach dem Ersten Weltkrieg 176, 200
- Synthese der Prinzipien der Freiheit und Gleichheit als Charakteristikum der ~ 176, 200
- Unsicherheit in der Bestimmung des Begriffes Volk als Problem der ~ 192
- „(Vom) Wesen und Wert(e) der ~“ (HK) 175–198, 199–208, 700*–762*
- Demokratiethorie 706* f.
- Demokratisierung
- Vollzug der ~ auf dem Gebiete der Exekutive 132
- Denkökonomie
- als Grundsatz für die Wahl des juristischen Ausgangspunkts 362–365
- bei Mach 364 f.
- denkökonomisches Prinzip für die Wahl des Ausgangspunkts kann selbst Norminhalt sein 498
- „Der österreichische Volkswirt“ 580 f.*
- Deutschböhmen 126
- Deutsches Reich
- als Bundesstaat 541 f., 547
- als dreistufiger Bundesstaat nach Anschluss Deutschösterreichs 139
- Anschluss Deutschösterreichs an das ~ 99 f., 103, 119, 143–146
- deutsches Volk nicht zur Gänze im ~ vereinigt 351

- Entwurf der Reichsregierung für einen allgemeinen Teil der Verfassung des ~ 139f.
- Gebietshoheit der Länder des ~ 348.1
- Geltung der allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts im ~ 368.1
- Kompetenzhoheit und Souveränität im Bundesstaat des ~ 320
- Reichskanzler als einziger verantwortlicher Minister des ~ 73
- Staatenbund zwischen Deutschösterreich und dem ~ als Übergangsstadium zum vollendeten Bundesstaat der Großdeutschen Republik 145
- verfassungsrechtliche Voraussetzungen und Schwierigkeiten des Anschlusses Deutschösterreichs an das ~ 119, 143–146
- Verweisung der Verfassung des ~ auf ältere Normen der Territorien als Einverleibung dieser Ordnungen 333
- Völkerrechtlicher Vertrag als Rechtsgrundlage der Verbindung Deutschösterreichs mit dem ~ 144f.
- Wandel des Staatsbegriffs vor dem Hintergrund der Gründung des ~ 322
- Deutschösterreich
 - als Bundesstaat 116–146
 - als Parlamentsherrschaft 114
 - Amtsführung der Landesregierungen 123
 - Anschluss ~ an das Deutsche Reich 99f., 103, 119, 143–146
 - Aufhebung des Dualismus zwischen Staatsverwaltung und autonomer Landesverwaltung 122f.
 - Belanglosigkeit der historisch-politischen Kontinuität für die Frage der rechtlichen Stellung der Länder ~ 118
 - Bestrebungen zur Umwandlung ~ in einen Bundesstaat 536f.1
 - burgfriedliche Zusammenarbeit der Parteien als Basis für die Gründung ~ 70
 - definitive Verfassung 116, 121f.
 - Einteilung des Staatsgebiets ~ in 41 Wahlkreise 53
 - Entwurf einer Wahlordnung für die konstituierende Nationalversammlung ~ 52f.
 - Erhaltung ~ als staatliche Einheit ist kein oberstes Postulat 141
 - konstituierende Sitzung der provisorischen Nationalversammlung ~ 60f., 61.6*
- Konstituierung ~ als bloßer Staatenbund im Fall einer Beitrittserklärung durch die einzelnen Länder 118
- Länder ~ *s. dort*
- Landeshauptmann als Vorsitzender des Landesrates der autonomen Landesverwaltung in ~ 123
- Landesordnungen ~ als kaiserliches Patent 120
- Landesverfassungen ~ als einziges Staatsgesetz 120
- legislative Kompetenz der Länder ~ 121f.
- Märchen von den unterdrückten Nationen ~ 84
- Ministerverantwortlichkeit in ~ 71f.
- „Die Organisation der vollziehenden Gewalt“ (HK) ~ 102–114
- Präsidenten der Nationalversammlung ~ als oberste Chefs der Exekutive 61
- Problem der Rechtskontinuität zwischen der provisorischen Verfassung ~ und der von der konstituierenden Nationalversammlung zu gebenden definitiven Staatsordnung 118
- provisorische Verfassung ~ 116
- Rechtslage der Länder ~ vom Standpunkt der Landesverfassungen 124f.
- Rechtslage der Länder ~ vom Standpunkt der Staatsverfassung 123
- Relevanz des Systems der demokratischen und dezentralisierten Selbstverwaltung für den Ausbau der definitiven Verfassung ~ 131
- Staatenbund zwischen ~ und dem Deutschen Reiche als Übergangsstadium zum vollendeten Bundesstaat der Großdeutschen Republik 145
- Staatssekretäre als Leiter des eigentlichen Verwaltungsgeschäftes 70
- „Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung ~“ (HK) 115–146
- Verbindung ~ mit dem Deutschen Reich als Konstitution eines Staatenbundes 144f.
- Verhältnis zum vormaligen Österreich-Ungarn 660*f.
- verfassungstechnische Voraussetzungen und Schwierigkeiten der Angliederung ~ an das Deutsche Reich 119, 143–146

- Widerstand gegen die Aufstellung von Parteilisten für das ganze Staatsgebiet ~ 56 f.
- Dezember-Novelle s. *Verfassungsnovelle 1918 (Deutschösterreich)*
- Dezentralisation
 - auf dem Gebiete der Exekutive 132
 - Ausgleichung der Zentralisation auf dem Gebiete der Gesetzgebung durch ~ auf dem Gebiete der Verwaltung 142
 - in der staatsrechtlichen Theorie 116
 - in Deutschösterreich 131 f.
 - Relativität des Gegensatzes von Zentralisation und ~ 141
- difficile est satiram non scribere* 567
- d'Hondt-Hagenbach-Bischoffsches System 56
- d'Hondtsche Verteilungsmethode 38 f., 56, 56.18*
- Diktatur des Proletariates
 - als Antipode der Demokratie 207
 - bei Lenin 187–189
- Ding
 - als personifikative Fiktion 214
- Diskontinuitätsthese 668*
- Dispenschen-Affäre 598*, 605*
- Disziplinvielfalt 584*
- Divisorverfahren 56.18*
- Dreiebenen-Bundesstaat 139, 670*
- Dreifaltigkeit 292
- Dreiteilung der Gesetzgebungsmaterien
 - die Möglichkeit einer ~ im Bundesstaat kann theoretisch nicht in Frage gestellt werden 139
- dualism
 - in the cognition of values 247*
 - of state and international law 241*
- Dualismus
 - der Werterkenntnis 261*
 - von Völkerrecht und einzelstaatlichem Recht s. *dort*
- Dualismus von Völkerrecht und einzelstaatlichem Recht 383–412
 - als Unterscheidung bloß zweier Standpunkte juristischer Betrachtung 395
 - bei Heilborn 401–405
 - bei Nippold 433 f.
 - bei Pitamic 437.5
 - bei Triepel 397–401, 403, 405, 410 f.1
 - bei Verdross 386.1

- Einheit des Erkenntnisstandpunktes verbietet einen ~ 385
- Gültigkeit völkerrechtlicher Verträge bei Annahme eines ~ 435–442
- ist ausgeschlossen, weil Völkerrecht auf einzelstaatliche Rechtsordnungen verweist 394
- ist eigentlich ein Pluralismus 413
- ist logisch möglich, aber von der Theorie nicht folgerichtig durchgeführt 411
- schließt Normkonflikt zwischen beiden Ordnungen nicht aus 396
- Souveränität bei Annahme eines ~ 411 f.
- Vermengung dualistischer und monistischer Konstruktionen 401–406, 410 f.1
- zwingt dazu, den Staat im Sinne der einzelstaatlichen Rechtsordnungen als nicht vorhanden anzusehen 395

Durchgangspunkt

- der Zurechnung 334
- Fiktion als ~ des Denkens 211

Dynamische Relation

- von der Rechtsordnung eingeräumte Möglichkeit für die Bestimmung der Entstehung und Beendigung von Rechten als ~ 158

E

economy of thought 245*

Editionsstrategie

- inklusive ~ 678*, 762*
- „Edmund Bernatzik“ (HK) 149–152, 674*–680*
- Autorschaft Kelsens 677*–679*

Eigengesetzlichkeit des Rechts 282

Eigentum

- als Institution zur Ausbeutung der Besitzlosen 350
- Verhältnis von Staat und Staatsgebiet analog zum ~ 341

Einerwahl s. *proportionale Einerwahl mit Listenskrutinium/-konkurrenz (Vorschlag Kelsens)*

Einerwahlkreise als bloße Abstimmungsbezirke 55, 172

„Ein einfaches Proportionalwahlssystem“ (HK) 75–82, 591*, 616*–622*

Eingliederung Deutschösterreichs in das Deutsche Reich 103

Einheit

- als Schlüsselbegriff für „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ (HK) 792*–794*
- des Erkenntnisstandpunktes fordert gebieterisch eine monistische Anschauung 385
- des Rechtsbegriffes 412f.
- des Staates als Einheit der Herrschaft 89
- des Volkes als moralisch-politisches Postulat 189
- notwendige ~ des Systems der Normen der Rechtsordnung 342
- Postulat der ~ normativer Erkenntnis 372, 386, 412f.

Einheitsstaat

- bürokratisch und zentralistisch regierter ~ als Idealtyp der staatsrechtlichen Theorie 116
- keine Länder im ~ 119

Einnamige Stimmgebung *s. proportionale Einerwahl mit Listenskrutinium/-konkurrenz (Vorschlag Kelsens)*

Einseitigkeit in der Durchsetzung als Merkmal des öffentlichen Rechtsverhältnisses 162

Einstimmigkeit

- als Grenzfall 31
- Beschränkung des Prinzipes der ~ auf den hypothetischen Akt der Staatsgründung 178
- Prinzip der ~ entspringt aus der Freiheitsforderung 26, 178

Einwände gegen die Kombination der Wahlsysteme von Proportionalität und Einerwahl 173

Einzelliste 57

Einzelstaatliches Recht

- als fensterlose Monade 413
- als Normierung von Pflichten und Rechten des Staates seinen Untertanen gegenüber 391
- als Universalordnung, wenn Primat des ~ angenommen wird 448
- Dualismus von Völkerrecht und ~ *s. a. dort* 383–412
- kann sein Verhältnis zum Völkerrecht in einem Rechtssatze festlegen 368
- Nichtigkeit einer Norm des ~ bei Überschreitung der völkerrechtlichen Ermächtigung 410

- Normkonflikt zwischen ~ und Völkerrecht bei dualistischer Konstruktion 396
- Primat des ~ *s. Primat der staatlichen Rechtsordnung*
- Völkerrecht aus vom ~ verschiedenem Ursprung ist aus dessen Sicht ebenso wenig vorhanden wie die Moral 384
- vom Völkerrecht delegiert *s. Primat des Völkerrechts*

Einzelwahlkreise

- als bloße Abstimmungsbezirke 55, 172

Eltern

- der Befehl der ~ an das Kind wird nur kraft einer Norm verbindlich 361

Endpunkt der Zurechnung 334

England *s. a. Vereinigtes Königreich*

- als Mutterland parlamentarischer Regierung 185
- bei Rousseau 177
- “The King can do no wrong” als Rechtsgrundsatz in ~ 221f.

Ententestaaten 575

Erdmittelpunkt

- und Staatsgebiet 340

Erdoberfläche

- begriffswesentlich für den Staat ebenso wenig wie für den Menschen 341

Erkenntnis

- Aufgabe auch der normativen ~ ist ein widerspruchsfreies Urteilssystem 372, 434
- im rechtsleeren Raum gibt es keine juristische ~ 494
- juristische ~ kann nur eine einzige Rechtsordnung anerkennen 448
- Postulat der Einheit normativer ~ 372, 386, 412f., 448
- Souveränität als Symbol der Reinheit der juristischen ~ 449
- subjektivistische und objektivistische ~ 567

„Erkenntnis“ (Zeitschrift) 763*

Erkenntnisökonomie *s. a. Denkökonomie* 259*

Erkenntnisstandpunkt 385

Erkenntnistheoretische Fiktion 218

Erklärungsökonomie *s. Denkökonomie*

Ermächtigung

- Abänderbarkeit eines Normensystems ist ~ 379

- als Delegation 376 f.
- als Fähigkeitsverleihung 408
- Eigenschaft als Organ erschöpft sich in der ~ und Verpflichtung zum Handeln 516
- Erschöpfung der Wahl des einzelnen Wählers in einem Parteibekennnis bei starrer Liste 77
- Erster Weltkrieg
 - Revision des Begriffes der Demokratie nach dem ~ 176, 200
- Erzeugung
 - des Rechts durch den Staat als Scheinproblem 288, 295
 - des Rechtssystems aus einer einheitlichen Voraussetzung analog zur Erzeugung des Systems der Natur bei Sander 380.1
 - Exekutive als Faktor der Rechts~ 204
- Erzeugungsregel
 - Grundnorm als oberste ~ 362.1–364 (363)
- Europäische Union 672*
- Evangelium
 - nach Johannes 197 f., 208.35*, 208.36*
- Exekutive
 - als Faktor der Rechtserzeugung 204
 - Demokratisierung der ~ 132, 185
 - Dezentralisation auf dem Gebiete der ~ 132
 - Erfordernis der Scheidung der ~ des Glied- und des Oberstaats im Bundesstaat 136
 - Hauptberuflichkeit der ~ 653*
 - Präsidenten der Nationalversammlung Deutschösterreichs als oberste Chefs der ~ 61
 - Verschiedenheit des Instanzenzuges als Unterschied zwischen Gliedstaats- und Bundesverwaltung 136
- Exekutivgewalt
 - der Nationalversammlung Deutschösterreichs 108 f.
- F
 - factual efficacy 246*
 - Faktische Wirksamkeit des Rechts s. *Faktizität*
 - Faktisches wird selbst zum Normativen 498
 - Faktizität
 - des Rechts als tatsächliches Befolgtwerden 260*, 302, 355–366
 - Hinweis auf ~ ist nichtssagende Antwort auf die Frage nach dem Geltungsgrund des Rechts 357
 - sagt juristisch gar nichts 339
 - und Normativität des Rechts 360–366
 - und Positivität des Rechts 355–359
 - unterscheidet das positive Recht nicht vom Naturrecht 358
 - Wissenschaft vom faktischen Recht wäre nicht Rechtswissenschaft, sondern Soziologie 358
 - Fälschung
 - Fiktion als ~ 211
 - Fictio iuris s. a. *Fiktion* 771* f.
 - als Fiktion des Gesetzgebers oder des Rechtsanwenders 217–224
 - ist von den rechtstheoretischen Fiktionen deutlich zu scheiden 217
 - Unterschied zur praesumptio 219
 - Fiktion s. a. *fictio iuris* 770*–773*
 - als Erleichterung einer Rechtsumgehung 223
 - als fiktive Rechtsbehauptung 225
 - Begriff der ~ 210–217
 - bei Vaihinger 209–234
 - charakterisiert sich ebenso sehr durch ihren Zweck wie durch das Mittel, mit dem sie diesen Zweck erreicht 211
 - der Rechtsanwendung 224–227
 - der Rechtspraxis 217–224, 227
 - Erkenntnis der Wirklichkeit als Zweck der ~ 211
 - erkenntnistheoretische und juristische ~ 218
 - erweiterter ~sbegriff 212
 - erzeugt Hypostasierungen und Scheinprobleme 265
 - ~sformel 231 f.
 - in § 377 des deutschen Handelsgesetzbuchs 218
 - juristische ~ s. a. *dort* 210–234
 - kein Widerspruch einer ~ zur Wirklichkeit 220
 - Mittel der ~ sind Fälschung, Widerspruch, Kunstgriff, Umweg und Durchgangspunkt des Denkens 211
 - personifikative ~ 214 f., 288.1
 - personifikative ~ entstammt dem unseren Vorstellungsapparat von jeher beherrschenden anthropomorphistischen Personifikationstrieb 214

- praktische ~ 231f., 773*f.
 - prätorische ~ des römischen Rechtes 223
 - Pseudo~ der Rechtspraxis 227
 - rechtstheoretische als echte ~ 213, 771*f.
 - „Zur Theorie der juristischen Fiktionen“ (HK) 210–234
 - Unterschied zwischen ~ und Vermutung (praesumptio) 219
 - Vaterschaft als ~ 220
 - verhängnisvoller und schwerer Irrtum, wenn Juristen die ~ der Trennung von Recht und Moral für das wirkliche Verhältnis halten 230
 - Volksvertretung als ~ 107
 - Fiktionsformel
 - bei der ~ ist lediglich die Gleichsetzung fiktiv 231
 - Folgebereitschaft
 - autonome ~ gegenüber einer Normenordnung 260*
 - founding assumption *s. basic norm*
 - Franc-tireurs 426, 426.499*
 - Freie Liste
 - als Grundlage für eine Kombination des Wahlkreissystems mit dem Listensystem 78f.
 - System der ~ 78
 - Freiheit
 - als Grundprinzip der Demokratie 26
 - als Motto der genuesischen Republik ist „Libertas“ auf Gefängnissen und Ketten zu lesen 180f.
 - als negative Idee 176
 - als Prämisse, aus welcher das Majoritätsprinzip abgeleitet wird 179, 201
 - als ureigenes Merkmal von Bürgern eines freien Staates 180
 - antikes und germanisches Verständnis der ~ 176f.
 - Begriff der ~ muss Metamorphose durchmachen, um zur Grundlage einer Theorie des Staates zu werden 556.1
 - des Individuums 179–181, 505
 - des Individuums analog zur Souveränität des Staates 505
 - des sozialen Kollektivums 179
 - des Staates 329
 - Souveränität des Volkes löst die ~ des Individuums ab 180f.
 - Synthese von ~ und Gleichheit als Charakteristikum der Demokratie 176, 200
 - Freischärler 426, 426.499*
 - Friedensvertrag 112
 - Fugen-„s“ 651*
 - Führernatur
 - bei Sokrates 191f., 206
 - Fürstensouveränität 273, 276, 296
- ## G
- Gebiet *s. a. Staatsgebiet*
 - faktisch entfalten häufig zwei Staaten auf demselben ~ ihre Macht 342
 - Gebietsänderung
 - als wesentliche Änderung des Staates 345
 - Gebietshoheit
 - als örtliche Zuständigkeit 348f.1
 - als Wesensmerkmal des Staates 338–349
 - bei Preuß 344–349
 - des Gliedstaats 348f.
 - fehlt der Gemeinde 347
 - geteilte ~ ebenso wenig möglich wie geteilte Souveränität 349
 - Gebietskörperschaft
 - Staat als ~ mit Gebietshoheit 338–343
 - Gebietsverzicht
 - als Selbstauflösung des Staates 346
 - Gebilde
 - für ein neues rechtliches ~ muss die Rechtswissenschaft neue Typen konstruieren 93
 - Gedankending
 - Rechtsnorm als ~ 94
 - Gegenruf des Geistes 268
 - Gegensatz von privatem und öffentlichem Recht 160f., 166f., 389f.1 (389), 452f.
 - Gegensatz von Proportionalität und Majorität 31f.
 - Gegensatz von Sein und Sollen *s. Sein und Sollen*
 - Geltendmachung
 - Bestimmung des Wesens des öffentlichen Rechtsverhältnisses in der ~ der bezüglichen Ansprüche durch einseitige Akte der Staatsgewalt 162
 - Geltung
 - Bruch einer Norm ist für deren ~ gleichgültig 560
 - ist juristisch identisch mit Existenz 484

