

GESELLSCHAFT · STAAT UND RECHT

UNTERSUCHUNGEN ZUR REINEN RECHTSLEHRE

UNTER MITARBEIT VON

J. DOBRETSBERGER-GRAZ · W. HENRICH-BRÜNN
F. KAUFMANN-WIEN · J. KRAFT-FRANKFURT A. M. · J. L. KUNZ-
WIEN · R. A. MÉTALL-GENÈVE · A. MERKL-WIEN · J. MOÓR-
BUDAPEST · T. OTAKA-KELJO · L. PITAMIC-WASHINGTON
F. SCHREIER-WIEN · A. VERDROSS-WIEN · E. VOEGELIN-WIEN
F. WEYR-BRÜNN · K. YOKOTA-TOKIO

HERAUSGEGEBEN

VON

ALFRED VERDROSS



WIEN
VERLAG VON JULIUS SPRINGER
1931

GESELLSCHAFT · STAAT UND RECHT

UNTERSUCHUNGEN ZUR REINEN RECHTSLEHRE

UNTER MITARBEIT VON

J. DOBRETSBERGER-GRAZ · W. HENRICH-BRÜNN
F. KAUFMANN-WIEN · J. KRAFT-FRANKFURT A. M. · J. L. KUNZ-
WIEN · R. A. MÉTALL-GENÈVE · A. MERKL-WIEN · J. MOÓR-
BUDAPEST · T. OTAKA-KEIJO · L. PITAMIC-WASHINGTON
F. SCHREIER-WIEN · A. VERDROSS-WIEN · E. VOEGELIN-WIEN
F. WEYR-BRÜNN · K. YOKOTA-TOKIO

HERAUSGEGEBEN

VON

ALFRED VERDROSS



WIEN
VERLAG VON JULIUS SPRINGER
1931

ISBN 978-3-7091-5957-6 ISBN 978-3-7091-5991-0 (eBook)
DOI 10.1007/978-3-7091-5991-0

ALLE RECHTE, INSBESONDERE DAS DER ÜBERSETZUNG
IN FREMDE SPRACHEN, VORBEHALTEN

FESTSCHRIFT
HANS KELSEN
ZUM 50. GEBURTSTAGE
GEWIDMET

Inhaltsverzeichnis

I. Philosophisch-soziologischer Teil

	Seite
Dr. Josef Dobretsberger , Professor der Universität Graz, Erkenntnistheorie und Naturrecht	1
Dr. Felix Kaufmann , Privatdozent an der Universität Wien, Juristischer und soziologischer Rechtsbegriff	14
Dr. Julius Kraft , Privatdozent an der Universität Frankfurt a. M., Reine und angewandte Soziologie	42
Dr. Julius Moór , Professor an der Universität Budapest, Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus	58
Dr. Tomoo Otaka , Professor an der Universität Keijo, Künftige Aufgaben der Reinen Rechtslehre	106
Dr. Erich Voegelin , Privatdozent an der Universität Wien, Das Sollen im System Kants	136

II. Juristischer Teil

Dr. Walter Henrich , Professor an der Deutschen Technischen Hochschule, Brünn, Die Verfassung als Rechtsinhaltsbegriff	174
Dr. Josef L. Kunz , Privatdozent an der Universität Wien, Statisches und dynamisches Völkerrecht	217
Dr. Adolf Merkl , Professor an der Universität Wien, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues	252
Dr. Leonidas Pitamic , Gesandter des Königreiches Jugoslawien, Washington, Zur Lehre von der richterlichen Funktion	295
Dr. Fritz Schreier , Privatdozent an der Universität Wien, Reine Rechtslehre und Privatrecht	309
Dr. Alfred Verdroß , Professor an der Universität Wien, Die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Völkerrechtsquelle	354
Dr. Franz Weyr , Professor an der Masaryk-Universität Brünn, Reine Rechtslehre und Verwaltungsrecht	366
Dr. KIssaburo Yokota , Professor an der Universität Tokio, Begriff Gliederung der Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft	390

Anhang

Dr. Rudolf Aladár Métall , Mitglied der wissenschaftlichen Abteilung des Internationalen Arbeitsamtes, Genf, Chronologisches Verzeichnis der Schriften Hans Kelsens	417

I. Philosophisch-soziologischer Teil

Erkenntnistheorie und Naturrecht

Von

Josef Dobretsberger, Graz

Die Rechtsphilosophie seit etwa 1890 bis zum Kriegsende ist durch den Kampf gegen das Naturrecht jeglicher Art gekennzeichnet. Bergbohm hat unter weitreichender Gefolgschaft das Ziel gesetzt: „Nur was als Recht sanktioniert ist, ist Recht, sonst nichts; und alles das ist Recht, ohne Ausnahme“¹⁾. Der Gegenstand der Rechtswissenschaft solle von allen außerrechtlichen Verknüpfungen losgelöst werden. Er dürfe keinen anderen Bedingungen unterliegen als der der Sanktion. Jede andere Voraussetzung des Gegenstandes „Recht“ wird als Naturrecht abgetan.

Naturrecht in dem hier gemeinten Sinn kann ein Dreifaches bedeuten: 1. Eine Rechtstheorie, die den möglichen Inhalt positiv-rechtlicher Bestimmungen unmittelbar auf Inhalte des natürlichen, sozialen, ökonomischen Geschehens oder der sittlichen und religiösen Normierung einschränkt, so daß ein Gesetz, das inhaltlich diesen Voraussetzungen widerspricht, als Unrecht anzusehen wäre. Dieses materiale Naturrecht erlebt in der jüngsten Zeit eine Wiedergeburt aus der Gegenstandsphilosophie. Jeder Gegenstand, auch das Recht, umfaßt einen Bereich von verträglichen Qualitäten. Die Verknüpfungen: Baum-grün-sehen, Recht-Wert-Fühlen sind verträglich, während z. B. die Aussagen: Dreieck-Tugendhaft oder eine gesetzliche Bestimmung der Planetenabstände sinnlos wären. Der Gegenstand Recht ist hiedurch von vornherein außerrechtlich begrenzt. 2. Eine Rechtstheorie, die die verpflichtende Wirkung positiv-rechtlicher Normen aus der zwingenden Notwendigkeit des natürlichen, sozialen, ökonomischen Geschehens oder aus der sittlich-religiösen Verpflichtung des Einzelnen ableitet. Beispiele hierfür gibt die Naturrechtslehre des 17. und 18. Jahrhunderts. 3. Eine Rechtstheorie, die den Gegenstand „Recht“ unter die Bedingungen seiner Erkenntnis im System der Rechtswissenschaft stellt. Das Naturrecht wird in diesem Fall auf die logischen Erfordernisse einer wissenschaftlich denkbaren Rechtsordnung beschränkt. Eine Rechtsordnung müßte demnach so beschaffen sein, daß sie als System widerspruchsfrei gedacht werden kann. Die eindeutige Anwendungs-

¹⁾ Bergbohm: Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, S. 80.

möglichkeit oder auch die widerspruchslose Darstellungsmöglichkeit ergäben das Kriterium des „richtigen“ Rechtes.

Eine Wissenschaft vom positiven Rechte muß autonom, d. h. unabhängig von den Voraussetzungen der angegebenen Art, ihren Gegenstand bestimmen. Seit dem Einsetzen dieser naturrechtsfeindlichen Richtung in der Rechtsphilosophie hat die Erkenntniskritik Kants diesem Ziel als Leitstern gedient. Die lückenlose Begründung einer Wissenschaft vom positiven Recht erwies sich jedoch schwieriger, als sie Bergbohm geschehen hatte. Die wichtigsten Versuche einer Kantischen Begründung der Wissenschaft vom positiven Rechte seien hier angeführt.

Kant führt in der Methodenlehre aus, daß es Definitionen im strengen Sinne nur in der Mathematik geben könne, da wir dort „keine Begriffe von der Definition, als durch welche der Begriff allererst gegeben wird, haben“¹⁾. Die von jeder Bedingung freie Setzung der mathematischen Axiome erscheint bewußt oder unbewußt den kantisch gerichteten Rechtsphilosophen als das Vorbild einer von vorwissenschaftlichen Begriffen gereinigten Rechtserkenntnis. Schon bei Kant aber treten Schwierigkeiten auf: In den übrigen Wissenschaften, außer der Mathematik, können die Grundbegriffe nicht willkürlich definiert werden. Es bedarf eines dritten Begriffes, um die — unabhängig von der Erfahrung gewonnenen — Grundbegriffe auf eine mögliche Erfahrung zu beziehen. Der Ursachenbegriff z. B. bedarf der Zeitbestimmung, einer Form der reinen Anschauung. Und nun ergibt sich die Frage: Wie ist die bedingungsfreie Bestimmung des Gegenstandes einer Wissenschaft möglich, und zwar so, daß die Definition dennoch nicht willkürlich vereinbarte Annahmen, sondern Begriffe ergibt, die sich gerade auf die gegebene Anschauung und Erfahrung beziehen?

Auf die Rechtswissenschaft übertragen ergibt sich die Frage, wie der Gegenstand „Recht“ autonom bestimmt werden kann und dennoch die Begriffe der Rechtswissenschaft auf das angewendete Recht hinzielen. Nach Stammler ist das Recht im Bewußtsein gegeben. Neben den Besonderheiten des Rechtes muß jedoch auch ein Wesensmerkmal im konkreten Recht enthalten sein, welches die begriffliche Identität der mannigfaltigen Rechtserscheinungen ausweist. „Dieser Rechtsbegriff in seiner bedingenden Eigenschaft muß aber nach einem Verfahren gesucht werden, das ihn selbst noch nicht als gegeben behandelt“²⁾. Hier setzt die erkenntniskritische Methode ein. Die Ableitung des Rechtsbegriffes muß sich von einer Sammlung der allgemeinsten Merkmale jedes positiven Rechtes unterscheiden, um einen autonomen, naturrechtsfreien Rechtsbegriff zu liefern. Dennoch aber muß sich dieser auf das positive und nicht auf irgendein gedachtes Recht beziehen. Dieses logische Kunststück vollführt Stammler auf folgendem Wege: „Dem Inhalt nach kann der Rechtsbegriff besondere Willen in un-

¹⁾ Kant: Kritik der reinen Vernunft (Kehrbach), S. 560.

²⁾ Stammler: Theorie der Rechtswissenschaft, S. 47.

begrenzter Menge aufnehmen. Aber die bedingenden Methoden, in denen dies geschieht, sind der Zahl nach geschlossen¹⁾.“ Es wird von den Funktionen der Rechtserzeugung auf die Struktur des Rechtes geschlossen, so wie Kants Erkenntnislehre vorzeichnet: „Dieselben Funktionen, welche den verschiedensten Vorstellungen in einem Urteil Einheit geben, geben auch der bloßen Synthesis der Vorstellungen in einer Anschauung Einheit. Auf solche Weise entspringen gerade so viel reine Verstandesbegriffe, welche a priori auf Gegenstände der Anschauung überhaupt gehen, als es logische Funktionen in allen möglichen Urteilen gibt²⁾.“

Die rein erkenntnismäßigen Bedingungen jedes Rechtes als Gegenstand der Rechtswissenschaft sind — auf diesem Wege gefunden — Sanktion und Wirksamkeit. Was also Stammler in dem Kampfe gegen das Naturrecht erreicht, ist dies, daß er zwar die Einschränkung des Rechtsinhaltes auf bestimmte — von außen gegebene — Möglichkeiten vermeidet, dafür jedoch den Rechtserzeugungsmethoden konstitutiven Charakter verleiht, d. h. aber das revolutionäre Naturrecht ablehnt, um das konservative Naturrecht mit Hilfe der Erkenntniskritik zu begründen.

Dieselbe Problemlage finden wir in Nelsons Versuch, aus der Grundannahme: es gibt ein Recht, materiell-rechtliche Postulate abzuleiten, die auf das Zusammenleben der Menschen Bezug haben sollen. Nelson erklärt diese eigenartige gedankliche Verwicklung „aus dem zufälligen Verhältnis des Naturgesetzes zum Rechtsgesetz, aus dem Bedingungen entspringen, deren Erfüllung allein das Rechtsgesetz auch in der Natur zum geltenden Gesetz erhebt“³⁾. So ergibt sich z. B. aus der Notwendigkeit der Mitteilung durch die Sprache das Verbot der Lüge, aus der Notwendigkeit des individuellen Güterkonsums das Eigentumsrecht usw.⁴⁾. Nelson nimmt also schon die Grundbegriffe direkt aus dem menschlichen Zusammenleben und will die erkenntniskritische Position durch die Betonung retten, daß „die Gemeinschaft dabei nicht als existent gedacht, sondern nur von dem problematischen Begriff einer solchen Gebrauch gemacht wird“⁵⁾. Nelson versucht also die Gegebenheit einer sozialen Gemeinschaft, aus der die rechtlichen Grundbegriffe stammen, in eine transzendente Idee umzudeuten, wie Kant die konkrete Gegebenheit der Person und ihrer Akte in die transzendente Einheit der Apperzeption verwandelt. Nelson öffnet hiedurch dem Naturrecht, den außerrechtlichen Bedingungen des Rechtes, Tür und Tor sowohl hinsichtlich des Rechtsinhaltes als auch der Rechtsgeltung.

Binder hat in seinem Buche über Stammler und neuerdings in seiner Philosophie des Rechtes zu erweisen versucht, daß die transzendente Ableitung der Rechtsbegriffe an der falschen Voraussetzung

¹⁾ Stammler: a. a. O., S. 187.

²⁾ Kant: Kritik der reinen Vernunft, S. 95.

³⁾ Nelson: System der philosophischen Rechtslehre, S. 75.

⁴⁾ Nelson: a. a. O., S. 56.

⁵⁾ Nelson: a. a. O., S. 54.

scheitert, das Recht sei Gegenstand der Anschauung. Durch die Abkehr von dieser Meinung hält Binder die Beseitigung des für den Kritizismus typischen Dualismus von Sein und Sollen für möglich. „Es ist derselbe Geist, der sich die Welt erbaut und der sie erkennt. Diese Erkenntnis wird auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft um so leichter, als es derselbe menschliche Geist ist, der in der objektiven Welt der Kultur sich schöpferisch und in der Wissenschaft sich nachdenklich betätigt¹⁾.“ Die Frage nach dem Sinn eines Bewußtseinsinhaltes macht dem menschlichen Geist sein eigenes Werk wiederum verständlich. Denn da der Gegenstand sinnvoll geschaffen ist, muß die Erkenntnis des Sinnes den Begriff des Gegenstandes ergeben. Der Sinn kommt jedoch nicht in der Anschauung zur Gegebenheit. „Das Wesen des Rechtes kann daher weder in inhaltlichen noch in formalen Bestimmungen des Rechtsatzes liegen, sondern nur in seiner Idee. Indem ein Komplex von Normen um einer Idee willen besteht, ist diese sein Begriffsmerkmal²⁾.“ Ähnlich bezeichnen auch Rickert und Max Weber den Zweck des Rechtes als das für die Rechtswissenschaft wesenhafte Begriffsmerkmal des Rechtes. Und die Idee des Rechtes? Sie besteht darin, daß das Recht zum Unterschied von der Sitte „um der Gemeinschaft willen als notwendig gedacht werden muß“³⁾. Diese „unfaktische“ Seite des Rechtes muß dem auf das Gegebene gerichteten Denken ebenso verschlossen bleiben wie dem Physiker der ästhetische Sinn eines Musikwerkes⁴⁾. Damit hat Binder auf dem schwierigen Umweg über die Transzendentalphilosophie das eine erreicht, dem Naturrecht, dem man entrinnen will, auf der anderen Seite wiederum in die Arme zu laufen. Denn aus der gesellschaftlichen Notwendigkeit einer Rechtsordnung leitet Binder eine Reihe materialer Postulate jedes Rechtes ab. Der subjektiv gemeinte Sinn einer Rechtshandlung wird zum objektiven Sinn der Rechtsordnung, das Bestehen von Gesellschaft zu ermöglichen, hypostasiert. Auf dieser Voraussetzung beruht der Rechtsbegriff Binders, der damit naturrechtlichen Charakter aufweist.

Salomon formuliert das Problem als Frage „nach dem Gegenstand einer möglichen Gesetzgebung seinem Inhalte nach“⁵⁾. Diesen bildet die Idee des Rechtes. Trotz ihrem apriorischen Charakter kann sie sich dennoch nur auf Personen, Sachen, Handlungen und Staat beziehen (worin man irrtümlich ein Dilemma sah)⁶⁾, weil die Rechtsidee der Einheit und Allheit nur in dieser Stoffschicht in Erscheinung tritt⁷⁾. Diese Erklärung setzt eine zufällige Übereinstimmung von Recht und Gesellschaft voraus, deren Beziehungen zueinander vom erkenntnis-kritischen Standpunkt gelegnet werden.

¹⁾ Binder: Philosophie des Rechtes, S. 225.

²⁾ Binder: a. a. O., S. 217.

³⁾ Binder: a. a. O., S. 235.

⁴⁾ a. a. O., S. 221.

⁵⁾ Salomon: Grundlegung zur Rechtsphilosophie, S. 37, 54.

⁶⁾ a. a. O., S. 173.

⁷⁾ a. a. O., S. 177f.

Das erkenntniskritische Denken kann der Zweiseiten-Theorie mit ihren Gefahren naturrechtlichen Einbruchs nicht entrinnen. Selbst Lask wird in diesen Gedankengang gezwungen: „Gewiß hat die Jurisprudenz, ebenso wie die Philosophie, nicht ein Existierendes, sondern ein bloß Bedeutendes zum Objekt. Aber während dieser Soll-Charakter in der Philosophie einer absoluten Werthhaftigkeit entstammt, für die es keine empirische Autorität gibt, hat er in der Jurisprudenz seinen formellen Grund in den positiven Anordnungen durch Gemeinschaftswillen. Dieses von Stammler und Eltzbacher hervorgehobene Moment der empirischen Gegebenheit des Rechtes ist nicht etwa, wie es bei Jellinek und Kistiakowsky den Anschein hat, bloß für die soziale Seinslehre, sondern gerade für die juristische Sollenslehre vom Recht relevant¹⁾.“ Hiedurch erscheint das Naturrecht unvermeidlich; der apriorische Charakter der rechtlichen Grundbegriffe verblaßt, indem diese nicht logische Prinzipien darstellen, sondern aus empirischen Gegebenheiten des Gemeinschaftswillens stammen.

Bei diesem Stand des Problems greift Kelsen zweifellos mit dem schärfsten logischen Werkzeug ein, um der naturrechtlichen Befangenheit der erkenntniskritischen Rechtsphilosophie selbst zu Leibe zu rücken. In meisterhafter Kritik der Zweiseiten-Theorien hat er bewiesen, daß eine reine, bedingungslose Sphäre des positiven Rechtes nur möglich ist unter der Voraussetzung, daß die Betrachtungsweisen des Seins und des Sollens in keiner Beziehung zueinander stehen. In der naiven Vermengung beider durch das unkritische Denken liegt die Haupt-einbruchsstelle des Naturrechtes in die Rechtswissenschaft. Das kritische Denken bei Stammler, Nelson u. a. biegt letzten Endes wiederum in die realistische Betrachtungsweise um, wenn es sich darum handelt, die eigenartige Parallelität der rechtlichen Grundbegriffe und der Seins-sphäre (Positivität) des Rechtes zu erklären. Kelsen trachtet, diesen Widerspruch zu vermeiden, indem er in dem Erkenntnisweg selbst allererst die Erzeugung des Gegenstandes sieht: „Ein Widerspruch der Kategorie des Seins mit der des Sollens ist folgerichtig gar nicht denkbar. Dem Sein von a widerspricht lediglich das Sein von non- a , es wäre denn, man löse den Sollsatz in einen Alsob-Seinsatz auf und behauptete, indem ich a als gesollt betrachte, tue ich, als ob a seiend wäre. Das ist aber offenbar unrichtig. In der Vorstellung des Sollens steht uns eben eine andere Form zur Verfügung, die jeden beliebigen Inhalt aufnehmen kann, ohne mit einer Seinsvorstellung in kontradiktorischen Widerspruch zu geraten. Mit demselben Recht, mit dem ich das Sollen ein fingiertes Sein, könnte ich das Sein ein fingiertes Sollen nennen. Darum kann der Normbegriff wohl in sich selbst widerspruchsvoll sein, er kann aber nie zur Wirklichkeit in Widerspruch geraten. Denn normative Betrachtungsweise ist überhaupt nicht auf Sein gerichtet²⁾.“ Nun erst erscheint die reine Sphäre des bedingungslosen Rechtes gesichert.

¹⁾ Lask: Gesammelte Schriften, Bd. I., S. 314.

²⁾ Kelsen: Zur Theorie der juristischen Fiktionen, Annalen der Philosophie, 1. Bd., 1919, S. 657.

Eine Reihe wichtiger Erkenntnisse für die Rechtswissenschaft und Staatslehre entspringen dieser Einstellung. Die Lehre von der Grundnorm, die Stufentheorie der Rechtserzeugung, der Charakter der Verwaltungsakte, die Lehre von den Elementen des Staates u. v. a. erhielten eine Klarstellung auf diesem Erkenntnisweg, die allmählich auch von der Praxis anerkannt worden ist. Dennoch erfahren diese erkenntnistheoretischen Voraussetzungen mehrere Einschränkungen, in denen die Unzulänglichkeit der neu-kantischen Erkenntnisweise überhaupt zutage tritt.

Zunächst in dem Problem der Positivität des Rechtes: „Positivität ist zwar eine Eigenschaft des Rechtes und kann sich nicht auf Normvorstellungen beziehen. Jedoch wird man, unbeschadet der Disparität der beiden Systeme, ohne weiteres die Tatsache zugestehen müssen, daß der Inhalt der Rechtsnormen, die man als gültig voraussetzt, dem Inhalt des tatsächlichen Verhaltens in gewissem Maße entsprechen muß. Das Problem der Positivität erscheint sonach als das Problem der inhaltlichen Beziehung eines Systems der Werte zu dem ihm korrespondierenden System der Wirklichkeit. Die außerordentliche Schwierigkeit besteht in der, wie es scheint, unvermeidlichen Antinomie eines notwendig vorauszusetzenden Dualismus von Sein und Sollen, Wirklichkeit und Wert und der nicht abzuweisenden Anerkennung einer inhaltlichen Beziehung zwischen den beiden als beziehungslos vorausgesetzten Systemen“¹⁾, sodann in dem Problem des Anfangs und Endes einer Rechtsordnung, sowie der Rechtskontinuität. Die revolutionäre Rechtsentwicklung sprengt den Rahmen der reinen Sollsphäre; diese trägt daher stets hypothetischen Charakter, d. h. ihre Setzung ist außerrechtlich bedingt, die Frage nach diesen Bedingungen ist systemlogisch abgeschnitten. „Das normative System des Rechtes oder Staates beginnt erst mit der Grundnorm. Ist diese — gleichgültig wie und woher — einmal vorausgesetzt, dann ist die reine Geltungssphäre des Rechtes gewonnen und jeder Einbruch der Faktizität ausgeschaltet“²⁾. Die auf die inhaltliche Gestaltung der Ursprungsnorm gerichtete Betrachtung fällt schon außerhalb der auf Recht und Staat als spezifischen Inhalt hinzielenden Erkenntnis, die methodisch anders geartet ist als die juristische Erkenntnis³⁾. Das Abschneiden des Problems in dem Kernpunkt des „Anfangs“ kann als Lösung nicht befriedigen.

Eine dritte Unzulänglichkeit der rein juristischen Betrachtungsweise von Recht und Staat ergibt sich innerhalb des so gewonnenen Systems der begrifflich autonomen Rechtsordnung in dem Problem der Interpretation. Die Auslegung unklarer Bestimmungen des Gesetzes nach dem Grundsatz der Widerspruchlosigkeit ist zweifellos ein außerrechtliches Postulat, Naturrecht im logisch-formalen Sinn, das auf allen Stufen der Rechtserzeugung wiederkehrt. Aber auch das Postulat

1) Kelsen: Allgemeine Staatslehre, S. 18.

2) Kelsen: Der soziologische und juristische Staatsbegriff, S. 100.

3) a. a. O., S. 104.

der Einheit der Rechtserzeugung kann als logisch-formales Naturrecht ausgewertet werden: innerstaatlich in der Beurteilung der Kompetenzkonflikte, völkerrechtlich im Souveränitätsproblem.

Kelsen hat diese Grenzen der Reinen Rechtslehre, der Systemgeschlossenheit, selbst aufgedeckt. Ohne ein solches Mindestmaß logischer Voraussetzungen der wissenschaftlichen Rechtserkenntnis ist eine Rechtsordnung nicht vorstellbar, daher nicht seins-möglich. Der Kampf der Erkenntniskritik gegen das Naturrecht kann sich demnach nur gegen die inhaltliche und geltungsmäßige Bedingtheit des Rechtes wenden, nicht aber gegen die logischen Voraussetzungen seiner wissenschaftlichen Erfassung.

Der wesentliche Unterschied zwischen diesem logisch-erkenntnis-mäßigen „Naturrecht“ und dem materialen Naturrecht liegt nach Kelsen darin, daß dieses das Recht auf den nach jeder Interessengruppe hin dehnbaren Begriff der Gerechtigkeit bezieht, während das logische Naturrecht im Recht eine bloße Friedensordnung, einen Ruhepunkt der sozialen Gegensätze, sieht, dessen Inhalt belanglos ist. Verschwommen taucht dieser Gedanke schon bei Kant auf, wenn er das Bestehen einer Rechtsordnung — unbesehen ihres Inhaltes — schon als Wert hinstellt, während die materiale Naturrechtslehre das Recht nur als Krücke der ethischen Normen ansieht und die Überwindung des Rechtes, den zwangsfreien Zustand, zum Ziele hat. Die Erkenntniskritik vermag demnach nicht den Rechtsbegriff autonom zu bestimmen, sondern sucht nun das Recht selbst als letzten Wert zu setzen. Daraus erhält das positive Recht keine anderen außerrechtlichen Bedingungen als die, selbst möglich und anwendbar zu sein, seinen Bestand zu sichern. In dem einen Fall des materialen Naturrechtes scheint die optimistische Grundhaltung durch, daß der Mensch — von Natur aus gut — den Zustand der Freiheit erstrebt, in dem anderen Fall des logisch-formalen Naturrechtes die pessimistische Grundhaltung, daß der Mensch — von Natur aus böse — des Zwanges grundsätzlich nicht entbehren kann. In dem einen Fall ist die Existenz des Rechtes überhaupt dessen Voraussetzung und Ziel, im anderen Fall aber soll die Rechtsordnung selbst inhaltlich dem idealen Zustand der Gesellschaft angenähert werden, mit dessen Erreichung sie den Sinn ihres Bestehens verliert.

Die Entscheidung für oder gegen die Erkenntniskritik ist demnach nicht mehr mit der Frage: „Naturrecht oder positive Rechtswissenschaft?“ verquickt, sondern vermindert sich auf die Wahl zwischen zwei naturrechtlichen Voraussetzungen jedes positiven Rechtes, welche überdies durch den pessimistischen oder optimistischen Charaktertyp des Entscheidenden beeinflusst wird. Optimistische oder pessimistische Werthaltung bildet das Grundmotiv der Entscheidung, nicht irgend eine wertfreie Einsicht in die logischen Zusammenhänge. Der Kampf der Erkenntniskritik gegen das Naturrecht während der letzten Jahrzehnte endet also mit der Einsicht, daß man um ein Mindestmaß von Voraussetzungen des positiven Rechtes nicht herumkommt, daß das Naturrecht letzten Endes in irgendeiner Form unvermeidlich ist. Es wurde von den

angeführten Autoren zwar das materiale Naturrecht, das das Rechtsleben auf soziale oder ethische Normen abstimmen will, in seinen Ansprüchen eingeschüchtert, an seine Stelle aber trat ein logisch-formales Naturrecht, das an die konkrete Rechtsordnung den Anspruch stellt, daß sie zumindest widerspruchlos denkbar und — was darin inbegriffen ist — realisierbar sein muß. Als lebensfremd wird das logische Naturrecht vielfach empfunden, weil es das Recht nach den Bedingungen seiner wissenschaftlichen Erkennbarkeit formt, während die „lebendige“ Naturrechtslehre das Recht von den Bedingungen seiner sozialen Existenz und Wirksamkeit her bestimmt. Die erkenntnistheoretische Frage lautet: Wie muß eine Rechtsordnung beschaffen sein, um den Gegenstand der Rechtswissenschaft abgeben zu können? Die realistische Fragestellung hingegen ist: Wie muß eine Rechtsordnung beschaffen sein, um den bestehenden sozialen Verhältnissen und Sittenanschauungen gerecht zu werden? In das erkenntnistheoretische Grundproblem übersetzt: Formt unser Denken die Kulturwelt nach seinen eigenen Gesetzen und Grundsätzen oder ist unser Denken selbst ein Ergebnis seiner sozialen und kulturellen Umgebung? An einem Sonderproblem kehrt hier die grundlegende Entscheidung für das realistische oder kritische Denken wieder, die sich durch die Philosophie und die Einzelwissenschaften aller Zeiten — ungelöst — hindurchzieht.

Es sei hier absichtlich vermieden, in dieses grundsätzliche Problem einzugehen. Vielmehr greifen wir drei Fragen heraus, die auf diese Entscheidung selbst nicht Bezug nehmen, sondern gleichsam die wissenschaftliche Einbettung des Problems abstreifen:

1. Die Geschichte der Erkenntnistheorien zeigt uns, daß die Chancen für das realistische oder kritische Denken von Zeit zu Zeit abwechseln. Jede Denkweise hat, ganz unabhängig von ihrem Wahrheits- und Evidenzgehalt, ihre Konjunkturen und Krisen. Kelsen hat in seinem Seminar des öfteren angedeutet, daß er die Charaktertypen für die eine oder andere Entscheidung verantwortlich zu machen neige. Dies erklärt jedoch keineswegs die Schwankungen in der Geisteshaltung einer ganzen Zeit, da die Charaktertypen annähernd gleichmäßig verteilt sind und die Verhältniszahl der Optimisten und Pessimisten sich nur geringfügig verschiebt. Zweifellos liegen soziologische Ursachen dem Pendelschlag zwischen kritischem und realistischem Denken in den einzelnen Epochen zugrunde. Diesen nachzugehen, ist die eine Aufgabe.

2. Kritisches und realistisches Denken werden besonders in der Darstellung der neu-kantischen Schule als diametrale Gegensätze hingestellt. Faktisch jedoch biegt beinahe jede realistische Erkenntnistheorie in ihren letzten Folgerungen in einen kritischen Einschlag um, während beinahe jede kritische Erkenntnistheorie letzten Endes einen Zug zum Realismus aufweist. Die beiden Standpunkte liegen nicht so weit auseinander als man annimmt und als es den Anschein hat. Ihre Berührungspunkte sollen aufgezeigt werden; denn es sind dieselben, die sich auch zwischen realistischer und kritischer Rechtsphilosophie ergeben, daß z. B. alle Rechtstheorien, realistischer oder kritischer

Haltung, letzten Endes auf den Gemeinschaftswillen oder die Gesellschaft als Quelle des Rechtes zurückgreifen, auch wenn der autonome Charakter des Rechtssystems noch so eifrig beteuert worden ist.

3. Aus dieser Distanzverminderung erklärt sich auch die Tatsache, daß auf beiden Erkenntniswegen — aporetisch — Ergebnisse in allen Wissenszweigen gefunden worden sind, die über die Veränderungen der Denkweise hinaus Bestand haben und nicht mit dem sie begleitenden Erkenntnisssystem wiederum verschwinden. Sie zeigen, daß trotz aller Relativität des sozialwissenschaftlichen Erkennens auch in diesem Zweige der Wissenschaft Denkfortschritte gemacht werden können.

Die wissenssoziologischen Untersuchungen Schelers und Mannheims haben ergeben, daß die verschiedenen Denkwege, die als Erkenntnistheorien auftreten — unbeschadet ihres Wahrheitsgehaltes — Aufschwungs- und Verfallszeiten durchlaufen. Es gibt eine bestimmte gesellschaftliche Situation, die die günstigste Umgebung für die realistische, und eine andere, die die günstigste Voraussetzung für die kritische Denkweise abgibt. Mit der Veränderung der gesellschaftlichen Lebensform geht die eine Denkweise in die andere über.

Das realistische Denken entspricht der gebundenen Gesellschaftsform. Die autokratische Staatsform ist ihrer Tendenz nach statisch, sie schließt Veränderungen im System aus. Die gebundene Wirtschaft, von der sie begleitet ist, stellt das menschliche Handeln unter Wirtschaftsnormen. Der Mensch lebt als Glied dieser Gesellschaft, er ist an sie zwar gebunden, dafür aber gewährt sie ihm eine gewisse Sicherheit und Beständigkeit der Existenzbedingungen, sie enthebt ihn der Einzelverantwortlichkeit für sein Handeln, dieses läuft ja nach den „ewigen Gesetzen“ der Gesellschaft ab.

Dieser Stil der sozialen Umgebung färbt zum Teil auf das Denken ab. Unter der geschilderten Voraussetzung nimmt es die Gegebenheiten schlicht und unbesorgt hin und wird auf diesem Wege selbst wiederum Ideologie der gebundenen Lebensform. Solches Denken bewahrt einen Grundstock traditionellen Wissens, auf dem jeder weitere Fortschritt aufbaut. Die Sicherungen der sozialen Umgebung lassen den Wunsch kaum aufkommen, das traditionelle Wissen vor dem eigenen Denken zu prüfen, denn es bewährt sich in dieser Gesellschaftsordnung.

Das kritische Denken entspricht der aufgelösten Gesellschaftsform. Der Einzelne ist an dem Schicksal des demokratischen Staates selbst beteiligt und mitverantwortlich. In der freien Konkurrenzwirtschaft entscheidet allein das eigene Handeln über Reichtum und Erfolg oder Armut und Untergang des einzelnen. Am Anfang aller Erkenntnis steht daher der Zweifel, das Bedürfnis, jede Erkenntnis zunächst vor dem eigenen Denken zu rechtfertigen, um sie als Wissen gelten zu lassen. Denn jeder Einzelne trägt die Verantwortlichkeit für die aus dem Erkennen sich ergebenden Schlußfolgerungen. Dieses Verantwortlichkeitsgefühl ist die soziologische Wurzel des Kritizismus. Der Denkstil ist

ebenso wie der entsprechende Lebensstil durchwegs dynamisch, ohne jede Begrenzung durch Tradition und Norm.

Mit dem Pendelschlag zwischen freier und gebundener Gesellschaft läuft auch die Wechselbewegung zwischen kritischer und realistischer Denkweise nahezu gleichartig. Der Lehrerfolg der Sophisten fällt in die Zeit, da Athen zur freien Wirtschaft überging. Den Gegenpol stellte Sparta in Lebensstil und Denkweise dar. Im Universalienstreit der ausgehenden Scholastik finden wir dieselbe Situation. Die Anfänge des neuzeitlichen Kritizismus treten in England und Frankreich in derselben Epoche auf, da sich allmählich die Auflösung der überkommenen gesellschaftlichen Bindungen vollzog. In direktem Zusammenhang damit steht der wirtschaftliche Aufschwung dieser Staaten. In jenen Staaten, welche die Bindungen beibehielten, setzten sich die Regierungen mit Verboten, Verfolgungen und Strafen gegen die beginnende Zersetzung der Ideologie der gebundenen Lebensform zur Wehr. Selbst fortschrittliche Organisationstalente, wie Friedrich der Große, duldeten trotz aller Toleranz die skeptizistischen Richtungen nicht. Dieses enge Verhältnis zwischen Staatsmacht und Erkenntnistheorie bestätigt das wissenssoziologische Ergebnis. Der Sieg der demokratischen Staatsform, der freien Wirtschaft, der Verfolgung des Einzelinteresses schuf die günstigste soziologische Bedingung für das erkenntniskritische Denken, das damals vorübergehend selbst in die konservativsten Lehranstalten eingedrungen ist.

Die Gegenwart neigt zur Auffassung, daß die Auflösung der Gesellschaft und Wirtschaft der verhängnisvolle Irrtum des vergangenen Jahrhunderts gewesen sei, aus dem die Krisen der Gegenwart erwachsen. In Wahrheit sind diese jedoch nur der Ausdruck für eine neue Kehre zur gebundenen Lebensform. Der wirtschaftliche Konzentrationsprozeß, der unvermittelt in der freien Konkurrenzwirtschaft eingesetzt hat, die Krise des demokratischen Gedankens, welche zu neuen autokratischen Ansätzen geführt hat, sind nicht ohne Einfluß auf das Erkenntnisproblem geblieben. Die Wirtschaftsgesinnung der Gegenwart ist nicht mehr die des wagemutigen Unternehmers von ehemals, sondern des auf Sicherung des Bestehenden bedachten Bürokraten. Die Staatsauffassung von heute gipfelt nicht mehr in dem Gefühl des Freiheitsdranges, sondern der Schutzbedürftigkeit des Einzelnen, welche nach dem Machtstaat ruft. Dieser Prozeß ist wiederum begleitet von einer Kehre zum ontologischen Denken. Nahezu zwei Jahrhunderte hat die Erkenntnis-kritik die Wissenschaft beherrscht. Heute erst aber hat sie durch die Arbeiten Schellers eine stichhaltige Widerlegung erfahren, weil eben die Gegenwart mit ihren neuen Bindungen des Lebens zur Überwindung dieser — heute unzeitgemäßen — Denkform drängt. Die Phänomenologie betont die schlichte Gegebenheit des Gegenstandes, den unser Denken erschaut — demütig vor der Macht der Tatsachen, während die Erkenntniskritik das Denken selbst als mutigen Miterzeuger des Gegenstandes hingestellt hatte, welches uns Gegenstände vorausberechnen ließ, bevor sie der sinnlichen Wahrnehmung gegeben waren.

Die soziologische Umgebung hat sich unter den gegenwärtigen Organisationstendenzen wesentlich zugunsten des realistischen Denkens verschoben.

Der sachliche Gegensatz der beiden Erkenntnislehren ist im Grunde genommen in den meisten Fällen ein sehr geringer. Denn beide, die erkenntniskritische wie die realistische, biegen vor den letzten Schlußfolgerungen in ihren Gegenpol um. Die wenigen Denker, welche dies vermeiden, haben als „Solipsisten“ und „Empiristen“ wenig Anerkennung gefunden. Die Erkenntniskritik zerfällt die Erfahrung in gedankliche Elemente: Kategorien, apriorische Begriffe, Methoden, die sich jedoch nicht auf bloß Gedachtes, sondern auf Gegenstände der Erfahrung beziehen. Der Realismus hingegen löst die Erfahrung in Gegenstände auf, nimmt aber ein gedankliches Element ihrer Erkennbarkeit voraus: Universalien, intellectus agens, Wesensschau. Der Realismus biegt die schlichte Erfahrung, die Erkenntniskritik, die apriorischen Urteilsformen plötzlich in gedanklich verarbeitete Erfahrung um. Der wesentliche Unterschied liegt nur noch in der Betonung des Ausgangspunktes, von dem man zu ein und demselben Resultat fortschreitet. Das Wichtigste aber ist dies: Das realistische Denken nimmt an, daß das Erkennen in einem einzigen einstufigen Akt spontan vor sich geht, wobei die schlichte Wahrnehmung und die begriffliche Erfassung des Gegenstandes gleichzeitig erfolgt. Das kritische Denken hingegen zerlegt diesen Akt in zwei Stufen, in das Frage- und Antwortspiel zwischen hypothetischen Vorannahmen und deren Bestätigung. Psychologisch genommen, ist dies nur der Weg bei ganz schwierigen Erkenntnisaufgaben, wenn viele Unbekannte übersprungen werden müssen, nicht aber bei der geläufigen Erkenntnis einfacher Gegenstände. Diese Verschiedenheit in der Deutung des psychologischen Erkenntnisaktes erweckt den Anschein, als ob es sich zwischen beiden Erkenntnistheorien um den Gegensatz von gegenständlichem und hypothetischem Erkennen handle.

In der schlichten Denkweise, die den spontanen, Begriff und Gegenstand erfassenden Wahrnehmungsakt als ursprünglichen Denkakt hinnimmt, kommt das Gefühl der Sicherheit des in gebundener Gesellschaftsform lebenden Menschen zum Ausdruck. Der Fortschrittsgedanke liegt dieser Auffassung fern, das Denken kreist immer um seinen Ausgangspunkt. Es überwiegt das Gefühl des Dienens in einer Ordnung, welche dafür erfahrungsgemäß die größtmögliche Sicherung der Lebensbedingungen bietet. Das kritische Denken ist der Ausdruck für das Empfinden des losgelösten Einzelmenschen, der sich selbst seine Lebensbedingungen im Kampf mit der trügerischen Natur und der einengenden Gesellschaft schaffen muß. Der Fortschrittsglaube ist die Seele des Denkens in Hypothesen. Er kehrt in allen Einzelwissenschaften wieder, in denen sich die Spuren der Erkenntniskritik finden¹⁾, in der Nationalökonomie, in der Gesellschaftslehre wie in der Naturwissenschaft.

¹⁾ Vgl. meinen Aufsatz: Grenznutzentheorie und Erkenntniskritik, Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie, 23. Bd., 1930, S. 469 bis 487.

Die Kämpfe, die zwischen den geschilderten Problemstellungen des Realismus und der Erkenntniskritik ausgetragen werden, sind aber nicht lebensfremde Kontroversen um diese subtilen Unterschiede in abstrakten Begriffen, sondern das Ringen um die Ideologie der freien oder gebundenen Lebensform. Daraus erklärt sich die — häufig unwissenschaftliche — Heftigkeit des Streites um ein sachlich wenig schwieriges Problem.

Die Distanz der beiden Standpunkte verringert sich unter dem wissenssoziologischen Gesichtspunkt außerordentlich. Rein sachlich hat das realistische Denken vor dem kritischen das eine Argument voraus, daß es den einfachen Erkenntnisvorgang psychologisch richtig sieht, während ihn die Erkenntniskritik verzerrt und verdoppelt. Dagegen betont diese, daß sie es nicht mit der Psychologie des Denkaktes, sondern mit der Logik der Gedanken zu tun habe. Soziologisch ist die Distanz der beiden Auffassungen eine unüberbrückbare, nämlich der Gegensatz zwischen gebundener oder aufgelöster Lebensform. Eine Reihe sozialer, wirtschaftlicher und politischer Bekenntnisse drängt im Unterbewußtsein die erkenntnistheoretische Problemstellung zu den Extremen, die natürlich in ihrem wissenschaftlich-abstrakten Kleid, in dem sie auftreten, ihren Ursprung ängstlich verbergen.

Diese sachliche Verwandtschaft der beiden Formulierungen des Erkenntnisproblems, die trotz aller Gegensätzlichkeit stets in letzten Unkonsequenzen und Umbiegungen zutage tritt — wir haben dies am Problem der Naturrechtslehre verfolgt —, erklärt, daß auf beiden Erkenntniswegen ein gewisser Bestand von sicheren Erkenntnissen gefunden worden ist, der von beiden Richtungen als „traditioneller Wissensstock“ angenommen wird. Vom methodischen Standpunkt könnte man hierin einen Eklektizismus erblicken. Würde tatsächlich die Erkenntnismethode allorts den Gegenstand der Erkenntnis im wissenschaftlichen Sinne erzeugen, so wäre dieser scheinbare Eklektizismus in allen Einzelwissenschaften ein Irrweg der Forschung. Trotzdem hat man sich gerade in der jüngsten Zeit überall auf einen Grundstock gesicherten Wissens geeinigt. In einem wird die Unfruchtbarkeit erkenntnistheoretischer Grundlegungen der Disziplinen betont, was infolge der sachlichen Distanzverminderung der beiden Erkenntniswege durchaus berechtigt ist.

In jedem Lehrsystem der Sozialwissenschaften lassen sich zweierlei Erkenntnisse aufzeigen: 1. systematische, die auf Grund der erkenntnistheoretischen Einstellung gefunden worden sind, 2. aporetische, die unabhängig vom Erkenntnisweg durch unmittelbare Einsicht erlangt werden. Die ersten sind in ihrem Schicksal mit der Erkenntnismethode verknüpft, die zweiten füllen den traditionellen Wissensstock aller Zeiten auf. Die ersten bilden die Ideologie der Gesellschaftsform ihrer Zeit, aus ihnen entsteht Naturrecht in einer der drei angegebenen Arten, die zweiten sind bedingungslose Erkenntnisse, die das Überzeitliche in jeder Einzelwissenschaft darstellen.

In der Nationalökonomie z. B. stellt Mengers Grenznutzenlehre ein auf der Erkenntniskritik beruhendes System dar. Die Erklärung

aller noch so verschiedener Wirtschaftserscheinungen aus einem einzigen Grundprinzip, dem Nutzwertgedanken, ist das systematische Ergebnis, das heute zum größten Teil überholt ist. Es stellt eine Ideologie der freien Verkehrswirtschaft dar, die mit deren Umwandlung allmählich zersetzt wird. Anders seine Untersuchungen über das Wesen des Geldes oder die Wiesers über die Preisschichtung, die wirtschaftlichen Machtverhältnisse usw., welche bleibende Einsicht in einzelne Fragen gegeben haben. Ähnlich bildet Ricardos Preisgesetz das Ideologische der klassischen Schule, während seine Grundrententheorie noch in der Gegenwart lebendig ist. Dieselbe Zweiteilung zeigt Spanns national-ökonomisches Lehrsystem. Systematisch sind die Organisationsprobleme, die Geldtheorie, die Verteilungslehre aufgebaut, aporetisch ist die Unrechenbarkeit der Wirtschaftsgrößen, die Individualität jedes Preises usw. gefunden. Aus der ersten Gruppe erwächst eine Ideologie der gebundenen Wirtschaft, auf die die heutigen Bestrebungen hinzielen, aus der zweiten aber entspringen Erkenntnisse, welche über die zeitlich begrenzte Gegenwart hinaus Wahrheitswert behalten.

In der Staatslehre treffen wir eine ähnliche Sachlage an. Kelsen erklärt im Vorwort seiner „Allgemeinen Staatslehre“: „Ich hielt für meine Aufgabe, die bisher unter dem Namen einer allgemeinen Staatslehre behandelten Gegenstände aus einem einzigen Grundprinzip: aus dem Gedanken des Staates als einer normativen Zwangsordnung menschlichen Verhaltens heraus, zu entwickeln... In ihrer systematischen Kraft bewährt sich die normative Idee¹⁾.“ Er bringt hierin die Grundeinstellung zum Ausdruck, daß der behandelte Gegenstand keinen anderen Voraussetzungen als denen der systematischen Erkennbarkeit unterworfen sein dürfe. Die Ergebnisse dieser Systematik sind: die Identifizierung von Recht und Staat, der Zwangscharakter des Rechtes, die Lehre von den Erzeugungsstufen der Rechtsordnung, die Zurechnungstheorie u. a. Diese Erkenntnisse entstammen unmittelbar aus den Bedingungen der Systemeinheit und Widerspruchsfreiheit, die den Gegenstand Staat als Objekt einer Wissenschaft gestalten. Aporetische Erkenntnisse hingegen bieten die Untersuchungen über die Faktizität des Rechtes, über die räumliche Gliederung des Staates, über das Souveränitätsproblem, über die Staatsformen als Erzeugungsmethoden der Rechtsordnung usw. In diesen Problemen weisen die verschiedenen Richtungen der Staatslehre eine gewisse Übereinstimmung auf, während sie in den anderen grundsätzlich auseinandergehen.

Die kritische oder realistische Orientierung verleiht den Einzelwissenschaften eine besondere Note. Eine Reihe von Ergebnissen ist auf die Grundeinstellung allein zurückzuführen; die systematischen Erkenntnisse aber erschöpfen nicht den Bereich des Wissens, sondern daneben vermehrt sich die von erkenntnistheoretischer Grundeinstellung unabhängige Einsicht in die Gegenstände.

¹⁾ Kelsen: Allgemeine Staatslehre, S. VIII.

Juristischer und soziologischer Rechtsbegriff

Von

Felix Kaufmann, Wien

Seit vor nunmehr zwei Jahrzehnten mit dem Erscheinen von Kelsens „Hauptproblemen der Staatsrechtslehre“¹⁾ eine neue Epoche der rechtsphilosophischen Forschung begann, wurden die wichtigsten Ergebnisse auf diesem Gebiete durch konsequente Orientierung an dem Postulat der Reinheit der juristischen Methode erzielt.

Schon die mit staunenswerter methodischer Zielsicherheit durchgeführten kritischen Analysen der „Hauptprobleme“ selbst erhalten durch dieses Postulat ihre Grundrichtung und das gleiche gilt von fast allen späteren rechtstheoretischen Arbeiten Kelsens und seiner Schule.

Daß diese Arbeiten eine große Reihe unumstößlicher Einsichten gebracht haben, kann heute keinem Forscher, der mit Verständniswillen und Verständnissfähigkeit an die einschlägigen Probleme herangeht, zweifelhaft bleiben, aber von der Einsicht, daß hier eine bedeutsame wissenschaftliche Leistung vollbracht wurde, ist noch ein weiter Weg bis zur Erkenntnis des Wesens dieser Leistung, ihres philosophischen Sinns und ihrer methodischen Tragweite.

Um hierüber zur Klarheit zu gelangen, wird man seine Überlegungen am besten unmittelbar an den eben hervorgehobenen Leitsatz jener Forschungen, das Postulat der Reinheit der juristischen Methode, anknüpfen.

Hier ist zunächst mit Nachdruck darauf hinzuweisen, daß dieses „Postulat“ von anderer Art ist als diejenigen heuristischen Postulate, die eine bestimmte Forschungsrichtung innerhalb empirischer Wissenschaften festlegen, also z. B. das Postulat, den Ablauf des physischen Geschehens mit Hilfe — möglichst einfacher — mathematischer Beziehungen zu beschreiben, denn die Forderung nach Reinheit der Methode oder — negativ formuliert — die Ablehnung des Methodensynkretismus zielt nicht auf Heuristik im engeren Sinn, auf Installierung einer bestimmten Forschungsmethode ab, sondern sie verlangt das deutliche Erfassen der Eigenart einer schon irgendwie fixierten Methode, d. h. die scharfe gedankliche Isolierung einer bestimmten Fragestellung gegenüber anderen Fragestellungen, die sich nur scheinbar auf dasselbe Erkenntnisobjekt beziehen.

Die hiemit umschriebene Problematik läßt sich also, vorläufig und vorbehaltlich späterer Erläuterungen und Ergänzungen, wie folgt formulieren: Was versteht man eigentlich unter „Recht“, wenn man

¹⁾ 1911, 2. Aufl. 1923.

untersucht, ob ein bestimmter Satz Recht oder ob ein bestimmtes Verhalten rechtmäßig ist?

Vor allem haben wir den nicht ohne weiteres einsichtigen Sinn dieser Frage zu erläutern.

Es ist eine der Grundtatsachen des Denkens, daß dasselbe — unzweifelhaft als das nämliche agnoszierbare — Objekt in verschiedenen Deutlichkeitsstufen gemeint werden kann. Damit ergibt sich angesichts der mehr oder minder vagen Erfassung eines Denkobjektes die Aufgabe, durch Besinnung darüber, was denn „eigentlich“ damit gemeint wurde, zum deutlichen Denken des zunächst undeutlich Gedachten zu gelangen. Auf nichts anderes zielt auch die vielfach mißverstandene Fragestellung nach dem „Wesen“ von Denkobjekten ab.

Demgemäß ist mit der Frage nach dem Wesen des Rechts die Aufgabe gestellt, sich zu vergegenwärtigen, was man eigentlich, d. h. im deutlichen Denken, unter „Recht“ versteht. Diese Verdeutlichung aber führt hier, wie in vielen anderen Fällen, zu Schwierigkeiten, da sich in ihrem Vollzuge herausstellt, daß unter Recht Verschiedenes, wenn auch irgendwie Zusammengehöriges gemeint wird. Daraus erwachsen die beiden Aufgaben — von denen die zweite die ersten voraussetzt —, 1. jene verschiedenen Bedeutungen reinlich voneinander zu sondern und 2. die Art des Zusammenhanges zwischen den als verschieden erkannten Bedeutungen aufzudecken.

Die erste dieser Aufgaben wird gewöhnlich als Beseitigung von Äquivokationen bezeichnet, aber diese Benennung darf nicht zu der sehr verbreiteten, oberflächlichen Auffassung führen, als läge hier eine „bloß terminologische Frage“ vor, deren Analyse sich im wesentlichen in terminologischen Spitzfindigkeiten erschöpfen würde. Diese Fehlmeinung wurzelt in dem prinzipiellen Irrtum, wonach der Sprache die Hauptschuld an dem Großteil begrifflicher Unklarheiten des Denkens zugeschrieben wird, ohne Bedachtnahme darauf, daß die sprachliche Unklarheit selbst eine Konsequenz der Unklarheit des Denkens ist.

Demgemäß haben die auf die Lösung der ersten der beiden obgenannten Aufgaben hinzielenden Überlegungen, als deren „äußeres“ Ergebnis die Beseitigung von Äquivokationen erscheint, für die verschiedensten Erkenntnisgebiete zentrale wissenschaftliche Bedeutung, wie sich vielleicht am eindruckvollsten in Husserls kritischer Durchleuchtung des logischen Psychologismus und der normativen Logik und in seiner Isolierung der reinen Logik zeigt.

Eine prinzipiell gleichartige Bedeutsamkeit wie diese Untersuchungen Husserls für die Logik besitzt für die Rechtstheorie und die Rechtswissenschaft die Herausarbeitung des juristischen Rechtsbegriffs, d. i. seine Isolierung einerseits gegenüber ethisch-politischen Postulaten, andererseits gegenüber denjenigen Momenten, die Kelsen „soziologisch“ nennt. Eine, wenn auch nur skizzenhafte Übersicht über die Konsequenzen, die sich hieraus für wichtige Probleme der Rechts- und Staatslehre ergeben, fällt aber nicht in den Rahmen dieser Studie, in der die — wohl am besten aus Kelsens

„Allgemeiner Staatslehre“¹⁾ zu erwerbende — Kenntnis der wichtigsten Ergebnisse der Reinen Rechtslehre vorausgesetzt wird; hier haben wir es vorwiegend mit dem erkenntnistheoretischen Fundament dieser Lehre und ihrer Einstellung in allgemeinere wissenschaftstheoretische Zusammenhänge zu tun. Wir haben bereits hervorgehoben und es ist auch leicht einzusehen, daß die Problematik des Zusammenhanges der verschiedenen „Rechtsbegriffe“ erst nach vollzogener Unterscheidung der einzelnen Bedeutungen aktuell werden kann, also diese voraussetzt; aber andererseits erkennt man auch, daß erst durch die deutliche Erfassung des Zusammenhanges die vollzogene Isolierung ihre letzte theoretische Rechtfertigung erhält, denn nur die Bestimmung des Schnittpunktes der verschiedenen Denkrichtungen macht es möglich, sie bis zu ihrem Ursprung zu verfolgen und präzise zu beschreiben.

Während nämlich als Ergebnis der methodologischen Isolierung Andersartigkeit schlechthin, Verschiedenheit „toto coelo“ festgestellt wird, ergibt die Zusammenhangsanalyse das Wesen der Verschiedenheit und sichert eben dadurch die Gültigkeit der Behauptung des Bestehens der Verschiedenheit. In unserem Untersuchungsgebiet ist die hiedurch gekennzeichnete zentrale Frage diejenige des Zusammenhanges zwischen dem Recht als einem Inbegriff von Normen und dem Recht als sozialem Phänomen. Die Entscheidung dieser Frage aber hat als notwendige Voraussetzung eine eingehende Analyse der „Norm“, eine Analyse, die zur kritischen Auflösung dieses Begriffes führen wird. Daß hier in Wahrheit der Kardinalpunkt der rechtstheoretischen Problematik liegt, wird im Zuge der folgenden Untersuchungen immer deutlicher werden.

Nach diesen prinzipiellen Vorbemerkungen, durch welche die Problemstellung vorgezeichnet werden sollte, können wir sogleich in medias res eingehen.

Die korrekte Beschreibung der juristischen Methode erfordert — wie innerhalb der Reinen Rechtslehre überzeugend dargetan worden ist — zwei Gruppen getrennter, wenn auch nicht zusammenhangloser Analysen, nämlich die Bestimmung des Rechtssatzes als solchen, d. h. derjenigen Momente, die einen Satz kraft seines Inhalts zum Rechtssatz machen, und die Bestimmung des rechtlichen Zusammenhanges, d. h. derjenigen Momente, die einen Rechtssatz als Rechtssatz einer bestimmten Rechtsordnung erscheinen lassen.

Was die Frage der für den Rechtssatz konstitutiven Momente betrifft, so können wir uns im Rahmen der uns hier beschäftigenden Problematik damit begnügen, darauf hinzuweisen, daß es zweifellos möglich ist, bei gewissen Sätzen sofort zu erkennen, daß sie nicht Rechtssätze sind. So sind die beiden Sätze „Wasser verdampft bei 100° C“ und „Herr N. macht jeden Morgen einen Spaziergang“ zweifellos nicht Rechtssätze, und zwar wird man als Grund für die Aberkennung des

¹⁾ Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Abteilung Rechtswissenschaft, Bd. XXIII, 1925.

Rechtssatzcharakters bei dem ersten Satz angeben, daß er sich nicht auf menschliches Verhalten beziehe, was bei einem Rechtssatz stets der Fall sein müsse; bei dem zweiten Satz aber wird man als Grund geltend machen, daß hier zwar von menschlichem Verhalten die Rede sei, daß aber den Inhalt der Behauptung das Bestehen (die Faktizität) dieses Verhaltens bilde, während es sich im Rechtssatz stets um die „Beurteilung“¹⁾ eines näher gekennzeichneten Verhaltens handle. Es ist dies jene Unterscheidung, die im Rahmen der Reinen Rechtslehre als Trennung von Sein und Sollen bezeichnet wird. Die Analyse dieser Unterscheidung steht im Mittelpunkt der vorliegenden Untersuchung, da sie die wichtigste Voraussetzung für die Erfassung des Wesens des Rechts bildet und daher für die Bestimmung des Verhältnisses von juristischem und soziologischem Rechtsbegriff unentbehrlich ist.

Für die Durchführung dieser Analyse selbst aber bedarf es eines — zunächst vorläufigen — Einblicks in den zweiten Fragenkomplex, denjenigen des Zusammenhanges der Rechtssätze in einer Rechtsordnung. Es handelt sich um jene Beziehung, die in der Formel des „rechtlichen Geltens auf Grund“ ihren Ausdruck findet. So gelten etwa Verwaltungsakte (unter Umständen) „auf Grund“ von Verordnungen, Verordnungen „auf Grund“ von Gesetzen, Gesetze „auf Grund“ der Verfassung. „Gelten“ aber bedeutet hier nichts anderes, als „Recht im Rahmen einer bestimmten Rechtsordnung sein“, also z. B. „österreichisches Recht sein“.

Welcher Art ist nun der eben gekennzeichnete Zusammenhang des „Geltens auf Grund“? Der vielleicht zuerst auftauchende Gedanke, daß es sich hier um einen logischen Zusammenhang der Gebotsinhalte handle, ist ohneweiters von der Hand zu weisen, denn man erkennt sogleich, daß Bestimmungen irgendwelcher spezieller Gesetze oder Verordnungen (etwa des Gebührenrechtes) im allgemeinen keineswegs in den Verfassungsbestimmungen, auf Grund deren sie gelten, bedeutungsmäßig enthalten sind, so daß sie also nicht durch logisches Schließen aus ihnen abgeleitet werden können. Der Zusammenhang ist demgemäß kein „innerer“ Zusammenhang der Sätze; vielmehr ist er, wie wir sogleich dartun werden, ein Zusammenhang von Setzungstatsachen in bezug auf jene Sätze.

Was dies bedeutet, wollen wir uns an einem Beispiel klar machen²⁾: Der Vater befiehlt seinem Jungen: „Geh zur Mutter und tu, was sie dir aufträgt!“ Die Mutter befiehlt weiter: „Geh zur Tante und tu, was sie dir aufträgt.“ Die Tante endlich befiehlt: „Bringe mir aus dem Nachbarladen ein Paket Kaffee.“ Indem nun das Kind den Auftrag der Tante ausführt, befolgt es zugleich mittelbar den Auftrag seiner Mutter und den Auftrag seines Vaters. Daß aber diese mittelbare Gebots-

¹⁾ Worin diese „Beurteilung“ liegt, wird durch die folgenden Analysen klargemacht werden.

²⁾ Vgl. hiezu meine „Kriterien des Rechts“, Tübingen, 1924, S. 130ff.

erfüllung vorliegt, dies ist aus dem Inhalt der drei Sätze: „Geh zur Mutter und tu, was sie dir aufträgt“, „Geh zur Tante und tu, was sie dir aufträgt“, „Bringe mir aus dem Nachbarladen ein Paket Kaffee“ nicht zu erkennen, sondern es bedarf hiezu der Kenntnis der Tatsachen, von wem die einzelnen Gebote stammen. Sagen wir also, daß ein Gebot (= Gebotsinhalt) dann „für das Kind gültig ist“, wenn seine Befolgung eine unmittelbare oder mittelbare Befolgung eines väterlichen Gebots darstellt, so liegt das Kriterium der „Gültigkeit“ in der Frage, wer die einzelnen Gebotsinhalte „gesetzt“¹⁾ hat. Wir wollen hier von einem Satzungs- oder Delegationszusammenhang sprechen und diesen Begriff überall dort verwenden, wo die Gültigkeit von Geboten (= Gebotsinhalten) abhängig erscheint von den empirischen Umständen ihrer Setzung, wobei neben der Art der Bestimmung des oder der Gebotsetzenden vor allem die Art (äußere Form) der Setzung wichtig ist.

Ein dem eben geschilderten Zusammenhang prinzipiell gleichartiger ist nun derjenige, auf Grund dessen entschieden wird, ob ein bestimmter Satz „Recht“ — d. h. hier stets Recht einer bestimmten Rechtsordnung (z. B. derzeitiges österreichisches Recht) — ist. Betrachten wir etwa den Richter, der untersucht, ob er eine bestimmte, sachlich einschlägige generelle Norm auf einen bestimmten vorliegenden Fall anzuwenden hat, ob er ihr also Rechtscharakter zuerkennt. Um dies zu entscheiden, wird er zu überlegen haben, ob die in Frage kommende Norm in „gehöriger Weise“ verlautbart worden ist und eventuell auch, ob sie in „gehöriger Weise zustande gekommen ist“. Als Geltungsgrund erscheinen also empirische Fakten, die wir Aktualisierungsfakten der Norminhalte nennen wollen. Diese Aktualisierungsfakten sind — mag man über den Begriff des Sozialen auch nicht vollkommen einig sein — zweifellos soziale Fakten. Eine der wichtigsten Aufgaben der Rechtstheorie liegt nun darin, die für die Definition des Rechts wesentlichen sozialen Fakten von den mit ihnen empirisch verknüpften, hiefür unwesentlichen Fakten reinlich zu sondern. Bei Inangriffnahme dieser Aufgabe taucht nun aber eine beträchtliche Schwierigkeit auf, der wir uns jetzt zuwenden wollen. Sie wird uns rasch in den Mittelpunkt der rechtstheoretischen Problematik führen.

Die fragliche Schwierigkeit erwächst aus folgender Überlegung: Ein bestimmter Satz ist im Sinne der eben gemachten vorläufigen Feststellungen Recht — weil er (in gehöriger Form) von einer kompetenten Stelle gesetzt worden ist; daß aber diese Stelle kompetent ist, ergibt sich auf Grund eines anderen Satzes, der hiebei als Recht vorausgesetzt wird, und zwar wiederum auf Grund des Faktums, daß er von einer kompetenten Stelle gesetzt worden ist, und so scheint es weiter zu gehen und zu einem regressus in infinitum zu führen. Daher

¹⁾ Über den präzisen Sinn der Begriffe „setzen“ und „Setzung“ vgl. meine „Philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld“. Wiener Staats- und rechtswissenschaftliche Studien (herausg. von Hans Kelsen), Bd. 11, 1929, S. 31ff.

kommt es zu der „unlösbaren Frage“, wie Recht aus Nicht-Recht entstehen könne¹⁾.

Aber die schärfere Analyse macht es offenbar, daß jene „Unlösbarkeit“ einer falschen Fragestellung entspringt, zu der es dadurch kommt, daß die reine Deskription dessen, was eigentlich unter „Recht“ gemeint wird, mit dem Versuch, das Recht zu legitimieren, verquiekt wird.

Die Einstellung, aus der die eben gekennzeichnete Verquiekung hervorgeht, läßt sich kurz wie folgt charakterisieren: Das Recht ist kein nudum factum wie irgendein Naturereignis, sondern es ist ein Inbegriff von Normen, die Pflichten konstituieren. Pflichten aber können uns nicht beliebige Menschen auferlegen, sondern sie können nur von einer Autorität herkommen. Hieraus erwächst das Postulat, bestimmte Personen als Autorität zu legitimieren, was wieder nur auf Grund von Normen möglich ist, die wieder von einer „Autorität“ herkommen müssen usw. Einen wesentlichen Schritt zur Beseitigung dieser für die Rechtstheorie verhängnisvollen Unklarheit bildet Kelsens (nur selten richtig verstandene) Lehre von der Grundnorm, und zwar trotz dem Umstande, daß Kelsen auf die Unterscheidung der rechtlichen Normativität von der sozialen Faktizität, des rechtlichen Sollens vom sozialen Sein, den größten Nachdruck legt, ja in dieser Unterscheidung geradezu den Schlüssel für das Verständnis der juristischen Methode als einer Methode sui generis sieht²⁾. Dies wird durch die folgende Analyse des methodischen Sinns der Grundnorm offenbar werden.

Die Grundnorm, manchmal auch „Ursprungsnorm“ oder „Ursprungshypothese“ genannt, soll, im Sinne von Kelsens Lehre, in analoger Weise die Einheit einer bestimmten Rechtsordnung als eines hypothetisch deduktiven Systems konstituieren wie die allgemeinsten — also nicht weiter ableitbaren, sondern nur hypothetisch ansetzbaren — Prinzipien der Physik die Einheit des physikalischen Systems konstituieren. Wie also jedes Naturgesetz seine „Gültigkeit“ aus jenen letzten Prinzipien schöpft, während, eben deshalb, eine konforme Frage der Gültigkeit in bezug auf diese Prinzipien nicht sinnvoll gestellt werden kann, so schöpft jede Rechtsnorm (einer bestimmten Rechtsordnung) ihre Gültigkeit aus der Grundnorm, während, eben deshalb, eine konforme Frage bezüglich der Grundnorm nicht sinnvoll gestellt werden kann.

Wenn man dennoch von der „Gültigkeit“ jener physikalischen Grundhypothesen spricht, so muß also dieses Wort einen anderen Sinn haben, und zwar meint man hier damit „heuristische Tauglichkeit“, die dann vorliegt, wenn jene Grundannahmen es ermöglichen, das physikalische Geschehen als gesetzliche Einheit zu erfassen. Analog ist die

¹⁾ Vgl. zu dieser Problemstellung z. B. Sander: Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung, Zeitschr. f. öffentl. Recht, Bd. 1, 1919.

²⁾ Vgl. hierzu und zum folgenden Kelsen: Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, 1928, insbes. S. 10ff.

juristische Grundnorm dann „gültig“, wenn sie es ermöglicht, das Rechtsgeschehen bzw. dasjenige Geschehen, das innerhalb eines bestimmten personalen Bereiches „allgemein“ als Rechtsgeschehen angesehen wird, als normative Einheit zu erfassen. Sie wird demgemäß, wenn man sich auf den Standpunkt der Wissenschaft in statu nascendi stellt, ebenso wie die letzten physikalischen Hypothesen derart gewählt werden, daß die einschlägigen Erfahrungstatsachen (Normbefolgung bzw. Naturgeschehen) durch sie einheitlich erklärt werden können. Aber die Frage dieser Wahl fällt nicht in den Rahmen der als vollendetes System betrachteten Wissenschaft, da diese ja erst durch jene Wahl konstituiert wird.

Wir haben die Behauptung aufgestellt, daß die eben beschriebene Theorie der Grundnorm einen wesentlichen Schritt zur Beseitigung der mit dem Begriff des Rechts verbundenen Unklarheiten darstellt, und haben nunmehr diese Behauptung näher zu begründen, wobei die Begründung selbst den Weg zur endgültigen Klärung weisen soll.

Vergegenwärtigen wir uns zu diesem Zwecke die verschiedenen Funktionen, die der Grundnorm — nach Kelsens Intention — zukommen. Sie soll zunächst die allgemein als Recht anerkannten Satzungen (Verfassung, Gesetze, Verordnungen, Judikate, Verwaltungsakte usw.) als grundnormgemäß und damit als Recht dartun. Weiters hat sie die Aufgabe, Normenkollisionen von der Form: „Unter bestimmten Umständen U soll die Person A das Verhalten V an den Tag legen“ und „Unter denselben Umständen U soll die Person A das Verhalten V nicht an den Tag legen“ auszuschalten, weshalb sie auch nichtgesetzte Prinzipien, die diese Funktion erfüllen, in sich aufnehmen kann, wie beispielsweise den Satz: „lex posterior derogat legi priori“.

Da endlich die Rechtsanwendung sich auch bei der „Erzeugung“ von individuellen Normen, z. B. Judikaten, nicht in der Subsumtion unter den Wortlaut genereller Normen erschöpft, sondern dort, wo eine solche unmittelbare Anwendung wegen „Lücken“ in den generellen Normen nicht möglich ist, zu ihren Normsetzungen durch extensive Interpretation oder juristische Konstruktion gelangt, so muß die Grundnorm, wenn anders sie wirklich die „für Recht geltenden“ Normen als Recht soll konstituieren können, auch die juristische Legitimierung dieser Normsetzungen — *praeter legem* — enthalten.

So wäre der Inhalt einer Grundnorm etwa folgendermaßen zu denken:

Zunächst sind Recht — sc. Recht einer bestimmten Rechtsordnung, also z. B. österreichisches Recht — diejenigen Normen, die bestimmte Personen als Verfassung deklariert haben. Hiebei ist wohl zu beachten, daß die Grundnorm die Legitimierung bestimmter Inhalte durch die Legitimierung der entsprechenden Satzungsakte vollziehen muß, wenn sie dem Umstande Rechnung tragen will, daß das Recht prinzipial¹⁾

¹⁾ Über die Akzessorietät und Subsidiarität des nicht gesetzten Anwendungsmaterials gegenüber dem gesetzten vgl. meine „Philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld“, S. 39f.

als Inbegriff von Satzungen angesehen wird¹⁾, was bedeutet, daß seine Geltung von bestimmten Satzungsstatsachen abhängig ist. Zugleich mit der Verfassung sind dann auch die verfassungsgemäßen Satzungen legitimiert. Weiters wird dann die Grundnorm nicht gesetzte, aber doch der Anwendung und insbesondere der Auswahl im Kollisionsfall zugrunde liegende Sätze von der Art der eben erwähnten Derogierungsklausel enthalten können und endlich — falls letztere nicht selbst „gesetzt“ sind — noch die Prinzipien der extensiven Interpretation und der juristischen Konstruktion. Damit nun, daß die Grundnorm dergestalt — *cum grano salis* — die für Recht gehaltenen Satzungeninhalte als Recht konstituiert, scheint sie zugleich auch das erkenntnistheoretische Problem des Zusammenhangs von Sein und Sollen zumindest für die Sphäre des Rechts seines Stachels beraubt zu haben; die Frage des absoluten Sollens und seines letzten Ursprungs taucht nämlich gar nicht auf, es wird vielmehr ein Sollen bloß „hypothetisch geltend“²⁾ angesetzt, so daß die „normative Geltung“ der verschiedenen als Recht konstituierten Satzungen nichts anderes bedeutet als die Feststellung: Unter der Voraussetzung, daß die Grundnorm gilt, gelten auch diese Satzungen, wofür man auch sagen kann: jede Befolgung dieser Satzungen ist zugleich Befolgung der Grundnorm.

Auf Grund dieser kurzen zusammenfassenden Darstellung können wir nun an die methodologische Beurteilung der Lehre von der Grundnorm schreiten, wobei wir sogleich an den letztgenannten, erkenntnistheoretisch wichtigsten Punkt, die Annahme eines hypothetischen Sollens, anknüpfen wollen. Zunächst wird, wie schon erwähnt, durch diese Annahme der naturrechtlichen Spekulation über Normen, die „an sich“, d. h. kraft ihres Inhaltes, Geltung hätten, der Boden entzogen oder — vorsichtiger ausgedrückt — jede solche Spekulation wird als metajuristisch deklariert, wodurch die Verquickung der Analyse des positiven Rechts mit ethisch-politischen Desideraten hintangehalten wird. Weiters werden hiedurch alle jene widersinnigen Thesen von der Entstehung des Sollens aus dem Sein bzw. des Rechts aus der Macht oder aus der Anerkennung der Rechtsgenossen³⁾, ausgeschaltet und so

¹⁾ Auch das sogenannte Gewohnheitsrecht — auf dessen rechtstheoretische Analyse wir hier im übrigen nicht eingehen können — ist gesetztes Recht, sofern der *usus fori* als sein Geltungsgrund angesehen wird.

²⁾ Die Divergenz zwischen diesem „Gelten“ und dem oben gekennzeichneten „Gelten auf Grund“ wird im Verlaufe der folgenden Untersuchungen klar hervortreten.

³⁾ Daß jene Lehren — mehr oder minder korrekt — sozialen Erfahrungen Ausdruck geben, soll natürlich nicht bestritten werden. Behauptet wird nur, daß solche Thesen über die Entstehung des Rechts, sofern sie als Versuch einer „Begründung der Rechtsgeltung“ angesehen werden, das intendierte Problem gar nicht treffen. Dies wird im Zusammenhang der folgenden Ausführungen noch deutlicher werden.

die Ansätze zu einem verhängnisvollen Methodensynkretismus beseitigt. Endlich aber ist in der Frage nach dem Inhalt der Grundnorm bereits die Aufgabe einer deskriptiven Analyse des Rechtsverfahrens eingeschlossen bzw. vorausgesetzt; damit jedoch ist jener Weg gewiesen, der allein zur deutlichen Erfassung und in weiterer Folge zur Lösung des Zentralproblems der Rechtstheorie, der Frage nach dem Wesen des Rechts bzw. der rechtlichen Geltung führen kann.

Die eben hervorgehobenen Vorzüge der Lehre von der Grundnorm haben es denn auch mit sich gebracht, daß mit ihrer Hilfe ein großer Teil der Probleme der Rechts- und Staatstheorie aufgeklärt wurde und daß insbesondere die rechtlich relevanten Momente in klarer Weise von den außerrechtlichen Momenten geschieden werden konnten.

Aber dessenungeachtet bedarf die Lehre von der Grundnorm noch einer Umgestaltung, und zwar aus prinzipiellen theoretischen Gründen. Es zeigt sich nämlich, daß die Auffassung der Grundnorm als eines Sollsatzes eine Modifikation erfordert, und zwar darum, weil ein isolierter Sollsatz, ein Sollen ohne — sogleich näher zu charakterisierende — Verknüpfung mit einem Wollen sinnlos ist.

Um dies zu begreifen, muß man sich vor allem darüber klar sein, daß der Sinn einer Behauptung mit der Methode ihrer Verifizierung zusammenfällt, daß also den Sinn eines Satzes (Urteils) verstehen nichts anderes heißt, als „wissen, was der Fall ist, wenn er wahr ist“¹⁾ (Wittgenstein). Dies ist nicht etwa eine These, die aus irgendeinem „philosophischen Standpunkt“ hergeleitet wäre, sondern die schlichte Feststellung der Bedeutung des Sinns von Urteilen, zu der man gelangt, wenn man sich auf jene Bedeutung besinnt, wenn man sie sich verdeutlicht.

Wendet man nun jene Einsicht auf die Analyse des Sinns von Sollsätzen an, so erkennt man, daß sie nur dann sinnvoll — einer Verifizierung zugänglich — sind, wenn sie in der Verknüpfung: „Du sollst . . . , wenn du willst“ bzw. in der entsprechenden negativen Form auftreten. Z. B.:

1. Du sollst den markierten Weg gehen, wenn du in einer Stunde nach N kommen willst.

2. Du sollst stets die Wahrheit sprechen, wenn du dir die Achtung deiner Kameraden bewahren willst.

3. Du sollst sofort hieher kommen, wenn du dem ausdrücklichen Willen deines Vaters Folge leisten willst.

4. Du sollst deinen Prozeßgegner nicht beschimpfen, wenn du eine empfindliche Strafe vermeiden willst.

Fragen wir nun weiter nach den Kriterien der Wahrheit der eben genannten Sätze (1, 2, 3, 4), so erkennen wir, daß sie dann und nur dann wahr sind, wenn die folgenden Sätze (1 a, 2 a, 3 a, 4 a), wahr sind.

¹⁾ Über das „ob“ der Wahrheit ist damit natürlich noch nichts ausgemacht, es wird nur festgestellt, was es besagt, daß der Satz wahr ist.

1 a. Nur wenn du den gebahnten Weg gehst, wirst du in einer Stunde nach N. kommen.

2 a. Nur wenn du stets die Wahrheit sprichst, bewahrst du dir die Achtung deiner Kameraden.

3 a. Es ist der ausdrückliche Wunsch deines Vaters, daß du sofort hieher kommst.

4 a. Wenn du deinen Prozeßgegner beschimpfst, so setzt du dich einer empfindlichen Strafe aus.

Daraus ergibt sich aber — wie man erkennt, wenn man sich die Einsicht: Sinn einer Behauptung = Methode ihrer Verifizierung zu deutlichem Bewußtsein bringt —, daß in den Sätzen 1, 2, 3, 4 dasselbe (und nichts weiter) behauptet wird wie in den Sätzen 1 a, 2 a, 3 a, 4 a. Diese vielleicht etwas befremdlich erscheinende Feststellung kann man sich zunächst dadurch plausibler machen, daß man das mit einer gewissen emotionalen Tönung (mit der wir uns alsbald befassen werden) versehene „Sollen“ durch den Begriff des Zweckgerechten ersetzt. Denn es leuchtet ein, daß die Kriterien dafür, ob man bei dem Versuch, ein bestimmtes Ziel zu erreichen, zweckgerecht handelt, in Umständen gesucht werden müssen, die von dem Faktum dieses Versuches unabhängig sind. Mit anderen Worten: Die Frage der richtigen Mittel zur Erreichung eines gegebenen Zwecks weist auf eine Kausalbeziehung bzw. eine Mehrheit von Kausalbeziehungen zurück; die Zweckgerechtigkeit liegt also vor oder sie liegt nicht vor, je nachdem jene Kausalbeziehungen bestehen oder nicht¹⁾.

Der Anschein eines absoluten, d. h. aus dem Konditionalzusammenhang mit einem Wollen²⁾ herausgelösten Sollens aber entsteht vor allem dadurch, daß das Streben nach Erreichung bzw. Vermeidung gewisser Erfolge als selbstverständlich angenommen wird, so daß der richtige Weg zur Erreichung bzw. Vermeidung jenes Erfolges als richtiger Weg schlechthin aufgefaßt wird. Dies ist zunächst häufig der Fall, wo das in Frage kommende Ziel Bewahrung (Verlängerung) des Lebens oder Erhaltung der Gesundheit, der Freiheit, des Vermögens ist. Aber hier tritt immerhin der Anschein der „Absolutheit“ der Forderung noch nicht mit solcher Eindringlichkeit ins Bewußtsein, daß bei einsetzender Reflexion auf den Sinn dieses Sollens sein relationaler Charakter nicht ziemlich leicht aufgedeckt werden könnte; anders jedoch steht es meist dort, wo es sich um Regeln der Religion, des Rechts, der

¹⁾ Kommt nicht richtiges Handeln im engeren Sinne, sondern richtiges Urteilen in Frage, so liegt der Zweck in der Wahrheitsfindung. Wahr ist aber ein Urteil dann, wenn in ihm behauptet wird, was der Fall ist. Demgemäß sind die Sätze: „Wer das Bestehen des Sachverhaltes S behauptet, urteilt richtig“ und „Der Sachverhalt S besteht“ bedeutungsgleich.

²⁾ Die psychologische Problematik des Wollens, also vor allem die Frage, ob man ein von Vorstellung und Urteil getrenntes Wollensphänomen annehmen kann, spielt in diesem Zusammenhange keine Rolle. Man kann hier statt des Begriffs des Wollens auch den der Absicht oder des Vorsatzes oder des Wunsches einführen.

Sitte, um Gebote anerkannter Autoritäten handelt. Auch hier steht freilich das Streben nach Erreichung oder Vermeidung bestimmter „Erfolge“ im Hintergrund, wie z. B. die Vermeidung von Diesseits- oder Jenseitsstrafen oder von Reue, die Bewahrung der Achtung der Mitbürger usw.; aber diese Relationspunkte sind für den unreflektiv Handelnden nicht deutlich bewußt und so ergibt sich das eigenartige Phänomen, daß ein bestimmtes Verhalten zwar als objektiv richtig aufgefaßt wird, was auf eine rationale Begründung hinweist, daß aber der Grund der Richtigkeit — und damit der Weg der Begründung — nicht miterfaßt wird, so daß die Geltung von ihrem Geltungsgrund abgelöst, „absolut“, zu sein scheint.

Aber diese psychologische „Absolutheit“ darf nicht in eine logische „Absolutheit“ umgedeutet werden, man darf also nicht annehmen, daß ein als Relationsbegriff definierter Begriff wie der des Sollens aus dem Relationsgefüge heraustreten und sich verselbstständigen kann. Um gegen diesen psychologistischen Irrtum gefeit zu sein, hat man sich die Einsicht von den verschiedenen Deutlichkeitsstufen des Denkens ins Bewußtsein zu rufen und sich darüber klar zu werden, daß Fragen nach dem Sinn von Begriffen oder nach logischen Zusammenhängen auf den Modus vollkommener Deutlichkeit hinzielen, also keineswegs immer *prima facie*, „dem Gefühl nach“ entschieden werden können. Die Annahme eines absoluten Sollens hat manche Gemeinsamkeit mit der von Kant (1. Antinomie) kritisierten Annahme eines absoluten Anfangs; hier wie dort liegt nämlich — im Kantschen Sinne — „überschwänglicher“ — d. i. aber stets sinnloser — Gebrauch eines Begriffes vor.

Durch die eben gegebene Analyse soll natürlich nicht bestritten werden, daß jene psychologistische Verabsolutierung des Sollens erkenntnispsychologisch und soziologisch sehr interessant und bedeutsam ist. Sie fällt unter jenes allgemeine geistige Phänomen, welches von Scheler¹⁾ als „relativ natürliche Weltanschauung“ bezeichnet wird. Hierbei ist im Sinne der Schelerschen Definition die relativ natürliche Weltanschauung innerhalb eines sozialen Kreises der Inbegriff dessen, was in diesem Kreise als „fraglos gültig“ erscheint.

Zu der eben in der erforderlichen Knappheit gekennzeichneten Verquickung von logischer und psychologischer „Absolutheit“ kommen aber noch andere mehr oder minder eng mit ihr verknüpfte gedankliche Momente, die die Annahme eines absoluten Sollens zu stützen scheinen. Um dies einzusehen, hat man zu bedenken, daß das „absolute Sollen“ nur einen Spezialfall des „absoluten Werts“ darstellt, wie denn auch die eben beschriebene Verquickung ganz allgemein für die „Wertsphäre“ gilt. Das Bestehen einer solchen Sphäre aber wurde seit Plato immer wieder als unmittelbar einsichtig, als evident gegeben, angesehen und in den beiden letzten Jahrzehnten sind die teilweise unter dem Einfluß von Franz Brentanos berühmter Arbeit „Vom Ursprung sittlicher

¹⁾ Die Wissensformen und die Gesellschaft, 1926, S. 59.

Erkenntnis“¹⁾ in der Wertlehre Max Schelers und Nikolai Hartmanns groß angelegte Versuche zur Begründung einer auf Gefühlsevidenz basierenden philosophischen Wertlehre unternommen worden. Für eine Prinzipienkritik dieser Lehre ist hier nicht der Raum²⁾; wir können nur kurz deren Ergebnis anführen, welches dahin geht, daß die das Bestehen absoluter Werte intendierenden Behauptungen (Scheinbehauptungen) nicht reflexionsbeständig sind, womit gesagt werden soll, daß es sich bei dem Versuch, diese „Behauptungen“³⁾ in der Reflexion zu verdeutlichen, herausstellt, daß sie sinnlos sind.

Im Zusammenhang unserer Untersuchung ist es vor allem darum wichtig, sich darüber klar zu sein, daß die methodenkritische Analyse Behauptungen über absolute Werte als sinnlos, nicht als falsch erweist, weil hieraus unmittelbar hervorgeht, daß eine hypothetisch gemeinte Behauptung absoluter Werte nicht minder sinnlos ist als eine kategorisch gemeinte. Denn eine Hypothese ist die Annahme der Wahrheit einer unbewiesenen Behauptung, aber bei Fehlen des Sinns ist gar nichts vorhanden, was als wahr angenommen werden könnte.

Es ist hier viel Verwirrung dadurch entstanden, daß man das Begriffspaar relativ-absolut (d. h. als Relationsbegriff definiert — nicht als Relationsbegriff definiert) mit dem Begriffspaar bedingt-unbedingt verwechselte. So wurde der Satz: „Ein bestimmtes Verhalten ist wertvoll“ (d. h. tauglich für einen bestimmten Zweck) in den „Satz“: „Ein bestimmtes Verhalten ist wertvoll, wenn ein bestimmter Zweck wertvoll ist“ umgedeutet und das Bestehen unbedingter Werte daraus gefolgert, daß durch sie allein das Bestehen bedingter Werte — deren man in den falsch interpretierten Tauglichkeitsaussagen unmittelbar sicher zu sein glaubte — möglich wäre.

Hieraus ergibt sich nun mit voller Klarheit, daß einer logisch auf sich gestellten, relationsfreien Norm, sei sie nun hypothetisch oder nicht, kein Sinn zukommt und daß daher insbesondere die Idee einer Grundnorm, qua Norm, nicht aufrechterhalten werden kann. Aber damit sind die großen methodologischen Errungenschaften, die sich insbesondere im Gebiete der Rechtswissenschaft dogmengeschichtlich an diese Idee knüpfen und ihren eigentlichen Kern bilden, keineswegs preisgegeben, vielmehr treten sie, nach Beseitigung der mit dem Begriff des Sollens verknüpften Scheinproblematik hinsichtlich der Beziehungen zwischen Sollen und Sein, noch deutlicher hervor.

¹⁾ 2. Aufl., Phil. Bibl. Bd. 55, 1921.

²⁾ Ich habe sie in meinem Buche „Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld“, S. 1 ff., gegeben. Von anderen Kritiken seien diejenigen von Heyde: Wert. Eine philosophische Grundlegung, 1926, und von Aster: Zur Kritik der materialen Wertethik, Kant-Studien, Bd. 33, S. 172 ff., erwähnt.

³⁾ Durch die Anführungszeichen soll hervorgehoben werden, daß hier in Wahrheit, mangels Sinn, gar keine Behauptung vorliegt. Im folgenden aber werden bei konformen Stellen die Anführungszeichen weggelassen.

Um jedoch unser Ergebnis, das ein absolutes Sollen schlechthin sinnlos, ein relational auf ein Wollen (Wünschen, Beabsichtigen) bezogenes Sollen aber abundant, d. h. logisch entbehrlich ist, zu sichern, müssen wir noch kurz auf zwei Gruppen von Argumenten, die für einen spezifischen Sinn des Sollens ins Treffen geführt werden, eingehen.

Um die erste der beiden Argumentationen zu begreifen, knüpfen wir am besten an unsere oben vollzogene Identifizierung der Sätze: „Du sollst dich in bestimmter Weise verhalten“ und „Du handelst im Hinblick auf gewisse Zwecke zweckgerecht, wenn du dich in bestimmter Weise verhältst“, an. Man könnte nämlich versucht sein, diese Gleichsetzung mit dem Hinweis darauf zu bestreiten, daß zum Sinn von Soll-Sätzen eine bestimmte emotionale Tönung gehöre, die der mit ihr bedeutungsgleich gesetzten Behauptung der Zweckgerechtigkeit fehle. Um die Stichhaltigkeit dieses Einwandes zu prüfen, müssen wir einige kurze Überlegungen über die soziale Funktion der Sprache einschalten.

Betrachten wir den — im täglichen Leben ausgesprochenen — Satz: „Ein Automobil kommt in voller Fahrt auf uns zu.“ Dieser Satz ist eine sinnvolle (d. h. der Verifizierung zugängliche) Behauptung und derjenige, der diesen Satz ausspricht, macht demgemäß seinem Partner damit eine Mitteilung, er will mit seinen Worten etwas sagen. Aber diese Feststellung legt die Frage nahe, was er damit will, daß er jetzt und hier diese Mitteilung macht. Die Antwort könnte in unserem Falle lauten, daß er seinen Partner veranlassen will, bei der Überquerung der Fahrstraße vorsichtig zu sein; er will also in diesem Falle durch seine Mitteilung ein bestimmtes Verhalten des anderen bewirken, indem er dessen Aufmerksamkeit in eine bestimmte Richtung lenkt und eine bestimmte Motivation in ihm hervorruft. Auf der Motivation mit Hilfe der Sprache beruht ja der größte Teil des sozialen Verkehrs. Aber es ist wohl zu beachten — und insbesondere auch für die korrekte Analyse der juristischen Interpretation und der juristischen Konstruktion von grundlegender Bedeutung —, daß der Sinn einer Mitteilung unabhängig von der Absicht ist, die dazu geführt hat, daß sie von einer bestimmten Person einer bestimmten anderen Person bei einer bestimmten Gelegenheit gemacht wurde.

Besonders stark tritt dieser teleologische „Sinn“ gegenüber dem eigentlichen Satzsinn bei den Soll-Sätzen in den Vordergrund. Wer nämlich einem anderen sagt: „Du sollst dies oder jenes tun“, bei dem prävaliert in aller Regel im Bewußtsein so stark die Vorstellung des Zweckes, den anderen zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen, gegenüber der Vorstellung des zugehörigen Mittels der Mitteilung, daß er sich selbst des Mitteilungssinnes seiner Worte nur unvollkommen bewußt ist¹⁾.

¹⁾ Der Grund dafür, daß der Sprechende dessenungeachtet behaupten kann, der Satz habe jenen Sinn, liegt darin, daß er ihn durch Besinnung zu voller Deutlichkeit bringen kann.

Ähnlich ergeht es meist dem „Adressaten“ (Mitteilungsempfänger) des Soll-Satzes. Auch er erfaßt nur selten dessen Behauptungs- (Mitteilungs-) Sinn deutlich, sondern orientiert seine Gedanken und sein Verhalten an der Tatsache, daß eine bestimmte Person die Absicht hat, ihn in bestimmter Weise zu motivieren. Ob diese Motivationsabsicht in einem gegebenen Fall Erfolg hat oder nicht¹⁾, dies hängt wesentlich von dem Einfluß desjenigen ab, der den Soll-Satz (das Gebot) gesetzt hat, wobei dieser Einfluß wieder aus den verschiedensten Quellen (Zuneigung, Hoffnung auf Belohnung, Furcht vor Strafe) entspringen kann. Was wir unter der emotionalen Tönung des Sollens verstehen, bedarf nach dem Gesagten keiner besonderen Aufklärung mehr, denn es leuchtet ein, daß überall dort — aber durchaus nicht nur dort —, wo es um Motivieren und Motiviertwerden geht, Begleitgefühle (Emotionen) wechselnder Intensität auftreten, und diese Begleitgefühle sind es, die dem kundgegebenen Soll-Satz jene eigentümliche „Tönung“ geben, die gewöhnlich irrigerweise als Element des Sinns der Soll-Sätze angesehen werden.

Die eben kurz beschriebene soziale Funktion der Soll-Sätze überträgt sich nun von jenen Fällen, wo ein unmittelbarer Kontakt von Mensch zu Mensch besteht, auf die Gebote, deren „Urheber“ teilweise oder gänzlich anonym bleiben, also auch auf die Rechtsgebote. Aber — dies sei nochmals nachdrücklich betont — den Sinn der Sätze berührt der eben kurz charakterisierte Wirkungszusammenhang nicht.

Die für die Rechtstheorie grundwichtige Unterscheidung zwischen dem Satzsinn (Mitteilungsinhalt) und dem „subjektiven Sinn“ der Mitteilung in einer bestimmten Situation, im Rahmen zweckgerichteten sozialen Verhaltens wird dadurch erschwert, daß nicht nur — selbstverständlich — der Mitteilungsinhalt ein wichtiges Symptom für den Mitteilungszweck ist, sondern auch der Mitteilungszweck häufig ein wichtiges Symptom für den Mitteilungsinhalt bildet²⁾. Sie wird aber dadurch ermöglicht, daß die Worte und Sätze einer Sprache als solche (d. h. als zu einer Sprache gehörig) einen „objektiven Sinn“, d. h. einen konventionellen Sinn für einen bestimmten Verständnisbereich, die Sprachgemeinschaft, haben.

Aber eben hieraus erwächst durch spekulative Mißdeutung des „objektiven Sinns“ von Worten und Sätzen in Verknüpfung mit einer Reihe anderer philosophischer Irrtümer, die Lehre von einem autarken Bereich des Sinns, der in Gegensatz zu demjenigen des realen Seins gestellt und die Sphäre der Werte (und damit auch des Sollens) umfassend gedacht wird.

¹⁾ Der Mißerfolg kann entweder darin liegen, daß der Adressat unbeeinflusst bleibt, oder aber darin, daß er in eine der angestrebten entgegengesetzten Motivationen gedrängt wird.

²⁾ Über die wichtigsten Konsequenzen, die sich hieraus für die Theorie der Interpretation ergeben, vgl. „Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld“, S. 42ff.

Hiemit sind wir bei der zweiten Gruppe von Argumenten für das absolute Sollen, die wir zu entkräften haben, angelangt und diese ist für uns darum besonders wichtig, weil der hier im Zentrum stehende Begriff des Sinns auch für die Soziologie, deren Rechtsbegriff gegenüber wir den der Rechtswissenschaft abgrenzen wollen, von fundamentaler Bedeutsamkeit ist. Doch führt eine radikale Methodenkritik an diesem Punkt in solche Weiten und Tiefen, daß wir uns darauf beschränken müssen, in aller Kürze die Hauptergebnisse wiederzugeben¹⁾.

Zunächst muß zwischen dem „Sinn“ der Worte und Sätze und dem „Sinn“ der in ihnen zum Ausdruck kommenden Gedanken unterschieden werden. Der Sinn der Sprachzeichen besteht darin, daß sie vom Sprechenden als Mitteilungszeichen für eigene Gedanken gebraucht und vom Hörenden (Lesenden) in prinzipiell konformer Weise verstanden werden. Wer in diesem Zusammenhang von „Objektivität des Sinns“ spricht, der hat vorerst das Faktum der Intersubjektivität des Zeichensystems der Sprache für einen sozialen Bereich (den Verständnisbereich der Sprachgemeinschaft) im — mehr oder minder klaren — Blick. Dazu kommt dann noch die Tatsache, daß das konventionelle Zeichensystem der Sprache keineswegs eine Konvention in dem Sinn ist, daß es dem Einzelnen praktisch freistünde, ob er sich dieses oder eines anderen Zeichensystems bedienen will. Er wächst vielmehr in das Zeichensystem seiner Muttersprache hinein, kann — von besonderen Ausnahmefällen (Dante) abgesehen — nichts Wesentliches an der Sprache ändern²⁾ und ist sich dessen bewußt. Hiedurch entsteht leicht der Anschein, als wäre die Sprache ein supraindividuelles Gefüge, als dessen Urheber dann eventuell ein „objektiver Geist“ imaginiert wird. Aber die Reflexion zeigt, daß der Sinn der Worte und Sätze der Sprache nicht als *qualitas occulta* in den Sprachzeichen liegt, sondern daß „Sinn haben“ hier nichts anderes bedeutet als „Symptom für Gedachtes sein“.

Viel schwieriger ist die Beantwortung der Frage, was unter dem „Sinn von Gedanken“ zu verstehen ist. Denn mit dieser Frage wird die ganze Problematik des Verhältnisses zwischen Denkakt, Denkinhalt und Denkgegenstand aufgerollt, eine Problematik, die schon vor ihrer, erst durch Franz Brentanos Entdeckung der Intentionalität möglich gewordenen, expliziten Formulierung implizit fast jede in die Tiefe gehende philosophische Reflexion über das Denken durchzogen hat. Wir müssen uns hier auf die für unsere Untersuchungen hinreichende oberste Schicht der Problematik beschränken und uns mit der Feststellung begnügen, daß unter dem Sinn eines Denkaktes das in ihm Gedachte, so wie es gedacht wird, zu verstehen ist, wobei man sowohl von den okkasionellen (personalen, lokalen, temporalen) Daten des Denkaktes als auch von der Tatsache des undeutlichen Denkens

¹⁾ Eine eingehende Analyse wird mein in Ausarbeitung befindliches Buch „Gegenstand und Verfahren der Sozialwissenschaften“ enthalten.

²⁾ D. h. er kann das Mitteilungszeichensystem seines sozialen Kreises nur unwesentlich beeinflussen.

abzusehen hat. Sinn eines Gedankens ist also: in ihm deutlich gedachtes Seiendes (oder Nichtseiendes) und hieraus ergibt sich unmittelbar, daß die Scheidung von Sein und Sinn als zwei verschiedenen Erkenntnisphären nicht möglich ist.

In der in den letzten Jahrzehnten, insbesondere von der südwestdeutschen Philosophenschule (Windelband, Rickert) verbreiteten Lehre eines Dualismus von Sein und Sinn bzw. Sein und Geltung, die auf die zeitgenössischen deutschen Rechtsphilosophen großen Einfluß hat¹⁾, verschlingen sich in verwirrender Weise verschiedene „Dualismen“, und zwar die folgenden:

1. Physisches und Psychisches;
2. selbständige (reale) und unselbständige (ideale) Gegenstände;
3. Erkenntnis a posteriori und Erkenntnis a priori;
4. undeutliches und deutliches Denken.

Die Grundschicht der Problematik bilden hiebei meist die eng zusammenhängenden Dualismen 2 und 3 und hier bestehende Fehlauffassungen haben denn auch die Lehre von der autarken Sphäre des Sinns entscheidend beeinflußt. Es handelt sich hier um die seit Plato und Aristoteles für die Philosophie dauernd aktuell gebliebene Problematik des Generellen, die insbesondere auch den theoretischen Kern des mittelalterlichen Universalienstreites bildet. Die Meisterung dieses Problems, das sich im wesentlichen mit demjenigen der Abstraktion deckt, wurde dadurch sehr erschwert, daß man die ihm adäquate Behandlungsmethode — diejenige der reinen Deskription — nicht durchhielt, sondern sie fast durchwegs mit konstruktiv-spekulativen Elementen durchsetzte. Erst Husserl hat in der dritten seiner „Logischen Untersuchungen“²⁾ das Problem richtig eingestellt und damit die wesentliche Vorbedingung für dessen Lösung geschaffen. Auf diesen Analysen Husserls basierend, wollen wir in skizzenhafter Knappheit die entscheidende Einsicht in Hinblick auf das Generelle anführen, wobei wir dieses an der „Farbe“ exemplifizieren wollen.

Die Farbe ist ein „abstrakter Gegenstand“, der nur in der Verbindung (im „Fundierungszusammenhang“) mit anderen abstrakten Gegenständen, z. B. einer Ausdehnung, auftreten kann, weshalb man sie auch — mit Husserl — als „unselbständigen Gegenstand“ bezeichnen kann. Wie ist es aber zu begreifen, daß die Farbe, obwohl sie nicht ohne Ausdehnung bestehen kann, doch isoliert denkbar ist? Dies wird dadurch möglich, daß innerhalb des Fundierungszusammenhanges Farbe-Ausdehnung beide Momente unabhängig voneinander variabel sind, daß also jede beliebige Farbe mit jeder beliebigen Ausdehnung verbunden sein kann. Es werden demgemäß bei der Abstraktion, die von dem farbigen Körperding zur Farbe führt, die mit der Farbe verknüpften Momente nicht etwa ausgeschaltet, sondern sie werden unbestimmt gelassen, d. h. als variabel angesetzt. Variabel bleiben

¹⁾ Ihr Einfluß auf Kelsens Denken tritt insbesondere in seinem ersten Hauptwerk, den „Hauptproblemen der Staatsrechtslehre“, zu Tage.

²⁾ Logische Untersuchungen, 2. Aufl., 2. Bd., 1. Teil, 1913, S. 216 bis 293.

insbesondere auch die lokal-temporalen Bestimmungen und in dieser „Einklammerung“ des principium individuationis liegt das Essentiale des Generellen.

Aus dieser Einsicht folgt unmittelbar die Unhaltbarkeit der pseudo-idealistischen Lehre vom Sphärendualismus realer und idealer Gegenstände, die dort, wo die Aufgabe vorliegt, einen Zusammenhang zu begreifen, eine Trennung *toto coelo* behauptet. Als hauptsächlichste Stütze der Lehre von den idealen Gegenständen hat seit Platos Ideenlehre der Hinweis auf die mathematische Erkenntnis, deren Inhalt offenbar völlig unabhängig vom empirischen Geschehen sei, gedient. Insbesondere die geometrische Erkenntnis wurde hier immer wieder als Argument herangezogen. Aber heute, nach der Entdeckung der nicht-euklidischen Geometrien und nach der Arithmetisierung der Geometrie wissen wir, daß dieses Argument nicht mehr aufrecht erhalten werden kann. Vielmehr gilt hier Einsteins Wort: „Insofern sich die Sätze der Mathematik auf die Wirklichkeit beziehen, sind sie nicht sicher, und insofern sie sicher sind, beziehen sie sich nicht auf die Wirklichkeit“¹⁾.

Analog steht es mit der gesamten übrigen Mathematik; soferne sie reine Mathematik ist, sind ihre Sätze tautologischer Natur, und soferne sie angewandte Mathematik, d. h. auf die Erfahrungswelt bezogen wird, tritt mit dem Anwendungsfaktum das Unsicherheitsmoment aller empirischen Erkenntnis hinzu (das natürlich den mathematischen Kalkül selbst nicht betrifft)²⁾. Die Mathematik kann also nicht als Argument für das Bestehen einer erkenntnismäßig autarken Sphäre idealer Gegenstände herangezogen werden und das gleiche gilt von der Wesensschau der Phänomenologie, deren Sinn meist mißverstanden und erst durch Husserls „Formale und transzendente Logik“³⁾ mit voller Klarheit herausgestellt wurde. Aus den einschlägigen Analysen ergibt sich zweifellos die Einsicht, daß die Wesensschau keineswegs eine erfahrungs-transzendente Erkenntnis darstellt, sondern daß sie nichts anderes ist, als die eingangs kurz gekennzeichnete, vom „Quantum der Erfahrung“ unabhängige (Scheler), aber ohne Erfahrungsgrundlage undenkbbare Verdeutlichungsthematik. Damit ist den Spekulationen über eine autarke, einen Kosmos der Werte in sich enthaltende Sinnsphäre jegliche Grundlage entzogen, denn es ist klar, daß aus den oben angeführten Gegensätzen zwischen Physischem und Psychischem (1) und zwischen undeutlichem und deutlichem Denken (4) allein kein Anhaltspunkt für eine derartige Konstruktion gewonnen werden kann.