- Staatsgebiet als territoriale Bedingung der ~ der Einheit der Herrschaft 89–96
- und faktische Wirksamkeit des Rechts 360–366
- Geלטungsgrund des Rechts *s. a. Grundnorm*
- Hinweis auf eine Seinstatsache ist ungenaue, saloppe Antwort auf die Frage nach dem ~ 361
- Hinweis auf Faktizität ist nichtssagende Antwort auf die Frage nach dem ~ 357
- Versuch positiver Bestimmung nach der Überwindung des Naturrechts 356f.
- Gemeinde
 - als Organ des Staates 347
 - als Organismus der örtlichen Gemeinschaft 352
 - als Personifikation der Gemeindeordnung 291
 - als Prototyp dem Staate unterstellter Ordnungen niederer Kategorie 323
 - Aufgabe der ~ 352
 - bei Rosin 352
 - Eingliederung der ~ in den Staat 347
 - Entstehung der ~ analog zu der des Staates im Völkerrecht 494
 - hat keine Gebietshoheit 347
 - kann zum Zwang berechtigt sein 336
 - keine Gewaltenteilung innerhalb der ~ 185
 - steht zum Staat wie Gliedstaat zum Bundesstaat 336f., 347
 - Über- und Unterordnung von Staat und ~ 323f.
 - Unterschied zwischen Staat und ~ 336f., 346f., 349, 352
 - Vertrag zwischen ~ und Staat 452–455
- Gemeinschaft
 - organisierte und nicht organisierte ~ 515–524
 - Staatenbund als ~ zur gesamten Hand 564–567
 - und Gemeinwesen 524–528
- Gemeinwesen
 - und Gemeinschaft 524–528
- Genitiv-„e“ 761*
- Genua
 - „Libertas“ als Motto der Republik ~ auf Gefängnissen und Ketten zu lesen 180f.
- Genussrealisierung 295
- Geometrie
 - Unvergleichbarkeit der Sätze vier- und dreidimensionaler ~ analog zum Verhältnis zweier Normensysteme 374
- Gerechtigkeit 261*
 - gebietet völkerrechtliche Staatensukzession 496
 - „Gerichtshalle“ 693*f., 701*–703*
- Germanische Freiheitsidee 177
- „Gesammelte Schriften zum allgemeinen Staatsrecht“ (unverwirklichtes Buchprojekt von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) für Hans Kelsen) 785*
- Gesamthandsgemeinschaft
 - Staatenbund als ~ 564–567
 - und juristische Person 566f.
- Gesamtvolk
 - deutsches ~ zur Gänze nicht im Deutschen Reiche vereinigt 351
 - nationales Interesse als dasjenige des ~ 351
- Geschlecht
 - von Staat und Kirche bei Bluntschli 289.1–291 (290)
- Gesellschaft
 - Aktien- *s. dort*
 - bei Somló 305
 - mit beschränkter Haftung 535
- Gesellschaftsrecht *s. a. Aktiengesellschaft, Gesamthandsgemeinschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Verein*
- Gegensatz von Sozietät und Korporation eine unglückliche Theorie des ~ 544
- Theorie der Staatenverbindungen analog zur Theorie des ~ 533
- Gesellschaftsvertrag 485, 529, 556.1
- Gesetz 266, 295–300, 317–321, 331, 348.1, 359, 362.1–364 (363), 376, 379f., 381f., 406f., 415, 417–420, 423, 426, 431, 490f.1, 518, 534f.
 - als Rechtserzeugung, bei der mehr oder weniger der Wille des zu verpflichtenden Volkes den Inhalt gibt 534
 - als Tatbestand, den eine Verfassung als „Rechtsquelle“ delegieren kann 431
 - fehlt im Völkerrecht als Rechtsform 431, 475, 535
 - in der Demokratie 534
 - ist ein Rechtsgeschäft 518
 - paktiertes ~ 93.20*, 420

- Verordnung und ~ sind nicht a priori die einzigen Formen der Rechtssatzung 418, 426
- Völkerrecht als Vertrag, nicht ~ 431, 475
- Gesetzgebung
 - Anknüpfung von Rechtsfolgen an Tatbestände als einzige Funktion der ~ 222
 - Aufteilung der Kompetenz zur ~ auf das Parlament des Oberstaates und die Parlamente der Gliedstaaten als Bestandteil des Bundesstaates 137
 - Ausgleichung der Zentralisation auf dem Gebiete der ~ durch Dezentralisation auf dem Gebiete der Verwaltung 142
 - Länderkompetenz zur ~ in Deutschösterreich 121f.
- Gesetzgebungsmaschine 108
- Gewalt
 - Recht und ~ schließen einander aus 287
 - rechtlich geordnete ~ 287
 - Staat ist nach außen ungebundene ~ 456
 - zwischen Staaten herrscht nur die nackte ~ 457.3–459 (458)
- Gewaltenteilung 106–108
 - als politisches Axiom 107
 - Aufhebung der ~ bei Wahl der Regierung durch das Parlament 106
 - in den Vereinigten Staaten von Amerika 107
 - in Russland 203f.
 - keine ~ in der Gemeinde 185
 - tendenzielle Überwindung der ~ in modernen Demokratien 108
 - vertikale ~ 137
- Gewaltverhältnis
 - Begründung eines ~ als Gegenstand eines Vertrages 161
 - keine Identität zwischen öffentlichem Recht und ~ 163
 - Wesen des Privatrechts als dem Wesen ~ widersprechend 162f.
- Gewohnheitsrecht
 - als echte, selbständige Quelle des Völkerrechts 472
 - als einziger Weg der Rechtsänderung in älteren Rechtsordnungen 516
 - als *ius gentium consuetudinarium* 508
 - als positives Recht 360
 - bei Bergbohm 358.1
- das Volk selbst erzeugt das ~ 516
- völkerrechtliches ~ ermächtigt bestimmte Staatsorgane zum Abschluss gewisser Verträge 437f.
- Gleichgewicht der Staaten 461
- Gleichheit
 - als Grundhypothese der Demokratie 179
 - als negative Idee 176
 - Synthese von Freiheit und ~ als Charakteristikum der Demokratie 176, 200
 - unvermeidliche Willkür jeder Wahlkreiseinteilung als Gefahr für die ~ des Wahlrechts 56
 - von menschlichen Willen untereinander als Voraussetzung des Majoritätsprinzips 179
- „Gleichheit“ (Zeitung) 610*f., 617*
- Gleichordnung
 - der Staaten im Völkerrecht 308–310
 - rechtliche und faktische ~ der Staaten 528f.
 - Völkerrecht als Normierung eines Verhältnisses der ~ 388
 - zweier Normensysteme 369, 375
- Gliederung der Wählerschaft nach einem Personalitätsprinzip als Grundgedanke des Proportionalwahlsystems 54
- Gliedstaat *s. a. Bundesstaat*
 - als mittelbares Bundesorgan 348
 - als Person 332f., 337
 - als „Teilrechtsordnung“ besser bezeichnet denn als „Staat“ 142
 - bei Georg Jellinek 328–330
 - Gesetzgebungsorgan des ~ ist auch Organ der souveränen Verfassung des Bundesstaats 333f.
 - hat keinen eigenen Willen, weil keine nur ihm zuzurechnende Organe 334
 - Kantone der Schweiz als (nicht)souveräne ~ 552f.
 - rechtlicher Charakter des ~ 328–330, 342f., 347–349, 351f.
 - Rechtsmacht des ~ über seine Kompetenz 330
 - Souveränität des ~ 285, 320, 328–334, 542, 552f.
 - steht zum Bundesstaat wie Gemeinde zum Staat 336f., 347, 542
 - Verhältnis der *civitas maxima* zu den Staaten analog der des Bundesstaates zu den ~ 531

- Zurechnung des Herrschaftsrechts des ~ zur souveränen Ordnung 337
- Gott
 - als Personifikation der Weltordnung 449
 - Analogie zum Staatsbegriff 291f.
 - der Befehl ~ wird nur kraft einer Norm verbindlich 361
 - ist bei den stärkeren Bataillonen 522f.3 (523)
 - Spaltung in Vater und Sohn 292
 - Staat als ~ 415f.
 - und Teufel analog zu Rechts-Subjekt und Unrechts-Subjekt 409.1
- Gottessohn 197f., 208, 292
- Graduierte Stimmgebung
 - System der ~ bildet eine Kombination zwischen beiden Systemen der Minoritätenvertretung 35f.
- Grenzfälle
 - Einstimmigkeit und Vertretung auch der denkbar kleinsten Partei als die beiden ideellen ~ des Proportionalwahlsystems 31
- Großbritannien s. *England, Vereinigtes Königreich*
- Großdeutsche Republik
 - Staatenbund zwischen Deutschösterreich und dem Deutschen Reiche als Übergangsstadium zum vollendeten Bundesstaat der ~ 145
- Grundnorm 266f., 300, 302.1–304 (303), 359f., 362.1–364 (362), 370f., 398–400, 403.1–405 (404), 431, 472f., 481, 495, 509f., 539f., 769*, 774*, 788*f.561
 - als oberste Erzeugungsregel 362.1–364 (363)
 - als principium individuationis eines Normensystems 370
 - als Wille 398
 - bei Ullmann 481
 - Bestimmung der ~ ist eine denkökonomische Frage 362–365
 - des Völkerrechts, Staaten sollten sich so verhalten, wie sie es miteinander vereinbaren 399
 - Wahl der ~ als Suche nach dem Souverän 258*
 - Wahl der ~ ist juristisch willkürlich 258f.*
- Grundrechte der Staaten 472–483
 - bei Gareis 472–474, 476
 - bei Liszt 475–479
 - hießen besser Grundnormen oder Grundgesetze 476
 - „Grüne Hefte“ 782*
 - Gutachten „Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs unter besonderer Berücksichtigung des Anschlusses an das Deutsche Reich“ (HK) 657*–660*, 663*f.
- H
 - Haager Abkommen über die Errichtung eines Internationalen Prisenhofs (1907) 525, 527f.
 - Haftungsbeschränkung
 - als typische positivrechtlich angeordnete Eigenschaft juristischer Personen 546.4
 - Hagenbach-Bischoffsche Verteilungsmethode 38, 56, 56.18*
 - Hamburg 351f.
 - Verhältniswahl in ~ 36
 - Handelsgesetzbuch (Deutschland)
 - § 377 des ~ als Fiktion 218f.
 - Handelsgesetzbuch (Österreich) 333
 - Handelsvertrag 112
 - Handlung
 - menschliche ~ kraft Zurechnung als Staatsakt 394, 425
 - Haresches System
 - Ausschaltung des Zufallsmoments des ~ 46
 - Inhalt des ~ 37f., 39
 - ist zwar sehr einfach, aber kann zu erheblichen Störungen der Proportionalität führen 38
 - mathematische Ungenauigkeit des ~ 38
 - Hauptberuflichkeit der Exekutive 653*
 - „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ (HK) 689*, 787*, 790*f.
 - als analytische Grundlage von „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ (HK) 250*–253*
 - Einwände gegen ~ 266f., 302.1–304 (303)
 - Heller, Hermann
 - als Kritiker von „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ (HK) 795*f.

- Herrschaft
- als Zwangsgewalt 337
 - Anarchie als Rechtsordnung ohne ~ 515
 - bei Laband als Recht, freien Personen zu befehlen und sie zu zwingen 335
 - der Majoritätsideologie 29f.
 - Einheit des Staates als Einheit der ~ 89
 - heißt motivieren, zwingende Ursache für fremdes Verhalten sein 358
 - keine ~ im Völkerrecht 477f., 525f.
 - von Mensch über Mensch als für das demokratische Empfinden unerträgliches Faktum 180
- Herrscher ist nur die Norm 279
- Historische Rechtsschule 357, 357.301*
- Höchstzahlverfahren 56.18*
- Hochwasser
- als Tatbestand einer Norm ebenso gut wie Vertrag oder Verwaltungsbefehl 156, 453
- human conduct
- as the object of legal norms 241*
 - is fundamentally egoistic 240*, 247*
 - regulating ~ as the state's social function 239*
- Hypostasierung
- der Rechtsmacht bei Somló 304, 462
 - des Staates 255f.*, 295, 308, 314, 323, 342, 399, 405, 423, 430, 451f., 457, 465f., 517, 549f.
 - zu einem realen Naturding als mit jeder Personifikation gesetzte Gefahr 216
- Hypothese
- juristische ~ s. a. dort sowie Grundnorm 266, 359f., 362.1–364 (363), 403.6–405 (404), 448, 463, 507, 509f., 541
- I
- Idealtypen des Staates in der staatsrechtlichen Theorie 116
- Ideelle Einheit
- Staat ist eine ~ und keine geographische Tatsache 91–93
- Identität von Staat und Rechtsordnung 264, 280, 287, 292f.
- bei Kaltenborn 499–501
 - bei Krabbe 298–301
 - bei Somló 305f.
- Illinois
- Verhältniswahl in ~ 35
- Imperialismus 570f.
- imperium civile
- in der rein juristischen Deutung des ~ liegt die geniale Tat Christian Wolffs 513
- imperium Romanum 530
- impure analytic methods 237*
- Individualrechtsnorm
- aus einem Rechtsgeschäft 476
- Individuum
- Freiheit des ~ 179–181, 505
 - Freiheit des ~ analog zur Souveränität des Staates 505
- Induktive Methode
- Sinnlosigkeit der ~ für die Lösung des Souveränitätsproblems 277f.
- Ingerenz
- der Staatsregierung Deutschösterreichs auf die autonome Landesverwaltung 123
- Inhalt
- das Recht kann jeden beliebigen ~ aufnehmen 314
 - Vertrag kann jeden beliebigen ~ aufnehmen 527
- Inklusive Editionsstrategie 678*, 762*
- Interdisziplinarität 767*f.
- Interesse
- Aufgabe des Staates, das nationale ~ zu realisieren 351
- Internationaler Prisenhof 525, 527f.
- Interpretation
- analogische ~ 226
 - des Verfassungsbegriffs „Staatsvertrag“ 419
 - noch kein Gegenstand von Kelsens Theorie 441f.2 (441)
- Intuition
- juristische ~ Labands stellt diesen weit über den Durchschnitt 350
- Italien 574
- ius ad bellum 523
- ius gentium voluntarium (pactitium aut consuetudinarium) 508f.
- ius necessarium belli ac pacis 473
- J
- Johannes-Evangelium 197f., 208.35*, 208.36*
- Jugoslawien 574
- Jurisprudenz s. *Rechtswissenschaft*

Jurist

- behandelt nur eine im Großen und Ganzen wirksame Ordnung als gültige Rechtsordnung 361f.
- hat materialistische Vorurteile 267
- ist im Bewusstsein des Volkes ein Rabulist 266
- kann als solcher neben gültiger Rechtsnorm a keine gültige Moralnorm non a behaupten 375
- stellt sich den Staat meist als eine Art seelisch-körperliche Realität vor 340
- stellt sich eine (juristische) Person als ein von der Rechtsordnung verschiedenes, selbständig existentes Wesen vor 213
- „Juristisch“ kann man nur Recht erkennen 441f.2 (441)
- „Juristische Blätter“ 703*f.
- Juristische Fiktion *s. a. Fiktion* 210–234
 - als fiktive Rechtsbehauptung und nicht fiktive Tatsachenbehauptung 225
 - als „wissenschaftliche“ Fiktion bei Vaihinger 211–217
- Juristische Hypothese *s. a. Grundnorm* 266, 359f., 362.1–364 (363), 403.6–405 (404), 448, 463, 507, 509f., 541
 - logische Notwendigkeit, jedes positive Recht auf einer ~ zu begründen 510
 - Unterschied zwischen Staatenbund und Bundesstaat beruht auf der Verschiedenheit unvereinbarer ~ 541f.
- Juristische Methode 338
- Juristische Person *s. a. Aktiengesellschaft, Gemeinde, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Korporation, Staat, Verein* 291, 373, 421f., 526f.
 - als etwas Objektives, an sich Gegebenes 546f.
 - als Personifikation ihres Statuts (Teilrechtsordnung) 291, 372f., 388f., 421f.
 - als zweckmäßige Konstruktion 422.2
 - bei Fichte 422.1
 - bei Hölder 422.1
 - bei Georg Jellinek 546.4
 - enthält für sich keinerlei Moment der Über- und Unterordnung 564
 - Entstehung durch Gesetz oder Rechtsgeschäft 534
 - und Haftungsbeschränkung 546.4
 - Zweifel an der Realität der ~ 422.1

- zwischen physischer und ~ keine relevante Differenz 533
- Juristisches Mysterium *s. Mysterium*
- justice 247*

K

- Kapkolonie
 - Verhältniswahl in der ~ 35
- Kärnten 126f., 129
- Kategorischer Imperativ 468
 - keine Entdeckung des ~ auf empirisch-induktivem Wege 282.2
- Kausalität
 - Rechtsnorm und ~ bei Somló 302f.
- Kelsen, Hans
 - als homo politicus 588*
 - als Mitglied des Verfassungsgerichtshofs (Deutschösterreich) 592*, 598*, 605*, 619*
 - als Offizier 627*
 - als politischer Professor 593*, 600*, 619*, 696*
 - als public intellectual 597*, 604*, 607*
 - als Verfassungsberater des Staatskanzlers 589*, 592*, 599*–601*, 613*f., 619*
 - als Vorkämpfer für das Wahlsystem der proportionalen Einerwahl mit Listenkonkurrenz 98f.
 - anonyme Kritik an ~ 98
 - at his best 635*
- Kind
 - der Befehl der Eltern an das ~ wird nur kraft einer Norm verbindlich 361
- “The King can do no wrong”
 - als Grundsatz des englischen Rechts 221f.
- Kirche
 - Geschlecht der ~ bei Bluntschli 289.1–291 (290)
 - Undurchdringlichkeit der ~ entsprechend der des Staates 343f.1 (344)
- Koexistenz der Staaten 447–450
 - als sittliche Idee und wertvoller Bestandteil des neuzeitlichen Kulturbewusstseins 463
 - nur im Sinne eines Nebeneinanders machtbetätigender Menschengruppen 459f.
- Kombination der Wahlsysteme von Proportionalität und Majoritätsprinzip 55, 78–81

- Einwände gegen die ~ 173
- Vorteile der ~ 171
- Kombinationssysteme 78–81
- Kommunismus
 - als Neokommunismus bei Lenin 183
 - bei Platon 206
- Kompetenzhoheit
 - als Möglichkeit der Abänderung der Rechtsordnung 317f.
 - bei Über- und Unterordnung zweier Ordnungen 318
 - formale und materielle ~ 319
 - im Bundesstaat 318, 330
 - im Staatenbund 553
 - kann nur einer souveränen Ordnung zukommen, muss es aber nicht 319
 - Souveränität als ~ 317–322
 - und Gebietshoheit 345, 348
- Kompetenz-Kompetenz s. *Kompetenzhoheit*
- Konföderation s. *Staatenbund*
- König s. *Monarch*
- Konkordanz zwischen Einzel- und Staatswillen 178f.
- Konstituierende Nationalversammlung s. *Nationalversammlung (Deutschösterreich)*
- Konterbande 426f.¹ (427)
- Kontinuität
 - des Staates bei Änderung der Verfassung 495–498
 - des Staates bei wesentlicher Änderung 344–349
 - faktische ~ der ansässigen Menschen ist völkerrechtliches Kriterium für rechtliche Kontinuität des Staates 497
- Kontradiktorisches Verfahren
 - als Methode Kelsens 689*, 768*, 787*f.
- Kontraktualismus wird fortgesetzt durch Anerkennungstheorie 485, 529
- Kontrollierende Funktion der Minorität
 - Theorie der ~ 32
- Koordination s. *Gleichordnung*
- Korporation
 - Staat, aber nicht Völkerrechtsgemeinschaft ist eine ~ 524–527
- Korporationsrecht s. *Gesellschaftsrecht*
- Korporationstheorie 544–548, 563f.
 - als Schein und Wesen verwechselnde Methode 545
 - kann kein Über- und Unterordnungsverhältnis „statuieren“ 563

- Krieg
 - als Erscheinung jenseits von Recht und Unrecht 521
 - als Mittel, um das Recht zur Geltung zu bringen 522
 - als Staatsakt nur kraft einer Rechtsnorm zurechenbar 520f.¹
 - als völkerrechtlicher Zwang 520–524, 557
 - bei Ebers 556f.
 - bei Erich Kaufmann 522
 - kein Recht des Staates, jederzeit ~ zu führen 523
 - Strafanspruch wegen völkerrechtswidriger Kriegshandlungen 573–575
 - Zwang des verlorenen ~ ist mit der Souveränität des Besiegten vereinbar 524
- Kriegserklärung 425f.
- Kriegskonvention 437
- Kriegsverbrechen s. *völkerrechtswidrige Kriegshandlungen*
- Kriegsvölkerrecht s. a. *Freischärler, Prisengericht, völkerrechtswidrige Kriegshandlungen* 425f., 437
 - Staatsbürger als Verpflichtete des ~ 426
- Kunstgriff
 - Fiktion als ~ 211

L

- Länder (Deutschösterreich) s. a. *Kärnten, Niederösterreich, Oberösterreich, Salzburg, Steiermark, Tirol, Vorarlberg* 116–146
 - als historisch-politische Individualitäten und nicht als willkürlich voneinander abgegrenzte Provinzen eines Einheitsstaates 133f.
 - Beitrittserklärung der ~ 124f.
 - Berufung Oberösterreichs auf das Selbstbestimmungsrecht seines Volkes 127
 - Charakter der ~ als autonome Provinzen staatsrechtlich unvereinbar mit der „Anerkennung“ des Gesetzgebungsorganes des aus ihnen bestehenden Staates 127f.
 - Ingerenz der Staatsregierung in die Verwaltung der ~ 123
 - legislative Kompetenz der ~ 121f.
 - Rechtslage der ~ vom Standpunkt der Staats- und Länderverfassungen 123

- Verschiedenheit des Instanzenzuges als Unterschied zwischen Verwaltung des Oberstaats und der ~ 136
 - Landesgesetze (Deutschösterreich)
 - Kassation durch einen Bundesverfassungserichtshof als Garantie gegen (bundes)staatsgesetzwidrige ~ 135
 - Landeshauptmann (Deutschösterreich)
 - als Vorsitzender des an Stelle des Landesausschusses tretenden Landesrates der autonomen Landesverwaltung 123
 - Landesrecht *s. einzelstaatliches Recht*
 - Landesregierungen (Deutschösterreich)
 - Amtsführung der ~ 123
 - Berufung der ~ muss unabhängig von jeder Ingerenz seitens der zentralen Staatsregierung erfolgen 136
 - Landesversammlung
 - Beschluss der Kärntner ~, nur unter „Wahrung des vollen Selbstbestimmungsrechtes der Landesversammlung“, nicht aber ausdrücklich der von ihr eingesetzten Behörden und erlassenen Gesetze anzuerkennen 127
 - gemeinsame Erklärung der Parteien der oberösterreichischen ~ 125 f., 125.70*
 - Laun, Rudolf 84 f., 83–85, 622*–628*
 - law
 - distinct from morality in the “Problem of Sovereignty” 241*
 - factual efficacy of the ~ 246*
 - question “What is ~?” is meaningless for the jurist 241*
 - Layer, Max 153–167, 681*–692*
 - Legislative *s. Gesetzgebung*
 - „(Zur) Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“ (HK) 686* f.
 - lex contractus 526
 - als untergeordnetes Normensystem 381
 - jedes Rechtsgeschäft schafft Rechtsnormen zwischen den Parteien 518 f.
 - lex imperfecta 442
 - Lex Kemetter 63 f., 63 f.25*, 698*
 - lex posterior derogat legi priori 377 f., 378 f.1 (379), 419 f., 438
 - Liberalismus 315
 - „Libertas“ als Motto der genuesischen Republik auf Gefängnissen und Ketten zu lesen 180 f.
 - Liste
 - als Stimmüberweisungskartell 53
 - Einzel~ 57
 - gebundene ~ 53
 - Partei~ 56 f.
 - starre ~ 53
 - „wilder“ Kandidat, der in keine ~ aufgenommen ist 54
 - Listenkonzurrenz *s. proportionale Einerwahl mit Listenskrutinium/-konzurrenz (Vorschlag Kelsens)*
 - Listenskrutinium *s. proportionale Einerwahl mit Listenskrutinium/-konzurrenz (Vorschlag Kelsens)*
 - Logik
 - der juristischen Theorie fehlt jede logische Grundlage 492
 - logische Notwendigkeit, jedes positive Recht auf einer juristischen Hypothese zu begründen 510
 - logischer Widerspruch *s. Widerspruch*
 - Luftraum
 - und Staatsgebiet 340
- ## M
- Macht
 - führt zu Recht bei Georg Jellinek 325
 - Recht und ~ schließen einander aus 287
 - Staat ist nach außen ungebundene ~ 456, 457.3–459
 - maiestas populi Romani 275, 275.24*
 - “Main Problems” (HK)
 - is the analytic roots of the “Problem of Sovereignty” 238*–241*
 - Majorisierung
 - keine ~ im Idealfall der Proportionalwahl 30
 - Majorität
 - Diskrepanz zwischen ~ der Wähler und ~ der Gewählten 29 f.
 - Majoritätsideologie
 - Herrschaft der ~ 29
 - Majoritätsprinzip 562
 - Ablehnung des ~ 26
 - als Abrücken von dem unbedingten Freiheitsideal 27
 - als Axiom der politischen Mathematik 27
 - als der Reichsratswahlordnung von 1907 zugrunde liegender Grundsatz 76

- als Gegensatz zur Idee der Proportionalität 31f.
- Freiheit als Prämisse, aus welcher das ~ abgeleitet wird 179, 201
- Gleichheit von menschlichen Willen untereinander als Voraussetzung des ~ 179, 200
- im Bundesvertrag als Wesensmerkmal des Bundesstaates 554
- Kombination des ~ mit dem Listensystem 78f.
- Mängel des ~ 28
- Majoritätswahl s. *Majoritätsprinzip*
- Märchen
 - von den unterdrückten Nationen Deutschösterreichs 84
- März-Verfassung 1919 (Deutschösterreich) 115–146, 645*–648*, 664*f.
- Materialistische Vorurteile der Juristen 267
- Mathematik
 - Majoritätsprinzip als Axiom der politischen ~ 27
- Mayer, Otto 154.2*
 - als Führer der deutschen Verwaltungstheorie 154
 - Mehrwerttheorie nach ~ 160f.
- Mehrheitsprinzip s. a. *Majoritätsprinzip* 562
- Mehrheitswahlrecht s. *Majoritätsprinzip*
- Mehrwerttheorie nach Otto Mayer 160f.
 - Ablehnung durch Max Layer 166f.
- Mendoza
 - Verhältniswahl in ~ 36
- Mensch
 - Erdoberfläche für den Staat ebenso wenig begriffswesentlich wie für den ~ 341
 - Geltung staatlicher Rechtsordnung steht nur ~ gegenüber in Frage 466
 - Handlung eines ~ kraft Zurechnung als Staatsakt 394, 409.1, 425
 - Herrschaft des ~ über Menschen als für das demokratische Empfinden unerträgliches Faktum 180
 - ist autonom folgebereit gegenüber einer Normenordnung 260*
 - ist Autorität nur kraft Einsetzung durch eine Norm 279, 524
 - ist nicht die physische Person im Rechtsinne 372f.
 - nur ~ treffen, beobachten oder brechen Vereinbarungen 399
 - schafft die Rechtsordnung 94
 - verhält sich grundsätzlich egoistisch 252*, 261*
 - Verhalten des ~ als Normobjekt 371, 387, 391, 393f., 399, 405, 421
 - Verhalten des ~ als Staatsakt 394, 409.1
- Menschenrechte
 - als Schutzwall gegen den Missbrauch der Herrschergewalt 202
- Menschwerdung
 - der Rechtsmacht 305
- Merkel, Adolf Julius
 - als Mitarbeiter der „legislativen Abteilung“ der Staatskanzlei (Deutschösterreich) 601*
- Metajuristischer Zweck 350
- Metamorphose
 - des Faktischen zum Normativen 498
 - des Freiheitsbegriffs auf dem Weg dazu, Grundlage des Staates zu werden 178, 556.1
 - des Völkerrechts von objektiver Geltung zu kausaler Wirkung 477
- Metapher
 - verdichtet sich Gespenstern gleich zu selbständigen Wesenheiten 265
- Methodenanarchismus 272
- Methodensynkretismus 250*, 272f., 358, 633*
 - bei Bergbohm 355f.1
 - bei Georg Jellinek 540f.1
 - bei Walter Jellinek 362.1–364 (364)
 - bei Nippold 432f.2
 - bei Redslob 326.2
 - bei Somló 302f., 365.1
- methodology
 - critique of impure analytic methods 237*
- Ministerverantwortlichkeit
 - praktischer Wert der ~ 71f.
- Minorität
 - die Theorie von der kontrollierenden Funktion der ~ reicht nicht aus, um das Proportionalitätssystem zu rechtfertigen 32
 - Funktion der verhältnismäßigen Vertretung der ~ 32–34
 - nicht durch künstliche Schwächung der Majorität, sondern durch künstliche Stärkung der ~ wird deren Vertretung bei dem System der Stimmenhäufung erzielt 34

- psychologische Bedeutung der Vertretung von ~ 181
 - Schutz der ~ als demokratischer Gedanke 181
 - Minoritätsvertretung
 - Funktion der verhältnismäßigen ~ 32–34
 - Misstrauensvotum
 - gegen die Staatsregierung Deutschösterreichs 106
 - (Verlag J. C. B.) Mohr (Paul Siebeck) 775*f., 785*
 - Monade
 - einzelstaatliches Recht als fensterlose ~ 413
 - Monarch
 - als Organ des Volkes bei der Gesetzgebung 534
 - Befehl des absoluten ~ ist Recht nur kraft eines Ursprungsrechtssatzes 296, 370
 - “The King can do no wrong” als Rechtsgrundsatz im englischen Recht 221f.
 - Unverantwortlichkeit des ~ 222
 - Monarchie 296–298
 - Konservierung eines Stücks der absoluten ~ im Konstitutionalismus durch die deutsche Staatstheorie 298
 - Verwandlung einer absoluten ~ in eine konstitutionelle durch Gesetz des Monarchen 495
 - Monismus *s. a.* *Dualismus von Völkerrecht und einzelstaatlichem Recht*
 - Einheit des Erkenntnisstandpunktes fordert gebieterisch den ~ 385
 - Monopolisierung der gesetzgeberischen Gewalt auf der Bundesebene bedeutet Aufgeben des Typus des Bundesstaates 142
 - Moral
 - ist aus Sicht des Rechts überhaupt nicht vorhanden 384
 - Normen der ~ können durch Gewohnheit oder durch Satzung entstehen 360
 - Recht und ~ als zentrale Unterscheidung in „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ (HK) 253*
 - Recht und ~ sind verschiedene Normensysteme wegen Unabhängigkeit ihrer Quellen 371
 - Staatsvertrag als Fiktion einer moralischen Weltanschauung 229
 - Trennung von Recht und ~ ist für den Gesetzgeber und Juristen von hohem Werte 229f.
 - Verweisung auf Normen der ~ 380
 - morality
 - distinct from law in the “Problem of Sovereignty” 241*
 - Münchhausenstück
 - Versuch, die Entstehung des Staates juristisch zu begreifen, als ~ 494
 - mutuus dissensus 419, 419.473*, 558f.
 - Mysterium
 - Unlösbarkeit eines Bundesstaates als ~ 559f.1
 - Wandlung eines Vertrags zum Gesetz als juristisches ~ 538.1
 - Mythologie 288.1
 - mythologische Naturwissenschaft bei Somló 302.8
 - Überordnung der öffentlichen über die privaten Personen als ~ 389f.1 (389)
- N
- Nachruf für Edmund Bernatzik 149–152
 - Nation
 - Aufgabe des Staates, das nationale Interesse zu realisieren 351
 - unterdrückte ~ in Deutschösterreich als Märchen 84
 - Nationalitätenfrage 84f., 626*–628*
 - (Konstituierende) Nationalversammlung (Deutschösterreich) *s. a.* *Provisorische Nationalversammlung (Deutschösterreich)*
 - als Wahlorgan der Staatsregierung 106
 - Anerkennung der ~ seitens Kärntens nur unter „Wahrung des vollen Selbstbestimmungsrechtes der Landesversammlung“ und ausschließlich der eingesetzten Behörden und erlassenen Gesetze 127
 - Anerkennung der ~ seitens Oberösterreichs nur als derzeitige oberste staatliche Gewalt 127
 - Entwurf einer Wahlordnung für die ~ 52f.
 - Genehmigung von Staatsverträgen durch die ~ 112
 - Hauptausschuss der ~ als Exekutivorgan 108f.
 - Präsident der ~ 109–112
 - Naturding *s. Hypostasierung*
 - Naturrecht 353f., 355–358, 556.1
 - auch das ~ kann faktisch wirksam sein 358

- auch der extremste Positivismus kann das ~ für die Grundlegung der Rechtsordnung nicht entbehren 473
- bei Binding 559f.1 (560)
- bei Heffter 468
- bei Christian Wolff 508, 510
- Bergbohms Kampf gegen das ~ 358.1
- Rechtsnotwendigkeit als echte, selbständige Quelle des Völkerrechts 472f.
- Vertragstheorie des ~ wird fortgesetzt durch Anerkennungstheorie 485
- Naturwissenschaft
 - Gleichgewicht der Staaten eine pseudonaturwissenschaftliche Vorstellung 461
 - mythologische ~ bei Somló 302.8
 - Parallele der ~ zur Rechtswissenschaft 380.1
- Nebenordnung s. *Gleichordnung*
- necessitas s. *Rechtsnotwendigkeit*
- Negative Idee
 - Freiheit und Gleichheit als ~ 176
- Neokommunismus 183
 - „Neue Freie Presse“ 595*f., 602*f., 796*f.
 - „Neues Wiener Tagblatt“ 602*, 636*f.
- Nichtigkeit
 - einer Rechtsnorm bei Widerspruch zum höheren Normensystem 377
 - einer staatlichen Norm bei Überschreitung der völkerrechtlichen Ermächtigung 410
- Niederösterreich 129
- Nihilismus
 - sieht Krieg als Erscheinung jenseits von Recht und Unrecht an 521
- Norddeutscher Bund
 - als Bundesstaat 539f.1
- Norm s. *Rechtsnorm*
- Normadressat s. *Normsubjekt*
- Normative Kraft des Faktischen 498
- normativity 244*
 - philosophical sources of Kelsen's understanding of ~ 245–248*
- Normensystem s. a. *Rechtsordnung*
 - drei logische Grundmöglichkeiten des Verhältnisses zweier ~ 369, 383
 - gegenseitiges Verhältnis zweier ~ 367–383
 - Geltung zweier ~ kann nur alternativ angenommen werden 369, 374
 - Identität des Normobjekts verschiedener ~ als Normkonflikt 372
 - niemals kann eine Norm des niederen ~ einer des höheren entgegengesetzt sein 376
 - Quelle eines ~ 369–371
 - Verschiedenheit des ~ bedeutet auch Verschiedenheit der Normsubjekte 373
- Normenwiderspruch s. *Normkonflikt*
- Normkonflikt 372, 374f., 387
 - Identität des Normobjekts verschiedener Normensysteme als ~ 372
 - irrige Auffassung des Dualismus, Völkerrecht und einzelstaatliches Recht könnten in keinen ~ geraten 387
 - psychologische Zweifel des Menschen angesichts eines ~ 374
 - Unaufhebbarkeit bei Annahme der Geltung zweier Normensysteme 374
 - Undenkbarkeit innerhalb einer speziellen normativen Betrachtung 375
 - zwischen Völkerrecht und einzelstaatlichem Recht auch bei dualistischer Konstruktion möglich 396
- Normkonkurrenz s. *Normkonflikt*
- Normobjekt 371–375
 - des Völkerrechts 387–393
 - Identität des ~ verschiedener Normensysteme als Normkonflikt 372
 - menschliches Verhalten als ~ 371, 387, 391, 393f., 399, 421
- Normquelle 369–371
- Normsetzung
 - völkerrechtliche Pflicht des Staates zu ~ 406–410
- Normsubjekt 372f., 389f.1 (389), 390f., 526f.
 - des Völkerrechts s. a. *Völkerrechtssubjekt* 393–396, 420–428
 - keine Identität des ~ und des Unrechts-Subjekts 409
 - keine Identität des ~ verschiedener Normensysteme 372
 - und Unrechts-Subjekt wie Gott und Teufel 409.1
 - zwischen ~ und Rechtsverhältnis besteht kein Wesensunterschied 547
- Norwegen
 - Verhältniswahl in ~ 36
- Nullifikationsrecht
 - im Staatenbund 558, 561f.