Die Ergebnisse der bisherigen Überlegungen ermöglichen uns nun eine präzise Feststellung des Sinns der Grundnorm und der Art ihrer Beziehung zu den grundnormgemäßen Normen. Die Grundnorm enthält — ganz im Sinne von Kelsens Konzeption — den Inbegriff

¹⁾ A. Einstein: Geometrie und Erfahrung, 1921, S. 3.

²⁾ Vgl. hiezu meine Schriften: Das Unendliche in der Mathematik und seine Ausschaltung, 1930, S. 110ff., und: Was kann die mathematische Methode in der Nationalökonomie leisten? Zeitschr. f. Nationalökonomie, Bd. 2, 1930, S. 754 bis 779.

³⁾ 1929.

der Kriterien dafür, daß ein bestimmter Satz als Rechtssatz einer bestimmten Rechtsordnung anzusehen ist. Man kann auch statt dessen, wenn man nicht an dem Aristotelischen Definitionsbegriff von *genus proximum* und *differentia specifica* festhält, sagen, daß die Grundnorm die Definition des Begriffes „Recht einer bestimmten Rechtsordnung“ ist. Unsere Modifikation von Kelsens Auffassung liegt vor allem in der Einsicht, daß jeder Versuch einer Begründung der Geltung der Rechtsordnung ausgeschlossen ist, während bei Kelsen die Statuierung der Rechtsdefinition als Norm (wie schon erwähnt) den Zweck verfolgt, die „Ebene des Sollens“ festzulegen, um auf diese Weise den normativen Charakter des Rechts aus dessen konstitutivem Prinzip zu begreifen¹⁾. Für die deskriptive Analyse des Rechts ist die Differenz nicht von großer Bedeutsamkeit, denn die Entscheidung der Frage, ob ein bestimmter Satz, der die Rechtssatzform besitzt, Rechtssatz einer bestimmten Rechtsordnung ist, wird durch sie nicht berührt; wohl aber ist die hier vollzogene Klärung von Wichtigkeit für die an verschiedenen Stellen in die Theorie des Rechts tief eingreifende Frage nach der Beziehung zwischen Faktum und Norm, zwischen Sein und Sollen. Im Sinne unserer Analysen ist diese Frage wie folgt zu beantworten:

Die Annahme eines Dualismus von Sein und Sollen, der als ontisch ursprünglicher zu denken und daher weiterer Begründung weder fähig noch bedürftig wäre, ist nicht haltbar. Insbesondere ist es auch nicht möglich, einen solchen Gegensatz auf die Gegenüberstellung von Sein und Gelten oder von Sein und Sinn oder von realen und idealen Gegenständen zu gründen. Aber der von Kelsen intendierte Gegensatz hat trotzdem — der ihm noch anhaftenden spekulativen Schalen entkleidet — seinen guten und für die Theorie des Rechts grundwichtigen Sinn. Er reduziert sich nämlich auf die schlichte, aber wie die Dogmengeschichte der rechtsphilosophischen Lehren zeigt, immer wieder außer acht gelassene Feststellung, daß einerseits die Befolgung von Geboten — an und für sich — nicht deren Rechtscharakter begründen kann und daß andererseits deren Nichtbefolgung — an und für sich — ihnen den Rechtscharakter nicht nehmen kann.

¹⁾ Vgl. etwa die folgende prägnante Formulierung: „Diese, die Geltung des positiven Rechts konstituierende Grundnorm, in der sich der hypothetisch-relative Charakter eines nur als positives Recht geltenden Normensystems ausdrückt, ist nicht etwa die Annahme einer speziellen Rechtstheorie. Sie ist nur die Formulierung der notwendigen Voraussetzungen jeder positivistischen Erfassung des Rechtsmaterials. Sie hebt nur ins Bewußtsein, was alle Juristen — wenn auch unbewußt — tun, wenn sie im Begreifen ihres Gegenstandes zwar ein Naturrecht ablehnen, d. h. sich auf das positive Recht beschränken, dennoch aber das ihrer Erkenntnis Gegebene nicht als Tatsache der Macht, sondern als Recht, nicht als bloßes Faktum, sondern als Norm, wenn sie die zu erfassenden Beziehungen nicht als natürliche Verhältnisse von Ursache und Wirkung, sondern als normative Relationen von Verpflichtung und Berechtigung verstehen.“ (Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, S. 12.)

Die eben genannte Außerachtlassung ist vor allem daraus zu erklären, daß man die beiden folgenden Fragestellungen miteinander verquickt hat:

a) Was meint man damit, wenn man von einem Gebot behauptet, es sei Rechtsgebot im Rahmen einer bestimmten Rechtsordnung bzw.: Nach welchen Kriterien bestimmt sich die Wahrheit einer solchen Behauptung?

b) Durch welche Fakten wird die soziologische Aktualität dieser Kriterien typischerweise kausal bedingt?

Kelsens Metapher von den „verschiedenen Ebenen“, in denen Untersuchungen über soziales Sein und Untersuchungen über rechtliches Sollen liegen, behält also auch nach der kritischen Auflösung des Gegensatzes zwischen Sein und Sollen in dem für die Rechtstheorie maßgebenden Belange seine Berechtigung. Denn durch diese Metapher soll eine aus disparaten Problemstellungen entspringende Heterogenität gekennzeichnet und zu unscharfen, Übergänge nicht ausschließenden, empirischen Abgrenzungen in Kontrast gesetzt werden. Solche Kontrastierungen bilden ja die zentrale Aufgabe methodenkritischer Analyse im Sinne des Postulats der Methodenreinheit.

Die exakte deskriptive Analyse des Gebotszusammenhangs (Delegationszusammenhangs), der die Rechtsordnung konstituiert, bietet jetzt keine prinzipiellen Schwierigkeiten mehr. Wir haben bereits festgestellt, daß dieser Zusammenhang kein logischer Zusammenhang der Gebotsinhalte ist, sondern eine Verknüpfung der Fakten der Gebotssetzung darstellt. Nun wollen wir das allgemeine logische Schema dieses Zusammenhangs zeigen um darzutun, daß er durchaus nicht für die Gebotssphäre spezifisch ist.

Obersatz: Wenn ein Verhalten einem (eventuell näher gekennzeichneten) Gebote G_2 einer Person (bzw. einer Mehrheit von Personen) P_2 gemäß ist, so ist es auch einem (eventuell näher gekennzeichneten) Gebote G_1 einer Person (Personengruppe) P_1 gemäß.

Untersatz: Das Verhalten von A ist dem Gebote G_2 gemäß.

Schluß: Das Verhalten von A ist dem Gebote G_1 gemäß.

Wir nennen in diesem Falle die Befolgung von G_2 eine mittelbare Befolgung von G_1 .

Ob nun in einem gegebenen Falle die unmittelbare Befolgung eines bestimmten Gebotes — d. h. das Verhalten gemäß einem bestimmten Gebotsinhalt — zugleich mittelbare Befolgung bestimmter anderer Gebote ist, das hängt davon ab, ob die Setzung des unmittelbar befolgten Gebotes gemäß dem Gebot, um dessen mittelbare Befolgung es sich handelt, erfolgt ist, z. B. ob es von bestimmten Personen erlassen und in bestimmter Weise publiziert worden ist.

Wir wollen nun dartun, daß der eben beschriebene Zusammenhang keineswegs auf den Bereich von Gebotssetzungen beschränkt ist. Dies geht schon aus der vorstehenden logischen Analyse ohne weiteres hervor,

sobald man sich klar macht, daß die für die Charakteristik des fraglichen Zusammenhanges maßgebenden Kennzeichnungen ganz unabhängig von den Inhalten, worauf sie sich beziehen, betrachtet werden können; doch wollen wir es uns auch an einem Beispiel offenbar machen:

A sagt zu B: „C weiß Bescheid über Nachrichten von deinem Bruder in Amerika.“ C sagt zu B: „Die Nachrichten von deinem Bruder in Amerika, die A meint, stammen von D.“ D sagt zu B: „Die Nachrichten von deinem Bruder in Amerika, die C meint, sind folgende“: (folgt der Inhalt der Mitteilungen).

Man erkennt, daß hier — in vollkommener Analogie zu dem angegebenen Schema des Delegationszusammenhanges — der Inhalt der von dem Bruder des B stammenden Nachrichten durch die Mitteilungen des A und des C nicht determiniert wird; es werden nur die Personen angegeben, die diese Nachrichten zu geben in der Lage sind, und durch diese Kennzeichnung wird dem B der Weg gewiesen, auf dem er zu ihrer Kenntnis gelangen kann¹⁾.

Aus diesen Feststellungen ergibt sich als Konsequenz, daß der für das Recht charakteristische Zusammenhang mittelbarer Gebotsbefolgungen auch dann nicht als normativer Zusammenhang, der für eine normative Methode spezifisch wäre, angesehen werden kann, wenn man Gebote als Normen auffaßt.

Da aber diese Auffassung, wie wir dargetan haben, unhaltbar ist, so obliegt es uns noch, eine kurze Erläuterung des Gebotsbegriffes zu geben. Hierzu ist die wichtigste Vorarbeit durch die im Zuge der Analyse des Sollens vollzogene Unterscheidung zwischen Mitteilungsinhalt und Mitteilungszweck (logischem und teleologischem „Sinn“) bereits geleistet. Zu der heftig umstrittenen Frage, was der Inhalt der Gebots- (Befehls-) Sätze sei, ob in ihnen ein inneres Verhalten (Wollen) behauptet werde oder nicht, müssen wir hier nicht Stellung nehmen, denn für uns ist in diesem Zusammenhang nur die Feststellung belangvoll, daß die mit dem Gebot verknüpften emotionalen Momente zweifellos mit dessen teleologischer Funktion, mit dem Gebotszweck, zusammenhängen. Ob die Chance besteht, daß dieser Zweck erreicht wird, dies hängt wesentlich davon ab, wie sich der Vollzug des von A gebotenen Verhaltens des B in das Zwecksystem von B einfügt. Sie wird typischerweise dann vorliegen, wenn B aus Zuneigung für A den Wunsch hat, dessen Willen zu erfüllen, oder wenn er (aus bestimmten Gründen) annimmt, daß eine solche Erfüllung anderweitige von ihm erwünschte Geschehnisse (Belohnung) nach sich ziehen oder ihm unerwünschte Geschehnisse (Strafe) abwenden wird.

¹⁾ Ganz allgemein gesehen, liegt hier Kennzeichnung durch empirische Zuordnung vor, die nicht auf Inhalte von Ausdrucksakten beschränkt ist. Vielmehr ist sie gerade für die — eben darum — „erlebnisferne“ Methode der theoretischen Naturwissenschaft charakteristisch. Eine exakte Bestimmung des Gegensatzes zwischen „Merkmalen“ und „Kennzeichen“ habe ich in meinem Aufsatz: Logik und Wirtschaftswissenschaft, Arch. f. Sozialwissensch. u. Sozialpolitik, Bd. 54, S. 614 bis 656, S. 616, gegeben.

Da nun in der Umgangssprache meist der Inhalt von Sätzen mit dem typischen Zweck ihrer Äußerung sowie den Gründen für die Zweckmäßigkeit der Äußerung konfundiert wird, so greift trotz Gleichheit der Inhalte von Sätzen eine terminologische Unterscheidung häufig dort Platz, wo diese teleologischen Momente variieren. Demgemäß wird das Gebot von der Bitte und dem Antrag unterschieden, wobei die Art der bei dem Adressaten als maßgebend für die Erfüllung vorausgesetzten Motive die Basis für die Unterscheidung bildet. Man spricht also in der Regel nur in solchen Fällen von einem an B gerichteten Gebot des A, wo angenommen wird, daß für den B das maßgebende Motiv für die eventuelle Erfüllung (für die nach Meinung des A eine Chance besteht) darin liegen wird, gewisse Übel von sich abzuwenden, deren unmittelbare oder mittelbare Zufügung durch A er bei Nichterfüllung zu gewärtigen hätte¹⁾.

Wichtig ist hier die Feststellung, daß der Gebotsbefolgungszusammenhang, der die Rechtsordnung darstellt, ein Zusammenhang objektiver Gebotsbefolgungen ist; diese Feststellung bleibt davon unberührt, daß — wie wir bald erkennen werden — die Erklärung für die regelmäßige objektive Befolgung der Rechtsgebote innerhalb eines sozialen Kreises meist auf die subjektive Befolgung und deren Motive zurückführt²⁾.

Durch die bisherigen Analysen erscheint der die Rechtsordnung konstituierende Gebotszusammenhang intrasystematisch prinzipiell geklärt. Daß ein bestimmtes Gebot Rechtsgebot im Rahmen einer bestimmten Rechtsordnung ist, bedeutet, daß seine Befolgung eine unmittelbare oder mittelbare Befolgung bestimmter Grundgebote ist.

In diesem Falle heißen die Gebotssetzenden zur Setzung rechtlich kompetent und die Gebotsadressaten werden durch die Gebote rechtlich verpflichtet; als Widerspiel der Rechtspflichten aber erhält man dann — wie Kelsen gezeigt hat — die subjektiven Rechte.

Damit können wir den ersten Teil unserer Analyse abschließen und zusammenfassend folgendes feststellen: Der Begriff der Norm (bzw.

¹⁾ Wir unterscheiden nicht zwischen „Gebot“ und „Befehl“. Unsere Analyse des Gebots gilt also vollinhaltlich für den Befehlssatz (Imperativ). Daß dies nicht einen Rückfall in die — von Kelsen in den „Hauptproblemen“ kritisierten — Fehler der Imperativtheorie bedeutet, erkennt man sogleich, wenn man bedenkt, daß im Sinne unserer Analyse keineswegs Willensphänomene als solche die Richtschnur für die Gebotsbefolgung bilden. Denn auch unter der Voraussetzung, daß ein Gebot eine Behauptung über eigenes Wollen ist, bleibt die Frage, ob diese Behauptung zutrifft, ob sie also tatsächlich dasjenige kundgibt, dessen Kundgabe sie vorgibt, völlig irrelevant für die Gebotsbefolgung, die sich in jedem Fall an dem Gebotsinhalt zu orientieren hat. Damit verschwindet die gesamte mit der Imperativtheorie verknüpfte psychologistische Scheinproblematik, wie z. B. die Frage nach der Bestimmung des Gesetzgeberwillens dort, wo die Gesetzgebung durch Majoritätsbeschluß eines Kollegiums erfolgt. Vgl. hierzu auch Sander: Allgemeine Gesellschaftslehre, 1930, S. 381 bis 451.

²⁾ Zur Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Befolgung vgl. meine „Kriterien des Rechts“, S. 98ff.

Normativität), dessen kritische Auflösung wir durchgeführt haben, tritt in der Reinen Rechtslehre an drei Hauptpunkten auf, durch welche seine Verwendung im Rahmen der Theorie vollständig bestimmt wird.

1. Jeder einzelne Rechtssatz wird als Norm angesehen;
2. die „Grundnorm“ wird als Norm angesehen;
3. der Delegationszusammenhang wird als spezifisch normativer Zusammenhang angesehen.

Demgegenüber haben wir erkannt:

- ad 1. Der einzelne Rechtssatz ist ein Gebot;
- ad 2. die „Grundnorm“ ist der Inbegriff der Kriterien für die Zugehörigkeit von Rechtssätzen zu einer bestimmten Rechtsordnung;
- ad 3. die logische Struktur des Gebotssatzes ist nicht für die Gebotssphäre spezifisch.

Durch diese Feststellungen wird die Reine Rechtslehre von den letzten Resten spekulativen Ballastes befreit, die ihr von ihrer Entstehungszeit her noch anhaften; aber da hienach der Gegensatz zwischen juristischer und soziologischer Methode nicht mehr als fundamental erkenntnistheoretischer Gegensatz begriffen werden kann, so wird die Frage der Bestimmung der gemeinsamen Grundsicht der Problematik und damit der Abzweigungsstellen doppelt akut.

Das Thema der Untersuchung lautet: Wie fügen sich diejenigen Fakten, die den Gegenstand juristischer Betrachtung bilden, in den Zusammenhang sozialen Geschehens bzw. einer — sogleich näher zu bestimmenden — Teilspäre des sozialen Geschehens ein¹⁾.

Wir nehmen von dem Faktum des „Erzwingungsstabes“ (Max Weber) unseren gedanklichen Ausgang, d. h. von der Tatsache, daß bestimmte Menschen einer sozialen Gemeinschaft andere Menschen dieser Gemeinschaft durch Androhung oder Anwendung typischen physischen Zwanges zu bestimmten Handlungen oder Unterlassungen veranlassen, und suchen das Verhalten des Erzwingungsstabes zu verstehen.

Dann finden wir, daß sich dieses Verhalten als Befolgung von Geboten verstehen läßt, und durchschauen auch die Motive dieser Gebotsbefolgung (z. B. die Abwendung des sonst drohenden Verlustes der Stellung und des mit ihr verknüpften Broterwerbes).

Nun läßt sich weiter fragen, ob nicht die Setzung jener subjektiv befolgten Gebote selbst in subjektiver Befolgung anderer Gebote erfolgt, wobei für die Befolgung dieser Gebote ähnliche Motive maßgebend sind wie für die Befolgung jener und so gelangen wir unter Umständen zu einer geringen Zahl von Grundgeboten, auf die eine Vielfalt von Geboten bzw. subjektiven Gebotsbefolgungen zurückführt. Man beachte wohl, daß diese Zurückführung nicht eine einheitliche

¹⁾ Das Absehen der folgenden knappen und lückenhaften rechtssoziologischen Skizze geht keineswegs auf rechtssoziologische Erkenntnisse um ihrer selbst willen, sie soll nur die Lagerung der juristischen Fragestellung gegenüber der rechtssoziologischen Problematik erkennen lassen.

subjektive Befolgung, dergestalt daß jede subjektive Befolgung eines der Gebote auch subjektive Befolgung der Grundgebote wäre, voraussetzt, sondern der eben beschriebene Sachverhalt entspricht einer Kette von Gliedern subjektiver Befolgungen.

Derart bei den Grundgeboten angelangt, können wir zur Kontrolle und Erweiterung unserer Ergebnisse über den Gebotszusammenhang unsere Untersuchungsrichtung umkehren und nunmehr diesen Zusammenhang unter dem Aspekt des (oder der)¹⁾ die Grundgebote Setzenden betrachten, wobei uns als Leitgedanke für das Verstehen dieses Aspektes die Einsicht in die teleologische Bedeutsamkeit einer — in gewissen Beziehungen — einheitlichen Regelung des Gemeinschaftslebens dient. Auf diese Weise verstehen wir insbesondere aus der Intention der Gebotssetzenden sowohl der höchsten Stufe (Grundgebote) als auch tieferer Stufen jene typische — wenn auch nicht essentielle — Verknüpfung von Gebotskompetenz und Verpflichtung zur Gebotssetzung, wonach diejenigen Personen, deren Gebote im Sinne von Geboten höherer Stufe für andere Personen bindend²⁾ sind, selbst durch andere Gebote einer höheren Stufe zur Gebotssetzung verpflichtet werden³⁾. Weiters verstehen wir, daß häufig a) die „Adressierung“ bestimmter Gebote an eine bestimmte Person P; b) die Setzung bestimmter Gebote, die ein bestimmtes Verhalten gegenüber P vorschreiben, an die Voraussetzung geknüpft erscheint, daß P bestimmte andere Gebote nicht befolgt hat.

Dadurch aber wird die Frage der Feststellung, ob ein vorliegendes Verhalten bestimmten Geboten zuwiderläuft, akut und es ist daher zu verstehen, daß Gebote an bestimmte Personen ergehen, unter gewissen Umständen solche Feststellungen vorzunehmen, und daß es von dem Ergebnis dieser Feststellung abhängig gemacht wird, ob die Erlassung bestimmter Gebote an die Personen, deren Verhalten beurteilt wurde, bzw. die Erlassung bestimmter Gebote betreffend ein Verhalten gegenüber diesen Personen erfolgt oder nicht. Hierbei werden — aus Gründen der sozialen Technik — häufig diejenigen Personen, die diese Feststellungen vornehmen, auch kompetent für die Setzung der eben genannten Gebote sein; aber dies ist nicht immer der Fall (Geschwornengerichte) und auch dort, wo es der Fall ist, muß man sorgfältig zwischen dem Akte der Feststellung und dem Akte der damit verknüpften Gebotssetzung unterscheiden.

¹⁾ Daß im Falle einer Mehrheit von Grundgebotssetzenden ein einheitlicher Aspekt vorliegt, kann als Hypothese, die der Bewährung in dem an sie geknüpften verstehenden Verfahren unterliegt, aufgefaßt werden. Dies gilt unabhängig davon, ob sämtliche Grundgebote Gebote desselben Kollegiums sind oder nicht.

²⁾ Mit dieser „normativen“ Ausdrucksweise ist hier natürlich — wie sich aus den vorangegangenen Analysen unzweideutig ergibt — nichts anderes gemeint als Gebotsgemäßheit.

³⁾ Über die sich hieraus ergebende Unterscheidung zwischen „formellem“ und „materiellem“ Recht vgl. meine „Kriterien des Rechts“, S. 147ff.

Jene Feststellung ist nämlich ein Erkenntnisprozeß; sie kann daher aus ihrer sozialen Einbettung herausgelöst auf ihre Richtigkeit hin geprüft werden — woraus sich die Möglichkeit, ein richterliches Fehlurteil als solches zu deklarieren, ergibt —, bei der Gebotssetzung aber bleibt die Frage „richtig oder unrichtig“ außer Spiel¹⁾; nur die Frage „kompetent“ oder „inkompetent“ bildet den Gegenstand der Betrachtung.

Wir können nun unmittelbar an die Beantwortung der Frage des Zusammenhanges zwischen „juristischem“ und „soziologischem“ Rechtsbegriff herantreten.

Für die Soziologie — die wir, sofern sie sich auf den eben beschriebenen Tatsachenzusammenhang zentriert, als Rechtssoziologie bezeichnen werden — besteht das Erkenntnisziel, einen sachlich zusammengehörigen Teil des sozialen Geschehens zu verstehen, und zwar unter möglichst einheitlichen Verstehensaspekten, und hieraus erwächst die Aufgabe, die Dominanten dieses Geschehens zu finden. Als Dominanten für einen bestimmten Ereignisbereich werden hiebei (im Einklang mit dem wissenschaftlichen Sprachgebrauch) solche Tatsachen gekennzeichnet, die die Gestaltung des Ereignisablaufs innerhalb jenes Bereiches in besonders weitgehender und nachhaltiger Weise beeinflussen.

Hiebei zeigt es sich in unserem Falle, daß man zu einem durchgreifenden Verständnis des in Frage stehenden Zusammenhanges nur dann gelangen kann, wenn man den Charakter des eben beschriebenen Feststellungsverfahrens, das in den verschiedensten Etappen jenes Zusammenhanges auftritt und dessen jeweiliges Ergebnis von entscheidendem Einfluß für die Gestaltung der folgenden Etappen des Zusammenhanges ist, begreift.

Dieses Feststellungsverfahren — das juristische Verfahren der Rechtsbestimmung — bildet also einen integrierenden Bestandteil des in Frage stehenden sozialen Prozesses; aber für die immanente Analyse des juristischen Verfahrens — die Reine Rechtslehre — ist dessen Zusammenhang mit dem sozialen Prozeß nur insoweit zu berücksichtigen, als dieser Zusammenhang im Verfahren selbst zu Tage tritt.

Wir wollen nun diese Problemlage an einem einfachen Beispiel aus einem anderen Wissensgebiet klar machen. Es ist sehr wichtig für die Entwicklung der Wirtschaft (innerhalb eines bestimmten Gebietes), wie der große Bankier M über die derzeitige Wirtschaftslage in diesem Gebiete denkt. Dieses Interesse wird eventuell Anlaß dazu bieten zu untersuchen, a) wie M über die derzeitige Wirtschaftslage²⁾ denkt und im Anschluß hieran b) ob er sie richtig sieht³⁾.

¹⁾ „Richtig“ und „unrichtig“ sind hier natürlich im theoretischen, nicht im rechtspolitischen Sinn verstanden.

²⁾ Unter „Wirtschaftslage“ sollen nur gegenwärtige Daten, nicht auch Chancen der wirtschaftlichen Entwicklung verstanden werden.

³⁾ Die Daten, auf die sich jeweils eine solche Untersuchung stützen wird, interessieren uns hier nicht.

Maßgebend für die aufzuzeigende Analogie sind nun die Feststellungen, daß erstens in diese Untersuchung die Frage nach dem Einfluß, den das Ergebnis des Denkens von M über die derzeitige wirtschaftliche Lage auf die künftige wirtschaftliche Lage hat, nicht eingeht und daß auch nicht die derzeitige wirtschaftliche Lage als solche in sie eingeht, sondern nur die „derzeitige wirtschaftliche Lage“ als Inhalt der Gedanken von M und daß zweitens die Kriterien dafür, ob das, was M gedacht hat, richtig oder unrichtig ist, sowohl von der Tatsache, daß gerade M dies gedacht hat, als auch von den Wirkungen dieser Tatsache unabhängig sind. Hingegen wird die (mittelbare) wirtschaftliche Wirkung des Denkergebnisses¹⁾ von M unter Umständen wesentlich dadurch determiniert werden, ob M richtig oder falsch gedacht hat.

Einer weiteren Erläuterung bedarf die durchgeführte Analogie nicht, da das fundamentum analogiae, nämlich einerseits die Scheidung der okkasionellen Daten eines Denkprozesses von dessen Inhalt und seinem „Wahrheitswert“, andererseits der Zusammenhang der okkasionellen Daten untereinander, klar zu Tage liegt.

Aus den vorstehenden Untersuchungen hat sich die Rolle der im ersten Teil unserer Arbeit analysierten juristischen Fragestellung innerhalb eines näher gekennzeichneten sozialen Zusammenhanges, den wir nunmehr „Rechtsverfahren“ nennen können, ergeben; damit aber ist die Frage noch nicht entschieden, wie sich der juristische Rechtsbegriff zu den, mit Hilfe einer „Machttheorie“ oder einer „Anerkennungstheorie“ bestimmten „soziologischen“ Rechtsbegriffen verhält, denen gegenüber er — vorzüglich durch die Reine Rechtslehre — isoliert wurde. Aber auch die Beantwortung dieser Frage bereitet jetzt keine prinzipielle Schwierigkeit mehr. Man kommt nämlich zu diesen soziologischen Rechtsbegriffen dadurch, daß man als Kriterium des Rechtscharakters von Geboten das Faktum durchgreifender Determinierung des sozialen Verhaltens derjenigen Menschen, an die sich die Gebote richten, annimmt, wobei zumeist besonders darauf Gewicht gelegt wird, daß sich die in Frage stehenden Gebote gegenüber konkurrierenden Geboten als stärker motivierend erweisen. Daraus ergibt sich dann unmittelbar die Frage, auf welche Ursachen jene „motivierende Kraft“ der Gebote zurückzuführen ist, und dies führt zu Untersuchungen über die Art der Macht, die „hinter“ derartigen Geboten stehen muß, um ihnen jene motivierende Kraft zu verschaffen bzw. über die für diese motivierende Kraft erforderliche psychische Einstellung der Gebotsadressaten. Diese Bedingungen gehen dann in die Definition jener „soziologischen Rechtsbegriffe“ ein. Daß diese Definitionen fast durchwegs logisch unkorrekt formuliert sind, da in ihnen Gebotsinhalte mit Gebotssetzungstatsachen konfundiert werden, ist ein Mangel, der sich unschwer beseitigen läßt; der entscheidende Fehler liegt aber in der mit der Festlegung solcher „soziologischer Rechtsbegriffe“ regelmäßig verbundenen Annahme, daß sie den juristischen Rechtsbegriff decken.

¹⁾ Nämlich die Wirkung der auf Grund desselben gefaßten Entschlüsse.

Eine Definition kann ja, als Konvention über den Gebrauch eines Terminus, nicht in dem Sinne falsch sein, daß jener Gebrauch an und für sich unzulässig wäre; wenn man dennoch von falschen Definitionen spricht, so meint man damit, daß dem Definiendum nicht diejenige Bedeutung gegeben wurde, die seiner weiteren (häufig im Zusammenhang mit einem allgemeinen oder wissenschaftlichen Sprachgebrauch stehenden) Verwendung entspricht¹⁾. In diesem Sinne aber sind die in Rede stehenden Definitionen des Rechtsbegriffes fast durchwegs falsch. In ihnen werden nämlich typische Ursachen dafür zusammengefaßt, daß ein in typischer Weise mit Zwangsakten (Zufügung von Übeln) verknüpfter sozialer Prozeß bestimmter Art (das Rechtsverfahren) während einer relativ beträchtlichen Zeit innerhalb einer sozialen Gemeinschaft aktualisiert wird und auf das Verhalten der Gemeinschaftsglieder tiefgreifenden Einfluß ausübt. In den auf dieser Definition basierenden Analysen aber wird dann fast durchwegs mit jenem Rechtsbegriff so operiert, als bestimme er den durch das juristische Verfahren²⁾ konstituierten Rechtsbegriff, es wird also der logische Fehler der quaternio terminorum begangen. Nur wenn man dies klar erfaßt, kann man Kelsens Kritik des soziologischen Rechtsbegriffs (bzw. Staatsbegriffs) richtig verstehen und ihre methodische Bedeutsamkeit erkennen.

Aber die Unterscheidung zwischen dem soziologischen Rechtsbegriff und dem im Rechtsverfahren³⁾ konstituierten Rechtsbegriff läßt die im vorstehenden noch unentschiedene Frage akut werden, ob die „Rechtsordnung“ genannte Einheit von Rechtssätzen (z. B. das österreichische Recht) dem betreffenden Rechtsverfahren prinzipiell immanent ist, ob sie also bei der Beurteilung des Rechtscharakters von Sätzen eine notwendige Voraussetzung bildet.

Man erkennt, daß dies nicht der Fall ist, wenn man bedenkt, daß die im Rechtsverfahren maßgebenden Kriterien dafür, ob ein Gebot Rechtsgebot ist, keineswegs immer, ja nicht einmal in der Regel, eine Bezugnahme auf die für die betreffende Rechtsordnung anzunehmenden Grundgebote enthalten. Wohl ist sich der einzelne Jurist bei seinen Rechtsfeststellungen meist — mehr oder minder deutlich — dessen bewußt, daß er „dasselbe Recht“ anwendet wie die anderen Juristen seines sozialen Kreises (wobei der Begriff des Juristen hier durch äußere soziale Kennzeichen bestimmt zu denken ist), aber diese Begleitvorstellungen sind hier unwesentlich; wesentlich ist allein die Art der Kriterien,

¹⁾ Hier liegt auch der richtige Kern der Unterscheidung zwischen Nominaldefinition und Realdefinition.

²⁾ Über die Unterscheidung zwischen Rechtsverfahren und juristischem Verfahren vgl. die unmittelbar folgende Analyse.

³⁾ Die Behandlung der die Kontinuität der Rechtsordnung betreffenden Fragen erfolgt in der im Rahmen der Reinen Rechtslehre vorgezeichneten Weise. Vgl. hiezu Sander: Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung, a. a. O., und Verdross: Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung, 1923.

auf Grund deren jeweils die Feststellung erfolgt, ob ein bestimmter Satz „Recht“ ist oder nicht. Nun geht freilich die Rechtsordnung als Inbegriff des Rechtsmaterials in das Rechtsverfahren ein, aber hiebei wird jener Begriff bereits als durch ein „Erzeugungsverfahren“ (= Delegationszusammenhang) bestimmt vorausgesetzt und die Art dieser Bestimmung steht eben in Frage.

Aber wenn auch die Rechtsordnung dem Rechtsverfahren (das wir, wie in Erinnerung gebracht sei, soziologisch gekennzeichnet haben) nicht immanent ist, so ist es doch gerechtfertigt, den Begriff der Rechtsordnung als juristischen Rechtsbegriff zu bezeichnen, wenn man die zum Rechtsverfahren gehörige Methode der Feststellung, ob ein bestimmter Gebotsinhalt in bestimmter Weise gesetzt (d. h. zum Ausdruck gebracht) worden ist, als juristische Feststellung seines Rechtscharakters ansieht. Denn damit ist, wie im vorstehenden eingehend auseinandergesetzt wurde, ein bestimmtes Denkverfahren (seiner Art nach) unabhängig davon festgelegt, ob es in einem bestimmten sozialen Zusammenhang praktiziert wird oder nicht; die Rechtsordnung aber ist — wie wir erkannt haben — eben dadurch gekennzeichnet, daß man von einem beliebigen zu ihr gehörigen Gebote durch Iteration jenes Verfahrens zu den Grundgeboten gelangen kann.

Freilich bedarf es zur Herstellung dieses Zusammenhanges meist einiger Hilfsannahmen und auf dieser Tatsache basiert ja, wie wir erkannt haben, die juristische Funktion der Grundnorm. Da man nun das Recht jeder bestimmten Rechtsordnung „positives Recht“ nennt, so wird man im Sinne unserer Auflösung des Normbegriffes statt des Terminus „Grundnorm“ wohl besser das Wort „Positivitätskriterium“ verwenden.

Auf das in der Rechtsordnung zusammengefaßte „Material“ bezieht sich dann die Jurisprudenz als Auslegungswissenschaft. Ob bzw. wie diese gegenüber der Soziologie abzugrenzen sein wird, dies hängt von der heftig umstrittenen Frage ab, wie die Wissenschaft „Soziologie“ nach Gegenstand und Verfahren zu bestimmen ist¹⁾.

Auf Grund der durchgeführten Analysen ergibt sich nun auch — wie wir abschließend zeigen wollen — die Lösung der Streitfrage: Primat der Rechtsanwendung oder Primat der Rechtswissenschaft?²⁾, die eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Problem der Scholastik und der Naturrechtslehre besitzt, ob der Primat des göttlichen Willens gegenüber den Gesetzen der Vernunft bestehe (ob also z. B. Gott Geschehenes ungeschehen machen könne) oder ob das umgekehrte Verhältnis anzunehmen sei.

¹⁾ Diese Frage wird in meinem Buche „Gegenstand und Verfahren der Sozialwissenschaften“ eingehend behandelt werden. Dort wird auch im Rahmen der Analyse der juristischen Begriffsbildung die Anwendung der hier gewonnenen Ergebnisse auf die Lehre vom Rechtssatz erfolgen.

²⁾ Vgl. hierzu insbesondere Merkl: Das doppelte Rechtsantlitz, Jur. Blätter, 1918.

Man gelangt hier zu folgendem Ergebnis: Der im Rechtsverfahren durchgeführte Erkenntnisprozeß der Rechtsbestimmung unterliegt als Erkenntnisprozeß der wissenschaftlichen Überprüfung, was nichts anderes bedeutet, als daß in bezug auf ihn die Frage „richtig oder unrichtig?“ sinnvoll gestellt werden kann. Aber die wissenschaftliche Analyse selbst zeigt, daß erwiesene Unrichtigkeit eines Feststellungsergebnisses den darauf basierenden Geboten keineswegs den Rechtscharakter nimmt.

Unter welchen Umständen jedoch prinzipiell ein Gebot als Rechtsgebot (sc. im Rahmen einer bestimmten Rechtsordnung) anzusehen ist, dies hängt von den im Positivitätskriterium zusammengefaßten Grundannahmen ab. Bei der Wahl dieser Grundannahmen ist die Wissenschaft in ähnlicher Weise „frei“ bzw. „unfrei“, wie bei der Formulierung physikalischer Gesetze oder bei der Definition der diesen Gesetzen korrelativen Begriffe. Die Freiheit liegt darin, daß das Naturgesetz (bzw. der Rechtscharakter) den Naturerscheinungen (bzw. dem sozialen Verfahren) nicht immanent ist und auch nicht eindeutig durch sie bestimmt wird; die Unfreiheit liegt darin, daß die betreffenden Gesetzesformulierungen und Definitionen mit Rücksicht auf den Erkenntniszweck, dem sie sich einzufügen haben, so zu wählen sind, daß sie die Einheit eines schon vorwissenschaftlich mehr oder minder vag umgrenzten Tatsachengebietes als solche erkennen lassen. In dieser Hinsicht hat sich also der juristische Rechtsbegriff bzw. die Wahl des Positivitätskriteriums (der Grundnorm) dem Rechtsverfahren anzupassen, aber diese Anpassung ist schon darum keine bloße Abbildung, weil sie die Verdeutlichung (rationale Nachkonstruktion) einer im Rechtsverfahren häufig bloß recht undeutlich bewußten Thematik in sich schließt.

Reine und angewandte Soziologie

Von

Julius Kraft, Frankfurt a. M.

§ 1. Unmöglichkeit der doppelten soziologischen Wahrheit

Ein beherzigenswerter Satz Duguits, ein Menetekel für den widerspruchsvollen Zustand der Sozialwissenschaften, lautet: „Il n'y a pas deux vérités sociales!“ Es ist somit eine wissenschaftliche Tat, daß Kelsen durch seine systematische Restitution des Prinzips der rechtlichen Normativität der logischen Stringenz in der Rechtstheorie wieder zur Anerkennung verholfen hat, und die Konsequenzen dieser Tat erstrecken sich über die Rechtstheorie hinaus auf das Gesamtgebiet der Sozialwissenschaften. Wenn nämlich eine exakte Rechtstheorie ausführbar ist, so ist das Problem unausweichlich, wie sie widerspruchslös mit den nichtnormativen Sozialwissenschaften zu vereinigen sei. Es wäre ein indiskutabler Gedanke, unser nationalökonomisches, staats- und kultursoziologisches Wissen, kurz unser soziologisches Erfahrungswissen, zu opfern, weil es auf Schwierigkeiten stößt, diese Erkenntnisse mit der wertenden Gesellschaftsbetrachtung in Einklang zu bringen. Es ist gleichfalls indiskutabel, die exakte Rechtstheorie als Hirn-ge-spinnt zu verwerfen, weil sie in das Schema der empiristischen Soziologie nicht hineinpaßt. Kein besonnener Naturforscher wird die Logik ablehnen, weil sie sich nicht experimentell behandeln läßt. Eine solche Ablehnung würde sich ihm vielmehr als Ausdruck eines kurz-sichtigen Ressortfanatismus darstellen, der noch dazu den Ast des eigenen Ressorts absägt. Ein derartiger Ressortfanatismus wuchert in den Sozialwissenschaften noch üppig und hat gegenwärtig zur völligen Desperation des entweder beziehungslosen Nebeneinander oder anar-chischen Durcheinander der Schulen geführt, aus dem es immer schwerer wird, den Ausweg an dem Leitfaden wissenschaftlicher Nüchternheit zu finden.

Das gegenseitige Zuwerfen höhnischer epitheta ornantia trägt zur Lösung dieser Situation wenig bei. Keinen exakten Nationalökonomem wird es ernsthaft berühren, sich als flachen Rationalisten bezeichnet zu finden; aber auch kein Anhänger einer metaphysisch gerichteten Soziologie wird in seiner Überzeugung darum erschüttert werden, weil die Gegenseite seine Meinung als bloße Dichtung abtut. Nur solches gegenseitiges Abtun vermag allerdings das wissenschaftliche Bewissen derjenigen zu beruhigen, die wenigstens an einer bestimmten, aber einseitigen Position festhalten, und dieses doktrinäre Festhalten bleibt immer noch weit erhaben über die heute mehr und mehr um sich

greifende Modeerscheinung, einen theoretischen Gegensatz dadurch zu beheben, daß man ihn einfach „dialektisch aufhebt“ und also beide einander ausschließende Standpunkte zugleich einnimmt. Eine solche „Dialektik“, die sich stolz über die vermeintlich beschränkte Einseitigkeit der Eindeutigkeit erhebt, ist selbst ein eindeutiges Symptom für eine Erschütterung wissenschaftlichen Geistes überhaupt und für seine Ersetzung durch ein gedankenloses Darauflosreden. Die Dialektik ist, weit entfernt eine neue Denkform zu sein, vielmehr eine Kunst, ohne zu denken, den Anschein zu erwecken, daß man besonders tief dächte. Als Dialektiker kann man normativer Rechtstheoretiker und soziologischer Jurist, Grenznutzentheoretiker und Marxist, Kollektivist und Liberaler, soziologischer Naturalist und Mystiker zugleich sein: man hat also in Wahrheit als Dialektiker überhaupt keinen Standpunkt und liefert im Ergebnis einer an Standpunktlosigkeit interessierten propagandistischen Praxis ideologische Werkzeuge.

§ 2. Exakte Problemstellung

Läßt man die Tatsache ernsthaft auf sich wirken, daß unser soziologisches Weltbild unvereinbare Elemente enthält, die sich um die beiden radikalen Pole des Positivismus und des Mystizismus gruppieren, so entsteht die Aufgabe, nach den Bedingungen zu fragen, unter denen eine widerspruchsfreie Einheit sozialwissenschaftlicher Erkenntnis möglich ist, ohne daß die Soziologie eine gewaltsame Verengung ihres Gebietes auf sich nehmen müßte. Wie bei allen prinzipiellen Problemen, so hängt auch hier der Fortschritt von dem Grade der aufgewendeten Exaktheit ab. Alle Elemente zur Lösung des Problems sind bereits durch die bisherige Entwicklung der Sozialwissenschaften geliefert worden und man muß nur verstehen, seine Fragen genau genug zu stellen, um diese Elemente richtig auffassen und zweckmäßig benutzen zu können.

In den „Allgemeinen Grundsätzen der wirtschaftlichen Regierung eines ackerbautreibenden Reiches“ stellt Quesnay gelegentlich folgende elementare Betrachtung an: „Um die Ordnung der Zeiten und der Orte kennen zu lernen, um die Schifffahrt zu regeln und den Handel zu sichern, hat man die Gesetze der Bewegung der Himmelskörper genau beobachten und berechnen müssen; ebenso muß man sich, um die Ausdehnung des Naturrechts der zur Gesellschaft vereinigten Menschen kennen zu lernen, an die natürlichen konstitutiven Gesetze der bestmöglichen Regierung halten“. Der durch methodische Skrupel nicht weiter beunruhigte Geist wird es für eine Selbstverständlichkeit halten, daß Quesnay von einer „Naturordnung der menschlichen Gesellschaft“ spricht, deren Studium die Grundlage für ihre Rechtsorganisation, für ihre bestmögliche Regierung, wie er sich ausdrückt, zu bilden hat (mag auch die spezifisch-physiokratische Formulierung des Naturrechts naheliegenden Einwänden ausgesetzt sein). Aus dieser, der naiven Betrachtungsweise selbstverständlichen, doppelten Bestimmtheit der menschlichen Gesellschaft durch eine Ordnung der Naturgesetze einer-

seits und durch eine Ordnung rechtlicher Gesetze andererseits ergeben sich bei dem Versuch, dieser Relation durch exakte Formulierungen Rechnung zu tragen, Schwierigkeiten, unter deren Eindruck immer wieder der Versuch unternommen wurde und wird, einen naturgesetzlichen oder einen wertgesetzlichen, soziologischen Monismus zu begründen. Beide Monismen lassen sich aber nicht widerspruchsfrei durchführen: der erstere scheitert dabei, das normative System durch seintheoretische Argumente als unmöglich auszuschließen, der letztere bei seiner werttheoretischen Umdeutung der sozialen Wirklichkeit. Der Leitfaden des gesunden Menschenverstandes wie der systematischen Geschlossenheit legt also nicht nur nahe, sondern fordert eine Exposition der Prinzipien sozialer Gesetzlichkeit unter der Voraussetzung ihrer prinzipiellen Dualität. Wir fragen also:

1. Was bedeutet die naturgesetzliche Bestimmtheit der menschlichen Gesellschaft?
2. Was bedeutet ihre rechtsgesetzliche Bestimmtheit?
3. Ist diese doppelt gesetzliche Bestimmtheit der menschlichen Gesellschaft widerspruchsfrei möglich?

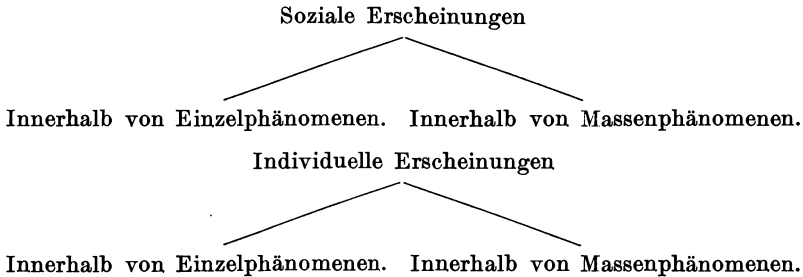
§ 3. Begriff der sozialen Erscheinung

Wenn man behauptet, die sozialen Erscheinungen seien Naturerscheinungen und unterständen daher Naturgesetzen, so macht man von den Begriffen „soziale Erscheinung“, „Natur“, „Naturgesetz“ Gebrauch. Um seine Behauptung möglichst vor terminologischen Mißverständnissen zu schützen, ist ein genaueres Eingehen auf diese drei Begriffe, für die sich zwar im Alltagsleben, jedoch nicht in der Theorie einigermaßen festbestimmte Abstraktionen herausgebildet haben, unvermeidlich.

Die soziale Erscheinung ist offenbar primär durch ihren Unterschied von der individuellen Erscheinung charakterisiert. Während nämlich für letztere im Grenzfall nur ein Individuum gegeben zu sein braucht, sind für erstere mindestens zwei Individuen erforderlich. Dies ist zwar nur eine Konsequenz aus der Worterklärung von „sozialer Erscheinung“, wird aber dennoch häufig übersehen. Wenn ein und dieselbe Situation bei noch so vielen Individuen gegeben ist, braucht noch keine soziale Erscheinung vorzuliegen und umgekehrt kann eine soziale Erscheinung vorliegen, ohne daß es sich um ein Massenphänomen handelt. Daß die größere Anzahl der Menschen mathematisch unproduktiv ist, ist sicher eine Massenerscheinung, aber keine soziale Erscheinung (wenn auch vielleicht ein sozial-relevanter Tatbestand); das einmalige Verhältnis zwischen Aristoteles und Alexander dagegen ist eine kultur- und staatssoziologisch sehr wichtige soziale Erscheinung. Es ist also eine mangelhafte Abstraktion, als Kriterium der sozialen Realität die Massenhaftigkeit irgendeines an und für sich individuellen Tatbestandes (z. B. der Hautfarbe) oder eine bestimmte Erscheinungsreihe des individuellen

Lebens (z. B. das soziale Handeln M. Webers¹⁾) anzugeben. Vielmehr muß man die Begriffe Einzel- und Massenerscheinung von den Begriffen Individual- und Sozialerscheinung streng unterscheiden und kann als soziale Erscheinung im strengen Sinn nur den Tatbestand des gegenseitigen Aufeinanderwirkens von Menschen gelten lassen.

Es ergibt sich also folgende Übersicht:



Der Fall des sozialen Aufeinanderwirkens liegt sowohl bei einer harmonischen wie bei einer antagonistischen Sozialerscheinung vor; es kann sich um unwillkürliches wie um willkürliches²⁾ Aufeinanderwirken handeln, das in der allgemeinen Form seiner Gesetzmäßigkeit von dem variablen psychophysischen Inhalt des jeweiligen Gesellschaftssystems unabhängig ist.

Die soziale Realität ist in dem Augenblick entdeckt, als man erkennt, daß die Menschen als Kräfte aufeinander wirken. Das soziale Kraftfeld auch nur in seinen es konstituierenden Bedingungen befriedigend zu bestimmen, setzt allerdings eine besondere Behutsamkeit voraus. Man braucht nicht gerade in den Überschwang des Soziologismus zu verfallen und die Freude über die Entdeckung eines neuen empirischen Erscheinungskomplexes, der aber doch nur ein empirischer Teilkomplex bleibt, in einem Rausch auszutoben, der das Soziale hypostasiert, jedenfalls aber über seinen tatsächlichen Bereich hinaus erweitert und alle Wissenschaften, möglichst auch alle künstlerischen Tätigkeiten, in Soziologie zu verwandeln strebt; es entstehen schon genügend Schwierigkeiten, wenn man nüchtern daran geht, den legitimen Bereich sozialer Erscheinungen durch exakte Formeln zu bestimmen.

Eine Analyse des Tatbestandes der interindividuellen Interdependenz stößt auf heterogene Erscheinungsreihen:

¹⁾ Auch derjenige, der eine Körperverletzung mit untauglichen Mitteln am untauglichen Objekt begeht, genügt dem Kriterium des sozialen Handelns, kann aber diesen Tatbestand als isoliertes Individuum realisieren und umgekehrt war die Ausbildung der Naturwissenschaften sozial äußerst relevant, obwohl ihr eine soziale Intention fehlte.

²⁾ Es ist Aufgabe einer besonderen, an dieser Stelle nicht durchführbaren Nachweisung, daß die Idee der Willensfreiheit das Prinzip der naturgesetzlichen Determination des für die Soziologie allein relevanten psychologischen Willensphänomens nicht berührt.

1. Auf die psychischen; 2. auf die physiologischen Prozesse der Beteiligten; 3. auf die außerhalb der Beteiligten gelegenen physikalischen Bedingungen ihrer Interdependenz. Hieraus lassen sich zwanglos drei einseitige Auffassungen der sozialen Erscheinung verständlich machen, die allerdings auf ihren empirischen Gehalt reduziert, immer einen analytischen Wert behalten: die psychologische, die physiologische und die milieu-physikalische¹⁾.

Ein von der täglichen sozialen Erfahrung ausgehender Versuch ihrer Einordnung in die allgemeine Naturerfahrung gelangt zu einer diese Einseitigkeiten vermeidenden psycho-physischen Auffassung. Ob man seine orientierenden Beispiele aus der Sphäre des wirtschaftlichen, kulturellen oder staatlichen Gebietes nimmt, immer wieder stößt man auf eine spezifische Kombination physischer und psychischer Faktoren, deren Zusammenspiel die soziale Beziehung konstituiert. Die Tauschkontrahenten veranlassen sich gegenseitig durch Hingabe der gewünschten Waren zum Tausch, der Ritualakt des Priesters verbindet sich mit den Gebeten der Gläubigen zum Gottesdienst, die Befehlsgewalt des militärischen Vorgesetzten mit der ihr korrespondierenden Gehorsamsbereitschaft der ihm Untergebenen tritt uns als militärische Organisation entgegen. Wenn also Marx das gesellschaftliche Verhältnis als ein durch Sachen vermitteltes Verhältnis zwischen Personen bestimmt, so liegt darin eine richtige, insbesondere die mystische Substanzialisierung des Sozialen vermeidende Exposition des Tatbestandes „soziale Realität“.

§ 4. Soziale Gesetzmäßigkeit als spezifische psycho-physische Zuordnungsregel

Diese Exposition bestimmt noch nicht explicit die Form sozialer Gesetzmäßigkeit; sie läßt es insofern noch offen, ob die naturgesetzliche Deutung dieser Realität nur ein Spezialfall physikalischer oder psychologischer Gesetzmäßigkeit ist oder einer spezifischen Gesetzmäßigkeit untersteht. Diese Fragestellung weist bereits darauf hin, daß man Naturgesetz und Naturgesetz eines bestimmten Erscheinungsgebietes nicht identifizieren darf. Vermöge einer solchen fehlerhaften Identifikation läßt sich z. B. beweisen, daß die psychische Realität keine Naturrealität sei, wobei letztere auf die physikalische eingeschränkt gedacht, gleichzeitig aber auf das Herausfallen ersterer aus einer Kausalordnung überhaupt geschlossen wird. Der analoge Trugschluß für die soziale Realität ist noch dadurch erleichtert, weil hier der komplizierte psycho-physische Zusammenhang auftritt. Innerhalb dieses Zusammenhanges ist zunächst jede seiner drei heterogenen Reihen naturgesetzlich bestimmt und deren theoretische Beherrschung dient daher der Erkenntnis von Elementen des

¹⁾ Im Gegensatz zu einer allgemein-physikalischen, nicht etwa behavioristischen Auffassung, deren Möglichkeit man in meiner Abhandlung: Soziale Erscheinungen als Naturerscheinungen, Kölner Vierteljahrshefte, Bd. 8, Heft 3, begründet findet.

sozialen Zustandes. Die Ertragsgesetze, die Psychologie der Bedürfnisbefriedigung und die Physiologie der Muskelprozesse sind geeignet, Licht über gesellschaftliche Vorgänge zu verbreiten. Soziale Gesetze werden aber auf diesem Wege nicht gewonnen, sondern lediglich Gesetze sozial-relevanter Tatbestände; das Gesetz ihrer Relevanz selbst bleibt durch sie unbestimmt. Eine einfache Überlegung zeigt, warum dieses Gesetz eine spezifische Form haben muß. Die psycho-physische Natur der sozialen Erscheinung ist nämlich gleichbedeutend mit der qualitativen Uneinheitlichkeit ihrer Elemente. Zwischen qualitativ-uneinheitlichen Elementen lassen sich aber keine kontinuierlichen Beziehungen herstellen, sie lassen sich nicht in ein und derselben Reihe anordnen. Es hat einen exakten Sinn von einer gegenseitigen Einwirkung physikalischer Massen, von einer assoziativen Abhängigkeit von Vorstellungen zu sprechen. Es hat aber keinen exakten Sinn zu sagen, daß die Ursache erhöhter Herztätigkeit die psychische Erregung oder daß die pädagogische Gedankenarbeit des Aristoteles die Wirkung des ihm vom König Philipp gezahlten Gehaltes sei. Dieser Sachverhalt läßt sich abstrakt so formulieren, daß das Abhängigkeitsverhältnis qualitativ verschiedener Elemente kein Kausalverhältnis sein kann. Kausalverhältnisse können nämlich nur dort bestehen, wo ein kontinuierliches Übergehen der Ursache in die Wirkung konstruierbar ist; gerade dieser Fall ist aber zwischen qualitativ ungleichmäßigen Elementen ausgeschlossen. Es wäre nun voreilig, aus dem Nichtbestehen einer Kausalordnung auf das Nichtbestehen einer naturgesetzlichen Ordnung überhaupt zu schließen; eine solche Identifizierung von Naturgesetz und Kausalgesetz wird der tatsächlichen Naturbeurteilung nicht gerecht. Diese Beurteilung knüpft nämlich die Annahme notwendiger Abhängigkeiten nicht an die Bedingung qualitativer Gleichartigkeit der jeweils gegebenen Elemente. Daß unsere Gedanken von Gehirnprozessen, daß die Güterverteilung in der Gesellschaft von Gruppenrelationen abhängig sei, setzen wir ebenso voraus wie die gegenseitige Beeinflußbarkeit materieller Systeme. Solche Abhängigkeitsformen fallen unter den Begriff der Zuordnungsregel. Eine Zuordnungsaussage über Naturelemente hat mit einer Kausalaussage die Behauptung eines realen Abhängigkeitsverhältnisses gemeinsam; sie unterscheidet sich von ihr aber dadurch, daß sie ihre Elemente nicht auseinander hervorgehen, sondern nur ohne einander nicht vorhanden sein läßt. Sie ordnet sich insofern also in die allgemeinste Form der Naturgesetzlichkeit, die lediglich die Gesetzmäßigkeit realer Abhängigkeit in Raum und Zeit ist, ein.

Das Prinzip des psycho-physischen Parallelismus, dem gemäß einem psychischen Ablauf ein physiologischer Ablauf zugeordnet sein muß, ist eine solche Zuordnungsabstraktion, deren Fruchtbarkeit durch die Experimentalpsychologie bewiesen ist. Erst durch den psycho-physischen Parallelismus wird eine Beziehung zwischen äußerem Reiz und psychischer Reaktion, wie sie etwa das Weber-Fechnersche Gesetz ausspricht — dem Fortschreiten der Empfindungen

Der arithmetischen Reihe entspricht annähernd ein Fortschreiten der zugehörigen Reizintensitäten in geometrischer Progression (Formulierung Ebbinghaus-Bühler) — verständlich. Die Zuordnungsform des psycho-physischen Parallelismus bezieht sich ihrem Begriff zufolge auf ein und dasselbe Individuum; sie ist daher zwar eine notwendige Vorbedingung für die Formulierung sozialer Abhängigkeiten, reicht aber zur Erfassung von deren interindividuellem Charakter nicht aus. Die soziale Zuordnungsgesetzmäßigkeit ist nicht die des psycho-physischen Parallelismus, sondern vielmehr die eines psycho-physischen Vermittungsverhältnisses, und zwar wird der Unterschied zwischen der individuellen und der interindividuellen Zuordnung dadurch konstituiert, daß die interindividuelle Interdependenz nur durch solche physische Faktoren herbeigeführt werden kann, die selbst nicht notwendig Parallelphänomene der in der jeweiligen sozialen Erscheinung wirksamen psychischen Faktoren sind. Der Einfluß von Mensch auf Mensch ist immer an physische Mittel gebunden, an die Mittel der Sprache, der Gebärde, des Sachgutes usw. Diese in dem psycho-physischen Parallelismus nicht auftretende äußere Mittelbeziehung muß in der sozialen Gesetzmäßigkeit ihren Ausdruck finden, die man daher genauer als psycho-physische Vermittlungsgesetzmäßigkeit bezeichnen kann¹⁾. In ihrer allgemeinen Form lautet die soziale Gesetzmäßigkeit folgendermaßen: Wenn A mit dem psychischen Zustand x und den physischen Mitteln y und B mit dem psychischen Zustand x_1 und den physischen Mitteln y_1 gegeben sind, so entspricht dieser Datenkonstellation eine bestimmte Form der Abhängigkeit zwischen A und B. Die Änderung einer gegebenen sozialen Abhängigkeit, wovon jener Tatbestand, den wir Ausbeutung nennen, ein Spezialfall ist, setzt daher eine Änderung der sie bedingenden psycho-physischen Elemente voraus, und in diesem Zusammenhange hat es Sinn, von einer kausalen Bedingtheit sozialer Erscheinungen zu sprechen. Diese kausale Bedingtheit reduziert sich aber immer auf Kausalreihen innerhalb untereinander gleichartiger psychischer oder physischer Elemente, deren soziale Interdependenz eine nichtkausale bleibt.

¹⁾ Eine soziale Gesetzmäßigkeit in diesem Sinne gilt natürlich nicht nur für Menschen-, sondern auch für Tiergesellschaften. Ihre Anwendung für die Deutung ersterer hat deshalb aber eine ausgezeichnete Stellung, weil in ihr die Ergebnisse psychologischer Introspektion unmittelbar verwendet werden können. Geht man von dem Fall des psycho-physischen Parallelphänomens aus stufenweise weiter, so stößt man zunächst auf das dem Weber-Fechnerschen Gesetz zugrunde liegende Verhältnis zwischen Mensch und materieller Umwelt und erst dann auf das Verhältnis Mensch und Mensch. Schon ersteres ist ein psycho-physisches Vermittlungsphänomen, aber ein solches, bei dem psychische Faktoren nur auf einer Seite gegeben sind. Die soziale Erscheinung ist also exakt als doppelseitig-psychisches, psycho-physisches Vermittungsverhältnis zu charakterisieren. Im strengen Sinne kann man auch nicht von interindividueller Wechselwirkung, sondern nur von einer wechselseitigen Abhängigkeit sprechen, die sich in Form einer Zuordnungsgesetzmäßigkeit ausdrückt. Eine Wechselwirkung besteht hier nur innerhalb des in der sozialen Erscheinung gegebenen materiellen Systems.

Das soziale Naturgesetz, d. h. die psycho-physische Vermittlungsgesetzmäßigkeit, muß nun noch unterschieden werden von dem, was man soziale Funktionalbeziehung nennt. Die Malthussche Beziehung z. B. zwischen der arithmetischen Progression der Lebensmittel und der geometrischen Progression der Bevölkerung ist an und für sich nur eine Größenbeziehung, aber noch kein soziales Gesetz im strengen Sinn. Diese Größenbeziehung könnte allerdings als Naturgesetz durch Einführung psychischer Elemente (Sexualtrieb) formuliert werden und damit zum Ausdruck einer realen Abhängigkeit werden, deren effektives Bestehen natürlich offen bleibt. Daß die psycho-physische Deutung der sozialen Gesetzmäßigkeit keine bloße Konstruktion ist, sondern der Realität entspricht, läßt sich schon in abstracto zeigen. Da nämlich die Gesellschaft prinzipiell einer rein-physikalischen Deutung fähig sein muß (§ 3), die als solche nicht nur Zuordnungs-, sondern vielmehr Kausalgesetze formuliert, folgt nach dem Prinzip des psycho-physischen Parallelismus, daß die Deutung der Gesellschaft als psycho-physisches Vermittlungsphänomen die Abbildung ihrer physikalischen Gesetzmäßigkeiten ist. Es ist ein und derselbe Tatbestand, den wir das eine Mal physikalisch nach Kausalgesetzen, das andere Mal psycho-physisch nach spezifischen Zuordnungsgesetzen deuten¹⁾. Wenn die physikalische Deutung sozialer Erscheinungen, die nur eine Konsequenz der physikalischen Naturbetrachtung überhaupt ist, berechtigt ist, dann muß es also die psycho-physische auch sein.

§ 5. Anwendung dieser Abstraktion

Eine exemplifizierende Erörterung über die Anwendung der psycho-physischen Deutung auf die vorliegenden Formulierungsversuche sozialer Gesetzmäßigkeiten ist von dem Bestehen dieser Gesetzmäßigkeiten deshalb unabhängig, weil die psycho-physische Vermittlungsbeziehung als solche noch von ihren konkreten Anwendungsformen zu trennen ist. Selbst wenn die Inhalte aller bekannten sozialen Gesetzmäßigkeiten also ungültig wären, so würde dies doch den Nachweis der ihnen entsprechenden psycho-physischen Deutungsmethode nicht berühren.

Das Grundgesetz dessen, was man Wissenssoziologie²⁾ nennt, in eine exakte Formel gebracht, lautet: Die Überzeugungen der Menschen entsprechen ihrer (durch außerintellektuelle Merkmale, z. B. wirtschaftliche, politische, bestimmten) Gruppenzugehörigkeit. Diese Beziehung

¹⁾ Das Totalphänomen der Gesellschaft enthält die drei aufgewiesenen psychologischen, physiologischen und physikalischen Reihen. (§ 3) Dieser identische Tatbestand unterliegt einer doppelten Deutung: der psycho-physischen und der physikalischen, die verschiedene Elemente des Totalphänomens miteinander verknüpfen, aber austauschbar sind.

²⁾ Daß es eine Soziologie des Wissens im Sinne einer Zurückführung des Wissens auf „Soziales“ nicht geben kann, sondern statt dessen nur eine Soziologie von Wissensorganisationen, zeigte ich in meiner Abhandlung: Soziologie oder Soziologismus?, Zeitschr. f. Völkerpsychol. u. Soziol., 5. Jahrg., H. 4.

besteht tatsächlich nicht, vielmehr zwingt die Realität zur Anerkennung wichtiger „Ausnahmen“ von ihr und die regelgerechten Fälle beruhen auf einem bedeutend komplizierteren Mechanismus, als der Wissenssoziologie bekannt ist. Dennoch ordnet sich dieser verfehlte Ansatz dem Schema der sozialen Zuordnungsregel ein; er verknüpft die äußere Stellung der Individuen in der Gesellschaft mit ihren Überzeugungen, ordnet also physische Vermittlungselemente und psychische Elemente einander zu, und zwar dergestalt, daß letztere als von ersteren abhängig gedacht werden.

Die soziologische Staatsidee (Gumpłowicz-Oppenheimer) spricht den Gedanken aus, daß der Staat das konsolidierte Ergebnis der militärischen Unterwerfung einer Gruppe durch eine andere ist. Dieser außerordentlich fruchtbare heuristische Gesichtspunkt ist keine General-

Wer z. B. Untersuchungen darüber anstellt, wie Staat und Kirche die Entwicklung von Philosophie und Naturwissenschaften gehemmt und gefördert haben oder wie das technische Wissen für die Wirtschaftsentwicklung relevant wurde, reduziert damit das Wissen nicht auf andere Daten, sondern setzt es zu außerintellektuellen Bedingungen in eine genetische Beziehung. Ganz anders gestaltet sich die Sachlage, wenn man das Wissen selbst auf andere, und zwar sogenannte soziologische Bedingungen zu reduzieren sucht. Dann ergibt sich unweigerlich ein Rückfall in die Fiktion der sozialen Wesenheiten, wie etwa Scheler seine geistreiche Wissenssoziologie mit dem aprioristischen Diktat einleitet: Kein Ich ohne Wir, und zwar ohne Gruppenseele und Gruppengeist. Dieser Ansatz hat den groben Materialismus des Marxismus beseitigt, ist ihm sonst an Exaktheit aber nicht überlegen. Schelers Katalog klassenmäßig bestimmter formaler Denkart, z. B.: Unterklasse — Werdensbetrachtung, Oberklasse — Seinsbetrachtung, umfaßt keineswegs „formale Denkart“, sondern Klassifikationen durchaus historisch-variabler Betrachtungsarten, ähnlich wie die Aufreihung sogenannter Kategorien des deutschen und englischen Denkens in seinem „Genius des Krieges und der deutsche Krieg“. Die Wissenssoziologie im Sinne einer Zurückführung des Wissens auf soziale Wesenheiten (diese Konsequenz ist unvermeidbar, da die empirisch gegebenen sozialen Erscheinungen bereits Wissenselemente enthalten und zu einer Reduktion des Wissens überhaupt sich also nicht eignen), führt zu folgender typischen Konsequenz: man muß entweder die Möglichkeit einer Wahrheitserfassung ohne Wissensgrundlage annehmen und kommt dann auf die sogenannte Klassenwahrheit, allgemeiner auf das „seinsgebundene Denken“ (in seiner Widersinnigkeit glänzend enthüllt von Mises: Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Bd. 183, I, S. 277 ff.), oder aber man erklärt alle Vorstellungen für Illusionen. Beide heute so verbreiteten Lehren widersprechen sich zwar selbst, aber hiefür steht das bewährte Hilfsmittel der Hegelschen Dialektik zur Verfügung, das mit seiner Eliminierung des Satzes vom Widerspruch die hier durch die Soziologie vollzogene Vernichtung des Denkens allgemein formuliert und daher die Unhaltbarkeit dieser Art, Soziologie zu treiben, eindeutig zum Ausdruck bringt. Nicht ein rätselhaftes gesellschaftliches Sein bestimmt das Bewußtsein, sondern das Bewußtsein und die sonstigen Elemente der psychischen Realität machen in ihrer interindividuellen, physisch vermittelten Interdependenz die menschliche Gesellschaft aus.

antwort auf das Problem der Staatsbildung und wird also, sofern er diesen Anspruch dennoch erhebt, zu einer verfehlten Generalisierung. Als heuristischer Gesichtspunkt weist er aber an, jene Zuordnungsbeziehung zwischen physischen Gewaltmitteln, Befehls- und Gehorsamsdispositionen, die wir Staat nennen, ihrer Entstehung nach in Beziehung zu einer anderen, einfacheren psycho-physischen Beziehung zu setzen, die wir militärischen Gruppenkampf nennen.

Besonders einleuchtend läßt sich die Form der sozialen Gesetzmäßigkeit an Hand der Preistheorie nachweisen. Der Satz der Arbeitswerttheorie, daß sich die Güter gemäß der auf sie verwandten Arbeitszeit tauschen, ist an und für sich nur eine ökonomische Funktionalbeziehung für die „Preisverhältnisse innerhalb der mit gleichartiger Arbeit produzierten Güter“ (Amonn). Diese Funktionalbeziehung wird erst zu einem unter bestimmten Voraussetzungen gültigen sozialen Naturgesetz, wenn ihr das von der subjektiven Wertlehre konsequent theoretisch ausgewertete Streben aller Produzenten nach dem Maximum an Einkommen zugeordnet wird. In dieser Form ist das Arbeitswertprinzip eine Folgerung aus der Grenznutzentheorie, während es in seiner prinzipiellen Gestalt als Theorie der Preisbestimmung überhaupt der Erfahrung zuwiderläuft¹⁾. Das Grundgesetz der Grenznutzentheorie läßt sich in dem Satz aussprechen: der Preis liegt zwischen den Wertschätzungen der beiden „Grenzpaare“ (Amonn). Dies ist nichts anderes als eine Zuordnung der Preisrelation zu der für den Tauschakt relevanten Motivation²⁾ der Tauschkontrahenten; durch eine nach der An-

¹⁾ Dies gilt nur für die Smith-Ricardosche Formulierung des Arbeitswertgesetzes, während Marx ihm auf Grund seiner unhaltbaren Tauschwertgleichung jeden empirischen Sinn nimmt und es auf die Konstatierung der Vergleichbarkeit jeder Ware mit dem Begriff der „abstrakt-menschlichen Arbeit“ reduziert, den er nach Hegelscher Methode zu der „gemeinschaftlichen gesellschaftlichen Substanz“: „gesellschaftliche Durchschnittsarbeit“ hypostasiert, aus der die Waren als „Arbeitsgallerten“ emanieren sollen.

²⁾ Es ist wichtig, den psychologischen Charakter der Grenznutzentheorie festzuhalten, weil M. Weber aus seiner berechtigten Kritik des Brentanoschen Ableitungsversuchs der Grenznutzentheorie aus dem Weber-Fechnerschen Gesetz irrtümlich darauf geschlossen hat, daß „die Grenznutzenlehre, und überhaupt jede subjektive Wertlehre, ... nicht psychologisch... fundamentierte ist“. (Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, S. 360ff., 1922.) Eine Generalisierung dieses Gedankens ist die Lehre M. Webers, daß die Soziologie überhaupt von der Psychologie unabhängig sei und sich der Methode des deutenden Verstehens bedienen müsse. (Wirtschaft und Gesellschaft, S. 1, 9, 1921.) Das deutende Verstehen erweist sich jedoch in der Anwendung immer als von psychologischen Voraussetzungen ebenso abhängig, wie es die Preistheorie ist; das letztere wird neuerdings in Verfolgung des M. Weberschen Fehlers von Lederer: Aufriß der ökonomischen Theorie, S. 188, 1931, und von Ellen Quittnert-Bertolasi: Die Stellung der Lausanner Schule in der Grenznutzenlehre, Arch. f. Sozialwiss. u. Sozialpol., Bd. 64, S. 33, verkannt, dagegen von Morgenstern: Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Bd. 183, I, S. 4 ff., scharfsinnig und richtig erörtert.

näherungsmethode vollzogene Einführung modifizierender Bedingungen (Konkurrenz, Monopol, Produktionsfaktoren usw.) gelangt man von hier aus zur ökonomischen Theorie.

§ 6. Begriff der reinen Soziologie

Eine sich an der empirischen Forschung (§ 5) wie an einer prinzipiellen methodischen Überlegungen (§ 4) orientierende allgemeine Problemstellung der reinen Soziologie kann nur zu dem Ergebnis kommen, daß sie die Gesetzmäßigkeiten des sozialen Geschehens zu bestimmen habe. Reine Soziologie unternimmt die zusammenhängende Darstellung der sozialen Gesetzmäßigkeiten, wie sie dem jeweiligen Stande der Forschung bekannt sind. Zu dieser beinahe selbstverständlichen Bestimmung ist dennoch eine Erläuterung notwendig. Reine Soziologie ist Theorie von sozialen Erscheinungen, aber nicht Erklärung beliebiger Erscheinungen durch sogenanntes „Soziales“. Weder die Umdeutung individueller in interindividuelle Erscheinungen, noch gar die Hypostasierung des sozialen Zusammenhanges ist die Aufgabe der Soziologie, der vielmehr als empirischer Wissenschaft solche Fiktionen schnurstracks zuwiderlaufen. Unter diesem Gesichtspunkt erledigt sich auch der noch immer nicht erloschene Streit über das Verhältnis der Soziologie zu den übrigen theoretischen Sozialwissenschaften. Die Soziologie als Theorie der sozialen Gesetzmäßigkeiten umfaßt ebenso wie irgendeine sonstige Erfahrungswissenschaft verschiedene Teildisziplinen, von denen die theoretische Nationalökonomie die bei weitem ausgebildetste ist. Man mag die außerökonomischen Sozialwissenschaften (z. B. Staats-, Rechts-, Religionssoziologie) im engeren Sinne als Soziologie bezeichnen. Der Sache nach bilden sie jedoch mit der ökonomischen Theorie zusammen ein Ganzes, das nur durch Zusammenarbeit seiner Teile jemals zu einer Totaltheorie der menschlichen Gesellschaft vordringen kann. Der methodisch durchaus verschieden entwickelte Stand der einzelnen soziologischen Disziplinen gestattet heute noch dem jeweiligen Forscher möglicherweise eine Spezialisierung auf sein Gebiet. Prinzipiell muß es dagegen als Forschungsmaxime gelten, sich als Vorbild an der jeweils entwickeltsten Disziplin zu orientieren und d. h. heute an der theoretischen Nationalökonomie. Es bedeutet daher das Preisgeben einer gehaltvollen Fragestellung überhaupt und das Versandenlassen der Soziologie in der unfruchtbaren Dürre bedeutungsloser Klassifikationsformeln, wenn man den Zusammenhang der Soziologie mit ihren Spezialdisziplinen löst und eine von ihnen unabhängige Soziologie zu begründen sucht (die übrigens schließlich doch noch von ihnen abhängig bleibt, denn wie sollte sie sonst zu ihren Klassifikationen gelangen?). Eine allgemeine Soziologie, d. h. eine solche, welche die ganze Gesellschaftsordnungen beherrschenden Gesetzmäßigkeiten entwickelt, kann sich nur langsam durch Vergleichung der vorläufigen Ergebnisse ihrer Spezialdisziplinen entwickeln. Der umgekehrte Weg muß bei dem Komplexitätsgrad der sozialen Realität in einer Aufreihung nichtssagender Allgemeinheiten verlaufen.

§ 7. Begriff der angewandten Soziologie

Angewandte Soziologie ist die Theorie der sozialen Organisation. Als solche steht sie in Analogie zur angewandten Wissenschaft, zur Kunstlehre überhaupt, z. B. zur angewandten Physik. Hieraus folgt der wichtige Satz, daß ihr angewandter mit ihrem empirischen Charakter nicht im Widerspruch steht, und zwar auch dann nicht, wenn das Ziel der Anwendung kein beliebiges, sondern ein ethisch ausgezeichnetes ist. Dies ist eine der Fundamenteinsichten der Naturrechtslehre, die trotz aller schwerwiegender Fehler auf dem richtigen Grundgedanken beruht, daß die Theorie der sozialen Organisation von der Theorie der reinen sozialen Gesetzmäßigkeiten nicht zu trennen ist. In abstrakter Form läßt sich dieser Gedanke auch so formulieren, daß alle Aussagen der angewandten Soziologie auf solche der reinen Soziologie, mit Ausnahme ihres möglichen Anspruchs als objektive Werturteile, reduzierbar sind. Die Behauptung der Notwendigkeit eines bestimmten sozialen Zustandes zur Garantie eines bestimmten anderen sozialen Zustandes besagt ja nichts anderes als die notwendige Zugeordnetheit dieser beiden Zustände zueinander. Wer zum Beispiel den Weltstaat für die einzige Garantie des Weltfriedens hält, vollzieht eine solche Zuordnung, die erst durch die objektive Wertauszeichnung des Weltfriedens als Erfordernis des Rechtszustandes zwischen den Völkern ein über ihren theoretischen Sinn hinausgehendes praktisches Moment in sich aufnimmt. Sozialorganisatorische Behauptungen ohne objektiven Wertanspruch ihrer Zielsetzung sind also von solchen der reinen Soziologie prinzipiell überhaupt nicht unterschieden, das Hinzutreten des objektiven Wertanspruches löst nicht das Verhältnis zur reinen Soziologie, sondern fügt den theoretischen Aussagen nur ein aus ihnen unableitbares neues Moment hinzu. Die allgemeine Form politischer Urteile mit objektivem Wertanspruch lautet daher: Der soziale Zustand x ist objektiv seinem Werte nach ausgezeichnet; sein Bestehen ist an das Gegebensein der sozialen Gesetzmäßigkeiten y geknüpft. Führt man als Bewertungsprinzip das Prinzip des Rechtes ein, so lautet die Form genauer: der soziale Zustand x soll sein; sein Bestehen ist an das Gegebensein der sozialen Gesetzmäßigkeiten y geknüpft.

§ 8. Anwendung dieser Abstraktion

Da die soziale Organisationstheorie heute noch mehr ein Postulat als eine Realität ist, läßt sich die Anwendung der ihr adäquaten Gesetzmäßigkeitsform schwerer als für die reine Soziologie nachweisen. Es ist daher notwendig, zur Exemplifizierung die Organisationspraxis heranzuziehen, die immer, wenn auch nicht auf einer durchgebildeten Organisationstheorie, so doch auf gewissen sozialorganisatorischen Vorstellungen beruht, die, von dem sie meistens umkleidenden Beiwerk einer religiösen Metaphysik befreit, auch die Grundformen der sozialen Gesetzmäßigkeit enthalten. Eine soziale Einrichtung ist ja schon in abstracto nichts anderes als eine solche psycho-physische Anordnung,

die der Herbeiführung eines bestimmten Zweckes, z. B. der Sicherung einer Besitzverteilung, der Aufrechterhaltung einer Glaubensmeinung dient. Sie ist eine, sei es erfolgreich oder erfolglos verlaufende soziale Versuchsanordnung, und zwar unabhängig davon, ob ihr Zweck objektiv gerechtfertigt ist oder nicht. Das gleiche gilt für die noch nicht in die soziale Realität eingetretenen politischen Projekte, die immer von der Voraussetzung ausgehen, daß eine bestimmte Datenanordnung einen bestimmten Erfolg verbürgen werde. So werden Liberalismus bzw. Kollektivismus als Bedingungen der ökonomischen Wohlfahrt, Freihandel bzw. Weltkommunismus als Bedingungen des Weltfriedens ausgegeben und diese Form der Zuordnung setzt sich bis zu jeder Polizeiverfügung, die die Übertretung der Polizeistunde unter Strafe stellt, fort. Jede beliebige empirische Regel der politischen Praxis — wie zum Beispiel: *si vis pacem, para bellum; panem et circenses* — läßt sich als rein-soziologische Aussage formulieren und bestätigt damit die angegebene Relation der reinen zur angewandten Soziologie. Die politische Praxis konnte nie auf irgend eine Art soziologischer Orientierung verzichten, die ihre Grenzen erst dort findet, wo Vorstellungen einer, z. B. fatalistischen Metaphysik, und zwar nicht nur dekorativ, wirksam werden. Ein gutes Beispiel hierfür aus der Neuzeit ist die Politik der marxistischen Parteien.

In diesem Zusammenhang ist es wichtig festzuhalten, daß die Rechte und Pflichten bedingende Rechtsnorm auf das Schema der sozialen Naturgesetzlichkeit nicht reduziert werden kann. Das Bestehen eines Rechtsverhältnisses setzt jedoch immer ein faktisches, soziales Verhältnis, für das es gilt, voraus und dieses soziale Verhältnis untersteht wieder der sozialen Naturgesetzlichkeit. Dem System der Rechtsverhältnisse einer Gesellschaft aber entspricht ein System ihnen genügender oder ihnen nicht genügender Verhaltensakte. Diese Verhaltensakte sind Elemente des realen Gesellschaftszustandes und daher der ihn beherrschenden Gesetzmäßigkeit eingeordnet; d. h. aber gar nichts anderes, als daß die Gesellschaftsorganisation naturgesetzlich determiniert bleibt, obwohl ihre Beurteilung nach objektiven Wertmaßstäben einem anderen Gesetzlichkeitssystem entnommen werden muß. Dieses Bewertungssystem kann nämlich nur auf das naturgesetzlich bestimmte, soziale System angewandt werden.

§ 9. Vereinbarkeit reiner und angewandter Soziologie

Man kann den Gegenstand der angewandten als einen Spezialfall des Grundtatbestandes der reinen Soziologie auffassen, und zwar insofern, als er diejenige Klasse von Gesellschaftszuständen umfaßt, die einem gegebenen Organisationsziel genügen. Die notwendige Voraussetzung hierfür ist die Berücksichtigung der Datenkonstellation in dem jeweils gegebenen Gesellschaftszustand; angewandte ohne reine Soziologie ist also unmöglich. Dies zu übersehen oder nicht genügend in der Anwendung zu beachten, ist der Grundfehler jenes politischen Utopismus, der zwar

rechtsphilosophisch¹⁾ begründete Ziele verfolgt, aber die Variabilität ihrer Realisierungsbedingungen nicht übersieht. Es ist jene politische Rezeptmethode, die Mangel an soziologischer Erkenntnis durch einen mit Doktrinarismus gepaarten Enthusiasmus ersetzen zu können glaubt. Ihr Gegenstück ist jene „Realpolitik“, die eine Organisierbarkeit der Gesellschaft nur bis zu dem Punkte zugibt, wie sie schon erreicht ist, und dann regelmäßig ihre politische Routine durch den Gang der Geschichte widerlegt sehen muß. Die politische Organisationstheorie hält sich von diesen beiden Extremen gleich fern; sie postuliert nur solche Organisationen, die realisierbar sind, und vermeidet dadurch jeden Widerspruch zwischen dem System des Rechtes, das bestimmte Organisationsformen legitimiert, und zwischen dem System der sozialen Naturgesetze, das bestimmte Organisationsformen als unmöglich ausschließt.

§ 10. Verhältnis der Soziologie zur Jurisprudenz

Die reine und angewandte Soziologie als in sich abgeschlossene, empirische Gesellschaftsbetrachtung besteht eine Kollision mit der Jurisprudenz als dem System der juristischen Dogmatik. Die juristische Dogmatik als autoritär gebundene Disziplin schließt auf sozialem Gebiete die empirische Forschung in doppelter Beziehung aus: hinsichtlich der politischen Beurteilung der gegebenen Rechtsordnung und hinsichtlich der soziologischen Analyse ihrer Bildungsfaktoren. Gemäß der Grundvoraussetzung aller juristischer Dogmatik, sei sie im übrigen positivistisch oder naturrechtlich fundiert, sei sie „begriffsjuristisch“ oder „teleologisch“ verfahren, ist das jeweilige positive Satzungssystem das Rechtssystem. Als solches ist es jeder rechtlichen Kritik und jeder faktischen Analyse entzogen: denn beide sind mit seinem rechtlichen Autoritätsanspruch unvereinbar. Dem Autoritätsanspruch der Jurisprudenz²⁾ tritt in Gestalt der Soziologie das Argument der

¹⁾ Unter den denkbaren, durchführbaren, ethisch-möglichen, sozialen Organisationszielen nimmt das Prinzip der Gerechtigkeit eine ausgezeichnete Stellung ein. Diese Stellung beruht auf seinem Charakter als kategorischem Imperativ mit seiner Folgerung: *fiat iustitia et pereat mundus!* Es gibt schwerlich ein größeres, aber auch kaum ein kennzeichnenderes Mißverständnis dieses Satzes als seine Umformulierung: *fiat iustitia, ne pereat mundus!* Diese Umformulierung drückt nämlich nichts anderes aus als die Unterordnung der Gerechtigkeit unter anderweitige politische Zwecke, in concreto unter die der Erhaltung des jeweiligen status quo: die Idee der Gerechtigkeit als ideologisches Hilfsmittel der politischen Organisation.

Auch für solche soziale Institutionen, die durch das rationale System objektiver Rechtskriterien ausgezeichnet sind, gilt es, daß sie nur Spezialfälle aus der Klasse überhaupt möglicher Institutionen sein können, deren Möglichkeit also durch die reine Soziologie erwiesen werden muß und dann erst durch die angewandte ausgewertet werden kann.

²⁾ Die Vernichtung dieses Anspruchs, die Problemstellung und Bearbeitung der Rechtslogik, die rechtslogische Neubegründung der Theorie des öffentlichen Rechtes sind die grundlegenden Schritte Kelsens von der juristischen Dogmatik zur Rechtswissenschaft.

Erfahrungswissenschaft entgegen, das daher auch nur Argumenten, aber keinen Machtdiktaten weichen kann. Die Jurisprudenz ist vor dem Forum der Erfahrungswissenschaft nicht etwa, wie die soziologischen Juristen meinen, eine Teildisziplin der reinen Soziologie, sondern vielmehr ein Element der gesellschaftlichen Wirklichkeit, deren Sanktionierungsformen sie mitbereiten hilft, und damit Objekt der reinen Rechtssoziologie. Rechtsphilosophie und Rechtspolitik, die unter der Herrschaft der Jurisprudenz nur ein geduldetes Dasein fristen können, vereinigen sich aber mit den Forschungen der angewandten Soziologie.

§ 11. Verhältnis der Soziologie zur explicit-metaphysischen Gesellschaftsbetrachtung

Die Soziologie besteht einen zweiten Konflikt mit der, nicht nur wie die Jurisprudenz implicit-, sondern explicit-metaphysischen Gesellschaftsbetrachtung, d. h. mit einer solchen, die die soziale Erfahrung entweder überhaupt außer acht läßt oder verstümmelt. Das empirische Argument steht hier dem metaphysischen Dogma gegenüber und kann, wie auch sonst in der Geschichte der Wissenschaften, beruhigt auf seine methodische Überlegenheit bauen. Metaphysische Soziologie liegt keineswegs nur dort vor, wo programmgemäß aprioristische Spekulation betrieben wird, wie z. B. vom Universalismus. Sie zeigt sich auch überall dort, wo für die Soziologie eine spezifische Erfahrungsgrundlage, eine geistige Erfahrung, postuliert wird, wo man nicht nur in berechtigter Abgrenzung gegen den Materialismus, sondern zum Unterschied gegen die psychologische und physikalische Erfahrung überhaupt die Soziologie als Geisteswissenschaft konstituiert. Eine spezifisch-geistige Erfahrung¹⁾ gibt es nicht und infolgedessen kann die geisteswissenschaftliche Soziologie das empirische Programm nicht konsequent innehalten. Sie wird vor einer konsequenten Durchführung des Prinzips der sozialen Naturgesetzlichkeit ebenso zurückschrecken wie vor seiner exakten Trennung naturgesetzlicher und normativer Gesellschaftsbeurteilung, und schließlich auf der Suche nach der Kultur der Gesellschaft in der Konfundierung dieser beiden Gesetzmäßigkeitssphären enden. Die Soziologie hat allerdings, wie jede Erfahrungswissenschaft, Voraussetzungen a priori; diese Voraussetzungen ergeben aber erst mit der psycho-physischen Erfahrung zusammen das Bild der sozialen Realität.

§ 12. Soziologie als Naturwissenschaft

Die positive Seite dieser Kritik läßt sich in dem Satze zusammenfassen, daß die Soziologie sowohl in ihrem reinen wie in ihrem angewandten

¹⁾ Die systematische Aufweisung der Selbsttäuschungen, die zu der Annahme einer geistigen Erfahrung führen, erfordert ein Eingehen auf Grundprobleme der „Kritik der Vernunft“, insbesondere auf ihre fundamentale Unterscheidung von Erkenntnissen a priori und a posteriori, die durch die Lehren von der Wesensanschauung, vom Verstehen, usw. grundsätzlich verkannt wird.

Teil eine Naturwissenschaft ist, und zwar schon aus dem allgemeinen Grunde, weil alle Erfahrungswissenschaften Naturwissenschaften sind. Natur bedeutet in diesem Zusammenhang die gesetzmäßige Verknüpfung der Erscheinungen in Raum und Zeit überhaupt, d. h. also unter Abstraktion von möglicherweise bestehenden spezifischen Unterschieden innerhalb dieser Erscheinungen. Daß es solche spezifische Unterschiede gibt, hat die Exposition der sozialen Erscheinung und der sie beherrschenden Gesetzmäßigkeit gezeigt. Die Anerkennung dieser Differenzen darf aber nicht darüber hinwegsehen lassen, daß sie sich in das gemeinsame Grundschemata der Naturform überhaupt eingliedern und daß es daher widerspruchsvoll ist, eine Teilerscheinung der Natur aus ihr überhaupt herausfallend zu deuten. Dieser Fehler läßt sich nur vermeiden, wenn man von der angegebenen formalen Abstraktion „Natur“ Gebrauch macht, in deren Konsequenz allerdings schon alle metaphysischen Spekulationen über „Sinn“, „Dialektik“, „Wesen“ des Sozialen als gegenstandslos verschwinden. Gegenüber dem physikalischen Natursystem bleibt aber die Auszeichnung des sozialen Systems, als auch normativen Gesetzen unterliegend, bestehen. Diese Auszeichnung gründet sich jedoch nicht darauf, daß die soziale Welt ein Reich des Supranaturalen, sondern vielmehr darauf, daß sie ein Reich von Menschen ist, die willens- und vernunftbegabt sind. Auf dieser psychologischen Tatsache beruht die Organisierbarkeit und damit die normative Beurteilbarkeit der Gesellschaft, die als organisierte und auch als gerecht organisierte Gesellschaft ebensowenig ihren Naturcharakter verändert wie der carrarische Marmor, wenn aus ihm ein Kunstwerk entsteht.

Anton Menger hat die Einführung der erfahrungsmäßigen Weltansicht in die Behandlung der politischen Probleme mit Recht als die grundlegendste politische Veränderung in der Weltgeschichte bezeichnet. Diese Veränderung wird nur dann von Dauer sein können, wenn sie daran festhält, daß Erfahrungswissenschaft auch in der Soziologie mit Positivismus nicht identisch ist, daß vielmehr der Positivismus eklatant an dem Problem der angewandten Soziologie scheitert und vor allem dadurch sich selbst immer wieder das Grab gräbt. Denn, wenn schon für die reine, so gilt noch mehr für die angewandte Soziologie das Wort Kants: „Es ist nämlich umsonst, Gleichgültigkeit in Ansehung solcher Nachforschungen erkünsteln zu wollen, deren Gegenstand der menschlichen Natur nicht gleichgültig sein kann“.

Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus

Von

Julius Moór, Budapest

I

Nachdem in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft die naturrechtliche Auffassung durch den Angriff der historischen Rechtsschule zurückgedrängt — ja scheinbar geradezu vernichtet — worden war, folgte eine Epoche des empiristischen Rechtspositivismus, die höchstens nur für die historische und soziologische Betrachtung des Rechtes ein theoretisches Interesse aufzuweisen vermochte und die rechtsphilosophische Forschung auf das Gebiet einer an den Naturwissenschaften orientierten Rechtssoziologie beschränken wollte.

Für die Neubelebung der Rechtsphilosophie aus diesem Zustande der Erlahmung, in dem — um mit den Worten Bergbohms zu sprechen — „die einst so rege Mitarbeit der Philosophie an den Problemen des Rechtes immer schwächer geworden“¹⁾, ist die Kantische Unterscheidung von Sein und Sollen von höchster Bedeutung gewesen.

Dieser Gegensatz zwischen Sein und Sollen, Wirklichkeit und Wert, kausaler Notwendigkeit und Richtigkeit war es, worauf sich Rudolf Stammler in seinem Kampfe gegen die materialistische Geschichtsauffassung stützte, um zu beweisen, daß die marxistische Behauptung, die naturnotwendige Entwicklung der Gesellschaft führe zur sozialistischen Ordnung, noch keineswegs die Richtigkeit dieser Rechtsordnung bedeutet. Gegenüber einer Auffassung, die bloß eine historische und soziologische Betrachtung des Rechtes als zulässig erklärte, eröffnete Stammler somit das Feld für eine wertende Beurteilung des Rechtes und begründete mit seiner „Lehre von dem richtigen Rechte“ die moderne Rechtswertlehre. Es ist ein großes Verdienst Stämmers, den im Naturrechte enthaltenen Gedanken des richtigen Rechtes für die philosophische Rechtslehre gerettet zu haben. Mit der Formel: „richtiges Recht sei nur ein besonders geartetes gesetztes Recht“, nämlich dasjenige „geschichtlich gewordene Recht“, das dem obersten Maßstab der Richtigkeit, dem „sozialen Ideal“, entspricht, verstand er auch auf dem Boden des Rechtspositivismus zu verbleiben²⁾.

¹⁾ Bergbohm: Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, 1892, S. 3.

²⁾ Stammler: Die Lehre von dem richtigen Rechte, 1902, S. 13, 14, 22, 27, 37, 116 bis 121, 216 bis 244. — Vgl. außerdem das grundlegende Werk Stämmers: Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung, 1896.

Der fundamentale Gegensatz zwischen Sein und Sollen, zwischen Naturgesetz und Norm, zwischen kausal-explikativer und normativer Methode ist es auch, von dem die tiefsinnigen Gedankengänge Hans Kelsens, des neben Rudolf Stammler bedeutendsten und größten Vertreters moderner Rechtsphilosophie, ausgehen. Es handelt sich aber für Kelsen nicht darum, daß die genetische Erklärung des kausal-notwendigen Zustandekommens einer geschichtlich gegebenen Rechtsordnung von der wertenden Beurteilung ihrer inhaltlichen Richtigkeit grundverschieden sein muß, sondern darum, daß das Recht als Norm selbst nur in die Sphäre des Sollens und nicht in die des Seins, der psychologischen und soziologischen Wirklichkeit, gehören kann. Von diesem Grundgedanken ausgehend, wendet sich die Reine Rechtslehre, zu der Kelsens erstes großes rechtstheoretisches Werk (Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911) den Grundstein legte, in erster Linie gegen die Anwendung der kausal-explikativen Methode in der Rechtswissenschaft, die ihrer Auffassung nach nicht psychologische oder soziologische Tatsachen, sondern ausschließlich Normen, mit einer ausschließlich normativ-juristischen Methode, zu erfassen hat¹⁾.

Bei dieser grundlegenden Tendenz der Reinen Rechtslehre, im „Rechte der Rechtswissenschaft“ bloß ein System ideeller Normen zu erblicken, was besonders im ersten Stadium ihrer Entwicklung scharf hervortritt, mußte ihr die Abgrenzung des positiven Rechtes gegen das Naturrecht als ein äußerst schwer zu lösendes Problem erscheinen. Es ist zweifellos, daß sich Kelsen von Anfang an als ein Gegner des Naturrechtes bekannte: „Wenn mich ein Vorwurf trifft“, sagt er, „ist es nicht der, daß ich zu wenig, sondern eher der, daß ich zu sehr Positivist bin“²⁾. Zweifellos ist es aber auch, daß es ihm bei seiner Grundauffassung viel schwerer fallen mußte, diesen Standpunkt des Rechtspositivismus zu behaupten und die naturrechtliche Auffassung zurückzuweisen, als es Rudolf Stammler von seiner Grundauffassung aus gefallen ist.

Unserer Ansicht nach ist es heute noch das schwierigste Problem für die seit den „Hauptproblemen“ in grandioser Weiterentwicklung ausgebaute Kelsensche Lehre, die man als das Prototyp des Rechtspositivismus zu betrachten pflegt und mit Fug auch betrachten kann, den Rechtspositivismus theoretisch zu begründen.

¹⁾ Vgl. Kelsen: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Vorrede zur 2. Aufl., 1923, S. V/VI: „Wenn auch die Wendung gegen das Naturrecht in den ‚Hauptproblemen‘ unzweideutig zum Ausdruck kommt, indem schon hier mit allem Nachdruck die Auffassung vertreten wird, daß die Rechtswissenschaft die Rechtssätze nur aus dem Material des positiven Rechtes, insbesondere der Gesetze, bilden darf (vgl. S. 510ff.), so ist es doch vornehmlich die... gegen die kausalwissenschaftliche Soziologie gerichtete Tendenz, die besonders hervortritt.“ (Die Sperrung stammt von mir.)

²⁾ Kelsen: Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre, 1920, Vorrede, S. VI.

II

Es soll hier nur mit wenigen Worten angedeutet werden, wie diejenige Auffassung, die im Rechte bloß ein System ideeller Normen sieht, dem Standpunkte des Naturrechtes ganz nahekommen muß.

1. Normen sind ihrem Begriffe nach raumlos. Die Sphäre der Normen und die Sphäre der räumlichen Wirklichkeit sind zwei verschiedene Welten. Die Beziehung des positiven Rechtes zu seinem Geltungsgebiete, die „räumliche Geltung der Rechtsordnung“, was besonders bei der Annahme einer Pluralität einzelstaatlicher Rechtsordnungen eine große Rolle spielt, ist auf Grund einer streng normativen Auffassung nicht zu erklären. Der Erklärungsversuch, den Raum im allgemeinen und das Staatsgebiet im besonderen als Norminhalte zu begreifen¹⁾, kann nicht als eine zufriedenstellende Lösung des Problems betrachtet werden. Es ist klar, daß die Geltung einer Norm nicht von ihrem Inhalte abhängen kann. Dasjenige Normsystem, dessen Geltung durch seinen Inhalt selbst auf ein begrenztes Gebiet beschränkt ist, gilt potentiell wenigstens ganz ohne diese Beschränkung. Diese Gedankengänge führen die streng normative Auffassung notwendig zur Annahme der Einzigkeit und Ausschließlichkeit der Rechtsordnung und zur Negation der Möglichkeit einer Pluralität einzelstaatlicher Rechtsordnungen. Bekanntlich ist Kelsen tatsächlich zu diesem Resultate gekommen²⁾.

¹⁾ Vgl. Henrich: Theorie des Staatsgebietes, 1922. Kelsen: Hauptprobleme, Vorrede zur 2. Aufl., S. XXI; Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 137ff.

²⁾ Vgl. Allgemeine Staatslehre, S. 104: „...es kann stets nur ein Normensystem als gültig angenommen werden...“; S. 105: „Faßt man die staatliche Rechtsordnung als souverän,... so hat man ...zugleich mit der Einheit des Systems die Einzigkeit des Systems, die Ausschließung jedes anderen Systems, sei das nun das System der Natur oder ein anderes Normensystem, ausgesprochen.“ — Die Lehre von der Ausschließlichkeit und Einzigkeit der Rechtsordnung ist unseres Erachtens der wesentliche Kern der Kelsenschen Auffassung von den zwei Möglichkeiten des „Primates der Völkerrechtsordnung“ und des „Primates der eigenstaatlichen Rechtsordnung“ (a. a. O., S. 121f., 123f.). Diese beiden Möglichkeiten bedeuten unserer Ansicht nach genau dasselbe: die Einzigkeit und Ausschließlichkeit, d. h. die Allgemeingültigkeit, die universale Geltung des Normensystems. Sowohl beim Primat des Völkerrechtes als auch beim Primat der eigenstaatlichen Rechtsordnung handelt es sich um die universale Geltung eines einzigen Weltrechtssystems, das in den beiden Fällen bloß inhaltlich verschieden ist: Der Primat des Völkerrechtes bedeutet eine demokratische, der Primat der eigenstaatlichen Rechtsordnung eine autokratische Weltrechtsordnung bzw. eine demokratische oder autokratische Deutung des Verhältnisses zwischen den Staaten. Es ist uns nicht klar, was man bei der Annahme des Primates der eigenstaatlichen Rechtsordnung unter „eigenstaatlicher Rechtsordnung“ verstehen soll? Kann eine Ordnung, die sämtliche Normen sowohl für den „eigenen“ als auch für alle „anderen“ „Staaten“ und auch alle Normen des Völkerrechtes enthält, die demnach

Die Negierung der Pluralität einzelstaatlicher Rechtsordnungen sowie die Annahme der Einzigkeit und Ausschließlichkeit, der Allgemeingültigkeit und universalen Geltung der Ordnung, alle diese Züge sind charakteristische Merkmale des Naturrechtes.

2. Normen sind ihrem Begriffe nach auch zeitlos. Nun ist aber im Begriffe des positiven Rechtes außer dem Gedanken einer auf einem bestimmten Gebiete gültigen Ordnung auch der Gedanke einer zu einer bestimmten Zeit gültigen Ordnung enthalten. Es ist klar, daß von einem streng normativen Standpunkt aus diese bloß zeitliche Geltung des positiven Rechtes nicht zu erklären ist. Der Gedanke, daß die Geltung der Rechtsnormen einen zeitlichen Anfang und ein zeitliches Ende hat, mit anderen Worten: daß sich das positive Recht „verändert“, ist mit dem Begriffe der zeitlosen und in diesem Sinne ewigen Norm unvereinbar.

Die Reine Rechtslehre versucht auch dieses schwierige Problem der zeitlichen Veränderung rechtlicher Normen mit dem Kunstgriffe zu lösen, daß sie die Zeit und die zeitliche Geltungsdauer der Normen als Norminhalte deutet. Nach der Ansicht Kelsens „ergibt sich als allgemeinster Grundsatz für die Geltungsdauer der Rechtsnormen und Rechtssysteme, daß die Geltungsdauer nur durch positive rechtsinhaltliche Bestimmung begrenzt werden kann“¹⁾. Diese Lösung genügt

eine wahre Universalordnung ist, als eigenstaatlich oder einzelstaatlich bezeichnet werden? Ja, kann überhaupt noch von „Staaten“ gesprochen werden, wenn juristisch nur der „eigene“ Staat, der aber die ganze Welt in sich aufnimmt, da ist? Kelsen selbst muß folgendes feststellen: „Die aller Erkenntnis und so auch der juristischen innewohnende Tendenz zur Einheit überwindet in der Hypothese, die als 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 Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, S. 188).

¹⁾ Allgemeine Staatslehre, S. 149. Der Gedanke, die Geltungsdauer und die Veränderlichkeit des Rechtes als Frage des Norminhaltes aufzufassen, stammt von Merkl, der schon in seiner Abhandlung: Die Rechtseinheit des österreichischen Staates (Arch. d. öff. Rechts, Bd. 37, 1917) die Ansicht vertritt, daß das Recht prinzipiell unabänderlich, eine Änderung des Rechtes demnach nur in dem Falle möglich ist, wenn das Recht selbst durch eine inhaltliche Bestimmung, durch einen Rechtssatz „den Rechtserzeugern die Ermächtigung zur Änderung der Rechtserzeugnisse erteilt“ (a. a. O., S. 121). Den Satz „lex posterior derogat priori“ betrachtet er also als eine positiv-rechtliche Bestimmung und die Abänderbarkeit des Rechtes als eine Frage des Rechtsinhaltes. In seinem Werke: Die Lehre von der Rechtskraft (Wiener Staatswissenschaftl. Studien, Bd. 15, H. 2. 1923) führt er diesen Gedanken ausführlicher aus und glaubt feststellen zu können, „daß das Recht — außer nach selbst gesetzten Bedingungen seiner Änderung — unveränderlich ist“ (a. a. O., S. 240). — Die Auffassung Kelsens stimmt in der Hauptsache mit der Merkl's überein: „Ein Normensystem“, sagt Kelsen, „ist ein logisch geschlossener Komplex von Normen... Jedes solche Norm-

offenbar nicht, denn die Geltung der Norm kann auch in zeitlicher Hinsicht nicht von ihrem Inhalte abhängen¹⁾.