O

- Oberösterreich 124–128
- Obrigkeit
 - demokratische Staatsorgane als ~ 300
 - ist die Rechtsordnung, nicht das Staatsorgan 517
- Obrigkeitsgewalt
 - Geschichte der ~ bei Krabbe 298f.
- Öffentliches Recht
 - keine Identität zwischen ~ und Gewaltverhältnis 163
 - Positionierung des Vertrages jenseits des Gegensatzes von privatem und ~ 166f.
 - Privatrecht und ~ 160f., 166f., 389f.1 (389), 452f.
 - Rechtsverhältnis des ~ ist gekennzeichnet durch einseitige Geltendmachung der bezüglichen Ansprüche durch die Staatsgewalt 162
 - Rechtsverhältnis des ~ ist kein Gewaltverhältnis der Über- und Unterordnung 155
 - rein negative Bestimmung des Begriffes ~ 160
 - Unvereinbarkeit der Bestimmung eines ~ als Verhältnis zwischen über- und untergeordneten Personen mit dem Begriff der Person 157
- Öffentlich-rechtlicher Vertrag 687*–691*
 - als Ausnahme 155
 - als öffentlich-rechtliche Wirkung habender 154
 - Zulässigkeit des Begriffs 154
- Oldenburg (Herzogtum)
 - Verhältniswahl in ~ 36
- Organ
 - des Staates *s. Staatsorgan*
 - Eigenschaft als ~ erschöpft sich in der Ermächtigung oder Verpflichtung zum Handeln 516
 - Einsetzung eines ~ als Wesensmerkmal des Staatenbundes 536
 - Völkerrecht hat keine besonderen ~ zur Gesetzgebung oder Rechtsdurchsetzung 518–524
- „Die Organisation der vollziehenden Gewalt Deutschösterreichs nach der Gesetzgebung der konstituierenden Nationalversammlung“ (HK) 101–114, 641*–653*

- Übereinstimmungen mit „Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich“ (HK) 650*f.
- Österreich *s. a. Deutschösterreich, Österreich-Ungarn*
 - Gründungsphase der Republik ~ 645*f.
 - „(Der) österreichische Volkswirt“ 580f.*
 - „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“ 622*–624*, 628*–630*, 642*–644*, 655*f., 675*f., 682*f.
- Österreich-Ungarn
 - Annexion Bosniens und Herzegowina als Gebietserweiterung für ~ 95f.
 - Bestrebungen zur Umwandlung ~ in einen Bundesstaat 536f.1
 - drei Möglichkeiten für die Annexion eines Gebietes durch ~ 88
 - Majoritätsprinzip als Grundsatz der Reichsratswahlordnung (1907) 76
 - Verhältnis zwischen Bosnien-Herzegowina und ~ 89f.
 - Verhältniswahl in ~ 36
 - völkerrechtlicher Vertrag zwischen ~ und der Türkei 94–96
 - Wahlkreiseinteilung als Grundsatz der Reichsratswahlordnung (1907) 76

P

- pacta sunt servanda
 - als außerrechtliche Norm, moralisches oder „natürliches“ Grundprinzip 229
 - als die Verbindlichkeit der internationalen Verträge begründender Rechtssatz 431, 465
 - als Geltungsgrund des Gründungsvertrags eines Staatenbundes 539f., 542
 - als Grundgesetz des Völkerrechts 476
 - als logische Konsequenz einer Natur der Sache 482
 - als Rechtssatz der staatlichen Rechtsordnung auch bei deren Primat möglich 452
 - auch die Vereinbarung kann nicht auf eine Norm wie ~ verzichten 519
 - bei Ullmann 482
 - kann durch *clausula rebus sic stantibus* eingeschränkt sein 561
- Paktiertes Gesetz 420
- Panachieren 41, 41.46*, 78
 - als gefährliches Wahlmanöver 42

- Paradoxie eines Staatsgebiets ohne eine dazu gehörige Staatsgewalt 90–96
- Pariser Kommune
- als arbeitende Körperschaft, kein Parlament 182
- Parlament
- als Gesetzgebungsmaschine 108
 - staatstheoretische Bedeutung der Kreation der Regierung durch das ~ 652*
- Parlamentarismus
- bei Lenin 183f., 203f.
 - bei Marx 182f.
 - bei Rousseau 181f.
 - bei Weber 186, 204
 - Hypertrophie des ~ 184
 - in England 177, 185
- Partei
- Erschöpfung der Wahl des einzelnen Wählers im Bekenntnis zu einer ~ 77
 - Kandidaten einer ~ als Stimmüberweiskartell 81
 - Unabhängigkeit Kelsens von einer ~ 588*
 - Wahlvorschlag einer ~ s. *Parteiliste*
 - „wilder“ Kandidat ohne Bindung an eine ~ 54, 81
 - Wille der ~ eines Rechtsgeschäfts 378f.
 - Zusammenarbeit der ~ Deutschösterreichs als Basis für die Gründung des Staatswesens 70
- Parteiliste 56f., 172
- Widerstand gegen die Aufstellung von ~ für das ganze Staatsgebiet Deutschösterreichs 56f.
- Parteiloser Kandidat 54
- Pazifismus 571
- “Peace Through Law” (HK) 779*
- Person
- als aus der Rechtsordnung abgeleitete Pflichtsubjektivität 333
 - als der Rechtsordnung gegenüberstehende Realität 372
 - als Personifikation von Rechtsnormen (Teilrechtsordnungen) 291, 372f., 388f., 421f.
 - als „Träger“ von Pflichten und Rechten 213
 - den Vertrag setzen nicht zwei ~, sondern zwei Willensäußerungen 454
 - ist ihrer logischen Struktur nach ein Spiegelbild 216
 - juristische ~ s. a. *juristische Person* 291, 373, 421f.
 - lebt in der Vorstellung der Juristen als ein von der Rechtsordnung verschiedenes, selbständig existentes Wesen 213
 - physische ~ 291, 373
 - physische ~ und juristische ~ ohne relevante Differenz 533
 - physische ~ und Mensch 291.1, 372f.
 - Rechts~ als Spiegelbild 216
 - Reduktion des ~begriffs auf seine natürliche Grenzen durch Selbstbesinnung der Rechtswissenschaft 217
 - völkerrechtliche ~ s. *Völkerrechtssubjekt*
 - Zweifel an der Realität der juristischen ~ 422.1
- Personalitätsprinzip
- Gliederung der Wählerschaft nach einem ~ als Grundgedanke des Proportionalwahlsystems 54
 - nach dem ~ gebildeter Wahlkörper 79
- Personifikation
- als Anlass von Scheinproblemen 288
 - als Denkbehelf zur Spaltung des Staates in Objekt und Subjekt der Rechtsordnung 287
 - bei Somló 304
 - bei Vaihinger 288.1
 - des Gliedstaats 332f., 337
 - des Staatenbundes ist ebenso möglich wie die des Bundesstaates 544–548
 - des Staates s. a. *Staatsperson* 89
 - eines Vertrags ist ebenso möglich wie die eines Vereins 526
 - enthält für sich keinerlei Moment der Über- und Unterordnung 564
 - Gott als ~ der Weltordnung 449
 - mangelnde Einsicht in das Wesen der ~ schuld an der unglücklichen Privatrechtstheorie vom Gegensatz zwischen Sozietät und Korporation 544
 - Person im Rechtssinne als ~ von Rechtsnormen (Teilrechtsordnungen) 156f., 291, 372f., 388f., 421f.
 - personifikative Fiktion 214f., 288.1
 - Staat als ~ der (totalen) Rechtsordnung 291, 330, 390
 - unterschiedliche staatsrechtliche und völkerrechtliche ~ des Staates 395
 - vulgäre Rechtssprache ist Ursprung des ganzen Problems der ~ 527

- Personifikative Fiktion *s. a. Fiktion, Personifikation* 214
- petitio principii 156, 164f., 307, 352, 362.1–364 (364), 453
- Pflicht *s. a. Verpflichtung*
- Erfüllung der ~ 423
 - Inhalt einer ~ kann nur menschliches Verhalten sein 405
 - ist nur die subjektivistische Ausdrucksform für ein Normensystem 538
 - Konflikt zwischen ~ *s. a. Normkonflikt* 374
 - nur ein Mensch, nicht eine Person kann ~ haben 291.1
 - völkerrechtliche ~ des Staates zu Normsetzungsakten 406–410
- Phantasiegebilde
- Rechtsnormen als ~ 234
- Philosophie des Als Ob 211–217, 763*f.
- Eindruck der ~ auf Kelsen 766*
- Piraterie 426f.
- Plurismus von Völkerrecht und einzelstaatlichen Rechten 413
- Politische Motivation des wissenschaftlichen juristischen Denkens bezüglich des Staatsbegriffs 322
- Pontius Pilatus 197, 208
- Positivierungsnachweis 359
- Positivismus 352–366, 378f.1 (379)
- auch der extremste ~ kann das Naturrecht für die Grundlegung der Rechtsordnung nicht entbehren 473
 - bei Bergbohm 354f.1, 412f.
 - bei Ullmann 480
 - Grenze, bis zu der der ~ geführt werden kann 267, 473
- Positivität des Rechts 352–366
- als Gegensatz zum Naturrecht 352–355
 - als Gesatztheit 359f.
 - als Wirksamkeit des Rechtes in der Gesellschaft 355–359
 - bei Bergbohm 362.1–364 (363)
 - bei Georg Jellinek 359
 - bei Radbruch 355.1
 - Unabilitbarkeit der Grundnorm, somit Souveränität, als entscheidendes Moment für die ~ 360
- Postulat
- der Einheit normativer Erkenntnis 372, 386, 412f.
- praesumptio
- Unterschied zwischen Fiktion und ~ 219
- Pragmatische Sanktion 118.10*
- Beseitigung der ~ durch die Revolution 118
- (Drei) Präsidenten der Nationalversammlung Deutschösterreichs als oberste Chefs der Exekutive 61, 612*
- Präsidenschaftsrepublik als Nachahmung des monarchischen Prinzips 107
- Prätorianisches Recht 223f.
- Prätorische Fiktionen
- des römischen Rechtes 223
- Praxisferne
- angebliche ~ der reinen Rechtslehre 266
- Preußen 352
- Primat der staatlichen Rechtsordnung *s. a. Anerkennung des Völkerrechts, Anerkennungstheorie des Völkerrechts, Selbstverpflichtung des Staates* 412–463
- als erkenntnistheoretische Hypothese 567
 - als Primat der eigenstaatlichen Rechtsordnung 447–450
 - bedeutet Leugnung des Völkerrechts 450, 569
 - führt zum Solipsismus 567f.
 - hindert die Behandlung der Entstehung des Staates als juristisches Problem 494
 - hindert die Behandlung der Staatenverbindung als juristisches Problem 531
 - hindert nicht Möglichkeit des völkerrechtlichen Vertrages 450–455
 - Leistungsfähigkeit der Hypothese des ~ 449f., 455
 - paart sich mit dem Staatsegoismus einer imperialistischen Politik 570
 - und Koexistenz der Staaten 447–450
 - zwingt nicht dazu, Staat als Faktum der Gewalt zu sehen 450
- Primat des Völkerrechts *s. a. Primat der staatlichen Rechtsordnung* 366, 394, 400, 402, 407, 463–498
- als erkenntnistheoretische Hypothese 567
 - bei Triepel 410f.1 (411)
 - führt zum Grundgedanken des Pazifismus 571
 - ist unvereinbar mit Souveränität des Staates 322, 555

- principle of effectiveness *s. a. Faktizität* 246*
- is implied in the basic norm 246*, 259*
- Prinzip
- der Majorität *s. Majoritätsprinzip*
 - der Proportionalität *s. Proportionalität, Proportionalwahlsystem*
 - subjektives und objektives ~ des Völkerrechts 499–506
- Prisengericht 525, 527f.
- Privatautonomie 381f., 496
- Privatrecht
- öffentliches Recht und ~ 160f., 166f., 389f.₁ (389), 452f.
 - Völkerrecht als ~ 389f.₁ (390)
 - Völkerrecht analog zum ~ 402, 476f., 496, 533
 - Wesen des ~ als dem Wesen des Gewaltverhältnisses widersprechend 162f.
- „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ (HK) 235–572, 775*–796*
- als Abschluss der ersten Gründungs- und Konsolidierungsphase der Reinen Rechtslehre 788*
 - als eine der rechtstheoretischen Hauptschriften Kelsens 787*
 - als eine der wichtigsten völkerrechtlichen Schriften der Wiener Rechtstheoretischen Schule 249*
 - als Fundgrube für eine Vielzahl von Sätzen der Reinen Rechtslehre 788* f.₅₆₁
 - analytische Grundlage in „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ (HK) zu finden 250*–253*
 - Einfluss Schopenhauers auf ~ 261*
 - Einheit als Schlüsselbegriff für ~ 792*–794*
 - Recht und Moral als zentrale Unterscheidung in ~ 253*
 - Selbstanzeige Kelsens im Verlagsprospekt 782*
 - Stellung im Gesamtwerk Kelsens 787*–789*
 - Übereinstimmungen mit Buchbesprechung Layer 686*, 692*
- “Problem of Sovereignty” (HK)
- as a founding work of the Vienna school of jurisprudence on international law 237*
 - has its analytic roots in the “Main Problems” 238–241*
 - law and morality as central distinction in ~ 241*
 - Schopenhauer’s influence on ~ 247*
- Professionalisierung der Exekutive 653*
- Proletariat
- als politisch privilegierte Klasse von Staatsbürgern 189
 - Diktatur des ~ *s. dort*
 - fünffaches Wahlrecht des ~ nach der russischen Sowjetverfassung 194
- Proportionale Einerwahl mit Listenskrutinium/-konkurrenz (Vorschlag Kelsens) 45, 47f., 53f., 56, 79f., 98, 587*–593*₃, 599*, 601*f., 618*, 620*f., 695*, 699*f.
- als einnamige Stimmgebung 45
 - als Verbindung des Prinzips der ~ mit dem Prinzip der proportionalen Listenwahl 80f.
 - Ausschaltung des Zufallmoments im System der ~ 79f.
 - bei Hugo Preuß 47f.
 - Stimmenüberweisung beim Erreichen des Quotienten im Rahmen des Systems der ~ 79
 - Vorteil der ~ 54
- Proportionale Listenwahl
- Verbindung des Prinzips der proportionalen Einerwahl mit dem Prinzip der ~ (Vorschlag Kelsens) 80f.
- Proportionale Vertretung als Schranke der Idee der Vertretung 33
- Proportionalität
- als Gegensatz zum Majoritätsprinzip 31f.
 - Gedanke der ~ wird umso besser verwirklicht, je mehr Mandate im Verhältnis zu den abgegebenen Stimmen zu besetzen sind 31
 - Gedanke des Minoritätsschutzes findet innerhalb der repräsentativen Demokratie im Grundsatz der ~ Ausdruck 181
 - Prinzip der ~ 170f.
 - proportionale Vertretung als natürliche Schranke der Idee der Vertretung 33
- Proportionalwahlsystem *s. a. proportionale Einerwahl mit Listenskrutinium/-konkurrenz (Vorschlag Kelsens), proportionale Listenwahl* 35f., 76–82
- „Ein einfaches ~“ (HK) 25–50, 580*–595*

- Gegner des ~ 28
- Gliederung der Wählerschaft nach einem Personalitätsprinzip als Grundgedanke des ~ 54
- im idealen ~ gibt es keinen Besiegten, weil es keine Majorisierung gibt 30
- immanente Tendenz des ~ zur Unmittelbarkeit 181
- in verschiedenen Staaten und Ländern 35 f., 172
- Kombination von ~ und Wahlkreiseinteilung 55
- mit einer echten Wahlkreiseinteilung 55
- Wahlkreiseinteilung als Gefahr für das Gesamtergebn der Wahlen beim ~ 55
- „Ein einfaches Proportionalwahlsystem“ (HK) 75–82, 591*
- „Das Proportional(wahl)system“ (HK) 25–50, 580*–595*
- Proporz *s. Proportionalität, Proportionalwahlsystem*
- „Der Proporz im Wahlordnungsentwurf“ (HK) 51–58, 591*, 595*–602*
- Protestantismus
- Völkerrechtswissenschaft als protestantische Wissenschaft 514 f.1
- Provinz
- autonome ~ und Gliedstaat 334
- Provisorische Nationalversammlung (Deutschösterreich)
- konstituierende Sitzung der ~ 60 f.
- Pseudofiktionen der Rechtspraxis 227 f.
- Pure Theory of Law
- must remain silent on certain matters that are also of interest to Kelsen 248*
- “Problem of Sovereignty” as a founding work of the ~ on international law 237*
- Pythagoräischer Lehrsatz
- Denkprozess, dessen Inhalt der ~ ist, ist für dessen Richtigkeit unmaßgeblich 286

Q

- Quelle *s. a. Rechtsquelle*
- des Völkerrechts 397–401, 472
- eines Normensystems 369–371
- Gewohnheit und Rechtsnotwendigkeit als einzige selbständige ~ des Völkerrechts 472

- Personifikation der ~ eines Normensystems als Adressant 373
- Wille des Staates als ~ des einzelstaatlichen Rechts 397 f.
- Quotient
- Berechnung des ~ im System der starren Liste 77
- Harescher ~ *s. a. Haresches System* 37–39

R

- Rangordnungsziffer
- System der ~ als Kombination zwischen den Systemen der Minoritätsvertretung 35
- Rätesystem *s. a. Sowjetverfassung (Russland)* 185
- als Aufhebung des demokratischen Prinzips 189
- Ratifikation
- von Staatsverträgen in Deutschösterreich nach der Verfassungsnovelle 67
- Raum
- als allgemeiner Norminhalt 339
- dreidimensionaler ~ statt bloßer Fläche als Staatselement 340
- Staat als seelisch-körperliche Realität, die einen ~ ausfüllt 340
- Recht *s. a. subjektives Recht*
- als Befugnis zu zwingen 283 f.1 (283)
- als ethischer Begriff 571
- als Regelung von „Beziehungen“ oder „Verhältnissen“ 388
- als selbständiges, von der Natur verschiedenes System 266
- als Subjekt 373, 389 f.1 (389)
- als Zwangsordnung 297, 337
- Änderung des ~ 377–383
- Änderung des ~ in älterer Rechtsordnung regelmäßig nur durch Gewohnheit 516
- Anwendung des ~ durch den Richter als Satzung einer individuellen Norm 355
- Anwendung des ~ ist durchgehend mit Erzeugung von ~ verbunden 295, 355, 518, 537 f.
- bei Bergbohm 354 f.1
- bei Hegel 366
- bei Krabbe 298–301
- bei Spinoza 366
- Bruch der Kontinuität des ~ durch Revolution 362