Es soll nicht bezweifelt werden, daß die Rechtsordnung Bestimmungen darüber, wie sie abgeändert werden könne, enthalten kann. Unserer Ansicht nach ist die Rechtserzeugung und die Rechtsänderung ein sozialer Prozeß und kann gleich den anderen Erscheinungen des sozialen Seins durch das Recht geregelt werden, also auch als rechtlicher Tatbestand erscheinen. Diese positiv-rechtliche Normierung der Abänderbarkeit des Rechtes bleibt aber bei einer streng normativen Auffassung des Rechtes — die allerdings nicht unsere Auffassung ist — bloßer Norminhalt und bedeutet noch bei weitem nicht eine wahre zeitliche Veränderung des Rechtes. Selbst wenn die realen Bedingungen, an die die positiv-rechtliche Normierung der Rechtsänderung die Geltungs-

system ist auch in diesem Sinne als geschlossen anzusehen, daß es an und für sich einer Erweiterung oder Abänderung nicht fähig ist. Da... 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 Normenkomplex eine neue Norm, den Gesamtinhalt des von der Ordnung gesetzten 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... (Es) 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“ (Das Problem der Souveränität, S. 114/15). Zum Unterschiede von Merkl läßt es jedoch Kelsen dahingestellt, „ob die Rechtsänderungen ermöglichende Norm die Ursprungshypothese selbst oder eine auf Grund dieser Ursprungsnorm erst gesetzte (oder gewohnheitsmäßig gebildete) Rechtsnorm ist“, und will bezeichnenderweise die Möglichkeit offen lassen, „daß die Statuierung der Abänderbarkeit und damit der Satz der *lex posterior* schon in der Ursprungsnorm, d. h. aber im logischen Ursprung des betreffenden Rechtssystems gelegen ist“ (a. a. O., S. 115, Anm. 1). Auch neuestens wird die *lex posterior* von Kelsen als vorausgesetztes logisches Deutungsprinzip des Rechtes als sinnvoller Ordnung betrachtet, das schon in der Grundnorm enthalten ist (Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, 1928, S. 22, 26).

¹⁾ Nach Kelsen soll die Abänderungsmöglichkeit der Rechtsnorm „durch eine Rechtsnorm höherer Stufe bestimmt sein“ (Allgemeine Staatslehre, S. 149). Von einem streng normativen Standpunkte aus gibt es aber keine höhere und niedere Norm; eine höhere Norm scheint eben diejenige Norm genannt zu werden, die durch andere (deshalb niedere genannte) Normen nicht abgeändert werden kann. Die Ansicht Kelsens hängt mit der vom streng normativen Gesichtspunkte aus ebenfalls nicht einwandfreien Theorie vom Stufenbau des Rechtes zusammen. Wie steht es jedoch mit der Abänderbarkeit der Rechtsnormen höchster Stufe? Kann z. B. die Verfassung ihre Abänderbarkeit nicht selbst bestimmen? Nach Kelsens Ansicht verwendet man, „sofern beide Normen auf derselben Stufe stehen“, den „Grundsatz der *lex posterior*“ (Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre, S. 22). Vgl. unten S. 65, Anm. 2, und S. 66/67.

dauer des Rechtes geknüpft hat, in Wirklichkeit eingetreten sind, bleibt es vom streng normativen Standpunkt aus unverständlich, wie das Eintreten realer Seinstatsachen die Soll-Geltung von reinen Normen beeinflussen könnte. Ist die Norm völlig unabhängig von der realen Wirklichkeit, ist es logisch unmöglich, daß aus einem Sein ein Sollen folge, so ist es auch unmöglich, daß das Recht die Geltungsdauer seiner Normen von realen Seinstatsachen abhängig mache, mit anderen Worten, daß das Recht die Abänderbarkeit seiner selbst normiere. Denn das logisch Unmögliche kann nicht zum Inhalte der Rechtsordnung werden¹⁾.

Wie dem aber auch sei, muß daran festgehalten werden, daß die Auffassung, die die zeitliche Geltungsdauer und die Veränderung des Rechtes als Norminhalte begreifen will, das Problem der Zeitlichkeit und der Veränderlichkeit des positiven Rechtes nicht löst. Der Rechtsinhalt ist immer zufällig und in diesem Sinne kann man sagen, daß jeder beliebige Norminhalt, also auch der die Abänderbarkeit des Rechtes bestimmende, fehlen oder wegfallen kann. Und deshalb gilt auch dasjenige Normsystem, dessen Geltung durch den Inhalt auf eine bestimmte Zeit beschränkt ist, prinzipiell ganz ohne diese Beschränkung. Die soeben angeführten Formulierungen Merkl's und Kelsen's können uns tatsächlich davon überzeugen, daß diese hervorragenden Vertreter der Reinen Rechtslehre das Recht prinzipiell für unabänderlich betrachten²⁾. Merkl sagt ausdrücklich, daß er „dem Recht in allen seinen Erscheinungsformen die Eigenschaft der Unabänderlichkeit, der ‚Ewigkeit‘ zuspreche“³⁾. Und er glaubt feststellen zu können, daß auch dann, wenn dank einer positiv-rechtlichen Bestimmung eine Änderungsmöglichkeit des Rechtes vorliegt, „eine Veränderung des Rechtsganzen trotz wechselndem Rechtsinhalte eigentlich gar nicht festzustellen“ sei, „da alle etwaigen Änderungen in nuce bereits in der Verfassung gesetzt, durch die Abänderbarkeitsklausel vorweggenommen sind“⁴⁾.

Aus all dem ist zur Genüge ersichtlich, daß man, die rein normative Auffassung des Rechtes nur einigermaßen ernst nehmend, das Recht

¹⁾ Vgl. meine Abhandlung: *Das Logische im Recht*, Internat. Zeitschr. f. Theorie d. Rechtes, II. Bd., 1928, S. 162 f. — Vgl. auch Kelsen: *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, S. 21 f., 25 f.

²⁾ Vgl. die oben S. 61, Anm. 1, angeführten Stellen.

³⁾ Die *Rechtseinheit*, S. 120. Vgl. ebenda, S. 121, wo er feststellt, daß die als positiver Rechtssatz aufgefaßte *lex posterior* es ist, die „das positive Recht trotz formeller Unnachgiebigkeit materiell wandelbar, trotz gedanklicher Ewigkeit doch tatsächlich zeitlich, trotz theoretischer Utopienhaftigkeit praktisch brauchbar macht“. Aber auch Kelsen spricht davon, daß die Rechtsordnung „mit dem Anspruch“ auftritt, „ewig zu gelten“ (*Allgemeine Staatslehre*, S. 148).

⁴⁾ Die *Lehre von der Rechtskraft*, S. 239. — Die im Text angeführte Auffassung Merkl's von allen in nuce bereits in der Abänderbarkeitsklausel enthaltenen etwaigen Änderungen erinnert übrigens lebhaft an die Hegelsche „Selbstbewegung des Begriffs“.

für prinzipiell unveränderlich und unwandelbar, zeitlos und ewig halten muß. Unveränderlichkeit und Unwandelbarkeit, Zeitlosigkeit und Ewigkeit sind aber charakteristische Merkmale des Naturrechtes.

3. Normen können ihrem Begriffe nach nicht „durch menschliche Tat gesetzt werden“. Die Zeitlosigkeit der Norm bedeutet nämlich, daß sie keinen zeitlichen Anfang haben kann; die scharfe Scheidung der Welt des Seins und der Welt des Sollens, die angeblich ohne Berührung nebeneinander bestehen, macht es außerdem zu einem Ding der Unmöglichkeit, daß eine Norm, also ein Sollen, gerade aus einem Seinsfaktum, aus einem empirischen Setzungsakt, ihren Ursprung nehme. Der streng normativen Auffassung kann demnach nur die Behauptung entsprechen, daß der zeitlose Sinn der Norm durch die menschliche Vernunft bloß erkannt werden kann. Diejenige rechtliche Norm, die nicht durch menschliche Tat gesetzt, sondern durch die Vernunft erkannt, aus der Vernunft deduziert wird, ist aber Naturrecht oder Vernunftrecht.

Die Stellungnahme der Reinen Rechtslehre gegenüber diesem schwierigen Problem der Rechtssetzung oder Rechtserzeugung ist eine ihrer interessantesten Problemlösungen. Daß das positive Recht gesetztes Recht, und zwar „durch menschliche Tat gesetztes Recht“ sei, wird von Kelsen ausdrücklich anerkannt¹⁾. Ja, er betrachtet es geradezu als die Eigenart der Rechtsordnung, daß ihre Einheit die Einheit eines Erzeugungszusammenhangs ist²⁾. Nun ist aber die Rechtserzeugung auch nach Kelsen eine menschliche Tat, die Einheit des Erzeugungszusammenhangs bedeutet daher die Einheit der psycho-physischen Realität zusammenhängender menschlicher Handlungen. Kann aber die Einheit eines Normensystems im Zusammenhang gewisser psycho-physischer Akte, also in der soziologischen Realität, zum Ausdruck kommen? Kann solches in einer von allen soziologischen Betrachtungen Reinen Rechtslehre behauptet werden? Einem so scharfsinnigen Denker wie Kelsen kann dieser Widerspruch nicht verborgen bleiben und er versucht ihn mit der Anwendung des schon bekannten Kunstgriffes zu lösen, indem er den realen Vorgang der Rechtserzeugung zunächst als Norminhalt auffaßt. Wie vom rechtstheoretischen Standpunkt Kelsens nicht der Mensch als solcher in das Recht eingeht, sondern nur einzelne menschliche Handlungen, und zwar nur als Inhalte von Rechtssätzen, als Tatbestände, in das Recht Eingang finden³⁾, so kommt, von diesem Standpunkte aus betrachtet, auch die Rechtserzeugung nur als „der durch das Recht geregelte, somit den Inhalt einer Rechtsnorm bildende Tatbestand der Rechtserzeugung“ in Betracht⁴⁾. Der „Erzeugungszusammenhang“

¹⁾ Vgl. Kelsen: Die Idee des Naturrechtes, Zeitschr. f. öffentl. Recht, Bd. VII, 1928, S. 236.

²⁾ Allgemeine Staatslehre, S. 98/99, 234.

³⁾ Allgemeine Staatslehre, S. 62ff.

⁴⁾ Allgemeine Staatslehre, S. 265. Vgl. ebenda: „...tatsächlich ist es ja auch, wenn man die staatliche Ordnung gleichsam von außen sieht,

des Rechtes ist demnach nicht als der Zusammenhang psycho-physischer Akte, sondern als der normative Zusammenhang von Rechtsinhalten aufzufassen. Die rechtserzeugenden menschlichen Akte werden nämlich, nach Kelsens Ansicht, indem sie in das System des Rechtes eingehen, „gleichsam denaturiert“, „sie kommen nicht eigentlich mehr als menschliche Akte in Betracht“¹⁾.

Es ist wohl ein Höhepunkt normativer Spekulation, die Erzeugung der Rechtsordnung als Inhalt ebendieser Rechtsordnung selbst zu deuten. Der Rechtswesensbegriff der Rechtserzeugung wird solcherart zu einem Rechtsinhaltsbegriff umgedeutet²⁾. Diese Auffassung kann jedoch unseres Erachtens nicht als eine befriedigende Lösung des Problems der Rechtserzeugung betrachtet werden. So wie die Geltung einer Norm oder einer Rechtsordnung nicht von ihrem Inhalte abhängen kann, so kann auch die Erzeugung dieser Norm oder dieser Rechtsordnung nicht von ihrem Inhalte bestimmt sein.

Es ist zweifellos, daß das positive Recht die Frage, wie neues Recht erzeugt werden soll, also die Frage der Fortbildung der Ordnung, einer positiv-rechtlichen Regelung unterwerfen kann. Es ist aber ebenso unzweifelhaft, daß die Regelung der Fortbildung des Rechtes noch bei weitem nicht diese Fortbildung selbst bedeutet. Dazu bedarf es nicht

der Mensch, der diese Ordnung durch seine Akte erzeugt. Allein vom immanenten Standpunkt der staatlichen Ordnung selbst ist die Erzeugung der Ordnung (die von diesem Standpunkt aus nur eine Fortbildung der Ordnung sein kann) ein für die verschiedenen Stufen verschieden geregelter Tatbestand, dessen integrierenden Inhalt allerdings ein menschliches Verhalten bildet.“ S. 74: „Die Frage: Wer stellt die Rechtsordnung erstmalig auf? im Sinne einer Frage nach der Urzeugung des Rechtes, ist als Scheinproblem der generatio aequivoca sinnlos.“ — In diesem Sinne ist die Behauptung Kelsens: „Es ist eine Eigentümlichkeit der Rechtsordnung, daß sie ihre eigene Erzeugung reguliert, d. h. daß sie Normen enthält, die die Satzung von Normen betreffen“ (S. 98), zu verstehen.

¹⁾ Allgemeine Staatslehre, S. 266/67.

²⁾ Der Widerspruch, einen Rechtswesensbegriff auf Grund des Rechtsinhaltes bestimmen zu wollen, meldet sich z. B. in der folgenden Definition: „Als der primäre, der Grundbegriff des Staatsorgans muß aber der Rechtswesensbegriff der dynamischen Betrachtung angesehen werden: Die staatliche Ordnung wird in allen ihren Stufen durch Menschen erzeugt, deren normsetzende Funktion durch die Ordnung selbst bestimmt wird, indem die Norm höherer Stufe die Bedingungen festsetzt, unter denen die Norm niederer Stufe geschöpft wird.“ (Allgemeine Staatslehre, S. 262. Die Sperrung ist von mir.) — Durch die Behauptung, daß die Erzeugung der Norm durch eine Norm höherer Stufe normiert wird, ist zwar der Widerspruch vermieden, der in der Auffassung liegt, daß die Erzeugung einer Norm durch diese Norm selbst geregelt werden könnte, es wird aber dadurch die Erzeugung der höchsten Norm zum Problem, was die Reine Rechtslehre zur Annahme der hypothetischen Grundnorm als Erzeugungsregel der höchsten positiv-rechtlichen Norm führt und solcherart das Problem der Rechtserzeugung auch für sie nicht mehr als die Frage des positiven Rechtsinhaltes erscheinen läßt. Vgl. oben S. 62, Anm. 1, und unten S. 66/67.

nur solcher Norminhalte, die das rechtserzeugende Verhalten bestimmter Menschen vorschreiben — das menschliche Verhalten als bloßer Norminhalt, als Tatbestand des Rechtes, kann das neue Recht nicht erzeugen —, sondern es bedarf auch realer menschlicher Handlungen, die die Verwirklichung des im Norminhalt vorgeschriebenen menschlichen Verhaltens bedeuten: die Fortbildung des Rechtes — sowie überhaupt jede Rechtserzeugung, auch die erstmalige „Urzeugung“ des Rechtes — bedarf der psycho-physischen Realität der „menschlichen Tat“. Die die Rechtserzeugung regulierenden positiv-rechtlichen Norminhalte geben uns bloß den Maßstab an die Hand, mit dessen Hilfe die Bewertung bzw. Beurteilung des tatsächlichen Rechtserzeugungsprozesses als einer den Rechtsvorschriften entsprechenden (legitimen) oder nicht entsprechenden (illegitimen) Rechtssetzung erfolgen kann; sie erklären jedoch nicht einmal die legitime Rechtserzeugung selbst, geschweige denn die illegitime und die originäre.

Es ist außerdem noch zu beachten, daß diejenige Auffassung, die die Rechtserzeugung als eine Frage des positiv-rechtlichen Norminhaltes betrachtet, die Rechtserzeugung für eine nicht notwendige Erscheinung im rechtlichen Weltbilde halten muß. Jeder Rechtsinhalt ist, wie gesagt, zufällig und auch die Frage der Rechtserzeugung kann, muß aber nicht notwendig durch das positive Recht geregelt sein. Unserer Ansicht nach ist es eben deshalb nicht richtig, wenn Kelsen in diesem zufälligen Rechtsinhalte, obgleich diese „die Satzung von Normen betreffenden Normen“ auch gänzlich fehlen können, eine „Eigentümlichkeit“ oder sogar „die Eigenart“ des Rechtes selbst aufzufinden glaubt¹⁾. Die Behauptung, daß jedes Recht unter allen Umständen notwendig Normen enthalten müsse, deren Inhalt die Rechtserzeugung reguliert, bedeutet andererseits die Behauptung eines a priori feststehenden Rechtsinhaltes, ist also reines Naturrecht.

Besteht demnach die Möglichkeit, daß das positive Recht keine die Fortbildung des Rechtes regulierenden Normen enthält, so ist auch die Möglichkeit hiefür anzunehmen, daß die Reine Rechtslehre nicht nur auf die Frage der erstmaligen Rechtserzeugung²⁾, sondern auch auf die Frage nach der Fortbildung des Rechtes keine Antwort erteilen kann. Dies bedeutet aber nichts weniger, als daß eine streng normative Betrachtung nur den fertigen Rechtsinhalt, nicht aber das Problem der Rechtserzeugung zum Gegenstande haben kann. Für eine normative Betrachtung ist das Problem der Rechtserzeugung ebensowenig vorhanden wie für die naturrechtliche Betrachtung.

Die Auffassung Kelsens, die Rechtserzeugung als eine Frage des positiv-rechtlichen Norminhaltes zu betrachten, ist mit seiner Theorie vom Stufenbau des Rechtes innig verschmolzen. Er behauptet nämlich, daß die Erzeugung der Rechtsnorm immer durch eine Rechtsnorm höherer Stufe normiert werde. Dadurch wird aber die Erzeugung der

¹⁾ Allgemeine Staatslehre, S. 98, 234.

²⁾ Vgl. Allgemeine Staatslehre, S. 74 (zitiert oben S. 64/65, Anm. 4).

höchsten Norm zum Problem, welches Kelsen durch die Annahme der hypothetischen Grundnorm als Erzeugungsregel der höchsten positiv-rechtlichen Stufe, der Verfassung, zu lösen versucht. Die Annahme der Grundnorm als höchster Erzeugungsregel bedeutet aber, daß die Frage der Rechtserzeugung aus einer Frage des positiven Rechtsinhaltes zu einer Frage der Normlogik geworden ist¹⁾.

Die Grundnorm als logische Voraussetzung der Rechtswissenschaft hat die Funktion, dem Faktum der historisch ersten Verfassungserzeugung die normative Bedeutung eines Grundgesetzes zu geben²⁾, mit anderen Worten: ein Faktum als eine Norm zu deuten. Besteht aber die Behauptung Kelsens, daß aus einem Sein niemals ein Sollen folgen könne, zu Recht, so bedeutet die Annahme der Grundnorm nichts anderes, als daß eine logische Unmöglichkeit zur logischen Voraussetzung der Rechtswissenschaft gemacht wurde. Ist es wirklich eine logische Unmöglichkeit, wie dies die Reine Rechtslehre mit Nachdruck behauptet, aus einem Faktum eine Norm abzuleiten, dann ist es auch logisch unmöglich, daß ein „historisches Faktum den Sinn einer Verfassung habe, daß dieser Beschluß einer Versammlung von Menschen oder dieser Befehl eines Usurpators die normative Bedeutung eines Grundgesetzes habe“, dann ist es unmöglich, die Tatsache der Macht als Recht, nicht als bloßes Faktum, sondern als Norm zu deuten³⁾.

So wie die Grundnorm hat auch jede positiv-rechtliche Erzeugungsregel die Funktion, ein Sein in ein Sollen zu verwandeln. Durch die Erzeugungsregel der höheren Norm wird aus einem gewissen menschlichen Akt eine Norm niederer Stufe. Weil der „Tatbestand“ der Gesetzgebung der Verfassungsnorm entspricht, darum wird das „Gesetz“, „das für eine voraussetzungslose Betrachtung zunächst auch nichts anderes als ein Faktum, nichts anderes als die Tatsache ist, daß mehrere Menschen den Willen ausgesprochen haben, daß sich andere Menschen in bestimmter Weise verhalten mögen“ zu einer Norm⁴⁾. Die rechtserzeugenden menschlichen Akte werden in diesem Sinne, wie oben bereits bemerkt wurde, „gleichsam denaturiert“. — Wenn bei der Grundnorm vielleicht leichter einzusehen ist, daß eine logische Unmöglichkeit nicht als die logische Voraussetzung der Rechtswissenschaft bestehen könne, so ist andererseits auch bei jeder positiv-rechtlichen Erzeugungsregel zu bezweifeln, daß sie die logische Unmöglichkeit, ein bloßes Faktum in eine Norm umzuwandeln, möglich machen könnte.

Es ist also unserer Ansicht nach der Reinen Rechtslehre nicht gelungen, eine einwandfreie, streng normative Betrachtung der Rechtserzeugung zu liefern. Der soziologische Prozeß der Rechtserzeugung kann weder durch eine positiv-rechtliche Regelung noch durch die Annahme der Grundnorm in die normative Ebene übergeführt werden.

¹⁾ Vgl. oben S. 62, Anm. 1, und S. 65, Anm. 2.

²⁾ Kelsen: Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie?, 1928, S. 24.

³⁾ Ebenda, S. 24.

⁴⁾ Ebenda, S. 23.

Die Theorie vom Stufenbau des Rechtes ist unseres Erachtens in einem evidenten Widerspruch mit der rein normativen Betrachtung des Rechtes. Im Stufenbau erscheinen faktische und normative Momente in einer innigen Verbindung miteinander. Was von der höheren Stufe aus gesehen als tatsächliche Verwirklichung des von dieser höheren Norm gesetzten Tatbestandes erscheint, ist von der niederen Stufe aus gesehen selbst wieder Norm. Es handelt sich im Stufenbau des Rechtes immer darum, einen in Zeit und Raum sich abspielenden, sinnlich wahrnehmbaren Vorgang, eine menschliche Handlung, als Rechtsakt zu deuten, diesem Akt Normcharakter zuzubilligen und ihn „nicht als bloßes Seinsfaktum“ anzusehen¹⁾. Ein Akt, der nicht bloßes Seinsfaktum ist, sondern welchem auch Normcharakter zukommt, bedeutet eine Verbindung von Sein und Sollen, von Wirklichkeit und Wert. Wenn man den Stufenbau „gleichsam von außen sieht“, findet man darin die Realität menschlicher Akte; wenn man ihn „vom immanenten Standpunkt“ der Rechtsordnung sieht, findet man darin die Idealität der Norminhalte²⁾.

Nachdem wir die wichtigsten Ansichten der Reinen Rechtslehre in der Frage der Rechtserzeugung überblickt haben, müssen wir feststellen, daß sie in dieser Frage nur deshalb nicht zum Standpunkte des Naturrechtes gelangte, weil sie die streng normative Betrachtung nicht beibehalten konnte. In der Theorie der Rechtserzeugung, besonders aber in der Lehre vom Stufenbau des Rechtes, muß die Reine Rechtslehre die rechtserzeugenden menschlichen Akte, also soziologische Momente und andere Seinsfakta, in einem Maße berücksichtigen, wie es sich mit einer rein normativen Betrachtung schon nicht mehr verträgt. Eine rein normative Betrachtung müßte das Problem der Rechtserzeugung gänzlich ignorieren und behaupten, daß das Recht nicht erzeugt, sondern bloß erkannt werden könne. Dies wäre aber der Standpunkt des Naturrechtes.

4. Dem Standpunkt, daß das Recht nicht erzeugt, sondern bloß erkannt werden könne, kommt die Auffassung Kelsens, die besonders in seinen früheren Schriften energisch betont wurde, daß das Recht als logisches System von Rechtssätzen von der Rechtswissenschaft „erzeugt“ werde, besonders nahe. Denn die Erzeugung eines Gegenstandes durch die Wissenschaft bedeutet nichts anderes als das Erkennen dieses Gegenstandes. Die „Erzeugung“ des Rechtes durch die Rechtswissenschaft und die Erzeugung des Rechtes durch rechtsetzende „menschliche Handlungen“, durch „menschliche Tat“, bedeutet zweifellos nicht dasselbe. Der Ausdruck „Erzeugung des Rechtes“ bedeutet im ersten Falle das Erkennen des Rechtes, im zweiten Falle die Rechtssetzung. Würde die Reine Rechtslehre das Problem der Rechtserzeugung bloß in der „Erzeugung der Rechtssätze durch die Rechtswissenschaft“ erblicken, so könnte sie die „Erzeugung des Rechtes

¹⁾ Ebenda, S. 23.

²⁾ Vgl. Allgemeine Staatslehre, S. 265.

durch menschliche Tat“ gar nicht behandeln und sie müßte solcherart gerade das Moment, welches das positive Recht als durch menschliche Tat erzeugtes, gesetztes Recht vom Naturrecht unterscheidet, außer acht lassen.

Natürlich meint Kelsen diese „logische Erzeugung des Rechtes“¹⁾ durch die Rechtswissenschaft nicht in dem Sinne, daß die Rechtssätze niederer Ordnung „auf dem Wege formal-logischer Deduktion“ aus den Rechtssätzen höherer Ordnung und die Rechtssätze der höchsten Stufe endlich „auf dem Wege eben solcher formal-logischer Operation“ aus der von der Rechtswissenschaft hypothetisch vorausgesetzten Grundnorm „herausgezaubert“ werden, ohne daß sich die Rechtserkenntnis dabei auf das bestimmende Material der Gesetzesbeschlüsse, der richterlichen Urteile, Verwaltungsakte usw. zu beziehen brauchte, denn „das wäre freilich“, setzt er hinzu, „ein Naturrecht“²⁾. Nach seiner Meinung sind die Rechtssätze, wenn sie auch durch die Rechtswissenschaft „erzeugt“ werden, durch das der Rechtswissenschaft gegebene Material (durch die „Fakten der Gesetzesbeschlüsse, der richterlichen Urteilsakte“ usw.) determiniert³⁾.

Was bedeutet aber, daß die rein normative Rechtswissenschaft durch das empirische Material, durch die „Faktizität des Materials“, determiniert ist? Kann eine rein normative Wissenschaft Seinsfakta überhaupt berücksichtigen oder gar von ihnen „determiniert“ sein? Und was bedeutet es, daß das Recht als logisches System von Rechtssätzen von den „parallelen Fakten“ dieses Materials determiniert ist? Kann eine reine Norm überhaupt in irgendeiner Beziehung von Seinsfakten abhängig sein, von ihnen „determiniert“ sein? Kelsen möchte diese Beziehung der rechtlichen Normen zu den „parallelen“ Seinsfakten folgendermaßen klarstellen: „Ich (bin) mir 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

¹⁾ Vgl. Das Problem der Souveränität, S. VI.

²⁾ Kelsen: Rechtswissenschaft und Recht, Zeitschr. f. öffentl. Recht, III. Bd., 1922, S. 199.

³⁾ Ebenda, S. 181, 215. — Die „Erzeugung“ des Rechtes durch die Rechtswissenschaft versteht er in dem Sinne, in dem die Kantsche Philosophie von der „Erzeugung“ der Natur durch die Naturwissenschaft spricht: „Die synthetischen Urteile der Naturwissenschaft sind, sosehr sie von der Wissenschaft selbst ‚erzeugt‘ werden, ebenso durch das in ihnen zur Einheit zu bringende ‚Material‘ determiniert..., wie die synthetischen Urteile der Rechtswissenschaft, die Rechtssätze, in denen das der Rechtswissenschaft gegebene Material: die Gesetze, Verordnungen, richterliche Urteile, Verwaltungsakte usw., ebenso verarbeitet, zu Rechtssätzen verarbeitet wird wie das Empfindungsmaterial in den synthetischen Urteilen der Naturwissenschaft; und diese synthetischen Urteile der Rechtswissenschaft, die Rechtssätze, sind durch dieses ihnen gegebene oder aufgegebene Material ganz ebenso determiniert wie die Urteile der Naturwissenschaft“ (ebenda, S. 181).

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 ‚Erzeugung‘ des Rechtes aus der Ursprungsnorm vollzieht sich stufenweise in stetem Bezug auf ein paralleles Faktum, das aber doch nur... die *conditio sine qua non*, nicht aber die *conditio per quam* des Rechtes auf seinen verschiedenen Stufen, in seinem für den Juristen entscheidenden Geltungsaspekte ist¹⁾.“ Kann aber ein Sein die *conditio sine qua non* eines Sollens, einer Norm sein, wenn man Sein und Sollen, Fakta und Normen streng und reinlich voneinander scheidet? Ja, es soll sogar die Grundnorm (Ursprungsnorm), aus der letzten Endes die ganze Sollgeltung des Rechtes abgeleitet wird, selbst nach diesem faktischen „Material“ „bestimmt“ werden²⁾. Bedeutet dies aber nicht eher die Konstatierung eines unlösbaren Zusammenhanges zwischen rechtlichem Sein (Material) und rechtlichem Sollen als ihre reinliche Scheidung?

Es soll hier nicht näher ausgeführt werden, daß wir die Annahme der hypothetischen Grundnorm, die wir bloß als eine partielle Frage im Gedankenschatz der Reinen Rechtslehre betrachten, für überflüssig halten³⁾. Die Annahme der Grundnorm bedeutet nämlich unserer Ansicht nach genau dasselbe, was Kelsen viel glücklicher in der Behauptung ausgedrückt hat, daß die Rechtswissenschaft durch das ihr gegebene oder aufzugebene Material (Gesetze, Verordnungen usw.) bestimmt ist. Die Behauptung, daß der Rechtswissenschaft dieses Material gegeben oder aufgegeben ist, besagt nun ihrerseits wieder nichts anderes, als daß die Rechtswissenschaft dieses Material einfach hinzuzunehmen hat, ohne es weiter begründen oder ableiten zu wollen oder zu können. Das

¹⁾ Das Problem der Souveränität, S. V/VI.

²⁾ Allgemeine Staatslehre, S. 104: „Es ist die Grund- oder Ursprungsnorm, die als Hypothese von der Rechtserkenntnis eingeführt werden muß, um das als Recht zu begreifende Material, um die als Rechtsakte zu deutenden Tatbestände überhaupt als Elemente eines und desselben Systems ‚Recht‘ zu erfassen. Dabei wird diese Hypothese ebenso nach dem von ihr zu erfassenden Material, wie das Material nach der Hypothese bestimmt.“ Vgl. auch: Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie?, S. 25: „... (die Grundnorm richtet) sich in ihrem Inhalt restlos und ausschließlich nach dem Material.., das als geltendes positives Recht begriffen werden soll.“

³⁾ Kelsen selbst macht gelegentlich folgende Bemerkung: „Gegen meine Theorie könnte man... höchstens einwenden, daß die Annahme einer Grundnorm überflüssig sei, weil sich dasjenige, was sie leisten will, den Geltungscharakter des positiven Rechtes zu begründen, auf andere Weise erzielen ließe“ (Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie?, S. 26).“ — Hinsichtlich des im angeführten Gedanken enthaltenen Zirkels vgl. unten S. 77, Anm. 1. — Verdroß nennt den Begriff der Grundnorm „die Krone des Kelsenschen Rechtssystems“. (Die Rechtstheorie Hans Kelsens, Sonderabdruck aus Nr. 20 der Juristischen Blätter, 59. Jhg., 1930, S. 5.) Unserer Ansicht nach ist die Bedeutung der Annahme der hypothetischen Grundnorm für die Rechtslehre Kelsens viel geringer.

Gegebensein des Materials bedeutet die Grenze der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis. Die hypothetische Grundnorm besagt nun — und man lasse sich hierüber durch die Verknüpfung der Grundnorm mit der Stufentheorie nicht hinwegtäuschen — wesentlich dasselbe. Durch die Einreihung der Grundnorm als der hypothetischen obersten Stufe in den Stufenbau des Rechtes wird diese Sachlage natürlich gewissermaßen verdunkelt; es unterliegt aber keinem Zweifel, daß die Lehre von der Einstufigen oder mehrstufigen Gliederung des Rechtes die Frage von der Notwendigkeit der „Ursprungshypothese“ nicht berührt. Ist die Annahme der Grundnorm bei einem mehrstufigen positiven Rechte notwendig, so ist sie auch bei einem einstufigen Rechte unerlässlich. Die Grundnorm bedeutet nämlich nichts anderes, als daß der Geltungsgrund des positiven Rechtes für den Rechtspositivismus nur im positiven Rechte selbst gelegen sein kann oder richtiger daß die positive Rechtswissenschaft die Geltung des positiven Rechtes einfach hinzunehmen hat, daß sie die Geltung des Rechtes weder zu begründen braucht noch mit den Mitteln der positiven Rechtserkenntnis — also positiv-rechtlich — begründen kann. Die Grundnorm bedeutet die Grenze der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis. In Verbindung mit der Lehre vom Stufenbau des Rechtes hat die Hypothese der Grundnorm dieselbe Bedeutung. Ist die Verfassung im positiv-rechtlichen Sinne die oberste positiv-rechtliche Norm, so kann ihre Geltung nicht aus einer noch höheren positiven Norm abgeleitet werden; und da die Ableitung der Rechtsgeltung aus außerrechtlichen Quellen für den Rechtspositivismus unmöglich ist, so bedeutet dies nichts anderes, als daß die Rechtsgeltung der obersten positiv-rechtlichen Norm überhaupt nicht zu begründen ist, sie muß einfach angenommen, vorausgesetzt werden, die Annahme der Grundnorm ist einfach die Konstatierung der Grenze der positivistischen Rechtserkenntnis¹⁾.

¹⁾ Vgl. Kelsen: Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie?, S. 24: „Daß dieses erste historische Faktum den Sinn einer Verfassung habe, daß dieser Beschluß einer Versammlung von Menschen oder dieser Befehl eines Usurpators die normative Bedeutung eines Grundgesetzes habe, das wird von dem positiven Juristen, der über diese Grundtatsache nicht hinausgehen kann, vorausgesetzt.“ (Die Sperrungen sind von mir.) Dies bedeutet unseres Erachtens nichts anderes, als daß der positive Jurist die Geltung der Verfassung nicht begründen kann und einfach anzunehmen hat. Daß er die Voraussetzung machen müsse, daß ein Faktum eine Norm ist, daß das gegebene historische Faktum „nicht als Tatsache der Macht, sondern als Recht, nicht als bloßes Faktum, sondern als Norm“ zu verstehen sei (ebenda, S. 24), daß er durch die Annahme der Grundnorm eine „Transformation der Macht zu Recht“ (Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre, S. 65) bewerkstelligen könnte, scheint uns natürlich unmöglich. Unserer Meinung nach ist mit dem Faktum der Verfassung ein normativer Sinn verbunden, bereits dem dem Juristen gegebenen, und zwar durch gewisse historische Fakta abgegrenzten Material ist ein Geltungsanspruch innewohnend, und der positive Jurist hat diesen Geltungsanspruch ohne Prüfung seines Geltungsgrundes hinzunehmen.

Begnügt man sich nicht damit, in der Grundnorm bloß die Grenze der juristischen Begründung zu erblicken, und versucht man aus ihr mehr herauszuholen, so kommt man der naturrechtlichen Auffassung gefährlich nahe. Wenn man auch den Inhalt der positiven Rechtssätze aus der hypothetischen Grundnorm „herauszaubern“ wollte, so wäre dies auch nach der Ansicht Kelsens reines Naturrecht¹⁾; denn die Bestrebung, inhaltlich bestimmte Rechtssätze aus einer wissenschaftlichen Hypothese, also bloß durch die erkennende Tätigkeit des Verstandes, zu gewinnen, heißt ja nichts anderes, als das Recht aus der Vernunft zu deduzieren. Aber auch die Auffassung Kelsens, daß nämlich der Inhalt der Rechtssätze von soziologischen Fakten herstamme, ihre rechtliche, objektive Geltung dagegen von der Grundnorm²⁾, bedeutet eigentlich eine überpositive Grundlegung des positiven Rechtes³⁾. Wenn die rechtliche Geltung nicht schon in dem der Rechtswissenschaft „gegebenen oder aufgegebenen Material“ enthalten ist und die objektive Sollgeltung des Rechtes aus der Sphäre der Wissenschaft durch die Grundnorm an das empirische Material herangebracht werden muß, so bedeutet dies nichts anderes, als daß die Rechtsqualität gewisser Inhalte durch die Vernunft zu begründen ist. Glaubt man aber, durch die Vernunft begründen zu können, daß gewisse inhaltliche Vorschriften als objektiv gültige Rechtsinhalte anzuerkennen sind, so treibt man Naturrecht. Es ist zweifellos, daß sich auch der Inhalt

Ein Faktum kann keine Norm sein, aber ein Faktum kann mit einer Norm, einem normativen Sinn, verbunden sein. Das der Rechtswissenschaft gegebene oder aufzugebene Material enthält nicht bloße Fakta, sondern historische Fakta, d. h. sinnvolle Fakta, menschliche Handlungen, die nicht bloß einen psychologischen Ablauf, sondern auch einen von diesem psychologischen Vorgang getragenen logischen Sinn, und zwar einen normativen Sinn haben. In diesem Material ist nicht nur der „allerdings in der Zeit und im Raum sich abspielende seelisch-körperliche Akt des Beschließens und Äußerns des Gesetzes, das psycho-physische Vehikel“, sondern auch der durch dieses Vehikel getragene „spezifische Sinngehalt“ gegeben (vgl. Kelsen: Rechtswissenschaft und Recht, a. a. O., S. 170/71). Ein Irrtum Kelsens ist es, daß er diesen „spezifischen Sinngehalt“ durch die Rechtswissenschaft erzeugen läßt. Das der Rechtswissenschaft gegebene Material betrachtet er als etwas völlig Alogisches. Die Widerlegung dieser Ansicht haben wir bereits in der Abhandlung: Das Logische im Recht, a. a. O., S. 183 bis 186, versucht und können deshalb nun von weiteren Erörterungen absehen.

¹⁾ Vgl. oben, S. 69.

²⁾ Vgl. oben, S. 69/70.

³⁾ Vgl. Verdross: Die Rechtstheorie Hans Kelsens, a. a. O., S. 5. — Verdross unternimmt es, mit großem Scharfsinn zu beweisen, daß die von Kelsen behauptete „politische Indifferenz“ der Grundnorm ein bloßer Schein und daß die Grundnorm eigentlich „die normative Formulierung... (eines) Wertes“ sei; die Grundnorm, die „alle widerspruchlos erfaßbaren positiven Rechtsakte als objektivgültige Normen zu erfassen“ verlangt, sei der Ausdruck derjenigen Werteinstellung, „für die der Wert der Rechtssicherheit, also der Friedenswert, den höchsten Wert bildet“ (a. a. O., S. 6/7).

des Naturrechtes auf die empirische soziale Wirklichkeit bezieht; auch durch die Normen des Naturrechtes soll das sich in Zeit und Raum abspielende empirische gesellschaftliche Zusammenwirken geregelt werden; die große Schwierigkeit der naturrechtlichen Auffassung liegt ja gerade darin, daß sie Normen, deren Inhalt sich auf empirische menschliche Verhältnisse bezieht, eine ewige und absolute Geltung zuerkennt. Wenn Kelsen gewissen sozialen Inhalten durch die wissenschaftliche Hypothese der Grundnorm eine objektiv-logische Sollgeltung verschaffen will, so sieht dies der naturrechtlichen Bestrebung, durch logische Deduktion den absoluten Wert gewisser sozialer Inhalte zu beweisen, sehr ähnlich¹⁾. Ja, wenn unter der objektiven Sollgeltung des Rechtes eine absolute Geltung, ein absoluter Wert, verstanden werden soll, so ist man bei dem Gedanken des absoluten Rechtes, das auch inhaltlich nur absolut wertvoll sein kann²⁾, angelangt; ein absolutes Recht ist aber: Naturrecht. — Verdroß scheint diese Konsequenz nicht zu scheuen, er will „das Recht aus seiner Isolierung befreien, um es wiederum als Glied im Kosmos der Werte zu begreifen“³⁾. Will man aber das Recht als eine Teilordnung in den Kosmos der Werte hineinstellen, will man seine Sollgeltung aus der objektiven Sinnsphäre der Werte und letzten Endes infolge der Einheit des normativen Weltbildes aus den höchsten absoluten Werten ableiten, dann erhält das Recht selbst den Glanz dieses absoluten Wertes, dann können nur solche Inhalte als rechtliche Inhalte gelten, die durch den absoluten Wert gerechtfertigt werden können⁴⁾. Die

¹⁾ Die Auffassung Kelsens, der Rechtssatz hole seinen Inhalt aus gewissen sozialen Fakten, seine Geltung aber aus der Grundnorm, ist unseres Erachtens nicht richtig. Aus bloßen Fakten kann kein Inhalt herausgeholt werden; die sozialen Fakta, von denen bei Kelsen die Rede ist, tragen bereits als „psycho-physische Vehikel“ einen „spezifischen Sinngehalt“, und zwar einen Inhalt, der einen normativen Sinn, einen normativen Geltungsanspruch, hat. Der Rechtssatz holt nun seinen Inhalt aus diesem „spezifischen Sinngehalt“. Die rechtliche Geltung dieses Inhaltes beruht andererseits darauf, daß sein normativer Geltungsanspruch nicht weiter zu verifizieren ist, falls der normative Sinngehalt durch das „psycho-physische Vehikel“ der sozialen Macht getragen wird.

²⁾ Im Begriffe eines inhaltlich absolut wertvollen Rechtes ist das Moment der materialen Gerechtigkeit enthalten. Vgl. Kelsen: Die Idee des Naturrechtes, a. a. O., S. 230: „Nur in der als Naturrecht auftretenden Norm führt das Sollen jenen Sinn des Absoluten mit sich, den man mit der Vorstellung des ‚Gerechten‘ schlechthin zu verbinden pflegt.“

³⁾ a. a. O., S. 8. Nach der Auffassung von Verdroß drängt die Einheit des rechtlichen Weltbildes „notwendig über sich hinaus zur Einheit des normativen Weltbildes, ja zur Einheit des Weltbilds überhaupt“ (ebenda).

⁴⁾ Vgl. Verdroß: a. a. O., S. 7: „Doch ist es klar, daß eine solche objektive Begründung (der subjektiven Geltungsansprüche der Rechtsakte), wenn überhaupt, nur durch den Nachweis erfolgen kann, daß die positive Zwangsordnung ganz oder teilweise auf eine objektive Sinnsphäre, in die sie eingebettet ist, hinausweist, demnach eine bestimmte Teilordnung im

Ableitung des Rechtes aus dem absoluten Werte bedeutet aber den Standpunkt des Naturrechtes¹⁾.

Was die Auffassung Kelsens anbetrifft, kann man nicht behaupten, daß er unter der objektiven Sollgeltung des Rechtes eine absolute Geltung versteht. Es ließen sich zwar zahlreiche Äußerungen Kelsens anführen, nach denen er die objektive Sollgeltung des Rechtes als eine logische Geltung auffaßt²⁾; seine Lehre, daß der Rechtssatz ein logisches (hypothetisches) Urteil sei, daß das Recht von der Rechtswissenschaft „erzeugt“ werde, führt ebenfalls zu der Konsequenz, daß die objektive Geltung des Rechtes eine logische Geltung ist. Die logische Geltung ist aber eine absolute Geltung, der logische Wert ist ein absoluter Wert. Andererseits ist es aber zweifellos, daß Kelsen mit dem größten

Kosmos der Werte bildet, was natürlich zur Folge hätte, daß jene Rechtsakte, die in dieser Weise nicht gerechtfertigt werden können, aus dem System der objektiv-gültigen Normen als unheilbar nichtige Akte auszuschneiden wären.“ Mißt man aber derart dem absoluten Wert nicht nur eine regulative, sondern auch eine konstitutive Funktion dem Rechte gegenüber zu, so ist man bei der naturrechtlichen Auffassung angelangt.

¹⁾ Auch die von Verdross erwähnte Ansicht, daß der Rechtssatz als eine Klugheitsregel zu betrachten wäre, „deren Formulierung etwa zu lauten hätte: Wer (wahrscheinlichen) Zwang, Strafe oder Exekution vermeiden will, muß in bestimmter Weise handeln“ (a. a. O., S. 6), bedeutet bereits das Aufgeben des positiv-rechtlichen Standpunktes und eine Bewertung des Rechtes. Die Frage, ob und warum man dem Rechte gehorchen soll, ist schon eine ethische Frage, die Frage des richtigen Handelns bzw. die Frage der Richtigkeit des Rechtes. (Verdross hätte in der angeführten Stelle statt „muß“ genauer „soll“ schreiben sollen.) Es sei uns erlaubt, in diesem Zusammenhange in aller Kürze darauf hinzuweisen, daß durch die Frage des richtigen Rechtes, indem man darunter bloß die wertende Beurteilung des positiven Rechts versteht, eine Verbindung des Rechtes mit dem „Kosmos der Werte“ hergestellt werden kann, ohne mit dem Standpunkte des Rechtspositivismus in Konflikt zu geraten. Natürlich ist die Frage nach der ethischen Richtigkeit des Rechtes schon keine juristische (positiv-rechtliche), sondern eine ethische Frage.

²⁾ Vgl. z. B. die Vorrede zur 2. Auflage der Hauptprobleme: „Worauf es den ‚Hauptproblemen‘ offenbar ankommt, ist: die Objektivität der Geltung zu gewinnen, mit der allein wie Gesetzmäßigkeit überhaupt so auch Rechtsgesetzmäßigkeit auftreten kann“ (S. VII). „(Es erscheint)... das Recht der Rechtswissenschaft als ein System von Rechtssätzen, als ein Urteilszusammenhang...“ (S. VI); „... der Rechtssatz (verknüpft) in der logischen Form der Bedingung und Folge zwei Tatbestände miteinander...“ (S. X). „So tritt schon in den ‚Hauptproblemen‘ der Gegensatz zwischen der reinen Rechtstheorie und der psychologisch-soziologischen Spekulation in Parallele zu dem allgemeinen Gegensatz zwischen Logismus und Psychologismus, so wie er in Husserls ‚Logischen Untersuchungen‘ klassisch dargestellt wurde“ (S. IX). (Die Sperrungen sind von mir.) Die Parallele des Rechtes mit der Naturwissenschaft beweist übrigens ebenfalls, daß die Geltung der Rechtssätze der Geltung wissenschaftlicher Urteile, also einer logischen Geltung, gleichkommen soll. Der oft gebrauchte Ausdruck „Normlogik“ weist ebenfalls darauf hin.

Nachdruck die bloß hypothetisch-relative Geltung des positiven Rechtes betont: „So wie der Idee des Naturrechtes die absolute, so entspricht der Idee des positiven Rechtes die bloß hypothetisch-relative Geltung seiner Normen, d. h. daß seine Normen nur unter einer Voraussetzung, unter der Annahme einer die oberste Rechtsautorität einsetzenden Grundnorm gelten, deren Geltung selbst innerhalb der Sphäre des positiven Rechtes unbegründet und unbegründbar bleibt¹⁾.“ Soll die hypothetische Geltung der Grundnorm und der positiven Rechtsnormen nicht bloß ihre Unbegründbarkeit bedeuten²⁾, so ist unter dieser Relativität der Geltung schwer etwas anderes zu verstehen als die Abhängigkeit der normativen Geltung von einem Sein, ihre Beschränkung und Bedingtheit durch ein Sein³⁾. Es könnte daher den Gegenstand einer besonderen Untersuchung bilden, inwiefern der Begriff eines bedingten Sollens, einer hypothetisch-relativen Geltung, mit der rein normativen Betrachtung überhaupt vereinbar ist⁴⁾. Was aber die Auffassung Kelsens von der relativen Geltung

¹⁾ Die Idee des Naturrechtes, S. 230; vgl. Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre, S. 12.

²⁾ Diese Unbegründbarkeit kann wiederum entweder das Problematische der Geltung dieser Normen bedeuten, was zur Begründung der Rechtswissenschaft offenbar nicht genügt, oder gerade die Absolutheit, die Weiter-nicht-Ableitbarkeit der Geltung, ihr Beruhen auf einer absoluten Evidenz zum Ausdruck bringen.

³⁾ Die Auffassung, daß das relative Sollen durch ein anderes Sollen bedingt sei, ist keine Lösung des Problems, sondern bloß eine Hinausschiebung der Lösung. Denn wenn dieses bedingende Sollen selbst ein absolutes Sollen ist, so erhält das von ihm abgeleitete Sollen ebenfalls die Eigenschaft der Absolutheit; ist aber das bedingende Sollen — in unserem Falle die Grundnorm — selbst nur hypothetisch-relativ, so fragt es sich, wodurch es bedingt ist.

⁴⁾ Unserer Ansicht nach kann man sich nicht auf die Autorität Kants berufen, um die Vereinbarkeit des Begriffs des bedingten Sollens mit einer rein normativen Auffassung zu beweisen. Kant betont zwar, daß „es höchst verwerflich (sei), die Gesetze über das, was ich tun soll, von demjenigen herzunehmen oder dadurch einschränken zu wollen, was getan wird“ (Kritik der reinen Vernunft, Akad. Ausg., Bd. IV, S. 203), aber abgesehen davon, daß er von „Ideen“ als „wirkenden Ursachen“ spricht (ebenda, S. 202), hält er das sogenannte „bedingte Sollen“ für kein echtes normatives „Gebot oder Gesetz“. Vgl. Grundl. zur Metaphysik der Sitten, Akad. Ausg., Bd. IV, S. 416: „...dagegen der kategorische Imperativ durch keine Bedingung eingeschränkt wird und als absolut, obgleich praktisch-notwendig ganz eigentlich ein Gebot heißen kann.“ Den hypothetischen Imperativ bestimmt er durch das kausale Moment der Verbindung von Mittel und Zweck: „Jene (die hypothetischen Imperative) stellen die praktische Notwendigkeit einer möglichen Handlung als Mittel zu etwas anderem, was man will (oder doch möglich ist, daß man es wolle), zu gelangen, vor“ (ebenda, S. 414). Ferner: „Nun drückt jedes Sollen eine Notwendigkeit der Handlung aus und ist einer zweifachen Bedeutung fähig. Ich soll nämlich entweder etwas tun (als ein Mittel), wenn ich etwas

des positiven Rechtes anbelangt, so ist es zweifellos, daß er, im Grunde genommen, unter der Relativität der Sollgeltung ihre Bedingtheit durch ein Sein versteht, wie dies z. B. aus folgender Stelle hervorgeht: „Die Normen des positiven Rechtes“ — behauptet er — „‚gelten‘ oder, was dasselbe ist, sie ‚sollen‘..., weil sie auf eine bestimmte Weise erzeugt, von einem bestimmten Menschen gesetzt sind¹⁾.“ Dieser Sachlage entspricht es, daß Kelsen es gelegentlich der Entfaltung seiner Auffassung von der relativen Geltung des positiven Rechtes für nötig hält, zunächst auf die Relativität des Gegensatzes von Sein und Sollen hinzuweisen: „Als relativ“, so führt er aus, „muß zunächst der Gegensatz von Sein und Sollen erkannt werden. Denn das positive Recht erscheint im Verhältnis zum Naturrecht als etwas Künstliches, d. h. als etwas durch einen empirischen, im Reiche des Seins, in der Sphäre des tatsächlichen Geschehens verlaufenden menschlichen Willensakt ‚Gesetztes‘, als ein Sein also, als Wirklichkeit, dem das Naturrecht als ein Wert gegenübersteht; woraus sich ja die Möglichkeit eines wertvollen oder wertwidrigen positiven Rechtes ergibt. Andererseits ist das positive Recht als Norm von seinem eigenen, immanenten Standpunkt aus ein Sollen, ein Wert also, und tritt als solcher der Wirklichkeit des tatsächlichen Verhaltens der Menschen, dieses als rechtmäßig oder rechtswidrig wertend, gegenüber. Das Problem der Positivität des Rechtes besteht gerade darin, daß dieses zugleich als Sollen und Sein erscheint, obgleich sich diese beiden Kategorien logisch ausschließen²⁾.“

anderes (als einen Zweck) will, oder ich soll unmittelbar etwas anderes (als einen Zweck) tun und wirklich machen. Das erstere könnte man die Notwendigkeit der Mittel (*necessitatem problematicam*), das zweite die Notwendigkeit der Zwecke (*necessitatem legalem*) nennen. Die erstere Art der Notwendigkeit zeigt gar keine Verbindlichkeit an, sondern nur die Vorschrift als die Auflösung in einem Problem, welche Mittel diejenige sind, deren ich mich bedienen müsse, wie ich einen gewissen Zweck erreichen will. Da nun der Gebrauch der Mittel keine andere Notwendigkeit hat als diejenige, so dem Zwecke zukommt, so sind so lange alle Handlungen, die die Moral unter der Bedingung gewisser Zwecke vorschreibt, zufällig und können keine Verbindlichkeiten heißen, solange sie nicht einem an sich notwendigen Zwecke untergeordnet werden“ (Kant: Untersuchung über die Deutlichkeit der Grundsätze der natürlichen Theologie und der Moral, Akad. Ausg., Bd. II, S. 298).

¹⁾ Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre, S. 11: „Über den Wert dieser Erzeugungsmethode, dieses als positive Rechtsautorität fungierenden Menschen“ — fährt er fort — „ist damit nichts kategorisch ausgesagt, dieser Wert wird hypothetisch vorausgesetzt.“ Das bedeutet aber nichts anderes, als daß das Vorhandensein gewisser Seinsfakta, gewisser menschlicher Setzungsakte die Bedingung für die Voraussetzung eines Wertes, einer hypothetischen Geltung, ist.

²⁾ Ebenda, S. 10. Vgl. Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes, S. 97 bis 99, besonders S. 97, Anm. 1: „Nur so scheint mir das Problem lösbar, daß das Sollen des Rechtes und das Sein der historisch-sozialen Wirklichkeit sich zwar logisch ausschließen, dennoch aber in einer nicht zu leugnenden inhaltlichen Beziehung stehen.“ Die Behauptung,

Der Sachlage, daß die Relativität der positiv-rechtlichen Sollgeltung die Bedingtheit dieses rechtlichen Sollens durch Seinsfakta bedeutet, entspricht es auch, daß die hypothetische Grundnorm nach der Auffassung Kelsens durchaus von „empirisch gegebenen Akten“, von der Tatsache der „Macht“ abhängig ist. Seiner Ansicht nach kann nämlich „durch die Grundnorm als rechtserzeugende Autorität nur eine solche eingesetzt werden..., deren Normen im großen und ganzen Gehorsam finden“, so daß „die Grundnorm in einem gewissen Sinne die Transformation der Macht zu Recht“ bedeutet¹⁾.

daß sich Sein und Sollen logisch ausschließen, geht zu weit. Die Verschiedenheit des Sollens vom Sein bedeutet noch keineswegs einen logischen Gegensatz zwischen beiden, und zwar um so weniger, als beide in einer „nicht zu leugnenden“ Beziehung zueinander stehen. Ich halte es für einen Irrtum, wenn gegen meine Auffassung, wonach das Recht aus Wirklichkeits-elementen und aus Wertelementen bestehen soll, geltend gemacht wird, daß eine Erscheinung nicht aus einander ausschließenden Elementen (?) bestehen könne, und gefragt wird, „wie ein einziges Subjekt einander gegenseitig ausschließende Prädikate haben“ könne (Horváth: Die ungarische Rechtsphilosophie, Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphil., Bd. 24, 1930, S. 75). Mit demselben Rechte könnte Horváth fragen, wie eine einzige Rose duftig und rot sein könne. Eine Auffassung, die man als „kultur-philosophisch“ bezeichnet, kann eine Wesensverschiedenheit, aber keinen logischen Gegensatz zwischen Wert und Wirklichkeit behaupten wollen. Logisch ausschließen können sich übrigens nur Prädikate, die nicht wesensfremd, sondern wesensgleich (kommensurabel) sind.

¹⁾ Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre, S. 65. Vgl. ebenda: „Der Inhalt der Grundnorm, d. i. das besondere, historisch gegebene Faktum, das durch die Grundnorm als erster rechterzeugender Tatbestand qualifiziert wird, richtet sich durchaus nach dem Material, das als positives Recht begriffen werden soll, nach der Fülle von empirisch gegebenen Akten, die mit dem subjektiven Anspruche auftreten, Rechtsakte zu sein, und die objektiv als solche nur gelten können, sofern sie auf einen Grundakt bezogen werden, der, d. i. die Funktion der Grundnorm, als erster rechterzeugender Tatbestand vorausgesetzt wird.“ Dieses Zitat enthält einen Zirkel: Es muß nämlich schon vor der Annahme der Grundnorm objektiv festzustellen sein, welches Material „als positives Recht begriffen werden soll“, die Grundnorm richtet sich eben „durchaus nach diesem Material“; dieses Material braucht also nicht erst durch die Grundnorm objektiv als Rechtsmaterial qualifiziert zu werden; wenn aber dieses Material erst durch die Grundnorm objektiv als Rechtsmaterial bestimmt wird, so kann sich nicht die Grundnorm nach diesem vor der Annahme der Grundnorm objektiv nicht bestimm- baren Material richten. Diese Überlegung zeigt wiederum, daß die Annahme der Grundnorm überflüssig ist. Die Grundnorm bedeutet bloß die logisch unmögliche Forderung, ein Faktum als Norm zu begreifen, oder richtiger: die Konstatierung, daß man an der Grenze der normativen Betrachtung angelangt sei, daß die Unterscheidung und Auswahl der positiv-rechtlichen Normen von den anderen möglichen Arten von Normen auf Grund von Seinstatsachen und nicht auf Grund einer rein normativen Betrachtung erfolge. Die Frage der Positivität der Rechtsnormen ist keine normative Frage.

Das Ergebnis unserer letzten Untersuchungen zusammenfassend, können wir feststellen, daß eine rein normative Auffassung die absolute Geltung und demnach auch den absoluten Wert des Rechtes behaupten müßte. Ein absolut wertvolles Recht ist aber Naturrecht. Die Reine Rechtslehre behauptet die bloß hypothetisch-relative Geltung des positiven Rechtes, d. h. die Bedingtheit des rechtlichen Sollens durch ein Sein, gelangt aber dadurch zur Relativierung des Gegensatzes von Sollen und Sein und letzten Endes zur Gleichsetzung der Positivität des Rechtes mit seiner Wirksamkeit¹⁾. Damit verläßt aber die Reine Rechtslehre schon das Gebiet der rein normativen Betrachtung und tritt in die Sphäre der mit kausal-explikativer Methode zu erfassenden psychologischen und historisch-soziologischen Wirklichkeit.

5. Es kann ähnlicherweise bewiesen werden, daß auf Grund einer rein normativen Auffassung nur eine statische Rechtsbetrachtung möglich ist. Ein Normsystem „an sich“ hat bloß eine ideelle, gedankliche Existenz, es ist nichts anderes als ein System von Gedanken, ein Inbegriff von gedanklichen Vorschriften. Zwischen den einzelnen Vorschriften eines Normsystems, die sich nach ihrem Inhalt in ein sinnvolles System zusammenfügen, kann kein anderer Unterschied gemacht werden als der, der aus der Verschiedenheit ihres Inhaltes hervorgeht. Die einzelnen Normen gliedern sich nach ihrem zeitlosen Sinne, nach der Verschiedenheit oder Zusammengehörigkeit ihres Inhaltes in ein bewegungsloses System, aus dem jedes dynamische Moment des Werdens, der Veränderung und der Zeitlichkeit fehlen muß. Normen sind, wie oben gezeigt wurde, ihrem Sinne nach raumlos, zeitlos, unveränderlich und ewig. Die Norminhalte, als logische Sinngehalte, können zwar nach dem logischen Gesichtspunkte des Allgemeinen und des Besonderen in eine logische Stufenreihe geordnet werden, diese logische Abhängigkeit (Funktion) bringt aber keine Bewegung in das System, denn das Besondere fügt sich als Ergänzung unbeweglich in den Rahmen des Allgemeinen ein. Würde die Abhängigkeit des Besonderen vom Allgemeinen schon ein dynamisches Moment bedeuten, so müßte man jedes System als ein dynamisches erkennen und der Begriff des statischen Systems enthielte einen argen Widerspruch.

Wollte man zwischen den einzelnen Normen eines und desselben Normsystems nicht nur nach ihrem Inhalte, sondern auch nach ihrer Geltung einen Unterschied machen und die Normen nach dem verschiedenen Grade ihrer Geltung in eine Stufenreihe ordnen, so müßte man einen Maßstab haben, mit dessen Hilfe man die Gradunterschiede der Geltung bestimmen könnte. Wird nun die verschiedene Wirksamkeit der einzelnen Normen als ein solcher Maßstab angewendet, so verläßt man damit schon das Gebiet der rein normativen Betrachtung; da man aber die positiv-rechtliche Geltung mit der Wirksamkeit des

¹⁾ Vgl. Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre, S. 67/68; ferner unten S. 87ff.

Rechtes in Verbindung zu bringen pflegt¹⁾, so ist meistens doch dieses metanormative Moment der Wirksamkeit, nach welchem der Geltungsgrad der einzelnen Rechtsnormen gemessen wird. Will man dagegen in der Sphäre der normativen Wertbetrachtung verbleiben und verwendet man zur Bestimmung der Gradunterschiede der Rechtsgeltung einen außerrechtlichen Wert, so verläßt man das Feld der juristischen Betrachtung und gelangt zu einer wertenden (ethisch-politischen) Beurteilung des Rechtes, ja zur Ableitung der rechtlichen Geltung aus der ethischen Geltung, also zum Naturrecht²⁾. Wenn man nun weder das Gebiet der normativen noch das der juristischen Betrachtung verlassen will, so kann man nichts anderes tun, als auf Grund des Inhaltes irgendeiner rechtlichen Norm den Geltungsgrad der einzelnen rechtlichen Normen bestimmen. Die Behauptung, daß jedes Rechtssystem notwendig Normen solchen Inhaltes enthalten müsse, auf Grund deren der Geltungsgrad der anderen Rechtsnormen sich bestimmen lasse, bedeutet natürlich die Behauptung eines a priori feststehenden Rechtsinhaltes und ist also Naturrecht³⁾. Da aber die meisten Rechtssysteme tatsächlich Normen solchen Inhaltes enthalten (Normen nämlich, die eine sekundäre Rechtsquelle einsetzen und demnach die Unterscheidung von delegierenden und delegierten Normen ermöglichen), so scheint die Bestrebung, von einem immanenten Standpunkte aus Gradunterschiede der rechtlichen Geltung festzustellen, nicht ganz aussichtslos zu sein. Nun fragt sich aber, was uns dazu berechtigt, aus dem Normsystem eine Norm von bestimmtem Inhalte herauszugreifen und ihren Inhalt bestimmend für den Geltungsgrad der anderen Normen anzusehen? Bedeutet dies nicht schon die Zuerkennung des höchsten Geltungsgrades an diese zur obersten Rechtsstufe erhobenen Norm? Und kann man aus dem Inhalt irgendeiner Norm auf den Geltungsgrad ebendieser Norm einen Schluß ziehen, kann überhaupt die Geltung einer Norm von ihrem Inhalt abhängen? Kann eine Norm sich anmaßen, den Geltungsgrad der übrigen Normen zu bestimmen, kann sie auf diese Weise sich selbst zur höchsten Norm erheben? Gewiß nicht⁴⁾. Außerdem muß

¹⁾ Wie oben bereits erwähnt, sieht Kelsen selbst eine notwendige Verbindung zwischen der Positivität des Rechtes und seiner Wirksamkeit. Vgl. Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre, S. 65, 67/68.

²⁾ Es sei erlaubt, kurz zu bemerken, daß unserer Ansicht nach die reine Wertbetrachtung ebenfalls nur statisch (einstufig) sein kann: Der Wert „an sich“ gilt und diese „Geltung“ läßt keine Abstufungen zu, die Wertunterschiede ergeben sich erst bei der Verwirklichung des Wertes in der empirischen Wirklichkeit.

³⁾ Vgl. oben S. 66ff. Es ließe sich wohl eine kleine (primitive) Rechtsgemeinschaft denken, in der es bloß eine einzige Rechtsautorität (Rechtsquelle) und demnach nur eine einzige Art der Rechtsnormen gäbe.

⁴⁾ Als Befreiung aus der Sackgasse, in die die Theorie geraten ist, kann natürlich auch in diesem Falle die „Annahme einer hypothetischen Grundnorm“ erscheinen, durch die der „obersten“ Rechtsnorm der höchste Geltungsgrad verliehen werden sollte. Unserer Ansicht nach bedeutet aber die Grundnorm bloß die Grenze der juristischen Einsicht und ihre „Annahme“, die

man noch bedenken, daß in einem „Delegationszusammenhang“ die delegierte Norm von der delegierenden Norm nicht nur den Grad ihrer Geltung erhält, sondern die Geltung überhaupt. Durch die Delegation wird ein Nichtrecht in Recht verwandelt, erst durch die Delegation wird ein gewisser Sinngehalt in das Normsystem des Rechtes aufgenommen. Diese Frage der Aufnahme in das Normsystem, die Frage des Werdens des Rechtes, interessiert uns aber nicht mehr, sobald ein gewisser Inhalt die rechtliche Geltung erhalten hatte und zum Gliede des Normsystems erhoben wurde: Der metarechtliche Ursprung der Rechtsnorm fällt außerhalb des Rahmens einer rein normativen Betrachtung. Jede Norm eines und desselben Normsystems muß gleicherweise als gültig begriffen werden; in der normativen Geltung kann es auf Grund eines Delegationszusammenhanges also keine Gradunterschiede geben. Und da es, wie oben gezeigt wurde, nicht angeht, eine bestimmte Norm auf Grund ihres Inhaltes als oberste Norm herauszuheben und nach ihrem Inhalte die Gradunterschiede der übrigen Normen zu bestimmen, so kann ganz allgemein die Möglichkeit der sich ergebenden Gradunterschiede in der Geltung der zu einem Normsystem gehörigen einzelnen Normen bestritten werden. Zwischen den Gliedern eines Systems muß Harmonie herrschen, zu einer Kollision zwischen ihnen und demnach zur Feststellung des höheren Geltungsgrades kann es gar nicht kommen.

Daß eine normative Betrachtung nur statisch sein kann, ersieht man am deutlichsten daraus, daß selbst das veränderungsfähige positive Recht, wenn es normativ betrachtet wird, als ein fertiges System von Rechtssätzen erscheint. Die dogmatische Rechtswissenschaft abstrahiert gänzlich von dem kausalen Moment der zeitlichen Veränderung: Sie betrachtet das positive Recht gleichsam als in einem gegebenen historischen Augenblick erstarrt, *sub specie puncti temporis*, also statisch.

Demgegenüber fordert die Reine Rechtslehre eine dynamische Betrachtung des Rechtes. Und es ist merkwürdig, daß gerade Adolf Mehl, der die rein normative Auffassung viel einseitiger als Kelsen vertritt, zuerst energisch diese Forderung der Rechtsdynamik gestellt hat, die der normativen Betrachtung geradezu widerspricht¹⁾. Von

übrigens ganz überflüssig ist, ist nur insoweit unschädlich, als man theoretisch nicht bewiesene und auch nicht begründbare Behauptungen aus ihr nicht herauseskamotieren will. Auf Grund einer nach Bedarf und nach Belieben, also willkürlich, angenommenen Grundnorm, könnte man ganz beliebigen Befehlen die „objektive Sollgeltung“ des Rechtes zuerkennen. Wenn sich aber die Annahme der Grundnorm nach der Tatsache der Macht richten muß, so bedeutet dies, daß die oberste Rechtsstufe und durch sie alle Gradunterschiede der rechtlichen Geltung durch die Macht bestimmt werden, was mit der Verwendung des metanormativen Momentes der Wirksamkeit zur Bestimmung des Geltungsgrades der Normen gleichkommt.

¹⁾ Fritz Sander erkennt ganz richtig, daß die normative Rechtsbetrachtung statisch sein muß (vgl. Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechts-

ihm hat aber auch Kelsen die dynamische Rechtsbetrachtung und die damit zusammenhängende Lehre vom Stufenbau des Rechtes übernommen und dadurch eine „bedeutsame Änderung“ des Systems der Reinen Rechtslehre „gegenüber seiner ersten Konzeption“ durchgeführt¹⁾. Unserer Ansicht nach war diese Änderung noch bedeutender, als Kelsen selbst annimmt, denn die Lehre vom Stufenbau bedeutet das Aufgeben der rein normativen Betrachtung, die Inbetrachtung der Rechtserzeugungsprozesse und der Rechtsanwendungsprozesse (der Rechtsverwirklichung) bei der Systematisierung der Rechtsnormen. Die Rechtserzeugung erfolgt durch menschliche Tat, durch psycho-physische menschliche Akte; die Rechtsanwendung ist andererseits gleichbedeutend mit dem soziologischen Faktum der Wirksamkeit des Rechtes. Nach der Lehre vom Stufenbau des Rechtes bestimmen also soziologische Momente die Gliederung des rechtlichen Normsystems²⁾. Die Stufentheorie bedeutet eigentlich die Verwebung der normativen mit der soziologischen Betrachtung: Auf allen Stufen erscheint die Norm in engster Verbindung mit rechtserzeugenden oder rechtsanwendenden menschlichen Handlungen³⁾.

erfahrung?, 1921, S. 66: „...die normative und die dadurch bedingte statische Rechtsbetrachtung...“; ferner S. 14, 25, 55). Um die Lehre vom Stufenbau des Rechtes und die dynamische Rechtsbetrachtung annehmen zu können, läßt Sander daher die normative Auffassung des Rechtes gänzlich fallen, erblickt im Recht kein Sollen, sondern ein Sein, keine Norm, sondern eine Wirklichkeit.

¹⁾ Vorrede zur 2. Auflage der Hauptprobleme, S. XIIff.; die in Betracht kommenden Arbeiten Merkl's sind auf S. XV dieser Vorrede angeführt.

²⁾ Nach Merkl hat die unterste Stufe im Stufenbau des Rechtes schon keine „Rechtsnormqualität“; sie wird von den „üblicherweise sogenannten rein tatsächlichen Akten (z. B. Vollstreckungshandlung des Exekutivorgans, aber auch Erfüllungshandlung des durch Privatrechtsgeschäft Verpflichteten)“ gebildet, die „Rechtserscheinungen“ sind, ohne Rechtsnormen zu sein (Die Lehre von der Rechtskraft, S. 218/19). Gehört also etwas in den Stufenbau des Rechtes, in die Rechtswelt, was nicht Norm, sondern bloß eine normanwendende menschliche Handlung, also ein Faktum, ist?

³⁾ Vgl. Merkl: Die Lehre von der Rechtskraft, S. 217/18: „(es wird) ...die durchgängige Parallelität der sogenannten Rechtserzeugung und Rechtsanwendung oder -vollziehung im ganzen stufenförmigen Ablauf der Rechtserscheinungen einleuchtend... Nur das Anfangs- und Endglied dieses doppeldeutigen Prozesses stellt sich naturgemäß als bloße Rechtserzeugung bzw. als bloße Rechtsanwendung dar.“ — Es ist einleuchtend, daß der Stufenbau des Rechtes nach dieser Auffassung aus ganz heterogenen Elementen aufgebaut ist: 1. Die unterste Stufe „ermangelt der Rechtsnormqualität“ (a. a. O., S. 219), ist also bloß ein rechtlich relevantes Faktum; 2. die oberste Stufe ist dagegen bloß eine Hypothese, die hypothetische Ursprungsnorm, selbst nicht positives Recht, sondern die logische Geltungsvoraussetzung des positiven Rechtes (zuweilen bedeutet diese hypothetische Grundnorm nur die Legitimierung der „revolutionär inthronisierten“ Macht, vgl. a. a. O., S. 209, Anm. 1); 3. die Zwischenstufen endlich ermangeln der Normqualität nicht und haben auch nicht nur eine

Was den Zusammenhang der Stufentheorie mit der Frage der Rechtserzeugung anbetrifft, können wir auf das oben (unter P. 3) Gesagte verweisen, die Frage der Rechtsanwendung wird uns unten (unter P. 6) beschäftigen; oben haben wir versucht zu zeigen, daß die Frage der Rechtserzeugung notwendig aus dem Rahmen der rein normativen Betrachtung herausfallen muß; unten werden wir näher auszuführen haben, daß man von der Rechtsanwendung dasselbe behaupten kann. Neben dem hier ins Auge gefaßten soziologischen Problem der Rechtserzeugung und der Rechtsanwendung gibt es natürlich auch ein juristisches und in diesem Sinne rein normatives Problem der Rechtserzeugung und Rechtsanwendung, falls das positive Recht selbst diese soziologischen Vorgänge einer normativen Regelung unterzieht. Die Frage der Rechtserzeugung und auch die der Rechtsanwendung gehören zweifellos in die Reihe jener Doppelprobleme, die eine rechtsphilosophische (soziologische) und eine positiv-rechtliche Fragestellung enthalten und demnach eine zweifache Lösung erheischen. Der Rechtswesensbegriff der Rechtserzeugung und der Rechtsanwendung ist aber von dem Rechtsinhaltsbegriff derselben scharf zu trennen. Der größte Mangel der Stufentheorie ist der, daß sie diese beiden verschiedenartigen Bedeutungen der Rechtserzeugung und der Rechtsanwendung nicht deutlich auseinanderhält.

Der normative Charakter der Stufentheorie wäre nur dadurch zu retten, daß man bloß den Rechtsinhaltsbegriff der Rechtserzeugung und der Rechtsanwendung in Betracht zöge und unter Rechtserzeugung und Rechtsanwendung bloß die diese Vorgänge regelnden positiv-rechtlichen Normen verstünde¹⁾. Diese Auffassung würde auch der bereits

hypothetische, sondern eine positiv-rechtliche Geltung und dabei enthalten sie auch das dynamische Moment sowohl der Rechtserzeugung als auch der Rechtsanwendung.

¹⁾ Diese Betrachtung könnte noch durch die Heranziehung der hypothetischen Grundnorm ergänzt werden; doch halten wir die Annahme der Grundnorm für überflüssig, und außerdem droht die Grundnorm selbst, da sie eine „Transformation der Macht in Recht“ bewerkstelligen soll, die normative Auffassung zu sprengen. Die Lösung des Problems der Rechtserzeugung und der Rechtsanwendung ausschließlich auf Grund des positiven Rechtsinhaltes gehört natürlich schon in die besondere Rechtslehre; die allgemeine Rechtslehre muß sich mit der Feststellung begnügen, daß es, obgleich nicht notwendig, so doch immerhin möglich ist, daß das Recht selbst diese Fragen durch seine Vorschriften normiert; das weitere hängt von dem Inhalte dieser Vorschriften ab. Die einzelnen Stufen im Stufenbau des Rechtes (Verfassung, Gesetz, Verordnung, richterliches Urteil, Verwaltungsakt, privatrechtliches Rechtsgeschäft usw.) sind offensichtlich bloß solche besondere positiv-rechtliche Unterschiede, die gänzlich fehlen können. Merkl behauptet ja selbst: „Dieses vom Rechtsbegriff her vorgezeichnete Schema... setzt sich aus einer Ursprungsnorm und aus einer Vielzahl von dieser Ursprungsnorm abgeleiteter Normen, die untereinander alle einförmig sein können, zusammen“ (a. a. O., S. 209). Dies bedeutet aber nichts anderes, als daß, von der Hypothese der Ursprungs-

beobachteten Tendenz der Reinen Rechtslehre, soziologische oder psychophysische Fakta als Norminhalte umzudeuten, entsprechen¹⁾. Mit dieser Auffassung brauchen wir uns aber hier nicht ausführlicher zu beschäftigen, da wir oben schon festgestellt haben, daß aus dem Inhalt einer Norm die Geltung ebendieser Norm nicht abgeleitet werden kann und die Geltung anderer Normen nur dann, wenn ihr im voraus schon

norm abgesehen, der ganze Stufenbau des Rechtes aus einer einzigen Stufe bestehen kann. (Denn die abgeleiteten Normen können „untereinander alle gleichförmig sein.“) Dadurch verschwindet aber der Gegensatz zwischen der Lehre vom einstufigen Rechte und der Lehre vom Stufenbau fast gänzlich, denn wenn die Annahme der Grundnorm zur Begründung der positiv-rechtlichen Geltung überhaupt notwendig ist, so kann bei der Auffassung vom einstufigen Rechte diese Hypothese ebenfalls nicht entbehrt werden. Die Lehre vom mehrstufigen Rechte würde demnach bloß auf die Betrachtung der Besonderheiten des Rechtsinhaltes „bei fortgeschrittener Rechtskultur“ (a. a. O., S. 211) aufgebaut sein. Kelsen hält es als „einen theoretischen Grenzfall“ möglich, daß „die einzige generelle Norm die hypothetisch vorausgesetzte Grundnorm“ sei; der Stufenbau des Rechtes bestünde in diesem Fall aus der Grundnorm, als der höheren Stufe, und aus „individuellen Rechtsakten“, als der niederen Stufe (Allgemeine Staatslehre, S. 232/33). Der ganze Stufenbau bestünde demnach aus den „beiden Grenzfällen der reinen Norm... und des reinen Tatbestandes“ (S. 250): die höhere Stufe wäre keine positiv-rechtliche Norm, sondern die bloß vorausgesetzte Grundnorm, die niedere Stufe wäre überhaupt keine Norm („nach unten nicht mehr Norm“, ebenda, S. 250).

¹⁾ Es ist zu bemerken, daß Kelsen selbst die Abhängigkeit des rechtlichen Stufenbaues von psycho-physischen Akten klar erkannt hat: „Die Abfolge der Rechtserzeugungsstufen von der Grundnorm über die Verfassung im positiv-rechtlichen Sinne, die Gesetze, Verordnungen und individuellen Rechtsakte“ — so führt er aus — „charakterisiert sich durch einen eigentümlichen Parallelismus von Seinstatbestand und Norm. Die Norm jeder höheren Stufe umschreibt als Bestandteil ihres Inhalts einen Tatbestand, der als Rechtserzeugung der niederen Stufe zu gelten hat. Damit der Rechtsprozeß fortschreite, muß der von der Norm höherer Stufe bestimmte Tatbestand tatsächlich gesetzt werden. Es muß ein Parlamentsbeschluß faktisch gefaßt, eine Willensäußerung des Monarchen, ein Urteilsspruch des Richters usw. effektiv erfolgen, kurz ein physisch-psychischer Akt gesetzt werden, der die Norm niederer Stufe trägt... Unter Beachtung des wichtigen Unterschieds zwischen normsetzendem Akt und von diesem Akt gesetzter Norm kann man sagen: Was gegenüber der höheren Stufe Tatbestand ist, erscheint gegenüber der niederen als Norm... Es stellt sich solcher dynamischen Betrachtung gegenüber die Positivität des Rechtes als eine stufenweise Konkretisierung dar... Nur daß damit freilich die im Begriffe der Positivität gelegene Beziehung der Norm auf das Faktum, des Sollens auf das Sein, keineswegs beseitigt ist. Es wäre Selbsttäuschung zu glauben, daß damit die Positivität als ein dem Rechtssystem restlos immanentes Problem aufgelöst sei. Vielmehr wiederholt sich das Problem der Beziehung zwischen dem System des Rechtes als Norm und dem System der der Norm entsprechenden Wirklichkeit der Natur auf jeder Stufe der Rechtsordnung immer wieder von neuem“ (Allgemeine Staatslehre, S. 249/50; die Sperrungen sind teilweise von mir).

eine höhere Geltung als den anderen Normen zuerkannt wird oder ihr die Eigenschaft, Nicht-Norm in Norm zu verwandeln, beigelegt wird, was eine *petitio principii* bedeutet. Nach all dem, was wir oben über den „Delegationszusammenhang“ gesagt haben, müssen wir also die Möglichkeit einer nach „immanenten Gesichtspunkten“ sich ergebenden Gliederung des Rechtssystems in dem Sinne bestreiten, wonach aus dem Rechtsinhalte nicht nur Unterschiede des Rechtsinhaltes, sondern auch Geltungsunterschiede abgeleitet werden sollen.

Es ist der Reinen Rechtslehre zweifellos die Tendenz innewohnend, das soziologische Gerüst der rechtserzeugenden menschlichen Akte, mit dessen Hilfe in stufenweisem Vorwärtsschreiten der Bau des Rechtes ausgeführt wurde, in den Hintergrund treten zu lassen und bloß das fertige Rechtssystem zu beobachten. Betrachtet man aber das Normsystem vom Faktum seiner Erzeugung getrennt, als fertiges Ergebnis der Rechtserzeugung, so kann man den schon ausgeführten Bau nicht nach den Stufen des Gerüstes gliedern. Wenn die genetische Frage der Entstehung eines Rechtssatzes von der systematischen und normativen Frage nach seinem Sinngehalte verschieden ist, so darf die Systematisierung der rechtlichen Sinngehalte nicht nach genetischen Gesichtspunkten erfolgen. Das fertige Normsystem ist ein einheitlicher Sinnzusammenhang, der sich nach der Zusammengehörigkeit oder Verschiedenheit des rechtlichen Inhaltes gliedert; finden sich zwischen den rechtlichen Inhalten solche, die den Vorgang der Rechtserzeugung selbst regeln, so gehören diese Inhalte als „sachliche Belange“¹⁾ zusammen, ganz ohne Rücksicht darauf, welcher Rechtsquelle sie entstammen. Es ist z. B. überhaupt nicht einzusehen, warum der Prozeß der Gesetzgebung nur durch die Verfassung geregelt werden könne: Außer der Verfassung kann er durch die parlamentarische Hausordnung, durch Verordnungen der Regierung usw. geregelt werden; ja, wenn man die Bestellung (man ist versucht zu sagen die „Einsetzung“) des gesetzgebenden Organs (parlamentarische Wahlen usw.) selbst als zum Vorgange der Erzeugung des Gesetzes gehörig betrachtet, dann würde man sicherlich nicht fehlgehen, wenn man behaupten wollte, daß dieser Vorgang durch alle möglichen Rechtsquellen (Rechtsstufen) geregelt werden könnte. Die Rangordnung einer rechtlichen Norm im Stufenbau des Rechtes kann also nicht davon abhängen, welchen Rang diejenige Norm hatte, durch die ihre Erzeugung normiert worden ist.

Will man nun nicht die schon fertigen Normen, sondern gerade das Werden der Normen betrachten, so stellt man sich nicht mehr die systematische und normative Frage nach dem Sinne der Norm, sondern die genetische nach ihrem Entstehen. Man bleibt damit zwar in der dynamischen Betrachtung, aber schon nicht mehr in der normativ-juristischen. Fragt man dagegen nach dem Sinne der schon fertigen Norm und gliedert man diese Normen nach ihrem logischen Sinngehalte

¹⁾ Kelsen: Allgemeine Staatslehre, S. 166: „...sachliche Belange, d. h. Normen, die bestimmte Gegenstände regeln...“.

in ein System, so verläßt man den Boden der dynamischen Rechtsbetrachtung und gelangt in die notwendig statische normativ-juristische Betrachtung.

Es soll nicht geleugnet werden, daß die Stufentheorie auch in diesem statischen Sinne verstanden und verfochten werden kann. In diesem Sinne würde der Stufenbau des Rechtes nicht die Gliederung der Rechtsnormen nach dem faktischen Momente ihrer Erzeugung, sondern nach der Allgemeinheit oder Besonderheit ihres logischen Gehaltes bedeuten. In der Reinen Rechtslehre findet man gewissermaßen tatsächlich die Bestrebung, den genetischen Vorgang der Rechtserzeugung und Rechtsanwendung zu logifizieren, den Unterschied des erzeugenden und erzeugten, des delegierenden und delegierten, des bedingenden und bedingten Rechtes in den logischen Unterschied der generellen (abstrakten) und der individuellen (konkreten) Norm umzudeuten¹⁾. „Der ganze Rechtserzeugungsprozeß“, sagt Kelsen, „erscheint als eine Abfolge stufenweise zunehmender Individualisierung und Konkretisierung des Rechtes“²⁾. Die Unterordnung der niederen unter die höhere Stufe im Stufenbau des Rechtes bedeutet nach ihm nichts anderes, als daß „die Norm der höheren, d. i. die generelle, abstrakte Norm, die Norm der niederen Stufe, die individuellere, konkretere Norm, mehr oder weniger inhaltlich bestimmt“³⁾.

¹⁾ Vgl. Kelsen: Allgemeine Staatslehre, S. 231 ff., 248 ff. Kelsen spricht von der „logischen Unterordnung, die zwischen Gesetzgebung als der generellen und Verwaltung als einer wie die Rechtsprechung individuellen Funktion“ besteht (S. 231); er vergißt aber nicht darauf, wie oben bereits hervorgehoben wurde (vgl. seine oben S. 83, Anm. 1, angeführte Stelle), auf den „eigentümlichen Parallelismus von Seinstatbestand und Norm“, der die Abfolge der Rechtserzeugungsstufen charakterisiert, hinzuweisen (a. a. O., S. 249). — Es kann noch bemerkt werden, daß bei Kelsen der Stufenbau des Rechtes nicht nur als das Produkt der rechtserzeugenden menschlichen Akte, sondern auch als das Ergebnis der logisch ordnenden Tätigkeit der Rechtswissenschaft erscheint (vgl. z. B. Rechtswissenschaft und Recht, S. 161/62: „... die Sache einer Erkenntnis ist es allein auch, ... diese Urteile stufenweise zu ordnen...“. Ferner ebenda, S. 215). — Bei Merkl finden wir den Versuch, neben dem kausalen einen rein normativen Begriff der „Veränderung“ aufzustellen; er meint, daß dem Zeitbegriff gegenüber den kausalen und normativen Erkenntnisbereichen „neutraler Charakter eigen ist“ (Die Lehre von der Rechtskraft, Anm. 1 auf S. 178/79). — Das völlige Identifizieren des kausalen Vorganges der Rechtserzeugung mit der logischen Konkretisierung des Rechtsinhaltes würde die Übertragung des Hegelschen Panlogismus in die Rechtstheorie bedeuten; die „spezifische Selbstbewegung des Rechtes“ (Kelsen: Allgemeine Staatslehre, S. 248) und die „Selbstbewegung des Begriffes“ wären dasselbe. Vgl. S. 63, Anm. 4.

²⁾ Kelsen: Allgemeine Staatslehre, S. 234.

³⁾ Allgemeine Staatslehre, S. 234. — Bei der Begriffsbestimmung des Gesetzes hält es Kelsen für genügend festzustellen, daß das Gesetz die generelle (abstrakte) Norm sei (ebenda, S. 231). Allerdings unterscheidet er daneben auch das Gesetz in formellem Sinne (S. 235).

Es ist ganz zweifellos, daß die Anwendung einer bestimmten Norm ihre Konkretisierung bedeutet. Der Akt der Rechtsanwendung muß der angewendeten Norm entsprechen, also alle in dieser Norm angegebenen generellen Merkmale aufweisen und außerdem noch die besonderen Merkmale des konkreten Falles. Was aber für die einzelne Norm zutrifft, trifft für die einzelnen Rechtsstufen im allgemeinen nicht zu. Eine und dieselbe Rechtsstufe, z. B. die der Gesetzgebung, kann Normen von sehr verschiedener Allgemeinheit enthalten; und eine niedere Rechtsstufe, z. B. die der Verordnung, kann Normen generelleren Inhaltes enthalten als gewisse Normen der höheren Stufe¹⁾. Manche Normen der niederen Rechtsstufe können demnach einen allgemeineren, abstrakteren Inhalt haben als manche Normen der höheren Stufe. Es ist außerdem zweifellos, daß es unzählige Abstufungen des Allgemeinen und des Besonderen gibt, Rechtsstufen dagegen nur von einer begrenzten Zahl, außer dem theoretisch notwendigen Minimum von zweien nämlich nur noch so viele, als das positive Recht tatsächlich eingeführt hat. Und da der Stufenbau des Rechtes diesen positiv-rechtlich ausgebildeten Reichtum an verschiedenen Rechtsformen bedeutet, kann man mit gutem Rechte feststellen, daß seine Stufen nicht nach der Allgemeinheit oder der Besonderheit des Rechtsinhaltes sich differenzieren. Eine höhere Norm ist nicht immer die generellere und abstraktere.

Bedeutet der Unterschied zwischen der höheren und niederen Rechtsstufe nicht den logischen Unterschied des Allgemeinen und des Besonderen auf Grund des Rechtsinhaltes, so fragt es sich, was man denn darunter zu verstehen hat. Es könnte den Anschein haben, die Unterscheidung zwischen höherer und niederer Norm bedeute den Wertunterschied in der Geltung der einzelnen Rechtsnormen. Da aber einer jeden rechtlichen Norm dieselbe positiv-rechtliche Geltung zukommt, ist zur Statuierung von Wertunterschieden zwischen der Geltung einzelner Rechtsnormen kein Grund vorhanden. Die Unterscheidung von wertvolleren und weniger wertvollen Rechtsnormen würde einen außerrechtlichen Maßstab der Beurteilung voraussetzen und zur ethisch-politischen Frage des richtigen Rechtes führen.

Unserer Ansicht nach äußert sich der Unterschied zwischen höheren und niederen Rechtsnormen bloß darin, daß die niedere durch die höhere Norm außer Kraft gesetzt werden kann, die höhere Norm aber durch

¹⁾ Nehmen wir z. B. den Fall an, daß ein Strafgesetzbuch nur den besonderen Teil des Strafrechtes enthält, zur Erzeugung der allgemeinen strafrechtlichen Normen aber die Regierung delegiert; in diesem Falle ist es ganz evident, daß manche Normen des Verordnungsrechtes, also der niederen Stufe, allgemeiner sein werden als manche Normen des Gesetzesrechtes, also der höheren Stufe. — Ein Gesetz kann eventuell einen ganz konkreten Inhalt haben, eine Verordnung dagegen einen ganz abstrakten. Die Unterscheidung von Gesetz im materiellen und im formellen Sinne zeigt die Not der Theorie gegenüber der Tatsache, daß das zur Gesetzgebung qualifizierte Organ nicht nur generelle Normen, sondern auch individuelle Akte setzen kann (vgl. Kelsen: Allgemeine Staatslehre, S. 235f.).

eine ihr widersprechende Norm einer niedrigeren Rechtsquelle nicht; ja, diese Norm der niedrigeren Instanz kann im Falle der Kollision mit der Norm der höheren Rechtsquelle gar keinen Eingang in das Rechtssystem finden. Bei der normativen Betrachtung des Rechtssystems hat also die Unterscheidung von höheren und niederen Rechtsstufen keine Bedeutung. Diese Unterscheidung weist bloß auf das Zustandekommen, auf die soziologische Erzeugung der Rechtsnormen zurück und enthält die Feststellung, daß die schwächeren rechtserzeugenden Faktoren mit der stärkeren rechtserzeugenden Macht nicht in Kollision kommen können. Die Hierarchie der Rechtsquellen enthält eine ähnliche Wahrheit wie die Regel der „lex posterior derogat priori“¹⁾. So wie diese das zeitliche Moment des tatsächlichen Geschehens hervorhebt, lenkt die Lehre von der Hierarchie der Rechtsquellen (die Stufentheorie) die Aufmerksamkeit auf die im Laufe des tatsächlichen Geschehens ausgebildeten faktischen Machtverhältnisse. Beide beziehen sich auf den faktischen Vorgang der Rechtserzeugung und der Rechtsanwendung und mithin auf die — mit der Positivität des Rechtes engstens verbundene — Wirksamkeit des Rechtes. Die Stufentheorie sowie die „lex posterior“ erfassen also das dynamische Moment des Werdens des Rechtes, diese genetische Betrachtung hat aber mit der normativen Betrachtung gar nichts zu tun.

6. Was die Frage der Wirksamkeit des Rechtes anbetrifft, so ist gerade von der Reinen Rechtslehre mit genügender Klarheit hervorgehoben worden, daß für eine rein normative Betrachtung die tatsächliche Anwendung des Rechtes, seine faktische Befolgung, seine Wirksamkeit, belanglos sein muß. Die rein normative Betrachtung führt also wiederum zum Standpunkte des Naturrechtes, „das, weil es in keiner Weise als Menschenwerk gelten will, seine Existenz unabhängig davon behaupten kann, ob Menschen es in ihr Wissen und Wollen aufnehmen oder nicht“, und zum Standpunkte der Naturrechtstheorie, „die demgemäß das Problem der Anwendung, d. i. der Realisierung, des Naturrechtes überhaupt ignoriert“²⁾.

Aber die Reine Rechtslehre stellt sich auch in diesem Falle nicht auf den rein normativen Standpunkt. Mit einer lobenswerten Offenheit stellt Kelsen fest, daß nur solche Normen als positiv-rechtliche Normen angesehen werden können, die bis zu einem gewissen Grade tatsächlich wirksam sind³⁾. Um den Standpunkt des Rechtsposi-

¹⁾ Ich habe in meiner Schrift: *Macht, Recht, Moral*, S. 30, Anm., 1922, an Sander die Frage gestellt, „wie er, ohne einen außerhalb der Rechtsätze stehenden Maßstab zu haben, zwischen Rechtssätzen höherer Stufe und niederer Stufe unterscheidet“. Es ist natürlich ein arges Mißverständnis, wenn mir Merkl: *Die Lehre von der Rechtskraft*, S. 224, Anm., im Hinblick auf diese Frage zumutet, ich stelle mir „unter der rechtlichen Stufenfolge eine Art moralischer Rangordnung der Rechtsätze vor“.

²⁾ Kelsen: *Die Idee des Naturrechtes*, S. 249.

³⁾ *Allgemeine Staatslehre*, S. 18: „Unbeschadet der grundsätzlichen und uneingeschränkten Disparität der beiden Systeme (nämlich des Systems

tivismus zu retten, muß er also das Programm der rein normativen Betrachtung aufgeben: Das Problem der Positivität erscheint ihm gerade als das Problem der Beziehung zwischen den Rechtsnormen und der Wirklichkeit¹⁾.

Nun ist aber die Feststellung dieser Beziehung zwischen den Rechtsnormen und der Wirklichkeit bereits in der Lehre von der Grundnorm und vom Stufenbau des Rechtes enthalten. Der Inhalt der Grundnorm bezieht sich auf diesen Zusammenhang der Sollordnung und der Seinsordnung: „Durch die Grundnorm (kann) als rechterzeugende Autorität nur eine solche eingesetzt werden., deren Normen im großen und ganzen Gehorsam finden²⁾.“ Und die eine dynamische Rechtsbetrachtung zum Ausdruck bringende Stufentheorie enthält den Gedanken, daß „der von der Norm höherer Stufe bestimmte Tatbestand tatsächlich gesetzt werden muß“, „damit der Rechtsprozeß fortschreite“³⁾; der rechtliche Stufenbau besteht, von den Besonderheiten des Rechtsinhaltes abgesehen, theoretisch aus zwei Stufen: aus der Stufe der „reinen Norm“ und des „reinen Tatbestandes“⁴⁾, diese beiden „theoretischen Grenzfälle“ besagen aber nichts anderes, als daß die Rechtsnorm befolgt werden müsse⁵⁾.

Recht als eines Systems gültiger Normen und des Systems der Natur) wird man ohne weiteres die Tatsache zugestehen müssen, daß der Inhalt der Normen und speziell der Rechtsnormen, die man als gültig voraussetzt, dem Inhalt des tatsächlichen Verhaltens bis zu einem gewissen Grade entspricht, daß tatsächlich nur Rechtsnormen als gültig vorausgesetzt werden, deren Vorstellungen wirksam sind.“ Vgl. S. 30 und 249/50 (zitiert oben in Anm. 1 auf S. 83); ferner: Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre, S. 65: „...jede Rechtsordnung (muß), um positiv zu sein, mit dem tatsächlichen Verhalten der Menschen, auf das sie sich bezieht, bis zu einem gewissen Grade übereinstimmen...“.

¹⁾ Allgemeine Staatslehre, S. 18/19: „Diese durch ein Maximum und ein Minimum bestimmte Beziehung zwischen dem Inhalt des als Sollordnung geltenden Rechtes oder Staates und dem Inhalt der korrespondierenden Seinsordnung tatsächlichen Geschehens (als eines Stückes der Natur) ist es, die sich im Begriff der Positivität ausdrückt. Das Problem der Positivität erscheint demnach als das ... Problem der inhaltlichen Beziehungen zwischen einem System des Wertes und dem ihm korrespondierenden System der Wirklichkeit, d. h. als das Problem der sogenannten Wertverwirklichung. Die außerordentliche Schwierigkeit, die es birgt, besteht in der, wie es scheint, unvermeidlichen Antinomie eines notwendigerweise vorauszusetzenden Dualismus von Sein und Sollen, Wirklichkeit und Wert, und der nicht abzuweisenden Anerkennung einer inhaltlichen Beziehung zwischen den beiden als beziehungslos vorausgesetzten Systemen.“ Vgl. S. 250: „...die im Begriffe der Positivität gelegene Beziehung der Norm auf das Faktum, des Sollens auf das Sein...“.

²⁾ Kelsen: Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre, S. 65.

³⁾ Kelsen: Allgemeine Staatslehre, S. 249.

⁴⁾ Kelsen: Allgemeine Staatslehre, S. 232/33.

⁵⁾ Die Lehren von der Grundnorm und vom Stufenbau des Rechtes können deshalb unserer Ansicht nach als Versuche aufgefaßt werden, das

Nach dem oben (P.4) Gesagten ist es unnötig, weitläufiger zu begründen, daß wir auch in der Behauptung Kelsens, die Rechtswissenschaft sei durch das ihr gegebene oder aufzugebene Material (durch die empirischen Fakta der Gesetzesbeschlüsse, der richterlichen Willensakte usw.) bestimmt, schon die Feststellung der notwendigen Beziehung zwischen den Rechtsnormen und der empirischen Wirklichkeit erblicken. Aus dem Bereiche der Normen sind diejenigen der Rechtswissenschaft „gegeben“ oder „aufgegeben“, die sich durch ihre eigenartige Beziehung zur Wirklichkeit als positiv-rechtliche Normen qualifizieren. An der Schwelle der normativen Rechtswissenschaft steht ebenso das soziologische Faktum, wie die kausale Geschichtswissenschaft mit einer wertenden Selektion beginnt. Die Jurisprudenz als Rechtsinhaltswissenschaft ist unserer Ansicht nach eine rein normative Wissenschaft, den Ausgangspunkt dieser normativen Wissenschaft bildet aber dennoch ein kausales Faktum, denn sie hat nur den Inhalt derjenigen Normen zu entwickeln, die sich zu einer bestimmten Zeit und in einem bestimmten Raume durch ihre Wirksamkeit als lebendes, positives Recht erweisen. Und andererseits ist die Geschichtswissenschaft zweifellos eine kausale Wissenschaft, die sich mit der Schilderung der historischen Vorgänge,

von der Positivität des Rechtes untrennbare Moment der Faktizität in die normative Ebene zu überführen. — Als ein Versuch, das faktische — soziologische — Problem der Rechtsanwendung als ein normatives Problem zu fassen, kann auch die geistreiche Lehre Merkl's vom Fehlerkalkül aufgefaßt werden (vgl. Die Lehre von der Rechtskraft, S. 277ff). Nach dieser Lehre vom Fehlerkalkül rechnet „das Recht nicht bloß mit seiner teilweisen Nichtbefolgung, sondern auch mit seiner teilweisen Nichtanwendung...“, die in Willensmängeln oder Denkfehlern der sonst als Organe fungierenden Menschen ihren Grund hat“ (S. 295), und „den in gewissem Umfang immer unvermeidlichen Organfehlern trägt das Recht am zweckmäßigsten derart Rechnung, daß es seine strengen Anforderungen in gewissem Umfang herabmindert, dem Organ eine gewisse Latitüde zwischen dem idealen und einem immerhin noch möglichen Handeln einräumt“ (S. 296). Durch die positiv-rechtlichen Bestimmungen des Fehlerkalküls werden derart die im strengen Sinne „rechtswidrigen“ Akte des Organs zu „rechtmäßigen“ gestempelt. Das Richtige an dieser Theorie Merkl's ist, daß die Frage der Rechtsanwendung — ähnlich wie die Frage der Rechtserzeugung — zu einer positiv-rechtlichen Frage werden kann, wenn und soweit das positive Recht diese Frage zum Gegenstand seiner Regelung macht. Es wäre aber verfehlt, die Frage der Rechtsanwendung bloß als ein Rechtsinhaltsproblem zu betrachten. Die Rechtsanwendung ist in erster Linie kein Rechtsinhaltsbegriff, sondern ein Rechtswesensbegriff. Auch die die Frage der Rechtsanwendung regulierenden Normen und demgemäß auch die „positiv-rechtlichen Bestimmungen des Fehlerkalküls“ müssen wiederum angewendet werden. Die Frage der Rechtsanwendung ist in erster Linie und in ultima analysi die Frage der Beziehung zwischen den Rechtsnormen und der kausalen Wirklichkeit, berührt also das Problem der Positivität des Rechtes. Die Frage der Beziehung zwischen der Rechtsnorm und der tatsächlichen Organhandlung ist keine rein normative Frage, die durch positiv-rechtliche Bestimmungen des Fehlerkalküls erschöpfend zu lösen wäre.

also mit der Wirklichkeit, befaßt; aus der Unmenge der Ereignisse, aus dem Chaos des Tatsächlich-Geschehenen erfaßt aber die Geschichte nur dasjenige, was vom Standpunkte der menschlichen Kultur aus irgendwie von Belang, was also „historisch wichtig“ ist; der Ausgangspunkt der kausalen historischen Betrachtung ist also ein Wert, dieses Wertes ist aber bloß ein Ausgangspunkt, ein Rahmen, innerhalb dessen auf eine „objektive, wertfreie“ Betrachtung der Wirklichkeit hingestrebt werden muß. Die Jurisprudenz muß sagen: Am Anfang war die Tat, die Historie aber: Am Anfang war das Wort, die Bedeutung, der Wert. Es ist überhaupt zu bedenken, daß der „Ausgangspunkt“, der oberste Begriff einer Fachwissenschaft, für diese Wissenschaft ein Substanzbegriff bleiben muß und nicht in die Funktionsbegriffe dieser Wissenschaft selbst aufgelöst werden kann. Der oberste Begriff einer normativen Wissenschaft braucht also selbst nicht notwendig ein normativer Begriff zu sein und so ist auch in der Behauptung, daß die normative Rechtswissenschaft durch die „Faktizität des Materials“ determiniert sei, keine unüberwindliche theoretische Schwierigkeit verborgen.

Nach alldem müssen wir es als das größte Verdienst Kelsens anerkennen, daß er trotz seines „rein normativen“ Ausgangspunktes den wissenschaftlichen Mut hatte, bei der Frage der Rechtspositivität auf die notwendige Beziehung zwischen den Rechtsnormen und der Wirklichkeit hinzuweisen und daß er sich derart von der Einseitigkeit eines extremen Standpunktes fernzuhalten wußte.

Was wir seinen das Problem der Rechtspositivität und die Frage der Wirksamkeit des Rechtes betreffenden Ausführungen in diesem Zusammenhange beifügen möchten, ist bloß das eine, daß uns nach diesen seinen Ausführungen die Behandlung der Probleme der Grundnorm und des Stufenbaues im Sinne von Rechtswesensproblemen als Verdoppelung des Problems der Rechtspositivität und demnach als überflüssig erscheint. Durch die Annahme der Grundnorm soll die Beziehung des rechtlichen Sollens zum Sein, die bei der Lösung des Problems der Rechtspositivität ausdrücklich anerkannt wurde, gewissermaßen wieder aus der Welt geschafft werden, die Faktizität des Rechtes als Inhalt der Grundnorm, seine Wirksamkeit als Norminhalt gedeutet werden. In der Lehre vom Stufenbau des Rechtes erscheint das Rechtswesensproblem der Rechtspositivität (der Wirksamkeit des Rechtes, der Rechtsanwendung), wird aber zugleich durch die Vermengung mit dem Rechtsinhaltsproblem der „bei fortgeschrittener Rechtskultur“¹⁾ positiv-rechtlich gegebenen Rechtsstufen wieder verdunkelt; und die Lehre vom Fehlerkalkül unternimmt es geradezu, das bei jeder Rechtsstufe auftauchende Rechtswesensproblem der Rechtsanwendung in ein Rechtsinhaltsproblem umzuwandeln.

7. Die eigenartige Beziehung der rechtlichen Normen zur empirischen Wirklichkeit erschöpft sich aber nicht darin, daß diese Normen wirksam sind, daß sie „im großen und ganzen Gehorsam finden“. Das Merkmal

¹⁾ Merkl: Die Lehre von der Rechtskraft, S. 211.

des tatsächlichen Befolgtwerdens würde die rechtlichen Normen von anderen tatsächlich befolgten sozialen Normen nicht unterscheiden; das Unterscheidende ist, daß das Recht eine Zwangsordnung ist. Die rechtlichen Normen stehen also in einer notwendigen Beziehung zu jener Art der empirischen Wirklichkeit, die physischer Zwang heißt.