- Bruch des ~ ist für dessen Geltung unerheblich 560
- Definition des ~ kann nur vorläufig sein 283f.1 (284)
- des Stärkeren 457.3–459 (458)
- Eigengesetzlichkeit des ~ 282
- Einheit des Begriffs des ~ 412f.
- Erkenntnis des ~ als (untergeordnetes) Mittel bei dessen Anwendung 227
- Erzeugung des ~ aus einer einheitlichen Voraussetzung analog zur logischen Erzeugung des Systems der Natur bei Sander 380.1
- Erzeugung des ~ durch den Staat als Scheinproblem 288, 295
- es gibt neben der Mathematik fast kein Gebiet, das zur Deduktion logischer Gesetze und Illustrierung oder Entwicklung logischer Methode passender wäre, als das ~ 211
- Faktizität des ~ als tatsächliches Befolgtwerden *s. a. Faktizität* 302, 355–366
- Gegensatz von Moral und ~ zentral in „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ (HK) 253*
- Geltung des ~ 360–366, 560
- Geltungsgrund des ~ *s. Geltungsgrund des Rechts*
- identisch mit Völkerrecht 571
- jeder beliebige Inhalt kann ~ sein 314
- „Juristisch“ kann man nur ~ erkennen 441f.2 (441)
- Kontinuität des ~ 362
- logische Notwendigkeit, jedes positive ~ auf einer juristische Hypothese zu begründen 510
- Macht/Gewalt und ~ schließen einander aus 287
- Normativität und Faktizität des ~ 360–366
- objektives und subjektives ~ 519
- öffentliches und privates ~ 160f., 166f., 389f.1 (389), 452f.
- positives ~ und Naturrecht 353–358
- Positivität des ~ *s. a. dort* 352–366
- primitives ~ 519
- psychischer Prozess der Vorstellung und Wollung des ~, nicht aber deren Inhalt ist faktisch 356
- Souveränität des ~ 229
- Strafe als primitive Technik des ~ für dessen Wahrung 72
- Trennung von ~ und Moral ist für den Gesetzgeber und Juristen von hohem Werte 229f.
- Umgehung des ~ erleichtert durch Fiktionen 223
- Unabhängigkeit des ~ gegenüber Wirtschaft, Moral, Politik usw. 351, 353
- Völkerrecht als anarchisches ~ 515
- Wirksamkeit des ~ 360–366
- zum Zwang als Wesensmerkmal des Staates 334–338
- Rechtlich geordnete Gewalt 287
- Rechtliches Gebilde
 - für ein neues ~ muss die Rechtswissenschaft neue Typen konstruieren 93
- Rechtsanwendung
 - ist durchgehend mit Rechtserzeugung verbunden 295, 518, 537f.
 - jede Verordnung ist zugleich Rechtserzeugung wie ~ 295
- Rechtsbruch
 - ist für die Frage der Rechtsgeltung gleichgültig 560
- Rechtserkenntnis
 - als (untergeordnetes) Mittel der Rechtsanwendung 227
- Rechtserzeugung
 - ist durchgehend mit Rechtsanwendung verbunden 295, 518, 537f.
 - jede Verordnung ist zugleich Rechtsanwendung wie ~ 295
- Rechtserzeugungsfaktum 361
- Rechtsfolge 453
 - Anknüpfung von ~ an Tatbestände als einzige Funktion des Gesetzgebers 222
- Rechtsgeschäft 266, 359, 362.1–364 (363), 379–382, 418, 442f., 453f., 465, 476
 - als eine von der Rechtsordnung mit Rechtsfolgen verknüpfte menschliche Willensäußerung 156
 - als Rechtserzeugung, die an einen Willen der zu verpflichtenden Subjekte anknüpft 534
 - auch das Gesetz ist ein ~ 518f., 537
 - Geltung des ~ als erklärter Wille der Rechtsordnung 381
 - im ~ enthaltene Normen als untergeordnetes Normensystem 381

- kann nicht aus sich selbst heraus rechtlich wirken 443, 520.¹
- Rechtsgeschichte
 - ist Geschichts-, keine spezifische Rechtswissenschaft 357
 - macht systematische Rechtswissenschaft nicht entbehrlich 357
- Rechtsgewalt
 - bei Krabbe 298
- Rechtskontinuität 495–498
 - Problem der ~ zwischen der provisorischen Verfassung Deutschösterreichs und der von der konstituierenden Nationalversammlung zu gebenden definitiven Staatsordnung 118
- Rechtsmacht 287
 - bei Somló 301–306
 - ist in der üblichen Staatslehre der Staat 304
 - ist Mensch geworden 305
- Rechtsnorm
 - Adressant der ~ 373
 - als Bedingung *s. a.* *Bedingung* 156
 - als Gedankending 94
 - als imaginatives Produkt des menschlichen Geistes 234
 - als tatsächliches Wollen 302.¹–304 (303)
 - als Ursache 302f.
 - Blankett~ 376, 379f., 382, 407
 - Geltung der ~ ist identisch mit deren Existenz 484
 - ist positives Recht, wenn sie stufenweise auf die Ursprungsnorm zurückgeführt werden kann 359
 - jedes Rechtsgeschäft schafft mehr oder weniger generelle oder individuelle ~ zwischen den Parteien 518f.
 - Konflikt zwischen zwei ~ 372, 374f.
 - muss nicht in der Weise abgeändert werden können, wie sie entstanden ist 319, 419, 558
 - Nichtigkeit der ~ ist nichtig bei Widerspruch zum höheren Normensystem 377, 410, 442
 - Objekt der ~ *s. a.* *Normobjekt* 371–375
 - primäre und sekundäre ~ 381.¹
 - Quelle der ~ 369–371
 - Raum und Zeit als allgemeine Inhalte der ~ 339
 - staatliche ~ ist nichtig bei Überschreitung der völkerrechtlichen Ermächtigung 410
 - Subjekt der ~ *s. a.* *Normsubjekt* 372f.
 - Tatbestand (Bedingung) und Rechtsfolge der ~ 453
- Rechtsnotwendigkeit
 - als echte, selbständige Quelle des Völkerrechts 472f.
- Rechtsordnung *s. a.* *Normensystem*
 - als allein den Rechtssubjekten übergeordnet 158
 - als menschengeschaffenes Gedankending kann mit Widerspruch behaftet sein 94, 634*
 - als System von objektiv gültigen Normen menschlichen Verhaltens 287
 - als Überordnung 158
 - Anarchie als ~ ohne Herrschaft 515
 - Änderung der ~ 317–319, 377–383
 - arbeitsteilige Einrichtung der ~ 515
 - Aufstellung der ~ 312–314
 - gegenseitiges Verhältnis zweier ~ 367–383
 - Geltung einer ~ kann nicht aus ihrer besonders großen Verwirklichung abgeleitet werden 366
 - Geltung staatlicher ~ steht nur Menschen gegenüber in Frage 466
 - Geltung zweier ~ kann nur alternativ angenommen werden 369
 - getragen von einem einzigen Willen 377
 - Identität der ~ bei Änderung 382f., 495–498
 - Identität der ~ mit dem Staat 264, 280, 287, 292f., 298–301, 305f., 313
 - in älterer ~ Rechtsänderung regelmäßig nur durch Gewohnheit 516
 - Individualisierung der ~ durch die Quelle 371
 - jeder Vertrag schafft eine ~ 538
 - kann die Beendigung ihrer eigenen Geltung aussprechen 346
 - kann die eigene Aufhebung zum Inhalt haben 314
 - kann jeden beliebigen Inhalt haben 314, 324
 - Möglichkeit der Abänderung der ~ 317–319, 377–383
 - muss nicht in der Weise abgeändert werden können, wie sie entstanden ist 319
 - notwendige Einheit des System der Normen der ~ 342

- nur eine im Großen und Ganzen wirk-
same Ordnung wird von den Juristen als
gültige ~ behandelt 361f.
- ohne delegierte Autorität zur Abänderung
der Normen ist denkbar 319
- schöpferische Kraft als ureigenes Merk-
mal einer ~ 166
- souveräne ~ ist allein der Endpunkt der
Zurechnung 334
- Staat als Rechts- und Pflichtsubjekt der ~
unterworfen 158
- Stufenbau der ~ 381f.2
- von der ~ eingeräumte Möglichkeit für
die Bestimmung der Entstehung und Be-
endigung von Rechten als dynamische
Relation 158
- Wille der ~ ist identisch mit der Person
des Staates 288
- wird von Menschen kraft autonomen
Entschlusses befolgt 260*
- Rechtsperson *s. Person*
- Rechtsphilosophie
 - bei Rousseau 529
- Rechtspraxis
 - Fiktion der ~ 217–224
 - Pseudofiktionen der ~ 227f.
 - Unterschied zwischen Rechtstheorie und
~ bei Vaihinger 227
- Rechtsquelle *s. a. Quelle* 369–371
 - Vermengung von Geltungsgrund und
Entstehungsprozess im Begriff der ~ 431
- Rechtsrealisierung 295
- Rechtssatzung *s. Rechtserzeugung*
- Rechtssouveränität *s. a. Souveränität*
 - bei Krabbe 292–301
 - kein Gegensatz zur Souveränität des
Staates 292f.
- Rechtssoziologie 358f.
- Rechtsstaat 297
- Rechtssubjekt *s. a. Normsubjekt*
 - als die zum Zwecke der Vereinfachung
und Veranschaulichung vorgenommene
Personifikation eines Komplexes von
Normen 213, 287
 - als Personifikation von Pflichten und
Rechten 156f.
 - als rechtstheoretische Fiktion 216
 - Begriff des ~ teilt mit allen personifikati-
ven Fiktionen dieselbe logische Struktur
214
- ist man, sofern man Pflichten und Rechte
hat, nicht sofern man die Bedingung ihrer
Entstehung setzt 156
- Rechtsordnung als allein den ~ überge-
ordnet 158
- Rechtstheoretische Fiktionen *s. Fiktion*
- Rechtstheorie
 - nie kann ein Problem der ~ durch den
Inhalt einer Norm gelöst werden 552
 - positivistische ~ 352–366
 - reine ~ 264
 - Unterschied zwischen ~ und Rechtspraxis
bei Vaihinger 227
- Rechtsumgehung
 - Fiktion als Erleichterung einer ~ 223
- Rechtsverhältnis 388, 453f.
 - als statische Relation 158
 - Beendigung eines ~ nur, soweit positiv-
rechtlich angeordnet 558
 - jedes ~ ist der Personifikation zugäng-
lich 547
 - Vertrag ist kein ~, sondern begründet ei-
nes 454
 - zwischen ~ und Rechtssubjekt besteht
kein Wesensunterschied 547
- Rechtsverordnung
 - in Deutschösterreich Monopol des Staats-
rates zum Erlass von ~ 64
- Rechtsvoraussetzung *s. Ausgangspunkt,*
Grundnorm
- Rechtswissenschaft
 - als Gefangene der eigenen Denkbehalte,
wie die primitive Naturbetrachtung
441f.2
 - als Wissenschaft menschlicher, willkürli-
cher Einrichtungen 212
 - als Zaublerlehrling 288
 - Analogie zwischen ~ und Theologie
291f.
 - Bankerotterklärung der ~ 441f.2 (442)
 - Fakten sind kein Erkenntnisobjekt der ~
357
 - ist überhaupt nur möglich, wenn man
von der Anschauung einer Souveränität
des Rechtes ausgeht 229
 - operiert tatsächlich mit Fiktionen 212
 - Parallele der ~ zur Naturwissenschaft
380.1
 - Rechtsgeschichte ist keine spezifische ~
357

- Selbständigkeit der ~ gegenüber Ökonomie, Ethik, Politik usw. 351, 353
 - Selbstbesinnung der ~ 217
 - systematische ~ 357
 - Verhältnis der ~ zum Recht 493
 - Regierung
 - staatsrechtliche Bedeutung der Kreation der ~ durch das Parlament 652*
 - Reich s. *Bundesstaat, Deutsches Reich*
 - Reichskanzler (Deutsches Reich) 73
 - Reichsratswahlordnung (1907) 76, 585*
 - Reine Rechtslehre 264
 - als Reinigung der herrschenden Lehre 254*–257*
 - angebliche Wirklichkeits- und Praxisferne der ~ 266
 - erste Verwendung des Begriffs 635*f., 790*f.
 - „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ (HK) als Abschluss der ersten Gründungs- und Konsolidierungsphase der ~ 788*
 - schweigt notwendig über gewisse Themen, die Kelsen auch beschäftigt 262*
 - „Reine Rechtslehre“ (HK) 787*
 - Reine Rechtstheorie s. a. *Reine Rechtslehre* 264
 - Relation
 - statische und dynamische ~ 158
 - Relativismus
 - als gedankliche Voraussetzung der Demokratie 196
 - Repräsentationsrecht
 - Einschränkung des ~ als undemokratisches Element 205
 - Repräsentativsystem s. a. *Proportionalität, Proportionalwahlsystem*
 - als Abrücken von dem unbedingten Freiheitsideal 27
 - Diskrepanz zwischen Majorität der Wähler und der Gewählten 29f.
 - Vernichtung des ~ als ideeller Grenzfall 31
 - Retorsion
 - Verweigerung der Anerkennung berechtigt zur ~ 488f.
 - Revolution
 - als Bruch der Rechtskontinuität 362
 - führt bei Primat der einzelstaatlichen Rechtsordnung zur juristischen Annahme zweier gänzlich verschiedener Staaten 495
 - hat die Pragmatische Sanktion beseitigt 118
 - hindert bei Primat des Völkerrechts nicht die juristische Annahme der Identität der Staatspersönlichkeit 496–498
 - Rezeptionsverzögerung für interdisziplinäres Arbeiten heute 767*
 - Richter
 - Ernennung von ~ in Deutschösterreich 111
 - Richtigstellung 637*, 640*f.
 - Rollenvielfalt bei Kelsen 584*
 - Römisches Recht 223
 - Fehlen einer Gesamthandsgemeinschaft im ~ 566f.
 - Fehlen einer Souveränitätsvorstellung im ~ 275
 - Russland s. *Sowjetverfassung (Russland)*
- ## S
- Sachsen 333
 - Saint-Germain-en-Laye s. *Vertrag von St.-Germain-en-Laye*
 - Salzburg 126–128
 - Satire
 - difficile est satiram non scribere 567
 - Schiff
 - Geltung der eigenen Staatsordnung für ~ auf offener See 339
 - Schmitt, Carl
 - als Kritiker von „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ (HK) 795*
 - Schöpferische Kraft
 - als ureigenes Merkmal einer Rechtsordnung 166
 - Schweiz
 - als Bundesstaat 134, 541f., 552f.
 - als Musterbeispiel eines Bundesstaates 134
 - Kantone der ~ als (nicht)souveräne Staaten 552f.
 - Proportionalwahlsystem in der ~ 35f., 172
 - Seerecht
 - Geltung des ~ für einen Binnenstaat, sobald er eine Küste erwirbt 486

Sein und Sollen

- als absolute Denkformen, nicht Inhalte 302.1–304 (303)
- als relativer Gegensatz 272.1
- als verschiedene Erkenntnisformen 228
- bei Somló 302.1–304 (302)
- faktische und rechtliche Unmöglichkeit des Sich-Entziehens gegenüber dem Völkerrecht 479
- Inhalt eines Seins kann zum Inhalt eines Sollens werden 362.1–364 (363)
- kein Wert der Rede vom Gegensatz von ~ innerhalb des Rechtssystems 280.1
- Spannung zwischen ~ 365f.
- Unableitbarkeit auseinander 302.1–304 (303), 357, 361, 370
- und Konstruktion eines Willens als Quelle des Rechts 398

Selbstbestimmungsrecht

- Berufung Oberösterreichs auf das ~ seines Volkes 127

Selbsterhaltungsrecht 481

Selbsterhaltungstrieb

- als fundamentales Motiv menschlichen Handelns 261*

Selbsthilfe als normgemäßer Zwang 516

Selbstverpflichtung der Rechtsmacht 305

Selbstverpflichtung des Staates *s. a. Anerkennung des Völkerrechts, Primat der staatlichen Rechtsordnung*

- 287–289, 312–314, 423f., 429–434, 442–447, 450–455, 474–476, 479
 - als Scheinproblem 289, 429f.
 - analog zur Selbstverpflichtung des Privaten im Vertrag 476
 - bei Bergbohm 429, 442
 - bei Georg Jellinek 429–431, 443f.
 - bei Erich Kaufmann 431
 - bei Liszt 431
 - bei Schoen 445–447
 - bei Somló 304
 - Gemeinsamkeit des Völkerrechts für die Staaten ist reiner Zufall vom Standpunkt der Theorie der ~ 443
 - Lehre von der ~ führt mit der verbreiteten Annahme objektiver Völkerrechtsnormen zum Selbstwiderspruch 467–472
 - treffende Kritik der ~ bei Krabbe 293
- Selbstverwaltung
- demokratische und dezentralisierte ~ als

Idealtyp der staatsrechtlichen Theorie 116

- Relevanz der demokratischen und dezentralisierten ~ für den Ausbau der definitiven Verfassung Deutschösterreichs 131
- self-preservation 247*
- Semifiktion 225f.

Serbien

- Verhältniswahl in ~ 36

Sesshaftigkeit

- Staat nur als Herrschaftsorganisation eines sesshaften Volkes 339f., 498

Sezessionsrecht

- im Staatenbund 558–561

Sitte

- Verweisung auf Normen der ~ 379f.

Sklaverei

- Einführung der ~ als möglicher Inhalt einer Rechtsordnung 315
- wie die faktische Existenz eines Sklaven nicht Mensch im Sinne der Rechtsordnung bedeutet, so auch nicht die eines Staates einen Staat im Sinne des Völkerrechts 493

Skrutinium 79, 79.6*, 173

- Ablehnung des Einheits~ für das ganze Staatsgebiet Deutschösterreichs 57
- Methode des ~ 39f.

– Proportionale Einerwahl mit einheitlichem Listen~ 56

- Vorteil der proportionalen Einerwahl mit Listen~ 54

- Zählung aller abgegebenen Stimmen beim ~ 54

Sohn Gottes 197f., 208, 292

Solipsismus

- Primat der staatlichen Rechtsordnung führt zum ~ 567f.

Sollen *s. a. Sein und Sollen*

- als rein formaler Begriff ohne psychologischen Sinn 280.1
- tatsächliche Realisierung des Inhalts rechtlichen ~ 302

Souverän

- Wahl der Grundnorm als Suche nach dem ~ 258*

Souveränität 257f.*, 264–572

- als Annahme im Denken des Staat und Recht erfassenden Betrachters 284

- als aufzugebender Begriff 572

- als bewahrungswürdiger Begriff der Staats- und Rechtslehre 273
- als Eigenschaft der Staats- oder Rechtsordnung 280–286
- als Eigenschaft der Staatsgewalt 286
- als Fähigkeit ausschließlicher Selbstbestimmung 347
- als juristischer Hilfsbegriff bei Georg Jellinek 316.1
- als Kompetenzhoheit 317–322
- als Macht über die Rechtsordnung 306
- als Naturtatsache 280
- als Rechtsfolge 307
- als Rechtsmacht 301–306
- als Selbständigkeit des Staates gegenüber anderen Staaten 502
- als subjektives Prinzip des Völkerrechts 499–506
- als subjektives Recht des Staates 307
- als Symbol der Reinheit der Rechtskenntnis 449
- als Unabhängigkeit 308–310
- als Unbeschränktheit 308, 313–316
- als wesentliches Merkmal des Staates 322–352
- auf der Grundlage der ~ des Staates kann kein internationales Recht gebaut werden 301
- Ausschließlichkeit der ~ 447–450
- Bedeutungswandel des Begriffs der ~ 274
- Bedingungen der Annahme der ~ 285 f.
- Beeinträchtigung der ~ des Staates durch Ermächtigung einer diesem gegenüber wirksamen Bundesgewalt 555
- Begriff der ~ 280–322
- bei Beling 503 f.3 (504)
- bei Ebers 549–556, 561
- bei Haenel 317.2
- bei Georg Jellinek 286.51*, 307, 310–316, 326–330
- bei Kaltenborn 499–514
- bei Erich Kaufmann 431.3, 457.3–459
- bei Krabbe 427.1–429 (428 f.)
- bei Laband 285, 330 f.
- bei Lammasch 503 f.3 (504)
- bei Martens 511 f.2
- bei Mausbach 503 f.3 (503)
- bei Nelson 448 f.1
- bei Nippold 506.2
- bei Rosin 320
- bei Seydel 285
- bei Somló 301–306
- bei Triepel 412.1
- bei Ullmann 506.2
- bei Albert Zorn 417.7
- Denaturierung des Begriffs der ~ 502
- der gesetzgebenden Gewalt bei Georg Jellinek 312
- der Universalrechtsordnung 508
- des Fürsten 273, 276, 296
- des Gliedstaats 285, 320, 328–334, 348 f., 542
- des Rechts bei Krabbe 292–301
- des Rechts ist Möglichkeitsvoraussetzung von Rechtswissenschaft 229
- des Staates 264, 272–366
- des Staates analog zur Freiheit der Einzelsubjekte 505
- des Staates identisch mit der Positivität des Rechtes 353
- des Staates unvereinbar mit einem Völkerrecht 322, 455, 555
- dualistische Konstruktion des Verhältnisses von Völkerrecht und einzelstaatlichem Recht und ~ 411 f.
- eignet auch dem nicht souveränen Staat (Selbstwiderspruch Georg Jellineks und Labands) 327, 337
- Einengung der ~ auf das Zuhöchst-Sein nach Innen bedeutet Fallenlassen des Dogmas 503 f.3 (503)
- eines Staates unvereinbar mit der eines anderen 448 f.
- formaler Charakter der ~ 310–313
- freiwillige Einschränkung der ~ 549–554
- geteilte ~ 330–334, 349
- in der Vorstellung einer über den Staaten eines Bundes stehenden Rechtsordnung steckt schon die Aufhebung der ~ 555
- jeder ist souverän im relativen Sinne, der einem anderen übergeordnet ist 310
- kann nicht über der Rechtsordnung stehen 306
- keine Beeinträchtigung der ~ durch Freiheit der Wahl des juristischen Ausgangspunkts, der Grundnorm 366
- materielle Definition der ~ bei Erich Kaufmann 311 f.3
- nach außen und nach innen 307–310
- normlogische Bedeutung der ~ 275–279

- positive Definition der ~ bei Georg Jellinek 310–313
- räumliche Veranschaulichung durch „Oben“ und „Unten“ 277
- relative ~ 310
- Schranken der ~ 313–316
- Selbstverpflichtung des Staates und ~ *s. a. Selbstverpflichtung des Staates* 429
- staatsrechtliche und völkerrechtliche ~ 264, 307–310, 349, 353, 367
- Subjekt der ~ als „höchstes“, „oberstes“ 276
- Unvereinbarkeit des Völkerrecht mit der ~ des Staates 322, 455, 555
- Verhältnis der ~ zur Positivität des Rechtes 352–366
- Versuch, ~ empirisch zu erfassen, als Selbsttäuschung 277
- von Gliedstaaten 285, 320
- Vorstellung der ~ als Naturtatsache eine Entgleisung 280
- Vorstellung der ~ muss radikal verdrängt werden 572
- Wahl der Grundnorm als Suche nach dem Souverän 258*
- Zusammenhang von Staatsrecht und Völkerrecht 264, 353, 367
- Zwang des verlorenen Krieges ist mit der ~ des Besiegten vereinbar 524
- Souveränitätstheorie
 - Fehlen einer antiken ~ 275
 - politische Konsequenzen der ~ Georg Jellineks 314f.
 - politische Tendenzen der ~ Bodins 273
 - richtiger rechtstheoretischer Kern der ~ 273
 - staatsrechtliche ~ 272–366
- sovereignty 244*
 - “~ as a Juristic Assumption and as a Focal Point of Political Commitment” (Silverman) 237–248*
- Sowjet
 - als Vertretungskörper 185
 - System der ~ als Aufhebung des demokratischen Prinzips 189
- Sowjetverfassung (Russland)
 - betriebsweise Wählerorganisation in der ~ 184
 - Gewaltenteilung in der ~ 203f.
 - ist gegen die repräsentative Demokratie der Bourgeoisie gerichtet 184–187
- Mitgliedschaft im Parlament ist nach der ~ kein Haupt- oder Lebensberuf 186
- Proletariat *s. dort*
- Vertretungssystem der ~ 183
- Sozialdemokratische Arbeiterpartei (SDAP) 610*f., 616*f.
- Sozialisierungskommission (Deutschösterreich)
- Präsident der ~ als Mitglied der Staatsregierung 105
- Sozialismus bei Marx und Engels 195f.
- Sozietät
 - Gegensatz von Korporation und ~ eine unglückliche Privatrechtstheorie 544
- Völkerrechtsgemeinschaft ist nicht Korporation, sondern nur ~ 524–527
- Soziologie
 - Staatsbegriff der ~ und Raumelement 343f.₁
 - Wissenschaft von tatsächlichen Herrschaftsverhältnissen kann nur ~ sein 358f.
 - „Der soziologische und der juristische Staatsbegriff“ (HK) 787*–789*
- Spiegelfechterei
 - den Staat als nur relativ höchste Gewalt zu bezeichnen ist ~ 503
- Sprachform
 - des Als Ob 218
- Staat
 - Absterben des ~ 187f.
 - Allmacht des ~ im Bereiche des Rechtes analog zur Allmacht Gottes 292.₁
 - als Anstalt zur Beherrschung des Rechtes 500
 - als Dasein nicht weiter ableitbarer Herrschergewalt bei Georg Jellinek 325
 - als der Rechtsordnung unterworfenen Subjekt *s. Staatsperson*
 - als einzige Person des Rechts 391
 - als Gebietskörperschaft mit Gebietshoheit 338–343
 - als Gegenstand zweier Erkenntnisweisen 280f.
 - als Gemeinschaftsordnung bei Krabbe 294
 - als Gemeinwesen mit eigenem Herrschaftsrecht 335, 347
 - als gleichgeordnete Subjekte im Völkerrecht 388

- als Gott 415f.
- als Herrschaftsorganisation nur eines sesshaften Volkes 339f., 498
- als ideelle Einheit und nicht als geographische Tatsache 91–93
- als intelligenter Wille, nicht bloß gewalttätiges Raubtier 457
- als nur relativ höchste Gewalt zu bezeichnen ist Spiegelfechtereie 503
- als Objekt in der Rechtsordnung und als Subjekt dieser Rechtsordnung 287
- als Ordnung 312.1, 313
- als Organismus der „Volksgemeinschaft“ 352
- als Personifikation der Zwangsordnung Recht 297
- als Personifikation von Rechtsnormen 294
- als reale Einheit der Menschen, organisch verbunden mit einem Stück Erde 346
- als Rechts- und Pflichtsubjekt der Rechtsordnung unterworfen 158
- als Rechtsordnung 264, 280, 287, 292f., 298–301, 305f., 313
- als Rechtsordnung mit Spezialorganen für generelle Rechtserzeugung und für Rechtsdurchsetzung 516
- als Rechtsperson *s. Staatsperson*
- als Rechtsperson κατ’ ἐξοχήν 391, 409.1
- als seelisch-körperliche Realität, die einen Raum ausfüllt 340
- als souveräner ~ mit der Rechtsordnung in ihrer Totalität identisch 283
- als soziale/natürliche Realität 280f., 323, 455–461
- als Tatsache der Gewalt oder Herrschaft 358
- als Träger der Aufgabe, die nationalen Interessen zu realisieren 351
- als Träger der Berechtigung, aus eigenem Rechte bindenden Normen zu erlassen, bei Georg Jellinek 324f.
- als Träger der Souveränität 323
- als ungebundene Macht nach außen 456, 457.3–459
- als völkerrechtliches Organ der Rechtserzeugung 518
- Analogie des ~ zum „Gott“ der Theologie 291f.
- Analogie des ~ zur „Substanz“ der Naturwissenschaft 289.1–291 (289)
- Anerkennung des neu entstandenen ~ durch die Völkerrechtsgemeinschaft *s. a. Anerkennung als Staat* 487–493
- Auflösung des ~ 344–346
- Ausschließlichkeit des ~ auf seinem Gebiet 341–343
- Bedeutung der Konstruktion einer Pflicht oder Berechtigung des ~ 391
- bei Bluntschli 289.1–291 (290)
- bei Ebers 549–552
- bei Fricker 340–343
- bei Gierke 345
- bei Hegel 415f.
- bei Georg Jellinek 281.1, 313–316, 324–330, 341–343
- bei Kjellén 289.1–291 (289f.)
- bei Krabbe 298–301
- bei Laband 335–338
- bei Lasson 455–461
- bei Preuß 344–349
- bei Rosin 351f.
- bei Simmel 343f.1
- Bestimmung des ~ nach seinem Zwecke steht im Widerspruch zur Souveränität 350
- darf nicht aus jedem beliebigen Motiv Krieg führen 523
- Definition des ~ ohne Rückgriff auf Souveränität 322–324
- dezentralisierter ~ 542
- drei Idealtypen des ~ 116
- Eigentumsähnlichkeit des Verhältnisses von ~ und Staatsgebiet 341
- Einheit des ~ 89
- Einheits~ 89
- Entstehung des ~ nur im Völkerrecht ein Rechtsproblem 494
- Erdoberfläche für den ~ ebenso wenig begriffswesentlich wie für den Menschen 341
- Fähigkeit des ~, sich selbst wesentlich zu ändern 344–349
- formaler Charakter des Begriffs des ~ 324
- Freiheit des ~ 329
- Gebiet des ~ *s. Staatsgebiet*
- Geltung des Völkerrechts für den neu entstandenen ~ 483–487
- Gemeinde als Organ des ~ 347
- Geschlecht des ~ bei Bluntschli 289.1–291 (290)

- Gleichgewicht der ~ 461
- Gleichordnung der ~ im Völkerrecht 308–310, 528f.
- Grundrechte der ~ *s. a. dort* 472–483
- Hypostasierung des ~ 255*f., 295, 308, 314, 323, 342, 399, 405, 423, 430, 451f., 457, 465f., 517, 549f.
- Identität des ~ bei kontinuierlicher und revolutionärer Änderung der Verfassung 495–498
- im Sinne des Völkerrechts 489f., 493
- jeder ~ ist bei naturalistischer Betrachtung abhängig und unfrei 278
- jeder ~ ist ein Rechtsstaat 297
- kann nichts anderes, als wozu die Rechtsordnung ihn ermächtigt 294
- Koexistenz der ~ mit anderen Staaten 447–450, 459f.
- Koexistenz der ~ nur im Sinne eines Nebeneinanders machtbetätigender Menschengruppen 459f.
- ohne Gesetzgebungsorgan ist denkbar 319
- Organ des ~ *s. Staatsorgan*
- organische Theorie des ~ 345f.
- Organisiertheit des ~ als wesentlicher Unterschied zur Völkerrechtsgemeinschaft 515
- Person des ~ *s. Staatsperson*
- Pflichten und Rechte des ~ nach Völkerrecht und einzelstaatlichem Recht 391
- räumlich-körperliche Vorstellung des ~ 342, 343f.1, 345
- Recht des ~ im Gegensatz zum Völkerrecht *s. einzelstaatliches Recht*
- Recht zum Zwang als Wesensmerkmal des ~ 334–338
- rechtliche und faktische Gleichordnung der ~ 528f.
- Selbständigkeit des ~ 329
- souveräner und nichtsoveräner ~ 322–352
- Souveränität des ~ 264, 272–366
- Staatenbund als ~ 545.2
- staatsrechtliche und völkerrechtliche Persönlichkeit des ~ 395
- Über- und Unterordnung von *civitas maxima* und ~ 531f.
- Über- und Unterordnung von ~ und Gemeinden 323f.
- Über- und Unterordnung von ~ und Untertanen 308–310
- Unabhängigkeit des ~, auch von den Gestirnen 308–310
- Undurchdringlichkeit des ~ 341–343
- Untergang des ~ nur im Völkerrecht ein Rechtsproblem 494
- Unterschied zwischen Gemeinde und ~ 336f., 346f., 349, 352
- Unvereinbarkeit des Völkerrecht mit der Souveränität des ~ 322, 463, 555
- Verbindung von ~ *s. Staatenverbindung*
- Vergöttlichung des ~ 415f.
- Verhältnis der *civitas maxima* zu den ~ analog der des Bundesstaates zu den Gliedstaaten 531
- Verhältnis von ~ und Recht als wahre *crux* der Staatsrechtswissenschaft 283f.1 (283)
- Vertrag zwischen ~ und Gemeinde analog zum Vertrag mit anderem Staat 452–455
- Völkerrecht hebt ~ aus seiner Isoliertheit und damit aus seiner Souveränität heraus 463
- völkerrechtliche Pflicht des ~ zu Normsetzungsakten 406–410
- wesentliche Änderung des ~ (nur) durch Gebietsänderung 345
- Wille des ~ 289.1–291 (290), 397f.
- Zweck des ~ 349–352
- Zwei-Seiten-Theorie des ~ 280f.
- zwischen ~ herrscht nur die nackte Gewalt 457.3–459 (458)
- Staatenbund
 - als Gesamthandsgemeinschaft 564–567
 - als juristische Person 544–548, 554, 562–567
 - als Staat 545.2
 - aus Deutschösterreich und dem Deutschen Reich als ein Übergangsstadium zum vollendeten Bundesstaat der Großdeutschen Republik 144f.
 - bei Brie 543.1
 - bei Ebers 549–567
 - bei Haenel 543.1
 - bei Georg Jellinek 564
 - bei Laband 541, 544
 - bei Georg Meyer 543.1
 - bei Tocqueville 548.2
 - beruht auf Vertrag 535f.

- Geltung des Gründungsvertrags des ~ zu stützen auf die Völkerrechtsordnung 539f.
 - Majoritätsprinzip im Bundesvertrag als Ausschlussgrund für ~ 554
 - nicht die Unlösbarkeit des Bundesvertrags, sondern dessen vertragliche Bindung überhaupt ist mit der Souveränität unvereinbar 559
 - Nullifikationsrecht der Mitglieder des ~ 558, 561f.
 - Personifikation des ~ (Korporationstheorie) ist ebenso möglich wie die des Bundesstaates 544
 - Sezessionsrecht der Mitglieder des ~ 558–561
 - und Bundesstaat 535–567
 - Staattennachfolge 496–498
 - Staatsannukzession 496–498
 - Staatsensystem
 - als trauriges Beispiel juristischer Begriffsanarchie 514
 - bei Kaltenborn 513f.
 - Staatsverbindungs 531–567
 - analog zu privatem Gesellschaftsrecht 533
 - Begriff der ~ 532
 - bei Brie 531.2
 - Einteilung der ~ in Staatenbünde und Bundesstaaten 535–543
 - Einteilung der ~ nach ihrer Entstehung 533–543
 - wird von der Lehre behandelt wie reale Naturtatsache 278
 - Staatsvertrag *s. völkerrechtlicher Vertrag*
 - Staatliche Rechtsordnung *s. einzelstaatliches Recht*
 - Staatsamt 104, 112f., 646*f.
 - Staatsbürger *s. a. Untertan*
 - als Verpflichtete des Kriegsvölkerrechts 426
 - Geltung der eigenen Staatsordnung für ~ außerhalb des eigenen Staatsgebiets 339
 - Staatsfreudigkeit 588*
 - Staatsgebiet *s. a. Gebietshoheit*
 - als einen einzigen Wahlkreis zu behandeln hat Nachteile 171
 - als eines der drei üblichen Staatselemente 338–343
 - als geographische Realität nicht Gegenstand juristischer Erkenntnis 338f.
 - als Raum oder als Fläche 340f.
 - als territoriale Geltungsbedingung der Einheit der Herrschaft 89–96
 - Änderung des ~ als wesentliche Änderung des Staates 345
 - Besetzung des ~ durch feindliche Armee 339
 - Bosnien und Herzegowina als ein von Österreich und Ungarn selbständiges ~ 92f.
 - Eigentumsähnlichkeit des Verhältnisses von Staat und ~ 341
 - Geltung der Staatsordnung außerhalb des ~ 339
 - Identität des ~ bei Änderung der Verfassung 495–497
 - Luftraum als ~ 340
 - Paradoxie eines ~ ohne eine dazu gehörige Staatsgewalt 90–96
 - Schwierigkeiten der Konstruktion eines zwei souveränen Staaten gemeinsamen ~ 94f.
 - Verzicht auf ~ als Selbstauflösung des Staates 346
- Staatsgewalt
- Paradoxie eines Staatsgebiets ohne eine dazu gehörige ~ 90–96
 - Unableitbarkeit/Ursprünglichkeit der ~ bei Georg Jellinek 326f.
- Staatskanzlei (Deutschösterreich) 646*f.
- Leiter der ~ als Vorsitzender des Rates der Staatssekretäre 71
 - Vorstand der ~ als Hilfsorgan des Staatsrates 62
- Staatskanzler (Deutschösterreich) 104, 112, 646*f.
- als unter Ministerverantwortlichkeit gestelltes Exekutivorgan 62
 - Angelobung des ~ 105
 - Aufstieg des ~ durch die Verfassungsnovelle 1918 615*
 - „Die verfassungsrechtliche Stellung des ~“ (HK) 69–74, 610*–616*
 - Vetorecht des ~ gegen die Beschlüsse des Staatsrates 72
- Staatsnotar (Deutschösterreich) 646*f.
- Entbehrlichkeit des Amtes des ~ 66
 - Veränderungen der Verfassungsnovelle auf die Stellung des ~ 66
- Staatsorgan 325f., 402f., 405, 408, 424–426

- Befugnis eines ~ zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge 437–442
- fällt in der gewohnheitsmäßigen Rechtsbildung mit dem Untertanen zusammen 516
- kann juristisch nicht prinzipiell vom Untertanen unterschieden werden 424, 516
- Staatsperson 89
 - als anschauliche, denkökonomische Personifikation 421
 - als Personifikation der (totalen) Rechtsordnung 291, 330, 390
 - hat nur die ihr durch die Rechtsordnung übertragenen Rechte und Pflichten 316
 - keine Souveränität der ~ als eines der Rechtsordnung unterworfenen Subjektes 286–292
 - materielle Identität der ~ mit der (ebenefalls als Staat bezeichneten) Rechtsordnung selbst 287
 - Spaltung der ~ als Konsequenz der Möglichkeit einer zwischen Rechtsverhältnissen der Gleichordnung und Rechtsverhältnissen der Überordnung unterscheidenden Theorie 157
 - staatsrechtliche und völkerrechtliche ~ 395
 - stellt nicht die Rechtsordnung auf 312
 - und Teilbarkeit der Souveränität 330–333
- Staatsrat (Deutschösterreich) 646* f.
 - als aus immunen Mitgliedern der Nationalversammlung bestehendes, unverantwortliches Exekutivorgan 61
 - Beseitigung des ~ 102
 - Beurkundung und Kundmachung der von der Nationalversammlung gefaßten Beschlüsse und beschlossenen Gesetzesvorlagen als einzige Funktion des ~ 62
 - Regierungsakte des ~ 61
 - Stellung des ~ im Gesetzgebungsverfahren 62
 - suspensives Vetos des ~ im Gesetzgebungsverfahren 63
 - Verordnungsmonopol des ~ 64
 - Vorstand der Staatskanzlei als Hilfsorgan des ~ 62
- Staatsratsdirektorium (Deutschösterreich)
 - Berechtigung des ~, Anordnungen wegen Dringlichkeit selbst zu treffen 65
 - Übertragung der Leitung und Verwendung der Wehrmacht auf das ~ 65
- Staatsrechnungshof (Deutschösterreich) 110
- Staatsrecht
 - im Gegensatz zum Völkerrecht s. *einzelstaatliches Recht*
 - Völkerrecht als äußeres ~ 415–420, 423 f., 430, 432 f., 442, 464 f., 467, 471
- Staatsregierung (Deutschösterreich) 102–106, 109–112, 646* f.
 - als kollegiale Behörde 112
 - als oberstes Vollzugsorgan 103
 - als „Volksbeauftragte“ 103
 - Ende des Amtes der ~ durch Mißtrauensvotum 106
 - Ingerenz der ~ auf die autonome Landesverwaltung 123
 - Wahl der ~ durch die Nationalversammlung 104
 - Wirkungskreis der ~ 109
 - Zusammensetzung der ~ 103 f.
- Staatssekretär (Deutschösterreich) 104, 112, 646* f.
 - als Leiter des eigentlichen Verwaltungsgeschäftes 70
- Staatssoveränität s. *Souveränität*
- Staatsunrecht 221 f., 409
- Staatsvertrag s. a. *völkerrechtlicher Vertrag* 112
 - als ethische Fiktion bei Vaihinger 229
 - als Verfassungsbegriff 419
 - und Selbstverpflichtung des Staates 450–455
- Staatsverwaltung
 - Verschiedenheit des Instanzenzuges als Unterschied zwischen Landes- und ~ in einer bundesstaatlichen Organisation 136
- Staatswille
 - autokratischer Charakter des ~ 190–192
- Starre Liste 40 f., 53, 77
 - Berechnung des Quotienten im System der ~ 77
 - Erschöpfung der Wahl des einzelnen Wählers in einem Parteibekanntnis als Schwäche der ~ 77
- state
 - has the social function of regulating human conduct 239*
 - is conceived of as a real being, is hypostatized 242 f.*