Kelsen erkennt ganz richtig, daß die Rechtsordnung als eine Zwangsordnung aufzufassen ist. Der Zwang als „unentbehrlicher Bestandteil des positiven Rechtes“ bedeutet aber nach ihm keine Wirklichkeit, kein Faktum, sondern einen Norminhalt. Daß die Rechtsnorm eine Zwangsnorm ist, will nur sagen, daß sie eine Zwang anordnende Norm sei. Kelsen versucht also, das soziologische Moment des faktischen physischen Zwanges in die normative Ebene zu transponieren¹⁾.

Unserer Ansicht nach ist es nicht richtig, die Rechtsnormen als Zwang anordnende Normen und den rechtlichen Zwang als Rechtsinhalt aufzufassen und auf diese Weise den Begriff des Rechtes durch den Rechtsinhalt bestimmen zu wollen. Es ist zweifellos, daß — ebenso wie der Prozeß der Rechtserzeugung und der Rechtsanwendung — auch die Zwangsanwendung Gegenstand einer rechtlichen Regelung werden kann, zwischen den Rechtsnormen kann es zweifellos solche geben, die Zwang anordnen und die Durchführung des angeordneten Zwanges näher regulieren. Der Rechtsinhalt ist aber immer zufällig. Wir möchten die naturrechtliche Behauptung eines a priori feststehenden Rechtsinhaltes auch in dem Sinne nicht wagen, daß das Recht notwendig Zwang anordnende Normen enthalten müsse. Es ist nur wichtig, daß sich die Rechtsnormen, wenn notwendig, auch durch tatsächliche Zwangsanwendung durchsetzen können; daß diese Zwangsanwendung im Inhalte der Normen ausdrücklich angeordnet sein müsse, ist unseres Erachtens nicht notwendig. Die allerdings mögliche Behauptung, daß der Zwang auch *facto concludente* „angeordnet“ werden könne, hat hier nichts zu sagen, denn diese Zwangsanordnung „*facto concludente*“ ist nichts anderes als gerade die tatsächliche Zwangsanwendung; aus der tatsächlichen Zwangsanwendung auf eine Zwangsanordnung zu schließen und dann diese tatsächliche Zwangsanwendung als die Verwirklichung der Zwang anordnenden Norm aufzufassen, bedeutet aber einen Zirkel.

Wenn man nun bedenkt, daß nach Kelsens eigener Auffassung die Rechtsnormen bis zu einem gewissen Grade wirksam sein, daß sie „im großen und ganzen“ Gehorsam finden müssen (vgl. P. 6), dann wird man sich schwer der Einsicht verschließen können, daß die Auffassung des Rechtes als einer bloß Zwang anordnenden Ordnung auch vom Standpunkte der normativen Betrachtung aus wenig Bedeutung hat und insbesondere nicht die Wahrung des rein normativen Standpunktes bedeuten kann. Die Zwang anordnende Norm muß nämlich ebenfalls wirksam sein, es muß also tatsächlich Zwang angewendet werden, damit die Zwang anordnende Norm als eine rechtliche betrachtet

¹⁾ Vgl. Die Idee des Naturrechtes, S. 225.

werden könne. Die Rechtsnorm erscheint demnach nicht nur als eine Zwang anordnende Norm, sondern als eine solche, die mit dem Faktum des physischen Zwanges, mit der tatsächlich Zwang anwendenden Wirklichkeit in engster Beziehung steht. Der einen „unentbehrlichen Bestandteil des positiven Rechtes“ bildende Zwang kann also nicht aus einem Faktum in einen bloßen Norminhalt umgewandelt werden. Der Versuch einer rein normativen Auffassung des rechtlichen Zwanges bedeutet nur die Behauptung eines a priori feststehenden Rechtsinhaltes und so die Annahme des naturrechtlichen Standpunktes, wie denn überhaupt — dies war das Leitmotiv unserer bisherigen Ausführungen — die rein normative Auffassung notwendig zum Naturrechte führen muß.

Es ist Kelsen vollauf beizupflichten, wenn er feststellt, daß „alle Tendenzen, dem Rechte das Zwangsmoment als unwesentlich abzusprechen, ..letzten Endes darauf hinaus(laufen), den Unterschied zwischen positivem Recht und Naturrecht zu verwischen“¹⁾. Es muß aber beigefügt werden, daß die Auffassung des positiven Rechtes als einer Zwang anordnenden Ordnung, also das Zwangsmoment als Norminhalt aufgefaßt, noch gar nicht geeignet ist, das positive Recht vom Naturrechte zu unterscheiden. Es ist nicht einzusehen, warum das Naturrecht keine Zwang anordnende Normen enthalten sollte. Die tatsächliche Durchführung dieser Anordnung, das faktische Befolgtwerden, ist ja eine andere — und für das Naturrecht unwesentliche — Frage²⁾. Die normative Auffassung des Zwangsmomentes verwischt also ebenfalls den Unterschied zwischen dem positiven und dem Naturrechte³⁾.

¹⁾ Die Idee des Naturrechtes, S. 225. — Die Begründung der im Texte angeführten Behauptung ist ebenfalls sehr richtig: die in Frage stehenden Tendenzen entspringen nämlich „Bestrebungen, die vornehmlich aus politischen Motiven dem positiven Recht eine seinem Wesen fremde Rechtfertigung zuteil werden lassen wollen“ (S. 225). Es sei erlaubt zu bemerken, daß die Herleitung der „Geltung“ des Rechtes aus der Grundnorm, da unter einer „Wertgeltung“ (normativen Geltung) eine „Rechtfertigung“ verstanden werden muß, unserer Ansicht nach dem hier gerügten Fehler ebenfalls sehr nahekommt (vgl. oben *P. 4).

²⁾ In der Rechtslehre Kants finden wir viele Bestimmungen, die ihre Geltung aus dem materialen Geltungsprinzip der Gerechtigkeit herleiten, also auch nach Kelsens Ansicht naturrechtlichen Charakter haben und von der menschlichen Gesellschaft die Anwendung physischen Zwanges fordern, also als Zwang anordnende Normen zu betrachten sind. So z. B.: „Selbst wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflösete. . . , müßte der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind, und die Blutschuld nicht auf dem Volke hafte, das auf diese Bestrafung nicht gedungen hat: weil es als Teilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betrachtet werden kann“ (Die Metaphysik der Sitten, I. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Akad. Ausg., Bd. VI, S. 333).

³⁾ Vgl. Kelsen: Die Idee des Naturrechtes, S. 225: „Es muß mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß die Menschen anders handeln, als es die

III

Als Ergebnis unserer bisherigen Untersuchungen kann festgestellt werden, daß die beiden hauptsächlichsten Tendenzen der Reinen Rechtslehre: einerseits das Streben nach Reinheit von allen kausalwissenschaftlichen — soziologischen und psychologischen — Feststellungen und andererseits das Streben nach Reinheit von allen naturrechtlichen — ethisch-politischen — Gedanken, gewissermaßen in einem logischen Widerspruch miteinander stehen. Die von jeder kausalwissenschaftlichen Feststellung freie rein normative Betrachtung des Rechtes muß nämlich, wie oben (II) bewiesen werden sollte, notwendig zur naturrechtlichen Auffassung führen. Das Trachten nach Reinheit von soziologischen Elementen macht also die Bestrebung nach Reinheit von der naturrechtlichen Auffassung illusorisch. Die Abgrenzung des positiven Rechtes vom Naturrechte macht andererseits die Berücksichtigung von soziologischen Fakten notwendig, hiedurch geht aber die Reinheit der normativen Betrachtung verloren. *Incidis in Scyllam, cupiens vitare Charybdin*. In dieser Sachlage liegt der Grund der außerordentlichen Schwierigkeit verborgen, mit der die Lösung des Problems der Rechtspositivität für eine normative Rechtslehre verbunden ist.

Unserer Auffassung nach ist die Beziehung zur Wirklichkeit und insbesondere zur Wirklichkeit des physischen Zwanges das unterscheidende Kennzeichen des positiven Rechtes. Wir glauben oben (II, P. 6, 7) bewiesen zu haben, daß Kelsens Auffassung, die Frage der Rechtspositivität betreffend, im großen und ganzen mit unserer diesbezüglichen Ansicht übereinstimmt: Auch er erblickt in der Wirksamkeit der Normen und im Zwangsmomente das Merkmal des positiven Rechtes. Allerdings glaubt Kelsen den rechtlichen Zwang als Norminhalt auffassen zu müssen, wogegen wir das Faktum des Zwanges als das unterscheidende Kennzeichen des Rechtes bezeichnet haben, da unseres Erachtens das Moment der bloßen Zwangsanordnung nicht geeignet ist, das positive Recht vom Naturrechte zu unterscheiden. Wir glauben überhaupt feststellen zu können, daß alle jene Unterscheidungsmerkmale, die Kelsen zur Abgrenzung des positiven Rechtes vom Naturrechte benützt, entweder auf die enge Beziehung zwischen dem positiven Rechte und der Wirklichkeit hinweisen oder zur Unterscheidung des positiven Rechtes vom Naturrecht nicht genügen. Die Betonung des Unterschiedes zwischen dem „materialen Geltungsprinzip“ des Naturrechtes und dem „formalen Geltungsprinzip“ des positiven Rechtes, daß nämlich das Naturrecht ein gerechtes, das positive ein künstliches, durch menschliche Tat

Normen des positiven Rechtes vorschreiben. Gerade dieses Moment ist es, das den Zwang zu einem unentbehrlichen Bestandteil des positiven Rechtes macht.“ Durch die bloße Zwangsanordnung ist aber gegen das Andershandeln der Menschen gar nichts ausgerichtet worden. Das angeführte Zitat zeigt, daß auch Kelsen bei der Betrachtung des das positive Recht vom Naturrechte unterscheidenden Merkmales, des Zwangsmomentes, das tatsächliche Befolgtwerden der Rechtsnormen und das Faktum des Zwanges im Auge hat.

gesetztes Recht sei, bedeutet das Hervorheben des soziologischen Momentes der Erzeugung durch menschliche Tat; das materiale Geltungsprinzip der Gerechtigkeit ist aber insoweit nicht scharf unterscheidend, als das gesetzte Recht auch gerecht sein kann: Gerechtes Recht und gesetztes Recht bedeuten also keine ausschließenden Gegensätze¹⁾. Die Benützung der Lehren von der Grundnorm und vom Stufenbau des Rechtes zur Begründung der Positivität des Rechtes bedeutet ebenfalls nichts anderes als die Berücksichtigung des Momentes der Faktizität; die Grundnorm bedeutet ja „die Transformation der Macht zu Recht“ und im Stufenbau ist auch der soziologische Prozeß der Rechtserzeugung und Rechtsanwendung mit inbegriffen; sollte aber die „Konkretisierung“ der positiv-rechtlichen Normen im Stufenbau bloß einen logischen Prozeß vom Allgemeinen zum Besonderen bedeuten, so ist diese Art der „Konkretisierung“ zur Unterscheidung des positiven Rechtes vom Naturrecht nicht geeignet, da das Naturrecht zweifelsohne nicht nur Normen allgemeinen, sondern auch solche besonderen Inhaltes haben kann²⁾.

Erst durch die Berücksichtigung von Seinstatsachen, von soziologischen Fakten, also kann es gelingen und ist es auch Kelsen gelungen, das positive Recht vom Naturrechte zu unterscheiden. Daß er trotz seines rein normativen Ausgangspunktes die notwendige Beziehung, die zwischen dem Inhalt einer gültigen Rechtsordnung und dem Inhalt des ihr korrespondierenden sozialen Seins besteht, die Beziehung von Sollen und Sein im Rechtsbegriff, nicht aus dem Auge ließ, daß er als Folge der ihm sich eröffnenden wissenschaftlichen Einsicht den Mut hatte, den eigenen Ausgangspunkt, den Standpunkt der rein normativen Betrachtung, in der Frage der Positivität des Rechtes zu verlassen, daß er auf diese Weise den Standpunkt des Rechtspositivismus zu wahren wußte, glauben wir mit Fug als eines der größten Verdienste Kelsens bezeichnet zu haben.

Es ist aus der eingangs (unter I) geschilderten geistesgeschichtlichen Lage zu erklären, daß in den Werken Kelsens zuerst und mit allergrößtem Nachdruck „die Wendung gegen die kausalwissenschaftliche Soziologie“ und erst später in stets wachsender Bedeutung „die Wendung gegen das Naturrecht“ zum Ausdruck kam. Von diesen beiden „Wendungen“, der rein normativen und der positivistischen Tendenz, wurde aber die letztere konsequenter vertreten; wo sie sich nicht vertragen,

¹⁾ Daß der Unterschied kein scharfer ist, wird auch von Kelsen anerkannt; vgl. Die Idee des Naturrechtes, S. 223: „Das aus der Natur des Menschen abzuleitende Naturrecht nähert sich schon stark dem aus dem Willen des Menschen fließenden positiven Rechte.“

²⁾ Soll „die Positivität des Rechtes gerade in der Individualisierung der generellen Norm zur Geltung kommen“ (Die Idee des Naturrechtes, S. 239), so ist nicht einzusehen, warum das Naturrecht dem „Prozeß der Individualisierung... ebenso unterworfen“ sein soll „wie das positive“ (S. 236/37). Bedeutet die Individualisierung eine Realisierung des Rechtes, so ist das Naturrecht diesem Prozeß seinem Begriffe nach nicht unterworfen (vgl. S. 249).

muß die rein normative Betrachtung vor der positivistischen Auffassung weichen. Die Kelsensche Lösung des Problems der Rechtspositivität bedeutet das Aufgeben der rein normativen Betrachtung.

Es muß bemerkt werden, daß trotz der Aufgabe des rein normativen Standpunktes in der Frage der Rechtspositivität die Reine Rechtslehre des öfteren die rein normative Betrachtung solcher Fragen durchzuführen bestrebt ist, deren Lösung ebenfalls das Verlassen der normativen Betrachtungsweise erheischt. Durch die Anerkennung der engen Beziehung der Rechtsnormen zur empirischen Wirklichkeit, durch die Feststellung, daß die Positivität des Rechtes in der Wirksamkeit seiner Normen gelegen ist, werden gewisse Seinsfakta, gewisse Teile der soziologischen und psychologischen Wirklichkeit, als notwendige Bestandteile des positiven Rechtes bezeichnet. Durch die Anerkennung des kausalwissenschaftlichen Momentes der auf die Realisierung der Norm gerichteten menschlichen Handlungen als zum Begriffe des positiven Rechtes notwendigen Elementes werden eine Reihe anderer kausalwissenschaftlicher Momente, die mit dem psycho-physischen Vorgänge der faktischen menschlichen Handlung mitgegeben sind, ebenfalls als zum Begriffe des positiven Rechtes gehörig anerkannt; so z. B. das Moment der Räumlichkeit, der Zeitlichkeit, der Veränderlichkeit, der psychologisch reale menschliche Wille usw. Es ist also nicht richtig, diese durch die Positivität des Rechtes gegebenen Seinsfakta als Norminhalte aufzufassen und auf diese Weise Faktisches in Normatives umdeuten zu wollen. Oben (II) haben wir mehrere Beispiele dieser Überspannung der normativen Betrachtung angeführt; wir haben gesehen, wie die Reine Rechtslehre den Raum (das Staatsgebiet, II, P. 1), die Zeit (die Geltungsdauer der Normen, II, P. 2), die Erzeugung des Rechtes (II, P. 3), die Hierarchie der Rechtsquellen, der rechtserzeugenden Machtverhältnisse, die Tatsache der *lex posterior* (II, P. 5), selbst die Rechtsanwendung (II, P. 6) und den physischen Zwang (II, P. 7) als bloße Norminhalte zu deuten, ja sogar die bereits als Beziehung der Norm zur Wirklichkeit anerkannte Wirksamkeit des Rechtes dennoch rein normativ, als Inhalt der Grundnorm, aufzufassen (II, P. 4) bestrebt ist.

Jene soziologischen Fakta, die in ihrer Realität vorhanden sein müssen, um die Positivität des Rechtes zu begründen, können natürlich wie alle anderen sozialen Fakta der rechtlichen Regelung unterworfen werden und auf diese Weise zu Norminhalten werden. Es entstehen somit rechtliche Doppelprobleme: Neben der für den Rechtsbegriff unentbehrlichen soziologischen Frage, dem Rechtswesensproblem, erscheint die Frage nach der rechtlichen Regelung dieser sozialen Tatsachen, das Rechtsinhaltsproblem, das sich zu einer rein normativen Behandlung eignet (vgl. oben S. 82). Das Rechtsinhaltsproblem und das Rechtswesensproblem müssen aber auseinandergehalten werden und es wäre ein Irrtum, Rechtswesensprobleme soziologischen Charakters¹⁾ vom

¹⁾ Es soll hier nicht untersucht werden, ob alle Rechtswesensprobleme soziologischen Charakters sind oder nicht; im Text soll nur behauptet

rein normativen Standpunkt aus lösen zu wollen. Mit der Bestrebung, die zur Positivität des Rechtes unentbehrlichen sozialen Fakta als Norminhalte aufzufassen, ist außerdem die Gefahr verbunden, diese wesentlichen, bleibenden Elemente des Rechtes, auch als Norminhalte aufgefaßt, für bleibende Elemente zu halten und auf diese Weise zur naturrechtlichen Behauptung a priori feststehender Rechtsinhalte zu gelangen. Daß die Überspannung der normativen Betrachtung die Reine Rechtslehre tatsächlich des öfteren zu dieser naturrechtlichen Konsequenz geführt hat, davon war oben schon die Rede (II, P. 3, 7).

Die besonders vom ausgezeichneten ungarischen Rechtsphilosophen Felix Somló nachdrücklich betonte scharfe Unterscheidung der Rechtswesensbegriffe von den Rechtsinhaltsbegriffen¹⁾ ist aber für die Frage der normativen Betrachtungsweise auch deshalb von größter Wichtigkeit, weil man auf Grund dieser Unterscheidung das Gebiet bezeichnen kann, auf dem die Anwendung der ausschließlich normativen Betrachtung, der rein normativen Methode, ihre unbezweifelbare und volle Berechtigung hat. Schon die oben erwähnte Tatsache, daß die Reine Rechtslehre, um ihren normativen Standpunkt zu wahren, gewisse seinswissenschaftliche Elemente des positiven Rechtes als Rechtsinhalte aufzufassen bestrebt ist, deutet auf den Zusammenhang der normativen Methode mit dem Rechtsinhalt und der Wissenschaft vom Rechtsinhalt, der Jurisprudenz, hin²⁾. Die Rechtsinhaltsprobleme sind ausschließlich mit der normativen Methode zu lösen; hinsichtlich der Jurisprudenz muß der von der Reinen Rechtslehre aufgestellten Forderung der Reinheit von kausalwissenschaftlichen Feststellungen und einer rein normativen Betrachtung vollauf zugestimmt werden. In diesem Sinn ist hier die Forderung der Methodenreinheit wohl am Platze. Es muß allerdings auch diesbezüglich bemerkt werden, wie dies bereits oben (II, P. 6) geschehen ist, daß das durch die Jurisprudenz zu bearbeitende Material von Rechtsnormen der Jurisprudenz bereits „gegeben“ sein, d. h. durch soziologische Fakta bestimmt sein muß.

Wenn also einerseits vor der Überspannung der rein normativen Betrachtung gewarnt werden muß, soll andererseits die legitime Alleinherrschaft der normativen Methode im Reiche der Rechtsinhaltsbegriffe, werden, daß diejenigen Rechtswesensprobleme, die soziologischen Charakter haben — und daß es solche auch nach der Auffassung Kelsens geben müsse, wird durch seine Lehre von der Positivität des Rechtes bewiesen —, nicht normativ behandelt werden dürfen.

¹⁾ Somló: Juristische Grundlehre, 1. Aufl. 1917, 2. Aufl. 1927. Somló nannte die Rechtswesensbegriffe „juristische Grundbegriffe“.

²⁾ Wir wollen hier nicht untersuchen, ob es außer der normativen Rechtsinhaltswissenschaft, der Jurisprudenz, auch noch andere, insbesondere kausale Wissenschaften vom Rechtsinhalte gibt oder geben kann, und beschränken uns auf die Betrachtung der dogmatischen Jurisprudenz, die eben durch die Betrachtung des Rechtsinhaltes sub specie puncti temporis alle nicht normativen, kausalen Elemente der Veränderung aus der Rechtsbetrachtung ausschaltet (vgl. oben II, P. 5).

in der Jurisprudenz, rückhaltlos anerkannt werden. Es genügt aber nicht, jede kausalwissenschaftliche Betrachtung aus der normativen Rechtsinhaltswissenschaft auszuschließen, die normative Betrachtung muß sich auch streng nur an die Betrachtung der positiv-rechtlichen Normen beschränken und sich von der Berücksichtigung von Normen anderer Art, von der Beeinflussung durch naturrechtliche oder ethisch-politische Forderungen, ebenfalls fernhalten. Dieser letzteren gegen das Naturrecht gerichteten Tendenz kann die Jurisprudenz nur in dem Falle genügen, wenn sie ihre normative Betrachtung streng auf das ihr „gegebene“, und zwar durch die Beziehung zur Wirklichkeit als positives Recht bestimmte Normenmaterial beschränkt.

Es unterliegt unseres Erachtens keinem Zweifel, daß Kelsen an dieser anfangs vernachlässigten und erst später deutlicher hervortretenden, gegen das Naturrecht gerichteten Tendenz seiner Reinen Rechtslehre energisch und konsequent festgehalten hat. Wir glauben nicht zu irren, wenn wir behaupten, daß diese spätere, gegen das Naturrecht gerichtete Tendenz der Kelsenschen Lehre als eine Einschränkung der anfänglich dominierenden, gegen die kausalwissenschaftliche Soziologie gerichteten Tendenz seiner Werke aufgefaßt werden kann und daß sie um so stärker hervortritt, je deutlicher in der Auffassung Kelsens nach der Einführung der dynamischen Rechtsbetrachtung (Lehre vom Stufenbau) und der eingehenderen Beschäftigung mit dem Problem der Rechtspositivität die Bedeutung von Seinsfakta für das positive Recht zum Ausdruck kommt. Durch die Einschränkung der normativen Betrachtung, also dadurch, daß er sich von der Einseitigkeit einer rein normativen Auffassung freizuhalten bestrebt war, ist es Kelsen gelungen, der Klippe des Naturrechtes, zu der die rein normative Rechtsbetrachtung unbedingt führen muß, auszuweichen.

Und dennoch ist Kelsen der oft wiederholte Vorwurf, er treibe Naturrecht, nicht erspart geblieben. Fritz Sander bezichtigte ihn hauptsächlich des „logischen Naturrechtes“¹⁾. Barna Horváth vermeinte, „außer der reich gießenden Ader des logischen Naturrechtes“ auch eine „soziologische“, eine „politische“ und eine „ethische“ Ader „im Quellensystem des Kelsenschen Naturrechtes“ unterscheiden zu können²⁾. Unserer Ansicht nach sind diese und manche ähnlichen Vorwürfe des Naturrechtes gegen Kelsen nicht stichhältig.

Was das „logische Naturrecht“ anbetrifft, kann unseres Erachtens daraus, daß die Prinzipien der Logik wie für alles Sinnvolle so auch für das Recht gelten³⁾, und daraus, daß das Recht ebensowohl wie die Rechtswissenschaft logische Voraussetzungen hat, nicht geschlossen

¹⁾ Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung. Kritische Studie zur Rechtslehre Kelsens, Zeitschr. f. öffentl. Recht, Bd. II, 1921, S. 511ff.

²⁾ Die Idee der Gerechtigkeit, Zeitschr. f. öffentl. Recht, Bd. VII, 1928, S. 508ff.

³⁾ Horváth scheint auch zu bezweifeln, daß das Recht etwas Sinnvolles sei, er bezeichnet schon diese Ansicht als „logisches Naturrecht“ (a. a. O., S. 531); er meint zwar, daß diese Voraussetzung eines logischen

werden, daß diese logischen Voraussetzungen und im allgemeinen die Logik dem Rechte als Metajurisprudenz gegenüberstehen und daß deshalb die Berücksichtigung der Logik in der Rechtswissenschaft und im Rechte als naturrechtliche Auffassung, ja die Logik selbst als Naturrecht zu bezeichnen wäre. Noch weniger geht es natürlich an, jede Behauptung über das Recht als logisches Naturrecht aufzufassen¹⁾.

Naturrechtes, wonach das Recht ein sinnvolles Ganzes ist, absolut unvermeidlich sei, „falls das Recht überhaupt erfaßt, erkannt werden soll“. Unserer Ansicht nach hat es wenig Sinn, die allgemeine erkenntniskritische Frage der radikalen Skepsis, die mit Rücksicht auf alle möglichen Gegenstände der Erkenntnis allgemein gelöst werden muß, mit Bezug auf einen besonderen Erkenntnisgegenstand, das Recht, zu wiederholen. Die Zurückweisung der radikalen Skepsis als allgemeiner erkenntnistheoretischer Standpunkt hat unseres Erachtens mit der naturrechtlichen Auffassung noch gar nichts zu tun.

¹⁾ Horváth: a. a. O., S. 527 „... jede Behauptung über das Recht, weil sie eben eine Behauptung, eine Geltung über das Recht, ein unabhängig vom Recht und doch für das Recht Geltendes, ein das Recht, sei es im Sinne der Richtigkeit, sei es im Sinne der Möglichkeit, Beschränkendes ist, (ist) notwendig Naturrecht...“ Ebenda, S. 531/32: „Dadurch, daß man Behauptungen über das Recht aufstellt... ist endgültig entschieden, daß man sich auf den Erkenntnisstandpunkt gestellt hat und somit alle Gesetze der Logik, darunter das Identitätsprinzip, den Grundsatz der Widerspruchlosigkeit, des ausgeschlossenen Dritten, der Systemeinheit usw., voraussetzt. Das logische Naturrecht bringt so alles Naturrecht gleichsam auf einen gemeinsamen Nenner...“ Aus diesen Zitaten geht deutlich hervor, daß nach dem eigentümlichen Sprachgebrauch B. Horváths, man könnte auch sagen, nach der ganz willkürlichen Verwendung der Bezeichnung „Naturrecht“, aus der erkenntnistheoretischen Zurückweisung der radikalen Skepsis notwendig die naturrechtliche Auffassung folgen muß. Was bedeutet aber bei dieser Sachlage der Vorwurf des logischen Naturrechtes, der Vorwurf der „reich gießenden Ader des logischen Naturrechtes“, anderes als den seltsamen Vorwurf, daß die Rechtstheorie Kelsens eben eine „Rechtstheorie“ sei. Bei dieser Sachlage ist es auch leicht verständlich, daß Horváth, um die naturrechtliche Auffassung Kelsens zu beweisen, dessen „ganzes Buch“ zitieren zu können glaubt (S. 517). Schwerer aber ist zu begreifen, was bei dieser Auffassung der Rechtspositivismus als rechtswissenschaftlicher Standpunkt im Gegensatze zum naturrechtlichen Standpunkt bedeuten soll. Horváth meint ganz konsequent — eine andere Meinung ist bei dieser Grundauffassung wohl kaum möglich —, daß „der Positivismus nur eine Art des Naturrechtes“ sei. Die die Rechtstheorie allein interessierende Frage wäre nun zu erfahren, was den Rechtspositivismus von den anderen Arten des Naturrechtes, also vom Naturrecht im eigentlichen, engeren Sinne des Wortes, unterscheidet. Einen gewissen Widerspruch muß man endlich darin erblicken, daß Horváth das Recht als etwas völlig Alogisches auffaßt — nach seiner Meinung hat „man den rechtsimmanenten Standpunkt schon lange verlassen... wenn man das Recht als widerspruchsfrei, einheitlich, sinnvoll, als ein System, deutet“ (a. a. O., S. 531) — und andererseits jede logische Behauptung über das Recht als Recht, wenn auch nur als Naturrecht, bezeichnet. Kann der „rechtsimmanente Standpunkt“, der kaum etwas anderes als ein Erkenntnisstandpunkt sein kann, überhaupt einen verständlichen Sinn haben?

Dies würde die Verwischung des Unterschiedes zwischen der theoretischen und der praktischen Sphäre, zwischen Wahrheitserkenntnis und werterzeugender Norm, zwischen Erkennen und Wollen, zwischen der Sphäre der Wissenschaft und der Sphäre des Rechtes bedeuten¹⁾. Denn wenn das Naturrecht auch kein geltendes, positives Recht ist, wenn es auch kein faktisch wirksames, sich durch Zwang durchsetzendes System von Normen ist, will es doch ein System von Normen sein, ja, es verlangt, als Recht betrachtet zu werden; es ist zweifellos kein Inbegriff von wissenschaftlichen Erkenntnissen, sondern ein Inbegriff von Handlungsnormen, die das menschliche Verhalten regulieren; es gehört nicht in die theoretisch-logische, sondern in die praktisch-ethische Sphäre²⁾. Gewiß, es sind im Rechte — und diesbezüglich besteht kein Unterschied zwischen Naturrecht und positivem Recht —, im positiven also ebenso wie im sogenannten natürlichen Rechte wie übrigens auch in der Moral, logische Elemente vorhanden; hieraus folgt aber noch keineswegs, daß die Rechtswissenschaft Naturrecht sei und daß das Recht — soll auch nur vom Naturrechte die Rede sein — den Charakter der Wissenschaft habe³⁾.

Noch weniger berechtigt als der Vorwurf des logischen ist unseres Erachtens der des „soziologischen Naturrechtes“. Es ist verfehlt, gerade eine „empiristische“, „soziologisch orientierte“ Rechtstheorie und insbesondere die wissenschaftliche Behauptung, die die enge Beziehung der positiv-rechtlichen Normen zur empirischen Wirklichkeit konstatiert, als Naturrecht zu bezeichnen. In diesem widerspruchsvollen

¹⁾ Horváth ist tatsächlich bestrebt, durch eine Logifizierung des Gerechtigkeitsideals den Unterschied zwischen dem Ethischen und dem Logischen aufzuheben (vgl. a. a. O., S. 537ff.).

²⁾ Gegen die Identifizierung des „Naturrechtes“ mit der „Lehre“ vom Naturrecht hat sich schon Kelsen ausgesprochen; vgl. Naturrecht und positives Recht, Internat. Zeitschr. f. Theorie des Rechtes, II. Bd., 1928, S. 88.

³⁾ Gegen die Verwischung der Grenze zwischen der theoretischen Erkenntnis und dem Rechte kann auch die Ansicht Marcks, daß „die Geistes- oder Kulturwissenschaften“, also auch die Rechtswissenschaft, „ihren Gegenstand schon in der Geformtheit durch eine außertheoretische Sphäre übernehmen“, angeführt werden (Marck: Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie, 1925, S. 5). — Daran, daß die im Text bekämpfte Verwechslung der Sphäre des Rechts mit der der Rechtswissenschaft zustande kommen konnte, ist sicherlich auch die oben (II, P. 4) bereits erwähnte Lehre Kelsens von der „Erzeugung“ des Rechtes durch die Rechtswissenschaft schuld gewesen. Die Frage des Verhältnisses von Recht und Rechtswissenschaft sowie die Frage, welche Rolle das Logische im Rechte spiele, brauchen wir hier nicht näher erörtern, da wir uns mit diesen Fragen in unserem Aufsätze: Das Logische im Recht, Internat. Zeitschr. f. Theorie des Rechtes, Bd. II, 1928, S. 157ff., wo auch die diesbezüglichen Ansichten Kelsens behandelt wurden (a. a. O., S. 183ff.), ausführlich beschäftigt haben und jetzt einfach darauf verweisen können. — Daraus, daß das Logische auch in dem positiven Recht eine bedeutende Rolle spielt, daß logische Elemente dem Rechte immanent sind, folgt natürlich auch, daß das Logische nicht einfach als „Metarecht“ bezeichnet werden kann.

Gedanken des „soziologischen Naturrechtes“ wiederholt sich die Verwechslung der theoretischen Erkenntnis mit dem Rechte. Aber auch ganz abgesehen von dieser Verwechslung, ist es schwer verständlich, warum gerade diejenige rechtswissenschaftliche Auffassung als eine naturrechtliche betrachtet werden müßte, die nur tatsächlich wirksame, sich in der lebendigen Realität des sozialen Seins, wenn es sein muß, auch mit Zwang durchsetzende Normen als Recht anerkennen will. Das positive Recht wird vom Naturrecht gerade durch das ihm anhaftende Moment der Faktizität, der lebendigen Wirksamkeit, durch seine eigenartige Beziehung zur sozialen Wirklichkeit, unterschieden. Und soll man dennoch gerade in diesem Momente der Faktizität ein Merkmal des Naturrechtes finden? Wenn das tatsächlich wirksame, lebendige Recht Naturrecht ist, wenn diejenige Auffassung, die es als zum Wesen des Rechtes gehörig betrachtet, daß es in der empirischen sozialen Wirklichkeit erzeugt und angewendet werde, eine naturrechtliche Auffassung ist, so muß man ernstlich fragen, was unter dem positiven Recht und unter der positivistischen Rechtsauffassung zu verstehen sei und ob überhaupt noch von positivem Recht und Rechtspositivismus gesprochen werden könne¹⁾ 2).

¹⁾ Vgl. Horváth: a. a. O., S. 519, 520, 525. Horváth betrachtet die Bestimmung des Rechtsbegriffes mit Hilfe von soziologischen Merkmalen als Naturrecht. In dieser seiner Ansicht sind eigentlich zwei Behauptungen enthalten. Die eine, daß jede Begriffsbestimmung des Rechtes Naturrecht sei, da „jede Behauptung über das Recht notwendig Naturrecht ist“; mit diesem Gedanken brauchen wir uns nach dem über den Vorwurf des logischen Naturrechtes Gesagten nicht mehr zu beschäftigen. Die andere Behauptung ist die, daß gerade die Bestimmung des Rechtsbegriffes durch soziologische Elemente ein soziologisches Naturrecht sei, da diese soziologischen Elemente „metarechtliche“ Elemente seien, Metarecht aber Naturrecht. Diesen Gedanken müssen wir deshalb für verfehlt halten, weil unseres Erachtens diejenigen Elemente, die nach einer Begriffsbestimmung zum Wesen des Rechtes gehören, nicht als „metarechtliche“ bezeichnet werden können. Wenn das positive Recht tatsächlich soziologische Merkmale hat, so sind diese Merkmale des Rechtes nicht Metarecht. Man kann nicht alles, was nicht Rechtsinhalt ist, als Metarecht bezeichnen und es wäre sicherlich verfehlt, das Wesen des Rechtes durch Rechtsinhaltsbegriffe bestimmen, das Recht durch das Recht selbst definieren zu wollen. Horváth ist ferner der Ansicht (a. a. O., S. 520), daß sich aus der Feststellung der engen Beziehung zwischen dem Recht und der Tatsache der Macht die Konsequenz ergebe, daß man der Macht nicht widerstehen, daß man sich „vor dem Triumphwagen des Siegers, eines jeden Siegers“ niederlegen solle; diese angebliche Konsequenz der Kelsenschen Begriffsbestimmung vom Rechte bezeichnet er natürlich auch als „Naturrecht“. Dem gegenüber muß betont werden, daß die Frage: Was ist das Recht? und die: Soll man dem Rechte gehorchen? zwei verschiedene Fragen sind. Die wissenschaftliche Bestimmung des Rechtsbegriffes hat mit der wertenden Stellungnahme zum Rechte noch gar nichts zu tun; ein „soziologisch orientierter“ Rechtsbegriff ist mit der ethischen Auffassung des Anarchismus und der Revolution ebenso vereinbar wie mit der ethischen Lehre des „Sich-Niederlegens vor dem

Was endlich die Vorwürfe des politischen und ethischen Naturrechtes anbetrifft, halten wir diese Vorwürfe gegen Kelsen zum allergrößten Teile für völlig unbegründet¹⁾. Gelänge es aber auch, hinsichtlich irgendeiner Lehre Kelsens zu beweisen, daß ein Rest der naturrechtlichen

Triumphwagen des Siegers“. Es braucht endlich nach dem Erscheinen von Stammlers Werken nicht ausführlich bewiesen zu werden, daß die ethische Beurteilung des Rechtes noch kein Naturrecht und keine naturrechtliche Auffassung bedeutet.

²⁾ Es ist nicht zu leugnen, daß man bei Kelsen die im Text bekämpfte Auffassung vom soziologischen Naturrecht ebenfalls vorfinden kann und daß demzufolge teilweise seine eigenen Ausführungen schuld daran sind, wenn man ihm den Vorwurf des „soziologischen Naturrechtes“ machen konnte. Er spricht von einer „naturalistischen Richtung der Naturrechtslehre“, die „die im Naturrecht gesuchte natürliche Ordnung... in der naturgesetzlichen, d. h. kausal determinierten Wirklichkeit des tatsächlichen Geschehens erkennt“. Das Resultat dieser Auffassung ist — so meint er — „die Lehre vom Recht des Stärkeren, die nur eine Darstellung der Seinswirklichkeit in normativer Terminologie ist“. Ja, er findet sogar, daß „die Forderung nach einer soziologischen Rechtstheorie“ in der neueren Jurisprudenz „im wesentlichen die gleiche Wendung“ bedeute und daß „der letzte Impuls, auf den die naturalistisch-soziologische Richtung der Rechtstheorie zurückgeführt werden muß..., das Bestreben ist, das positive als das wirkliche Recht, als die notwendig, nämlich naturnotwendig gegebene Ordnung und sohin als die natürliche Ordnung zu rechtfertigen, das positive Recht als das Naturrecht darzustellen und so zu legitimieren“ (Die Idee des Naturrechtes, S. 229). Unserer Ansicht nach ist es nicht richtig, eine Lehre, die das positive als das wirkliche Recht auffaßt, die die Seinswirklichkeit des tatsächlichen Geschehens darstellt, als eine naturrechtliche zu bezeichnen. Findet sich bei den alten Naturrechtslehrern diese Auffassung, so muß sie als eine bei den Naturrechtslehrern sich geltend machende positivistische Lehre betrachtet werden. Kelsen selbst muß ja feststellen, daß es sich hier um die Tendenz handelt, „die Grenze zwischen Naturrecht und positivem Rechte aufzuheben“ (ebenda). Die Ansicht Kelsens, daß eine Darstellung der Seinswirklichkeit methodisch jede Möglichkeit einer Beziehung zum positiven Recht“ verloren habe (a. a. O., S. 229), steht mit seiner eigenen Auffassung vom Problem der Rechtspositivität als einem Problem der Beziehung zwischen den Rechtsnormen und der Wirklichkeit im Widerspruch (vgl. a. a. O., S. 229, ferner seine oben auf S. 88, Anm. 1, zitierten Stellen).

¹⁾ So halten wir auch die Argumente, mit welchen Horváth die politische und ethische „Determiniertheit des Kelsenismus“ bewiesen haben will, für nicht stichhältig. Horváth argumentiert selbst meistens nur damit, daß es „den Anschein hat“, daß man sich „vom Eindruck nicht befreien kann“ daß Kelsen durch die demokratische Ideologie beeinflusst sei (a. a. O., S. 521, 523). Daraus, daß Kelsen gelegentlich feststellt, daß zwischen den politischen Auffassungen und den Weltanschauungen ein gewisser Zusammenhang besteht (a. a. O., S. 524), was übrigens ganz zweifellos ist, ferner daraus, daß er hie und da ganz bewußt seine eigene politische oder Weltanschauung durchblicken läßt, folgt noch nicht, daß er seine rechtstheoretischen Feststellungen auf Grund dieser politischen und ethischen Anschauungen oder seiner Weltanschauung gewonnen habe oder dadurch habe beeinflussen

Auffassung darinnen stecke¹⁾, so würde dies nur eine Teilfrage in seinem System berühren und man könnte diese Einzelheit aus seiner Lehre ausscheiden, ohne damit die Fundamente dieses Gedankengebäudes zu erschüttern. Der Grundton der Kelsenschen Lehre ist so entschieden gegen das Naturrecht gerichtet, daß man auf Grund dieser Lehre selbst die darin eventuell auffindbaren naturrechtlichen Reste als mit dem Ganzen in Disharmonie stehende Teile nicht nur beseitigen könnte, sondern beseitigen müßte. Für die ganze Kelsensche Konzeption, für die Grundauffassung der Reinen Rechtslehre drohte die Gefahr des Naturrechtes aus der rein normativen Auffassung. Dieser Klippe des Naturrechtes verstand jedoch Kelsen durch die Aufgabe der einseitig normativen Auffassung zu entgehen.

Zum Schlusse sei es uns erlaubt, eine Frage, die wir als das Problem des negativen Naturrechtes bezeichnen könnten, zu berühren.

Die Idee des Naturrechtes enthält unserer Ansicht nach den Gedanken eines Rechtes, das einen allgemeingültigen, ewigen, unwandelbaren und zugleich absolut richtigen Inhalt hat. Der Gedanke des unwandelbaren und ewigen Rechtsinhaltes ist das wesentlichste Merkmal des Naturrechtes. Darum müssen wir der Auffassung Stämmers zustimmen, der die Unmöglichkeit des Naturrechtes durch den Beweis der „Unhaltbarkeit eines a priori feststehenden Rechtsinhaltes“ darlegen will²⁾. Im Gegen-

lassen. Unseres Erachtens kann man auch daraus, daß Kelsen das Naturrecht der konstitutionellen Monarchie unnachgiebig verfolgt, also aus der „unnachgiebigen Verfolgung des Naturrechtes“ (a. a. O., S. 523), nicht den Vorwurf des Naturrechtes herauswinden und ebenso daraus nicht, daß bei Kelsen „die Theorie jede Politik freispricht“, also politisch nicht gefährdet ist („politischer Nihilismus“, a. a. O., S. 526).

¹⁾ Oben hatten wir Gelegenheit, auf den naturrechtlichen Charakter der Auffassung, daß eine jede Rechtsordnung notwendig Normen enthalten müsse, deren Inhalt die Erzeugung des Rechtes (II, P. 3) oder die Zwangs-anwendung (II, P. 7) reguliert, aufmerksam zu machen. Hiebei verstanden wir unter naturrechtlicher Auffassung die Behauptung eines a priori feststehenden Rechtsinhaltes. Begnügt man sich hiemit nicht und betrachtet man auch die absolute ethische Richtigkeit des a priori feststehenden Rechtsinhaltes als zum Begriffe des Naturrechtes gehörig, so ist der naturrechtliche Charakter der in Frage stehenden Behauptungen schon nicht evident.

²⁾ Wirtschaft und Recht, 1896, S. 176 bis 184. Stammler meint andererseits, es sei „wohl möglich, in der Negative Rechtssätze aufzuweisen, welche a priori als unberechtigt bestimmt werden müssen“ (z. B. Menschenfresserei und Sklaventum als Rechtseinrichtungen, S. 654, Anm. 92). Diese unbedingt unrichtigen positiven Rechtssätze Stämmers bedeuten offenbar etwas ganz anderes, als was wir im Text als negatives Naturrecht bezeichnen. Stammler spricht von gewissen „Schranken, innerhalb deren überhaupt nur von objektiv berechtigten“ Rechtssätzen geredet werden kann, außerhalb dieser Schranken kann zwar von einem Rechte, aber bloß von einem absolut unrichtigen Rechte geredet werden (ebenda). Wir dagegen wollen solche Grenzen bezeichnen, innerhalb deren überhaupt nur von positiven Rechtsinhalten geredet werden kann; außerhalb dieser Grenzen kann von einem Rechte überhaupt nicht ge-

sätze zum Naturrecht ist der Inhalt des positiven Rechtes stets durch die empirischen Verhältnisse bedingt, veränderlich und wandelbar¹⁾).

Es läßt sich nun die Frage aufwerfen, ob diese Veränderlichkeit, diese „Zufälligkeit“ des positiven Rechtsinhaltes nicht ihre Grenzen habe.

Ganz abgesehen davon, daß das Zustandekommen des „zufälligen“ Rechtsinhaltes stets durch die historischen Verhältnisse bedingt, also in diesem Sinne kausal „notwendig“ ist, muß unserer Ansicht nach festgestellt werden, daß der wandelbare Rechtsinhalt seine unwandelbaren logischen, physischen, soziologischen und ethischen Grenzen hat. Was logisch unmöglich ist, kann auch nicht Inhalt von Rechtsnormen werden; es können nur solche Inhalte zum Rechte werden, die sich logisch vertragen, die sich z. B. nicht widersprechen; auch der Gesetzgeber kann nicht zugleich und am selben Orte etwas und den Gegensatz davon zum Gesetze machen²⁾. Was physisch unmöglich ist, kann ebenfalls nicht zum Inhalte von Rechtsnormen werden; der Ukas des russischen Zaren, der den kranken Matrosen befahl, unverzüglich gesund zu werden, hat wohl kaum einen verständlichen juristischen Sinn. Es ist zweifellos, daß der positive Rechtsinhalt auch soziologische Grenzen besitzt; dies folgt schon daraus, daß im Begriffe des Rechtes auch soziologische Elemente enthalten sind, daß zum Wesen des positiven Rechtes auch soziologische Fakta gehören; die Rechtsinhaltsbegriffe dürfen mit den Rechtswesensbegriffen nicht in Kollision geraten; sind gewisse menschliche Handlungen als faktische soziale Vorgänge zur Positivität des Rechtes notwendig, so können diese Handlungen durch den besonderen Rechtsinhalt nicht verboten werden; gehört es zum Wesen des positiven Rechtes, daß es veränderlich sei, so kann durch den Inhalt der Rechtsnormen die Veränderung des Rechtes, jede neue Rechtserzeugung, nicht untersagt werden; *leges in perpetuum valiturae* sind keine ernst zu nehmenden Erscheinungen der Rechtswelt und ebenso wäre es ein ganz vergebliches Unterfangen, den Satz „*lex posterior derogat priori*“ durch einen Beschluß der gesetzgebenden Organe außer Kraft setzen zu wollen. Die schwierigste Frage ist sicherlich die, ob der mögliche Rechtsinhalt auch ethische Grenzen habe. Wir wollen nicht bezweifeln, daß das positive Recht die Grenzen des Ethischen überschreiten kann, daß es ein unrichtiges, ungerechtes, unmoralisches

sprochen werden. Die Richtigkeit der jetzt in Frage stehenden Ansicht Stammlers, die in der Literatur bestritten worden ist, können wir in diesem Zusammenhange natürlich nicht untersuchen.

¹⁾ Vgl. auch Kelsen: Die Idee des Naturrechtes, S. 225: „Die Normen des positiven Rechtes stammen aus der Willkür einer menschlichen Autorität ... Sie regeln ein Lebensverhältnis nicht in der Weise..., daß es durch Normen des positiven Rechtes nicht auch anders geregelt werden könnte...“.

²⁾ Mit der Frage der logischen Grenzen der positiven Rechtserzeugung haben wir uns in unserem Aufsatz: Das Logische im Recht, a. a. O., S. 162ff., befaßt.

Recht geben kann¹⁾; es fragt sich aber, ob sich das Recht von der Moral gänzlich loslösen könne, ob auch das moralisch Ungeheuerlichste zum Inhalt des positiven Rechtes werden könne²⁾. Wir sind der Ansicht, daß der Satz „sunt certi denique fines“ auch hier angewendet werden kann und daß der Rechtserzeugung auch gewisse — jedenfalls sehr weite und äußerst schwer festzustellende — moralische Grenzen vorgezeichnet sind³⁾. Wie man sich aber auch zu dieser letzten Frage stellen mag, es ist jedenfalls unzweifelhaft, daß sich der mögliche Rechtsinhalt innerhalb bestimmter logischer und physischer und auch soziologischer Schranken halten muß.

Sind wir aber mit der Konstatierung der unwandelbaren Grenzen des wandelbaren Rechtsinhaltes nicht bei der naturrechtlichen Auffassung angelangt? Kelsen selbst bezeichnet seine Theorie der Grundnorm als transzendentallogisches Naturrecht⁴⁾. Und die verschiedenartigen Vorwürfe des logischen Naturrechtes, die gegen ihn erhoben wurden, enthalten ebenfalls den Gedanken, daß eine Auffassung, derzufolge das positive Recht logische „Voraussetzungen“ hat, von „überpositiven“ logischen Elementen durchsetzt ist, als naturrechtlich bezeichnet werden müsse⁵⁾.

Unserer Ansicht nach ist die Anwendung des terminus technicus „Naturrecht“ auf den in Frage stehenden Sachverhalt nicht glücklich. Beim Naturrechte handelt es sich um einen a priori feststehenden Rechtsinhalt, bei dem uns jetzt beschäftigenden Problem handelt es

¹⁾ Cathrein ist der entgegengesetzten Ansicht und meint, der Begriff des ungerechten Rechtes schließe einen Widerspruch in sich: „Ungerechte Gesetze werden in demselben Sinne Gesetze oder Rechtsnormen genannt, wie man von falschem Gold, von dem falschen Demetrius oder von einem falschen Freunde spricht“ (Recht, Naturrecht und positives Recht, 1901, S. 182). Vgl. Stammler: Theorie der Rechtswissenschaft, 1911, S. 128.

²⁾ Es ist zweifellos, daß z. B. das Recht ungerechte Hinrichtungen anordnen kann; ist aber eine Rechtsordnung möglich, die die Bestimmung enthält, daß alle Neugeborenen hingerichtet werden sollen? Es ist zweifellos, daß das Recht für die Tat des einen Menschen einen anderen Menschen verantwortlich machen kann; ist aber eine Rechtsordnung denkbar, die bestimmt, daß für die menschlichen Handlungen immer und ausnahmslos andere als die Handelnden verantwortlich gemacht werden sollen? Die Frage, ob durch diese beispielsweise erwähnten ungeheuerlichen Verletzungen der Moral nicht geradezu das soziale Leben unmöglich gemacht wäre, ob also auch hier von der soziologischen Unmöglichkeit des in Frage stehenden Rechtsinhaltes zu sprechen wäre, wollen wir hier nicht untersuchen. Der Beweis hierfür, daß das gesellschaftliche Leben ohne ein Minimum des Moralischen nicht möglich ist, bedeutet keine Widerlegung der Ansicht, daß das positive Recht ein Minimum an Moralischem unbedingt beobachten müsse.

³⁾ Vgl. meine Schrift: Zum ewigen Frieden. Grundriß einer Philosophie des Pazifismus und des Anarchismus, 1930, S. 65.

⁴⁾ Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, S. 66.

⁵⁾ Vgl. Horváth: a. a. O., S. 531/32.

sich dagegen bloß um die Grenzen des möglichen positiven Rechtsinhaltes; dieser selbst bleibt aber noch völlig unbestimmt, oder genauer, es wird bloß negativ festgestellt, was er nicht sein könne. Aus den Grenzen des positiven Rechtes folgt noch keine einzige inhaltliche Rechtsvorschrift. Will man das Nichtüberschreiten der in Frage stehenden Grenzen als Voraussetzung des positiven Rechtes auffassen, so kann man doch nicht diese Voraussetzung, die jeden positiven Rechtsinhalt erst möglich macht, als Naturrecht dem positiven Rechte gegenüberstellen.

Wollte man aber dennoch die in Frage stehenden Grenzen des positiven Rechtsinhaltes negatives Naturrecht nennen, so würde dies, um einen Vergleich Kelsens zu gebrauchen, um nichts mehr bedeuten, als wollte man die Feststellung der Grenzen der Erfahrung als Metaphysik bezeichnen¹⁾.

Obige Ausführungen wollen zu Ehren des großen Rechtsphilosophen, mit dessen Lehren sie sich beschäftigen, verfaßt sein. In wichtigen und grundlegenden Auffassungen mit Kelsen gleicher Meinung sein zu können, ist jedoch vornehmlich für den Verfasser dieser Zeilen ehrend. Daß er auch einige kritische Bemerkungen vorzubringen hatte, ist um so natürlicher, als er nicht aus der Wiener rechtsphilosophischen Schule hervorgegangen, sondern aus einer grundsätzlich anderen Richtung gekommen ist. Gerade diese kritischen Bemerkungen, die sich als Rankwerk um den gewaltigen Stamm der Reinen Rechtslehre klammern, möchte er als bescheidene literarische Gabe dem kritischen Forschergeiste des illustren Fünfzigjährigen vorlegen. Wer schon in den Jahren des schönsten Mannesalters das Bewußtsein haben kann, in dem unendlichen Erkenntnisprozeß Bleibendes, die Flut der ephemeren Lehrmeinungen hoch Überragendes geleistet zu haben, der wird auch aus dem durch die Kraft seines Geistes bewegten polemischen Strome des zeitgenössischen Denkens, aus dem Wellenschlage der abweichenden Meinungen, die Melodie des *non omnis moriar* heraushören müssen.

¹⁾ Vgl. Kelsen: a. a. O., S. 66.

Künftige Aufgaben der Reinen Rechtslehre

Von

Tomoo Otaka, Keijo

Inhalt: I. Einleitung; II. Wirklichkeit des positiven Rechtes; III. Seinsart des Staates; IV. Reine Rechtslehre und Rechtstatsachenswissenschaft; V. Doppelstruktur des Rechtes.

I. Einleitung

Ein wesentliches Merkmal der gegenwärtigen Entwicklung der menschlichen Erkenntnis zeigt sich in der entscheidenden Rückwendung der wissenschaftlichen Blickrichtung von dem, was uns fern liegt und was für uns nur mittelbar erreichbar ist, zu dem, was uns am nächsten steht, ja, was sich unmittelbar in uns selbst abspielt. Bis zum Ende des letzten Jahrhunderts bildete die uns objektiv gegenüberstehende „Natur“ den Hauptgegenstand der streng wissenschaftlichen, theoretischen Erforschung. Selbst wenn man das Geistige, das Soziale oder das Geschichtliche als Ziel der Erkenntnis wählte, betrachtete man es gewöhnlich nicht in seiner geistigen Eigenart, sondern vielmehr als einen Teil der Natur. Der Umstand, daß eine solche naturwissenschaftliche Erkenntnisweise sich zuerst einseitig und allein als exakte Methode der Wissenschaft entwickelte, weist gewiß eine eigene Notwendigkeit und Berechtigung auf, wenn man dies nur vom entwicklungsgeschichtlichen Standpunkt aus betrachtet. Denn die wissenschaftliche Eroberung der Natur war erst dadurch möglich geworden, daß der Mensch seine primitive Ehrfurcht vor den gewaltigen Naturerscheinungen gänzlich unterdrückte und diese durch rein theoretische Beobachtung sachlich erforschte. Die Alleinherrschaft der naturwissenschaftlichen Methode hat jedoch zugleich die Gefahr mit sich gebracht, die geistige und soziale Welt, die den Menschen direkt umgibt, künstlich in eine naturgleiche Entfernung zu stellen und sie mit der der Naturwissenschaft entnommenen kausalmechanischen Methode in ihre nunmehr erreichte Leblosigkeit zu versetzen. Gegen diese Tendenz der Naturalisierung des Geistigen ist in unserem Jahrhundert eine starke Gegenbewegung im Gebiete der Philosophie und der Sozialwissenschaften stets klarer bemerkbar geworden, welche wesentlich darauf abzielt, das uns unmittelbar Gegebene gerade in seiner Unmittelbarkeit rein und unumgeformt aufzuzeigen. In dieser Hinsicht bildet die „existenziale Analytik“ Heideggers, in welcher er die Seinsfrage des menschlichen Daseins, das uns „ontisch“ am nächsten steht und trotzdem „ontologisch“ am fernsten liegt, als Zentralproblem der Philosophie zu erörtern versucht und wodurch er großen Einfluß in der

Welt des Geistes ausübt, gerade die äußerste Konsequenz der eben geschilderten Rückwendung der menschlichen Erkenntnis zu sich selbst¹⁾.

Die in dieser neueren Bewegung der Wissenschaft gestellte Aufgabe, das Geistige oder das Menschliche rein als solches zu erforschen, hat notwendig mit zwei einander entgegengesetzten Schwierigkeiten zu kämpfen. Erstens ist die Durchführung dieser Aufgabe dadurch erschwert, daß der zur Welt des Geistes gehörige Gegenstand sich nicht in der bloßen Äußerlichkeit zeigt, sondern immer in seiner Innerlichkeit verstanden werden muß. Bei der Untersuchung der Naturwelt kann man durch rein äußerliche Betrachtung und Erklärung des in der sinnlichen Wahrnehmung gegebenen „Dinges“ das wissenschaftliche Ziel erreichen. Im Gegensatz dazu muß man in der verstehenden Erfassung der Welt des Geistes prinzipiell über das äußerlich Gegebene hinaus in die Tiefe der idealen Gegenstandssphäre dringen und dort den internen Sinn des Geistigen genau und klar begreifen. Was zu diesem innerlichen Begreifen des Geistigen erforderlich ist, das ist die geistige Größe des wissenschaftlichen Forschers selbst. Zwar wird mit Recht gesagt, daß man nicht Cäsar zu sein braucht, um Cäsar zu verstehen. Dem ist so, weil das Verständnis einer schon geleisteten geschichtlichen Tat oder eines einmal objektivierten und verewigten Geistesgehaltes eine gänzlich andere Sache ist als das originale Leisten der Tat oder das ursprüngliche Schaffen des geistigen Wertes selbst. Außerdem braucht man in der geisteswissenschaftlichen Erforschung auch nicht immer den tatsächlichen Erlebnisgehalt der Einzelpersonen zu verstehen; denn der Zweck der geisteswissenschaftlichen Erkenntnis liegt eigentlich nicht darin, eine bloß „einmalige“ Handlung und Gesinnung einzelner geschichtlicher Persönlichkeiten zu beschreiben, sondern vielmehr darin, den objektiven Sinn der Geistesgebilde, der eigentlich nicht mehr zu einem bestimmten individuellen Subjekt gehört, zu begreifen und aufzuklären. Jedoch ist es für den Erforscher der Geisteswelt unbedingt notwendig, ständig aus der Quelle der eigenen Erlebnisse den Stoff des geisteswissenschaftlichen Verstehens zu schöpfen, damit der Sinn der objektivierten Geistesgebilde richtig begriffen und genau beschrieben werden kann. Dabei umfaßt die hierzu erforderliche geistige Größe des geisteswissenschaftlichen Forschers keineswegs nur eine solche des rationalen und intellektuellen Geistesvermögens, sondern gleichzeitig Stärke der Willenskraft und Tiefe des Gefühlslebens. Wie Dilthey sagt: „Das auffassende Vermögen, welches in den Geisteswissenschaften wirkt, ist der ganze Mensch; große Leistungen in ihnen gehen nicht von der bloßen Stärke der Intelligenz aus, sondern von einer Mächtigkeit des persönlichen Lebens²⁾.“ Die erste Schwierigkeit bei der geisteswissenschaftlichen Untersuchung zeigt sich also in der an den Forscher ge-

¹⁾ Heidegger: Sein und Zeit, I. Hälfte, 1927, S. 16.

²⁾ Dilthey: Einleitung in die Geisteswissenschaften, Gesammelte Schriften, Bd. I, 2. Aufl., 1923, S. 38.

stellten Forderung, in wissenschaftlicher Arbeit seine eigene Persönlichkeit in all ihrer Tiefe und Macht zur Geltung zu bringen.

Zweitens aber stößt man bei der Durchführung einer genaueren Erforschung der Geisteswelt auf eine Forderung, deren Erfüllung um so größere Schwierigkeit bietet, als sie der ersteren diametral entgegengesetzt ist. Der Forscher soll nämlich dabei streng im Rahmen der „theoretischen“ Erkenntnis bleiben und darf daher in diese theoretische Einstellung niemals die praktische Haltung hineinspielen lassen. Diese Aufgabe stellt an uns deshalb so große Anforderungen, weil man im geisteswissenschaftlichen Verfahren immer genötigt ist, im eigenen praktischen Erlebnis eine unentbehrliche Quelle des Verstehens des Erkenntnisgegenstandes zu suchen. Dabei laufen wir Gefahr, dem eigenen praktischen Erlebnis nicht bloß die Funktion einer Quelle theoretischer Erkenntnis zuzuteilen, sondern bewußt oder unbewußt dem Gegenstand der theoretischen Wissenschaft gegenüber wieder eine praktische Einstellung einzunehmen. Eine solche Vermengung zwischen theoretischer und praktischer Einstellung macht aber die Geisteswissenschaft zu einem Teil des praktischen Lebens selbst, was dann nicht mehr als reine Wissenschaft betrachtet werden darf. Die zweite Schwierigkeit der geisteswissenschaftlichen Forschung liegt also darin, daß der Forscher seinen Gegenstand, die Welt des Geistes, in der er selbst lebt und sich praktisch verhält, streng und prinzipiell theoretisch, d. h. im Modus der reinen Betrachtung untersuchen muß.

Wenn wir in dieser Weise die rein betrachtende Erkenntnis für die geisteswissenschaftliche Forschung fordern wollen, so müssen wir uns heutzutage wohl auf einen prinzipiellen Vorwurf von Seiten der „hermeneutischen Phänomenologie“ gefaßt machen. Denn nach dieser neuesten Richtung der Philosophie bedeutet die Einstellung des rein theoretischen Betrachtens keineswegs die ursprüngliche, originale und unmittelbare Haltung des menschlichen Daseins in bezug auf die Welt; diese soll vielmehr ein eigentlich praktisch besorgendes „Zu-tun-haben“ sein. Es ist ja in gewissem Sinne richtig, wenn Heidegger sagt, daß das „Erkennen als betrachtendes Bestimmen des Vorhandenen“ erst in dem „Modus der Defizienz“ des eigentlichen besorgenden „Zu-tun-habens“ mit der Welt möglich ist¹⁾. Diese Betonung des Primats der praktischen Haltung vor der theoretischen hat insofern Bedeutung und Wert, als man darin eine entscheidende Kritik der einseitig rationalistischen Erkenntnistheorie des 19. Jahrhunderts sieht. Allein das Ursprüngliche kann nicht ohne weiteres das Wesentliche oder das Wahre selbst bedeuten. Obwohl die Geisteswissenschaft ihren Gegenstand immer in seiner unmittelbaren Eigenart betrachten und begreifen muß, darf das wissenschaftliche „Betrachten“ und „Begreifen“ nie und niemals bei der ursprünglichen und unmittelbaren praktischen Haltung selbst stehen bleiben. Übrigens muß man sich immer dessen entsinnen, wie sehr die richtige Entwicklung der Geistes- und Sozialwissen-

¹⁾ Heidegger: a. a. O., S. 61 ff.

schaften durch unglückliche Beimischung offener oder verborgener praktischer Einstellung, besonders durch ethisch-politische Vorurteile gehemmt worden ist. In der objektiven Untersuchung der geistigen und sozialen Welt muß es deshalb trotz alledem als das wichtigste Grundprinzip gelten, die Grenze der theoretischen Erkenntnis festzuhalten und jede Beimischung unmittelbarer praktischer Einstellung streng zu vermeiden. Geistes- bzw. Sozialwissenschaft heißt rein theoretische Wissenschaft von den praktisch handelnden Menschen und ihrem Zusammenleben, obgleich dabei das eigene praktische Erlebnis des Forschers als Bedingung und Quelle des geisteswissenschaftlichen Verstehens stets eine prinzipielle Rolle spielt.

Der Weg zu dieser reinen und theoretischen Erforschung der geistigen bzw. sozialen Welt ist im Gebiet der Rechtswissenschaft erstmalig von Kelsen durch seine Begründung der „Reinen Rechtslehre“ mit größter Entschiedenheit gewiesen und beschriftet worden. Das Ziel, auf das alle rechtstheoretischen Bestrebungen Kelsens von Anfang an konsequent hinsteuern, ist die Grundlegung der Reinen Rechtslehre als einer „Theorie des positiven Rechtes“¹⁾. Bekanntlich sind darin zwei grundsätzliche Vorschläge enthalten, durch welche Kelsen der in traditionellen Vorurteilen befangenen Rechtswissenschaft eine vollkommen neue Orientierung gegeben hat. Erstens hat der Aufbau einer Rechtslehre als einer „reinen“ Rechtslehre den Zweck, das Recht rein als solches zu untersuchen und nicht als ein Stück naturgegebener Wirklichkeit, wie es die sogenannte „soziologische“ Richtung in der Rechtswissenschaft zu tun versucht. Diese „soziologische“ Betrachtungsweise des Rechtes hat freilich auch den Vorteil, daß sie sich immer innerhalb des rein theoretischen Standpunktes zu bleiben bemüht. Doch zeigt sie ihre Unhaltbarkeit, indem sie ihrem Gegenstand, dem Recht, absolut unzulässige Gewalt antut, um sich seiner mit der kausalmechanischen Methode zu bemächtigen. Zweitens stellt sich die Reine Rechtslehre die Forderung, „Theorie“ des „positiven Rechtes“ zu sein. Dies besagt, daß die Reine Rechtslehre weder „Praxis“ des Rechtslebens noch Lehre des nicht positiven „natürlichen“ Rechtes sein darf. Damit bildet die Reine Rechtslehre den Gegenpol der „Naturrechtslehre“ des 18. und 19. Jahrhunderts; denn diese ist immer von der ausdrücklichen oder stillschweigenden praktischen Absicht durchdrungen, ideales, seinsollendes Recht zu begründen, indem sie „die Rechtstheorie aus dem Bereiche positiver Rechtssätze in den ethisch-politischen Postulate zieht“²⁾. Der Grundfehler der traditionellen Naturrechtslehre liegt offenbar darin, daß sie keine Grenze zwischen Theorie und Praxis anerkennt, wenn man ihr auch den bei der naturwissenschaftlichen Erkenntnisrichtung kaum zu findenden Vorzug zubilligen muß, daß sie, von dem dringenden praktischen Interesse

1) Kelsen: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Vorrede zur 2. Auflage, 1923, S. V.

2) Kelsen: a. a. O.

ausgehend, den eigentlichen Sinn ihres Gegenstandes, des Rechtes, klar erkannt hat. Gegen diese zwei vom rechten Wege abirrenden Richtungen der Rechtswissenschaft, d. i. gegen die der naturwissenschaftlichen „Soziologie“ und auch gegen die der praktisch, d. h. ethisch-politisch eingestellten Naturrechtslehre, gründet sich die Reine Rechtslehre auf den Anspruch, rein theoretische Wissenschaft des Rechtes als eines rein geistigen Gegenstandes zu sein. Das große Verdienst der rechtstheoretischen Arbeit Kelsens muß schon in dieser methodischen Grundlegung der Rechtswissenschaft als einer Theorie des positiven Rechtes richtig anerkannt und gewürdigt werden.

Allein, man muß wohl sagen, daß die Reine Rechtslehre als „Methode“ noch nicht fertig ist, daß sie vielmehr als „System“ gerade im vollen Fluß der Entwicklung steht. Insbesondere ist es nicht zu verkennen, daß der schroff dualistische Neukantianismus, in welchem die Reine Rechtslehre ihre erste philosophische Grundlage gefunden hat, noch heute in ihrer ganzen Systematik eine herrschende Stellung einnimmt und den Grund einer gewissen Einseitigkeit in ihren wissenschaftlichen Formulierungen bildet. In dieser Hinsicht müssen wir Verdroß beipflichten, der — selbst ein hervorragender Vertreter der Reinen Rechtslehre — die innere Notwendigkeit betont, diese Lehre „aus der Hülle des Neukantianismus“ zu befreien und den Weg zur vollen Entfaltung in der gegenständlichen, ontologischen Richtung der Philosophie zu suchen¹⁾. Übrigens muß man auch sagen, daß die theoretische Strenge Kelsens, den Anspruch der „Methodenreinheit“ bis zur letzten Konsequenz aufrechtzuerhalten, zuweilen zu Extremen führt und das Blickfeld der Reinen Rechtslehre in manchen Punkten allzusehr beschränkt. Eine Erweiterung des Erkenntnisgebietes der Reinen Rechtslehre ist auch deshalb erforderlich und notwendig, weil die gegenwärtige Erkenntnislage hinsichtlich der Methode und Problematik der Erforschung der Geistes- bzw. sozialen Welt nicht auf der Entwicklungsstufe geblieben ist, wie sie Kelsen am Anfang seiner rechtstheoretischen Untersuchung vorgefunden hat. Denn wir befinden uns gerade jetzt in einer Epoche, in der sich die Reine Rechtslehre nicht mehr so sehr gegen die traditionellen „soziologischen“ und naturrechtlichen Richtungen zu verteidigen braucht, sondern in der sie berufen ist, die künftige Entwicklung der reinen Geisteswissenschaft mindestens in der Sphäre der Rechtswissenschaft positiv zu leiten. Wenn die Rechtswissenschaft als eine strenge Geisteswissenschaft sich schließlich als reine Rechtswissenschaft bestimmen soll, soll sich die Reine Rechtslehre in der Zukunft nicht mehr als eine geographisch und persönlich begrenzte „Richtung“ oder „Schule“ derselben darstellen, sondern sie muß die einzig mögliche eigenständige Erkenntnis des Rechtes bedeuten und sich als solche aufbauen. Die Gelegenheit, mit einer wissenschaftlichen Arbeit zur Festschrift eines großen Gelehrten, welcher

¹⁾ Verdroß: Die Rechtstheorie Hans Kelsens, Sonderabdruck aus Nr. 20 der Juristischen Blätter, 59. Jahrg., 1930, S. 8.

gerade auf der Höhe seiner schöpferischen Geisteskraft steht, beizutragen, scheint mir gerade dazu geeignet, mich nicht mit der Würdigung des wohlbekannten Wertes seiner Lehre zu begnügen, sondern vielmehr deren notwendige Entwicklungsrichtung zu suchen und aufzuzeigen. In den folgenden Zeilen möchte ich also versuchen, einige grundlegende Probleme herauszustellen, deren Aufklärung wohl unter die „künftigen Aufgaben der Reinen Rechtslehre“ zählen könnte.

II. Wirklichkeit des positiven Rechtes

Die Forderung nach methodischer Reinigung des Gebietes der Rechtswissenschaft von jeder naturwissenschaftlichen Erkenntnisweise führt die Reine Rechtslehre dazu, das Recht als rein geistiges, ideales Gebilde zu betrachten. Das Recht als Gegenstand der Rechtswissenschaft hat eigentlich keinen Anteil an der psycho-physischen Tatsächlichkeit und kausalen Bestimmtheit. Es ist „kein Gebilde der Natur, sondern des Geistes“; es hat keine „seelisch-körperliche, sondern eine ganz andersartige Existenz“; es ist überhaupt „keine natürliche Realität, kein Stück der Wirklichkeit der Natur“, die der verbreitete Sprachgebrauch ganz naiv mit „Wirklichkeit“ oder „Realität“ schlechthin bezeichnen will, sondern ein eigenartiger Gegenstand von „ideeller Existenz“¹⁾. Dieses ideale Geistesgebilde, das Recht, rein als solches in seiner eigenen idealen Gegenstandssphäre zu erörtern, ist das vornehmste Ziel der Reinen Rechtslehre.

Trotzdem liegt die Aufgabe der Reinen Rechtslehre nicht bloß darin, das Recht in seiner wirklichkeitsfernen, reinen Idealität zu untersuchen. Ein Sinngebilde kann in der Sphäre der reinen Idealität existieren, ohne dabei eine setzende Thesis der Wirklichkeit in sich zu schließen. Es kann schon in dieser rein idealen Existenz einen Gegenstand der wissenschaftlichen Erforschung bilden, indem es keine wirkliche Gegenständlichkeit zu sein braucht. So kann man das Recht als rein ideales Gebilde betrachten, ohne zu fragen, ob es zugleich Wirklichkeit hat. Dann ergibt sich die sogenannte „Wesenslehre des Rechtes“ oder „Lehre von dem möglichen Recht“, welche die juristischen Gebilde als „materielle Wesen“ des Rechtes in der Sphäre der reinen Möglichkeit behandeln will²⁾. Im Gegensatz dazu handelt es sich in der Reinen Rechtslehre

¹⁾ Kelsen: Der Staat als Integration, 1930, S. 11; vgl. Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, 1922, S. 75 ff. Obwohl es sich hier prinzipiell um die Seinsart des Staates handelt, kann man wohl diese Darstellung Kelsens ohne weiteres auf das Recht anwenden, weil der Staat bei Kelsen bekanntlich nichts anderes ist als die Einheit der Rechtsordnung.

²⁾ Die methodische Möglichkeit der „Wesenslehre des Rechtes“ ist vor allem von Schreier klargelegt worden; Schreier: Grundbegriffe und Grundformen des Rechtes, 1924, S. 85 ff.; Über die Lehre vom „möglichen Recht“, Logos, Bd. XV, 1926. Vgl. meinen Aufsatz: Theorie und Praxis in der Rechtswissenschaft, Zeitschr. f. öffentl. Recht, Bd. X, 1930, S. 92 f.

prinzipiell um das Recht mit seiner eigentlichen Bestimmung der Wirklichkeit, d. h. um das „positive“ Recht. Die Reine Rechtslehre zielt grundsätzlich darauf ab, das Recht immer in bezug auf seine Wirklichkeit, das Recht als wirklich seiendes ideales Gebilde zu erörtern. Sie ist von Anfang an dazu bestimmt, Theorie des positiven Rechtes zu sein und nicht als eine Lehre von den bloß möglichen, wenn auch notwendigen und apriorischen, so doch in der Luft der wirklichkeitsfreien Idealität schwebenden Rechtsgebilden zu verharren. Die positive Rechtsordnung hat offenbar ihre eigene Wirklichkeit, wie Kelsen schon oft in Beantwortung des gegen seine Lehre gerichteten Einwandes behauptet hat, des Einwandes, der besagt, die Reine Rechtslehre verneine die Wirklichkeit des Staates überhaupt, indem sie ihn mit der Rechtsordnung identifiziert. Sie hat Wirklichkeit in dem Sinne des wirklichen Seins eines idealen Geistesgebildes, des Sollens¹⁾. Das positive Recht, welches an sich zur idealen Geistessphäre gehört, bildet den Gegenstand der Reinen Rechtslehre, soweit und nur soweit es in einer gewissen geschichtlich-gesellschaftlichen Bestimmtheit sein eigenes „Wirklich-sein“ hat.

Hier taucht offenbar eines der Kernprobleme der ganzen Systematik der Reinen Rechtslehre auf: Wie kann das Recht, welches von vornherein ideales Geistesgebilde sein soll, zugleich und trotz seiner Idealität ein wirklich seiender Gegenstand sein? Dieses Problem ist gerade deshalb so schwierig, weil das hier in Betracht gezogene „Wirklich-sein“ des Rechtes begrifflich niemals mit der sogenannten „Verwirklichung“ desselben im faktischen sozialen Leben verwechselt werden darf. Das Recht als ideales Geistesgebilde „verwirklicht“ sich in den vom subjektiv gemeinten juristischen Sinn bestimmten sozialen Handlungen und bildet infolgedessen den Gegenstand der „Tatsachenwissenschaft“ des Rechtes²⁾. Wie wir später genau erörtern werden, kann man diese faktische Verwirklichung des Rechtes doch wohl als etwas Geistiges ansehen und ihre wissenschaftliche Erforschung — die Rechtstatsachenwissenschaft oder „Rechtssoziologie“ — als eine Geisteswissenschaft begründen, obgleich Kelsen immer dazu geneigt ist, eine solche Verwirklichung oder Tatsache des Rechtes nicht mehr als etwas Geistiges, sondern als ein Stück der kausal bestimmten Natur zu begreifen. Trotzdem ist es klar, daß die von dem Sinn des Rechtes faktisch bestimmten sozialen Handlungen nicht mehr auf derselben Stufe der Idealität stehen wie das Recht als eigentliches ideales Geistesgebilde. Das Wirklich-sein des positiven Rechtes, worum es sich jetzt handelt, bedeutet also nicht die bloße „Verwirklichung“ des Sinnes der positiven Rechtssätze in der sozialen Faktizität, sondern die Wirklichkeit, die das positive Recht als ideales Geistesgebilde gerade in seiner Idealität zeigt.

¹⁾ Kelsen: Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 44 f.; Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, S. 75 ff.; Der Staat als Übermensch, 1926, S. 11 ff.; Der Staat als Integration, S. 11 ff.

²⁾ Vgl. meinen oben genannten Aufsatz, S. 93 ff.

Diese Stellung des Problems der Wirklichkeit des Rechtes als eines idealen Geistesgebildes würde demjenigen überhaupt sinnlos erscheinen, der auf der philosophischen Grundlage des schroff dualistischen Idealismus stehend ohne weiteres an den unversöhnlichen Gegensatz von Idee und Wirklichkeit glaubt. Für ihn „gilt“ das Ideale, hat aber angeblich keine Wirklichkeit. Danach wäre es überhaupt undenkbar, daß ein ideales Geistesgebilde trotz seiner Idealität zugleich als wirklich seiender Gegenstand, als Gegenstand der Wirklichkeitswissenschaft behandelt werden darf. Dieser Gedanke verwechselt und identifiziert allzu einfach den Begriff der „Wirklichkeit“ mit dem der bloßen „Realität“. Es ist freilich ohne weiteres klar, daß ein ideales Geistesgebilde keine sinnlich wahrnehmbare Realität hat; die Idealität steht ja offensichtlich in einem begrifflichen Gegensatz zur Realität. Dies besagt aber keineswegs, daß ein ideales Gebilde in seiner Idealität nicht einen wirklichen Gegenstand der Wissenschaft bilden kann. Vielmehr gibt sich ein idealer Gegenstand unter Umständen in der unmittelbaren Anschauung und in dieser unmittelbaren Selbstgebung zeigt er sich dann auch als wirklich seiender Gegenstand, wenngleich diese Art der Selbstgebung vollkommen anders ist als die des realen Gegenstandes. Die ideale Region des Geistes, welcher auch das Recht zugehört, ist keineswegs ein bloßes Konglomerat abstrakter, übergeschichtlicher, der Seinssphäre der Wirklichkeit vollkommen übergeordneter, absoluter „Wertideen“, sondern eine systematisch eingeordnete Sphäre der unendlich mannigfaltigen, sachhaltigen Geistesgebilde, die unter einer gewissen Bedingung die Bestimmung des „Wirklich-seins“ gewinnen und sich in der wirklich seienden Welt der Geschichtlichkeit zeigen, wie das Recht unter gewissen Umständen ein geschichtlich bestimmtes, wirklich seiendes, „positives“ Rechtssystem bilden kann. Es zeugt von der tiefen Einsicht Kelsens in die eigentümliche Struktur der Geisteswelt, daß er, obgleich in seiner philosophischen Gedankenentwicklung von dem dualistischen, neukantischen Idealismus ausgehend, den einfachen Gegensatz zwischen dem Idealen und dem Wirklichen überwindet und das positive Recht gleichzeitig in seiner Idealität und Wirklichkeit untersuchen will. Es ist aber immer noch zu fragen, wie und unter welcher Bedingung ein ideales Geistesgebilde zugleich die Bestimmung der Wirklichkeit gewinnen kann. Als Problem der Reinen Rechtslehre muß man also noch grundsätzlich erörtern, unter welchen Umständen ein an sich zur Sphäre der Idealität gehörendes Rechtssystem an der geschichtlichen Wirklichkeit teilhaben, d. h. sich als das „positive“ Recht bestimmen kann.

Kelsen beantwortet diese Frage des Wirklich-seins des Rechtssystems bzw. der „Rechtspositivität“ in eigentümlicher Weise durch seine Theorie der „Grundnorm“. Er erkennt die Grundtatsache der Rechtspositivität darin, daß das positive Recht sich immer nur als „hypothetisches“ Sollen zeigt, daß es bloß relative Geltung hat, daß seine Normativität nur unter einer bestimmten Voraussetzung anerkennbar ist. Der Umstand, daß ein Rechtssystem unter einer Voraussetzung steht, bestimmt seine Positivität im strengen Gegensatz

zum Naturrecht, dessen Wesen in seiner Voraussetzungslosigkeit, seiner absoluten Geltung besteht. Diese wesentliche Voraussetzung der Positivität eines Rechtssystems bezeichnet Kelsen als „Grundnorm“. „So wie der Idee des Naturrechtes die absolute, so entspricht der Idee des positiven Rechtes die hypothetisch-relative Geltung seiner Normen, das heißt: daß seine Normen nur unter einer Voraussetzung, unter der Annahme einer die oberste, das Recht erzeugende Autorität einsetzenden Grundnorm gelten¹⁾.“ Und da die Grundnorm die positiven Rechtsnormen bedingt und begründet, deren Geltung selbst aber „innerhalb der Sphäre des positiven Rechtes unbegründet und unbegründbar bleibt²⁾“, kann sie nicht in diese Sphäre der Positivität gehören, sondern steht vollkommen außerhalb und über ihr. Sie hat also keine Positivität. „Die Grundnorm ist selbst nicht gesetzte, sondern vorausgesetzte Norm, ist selbst nicht positives Recht, sondern nur dessen Bedingung³⁾.“ Ein positives Rechtssystem ist trotz seiner Idealität doch positiv und wirklich, weil es unter der Voraussetzung der Grundnorm steht, während die diese Positivität und Wirklichkeit eines Rechtssystems bedingende Grundnorm keine positive, keine wirkliche Rechtsnorm ist.

Es fragt sich nun, in welchem Sinne diese Grundnorm die notwendige Voraussetzung der positiven Rechtsordnung bildet. Denn man muß vorerst klar einsehen, daß der Begriff der Grundnorm von vornherein eine offenkundige Doppelsinnigkeit zeigt. Einerseits setzt man die Grundnorm in der rechtstheoretischen Untersuchung als den letzten „Erkenntnisgrund“ voraus, aus welchem allein ein Rechtssystem als ein einheitlicher, in sich identischer, wirklich seiender Gegenstand betrachtet und erörtert werden kann. Diese Funktion der Grundnorm als des rechtstheoretischen Erkenntnisgrundes zeigt sich darin am klarsten, daß Kelsen in ihr die notwendige Garantie der sinnvollen Erkennbarkeit und Deutbarkeit des positiven Rechtes überhaupt sucht⁴⁾. Auch wenn Kelsen an einer anderen Stelle den obersten Einheitspunkt und letzten Grund der Identität einer stufenmäßig eingeordneten, sich ständig erzeugenden, positiven Rechtsordnung lediglich in der Grundnorm anerkennen will, handelt es sich prinzipiell um die Grundnorm als die wissenschaftliche Voraussetzung der Erkenntnismöglichkeit des einheitlichen und identischen Rechtssystems, allein in ihrem gegenständlichen und objektivierten Modus⁵⁾. Der Vorschlag Felix Kaufmanns, nach welchem die Grundnorm eigentlich nicht als „Norm“, sondern etwa als „Positivitätskriterium“ bezeichnet werden soll, scheint sich auch daraus zu ergeben, daß er in ihr im Grunde ge-

¹⁾ Kelsen: Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, 1928, S. 12.

²⁾ a. a. O.

³⁾ a. a. O., S. 20.

⁴⁾ a. a. O., S. 21 ff.; S. 25 f.

⁵⁾ Kelsen: Allgemeine Staatslehre, S. 249; vgl. Jöckel: Hans Kelsens rechtstheoretische Methode, 1930, S. 14.

nommen den letzten Ansatzpunkt der „erkennenden“ Feststellung des positivrechtlichen „Geschehens“ zu finden versucht¹⁾.

Andererseits aber ist die Grundnorm für das positive Rechtssystem als solches vorausgesetzt, und zwar in dem Sinne, daß sie das „Inwerksetzen“ der normativen Funktion des letzteren bedingt und bestimmt. Dann bedeutet die Grundnorm nicht mehr Voraussetzung der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis, sondern die der positivrechtlichen Geltung selbst. Das positive Recht setzt die Grundnorm voraus, weil es in seiner dynamischen Phase der Selbsterzeugung seine letzte Quelle in dieser findet, weil diese allein den ganzen Prozeß der Rechtserzeugung begründet, indem sie allererst ein das Recht erzeugendes Organ einsetzt. In dieser zweiten Funktion ist die Grundnorm eine Norm im strengsten Sinne des Wortes, obgleich sie nicht eine positivrechtliche Norm bedeuten kann. Hier wird sie auch als „Verfassung in einem rechtslogischen Sinne“ bezeichnet²⁾. Der sachhaltige Soll-Gehalt fehlt auch der so verstandenen Grundnorm nicht, wie z. B. die von Kelsen formulierte staatsrechtliche Grundnorm zeigt, die lautet: „Verhaltet euch so wie die Rechtsautorität: der Monarch, die Volksversammlung, das Parlament usw. befiehlt³⁾“, oder die völkerrechtliche Grundnorm: „Pacta sunt servanda“. Die entschiedene Behauptung von Verdroß, daß die Grundnorm als bloße wissenschaftliche Voraussetzung niemals die objektive Geltung des Rechtes begründen kann und daß man daher diesen Begriff schlechthin als objektive Norm, als objektiven Wert verstehen muß, hat somit volle Berechtigung, soweit die Grundnorm Voraussetzung der positivrechtlichen Geltung bedeutet⁴⁾. Die Grundnorm als Erkenntnisgrund der Wissenschaft des positiven Rechtes und die Grundnorm als Geltungsgrund des positiven Rechtes selbst sind zwei dem Wesen nach gänzlich verschiedene Begriffe.

Es ist nun klar, daß es sich nur um die Grundnorm im Sinne des Erkenntnisgrundes der Wissenschaft vom Recht handelt, wenn dieser Begriff in bezug auf das Problem der Wirklichkeit des positiven Rechtes in Betracht gezogen wird. Denn die Grundnorm ist in diesem Zusammenhang nichts anderes als eine Bezeichnung für die notwendige Voraussetzung, unter welcher das positive Recht in strengem Gegensatz zu dem unwirklichen, übergeschichtlichen und absoluten Naturrecht als ein wirklich seiendes Geistesgebilde erkannt und erforscht werden kann. Doch ist das Problem der Wirklichkeit des an sich idealen Rechtssystems damit, daß lediglich gesagt wird, das positive Recht stehe unter einer Voraussetzung, noch lange nicht gelöst. Die Bezeichnung dieser Voraussetzung als „Grundnorm“ kann ja noch keine positive

¹⁾ Kaufmann: Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld, 1929, S. 34 f.

²⁾ Kelsen: Allgemeine Staatslehre, S. 249.

³⁾ a. a. O., S. 99.

⁴⁾ Verdroß: Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926, S. 21 ff.; Die Rechtstheorie Hans Kelsens, S. 5 ff.

Aufklärung derselben bedeuten, obgleich ihre negativen Kennzeichen dahin aufgefaßt werden, daß die Grundnorm nicht in der Sphäre des positiven Rechtes begründbar, daß sie kein positives Recht, daß sie nicht gesetzte Rechtsnorm ist. Das Ausweisen der scheinbar positiven und sachhaltigen Eigenschaften oder Funktionen der Grundnorm — etwa: „Sie bildet den höchsten Einheitspunkt der ganzen positiven Rechtsordnung“, „In ihr liegt die Identität des einheitlichen Rechtssystems, des Staates“, „Sie bedeutet den letzten Ansatzpunkt der deutenden Erkenntnis des positiven Rechtes“ — besagt wieder nichts anderes, als daß sie die Voraussetzung der einheitlichen, in sich identischen, sinnhaft erkennbaren und deutbaren positiven Rechtsordnung ist. Das, was uns aber diese Aufklärung positiv zeigt, sind dem Wesen nach lediglich Funktionen und Eigenschaften der positiven Rechtsordnung selbst, während die Grundnorm als die notwendige und letzte Voraussetzung dieser Funktionen und Eigenschaften hypostasiert ist. Die Grundnorm als rechtstheoretischer Erkenntnisgrund bleibt — wie Kelsen selbst annimmt — in der ganzen Systematik der Reinen Rechtslehre noch im Zustand einer bloßen „Hypothese“¹⁾.

Wenn wir statt dieser Hypothese der Grundnorm den festen Grund der Wirklichkeit des positiven Rechtes genau feststellen wollen, müssen wir uns vorerst über das allgemeine Problem des Wirklich-seins eines idealen Gegenstandes überhaupt vollständige Aufklärung verschaffen, damit wir unser spezifisch rechtstheoretisches Problem erfolgreich erörtern können. Nun, das allgemeine Problem des Wirklich-seins eines idealen Gegenstandes findet in dem ganzen Gebiete der Philosophie nirgends eine so tiefe und so gründliche Erörterung wie in der transzendentalen Phänomenologie Husserls. Da ja Husserl in seiner „VI. logischen Untersuchung“ die „kategoriale Anschauung“ als eine Grundform der unmittelbaren Selbstgebung gegenüber der „sinnlichen Wahrnehmung“ gefunden und den letzten Grund des Wirklich-seins eines idealen Gegenstandes in der kategorialen Anschauung, die durch sinnliche Wahrnehmung eines der betreffenden idealen Gegenständlichkeit „korrespondierenden“ realen Gegenstandes fundiert ist, gesucht hat, ist der Grundstein zur Aufklärung unseres Problems schon gelegt²⁾. Demnach soll die geschichtliche Wirklichkeit des an sich idealen Rechtssystems dadurch bestätigt werden, daß es einerseits gewisse, sinnlich wahrnehmbare, reale Umstände als „Wirklichkeitsboden“ hat und daß es sich andererseits anläßlich dieser realen Umstände in einer bestimmten Art der übersinnlichen, idealen Anschauung als eine wirkliche und wahrhaft seiende Gegenständlichkeit gibt. Dieser reale Umstand, auf dessen Anlaß hin das ideale Rechtsgebilde sich als wirklich seiende, positive Rechtsordnung gibt, kann

¹⁾ Kelsen: Allgemeine Staatslehre, S. 104; Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 2. Aufl., 1928, S. 97, Anm. 1.

²⁾ Husserl: Logische Untersuchungen, II. Bd., 2. Teil, 3. Aufl., 6. Kap., 1922, S. 128 ff.

nichts anderes sein als die Faktizität des sozialen Lebens, in welcher das ideale Soll-Gesetz des Rechtes sich verwirklicht. Die Faktizität des sozialen Lebens kann also erst das Wirklich-sein des positiven Rechtes fundieren; anders gewendet, jene kann allein als Wirklichkeitsboden des letzteren fungieren, wobei der ideale Soll-Gehalt des positiven Rechtes selbst freilich niemals auf ein solches Seinsfaktum des Rechtes zurückgeführt werden darf¹⁾. Die „Verwirklichung“ des Rechtes, die oben von der „Wirklichkeit“ des Rechtes begrifflich streng unterschieden wurde, ist auf diese Weise wieder in unmittelbare Verbindung mit der Problematik der positivrechtlichen Wirklichkeit gebracht²⁾.

Allerdings muß offen zugestanden werden, daß man von der transzendentalen Phänomenologie in ihrer bisherigen Entwicklung noch keine eingehende Aufklärung über die Art und Weise der Selbstgebung des konkret-idealen Gegenstandes verlangen kann. Gerade deshalb liegt in den Händen der Reinen Rechtslehre die dringende Aufgabe, auf dem phänomenologisch gelegten Grundstein fußend, genau und konkret zu untersuchen, wie und unter welchen faktischen Umständen das ideale Rechtsgebilde sich trotz seiner Idealität als wirklich seiendes, positives Rechtssystem gibt. Wenn die Reine Rechtslehre das Problem des Wirklich-seins des positiven Rechtssystems gründlich und endgültig erörtern kann, bedeutet dies nicht nur die methodische Grundlegung dieser Lehre als Theorie des positiven Rechtes, sondern geradezu einen entscheidenden Fortschritt der transzendentalen Phänomenologie in ihrer konkreten, sachhaltigen Problematik. Das Problem der Wirklichkeit des an sich idealen Rechtssystems nicht mit einer bloßen Hypothese der Grundnorm, sondern auf der festen Grundlage der phänomenologischen Erkenntniskritik sachlich und konkret aufzuklären, muß also die allerwichtigste der künftigen Aufgaben der Reinen Rechtslehre bilden.

Übrigens dürfte Kelsen nicht auf dem richtigen Weg sein, wenn er die Existenzsphäre der Grundnorm im Sinne des rechtstheoretischen Erkenntnisgrundes außerhalb des Rahmens der Rechtspositivität zu finden versucht. Kelsen gelangt zur Theorie der so verstandenen Grundnorm daher, weil einmal das positive Rechtssystem eine einheitliche und in sich identische Gegenständlichkeit bildet und weil ferner diese Einheit und Identität der positiven Rechtsordnung irgendwo ihren letzten Ansatzpunkt haben muß. Allein der Grund der Einheit und Identität eines idealen Gegenstandes, welcher trotz der unendlichen

¹⁾ Der Gedanke, daß die Positivität jeder Rechtsordnung „gerade in ihrer stufenförmigen Erfüllung durch tatsächlich gesetzte Rechtsakte besteht“, ist schon öfters von Verdross klar angedeutet: *Die Verfassung*, S. 6 f.; *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*, 1923, S. 77 ff.

²⁾ Es ist freilich unmöglich, im beschränkten Rahmen dieses Aufsatzes das philosophische Grundproblem des Wirklich-seins eines idealen Gegenstandes genau zu behandeln. Hoffentlich kann ich in meinem bald erscheinenden Buch: „*Grundlegung der Lehre vom sozialen Verband*“, die vollständige Erörterung dieses Problems geben.

Mannigfaltigkeiten seiner Eigenschaften und ständigen Veränderungen seiner Teilinhalte immer derselbe Gegenstand bleibt, muß m. E. nicht als ein diesen Gegenstand Transzendierendes, sondern ihm Immanentes gesucht werden. Denn das einheitliche und identische Wirklichsein eines Gegenstandes ist doch seine eigene Seinsart; seine Einheit und Identität ist in ihm selbst als Grundverfassung seiner Existenz enthalten. Sie kann also nicht als ein außer ihm stehendes und existierendes und trotzdem ihn bedingendes und begründendes „Etwas“ verstanden werden. Daß die Grundnorm als der letzte Einheits- und Identitätspunkt der positiven Rechtsordnung als etwas ihr Immanentes gesucht werden muß, daß sie demzufolge auch unter der Bestimmung der Rechtspositivität steht, kann man am klarsten einsehen, wenn man dasselbe Problem von der Seite der „Verschiedenheit“ mehrerer positiver Rechtsordnungen betrachtet. Wenn die Grundnorm als der letzte Einheitspunkt eine bestimmte positive Rechtsordnung bedingen soll, muß sie auch die Bedingung für die Verschiedenheit dieser Rechtsordnung von anderen positiven Rechtsordnungen sein. Daraus ergibt sich notwendig, daß die Grundnorm eines bestimmten Rechtssystems von der eines bestimmten anderen auch verschieden sein muß. Diese „Verschiedenheit“ mehrerer Grundnormen kann ihrerseits nicht anders verstanden werden denn als Folge der geschichtlichen Bedingtheit der verschiedenen Grundnormen selbst. Anders gefolgert: wenn einerseits die Grundnorm den letzten Grund der Identität des Staates bilden soll und wenn andererseits diese Identität des Staates keine übergeschichtliche, ewige Natur haben darf, ja, wenn ein Staat unter gewissen geschichtlichen Umständen notwendig aufhören muß, derselbe Staat zu sein, dann muß man auch ohne weiteres anerkennen, daß die Grundnorm selbst keine überpositive Existenz haben darf, daß sie auch unter der geschichtlichen und positiven Bestimmtheit stehen muß. Das Wesen der Grundnorm im Sinne der wissenschaftlichen Voraussetzung der positivrechtlichen Erkenntnis — ich betone noch einmal, daß es sich hier nur um diesen einen Begriff der Grundnorm handelt, während die als Geltungsgrund des positiven Rechtes verstandene Grundnorm in einen ganz anderen Problemkreis gehört — muß also in der Sphäre der Rechtspositivität selbst aufgeklärt werden.

III. Seinsart des Staates

Die durch die Grundnorm bestimmte und als einheitliches System begründete positive Rechtsordnung ist nach Kelsen der „Staat“. Demnach ist der Staat nichts anderes als die Staatsrechtsordnung, die Staatslehre deckt sich in ihrem ganzen Umfang mit der Staatsrechtslehre. Als einheitliche Rechtsordnung hat der Staat alle Eigenschaften, die diese zeigt. Der Staat ist einerseits ein ideales Geistesgebilde, welches zur Sphäre der „ideellen Existenz“ gehört. Es ist deshalb grundfalsch, die Daseinssphäre des Staates in der naturhaften, seelisch-körperlichen Realität zu suchen, den Staat als ein „Stück der Natur“ zu betrachten.

Andererseits aber existiert der Staat in der idealen Geistessphäre doch als ein wirklich seiendes Gebilde. Er bildet einen idealen und zugleich wirklichen Gegenstand der Erkenntnis und als solcher steht er in einem klaren Gegensatz zu dem wirklichkeitsfreien, bloßen „Sinn“ — zu der gedanklich konstruierten „Utopie“. Es gehört mit zum Hauptverdienst Kelsens, klargestellt zu haben, daß der Staat dem Wesen nach ein ideales Geistesgebilde ist und daß er trotz seiner Idealität, ja, gerade in seiner Idealität eine eigenartige Wirklichkeit hat, — daß der Staat nur als wirklich seiendes, ideales Geistesgebilde einen einheitlichen, in sich identischen und selbständigen Gegenstand der theoretischen Wissenschaft bilden kann. Wenn man trotzdem gegen die Staatsauffassung Kelsens immer einwenden will, sie sei die Vernichtung der Wirklichkeit des Staates, sie führe die Staatslehre durch Vernichtung der Wirklichkeit ihres Gegenstandes zu einer entsetzlichen Krise, so kann es kaum Verkehrteres geben als einen solchen Einwand.

Allein das Problem liegt offenbar darin, daß Kelsen dieses ideale Geistesgebilde, den Staat, mit der Rechtsordnung identifiziert hat, grundsätzlich deshalb, weil er kein Naturgegenstand ist, weil er dem Wesen nach zur Welt des Geistes gehört. Dieser Identifizierung des Staates mit der Rechtsordnung liegt bekanntlich der neukantische Dualismus zugrunde, nach welchem der ganze Erkenntnisbereich überhaupt sich in zwei Welten teilt, in die des Seins und in die des Sollens. Genauer gesprochen gewinnt Kelsen, wie er sagt, den entscheidenden erkenntnistheoretischen Gesichtspunkt, von dem aus allein die Begriffe Staat und Recht zur Identität geführt werden sollen, durch den Grundgedanken der „Marburger Schule“, insbesondere durch Cohens „Ethik des reinen Willens“¹⁾. Wie für Cohen bedeutet das Sein auch für Kelsen eigentlich und in erster Linie das Natursein, dessen Grundprinzip die Kausalität ist. Dieses Natursein ist dem Sollen in größter Schärfe entgegengestellt. Demzufolge wird der Unterschied zwischen Sein und Sollen von beiden Gelehrten vornehmlich als ein solcher zwischen Natur und Geist aufgefaßt. Wenn das Sein eigentlich Natursein bedeutet und wenn es als Natursein zum Sollen in schroffem Gegensatz steht, dann muß freilich alles, was nicht Natursein ist, was etwas Geistiges ist, eben als das Sollen verstanden werden. Das Sollen ist demnach das Grundprinzip der Welt des Geistes; der Geist ist wesentlich normatives Sollen.

Indem Kelsen mit Cohen diese prinzipielle Gleichsetzung des Geistes mit dem normativen Sollen als unbezweifelbar voraussetzt, gelangt er nunmehr, den Weg der Kritik einschlagend, zu der Begründung seiner Theorie der Identität von Staat und Recht. Mit vollendeter Folgerichtigkeit zeigt Kelsen in seinem genialen Werk „Der soziologische und der juristische Staatsbegriff“ die prinzipielle Unhaltbarkeit der traditionellen, in ihrer Grundlage naturwissenschaftlich eingestellten „soziologischen“ Staatsauffassungen, nach welchen der

¹⁾ Kelsen: Hauptprobleme, Vorrede, S. XVII.

Staat in einer dem Naturding mehr oder weniger analogen Weise die Bestimmung seines Daseins zeigen soll. Durch scharfe immanente Kritik gegen eine solche naturwissenschaftliche Staatsauffassung kommt Kelsen zur entscheidenden Feststellung, daß der Staat keine der Natur analoge Gegenständlichkeit sein kann und daß er nur als ein ideales Geistesgebilde in der theoretischen Wissenschaft behandelt werden darf. Das Ergebnis dieser vorzüglich durchgeführten kritischen Folgerung bringt Kelsen nun in Verbindung mit der oben analysierten Voraussetzung, die die Welt des Geistes ohne weiteres mit der des normativen Sollens identifiziert. Daraus ergibt sich mit einem Schlage folgendes: Da der Staat allein als ein geistiges Gebilde aufgefaßt werden soll und da das Geistige nichts anderes sein kann als das normative Sollen, muß der Staat auch nur als ein Normensystem, und zwar als System der Rechtsordnung begriffen werden. Aus seiner grundlegenden Erkenntnis heraus, daß die Existenzsphäre des Staates nicht die kausal-bestimmte Welt des Naturseins, sondern dem Wesen nach die der normativen Geltung ist, daß also die spezifische Einheit, die man mit dem Begriff des Staates bezeichnen will, nicht in der Naturwirklichkeit, sondern in der Wirklichkeit der Normen oder des Wertes liegt, gewinnt Kelsen seine berühmte Behauptung von der Identität des Staates mit der positiven Rechtsordnung¹⁾. Kelsens ganze Argumentation ist in dieser Weise durchdrungen von dem klaren Bewußtsein, „daß der Gegensatz von Natur und Geist — zumindest im Bereich von Staat und Recht — der Gegensatz zwischen Sein und Sollen ist“²⁾.

Man muß aber hier genau zusehen, ob dieses „klare Bewußtsein“, daß der Geist prinzipiell das normative Sollen bedeutet, als das einzig mögliche Verstehen der Seinsstruktur des geistigen Gegenstandes gelten kann. Man darf jedenfalls sagen, daß der Begriff des Geistes von Kelsen im allgemeinen zu eng gefaßt wird. Denn von dem gegenwärtigen Zustand der geisteswissenschaftlichen Denkrichtung aus betrachtet, sieht man doch, daß die Welt des Geistes nicht in ihrem ganzen Umfang mit der des Sollens identifiziert werden darf, ja, daß der geistige Gegenstand sich keineswegs allererst in der Seinsart des normativen Sollens zeigt. Verschiedene Gegenständlichkeiten, die wir in unserem geistigen Leben gebrauchen oder schaffen, wie Werkzeuge oder Kunstwerke, treten uns in ihrem eigentlichen Dasein als etwas Geistiges entgegen. Freilich kann man eine solche geistige Gegenständlichkeit auch als etwas Naturhaftes betrachten; ihr wesentlich geistiger Charakter geht aber gänzlich verloren, wenn man sie als ein Stück der Natur auffassen will. In seiner wesentlichen Bestimmung bildet also ein Werkzeug oder ein Kunstwerk einen geistigen Gegenstand, obgleich man ihn kaum als ein „normatives“ Sollen bezeichnen wird. Allerdings muß man anerkennen, daß ein solcher geistiger Gegenstand im „praktischen“ Zusammenhang

¹⁾ Kelsen: Staatsbegriff, S. 75 ff.; Staatslehre, S. 15 ff.; Hauptprobleme, Vorrede, S. XVI ff.; Integration, S. 6 f., S. 11 ff. usw.