- two-sides theory of the ~ 243*
 - Steiermark 126, 128f.
 - „Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs“ (HK) 115–146, 654*–673*
 - „Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs unter besonderer Berücksichtigung des Anschlusses an das Deutsche Reich“ (Gutachten von Hans Kelsen) 657*–660*, 663*f.
 - Stimmenüberweisung
 - beim Erreichen des Quotienten im Rahmen des Systems der proportionalen Einerwahl 79
 - Kandidaten einer Partei als Kartell bei der ~ 53, 81, 172, 601*
 - Prozedur der ~ 43
 - Vorteile der ~ 81
 - Strafe
 - als primitive Technik des Rechtes für dessen Wahrung 72
 - Stufenbau der Rechtsordnung 381f.2
 - Subjektives Recht
 - des Staates, freie Menschen zum Gehorsam zu zwingen 335
 - ist nur die subjektivistische Ausdrucksform für ein Normensystem 538
 - nur als Norm möglich 315.1, 392
 - Souveränität als ~ des Staates 307
 - Sudetenland 125, 126.1, 127
 - summum genus in logicis 279, 279.32*
 - Suspensives Veto
 - des Staatsrats (Deutschösterreich) im Gesetzgebungsverfahren 63
 - Symphonie
 - als Gegenstand der Physik und der Ästhetik 281.1
 - Synkretismus der Methoden s. *Methodensynkretismus*
 - Synoptische Darstellung „(Vom) Wesen und Wert(e) der Demokratie“ („Gerichtshalle“ und „Archiv für Sozialwissenschaft“) 716*–759*
- T
- Tasmanien
 - Verhältniswahl in ~ 36
 - Tatbestand 453
 - Anknüpfung von Rechtsfolgen an ~ als einzige Funktion des Gesetzgebers 222
 - Teilrechtsordnung
 - Person im Rechtssinne als Personifikation einer ~ 291, 372f., 388f.
 - Territoriale Geltungsbedingung
 - Staatsgebiet als ~ der Einheit der Herrschaft 89–96
 - Territorialprinzip
 - als für das Wahlresultat wesensfremdes Element 29
 - als Grundsatz im Wahlsystem 76
 - zufällige Parteigruppierung der Wähler wegen des ~ 29
 - Territorium separatum
 - Bosnien und Herzegowina als ~ 89f.
 - Unhaltbarkeit der Theorie von den ~ 90
 - Teuerungszuschlag 776*, 784*
 - Teufel
 - und Gott analog zu Rechts-Subjekt und Unrechts-Subjekt 409.1
 - Theologie
 - Analogie zwischen ~ und Jurisprudenz 291f., 343f.1 (344), 409.1, 449
 - Theorie
 - der juristischen Fiktionen ist charakteristischer Typ der Theorie Vaihingers 210f.
 - der juristischen ~ fehlt jede logische Grundlage 492
 - der territoria separata ist unhaltbar 90
 - eine juristische ~ kann niemals der Vorwurf treffen, sie vermöge die Wirklichkeit nicht zu erklären 323
 - „(Zur) Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob“ (HK) s. *„Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob“*
 - Tirol 129
 - Transformationstheorie 418.2
 - Trennung der Gewalten s. *Gewaltenteilung*
 - Trennung von persönlicher und fachlicher Verbundenheit 641*
 - Trennung von Recht und Moral
 - ist für den Gesetzgeber und Juristen von hohem Werte 229f.
 - Trennung von Recht und politisch Gewünschtem 641*
 - Tyrannen
 - Volksvertreter als ~ 26, 107

U

- „Ueber Staatsunrecht“ (HK) 697*, 697*.382, 705*, 705*f.404 (705)
- Verhältnis von staatlichem und Völkerrecht in ~ 408.1
- Über- und Unterordnung
- als Beziehung von Gesamt- und Teilrechtsordnung 283
 - als Delegationsverhältnis 318, 327, 331f., 375–377, 406
 - als räumliche Veranschaulichung einer tatsächlichen Herrschaftsbeziehung 277f.
 - als räumliche Veranschaulichung eines normativen Verpflichtungsverhältnisses 278f.
 - Bestehen einer rechtlichen ~ zwischen der Zentral- und der Landesverwaltung in Deutschösterreich 133
 - Bestimmung des öffentlichen Rechtes als Verhältnis von ~ unvereinbar mit dem Begriff der Person 157
 - eine Theorie kann kein Verhältnis von ~ „statuieren“ 563
 - in der bürokratischen Organisation bei Lenin 187–189
 - ist nicht identisch mit einseitiger Rechtssetzung 159
 - jeder ist souverän im relativen Sinne, der einem anderen übergeordnet ist 310
 - kraft Verpflichtung oder kraft Ermächtigung/Delegation 406
 - öffentliches Recht als Verhältnis von ~ undenkbar 162
 - Personifikation enthält als solche keinerlei Moment der ~ 564
 - Spaltung der Staatspersönlichkeit als Konsequenz der Möglichkeit eines Verhältnisses von ~ 157
 - und Kompetenzhoheit 318
 - von *civitas maxima* und Einzelstaaten 531f.
 - von Staat und Gemeinden 323f.
 - von Staat und Untertanen 308–310
 - von Verfassungen im Bundesstaat 321
 - von Völkerrecht und einzelstaatlichem Recht bei Triepel 406f.1
 - von Völkerrecht und einzelstaatlichem Recht schließt dualistische Konstruktion aus 407
 - zweier Normensysteme 369, 375–377
- Umlaute bei Großbuchstaben 659*f., 673*
- Umweg
- Fiktion als ~ des Denkens 211
- Unabhängigkeit
- zweier Normensysteme 369
- Unableitbarkeit
- der Grundnorm als entscheidendes Moment für die Positivität des Rechts 360
 - der Positivität des Rechts bei Georg Jellinek 359
 - der Staatsgewalt bei Georg Jellinek 326f.
- Undurchdringlichkeit
- der Kirche 343f.1 (344)
 - des Staates 341–343
- Union s. *Bundesstaat*
- Universalrechtsordnung s. *civitas maxima*
- Universalstaat s. *civitas maxima*
- universitates, quae superiores non recognosunt, und universitates superiores recognoscentes 276
- Unrecht
- als Bedingung, nicht Inhalt staatlichen Wollens 408
 - des Staates 221f., 408f.
- Untertan s. a. *Staatsbürger*
- als Rechtserzeuger bei gewohnheitsmäßiger Rechtsbildung 516
 - als Subjekt völkerrechtlicher Pflichten und Rechte 393.1, 420, 423–428
 - einzelstaatliches Recht als Normierung von Pflichten und Rechten des Staates seinen ~ gegenüber 391
 - kann juristisch nicht prinzipiell vom Staatsorgan unterschieden werden 424, 516
- Unverantwortlichkeit
- des Monarchen 222
 - des Staatsrates (Deutschösterreich) als aus immunen Mitgliedern der Nationalversammlung bestehendes Exekutivorgan 61
- Ur-Rechtssatz s. a. *Grundnorm* 300
- Ursprungshypothese s. a. *Grundnorm* 258f.*, 300, 302.1–304 (303), 365, 378f.1 (379), 383.1, 403.1–405 (404), 472f., 481, 539f.
- Ursprungsnorm s. a. *Grundnorm* 266f., 302.1–304 (303), 359f., 362.1–364 (362), 366, 371, 378f.1, 398, 403.1–405 (404), 431, 473, 495, 509f., 520.1

- als Wille 398
 - Urteil 266, 301, 359, 362.1–364 (363), 490 f.1
 - der Staat, nicht der Richter exequiert das ~ 333
 - Usance
 - Verweisung des Handelsgesetzbuchs auf ältere ~ als deren Einverleibung in jenes 333
- V
- Vaihinger, Hans 210.2*
 - ist sich der wahren Natur der Rechtswissenschaft durchaus bewusst 212
 - Validationssystem 773*
 - Vaterschaft als Fiktion 220
 - Verantwortlichkeit s. *Unverantwortlichkeit*
 - Verbandspersönlichkeit 345 f., 495, 497
 - Verbindlichkeit des Verwaltungsaktes
 - Ablehnung der einseitigen ~ 159
 - Verbindung des Prinzips der proportionalen Einerwahl mit dem Prinzip der proportionalen Listenwahl 80 f.
 - Verein
 - als Personifikation der von der der Rechtsordnung delegierten Vereinsordnung 422
 - Personifikation eines Vertrags ist ebenso möglich wie die eines ~ 526
 - Stellung des ~ im einzelstaatlichen Recht analog zu der des fremden Staates 392 f.
 - Vereinbarung
 - Theorie der ~ bei Binding 403.1–405
 - völkerrechtlicher Vertrag und ~ 518 f., 537 f.
 - Vereinigte Staaten von Amerika 107
 - als Bundesstaat 541 f., 548.2
 - Stellung des Präsidenten der ~ ist dem britischen Königtum nachgebildet 203 f.
 - suspensives Veto des Präsidenten der ~ im Gesetzgebungsverfahren 63
 - Verhältniswahl in Illinois 35
 - Vereinigtes Königreich
 - britisches Königtum als Vorbild für die Stellung des Präsidenten der Vereinigten Staaten von Amerika 204
 - Verfassung
 - im rechtslogischen Sinne s. a. *Grundnorm* 300, 302.1–304 (303), 360, 362.1–364 (362), 378 f.1 (378), 381 f.2
 - kann trotz der Bezeichnung ein Vertrag sein 537
 - Verfassungsgerichtsbarkeit
 - Konnex von Bundesstaatlichkeit und ~ 669* f.
 - Verfassungsgerichtshof (Deutschösterreich) 111
 - Hans Kelsen als Mitglied des ~ 592*
 - im Vergleich zum Bundes-Verfassungsgesetz 1920 670*
 - „Die Verfassungsgesetze der Republik (Deutsch-)Österreich“ (HK) 147, 592*, 649*, 659*, 674*
 - Übereinstimmungen mit „Die Organisation der vollziehenden Gewalt Deutschösterreichs“ (HK) 650* f.
 - Verfassungsnovelle 1918 (Deutschösterreich)/„Dezember-Novelle“ 605*–609*, 612*, 615*, 646* f.
 - Veränderungen der ~ auf die Stellung des Staatsnotars 66
 - „Die Verfassungsnovelle“ (HK) 59–67, 602*–610*
 - „Die verfassungsrechtliche Stellung des Staatskanzlers“ (HK) 69–74, 610*–616*
 - Verhalten
 - menschliches ~ als Normobjekt 371, 387, 391, 393 f., 399, 421
 - menschliches ~ als Staatsakt 394, 409.1
 - menschliches ~ ist grundsätzlich egoistisch 252*, 261*
 - Verhältniswahl s. *Proportionalwahlssystem*
 - Verhältniswahlrecht s. *Proportionalwahl-system*
 - „Verhältniswahlrecht. Vortrag von der Wiener Juristischen Gesellschaft am 4. Dezember 1918“ (HK) 169–174, 591* f., 693*–700*
 - Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 775* f., 785*
 - Verlag M. Breitenstein 702* f.
 - Vermengung soziologischer und normativer Argumentation s. *Methodensynkretismus*
 - Vermutung
 - Unterschied zwischen Fiktion und ~ 219
 - Verordnung 295, 301, 326 f., 376, 379–382, 415, 417–420, 423, 490 f.1
 - Gesetz und ~ sind nicht a priori die einzigen Formen der Rechtssatzung 418, 426

- jede ~ ist zugleich Rechtsanwendung wie Rechtserzeugung 295
- Monopol zum Erlass von ~ liegt in Deutschösterreich beim Staatsrat 64
- Verpflichtung *s. a. Pflicht*
- alternative ~ bei Vertragsbruch 496
- gegenseitige ~ der Staaten und Souveränitätsdogma 447–450
- Verteilungsmethode 593*
- d'Hondtsche ~ 38f.
- Hagenbach-Bischoffsche ~ 38
- Haresche ~ *s. a. Haresches System* 37–39
- Vertrag *s. a. Rechtsgeschäft, völkerrechtlicher Vertrag*
- als Antipode des Verwaltungsaktes 161
- als Urbild einer Rechtsverbindung, einer Spezialrechtsordnung 526
- auf dem Gebiet des öffentlichen Rechtes als Ausnahme 155
- Begründung eines Gewaltverhältnisses als Gegenstand eines ~ 161
- Bruch des ~ 496
- ist einzuhalten auf Grund einer Norm *s. pacta sunt servanda*
- ist Erzeugung bisher nicht vorhandenen Rechts 518
- ist kein Rechtsverhältnis, sondern begründet eines 454
- ist nur eine Voraussetzung für den Eintritt von Rechtsfolgen 167
- jeder ~ schafft eine Rechtsordnung 538
- kann den Fall des Vertragsbruchs nicht regeln, höchstens eine Alternativverpflichtung 496
- kann jeden beliebigen Inhalt aufnehmen 527
- kein wesentlicher Unterschied gegenüber Verfassung, Gesetz, Statut 537
- konstitutiver ~ 538–540, 553f.
- öffentlich-rechtlicher *s. dort*
- öffentlich-rechtlicher ~ analog zum völkerrechtlichen 452–455
- Personifikation eines ~ ist ebenso möglich wie die eines Vereins 526
- Positionierung des ~ jenseits des Gegensatzes von privatem und öffentlichem Recht 166f.
- und Vereinbarung 518f.
- Völkerrecht als ~, nicht Gesetz 431, 475
- von St.-Germain-en-Laye 649*f., 661*, 665*f.
- wird nicht von zwei Personen, sondern von zwei Willensäußerungen gesetzt 156, 454
- zwischen Staat und Gemeinde 452–455
- Vertragsrechtssatz *s. pacta sunt servanda*
- Vertragstheorie
- naturrechtliche ~ wird fortgesetzt durch Anerkennungstheorie 485, 529
- Vertretung
- des Volkes als Fiktion 107
- proportionale ~ als natürliche Schranke der Idee der ~ 33
- von den Bolschewiki in der russischen Sowjetverfassung errichtetes System der ~ 183
- Verwaltung *s. a. Exekutive*
- Aufteilung der Geschäfte der ~ in Deutschösterreich 113
- Ausgleichung der Zentralisation auf dem Gebiete der Gesetzgebung durch Dezentralisation auf dem Gebiete der ~ 142
- heißt auch generelle Normen setzen 64
- Verwaltungsakt 266, 301, 362.1–364 (363), 381f.2, 520.1
- Ablehnung der einseitigen Verbindlichkeit des ~ 159
- als Antipode des Vertrags 161
- als Rechtsgeschäft 534f.1
- individueller und genereller ~ unterscheiden sich nur graduell 64
- ist nur eine Voraussetzung für den Eintritt von Rechtsfolgen 165–167
- Zuschreibung von Gültigkeit allein zum ~ als *petitio principii* 164
- Verwaltungsgerichtshof (Deutschösterreich) 111
- Verwaltungsrechtstheorie
- steht unter der Führung Otto Mayers 154
- Verweisung
- Abänderbarkeit eines Normensystems ist ~ 379
- auf bereits vorhandene Normen 380f.
- auf eine andere Rechtsordnung als deren Unterstellung unter die eigene 392f.
- auf Normen der Sitten oder Moral 379f.
- Delegation als ~ 376f.