²⁾ Kelsen: Integration, S. 15.

einen „Wert“ hat, und aus diesem Grunde würde man vielleicht behaupten, „Wert“ sei schon ein „normativer“ Begriff. Allein eine genauere Erörterung deckt wohl die Unhaltbarkeit dieser Gleichsetzung von Wert und Norm auf. Denn der Wert schlechthin formuliert sich noch nicht in der Form des normativen Sollens. Erst wenn man einen wertvollen Gegenstand, etwa ein Werkzeug, in einen vorbestimmten Soll-Zusammenhang der praktischen Einstellung einordnet, konstituiert er sich als Bestandteil des normativen Gesetzes, wie z. B.: man soll ein brauchbares Werkzeug nicht zwecklos zerstören, oder: man soll es vorschriftsmäßig behandeln und gebrauchen. Normatives Sollen ist also eine bestimmte Form der praktischen Einstellung, in welche ein wertvoller Gegenstand sich als einzelnes Glied einordnet, während dieser in sich selbst keine Norm, kein normatives Sollen bildet. Der geistige Gegenstand, der den Wert „trägt“, ist demnach nicht das Sollen selbst, sondern das, was erst bei einem bestimmten praktischen Verhalten materiell die Voraussetzung für die Formulierung der Soll-Norm schafft. Jedenfalls ist es möglich und notwendig, einen geistigen Gegenstand nicht als einen normativen, sondern außerhalb der Sphäre des normativen Soll-Zusammenhanges zu betrachten und zu erörtern. Das, was nicht Natursein bildet, also etwas Geistiges ist, braucht deshalb nicht immer der Sphäre des normativen Sollens anzugehören; primär zeigt es sich vielmehr nicht in der Form des Sollens.

Wenn also die Grundvoraussetzung, aus welcher Kelsen die Identität des Staates mit der Rechtsordnung folgert, keineswegs die einzig mögliche ist, dann liegt der Weg vor uns offen, die Seinsart des Staates, wenn auch immer als ein ideales Geistesgebilde, doch nicht als ein Normensystem zu erörtern. Hier taucht der traditionelle Gedanke wieder auf, daß der Staat ein sozialer Verband ist, daß er eine zwischenmenschlich gebildete soziale Ganzheit ist. Dies freilich in einer vollkommen anderen Gestalt als früher und von einem von Grund aus neu geschaffenen Gesichtspunkt. Die traditionelle realistische Auffassung des Staates ist deshalb verfehlt, weil sie nicht imstande ist, seine überindividuelle, durch die ständige Veränderung der Teilelemente hindurch in sich selbst identisch bleibende Existenz zu erklären. Diese Schwierigkeit ist bei uns vollständig beseitigt, weil der Staat für uns von Anfang an ein ideales Geistesgebilde ist und weil ein Geistesgebilde in seinem Wesen die eigenständige Bestimmung hat, in sich selbst identisch zu bleiben, wenn auch die verschiedenen „ontischen“ Eigenschaften sich ständig verändern. Ein Werkzeug ist dasselbe, auch wenn es in unserem Gebrauch teilweise zugrunde geht und durch neue Materie ergänzt wird. Ein Musikstück bildet immer dasselbe Kunstgebilde, obwohl man verschiedene Aufführungen davon hört; ein Gemälde bleibt ein in sich identisches Werk, obschon es mannigfaltige Kopien davon gibt.

Nun, der Staat als ein solches ideales Geistesgebilde darf nicht in seiner leeren Idealität, sondern muß in seinem geschichtlichen Wirklich-sein betrachtet werden. Der Staat als Gegenstand der theo-

retischen Geisteswissenschaft soll als ein ideales und zugleich wirklich seiendes Geistesgebilde erörtert werden. Hier stößt man also wieder auf dasselbe Kernproblem, welches sich bei Betrachtung der Seinsart der positiven Rechtsordnung als das der Wirklichkeit des idealen Rechtssystems ergibt. Wie kann der Staat, welcher an sich ein ideales Geistesgebilde ist, zugleich und trotz seiner Idealität einen wirklich seienden Gegenstand der Erkenntnis bilden? Diesem Problem auf den Grund zu kommen, es genau aufzuklären und dann die konkrete Seinsart des Staates als eines sozialen Verbandes in seinem klaren Unterschiedensein von dem Recht zu untersuchen, bildet also die zweite der grundlegenden künftigen Aufgaben der Reinen Rechtslehre¹⁾.

Diese Notwendigkeit, den Staat als einen sozialen Verband in begrifflicher Getrenntheit vom Recht zu betrachten, bedeutet aber keineswegs, daß er ohne Zusammenhang mit dem Recht erforscht werden darf. In engster Verbundenheit mit diesem muß der Staat immer in der synthetischen Erforschung der sozialen Welt behandelt werden. Der Zusammenhang dieser beiden geistigen Gegenstände ist so eng und so unmittelbar, daß der eine immer nur mit dem anderen begriffen werden kann. Die traditionelle Problemstellung, ob der Begriff des Staates notwendig den des Rechtes voraussetzt oder ob jener dessen logische Voraussetzung bildet, ist von vornherein als unlösbar gekennzeichnet. Denn die beiden Begriffe stehen in dem notwendigen „Strukturzusammenhang“, welcher erst durch Dilthey als die innere Seinsweise der komplizierten, zusammengesetzten geistigen Gebilde klargestellt wurde und in welchem jedes einzelne Gebilde auch in dem logischen Sinne weder vor noch nach dem anderen, sondern mit diesem zusammen existiert²⁾. Durch genaue Einsichtnahme in den eigentlichen Strukturzusammenhang zwischen Staat und Recht muß gezeigt werden, daß das Problem des Prius des Staates oder des Rechtes nur ein Scheinproblem ist. Der Staat als ein eigenartiges Geistesgebilde muß in diesem Strukturzusammenhang mit dem Recht erforscht werden, wobei freilich das Problem, wie ein nicht-normatives Gebilde, der Staat, mit einem normativen Gegenstand, dem Recht, in einem so engen Zusammenhang stehen kann, wieder eine Grundfrage bildet und durch sorgfältigste Untersuchung aufgeklärt werden muß.

Dieser Versuch, den Staat als einen sozialen Verband und das Recht als ein Normensystem in einem Strukturzusammenhang zu erforschen, scheint die Gefahr einer Zurückführung zu der von Kelsen so oft und so entschieden kritisierten „Zweiseitentheorie“ in sich zu bergen. Und doch muß man unsere beiden im Strukturzusammenhang

¹⁾ Die genaue Darlegung meines Gedankens in bezug auf dieses Problem möchte ich meinem oben genannten, in nächster Zukunft erscheinenden Werk vorbehalten.

²⁾ Dilthey: Ideen über eine beschreibende und zergliedernde Psychologie, Gesammelte Schriften, Bd. V; Der Aufbau der geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften, Gesammelte Schriften, Bd. VII, 1927.

verbundenen Gegenstände, den Staat und das Recht, auch in gewissem Sinne als „zwei Seiten“ ein und derselben Ganzheit, ein und desselben geistigen Gegenstandes einer höheren Ordnung betrachten, da die Gegenstände, die miteinander in einem Strukturzusammenhang stehen, gleichzeitig „eine“ geistige Ganzheit zu bilden haben. Allein, unsere Auffassung vom Verhältnisse zwischen Staat und Recht ist dem Wesen nach etwas vollkommen anderes als die sogenannte Zweiseitentheorie, gegen welche die methodische Kritik Kelsens gerichtet ist. Diese besteht in der erkenntnistheoretisch ganz naiven Behauptung, „der zufolge der Staat eine naturhafte, in der kausalbestimmten Welt des Seins existente soziale Realität, andererseits aber ein Rechtswesen, eine juristische Person, somit Gegenstand zweier methodologisch völlig disparater Betrachtungsweisen einer kausalwissenschaftlichen Soziallehre und einer normativen Rechtslehre, sei¹⁾.“ Dies kritisiert Kelsen sehr treffend durch den Grundsatz, „daß ein und derselbe Erkenntnisgegenstand nicht durch zwei voraussetzungsgemäß völlig auseinanderfallende Erkenntnisrichtungen, wie es die kausale Seins- und die normative Soll-Betrachtung sind, bestimmt werden kann²⁾.“ In strengem Gegensatz zu dieser Zweiseitentheorie, die den Staat in die Sphäre der bloßen Natur hinabdrängen will, wollen wir die Daseinssphäre des Staates als eines sozialen Verbandes in der idealen und zugleich wirklich seienden Welt des Geistes erkennen und ihn im engsten Zusammenhang mit der positiven Rechtsordnung erforschen. Beide Gegenstände gehören als ideale, und zwar wirkliche Geistesgebilde zu einer Gegenstandssphäre und bilden deshalb zusammen Gegenstände einer auf derselben methodischen Grundlage aufgebauten Wissenschaftsgruppe, der geisteswissenschaftlichen Sozialwissenschaft.

IV. Reine Rechtslehre und Rechtstatsachenwissenschaft

Aus der engen Beschränkung des Kelsenschen Geistesbegriffes ergibt sich weiter die Notwendigkeit, jegliche Erforschung der „Tatsachen“ des Rechtes aus dem Gebiet der geisteswissenschaftlichen Rechtswissenschaft ein für allemal auszuschließen. Das Recht, welches eigentlich der Sphäre der idealen Sinngebilde zugehört, kann als eine Tatsache betrachtet werden, soweit die im praktischen Leben tatsächlich handelnden Menschen ein gewisses Vorstellen oder Wollen des Rechtes haben und demzufolge ihre faktischen Handlungen durch diesen „subjektiv gemeinten“ Sinn des Rechtes bestimmt und orientiert sind. Diese faktischen Handlungen kann man nun als „Verwirklichung“ des Rechtes in der Tatsachensphäre ansehen und als Gegenstand der Tatsachenwissenschaft des Rechtes oder der sogenannten „Rechtssoziologie“ erforschen.

Nach Kelsen aber kann eine solche Verwirklichung des Rechtes nicht mehr etwas Geistiges bedeuten, weil sie nicht mehr normatives

¹⁾ Kelsen: Hauptprobleme, Vorrede, S. XIX.

²⁾ a. a. O., S. XX.

Sollen selbst ist und infolgedessen in der kausalen Gesetzlichkeit bestimmt sein muß. Die Vorstellung oder Wollung des Rechtes, d. h. sein „psychisches“ Erlebnis überhaupt, bestimmt als „Ursache“ normgemäße Handlungen des Menschen als „Wirkung“. Diese Ursache-Wirkung-Beziehung kann nur als Gegenstand der Naturwissenschaft behandelt werden, nicht aber als ein solcher der Geisteswissenschaft. Kelsen sagt: „Auf dieses psychische Erleben, insbesondere auf das ‚Wollen‘ der Norm bezieht sich die Vorstellung der Verwirklichung, Realisierung, zumal auf die Überführung aus der bloßen Innerlichkeit des Wollens in die Äußerlichkeit des Handelns, des moral- oder rechtmäßigen Handelns. ‚Verwirklicht‘ wird das Wollen der Norm im normgemäßen Handeln, weil eben dieses Wollen das Motiv, die Ursache für die Handlung als die Wirkung ist. Diese Beziehung verläuft somit völlig in der Sphäre des Naturseins¹⁾.“ Diese Verwirklichung des Rechtes in der sozialen Faktizität nennt man auch das „Rechtsleben“. Wenn jene also nicht der Sphäre des Geistes zugehören soll, dann kann das Rechtsleben auch nicht als ein Teil der geistigen Welt betrachtet werden. Kelsen sagt daher: „Das ‚Leben‘ — so sollte man meinen — ist ein seelisch-körperliches Geschehen, in Zeit und Raum verlaufend, seine Erkenntnis Aufgabe von Naturwissenschaften wie Psychologie und Biologie; und wenn Geist etwas anderes als Natur, dann kann wohl Geisteswissenschaft dieses ‚Leben‘ nicht erfassen²⁾.“ Die faktische Verwirklichung des Rechtes, das Rechtsleben selbst, kann demnach nicht den Gegenstand der geisteswissenschaftlichen Rechtswissenschaft bilden; die sogenannte „Rechtssoziologie“ als Rechtstatsachenwissenschaft ist nach Kelsen keine Geisteswissenschaft.

In diesem Zusammenhang muß man sich noch einmal vergegenwärtigen, daß die hier in Betracht gezogene „Verwirklichung“ des Rechtes nie und nimmer mit der früher behandelten „Wirklichkeit“ des positiven Rechtes verwechselt werden darf. Die Wirklichkeit des positiven Rechtes bedeutet, wie wir schon im II. Abschnitt dieses Aufsatzes erörtert haben, das „Wirklich-sein“ einer bestimmten Rechtsordnung, die eigentlich vollkommen der Sphäre der Idealität angehört, die aber trotzdem zugleich in einer geschichtlichen Bestimmtheit wirklich und wahrhaft da ist. In diesem Fall handelt es sich ausschließlich um die eigentliche Seinsart des idealen Gegenstandes selbst. Im Gegensatz dazu verläßt das Recht in seiner Verwirklichung seine eigentliche ideale Daseinssphäre und steigt in die der Faktizität oder Tatsächlichkeit hinab, wo es freilich nicht mehr in seiner ursprünglichen Seinsart als ideales Gebilde bleiben kann. Ein an dem subjektiven Sinn des Rechtes orientiertes Handeln des Menschen behält, weil es durch einen juristischen Sinn bestimmt ist, doch ein gewisses rechtliches Merkmal; es ist aber an sich keine Soll-Norm mehr. Das Recht verwirklicht sich in dem faktischen Handeln des im sozialen Leben

¹⁾ Kelsen: Staatsbegriff, S. 80.

²⁾ Kelsen: Integration, S. 23.

tätigen Menschen, indem es seine eigene Seinsart des normativen Sollens verliert, während das Recht in seiner Wirklichkeit oder Positivität immer und wesentlich Normensystem bleibt. Wenn also Kelsen einerseits die „Wirklichkeit“ einer positiven Rechtsordnung als die eines idealen Normensystems feststellt, andererseits aber den wesentlichen Unterschied zwischen der eben festgestellten „Wirklichkeit“ des positiven Rechtes und der „Verwirklichung“ des Rechtes in dem sozialen Handeln prinzipiell klarlegt, so liegt der Grund dieser Erklärung gerade in der „Sache“ selbst.

Das, was allein in der ganzen Folgerung Kelsens problematisch bleibt, kommt in der Frage zum Ausdruck, ob die Verwirklichung, die Tatsache des Rechtes, schlechthin als Natur, als Gegenstand der Naturwissenschaft, behandelt werden muß oder ob sie nicht vielmehr als etwas Geistiges aufgefaßt werden darf. In der wiederholt angeführten Behauptung Kelsens, nach welcher das Tatsächliche nicht zur Sphäre des Geistes gehört, spielt sein Grundgedanke, daß der Geist sich immer als normatives Sollen zeigen muß, daß alles Nichtnormative sogleich als ein Stück der Natur betrachtet werden soll, wieder die entscheidende Rolle. Aus dem unleugbaren Sachverhalt heraus, daß die durch den rechtlichen Sinn deutbare und verstehbare Faktizität des sozialen Lebens nicht mehr juristische Soll-Norm selbst ist, will Kelsen mit einem Schlage seinen Schluß ziehen: Das in dem faktischen Handeln verwirklichte Rechtsleben ist ein Stück der Natur; es ist die Aufgabe der Naturwissenschaft, dieses soziale Leben in der kausalen Aufeinanderfolge von Ursache und Wirkung zu erforschen und zu erklären.

Dagegen haben wir oben schon angedeutet, daß alles, was nicht normatives Sollen ist, noch nicht ohne weiteres als Natur betrachtet werden kann. Man darf nicht das soziale Leben als ein Stück der Natur behandeln, lediglich aus dem Grunde, weil es keine Norm, kein Normenkomplex ist. Vielmehr gehört das Leben des Menschen und alles Menschliche eigentlich schon zur Sphäre des Geistes. Zweifellos kann Menschliches, ebensogut wie ein Werkzeug oder Kunstwerk, von einem naturwissenschaftlichen Standpunkt aus behandelt und als Gegenstand der Naturwissenschaft betrachtet werden. Naturwissenschaftliche Physiologie, Psychologie, Anthropologie oder naturwissenschaftlich eingestellte Soziologie sind also zweifellos möglich. Ebenso zweifellos ist es aber, daß das Wesentliche des menschlichen Daseins von einer solchen naturwissenschaftlichen Betrachtungsweise gänzlich vernachlässigt wird, anders ausgedrückt, daß das, was den Gegenstand der Naturwissenschaft des Menschlichen bildet, bloß das Natürliche im Menschen ist und keineswegs das Geistige in ihm. Der gegenwärtige Fortschritt der Geisteswissenschaft liegt gerade darin, die Notwendigkeit richtig verstanden zu haben, das Leben des Menschen nicht als ein Stück der Natur, sondern eben prinzipiell als das Menschliche, als geistiges Leben zu erforschen. Obgleich in ihrer Genesis die Psychologie ihre Hauptaufgabe in der naturwissenschaftlichen Erklärung psychischer Erscheinungen gefunden hat, ist es von vornherein ihre wesentliche Be-

stimmung, deutende und beschreibende Geisteswissenschaft der inneren Erlebnisse des Menschen zu sein, wie dies von Dilthey klar gezeigt worden ist¹⁾. Obwohl die Gesellschaftslehre ihrem bisherigen Entwicklungsgang nach immer dazu geneigt war, es bisweilen heute noch ist, die sozialen Erscheinungen in ihrer der Natur analogen Phase zu betrachten, bleibt doch die wesensmäßige Forderung dieser Wissenschaft, von Anfang an als verstehende Geisteswissenschaft des menschlichen Zusammenlebens begründet zu werden, unberührt bestehen — eine methodische Klarstellung, die wir allererst Max Weber verdanken²⁾. Daß der Gegenstand dieser Wissenschaften in der Tatsache des inneren oder äußeren menschlichen Lebens gefunden werden soll, hindert uns gar nicht daran, sie als Geisteswissenschaften aufzubauen. Psychologie und Soziologie können ihrer Aufgabe erst dadurch voll gerecht werden, daß sie die geisteswissenschaftliche Methode zur Grundlage nehmen.

Wenn dem so ist, ergibt sich klar, daß die Wissenschaft, welche die faktische Verwirklichung des Rechtes zum Gegenstand hat, ihrem Wesen nach nicht als eine Art Naturwissenschaft, sondern von Anfang an als Geisteswissenschaft entstehen muß. Kelsens Auffassung, derzufolge die Erforschung des tatsächlichen Rechtslebens von dem Gebiet der reinen Geisteswissenschaft ausgeschlossen sein soll, ist nur insoweit annehmbar, als es sich um die „naturwissenschaftliche“ Erforschung desselben handelt, während die Rechtstatsachenwissenschaft streng genommen ihren Gegenstand allein durch die geisteswissenschaftliche Methode ergründen kann. Freilich gibt es zwischen der Rechtstatsachenwissenschaft oder „Rechtssoziologie“, welche die Faktizität des sozialen Lebens untersuchen will, und der Reinen Rechtslehre, deren Gegenstand allein das Recht als ideales und zugleich wirklich seiendes Gebilde ist, einen großen Unterschied. Wie die faktische „Verwirklichung“ des Rechtes von der „Wirklichkeit“ des idealen Rechtssystems streng unterschieden werden soll, so soll auch die Wissenschaft, die in jener ihren Gegenstand findet, von der Wissenschaft, die diese ausschließlich untersuchen will, klar und bestimmt abgesondert werden. Es ist deshalb ohne weiteres einzusehen, daß die Reine Rechtslehre sich niemals in die Rechtstatsachenwissenschaft auflösen darf. Wenn aber die Faktizität des sozialen Lebens, in der das Recht sich verwirklicht, auch als eine Seinsart des geistigen Gegenstandes betrachtet werden muß, wenn demzufolge die Rechtstatsachenwissenschaft wesentlich als eine deutende und verstehende Geisteswissenschaft dieser faktischen Seinsart des Rechtes entstehen soll, so wird die Reine Rechtslehre den Rechtsgrund der Rechtstatsachenwissenschaft prinzipiell anerkennen und in gemeinsamer Arbeit mit dieser die Welt des Rechtes in wesentlich reicheren und erweitertem Umfang aufklären

¹⁾ Dilthey: Ideen, Gesammelte Schriften, Bd. V.

²⁾ Weber: Wirtschaft und Gesellschaft, 1. Aufl., 1922; Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 1922.

müssen. Die Tatsache, daß seit einiger Zeit in dem engeren Kreis der „Wiener Schule“ eine Neigung zur „soziologischen“ Erforschung des Rechtes immer stärker bemerkbar geworden ist, zeigt am klarsten die Notwendigkeit, die Rechtstatsachenwissenschaft als Geisteswissenschaft neben der Reinen Rechtslehre anzuerkennen und aufzubauen. Diese Tendenz ist deshalb von großer Wichtigkeit, weil die bedingenden Umstände, in welchen das ideale Rechtsgebilde sich zugleich als ein wirklich seiender Gegenstand gibt, erst — wie wir schon oben angedeutet haben — in der faktischen Verwirklichung des Rechtes gesucht werden sollen, weil das Problem der Wirklichkeit des positiven Rechtes demzufolge allein in engem Zusammenhang mit dem Ergebnis der geisteswissenschaftlichen Rechtstatsachenwissenschaft vollständig aufgeklärt werden kann. Der Aufbau der Rechtstatsachenwissenschaft als geisteswissenschaftliche Erforschung der Faktizität des Rechtes muß also nicht nur mittelbar, sondern auch unmittelbar eine der wichtigsten künftigen Aufgaben der Reinen Rechtslehre bilden.

V. Doppelstruktur des Rechtes

Das rein ideale, wirklich seiende Recht, welches den Gegenstand der Reinen Rechtslehre bildet, zeigt sich in der Form des „Rechtssatzes“. Schon das erste rechtstheoretische Hauptwerk Kelsens — die „Hauptprobleme“ — entwickelt sich aus der Rechtssatzlehre. Denn die spezifische Gesetzmäßigkeit des Rechtes als die des Sollens findet nach Kelsen ihren Ausdruck in dem Rechtssatz, in strengem Gegensatz zu der Naturgesetzlichkeit, die sich als eine solche des Seins notwendig in der Form des Kausalgesetzes formuliert. Von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet, erscheint das Recht der Rechtswissenschaft als ein System von Rechtssätzen, welches gerade deshalb das Kernproblem der Reinen Rechtslehre bildet¹⁾.

Der Rechtssatz ist ein Urteil des Sollens, und zwar stellt er sich als „hypothetisches Urteil“ dar. In ihm wird ein Tatbestand als „Bedingung“ mit einem anderen als „Rechtsfolge“ im Soll-Zusammenhang verknüpft, während im Naturgesetz ein Sachverhalt als „Ursache“ mit einem anderen als „Wirkung“ im Kausalzusammenhang verbunden ist²⁾. Hier muß man also zwei grundverschiedene Satzformen streng unterscheiden: 1. Wenn a, so soll b, 2. wenn a, so ist b. Der erste Satz ist die Grundform des Rechtsgesetzes, der zweite die des Naturgesetzes. Dieser Unterschied besagt: Die Rechtsbedingung ist nicht die „Ursache“ der Rechtsfolge, die Rechtsfolge nicht die „Wirkung“ der Rechtsbedingung; auf den Tatbestand als die Rechtsbedingung ist die Rechtsfolge nur von Rechts wegen, nicht von Natur wegen, nur rechtsnotwendig, nicht naturnotwendig gesetzt. „Wer stiehlt, wird vom Standpunkt der Naturgesetzlichkeit nicht notwendig, vom Standpunkt dieser auf die Realität des tatsächlichen Geschehens gerichteten Betrachtung

¹⁾ Kelsen: Hauptprobleme, Vorrede, S. VI.

²⁾ a. a. O., S. VI f.

vielleicht gar nicht — er soll nur gestraft werden, d. h. mit dem Diebstahlstatbestand ist nur rechtsnotwendig die Strafe verbunden¹⁾.“ Dies bedeutet aber nicht etwa, daß die Soll-Verbindung der Tatbestände im Rechtsgesetz nicht notwendig sei; sie ist als Soll-Verbindung ebenso notwendig wie die kausale Verbindung von Ursache und Wirkung, aber in einer vollkommen anderen Weise. „Verknüpft das Naturgesetz Ursache und Wirkung mit der Notwendigkeit eines keine Ausnahme duldenden Müssens, setzt das Rechtsgesetz die Synthese des bedingenden und des bedingten Tatbestandes mit der nicht geringeren Strenge des Sollens²⁾.“ Diese in den Rechtssätzen ausgedrückten notwendigen Soll-Zusammenhänge in ihrer synthetischen Einheit zu erforschen, bildet also die bisherige Hauptaufgabe der Reinen Rechtslehre.

Eine weitere Analyse der Struktur des normativen Soll-Zusammenhanges zeigt, daß der Rechtssatz notwendig eine eigentümliche Doppelkonstitution aufweist. Wenn ein konkreter Rechtssatz feststellt, daß mit dem Diebstahlstatbestand rechtsnotwendig der Zwangsakt der Strafe verbunden werden soll, setzt dieser Satz schon stillschweigend eine primäre Norm voraus, welche ihrerseits bestimmt, daß man nicht stehlen soll. Diese primäre Norm ist zweifellos auch eine reine Norm; sie schreibt vor, daß ein am sozialen Leben teilnehmender Mensch sich so und so verhalten soll, ohne dabei zu fragen, ob er sich tatsächlich so verhält oder verhalten wird. Trotzdem unterscheidet sie sich von dem eigentlichen Rechtssatz dadurch, daß sie einfach und unmittelbar, ja manchmal auch unbedingt ein bestimmtes Verhalten den einzelnen Menschen vorschreibt, während der Rechtssatz immer und ausnahmslos zwei Tatbestände in einem eindeutigen Zusammenhang von Bedingung und Rechtsfolge — in einer hypothetischen Form — verknüpft. Der Rechtssatz in dem eigentlichen Sinne formuliert sich also unter der notwendigen Bedingung, daß eine gewisse primäre Norm ihm vorangeht und daß sie in einer gewissen Weise befolgt oder verletzt wird. Felix Kaufmann stellt diese Doppelkonstitution des Rechtssatzes sehr klar fest, wobei er allerdings die logische Formulierung desselben nur in dem Fall schildert, wo die primäre Norm nicht befolgt, d. h. verletzt wird. Er sagt: „Jeder Rechtssatz konstituiert sich als Doppelnorm in der Weise, daß das Soll-Subjekt der primären Norm ‚Zielpunkt‘ des in der sekundären Norm gebotenen Verhaltens wird. Der ‚reine einfache‘ Rechtssatz lautet: Ein Subjekt A soll ein Verhalten V 1 an den Tag legen, tut er dies nicht, so soll ihm gegenüber ein Verhalten V 2 platzgreifen³⁾.“ Diese Aufklärung des Rechtssatzes von Kaufmann als „Doppelnorm“ ist immer festzuhalten, wenn man auch für die Beschränkung der Formulierung des Rechtssatzes auf den Fall der „Verletzung“ der primären Norm keinen hinreichenden Grund finden kann. Denn ein Rechtssatz kann auch derart formuliert werden,

¹⁾ Kelsen: Staatslehre, S. 48.

²⁾ Kelsen: Hauptprobleme, Vorrede, S. VI.

³⁾ Kaufmann: Logik und Rechtswissenschaft, 1922, S. 91.

daß die Befolgung der primären Norm gerade die Bedingung der Konstitution der zweiten Norm bildet, wie z. B. ein Rechtssatz, welcher bestimmt, einem Rechtssubjekt soll Sicherheit des Lebens, des Eigentums und der Freiheit gewährleistet werden, wenn es immer vorschriftsmäßig handelt und sich vorschriftsmäßig verhält.

Auch wenn bei Kelsen von der Konstitution des Rechtssatzes die Rede ist, so ist es doch unverkennbar, daß er prinzipiell den Fall vor Augen hat, in welchem die vorausgesetzte primäre Norm verletzt ist. In diesem typischen Fall ist der bedingte Tatbestand des Rechtssatzes, welcher mit dem bedingenden rechtslogisch verknüpft wird, der „Zwangsakt“, d. h. Strafe oder Exekution¹⁾. Der Fall, wo die Verletzung der primären Norm die Konstitution der zweiten, den Zwang als Rechtsfolge mit sich führenden Norm bedingt, ist so sehr in den Zentralpunkt der rechtstheoretischen Untersuchung Kelsens gestellt, daß das Recht für ihn immer „eine souveräne Zwangsordnung menschlichen Verhaltens“ bedeutet²⁾. Nur unter dieser begrifflichen Beschränkung kann man annehmen, daß der Rechtssatz das der primären Norm widrige Verhalten als bedingenden Tatbestand mit einem gewissen Zwangsakt als Rechtsfolge im Soll-Zusammenhang verknüpft.

Hier fragt es sich nun, ob das Recht immer nur als Inbegriff der Rechtssätze, denen der Zwangsakt als unentbehrlicher Bestandteil innewohnt, begriffen werden soll, ob die „reine“ Rechtswissenschaft allein als Wissenschaft der Rechtssätze und ihrer systematischen Einheit aufgebaut werden soll. Denn man könnte, ohne gegen den gewöhnlichen Sprachgebrauch zu verstoßen, die primäre Norm, deren Verletzung erst die Entstehung des eigentlichen Rechtssatzes als Zwangsnorm bedingt, in ihrer Isoliertheit von diesem als „Recht“ oder „Rechtsnorm“ bezeichnen. In diesem Zusammenhang nennt Kelsen die die Konstitution des eigentlichen Rechtssatzes bedingende Norm, die wir „primäre“ Norm genannt haben, gerade umgekehrt „sekundäre Norm“. Für ihn gilt der Rechtssatz, in dem der Zwangsakt als Rechtsfolge notwendig enthalten ist, als primäre und eigentliche Rechtsnorm, während die diese Zwangsnorm bedingende Norm nur sekundäre, relativ selbständige Rechtsnorm ist, weil sie erst der spezifischen letzten Folge des Zwangsaktes wegen Rechtsnorm sein kann. Nehmen wir z. B. zwei in notwendigem Zusammenhang verbundene Soll-Sätze: „Wenn jemand einen Vertrag schließt, so soll er sich vertragsgemäß verhalten (1); wenn er sich aber nicht vertragsgemäß verhält, soll gegen ihn — auf Antrag des Vertragspartners — Exekution geführt werden (2)“. In diesem Beispiel bedeutet für Kelsen diese zweite Norm, die die Exekution in sich schließt, die primäre, selbständige Rechtsnorm, während die erstere bloß die sekundäre Rechtsnorm darstellt³⁾. Diese umgekehrte Bezeichnung ist nun insoweit berechtigt,

¹⁾ Kelsen: Staatslehre, S. 48.

²⁾ Kelsen: Der Staat als Übermensch, S. 3.

³⁾ Kelsen: Staatslehre, S. 51.

als das Schwergewicht der rechtstheoretischen Betrachtung Kelsens immer in dem den Zwangsakt als notwendige Rechtsfolge mit sich bringenden eigentlichen Rechtssatz liegt. Demgegenüber könnte man aber doch von einem allgemeineren Gesichtspunkt aus das Wichtigkeitsverhältnis umkehren und gerade die erste Norm die Rechtsnorm nennen, da sie mit dem sozialen Dasein in viel engerem Zusammenhang steht als der Rechtssatz. In dem alltäglichen sozialen Leben verhält man sich schon dadurch rechtmäßig, daß man der ersten, dem Rechtssatz vorangehenden Norm gemäß handelt, während der Rechtssatz nur in dem Fall in Betracht gezogen wird, wo es mittelbar oder unmittelbar um das Verhalten des „Staatsorgans“ geht. Allerdings ist es nicht ohne weiteres annehmbar, den hypothetischen Rechtssatz allein als das Recht zu bezeichnen.

Diese Betrachtung führt uns notwendig zu der äußerst wichtigen Überzeugung, daß der Begriff des Rechtes dem Wesen nach doppel-seitig ist, d. h. daß das Gebilde, welches man „Recht“ nennt, zwei grundverschiedene Bedeutungen hat. Das Recht bedeutet nämlich einerseits die soziale Norm, die der sozial lebenden Einzelperson direkt und allgemein vorschreibt, daß sie sich in einer gewissen Weise verhalten soll. Die allgemeinen Vorschriften des sozialen Lebens, etwa: man soll nicht stehlen, oder: man soll sich vertragsmäßig verhalten usw., sind eindeutige Beispiele dieser sozialen Norm. Gewöhnlich findet die soziale Norm keine schriftliche Fixierung im Gesetz. Vielmehr setzt jede Gesetzgebung die Geltung sozialer Normen bereits voraus. Die soziale Norm hat also ihren letzten Grund nicht in dem Gesetz, sondern in dem mehr oder weniger klar bewußten „Rechtsgefühl“ des Volkes, dessen oberstes Prinzip in der Idee der Gerechtigkeit liegt. In schroffem Gegensatz dazu bedeutet das Recht auf der anderen Seite den Rechtssatz, der sich wesentlich im hypothetischen Urteil ausdrückt. Der Rechtssatz ist, wie erst von der Reinen Rechtslehre deutlich gezeigt wurde, die Norm, die sich in typischen Fällen als ein spezifischer Soll-Zusammenhang zeigt, in welchem das der sozialen Norm widrige Verhalten als bedingender Tatbestand mit dem Zwangsakt als bedingtem Tatbestand, als Rechtsfolge, verknüpft wird. So ist die Bedingung der Konstitution des Rechtssatzes typischerweise die Verletzung der sozialen Norm; es kann dies aber auch umgekehrt ihre Befolgung sein. Jedenfalls setzt der Rechtssatz notwendig und ausnahmslos die primäre Geltung gewisser sozialer Normen voraus. Selbst wenn in Einzelfällen ein einzelner Rechtssatz keine bestimmte soziale Norm voraussetzen scheint, steht er doch immer unter der Voraussetzung einer allgemeineren sozialen Vorschrift, etwa: man soll die soziale Ordnung aufrechterhalten. Wenn eine solche soziale Norm verletzt wird, tritt der Rechtssatz in Funktion und in dieser Funktion bestimmt und regelt er primär und eigentlich den Zwangsakt der Staatsorgane. Der Rechtssatz findet seinen typischen Ausdruck in der schriftlichen Bestimmung des Gesetzes und in dieser Form ist er gerade an die Organe des Staates, ja, letzten Endes an den Staat

selbst gerichtet¹⁾. Der Rechtssatz ist Norm der Staatsorgane oder des Staates, welche ihr Grundprinzip nicht direkt in der Idee der Gerechtigkeit, sondern in der mechanischen Aufrechterhaltung bzw. Wiederherstellung der sozialen Ordnung findet. Rechtssatz als Rechtsnorm des Verhaltens des Staates muß demnach der sozialen Norm als Rechtsnorm des Verhaltens der Einzelperson klar und deutlich entgegengestellt werden.

In dieser Analyse zeigt das Recht also seine wesentliche „Doppelstruktur“. Wir finden sogar, daß das Recht sich in zwei grundverschiedene Arten der Normierung menschlichen Verhaltens teilt, deren Verschiedenheit doch zu groß ist, als daß sie beide einfach unter einem Begriff „Recht“ gleichmäßig betrachtet werden können. Die Verschiedenheit zwischen dem Recht als Inbegriff der Rechtssätze und dem Recht als Inbegriff der Sozialnormen ist unter Umständen viel wesentlicher als die Scheidung zwischen der letzteren und der „Sitte“ oder der „Konventionalregel“. Die Tatsache, daß man bisher diese wichtige Doppelstruktur des Rechtes nicht klar genug gesehen hat, daß man demzufolge Rechtssätze und soziale Normen immer gleichmäßig als „Recht“ zu bezeichnen gewohnt ist, stellt das erste Glied der endlosen Kette von unglücklichen rechtstheoretischen Komplikationen und Streitigkeiten dar. So erweist sich z. B. der berühmte Streit zwischen Savigny und Thibaut über die Notwendigkeit einer einheitlichen bürgerlichen Gesetzgebung für Deutschland von vornherein als unschlachtbar, weil das Recht, dessen Vereinheitlichung Thibaut als die notwendige Bedingung für die Einigung Deutschlands behauptete, und das Recht, welches die historische Rechtsschule als die unbewußte Schöpfung des Volksgeistes aufzeigen wollte, zwei grundverschiedene Sachen bedeuten: jenes das System der Rechtssätze, dieses die Einheit der sozialen Normen.

Noch wichtiger ist, daß unsere Theorie der Doppelstruktur des Rechtes es ermöglicht, die Reine Rechtslehre in ihrer zentralen Problematik, d. i. in dem Problem der Grundnorm zu befruchten. Oben, im II. Abschnitt, haben wir gezeigt, daß der Begriff der Grundnorm eigentlich doppeldeutig ist, daß die Grundnorm als Erkenntnisgrund der Rechtswissenschaft von der Grundnorm als Geltungsgrund des positiven Rechtes streng unterschieden werden muß. Nun, die Grundnorm in diesem zweiten Sinne, nämlich als Voraussetzung für die Geltung der positiven Rechtsordnung, kann nichts anderes sein als die Grundform der hier aufgezeigten sozialen Normen.

¹⁾ In der Analyse der Rechtssatzstruktur nennt Kelsen die spezifische Verknüpfung des bedingenden Tatbestandes mit der Rechtsfolge die „Zurechnung“. Wenn man nun diese Zurechnungslinie nach der Richtung der Rechtsfolge, d. h. nach der des bedingten Tatbestandes verfolgt, stößt man notwendig auf einen einheitlichen „Endpunkt“, welcher seinem Wesen nach nichts anderes ist als der sogenannte „Staatswille“. Diese Notwendigkeit zeigt schon ganz klar, daß der Rechtssatz im Grunde genommen die an die Staatsorgane und an den Staat selbst gerichtete Norm ist. Kelsen: Hauptprobleme, S. 71ff., S. 162ff., Vorrede, S. IXf.; Staatslehre, S. 47ff.

Die staatsrechtliche Grundnorm: „Verhaltet euch so, wie die Rechtsautorität befiehlt“ oder die völkerrechtliche Grundnorm: „Pacta sunt servanda“ bilden Voraussetzung der Geltung der staatsrechtlichen bzw. der völkerrechtlichen Ordnung, weil sie allein als die grundlegenden sozialen Normen den „Grundtatbestand“ des ganzen Soll-Zusammenhanges der betreffenden Zwangsordnung bedingen und bestimmen¹⁾. Die Grundnorm als Geltungsgrund muß sich außerhalb der Sphäre der positiven Rechtsordnung befinden, weil sie keine Rechtsnorm im Sinne der Zwangsnorm, sondern dem Wesen nach eine die Geltung der ganzen Zwangsnorm bedingende soziale Norm ist. Das Wesen der Grundnorm in ihrer zweiten Bedeutung findet seine prinzipielle Aufklärung erst durch die klare Analyse der Doppelstruktur des Rechtes²⁾.

Der Strukturunterschied zwischen dem Rechtssatz und der sozialen Norm ist jedoch schon von mehreren Rechtsgelehrten in verschiedenen Zusammenhängen gezeigt und behandelt worden³⁾. So unterscheidet z. B. in deutschen Landen Ehrlich in seinem genetisch eingestellten Werk: „Grundlegung der Soziologie des Rechtes“ sehr deutlich „die innere Ordnung der gesellschaftlichen Verbände“ von den „Normen zweiter Ordnung“. Nach ihm bedeutet die innere Ordnung der sozialen Verbände die primäre und ursprüngliche Grundform aller möglichen Rechtsformen, die das friedliche Zusammenleben der Menschen innerhalb eines bestimmten sozialen Verbandes regelt⁴⁾. Erst wenn diese ursprüngliche Friedensordnung aus irgendwelchen Gründen gestört oder verletzt wird, entstehen und treten Normen zweiter Ordnung in Funktion, die demnach wesentlich der Entscheidung von Streitigkeiten dienen⁵⁾. Diese Normen zweiter Ordnung sind also vorerst als „Entscheidungsnormen“ formuliert und als solche bilden sie die originalen Formen der Rechtssätze⁶⁾. „Die innere Ordnung der gesellschaftlichen Verbände“ im Sinne Ehrlichs entspricht also der sozialen Norm in unserem Sinne,

¹⁾ Vgl. Kelsen: Staatslehre, S. 104; Verdroß: Verfassung, S. 21 ff.

²⁾ Schreier behandelt das Verhältnis zwischen der als Geltungsgrund der positiven Rechtsordnung verstandenen Grundnorm und dem eigentlichen Rechtssatz klar und ausführlich in seiner geistvollen Arbeit über: Grundbegriffe und Grundformen des Rechtes, S. 180 ff. Wie er sagt, bildet die Grundnorm, da sie kein hypothetischer Satz ist, auch keinen vollen Rechtssatz; vielmehr ist sie die letzte Quelle, worauf jede Frage nach der Gültigkeit der positiven Rechtssätze rückbezogen werden muß. Allein seine Bezeichnung dieser ursprünglichen Norm als „Grundtatbestand“ ist nicht sehr treffend, soweit die Grundnorm nicht der letzte positivrechtliche Tatbestand selbst ist, sondern das, was erst den Grundtatbestand bedingt und bestimmt.

³⁾ Es ist keineswegs beabsichtigt, hier eine dogmengeschichtliche Literaturangabe für die Theorie der Doppelstruktur des Rechtes zu liefern, was an sich eine zwar sehr interessante, aber mit dem Umfang dieses Aufsatzes nicht in Einklang zu bringende Arbeit wäre.

⁴⁾ Ehrlich: Grundlegung der Soziologie des Rechtes, 1913, S. 20 ff.

⁵⁾ a. a. O., S. 101 f., S. 121 ff.

⁶⁾ a. a. O., S. 106, S. 140 f.

während seine „Normen zweiter Ordnung“ nichts anderes als Rechtssätze in der ursprünglichen Form sind.

Noch systematischer behandelt in Frankreich Duguit dasselbe Problem in seinem großen, auch realistisch eingestellten Werk: „*Traité de droit constitutionnel*“. Er behandelt es nämlich als den Gegensatz zwischen den „*règles de droit normatives*“ und den „*règles de droit constructives ou techniques*“¹⁾. Nach Duguit ist die normative Rechtsregel oder Rechtsnorm im eigentlichen Sinne die Regel, die jedem sozial lebenden Menschen ein gewisses Unterlassen oder eine gewisse Handlung auferlegt²⁾. Diese Rechtsnorm im eigentlichen Sinne ist die unentbehrliche Bedingung der Aufrechterhaltung des sozialen Lebens und als solche ist sie von dem sozial lebenden Menschen mit mehr oder weniger klarer Bewußtheit geachtet und befolgt. Wenn aber die Rechtsnorm einmal verletzt wird, dann wird von der sozialen Gruppe im Ganzen eine gewisse Gegenwirkung gegen den Verletzer ausgeübt und es werden auf diese Art gewisse neue Regeln erzeugt, um mittelbar oder unmittelbar die Vollstreckung der primären Rechtsnorm zu sichern. Duguit nennt diese Regeln der letzteren Art, deren Aufgabe darin liegt, Achtung und Anwendung der normativen Rechtsregeln zu sichern, „technische oder konstruktive Rechtsregeln“³⁾. Und da die soziale Gegenwirkung im Normalfall als Zwang auf den Verletzer der normativen Rechtsregeln ausgeübt wird, setzen die konstruktiven Rechtsregeln, die diese Gegenwirkung bestimmen, notwendig eine mehr oder weniger entwickelte, den Zwangsakt monopolisierende Staatsform voraus. Die modernen staatlichen Gesetzgebungen bestehen meistens aus konstruktiven Zwangsregeln, während sie nur eine kleine Anzahl von normativen Rechtsregeln enthalten, ja, diese häufig bloß voraussetzen, ohne sie formell zu edizieren⁴⁾. Sie setzen sich hauptsächlich aus den technischen oder konstruktiven Anordnungen zusammen, die in Wahrheit an die Regierenden oder ihre Beamten adressiert sind⁵⁾. Konstruktive Regeln sind im Grunde genommen Schöpfungen des positiven Gesetzes, während eigentliche Rechtsnormen ihren letzten Grund in dem Zustand des Bewußtseins der sozial lebenden Menschen haben — im Gefühl der Sozialität und Gerechtigkeit⁶⁾. Damit weist Duguit sehr klar und trefflich auf die Doppelstruktur des Rechtes hin, wenngleich seine Erklärung wieder einseitig positivistisch ausfällt.

In Japan vertritt Suehiro⁷⁾ denselben Gedanken in seiner „Einleitung in das bürgerliche Recht“⁸⁾. Er betont, daß man das Wesen

¹⁾ Duguit: *Traité de droit constitutionnel*, 3. Aufl., Bd. 1, § 10, 1927.

²⁾ a. a. O., S. 106.

³⁾ a. a. O., S. 107.

⁴⁾ a. a. O., S. 106 bis 109.

⁵⁾ a. a. O., S. 110.

⁶⁾ a. a. O., S. 115.

⁷⁾ Itsutaro Suehiro, Professor des bürgerlichen Rechtes an der Universität Tokio.

⁸⁾ Suehiro: *Mimpoo Koowa*, I. Bd., 1926, S. 7 ff.

des bürgerlichen Rechtes niemals richtig verstehen kann, wenn man es einfach als Inbegriff von „Sozialnormen“ im Sinne von Verhaltensnormen der in der Gesellschaft lebenden Einzelpersonen betrachten will. Ganz im Gegenteil liegt das Wesentliche des bürgerlichen Rechtes gerade darin, daß es ein Typus der „gerichtlichen Normen“ und nicht der Sozialnormen ist. Als gerichtliche Norm zielt das bürgerliche Recht prinzipiell darauf ab, das Verhalten der Justizorgane zu regeln und ihnen feste Maßstäbe für die Entscheidung zu geben. Es ist seinem Wesen nach eine Grundform der staatlichen Normen und als solche muß es von den das Verhalten der sozial lebenden Einzelpersonen regelnden Sozialnormen deutlich unterschieden werden. Die Klarstellung dieses Unterschiedes ist besonders wichtig, wenn man von dem Standpunkt der neueren Idee der gemeinschaftlichen Gerechtigkeit aus die Notwendigkeit der Reform des bürgerlichen Rechtes, insbesondere die der „Sozialisierung“ des Rechtes begründen will. Denn man darf hoffen, die bürgerliche Gesetzgebung einer solchen Idee des praktischen Lebens anpassen zu können, soweit die Eigentümlichkeit des bürgerlichen Rechtes als eine „gerichtliche Norm“ es erlaubt. Die Sozialisierung des Rechtes oder die freie Auslegung bei der gerichtlichen Entscheidung bis zum Extrem zu treiben, ist jedoch gerade deshalb grundsätzlich unzulässig, weil das notwendig zur Folge hätte, daß die Grenze zwischen den gerichtlichen Normen und den Sozialnormen völlig zerstört und die allein durch jene aufrecht zu erhaltende Sicherheit und Stabilität des Rechtslebens von Grund aus gefährdet würde. So findet Suehiro eine prinzipielle Anwendung der theoretischen Aufklärung der Doppelstruktur des Rechtes in den praktischen Problemen der Rechtsreform und Rechtsauslegung und gründet darauf seine ausgezeichnete Kritik der radikalen Freirechtslehre.

Von dem so festgestellten Gesichtspunkt der Doppelstruktur des Rechtes aus zurückblickend, sieht man jetzt klar, daß die bisherigen rechtstheoretischen Untersuchungen der Reinen Rechtslehre im Wesentlichen auf die Sphäre der einen Seite des Rechtes, d. h. auf die der staatlichen Zwangsnormen beschränkt geblieben ist, indem bloß in der Problematik der Grundnorm als Voraussetzung der positivrechtlichen Geltung schon in gewissem Sinne die Behandlung des Rechtes als sozialer Norm enthalten ist. Diese Beschränkung des Gegenstandsgebietes der Reinen Rechtslehre hat ihre eigene Notwendigkeit, weil das Recht als Inbegriff der Rechtssätze erst in seiner klaren begrifflichen Getrenntheit von dem Recht im Sinne der sozialen Normen erschöpfend untersucht werden kann. Man muß offen anerkennen, daß nirgends eine so reine und systematische Untersuchung des Rechtes in seiner Phase als staatlicher Zwangsordnung durchgeführt wurde, wie es in der Reinen Rechtslehre geschehen ist. Da die Reine Rechtslehre aber gerade dieses Moment des Rechtes so sorgfältig durchforscht hat, daß kaum mehr die Gefahr der Verwechslung der beiden Seiten besteht, dürfte man auch berechtigterweise eine ebenso reine und vollständige Erforschung des Rechtes als eines Inbegriffes sozialer Normen von

ihr erwarten. Die letzte der künftigen Aufgaben der Reinen Rechtslehre von großer sachlicher Bedeutung lautet also: Rein geisteswissenschaftliche Untersuchung des Rechtes als sozialer Norm einerseits in seiner eigentlichen Seinssphäre der wirklich seienden idealen Geistesgebilde und andererseits in seiner sich in der Faktizität des sozialen Lebens verwirklichenden Stufe, ferner genaue Erörterung des notwendigen Zusammenhanges zwischen dem Recht als sozialer Norm und dem Recht als staatlicher Zwangsordnung in den erwähnten beiden Seinssphären der Idealität und Faktizität.

Das Sollen im System Kants

Von

Erich Voegelin, Wien

Wenn man unter Rechtstheorie eine Theorie der Wissenschaft vom positiven Recht verstehen wollte, könnte man sie aufbauen, ohne über das Sollen zu sprechen. Die Arbeit des Rechtsgelehrten besteht in der Feststellung der geltenden Rechtssätze, ihrer Auslegung, der Subsumtion von Fällen und der Verbindung der Sätze zu einem System und bezieht sich also auf Rechtsinhalte; was aber das Sollen sei, das eigentümlich Imperativische an den Rechtssätzen, braucht der Jurist, der seinem Stoff zugewandt ist, weder zu wissen noch zu fragen. Erst wenn wir die Idee einer Rechtstheorie über die einer Wissenschaftstheorie hinaus erweitern und das Phänomen des Rechtes im Zusammenhang unserer gesamten Erfahrung vom Staat verstehen wollen, müssen wir weiter fragen nach Art und Herkunft jener Nötigung, mit der die als Rechtssätze bezeichneten generellen und individuellen Schematen für menschliches Handeln ausgestattet sind. Das Recht, das vom Rechtsgelehrten untersucht und wissenschaftlich geformt wird, ist selbst schon Erscheinung und Erzeugnis des Geistes und in dieser seiner primären Konstitution (primär im Gegensatze zur sekundären Synthese in der Rechtswissenschaft) tritt das imperativische Moment auf. Eine Analyse des Sollens gehört zur Grundlegung der Rechtstheorie im weiteren geisteswissenschaftlichen Sinne, aber sie wurde in der neueren Rechtstheorie, die vor allem Theorie der Rechtswissenschaft war, nicht ganz befriedigend gegeben und auch die Reine Rechtslehre neigt heute, nachdem und obwohl Kelsen sich so nahe an das Wesen des Sollens herangearbeitet hat, in einigen ihrer Vertreter sehr zur Einschränkung auf die Wissenschaftstheorie und zur Eliminierung der Frage nach dem Sollen. Den Grund für diese Einschränkung glauben wir darin zu finden, daß eine tiefer dringende Untersuchung dessen, was das Sollen nun eigentlich sei, nur möglich ist im Horizont einer philosophischen Gesamtanschauung vom Wesen des Menschen und daß in Deutschland eine solche Gesamtanschauung seit dem Ende des idealistischen Philosophierens, wenn wir von einem großen Einzelnen, wie Nietzsche, absehen, fehlt. Die neuere deutsche Philosophie ist allerdings bemüht, von verschiedenen Richtungen her, von der anthropologischen, phänomenologischen, ontologischen, charakterologischen, eine neue Anschauung zu erarbeiten, und die Bemühungen sind heute immerhin so weit gediehen, daß ein gemeinsames Ziel der verschiedenen Wege sichtbar wird, aber doch nicht weit genug, als daß eine Philosophie vom Menschen und seinem Handeln entfaltet werden könnte, die auch die geisteswissenschaft-

lichen Probleme des Juristen umspannen würde. Wir wenden uns daher zurück zu Kant, weil wir bei ihm eine klare Anschauung vom Wesen des Menschen finden und weil wir hoffen, seinen Gedanken über das Sittengesetz und das Sollen nachgehend, die von den Bedingungen seiner Zeit und Person unabhängige Topik des Problemgebietes aufdecken zu können. Vielleicht wird es solcherart möglich sein, den Grund zu legen für eine Lehre vom Sollen, die heute in der Rechtstheorie ein Desiderat ist¹⁾.

Kant hat die Umrisse seines Bildes vom Menschen nicht selbst gezogen; was er als die wesentlichen menschlichen Züge vor sich gesehen und beschrieben hat, entsprach der gesamteuropäischen Anschauung seiner Zeit. Die enge Beziehung seines Menschenbildes zu dem Rousseau ist bekannt und ebenso eng ist die weniger bekannte sachliche (wenn auch nicht literarhistorische) Beziehung zu dem seines Zeitgenossen Thomas Reid. Der Mensch wird am Ende des 18. Jahrhunderts gesehen als zugehörig der Natur und insofern als Individuum einer Tiergattung, und überdies als spezifiziert durch seine Fähigkeit zu überlegendem, Gründe abwägendem, freiem Handeln und insofern als zugehörig, wie Kant es ausdrückt, der Menschheit als sittlicher Gattung. Die gemeinsame Auffassung vom Doppelcharakter des Menschen als des Individuums zweier Gattungen, als Natur- und als Kulturgeschöpf wird nun besonders in den nationalen und persönlichen Abwandlungen. Man begnügt sich nicht mit der Zweiteilung, sondern bemüht sich, in genauerer Analyse jede der beiden Wesenshälften in ihrer Struktur im einzelnen aufzuhehlen. Das Handeln des Menschen, insofern es ihm als Naturgeschöpf anzurechnen ist, wird näher unterschieden als Reflex-, Instinkt- und habituelles Handeln, sein eigentlich menschliches in verständiges, technisches, eigentlich freies Handeln.

In der englischen Variation des Grundschemas scheint uns typisch das stärkere Gewicht in der sinnlichen Sphäre zu liegen; sehr sorgfältig wird an die Reflex- und Instinkthandlung der Automatismus des Habitus angesetzt und die darüber gelagerte Sphäre von reason ist nicht selbständig, sondern wird aufs genaueste rückbezogen auf die unteren sinnlichen Schichten. Reason ist ein Vermögen zweckrationaler Zuordnung von Mitteln für Zwecke, ein Vermögen, künftige Ereignisse voranzusehen und die gegenwärtige Situation im Hinblick auf die künftige zu gestalten; aber die Vernunftsphäre erweitert grundsätzlich die sinnliche nur um einen Zeit- und Zweckhorizont ohne neue Gehalte einzuführen; während das Tier sein Leben verbringt, indem es von

¹⁾ Die folgenden Untersuchungen sind ein Auszug aus einem Teil meiner Vorlesungen über die Staats- und Gesellschaftslehre Kants (1929) und Kant und Schiller (1930). Die nahe Berührung meiner Analysen mit anderen, besonders denen Schellers, wird der Kundige leicht bemerken. Die Kritik der reinen Vernunft wird zitiert nach der Ausgabe Erdmanns (6. Aufl. 1919); alle anderen Zitate nach den Ausgaben der Philos. Bibliothek bei Felix Meiner.

Genuß zu Genuß eilt, wie äußere Umstände und der Automatismus seiner Reaktionen sie ihm bieten, kann der Mensch größere Zeitabschnitte überblicken und die Zukunft zweckmäßig ordnen. Die Vernunft hebt das Leben des Tieres in die Bewußtseinschelle und bereichert es durch die planmäßige Ordnung der Zukunft und die zweckrationale Wirtschaft mit den verfügbaren Mitteln. Mit dieser Bedeutung von reason als Zweckverstand verschmilzt fast ununterscheidbar die Bedeutung von einem Vermögen der Einsicht in Wertverhalte. Denn wenn ich mein künftiges Leben ins Auge fasse und die künftigen Handlungen erwäge, um die rechten Mittel zu ihrer Durchführung zu finden, muß ich schon Einsicht in die künftig zu verwirklichenden Zwecke selbst haben; ich muß wissen, was ich tun soll, um mein gegenwärtiges Handeln auf das gesollte künftige hin zu richten. Die Werteinsicht wird terminologisch kaum abgehoben, weil die Werte als ganz unproblematisch dem Blick der Normalvernunft, dem common sense, dem gemeinen Menschenverstand vorschweben; das Tier lebt in der Welt der Zwecke, die ihm durch seine sinnliche Organisation vorgeschrieben sind, und der Mensch lebt in der gleichen Welt, nur daß die Zwecke langfristig geworden sind; das Tier weiß, was ein Gut für den Augenblick ist, der Mensch überblickt eine größere Zeitstrecke und weiß daher, was ein Gut im größeren Zusammenhang des Lebens ist. Ein selbständiges Pflichtgefühl wird nur angenommen zur Einsicht in die aus der tierischen Natur schwer ableitbaren Regeln des menschlichen Zusammenlebens, insbesondere in die Grundregel, daß jeder Mensch in Gemeinschaft lebend sich so verhalten müsse, daß sein Verhalten mit den Interessen jedes anderen Menschen verträglich sei. Das Handeln soll sich orientieren an dem Grundsatz, daß wir keinem anderen tun sollen, was wir für unrecht halten müßten, wenn es unter gleichen Umständen uns zugefügt würde. Das Prinzip von der Gleichheit aller Menschen als Individuen einer Gattung dringt in diesem Grundsatz ganz deutlich vor und führt zu einer Formel, die dem kategorischen Imperativ Kants sehr nahe verwandt ist. Seine besondere englische Bedeutungsaura bekommt das Gesetz einmal durch seine starke Bindung an den tierischen Gattungscharakter des Menschen und zum anderen durch seine Fundierung im common sense als einer communis opinio der Gentlemen (dieser soziale Gehalt des Common-sense-Begriffes wird in der dogmengeschichtlichen Behandlung der englischen Philosophie in der Regel nicht hinreichend beachtet). Aus beiden Gründen kann das Sittengesetz, trotz der inhaltlichen Verwandtschaft, nicht die Stellung als apriorischer Satz völlig gelöst von den empirischen Bedingungen des Lebens und des Zusammenlebens der Menschen bekommen wie bei Kant.

Wir deuten damit schon die wesentlich andere Abwandlung des Grundschemas vom Menschen in der Kantischen Philosophie an. Der Akzent der Untersuchung verschiebt sich von der sinnlichen Hälfte auf die intellektuelle und mit der Akzentverschiebung wandeln sich die Genauigkeitsgrade der Strukturuntersuchung. Die sinnliche Sphäre wird im großen genommen als die der Triebe, des Automatismus, der

naturgesetzlichen Notwendigkeit, ohne daß die gelegentlich auftretenden Untergliederungen systematische Bedeutung bekämen; die intellektuelle obere Hälfte dagegen wird bei mehreren Gelegenheiten mit aller Sorgfalt geschieden in die Sphäre des technischen oder praktischen Verstandes und der sittlichen Vernunft. Die Kritik der Urteilskraft z. B. scheidet eine technisch-praktische von einer moralisch-praktischen Vernunft in dem wichtigen systematischen Zusammenhang von Physikotheologie und Ethikotheologie (S. 327). Die Grundlegung zur Metaphysik der Sitten unterscheidet noch genauer Geschicklichkeit, Klugheit und Sittlichkeit und die entsprechenden technischen, pragmatischen und moralischen Imperative; unter Geschicklichkeit ist die rationale Zweck-Mittel Zuordnung im allgemeinen zu verstehen; unter Klugheit die Mittel-rationalität in Beziehung auf den bestimmten Zweck der Glückseligkeit; unter Sittlichkeit das freie Verhalten gemäß dem Sittengesetz (S. 36ff.). Die Metaphysik der Sitten (Tugendlehre, § 3) unterscheidet den Menschen als Vernunftwesen (*homo noumenon*) vom empirischen Menschen als einem vernünftigen Wesen; nur als Vernunftwesen habe er Persönlichkeit und Freiheit und sei er mögliches Subjekt einer Verpflichtung. Die Einleitung in die Metaphysik der Sitten (S. 26f.) unterscheidet die moralische Persönlichkeit als der Zurechnung fähige von der psychologischen, die sich als die Einheit des empirischen Selbst konstituiert. Eine Einteilung, die auch die Sinnlichkeit des Menschen mitumfaßt, finden wir in der Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft (S. 25) in: 1. Die Anlage für die Tierheit des Menschen als eines lebenden; 2. für die Menschheit desselben als eines lebenden und zugleich vernünftigen; 3. für seine Persönlichkeit als eines vernünftigen und zugleich der Zurechnung fähigen Wesens.

Die rationalen Vermögen des Menschen werden also verschieden gegliedert, aber doch immer so, daß gegenüber den minderen, sinnlichkeitsbezogenen, die ihre Zwecke aus der Natur nehmen müssen, das krönende der Vernunft selbst scharf isoliert wird. Die Vernunftsphäre ist nicht, wie in der englischen Anschauung, eine Fortbildung und Erweiterung der sinnlichen mit einem verbesserten Instrumentarium, sondern eine grundsätzlich von ihr geschiedene. In immer wiederholten Wendungen bemüht sich Kant, den Abgrund, der die sittliche Vernunft und den guten Willen von den naturgebundenen Fähigkeiten des technischen und pragmatischen Verstandes trennt, in seiner ganzen Tiefe deutlich sichtbar zu machen: Die Sittengesetze bedürften, um einsichtig verstanden zu werden, keines Erfahrungswissens und die Moralphilosophie habe ihre Sätze, auch wenn sie auf Menschen angewendet werden sollen, doch ohne Beziehung auf anthropologische Kenntnisse zu entwickeln (Grundlegung, S. 11). Bei der Aufstellung des Sittengesetzes dürfe man sich ja nicht beifallen lassen, seine Realität aus den besonderen Eigenschaften der menschlichen Natur herleiten zu wollen. Das moralische Prinzip sei eines für alle vernünftigen Wesen und gelte für Menschen, weil auch sie Vernunft hätten, nicht weil sie Individuen einer Tiergattung mit bestimmten Naturanlagen seien (Grundlegung, S. 6). Die Naturanlage

des Menschen sei nur insofern von Bedeutung, als das Sittengesetz auf sie und die ihr entspringenden Handlungen angewendet werden müsse; „eine Metaphysik der Sitten kann nicht auf Anthropologie gegründet, aber doch auf sie angewendet werden“ (Metaphysik der Sitten, S. 18). Weil so dem Willen und dem Sittengesetz jede innere Beziehung zum Menschen als einem Geschöpf der Natur und in der Natur fehlt, ist die Kantische Ethik grundsätzlich keine Erfolgsethik. Was der Mensch durch seine Handlungen in der Welt der Erscheinungen erreicht oder nicht erreicht, kann nie Maßstab seines sittlichen Wollens und Charakters sein. Der gute Wille ist nicht durch das, was er wirkt, sondern lediglich durch sein Wollen gut; und wenn durch Ungunst des Schicksals oder durch allzu kärgliche Ausstattung mit natürlichen Anlagen der Wille ganz außerstande sein sollte, seine guten Absichten zu verwirklichen: „so würde er wie ein Juwel doch für sich selbst glänzen, als etwas, das seinen vollen Wert in sich selbst hat“ (Grundlegung, S. 11). Der Mensch ragt über sein irdisches Dasein gleichsam mit einem geistigen Haupte empor in eine andere Welt; was er dort mit seinem Geistauge sieht, unterliegt eigenen Gesetzen und nur durch einen Zufall oder göttliche Absicht mögen die Dinge der Oberwelt auch für das irdische Dasein etwas bedeuten und mag aus der Geistschau eine Lehre zu ziehen sein für das Leben in dieser Welt.

In der englischen Common-sense-Philosophie ist der Mensch Glied einer empirischen sozialen Gemeinschaft; seine sinnliche Natur ist der feste Untergrund, über dem sich die verständig veredelten persönlichen Ziele und sozialen Umgangsformen erheben. Glückliche treffen in der Idee einer Gemeinschaft gleicher, in ihrem Verhalten aufeinander abgestimmter Menschen die Vorstellung von der Gattung gleicher Individuen, die christlich-bürgerliche Vorstellung von der Gemeinde gleicher Seelen, die bürgerlich-naturrechtliche von der Gesellschaft gleichberechtigter Menschen und das Ideal der englischen Adelsgemeinschaft zusammen. Das englische wie das westeuropäische Denken überhaupt, sofern es sich auf den Menschen in der Gesellschaft bezieht, hat immer den festen Rückhalt an den starken Realitäten eines nationalen Adels und Bürgertums. Für Kant fehlt ein solcher Rückhalt und seine Auslassungen über die empirische Gesellschaft orientieren sich daher an einer Vorstellung vom Menschen, dessen bester Teil nicht von dieser Welt ist. Was Adel sei, scheint Kant nie ganz faßlich gewesen zu sein; er sieht ihn, wegen seiner Erblichkeit, als eine Rangverleihung an, die dem Verdienst vorhergeht, und darum als ein „Gedankending ohne alle Realität“ (Metaphysik der Sitten, S. 156). Die Einrichtung eines Adels sei unzulässig, weil von keinem Menschen angenommen werden könne, daß er seine Freiheit wegwerfen wolle; und da der Volkswille niemals zu einer solchen grundlosen Prärogative zusammenstimmen könne, widerspreche sie den natürlichen Rechtsgrundsätzen. Der Adel mag eine Zeit lang notwendig sein und geduldet werden, muß aber schließlich abgeschafft werden. „Er ist eine temporäre, vom Staat autorisierte Zunftgenossenschaft, die sich nach den Zeitumständen bequemen muß

und dem allgemeinen Menschenrechte, das so lange suspendiert war, nicht Abbruch tun darf“ (Metaphysik der Sitten, S. 204). Das Wissen um Geschlecht und Blut und damit um die wesentlichen Grundlagen der Gesellschaft hat Kant offenbar völlig gefehlt; er versteht nicht die Leib- und Blutbedingungen des edlen Lebens und er gibt ihnen Gesetzen keinen Raum in seiner Ethik.

Etwas realer sind die Beziehungen Kants zum Bürgertum, wenn sie auch noch immer dürftig erscheinen im Vergleich mit der Wirklichkeit von 1789. Die Mitglieder der Nationalversammlung wußten sehr wohl, daß sie unter Bürgern und Menschen nur den besitzenden Teil der Nation verstehen wollten; in ihrer Lehre vom dritten Stand war die Abgrenzung der politisch berechtigten Bevölkerung vorgebildet, die wir in der zensitären Monarchie verwirklicht finden. Bei der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte war es die große Sorge, daß die Masse des niederen Volkes den Ausdruck „Mensch“ mißverstehen und auf sich beziehen könnte, was sie dann auch bald tat. Diese starken Spannungen zwischen dem Stand der Menschen und Bürger und jenen Geschöpfen, die ihm nicht angehören, spiegeln sich in der Bürgertheorie Kants. Außer Freiheit und Gleichheit ist für den Staatsbürger die wirtschaftliche Selbständigkeit Wesensmerkmal; er darf in seiner Existenz nicht von einem Mitbürger abhängen, sondern muß aus eigenen Kräften und Rechten Glied der Gemeinschaft sein. Die selbständige Existenz fehlt, wenn der betreffende Mensch in seiner Erhaltung oder Arbeitsausübung von einem anderen abhängig ist. Ein Tischler mit eigener Werkstatt, der die von ihm erzeugten Möbel verkauft, ist selbständig; ein Holzhacker, der ins Haus kommt und den Holzbedarf für den Winter hackt, ist es nicht; ein Hauslehrer ist unselbständig, ein beamteter Schulmann selbständig; Frauen und Kinder sind insgesamt unselbständig. Die unselbständigen Staatsglieder werden Staatsgenossen genannt; sie können zwar nicht aktive Bürger sein, aber die Gesetzgebung muß auf sie als Menschen insofern Rücksicht nehmen, als keine Normen für sie gesetzt werden dürfen, denen sie nicht hätten zustimmen können. Kant versucht, das historisch gewordene soziale Gebilde und die staatsrechtliche Institution des dritten Standes ohne Rücksicht auf den historischen und institutionellen Charakter durch das Merkmal der Selbständigkeit seiner Glieder zu fassen; er sieht auch das Bürgertum nicht als Lebensform an seiner bestimmten geschichtlichen Stelle, eingespannt in seinem Kampf nach oben gegen den Adel, nach unten gegen die nachdrängenden Massen, sondern als zeitlosen Typus, der alle notwendigen Merkmale des Normalmenschen umfaßt, und alle privilegierenden Trübungen des Ideals von sich gestreift hat. Aus der realen Lebensform wird eine zeitlose Idee.

Die historisch-gesellschaftlichen Elemente werden also aus dem Wesensbilde vom Menschen ebenso ausgeschieden wie die sinnlichen, so daß am Ende nur ein noumenal oder intelligibel benanntes Etwas zurückbleibt, an sich rein und die Erdschwere nur als einen Ballast mitschleppend. Aber so streng auch die gesamte psycho-physische und

historische Natur des Menschen von seinem reinen Kern getrennt wird, so kann die Untersuchung, die sich auf den ganzen Menschen in seiner vollen empirischen Bedingtheit richten will, die beiden Teile doch nicht völlig voneinander reißen. Die Vernunftthandlungen sollen, wenn sie auch unter der Gesetzlichkeit eines autonomen Willens stehen, doch einen Rest von Beziehung zur tierischen Natur des Menschen behalten und Kant findet, um von diesem bescheidenen Grad von Beziehung sprechen zu können, den Terminus eines „Leitfadens“ der Triebe. Der Wille soll kultiviert und durch die Kultur vom Despotismus der Begierden, in dem sich die Fessel der Triebe bemerkbar macht, befreit werden, so daß er ganz dem Sittengesetz zu folgen vermag. Aber er soll nur von den Fesseln, durch die wir „an gewisse Naturdinge geheftet“ sind, befreit werden, er soll nicht jede Rücksicht auf die Natur fallen lassen; er soll die Triebe behandeln, als seien sie ihm als Leitfäden gegeben, um sie „anzuziehen oder nachzulassen, zu verlängern oder zu verkürzen, nachdem es die Zwecke der Vernunft erfordern“ (Kritik der Urteilskraft, S. 301). So dünn die Beziehung sein mag, so muß alles menschliche Handeln zuletzt doch in seiner Materie dadurch bedingt sein, daß es Handeln eines Leibes in einer Körperwelt ist; die ontische Struktur des Menschen als eines Leibwesens und die Struktur seines Wirkensfeldes, der unbelebten Natur und der Menschen, schreibt die typischen Inhalte seines Handelns vor. Durch die Reinigung des menschlichen Wesens, des Noumenon, von aller anhaftenden Sinnlichkeit soll die Natursphäre ja nicht negiert, sondern nur als die unwesentliche, abzustreifende, als die unwerte Sphäre abgesondert werden. Die Vorstellungen der sinnlichen Ziele sollen nicht die Triebfedern des Handelns sein, aber die Sinnlichkeit ist durchaus real und gerade aus der Möglichkeit des Abfalls des Menschen von seinem Wesen in die Sinnlichkeit entspringt das Sollen.

Mit der Leibgebundenheit in dieser Bedeutung, als der in einem zeitlichen Prozesse abzustreifenden Unreinheit des innersten Wesens, hat sich Kant wiederholt befaßt und bei mehreren Gelegenheiten seine Auffassung mit der Rousseaus parallel gestellt. In seinen Anfängen sei das Menschengeschlecht unter der Herrschaft seiner Triebe gestanden und von ihnen zu seinem Besten gelenkt worden; die Handlungen folgten in diesem Stande den vorbedingten Automatismen und es gab weder Gebote und Verbote noch Übertretungen der sittlichen Normen. Erst die Regungen der Vernunft stören diesen glücklichen Zustand und bringen in die Menschengeschichte mit allen Vorzügen der Kultur auch ihren Jammer und ihr Elend. Kant findet diese Anfänge der Geschichte und ihren Vernunftvorgang bildhaft dargestellt in der Bibel: dem Automatismus der Natur entspricht das unschuldige Leben im Paradies und der Fortschritt der Vernunft wird symbolisiert durch den Sündenfall. Der Übergang aus tierischer Rohigkeit und Vormundschaft der Natur in den Stand der sittlichen Freiheit und Herrschaft der Vernunft ist also zwar ein Fortschritt, zugleich aber ein Übel; denn der Mensch tritt aus dem Leben unschuldiger Sicherheit, Geborgenheit und Reinheit in ein Leben der Gefahren durch die freie, ungebundene und darum

unsichere Vernunftleitung und der mannigfachen Laster und Leiden der Kultur. In diesen Überlegungen Kants ist die Berührung mit Rousseau am engsten; beide sehen am Anfang der menschlichen Entwicklung einen erfreulichen unschuldigen Naturzustand, der durch die Vernunft vernichtet wird, um der Unbill und dem Leid des zivilisierten Zustandes Platz zu machen. Der einzige Lichtblick ist für Kant die Hoffnung, die Übelstände der Kultur durch stetige Bemühungen zu beseitigen, „bis vollkommene Kunst wieder Natur wird, als welches das letzte Ziel der sittlichen Bestimmung der Menschengattung ist“; jeder einzelne Mensch sei durch die Natur berufen, zu diesem Fortschritt nach seinen Kräften beizutragen (Mutmaßlicher Anfang).

Kant nennt die kleine Abhandlung über den „Mutmaßlichen Anfang des Menschengeschlechts“, die wir eben zitierten, „eine bloße Lustreise“, an die nicht die Maßstäbe strenger systematischer Untersuchung anzulegen seien. Man darf sich aber durch diese, den Systemwert herabsetzende Bemerkung nicht dazu verleiten lassen, die Gedanken der Abhandlung für negligibel zum Verständnis des Kantischen Denkens zu halten. Wir wagen sogar die Behauptung, daß die Ausdehnung des Kantischen Systems auf Fragen der Gesellschafts- und Staatsphilosophie überhaupt unbegreiflich bleiben muß, wenn wir nicht ein bestimmtes, zwar systematisch nicht durchdachtes, aber dafür dogmatisch unerschütterliches Menschen- und Gesellschaftsbild voraussetzen. Die „Lustreise“, der mit Klauseln der Unverbindlichkeit ausgestattete Gedankengang, ist in der Gesamtproduktion Kants ein wesentlicher Bestandteil, der nicht einfach in der Betrachtung weggelassen werden darf, denn er gerade läßt uns die im Systemzusammenhang irrationalen Elemente der Hauptwerke verstehen. Die pessimistische Lehre vom Jammer des kultivierten Zustandes als einer Folge der Vernunfttherrschaft ist neben der Lehre von der Zweiteilung des Menschen in eine vernünftige und sinnliche Hälfte das entscheidende Dogma, das aller Kantischen Spekulation vorangeht. Es bringt in das System den Zwiespalt zwischen der Vollendung der Person und der Vollendung der Gattung, den konstruktiv zu lösen Kant nie gelungen ist. Der Sündenfall, das Regewerden der Vernunft, ist nicht ein Ereignis in einer persönlichen Entwicklung, sondern in der Geschichte der Menschheit als Gattung; und die Übel der Kultur, das Böse in der sozialen Welt, treiben ihrer Auflösung mit dem Ende der Geschichte nur in der gesamten Menschheit entgegen; nur die Gattung erreicht den Zustand der schlackenfreien Ausbildung ihrer Vernunftanlagen zur Führung des vollkommenen Lebens, nicht der einzelne Mensch. So daß zwar das Böse im Leben der Gattung am Ende beseitigt, nicht aber das Schicksal der konkreten Person befriedigend gelöst wird. Ja, der Mensch steht sogar, was die Sinnerfüllung seines Daseins angeht, noch unter dem Tier, das seine Bestimmung in seinem individuellen Leben erfüllt.

Die menschliche Existenz bleibt als Ganzes der Sinnlichkeit und der Natur verbunden; sie ragt nur in besonderer Weise zu ihrem Heil und zu ihrem Unglück über sie hinaus. Kant sieht die erste Stufe der

Vernunfttregsamkeit, durch die aus dem Tier allmählich der volle Mensch wird, darin, daß die Vernunft zwischen dem instinktmäßig Genossenen und dem durch einen anderen Sinn als genießbar Vorgestellten vergleicht und dadurch den Trieb weckt, die Erfahrung über das bloß Instinktmäßige hinaus zu erweitern. Die strenge Gebundenheit der Nahrungsaufnahme weicht der vergleichenden Überschau der Möglichkeiten und der Mensch findet sich am Rande eines Abgrundes: „denn aus einzelnen Gegenständen seiner Begierde, die ihm bisher der Instinkt angewiesen hatte, war ihm eine Unendlichkeit derselben eröffnet, in deren Wahl er sich noch gar nicht zu finden wußte; und aus diesem einmal gekosteten Stande der Freiheit war es ihm gleichwohl jetzt unmöglich, in den der Dienstbarkeit (unter der Herrschaft des Instinktes) wieder zurückzukehren“ (S. 52). Die einmal rege gewordene Vernunft übt nun ihren Einfluß auf den Geschlechtsinstinkt und bezähmt seine blinde Befriedigung; während der erste Vernunftschritt noch im Dienste der bloßen Triebbefriedigung stand, zeigt der zweite schon einige Herrschaft der Vernunft über die Antriebe. In einem dritten Schritt wird das Künftige mit in Betracht gezogen; die Vernunft ordnet das Leben planmäßig und richtet es auf entfernte Zwecke ein — zugleich aber bringt dieser Schritt den Blick in die Ungewißheit der Zukunft, die Sorge und die Todesfurcht. In einem vierten und letzten Schritt erhebt sich endlich der Mensch über das Tier und begreift, daß er der Zweck der Natur sei, und er erkennt zugleich, daß sein Verhältnis zu den Mitmenschen ein anderes sei als das zur übrigen Natur; während er alles übrige seinen Zwecken und sich als dem höchsten Zweck unterordnen darf, sieht er im anderen Menschen einen gleichen Teilnehmer an den Geschenken der Natur, der nie bloß Mittel für ihn werden kann.

Überschauen wir das Kantische Menschenbild: Wir sehen einen Menschen in Gesellschaft, aber in der Gesellschaft der ganzen Menschheit als einer Gattung. Er trägt in sich einen noumenalen Kern und ist zugleich Sinnenwesen. Die Sinnlichkeit aber hängt ihm als Äußeres, Unwesentliches, Verächtliches, Wertloses an, und wenn er vollkommen sein will, darf er sich in seinen Handlungen nur von der Vernunft leiten lassen. Sein reiner Wille darf als einzige Triebfeder das Sittengesetz haben und hat sich um die Folgen seiner Handlungen in der Sinnenwelt nicht zu kümmern. Er lebt zwar in der Natur und in der Gesellschaft und die Materie seines Handelns wird sich, da sie nicht anders kann, der Struktur dieser Umgebung einfügen, aber er darf sein Handeln nicht durch irgendwelche Antriebe, die ihm aus der Umwelt kommen, bestimmen lassen, sei es Freude an schöner Form, Mitleid, Freundschaft oder Liebe, wenn das Handeln dadurch dem Vernunftgesetz widersprechen sollte. Er gehört zwar empirisch einem bestimmten sozialen Kreis an, er ist Aristokrat oder Bürger oder Bauer, aber wenn er sittlich handeln will, darf er nicht die Normen seines Standes zur Triebfeder seines Handelns machen, sondern muß dem Imperativ des für alle Menschen gleichen Sittengesetzes gehorchen. Denn er ist seinem Wesen nach Glied der ganzen Menschheit, ein Exemplar der sittlichen Gattung,

von der Kant allerdings gestehen muß, „daß nicht viel damit zu prahlen sei“. Nur im ganzen ihrer Entwicklung kann die Vernunftanlage sich völlig entfalten; das Leben der einzelnen Person ist dagegen ein recht sinnloses Bruchstück: wenn der glücklichste Kopf zur Reife des Urteils gewachsen ist und am Rande der größten Entdeckungen steht, dann wird er alt; „er wird stumpf und muß es einer zweiten Generation (die wieder vom ABC anfängt und die ganze Strecke, die schon zurückgelegt war, nochmals durchwandern muß) überlassen, noch eine Spanne im Fortschritte der Kultur hinzuzutun“ (Mutmaßlicher Anfang, S. 58). Aus den Sinn- und Wertlosigkeiten des Lebens in allen Einzelheiten wie in der Gesamtheit seines Ablaufes kann sich der Mensch nur auf seinen intelligiblen Kern zurückziehen als das einzig Gewisse, als den einzigen Halt — und selbst hier, in der letzten Zuflucht, bleibt es, wie wir noch sehen werden, ungewiß, ob das Handeln wirklich dem Sittengesetz gemäß und also wahrhaft moralisch sei.

Aus dieser grundtiefen Verschätzung des Lebens stammt die besondere Farbe der Kantischen Ethik und von diesem Jammerbild vom Menschen werden die Hauptzüge des Systems und seiner Probleme abgenommen.

Kant denkt im Schema der Zweiteilung des Menschen in eine untere sinnliche und eine obere vernünftige Hälfte, aber er begnügt sich nicht mit dem konventionellen Gehalt dieses Schemas, sondern überlagert ihn, ohne ihn aufzugeben, mit einem neuen. Das Menschenbild ist zweimal zweigeteilt, so aber, daß die Teilungen nicht unabhängig nebeneinanderstehen, sondern sich überschneiden. Im traditionellen Schema wird die Sphäre des Reflex-, Instinkt- und habituellen Handelns ergänzt durch die oberen Vermögen zweckrationaler und sittlich einsichtiger Ordnung des Lebens. Dieses Schema behält Kant bei, sondert aber aus den oberen Vermögen eine höchste Personschicht ab, der gegenüber der gesamte übrige Mensch, auch der verstand- und vernunftbegabte, als empirischer ein unteres Geschöpf ist. Eine noumenal oder intelligibel benannte Spitze ragt zeit-, sinnen- und materiefrei über den Menschen hinaus und ist so alles wißbaren Gehaltes entleert, daß sie nicht viel mehr ist als eine Bezeichnung der menschlichen Daseinsgrenze. Dieser intelligible Punkt läßt seine Herkunft aus dem traditionellen Schema nur noch daran erkennen, daß aus ihm, trotz seiner Leere, am Ende ein Sittengesetz gezogen wird, das seinem Inhalt nach, wie schon bemerkt, sehr nahe mit dem englischen empirisch-vernünftigen obersten sittlichen Grundsatz verwandt ist. Es entsteht so zwischen der sinnlichen Sphäre des überkommenen Schemas, die zweifelsfrei unternünftig ist, und der intelligibel-vernünftigen des Kantischen Schemas ein Zwischenreich, das von unten her gesehen vernünftig, von oben her empirisch zu nennen ist. Dieses Zwischenreich ist der Ort aller eigentlich Kantischen Probleme: hier spielt sich das ab, was sich Kant unter Geschichte vorstellt, mit seinen besonderen Gesetzen zeitlicher Entwicklung; hier ist das menschliche Reich, das als endliches

unterschieden wird von der unendlichen göttlichen Vernunft; in diesem Reich tritt das intelligible Sittengesetz mit dem Charakter der Nötigung auf, der in der Formel des Imperativs und des Sollens ausgedrückt wird.

Versetzen wir uns mitten in dieses Reich, indem wir hören, wie Kant das Wesen der Pflicht charakterisiert: „Pflicht! du erhabener, großer Name, der du nichts Beliebtes, was Einschmeichelung bei sich führt, in dir fassst, sondern Unterwerfung verlangst, doch auch nichts drohest, was natürliche Abneigung im Gemüte erregte und schreckte, um den Willen zu bewegen, sondern bloß ein Gesetz aufstellst, welches von selbst im Gemüte Eingang findet und doch sich selbst wider Willen Verehrung (wenn gleich nicht immer Befolgung) erwirbt, vor dem alle Neigungen verstummen, wenn sie gleich insgeheim ihm entgegenwirken: welches ist der deiner würdige Ursprung, und wo findet man die Wurzel deiner edlen Abkunft, welche alle Verwandtschaft mit Neigungen stolz ausschlägt, und von welcher Wurzel abzustammen, die unnachlässliche Bedingung desjenigen Werts ist, den sich Menschen allein selbst geben können? Es kann nichts minderes sein, als was den Menschen über sich selbst (als einen Teil der Sinnenwelt) erhebt, was ihn an eine Ordnung der Dinge knüpft, die nur der Verstand denken kann, und die zugleich die ganze Sinnenwelt, mit ihr das empirisch bestimmbare Dasein des Menschen in der Zeit und das Ganze aller Zwecke (welches allein solchen unbedingten praktischen Gesetzen als das moralische angemessen ist) unter sich hat. Es ist nichts anderes als die Persönlichkeit, d. i. die Freiheit und Unabhängigkeit von dem Mechanismus der ganzen Natur, doch zugleich als ein Vermögen eines Wesens betrachtet, welches eigentümlichen, nämlich von seiner eigenen Vernunft gegebenen, reinen praktischen Gesetzen, die Person also, als zur Sinnenwelt gehörig, ihrer eigenen Persönlichkeit unterworfen ist, sofern sie zugleich zur intelligiblen Welt gehört; da es denn nicht zu verwundern ist, wenn der Mensch, als zu beiden Welten gehörig, sein eigenes Wesen in Beziehung auf seine zweite und höchste Bestimmung nicht anders als mit Verehrung und die Gesetze derselben mit der höchsten Achtung betrachten muß“ (Kritik der praktischen Vernunft, S. 111f.).

Im Zwischenreich lebend haben wir das Erlebnis der Pflicht, weil wir über unsere Person, die zugleich Sinnlichkeit ist, hinaufschauen können zu unserer Persönlichkeit, und in dieser Gesetze des Handelns finden, die in ganz besonderer Weise sich uns, sofern wir Personen sind, aufdrängen, in der Weise des Verpflichtens, des Verbindens, des Sollens. Die Pflicht wird bemerkbar in einer Nötigung unserer Person durch ein in der Persönlichkeit vorfindliches Vernunftgesetz; wir haben ein Pflichtbewußtsein, weil unser Dasein zerspalten ist in unser reines Wesen und einen ontisch geringeren Teil; indem wir uns als verpflichtet erleben, erleben wir unsere sinnlich-vernünftige Person als abhängig von, als unterworfen unserem edleren Teil, der intelligibel vernünftigen Persönlichkeit.

Sie beide, Person und Persönlichkeit, sind aber nicht bloße, ihrem Wertrang nach verschiedene Schichten des Menschen, sondern zugleich

Willenszentren. Der Personskern ist Wille, d. h. „eine Art von Kausalität lebender Wesen, sofern sie vernünftig sind“ (Grundlegung, S. 74); an einer anderen Stelle wird er als ein Vermögen gedacht, „der Vorstellung gewisser Gesetze gemäß sich selbst zum Handeln zu bestimmen“ (a. a. O., S. 51); er ist „das Vermögen, nach der Vorstellung der Gesetze, d. i. nach Prinzipien zu handeln“ (a. a. O., S. 34). Etwas anders formuliert: es gibt im Menschen ein Kraftzentrum, das, insofern es nicht blind äußeren Bestimmungen zu seiner Wirkung unterworfen ist wie ein Naturding, auch ein Machtzentrum geheißen werden kann. Es ist das Machtzentrum eines bewußten, überlegenden Selbst und kann innerhalb der seinem Machtcharakter typisch zugehörigen Wirkensmöglichkeiten nach Vorsätzen handeln; es kann (wir wollen das Wort Freiheit noch vermeiden) unter den Möglichkeiten seines Handelns wählen. Hier, am Willensbegriff, zeigen sich ganz ausgezeichnet die Probleme, die sich für Kant aus den beiden Zweiteilungen des menschlichen Daseins und ihren Überschiebungen ergeben. Eine reiche, nicht immer ganz feste Terminologie sucht die Abschattungen des Machtzentrums, je nachdem die Bindung an das Unterreich der Sinne, die Stellung im Zwischenreich der vernünftigen Sinnlichkeit oder die intelligible Kausalität bemerkt werden soll, wiederzugeben: es gibt eine Willkür, einen Willen, ein Begehrungsvermögen, einen guten Willen, einen vollkommen guten Willen, einen reinen Willen, einen freien Willen. Der neutrale Terminus, der für das überlegende Machtzentrum des Zwischenreichs gebraucht wird, ist häufig die Willkür schlechthin; diese Willkür ist ein reiner Wille, insofern sie überhaupt fähig ist, ihr Handeln durch die Vorstellung von einem Vernunftgesetz zu bestimmen; aber sie ist kein vollkommen guter oder heiliger Wille, weil das Vernunftgesetz nicht das innerste, sie nezzessitierende Gesetz ihrer Existenz ist, sondern sie recht wohl durch die Sinnlichkeit affiziert werden kann. Die Willkür ist, wenn wir nach ihren Untergründen hinsehen, „sinnlich, sofern sie pathologisch (durch Bewegursachen der Sinnlichkeit) affiziert ist“; und sie wäre tierisch, wenn sie durch die Sinnlichkeit notwendig bestimmt würde; als menschliche aber ist sie frei, „weil Sinnlichkeit ihre Handlung nicht notwendig macht, sondern dem Menschen ein Vermögen beiwohnt, sich unabhängig von der Nötigung durch sinnliche Antriebe selbst zu bestimmen“ (Kritik der reinen Vernunft, B 562). Die genaueste, im Zusammenhang gegebene Unterscheidung der Willensschattierungen finden wir in der Metaphysik der Sitten (S. 11 ff.): „Begehrungsvermögen ist das Vermögen, durch seine Vorstellungen Ursache der Gegenstände dieser Vorstellungen zu sein.“ „Das Begehrungsvermögen nach Begriffen, sofern der Bestimmungsgrund desselben zur Handlung in ihm selbst, nicht in dem Objekte angetroffen wird, heißt ein Vermögen, nach Belieben zu tun oder zu lassen. Sofern es mit dem Bewußtsein des Vermögens seiner Handlung zur Hervorbringung des Objekts verbunden ist, heißt es Willkür; ist es aber damit nicht verbunden, so heißt der Aktus desselben Wunsch. Das Begehrungsvermögen, dessen innerer Bestimmungsgrund, folglich selbst das Belieben in der Vernunft des Subjekts angetroffen wird, heißt

der Wille. Der Wille ist also das Begehrungsvermögen, nicht sowohl (wie die Willkür) in Beziehung auf die Handlung, als vielmehr auf den Bestimmungsgrund der Willkür zur Handlung betrachtet, und hat selber für sich eigentlich keinen Bestimmungsgrund, sondern ist, sofern sie die Willkür bestimmen kann, die praktische Vernunft selbst.“ Der Machtpunkt, an dem sich die Abschattungen zeigen, heißt hier das Begehrungsvermögen: den innersten Kern dieses Vermögens bildet das Leben selbst als das Vermögen eines Wesens, seinen Vorstellungen gemäß zu handeln (Metaphysik der Sitten, S. 11); wenn der Bestimmungsgrund zum Handeln nicht im Objekt, sondern im Subjekt des Begehrens angetroffen wird, kann man vom Belieben sprechen; wenn dieses Belieben mit dem Bewußtsein der Macht verbunden ist, heißt es Willkür. Das Machtzentrum ist damit soweit konstituiert, daß wir uns im Zwischenreich befinden. In der Erörterung der Bestimmungen der Willkür zum Handeln wird nun die Terminologie etwas undeutlich. Von oben her wird die Willkür durch die Vernunft bestimmt und kann darum eine freie Willkür heißen, aber die so nuancierte Willkür ist noch nicht der Wille selbst. Das Begehrungsvermögen teilt sich in ein Zentrum des Zwischenreiches, die Willkür, und in ein intelligibles Zentrum, den Willen. Der Wille ist auch Begehrungsvermögen, aber nicht die Willkür, sondern, „sofern sie die Willkür bestimmen kann, die praktische Vernunft selbst“ (Metaphysik der Sitten, S. 14). Das eine Begehrungsvermögen wird zerlegt in ein neutrales Machtzentrum, das für seine Wirksamkeit bestimmt wird von anderen Machtzentren her, über die hinaus nicht mehr nach Bestimmungsgründen gefragt werden darf. Nach unten hin sind diese bestimmenden Gründe die sinnlichen Neigungen und damit ist ein Abschluß erreicht, denn nach dem Sinn oder den Gründen der Sinnlichkeit kann nicht weiter gefragt werden. Nach oben hin schließt die praktische Vernunft, die selbst Bestimmungsgrund ist, „aber selber für sich eigentlich keinen Bestimmungsgrund hat“ (Metaphysik der Sitten, S. 14). Das Begehrungsvermögen als sinnlich-vernünftiges in der Bedeutung des Zwischenreiches ist ein seiner selbst bewußtes Zentrum und für jedes Selbstbewußtsein tritt das Problem der Schließung auf: das Bewußtsein muß Inhalt eines zweiten Bewußtseinsaktes sein, dieser wieder eines dritten und so fort in infinitum, und wenn ich zum Selbst kommen will, muß ich diesen Regreß auf irgendeine Weise abschließen. Die Techniken solcher Schließung im allgemeinen gehen uns hier nicht näher an, sondern nur die besondere Variante des Problems, daß wir nicht ein einfaches Bewußtsein vor uns haben, sondern ein bewußtes Machtzentrum. In eigentümlicher, von Kant durchaus nicht aufgeklärter Weise durchdringen sich Vernunft und Wirkungsvermögen zu einem Ganzen, das aber in seiner Ganzheit die Elemente, aus denen es sich zusammensetzt, noch unterscheiden läßt. Das Ganze, für das ein Terminus fehlt, ist von Wissenshülle durchströmter Wille und der Regreß, der seinem Wesen nach sich nur in der Verschachtelung des Bewußtseins von Bewußtsein abspielen könnte, wird abgebildet auf das an sich einer immanenten

Aufspaltung gar nicht fähige Machtzentrum: analog dem Bewußtsein von Bewußtsein gibt es für Kant ein Er-Mächtigen von Macht. Die Macht ist zwar ein Agens, das sein Licht von der Vernunft erhält, aber außerdem in sich nach Art eines Bewußtseins zerspalten, innerlich distanziert, ein Vermögen, das der Grund seines Vermögens ist. Die Macht ist ein Belieben und ihr Agieren steht im Belieben ihres Beliebens. — Diese schon sehr undurchsichtige und philosophisch mehr als fragwürdige Konstruktion wird noch weiter dadurch kompliziert, daß die Willkür nicht ein unterster Ansatzpunkt des Regresses ist, dessen Gang durch die Vernunft- und analoge Machtverschachtelung in der Richtung auf den intelligiblen Schlußpunkt hin bestimmt wäre, sondern selbst sich schon im Zwischenreich befindet und von unten her auch noch durch die Sinnlichkeit bestimmt wird. Die Willkür, die zugleich Wissen und Wille ist, wird durch das untere Machtzentrum der Sinnlichkeit affiziert und weiß zugleich um diese Affektion, die ein Nezessitieren nicht sein darf, weil sonst der ganze obere Regreß unmöglich wäre. Der Begriff des Affizierens ist ein Zwischenreichsbegriff, mit dessen Hilfe die Bestimmung durch die Sinnlichkeit soweit moderiert wird, daß die Bestimmung der Willkür durch die Vernunft damit verträglich bleibt. Von der anderen Seite her ist der moderierende Begriff, der das Affizieren von unten her ermöglicht, der Begriff eines reinen Willens, der aber nicht rein an sich ist (Metaphysik der Sitten, S. 14), sondern nur zu Handlungen aus reinem Willen bestimmt werden kann. Von der Mitte der Willkür her werden die Begriffe so gebildet, daß sie ihrer Hauptbedeutung nach entweder nach oben oder nach unten zielen (Affektion durch Sinnlichkeit, Bestimmung durch Vernunft), in einer Nebenbedeutung aber Rücksicht auf die Verträglichkeit mit der anderen Reihe nehmen (affizieren, nicht nezessitieren; rein, aber nicht rein an sich). Alle drei Machtzentren, die Sinnlichkeit, die Willkür und die Vernunft, werden zusammengeschlossen durch übergreifende Begriffe wie Begehrungsvermögen und Subjekt oder Mensch.

Die Willkür kann sich entweder den Neigungen hingeben und sich so von der Sinnlichkeit affizieren lassen oder anschauen zum Sittengesetz und es zur Maxime ihres Handelns machen. Die Vernunftgesetzlichkeit ist prinzipiell gleich für alle vernünftigen Wesen, unangesehen ihrer menschlichen Endlichkeit oder ihrer göttlichen Unendlichkeit; für den göttlichen heiligen Willen ist allerdings die objektive Gesetzlichkeit zugleich subjektives Gesetz des Handelns, für ihn gibt es keine Wahl der Maxime, sein Leben ist reine Vernunft und reine Sittlichkeit; nur für das endliche Wesen tritt zum Sittengesetz der besondere Charakter der imperativischen Nötigung hinzu. Das moralische Gesetz ist daher beim Menschen „ein Imperativ, der kategorisch gebietet, weil das Gesetz unbedingt ist; das Verhältnis eines solchen Willens zu diesem Gesetz ist Abhängigkeit, unter dem Namen der Verbindlichkeit, welche eine Nötigung, obzwar durch bloße Vernunft und deren objektives Gesetz, zu einer Handlung bedeutet, die darum Pflicht heißt, weil eine pathologisch affizierte (obgleich dadurch nicht bestimmte,

mithin auch immer freie) Willkür einen Wunsch bei sich führt, der aus subjektiven Ursachen entspringt, daher auch dem reinen objektiven Bestimmungsgrunde oft entgegen sein kann und also eines Widerstands der praktischen Vernunft, der ein innerer, aber intellektueller Zwang genannt werden kann, als moralischer Nötigung bedarf. In der allgerügsamsten Intelligenz wird die Willkür als keiner Maxime fähig, die nicht zugleich objektiv Gesetz sein könnte, mit Recht vorgestellt und der Begriff der Heiligkeit, der ihr um deswillen zukommt, setzt sie zwar nicht über alle praktischen, aber doch über alle praktisch-einschränkenden Gesetze, mithin Verbindlichkeit und Pflicht weg“. (Kritik der praktischen Vernunft, S. 42.) Nur wenn die intelligible Vernunft allein den Willen bestimmte, würde die Handlung unausweichlich nach dem Gesetz geschehen; das endliche Wesen aber steht immer unter der Möglichkeit sinnlicher Affektion seines Willens und das Gesetz erscheint daher vom Willen distanziert, es ist nicht das immanente Gesetz der Lebensentfaltung des Willens selbst und diese Distanz macht sich bemerkbar in der Nötigung, in dem Sollen.

Sehen wir für den Augenblick noch davon ab, daß ein Sittengesetz eine generelle Regel mit bestimmtem Inhalt ist, und halten wir nur daran fest, daß für den Menschen, gleichgültig aus welchen Quellen, Einsicht in die sittliche Richtigkeit seines Handelns möglich sei — dann ergibt sich nach der bisherigen Untersuchung die folgende Daseinskonstitution: Das menschliche Dasein ist ein Ganzes, das in sich die Sphären der Sinnlichkeit, der sinnlichen Vernunft (oder vernünftigen Sinnlichkeit) und der reinen Vernunft zusammenfaßt; in einem damit ist der Mensch ein lebendes, wirkendes, ein Machtzentrum. Gemäß seinem Charakter als Machtwesen ist das Dasein im Innern zweifach aufgerissen, in sich selbst zerspalten; einmal in der Weise der Daseins-erhellung durch die Vernunftvermögen aller Grade, aufsteigend vom zweckrational-hypothetischen Vermögen zu unbedingten Vernunft-einsichten; und zweitens in der Weise der Willenszerspaltung: so wie das Dasein als Ganzes Macht hat, so hat jede seiner Teilsphären ein eigenes Wirkenszentrum, die alle untereinander in einem Wirkens-zusammenhang stehen, denn von der Willenssphäre her wird die Willkür intelligibel bestimmt, von unten her sinnlich affiziert. Die Willens-aufspaltung ist eingebettet in die Erhellung durch die Vernunft, so daß die beiden sich durchdringen zu Gebilden, wie der wissenden, überlegenden Willkür oder dem vernünftigen Willen (das ist nicht ein Wille, der durch Vernunft bestimmt wird, sondern der sich mit ihr durchdringt; Kant setzt gelegentlich den Willen der praktischen Vernunft gleich, aber es handelt sich auch nicht um eine Identitätsbeziehung, denn das Ganze von Vernunft und Wille ist ja eben strukturiert in ein Seiendes und ein Wirkendes). Nach außen hin ist das menschliche Dasein ein geschlossenes Machtzentrum, im Innern ist es ein vernunfttheller Willenskosmos. Die innere Gliederung des Daseins, die sich als das Ineinander einer Seins- und einer Willensordnung zeigte, ist ferner zugleich eine Rangordnung, denn der Wille, der „gleich“ ist der Vernunft, ist auch

der Wertkern, das eigentliche Selbst des menschlichen Daseins, und die vernünftigen Bestimmungen der Willkür durch die praktische Vernunft sind in Einem sittliche Bestimmungen. Wäre nun der menschliche Wille ein vollkommen guter, so wären die objektiv-vernünftigen Regeln der Sittlichkeit zugleich die subjektiven Bestimmungsgründe seines Handelns; da er aber nicht an sich völlig der Vernunft gemäß ist, „so sind die Handlungen, die objektiv als notwendig erkannt werden, subjektiv zufällig, und die Bestimmung eines solchen Willens objektiven Gesetzen gemäß ist Nötigung; d. i. das Verhältnis der objektiven Gesetze zu einem nicht durchaus guten Willen wird vorgestellt als die Bestimmung des Willens eines vernünftigen Wesens zwar durch Gründe der Vernunft, denen aber dieser Wille seiner Natur nach nicht notwendig folgsam ist“ (Grundlegung, S. 34). Um die Frage nach dem Sittengesetz noch aufzuschieben, formulieren wir diese Aussagen etwas anders und gestehen nur zu, daß Handlungen als sittlich notwendig eingesehen werden können, vermeiden aber die Rede von den objektiven Gesetzen und der Gesetzmäßigkeit des Willens: es wäre dann möglich, gleichgültig wie, durch Rückwendung zum intelligiblen Willen über die Sittlichkeit einer Handlung zu entscheiden. Das Ergebnis dieser Entscheidung als ideale Gegenständlichkeit nennt Kant ein Gebot und die Formel, in der das Gebot ausgedrückt wird, einen Imperativ, einen Satz, der das Wort Sollen enthält (Grundlegung, S. 34). Umgekehrt wieder zeigt das Sollen in der imperativischen Formel das Verhältnis des intelligiblen Kernes (der Vernunft und Wille ist) zu einem Willen an, „der seiner subjektiven Beschaffenheit nach dadurch nicht notwendig bestimmt wird (eine Nötigung)“. Die Imperative sagen, „daß etwas zu tun oder zu unterlassen gut sein würde, allein sie sagen es einem Willen, der nicht immer darum etwas tut, weil ihm vorgestellt wird, daß es zu tun gut sei“ (Grundlegung, S. 34). Imperative sind demnach Ausdrücke für Gebote; die Gebote werden gegeben in Entscheidungen über die Sittlichkeit einer Handlung durch Appell an den intelligiblen Kern des Menschen; und die Situation des Appells, der Überprüfung einer Handlung durch eine höhere Instanz, ist gegeben durch die ontische Struktur des Menschen, durch seine Aufspaltung in einen intelligiblen Teil des Daseins und einen empirischen, der weiter gespalten ist in einen eigentlich sinnlichen und einen vernünftig-sinnlichen, der durch sein Doppelwesen den unteren mit dem oberen Teil verbindet.

Wir haben die Struktur des Daseins, wie Kant sie beschrieben hat, bisher nur in den wesentlichen Zügen nachgebildet, ohne die Frage ihrer Erschließung zu berühren: Woher wissen wir um den Logos des Daseins? Woher wissen wir, daß ein Sittengesetz nötig ist? Woher, daß es eine intelligible Vernunft gibt? — Das Aufschlußerlebnis, in dem die Nötigung eines Pflichtbegriffs bewußt wird, nennt Kant das moralische Gefühl und er versucht es zu erläutern in der Analogie zu den Lustgefühlen in der sinnlichen Affektion des Begehrungsvermögens. Sofern unsere Willkür von Empfindungen abhängig ist, folgt sie ihren Neigungen; wir erleben ein Bedürfnis nach irgendeinem Objekt und

im Erlebnis des Bedürfnisses, das wir befriedigen, indem wir unserer Neigung zur Befriedigung folgen, erschließt sich uns die Affektion unseres Begehrungsvermögens durch die Sinnlichkeit. Das entsprechende Gefühl, in dem wir durch die Vernunft bestimmt werden, ist das moralische Gefühl und der Neigung entspricht das moralische Interesse, das wir an einer Handlung nehmen. „Die Abhängigkeit eines zufällig bestimm- baren Willens... von Prinzipien der Vernunft heißt ein Interesse. Dieses findet also nur bei einem abhängigen Willen statt, der nicht von selbst jederzeit der Vernunft gemäß ist; beim göttlichen Willen kann man sich kein Interesse gedenken“ (Grundlegung, S. 35). Es sei un- möglich, meint Kant, ein Interesse ausfindig zu machen, welches der Mensch an moralischen Gesetzen nehmen könne, und gleichwohl nehme er es wirklich. Die Grundlage dafür sei in uns das moralische Gefühl, „welches fälschlich für das Richtmaß unserer sittlichen Beurteilung von Einigen ausgegeben worden, da es vielmehr als die subjektive Wirkung, die das Gesetz auf den Willen ausübt, angesehen werden muß, wozu Vernunft allein die objektiven Gründe hergibt“ (Grundlegung, S. 91). Damit das sinnlich affizierte vernünftige Wesen überhaupt wolle, was das Sollen vorschreibt, bedürfe es eines Vermögens der Vernunft, das der Willkür ein Gefühl der Lust einflößt, so wie die vorgestellte Befriedigung der Bedürfnisse durch die Neigungen als lustvoll erscheint. Es sei aber ganz unmöglich einzusehen, wie ein bloßer Gedanke, der selbst nichts Sinnliches enthält, ein Gefühl der Lust oder Unlust erregen könne; soviel sei nur sicher: daß die Gültigkeit des Gebotes nicht von dem Interesse abhängt, das wir daran nehmen, „sondern daß es inter- essiert, weil es für uns als Menschen gilt, da es aus unserem Willen als Intelligenz, mithin aus unserem eigentlichen Selbst entsprungen ist“ (Grundlegung, S. 91). An seiner systematischen Stelle als „Vorbegriff der Empfänglichkeit des Gemüts für Pflichtbegriffe überhaupt“ wird das moralische Gefühl in der Metaphysik der Sitten abgehandelt (S. 241ff.): Es gibt moralische Beschaffenheiten, die jeder Mensch hat und kraft deren er überhaupt erst verpflichtet werden kann; ein moralisches Gefühl zu haben, kann der Mensch nicht verpflichtet sein, da sein Besitz allem Pflichtbewußtsein vorhergeht. „Alles Bewußtsein der Verbindlichkeit legt dieses Gefühl zum Grunde, um sich der Nötigung, die im Pflicht- begriffe liegt, bewußt zu werden“ (S. 242). Die Einsicht in die Richtigkeit des Gebotes ist eine Sache der Vernunft; Verstandeskultur kann darüber aufklären, was Pflicht ist und was nicht. Das moralische Gefühl aber ist kein moralischer Sinn, durch den das Sittlich-Gute oder -Böse erkannt würde, sondern ein Erlebnis, in dem die Gebote in ihrer Verbindlichkeit, im Charakter ihrer Nötigung bewußt werden; die Erlebnisse des moralischen Gefühls erschließen das Sollen des Gebotes.

Die Gebote, die in den Imperativen formuliert werden, sind ihrem Inhalt nach als ideale Gegenstände geschieden von den Regungen des moralischen Gefühls; und sie werden auch nicht durch das moralische Gefühl ihrem Inhalt nach als sittlich richtige erkannt, das moralische Gefühl ist nicht die Instanz sittlicher Entscheidung; und weiter wird

auch der Charakter der Nötigung von der Gefühlsregung unterschieden, denn gerade im moralischen Gefühlserlebnis wird die Nötigung erst als etwas von dem Erlebnis Verschiedenes, ihr Entgegenstehendes, als Gegenständliches erschlossen. Die Nötigung ist Bestandteil der ontischen Struktur des Daseins, eine Machtbeziehung zwischen einem eigentlichen Selbst des Menschen und einem schlechteren, das eben dadurch als schlechteres charakterisiert ist, daß es in seinen Handlungen von den Geboten des Besseren abfallen und den Neigungen der Sinnlichkeit folgen kann; die Macht des besseren Selbst ist nicht absolut, sondern eben nur nütigend, ein ontischer Verhalt, der in Terminis wie Nötigung, Verbindlichkeit, Sollen bezeichnet, aber nur im Nacherleben originär gegeben werden kann.

Durch das moralische Gefühl wird die Machtbeziehung, die vom eigentlichen zum uneigentlichen Selbst geht, aufgeschlossen; die Beziehung der Freiheit des Willens zur Vernunftbestimmung erschließt Kant durch die Einsicht in das Sittengesetz. Zwischen den beiden, Freiheit und Sittengesetz, besteht eine Wechselbeziehung der Art, daß die Freiheit der Seinsgrund des Sittengesetzes, das Sittengesetz aber der Erkenntnisgrund der Freiheit ist. „Die Freiheit ist allerdings die *ratio essendi* des moralischen Gesetzes, das moralische Gesetz aber die *ratio cognoscendi* der Freiheit. Denn wäre nicht das moralische Gesetz in unserer Vernunft eher deutlich gedacht, so würden wir uns niemals berechtigt halten, so etwas als Freiheit ist (ob diese gleich sich nicht widerspricht), anzunehmen. Wäre aber keine Freiheit, so würde das moralische Gesetz in uns gar nicht anzutreffen sein“ (Kritik der praktischen Vernunft, S. 4, Anm.). Diese Aufschlußbeziehung von Sittengesetz zur Freiheit ergibt sich für Kant aus der „Formalität“ des Sittengesetzes: Wenn der Wille durch Gebote bestimmt wird, die eine Materie des Handelns vorstellen, dann wird er empirisch-sinnlich bestimmt, nur wenn das Gebot völlig materiefrei ist, also die bloße Form eines Gesetzes hat, dann bestimmt es den Willen durch bloße Vernunft, d. h. da Wille gleich Vernunft ist, wird er durch sein eigenes Gesetz bestimmt, ist er autonom, ist er frei. Wenn für einen Willen die bloße allgemeine gesetzgebende Form als Bestimmungsgrund seines Handelns dient, dann ist er unabhängig vom Gesetz der empirischen Kausalität. „Eine solche Unabhängigkeit aber heißt Freiheit im strengsten, d. i. transzendentalen Verstande. Also ist ein Wille, dem die bloße gesetzgebende Form der *Maxime* allein zum Gesetze dienen kann, ein freier Wille“ (Kritik der praktischen Vernunft, S. 37).

Daß das Sittengesetz, von dem Kant behauptet, es sei formal, einen Inhalt hat, ist selbstverständlich; ein Gesetz stellt wesensmäßig eine Beziehung zwischen Terminis her; ein Gesetz ohne Inhalt ist eine *contradictio in adjecto*. Aber wir wollen die Frage nach dem Inhalt noch aufschieben und hier nur untersuchen, warum Kant die Behauptung von der Formalität aufgestellt hat und was er mit ihr erreichen wollte. — Ein erstes Bestimmungsstück für die Annahme der Formalität lag in der traditionellen Anschauung, daß die sittliche Bestimmung des

Handelns überhaupt an ein generelles Gesetz geknüpft sei. Unter Sittengesetzen versteht Kant allgemeine Sätze, die für den Willen eines jeden vernünftigen Wesens als gültig anerkannt werden. Selbst wenn für diese Gesetze eine Materie zugelassen würde, ginge eine ethische Theorie, die mit ihnen arbeitet, von der ontologischen Voraussetzung aus, daß alle eigentlichen Selbst der Menschen geschichtslose Exemplare eines Typus und ohne persönliche Einzigkeit sind und daher alle in allen Situationen des Daseins mit den gleichen Grundsätzen an ihr schlechteres Selbst nötigend herantreten — eine ontologische Voraussetzung, die wir heute nicht machen, und von der wir daher absehen müssen, um zu dem für uns wertvollen Teil der Kantischen Lehre vom Sollen vorzudringen. — Ein zweiter bestimmender Grund für die Annahme des formalen Gesetzes lag für Kant darin, daß er den Ablauf eines menschlichen Lebens nicht seinem gesamten Inhalt nach als Entfaltung eines persönlichen Wesens zu verstehen vermochte. Wir haben schon gesehen, daß die Leiblichkeit des Menschen, Adel, politischer Status, Geschichte für ihn nicht als Sphären der Personsentfaltung gelten. Zu ganz wesentlichen Ausdrucksinhalten des Daseins fehlte Kant der Zugang; so tief er das eine Problem, das ihn erregen konnte, das der Pflicht, erfaßte, so verschlossen war seine Seele für alle anderen Daseinsinhalte. So kommt es, daß fast der ganze Inbegriff der Inhalte, die gesamten, dem Menschen eigentümlichen Typen des Handelns unter den Begriff unpersönlicher Materie fallen und nur durch sinnliche Affektion als für die Willkür motivierende vorgestellt werden, während ein ganz bescheidener Rest für das Sittengesetz als Personsausdruck übrigbleibt. Die Disproportion der Masseverteilung ist so groß, daß Kant der Meinung sein konnte, er habe die ganze Handlungsmaterie auf die Seite der Sinnlichkeit geschoben, und für die Vernunft, das eigentliche Selbst, eine inhaltleere Form übrig behalten. — Der dritte Grund für die Annahme der Formalität ist die Identifikation des eigentlichen Selbst, das als Gesetzes- und Sollensquelle vorgestellt wird, mit der reinen Vernunft, deren Inhalt als intelligibler grundsätzlich nur einem göttlichen Anschauungsvermögen zugänglich ist, nicht aber einem endlichen Verstand. — Diese drei Gründe haben zum Ergebnis, daß Kant 1. nicht den Gedanken in seinem System fassen kann, daß zu jeder beliebigen Gebotsmaterie der Index des Sollens von dem eigentlichen Selbst ohne Vermittlung eines generellen Gesetzes erteilt oder nicht erteilt werden kann, und daß 2. das unvermeidliche generelle Gesetz als leer vorgestellt wird, weil a) der persönliche Gehalt des Kantischen Selbst so dürftig ist, daß er leicht übersehen werden kann, und weil b) das Selbst als intelligible Vernunft seinem Inhalt nach grundsätzlich nicht erkannt werden kann.

Aus der Gleichung: Eigentliches Selbst = reine Vernunft = Gesetzmöglichkeit, folgt notwendig, daß die sittliche Entscheidung des eigentlichen Selbst durch eine Qualität eines Gesetzes charakterisiert sein muß, und diese Qualität ist eben die Formalität. Sie ist für Kant der Ausdruck für eine Willensbestimmung, die erlebnismäßig deutlich von

der sinnlichen Affektion, von dem Nachgeben an die sinnlichen Neigungen sich unterscheidet, so daß durch seine Formalität das Sittengesetz zum Hinweis, zum Aufschlußerlebnis dienen kann für eine Bestimmung des Willens aus der Spontaneität seiner eigenen Vernunft und damit für die Eigengesetzlichkeit, die Autonomie des Willens. „Wir können uns reiner praktischer Gesetze bewußt werden, ebenso wie wir uns reiner theoretischer Grundsätze bewußt sind, indem wir auf die Notwendigkeit, womit sie uns die Vernunft vorschreibt, und auf Absonderung aller empirischen Bedingungen, dazu uns jene hinweist, achthaben. Der Begriff eines reinen Willens entspringt aus den ersteren, wie das Bewußtsein eines reinen Verstandes aus dem letzteren.“ Die wahre Unterordnung der Begriffe sei, daß „Sittlichkeit uns zuerst den Begriff der Freiheit entdecke, mithin praktische Vernunft zuerst der spekulativen das unauflösliche Problem mit diesem Begriffe aufstelle“ (Kritik der praktischen Vernunft, S. 38). In einem anderen Zusammenhang wird die Stellung dieses unauflöslichen Problems so formuliert, daß im sprachlichen Ausdruck die Bindung der Aufschlußfrage an das Gesetz und seine Formalität nicht aufscheint; es wird daher jenes eigentümliche Moment des Aufschlußerlebnisses deutlicher sichtbar, auf das die Formalität zuletzt hinweist, die Spontaneität. Ohne das Sittengesetz expressis verbis in das Argument zu verflechten, findet Kant (Grundlegung, S. 87), der Rechtsanspruch selbst der gemeinen Menschenvernunft auf Freiheit des Willens gründe sich „auf das Bewußtsein und die zugestandene Voraussetzung der Unabhängigkeit der Vernunft von bloß subjektiv-bestimmenden Ursachen, die insgesamt das ausmachen, was bloß zur Empfindung, mithin unter die allgemeine Benennung der Sinnlichkeit gehört“. Der Mensch kann sich als Sinnenwesen unterworfen den Gesetzen des Naturablaufes vorstellen und er kann sich als Intelligenz denken, und als solche mit einem Willen, mit einer Kausalität ausgestattet, die unabhängig von äußeren Gesetzen wirkt. „Daß er sich selbst aber auf diese zweifache Art vorstellen und denken müsse, beruht, was das erste betrifft, auf dem Bewußtsein seiner selbst als durch Sinne affizierten Gegenstandes, was das zweite anlangt, auf dem Bewußtsein seiner selbst als Intelligenz, d. i. als unabhängig im Vernunftgebrauch von sinnlichen Eindrücken (mithin als zur Verstandeswelt gehörig).“ Das eigentliche Selbst wird erschlossen in Erlebnissen der Willensspontaneität; durch sie bekommen die auftretenden Gebote den Charakter der Herkunft aus einem höheren Ich.

Das Spontaneitätserlebnis und seine Diskussion liegt noch völlig in der Denkschematik der zweifachen Zweiteilung; die praktische Freiheit, die wir erleben, ist die Unabhängigkeit von der Nötigung durch die Sinnlichkeit, ist das Erlebnis der spontanen grundlosen Bestimmung des Handelns eines Menschen, der auch sinnlich affiziert werden kann. In ihm erschließt sich eine metaphysische Realität, die von Kant gleichfalls mit dem Terminus der Spontaneität belegt wird, da ein Wirkenszentrum darunter gedacht wird, das intelligible Ich, das nicht unter Naturgesetzen steht,

sondern Handlungsreihen von selbst anfangen kann. Die Diskussion dieser Beziehung, zwischen dem intelligiblen Ich und dem empirischen, oder dem Ding an sich und dem Ding als Erscheinung spielt sich aber in dem Schema ab, das Kant über das traditionelle gelagert hat, in dem eigentlich Kantischen Dualismus von mundus sensibilis und mundus intelligibilis. Bevor wir dieses neue Problem, das der transzendentalen Freiheit, mit seiner einfach dualistischen Schematik untersuchen, seien noch einige Bemerkungen zur Form des Kantischen Philosophierens in der Dreiteilung gestattet.

Den Kantischen Gedanken haftet eine eigentümliche Vagheit an, die zu beseitigen uns nicht gelungen ist und auch nicht gelingen konnte, weil es sich nicht um eine Undeutlichkeit handelt, die ihren Grund in einem Mangel an analytischer Schärfe hätte, sondern um eine wesentliche Form des Kantischen Philosophierens. Sprachlich-sinnlich wird die Schärfe der Begriffe durch die Bilder unmöglich gemacht, die dem Gedanken als Ausdrucksmittel dienen. Das traditionelle dualistische Schema wird durch die Worte Sinnlichkeit und Vernunft bezeichnet, genügt aber nicht einer Thematik, die eigene Termini für den Verstand als Einheit des Erkenntnisvermögens, für das Vermögen zweckrationaler planender Überlegung und für die reine Vernunft braucht; Verstand und Vernunft treten darum häufig als Synonyma auf und lassen eine hintergründliche Einheit des höheren menschlichen Vermögens durchschimmern. Über das traditionelle lagert sich ein zweites Bild, in dem der empirische Mensch mitsamt seinen höheren Vermögen als Basis dient für eine intelligible Spitze, die in eine andere Welt hinaufragt; die Termini für die andere Welt (Verstandes- oder Vernunftreich) sind die gleichen, die auch im ersten Bild zur Bezeichnung jener höheren Vermögen verwandt werden, die jetzt als empirische zur sinnlichen Basis gehören. In einem dritten Bild wird der Mensch als Erscheinung gesehen, der nicht über, sondern hinter sich das in ihm erscheinende Ding an sich hat, als Mensch, der zugleich Erscheinung und Erscheinendes hinter seiner Erscheinung ist; dadurch wird wieder ein Zusammenfluß der Termini nötig, denn der Mensch als Erscheinung ist ja nicht ein anderer als der Mensch an sich, sondern eben derselbe Mensch, nur unter verschiedenen Aspekten. In einem vierten Bild ist ein eigentliches Selbst eine Art Kern, eine Mitte, um die sich äußere Daseinsschichten lagern. In allen diesen Bildern als Abbildern schatten sich die Begriffe ab, so daß nicht eines von ihnen die Bedeutung eigentlicher trifft als ein anderes, sondern nur im Durchwandern der Reihe das Urbild im Geiste des Mit-Philosophierenden lebendig wird.

Mit den sinnlich-sprachlichen Bildern durchdringen sich die Strukturen des Themas zu Ausdrücken des philosophierenden Geistes. Die „Vagheit“ der Gedanken hat ihren Wesensgrund darin, daß die Themen nicht gegenständlich gemacht, nicht in Aussagen über sie erfaßt werden, sondern mit ihrer Struktur als Ausdrucksmittel für den lebendigen philosophischen Gang durch sie alle hindurch dienen. Wir haben (unter Gewissensbissen wegen dieser Barbarei) versucht, einige Themen ihrer

Funktion als Ausdrücke der philosophischen Bewegung zu entkleiden und sie gegenständlich im Einzelnen zu betrachten: z. B. sonderten wir die Gliederung des menschlichen Wesens in Instinkte, Habitus, praktischen Verstand und Geist, von der Gliederung in ein besseres und ein schlechteres Selbst; wir versuchten, die Willensproblematik von der Frage des Wesensaufbaues zu trennen und die rationalistischen Elemente, die Gesetzesvorstellung, aus dem eigentlichen Selbst abzuschneiden. Wir konnten diese Trennungen vollziehen, weil die Themen als trennbare in den Kantischen Begriffen eingeschlossen waren, wenn sie auch dort die ganz andersartige Funktion als Ausdrucksmittel einer philosophischen Denkbewegung hatten. In den Ausdruckseinheiten spiegelt sich der Gang durch die Themen, die wir auseinanderlegten: Die Vernunft wurde abgeschattiert als Gesetz, als unerkennbarer Ich-Kern, als eigentliches Selbst, als Wille, als Intelligenz; der Wille war heilig, wenn der philosophische Blick zu Gott hinging, er war vollkommen rein, wenn der Blick zu einem endlichen, aber nicht-sinnlichen Wesen schweifte; er war nicht durchaus rein, aber frei, wenn an die sinnliche Affektion des Willens gedacht wurde; wurde an diese Affektion gedacht, so stellte sich der Begriff einer Willkür ein, die durch Vernunft bestimmbar ist; da aber Vernunft und Wille dasselbe ist, so bestimmte nun der Wille die Willkür; es gab also zwei Machtzentren, die wieder zu einem zusammengeschlossen wurden im Begriff des Begehrungsvermögens, da es sich ja doch um den Willen des einen Menschen handelte; die Willkür selbst war nicht nur von Vernunft bestimmt, sondern selbst vernünftig, da sie von der Sinnlichkeit nur affiziert, nicht nezesitiert war; die Vernunft ist der Wille, aber sie ist mit dem Willen nicht identisch, zur Willkür gehört das Überlegen, aber sie ist nicht bloß das Vermögen zu rationalen Plänen usw.

Diese ausgedehnte Mannigfaltigkeit von Abschattungen und Reihen von Abschattungen des Einen, des vernünftigen Daseins des Menschen, wird sprachlich zur Einheit geschlossen durch das modale Adverb „sofern“: an irgend einem Punkt, der für genügend sicher angesehen wird, um als Ausgang zu dienen, beginnt der Gang des Philosophierenden und er geht durch das Themenfeld, indem er die Punkte aufeinander durch das „sofern“ bezieht: Sofern die Willkür sinnlich affiziert ist, ist sie nicht rein, sofern sie aber durch Vernunft bestimmt werden kann, ist sie frei; sofern der Wille frei ist, wird er durch ein Sittengesetz bestimmt; sofern er durch ein Sittengesetz bestimmt wird, wird er durch Vernunft bestimmt; sofern er selbst Vernunft ist, gehorcht er, indem er dem Sittengesetz folgt, seinem eigenen Gesetz, ist er autonom; sofern er autonomer, sich selbst durch seine Vernunft bestimmender Wille ist, ist er eigentliches Selbst; sofern er eigentliches Selbst ist, nötigt er die Willkür; er kann sie nötigen, sofern er eine Kausalität ist; sie kann genötigt werden, sofern sie das Vermögen des moralischen Gefühls hat; die Imperative bestimmen die Kausalität eines vernünftigen Wesens „bloß in Ansehung“ der Zulänglichkeit zur Wirkung und heißen dann hypothetische Imperative; sie bestimmen

den Willen als Willen, „noch ehe ich frage“, ob ich das zu einer begehrten Wirkung erforderliche Vermögen habe, und heißen dann Gesetze; die Gesetze führen eine Notwendigkeit mit sich, welche, „wenn sie praktisch sein soll“, von pathologischen Bedingungen des Willens unabhängig sein muß usw. Das Wort „sofern“ kann — wie in den zuletzt angeführten Stellen — durch andere sprachliche Wendungen ersetzt werden, aber ihre Funktion bleibt die gleiche: eine Kernsubstanz, auf die selbst hin sich die Aussagen niemals richten, in einer Mannigfaltigkeit von Ausdrücken abzubilden, die alle untereinander durch die Relation des „sofern“ verbunden und rückverbunden werden. Alle anderen Beziehungen, die sprachlich auftreten, verlieren ihren eigentlichen Sinn: Wenn Vernunft gleich Wille ist oder Vernunft gleich Gesetz, so wird nicht eine Identitätsbeziehung behauptet, sondern nur eine hintergründlich identische Daseinssubstanz gemeint, an der Vernunft, Wille und Gesetz als Modi erscheinen. Wenn die Gesetze als notwendig bezeichnet werden, so verfließt in diesem Terminus die Vorstellung von ihrer sittlichen Evidenz, von ihrer Beziehung auf einen Wertverhalt mit der anderen, nach der, „sofern“ Gesetze gleich Vernunft, gleich Wille, gleich Kausalität sind, unter Notwendigkeit eine wirkende bestimmende Macht zu verstehen ist; die Notwendigkeit wird hinüberschattiert zur Nötigung, in der wieder die reale, wenn auch wegen der entgegenstehenden Sinnlichkeit nicht absolute bestimmende Macht mit dem Sollen verfließt, das aus der ontischen Wertverschiedenheit des eigentlichen und des schlechteren Selbst stammt usw. Von jedem beliebigen Punkt des Begriffsnetzes kann der Denker zu jedem anderen durch die Verknüpfung des Sofern fortschreiten und zurückschreiten, weil der Ausgangspunkt nicht die identische hintergründliche Substanz selbst ist, sondern ein Bild, mit allen andern von gleichem Rang. Der Wille ist ebenso die „Vernunft sofern...“ wie die Vernunft der „Wille sofern...“ ist; jedes Bild ist das Eine und zugleich das Andere, weil keines Es Selbst ist, durch jedes aber das gleiche Etwas hindurchschimmert, das auch in allen andern sich abbildet. Jedes der Bilder ist transparent für den identischen Kern, aber der Kern selbst wird nie Subjekt einer Aussage, vielmehr beziehen sich alle Aussagen auf ihn nur durch die Aussagen über die Abbilder hindurch. Ein ausgewogenes, gleichsam in sich selbst ruhendes, frei schwebendes System von Begriffen wird so erzeugt, in dem die philosophischen Themen nicht gegenständlich werden, sondern nur die Bahnen vorschreiben, in denen sich die philosophierende Existenz zu bewegen hat, wenn sie, den Blick immer auf das metaphysisch Reale gerichtet, es auf notwendigen Wegen umwandelt.

Zweifach ist diese Welt lebendigsten philosophischen Ausdrucks bedingt: durch die Grundbilder, mit denen die Bewegung des Sofern anhebt, und durch die Anschauung des Identischen, die sich in der Bewegung ausdrückt. Die vorgegebene Terminologie ist die konventionelle der Zeit: Sinnlichkeit, Verstand, Vernunft, Wille, Begehrungsvermögen, Mensch, Subjekt, endliches Wesen. Von ihr geht Kant aus und beraubt sie aller überlieferten Festigkeit, indem er sie in den

Strom seines Philosophierens hineinsaugt: der Mensch ist sinnliches, verständiges, vernünftiges Wesen, ist die Einheit von Sinnlichkeit und Vernunft, die Vernunft ist beschränkt durch die Sinnlichkeit und insofern ihrer Wirkung unterworfen, die Sinnlichkeit beschränkt in ihrer Wirkung durch die Vernunft, der Wille zugleich Sinnlichkeit und Nicht-Sinnlichkeit, zugleich Vernunft und Nicht-Vernunft, zugleich bestimmt und nicht-bestimmt, die Vernunft gleich Wille gleich Willkür gleich sinnlicher Affektion, der Wille die Willkür bestimmend, die Willkür moralisches Gefühl, das moralische Gefühl an der Willkür, also am Willen, also an der Vernunft, die doch wieder das moralische Gefühl durch ihr Gesetz erregt usw. Alles kann zu Allem werden, weil die gesamte Thematik nur als Ausdruck gefaßt wird für das Eine und Identische, an dem sie auftritt. Dieses eine und identische Metaphysikum aber hat sich für Kant erschlossen in dem tief erregenden Bewußtsein der Spontaneität des Handelns und der sittlichen Nötigung. Hier ist die Erlebnismitte, von der her seine Welt der Begriffe gehalten wird, ohne sich chaotisch zu verwirren oder in sich zusammenzustürzen.

Das Sollen wird uns erschlossen in den Erregungen des moralischen Gefühls; die Inhalte der Gebote werden es durch apriorische Vernunft-einsicht; und die Freiheit unseres Handelns nach sittlichen Geboten in dem Spontaneitätserlebnis. „Sie (die Freiheit) gilt nur als notwendige Voraussetzung der Vernunft in einem Wesen, das sich eines Willens, d. i. eines vom bloßen Begehrungsvermögen noch unterschiedenen Vermögens (nämlich sich zum Handeln als Intelligenz, mithin nach Gesetzen der Vernunft, unabhängig von Naturinstinkten zu bestimmen) bewußt zu sein glaubt“ (Grundlegung, S. 89). Die Zwischenfrage nach dem Sittengesetze und seinem Inhalte scheiden wir wieder aus, so daß der Weg der Erschließung der Daseinskonstitution unmittelbar von der erlebten Spontaneität meines Handelns zum Quellpunkt der spontanen Handlung geht, der von Kant die Kausalität aus Freiheit genannt wird. Wie eine solche spontane, den Gesetzen des Erfahrungszusammenhanges nicht unterworfenen Kausalität möglich sei, kann allerdings nicht gesagt werden, da sie ja über alle Erfahrung hinausliegt, wohl aber kann ihre Verträglichkeit mit der Erfahrung dargetan werden und dies zu tun ist eine unerläßliche Aufgabe, da der Freiheitsbegriff nun einmal durch die Spontaneitätserfahrung als Problem aufgedrängt wurde. In der Kritik der reinen Vernunft unternimmt Kant den Nachweis der Verträglichkeit von Erfahrung und transzendentaler Freiheit, und es will uns scheinen, als seien die Hauptlinien des Aufbaues auch dieses in seiner Thematik erkenntniskritischen Werkes ganz wesentlich dadurch bestimmt, daß es eine Grundlegung der praktischen Freiheit geben soll.

Die Untersuchung des Freiheitsproblems gipfelt in den Erläuterungen zur Antithetik der dritten Antinomie. Die transzendente Freiheit als die spontane intelligible Kausalität wird unterschieden von der praktischen Freiheit, d. i. der Unabhängigkeit der Willkür von der Nötigung durch Antriebe der Sinnlichkeit (B 562), und die transenden-

tale als die Voraussetzung für die praktische bestimmt. Der Anlaß, sich mit dem Freiheitsproblem zu beschäftigen, wird ähnlich beschrieben wie in den späteren Schriften, als ein Erlebnis des Menschen, in dem er „sich selbst auch durch bloße Apperzeption, und zwar in Handlungen und inneren Bestimmungen, die er gar nicht zum Eindruck der Sinne zählen kann“, erkennt (B 574) — eine Formulierung des Erlebnisses der spontanen Bestimmung des Handelns, die sogar verdient, allen späteren vorgezogen zu werden, weil die Deskription noch nicht getrübt wird durch die Lehre vom Sittengesetz und die Spontaneität daher noch nicht zusammenfließt mit dem anderen Problem der Herkunft der Inhalte der praktischen Gesetze. Diese Sätze, die schon unmittelbar hinüberweisen zu den Systemproblemen der Ethik, ergeben sich nun im Gange einer erkenntniskritischen Untersuchung, die primär ein anderes Thema im Blick hat, und es zeigt sich, daß wesentliche Teile der Kritik der reinen Vernunft von allem Anfang an so angelegt sind, daß sie zur Begründung des Freiheitsproblems tauglich werden, und zwar vor allem die dritte Antinomie selbst und ferner die Untersuchung über Phänomena und Noumena.

Das Problem der dritten Antinomie wird fürs erste im Sinnzusammenhang der Vernunftkritik als einer Erkenntniskritik entwickelt, ohne daß von allem Anfang das Ende in der Spontaneität der menschlichen Handlung in Sicht sein müßte. Der konstruktive Ort der Antinomie ist genauestens vorbestimmt durch die Ansätze der transzendentalen Ästhetik und Analytik, und zwar a) durch die Urteils- und Kategorien-tafel, b) die Möglichkeit des freien, nicht auf Erfahrung gehenden Gebrauches der Kategorien, c) die möglichen Beziehungen, die unsere Vorstellungen haben können, und zwar im besonderen die Beziehung auf Objekte, d) die Auslese der Kategorien, in denen die Synthesis eine Reihe der Zuordnung der untergeordneten Bedingungen zu einem Bedingten ausmacht, und schließlich e) für die dritte Antinomie durch die Reihe der ursächlichen Bedingungen. Diese gesamte, sehr verwickelte erkenntnistheoretische Problematik hat unmittelbar nichts mit den Fragen der Ethik zu tun und man könnte sich eine Weiterführung der Untersuchung denken, die nicht gerade in der Lösung der Frage menschlicher Spontaneität ausläuft, aber sehr bald wird hinter dem primären erkenntnistheoretischen Ziel das ethische sichtbar und gewinnt so an Bedeutung, daß die Rangordnung sich umkehrt. Denn schon in der Anmerkung zur Thesis der dritten Antinomie wird das kaum entwickelte Problem der Schließung des unendlichen Regresses der Ursachen durch eine unbedingte Ursache umgebogen zu der für Kant wichtigen Frage des Eingriffs unbedingter Ursachen an jedem beliebigen Punkt der Erscheinungsreihe. Nach der Thesis können die Erscheinungen der Welt nicht insgesamt aus der Kausalität nach Gesetzen der Natur abgeleitet werden, sondern es bedarf der Annahme einer unbedingten Kausalität, d. i. der Kausalität aus Freiheit zur völligen Erklärung. Denn würde alles, was geschieht, nur unter Naturgesetzen betrachtet, so könnten wir nur, im Erfahrungszusammenhang fortschreitend, zu jeder Ursache eine ältere,

in der Zeit vorangehende Ursache finden und es gäbe immer nur einen subalternen, niemals einen ersten Anfang — der doch zur vollständigen Bestimmung der Erscheinung erforderlich wäre. Es muß daher „eine absolute Spontaneität der Ursachen, eine Reihe von Erscheinungen, die nach Naturgesetzen läuft, von selbst anzufangen, mithin transzendente Freiheit“ angenommen werden (B 474). Wir sehen nun, in der erwähnten Anmerkung zur Thesis, daß die Untersuchung zur Ursprungsfrage der Erscheinungswelt nur geführt und nur so weit geführt wurde, um als Grundlage für die Lehre von der Freiheit des Menschen als eines Vernunftwesens und vom Sollenserlebnis hinzureichen. Sobald die Notwendigkeit eines ersten Anfanges der Welt nur eben dargetan ist, geht das Denken eilig weiter zu der Folgerung: „Weil aber dadurch doch einmal das Vermögen, eine Reihe in der Zeit ganz von selbst anzufangen, bewiesen (obzwar nicht eingesehen) ist, so ist es nunmehr auch erlaubt, mitten im Lauf der Welt verschiedene Reihen der Kausalität nach von selbst anfangen zu lassen, und den Substanzen derselben ein Vermögen beizulegen, aus Freiheit zu handeln“ (B 478). Wir finden ein Maß für die fast unhöfliche Hast, mit der Kant sich vom Welturheber ab und dem Menschen zuwendet, wenn wir uns der Meditationen des hl. Augustin über das Verhältnis von creator und creatura erinnern. Ganz ähnlich wie Kant hat auch Augustin die kosmologische Frage des Weltanfanges, des Anfangs der gesamten creatura mit ihrer Zeit zu untersuchen, obwohl auch für ihn der Mensch der wichtigste Teil der creatura ist. Aber wie hingebend vertieft sich Augustin in die Einzelheiten der Beziehung zwischen dem ewigen Schöpfer und der Zeitlichkeit der Welt, wie sucht und findet er immer neue treffliche Formeln, um die aeternitas und das permanere in ihrer Beharrlichkeit jenseits des Fließens der Zeit festzuhalten, wie durchdrungen vom Erlebnis der kreatürlichen Niedrigkeit ist die Rede von der distentio animi, der Verfallenheit des Geistes, aus der er sich in der intentio zurückspannen soll zur Gottheit. Im Vergleich mit dieser Bescheidenheit werden uns die Antriebe des Kantischen Denkens deutlicher; wir spüren das Besessensein von der weltzugewandten Spontaneität des menschlichen Handelns und seinem Sollensgesetz, wenn Kant, nachdem er die Rätsel der göttlichen Spontaneität nur eben angedeutet hat, sich schnell seinem kleinen Gott, dem spontanen Menschen, zuwendet.

Eine ähnliche Wendung von der Weltbetrachtung zum Menschen bemerken wir in der Einengung der Untersuchungen über das Ding an sich und die noumenale Sphäre auf die besondere Frage nach dem Noumenon des Menschen. Die Aura von Undeutlichkeit um den Begriff des Dinges an sich, die zu so verschiedenartigen Ausdeutungen Raum gab, hat ebenso wie die Undeutlichkeit und Hast des Spontaneitätsbegriffes (der aber die neueren Erkenntnistheoretiker weniger interessiert und daher weniger umstritten war) ihren Grund darin, daß die zentrale Absicht der Kantischen Spekulation gar nicht auf die völlige Auflösung dieses Problems, sofern es in einer Theorie unserer

Erkenntnis von der Erfahrungswelt auftritt, gerichtet war. Die Aufklärung des Wesens der noumenalen Sphäre wird in der Erkenntnis-kritik nur so weit getrieben, um die Möglichkeit eines transempirischen Bezirkes aufzuweisen und seine Verträglichkeit mit unserer Erfahrung von der Erscheinungswelt zu zeigen. Gewiß hat auch die Lehre von den noumenalen Gegenständen, so wie die Antinomik, ihren Ort im Zusammenhang der Erkenntniskritik: die Einschränkung des Kategoriengebrauches auf die begriffliche Verarbeitung des in sinnlicher Anschauung Gegebenen ist als Einschränkung nur zu verstehen gegenüber einem Jenseits der Schranken. In der vorsichtigsten Formulierung ist der Begriff vom Noumenon ein Grenzbegriff und nur von negativem Gebrauch, aber noch in dieser Ausdünnung ist er „gleichwohl nicht willkürlich erdichtet, sondern hängt mit der Einschränkung der Sinnlichkeit zusammen“ (B 311). Jenseits dieser engsten Formel vom Ding an sich als Grenzbegriff der Erkenntnis dehnen sich die Abgründe der Fragen, ob jedem empirischen als einem Erscheinungsding ein Ding an sich korrespondiere, ob das Ding an sich als Korrelat zu unserem Anschauungs- und Erkenntnisvermögen zu setzen sei, ob es Dinge an sich gebe, die in empirischer Anschauung überhaupt nicht aufscheinen können, welches intellektuelle Vermögen die Dinge an sich selbst zu fassen imstande sei, wie sich das Ding an sich zu den Ideen in den Pflanzen, den Tieren und der regelmäßigen Anordnung des Weltbaues verhalte usw.

Ohne allzutief in sie hineinzuleuchten, geht Kant zwischen diesen Abgründen hindurch den geraden Weg zum Ding an sich, sofern es intelligibler Charakter des Menschen ist. Sprachlich wird die Wendung von der kosmologischen zur menschlich-ethischen Frage dadurch vorbereitet, daß an die Stelle der Worte, die für die naturale Sphäre passen, andere treten, die auf den Menschen angewendet werden können, ohne daß zunächst von diesem selbst gesprochen würde. Der Abschnitt, der überschrieben ist „Möglichkeit der Kausalität durch Freiheit in Vereinigung mit dem allgemeinen Gesetz der Naturnotwendigkeit“ (B 566ff.), beginnt mit dem Satz: „Ich nenne dasjenige an einem Gegenstand der Sinne, was selbst nicht Erscheinung ist, intelligibel.“ Wir bewegen uns terminologisch in der naturwissenschaftlich-erkenntnistheoretischen Überlegung, in der gesagt werden mußte: „Die Sinnlichkeit und ihr Feld, nämlich das der Erscheinungen, wird selbst durch den Verstand dahin eingeschränkt: daß sie nicht auf Dinge an sich selbst, sondern nur auf die Art gehe, wie uns vermöge unserer subjektiven Beschaffenheit Dinge erscheinen. Dies war das Resultat der ganzen transzendentalen Ästhetik; und es folgt auch natürlicherweise aus dem Begriffe einer Erscheinung überhaupt: daß ihr Etwas entsprechen müsse, was an sich nicht Erscheinung ist, weil Erscheinung nichts für sich selbst und außer unserer Vorstellungsart sein kann, mithin, wo nicht ein beständiger Zirkel herauskommen soll, das Wort Erscheinung schon eine Beziehung auf Etwas anzeigt, dessen unmittelbare Vorstellung zwar sinnlich ist, was aber an sich selbst auch ohne diese Beschaffenheit unserer Sinnlichkeit (worauf sich die Form unserer Anschauung gründet) Etwas,

d. i. ein von der Sinnlichkeit unabhängiger Gegenstand sein muß“ (A 251f.). Während also der erste Satz noch die Beziehung zwischen Erkenntnisgegenstand und Erkenntnissubjekt im Auge hat, spricht der zweite nicht nur von intelligiblen oder noumenalen Gründen oder Ursachen des Erscheinungsdinges, sondern schon von einem „Vermögen“, „welches kein Gegenstand sinnlicher Anschauung ist“, er nennt ferner den Gegenstand der Sinne mit dem weniger naturalen Ausdruck „Wesen“ und die Erscheinungsweisen seiner Wirksamkeit „Handlungen“. Der dritte Satz ersetzt das Wesen durch das „Subjekt“: „Wir müssen uns demnach von dem Vermögen eines solchen Subjektes einen empirischen, im gleichen auch einen intellektuellen Begriff seiner Kausalität machen, welche bei einer und derselben Wirkung zusammen stattfindet“ (B 566). Und der sechste Satz führt schließlich den Terminus „Charakter“ ein: „Es muß aber eine jede wirkende Ursache einen Charakter haben, d. i. ein Gesetz ihrer Kausalität, ohne welches sie gar nicht Ursache sein würde“ (B 567). Die Diskussion über das Ding an sich wird auf diese Weise transponiert in eine über die Beziehungen zwischen dem empirischen und dem intelligiblen Charakter des Menschen, denn — damit wird plötzlich der Mensch auf die sorgfältig vorbereitete Szene geschoben — „der Mensch ist eine von den Erscheinungen der Sinnenwelt, und insofern auch eine der Naturursachen, deren Kausalität unter empirischen Gesetzen stehen muß“ (B 574).

Soweit wäre das Ergebnis nicht erstaunlich und die Darlegungen nicht wert, die Kant darauf wendet: hinter dem Menschen als Erscheinung für unsere Sinnlichkeit gäbe es einen Menschen an sich, wie hinter jedem Erscheinungsding ein Ding an sich anzunehmen ist. Die ganze Tragweite der umfangreichen Vorbereitung wird erst sichtbar in dem Augenblick, da Kant nun den letzten Schritt tut und den Menschen als Ding an sich identifiziert mit der durch das Spontaneitätserlebnis erschlossenen Vernunftpersönlichkeit. Denn, so folgert er: „Bei der leblosen oder bloß tierisch belebten Natur finden wir keinen Grund, irgendein Vermögen uns anders als bloß sinnlich bedingt zu denken. Allein der Mensch, der die ganze Natur sonst lediglich nur durch Sinne kennt, erkennt sich selbst auch durch bloße Apperzeption“ (B 574). Die Erkenntniskritik wandelt sich durch diese Identifikation radikal zu einer Realontologie. Der Begriff des Dinges an sich wurde als ein Gegenbegriff unserer Erkenntnis von der Erscheinungswelt aufgestellt und in dieser Bedeutung war als intelligibel die gesamte Welt zu verstehen, insofern sie das Erscheinende hinter der Erscheinung ist. Das Ding an sich war gemeint als Terminus in einer Relation, sei es, daß am anderen Ende der Beziehung die menschliche Sinnlichkeit zu denken war, die vom Ding an sich affiziert wurde (B 59ff.), sei es, daß als Gegenbegriff das Ding als Erscheinung gedacht war (B 308f.). Der erkenntnistheoretische Relationscharakter wird nun im Verlaufe der terminologischen Verschiebungen, die wir angedeutet haben, verdrängt von der ganz anderen Bedeutung des Noumenon, das uns durch das daseinerhellende Spontaneitätserlebnis erschlossen wird. Jetzt

handelt es sich nicht mehr darum, wie Dinge für ein erkennendes Bewußtsein gegeben werden, sondern wie sich das menschliche Dasein aufbaut und wie sein Aufbau für uns erschlossen wird. In dieser neuen thematischen Situation dient das Vorhandensein oder Nicht-Vorhandensein eines erschlossenen eigentlichen Selbst als Kriterium für eine ontologische Klassifizierung, nach der die gesamte Welt des Seienden (wenn wir von den bloß intelligiblen Wesen absehen) in die zwei großen Klassen der Menschen und der untermenschlichen Natur zerfällt. Bei späterer Gelegenheit hat Kant diese Klassifizierung noch deutlicher gefaßt als den Unterschied von Sachen und Personen: „Die Wesen, deren Dasein zwar nicht auf unserem Willen, sondern der Natur beruht, haben dennoch, wenn sie vernunftlose Wesen sind, nur einen relativen Wert, als Mittel, und heißen daher Sachen, dagegen vernünftige Wesen Personen genannt werden, weil ihre Natur sie schon als Zwecke an sich selbst, d. i. als etwas, das nicht bloß als Mittel gebraucht werden darf, auszeichnet, mithin sofern alle Willkür einschränkt (und ein Gegenstand der Achtung ist)“ (Grundlegung, S. 53). Ebenso wird in der Metaphysik der Sitten unterschieden: „Person ist dasjenige Subjekt, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind“ und „Sache ist ein Ding, das keiner Zurechnung fähig ist“ (S. 26f.).

Unsere Analyse würde in diesem Punkte sehr an Deutlichkeit gewinnen, wenn wir auf die Kantische Ontologie und Charakterologie des Menschen näher eingehen könnten, denn in ihr zeigen sich die Folgen der Identifikation von Vernunft und Ding an sich in den Schwankungen der Gedanken über die Beschaffenheit des intelligiblen Ich. Wenn in der Analyse des intelligiblen Charakters die Betrachtungsrichtung auf die Vernunft hin überwiegt, scheinen die Menschen als Zwecke, als Vernunftpersönlichkeiten und als Zurechnungspunkte in ihrem intelligiblen Kern gleich und darum auch alle den gleichen Vernunftgesetzen unterworfen zu sein. Wenn die Betrachtung mehr das Ding an sich als den Hintergrund des empirischen Charakters betont, scheint zu jedem empirischen ein intelligibler Charakter zu gehören, der nur gerade diesen und keinen anderen empirischen hervorbringen konnte; es gibt dann so viele intelligible Charaktere wie empirische und jeder intelligible ist das genaue Spiegelbild seines empirischen, der empirische das sinnliche Schema des intelligiblen. Wenn die Gewichte der Betrachtung sich ungefähr die Waage halten, dann sind die Menschen verschieden in bezug auf ihren empirischen Charakter, gleich in bezug auf die Möglichkeit, ihre Handlungen aus Freiheit zu setzen. Aber diese Unterscheidungen und ihre verschiedenen Lösungen würden in die Probleme von Zeit und Geschichte bei Kant hinüberführen und können nur im größeren Zusammenhang einer Analyse der gesamten Staats- und Gesellschaftsauffassung dargestellt werden. Hier haben wir nur das Ziel zu zeigen, dem die Untersuchung Kants zustrebt, die transzendente Freiheit. Diese Freiheit ist „das Vermögen, einen Zustand von selbst anzufangen, deren Kausalität also nicht nach dem Naturgesetze wieder unter einer anderen Ursache steht, welche sie der Zeit nach bestimmt“

(B 561). Ein Wesen, das zugleich empirisch und intelligibel ist, hat ein solches Vermögen; es würde „nach seinem intelligiblen Charakter unter keinen Zeitbedingungen stehen; denn die Zeit ist nur die Bedingung der Erscheinungen, nicht aber der Dinge an sich selbst. In ihm würde keine Handlung entstehen oder vergehen; mithin würde es auch nicht dem Gesetze aller Zeitbestimmung, alles Veränderlichen unterworfen sein: daß alles, was geschieht, in den Erscheinungen (des vorigen Zustandes) seine Ursache antreffe. Mit einem Worte: die Kausalität desselben, sofern sie intellektuell ist, stände gar nicht in der Reihe empirischer Bedingungen, welche die Begebenheiten in der Sinnenwelt notwendig machen“ (B 567f.). Daß aber die intelligible Vernunft eine Kausalität habe, erschließt Kant — und damit lenken wir in unsere Ausführungen, das Aufschlußergebnis betreffend, zurück — aus den Imperativen. „Das Sollen drückt eine Art von Notwendigkeit und Verknüpfung mit Gründen aus, die in der ganzen Natur sonst nicht vorkommt... (es) drückt eine mögliche Handlung aus, davon der Grund nichts anders als ein bloßer Begriff ist; da hingegen von einer bloßen Naturhandlung der Grund jederzeit eine Erscheinung sein muß.... Es mag ein Gegenstand der bloßen Sinnlichkeit (das Angenehme) oder auch der reinen Vernunft (das Gute) sein: so gibt die Vernunft nicht demjenigen Grunde, der empirisch gegeben ist, nach, und folgt nicht der Ordnung der Dinge, so wie sie sich in der Erscheinung darstellen; sondern macht sich mit völliger Spontaneität eine eigene Ordnung nach Ideen, in die sie die empirischen Bedingungen hinein paßt, und nach denen sie sogar Handlungen für notwendig erklärt, die doch nicht geschehen sind und vielleicht nicht geschehen werden, von allen aber gleichwohl voraussetzt, daß die Vernunft in Beziehung auf sie Kausalität haben könne; denn ohne das würde sie nicht von ihren Ideen Wirkungen in der Erfahrung erwarten“ (B 575f.).

Das Sollen ist für Kant nicht ein beliebiges philosophisches Thema neben anderen, sondern das eine Phänomen unseres Daseins, das ihn so tief erregte, daß aus dem Grund dieser Erregung sein gesamtes Philosophieren hervorquillt. Die Identifikation der Vernunftpersönlichkeit und ihrer Freiheit mit dem Ding an sich ist nicht als ein nebensächliches Abweichen von der Hauptlinie der Untersuchung, als eine Entgleisung des Erkenntnistheoretikers zu verstehen, vielmehr ist die Anwendung der erkenntnistheoretischen Grundbegriffe auf die Probleme der Ethik das wesentliche Ziel, auf das hin die Ideenlehre in der Kritik der reinen Vernunft bewußt angelegt ist. Schon mit der Einführung des Terminus Idee wird das Staatsideal umrissen, zu dessen systematischer Grundlegung (die erst in den ethischen Schriften erfolgt) die Ideenlehre dienen soll. Und zwar scheint Kant geglaubt zu haben, daß seine Staatsidee eine Verdeutlichung und klare Herausstellung der von Plato nur unvollkommen und unklar formulierten sei. Er verteidigt die Platonische Republik gegen banale Angriffe und empfiehlt, ihrem Gedanken nachzugehen, um ihn durch neue Bemühungen in das Licht zu setzen, das Plato ihm nicht ganz zu geben vermochte. Gleichsam als eine ver-

besserte Fassung des Platonischen gibt er die Formel seines naturrechtlichen Staatsideals, die er bis an das Ende seines Philosophierens festhält: „Eine Verfassung von der größten menschlichen Freiheit nach Gesetzen, welche machen, daß jede Freiheit mit der andern ihrer zusammen bestehen kann (nicht von der größten Glückseligkeit, denn diese wird schon von selbst folgen), ist doch wenigstens eine notwendige Idee, die man nicht bloß im ersten Entwurfe einer Staatsverfassung, sondern auch bei allen Gesetzen zum Grunde legen muß und wobei man anfänglich von den gegenwärtigen Hindernissen abstrahieren muß, die vielleicht nicht sowohl aus der menschlichen Natur unvermeidlich entspringen mögen, als vielmehr aus der Vernachlässigung der echten Ideen bei der Gesetzgebung“ (B 373). Die Aufstellung eines solchen Ideals hat nach Kants Meinung eine eminent praktische Bedeutung, weil das Urbild des wahren Staates dazu dienen kann, die empirische gesetzliche Verfassung der Menschen zu immer höheren Graden der Vollkommenheit zu führen und dadurch in einem unendlichen Prozeß der Idee anzunähern. Gerade für die Prinzipien der Sittlichkeit, der Gesetzgebung und der Religion sei die frei von Erfahrung formulierte Idee unentbehrlich, weil es unmöglich sei, die Gesetze für „das, was ich tun soll, von demjenigen herzunehmen, oder dadurch einzuschränken zu wollen, was getan wird“ (B 375). In den Betrachtungen über diesen Gegenstand und der Errichtung des majestätischen sittlichen Gebäudes liege die eigentümliche Würde der Philosophie und der Grundlegung für diesen Bau diene die Aufhellung des Ideenproblems (B 375f.). Der Hinweis auf den praktischen Endzweck der Ideenlehre kehrt wieder im Abschnitt über die transzendentalen Ideen, wenn Kant sie gegen den Vorwurf der Überflüssigkeit mit dem Argument verteidigt, daß die Ideen vielleicht den Übergang von den natürlichen zu den praktischen Begriffen möglich machen könnten, worüber man aber „den Aufschluß im Verfolg erwarten“ möge (B 386). Und schließlich folgt der Aufstellung der Antinomien eine merkwürdige Untersuchung über das Interesse der Vernunft an dem Widerstreit, mit einer Typisierung der Denkungsarten und Maximen der Menschen, die sich für die Thesis oder Antithesis der Antinomie entscheiden würden, wobei die Sympathien Kants deutlich auf der Seite der Freiheitsbegeisterten stehen. „Jeder Wohlgesinnte“ müsse für die Ideen, sofern sie der persönlichen Freiheit Raum geben, sein, wenn „er sich auf seinen wahren Vorteil versteht“. Die Grundlagen der Moral und der Religion würden erschüttert, wenn Zweifel darüber entstünden, daß die Welt einen Anfang habe, daß meine Seele einfach und unverweslich sei, daß meine Handlungen frei seien und daß die Welt einen Urheber habe. „Die Antithesis raubt uns alle diese Stützen, oder scheint wenigstens, sie uns zu rauben“ (B 494). Für den „Wohlgesinnten“, der am praktischen Interesse „herzlich Teil nimmt“, sprechen auch die Gründe der Popularität. Der Mensch mit seinem gemeinen Verstande sei gerne bereit, einen festen Anfangspunkt anzunehmen und von ihm hinabzuschreiten, während ein unendlicher Rückgang zu immer neuen Gründen, da er

sich „jederzeit mit einem Fuße in der Luft“ finde, sein Wohlgefallen nicht erregen könne (B 495). Für die Gegenseite könnten zwar manche gute Verstandesgründe angeführt werden, aber das sittliche Interesse komme dabei zu kurz und auch auf Popularität könnten die Verteidiger des Empirismus nicht hoffen; darum sei es nicht zu besorgen, „daß er die Grenzen der Schule jemals überschreiten, und im gemeinen Wesen ein nur einigermaßen beträchtliches Ansehen und einige Gunst bei der großen Menge erwerben werde“ (B 502).

Die Hinweise auf die praktische Endabsicht an den entscheidenden Stellen der Vernunftkritik sind so gehalten, daß sie zugleich zu der so lange aufgeschobenen Frage nach dem Inhalte des Sittengesetzes hinüberleiten. Wir entnehmen aus ihnen die allgemeinen Umrisse des Staatsideals und die typischen Züge des Menschen, der die entworfene Idee zum Leitfaden des empirischen Handelns, das ihn der Idee näher bringen soll, macht. Er ist ein „Wohlgesinnter“, mit leicht kommerzieller Tönung der Gesinnung, denn er versteht sich auf seinen „wahren Vorteil“, wenn er die Idee der Freiheit annimmt, aber doch auch mit dem „Herzen“ bei dem praktischen Interesse. Abenteuer ist er nicht geneigt, und im unendlichen Regreß der Bedingungen „jederzeit mit einem Fuße in der Luft“ zu schweben, kann ihn nicht befriedigen; er zieht einen sicheren Anfang vor, um dann mit dem Gefühl der Rückendeckung und mit Gemächlichkeit in gerader Linie fortzuschreiten. Viel Staat ist mit diesen Menschen, wie wir gehört haben, nicht zu machen und gelegentlich sagt Kant von ihnen, sie seien aus so krummem Holze geschnitzt, daß schwerlich etwas ganz Gerades daraus werden könne. Aber im Ganzen der Menschheitsentwicklung bewegen sie sich doch, wenn auch in unendlicher Annäherung, einem idealen Gemeinschaftszustand entgegen. Sie alle sind Individuen der Menschheit als der sittlichen Gattung, alle Exemplare eines Typus von Geschöpfen, aber sie leben nicht als Einzelgänger dahin, sondern sind untereinander zu einer Gemeinschaft mit bestimmten Gesetzen verbunden, weil sie alle gegenüber der untermenschlichen Natur Zwecke, nicht bloße Mittel sind und wechselseitig ihren Zweckcharakter zu achten haben. „Der Mensch und überhaupt jedes vernünftige Wesen existiert als Zweck an sich selbst, nicht bloß als Mittel zum beliebigen Gebrauche für diesen oder jenen Willen, sondern muß in allen seinen sowohl auf sich selbst als auch auf andere vernünftige Wesen gerichteten Handlungen jederzeit zugleich als Zweck betrachtet werden“ (Grundlegung, S. 52).

Sätze, wie der eben zitierte, lassen ganz tief in die Gemeinschaftsvorstellung Kants hineinsehen wegen ihrer eigentümlich anonymen Art, in der sie vom Menschen sprechen. Man könnte sich einen Satz denken, in dem gesagt wird, der konkrete Mensch A existiere als Zweck an sich selbst und solle daher sich selbst immer als solchen behandeln und sich, wenn er von einem anderen als bloßes Mittel gebraucht wird, zur Wehr setzen. Wenn wir so konkret vom Menschen A sprächen, würde es neuer, klar zu formulierender Annahmen über die Zweckexistenz

der Person B und das Wesen der Gemeinschaft bedürfen, der A und B angehören, um abzuleiten, daß die Person A auch die Person B, selbst wenn sie Zweck wäre, auch als solchen zu behandeln habe. Diese Probleme treten für Kant nicht auf, weil Ich, Du und Gemeinschaft von ihm nicht unterschieden werden, sondern in dem anonymen Menschen untergehen. Wenn wir in dem zitierten Satz konkrete Benennungen einführen wollten, würden sich Schwierigkeiten ergeben, denn unter dem „Menschen“, der dort auftritt, ist einmal der konkrete Mensch zu verstehen, das andere Mal der typische einzelne Mensch und die Beziehungen, in denen die beiden untereinander stehen, sind nur dadurch möglich, daß der Mensch in einer dritten Bedeutung, nämlich als Gattung, als Menschheit, als metaphysische Einheit aller Menschen vorausgesetzt wird. Die Vielzahl der Menschen versteht Kant als die Zerstreuung eines einheitlichen Zweckkörpers in eine Vielzahl von Zwecken, die alle am ganzen Zweck teilhaben, und aus der Rückverbindung in der höheren Einheit folgen erst die Gesetze für die Beziehungen der Zwecke untereinander. Die Menschheit als Ganzes ist das Vehikel der Vernunftentwicklung zum idealen Endzustand hin, die sich aber nur vollziehen kann durch den Prozeß der Wechselwirkungen zwischen den einzelnen menschlichen Vernunftpersönlichkeiten. Menschheit und Mensch sind gleich, insoferne sie beide Vernunft sind, und ein persönliches Sittengesetz aus reiner Vernunft, das zur Prüfung der individuellen Handlungsmaximen dient, ist zugleich ein Sittengesetz der Menschheit als überindividueller Vernunft. Der Inhalt des Sittengesetzes wird also bestimmt durch den Charakter der Vernunft als einer metaphysischen Substanz, die zerstreut ist in den einzelnen Menschen und in ihrer Geschichte zur Vollkommenheit hin sich entwickelt. Darum ist das, „was dem Willen zum objektiven Grunde seiner Selbstbestimmung dient, der Zweck und dieser, wenn er durch bloße Vernunft gegeben wird, muß für alle vernünftigen Wesen gleich gelten“. Eine der Formeln des Sittengesetzes lautet daher: „Handle so, daß du die Menschheit sowohl in deiner Person, wie in der Person eines jeden andern jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst“ (Grundlegung, S. 54).

In der uns schon bekannten Art der terminologischen Verschiebungen und Gleichsetzungen wird wieder ein Begriffskosmos geschaffen, in dem alle Bedeutungen in alle anderen hinüberchangieren: Der Mensch ist das Ich und das Ich gleich dem Du und gleich der Menschheit, so ferne sie alle als Vernunft Zwecke sind; meine Vernunft ist gleich deiner Vernunft und gleich der menschheitlichen Vernunft; ich existiere als Zweck, du existierst als Zweck, und insoferne sie Vernunft ist, existiert also auch die Menschheit als Zweck; die individuelle Vernunft ist intelligibel gegenüber der individuellen Sinnlichkeit, und da die Vernunft gleich ist dem Ding an sich und ferner die Erscheinungsdinge im Zusammenhange der Erfahrungswelt gegeben sind, sind alle Dinge an sich, die wieder gleich sind den individuellen Vernunftpersönlichkeiten, und also diese, verbunden in einer Welt an sich, dem mundus intelligibilis. Das persönliche Sittengesetz, das als Vernunftgesetz, da Vernunft gleich

Menschheit ist, auch ein überpersönliches ist, soll daher „der Sinnenwelt, als einer sinnlichen Natur (was die vernünftigen Wesen betrifft), die Form einer Verstandeswelt, d. i. einer übersinnlichen Natur, verschaffen, ohne doch jener ihrem Mechanismus Abbruch zu tun“ (Kritik der praktischen Vernunft, S. 56f.). Der Dualismus von Erscheinung und Ding an sich wurde gleichgesetzt der Daseinsaufspaltung in Sinnlichkeit und Vernunft und wird jetzt neuerlich erweitert und gleichgesetzt zum Dualismus von Sinnenwelt und Verstandeswelt. Die übersinnliche Natur ist analog der sinnlichen eine Existenz der Wesen unter Gesetzen, aber nicht der Sinnenwesen unter den heteronomen Gesetzen der Erfahrung, sondern der Zwecke unter dem autonomen Vernunftgesetz. „Das Gesetz dieser Autonomie aber ist das moralische Gesetz; welches also das Grundgesetz einer übersinnlichen Natur und einer reinen Verstandeswelt ist, deren Gegenbild in der Sinnenwelt, aber doch zugleich ohne Abbruch der Gesetze derselben existieren soll“ (Kritik der praktischen Vernunft, S. 57). Der Zweckzusammenhang der Menschheit ist zugleich ein Zusammenhang unter Gesetzen nach dem Modell der Naturgesetze und dieser Bedeutungsabschattung entspricht die Formel des kategorischen Imperativs: „Handle so, als ob die Maxime deiner Handlung durch deinen Willen zum allgemeinen Naturgesetz werden sollte“ (Grundlegung, S. 44).

Die Verpflichtung, so zu handeln, daß eine übersinnliche Natur möglich wird, und die andere, in sich und den Nebenmenschen als Gliedern einer Gemeinschaft den Zweck zu achten, sind zwei Hauptbestandteile des Inhaltes des Sittengesetzes. Sie werden ergänzt durch andere Verpflichtungen, im besonderen die Verpflichtung zur Förderung der Gemeinschaftsentwicklung, deren Untersuchung aber in eine Analyse des Geschichtsproblems gehört. Für uns genügen die knappen Bemerkungen über die beiden ersten, da der wesentliche Punkt, die Erweiterung der persönlichen Ethik durch die Abschattierungen des Vernunftbegriffes auf eine soziale, deutlich geworden ist.

Unsere Darstellung der Lehre vom Sollen bei Kant war, wie wir eingangs sagten, als eine Rückwendung gemeint, in der Absicht, die Topik des Problemgebietes am Werk eines Denkers zu studieren, der eine Gesamtanschauung vom Menschen hatte. Um die Analyse fruchtbar zu machen, müssen wir nun versuchen, aus den eigentümlich Kantischen Ideen die für uns relevante Problematik herauszuheben.

1. Wenn wir von einem Handeln sagen, es sei gesollt, so meinen wir damit, daß wir ein Nötigungserlebnis haben, in dem von einem eigentlichen Selbst her dem fraglichen Handeln der Charakter des Gesolltseins erteilt wird. Wir haben in der Tat Erlebnisse der Art, wie Kant sie beschrieben hat, in denen wir uns als Handelnde der Übereinstimmung oder Nicht-Übereinstimmung mit einem Etwas in uns bewußt sind, das uns die betreffende Handlung zu tun oder zu lassen gebietet. Und wir sind geneigt, dieses Etwas ein Selbst zu nennen, weil es sich uns in der Spontaneität des Handelns erschließt:

in dem Erlebnis der sittlichen Nötigung sehen wir uns verlassen von äußeren bestimmenden Gründen und unser Handeln ist ein grundloses, ursprüngliches, spontan durch unser Selbst als gesollt bestimmtes. Dieser Kern von Nötigung wird von Kant umgeben mit den Konstruktionen der Vernunftphilosophie. Das eigentliche Selbst ist für ihn kein reiner Quellpunkt, aus dem die Indizierung der Handlungsmaterie als gesollter oder nicht-gesollter herfließt, sondern ein Vernunftselbst, das uns ein Sittengesetz bestimmten Inhaltes liefert. Das eigentliche Selbst nötigt nicht nur, sondern es gibt auch Regeln für die Überprüfung der Handlungsmaximen auf ihren sittlichen Wert. Dieses inhaltliche Moment des eigentlichen Selbst, aus dem Kant das natürliche Rechts- und Sittensystem aufbaut, müssen wir aus der Nötigung entfernen. Und ebenso wäre die Nebenbedeutung der Nötigung als einer kausalen Wirkung des eigentlichen auf das schlechtere Selbst auszuschneiden; die Behauptung einer solchen Wirkung scheint uns „überschwänglich“ in dem prägnanten Sinn, daß die Wirkung bei der Deskription des Nötigungserlebnisses nicht zu finden ist. Wenn wir die Momente des Inhaltes und der Wirkung beiseite lassen, vereinfacht sich zugleich der Bau der Aufschlußerlebnisse (den wir keineswegs in seiner ganzen Komplikation vorgeführt haben). Das moralische Gefühl mußte als ein Vermögen der Willkür angenommen werden, weil sie erst durch dieses Vermögen sich vom intelligiblen Willen bestimmen lassen konnte; das moralische Gefühlserlebnis war der Empfänger für die Nötigung, sofern sie kausale Wirkung war; wenn wir die Wirkungstheorie fallen lassen, brauchen wir auch nicht mehr das Aufschlußerlebnis, in dem wir uns des eigentlichen Selbst als eines wirkenden bewußt wurden. Wenn wir ferner die Vernunftkonstruktion eliminieren, entfällt das Sittengesetz als *ratio cognoscendi* der Kausalität aus Freiheit und es bleibt uns nichts übrig als das Erlebnis der spontanen Bestimmung unseres Handelns aus Hintergründen unseres Selbst, für die der Kantische Terminus eines eigentlichen Selbst recht tauglich ist. Das Erlebnis der Nötigung aber müßte im größeren Zusammenhang einer Deskription von Gewissen, Reue und Schuldserlebnissen untersucht werden.

2. Wir mußten zu verschiedenen Malen auf die außergewöhnliche Armut des Kantischen Menschen- und Gesellschaftsbildes hinweisen. Leiblichkeit, Adel, politische Realität und Geschichte werden nicht als wesentliche Inhalte des Daseins angesehen, sondern mit einer entwertenden Geste insgesamt als Sinnlichkeit beiseite geschoben und einem nahezu leeren Daseinskern entgegengestellt. Die Entleerung geht sehr weit, aber sie läßt doch einige wichtige Inhalte übrig und darunter vor allem die Idee eines Verstandesreiches, eines Reiches der Zwecke, dem alle Vernunftpersönlichkeiten angehören. „Ich verstehe aber unter einem Reiche die systematische Verbindung verschiedener vernünftiger Wesen durch gemeinschaftliche Gesetze“ (Grundlegung, S. 59). Die Gesetze bestimmen die Zwecke ihrer allgemeinen Gültigkeit nach und sehen also von den persönlichen Unterschieden der Menschen und ihren Privatzielen ab. Nur als vernünftige Wesen stehen sie unter dem gemein-

samen Gesetz, das fordert, daß jeder Mensch sich selbst und alle anderen nie bloß als Mittel, sondern immer auch als Zweck behandle. „Hiedurch aber entspringt eine systematische Verbindung vernünftiger Wesen durch gemeinschaftliche objektive Gesetze, d. i. ein Reich, welches, weil diese Gesetze eben die Beziehung dieser Wesen aufeinander als Zwecke und Mittel zur Absicht haben, ein Reich der Zwecke (freilich nur ein Ideal) heißen kann“ (Grundlegung, S. 59). Wir haben schon oben auseinandergesetzt, wie die Erweiterung des persönlichen Gesetzes durch die Schattierungen des Vernunftbegriffes auf ein Gemeinschaftsgesetz vollzogen wurde, und haben auch kurz angedeutet, welche systematische Leistung damit vollbracht wird. Wenn wir nämlich die Vernunftkonstruktion fallen lassen und das eigentliche Selbst des Inhaltes entleeren, bleibt uns nur die Nötigung übrig und der Sollensindex, den sie dem Handeln erteilt. Wir können vom echten und vom derivierten Sollen sprechen und auch noch die Pflicht eines Menschen A definieren als die Handlungsmaterie, die für ihn durch ein echtes oder deriviertes Sollen ausgezeichnet ist, aber wir können diesen engen Bezirk nicht überschreiten und zum Begriff eines Rechtes kommen. Für Kant gibt es diese Schwierigkeit nicht, denn da er ein Gemeinschaftsgesetz annimmt, nach dem die Freiheit eines jeden mit der aller anderen zusammenstimmen muß, folgt: „Wenn ein gewisser Gebrauch der Freiheit selbst ein Hindernis der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen (d. i. unrecht) ist, so ist der Zwang, der diesem entgegengesetzt wird, als Verhinderung eines Hindernisses der Freiheit mit der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen zusammenstimmend, d. i. recht; mithin ist mit dem Rechte zugleich eine Befugnis, den, der ihm Abbruch tut, zu zwingen, nach dem Gesetze des Widerspruchs verknüpft“ (Metaphysik der Sitten, S. 36). Die harmonische Widerspruchslosigkeit dieses Satzes wird durch die uns bekannten Kantischen Denkformen erreicht: das Recht der konkreten Person ist gleich dem Recht der typischen Person und gleich dem Gemeinschaftsrecht und ebenso ist die konkrete Freiheit gleich der typischen und gleich der Gemeinschaftsfreiheit. Wenn wir auch diese Kantische Konstruktion nicht übernehmen können, so sehen wir in ihr doch die Untersuchungen vorgezeichnet, die vorzunehmen wären, um den Begriff eines Anspruchs und einer Verpflichtung zu begründen. Es wären Annahmen betreffend die Person B zu machen, der gegenüber ich den Anspruch erhebe, als einer Person, die ebenso wie ich sittlicher Nötigung fähig ist, und weitere Annahmen betreffend eine Gemeinschaft zwischen mir und der Person B, zu deren Verwirklichung Phänomene, wie Versprechen, Sich-Verpflichten und Fordern auftreten können. Die völlige Aufklärung des Rechtsbegriffes setzt eine Untersuchung der Verwirklichungsformen von Gemeinschaft voraus.

3. Kant unterscheidet zwischen hypothetischen und kategorischen Imperativen. „Jene stellen die praktische Notwendigkeit einer möglichen Handlung als Mittel zu etwas anderem, was man will (oder doch möglich ist, daß man es wolle), zu gelangen vor. Der kategorische Imperativ würde der sein, welcher eine Handlung als für sich selbst,

ohne eine Beziehung auf einen anderen Zweck, als objektiv-notwendig vorstellte“ (Grundlegung, S. 36). Alle praktischen Gesetze sind darin gleich, daß sie eine mögliche Handlung als gut und darum für ein durch Vernunft bestimmbares Subjekt als notwendig vorstellen. Wenn die Handlung nur als Mittel zu etwas anderem gut ist, dann ist der Imperativ hypothetisch; wird sie als an sich gut vorgestellt, dann ist der Imperativ kategorisch. Kant rührt mit dieser Unterscheidung an ein Grundproblem des Sollens, das allerdings viel weitere Kreise zieht, als dies in seinem Denken bemerkbar wird. Wir haben die Bedeutung des Sollens eingengt auf den Charakter, den eine Handlung dadurch bekommt, daß wir sie spontan aus der Nötigung unseres eigentlichen Selbst setzen. Ob eine Handlung eine gesollte war oder nicht, könnte, streng genommen, immer nur im nachhinein festgestellt werden, wenn wir wissen, ob wir sie spontan oder eigentlich genötigt gesetzt haben; wir müssen eine Handlung zuerst durchleben, um nachher sagen zu können, ob sie gesollt war. Neben diesem Sollen im eigentlichen Verstande, dem ursprünglichen Sollen, finden wir Behauptungen über den Sollenscharakter von Handlungen von der Art der hypothetischen Imperative vor. Wir wollen diese anderen Sollenstypen als derivierte bezeichnen. Ein wichtiger Typus derivierten Sollens ist z. B. dasjenige, das von Handlungen in sich wiederholenden Situationen behauptet wird. Eine Handelsmaterie mag den Charakter des Sollens einmal durch ein ursprüngliches Nötigungserlebnis bekommen haben und behält ihn als typische, die in einer typischen wiederkehrenden Situation wieder nötig wird. Der Imperativ wäre hier zweifach hypothetisch: einmal bezogen auf die Voraussetzung der ursprünglichen Sollensindizierung und zweitens bezogen auf die Voraussetzung der Wiederkehr der Situation. — Ein anderer wichtiger Typus des Sollens ist der technische Imperativ. Wenn sich die ursprüngliche Sollensindizierung auf ein Unternehmen bezieht, das in eine Reihe von Akten aufgelöst werden kann, dann sind alle Glieder der Aktreihe und alle weiteren Aktreihen, die sich an solche Glieder ansetzen mögen, hypothetisch gesollt als Mittel zur Verwirklichung der Gesamthandlung, die den ursprünglichen Sollensindex bekommen hat. — Für die Rechts- und Staatslehre am wichtigsten ist der derivierte Sollenstypus, der eine Herrschaftsbeziehung voraussetzt. Wenn die Person A der Person B einen Befehl erteilt, so ist das Sollen in dem als Befehl bezeichneten Sollenssatz hypothetisch in Beziehung auf das Bestehen einer Herrschaftsbeziehung zwischen den Personen A und B. Das rechtliche Sollen ist ein derivierter Sollenstypus, der zu einer Klärung die Analyse seiner Hypothese, der Herrschaftsbeziehung und des Herrschaftsverbandes, verlangt.

4. Daß das eigentliche Selbst als Quelle der sittlichen Nötigung zugleich eine Regel für die Überprüfung der auftretenden Fälle von Handeln liefert, ermöglicht die Konstruktion eines naturrechtlichen Systems. Wenn das Sittengesetz als Regel der Prüfung vorgegeben ist, rückt die gesamte Materie des Handelns in die Stellung der Fälle, die zu entscheiden sind; es entsteht eine sittliche und rechtliche Kasuistik

und die Reihen der typischen entschiedenen Fälle werden zu einem System angeordnet. Wenn wir das inhaltliche Moment des Vernunftgesetzes ausscheiden, so fällt damit die Idee einer Kasuistik und an ihre Stelle tritt eine wertfreie typisierende Wissenschaft von den Materien des Handelns. An die Stelle von Spekulationen über das richtige Recht, z. B. des Eigentums, würde eine Untersuchung jener menschlichen Wesenszüge treten, die es bedingen, daß jede Rechtsordnung sich mit der Frage des Eigentums zu befassen hat. Unsere Rechtstheorie steckt heute noch so tief in den naturrechtlichen Denkformen, daß eine so simple Frage, wie die eben angedeutete (die z. B. in jeder grundlegenden Theorie der Menschen- und Bürgerrechte auftauchen müßte), meines Wissens in der Staatslehre überhaupt noch nicht gestellt wurde.

II. Juristischer Teil

Die Verfassung als Rechtsinhaltsbegriff

Von

Walter Henrich, Brunn

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.

Erstes Kapitel: Die Verfassung als Seinstatsache. § 1. Die Problemstellung; § 2. Die Verfassung als Seinstatsache bei Lassalle; § 3. Somló's Verfassungsbegriffe; § 4. Smend's Verfassung als Integration; § 5. Carl Schmitt's soziologischer Verfassungsbegriff; § 6. Würdigung der soziologischen Verfassungsbegriffe.

Zweites Kapitel: Die Verfassung als Ursprungsnorm. § 7. Darstellung der Lehre; § 8. Würdigung der Lehre.

Drittes Kapitel: Die Verfassung als Rechtsinhalt. § 9. Der Umfang des materiellen Verfassungsbegriffes; § 10. Die formelle Verfassung (Verfassungsgesetze und Verfassungsurkunde); § 11. Der Idealbegriff der Verfassung; § 12. Die Geltung der Verfassung; § 13. Legitimität oder Illegitimität der Verfassung; § 14. Die Verfassung als Rechtsinhalt und das Strafrecht; § 15. Die Verfassung als Gegenstand der dogmatischen Rechtswissenschaft.

Einleitung

Wie sehr auch die Meinungen über das Wesen des Staates auseinandergehen mögen, sind sich die Gelehrten in einem Punkte einig: einen Staat ohne Verfassung kann es nicht geben. Mit dem Begriff des Staates wird der Begriff der Verfassung in irgendeinem Sinne stets mitgesetzt. Man möchte daher glauben, daß der Begriff der Verfassung die Theoretiker in gleichem Grade angezogen habe und anziehe wie der Begriff des Staates selbst und daher die Beschäftigung mit dem Staatsbegriff selbsttätig die Klärung des Verfassungsbegriffes mit sich bringen müsse. Dies scheint aber nicht der Fall zu sein. Sowohl in der Rechtsphilosophie als auch in der Allgemeinen Staatslehre wurde der Verfassungsbegriff bis in die neueste Zeit hinein stark vernachlässigt, trotzdem das Staats- oder Verfassungsrecht als selbständige rechtsdogmatische Disziplin mit dem privaten Rechte, dessen wissenschaftliche Behandlung bekanntlich auf eine ungleich längere Geschichte zurückblickt, heute um Gleichberechtigung nicht mehr zu kämpfen braucht. Der bis in die kleinsten Einzelheiten gehenden dogmatischen Untersuchung der verschiedenen in Geltung stehenden Verfassungen steht eine verhältnismäßig wenig gepflegte Theorie der Verfassung gegenüber. Es hat jedoch den Anschein, als ob sich diesbezüglich ein

Wandel vorbereiten würde. Ihn in die Wege geleitet und gefördert zu haben, gehört mit zu den Verdiensten, die sich Hans Kelsen um die Staats- und Rechtslehre erworben hat. Dem scharfsinnigen Begründer der Reinen Rechtslehre konnte die Bedeutung des Verfassungsbegriffes für die Erkenntnis von Staat und Recht nicht entgehen und es ist bezeichnend für die Fruchtbarkeit der von der Forscherpersönlichkeit Kelsens ausgehenden Anregungen, daß sich schon die allerersten Schriften seiner beiden ältesten Schüler Merkl und Verdross zu einer Zeit mit dem Verfassungsproblem auseinandersetzen, als dieses keineswegs im Vordergrund des Interesses stand¹⁾. Kelsen selbst hat in seiner „Allgemeinen Staatslehre“ (1925) den Verfassungsbegriff eingehend untersucht und sich damit auch in einem der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Wien im Jahre 1928 erstatteten Bericht²⁾ befaßt. Eine verhältnismäßig große Rolle spielt der Verfassungsbegriff auch in dem vor kurzem (1927) erschienenen sehr bemerkenswerten Buch von Walter Burckhardt (Die Organisation der Rechtsgemeinschaft. Untersuchungen über die Eigenart des Privatrechts, des Staatsrechts und des Völkerrechts) und zuletzt haben im Jahre 1928 zwei hervorragende Berliner Gelehrte das Problem der Verfassung und des Verfassungsrechtes sogar zum Gegenstand monographischer Behandlung gemacht, und zwar Carl Schmitt in seiner monumentalen „Verfassungslehre“ und Rudolf Smend in dem viel bemerkten Buche „Verfassung und Verfassungsrecht“. Dies sind untrügliche Anzeichen dafür, daß die Rechtstheorie die große Bedeutung des Verfassungsbegriffes zu würdigen beginnt. Da die Ergebnisse, zu denen die genannten Forscher gelangt sind, teilweise sehr von einander abweichen, ist anzunehmen, daß bei der Fülle des Diskussionsstoffes das nunmehr angefachte Interesse weiterhin vorhalten wird. Bei dieser Sachlage dürfte ein kleiner Beitrag zur Problematik des Verfassungsbegriffes, der dem Wunsche, an einer Hans Kelsen dargebrachten Ehrung teilzunehmen, seine Entstehung verdankt, nicht ganz unerwünscht sein.

Erstes Kapitel

Die Verfassung als Seinstatsache

§ 1. Die Problemstellung

Da ein Staat ohne irgendwelche, wenn auch noch so primitive Verfassung nicht möglich ist, müssen sich die Verschiedenheiten in der Auffassung vom Wesen des Staates auch bei der Einstellung zum Verfassungsbegriff geltend machen. Es gibt kaum eine wichtige Frage der Staatstheorie, die nicht unmittelbar oder mittelbar zur Problematik der Verfassung des Staates führen würde. Die Lehre von der Verfassung

¹⁾ Vgl. deren weiter unten angeführten Aufsätze aus den Jahren 1916 und 1917.

²⁾ Vgl. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 5, 1929, S. 30ff.

ist der Brennpunkt jeder juristischen Staatslehre und es kann insbesondere eine Lehre von den Staatsformen für das rechtswissenschaftliche Denken nur eine Lehre von den Verfassungsformen sein. Eine erschöpfende dogmenkritische Untersuchung des Verfassungsproblems müßte sich daher an die Geschichte des Staatsbegriffes anlehnen und im Wandel des Staatsbegriffes die Veränderungen des Verfassungsbegriffes aufzeigen. Dies ist im Rahmen einer kurzen Abhandlung selbstverständlich unmöglich. Es können vielmehr im Folgenden nur einige besonders charakteristische Typen von Verfassungsbegriffen vorgeführt werden, um zu zeigen, worum sich der Streit um das Wesen der Verfassung letzten Endes dreht. Darunter sollen zunächst solche erwähnt werden, denen zufolge das Wesen der Staatsverfassung sich nicht als eine Summe von Rechtsnormen zwecks Beurteilung von Handlungen irgendwelcher Menschen, z. B. eines Monarchen oder eines Ministerkollegiums darstellt, sondern als ein soziologisches Faktum, als eine Seinstatsache der Massenpsychologie, als die Resultierende der gesellschaftlichen Kämpfe um die Macht im Staate. Dieser Auffassung kann eine gewisse Folgerichtigkeit dann nicht abgesprochen werden, wenn man zugleich ausdrücklich den Staat als Seinstatsache dem Recht als Norm gegenüberstellt und den ernsthaften Versuch, den Staat als echte Rechtsscheinung begreifen zu wollen, von vornherein aufgibt. Zur Gruppe der soziologischen Verfassungsbegriffe sind aber auch solche zu zählen, in denen soziologische und normative Elemente vermengt sind, und zwar derart, daß in der Verfassung eine mit der normativen Methode nicht ableitbare Seinstatsache erblickt wird, die aber dennoch eine normative Bindung des Staates zur Folge hat, so daß in der Verfassung Sollen und Sein in einander übergehen.

Das Wesen des soziologischen Verfassungsbegriffes soll im Folgenden an vier Beispielen aufgezeigt werden. Davon zeichnen sich die beiden zunächst behandelten Autoren (Lassalle und Somló) dadurch aus, daß sie sich des prinzipiellen Unterschiedes zwischen einem soziologischen und einem rechtsinhaltlichen Verfassungsbegriff voll bewußt sind und beide nebeneinander mehr oder weniger gelten lassen, während die beiden anderen (Smend und Schmitt) sich auf ein Entweder-Oder versteifen und in bewußter Ablehnung jedweder normativen Betrachtungsweise aus der Verfassung als Seinstatsache rechtsinhaltliche Folgerungen ableiten.

§ 2. Die Verfassung als Seinstatsache bei Lassalle

Die Verfassung als Seinstatsache hat am schärfsten Ferdinand Lassalle in seiner bekannten Rede „Über Verfassungswesen“ (im Jahre 1862 gehalten in einer Versammlung des Berliner Bürger-Bezirks-Vereines) dargestellt. Er bezeichnet als Verfassung kurz und bündig „die in einem Lande bestehenden tatsächlichen Machtverhältnisse“¹⁾

¹⁾ S. 51. Zitiert nach dem Abdruck der Rede in Ferdinand Lassalles Gesamtwerken, hrsg. v. Erich Blum, erschienen in Leipzig, Band I, Politische Reden und Schriften, S. 40 bis 69.

und führt als „ein Stück Verfassung“ an einen König, dem das Heer gehorcht, und die Kanonen¹⁾, den Adel, der Einfluß bei Hof und König hat²⁾, die großen Industriellen³⁾, Börse und Banken⁴⁾ und die Masse der Arbeiter und das kleine Bürgertum⁵⁾. Die Verfassung stellt nach Lassalle das Grundgesetz eines Landes in dem Sinne dar, daß sie eine die ganze Gesetzgebung bestimmende tätige Kraft sei, die auf die Gestaltung und den Geltungsumfang jedes einzelnen Gesetzes derart einwirke, daß rechtliche Einrichtungen, die im Gegensatz zur Verfassung stehen würden, in dem betreffenden Lande gar nicht zur Entstehung gelangen könnten. Dies ist die wirkliche Verfassung eines Landes. Eine solche muß jeder Staat haben und Lassalle rügt ausdrücklich die weitverbreitete Ansicht, es sei eine Eigentümlichkeit der modernen Zeit, Verfassungen oder Konstitutionen zu haben⁶⁾. Dieser tatsächlichen Verfassung setzt Lassalle die rechtliche Verfassung gegenüber, die dadurch zustande komme, daß man den tatsächlichen Machtverhältnissen schriftlichen Ausdruck verleihe und sie unter Strafsanktion stelle⁷⁾. Im Gegensatz zur wirklichen Verfassung sei die geschriebene Verfassung in der Tat eine Eigentümlichkeit der modernen Zeit⁸⁾. Die geschriebene Verfassung könne nur in dem Fall gut und dauerhaft sein, wenn sie der wirklichen Verfassung, den realen, im Lande bestehenden Machtverhältnissen entspreche. Wo die geschriebene Verfassung nicht der wirklichen entspricht, da finde ein Konflikt statt, dem nicht zu helfen sei und bei dem unbedingt auf die Dauer die geschriebene Verfassung, das bloße Blatt Papier der wirklichen Verfassung, den tatsächlich im Lande bestehenden Machtverhältnissen unterliegen müsse⁹⁾.

§ 3. Somló's Verfassungsbegriffe

Um zum Verständnis des von Felix Somló vertretenen soziologischen Verfassungsbegriffes vorzudringen, muß man von seinem Begriff des Rechtes und der Rechtsmacht ausgehen. Für Somló bedeutet Recht „die Normen einer gewöhnlich befolgten, umfassenden und beständigen höchsten Macht¹⁰⁾“. Diese Macht nennt er Rechtsmacht. Sie wird von ihm als höchste bezeichnet, weil sie ihre Gebote in einem bestimmten Kreise von Menschen gewöhnlich und erfolgreicher als andere Mächte durchzusetzen imstande ist¹¹⁾. Der umfassende Charakter der Rechtsnormen besteht nach Somló darin, daß eine Rechtsmacht nicht schon dann gegeben ist, wenn von einer Macht eine spärliche Anzahl von Normen an ihre Untergebenen gerichtet wird, sondern erst dann, wenn diese Normen zahlreich sind und ein weites Gebiet der Lebensverhältnisse in positiver Regelung machtvoll erfassen¹²⁾. Die Beständigkeit der Rechtsmacht erweist sich in ihrer Dauer. Es gehört zum Begriffe einer Rechtsordnung, daß sie nicht nur von heute auf morgen gilt. Damit

1) S. 47. 2) Ebenda. 3) S. 49. 4) S. 50. 5) Ebenda.

6) S. 55. 7) S. 51. 8) S. 57. 9) S. 62.

10) Juristische Grundlehre, 1917, S. 105.

11) S. 93. 12) S. 97.

ist nicht gesagt, daß die Rechtsmacht nicht auch labilere Elemente aufweisen könne, es muß aber neben derartigen schwankenden Elementen stets ein stabiler Kern von Machtfaktoren vorhanden sein, damit man von Rechtsmacht sprechen kann¹⁾. Die angeführten Eigenschaften der Rechtsmacht haben etwas Unbestimmtes und Fließendes an sich. Somló hebt dies ausdrücklich hervor und betont, daß es unmöglich sei, einen scharf geschliffenen Begriff des Rechtes zu geben²⁾. Eine Gesellschaft, die durch die Befolgung der Normen einer Rechtsmacht gebildet ist, nennt Somló Staat³⁾.

Mit den angedeuteten Begriffen von Recht, Rechtsmacht und Staat verbindet Somló nicht einen, sondern drei Begriffe von Verfassung, von denen aber nur einer, von dem im folgenden an erster Stelle die Rede sein wird, ausgesprochen soziologischen Charakter hat, während die beiden anderen normative Elemente aufweisen. Seinen soziologischen Verfassungsbegriff definiert Somló als „die Bezeichnung der Machthaber, die zusammen die Rechtsmacht eines Staatswesens bilden“⁴⁾, und bemerkt ausdrücklich, daß es in diesem Sinne des Wortes keinen Staat ohne irgendwelche Verfassung geben könne⁵⁾ und daß der Inbegriff der Teile, die zusammen die Rechtsmacht eines gegebenen Staatswesens ausmachen, eine soziale und keine juristische Tatsache sei⁶⁾. In welchen Händen die Rechtsmacht ist, sei eine Frage gegebener Machtverhältnisse und könne unmöglich durch einen Rechtsinhalt bestimmt werden, denn man könne die Frage, von wem eine Norm gesetzt sein müsse, um als Rechtsnorm zu gelten, nicht mit dem Hinweis auf eine andere Rechtsnorm beantworten⁷⁾.

Seinen zweiten Verfassungsbegriff umschreibt Somló folgendermaßen: „Sodann wird aber in einem engeren Sinne des Wortes außer der Bezeichnung dieser Machthaber auch der Inhalt der von ihnen gesetzten Versprechensnormen Verfassung genannt, also mit anderen Worten auch die rechtliche Gebundenheit der Rechtsmacht, und vollends die besondere Art und Weise dieser Gebundenheit⁸⁾.“ Die rechtliche Gebundenheit der Rechtsmacht wird nach Somló dadurch ermöglicht, daß die Rechtsordnung nicht nur aus Imperativen bestehen muß, sondern auch Versprechensnormen enthalten kann, die die Rechtsmacht ihren Untergebenen gibt. Eine Verfassung in diesem Sinne muß nicht jeder Staat haben, denn es sind Fälle denkbar, daß sich die Rechtsmacht gegenüber ihren Untertanen nicht binden will. „Allerdings“ — so sagt Somló an einer andern Stelle⁹⁾ — „bildet die Gebundenheit der Rechtsmacht einen so wichtigen Bestandteil unserer heutigen Rechtssysteme, daß es uns schwer fällt, einen anderen Zustand noch als einen rechtlichen zu bezeichnen, und daß daher die Geneigtheit nicht unverständlich ist, diese Gebundenheit der Rechtsmacht an die von ihr gesetzten Normen in den Rechtsbegriff aufzunehmen.“ Dieser zweite Verfassungsbegriff

1) S. 102. 2) S. 106. 3) S. 251.

4) S. 309. 5) S. 310. 6) Ebenda.

7) S. 311. 8) S. 309. 9) S. 304.

ist nicht soziologischer, sondern rechtsinhaltlicher, normativer Natur. Dies gilt auch vom dritten Verfassungsbegriff Somló, worunter er die Rechtsnormen versteht, die „die Quellen angeben, woraus Rechtsnormen fließen können“¹⁾.

Hinsichtlich des Verhältnisses seines soziologischen zu seinen beiden rechtsinhaltlichen oder normativen Verfassungsbegriffen äußert sich Somló nicht sehr klar. Deckt sich der soziologische mit dem rechtsinhaltlichen Verfassungsbegriff, dann liegt nach seiner Ansicht ein Problem überhaupt nicht vor²⁾. Der Rechtsinhaltsbegriff der Verfassung kann aber auch enger oder weiter als der soziologische sein. Dies ist dann der Fall, wenn die Verfassungsrechtsnorm einzelne oder mehrere Personen als Teilhaber an der Rechtsmacht bezeichnet, die es tatsächlich nicht sind, oder solche unerwähnt läßt, die es sind³⁾. Wie hat sich in einem solchen Fall der Jurist einzustellen? Somló sagt bloß: „Die betreffende Rechtsinhaltsbestimmung wird allerdings gewöhnlich einen gewissen realen Druck zur Verschiebung der Machtverhältnisse bedeuten, aber es werden, diesen Druck miteingerechnet, immer die tatsächlichen Machtverhältnisse, nicht die bloß auf dem Papiere stehenden, für den juristischen Grundbegriff und damit zur Entscheidung der Frage maßgebend sein, was in einer gegebenen Gesellschaft Recht ist⁴⁾.“ Hienach wäre letzten Endes der rechtsinhaltliche Verfassungsbegriff nur insoferne in Betracht zu ziehen, als er soziologisch gedeckt, d. h. durch die Macht der Tatsachen legitimiert erscheint. Es ist aber kaum anzunehmen, daß Somló sich über diese Konsequenz ganz im klaren war, denn er hätte die geschilderten drei Verfassungsbegriffe nicht jeden für sich so sorgfältig herausgearbeitet, wenn er von der Möglichkeit ihres Nebeneinanderbestehens nicht überzeugt gewesen wäre.

§ 4. Smends Verfassung als Integration

Wer den Verfassungsbegriff Smends verstehen will, muß von dem von ihm in die Staatslehre eingeführten Begriff der Integration ausgehen. Es ist freilich nicht leicht zu sagen, was Smend darunter eigentlich versteht. Er gebraucht nämlich dieses Wort in seinem oben zitierten staatsrechtlichen Hauptwerk nicht in einer einzigen sich gleichbleibenden Bedeutung, sondern in vielerlei nicht immer leicht von einander zu unterscheidenden und nicht immer widerspruchsfreien Bedeutungen⁵⁾. Es würde aber zu weit führen, wollten wir das Integrationsproblem, von dessen Einführung sich Smend nichts weniger als eine Reformation der Staatstheorie an Haupt und Gliedern erwartet, in seinem ganzen Umfange aufrollen, wir werden vielmehr im Interesse der Vereinfachung der Darstellung nur den Teil der Integrationslehre behandeln, der für das Verfassungsproblem ausschlaggebend ist, wobei

1) S. 311. 2) Ebenda. 3) Ebenda. 4) S. 312.

5) Darauf hat insbesondere Kelsen in seiner Schrift: Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, 1930, hingewiesen.

sich sogleich zeigen wird, daß auch mit dieser Einschränkung sich nicht geringe Schwierigkeiten ergeben.

Unverkennbar ist die soziologische Grundeinstellung. Smend bezeichnet den Staat ausdrücklich als „realen Willensverband“¹⁾, als soziale Realität. Die Tatsächlichkeit des Staates ist aber — wie Smend gleichfalls ausdrücklich hervorhebt²⁾ — „nicht eine natürliche Tatsache, die hinzunehmen ist, sondern eine Kulturrerrungenschaft, die wie alle Realitäten des geistigen Lebens selbst fließendes Leben, also steter Erneuerung und Weiterführung bedürftig, eben deshalb aber auch stets in Frage gestellt ist“. „Wie in jeder Gruppe, so besteht ganz besonders im Staat ein erheblicher, ja der grundlegende Teil seiner Lebensvorgänge in dieser stetigen Selbsterneuerung, dem fortwährenden Neufassen und Zusammenfassen seiner Angehörigen“³⁾. „Die Wirklichkeit des Staates liegt sonach für Smend in seiner sozialpsychischen Lebendigkeit, die nur durch eine dynamische, nicht aber eine statische Betrachtungsweise, die Smend der herrschenden Staatsrechtslehre zum Vorwurf macht, voll erfaßt werden kann“⁴⁾. In der Polemik gegen die Reine Rechtslehre Kelsens bezeichnet sich Smend ausdrücklich als Anhänger des soziologischen Staatsbegriffes und stellt die „Wirklichkeit des ‚soziologischen‘ Staates und seine Identität mit dem Gegenstande des Staatsrechtes“ als „die wesentliche Voraussetzung“ seiner Untersuchungen hin⁵⁾. Dies Bekenntnis muß als ausschlaggebend betrachtet werden, obwohl Smend an der Arbeitsweise der Soziologen, insbesondere Max Webers, vieles auszusetzen hat und jedwede kausale und mechanistische Betrachtung der Gesellschaft nicht leidenschaftlich genug ablehnen kann, ohne allerdings nach der positiven Seite hin von sich aus zum Methodenproblem in der Soziologie klar und deutlich Stellung zu nehmen.

Das Wesentliche an der angedeuteten fluktuierenden, oszillierenden staatlichen Wirklichkeit nun bezeichnet Smend als Integration. Sie ist ihm der „grundlegende Lebensvorgang des Staates“, der „Kernvorgang des staatlichen Lebens“, seine „Kernsubstanz“⁶⁾. Der Staat als geistiges Kollektivgebilde ist nämlich nach Smend niemals im Zustande der Ruhe und vermag daher auch nicht als ruhendes Ganzes einzelne Lebensäußerungen, wie etwa Verwaltungsakte, Urteilssprüche u. dgl. von sich zu geben. „Sondern er ist überhaupt nur vorhanden in diesen einzelnen Lebensäußerungen, sofern sie Betätigungen eines geistigen Gesamtzusammenhanges sind, und in den noch wichtigeren Erneuerungen und Fortbildungen, die lediglich diesen Zusammenhang selbst zum Gegenstande haben. Er lebt und ist da nur in diesem Prozeß beständiger Erneuerung, dauernden Neuerlebtwerdens“⁷⁾. „Anstatt von Integration spricht Smend auch von „einigendem Zusammenschluß“⁸⁾, „funktioneller Aktualisierung“, „Reproduzierung“, „dauernder geistiger Bewältigung und Weiterbildung“⁹⁾ und in ähnlichen mehr oder weniger

1) Vgl. Verfassung und Verfassungsrecht, S. 8.

2) S. 16. 3) S. 17. 4) Ebenda. 5) S. 14.

6) S. 18. 7) Ebenda. 8) Vorrede, S. VIII. 9) S. 18.

pleonastischen Ausdrücken, die hier nicht alle wiedergegeben werden können, aber ausnahmslos auf einen dauernden Vorgang des Verknüpfwerdens der Einzelindividuen zum sozialen Kollektivum des Staates hinauslaufen. Die Integration ist für Smend der „Angelpunkt des Staatlichen im Bereich der Wirklichkeit“¹⁾ und ihre Ergründung „die erste Aufgabe der Staatstheorie“²⁾. Es gibt nach der Lehre Smends drei Arten von Integration, nämlich persönliche, funktionelle und sachliche, die er — allerdings nicht sehr plastisch — zu beschreiben versucht und von denen er behauptet, daß sie sich zur „Einheit des Integrationssystems“³⁾ zusammenfügen. Auf die Einzelheiten, die Smend diesbezüglich vorträgt, braucht im vorliegenden Zusammenhange nicht eingegangen zu werden. Es genügt, wenn wir die Einwirkung der Integrationslehre auf das Wesen der Verfassung näher ansehen.

Smend gibt nicht eigentlich einen Begriff, sondern vielmehr nur eine Beschreibung des Wesens der Verfassung, die eine merkwürdige Verquickung von soziologischen mit normativen Elementen darstellt. Er verwahrt sich zwar ausdrücklich auch bei der Erörterung des Verfassungsproblems gegen den „juristischen Positivismus und Formalismus“⁴⁾, gelangt aber dennoch zu folgender Aufstellung: „Die Verfassung ist die Rechtsordnung des Staates, genauer des Lebens, in dem der Staat seine Lebenswirklichkeit hat, nämlich seines Integrationsprozesses. Der Sinn dieses Prozesses ist die immer neue Herstellung der Lebens-totalität des Staates, und die Verfassung ist die gesetzliche Normierung einzelner Seiten dieses Prozesses“⁵⁾.“ Demzufolge ist also das oben dargestellte Wesen des Staates, nämlich die Integration, der rechtlichen Regelung fähig und diese Regelung ist die Verfassung. Andererseits sagt aber Smend an einer anderen Stelle: „Das hier entwickelte Sinnprinzip der Integration, des einigenden Zusammenschlusses, ist nicht das des Staates überhaupt, sondern das seiner Verfassung“⁶⁾.“ Demzufolge liegt also das Wesen der Verfassung nicht im Juristischen, Normativen, sondern im tatsächlichen Ablauf des staatlichen Lebens, in der Integration und ist die Verfassung gleichbedeutend mit Integration oder zumindest mit einer Art von Integration. Da sich aber Smend nirgends deutlich und widerspruchslös und ohne Vorbehalt darüber ausspricht, wie sich im Grunde genommen die Integration des Staates zu seiner Rechtsordnung verhält, ist es unmöglich, den angedeuteten Widerspruch restlos aufzuklären, namentlich wenn man nachstehende ganz dunkle Stelle liest: „Es (nämlich das Verfassungsproblem) ist nicht ein Anwendungsfall des allgemeinen geisteswissenschaftlichen Problems der Spannung von Sollen und Sein, Sinn und Lebenswirklichkeit. Es ist auch keine Frage der Rechtsquellentheorie. Sondern es ist die Frage der spezifischen Substanz des Staates als Gegenstand rechtlicher Regelung durch seine Verfassung“⁷⁾.“ Man wird wohl der wirklichen Auffassung Smends am nächsten kommen, wenn man annimmt, daß er in der

1) S. 19.

2) S. 20.

3) S. 56.

4) S. 75.

5) S. 78.

6) Vorrede, S. VIII.

7) S. 76.

Verfassung eine besonders innige Verflechtung von Wert (Norm) und Wirklichkeit (Integration) erblickt, denn nur bei dieser Annahme ist für die Integrationstheorie ein Verfassungsrecht als Recht überhaupt möglich. Für diese Auffassung der Smendschen Darlegung spricht übrigens auch der Umstand, daß Smend an einer anderen Stelle¹⁾ die Staatsverfassung ausdrücklich als „Integrationsordnung nach dem Integrationswert“ bezeichnet und von ihr auch sagt: „Als positives Recht ist die Verfassung nicht nur Norm, sondern auch Wirklichkeit; als Verfassung ist sie integrierende Wirklichkeit²⁾.“

Als Gegenstand, als wesentliche Stücke der Verfassung kommen nach Smend in Betracht erstens die Staatsorgane (sofern sie politische Aufgaben zu erfüllen haben), zweitens gewisse formelle Funktionen und drittens gewisse sachliche Aufgaben. Smend erläutert diese an sich nicht sehr klare Aufzählung folgendermaßen: „In der Bildung der Organe, in ihrem Dasein und in ihrer verfassungsmäßigen Tätigkeit lebt der Staat, wird er persönlich integriert; in den formellen Funktionen besteht sein Leben als Prozeß, seine funktionelle Integration; in dem Sachgehalt, der ihm durch sein Gebiet, seinen verfassungsmäßigen Charakter und seine verfassungsmäßigen Aufgaben gegeben ist, liegt sein drittes gemeinschaftsbegründendes Element³⁾.“ Smends Lehre von den Staatsorganen braucht in diesen Zusammenhang nicht im einzelnen dargestellt zu werden, bezüglich der funktionellen Integration sei bloß bemerkt, daß es sich um das Problem der sogenannten Gewaltenteilung, um das Zusammenspiel der bekannten drei Staatsfunktionen (Gesetzgebung, Rechtspflege und Verwaltung) handelt. Nur von dem, was Smend als Sachgehalt der Verfassung bezeichnet, muß noch etwas gesagt werden. Es ist nämlich gar nicht leicht, sich in seinen diesbezüglichen langatmigen, verschlungenen, dunklen und nicht immer widerspruchslosen Ausführungen⁴⁾ auch nur einigermaßen zurecht zu finden. Man wird wohl nicht fehlgehen, wenn man annimmt, daß damit die obersten politischen Werte gemeint sein sollen, die in der Verfassung positiviert werden. Smend hebt unter ihnen insbesondere folgende heraus: Menschenrechte, Präambel, Staatsgebiet, Prinzip der Staatsform, Nationalflagge und sagt von ihnen: „Diese Momente machen in erster Linie Wesen und Wirklichkeit eines Staatswesens aus, so daß alles übrige, das in den Verfassungen darauf folgt, wie eine Art Ausführungsnorm dazu erscheint, nur zweiten Ranges gegenüber jenen ersten und obersten Werten der staatlichen Ordnung⁵⁾.“

Was Smend sonst über Verfassung und Verfassungsrecht ausführt, geht über den Begriff oder die Beschreibung der Verfassung weit hinaus und führt tief in das Methodologische hinein, ohne aber für unseren besonderen Zweck — Klärung des Verfassungsbegriffes — fruchtbar zu sein.