- der einzelstaatlichen Rechtsordnung auf die Völkerrechtsordnung nach der Anerkennungstheorie *s. a. Primat der staatlichen Rechtsordnung* 401, 414 f.
- der Verfassung des Bundesstaats auf ältere Normen der Territorien als Einverleibung dieser Ordnungen 333
- der Völkerrechtsordnung auf die einzelstaatlichen Rechtsordnungen *s. a. Primat des Völkerrechts* 394, 400, 402, 407, 438
- des Handelsgesetzbuchs auf ältere Usancen als deren Einverleibung in jenes 333
- jede staatliche Rechtsordnung enthält ~ auf andere staatliche Ordnungen 392
- Veto
 - des Staatskanzlers Deutschösterreichs gegen die Beschlüsse des Staatsrates 72
 - suspensives ~ des Staatsrats Deutschösterreichs im Gesetzgebungsverfahren 63
- Volk 351
 - als Herrscher und Beherrscher 26
 - als Staat 499
 - als überindividuelles Kollektivum 27
 - deutsches ~ nicht zur Gänze im Deutschen Reich vereinigt 351
 - Einheit des ~ als moralisch-politisches Postulat 189
 - erzeugt in der gewohnheitsmäßigen Rechtsbildung das Recht selbst 516
 - Identität des ~ bei Änderung der Verfassung 495–497
 - Souveränität des ~ löst die Freiheit des Individuums ab 180 f.
 - Vertretung des ~ als Fiktion 107
 - völkerrechtliche Bindung des ~ im Unterschied zu der des Staates 492
 - Wählerschaft als einheitliches Organ des ~ 30
- Völkerbund 529
- Völkerrecht 367–572
 - Adressat des ~ *s. a. Völkerrechtssubjekt* 393–396, 420–428
 - allgemeines und partikuläres ~ 415
 - als anarchisches Recht 515
 - als äußeres Staatsrecht 415–420, 423 f., 430, 432 f., 442, 464 f., 467, 471
 - als bloße Klugheitsregeln 457, 459
 - als *civitas maxima* 499–530
 - als „gemeinsames“ Recht 442–447
 - als Individual- im Gegensatz zum Sozialrecht 457.3–459 (457)
 - als Koordinations- im Gegensatz zum Subordinationsrecht 457.3–459 (457)
 - als Naturrecht 508, 510
 - als Normierung der Beziehungen zwischen gleichgeordneten Subjekten 388, 391
 - als Normierung von Pflichten und Rechten des Staates anderen Staaten gegenüber 391
 - als primitives Recht 519
 - als Privatrecht 389 f.1 (390)
 - als Universalrechtsordnung *s. a. civitas maxima* 409, 507
 - als Vertrag, nicht Gesetz 431, 475
 - analog zum ~ Privatrecht 402, 476 f., 495, 533
 - Anerkennung des ~ *s. dort*
 - aus dem „Begriff“ des ~ können keine Rechtsnormen abgeleitet werden, die nicht schon vorher vorausgesetzt sind 475
 - aus einem Ursprung außerhalb des einzelstaatlichen Rechts wäre aus dessen Sicht ebensowenig vorhanden wie die Moral 384
 - bei Beling 503 f.3 (504)
 - bei Bergbohm 429, 442
 - bei Bluntschli 464 f., 497
 - bei Bonfils 469 f.
 - bei Fricker 413 f.1 (413), 455
 - bei Gareis 472–474, 476
 - bei Geffcken 469
 - bei Grotius 464 f.
 - bei Heffter 467–469
 - bei Hegel 415 f.
 - bei Heilborn 486 f., 491–493, 523
 - bei Holtzendorff 471 f.
 - bei Huber 525 f., 527 f.
 - bei Georg Jellinek 429–432, 483 f.
 - bei Kaltenborn 499–514
 - bei Erich Kaufmann 457.3–459, 522
 - bei Lammasch 503 f.3 (504)
 - bei Lasson 455–461, 530, 570
 - bei Liszt 475–479, 488 f., 493, 525–527
 - bei Martens 511 f.2
 - bei Mausbach 503 f.3 (503)
 - bei Nippold 432–436, 438–441, 506.2
 - bei Oppenheim 523, 528–530

- bei Karl Theodor Pütter 499
- bei Rivier 471
- bei Sander 490f.1
- bei Schoen 484f.
- bei Seydel 460.4
- bei Somló 461–463
- bei Tezner 435–437, 441
- bei Treitschke 415f.
- bei Triepel 486
- bei Ullmann 479–483, 506.2
- bei Christian Wolff 499, 501, 507–513
- bei Albert Zorn 417
- bei Philipp Zorn 416f., 420
- drei Möglichkeiten des Verhältnisses von ~ und einzelstaatlichem Recht 369, 383, 440f.
- Dualismus von ~ und einzelstaatlichem Recht *s. a. dort* 383–412
- dualistische Konstruktion des ~ ist ausgeschlossen, weil dieses auf einzelstaatliche Rechtsordnungen verweist 394
- einzelstaatliche Rechtsordnung delegiert das ~ *s. Primat der staatlichen Rechtsordnung*
- einzelstaatliche Rechtsordnung ist vom ~ delegiert *s. Primat des Völkerrechts*
- entwickelt sich von der Sozietät zur Korporation 525
- faktische und rechtliche Unmöglichkeit des Sich-Entziehens gegenüber dem ~ 479
- Geltung der allgemein anerkannten Regeln des ~ im Deutschen Reich 368.1
- Geltung des ~ für den neu entstandenen Staat 483–487
- Gewohnheit und Rechtsnotwendigkeit als einzige selbständige Quellen des ~ 472
- Gleichordnung der Staaten im ~ 308–310
- Grundnorm des ~, Staaten sollten sich so verhalten, wie sie es miteinander vereinbaren 399
- hat keine besonderen Exekutivorgane 520, 523
- hat keine besonderen Organe zur Gesetzgebung 518–520, 523
- hebt die Staaten aus ihrer Isoliertheit und damit aus ihrer Souveränität heraus 463
- humanitäres ~ *s. Kriegsvölkerrecht*
- identisch mit Recht 571
- *ius necessarium belli ac pacis* als notwendiges ~ 473
- konstituiert die allgemeine Verbindung aller Staaten der Völkerrechtsgemeinschaft 532
- konstituiert eine Gemeinschaft gleichberechtigter Staaten 463
- Leugnung des ~ 417, 420, 450, 455–463, 569f.
- menschliches Verhalten, das stets Staaten zugerechnet wird, als Inhalt des ~ 393f., 405
- Moral und ~ 229
- muss in gewissem Umfang auf einzelstaatliche Rechtsordnungen verweisen 438
- natürliches und willkürliches ~ 464f., 469f.
- negierte sich selbst, ließe es die Staaten aus jedem beliebigen Motiv Krieg führen 523
- Normkonflikt zwischen ~ und einzelstaatlichem Recht bei dualistischer Konstruktion 396
- Normobjekt des ~ 387–393
- Normsubjekt des ~ *s. a. Völkerrechtssubjekt* 393–396, 420–428
- notwendiges und konventionelles ~ 466f.
- objektive, vom Einzelstaat unabhängige Existenz des ~ 464–472, 474–483, 499–506
- partikulares ~ 487
- positives und theoretisches ~ 469f.
- Quelle des ~ 397–401
- Rechtscharakter des ~ 368
- Staat als Subjekt des ~ 394
- subjektives und objektives Prinzip des ~ 499–506
- und *clausula rebus sic stantibus* 461
- und Völkerrechtswissenschaft 493
- Untertanen als Subjekte von Pflichten und Rechten nach ~ 393.1, 420f., 423–428
- Unvereinbarkeit des ~ mit Souveränität des Staates 322, 463, 555
- Verhältnis des ~ zum staatlichen Recht 367–412
- Verhältnis des ~ zum staatlichen Recht strukturanalog zum Verhältnis von Recht und Moral 368

- verpflichtet nicht nur Staaten 427
- Widerspruch zwischen subjektivem und objektivem Geltungsprinzip des ~ 467–472, 474
- Wissenschaft vom ~ als protestantische Wissenschaft 514f.1
- Zwang existiert auch im ~ 520–524
- Völkerrechtlicher Vertrag 111, 417–421
 - als Akt der Rechtssatzung 518
 - als Friedensvertrag 112
 - als Grundlage eines Bundesstaates 536
 - als Grundlage eines Staatenbundes 535f.
 - als innerstaatliches Recht 418, 455
 - als Rechtsgrundlage der Verbindung Deutschösterreichs mit dem Deutschen Reich 144f.
 - als Tatbestand, den eine Verfassung als „Rechtsquelle“ delegieren kann 431
 - als Verfassungsbegriff 419
 - als willkürliches im Gegensatz zum natürlichen Völkerrecht 464f.
 - analog zum öffentlich-rechtlichen Vertrag 452–455
 - Aufhebung eines ~ durch Vertrag (mutuus dissensus) nur, wenn von der Rechtsordnung zugelassen 419, 558f.
 - Befugnis zum Abschluss eines ~ 437–442
 - bei Bergbohm 518f.1
 - bei Binding 518f.1
 - bei Bluntschli 518f.1
 - bei Laband 420–423
 - bei Nippold 435f., 438–441
 - bei Tezner 435–437, 441
 - bei Ullmann 481–483
 - bei Unger 439f.
 - bei Philipp Zorn 417f.
 - Fehlen der vorgesehenen Zustimmung des Parlaments zum ~ 439, 442
 - ist kein Vertrag zwischen „Staaten“ bei Primat der staatlichen Rechtsordnung 455
 - konstitutiver ~ 538–540
 - Ratifikation von ~ nach der Verfassungsnovelle Deutschösterreichs 67
 - staatsrechtliche und völkerrechtliche Gültigkeit des ~ 435–442
 - Transformationstheorie 418.2
 - über Aufhebbarkeit des ~ durch weiteren Vertrag (mutuus dissensus) muss die Rechtsordnung bestimmen 419
 - und *clausula rebus sic stantibus* 461
 - und paktierte Gesetze 420
 - und Selbstverpflichtung des Staates 450–455
 - und Vereinbarung 518f., 537f.
 - Verbindlichkeit des ~ auch möglich bei Primat der einzelstaatlichen Rechtsordnung 450–455
 - Verbindlichkeit des ~ begründet durch den Rechtssatz „pacta sunt servanda“ 431, 452
 - wechselseitige Verbindlichkeit des ~ 418f.
 - Wille des Staates im ~ 419
 - Wille zur Erfüllung erst durch Transformation des ~ 421
 - zwischen Österreich-Ungarn und der Türkei 94–96
- „Der völkerrechtlicher Strafanspruch wegen völkerrechtswidriger Kriegshandlungen“ (HK) 573–575, 796*–800*
- Völkerrechtsgemeinschaft *s. civitas maxima*
- Völkerrechtssubjekt 393–396, 420–428
 - bei Wilhelm Kaufmann 424.1
 - bei Krabbe 427.1–429
 - bei Rehm 426f.1
 - Eigenschaft als ~ und Anerkennung 490
 - Staat als ~ 394
 - Staat als ausschließliches ~ 420–423, 427
 - und „Staat im Sinne des Völkerrechts“ 493
 - Untertan als ~ 420f., 423–428
- Völkerrechtswidrige Kriegshandlungen
 - Bestrafung von Angehörigen der Ententestaaten wegen ~ 575
 - Forderung Italiens nach Auslieferung militärischer Funktionäre, die ~ beschuldigt werden 574
 - kein Staat ist nach allgemeinem Völkerrecht verpflichtet, seine eigenen Angehörigen zwecks Bestrafung wegen ~ an den verletzten Staat auszuliefern 575
- Völkerrechtswissenschaft
 - als protestantische Wissenschaft 514f.1
 - subjektivistische und objektivistische 567–569
 - unbefriedigender Zustand der ~ 572
 - Völkerrecht und ~ 493
 - Zukunft der ~ 572
- Volksbeauftragte
 - Staatsregierung Deutschösterreichs als ~ 103

- Volksgemeinschaft 352
 Volkssouveränität 273, 276
 – löst die Freiheit des Individuums ab 180f.
 – Vereinbarkeit der ~ mit Wahl der Regierung durch das Parlament 106f.
 Volksvertreter *s. Abgeordnete*
 Volksvertretung *s. a. Parlamentarismus*
 – als Fiktion 107
 „(Der österreichische) Volkswirt“ 580f.*
 Vollmacht
 – als Delegation 376
 Vollziehende Gewalt *s. a. Exekutive*
 – Konkurrenz um die faktische Ausübung der ~ in Deutschösterreich 102
 – „Die Organisation der ~ Deutschösterreichs nach der Gesetzgebung der konstituierenden Nationalversammlung“ (HK) 101–114, 641*–653*
 – organisatorische Trennung der gesetzgebenden von der ~ in Deutschösterreich 106, 108f.
 – Übertragung der gesamten ~ auf das Kabinett in Deutschösterreich 103
 – Übertragung der gesamten ~ auf einen Staatspräsidenten Deutschösterreichs 107
 volonté générale 526, 529, 556.1
 „Vom Wesen und Werte der Demokratie. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 5. November 1919“ (HK) 175–198, 700*–762*
 – Autorschaft Kelsens 761*f.
 – Versionen des Textes 707*–709*
 – Versionsvergleich „Juristische Blätter“ und „Gerichtshalle“ 710*–713*
 – Versionsvergleich „Gerichtshalle“ und „Archiv für Sozialwissenschaft“ mit Synopse 714*–761*
 Vorarlberg 126.1, 127
 Vorstand der Staatskanzlei (Deutschösterreich)
 – als Hilfsorgan des Staatsrates 62
 – faktische Wirksamkeit des ~ 62
 Vorteilsnahme
 – Vorwurf beruflicher ~ gegen Hans Kelsen 640*

W

- Wahl
 – Technik der ~ 28
 Wahlakt des Stimmberechtigten
 – doppelte Bedeutung des ~ 40
 Wähler
 – betriebsweise Organisation der ~ nach der russischen Sowjetverfassung 184
 – Gliederung der ~schaft nach einem Personalitätsprinzip als Grundgedanke des Proportionalwahlsystems 54
 – Wahl des einzelnen ~ erschöpft sich bei starrer Liste in einem Parteibekanntnis 77
 – Willensänderung des ~ ist rechtlich unmaßgeblich 178
 Wahlkreis
 – Einer~ als bloßer Abstimmungsbezirk 172
 – Einteilung der ~ 171
 – Einteilung der ~ als systemimmanente Gefahr für das Gesamtergebnis einer Proportionalwahl 55, 76
 – Einteilung der ~ nach der Reichsratswahlordnung (1907) 76
 – Einteilung des Staatsgebiets Deutschösterreichs in 41 ~ 53
 – Forderung nach Beseitigung der ~ 80
 – Haupteinwand gegen das System der Einteilung der ~ 54f.
 – Kombination von Proporz und ~ 55
 – unvermeidliche Willkürlichkeit jeder Einteilung der ~ als Gefahr für die Gleichheit des Wahlrechtes 56
 Wahlkreisgeometrie 76
 Wahlkreissystem *s. Majoritätsprinzip*
 Wahlordnung
 – für den Nationalrat (1923) 585*
 – für den Reichsrat (1907) 76, 585*
 – für die konstituierende Nationalversammlung Deutschösterreichs (1918) 52f., 585*
 Wahlquotient *s. Verteilungsmethode*
 Wahlrechts-Schriften
 – im Gesamtœuvre Kelsens 581*–588*
 – im Vorfeld der Verfassungsnovelle 1918 695*f.

- Wahlsystem *s. a. Kombinationssysteme, Majoritätsprinzip, Proportionalwahlrecht, proportionale Einerwahl, proportionale Listenwahl*
- starre Liste als das verhältnismäßig einfachste ~ 77
 - Vorschlag Kelsens für ein ~ 80f.
- Wahlvorschlag einer Partei 56f., 172
- Wahrung des Rechtes
- Strafe als primitive Technik für die ~ 72
- Wandel in Kelsens Auffassungen
- kein Anlass zur Verhüllung eines ~ 265
- Wanderndes Volk
- Anwendbarkeit des Staatsbegriffs auf die Rechtsordnung eines ~ 340
- „Was ist Wahrheit?“ (Pilatus) 197, 208
- Weber, Max
- Einfluss der Bürokratisierungstheorie von ~ auf Kelsen 653*
- Wehrmacht (Deutschösterreich)
- Übertragung der Leitung und Verwendung der ~ auf das Staatsratsdirektorium 65
- Weimarer Richtungs- und Methodenstreit 795*f.
- Weltanschauung
- subjektivistische und objektivistische ~ 567–569
- Weltgericht 525
- Weltparlament 525
- Weltrechtsordnung *s. civitas maxima*
- Weltrepublik *s. a. civitas maxima* 529
- Weltstaat *s. civitas maxima*
- Wesensunterschied
- angeblicher ~ von Öffentlichem und Privatrecht 690*
 - angeblicher ~ von Verwaltungsakt und Vertrag 166f., 690*
- „Wesen und Wert der Demokratie. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 5. November 1919“ (HK) 199–208, 700*–762*
- Autorschaft Kelsens 761*f.
 - Version der „Juristische Blätter“ möglicherweise eine Mitschrift von Kelsens Vortrag 712*
 - Versionen des Textes 707*–709*
 - Versionsvergleich „Juristische Blätter“ und „Gerichtshalle“ 710*–713*
 - Versionsvergleich „Gerichtshalle“ und „Archiv für Sozialwissenschaft“ mit Synopse 714*–761*
- Widerspruch
- kein Widerspruch einer Fiktion zur Wirklichkeit 220
 - logischer ~ als notwendiges Produkt unseres Denkens 215
 - Rechtsordnung kann als Menschenwerk mit ~ behaftet sein 94, 634*
 - zur Wirklichkeit als eines der Hauptmerkmale der Fiktion 211f.
- Widerspruchsfreiheit
- als Aufgabe auch der normativen Erkenntnis 372
 - keine notwendige Eigenschaft der Rechtsordnung 94, 634*
- Wien
- Abschied Kelsens von ~ 586*
- Wiener Juristische Gesellschaft 693*f., 697*f., 701*–707*
- Wilder
- als Kandidat, der in keine offizielle Parteiliste aufgenommen worden ist 54, 81
- Wille *s. a. Wollen*
- als Träger der Rechtsordnung 377
 - der Parteien eines Rechtsgeschäfts 379, 526
 - der Rechtsordnung ist identisch mit der Person des Staates 288
 - der Staaten als Quelle des Völkerrechts 445f., 475
 - des Staates als Quelle des einzelstaatlichen Rechts 397f.
 - des Staates im völkerrechtlichen Vertrag 419
 - des Staates zur Selbstbeschränkung *s. Selbstverpflichtung des Staates*
 - Grundnorm (Ursprungsnorm) als ~ 398
 - kann nur in einem unpsychologischen Sinne „Quelle“ einer Rechtsordnung sein 370f.
- Willensäußerung
- als bloße Bedingung, nicht Ursache von Rechtswirkungen 156, 690*
 - als Voraussetzung für die Gültigkeit des behördlichen Aktes 165
 - beide ~ als bei einem Vertrag an dem Zustandekommen des Rechtserfolges mitwirkend 164

- zwei menschliche ~ als Voraussetzungen eines Vertrags 156
- Willensfreiheit als Fiktion und Strafrecht 228, 772* f.
- Willensvereinbarung
 - als Quelle des Völkerrechts 397 f.
- Willkürlichkeit
 - unvermeidliche ~ jeder Wahlkreiseinteilung als Gefahr für die Gleichheit des Wahlrechtes 56
- Wirklichkeitsferne
 - angebliche ~ der reinen Rechtslehre 266
- Wirksamkeit
 - tatsächliche ~ des Rechts *s. Faktizität*
 - und Geltung des Rechts 360–366
- Wollen
 - Rechtsnorm als ~ 302.1–304 (303)
- Wurmbrand, Norbert 87–96, 628*–636*

Z

- Zählung aller abgegebenen Stimmen beim Skrutinium 54
- Zauberlehrling
 - Rechtswissenschaft als ~ 288
- Zeit
 - als allgemeiner Norminhalt 339
- „Zeitschrift für öffentliches Recht“ 623* f., 629* f., 642*–644*, 654*–656*, 674*–676*, 681*–683*
- Zentralisation *s. Dezentralisation*
- Zentralorganisation für einen dauernden Frieden 84
- Zufallsmoment
 - Ausschaltung des ~ des Hareschen Systems 46
- Zurechnung
 - delegierter Normen zur ermächtigenden Autorität 376

- einer menschlichen Handlung zum Staate 394, 409.1, 425
- End- und Durchgangspunkte der ~ 334, 336 f., 409.1
- logische Natur der ~ ist der herrschenden Lehre nicht klar geworden 334
- Zurechnungspunkt 334, 336 f., 409.1
- „Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“ (HK) 686* f.
- „Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob“ (HK) 209–234, 763*–774*
- als erster interdisziplinärer Beitrag Kelsens 767*
- Zwang
 - des verlorenen Krieges ist mit der Souveränität des Besiegten vereinbar 524
 - Gemeinde kann auch zum ~ berechtigt sein 336
 - Krieg als ~ im Völkerrecht 520–524, 557
 - Recht zum ~ als Wesensmerkmal des Staates 334–338
 - Selbsthilfe als normgemäßer ~ 516
- Zweck
 - als wesentliches Kriterium des Staates 349–352
 - bei Ihering 349 f.
 - bei Laband 350
 - Bestimmung des Staates nach seinem ~ steht im Widerspruch zur Souveränität 350
 - metajuristischer ~ 350
- Zwei-Seiten-Theorie des Staates 280–284
 - als Verlegenheitsformel 282
 - bei Georg Jellinek 281.1
 - bei Kistiakowski 281.1