1) S. 84.

2) S. 80.

3) S. 88.

4) S. 45 bis 56, 107 bis 110 und 158 bis 167.

5) S. 109.

§ 5. Carl Schmitts soziologischer Verfassungsbegriff

Nach Schmitt ist der Staat nichts anderes als die „politische Einheit eines Volkes“¹⁾ und die Verfassung die „Gesamtentscheidung über Art und Form der politischen Einheit“²⁾. Die politische Einheit beruht auf dem Willen des seiner selbst bewußt gewordenen Volkes und stellt eine soziologische Seinstatsache, eine politische Realität, etwas Existenzielles, Wirkliches dar. Der Staat, die politische Einheit, wird nicht etwa durch die Verfassung geschaffen, sondern diese setzt im Gegenteil den Staat voraus und tritt zu diesem erst hinzu. Schmitt bezeichnet seinen Verfassungsbegriff als „Verfassung im positiven Sinne“³⁾ und läßt keinen Zweifel darüber bestehen, daß ebenso wie der Staat auch die Verfassung der Welt des Seins, der Wirklichkeit, und nicht des Sollens, der Norm, angehört. Die Verfassung geht zurück auf einen Akt der verfassungsgebenden Gewalt⁴⁾. Diese „ist der politische Wille, dessen Macht oder Autorität in stande ist, die konkrete Gesamtentscheidung über Art und Form der eigenen politischen Existenz zu treffen, also die Existenz der politischen Einheit im Ganzen zu bestimmen. Aus den Entscheidungen dieses Willens leitet sich die Gültigkeit jeder weiteren verfassungsgesetzlichen Regelung ab“⁵⁾. Der Gegensatz zu einem normlogischen Verfassungsbegriff kommt in den nachstehenden Formulierungen Schmitts besonders klar zum Ausdruck. „Eine Verfassung beruht nicht auf einer Norm, deren Richtigkeit der Grund ihrer Geltung wäre. Sie beruht auf einer aus politischem Sein hervorgegangenen politischen Entscheidung über die Art und Form des eigenen Seins. Das Wort ‚Wille‘ bezeichnet — im Gegensatz zu jeder Abhängigkeit von einer normativen oder abstrakten Richtigkeit — das wesentlich Existenzielle dieses Geltungsgrundes“⁶⁾. „Subjekt der verfassungsgebenden Gewalt ist entweder das Volk oder eine organisierte Minderheit oder eine Einzelperson und entsprechend diesem Subjekt ist die Form des Staates entweder Demokratie oder Aristokratie bzw. Oligarchie oder Monarchie. Da die verfassungsgebende Gewalt eine urwüchsige gesellschaftliche Erscheinung ist, läßt sich deren Betätigung nicht in Regeln pressen. „An Rechtsformen und Prozeduren ist die verfassungsgebende Gewalt nicht gebunden; sie ist ‚immer im Naturzustande‘, wenn sie in dieser unveräußerlichen Eigenschaft auftritt“⁷⁾. Der Akt der Verfassungsgebung ist immer nur auf das Ganze der besondern politischen Existenzform gerichtet und erstreckt sich niemals auf irgendwelche einzelne Normierungen. Darin liegt der Entscheidungscharakter jeglicher Verfassung. Als Beispiel zieht Schmitt die ihm am nächsten liegende Verfassung des Deutschen Reichs heran und sagt von ihr: „Für die Weimarer Verfassung sind diese grundlegenden politischen Entscheidungen: die Entscheidung für die Demokratie, die das deutsche

1) Verfassungslehre, S. 3 und an vielen anderen Stellen.

2) S. 20.

3) S. 21.

4) Ebenda.

5) S. 75/76.

6) S. 76.

7) S. 79.

Volk kraft seiner bewußten politischen Existenz als Volk getroffen hat; sie findet ihren Ausdruck in dem Vorspruch („das deutsche Volk hat sich diese Verfassung gegeben“) und in Art. 1, Abs. 2: „Die Staatsgewalt geht vom Volke aus“; ferner die Entscheidung für die Republik und gegen die Monarchie in Art. 1, Abs. 1: „Das Deutsche Reich ist eine Republik“; dann die Entscheidung für die Beibehaltung der Länder, also einer bundesstaatlichen (wenn auch nicht bündischen) Struktur des Reiches (Art. 2); die Entscheidung für eine grundsätzlich parlamentarisch-repräsentative Form der Gesetzgebung und Regierung; schließlich die Entscheidung für den bürgerlichen Rechtsstaat mit seinen Prinzipien: Grundrechte und Gewaltentrennung.... Dadurch charakterisiert sich das Deutsche Reich der Weimarer Verfassung als eine konstitutionelle Demokratie, d. h. als ein bürgerlicher Rechtsstaat in der politischen Form einer demokratischen Republik mit bundesstaatlicher Struktur¹⁾.“

Von der Verfassung sind nach Schmitt wohl zu unterscheiden die einzelnen Verfassungsgesetze. Diese stellen eine normative Regelung dar und gelten erst auf Grund der Verfassung. Die Einheit unter den Verfassungsgesetzen wird nicht durch eine Norm, aus der alle übrigen Normen abzuleiten sind, hergestellt, sondern letzten Endes durch die Autorität der verfassungsgebenden Gewalt. Diese legitimiert sich selbst und bedarf keiner außer ihr liegenden logischen oder moralischen Stütze. Daher existiert auch für Schmitt das Problem der Legitimität einer Verfassung nicht. „Die besondere Art politischer Existenz braucht und kann sich nicht legitimieren²⁾.“ Ob eine Verfassung in Übereinstimmung mit einem früher geltenden, verfassungsgesetzlich geregelten Verfahren zustande gekommen ist, ist für ihre Geltung irrelevant. „Eine neue Verfassung kann sich nicht in solcher Weise den nicht mehr geltenden früheren Normierungen unterwerfen, und es ist eine bedeutungslose, nur aus einem mißverstandenen Bedürfnis nach ‚Normativität‘ begreifliche Spielerei, überhaupt die Frage zu stellen, ob man für eine zweifellos geltende neue Verfassung den Vorschriften, die eine nicht mehr geltende frühere Verfassung für ihre eigene Revision getroffen hat, nachgekommen ist oder nicht³⁾.“ An anderer Stelle faßt Schmitt seine Anschauung in folgendem kurzen und prägnanten Satz zusammen: „Was als politische Größe existiert, ist, juristisch betrachtet, wert, daß es existiert⁴⁾.“ Die Verfassung ist, solange sie gilt, als solche unantastbar. Dagegen können einzelne Verfassungsgesetze, sofern dadurch die Verfassung als Ganzes nicht berührt wird, während des Ausnahmezustandes suspendiert oder im Wege des vorgeschriebenen Revisionsverfahrens, das für Verfassungsgesetze in der Regel strengere Abänderungsbedingungen vorsieht, sogar für die Dauer abgeändert werden⁵⁾. Der mit der Verfassung zusammenhängende Normenkomplex der Verfassungsgesetze ist für Schmitt von sekundärer

1) S. 23/24.

2) S. 87.

3) S. 88/89.

4) S. 22.

5) Vgl. S. 25/26.

Bedeutung und er benützt jede sich bietende Gelegenheit dazu, sich über die normative Behandlung des Verfassungsproblems abfällig zu äußern. Auf Laband und die von ihm befolgte Methode ist er ganz besonders schlecht zu sprechen. Der „Positivismus“ ist für Schmitt nichts anderes als eine durchaus unfruchtbare Beschäftigung der Juristen, die sich darauf beschränkt, an dem Text verfassungsgesetzlicher Bestimmungen die Kunst der Wortinterpretation zu üben¹⁾.

Aus dem Begriff der Verfassung leitet Schmitt die Begriffe Verfassungsänderung, Verfassungsdurchbrechung, Verfassungssuspension, Verfassungsstreitigkeit und Hochverrat ab, wobei es ihm stets darauf ankommt zu zeigen, daß die existenzielle, politische Einheit des Volkes dem Inhalt jeglicher Rechtsnorm und daher auch jeglicher Verfassungsrechtsnorm überlegen sei und sich infolgedessen ein Begriff wie „Verfassung“ nicht in Normen und Normativitäten auflösen lasse²⁾.

§ 6. Würdigung der soziologischen Verfassungsbegriffe

Das Problem der Beziehungen zwischen Soziologie und Rechtswissenschaft kann und braucht im folgenden nicht seinem ganzen Umfange nach aufgerollt zu werden. Es sei nur bemerkt, daß es unseres Erachtens nicht notwendig ist, eine völlige Trennung zwischen Soziologie und Rechtswissenschaft vorzunehmen und anzunehmen, daß die beiden Wissenschaften grundsätzlich mit ganz und gar unvereinbaren Begriffen arbeiten müssen, so daß — wie es die Reine Rechtslehre Kelsens tut — jeglicher Eingriff der Soziologie in die Jurisprudenz von vornherein als verderblicher Methodensynkretismus abzulehnen wäre. Warum sollten die beiden Wissenschaften nicht friedlich nebeneinander arbeiten können, selbst dann, wenn sie dieselben gesellschaftlichen Erscheinungen, z. B. den Staat oder die Rechtsordnung zum Gegenstande der Forschung machen? Daß der Feststellung des Rechtsinhaltes häufig heftige politische Kämpfe vorangehen — man denke etwa an das vielumstrittene Problem der sozialpolitischen Gesetzgebung, das insbesondere in der Zeit nach Beendigung des Weltkrieges die Geister lebhaft beschäftigt hat und beschäftigt —, wird ja auch von der Reinen Rechtslehre nicht in Abrede gestellt. Der Soziologe Somló hat sehr richtig gesagt: „Auch befolgte Normen bleiben nichtdestoweniger Normen³⁾“ und auch Kelsen kommt darüber nicht hinweg, daß die Positivität des Rechtes dessen Faktizität ist. „Unbeschadet der grundsätzlichen und uneingeschränkten Disparität der beiden Systeme“ (gemeint ist Wert und Wirklichkeit) — sagt Kelsen in seiner Allgemeinen Staatslehre⁴⁾ — „wird man ohne weiteres die Tatsache zugestehen müssen, daß der Inhalt der Normen, und speziell der Rechtsnormen, die man als gültig voraussetzt, dem Inhalt des tatsächlichen Verhaltens bis zu einem gewissen Grade entspricht, daß tatsächlich nur Rechtsnormen als gültig vorausgesetzt werden, deren Vorstellungen wirksam sind. Haben Normen — und

1) Vgl. S. 6. 2) Vgl. S. 99 bis 121.

3) Juristische Grundlehre, S. 58.

4) S. 18.

insbesondere auch Rechtsnormen — einen solchen Inhalt, daß die sie tragenden Vorstellungen gänzlich wirkungslos bleiben, setzt auch die Rechtstheorie solche Normen nicht als gültig voraus.“ Wie die Geltung des Rechtes als Faktizität des Näheren gemeint ist, legt Kelsen im Anschluß daran wie folgt dar: „Die auf die Beziehung zwischen den Inhalten der beiden heterogenen Systeme gerichtete Untersuchung kann nur eine obere und eine untere Grenze angeben: Weder fallen die Inhalte beider Systeme ganz zusammen, noch fallen sie ganz auseinander. Die Spannung darf ein Maximum nicht überschreiten — denn dann verlöre die Annahme eines eigengesetzlichen Systems ‚Recht‘ jeden Sinn — noch auch unter ein Minimum sinken —, denn dann wäre jede Möglichkeit genommen, sich des Systems Recht als eines brauchbaren Deutungs- oder Bewertungsschemas für das tatsächliche Verhalten der Menschen, die Inhalte des Systems Natur, zu bedienen. Diese durch ein Maximum und ein Minimum bestimmte Beziehung zwischen dem Inhalt des als Sollordnung geltenden Rechtes oder Staates und dem Inhalt der korrespondierenden Seinsordnung tatsächlichen Geschehens (als eines Stückes der Natur) ist es, die sich im Begriff der Positivität ausdrückt¹⁾.“ Aus dem Gesagten ergibt sich, daß es zumindest ein rechtstheoretisches Problem gibt, nämlich die Geltung des Rechtes, das ohne Zuhilfenahme der soziologischen Methode unlösbar bleiben muß. Und weiters ergibt sich daraus, daß man auch bei Behandlung jeder anderen rechtstheoretischen Frage sich zunächst darüber wird klar werden müssen, ob und inwiefern es sich um ein soziologisches oder um ein mit anderen Methoden zu lösendes Problem handelt. Auch wird zu untersuchen sein, ob sich nicht unter derselben Bezeichnung mehrere verschieden zu behandelnde Probleme verbergen. Werden die zu behandelnden Gebiete richtig abgesteckt, dann können Soziologie und Rechtswissenschaft nicht zueinander in Gegensatz geraten. Es kann nicht etwas, was in der Soziologie wahr ist, in der Rechtswissenschaft unwahr sein und umgekehrt.

Was ergibt sich aus dem Gesagten für die Würdigung der soziologischen Verfassungsbegriffe?

Es unterliegt keinem Zweifel, daß das Verfassungsproblem in erster Linie im Rechtsinhalt zu suchen ist. Wenn man von der Verfassung eines Staates spricht, meint man einen ganz bestimmten Komplex geltender Rechtsnormen, der sich von den übrigen Normen des betreffenden Rechtssystems mehr oder weniger scharf abgrenzen läßt. Die Entstehung des Staats- oder Verfassungsrechtes als einer besonderen Disziplin der Rechtswissenschaft ist anders gar nicht zu erklären. Die Verfassung als Komplex von Rechtsnormen wird auch von solchen Autoren nicht in Abrede gestellt, die der normativen Betrachtung des Staates nicht sympathisch gegenüberstehen, auch sie leugnen nicht, daß, sofern der Staat als Rechtserscheinung überhaupt erfaßt werden kann, seine Verfassung eine solche Rechtserscheinung ist. Auch für die überzeugtesten

¹⁾ a. a. O., S. 18/19.

Verfechter der Machttheorie bedeutet die Verfassung eine rechtliche Bindung der Staatsgewalt, die zumindest auch normativer Natur ist. Sofern sich die systematische Rechtswissenschaft, die dogmatische Jurisprudenz mit der Verfassung beschäftigt, kann es sich für sie selbstverständlich nur um ein Interpretationsproblem handeln, d. h. um die Feststellung des Sinnes einer bestimmten Gruppe von Rechtsnormen. In der Tat haben auch alle Staatsrechtslehrer sich mit der Interpretation von verfassungsrechtlichen Normen, insbesondere des Textes von Verfassungsurkunden beschäftigt und tun es ausnahmslos auch heute noch.

Damit soll aber nicht gesagt sein, daß man sich dem Verfassungsproblem nicht auch von der soziologischen Seite nähern könne. Die Verfassungsrechtsgeschichte ist ja nichts anderes als die Behandlung des Verfassungsproblems in der Ebene des Seins, der politischen Wirklichkeit. In Anbetracht der Verschiedenheit der von ihnen verfolgten Interessen haben sich Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte seit jeher nebeneinander recht gut vertragen und es kann wohl nicht bezweifelt werden und ist auch niemals bezweifelt worden, daß es der gleiche Begriff des Rechtes ist, der vom Dogmatiker und Historiker vorausgesetzt wird, nur mit dem Unterschied, daß sich dieser mit Rechtsinhalten beschäftigt, die nicht mehr gelten, während der Dogmatiker die Rechtsinhalte untersucht, die noch gelten. Aber auch der Soziologe, sofern er nicht Historiker ist, kann die Verfassung zum Gegenstand der Forschung machen. Die Soziologie der Verfassung ist in dem Fall nichts anderes als ein Teil der Soziologie des Rechtes. So ist etwa die Erforschung der Existenzbedingungen der Demokratie oder der Republik sicherlich ein wissenschaftliches Problem, das nicht mehr und nicht weniger existenzberechtigt ist wie z. B. die dogmatische Analyse des Artikels 48 der Weimarer Reichsverfassung.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß ein einwandfreier soziologischer Verfassungsbegriff der Rechtswissenschaft ebenso wenig im Wege stehen kann wie ein einwandfreier rechtswissenschaftlicher Verfassungsbegriff der Soziologie. Es ist nur möglich, daß der Jurist und der Soziologe aneinander vorüberreden, d. h. wissenschaftliche Feststellungen machen, die sie wechselseitig nicht interessieren. Wenn wir das Verfassungsproblem vom rechtswissenschaftlichen Standpunkt untersuchen, haben wir daher bei einer Würdigung der soziologischen Verfassungsbegriffe zu prüfen, ob und inwiefern diese für die besonderen rechtswissenschaftlichen Zwecke brauchbar sind. Stehen sie mit den Ergebnissen der Jurisprudenz in Widerspruch, dann sind sie von der Rechtswissenschaft abzulehnen und müssen überdies auch für den Soziologen unbrauchbar sein. Sind die in Hinsicht der Verfassung gemachten Feststellungen für die Rechtswissenschaft neutral, dann kann diese sich darauf beschränken, sie einfach unbeachtet zu lassen.

Sowohl Lassalle als auch Somló erblicken das Wesen der Verfassung im soziologischen Sinne in dem Faktum der Verteilung der tatsächlichen Machtverhältnisse im Staate. Beide sehen aber ein, daß

sich damit juristisch nichts anfangen läßt, und anerkennen neben dem soziologischen Verfassungsbegriff den Bestand eines juristischen, ohne aber auf das Verhältnis der beiden Begriffe zueinander näher einzugehen und zu zeigen, was zu geschehen habe, wenn soziologische und juristische Verfassung nicht übereinstimmen. Lassalle gibt die Unlösbarkeit der Antinomie offenkundig zu, interessiert sich aber nicht weiter dafür und beruhigt sich als echter Politiker bei dem Gedanken, daß letzten Endes unter allen Umständen die Macht triumphieren müsse. Somló als tiefblickender Rechtstheoretiker dagegen erfaßt wohl den Konflikt in seiner prinzipiellen Bedeutung, weiß aber nichts rechtes damit anzufangen und enthält sich einer eindeutigen Stellungnahme. Es handelt sich aber in Wirklichkeit nicht um eine echte Antinomie, sondern um ein Scheinproblem. Die beiden Verfassungsbegriffe bewegen sich in zwei verschiedenen Bahnen und können sich daher gar nicht berühren oder miteinander in Konflikt geraten. Jede Rechtsordnung beruht auf einer Machtkonstellation. Die Verteilung der Machtverhältnisse, soferne davon das öffentliche Recht berührt wird, Verfassung zu nennen, kann natürlich niemandem verwehrt werden. Es empfiehlt sich aber eine derartige Benennung nicht, wenn man etwas davon wesentlich Verschiedenes, nämlich die rechtliche Regelung der Staatsfunktionen gleichfalls mit dem Ausdruck Verfassung belegt. Und dies geschieht sowohl bei Lassalle als auch bei Somló. Beide behandeln unter der Bezeichnung „Verfassung“ zwei verschiedene Probleme, die sich selbstverständlich nicht unter einen Hut bringen lassen. Lassalles „wirkliche“ Verfassung und Somlós soziologischer Grundbegriff der Verfassung bieten eine auf das rein Tatsächliche gerichtete Beschreibung des politischen Lebens, die an und für sich zweifellos ihre Berechtigung hat und in ihren Einzelheiten in diesem Zusammenhang nicht weiter untersucht werden soll. Unter derselben Benennung „Verfassung“ untersuchen sie im Anschluß daran etwas davon wesentlich Verschiedenes, nämlich die rechtlichen Grundlagen der staatlichen Tätigkeit. Dies ist ein rechtsinhaltliches Problem, das mit dem soziologischen Problem nur insoferne zusammenhängt, als die tatsächlichen Machtverhältnisse im Inhalte einer geltenden Verfassung selbstverständlich zum Ausdruck kommen müssen. Nimmt man eine rechtsinhaltliche Verfassung, die eine geschriebene oder ungeschriebene sein kann, als in Geltung befindlich an, dann kann es den von Lassalle und Somló angenommenen Gegensatz zwischen soziologischer und rechtsinhaltlicher Verfassung in Wahrheit nicht geben, denn eine Verfassung im Rechtssinne, hinter der nicht — um mit Somló zu sprechen — eine „Rechtsmacht“ steht, kann niemals geltende Verfassung sein. Damit ist natürlich immer die Verfassung als Ganzes gemeint. Zur Geltung einer Verfassung wird nicht verlangt, daß jeder einzelne Verfassungsrechtssatz wortwörtlich eingehalten werde. Gelegentliche Verfassungsbrüche ändern nichts an dem Tatbestand der Geltung der Verfassung als Ganzen. Das Verfassungsrecht ist in dieser Beziehung genau so zu beurteilen wie irgend ein anderer Rechtsinhalt.

Von den beiden angeführten Problemen interessiert den Juristen nur das rechtsinhaltliche. Würde die Verteilung der Machtverhältnisse nicht im Rechtsinhalte zum Ausdruck kommen, so würde es kein Verfassungsrecht geben und es würde sich der Jurist mit dem ganzen Problem überhaupt nicht zu beschäftigen haben. Das Problem würde aber auch für den Soziologen ohne Interesse sein. Denn nur weil die Machtverhältnisse sich in rechtlichen Normen niederschlagen, entsteht für den Soziologen die Frage nach den Existenzbedingungen dieses Normenkomplexes. Das Verfassungsproblem ist also seinem Ursprunge nach ein echt juristisches, das vom Soziologen erst zur Weiterbehandlung vom Standpunkte der Wertverwirklichung übernommen wurde. Was der Soziologe zum Verfassungsproblem zu sagen hat, ist daher für die Jurisprudenz als Wissenschaft vom Rechtsinhalte insoweit belanglos, als es die Kreise der Rechtswissenschaft nicht stört. Die Bemühungen Lassalles und Somlós um das Verfassungsproblem tun dies nun keineswegs und sind, wenn sie als soziologische Untersuchungen auch nicht eigentlich eine positive Förderung der Rechtswissenschaft bedeuten, trotzdem von dieser dankbar entgegenzunehmen, da sie Anlaß geben, sich über die grundlegende Verschiedenheit soziologischer und juristischer Fragestellungen klar zu werden.

Wesentlich anders sind die soziologischen Verfassungsbegriffe Smends und Schmitts zu beurteilen. Ihnen handelt es sich keineswegs darum, die Arbeit des Juristen durch die soziologische Behandlung einer primär rechtlichen Erscheinung zu ergänzen, sondern darum, Rechtswissenschaft durch Soziologie zu verdrängen. Diese Absicht tritt insbesondere bei Smend klar hervor und wird von ihm mit besonderer Heftigkeit verfochten, während Schmitt etwas vorsichtiger zu Werke geht und sich in den Angriffen gegen die Jurisprudenz mehr Mäßigung auferlegt. Es ist kein Wunder, daß die Angriffe der beiden erwähnten Staatsrechtslehrer nicht unwidersprochen geblieben sind. Die Staatstheorie Smends und Schmitts steht heute im Mittelpunkt eines heftigen wissenschaftlichen Streites, in den im folgenden aber nur insofern eingegriffen werden soll, als der Begriff der Verfassung davon berührt wird.

Ist das Verfassungsproblem ein rechtsinhaltliches — daß es für den Juristen kein anderes sein kann, wurde oben dargelegt —, dann müßte sich Smends Integration in erster Linie bei der Interpretation des Verfassungsrechtes bewähren. Dies ist nun aber keineswegs der Fall. Es soll hier nicht neuerdings aufgezeigt werden, wie problematisch und in sich widerspruchsvoll Smends Lehre vom Staat als Integration ist, so daß auch an ihrer Verwendbarkeit vom Standpunkt einer Soziologie des Rechtes oder des Staates gezweifelt werden muß, sondern es handelt sich darum, daß man mit dem Staat als Integration, selbst wenn Smend damit ein soziologisches und geschichtsphilosophisches Meisterstück geliefert hätte, die Interpretation des Verfassungsrechtes nicht um einen Schritt weiterbringt. Was Smend unter der Überschrift „Positiv-

rechtliche Folgerungen“ im 3. Teil seines Buches¹⁾ bringt, beweist dies klipp und klar. Daß — wie wir von Smend hören — die Verfassung als Ganzes ausgelegt werden muß und nicht einzelne Verfassungsrechtsätze herausgerissen und für sich interpretiert werden dürfen, ist eine Selbstverständlichkeit, die für das Verfassungsrecht nicht etwa deswegen gilt, weil der Staat oder die Verfassung ein Integrationsvorgang wäre. Auch für die Abschiebung zwischen Staatsrecht und Verwaltungsrecht vermag die Integration kaum etwas zu leisten. Es ist schlechterdings nicht einzusehen, warum — wie Smend lehrt²⁾ — das Staatsrecht Integrationsrecht sein sollte, das Verwaltungsrecht dagegen „nur“ „technisches“ Recht. Man sollte im Gegenteil annehmen, daß, wenn der Staat als solcher integriert, sich das Integrieren gerade bei der technischen Durchführung der einzelnen Wohlfahrtszwecke durch die Staatsorgane manifestieren müßte. Aber selbst angenommen — nicht zugegeben —, daß die Unterscheidung richtig und das Verfassungsrecht Integrationsrecht, das Verwaltungsrecht kein solches wäre, weiß man dann, was Verfassungsrecht ist? Ebenso wenig kann die Lehre von den Staatsformen durch die Integrationslehre wesentlich gefördert werden. Smend macht diesbezüglich der herrschenden Staatsrechtswissenschaft folgenden Vorhalt: „Wenn die rechtliche Eigenart einer Verfassung vor allem in ihrem besonderen System der Kombination der obersten, der politischen Staatsorgane liegt, so wird diese Eigenart nicht erfaßt durch Aufstellung von Kompetenzkatalogen und formaljuristische Analyse der Beziehungen der Organe zueinander. Wie das Gewicht, das jedes einzelne Organ nach dem Willen der Verfassung von Rechts wegen haben soll, nicht nach seinen rechtsgeschäftlichen Zuständigkeiten, sondern nach seinen verfassungsmäßigen Integrationsaufgaben zu bestimmen ist, so ist auch jene Kombination der Organe nicht eine Verteilung von weiteren und engeren Vertretungsvollmachten, sondern von verschiedenartigen Anteilen am staatlichen Integrations-system“³⁾. Hier zeigt sich besonders deutlich, wie Smend die juristische Methode, die er zugleich als „formal“-juristisch brandmarkt, durch Soziologie verdrängen will. Der Jurist kommt eben, wenn er Jurist sein und bleiben will, über die Aufstellung von Kompetenzkatalogen und die formaljuristische Klarstellung der Beziehungen der obersten Staatsorgane nicht hinaus. Er kann es nicht und soll es auch nicht. Dem Juristen daraus einen Vorwurf zu machen, erübrigt sich. Daran vermag auch die beste Integrationslehre nichts zu ändern. Wenn diese eine wissenschaftliche Berechtigung haben soll, müßte sie sich vielmehr neben der Rechtswissenschaft als eine prinzipiell anders geartete soziologische Betrachtungsweise der verfassungsrechtlichen Phänomene etablieren und dann könnte es vielleicht sein, daß sich für eine derartige Wissenschaft, aber nur für diese, die Kompetenzkataloge und die juristischen Analysen der Beziehungen der Staatsorgane untereinander zu Integrationsaufgaben und Anteilen am staatlichen Inte-

¹⁾ a. a. O., S. 128 bis 176. ²⁾ a. a. O., S. 131. ³⁾ a. a. O., S. 148/49.

grationssystem umwandeln. Wie wenig sich die Integrationslehre am positiven Verfassungsrechtsstoff bewährt, zeigt sich auch an Smends Theorie der Grundrechte¹⁾, auf die wir aber nicht näher eingehen wollen. Smend hat sicherlich recht, wenn er von einer Unterschätzung dieses Teiles der Weimarer Reichsverfassung warnt, aber der Weg, auf dem er zu seinen zum Teil recht merkwürdig anmutenden Schlußfolgerungen gelangt, ist alles andere, nur nicht Rechtswissenschaft.

Nach dem Gesagten ist es ohne weiteres klar, daß sich aus dem Begriff der Integration auch kein rechtswissenschaftlich verwendbarer Verfassungsbegriff ableiten läßt. Es wurde bereits erwähnt, wie schwierig es ist, überhaupt festzustellen, was Smend unter Verfassung eigentlich versteht und worin er das Wesen der Verfassung erblickt²⁾. Sicher ist, daß Smend sich mit allen erdenklichen Mitteln bemüht, das Rechtliche aus der Verfassung auszumerzen, wozu ihm die Integration dienen muß, die bald mit dem Staat, bald mit der Verfassung des Staates gleichgesetzt wird. Es hätte bei unserer grundsätzlichen Einstellung zu dem Problem keinen Zweck, ihm auch bei den Einzelheiten dieser von einem Staatsrechtslehrer, also einem beamteten Juristen besorgten Arbeit nunmehr kritisch zu folgen und den Leser mit einer Widerlegung Punkt für Punkt zu ermüden, zumal an kritischen Stellungnahmen zu Smends Verfassungstheorie kein Mangel ist³⁾.

Die Gedankengänge Schmitten sind denen Smends sehr ähnlich und leiden demnach in vielen Belangen an den gleichen Gebrechen. Unsere Kritik darf sich daher verhältnismäßig kurz fassen. Die Leugnung der Normativität der Verfassung muß bei Schmitt zwangsläufig zu ähnlichen Widersprüchen führen wie bei Smend. Mit einer Verfassung, die ausschließlich in der Welt der Wirklichkeit liegt, kann übrigens auch der Soziologe kaum etwas anfangen. Die Soziologie als Kulturwissenschaft setzt ebenso Werte voraus wie die Jurisprudenz und es unterliegt keinem Zweifel, daß, wenn Schmitt die Verfassung als Ge-

¹⁾ a. a. O., S. 161 bis 167.

²⁾ Vgl. § 4 unserer Ausführungen.

³⁾ Vgl. außer der bereits zitierten Kampfschrift Kelsens: Der Staat als Integration, die in manchen Punkten wohl etwas zu weit geht — namentlich sind wir im Gegensatz zu Kelsen der Ansicht, daß die Auffassung des Staates als Integration mit irgendeiner politischen Stellungnahme, sei es nach rechts, sei es nach links, nicht das mindeste zu tun hat —, insbesondere: Tatarin-Tarnheyden: Integrationslehre und Staatsrecht, Zeitschr. f. d. gesamte Staatswissenschaft, Bd. 85, 1928, S. 1 bis 20; Koellreutter: Integrationslehre und Reichsreform (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 65), 1929; Hashagen: Zwei Neuerscheinungen zur Verfassungstheorie und Verfassungsrecht, Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich, 53. Jahrgang, I. Halbband, 1929, S. 305 bis 317; Hensel: Staatslehre und Verfassung, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 61. Band, 1929, S. 168 bis 197; Rohatyn: Die verfassungsrechtliche Integrationslehre, Zeitschr. f. öffentl. Recht, Bd. IX, 1930, S. 261 bis 284, und Stier-Somlo: Art. Verfassung, Verfassungsrecht, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. VI, 1929, S. 387 bis 391.

samtentscheidung über Art und Form der politischen Einheit definiert, bereits hinter dem Worte „Entscheidung“ sich ein normatives Element verbirgt. Wenn beispielsweise die Entscheidung gefällt wird für die Republik gegen die Monarchie, so handelt es sich durchaus nicht — wie Schmitt annimmt — um einen rein existenziellen Vorgang, sondern um bewußte Stellungnahme zu ganz bestimmten Kulturwerten. Bezüglich der Entscheidung sei weiters bemerkt, daß Entscheidungen nicht nur im Verfassungsleben eines Volkes gefällt werden müssen, sondern auch sonst in der Politik gang und gäbe sind. Man denke etwa an die Einführung eines Zivilgesetzbuches oder den Abschluß eines wichtigen Zollvertrages. Schließlich bedeutet jede Abstimmung im Parlament in gewissem Sinne eine Entscheidung. Die Charakterisierung der Verfassung als einer Entscheidung bringt somit die Lösung unseres Problems nicht weiter. Unerfindlich ist es, warum Schmitt die Entscheidung auf das Grundsätzliche einschränkt und die Einzelheiten der Verfassungsgesetzgebung nicht zur Verfassung rechnen will. Schmitt setzt sich mit der Einschränkung des Verfassungsbegriffes auf eine ganz geringe Anzahl von grundlegenden politischen Entscheidungen nicht nur in offensichtlichen Widerspruch zum Sprachgebrauch, sondern macht auch die Staatsrechtswissenschaft als solche unmöglich, denn es ist selbstverständlich, daß ein paar lapidare Sätze, mögen sie politisch noch so bedeutsam sein, nicht genügen können zur Konstituierung einer eigenen Rechtsdisziplin „Verfassungsrecht“, deren Bestand Schmitt wohl nicht ableugnen kann. Die Unterscheidung der Verfassung als existenzieller Gesamtentscheidung von den daraus sich ableitenden einzelnen Verfassungsgesetzen, auf die Schmitt so großes Gewicht legt, erscheint auch aus diesem Gesichtswinkel unfruchtbar. Unerfindlich ist es auch, warum Schmitt nur die Gesamtentscheidung in die Seins-ebene verlegt, die einzelnen Verfassungsgesetze dagegen in der Sphäre des Sollens beläßt. Der konsequente Soziologe der Verfassung müßte die ganze Verfassung mit Einschluß ihrer Weiterungen für sich beanspruchen. Im übrigen ergeben sich logisch nicht — wie Schmitt behauptet — die Verfassungsgesetze aus der Verfassung, sondern es wird umgekehrt aus dem Inhalt der einzelnen, geltenden Verfassungsgesetze durch wissenschaftliche Abstraktion der Begriff der Verfassung als Art und Form der politischen Einheit gewonnen. Der Begriff der verfassunggebenden Gewalt, den Schmitt sehr sorgfältig untersucht, mag in der Soziologie seine Berechtigung haben, da er das Zustandekommen der Verfassung genetisch verständlich machen soll, in der Jurisprudenz ist er belanglos, da es für die letztgenannte Wissenschaft nicht darauf ankommt, wie die Verfassung zustande gekommen ist, sondern darauf, welchen Sinn sie hat, d. h. wie die sie ausmachenden Rechtssätze zu deuten sind. Der von Schmitt aufgestellte Satz: „Was als politische Größe existiert, ist, juristisch betrachtet, wert, daß es existiert“, ist insofern richtig, als die Geltung einer Verfassung in der Tat nicht von ihrer Brauchbarkeit oder Richtigkeit abhängt. Auch wer mit dem Fascismus oder Bolschewismus nicht einverstanden ist,

wird die Existenz derartiger Staaten und Verfassungen nicht in Abrede stellen können. Es ist aber ein Irrtum, wenn Schmitt auf dieser Grundlage die Normativität der Verfassung ableugnen zu sollen glaubt. Auch unrichtiges Recht ist und bleibt Recht. Schmitts Feldzug gegen die Normativität der Verfassung muß daher als auf allen Linien gescheitert angesehen werden¹⁾.

Zweites Kapitel

Die Verfassung als Ursprungsnorm

§ 7. Darstellung der Lehre

In eine der Soziologie völlig entgegengesetzte Richtung wurde das Verfassungsproblem gedrängt durch die Reine Rechtslehre der sogenannten Wiener Schule. Diese nimmt bekanntlich das Verdienst für sich in Anspruch, das Recht und auch den Staat von allem gereinigt zu haben, was ihm von der Rechtswissenschaft an Nichtrechtlichem, an vor oder hinter dem Rechte Liegendem, anders ausgedrückt an Metarechtlichem fälschlicherweise beigemischt wurde. Für die Reine Rechtslehre ist das Recht nichts als eine Norm, ein Wert, ein Sollen und bedeutet die Beimischung selbst des geringsten Seinselementes eine Denaturierung der Rechtswissenschaft. Die radikale Bekämpfung des Metarechtes, die sich Hans Kelsen zur Lebensaufgabe gemacht hat, muß selbstverständlich auch bei der Behandlung des Verfassungsproblems in die Erscheinung treten. Es liegt auf der Hand, daß die Verfechter der Reinen Rechtslehre gerade die Verfassung als das spezifisch Rechtliche am Staate ängstlich vor Verfälschung durch Politik, Ethik, Soziologie usw. reinzuhalten bestrebt sind. Dies hat zur Folge, daß die Wiener Schule entsprechend ihrem auf „Positivität“ gerichtetem Streben den Hauptsitz des Verfassungsproblems im Rechtsinhalte erblickt und im Gegensatz etwa zu Smend und Carl Schmitt das Interpretieren von Verfassungsrechtsnormen durchaus nicht als eine untergeordnete Nebenbeschäftigung des Juristen ansieht. Die Reine Rechtslehre bleibt aber beim Rechtsinhalte nicht stehen, sondern verlegt das Verfassungsproblem unter der Einwirkung der angedeuteten puritanischen Tendenzen zum Teil aus dem Rechtsinhalte heraus in ein drittes Reich des reinen Denkens und der Metaphysik. Solcherart ergibt sich für die Reine Rechtslehre die Notwendigkeit, das Verfassungsproblem von zwei Seiten anzuschneiden und zur Vermeidung von Irrtümern auch unter verschiedenen Benennungen zu behandeln. Die Reine Rechtslehre unterscheidet ausdrücklich zwischen Verfassung im

¹⁾ Vgl. Hartung: Verfassungslehre, Zeitschr. f. d. gesamte Staatswissenschaft, Bd. 87, 1929, S. 225 bis 239; Kraft-Fuchs: Prinzipielle Bemerkungen zu Carl Schmitts Verfassungslehre, Zeitschr. f. öffentl. Recht, Bd. IX, 1930, S. 511 bis 541, und Voegelin: Die Verfassungslehre von Carl Schmitt. Versuch einer konstruktiven Analyse ihrer staats-theoretischen Prinzipien, ebenda, Bd. XI, 1931, S. 89 bis 109.

rechtsinhaltlichen Sinne und Verfassung im logischen Sinne. Die Verfassung im logischen Sinne wird auch als „Ursprungsnorm“ bezeichnet. Diese Lehre soll nunmehr im folgenden kurz dargestellt werden.

Dabei kann es sich nicht darum handeln zu zeigen, in welcher Weise sich die Lehre von der Ursprungsnorm innerhalb der Wiener Schule allmählich entwickelt hat¹⁾, und soll nur auf den derzeitigen Stand der Lehre eingegangen werden.

Kelsen geht von dem von Merkl in die Wiener Schule eingeführten Gedanken aus, daß die Rechtslehre das Recht nicht unter dem Gesichtspunkte der Statik, sondern einer eigenartigen Dynamik betrachten müsse, die aber nichts mit Bewegung im Sinne der Naturwissenschaften zu tun habe, sondern ein logisches Entfalten der verschiedenen Rechtsstufen (Verfassung, Gesetz, Verordnung, Verwaltungsakt, Exekution usw.) aus der übergeordneten Stufe bedeute. Dieser Stufenbau mündet in der Grundnorm oder Verfassung im rechtslogischen Sinne. Die Grund-

¹⁾ Auf die Notwendigkeit, bei jeder juristischen Konstruktion von einer als oberste vorausgesetzten Norm, über die nicht weiter diskutiert werden kann, auszugehen, hat meines Wissens zuerst Kelsen hingewiesen. Vgl. Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung, Archiv d. öffentl. Rechts, Bd. 32, 1914, S. 216f. Alfred Verdross hat den Gedanken aufgegriffen und als die wissenschaftliche Hypothese, die zur Herstellung der Rechtseinheit dient, in einigen bald nachher erschienenen Aufsätzen ausdrücklich die Verfassung bezeichnet. Vgl.: Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers, Separatabdruck aus „Juristische Blätter“, 1916; Die Neuordnung der gemeinsamen Wappen und Fahnen in ihrer Bedeutung für die rechtliche Gestalt der österreichisch-ungarischen Monarchie (Separatabdruck aus „Juristische Blätter“, 1916, und Das Verhältnis der verfassungsmäßigen Staatenverträge zum österreichischen Gesetzesrecht, insbesondere zum Strafrecht. Ein Beitrag zur Anwendung der Haager Konvention von 1899 bzw. 1907 durch die Gerichte (Separatabdruck aus „Juristische Blätter“, 1917. Ungefähr zur gleichen Zeit hat sich auch Adolf Merkl mit dem Verfassungsproblem zu beschäftigen begonnen. Vgl. insbesondere dessen Aufsatz: Die Rechtseinheit des österreichischen Staates. Eine staatsrechtliche Untersuchung auf Grund der Lehre von der lex posterior, Archiv d. öffentl. Rechtes, Bd. 37, 1917, S. 56 bis 121. Das Problem ist von den genannten drei Autoren auch weiterhin im Auge behalten worden. Der derzeitige Stand ihrer Auffassungen ergibt sich aus folgenden Schriften: Kelsen: Allgemeine Staatslehre; Verdross: Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung, 1923, und: Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926; und Merkl: Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung (Wiener Staatswissenschaftliche Studien, Bd. 15, Heft 2), 1923, und: Das Problem der Rechtskontinuität und die Forderung des einheitlichen rechtlichen Weltbildes, Zeitschr. f. öffentl. Recht, Bd. V, 1926, S. 497 bis 527. Vgl. die eingehende Darstellung in dem Aufsätze von Walz: Die Ursprungsnorm im System des Staats- und Völkerrechtes, Archiv d. öffentl. Rechtes, Neue Folge Bd. 19, 1930, S. 1 bis 60.

norm ist aber nicht positives Recht, sondern sie muß vor allem positiven Recht gedanklich vorausgesetzt, d. h. hypothetisch angenommen werden, damit positives, geltendes Recht überhaupt denkmöglich werde. Durch die Grundnorm wird ein das Recht erzeugendes Organ allererst eingesetzt. Wenn nun dieses Organ Normen schafft, die die Gesetzgebung selbst regeln, entsteht als nächste Stufe die Verfassung im positivrechtlichen Sinne, die bereits geltendes Recht ist und das Substrat darstellt, mit dessen Interpretation sich die Disziplin des Staats- oder Verfassungsrechtes befaßt. „Doch liegt die ‚Konstitution‘, d. h. die Konstituierung der einzelstaatlichen Rechtsordnung, die Begründung ihrer Einheit, eigentlich in der als Verfassung im rechtslogischen Sinne bezeichneten, nicht gesatzten, sondern nur vorausgesetzten Grundnorm. Denn auf ihr beruht der erste, noch durch keine positivrechtliche, d. h. hier: gesatzte Norm bestimmte Akt der Gesetzgebung“¹⁾. Auf der vorausgesetzten Grundnorm beruht auch — so lehrt Kelsen, offenbar beeinflusst durch einen von Merkl Jahre vorher²⁾ in allerdings etwas anderer Wendung geäußerten Gedanken — die Identität des Staates. „Der Staat bleibt derselbe, auch wenn sich seine Verfassung positivrechtlich, nämlich in den von der Verfassung selbst vorgeschriebenen Formen ändert. Die Änderung kann noch so einschneidend sein, so ist doch — erfolgt sie gesetzmäßig — schlechterdings kein Grund vorhanden, mit der geänderten Verfassung einen neuen Staat anzunehmen. Nur wenn die Verfassungsänderung als Verfassungsbruch erfolgt, d. h. wenn man — um sie als gültig anzusehen — eine andere Grundnorm voraussetzen muß als jene, auf der die alte Verfassung beruhte, dann kann von einem neuen Staate gesprochen werden“³⁾. Bezüglich des Inhaltes der Grundnorm sagt Kelsen Folgendes: „Die das System der Rechtsordnung begründende Grund- oder Ursprungsnorm hat zu ihrem typischen Inhalt, daß eine Autorität, eine Rechtsquelle eingesetzt wird, deren Äußerungen als rechtsverbindlich zu gelten haben: Verhaltet euch so, wie die Rechtsautorität: der Monarch, die Volksversammlung, das Parlament usw. befiehlt, so lautet — der Deutlichkeit halber vereinfacht — die Grundnorm“⁴⁾. Neben der angedeuteten Art der Grundnorm hält Kelsen allerdings noch eine andere für möglich. Dies hängt mit seiner Auffassung vom Wesen des Völkerrechtes zusammen. Kelsen hat nämlich die Einheit des Rechtssystems ursprünglich in der Einheit des Rechtes der einzelnen Staaten erblickt und demzufolge mehrere nebeneinander bestehende Rechtssysteme angenommen, ist aber später unter dem Einfluß der völkerrechtstheoretischen Arbeiten von Verdross, der zur Einheit des rechtlichen Weltbildes in der Weise gelangt, daß er die einzelstaatlichen Rechtsordnungen der über allen Staaten stehenden Völkerrechtsordnung einordnet und jeden Staat als von der Völkerrechtsordnung delegiert ansieht, von seiner früheren Auffassung ab-

¹⁾ Kelsen: Allgemeine Staatslehre, S. 249.

²⁾ Merkl: Die Rechtseinheit des österreichischen Staates, a. a. O.

³⁾ a. a. O., S. 249.

⁴⁾ a. a. O., S. 99.

gerückt. Nunmehr hält er es für möglich, nach Wahl entweder das Völkerrecht aus dem Staatsrecht oder umgekehrt das Staatsrecht aus dem Völkerrecht abzuleiten. Tut man letzteres, dann verliert nach Kelsen die Verfassung im rechtslogischen Sinne für das Staatsrecht ihre Bedeutung und es kann in diesem Fall nur die Völkerrechtsordnung als Ganzes eine Verfassung im rechtslogischen Sinne haben, während die Verfassungen der Einzelstaaten mittelbar in der für sie alle gemeinsamen Ursprungsnorm der Völkerrechtsordnung verankert werden und unmittelbar auf der positivrechtlichen Delegation der Völkerrechtsordnung beruhen¹⁾. Dadurch verändert sich selbstverständlich auch der Inhalt der Grundnorm und muß den Bedürfnissen der alle Staaten gleichmäßig umspannenden Völkerrechtsordnung angepaßt werden.

Merkls Lehre von der Ursprungsnorm stimmt mit der Kelsens ihrer logischen Struktur nach überein. Er weicht von Kelsen nur insofern ab, als er sich für das heutige geltende Recht bedingungslos auf den Standpunkt des Primates der Völkerrechtsordnung stellt, so daß die Ursprungsnorm nur mittelbar zur Begründung der Einzelstaatsverfassungen dient. Dies geht aus seinem oben zitierten Aufsatz „Das Problem der Rechtskontinuität und die Forderung des einheitlichen rechtlichen Weltbildes“ unzweideutig hervor. Es heißt darin: „Das gegenwärtig geltende menschliche Recht, und nur dieses, ist nun aber tatsächlich auf einen einzigen Ursprung zurückzuführen und bildet somit in seiner Gesamtheit eine einzige Rechtsordnung. Dieser Beweis ist die große Neuheit, die Verdroßens Buch über die Einheit des rechtlichen Weltbildes gebracht hat. Erst dadurch ist die bekanntlich schon häufig aufgestellte Behauptung, daß alles staatliche Recht im Völkerrecht kulminiere, verifiziert, freilich nur in dem Sinne, daß diese Rechteinheit den Charakter einer positivrechtlichen Zufälligkeit und nicht einer rechtstheoretischen Notwendigkeit hat²⁾.“ Damit hat er seine ursprünglich³⁾ vorgetragene Lehre, daß jede einzelne Staatsverfassung für sich auf eine besondere Ursprungsnorm zurückgeführt werden müsse, wohl endgültig aufgegeben und eine nicht unbeträchtliche Modifikation seiner Stufentheorie vorgenommen.

Die Verdrängung der Ursprungsnorm aus der Einzelstaatsverfassung in die Völkerrechtsverfassung ist — wie auch in der oben angeführten Äußerung Merkl hervorgehoben wird — auf die Initiative Verdroßens zurückzuführen. Dieser hat in seinen oben zitierten ersten Arbeiten den hypothetischen Charakter der Einzelstaatsverfassungen besonders betont und die wissenschaftliche Behandlung staatsrechtlicher Probleme auf gewisse den einzelnen Verfassungsurkunden zugrunde liegende

¹⁾ Kelsen hat sich mit dem Problem des Völkerrechtes eingehend auseinanderzusetzen in seinem Buche: Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes, 1920, und an dem darin entwickelten Standpunkt auch in seiner Allgemeinen Staatslehre festgehalten.

²⁾ a. a. O., S. 505/06.

³⁾ Zuletzt in dem Buch: Die Lehre von der Rechtskraft, S. 209.

Annahmen, die sich ihrerseits nicht weiter begründen lassen, zurückgeführt. Verdroß hat diesen Standpunkt aber späterhin radikal aufgegeben und das einheitliche rechtliche Weltbild im Völkerrecht verankert, so daß für die einzelstaatliche Teilrechtsordnung das Problem der Verfassung als Ursprungsnorm nicht mehr in Betracht kommt. Kelsen ist ihm — wie wir gesehen haben — auf diesem Wege nur halb, Merkl dagegen ganz gefolgt. Als völkerrechtliche Verfassung im logischen Sinne betrachtet Verdroß den Satz: „Pacta sunt servanda.“ Dieser Satz muß nach seiner Auffassung vorausgesetzt werden, damit völkerrechtliches Denken überhaupt einsetzen könne¹⁾. Er stellt aber nur eine vorläufige, nicht eine endgültige Arbeitshypothese dar, die allerdings für den Positivisten vollständig ausreicht. Nicht aber für den Rechtsphilosophen. Dieser muß — wie Verdroß lehrt²⁾ — auch darüber noch hinausgehen und die ganze Rechtswelt in einer über dem Satze: „Pacta sunt servanda“ stehenden allerletzten Grundnorm verankern, die den Zusammenhang mit dem objektiven Reich der Werte herstellt. So mündet für Verdroß das Verfassungsproblem letzten Endes in Rechtsphilosophie.

Anhänger der Lehre von der Ursprungsnorm sind schließlich noch Joseph L. Kunz, Fritz Schreier und wohl auch Felix Kaufmann. Wir müssen aber darauf verzichten, auf diese Varianten näher einzugehen.

§ 8. Würdigung der Lehre

Die Frage, ob die Lehre von der Ursprungsnorm das Verfassungsproblem zu fördern geeignet ist, muß von unserem Standpunkt aus, wonach die Verfassung im Rechtsinhalt zu suchen ist, entschieden verneint werden. So wenig wie eine Theorie des Pfandrechtes oder der Grundbuchsordnung oder des Gewerberechtes mit rechtsphilosophischen Argumenten operieren kann, wenn sie ihre spezielle Aufgabe erfüllen soll, darf sich die Allgemeine Staatsrechtslehre bei Behandlung der ihr gestellten besonderen Probleme, unter denen der Begriff der Verfassung eines der wichtigsten ist, auf rechtsphilosophische Erörterungen einlassen. Mit dieser Feststellung soll die wissenschaftliche Bedeutung der Rechtsphilosophie keineswegs geschmälert werden. Man tut aber weder dieser noch der Allgemeinen Staatslehre als einer Wissenschaft vom Rechtsinhalt einen Gefallen, wenn man sie miteinander konfundiert. Die Reine Rechtslehre hat sich zweifellos große Verdienste um die Methodologie der Rechtswissenschaft erworben, und wenn in der heutigen Zeit die Behandlung rein theoretischer Fragen, die von einem besonderen Rechtsinhalt absehen, immer mehr überhand nimmt, ist das sicherlich nicht zuletzt auf die unermüdliche kritische Arbeit der Wiener Schule zurückzuführen. Mit der Lehre von der Verfassung als Ursprungsnorm hat aber die Wiener Schule unseres Erachtens die der

¹⁾ Vgl. Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, S. 29ff. und 127ff.

²⁾ a. a. O., S. 21ff.

Rechtsphilosophie als Lehre von der Rechtsform gesteckten Grenzen überschritten und ist in ein Gebiet eingedrungen, in dem sie notwendigerweise versagen mußte. Es geht in diesem Belange der Rechtsphilosophie nicht anders wie der Soziologie. Wer die soziologischen Verfassungsbegriffe ablehnt, muß folgerichtig mit der Verfassung als Ursprungsnorm dasselbe tun.

Bedenklich ist schon der Ausgangspunkt dieser Lehre. Es ist schlechterdings nicht einzusehen, warum der Satz: „Verhalte dich so, wie ein bestimmtes Parlament es befiehlt“ ein bloß vorausgesetzter, nicht positiver Rechtssatz sein sollte, während z. B. Artikel 3 der Weimarer Reichsverfassung: „Die Reichsfarben sind schwarz-rot-gold. Die Handelsflagge ist schwarz-weiß-rot mit den Reichsfarben in der oberen inneren Ecke“ unbestritten positives Recht darstellt. Ähnliches gilt von dem Satz: „Pacta sunt servanda.“ Auch dieser gehört zweifellos zum Bestand des geltenden Völkerrechtes. Aber warum gerade er eine bloße Hypothese sein sollte, die das Völkerrecht als Wissenschaft überhaupt erst möglich macht, ist unerfindlich. Wenn von der Kritik immer wieder behauptet wird, die Ursprungsnorm sei im Grunde genommen nichts als eine Tautologie, möchten wir beistimmen. Hypothesen sind Annahmen, die gemacht werden, wenn andere Erklärungsversuche versagen. Durch die Hypothese wird etwas als erwiesen angenommen, was nicht erwiesen ist, aber vorausgesetzt werden muß, wenn nicht bezweifelte Teile eines Lehrgebäudes bestehen bleiben sollen. Man kann daher Hypothesen nicht eigentlich „beweisen“. Die bewiesene Hypothese hört auf, eine solche zu sein. Der Satz: „Verhalte dich so, wie ein bestimmter Monarch oder ein bestimmtes Parlament es befiehlt“ ist aber eines Beweises ohne weiteres fähig. Wer mit einem bestimmten Rechtsbegriff an die Rechtswirklichkeit herantritt, für den wird gerade der Inhalt einer derartigen Ursprungsnorm am allerwenigsten zweifelhaft sein. Es mag im französischen Staatsrecht manche schwierige Frage geben, über die man verschiedener Meinung sein kann, aber daß das französische Parlament im heutigen Frankreich die rechtssetzende Autorität ist, kann auch der überzeugteste Royalist nicht in Abrede stellen, es sei denn, daß er zwischen geltendem und nicht geltendem Recht keinen Unterschied macht oder machen will. Es mag sein, daß man bei Konstituierung des Rechtsbegriffes im allgemeinen ohne Hypothesen nicht auskommt — dies ist eine rechtsphilosophische Frage, die in diesem Zusammenhang nicht weiter untersucht werden soll —, wenn man aber einmal den Rechtsbegriff hat, dann kommt man gerade bei den ersten Schritten des Verfassungsrechtes zu ganz bestimmten Schlüssen, die gar nichts Hypothetisches an sich haben. Daran vermag unseres Erachtens auch die Stufentheorie der Wiener Schule nichts zu ändern. Die Verfassung im logischen Sinne als oberste oder, wenn man will, unterste Stufe der Rechtsordnung muß keineswegs eine Hypothese sein, ja sie kann es im Grunde genommen gar nicht sein. Ist sie wirklich eine Hypothese — was aber unseres Erachtens ausgeschlossen ist —, dann kann sie keine Stufe wie die anderen Stufen, z. B. die Regierungsverordnung, sein, sondern nur die logische

Voraussetzung für die anderen Stufen bilden, als deren oberste bzw. unterste sich in dem Falle die Verfassung im rechtsinhaltlichen Sinne erweisen müßte. Die Hypothese, mit deren Hilfe ein bestimmtes wissenschaftliches Material erklärt, gedeutet werden soll, kann niemals ein Teil dieses Materials selbst sein. Der von Verdross als Ursprungsnorm des Völkerrechtes verkündete Satz: „Pacta sunt servanda“ und auch die von Kelsen und Merkl formulierten Ursprungsnormen sind nun aber derartiges Material und können daher nicht Hypothesen sein. Wie wenig ernst es übrigens gerade Kelsen mit dem hypothetischen Charakter seiner Ursprungsnorm nimmt, ist aus der von ihm verkündeten Wahlmöglichkeit zu ersehen. Man kann Hypothesen nicht je nach Standpunkten wechseln. Die Hypothesen sind vielmehr selbst Standpunkte, die sich zwangsläufig aufdrängen, wenn ein gegebenes Material gedeutet werden soll. Kelsen irrt daher, wenn er sagt: „Was vom Standpunkt des Primats der staatlichen Rechtsordnung rechtstheoretische Hypothese, das ist vom Standpunkt des Primats der Völkerrechtsordnung positiver Rechtssatz“¹⁾.

Der Wert einer Hypothese richtet sich bekanntlich nach ihrer Leistungsfähigkeit. Diese reduziert sich aber unseres Erachtens bei näherem Zusehen in Hinsicht der Lehre von der Verfassung als Ursprungsnorm auf null. Man kann keines der wichtigen verfassungsrechtlichen Einzelprobleme unter Zugrundelegung einer wie immer formulierten Ursprungsnorm lösen oder der Lösung näher bringen. Aber selbst, wenn man sich auf den Standpunkt der Stufentheorie stellt, muß hervorgehoben werden, daß die Ursprungsnorm der Verfassung im rechtsinhaltlichen Sinne logisch nicht anders gegenübersteht als den anderen Rechtsstufen. Es widerspricht den Gesetzen der Logik, der als Rechtserscheinung erkannten Verfassung gegenüber allen anderen Rechtserscheinungen einen Überwert zuzusprechen. Wie wenig die Ursprungsnorm in Wahrheit die speziellen Probleme der Staatsrechtslehre berührt, beweist am besten die literarische Tätigkeit der Wiener Schule selbst. Im System der Allgemeinen Staatsrechtslehre Kelsens als Ganzes genommen spielt die Ursprungsnorm eigentlich eine relativ untergeordnete Rolle. Abgesehen von der Souveränität, die nach der Darstellung Kelsens mit der Ursprungsnorm eng zusammenhängt, werden von ihm alle sonstigen Probleme der Allgemeinen Staatsrechtslehre richtigerweise als Rechtsinhaltsprobleme behandelt. Wie sollte man auch — um irgendwelche Beispiele heranzuziehen — Probleme wie Zentralisation und Dezentralisation, Selbstverwaltung, Trennung der Gewalten, Staatsform (Autokratie und Demokratie) u. ä. anders als rechtsinhaltlich anpacken? Wo Kelsen — wie etwa in seiner Lehre von den Staatsorganen — in die Rechtsform übergreift, rächt sich ein solches Vorgehen sofort. Er ist gezwungen, in diesen Fällen mindestens auch eine rechtsinhaltliche Lösung (z. B. Staat als Rechtsinhaltsbegriff neben Staat als Rechtsform) zu versuchen, und kann sich solcherart

¹⁾ Allgemeine Staatslehre, S. 126.

vor Widersprüchen trotz eifrigen Bemühens nicht retten¹⁾. Am engsten verbunden mit der Grundnorm ist wohl Merkl, aber auch bei ihm tritt sie in der letzten Zeit etwas zurück²⁾. Ebenso wird das einheitliche rechtliche Weltbild Verdroßens unseres Erachtens nicht von der Grundnorm: „Pacta sunt servanda“ als wissenschaftlicher Hypothese, sondern von dem von ihm verkündeten rechtsinhaltlichen Delegationszusammenhang zwischen Völkerrecht und Einzelstaatsrecht getragen. Wie sehr die Ursprungsnorm vom eigentlichen Verfassungsproblem wegstrebt, zeigt ebenfalls Verdroß. Er war nicht nur derjenige, der sie aus dem Einzelstaatsrecht mit einem kühnen Griff in die Völkerrechtsordnung verlegt hat, sondern ist — wie oben bereits angedeutet wurde — neuestens im Begriffe noch weiter zu gehen und den eigentlichen Ursprung des positiven Rechtes im philosophischen Bereich der obersten Wertzusammenhänge zu suchen. Ein Weg, auf dem ihm früher oder später jeder Positivist um so mehr wird folgen müssen, da er mit den berechtigten Postulaten des Positivismus keineswegs in Widerspruch steht.

Mit der Ablehnung der Lehre von der Verfassung als Ursprungsnorm sollen die sonstigen Verdienste der Wiener Schule gerade um die Klarstellung des Verfassungsbegriffes keineswegs geschmälert werden. Wir werden darauf bei der meritorischen Behandlung der Verfassung als Rechtsinhaltsbegriff, der wir uns nunmehr zuwenden wollen, noch zurückkommen.

Drittes Kapitel

Die Verfassung als Rechtsinhalt

§ 9. Der Umfang des materiellen Verfassungsbegriffes

Verlegt man die Verfassung ausschließlich in den Rechtsinhalt und erblickt darin die Summe einer bestimmten Gruppe von Rechtsnormen, die durch bestimmte Begriffsmerkmale zusammengehalten werden, dann taucht als erste die Frage auf: Welches sind die in Betracht kommenden Normen und wie weit ist der Umfang des Verfassungsbegriffes abzustecken? Diese Frage wäre verhältnismäßig einfach zu beantworten, wenn sich in der juristischen Theorie oder Praxis ein eindeutiger Sprachgebrauch entwickelt hätte. Es würde sich dann bloß darum handeln festzustellen, was der Sprachgebrauch eigentlich besagt. Die Sache liegt aber in der Tat keineswegs so einfach. Der auf den Rechtsinhalt abzielende Ausdruck Verfassung wird nämlich in verschiedenen Bedeutungen gebraucht, so daß sein Begriffsumfang bald kleiner, bald größer ist. Davon sind für die Allgemeine Staatsrechtslehre insbesondere drei von Belang: die Verfassung im materiellen Sinne,

¹⁾ Etwas ähnliches ist Somló widerfahren, der in seiner „Juristischen Grundlehre“ mehr als einmal erfolglos versucht, Fragen der soziologischen Grundlegung in den Rechtsinhalt zu transponieren.

²⁾ Vgl. sein Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927.

die formelle Verfassung und der Idealbegriff der Verfassung. Im folgenden soll zunächst von der Verfassung im materiellen Sinne die Rede sein.

Die Verfassung im materiellen Sinne ist mit dem Begriff des Staates gegeben, d. h. es muß jeder Staat eine Verfassung in dieser Bedeutung des Wortes besitzen. Man gelangt zu diesem Begriffe in der Erwägung, daß jeder Staat, sei er noch so primitiv, ein gewisses Minimum an Organisation aufweist, das in Rechtsnormen seinen Niederschlag findet. Jeder Staat muß Organe besitzen, deren Handlungen ihm, nämlich dem Staate, zugerechnet werden. Es gibt keinen Staat ohne Staatsorgane, d. h. ohne einzelne Menschen, deren Handlungen dem Staate als solchem zugerechnet werden. Damit eine derartige Zurechnung vorgenommen werden könne, müssen aber Rechtsnormen vorausgesetzt werden, die das Deutungsschema für die Beurteilung einzelner menschlicher Handlungen abgeben. Der Staat besitzt eine Organisation, dies kann also für die juristische Betrachtung nur bedeuten, daß gewisse Rechtsnormen der angegebenen Art vorhanden sind¹⁾. Der Begriff des Staates setzt den der Rechtsordnung voraus. Staatliche Organisation ist für den Juristen rechtliche Organisation. Die Rechtstheorie trägt dem Organisationsgedanken insoferne Rechnung, als sie den Staat als juristische Person konstruiert. Ob dies unter allen Umständen notwendig ist, darauf soll in diesem Zusammenhang nicht weiter eingegangen werden. Ebenso wenig kann hier das Problem der rechtlichen Organisation des Staates in seiner ganzen Tragweite erörtert werden. Es genügt für unsere Zwecke die Einsicht in den prinzipiellen Zusammenhang zwischen dem Organisationsproblem und der Verfassung im materiellen Sinne²⁾.

¹⁾ Diese Feststellung hat demnach — was ausdrücklich bemerkt sei — mit dem Staat als soziologischem Faktum oder gar mit der sogenannten organischen Staatstheorie nichts zu tun.

²⁾ Darauf hat neuestens Burckhardt in seinem oben zitierten ausgezeichneten Buche: *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft* mit besonderem Nachdruck hingewiesen; vgl. namentlich S. 119ff. Burckhardt ist sich des Unterschiedes zwischen Organismus im Sinne der Biologie und dem Begriff der Organisation, wie ihn die Rechtswissenschaft verwendet, voll bewußt. Er sagt: „Wie es widerspruchsvoll ist, die naturwissenschaftliche Erklärung wahrnehmbarer Vorgänge, auch wenn sie auf ein bestimmtes, vom Forscher als Zweck gedachtes Ergebnis bezogen werden, anders als nach kausalgesetzlicher Methode durchzuführen, ebenso folgewidrig ist es, auf dem Gebiete des Ethischen, zu dem das Recht gehört, eine Einrichtung anders als durch praktisch-vernünftige Erwägungen erklären zu wollen.... Wie dort die tatsächliche Verbindung der Bedingungen notwendig ist, um das Endergebnis herbeizuführen, so müssen hier vernunftnotwendig, d. h. es sollen die Angehörigen eines Organismus zusammenwirkend sich verbinden, damit das vorgezeichnete Ergebnis bewirkt werde. Dort ist das Zusammenwirken ein tatsächliches, kausales, als naturnotwendige Bedingung einer Wirkung erkanntes, hier ein gesolltes, gefordertes, zur Erreichung des Zieles vernunftnotwendig zu wollendes. Dort ist der Organismus erklärt, wenn man auf Grund der bekannten Naturgesetze einsieht,

Die dem Staate zugerechneten unendlich vielen Handlungen seiner Organe sind nur verständlich, wenn sie als ein Kosmos, eine geordnete Einheit aufgefaßt werden. Die Zusammenfassung der staatlichen Organisation zur Einheit eines geltenden Rechtssystems, dies ist nun die spezifische Funktion gerade der Verfassung im materiellen Sinne. Staatliche Organisation und Verfassung sind daher keineswegs identisch. Überall, wo der Staat handelt, handelt er organisiert. Man denke etwa an die Rechtspflege oder die Finanzverwaltung oder an einen beliebigen sonstigen abgegrenzten Tätigkeitsbereich der staatlichen Organe. In allen diesen Fällen ist eine rechtliche Organisation vorhanden, man spricht aber trotzdem nicht von Verfassung. Verfassung im materiellen Sinne ist vielmehr nur derjenige Teil der staatlichen Organisation, der die Grundlage für alles andere staatliche Organhandeln abgibt. Der Staat befindet sich diesbezüglich in einer ähnlichen Lage wie alle sonstigen Körperschaften des öffentlichen Rechtes, aber auch wie die juristischen Personen des privaten Rechtes. Die Gemeindeordnung erfüllt für die Gemeinde, das Vereinsstatut für den Verein eine ähnliche Funktion wie die Verfassung für den Staat. Die Gemeindeordnung bildet durchaus nicht ein erschöpfendes Deutungsschema für sämtliche Handlungen der Gemeindeorgane und auch im Verein ist nicht bloß das rechtens, was im Vereinsstatut gesagt ist, aber damit überhaupt die Handlungen der Gemeindeorgane oder der Vereinsfunktionäre als solche der Gemeinde bzw. des Vereines gewertet werden können, muß in allen Fällen auf die Gemeindeordnung bzw. das Vereinsstatut zurückgegriffen werden.

Die dem Staate zugerechneten Handlungen lassen sich auf zwei Typen zurückführen: Rechtserzeugung und Rechtsverwirklichung. Die Lehre von den Staatsfunktionen ist notwendig eine dualistische¹⁾. Ob es sich dabei nur um relative Gegensätze handelt — wie Merkl²⁾ und Kelsen lehren — oder ob zwischen Rechtserzeugung und Rechtsverwirklichung eine mehr oder weniger unüberbrückbare Zäsur besteht, kann und braucht in diesem Zusammenhange nicht näher untersucht zu werden. Die Verfassung im materiellen Sinne als Grundlage der staatlichen Organisation erstreckt sich demnach notwendig auf die beiden angeführten Staatsfunktionen: in jeder Staatsverfassung

wie bestimmte Bedingungen zusammentreffen müssen, um eine bestimmte Wirkung hervorzubringen, und sie auch notwendig hervorzubringen; hier ist er erklärt, wenn man auf Grund einer ethischen Ordnung (die stets vorausgesetzt wird) einsieht, daß und wie bestimmte Personen handeln müssen, damit sie zu dem vorgeschriebenen Ziele mitwirken. Einen solchen Organismus der ethischen Ordnung bildet auch der Staat, die staatliche Gemeinschaft. Der Staat wie jede gesellschaftliche Einrichtung kann daher nicht unter dem Gesichtspunkt der Kausalität betrachtet werden, sondern der Rationalität“ (a. a. O., S. 120/21).

¹⁾ Darauf wird sehr richtig von Kelsen in seiner Allgemeinen Staatslehre, S. 229ff., hingewiesen. Vgl. auch Somló: a. a. O., S. 327f.

²⁾ Vgl. dessen oben angeführte Schriften.

müssen die Prinzipien der Rechtserzeugung und Rechtsverwirklichung geregelt sein. Eine Gruppe von Rechtsnormen, die sich nicht auf diese beiden Gegenstände beziehen, ist keine Verfassung. Die Prinzipien betreffen die Frage, wer das Recht erzeugen und verwirklichen, auf welche Art und Weise und in bezug auf wen dies geschehen soll. Es kommt daher auch keine Verfassung über die Bezeichnung der obersten Staatsorgane und eine, wenn auch noch so primitive Umschreibung des Kreises der Untertanen hinweg. Die angeführten Gegenstände des Verfassungsrechtes sind durchaus gleichwertig und es geht nicht an, bei Umschreibung des Umfanges des materiellen Verfassungsbegriffes z. B. die Normierung der Gesetzgebung derart in den Vordergrund zu rücken, daß die Auffassung entstehen muß, es sei dies der eigentliche, wahre Inhalt der Verfassung^{1) 2)}. In dem abgesteckten Rahmen ist

¹⁾ Es ist daher nicht recht einzusehen, was die Unterscheidung eines engeren und weiteren Verfassungsbegriffes im materiellen Sinne rechtstheoretisch leisten soll. Eine solche Unterscheidung macht z. B. Kelsen, wenn er sagt: „Dies: die Regel für die Erzeugung der die staatliche Ordnung vor allem bildenden Rechtsnormen, die Bestimmung der Organe und des Verfahrens der Gesetzgebung, ist der eigentliche, ursprüngliche und engere Begriff der Verfassung“ (Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 5, S. 36) und sodann fortsetzt: „Ist positiv-rechtlich eine spezifische, von der Gesetzesform verschiedene Verfassungsform gegeben, dann steht nichts im Wege, diese auch für Normen zu verwenden, die nicht unter den Begriff der Verfassung im engeren Sinne fallen; auf Normen vor allem, durch die nicht die Erzeugung von Gesetzen, sondern der Inhalt von Gesetzen bestimmt wird. Auf diese Weise entsteht ein Begriff der Verfassung im weiteren Sinne. Dieser ist im Spiele, wenn die modernen Verfassungen nicht nur Normen betreffend die Organe und das Verfahren der Gesetzgebung, sondern auch einen Katalog von Grund- und Freiheitsrechten enthalten“ (ebenda, S. 37). Es handelt sich bei dieser Unterscheidung unseres Erachtens nicht um einen engeren und weiteren Verfassungsbegriff, um ein Mehr oder Weniger, sondern um eine verschiedenartige Normierung der Stellung der Untertanen zum Staat. Auch eine Verfassung ohne Grund- und Freiheitsrechte muß sich in irgendeiner Weise mit der Stellung der Untertanen zum Staat auseinandersetzen. Vgl. auch Waldecker: Allgemeine Staatslehre, 1927, S. 598f.

²⁾ Ähnlich wie im Text umschreibt den Umfang des materiellen Verfassungsbegriffes schon Georg Jellinek. Es heißt in seiner Allgemeinen Staatslehre, 3. Aufl., 3. Neudruck, 1921, S. 505: „Jeder dauernde Verband bedarf einer Ordnung, der gemäß sein Wille gebildet und vollzogen, sein Bereich abgegrenzt, die Stellung seiner Mitglieder in ihm und zu ihm geregelt wird. Eine derartige Ordnung heißt eine Verfassung.... Die Verfassung des Staates umfaßt demnach in der Regel die Rechtssätze, welche die obersten Organe des Staates bezeichnen, die Art ihrer Schöpfung, ihr gegenseitiges Verhältnis und ihren Wirkungskreis festsetzen, ferner die grundsätzliche Stellung des Einzelnen zur Staatsgewalt.“ Vgl. ferner die wesentlich kürzere, aber darum nicht weniger prägnante Begriffsbestimmung Burckhardts: „Verfassung ist... die grundlegende Zuständigkeitsordnung des Staates, welches sie immer sei; die Ordnung, welche bestimmt, wer in einer menschlichen Gesellschaft letztinstanzlich darüber entscheidet, was,

der Inhalt der Verfassung selbstverständlich variabel. Die Verfassung einer absoluten Monarchie sieht ganz anders aus als die einer neuzeitlichen demokratischen Republik. Den Differenzen nachzugehen und die diesbezüglichen Typen auf ihren Rechtsgehalt zu untersuchen, ist die interessante Aufgabe der Lehre von den Staatsformen als den Verfassungsformen.

Aus dem Gesagten erhellt, daß sich unter Zugrundelegung einer bestimmten positiven Rechtsordnung nicht mit mathematischer Genauigkeit bestimmen läßt, wie weit die Grundlage der staatlichen Organisation im einzelnen reicht. Die Grenze, an der die „prinzipielle“ Regelung überschritten und in die Regelung von Einzelfragen eingegangen wird, ist vielmehr fließend. Mit Hilfe des materiellen Verfassungsbegriffes ist es unmöglich, das Verfassungsrecht vom Verwaltungsrecht, Prozeßrecht u. dgl. mit absoluter Sicherheit abzutrennen. Versuche dieser Art müssen notwendigerweise scheitern. Dies wird heute kaum mehr ernsthaft bestritten¹⁾. Die wissenschaftliche Verwendbarkeit des materiellen Verfassungsbegriffes wird davon nicht berührt, denn die Rechtswissenschaft arbeitet wie jede Kulturwissenschaft nicht selten mit derartigen Begriffen²⁾.

§ 10. Die formelle Verfassung (Verfassungsgesetze und Verfassungsurkunde)

Während der Begriff der Verfassung im materiellen Sinne mit dem des Staates gegeben ist, muß eine formelle Verfassung nicht jeder in genere oder in specie, rechtens ist. Dadurch wird der Staat organisiert, konstituiert, verfaßt“ (a. a. O., S. 206). Zutreffend bezeichnet Hermann Jahrreiß als die drei Fragen, die in der Verfassung geregelt werden müssen, folgende: I. Über welche Menschen wird die Herrschaft ausgeübt? II. Welcher Mensch oder welche Menschen üben die Herrschaft aus? III. In welcher Weise wird die Herrschaft ausgeübt? Vgl. System des Deutschen Verfassungsrechtes in Tafeln und Übersichten, 1930, S. 3. Vgl. schließlich noch den Diskussionsbeitrag Launs in den Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 5, S. 89f.

¹⁾ Vgl. Jellinek: a. a. O., S. 383ff., und Richard Thoma: Handbuch des Deutschen Staatsrechtes, Bd. I, 1930, S. 1. Wir können Walter Jellinek nicht zustimmen, wenn er (Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft. Abteilung Rechtswissenschaft, Bd. XXV, 1929, S. 41) darüber ungehalten ist, daß die Abgrenzung zwischen Staatsrecht und Verwaltungsrecht immer noch Schwierigkeiten bereitet. Daß — wie Walter Jellinek meint — im Verwaltungsrecht „Leben und Bewegung“ herrscht, dürfte unseres Erachtens kaum geeignet sein, diese Schwierigkeiten zu beheben.

²⁾ Vor kurzem hat Hans Gerber versucht, das Geld als einen Begriff des Staatsrechtes im Sinne von Verfassungsrecht darzustellen (Geld und Staat. Eine Untersuchung über die Geldverfassung als Problem des Staatsrechtes im Rahmen einer allgemeinen Systematik des Rechtes, 1926, S. 72ff.). Dies muß wohl als eine starke Übertreibung und fundamentale Verkennung des materiellen Verfassungsbegriffes bezeichnet werden, für die man aber nicht die fließenden Grenzen dieses Begriffes verantwortlich machen kann.

Staat besitzen. Das Verfassungsrecht kann in der Form sowohl des Gewohnheitsrechtes als auch des geschriebenen Rechtes auftreten. Nur wenn letzteres der Fall ist, kommt eine Verfassung im formellen Sinne in Betracht. Mit Rücksicht auf die große politische Bedeutung der Verfassung im materiellen Sinne hat sich nämlich die Gepflogenheit entwickelt, die Hauptmasse des geschriebenen Verfassungsrechtes in besonders feierlicher Form festzuhalten, sei es in einer Anzahl von mehreren nebeneinander bestehenden Verfassungsgesetzen, die man als Fundamental- oder Grundgesetze bezeichnet, sei es in einer einzigen Verfassungsurkunde. Die Verfassungsgesetze und die Verfassungsurkunde zeichnen sich vor gewöhnlichen Gesetzen dadurch aus, daß ihre Abänderbarkeit an erschwerte Bedingungen (erhöhtes Anwesenheits- und Beschlußquorum, mehrmalige Beschlußfassung, Übertragung der Verfassungsänderung auf eine besondere verfassungsgebende Körperschaft, Einführung des Referendums bezüglich verfassungsändernder Gesetze u. dgl.) geknüpft ist, wodurch eine relative Dauer und Stabilität erreicht werden soll. Während man früher der Meinung war, daß die Fundamentalgesetze und die Verfassungsurkunde eine lückenlose Kodifikation des materiellen Verfassungsrechtes enthalten, besteht heute keine Meinungsverschiedenheit mehr darüber, daß dies ein Irrtum ist und sich materielles und formelles Verfassungsrecht nahezu niemals decken, sondern fast immer ein mehr oder weniger großes Quantum materiellen Verfassungsrechtes außerhalb der Fundamentalgesetze und der Verfassungsurkunde tatsächlich in Geltung steht¹⁾. Es gelingt auch nahezu niemals, das gesamte formelle Verfassungsrecht in einer einzigen Verfassungsurkunde zusammenzupressen. Früher oder später macht sich die Notwendigkeit von Abänderungen und Zusätzen geltend, die dann in der Regel nicht in der Verfassungsurkunde selbst, sondern außerhalb ihrer in besonderen Verfassungsgesetzen untergebracht werden²⁾.

Wie wenig die formelle Verfassung sich aus dem Begriff des Staates selbst ergibt, sondern bloß ein Produkt historischer Konstellation darstellt, beweist in der heutigen Zeit am besten England, dessen Verfassung hauptsächlich auf Gewohnheitsrecht beruht und einen Unterschied zwischen gewöhnlichen Gesetzen und Verfassungsgesetzen nicht kennt.

¹⁾ Auf die geschichtliche Entwicklung der Unterscheidung zwischen gewöhnlichen Gesetzen und Verfassungsgesetzen kann in diesem Zusammenhang nicht eingegangen werden. Vgl. diesbezüglich die lesenswerten Ausführungen Carl Schmitts: Verfassungslehre, S. 11ff.

²⁾ Richtig sagt Kelsen: „Weil die Verfassung, selbst wenn ihre Abänderung noch so erschwert wird, den geänderten Zeitbedürfnissen entsprechend dennoch ständig geändert wird, muß die einheitliche Kodifikation, als welche sich eine die ganze Verfassung enthaltende Urkunde darstellt, immer wieder gesprengt werden. . . . Und daher setzen sich die Verfassungen der modernen Staaten meist aus einer Mehrheit von Verfassungsgesetzen zusammen, unter denen eines historisch und politisch immerhin das Hauptgesetz, die Haupturkunde sein mag“ (Allgemeine Staatslehre, S. 253f.).

Gibt es in einem Rechtssystem die besondere Form des Verfassungsgesetzes, dann läßt es sich natürlich nicht verhindern, daß diese Form auch auf Gegenstände Anwendung findet, die nichts mit Verfassung im materiellen Sinne zu tun haben. Man denke etwa an den sogenannten „Schächtartikel“ der Schweizerischen Bundesverfassung, welcher lautet: „Das Schlachten der Tiere ohne vorherige Betäubung vor dem Blutentzuge ist bei jeder Schlachtart und Viehgattung ausnahmslos untersagt.“ Die Weimarer Reichsverfassung enthält in ihrem Zweiten Hauptteil (Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen) verhältnismäßig zahlreiche Bestimmungen, die wohl nicht als materielles Verfassungsrecht angesehen werden können. Die Beispiele ließen sich beliebig vermehren. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß materielle und formelle Verfassung zwei Kreise mit verschiedenen Mittelpunkten darstellen, deren Flächen sich aber zu einem sehr großen Teil decken, denn es wird — wie die Praxis zeigt — in denjenigen Staaten, die einen Unterschied machen zwischen gewöhnlichen Gesetzen und Verfassungsgesetzen, die Form der erschwerten Abänderbarkeit in der Regel auf solche Gegenstände der Gesetzgebung eingeschränkt, die die Grundlagen der staatlichen Organisation betreffen.

§ 11. Der Idealbegriff der Verfassung

Ein anderer Verfassungsbegriff, von dem die materielle Verfassung, ohne die kein Staat bestehen kann, wohl zu unterscheiden ist, ist der Idealbegriff der Verfassung. Dieser entsteht dadurch, daß gewisse politische Ideale mit dem Begriff der Verfassung derart in Verbindung gebracht werden, daß nur eine solche Grundlage der staatlichen Organisation, die diesen Idealen Rechnung trägt, als Verfassung angesprochen wird. Ein solcher Verfassungsbegriff kann selbstverständlich auf die allerverschiedensten Verfassungsinhalte angewendet werden. In der europäischen Verfassungsgeschichte der Neuzeit ist dies insbesondere mit dem Verfassungsideal des liberalen Bürgertums geschehen. Im Sinne dieser Ideologie hat nicht jeder Staat eine Verfassung, sondern nur ein solcher, in dem die verfassungsmäßigen Garantien der bürgerlichen Freiheit gelten, worunter besonders hervorzuheben sind die Teilung der Gewalten, die Anerkennung der Grund- und Freiheitsrechte und die Beteiligung des Volkes an der Gesetzgebung durch Wahlen in die Volksvertretung. Dies ist der Sinn von Verfassung, wenn man von Konstitutionalismus, konstitutioneller Monarchie u. dgl. spricht. Das Wort „Verfassungsstaat“ wäre einfach sinnlos, wenn man damit nicht ganz bestimmte Verfassungsinhalte verbinden würde. Es ist sehr richtig darauf hingewiesen worden, daß das heutige europäische Verfassungsideal trotz Fascismus und Sowjetismus im Grunde genommen immer noch der bürgerliche Rechtsstaat des vergangenen Jahrhunderts ist¹⁾.

¹⁾ Sehr gut hat den Idealbegriff der Verfassung Carl Schmitt dargestellt (Verfassungslehre, S. 36 ff.). „Der heute herrschende Idealbegriff der Ver-

Es ist selbstverständlich, daß eine allgemeine Theorie der Verfassung, die ja allen denkbaren Verfassungsinhalten Rechnung tragen muß, sich nicht von einseitigen Verfassungsidealen beeinflussen lassen darf. Nichts ist so verderblich für die Einsicht in das Wesen der Verfassung als die Konfundierung des materiellen Verfassungsbegriffes mit irgendeinem Idealbegriff der Verfassung. Eine richtig verstandene positivistische Staatstheorie muß gerade in diesem Punkte besonders vorsichtig sein. Gleiches gilt selbstverständlich auch von der Vermengung des materiellen mit dem formellen Verfassungsbegriff. Auch hier führt die Konfundierung zu einer unerlaubten Verengung des Gesichtsfeldes, die sich früher oder später rächen muß. Dieser Gefahr entgeht man aber noch am ehesten, wenn man sich die drei Begriffe: materielle Verfassung, formelle Verfassung und Idealbegriff der Verfassung, von vorneherein vergegenwärtigt und ihre Tragweite gegenseitig abwägt.

§ 12. Die Geltung der Verfassung

Es sei ausdrücklich betont, daß, wenn im folgenden einige Bemerkungen zum Problem der Geltung der Verfassung gemacht werden sollen, der ganz allgemeine Begriff der Verfassung im materiellen Sinne gemeint ist.

Es wurde schon oben ganz kurz angedeutet, daß die Geltung des Rechtes in einer eigenartigen Verquickung von Normativität und Faktizität besteht. Ein System sozialer Normen, das als Ganzes genommen nicht realisiert, in die Tat umgesetzt wird, kann nicht als geltendes Recht angesprochen werden. Da die Verfassung nichts anderes ist als ein besonders wichtiger Ausschnitt aus dem Rechtssystem, hängt auch ihre Geltung als Ganzes genommen davon ab, ob sie in die Wirklichkeit umgesetzt, ob von den Menschen, für die sie bestimmt ist, tatsächlich entsprechend ihren Vorschriften vorgegangen wird. Die Verfassung des Kaisertums Österreich aus dem Jahre 1867 kann heute nicht als geltendes Recht angesprochen werden, weil kein Mensch da ist, der die kaiserlichen Rechte ausübt, der österreichische Reichsrat als gesetzgebende Körperschaft nicht mehr fungiert, keine Wahlen in das Parlament stattfinden usw. Die Feststellung der Faktizität einer Verfassung ändert an deren Normativität nichts. Die geltende Verfassung ist nicht eine bloße Tatsache, sondern sie ist eine Tatsache, gemessen an dem

fassung entspricht immer noch dem Verfassungsideal des bürgerlichen Rechtsstaates. Wenn man vom bolschewistischen Rußland und vom fascistischen Italien absieht, kann man sagen, daß dieser Idealbegriff in den meisten Staaten der Erde noch gilt. Die Eigenart seines Verfassungsideals besteht darin, daß eine Organisation des Staates unter einem gegenüber der Staatsgewalt kritischen und negativen Gesichtspunkt — Schutz des Bürgers gegen Mißbrauch der Staatsgewalt — unternommen wird. Weniger der Staat selbst als die Mittel und Methoden seiner Kontrolle werden organisiert; es werden Sicherungen gegen staatliche Übergriffe geschaffen und Hemmungen in der Ausübung staatlicher Macht herbeizuführen gesucht“ (Schmitt: a. a. O., S. 40/41).

Ausschnitt eines bestimmten Rechtssystems. Ohne diese Art von Geltung, die wir als soziologisch-normative Geltung bezeichnen wollen, weil in ihr Sein und Sollen zusammentreffen, kommt eine Staatstheorie nicht weiter, weil man anders als durch Beobachtung des gesellschaftlichen Lebens geltende Rechtssysteme von solchen, die nicht mehr oder noch nicht gelten, einfach nicht zu unterscheiden vermag. Der wesentliche Unterschied der von uns vertretenen soziologisch-normativen Geltung von der soziologischen Verfassungstheorie eines Carl Schmitt, Smend usw. besteht darin, daß diese lediglich die Seinstatsachen sehen und die Normativität jeglicher Verfassung, von der ihr Rechtscharakter ebenso abhängt, nicht sehen wollen oder geradezu in Abrede stellen. Wir stimmen ganz mit der Wiener Schule überein, wenn diese immer wieder betont, daß man aus einem Sein kein Sollen „ableiten“ könne. Man kann aber das Zusammentreffen einer Sollensreihe mit einer Seinsreihe konstatieren und diesen Tatbestand als soziologisch-normative Geltung eines Rechtssystems bezeichnen. Die von uns gleichfalls abgelehnte Lehre von der Ursprungsnorm löst das spezifische Geltungsproblem nicht, weil sie vom Standpunkt einer Reinen Rechtslehre höchstens dartun könnte, wie die Normen eines angenommenen Rechtssystems untereinander in Verbindung stehen und zu einer Einheit zusammengefügt werden, aber nichts darüber auszusagen vermag, ob dieses System in die Tat umgesetzt ist oder nicht. Das Recht ist weder reines Sein noch reines Sollen, sondern eine Verknüpfung beider. Dies darf auch von einer Theorie der Verfassung nicht außer acht gelassen werden. Wenn das Verfassungsrecht ganz oder überwiegend als Gewohnheitsrecht auftritt, sind sich die Theoretiker diesbezüglich ganz einig. Es würde niemandem einfallen, das englische Verfassungsrecht als geltendes Recht zu behandeln, wenn sich das Staatsleben in England nicht tatsächlich im Sinne dieser Rechtsordnung abspielen würde. Was für das Gewohnheitsrecht gilt, muß aber auch für das geschriebene Recht gelten. Die Geltung einer Verfassungsurkunde ist nicht problematischer als die einer sogenannten historischen Verfassung. Im Gegenteil. Fragen des Gewohnheitsverfassungsrechtes sind oft viel schwerer zu bewältigen als die Interpretation einer geschriebenen Quelle des Verfassungsrechtes.

Das Verfassungsrecht eines Staates kann in sehr verschiedenen Formen auftreten: als Gewohnheitsrecht, Inhalt von sogenannten Verfassungsurkunden, als Summe von Verfassungsgesetzen, als einfaches Gesetz, als Verordnung eines absoluten Monarchen u. dgl. Es ist auch eine Kombination der verschiedenen Formen in ein und demselben Rechtssystem nicht nur möglich, sondern sogar sehr häufig. Das Verfassungsrecht der Deutschen Republik erschöpft sich z. B. keineswegs in der Weimarer Verfassung, sondern ist darüber hinaus auch in einzelnen Verfassungsgesetzen, in einfachen Gesetzen, internationalen Verträgen enthalten. Es ist daher unrichtig, wenn man — wie es namentlich Kelsen und Mehl tun¹⁾ — die Verfassung einschränken will auf die

¹⁾ Vgl. deren oben zitierte Schriften.

oberste Stufe der Rechtsordnung (Verfassungsurkunde, Verfassungsgesetze). Diese oberste Stufe ist gelegentlich so mager, daß man in ihr beim besten Willen nicht die ganze Grundlage der staatlichen Organisation erblicken kann. Als instruktives Beispiel sei etwa das vom revolutionären Nationalausschuß erlassene Gesetz vom 28. Oktober 1918, betreffend die Errichtung des selbständigen Tschechoslowakischen Staates, genannt, das aus einer Einleitung und fünf ganz kurzen Artikeln besteht. Es kann hier im übrigen auf die Stufentheorie Merkl's, die von Kelsen und auch von Verdroß angenommen worden ist¹⁾, nicht näher eingegangen werden. Auch wenn man in der Stufentheorie nicht den Schlüssel zur Lösung aller Verfassungsprobleme erblickt, kann soviel zugegeben werden, daß das Recht der obersten Stufe für die Verfassung von ganz besonderer Bedeutung ist, da ja in der Tat im Verfassungsrecht normalerweise das Recht der höchsten Stufe dominiert. Nicht unerwähnt soll bleiben, daß gerade für das Recht der höchsten Stufe der soziologisch-normative Geltungsbegriff des Rechtes bedeutsam ist. Während man nämlich in allen anderen Stufen vielleicht noch mit einer rein logischen Verknüpfung der Stufen untereinander das Auslangen finden mag (z. B. Zurückführung der Verordnung auf das Gesetz), ohne sich in allzu offenkundige Widersprüche zu verwickeln, wird die soziologisch-normative Geltung in der obersten Stufe zu einer unabweislichen Forderung, da keine übergeordnete Stufe mehr vorhanden ist, in der eine Verankerung nach oben möglich wäre²⁾. Betrachtet man beispielsweise eine Verfassungsurkunde als oberste Stufe, dann kann die Frage, ob diese „gilt“, nicht allein durch logische Operationen in der Ebene des Normativen beantwortet werden. Man wird vielmehr, um mit Verdroß³⁾ zu sprechen, prüfen müssen, „ob sich die betreffende Ordnung in Organakten realisiert“, und nur sofern dies der Fall ist, die Frage bejahen können.

Im Gegensatz zur soziologisch-normativen Geltungstheorie spricht man nicht selten vom Gelten eines Rechtssatzes nur dann, wenn er sich logisch von einem übergeordneten, als geltend angenommenen Rechtssatz ableiten läßt, und gelangt zu dem Schluß, daß die Verfassung nicht auf einem Rechtstitel beruhe und daher nicht im rechtlichen Sinne gelte⁴⁾. Diese Auffassung enthält zwei Irrtümer. Erstens ist es — wie

¹⁾ Auch Alf Ross hat in seinem interessanten Buche: *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechtes auf Grundlage dogmen-historischer Untersuchungen*, 1929 (Wiener Staats- und Rechtswissenschaftliche Studien [Neue Folge der Wiener Rechtswissenschaftlichen Studien]. Herausgegeben in Verbindung mit Hans Mayer und Othmar Spann von Hans Kelsen, Bd. XIII), die Stufenlehre akzeptiert.

²⁾ Verdroß bringt in seinen oben zitierten Büchern: *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*, S. 77 ff., und: *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, S. 1 ff., sehr interessante und wertvolle Vorarbeiten zu einer soziologisch-normativen Geltungslehre, die freilich noch ausgestaltet werden müßte.

³⁾ *Einheit des rechtlichen Weltbildes*, S. 82.

⁴⁾ Vgl. z. B. Burekhardt: a. a. O., S. 212.

oben dargelegt wurde — unrichtig, daß die Verfassung lediglich aus Rechtssätzen höchster Stufe, die keine anderen Rechtssätze über sich haben, besteht. Es wird daher auch aus dem Gesichtswinkel dieses engeren Geltungsbegriffes ein mehr oder weniger großes Segment der Verfassung als „geltend“ angenommen werden müssen. Man denke etwa an eine Wahlordnung in das Parlament, die auf Grund einer in der Verfassungsurkunde enthaltenen Ermächtigung als einfaches Gesetz erlassen wird. Zweitens ist zu bedenken, daß Geltung für eine Theorie des Rechtes nur als rechtliche Geltung sinnvoll in Betracht kommen kann. Wenn man aber die Verfassung als rechtliche Erscheinung betrachtet, muß man sie auch als rechtlich geltend betrachten. Wer dies nicht tut, benimmt sich wie einer, der das Fundament des Hauses als nicht zum Hause gehörig betrachtet. Der engere Geltungsbegriff ist somit offenkundig unbrauchbar zur Entscheidung der Frage, ob eine bestimmte Verfassung als Ganzes gilt oder nicht.

Von der soziologisch-normativen Geltung der Verfassung als Ganzen ist wohl zu unterscheiden die Geltung einzelner Normen einer Verfassung. Ob und in welchem Sinne eine bestimmte Verfassungsrechtsnorm gilt, ist eine Frage der Interpretation der betreffenden Verfassung. Es würde zu weit führen, wollten wir auch auf dieses Problem näher eingehen. Wir werden aber auf die Verfassung als Gegenstand der dogmatischen Rechtswissenschaft später in einigen abschließenden Bemerkungen zurückkommen.

§ 13. Legitimität oder Illegitimität der Verfassung

Man nennt eine Verfassung legitim, wenn sie auf Grund von Bestimmungen einer anderen Verfassung entstanden ist, d. h. wenn zwischen zwei Verfassungen rechtliche Kontinuität besteht. Alle anderen Verfassungen sind illegitim. Es liegt auf der Hand, daß dieser Unterscheidung nach dem Gesagten keine theoretische Bedeutung zukommen kann. Verfassung im materiellen Sinn ist die Grundlage der staatlichen Organisation. Damit sie gelte, muß sie sich durchsetzen. Die Durchsetzung ist aber eine Tatsachenfrage, die unabhängig ist von der rechtlichen Verknüpfung einer geltenden Verfassung mit einer nicht mehr geltenden. Die Umwandlung der Monarchie in eine Republik kann legitim in der Weise vor sich gehen, daß der absolute Monarch abdankt und die Ausübung der Herrscherrechte unwiderruflich anderen Faktoren überläßt, sie kann aber auch revolutionär in der Weise erfolgen, daß die Dynastie gewaltsam gestürzt und an die Stelle des monarchischen Regimes die republikanische Herrschaftsform gesetzt wird. Die rechtliche Geltung der neuen Verfassung ist in beiden Fällen die gleiche. Die legitime Verfassung hat keine höhere Geltung als die illegitime. Auch die legitime Verfassung ist eine „neue“ Verfassung und man kann nicht behaupten, daß sie mit der alten, nicht mehr geltenden identisch sei¹⁾. Andererseits

¹⁾ Wir können daher Merkl nicht zustimmen, wenn er sagt: „Die Identität der Verfassung ist keineswegs durch die Unveränderlichkeit

tut die Illegitimität der neuen Verfassung ihrer Geltung keinerlei Abbruch. Sehr richtig lehrt Stier-Somlo: „Nach der heute herrschenden Lehre ist Legitimität kein Merkmal der Staatsgewalt, d. h. es ist rechtlich belanglos, ob die neue Staatsgewalt vom Standpunkte des bisherigen Rechtes aus legitim ist oder nicht. Sie braucht nicht notwendig auf dem Wege des Rechtes entstanden zu sein. Zur Rechtsverwirklichung ist nur die Staatsgewalt befugt, die die tatsächliche Macht besitzt. Freilich genügt nicht die ‚vollzogene Tatsache‘ (fait accompli) allein, sondern der Machtübende muß in der Lage sein, sich in der Staatsgewalt zu behaupten“¹⁾.

Das Legitimitätsproblem wird im modernen rechtswissenschaftlichen Schrifttum auch im Zusammenhang mit der allgemein aufgeworfenen Frage der Rechtskontinuität und der Theorie der Revolution behandelt. Es würde aber zu weit führen, wollten wir im Rahmen einer kurzen Abhandlung auf diese sicherlich sehr interessante Literatur eingehen. Ebenso wenig kann in diesem Zusammenhang die Beziehung der Legitimität der Verfassung zur Völkerrechtsordnung untersucht werden²⁾.

§ 14. Die Verfassung als Rechtsinhalt und das Strafrecht

Die Verfassung als Rechtsinhalt tritt sehr deutlich in die Erscheinung im Strafrecht. Wir meinen die in den modernen Staaten bestehenden Bestimmungen über den Hochverrat. Wenn auch die bezüglichen Tatbestände in den Strafgesetzen der einzelnen Staaten verschieden umschrieben sein mögen, stimmen sie doch darin überein, daß sich das Delikt des Hochverrates im wesentlichen gegen die Verfassung des Staates richtet. Wobei unter Verfassung offenbar die materielle Verfassung gemeint sein muß und nicht bloß eine Verfassungsurkunde oder beliebige Verfassungsgesetze im formellen Sinne. Diesbezüglich herrscht unter den Theoretikern kein Streit³⁾. Auch die in einzelnen

und Unverändertheit des Verfassungsinhaltes, sondern nur, sofern der Inhalt Abwandlungen erfährt, durch die Erfüllung der selbstgesetzten Voraussetzungen der Änderung bedingt. Ist eine Inhaltsänderung nicht durch einen qualifizierten Bestandteil des Verfassungsinhaltes, nämlich einen zu Verfassungsänderungen delegierenden Verfassungssatz legitimiert, so wird durch eine Änderung die Identität der Verfassung aufgehoben“ (Zeitschr. f. öffentl. Recht, Bd. V, S. 513). Wenn Merkl recht hätte, könnte ein Staat zugleich Monarchie und Republik sein, ersteres auf Grund der alten, letzteres auf Grund der legitimen neuen Verfassung.

¹⁾ Vgl. Artikel Legitimitätsprinzip, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. 3, 1928, S. 934.

²⁾ Vgl. zum Legitimitätsproblem überhaupt die lesenswerten Ausführungen Carl Schmitts: a. a. O., S. 87 bis 91.

³⁾ „Dabei haben wir unter ‚Verfassung‘ jene grundsätzlichen Rechtseinrichtungen zu verstehen, auf denen das staatliche Leben beruht, mögen sie in der Verfassungsurkunde aufgezählt sein oder nicht; also die auf dem Grundsatz der Gewaltenteilung beruhende Bestimmung der Staatsorgane

Staaten¹⁾ in der letzten Zeit geschaffenen Republikschutzgesetze arbeiten mit einem materiellen Verfassungsbegriff. Der Hochverrat richtet sich weder ausnahmslos gegen alles, was in der Verfassungsurkunde steht, noch bleibt er im Rahmen der Verfassungsurkunde stehen. Es können unter den Tatbestand des Hochverrates vielmehr auch Angriffe gegen grundlegende Institutionen fallen, die durch einfache Gesetze geregelt sind. Ausschlaggebend ist, daß es sich um einen gewaltsamen Angriff auf die Grundlagen der staatlichen Organisation handelt. In monarchischen Staaten kommt daher als wichtigstes Schutzobjekt in erster Reihe die Person des Monarchen in Betracht, während in der Republik insbesondere gewisse typisch republikanische Institutionen (Parlament, Regierung, Staatspräsident usw.) geschützt werden. Natürlich machen sich auch hier die fließenden Grenzen des materiellen Verfassungsbegriffes bemerkbar, so daß es sich mit Rücksicht auf die schweren Strafen, mit denen der Hochverrat belegt ist, vielleicht empfehlen würde,

und der diesen übertragenen Funktionen. Eine Änderung des Wahlrechtes würde demnach hierher gehören, desgleichen eine Verhinderung der obersten Staatsorgane an der Entfaltung der ihnen nach der Verfassung obliegenden Tätigkeit, nicht aber die Umgestaltung der Preßfreiheit oder der freien Religionsübung. Die geplante Änderung muß eine gewaltsame sein; damit sind bloße Drohungen ausgeschlossen“ (Franz v. Liszt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes, 25., vollkommen durchgearbeitete und zum Teil umgestaltete Auflage, besorgt von Eberhard Schmidt, 1927, S. 760). Ähnlich äußert sich Hellmuth von Weber: „Verfassung ist nicht identisch mit Verfassungsurkunde, die für die Organisation des Staates unwesentliche Dinge enthalten kann, während umgekehrt Wichtiges fehlt. Auf diesen Standpunkt hat sich das Reichsgericht mit Entschiedenheit gestellt bereits im Falle Karl Liebknecht, der die Wehrverfassung beseitigen wollte.... Die Verfassung in diesem Sinne wird nun aber nicht getroffen als Norm, sondern als Sein. Das wird wichtig bei der Beurteilung der Frage, ob und von wann ab bei einem Verfassungswechsel, der sich nicht in legalen Formen vollzieht, die neue Verfassung Schutz genießt. Stellt man ab auf die substantielle Existenz der Verfassung, so ist der Zeitpunkt der tatsächlichen Durchsetzung maßgebend. Wann dieser eintritt, ist natürlich eine Tatfrage. Das Reichsgericht hat entsprechend entschieden.“ (Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. 5, 1929, S. 180). Vgl. auch Anschütz: Der Verfassungsbegriff im Tatbestand des Verbrechens des Hochverrates. Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der juristischen Fakultät an der Universität Heidelberg, 1926 (in Maschinschrift), S. 27, 30/31, 33/34, 36/37, und Wegener: Über Hochverrat. Historische und dogmatische Darstellung der Grundsätze des staatlichen ius puniendi gegenüber den Angriffen auf die Staatsverfassung. Doktordissertation der Universität Breslau, 1923 (in Maschinschrift), insbesondere S. 66ff.

¹⁾ Z. B. Deutschland und Tschechoslowakei. Vgl. Graf zu Dohna: Die staatlichen Symbole und der Schutz der Republik, Handbuch des Deutschen Staatsrechtes, Bd. I, S. 200ff.; von Weber: Das neue reichs-deutsche Republik-Schutzgesetz, Prager Juristische Zeitschrift, X. Jahrgang, 1930, Sp. 416 bis 420 und derselbe: Grundriß des tschechoslowakischen Strafrechtes, 1929, S. 68ff.

an Stelle des allgemeinen Verfassungsbegriffes einen erschöpfenden Katalog der geschützten staatlichen Einrichtungen zu setzen. Doch sind dies Einzelheiten, deren Erörterung nicht der Allgemeinen Staatsrechtslehre, sondern der Strafrechtswissenschaft zusteht.

§ 15. Die Verfassung als Gegenstand der dogmatischen Rechtswissenschaft

Ist die Verfassung — wie wir uns nachzuweisen bemüht haben — nichts anderes als ein besonders wichtiger Ausschnitt aus einem geltenden Rechtssystem, so ist dieser als Gegenstand der dogmatischen Rechtswissenschaft ebenso zu behandeln wie jeder andere Rechtsinhalt. Aufgabe der dogmatischen Jurisprudenz kann nur sein die Interpretation des geltenden Rechtes, im vorliegenden Fall des geltenden Verfassungsrechtes. Die Probleme der Wissenschaft von der Verfassung als Rechtserscheinung sind also — soweit die dogmatische Jurisprudenz in Betracht kommt — ausschließlich Interpretationsprobleme und unterscheiden sich grundsätzlich in keiner Weise von den Interpretationsproblemen in den anderen Rechtsgebieten, wie etwa dem Verwaltungsrecht, Strafrecht, Privatrecht, Zivilprozeßrecht usw.

Dies muß aus dem Grunde besonders hervorgehoben werden, weil es — wie wir bei der Darstellung der Verfassung als Integration kurz anzudeuten Gelegenheit hatten — seit einigen Jahren in der deutschen Rechtswissenschaft üblich geworden ist, von einer „Krisis“ der Staatslehre oder Staatsrechtslehre zu sprechen, aus der man einen Ausweg nur in der Weise finden zu können vermeint, daß man über den „Dogmatismus“ irgendwie hinausgeht. Dies soll nach Ansicht der Einen in der Art geschehen, daß man die Interpretationsprobleme soweit als nur möglich auf juristische Methodenlehre reduziert und von der juristischen Betrachtung alles ausschließt, was sich nicht mit Hilfe des rein logischen Denkens meistern läßt, während die anderen der ihrer Ansicht nach in der Gefahr des Verdorrens befindlichen Staatsrechtswissenschaft dadurch neues Leben zuführen zu sollen glauben, daß sie der Rechtsdogmatik möglichst viel „Politik“ beimengen. Wir haben bei der Kritik der Verfassung als Grundnorm, aber auch bei der Würdigung der soziologischen Verfassungsbegriffe gesehen, wie abwegig derartige Übertreibungen werden können. Die Heftigkeit, mit der der Streit um die Methode der Staatsrechtswissenschaft geführt wird, steht eigentlich in keinem Verhältnis zu den wissenschaftlichen Resultaten, die auf solche Weise zutage gefördert werden. Man kann auch mit noch so scharf geschliffenen Rechtsbegriffen die Jurisprudenz nicht zu einer Mathematik der Geisteswissenschaften machen, in der es nur eindeutige Lösungen gibt und alles ohne Rest aufgeht. Es ist einfach zwecklos, die in jedem Rechtssystem nun einmal enthaltenen metaphysischen Voraussetzungen mit einer falsch angebrachten, alles zersetzenden Logistik ausräumen oder das Rechtssystem aus seiner historischen Entwicklung herausreißen und im leeren Raum aufbauen zu wollen.

Die Hexenprozesse waren seinerzeit nicht sinnlos, weil wir heute wissen, daß es in Wirklichkeit keine Hexen gibt. Die Heiligkeit und Unfehlbarkeit des absoluten Monarchen ist nicht weniger problematisch wie der demokratische Grundsatz: alles Recht geht vom Volke aus. Es muß daher auch eine reine, d. h. streng innerhalb des Rechtes sich bewegende Rechtslehre mit Gegebenheiten dieser Art rechnen. Metaphysik und Recht schließen einander keineswegs aus. Die schwierige Aufgabe der Rechtswissenschaft besteht vielmehr in der Feststellung dessen, was und wie viel an Metaphysik in ein bestimmtes geltendes Rechtssystem Eingang gefunden hat. Andererseits muß die Rechtsdogmatik auch auf die soziologische Bedingtheit der rechtlichen Geltung Rücksicht nehmen, womit aber keineswegs behauptet werden soll, daß soziologische und juristische Methode identisch seien. Es ist vielmehr ein nicht hoch genug einzuschätzendes Verdienst der Wiener Schule, auf die diesbezüglichen weitgehenden Verschiedenheiten immer wieder mit Nachdruck hingewiesen zu haben und hinzuweisen. Ungeachtet dessen kann aber die Rechtsdogmatik des soziologischen Unterbaues nicht entbehren. Wie will man z. B. ohne einen solchen das Problem des Gewohnheitsrechtes befriedigend lösen? Auch die oberste rechtsinhaltliche Stufe im Merkl'schen Stufenbau der Rechtsordnung, die gerade im Verfassungsrecht von nicht geringer Bedeutung ist — wie wir gesehen haben —, muß wohl soziologisch gestützt werden. Daß die Wiener Schule den Weg zur Metaphysik und Soziologie noch nicht gefunden hat, muß bei aller Anerkennung ihrer sonstigen Verdienste um unsere Wissenschaft als Passivum gebucht werden, das von der Gegenseite selbstverständlich weidlich ausgenützt wird. Wien-Köln wird die aus Berlin kommenden heftigen Angriffe auf die Dauer nur abwehren können, wenn es in seinen „reinen“ Wein einen tüchtigen Schuß Metaphysik und Soziologie gießt. Dies wird geschehen müssen, selbst auf die Gefahr hin, daß dadurch die rechtswissenschaftliche Erkenntnis an „Objektivität“ einbüßt. Man kommt eben darüber nicht hinweg, daß der Rechtsinhalt ein Kulturprodukt ist. Wo Kultur ist, ist immer auch „Subjektivität“. Mit dem Wissenschaftsideal der Naturwissenschaften kommt man daher in der Kulturwissenschaft des Rechtes nicht weiter. Womit nicht gesagt ist, daß es nicht auch in der Rechtswissenschaft etwas wie Objektivität gibt. Nur ist sie anders geartet wie in den Naturwissenschaften. Welcher Art sie ist und wie weit sie geht, dies aufzudecken, ist eine der wichtigsten noch ungelösten Aufgaben der Rechtstheorie. Nur mit ihrer Lösung kann die Krisis der Staatsrechtslehre zum Stillstand kommen.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß auch die Durchsetzung der Verfassungsrechtswissenschaft mit Politik, die von der anderen Seite gefordert wird, nicht aus der Krisis herauszuführen vermag. Es ist selbstverständlich, daß sich Staatsrecht nicht ohne Rücksicht auf das Politische betreiben läßt¹⁾ und daß Verfassungsstreitigkeiten immer

¹⁾ Vgl. Triepel: Staatsrecht und Politik. Rede beim Antritt des Rektorats der Friedrich-Wilhelm-Universität zu Berlin vom 15. Oktober 1926, S. 18.

politische Streitigkeiten sind¹⁾. Es läßt sich auch nicht leugnen, daß der gute Staatsrechtslehrer politisch gebildet und politisch interessiert sein soll. Die Forderung Rudolf Launs: „...so wenig der Mediziner dem Spital, der Astronom der Sternwarte, der Nationalökonom der Wirtschaft, so wenig darf m. E. der Staatsrechtslehrer der Politik fernbleiben“²⁾, ist ebenso berechtigt wie die von demselben Autor herührende These: „Der Staatsrechtslehrer ohne eigene politische Überzeugung wäre lächerlich“³⁾. Es ist auch richtig, daß mit Rücksicht auf das Politische ihres Gegenstandes der Objektivität der Staatsrechtswissenschaft gewisse Grenzen gezogen sind⁴⁾. Es fragt sich bloß, was für Konsequenzen sich daraus für den Betrieb der Dogmatik des Verfassungsrechtes ergeben. Falsch ist sicherlich die Folgerung, die Laun gezogen hat, nämlich daß der Staatsrechtslehrer auf Schritt und Tritt, mag er wollen oder nicht, politisch influenziert wird, so daß eigentlich jeder Satz, den er niederschreibt, parteipolitisch gefärbt ist und im Grunde genommen dem ehrlichen Forscher nichts anderes übrig bleibt, als jede staatsrechtliche Erörterung mit einem persönlichen Bekenntnis zu einer bestimmten politischen Partei zu beginnen⁵⁾. Hier liegt eine Übertreibung vor, die, wenn sie berechtigt wäre, jedwede ernst zu nehmende wissenschaftliche Behandlung verfassungsrechtlicher Fragen unmöglich machen würde. Laun schüttet das Kind mit dem Bade aus. Er wird doch wohl nicht leugnen wollen, daß es eine ganze Anzahl von Interpretationsfragen gibt, die sich eindeutig lösen lassen, weil sich eben der Gesetzgeber klar und deutlich geäußert hat. In solchen Fällen läßt sich an dem Gesetzestext auch bei parteipolitischer Einstellung nicht rütteln. Bleiben alle anderen Fälle, in denen der Wortlaut verschiedene Deutungsmöglichkeiten offen läßt. Auch dann wird die parteipolitische Einstellung nicht immer helfen. Erstens dann nicht, wenn die in Betracht kommenden Möglichkeiten parteipolitisch gleich wertvoll sind. Zweitens dann nicht, wenn die Wahl nach dem Wortlaut des zu interpretierenden Textes innerhalb solcher Grenzen erfolgen muß, die für eine bestimmte Partei ohne Interesse sind. Die Parteipolitik setzt also als Interpretationsmittel erst ein, wenn innerhalb des „Ermessensspielraumes“⁶⁾ die Parteiinteressen aufeinanderstoßen. Sicherlich sind solche Fälle gar nicht selten. Sie zugeben, heißt aber nicht, den Betrieb der Verfassungswissenschaft der Parteiwillkür preisgeben, wo Laun in ungerecht-

¹⁾ Vgl. Triepel: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 5, S. 28.

²⁾ Laun: Der Staatsrechtslehrer und die Politik, Archiv d. öffentl. Rechtes, Bd. 43, S. 172.

³⁾ Ebenda, S. 174.

⁴⁾ Vgl. z. B. von Hippel: Über Objektivität im öffentlichen Recht, Archiv d. öffentl. Rechtes, Neue Folge Bd. 12, 1927, S. 393 bis 419.

⁵⁾ „Die ‚dogmatische‘ Auslegung und Anwendung des Rechtes ist notwendig von den subjektiven politischen Werturteilen des Individuums, das es auslegt und anwendet, abhängig“ (Laun: a. a. O., S. 162).

⁶⁾ Vgl. Laun: a. a. O., S. 155.

fertigter Skepsis, wenn auch *bona fide* — letzteres sei ausdrücklich festgestellt —, schließlich landen muß, wenn er seinem Ausgangspunkt treu bleiben will. Das Hineintragen politischer Gesichtspunkte in die staatsrechtliche Betrachtung ist insolange sicherlich gerechtfertigt, als es lediglich dazu dienen soll, zum besseren Verständnis des Rechtsinhaltes, im vorliegenden Falle der Verfassung zu führen, es muß aber mit der allergrößten Vorsicht betrieben werden, weil es sonst merklich oder unmerklich, früher oder später, langsam, aber sicher zur unerlaubten Verfälschung des Rechtsinhaltes führt. Die Politisierung des Staatsrechtes, die gegenwärtig insbesondere in Berlin mit Nachdruck postuliert wird, birgt nicht zu verkennende Gefahren in sich. Die von dort her gegen den Logizismus und Purismus gerichteten Angriffe schießen gelegentlich bedenklich übers Ziel¹⁾. Bei ruhiger Überlegung müßte es jedem von vorneherein einleuchten, daß weder der reine Logos noch die Politik an und für sich als unfehlbares Universalmittel zur Heilung aller staatsrechtswissenschaftlichen Nöte in Betracht kommen kann.

Es drängt also auch die kühle Beurteilung der Gesamtlage der gegenwärtigen deutschen Staatsrechtswissenschaft zur Verfassung als Rechtsinhaltsbegriff. Was über den Rechtsinhalt hinausgeht, verfälscht nicht nur den Verfassungsbegriff, sondern läßt sich als widerspruchsvoll auch in das Gesamtreich des Rechtes nicht eingliedern. Diesen Nachweis nicht nur kritisch sondern auch systematisch zu erbringen, war der Zweck der gegenwärtigen Studie.

¹⁾ Vgl. insbesondere Heller: Die Krisis der Staatslehre, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, Bd. 55, 1926, S. 289 bis 316; Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechtes, 1927 (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Herausgegeben vom Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Berlin, Heft 4, und: Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart, Archiv d. öffentl. Rechtes, Neue Folge Bd. 16, 1929, S. 321 bis 354.

Statisches und dynamisches Völkerrecht

Von

Josef L. Kunz, Wien

I

Wenn wir die Wissenschaften herkömmlicherweise — und ohne hier die Berechtigung einer solchen Zerteilung prüfen zu wollen — in Natur- und Geisteswissenschaften unterscheiden, so zeigt sich in der allgemeinen Wissenschaftsgeschichte und besonders in der Geschichte der wissenschaftlichen Begriffsbildung, daß Begriffe, deren Herausarbeitung in einer der beiden Wissenschaftsgruppen erfolgte, von der anderen Wissenschaftsgruppe — manchmal unter Umbildung des Begriffes — übernommen wurden.

Ein allgemein bekanntes Beispiel für eine solche Entlehnung ist der Begriff des Gesetzes, der in Staats- und Rechtswissenschaft ausgebildet, von den Naturwissenschaften übernommen und zum Naturgesetz umgebildet wurde¹⁾.

Umgekehrt sind die Begriffe der Statik und Dynamik, der Gegensatz dieses Begriffspaares oder vielmehr seine Korrelativität — Statik als Grenzfall der Dynamik — in den Naturwissenschaften, insbesondere in der Physik, in der Mechanik²⁾ entwickelt worden.

Diese Gegenüberstellung von Statik und Dynamik, statisch und dynamisch, wurde auch von den Geisteswissenschaften, insbesondere, was uns hier interessiert, von der Jurisprudenz übernommen und der Einführung dieser Begriffe in dieselbe von verschiedener Seite verschiedene Bedeutung gegeben. Schon die „Historische Rechtsschule“ setzte der Statik des Naturrechts die historische Dynamik der Rechtsentwicklung entgegen. Hier sollen nur zwei Anwendungen kurz charakterisiert werden, bei Spengler und in der „Wiener Schule“.

Spengler führt diese Begriffe anlässlich seines Überblickes über die Geschichte des römischen Rechts³⁾ ein. Da für Spengler

¹⁾ Siehe dazu Kelsen: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 3ff., und die dort zitierte Literatur, 1911.

²⁾ Vgl. dazu etwa: Duhem: Die Wandlungen der Mechanik (deutsche Übersetzung), 1912; Dühning: Kritische Geschichte der allgemeinen Prinzipien der Mechanik, 2. Aufl., 1877; Hertz: Die Prinzipien der Mechanik, 1894; Mach: Die Mechanik in ihrer Entwicklung historisch-kritisch dargestellt, 6. Aufl., 1908; Planck: Physikalische Rundblicke, 1922; auch Natorp: Die logischen Grundlagen der exakten Wissenschaften, 2. Aufl., 1921, S. 72 bis 78 und 356ff.

³⁾ Spengler: Der Untergang des Abendlandes, 2. Bd., 1922. S. 68 bis 98. Auf den Anregungen und Gedanken Spenglers beruhen etwa die

Geschichte nichts ist als „Morphologie der Kulturen“ — von denen er besonders die antike, apollinische, die arabische, magische, und die abendländische, faustische, als die wichtigsten in den Vordergrund stellt —, da jede Kultur nur der Ausdruck einer bestimmten Art der Menschenseele ist, ist es klar, daß eine bestimmte Kultur auf allen Gebieten — Kunst, Philosophie, Wissenschaft, Recht — ein einheitliches Ganzes darstellt, das dieselben Grundzüge — eben als die Auswirkungen einer bestimmten Menschenseele — ebenso etwa in der Plastik, der Philosophie, der Mathematik wie in dem Recht aufweist.

Der antike Mensch ist nun für Spengler der statische Mensch; daher ist der antik-apollinischen Kultur als Ausdruck der antiken, statischen Seele der griechische Tempel, die griechische πόλις, die euklidische Geometrie ebenso adäquat wie das echte römische Recht¹⁾. Das römische Recht ist für Spengler ein statisches Recht, ein Recht der Körper; der spezifisch antike Begriff der „persona“ meint den Leib, σῶμα, der antike Begriff der „res“, ist der der körperlichen Sache. Es ist eine juristische Statik. Für den faustischen Menschen aber, meint Spengler, sind „Personen nicht Körper, sondern Kraft- und Willenseinheiten“ und „Sachen nicht Körper, sondern Ziele, Mittel, Schöpfungen dieser Willenseinheiten“. Wir denken nicht in Körpern, sondern in Funktionen. Es ist nun, nach Spengler, das Verhängnis unseres Rechts, unserer Rechtswissenschaft, herbeigeführt durch das „Unglück der Rezeption des römischen Rechts“, daß wir ein Recht, eine Rechtswissenschaft haben, die nicht der Ausdruck des faustischen, dynamischen Menschen ist, sondern im Bann der antiken Rechtsbegriffe, die nur innerhalb der antiken Welt Geltung haben, befangen bleibt; denn die Kodifikationen haben uns nur von dem „Corpus iuris, nicht aber von den antiken Rechtsbegriffen befreit“. „Wir besitzen ein Privatrecht auf der schattenhaften Grundlage der spät-antiken Wirtschaft.“ So wird hier dem statischen, antik-römischen Recht das erst zu schaffende²⁾ faustisch-dynamische Recht entgegengestellt.

Wir sehen, wie Spengler die Begriffe von Statik und Dynamik als wahre Gegensätze zwar für eine Betrachtung von Rechtlichem, aber nicht für eine rechtliche Betrachtung verwendet. Denn er stellt verschiedene Rechtsordnungen in einer histori-

Abhandlungen von Alfred Müller: Statisches und dynamisches Recht, Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie, 20. Bd., 1926/27, S. 529 bis 548, und du Chesne: Entwicklungslinie des dynamischen Rechts, daselbst, 18. Bd., 1924/25, S. 447 bis 468; 19. Bd., 1925/26, S. 303 bis 307.

¹⁾ Während das römische Recht der „klassischen Juristen“ und Justinians Corpus iuris für Spengler eine echte Schöpfung der arabischen Kultur, des „magischen“ Menschen ist.

²⁾ Und „der Ingenieur, der dem römischen Rechtsdenken am fernsten steht, wird es durchsetzen, daß seine Wirtschaft ihr eigenes Recht (das dynamische) erhält, in dem Kräfte und Leistungen die Stelle von Personen und Sachen einnehmen“ (Spengler: a. a. O., 2. Bd., S. 632/33).

schen, „kulturmorphologischen“, also metarechtlichen Betrachtung als statische und dynamische Rechtsordnungen einander gegenüber.

In einem ganz anderen Sinn übernimmt die „Wiener Schule“ die Begriffe: Statik-Dynamik für eine wirklich rechtliche, juristische Untersuchung.

Kelsen hatte sich in seinem ersten Hauptwerk: „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“, 1911, sowohl auf das innerstaatliche Recht als, innerhalb desselben, vorwiegend auf das Gesetz beschränkt.

Merkel verdanken wir die Erkenntnis vom „Stufenbau des Rechts“¹⁾, die von allen Anhängern der „Wiener Schule“, insbesondere auch von ihrem Gründer und Führer Kelsen übernommen wurde. Merkel hat das Privileg, ja das Monopol des Gesetzes in der herrschenden Lehre widerlegt. Er hat gezeigt, daß im Gegensatz zur herrschenden Lehre „das System der Rechtsformen aus einer mehrstufigen Reihe typischer Rechtserscheinungen aufgebaut ist“. Er hat gezeigt, daß die Trennung der herrschenden Lehre in Rechtserzeugung und Rechtsanwendung unhaltbar ist, und auf die „durchgängige Verknüpfung der Rechtsformenhierarchie“, die „durchgängige Parallelität der sogenannten Rechtserzeugung und Rechtsanwendung oder -vollziehung im ganzen stufenförmigen Ablauf der Rechtserscheinungen“ hingewiesen.

Merkel hat durch seine Lehre vom Stufenbau des Rechts nicht bloß, wie Kelsen hervorhob, damit „die erste bewußte Anwendung des den Juristen bislang fast fremdgebliebenen Systemgedankens auf die Welt der Rechtserscheinungen vollzogen“, sondern auch der statischen Gesetzesbetrachtung die dynamische Stufenlehre entgegengestellt.

Merkels Stufentheorie entspricht sicher der dynamischen Auffassung. Die Kontinuität verschiedener Rechtserscheinungen kann nur durch den Rekurs auf die nächst höhere Stufe ausgemacht werden. Für Merkel ist die Einheit der staatlichen Rechtsordnung durch die Verfassung im empirischen Sinn gegeben und gewährleistet. Das dynamische Prinzip kommt innerhalb dieser Rechtsordnung zur Geltung; aber die Verfassung ist ihm die höchste Stufe. Sobald daher die Verfassung „transzendent, verfassungswidrig geändert wird“ (Revolution), liegt für Merkel Diskontinuität vor²⁾. Merkel steigt eben nicht bis zur Völkerrechtsordnung empor; denn im Falle der „Revolution“ garantiert das Völkerrecht die Kontinuität. Die Vervollständigung des Merklischen Stufenbaues wurde schon durch Kelsens zweites Hauptwerk über die Souveränität durch Aufscheinen der Völkerrechtsordnung

¹⁾ Vgl. besonders Merkel: Das Recht im Lichte seiner Anwendung, Deutsche Richterzeitung, 1917 und 1918; Das doppelte Rechtsantlitz, Juristische Blätter, 1918; Die Verfassung der Republik Deutschösterreich, 1919; besonders: Die Lehre von der Rechtskraft, 1923, S. 201 bis 223. — Vgl. auch Verdross: Die Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers, Juristische Blätter, 1916, Nr. 40 und 41.

²⁾ Merkel: Das Problem der Rechtskontinuität, Zeitschr. f. öffentl. Recht, 5. Bd., 1926, S. 497 bis 527.

als Spitze der „Rechtspyramide“ angebahnt, durch Verdroß¹⁾ und meine²⁾ Arbeiten durchgeführt.

Hat so schon der Gegensatz von Statik und Dynamik seit jeher in der „Wiener Schule“ eine bedeutende Rolle gespielt, so hat schließlich Kelsen die Zweiteilung von Statik und Dynamik zum Haupteinteilungsprinzip seines monumentalen Werkes der „Allgemeinen Staatslehre“ gemacht. Der Geltung der Rechtsordnung als der Statik wird ihre Erzeugung als Dynamik gegenübergestellt. Diese Zweiteilung ist bei Kelsens Allgemeiner Staatslehre natürlich auf das Staatsrecht, und zwar auf mögliches Staatsrecht angewendet; sie läßt sich aber ebenso auf ein konkretes Staatsrecht wie auf das Völkerrecht anwenden.

Wenn ich im folgenden statisches und dynamisches Völkerrecht gegenüberstelle, geschieht es aber in dem Sinn, daß das Völkerrecht der Vorkriegszeit als ein statisches mit dem Völkerrecht der Nachkriegszeit kontrastiert werden soll, für das die Schaffung eines dynamischen Völkerrechts eine Hauptaufgabe darstellt. Ich habe diese Lehre vom „statischen“ und „dynamischen“ Völkerrecht seit Jahren in Vorlesungen und Buchbesprechungen vertreten und angedeutet; sie näher auszuführen ist der Zweck dieser Zeilen. So schrieb ich 1926 in einer Besprechung³⁾ von Schmitts Schrift: „Die Kernfrage des Völkerbundes“: „Diese ungeheuer wichtigen Probleme (nämlich einer ‚Verrechtlichung‘ der politisch historischen Entwicklung) sind es, die ich als Probleme des dynamischen Völkerrechts zusammenfasse, wie ich auch zuerst den Artikel X des Völkerbundpaktes als Exponenten des statischen dem Artikel XIX als Exponenten des dynamischen Völkerrechts gegenübergestellt habe.“ Ich lese nun die Andeutung dieses Gedankens in ähnlicher Form bei Sir John Fisher Williams, der schreibt⁴⁾: „The old international law, infact, was purely static; it was based on the existing state of things; it was not dynamic; it had no room for change or growth.“

II

Das alte Völkerrecht, worunter hier immer das Völkerrecht vor 1914 verstanden werden soll, war im wesentlichen ein statisches Völkerrecht. Der Urgrund dafür, der Erklärungsgrund für alle später zu besprechenden einzelnen Regelungen, auch insoweit sie der dynamischen Entwicklung ihren Lauf ließen — denn die Behauptung, das alte Völker-

¹⁾ Besonders seine Bücher: Einheit des rechtlichen Weltbildes, 1923, und Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926.

²⁾ Siehe etwa mein Buch: Die Anerkennung von Staaten und Regierungen im Völkerrecht (in Stier-Somlos Handbuch des Völkerrechts), 1928, S. 110 bis 115.

³⁾ Zeitschr. f. öffentl. Recht, 5. Bd., 1926, S. 628.

⁴⁾ Chapters on current international law and the League of Nations, 1929, S. 70.

recht sei ein statisches, muß zu einer Darstellung desselben im Querschnitt wie zu einer Kritik führen —, war nun die Grundannahme, daß der „souveräne“ Staat das einzige, manchmal gesteigert: das einzigmögliche Völkerrechtssubjekt sei. Der Urgrund des alten Völkerrechts war das Dogma von der absoluten einzelstaatlichen Souveränität. Es ist klar, daß dieses Dogma ein Völkerrecht unmöglich macht, eine unerbittliche Konsequenz, der man durch keine Selbstbindungs- und andere Fiktionen enttrinnen kann. Eine „Rechtsordnung“, der niemand unterworfen ist, ist eben keine Rechtsordnung. Die in den Lehrbüchern so oft wiederholte Phrase vom Völkerrecht als einem „anarchischen Recht“, als einem „Recht zwischen den Staaten“ ist natürlich sinnlos. Die Vorgrotianer hatten klar erkannt, daß Völkerrecht nur als überstaatliches oder gar nicht möglich sei, die Entwicklung seit Vattel und besonders im 19. Jahrhundert hat zur einzelstaatlichen, behaupteten Omnipotenz und damit zum „zwischenstaatlichen“ Völkerrecht geführt.

Das Dogma von der absoluten einzelstaatlichen Souveränität ist der Urgrund des alten, statischen Völkerrechts¹⁾. Erst in zweiter Linie kommt dazu der Umstand, daß das alte Völkerrecht ein junges, unvollkommenes, primitives Recht war, mit allen sich daraus ergebenden Konsequenzen. Denn auch die innerstaatlichen Rechtsordnungen waren einmal primitive Rechtsordnungen, aber Rechtsordnungen; sie hatten große, aus dieser Primitivität fließende Mängel, aber sie waren Rechtsordnungen über und nicht zwischen den Rechtsgenossen; diese waren ihnen unterworfen.

Freilich war auch das alte Völkerrecht eine Rechtsordnung, da es theoretisch und praktisch die Bindung der Staaten durch völkerrechtliche Normen, ihre völkerrechtliche Verantwortlichkeit und so weiter anerkennt, verlangt, durchsetzt; die absolute einzelstaatliche Souveränität war eben nur ein „Dogma“, im flagranten Widerspruch zur Rechtswirklichkeit.

Dieses alte Völkerrecht „zwischen“ den Staaten war im wesentlichen ein statisches Recht; es stellt in erster Linie auf den status quo und dessen Erhaltung ab. Dabei ist zu bemerken, daß einerseits nicht gefragt wurde, wieso es zu diesem status quo gekommen sei, andererseits der einmal anerkannte status quo mit der Prävention auftritt, eine „ewige Regelung“ zu sein, die entweder nicht auf Vertrag oder gerade auf Vertrag beruht und in beiden Fällen — im letzteren Fall gemäß der Norm: „*pacta sunt servanda*“ — unbedingt eingehalten werden muß. Jeder Bruch dieses status quo stellt ein Delikt dar; in einem Rechtsstreit kann sich ein Staat wohl auf ein nach dem geltenden status quo in Kraft bestehendes Recht berufen; wie sollte er aber ein Recht gerade auf Änderung, Aufhebung eines statisch vollkommen zu Recht

¹⁾ Diese klare Erkenntnis ist auch grundlegend für die schonungslose Kritik des alten Völkerrechts, die uns Sterling E. Edmunds in seinem Buch: *The lawless law of Nations* gibt. Vgl. etwa S. 12, 231, 1925.

bestehenden status quo geltend machen? Prima facie fehlt daher dem alten Völkerrecht jede dynamische Norm; daß dem doch nicht so ist, werden wir sehen.

Während im innerstaatlichen Recht die Unmöglichkeit einer „lex in perpetuum valitura“ längst erkannt ist, während fast alle Verfassungen Normen über ihre eigene Änderung haben, während Gesetze im Wege der Gesetzgebung geändert oder aufgehoben werden können, beginnt schon der Westfälische Friede mit der Behauptung seiner Perpetuität. Und alle späteren, großen Friedenskongresse haben zwar eine neue Lage als status quo anerkannt, traten aber stets mit der Prätention auf, daß dieser neue status quo als „Grundlage des öffentlichen europäischen Rechts“ ewig und unverletzlich sei.

Es ist daher bezeichnend, daß gerade im 19. Jahrhundert die „Erhaltung des status quo“ Gegenstand einer Reihe typischer, partikulär-völkerrechtlicher Verträge wird, unter denen wir unterscheiden können¹⁾:

a) reine status-quo-Verträge²⁾, die lediglich in Vertragsform feststellen, daß die Vertragsstaaten in ihrer Politik eine bestimmte Linie einzuhalten sich verpflichten, die auf Erhaltung und Nichtänderung eines bestimmten status quo gerichtet ist;

b) Garantieverträge³⁾, die die Garantierung eines bestimmten status quo zum Inhalt haben;

c) Aufrechterhaltung eines bestimmten status quo als Inhalt von Allianzverträgen^{4) 5)}.

Diese Statik findet also ihren Ausdruck in der der Intention nach als unabänderlich erfolgten Anerkennung des status quo, die zugleich

¹⁾ Vgl. dazu mein Buch: Die Staatenverbindungen (in Stier-Somlos Handbuch des Völkerrechts), 1929, S. 282ff., 361/62.

²⁾ Z. B.: Deutsch-britischer Notenwechsel über die Integrität Chinas vom 16. Oktober 1900; amerikanisch-japanischer Notenwechsel vom 30. November 1908; russisch-japanisches Abkommen über die Aufrechterhaltung des status quo in der Mandchurei vom 21. Juni/4. Juli 1910; österr.-ungarisch-italienische Übereinkunft vom Jahre 1909; österr.-ungarisch-russisches Übereinkommen über den status quo auf dem Balkan vom Jahre 1897; österr.-ungarisch-italienisches Übereinkommen über die Aufrechterhaltung des status quo in Albanien vom 20. Dezember 1900; englisch-französisch-italienisches Abkommen über die Aufrechterhaltung des status quo in Abessinien vom 13. Dezember 1906; Aufrechterhaltung des status quo in Persien, Afghanistan und Tibet in der englisch-russischen Konvention vom 31. August 1907; Präambel der Algeciras-Akte vom 7. April 1906 über den status quo in Marokko; Ostsee- und Nordseeabkommen vom 23. April 1908.

³⁾ Siehe meine Staatenverbindungen, S. 282 bis 288.

⁴⁾ Etwa Art. I des österr.-ungarisch-italienischen Vertrages vom 20. Februar 1887; Art. VII der Dreibundverträge vom 6. Mai 1891, 28. Juni 1902, 5. Dezember 1912; Präambel der britisch-japanischen Allianz vom 12. August 1905.

⁵⁾ Aufrechterhaltung und Garantie des status quo ist auch essentieller Inhalt eines Staatenbundesvertrages (siehe Deutsche Bundesakte vom 8. Juni 1815, Art. II; Wiener Schlußakte vom 15. Mai 1820, Art. I).

auch dessen Legitimierung bedeutet. Die wichtigste Form des status quo ist gewiß die territoriale, aber keineswegs die einzige; sie kann sich auch auf die politische Unabhängigkeit, die dauernde Neutralität, auf Neutralisierung eines Meeres¹⁾, auf ein Befestigungsverbot²⁾, auf ein bestimmtes Regime³⁾ und vieles andere beziehen.

Dieser status quo wurde entweder durch Vertrag geschaffen oder durch Vertrag anerkannt, in beiden Fällen aber auch als solcher legitimiert. So geht das alte Völkerrecht von dem jeweils anerkannten status quo aus, auf dessen Erhaltung seine Normen in erster Linie abstellen: ihr dienen die Heiligkeit der Verträge, das völkerrechtliche Institut der Garantie, die status-quo- und Allianzverträge wie die großen Friedenskonferenzen. Freilich sehen wir, wie eine neue Konferenz einen früheren status quo umstößt und einen neuen schafft, der nun seinerseits sofort als legitimierter, zu schützender, mit der Prätentio der Unwandelbarkeit auftritt. Dabei fehlt es nicht an Versuchen, die Erhaltung des status quo auf einem Grundprinzip zu basieren, das diese Erhaltung nicht nur als legal, sondern auch als ethisch-gerechtfertigt erscheinen läßt; immer aber handelt es sich um Maximen politischen Handelns, so z. B. das Legitimätsprinzip. Diese Prinzipien werden ihrerseits in den Dienst der Idee der Erhaltung des Friedens gestellt⁴⁾. Es ist ein historisch sehr wichtiger Gedanke, der uns noch beschäftigen wird, daß nämlich die Erhaltung des einmal statuierten und legitimierten status quo die beste Garantie für die Erhaltung des Friedens sei, daß also — umgekehrt — dynamische Normen die „Erhaltung des Friedens gefährden“. Daher geben sich denn auch die status-quo-, Allianz- und Garantieverträge in erster Linie als Mittel zur Erhaltung und Befestigung des Friedens. Gemäß der Norm „pacta sunt servanda“ kann der legitimierte status quo nur mit Zustimmung aller Kontrahenten geändert oder aufgehoben werden⁵⁾.

Hat also, könnte man fragen, das alte Völkerrecht mit seinem statischen Charakter die dynamische Entwicklung einfach ignoriert?

1) Pariser Friede, 1856, Art. XI bis XIII; Art. XI: „à perpétuité“.

2) Pariser Friede, 1856.

3) Etwa das Regime Ostrumeliens durch Art. XIII bis XXI der Berliner Kongreßakte vom 13. Juli 1878.

4) Vgl. Bund der vier Großmächte vom 20. November 1815, Präambel: „Considérant que le repos de l'Europe est essentiellement lié à l'affermissement de cet ordre des choses...“ sowie in Art. I das gegenseitige Versprechen, den II. Pariser Frieden unbedingt aufrechtzuerhalten und über dessen strikte und treue Durchführung zu wachen. Vgl. das Protokoll von Aix-la-Chapelle vom 15. Juni 1818, durch das Frankreich in den Bund aufgenommen wurde. Punkt 2: „Que cette union ne peut avoir pour objet que le maintien de la paix générale, fondé sur le respect religieux pour les engagements consignés dans les traités.“

5) Etwa Pariser Friede, 1856, wo es von der Konvention über die Neutralisierung des Schwarzen Meeres heißt: „Elle ne pourra être ni annulée ni modifiée sans l'assentiment des Puissances signataires du présent traité“ und die berühmte Erklärung der Londoner Konferenz 1871.

Nein, denn dies wäre unmöglich gewesen. So sehr die Regelungen, besonders der großen Konferenzen, mit dem Anspruch auftreten, „à perpétuité“ zu gelten, so zeigt doch schon die Tatsache, daß nächste Konferenzen andere Regelungen schufen, daß an der Dynamik der Entwicklung einfach nicht vorbeigegangen werden konnte. Aber die einzelnen Festsetzungen des jeweiligen status quo erscheinen wie statische Punkte, zwischen denen eine dynamische, rechtliche Entwicklung nicht aufgezeigt werden könnte. Der statischen Auffassung des alten Völkerrechts entsprechen Doktrinen wie die von der Entstehung der Staaten als einem „bloßen Faktum“, dem Krieg als einer „bloßen“, außerrechtlichen Tatsache; aber diese Doktrinen sind natürlich auch unter dem alten Völkerrecht rechtstheoretisch unhaltbar; denn es scheint nur so, als ob zwischen den einzelnen, jeweiligen status quo keine rechtliche Entwicklung läge.

Wenn daher hier das alte Völkerrecht als statisches bezeichnet wird, kann dies nur in einem prägnanten Sinn Geltung haben, insofern das Statische prävaliert, das Dynamische nur unvollkommen und unbefriedigend Ausdruck findet.

Auch unter der Herrschaft des alten Völkerrechts haben sich zunächst gewisse Prinzipien herausgebildet, die als ethische Rechtfertigung der dynamischen Entwicklung, der Änderung des legitimierten status quo, besonders in territorialer, aber auch in sonstiger Beziehung geltend gemacht wurden. Aber auch hier — wie bei den die Erhaltung des status quo rechtfertigenden Prinzipien — handelt es sich nie um positive völkerrechtliche Normen, sondern um naturrechtliche Prinzipien, um politische Maximen, wenn sie auch auf die Neuregelung des status quo motivierend gewirkt haben. Diese Maximen waren entweder ehrlich gemeint zur Rechtfertigung im Hinblick auf die Gerechtigkeit oder es waren rein politische Masken, hypokritische Ideologien, unter denen sich brutale Machtziele hinter Gerechtigkeitsphrasen verhüllten, oder nur politische Maximen als Klugheitsregeln.

Solche politische Maximen dynamischer Entwicklung waren, im Wechsel der Zeiten, etwa:

a) das Legitimitätsprinzip¹⁾, das auch als Grundlage für Änderungen des status quo und für Interventionen aufgestellt wurde;

b) hieher gehört auch die Monroe-Doktrin²⁾ in ihrer langen Entwicklung, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann;

c) schon in dieser Epoche finden wir auch die Nicht-Intervention, das Selbstbestimmungsrecht der Völker als ein Prinzip der dynamischen Entwicklung³⁾;

¹⁾ Vgl. etwa Präambel des Bundes der vier Großmächte vom 20. November 1815; Zirkulardepesche Metternichs vom 12. Mai 1821.

²⁾ Vgl. etwa den Artikel von Strupp: Wörterbuch des Völkerrechts, 2. Bd., S. 63 bis 67 und die dort zitierte Literatur.

³⁾ Die Depesche Cannings vom 19. Januar 1821, im Gegensatz zu Metternichs Legitimitätsprinzip.

d) eine besonders wichtige politische Maxime für die Dynamik der Entwicklung, die Änderung des status quo, war ferner das heute tote, aber durch Jahrhunderte festgehaltene Prinzip des europäischen Gleichgewichts¹⁾, das im 19. Jahrhundert, auf die Kolonialpolitik der Großmächte übertragen, die Form des Prinzips der kolonialen Kompensationen annahm;

e) an die Stelle des Prinzips des europäischen Gleichgewichts als dominierendes Prinzip trat seit dem 19. Jahrhundert das Nationalitätenprinzip²⁾, als Hauptprinzip dynamischer Entwicklung, Veränderung des status quo.

Während das Prinzip der Erhaltung des europäischen Gleichgewichts wie das der Legitimität wesentlich konservativen Charakter hatte, besitzt das Nationalitätenprinzip vielfach revolutionären Charakter. Denn seine Grundforderung: jede Nation nur ein Staat, jeder Staat nur eine Nation, richtete sich gegen die Existenz plurinationaler Staaten, also gegen den legitimen status quo;

f) das politische Prinzip des Plebiszits³⁾, wonach Änderungen der Souveränität über ein Gebiet von dem Willen der Mehrheit der Bevölkerung dieses Gebiets abhängig sein sollen — ein Prinzip, das sich besonders in der Ära Napoleon III. bemerkbar machte —, hat seine Wurzeln im Nationalitäten- wie in dem Prinzip des Selbstbestimmungsrechts der Völker.

g) daneben tauchen noch eine ganze Reihe anderer Prinzipien auf: so etwa das „Prinzip der natürlichen Grenzen“, das Prinzip der „Lebensfähigkeit“ eines neu zu schaffenden Staates, das Prinzip ökonomischer Notwendigkeiten, das Prinzip strategischer Grenzen, das Prinzip der historischen Rechte⁴⁾.

Manche dieser „Prinzipien“ — Legitimitäts-, Gleichgewichts-, später „Nationalitätenprinzip“ — beanspruchten allgemeine Geltung, manche nur partikuläre Geltung oder Geltung unter bestimmten Voraussetzungen. Es muß betont werden, wie sehr die oben unter g) genannten „Prinzipien“ dem Nationalitätenprinzip, das mit der Prätentio alleiniger und allgemeiner Geltung auftrat, widersprechen.

Nie aber handelte es sich um positive, völkerrechtliche Normen, sondern stets nur um politische Maximen, Ideologien, politische Postulate, die man auch oft nur als Argumente der Rechtfertigung einseitigen

¹⁾ Vgl. z. B. meinen Artikel: Europäisches Konzert, Wörterbuch des Völkerrechts, 2. Bd., S. 697 bis 701 und die dort angegebene Literatur.

²⁾ Vgl. etwa den Artikel: „Nationalitätenfrage“ von R. Laun im Wörterbuch des Völkerrechts, 2. Bd., S. 82/83; Literaturangaben z. B. bei Fauchille: *Traité de Droit international public* I, 1, 1922, S. 13, Anm. 2.

³⁾ Vgl. dazu mein Werk: *Die völkerrechtliche Option*, I. Bd., 1925, bis 98, S. XIII und die dort angegebene Literatur. S. 91.

⁴⁾ Vgl. zu den Fragen dieser „Prinzipien“ auch Flaes: *Das Problem der Territorialkonflikte*, 1929, besonders S. 323 bis 330.

politischen Willens vorbrachte; wer Bestehendes angreifen wollte, berief sich in entsprechenden Fällen etwa auf das Nationalitätenprinzip, auch in der Form der „*terre irredente*“, der „Befreiung der unerlösten Brüder“ auftretend; war aber das Ziel erreicht, so griff man sofort zu den konservativen Prinzipien; das Vorgehen mancher Ententemächte während des Weltkrieges und bei der Friedenskonferenz liefert sprechende Beweise: zuerst Nationalitätenprinzip („Selbstbestimmungsrecht“, „Befreiung der unterdrückten Völker“); dann, als man fremde Nationalitäten einzuverleiben wünschte — also in krassem Widerspruch zu dem ersten Prinzip —, hatte man die Prinzipien der strategischen Grenzen, der historischen Rechte, der geographischen Einheit, der ökonomischen Notwendigkeiten parat.

Allen diesen „Prinzipien“ mangelt jegliche klare Umrissenheit; sie sind vag, vieldeutig, schlagwortartig.

Wie war es aber möglich, müssen wir erneuert fragen, daß das alte statische Völkerrecht doch irgendwie der dynamischen Entwicklung gerecht werden konnte? Das lernen wir aus einer Übersicht der darauf abzielenden Normen und Institutionen des alten Völkerrechts verstehen.

A. Auch das alte statische Völkerrecht hat zunächst die Möglichkeit gegeben, der dynamischen Entwicklung durch rechtliche und, inhaltlich, nicht-gewaltsame Methoden Rechnung zu tragen.

a) Der dynamischen Entwicklung dienten die Normen über die Endigung völkerrechtlicher Verträge. Diese Normen gestatteten eine Endigung, Änderung, Aufhebung zu Recht bestehender Verträge, ohne im geringsten gegen die positive Norm: „*pacta sunt servanda*“ zu verstoßen:

α) Verträge konnten auf bestimmte Zeit geschlossen werden; sie endeten dann mit Ablauf der vereinbarten Frist und gaben dadurch den Kontrahenten freie Hand. Besonders Allianz- und Handelsverträge wurden und werden meist nur auf relativ kurze Frist geschlossen. Durch dieses Mittel konnte in völlig legaler Weise der dynamischen Entwicklung, der Änderung der Verhältnisse Rechnung getragen werden. Nach Ablauf der vereinbarten Frist konnte gar kein¹⁾ oder ein neuer Vertrag geschlossen oder der alte Vertrag durch einen neuen ersetzt oder bei gleichem Inhalt durch bloß vertragsmäßige Verlängerung seiner Geltungsdauer in Kraft erhalten werden;

β) ähnliches gilt hinsichtlich des Endes von Verträgen durch Eintritt einer ausdrücklich vereinbarten Bedingung²⁾;

γ) hierher gehört auch die im Vertrag selbst vorgesehene Kündigung eines Vertrages;

δ) schließlich kennt auch das alte Völkerrecht bereits manchmal eine vertragsmäßig stipulierte Revisionsklausel; sie kommt manchmal

¹⁾ Siehe die Nichterneuerung des britisch-japanischen Bündnisses.

²⁾ Vgl. die britisch-türkische Zypernkonvention vom 4. Juni 1878; den britisch-chinesischen Weihaiwei-Vertrag vom 1. Juli 1898.

in Allianzverträgen¹⁾ vor; manche status-quo-Verträge sehen ausdrücklich auch den Fall vor, daß die Erhaltung des status quo nicht möglich sein wird, und verpflichten etwa für diesen Fall die Kontrahenten, sich über die dann zu ergreifenden Maßnahmen ins Einvernehmen zu setzen. Endlich enthalten vor allem die Verträge über die internationalen Verwaltungsunionen²⁾ derartige Bestimmungen.

Der dynamischen Entwicklung tragen ferner Rechnung:

ε) Die der Erweiterung des Geltungsgebietes von Normen dienende, besonders bei Kollektivverträgen immer mehr in Übung kommende Adhäsionsklausel;

ζ) der vertragsmäßige Verzicht auf vertragsmäßig zustehende Rechte;

η) die Aufhebung eines Vertrages oder einer Vertragsbestimmung und damit des dadurch legitimierten status quo im Einvernehmen der oder aller Kontrahenten³⁾.

b) Die Schließung neuer völkerrechtlicher Verträge, welche die Aufhebung oder Änderung eines bisher geltenden status quo (im weitesten Sinne, insbesondere auch eines territorialen) oder die Schaffung eines neuen, nun kraft Vertrages geltenden status quo zum Inhalt haben.

Es ist klar, daß gegen alle die hier genannten Normen und Verfahren nichts einzuwenden ist, sie auch dem neuen, dynamischen Völkerrecht angehören müssen.

B. a) Dagegen enthält das alte, statische Völkerrecht Normen, welche die dynamische Entwicklung verhindern:

α) Hieher gehört die Norm, wonach die Freiwilligkeit des Vertragsabschlusses auf Seite aller Kontrahenten keine Bedingung der Rechtsgültigkeit völkerrechtlicher Verträge ist. Allgemein wird zwar die rechtliche Möglichkeit der Anfechtung völkerrechtlicher Verträge wegen wesentlichen Irrtums des Erklärenden sowie wegen eines direkten, auf die Person des Organs ausgeübten Zwanges als positiv-völkerrechtliche Norm anerkannt; dagegen ist der auf einen kontrahierenden Staat ausgeübte Zwang für die Rechtsgültigkeit des so zustande gekommenen Vertrages rechtlich ohne Belang; auch ein solcher Vertrag schafft einen legalen, legitimierten status quo, muß unbedingt eingehalten und kann nur im Einvernehmen aller Kontrahenten aufgehoben oder geändert

¹⁾ Vgl. etwa österr.-ungarisch-deutsches Bündnis 1879, Art. III.

²⁾ Vgl. etwa Weltelegraphenvertrag 1875, Art. XV; Prinzip der Periodizität der Revisionskonferenzen im Weltpostvereinsvertrag 1906, Art. XXV usw.; die „Revidierte“ Rheinschiffsahrtsakte vom 17. Oktober 1868; die „Revidierte“ Genfer Konvention vom 5. Juli 1906; Prinzip der regelmäßigen Kongresse im Vertrag von Aix-la-Chapelle vom 15. November 1818, Art. 3; Revision der Konvention über die friedliche Regelung von Streitigkeiten der I. Haager Konferenz 1899 durch die I. Konvention der II. Haager Konferenz 1907.

³⁾ Vgl. etwa deutsch-österr.-ungarisches Abkommen vom 11. Oktober 1878; Pontusvertrag vom 13. März 1871.

werden. Die rechtliche Relevanz der Irreführung, des Zwanges gegen einen kontrahierenden Staat wird geleugnet, das Problem rechtswidrigen Zwanges gar nicht beachtet; Normen über die Ungültigkeit eines Vertrages wegen Verbotenheit des Inhalts fehlen. Damit fehlt es an klaren Normen über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit völkerrechtlicher Verträge auf Grund von Willensmängeln oder der Verbotenheit des Inhalts¹⁾. Hier liegt, rechtskritisch betrachtet, ein Fall des Fehlens dynamischer Normen vor. Auch die Normen über ein Recht auf Vertragsänderung oder -aufhebung wegen Unmöglichkeit der Erfüllung sind kaum ausgebildet.

β) Fehlt es schon in weitem Umfang an Normen über die Revision von Verträgen auf Grund von Nichtigkeits- oder Anfechtungsgründen, so fehlt es umso mehr an Normen, wonach einseitig eine Revision statisch zu Recht bestehender Verträge überhaupt gefordert werden könnte.

b) Diesem Mangel entgegenzuwirken, ist die Norm bestimmt, wonach ein Staat bei Nichterfüllung durch den anderen Kontrahenten entweder Vertragserfüllung fordern bzw. für diesen Fall vorgesehene Garantien, Sanktionen, ergreifen oder vom Vertrag zurücktreten kann.

c) Diesem Mangel dynamischer Normen wurde ferner unter der Herrschaft des alten Völkerrechts entgegengewirkt durch Rechtsinstitutionen, die entweder an sich rechtlich fragwürdig oder aber durch ihre maßlose Ausdehnung, durch ihren Mißbrauch, höchst bedenklich waren, Praktiken, die in der Ideologie des Dogmas von der absoluten einzelstaatlichen Souveränität wurzeln und vielfach Rechtsbruch bedeuten bzw. ein pseudojuristisches Hinterpförtchen darstellen, das sich die Politik des „souveränen“ Staates aus dem Gehege der im allgemeinen und prinzipiell anerkannten Völkerrechtsnormen offenhält:

α) Hieher gehört das als „Grundrecht“ gelehrte Selbsterhaltungs- und Notstandsrecht der souveränen Staaten. Die Doktrin geht manchmal von naturrechtlichen, manchmal von positivrechtlichen oder als positivrechtlich ausgegebenen Sätzen aus. Gewiß gibt es ein positivrechtliches Notstandsrecht²⁾; aber immer bestand die Gefahr einer maßlosen Ausdehnung desselben und des Selbsterhaltungsrechtes, so daß dann die bloße Berufung auf das eine oder das andere Recht den souveränen Staaten genügte, um jede Völkerrechtsverletzung zu rechtfertigen, jedes völkerrechtswidrige Verhalten als ursprünglich rechtmäßig und gerechtfertigt erscheinen zu lassen; die Politik tat hier, was sie wollte oder brauchte; es liegt aber immerhin ein Beweis für die Wertung des Völkerrechts, für seine starke motivierende Kraft darin, daß die Politik nie offen zugeben wollte, aus politischen Gründen oder Notwendigkeiten das Völkerrecht zu brechen, sondern daß sie zur Be-

¹⁾ Vgl. dazu die Bemerkungen in meinem Buch: Die Staatenverbindungen, S. 134.

²⁾ Vgl. etwa die Ausführungen von Strupp: Das völkerrechtliche Delikt, 1920, S. 122 bis 179 und die dort angegebene Literatur.

ruhigung des eigenen Gewissens oder zur Gewinnung der öffentlichen Meinung im In- oder Ausland ihr Vorgehen gerade als völkerrechtsgemäß darzustellen suchte, auch politischen Mißbrauch des Rechts durch einen juristischen Vorhang zu decken suchte; und die Völkerrechtstheorie, manchmal in eigenstaatlicher Befangenheit, zu oft nur eine willfähige Magd der Politik, lieferte meist prompt den pseudo-juristischen Paravent.

β) Im engsten Zusammenhang damit steht ein anderes, im alten Völkerrecht in den Dienst der dynamischen Entwicklung gestelltes Ding, die vielzitierte *clausula rebus sic stantibus*¹⁾. Ohne hier des näheren darauf eingehen zu wollen, sei nur bemerkt, daß die Doktrin in dieser Klausel meist nicht ein Recht der einen Partei auf vertragsmäßige, also im Einvernehmen der Kontrahenten erfolgende Revision von Verträgen, sondern eine allen völkerrechtlichen Verträgen inhärente, stillschweigend subintelligierte Klausel sieht, die entweder den Vertrag von selbst aufhören läßt oder der Partei, die sie geltend macht, ein einseitiges Kündigungsrecht gibt. In diesem Sinn — dagegen die berühmten Erklärungen der Pariser Friedenskonferenz 1856, der Londoner Konferenz 1871 — ist die Klausel daher sehr verschieden von der dem dynamischen Völkerrecht angehörenden Revision von Verträgen, die ihren ersten Ausdruck im Artikel XIX des Völkerbundpaktes findet, und mit der dominierenden Norm: „*pacta sunt servanda*“ um so weniger zu vereinbaren, als volle Unklarheit und Divergenzen in praxi und in der Theorie darüber bestanden, was unter einer solchen „Änderung“ oder „wesentlichen Änderung der Verhältnisse“ zu verstehen, wann sie gegeben sei.

γ) Schließlich machte sich die dynamische Entwicklung gegenüber dem statischen, legitimen *status quo* ganz einfach in der Form des Rechtsbruches geltend, was an sich gewiß den Tatbestand eines völkerrechtlichen Delikts bedeutete; manchmal schritten denn auch die Kontrahenten oder Garanten oder das „europäische Konzert“ zur Wiederherstellung des verletzten *status quo*, in anderen Fällen aber beugte man sich vor dem widerrechtlich geschaffenen „*fait accompli*“; alles hing eben entweder von der politischen und militärischen Macht des Rechtsbrechers oder von den Interessen der Großmächte ab. So wurde manchmal die Änderung des *status quo* mit Berufung auf die *clausula rebus sic stantibus* zwar ausdrücklich nicht

¹⁾ Vgl., abgesehen von den Lehr- und Handbüchern an Monographien etwa: Bonucci: *La clausula rebus sic stantibus*, 1909; Kaufmann: *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus*, 1911; Salvioli: *Sulla clausula rebus sic stantibus*, *Rivista di Diritto Internazionale*, 1914; Pouritch: *De la clause rebus sic stantibus en droit international public*, 1918; Artikel von H. Lammasch: *Wörterbuch des Völkerrechts*, 2. Bd., S. 336/37; Radoïkovich: *La révision des traités et le Pacte de la S. d. N.*, 1930, S. 335 bis 345; besonders die ausgezeichneten Ausführungen von Anzilotti: *Cours de Droit International*, I, S. 456 bis 465.

anerkannt, aber doch das „fait accompli“ dadurch anerkannt, daß die prinzipiell zurückgewiesene einseitige Änderung des status quo nunmehr durch Zustimmung aller Kontrahenten zu diesem „fait accompli“ oder durch besonderen Vertrag als neuer, legaler status quo anerkannt wurde (Pontusvertrag vom 13. März 1871, Artikel I, Zustimmungen zur Annexion Bosniens, 1908). Der durch die Berliner Kongreßakte von 1878 legitimierte status quo wurde in bezug auf Ostrumelien durch den Aufstand von 1885 „durchlöchert“; die Signatarmächte erkannten zwar die Vereinigung mit Bulgarien nicht an, aber nach der Botschafterkonferenz von 1886 wurde der Fürst von Bulgarien zugleich zum Generalgouverneur von Ostrumelien bestellt; als Bulgarien am 5. Oktober 1908 die Unabhängigkeit des Königreiches mit Hinweis auf die — nicht anerkannte — „Vereinigung mit Ostrumelien seit 1885“ proklamierte, wurde diese anerkannt.

δ) Handelte es sich in den vorigen Fällen um das Beugen vor einem widerrechtlich geschaffenen „fait accompli“ durch nachträgliche Anerkennung¹⁾, so ist andererseits die Faktizität, das tatsächliche Sich-Durchgesetzt-haben, die Effektivität, häufig ein Tatbestandsmerkmal, an dessen Vorhandensein eine völkerrechtliche Norm Rechtswirkungen knüpft: Effektivität als Tatbestandsmerkmal in der den „Staat im Sinne des Völkerrechts“ determinierenden Norm, Effektivität als Voraussetzung des Gebietserwerbes durch Okkupation und debellatio, Effektivität als rechtliche Voraussetzung der Anerkennung neuer Staaten oder neuer Regierungen.

C. Die dynamische Entwicklung kam ferner, besonders in territorialer Hinsicht, zu ihrem Recht in einer Reihe von Normen des alten, statischen Völkerrechts, betreffend die sogenannte „Erwerbung von Staatsgebiet“.

a) Hieher gehört vor allem die positive Norm, daß die Normen des Völkerrechts nur zwischen den Staaten der Völkerrechtsgemeinschaft gelten, also ursprünglich nur zwischen den christlich-europäischen Staaten. Während hier der legitimierte status quo geschützt ist, stehen die Gebiete der „pays hors chrétienté“ zumindest nicht unter diesem Schutz. Wenn es auch Staaten gab — Türkei, Persien, Siam, Japan, China usw. —, die zwar etwa bis zur Mitte des vorigen Jahrhunderts nicht Mitglieder der Völkerrechtsgemeinschaft waren, die aber doch seit langem wenigstens in partikulär-völkerrechtlichen — allerdings nur in partikulär-völkerrechtlichen — Beziehungen zu den Mitgliedern der Völkerrechtsgemeinschaft standen, so galt doch das von den „barbarischen Stämmen“, den „Wilden“²⁾ unter ihren Häuptlingen bewohnte Gebiet als „herrenlos“. Hier galt nun die positiv-völkerrechtliche Norm der Erwerbung der Souveränität an solch herrenlosem Gebiet durch

¹⁾ So noch nach dem Weltkrieg d'Annunzios Raid auf Fiume, Zeligowskis Einnahme von Wilna.

²⁾ Aber nicht nur von ihnen; siehe die alten Kulturreiche der Azteken in Mexiko, der Inkas in Peru.

den ersten Okkupanten. Man beachte, daß der Ausschluß der Geltung der Völkerrechtsnormen außerhalb der Völkerrechtsgemeinschaft — in dieser negativen Funktion eine Selbstverständlichkeit, da die Normen einer Rechtsordnung immer nur für die Rechtsgemeinschaft gelten, die ja gerade eben durch sie konstituiert wird — hier eine positive Funktion hat, indem er Territorien völkerrechtlich zur *res nullius* macht, an denen jedem Staat der Völkerrechtsgemeinschaft das *jus primae occupationis* zusteht. Auf diesem Okkupationsrecht — Voraussetzungen: *res nullius*, erste Okkupation, Effektivität derselben¹⁾ — baute sich — von gelegentlichen Verträgen abgesehen — die ganze koloniale Expansion der Kolonialmächte in Amerika²⁾, Asien, im 19. Jahrhundert vor allem in Afrika auf.

Diente so diese Völkerrechtsnorm dynamischen Zwecken, so doch nur zugunsten des ersten Okkupanten; war diese Okkupation rechtskräftig erfolgt, zeigte sich sofort wieder die Statik; die erste Okkupation schuf einen legitimen *status quo*, der wieder nur auf eine der hier besprochenen Weisen abgeändert werden konnte³⁾ 4).

b) Gerade weil die Okkupation die Effektivität voraussetzte, traten, besonders im 19. Jahrhundert, Verträge typischen Inhalts zwischen den Großmächten auf, die — noch nicht Okkupation, aber Vorbereitung künftiger Okkupation — in der Theorie zwar vielfach in ihrer Rechtsgemäßheit bezweifelt, in praxi jedoch vielfach geübt wurden: die Ab-

1) Der Rechtstitel des *jus primae occupationis* verdrängte mit dem Aufkommen der großen protestantischen Kolonialmächte Holland und England den älteren — in der portugiesisch-spanischen Kolonial epoche geltenden — Rechtstitel päpstlicher Verleihung (vgl. den berühmten, auf eine Bulle Alexander VI. zurückgehenden spanisch-portugiesischen Vertrag von Tordesillas, 1494).

2) Die Nichtanerkennung eines weiteren *jus primae occupationis* der europäischen Mächte am amerikanischen Kontinent ist ein Teil des Inhaltes der Monroe-Doktrin.

3) Um Okkupation handelt es sich auch bei dem sogenannten „kolonialen Protektorat“, wenn demselben auch häufig völkerrechtlich-irrelevante „Verträge“ mit den eingeborenen Häuptlingen vorausgingen; siehe meine Staatenverbindungen, S. 185 bis 188, 313 bis 317.

4) In geradezu klassischer Weise zeugen die Ausführungen Fauchilles (a. a. O., I, 2, S. 682) für die Okkupation als Werkzeug dynamischer Entwicklung: „Les Etats, par cela même qu'ils existent, sont doués d'activité. Cette activité doit les conduire à se développer. Rien n'est plus naturel pour les Etats que d'étendre au dehors leur souveraineté. L'extension de la souveraineté est pour les Etats la conséquence même de leur existence. Elle est, en outre, pour eux souvent une nécessité. Certains Etats souffrent d'un trop grand accroissement de leur population... les intérêts militaires et commerciaux... etc...“; gleich auf der nächsten Seite folgt die Ideologie: „N'est-il pas conforme à l'intérêt général que ces terres (die *res nullius*) soient cultivées et régulièrement exploitées? L'occupation est encore une façon de faire pénétrer la civilisation chez les peuples sauvages...“, also das, durch die Kolonialgeschichte nur zu oft dementierte, Hohe Lied von „The white man's burden“.

grenzung von „Einfluß- und Interessensphären“, „Hinterland“, die Anerkennung „besonderer Interessen“ einer Macht in einem bestimmten Gebiet.

c) Die den Staaten zustehende Vertragsfreiheit ermöglicht auch Verträge, die Änderungen des territorialen status quo zum Inhalt haben: die Zessionsverträge¹⁾, mag es sich nun um einseitige oder gegenseitige oder um sogenannte Retrozessionen handeln. Diese Verträge können friedlich und in vollstem Einvernehmen zustande gekommen sein, wie manche Grenzregulierungs- oder kolonialen Zessionsverträge; sie können aber auch erzwungen sein, sei es ohne Krieg, sei es auf Grund eines Krieges durch den Sieger; denn, wie früher gesagt, ist der auf einen kontrahierenden Staat ausgeübte Zwang völkerrechtlich den Vertrag nicht vitiierend. Der Zessionsvertrag kann sich auch auf das gesamte Gebiet des Zedenten erstrecken — Totalzession²⁾.

d) Der dynamischen Entwicklung dienten ferner völkerrechtliche Verträge, die zwar keine Zession zum Inhalt hatten, aber die Schaffung eines neuen status quo: militärische Okkupation und Verwaltung³⁾ und die, wie der sogenannte „Kauf“ von Staatsgebiet¹⁾, ganz falsch nach einem Privatrechtsinstitut genannten Pachtverträge⁴⁾.

e) Der dynamischen Entwicklung dienten auch die, besonders im 19. Jahrhundert geübten, Protektoratsverträge⁵⁾.

f) Erwerbung der Souveränität durch *debellatio* eines Staates. Kraft positiven Rechtes kann der Tatbestand: „Untergang eines Staates im Sinne des Völkerrechts“ auch durch *debellatio* gesetzt werden, wobei die Souveränität an den debellierenden Staat übergeht. Die *debellatio* beinhaltet, daß die Staatsgewalt des debellierten Staates tatsächlich — Effektivität — völlig zu existieren aufgehört hat. Das ist der wirkliche Fall des vielumstrittenen sogenannten „Rechtes der Eroberung“⁶⁾, ein Fall, der sich durch das Fehlen eines Vertrages juristisch auch von dem Fall der Totalzession oder Fusion wesentlich unterscheidet.

¹⁾ Selbstverständlich ist auch der, irrig, sogenannte „Kauf“ nichts anderes als ein Gebietszessionsvertrag; siehe meinen Artikel: Kauf im Völkerrecht, Wörterbuch des Völkerrechts, I. Bd., S. 627 bis 629.

²⁾ Die Erfüllung eines Totalzessionsvertrages ist eine der Formen der Erfüllung des Tatbestandes, an den kraft positiver Norm die Rechtsfolge „Untergang eines Staates im Sinne des Völkerrechts“ geknüpft ist. Andere Formen der Erfüllung dieser Bedingung sind etwa: Fusions-, Föderationsvertrag, *dismembratio*, *debellatio*.

³⁾ Bosniens und der Herzegowina auf Grund des Art. XXV der Berliner Kongreßakte, 1878.

⁴⁾ Port-Arthur, Talien-Wan, Kiautschou, Weihaiwei; über die Rechtsnatur dieser „Pachtverträge“ vgl. meine Staatenverbindungen, S. 178 bis 181 mit Literaturangaben.

⁵⁾ Über das Protektorat vgl. meine Staatenverbindungen, S. 288 bis 350 mit Literaturangaben.

⁶⁾ Damit wird oft auch das *ius primae occupationis*, die bloße *occupatio bellica*, sowie die vertragsmäßige Erwerbung, die Zession (als sogenannte „Annexion“) vermengt.

D. Ganz eminent dynamischen Zwecken diene ferner im alten Völkerrecht der Krieg. Sowohl die nationalistischen Theoretiker, die den Krieg als „bloße Gewalt“, als „nackte Tatsache“ bezeichnen, als die Pazifisten, welche die Verdrängung des Krieges als „Ersetzung der Gewalt durch Recht“ fordern, sind rechtstheoretisch im Irrtum, weil sie beide für rechtstheoretische Analyse halten, was in Wahrheit dem positiven Völkerrecht gegenüber nur transzendente Kritik des Inhalts dieser Rechtsordnung ist. Sie glauben aus dem Vorhandensein des Krieges schließen zu dürfen, daß das Völkerrecht keine Rechtsordnung sei, während sie daraus nur rechtskritisch die Unvollkommenheit dieses Rechts folgern dürften. Denn der Krieg ist im alten Völkerrecht ein Rechtsverfahren, Kriege werden zur Durchsetzung von Rechten geführt¹⁾. Jedes primitive Recht — auch das innerstaatliche — ist gezwungen, da es eben noch an arbeitsteilig funktionierenden Organen, die Rechtsprechung und besonders Exekution im Namen der Gesamtheit vollziehen, fehlt, das Selbsthilfeverfahren in weitem Umfang zuzulassen. Der Krieg ist ebenso eine Rechtsinstitution des alten, primitiven Völkerrechts, wie — im innerstaatlichen Recht — die Fehde, die Blutrache Rechtsinstitutionen der altgermanischen, der albanischen Rechtsordnung waren, die dadurch zwar als primitive und unvollkommene Rechtsordnungen charakterisiert wurden, aber keineswegs aufhörten, Rechtsordnungen zu sein.

Jedem Selbsthilfeverfahren, Fehde, Blutrache wie Krieg, sind nun große Mängel inhärent:

a) Die Beurteilung seines Rechts ist in das Ermessen des Berechtigten oder angeblich Berechtigten gestellt; es fehlt bei jedem Selbsthilfeverfahren die objektive, unparteiliche Entscheidung und damit ist natürlich der Anreiz zum Mißbrauch gegeben. Dieses freie Ermessen wurde durch die Entwicklung gesteigert, welche die ältere Unterscheidung von *bellum iustum* und *iniustum* über Bord warf und dem „souveränen“ Staat das Recht jederzeitiger Kriegsführung gab, das Recht, sich des Rechtsverfahrens des Krieges jederzeit „zur Wahrung seiner Rechte“ zu bedienen.

b) Bei jedem Selbsthilfeverfahren entscheidet letzten Endes nicht das Recht, sondern die Macht; wie im Rechtsverfahren der Fehde die stärkere Sippe gewinnt, so „siegen“ im Rechtsverfahren des Krieges die stärkeren Bataillone.

Dazu kam die schon früher genannte Norm, daß die Erzwingenheit der Verträge juristisch im Völkerrecht irrelevant sei; so diene der siegreiche Krieg dynamischen Zwecken, der Änderung des statisch legalen *status quo* in dem legalen Verfahren des Krieges; der neue, auf den Ergebnissen des Krieges beruhende *status quo* — ohne Vertrag (*debellatio*) oder auf Grund des, wenn auch erzwungenen Friedensvertrages — wurde zum legitimen und erstarrte sofort wieder in Statik.

¹⁾ Vgl. besonders Strisower: Der Krieg und die Völkerrechtsordnung, 1919.

Schließlich darf die Norm des alten Völkerrechts nicht übersehen werden, wonach durch den Krieg alle Verträge, mit Ausnahme der gerade für den Fall des Krieges geschlossenen, zwischen den Kriegführenden ihre Geltung verlieren; man konnte sich so jederzeit legal aus den Fesseln eines unbequem gewordenen Vertrages lösen, wenn man das „Risiko“ des Krieges nicht scheute.

Dabei war die Grenze zwischen Krieg und „acts falling short of war“, gewaltsamen Repressalien, oft eine fließende.

E. Gewiß enthielt das alte, statische Völkerrecht, wie wir sahen, Normen, die der dynamischen Entwicklung, ohne Krieg, dienten. Auch Verfahren nicht kriegerischer Natur standen bereit: diplomatische Verhandlungen, Untersuchungskommissionen, Vermittlung, Schiedsgerichtsbarkeit. Wohl wurde der Krieg nur als „ultima ratio“ bezeichnet; wohl verlangte man eine Kriegserklärung und eine mit Gründen versehene Kriegserklärung¹⁾. Aber die diplomatischen Verhandlungen mußten eben zu einem Resultat führen, sei es in vollem Einvernehmen, sei es durch den schon in diesem Stadium von Seite einer Partei ausgeübten Druck. Vermittlung und Schiedsgerichtsbarkeit standen zwar bereit, es wurde den Staaten auch nahegelegt, sich ihrer zu bedienen, aber immer handelte es sich nur um einen „voeu“; es bestand für die Staaten kein allgemein-völkerrechtliches Obligatorium, sich ihrer zu bedienen; ob sie das taten oder gleich zum Krieg schritten, war vielmehr rechtlich in ihr freies Ermessen gestellt. Gerade in den wichtigsten dynamischen Konflikten wurden die nicht-kriegerischen Methoden nur gewählt und führten nur dann zu einem Erfolg, wenn entweder der Anlaß als zu unbedeutend für einen Krieg oder das Risiko des Krieges von einer Partei wegen ihrer Schwäche oder von beiden Parteien wegen der Stärke beider Parteien, wegen der Gefahr der Auslösung von Allianzen oder aus anderen Gründen gescheut wurde²⁾.

Selbst in den permanenten Schiedsgerichtsverträgen wurden die dynamischen Konflikte vorbehalten: durch die „Ehren-“, „intérêts vitaux“- , „Unabhängigkeitsklausel“, durch die Bestimmung, daß „politische“, „Interessenkonflikte“ ausgenommen wurden.

Die ganze alte Unterscheidung von „Rechts-“ und „Interessenkonflikten“ gewinnt von diesem Gesichtspunkt der Statik und Dynamik her einen Sinn. Denn an sich ist sie unberechtigt; die Theorie über diese Unterscheidung ist denn auch sehr uneinig. „Rechts“konflikte konnten nur zu leicht zu „Interessen-“, zu „politischen“ Konflikten werden; ein Staat brauchte nur zu behaupten, daß ein Streit, mag er sicher ein Rechtsstreit sein, seine „Lebensinteressen“ berühre, um dort, wo diese Vorbehaltsklausel besteht — da ja die Entscheidung darüber, ob ein konkreter

¹⁾ Die Gründe waren häufig nur Prätexte; man berief sich auf „intérêts vitaux“, auf die früher genannten Prinzipien; klassische Beweise dafür das italienische Tripolisultimatum vom 26./27. September 1911 und die in bezug auf die angegebenen Gründe geradezu verlegene Kriegserklärung Rumäniens an Österreich-Ungarn vom 27. August 1916.

²⁾ Vgl. die friedlichen Erledigungen 1905, 1908, 1911.

Streitfall unter eine solche Klausel falle, in das einseitige freie Ermessen einer Partei gestellt war —, ihn der Schiedsgerichtsbarkeit zu entziehen. Andererseits ist es rechtstheoretisch verfehlt, daß die sogenannten „politischen“ Konflikte ihrem Wesen nach „not justiciable“ seien; ist es verfehlt, daß der völkerrechtliche Richter die Parteien mit einem „refus de juger“ hätte entlassen müssen. Denn abgesehen davon, daß die Staaten, wenn sie sich im Schiedsgerichtsvertrag oder Kompromiß einigen, den völkerrechtlichen Richter zur Entscheidung „ex aequo et bono“ oder zur Setzung von Völkerrechtsnormen ermächtigen konnten, abgesehen davon, daß sie selbst Normen vereinbaren konnten, nach denen der Richter in diesem Fall entscheiden sollte — Beispiel des berühmten „Alabama“-Falles —, hätte, auch ohne dies, der völkerrechtliche Richter stets zu einer rechtlichen Entscheidung gelangen können; aber diese hätte sehr oft in der Abweisung der Ansprüche einer Partei bestehen müssen. Wir sahen zwar Staaten vor Schiedsgerichten ihre Rechte auf Grund der Normen des alten Völkerrechts, auf Grund des statischen status quo, der Verträge usw. geltend machen, kaum je aber ein Recht auf Revision des geltenden statischen Rechts.

Die erwähnten Vorbehaltsklauseln, die Ausschließung der „politischen“ Konflikte, hatten so einerseits den Sinn, daß sich die Staaten auch gegenüber „Rechts“streitigkeiten, statischen Konflikten, ihre politische Handlungsfreiheit sichern wollten, andererseits aber den Sinn der Ausschließung dynamischer Konflikte, nicht weil sie „not justiciable“ seien, sondern weil sie regelmäßig zur Abweisung der solche dynamische Ansprüche geltend machenden Partei hätten führen müssen; und zwar aus dem Grund, daß dem statischen Völkerrecht eben solche dynamische Normen für die nicht-kriegerische Änderung des status quo fehlten. Eben deswegen wurden im alten Völkerrecht gerade die dynamischen Konflikte, von denen die Territorialkonflikte nur eine besonders wichtige Gruppe sind, fast ausschließlich durch Krieg gelöst oder zu lösen versucht. Es besteht daher — und diese Erkenntnis ist wichtig — ein inniger Konnex zwischen dem Fehlen dynamischer Normen — d. h. Normen zur nicht-kriegerischen Streit-erledigung von Konflikten, die gerade aus dem, statisch gesehen, legitimen status quo entspringen — und dem Kriegführungsrecht. Die Verdrängung des Selbsthilfeverfahrens des Krieges ist daher sinnvoll — da sich die dynamische Entwicklung doch, nötigenfalls als Rechtsbruch, durchsetzt — nicht durch bloßes Kriegsverbot, sondern nur durch gleichzeitige Zur-Verfügungstellung wirksamer nicht-kriegerischer Streit-schlichtungsverfahren für die Fälle, für die das Kriegsverbot gelten soll, möglich.

F. Infolge dieses hier kurz im Querschnitt aufgezeigten Inhaltes des positiven, alten Völkerrechts, konnte dieses — wie jede primitive, auch innerstaatliche Rechtsordnung — seine Hauptmission, Rechtssicherheit und Frieden zu gewähren, nur in unvollkommenem Maß erfüllen. Denn, obwohl oder gerade weil es in erster Linie statisch

auf den Schutz des legitimierten status quo abstellte, andererseits aber die dynamische Entwicklung einfach nicht ausschalten konnte, war doch dieser stets durch Krieg gefährdet. Dadurch lebten die kleinen Staaten, aber auch die großen voreinander in Angst, daß dieser status quo, daß ihre Existenz im Verfahren des Krieges angegriffen, vernichtet werden könnte; daher das System der Geheimverträge, das Spiel der Allianzen und Gegenallianzen — als defensives Mittel.

Andererseits wußte jeder Staat, daß er Änderungen, die entweder gewollt oder durch die dynamische Entwicklung notwendig gemacht wurden, die aber im Gegensatz zum legitimierten und geschützten status quo standen, meist nur im Verfahren des Krieges erreichen könne.

Beide Gesichtspunkte, Angst vor einer Gefährdung des status quo, Unmöglichkeit der Erreichung dynamischer Ziele außer durch Krieg, führten, da im Kriege der Stärkere siegte, zum System der Allianzen und Gegenallianzen und der damit verbundenen Geheimdiplomatie, führten zur fortwährenden Erhöhung der militärischen Rüstungen, zum Rüstungswettlauf, unternommen einerseits aus Angst, gedacht als „Preis für den Frieden“, während andererseits gerade diese Rüstungen, psychologisch durch den darin liegenden Anreiz, durch Unerträglichkeit übermäßiger Rüstungen auf lange Dauer, durch die dadurch bei den anderen ausgelöste Angst, in einem *circulus vitiosus* oft gerade zu den Kriegen führten, die zu vermeiden die Rüstungen dienen sollten.

III

Während des Weltkrieges wurden, etwa seit 1916, in den kriegführenden und neutralen Ländern die Stimmen immer lauter, daß der den großen Krieg beendigende Friede nicht nur ein gewöhnlicher Friedensschluß, sondern der Anlaß zu einer völkerrechtlichen Neuordnung der Welt werden müsse. Normen dynamischen Charakters sollten geschaffen werden, die nicht nur im Frieden nach dem Weltkrieg angewendet werden, sondern darüber hinaus für die Zukunft als allgemein-völkerrechtliche Rechtsregeln gelten sollten.

Die Entente, die für den Fall ihres Sieges große Änderungen im Sinne hatte, stellte schon während des Krieges ein Programm auf:

a) Neue Ideen, dynamische Normen eines neuen Völkerrechts, wurden in Reden und amtlichen Enunziationen vorgebracht; mögen sie auch manchmal ehrlich gemeint gewesen sein, vielfach handelte es sich doch nur um eine offizielle Ideologie *pro foro externo*;

b) denn diese Ideologie stand in krassem Gegensatz zu den während des Krieges zwischen Ententemächten geschlossenen Geheimverträgen¹⁾, die, ganz im Sinn des alten Geistes, skrupellos und ohne Rücksicht, ja in offenem Widerspruch zu den offiziell verkündeten neuen Ideen, die Beute aufteilten.

Die Organisation Centrale pour une Paix Durable im Haag forderte in ihren Arbeiten während des Krieges dynamische

¹⁾ Vgl. z. B. Wilson: Memoiren und Dokumente, Bd. I, III.

Normen zur legalen Änderung des status quo. Von verantwortlicher Seite war es vor allem Woodrow Wilson¹⁾, der in seinen Reden solche Prinzipien aufstellte: keine Geheimverträge, keine Sonderallianzen, Gründung eines Völkerbundes, Rüstungsbeschränkung, Gleichheit der Handelsbedingungen, gegenseitige Garantien für die politische Unabhängigkeit und territoriale Integrität, unparteiische Gerechtigkeit, keine Annexionen, keine strafweisen Kriegsentschädigungen, Aufgeben der balance of power, Selbstbestimmungsrecht der Völker.

Es handelte sich zunächst um „Prinzipien“, die inhaltlich entweder alte durch neue, häufig entgegengesetzte ersetzen sollten, oder um Fortbildungen früher schon bestehender „Prinzipien“²⁾. Zugleich aber ging Wilsons Bestreben dahin, diese „Prinzipien“ zu positiven Völkerrechtsnormen umzugestalten.

Dies ist, soweit das allgemeine Völkerrecht in Betracht kommt, nicht gelungen. Allerdings aber wurden die Prinzipien Wilsons durch die Lansing-Note vom 5. November 1918 zu partikulärvölkerrechtlichen Normen, mit Geltung für die Entente und Deutschland, zur *lex contractus* für den zu schließenden Friedensvertrag.

Dieser Friedensvertrag steht bekanntlich zu zahlreichen Punkten Wilsons in eklatantem Widerspruch: die Prinzipien Wilsons, rechtsverbindlich für alle Vertragspartner gemäß des *pactum de contrahendo* vom 5. November 1918, stießen mit den von der Entente — ohne Amerika — geschlossenen Geheimverträgen zusammen.

Aber der Völkerbund konnte gegründet werden, ein ungeahnter Fortschritt, so sehr er auch eine Kompromißschöpfung ist, so reformbedürftig er auch sein mag.

Der Völkerbundspakt (V.B.P.), durch den der Völkerbund konstituiert wurde und der zugleich die Verfassung des so konstituierten Bundes ist, inauguriert die Ära des neuen Völkerrechts, das wir als dynamisches dem alten, statischen Völkerrecht gegenüberstellen; in welchem Sinn, sollen die folgenden Ausführungen zeigen.

IV

Könnte, wie wir gesehen haben, das alte Völkerrecht nur in einem prägnanten Sinn ein statisches genannt werden, so gilt dasselbe auch für die Bezeichnung des neuen Völkerrechts als eines dynamischen.

Denn auch das neue Völkerrecht kann natürlich statische Normen nicht entbehren:

1. Schon die Präambel des V.B.P., die mit den Worten: „In order . . . to achieve international security“ beginnt, unterstreicht besonders die Norm: „*pacta sunt servanda*“; die Mitglieder verpflichten sich, „de respecter scrupuleusement toutes les obligations des traités dans les rapports mutuels des peuples organisés“. Artikel I, Absatz 2, fordert

¹⁾ Vgl. meine Schrift: Wilson und Clemenceau, 1919, S. 11 bis 31.

²⁾ So tritt das alte Nationalitätenprinzip hier im neuen Gewande des „Selbstbestimmungsrechtes der Völker“ auf.

von dem neu aufzunehmenden Mitglied „des *garanties effectives de son intention sincère d'observer ses engagements internationaux*“. Die Erfüllung aller internationalen Verpflichtungen ist eine Bedingung für den Austritt aus dem Völkerbund gemäß Artikel I, Absatz 3.

2. Artikel X, über den später zu sprechen sein wird, ist der eigentliche Exponent des statischen Völkerrechts im System des V.B.P.

3. Das *ius primae occupationis*, das wir als Ausdruck dynamischer Entwicklung unter der Herrschaft des alten Völkerrechts kennen gelernt haben, bleibt zwar in Kraft, wird aber praktisch nur mehr wenig Bedeutung haben, da es kaum mehr Territorien gibt, die völkerrechtlich als „*res nullius*“ gelten;

4. gewisse andere der dynamischen Entwicklung, der Erwerbung von Gebiet dienende Normen des alten Völkerrechts sind durch den V.B.P. ausdrücklich ausgeschlossen¹⁾;

5. der Rechtsbruch wird streng verpönt; die Mitglieder verpflichten sich in der Präambel, „*d'observer rigoureusement les prescriptions du droit international*“ — also nicht bloß des Völkerbundesrechts, sondern auch des allgemeinen und des für die einzelnen Mitglieder geltenden partikulären Völkerrechts — „*reconnues désormais comme règle de conduite effective des Gouvernements*“²⁾. Kraft Artikel XX sind Verträge, die mit irgendeiner Norm des V.B.P. unvereinbar sind, verboten; gegen den Rechtsbrecher werden Sanktionen vorgesehen — so in Artikel X, XIII, Absatz 4, XVI, Absatz 1 bis 3, XVI, Absatz 4.

Werden schon durch diese Normen gewisse Methoden, die im alten Völkerrecht der dynamischen Entwicklung freien Lauf ließen, ausdrücklich verboten, so gehört hieher noch ganz besonders

6. die positivrechtliche Einschränkung des früher geltenden jederzeitigen Kriegsführungsrechtes, eine Einschränkung, die der V.B.P. auf dreifache Weise bringt:

a) Das Kriegsverbot gemäß Artikel XII bis XV V.B.P. Unter Völkerbundsmitgliedern — im Falle der Beteiligung von Nichtmitgliedern an einem Konflikt gelten Artikel XII bis XV analog, falls das Nichtmitglied sich für diesen Fall den Bestimmungen unterwirft — ist die Kriegführung ohne Einhaltung bestimmter Verfahrensbestimmungen verboten. Es wird also der Krieg keineswegs unbedingt, sondern es werden nur gewisse Kriege verboten³⁾; dabei stellen die Artikel XII bis XV nicht auf Recht oder Unrecht in bezug auf das Meritum des Anspruches ab, sondern auf die Einhaltung formaler Verfahrensnormen. Jeder „*différend susceptible d'entraîner une rupture*“ muß der Schiedsgerichts-

¹⁾ Vgl. die folgenden Ausführungen zu Art. X.

²⁾ Wohl in absichtlichem Gegensatz zu der Politik der Mächte unter der Herrschaft des alten Völkerrechts so formuliert.

³⁾ Die Mitglieder übernehmen in der Präambel nur „*certaines obligations de ne pas recourir à la guerre*“.

barkeit oder der Gerichtsbarkeit oder der Vermittlung des Rates unterworfen werden; die gerichtliche Streitentscheidung ist fakultativ; dagegen besteht ein Obligatorium, eine dieser drei Methoden zu befolgen. Wenn also die im Streit befangenen Staaten sich auf eine der beiden ersten Methoden nicht einigen können¹⁾, dann ist allerdings die Unterbreitung unter den Rat obligatorisch²⁾).

Artikel XII bis XV verbieten nicht den ungerechten, sondern den illegalen Krieg. Sie unterscheiden daher verbotene und auch unter dem V.B.P. erlaubte Kriege; erlaubt bleiben — abgesehen von der Exekution³⁾ — die Kriege dann, wenn die in Artikel XII bis XV vorgeschriebenen Verfahren eingehalten und fortgesetzt wurden, ohne aber zu einer Lösung zu führen; wurde die gerichtliche oder schiedsgerichtliche Methode gewählt, so bleibt ein sogenannter Duellkrieg nur im Fall des Artikels XII, Absatz 2, ein Exekutionskrieg im Fall des Artikels XIII, Absatz 4, erlaubt; im Fall der Unterbreitung unter die Vermittlung des Rates bleiben Kriege in den Fällen des Artikels XII, Absatz 2, Artikels XV, Absatz 6 und 7, und wohl auch im Falle des Artikels XV, Absatz 8⁴⁾, erlaubt. Artikel XII bis XV enthalten daher kein absolutes Kriegsverbot, aber sie machen den Krieg zu einem bloß subsidiären Rechtsverfahren⁵⁾).

Artikel XII bis XV finden auf alle Konflikte, daher auch auf dynamische, insbesondere territoriale Konflikte Anwendung. Artikel XV, Absatz 8, allerdings nimmt dem Rat im Fall der einstimmigen Anerkennung der *exceptio* der „*compétence exclusive*“ eines Streitteils die Kompetenz; und gerade die Fälle des Artikels XV, Absatz 8, werden besonders oft dynamische, also für den Frieden allergefährlichste Konflikte umfassen.

Daher setzt nicht jeder Krieg, sondern nur der illegale, d. h. entgegen Artikel XII bis XV⁶⁾ unternommene Krieg den Deliktstatbestand des Artikels XVI und löst die dort vorgesehenen Sanktionen aus.

b) Das absolute, inhaltlich begründete Verbot der Unterdrückungs- und Eroberungskriege (Art. X).

c) Diese Normen erhalten erst ihre Vollendung durch Artikel XI, Absatz 1⁷⁾, der es dem Völkerbund zur essentiellen Pflicht macht, jeden Krieg, also auch erlaubte Kriege, zu verhüten oder zu stoppen.

¹⁾ Die Wahl dieser Methoden ist fakultativ; daher ist Einigung beider Streitteile notwendig.

²⁾ Daher genügt Anhängigmachung durch einen Streitteil; für den anderen besteht Einlassungszwang.

³⁾ Art. X, XIII, Abs. 4, XVI.

⁴⁾ So die herrschende Meinung, contra Schücking-Wehberg.

⁵⁾ Ganz analog das relative Fehdeverbot der *Constitutio Moguntina* 1235.

⁶⁾ Art. XVI: „*recours à la guerre, contrairement aux engagements pris aux articles XII, XIII ou XV*“.

⁷⁾ Vgl. darüber ausführlich mein Buch: Die intrasystematische Stellung des Art. XI des V.B.P., 1931.

Im Gegensatz zum V.B.P. enthält der Kellog-Pakt ein absolutes Kriegsverbot¹⁾.

7. Artikel X enthält gegenüber dem alten Völkerrecht eine Verstärkung der statischen Normen; denn Artikel X kreiert eine streng juristische Verpflichtung aller gegen alle Völkerbundsmitglieder, eine reziproke und kollektive Garantie, die Garantieobjekte: „*intégrité territoriale et indépendance politique*“ zu „*respecter et maintenir*“, wobei der *casus garantiae* ist: „*toute agression extérieure, menace ou danger d'agression*“²⁾.

Artikel X schützt nicht bloß den legitimen status quo, sondern garantiert ihn. Durch Artikel X wird der Eroberungs- und Unterdrückungskrieg absolut, d. h. auch in den Fällen der nach Artikel XII bis XV erlaubten Kriege verboten. Artikel X verbietet daher kategorisch jede in gewaltsamer Weise erfolgende Änderung des territorialen oder Unabhängigkeits-status quo jedes Völkerbundsmitgliedes. Durch Artikel X im Zusammenhalt mit Artikel XX sind alle Verträge verboten, die eine solche Änderung oder Gefährdung oder Bedrohung der Garantieobjekte zum Inhalt haben. Artikel X verpflichtet nicht nur zum Schutz des gefährdeten oder bedrohten status quo, sondern auch zur Nichtanerkennung einer in Verletzung des status quo geschaffenen Lage, zur Wiederherstellung des status quo, zum Nicht-Beugen vor dem „*fait accompli*“. Daher gibt es nach dem V.B.P. keine *debellatio* mehr, keine erzwungenen Zessionen, Totalzessionen, Fusionen.

Nach dem Gesagten scheint es, als ob das neue Völkerrecht, das in Artikel X eine statische Norm weitergehenden Inhalts als das alte Völkerrecht hat, das außerdem eine Reihe von Normen und Verfahren, die im alten Völkerrecht der dynamischen Entwicklung ihren Lauf ließen, aufhebt oder verbietet, erst recht ein statisches Völkerrecht wäre. Wenn man nur das bisher Erwähnte betrachtet, hat es den Anschein, als ob gerade das neue Völkerrecht die dynamische Entwicklung unterdrücken, den status quo perpetuieren wollte, was natürlich a priori unmöglich wäre. Besonders wird hierbei an den Versuch gedacht, durch Artikel X den durch die Pariser ungerechten Friedensverträge geschaffenen status quo zu perpetuieren³⁾.

¹⁾ Präambel: „*that they condemn recourse to war for the solution of international controversies, and renounce it as an instrument of national policy*“. Präambel (gerade in bezug auf dynamische Konflikte): „*that all changes in their relations with one another should be sought only by pacific means and be the result of a peaceful and orderly process*“.

²⁾ Siehe meine in meinem in Anmerkung 7, S. 239, genannten Buch enthaltenen Ausführungen zu Art. X und die dort zu diesem Artikel angegebene Literatur.

³⁾ Diesen Gesichtspunkt macht besonders Carl Schmitt in geistvollen Ausführungen geltend. (Siehe seine Schrift: Die Kernfrage des Völkerbundes, 1926, besonders S. 15, 23 bis 62; dazu meine Besprechung, Zeitschr.

Das scheint aber nur so. Denn gerade weil das neue Völkerrecht die Garantie des *status quo* enthält, gerade weil es unbedingte Befolgung des Völkerrechts verlangt, den Rechtsbruch verbietet und unter Sanktion stellt, weil es eine Reihe von Verfahren und Methoden, die im alten Völkerrecht der dynamischen Entwicklung dienten, verbietet, so vor allem gewisse Arten der Gebietserwerbung und das jederzeitige freie Kriegsführungsrecht, muß es dynamische Normen als Korrelat enthalten, wird das Problem der dynamischen Normen ein hier viel dringenderes als im alten Völkerrecht; deswegen sprechen wir vom dynamischen Völkerrecht.

Was enthält nun der V.B.P. an dynamischen Normen?

1. Die Norm über die Weiterbildung des Paktes selbst, im Wege der Amendements¹⁾.

2. Eine dynamische Norm ist die Revisionsklausel des Artikels VIII, Absatz 3.

3. Auch dynamische Konflikte müssen nach Artikel XV behandelt werden; das Verfahren muß allerdings nicht zu einer endgültigen Lösung führen, wobei dann — nach Einhaltung der dreimonatlichen Wartezeit — ein subsidiäres Kriegsführungsrecht gegeben ist. Andererseits sind die Konflikte des Artikels XV, Absatz 8, unter denen sich besonders häufig dynamische Konflikte befinden, unter der vorgesehenen Bedingung von dem Verfahren nach Artikel XV, Absatz 4 ff., ausgenommen.

4. Das Vermittlungsverfahren des Artikels XI, Absatz 2, ist auf alle, daher auch dynamische Konflikte im weitesten Umfang anwendbar; denn im Verfahren nach Artikel XI, Absatz 2, ist die *exceptio* des Artikels XV, Absatz 8, unzulässig.

5. Auch die statische Norm des Artikels X selbst enthält dynamische Elemente; sie ergeben sich a contrario aus der Formulierung des *casus garantiae*: „*agression extérieure*“. Eine dynamische Änderung des *status quo* ist auch nach Artikel X zulässig:

a) in gewaltsamer Weise, sofern es sich eben nicht um eine „*agression extérieure*“ handelt; revolutionäre Losreißung eines Landesteiles, einer Kolonie, *dismembratio* von innen her;

f. öffentl. Recht, 5. Bd., 1926, S. 628.) Schmitt meint, daß der Völkerbund, wenn er ein echter Bund wäre — was er aber nicht sei —, den *status quo* von Versailles legitimieren müßte. Er gebraucht das Wort: „legitimieren“ dabei nicht nur wie ich im Sinne des nach positivem Recht Geltenden, sondern auch des mit einer besonderen Dignität Umgebenen, des als gerecht Anerkannten. Doch ist dagegen zu sagen: „Der Völkerbund ist ein Bund; Art. X ist aber keine Perpetuierung des *status quo* von Versailles, wenn auch manche Ententestaaten ihn so auszulegen wünschen; er schützt den *status quo* aller Völkerbundmitglieder, auch der Neutralen; er schützt den jeweiligen, d. h. im Falle des Eintritts des *casus garantiae* gegebenen *status quo*; er schützt den *status quo* nur gegen „*agression extérieure*“.

¹⁾ V.B.P., Art. XXVI, Abs. 1.

b) in jeder nicht-gewaltsamen Weise: durch freiwilligen Vertrag (Verzicht, Zession, Retrozession).

6. Aber diese in Artikel X enthaltenen dynamischen Elemente genügen nicht. Artikel X ruft dringendst nach einem Korrelat; es ist dies Artikel XIX, der Exponent des dynamischen Völkerrechts im System des V.B.P.

Artikel X, in Wilsons Entwurf, enthielt auch die Garantie, fuhr aber fort: „but it is understood between them, that such territorial readjustments, if any, as may in the future become necessary by reason of changes in the present racial conditions and aspirations, or present social and political relationships, pursuant to the principle of self-determination and also such territorial readjustments as may in the judgments of three-fourths of the delegates be demanded by the welfare and manifested interest of the people concerned, may be affected, if agreeable to these peoples... The H.C.P. accept without reservation the principle that the peace of the world is superior in importance to every question of political jurisdiction or boundary“.

Diese Fassung konnte Wilson nicht durchsetzen; was von seinen Ideen durchgesetzt werden konnte, bildet jetzt den selbständigen Artikel XIX¹⁾ des V.B.P. Gemäß Artikel XIX kann jedes Völkerbundsmitglied verlangen, daß eine unter diesen Artikel fallende Frage auf die Tagesordnung der Versammlung des Völkerbundes gestellt werde; das weitere Verfahren richtet sich nach der Geschäftsordnung der Versammlung; es ist auch die Einberufung einer außerordentlichen Versammlung möglich. Gewöhnlich wird die Versammlung einen solchen Antrag an eine Kommission verweisen, diese wird nach Durchberatung der Frage dem Plenum einen Bericht vorlegen. Das Plenum wird nun entweder dem Antrag keine Folge geben oder, im Sinne des Artikels XIX, die interessierten Mitglieder einladen, „zu einer neuen Prüfung zu schreiten“.

Vergleichen wir nun zunächst den Inhalt des positivrechtlichen Artikels XIX mit dem zweiten, dynamischen Teil des Artikels X in Wilsons Entwurf:

Der ursprüngliche Artikel X:

a) beschäftigt sich ausschließlich mit territorialen Änderungen („territorial readjustments“) und unterscheidet hier wieder zwei legale Voraussetzungen einer solchen Änderung:

α) entweder durch Beschluß einer besonders qualifizierten Majorität im Völkerbund, nämlich drei Viertel der Delegierten; es handelt sich daher hier in erster Linie um eine Verfahrensnorm;

¹⁾ Art. XIX: „L'Assemblée peut, de temps à autre, inviter les Membres de la Société, à procéder à un nouvel examen des traités devenus inapplicables ainsi que des situations internationales dont le maintien pourrait mettre en péril la paix du monde“.

²⁾ Siehe dazu mein Buch: Die intrasystematische Stellung des Art. XI V.B.P., S. 119 bis 127 und die dort, S. 119, Anm. 1, zu Art. XIX angegebene Literatur.

aber sie enthält auch ein materiell-rechtliches Element: die Änderung muß durch das Wohlergehen und offenbare Interesse der in Betracht kommenden Völker gefordert und diesen angenehm sein;

β) oder die territoriale Änderung muß notwendig werden durch eine Änderung in den gegenwärtigen nationalen Bedingungen und Aspirationen oder in den gegenwärtigen sozialen und politischen Beziehungen. Es wird hier nur auf ein inhaltliches, materielles Element abgestellt; als regulatives Prinzip dient das Selbstbestimmungsrecht der Völker, während es hier an einer Verfahrensnorm fehlt¹⁾.

b) Aber beide Normen werden durch den Schlußsatz wieder in Frage gestellt, wonach vorbehaltlos das Prinzip anzunehmen ist, daß der Weltfriede wichtiger ist als jede Frage politischer Jurisdiktion und jede Frage der Grenzen²⁾.

Der positiv-rechtliche Artikel XIX dagegen ist charakterisiert:

a) durch das Fehlen jeder materiell-rechtlichen Norm, die besagt, nach welchen Prinzipien eine solche Änderung vor sich gehen soll;

b) Artikel XIX ist lediglich eine Verfahrensnorm;

c) dafür aber stellt Artikel XIX nicht bloß auf territoriale Änderungen ab. Die Voraussetzungstatbestände des Artikels XIX sind vielmehr zwei:

α) „*traités devenus inapplicables*“,

β) „*situation internationale, dont le maintien pourrait mettre en péril la paix du monde*“.

Es ist kein Zweifel, daß Artikel XIX auch das Vehikel zur Revision der Friedensverträge von 1919/20 darstellt; wir wissen, daß Wilson bald nach seiner Ankunft in Paris erkannte, daß es nicht möglich sein werde, in dieser Atmosphäre des Hasses seinen Frieden zu erreichen, und daß er den V.B.P. mit seinem Artikel XIX gerade deswegen auch in die Friedensverträge einbaute, um das Instrument zur Revision derselben beizustellen; und in der berühmten Mantelnote an die deutsche Friedensdelegation schrieb Clemenceau: „*Le traité crée en même temps l'organe nécessaire pour trouver les moyens de modifier de temps à autre le règlement même de 1919*“.

Es ist daher zweifellos, daß auch die Revision der Friedensverträge unter Artikel XIX fällt; andererseits: es ist politisch, psychologisch begreiflich, daß Sieger wie Besiegte bei Artikel XIX — wenn auch vom

¹⁾ Wilson selbst sprach von der Garantie des Art. X: „*plus later alteration of boundaries, if it could be shown that injustice has been done or that conditions had changed*“. Wir finden hier also neben den geänderten Umständen den neuen Voraussetzungstatbestand ursprünglicher Ungerechtigkeit.

²⁾ Vgl. schon Punkt 4 in Wilsons Rede vom 11. Februar 1918: „*that all well defined national aspirations shall be accorded the utmost satisfaction that can be accorded them without introducing new or perpetuating old elements of discord and antagonism that would be likely in time to break the peace of Europe and consequently of the world*“.

entgegengesetzten Standpunkt — in erster Linie an die Revision der Friedensverträge denken. Aber es darf nicht übersehen werden, daß diese Revision nur ein unter Artikel XIX fallendes Spezialproblem darstellt, daß die Bedeutung dieses Artikels eine viel weitere, grundsätzliche ist. Selbst wenn man, wie dies im Völkerbund geschah, den ersten Tatbestand: „*traités devenus inapplicables*“ sehr eng interpretiert, indem sowohl auf das Wort „*inapplicables*“ im Gegensatz zum bloßen „*inappliqués*“ als auf das „*devenus inapplicables*“ das größte Gewicht gelegt wird, so ist der zweite Tatbestand allumfassend. Auf Grund dieses zweiten Tatbestandes kann auch die Revision solcher Verträge begehrt werden, die ab initio „*inapplicables*“ sind oder die Revision wegen ursprünglicher Ungerechtigkeit gefordert werden, es kann ferner die Revision jeder „*situation internationale dont le maintien pourrait mettre en péril la paix du monde*“ gefordert werden, ohne Rücksicht darauf, ob überhaupt ein Vertrag besteht, ohne Rücksicht darauf, ob es sich um territoriale oder sonstige dynamische Konflikte handelt. Artikel XIX ist mehr als ein Instrument zur Revision der Friedensverträge, mehr als etwa bloß eine legalisierte „*clausula rebus sic stantibus*“¹⁾. Es ist daher zweifellos gegen den Geist und den Wortlaut des V.B.P., wenn gewisse Mächte oder manche Autoren

a) entweder die Bedeutung des Artikels XIX bagatellisieren, indem sie sich auf wirklich vorhandene Mängel, die wir gleich kennen werden, stützen²⁾;

b) oder von französischen Rechtskreisen und der kleinen Entente die These der „*intangibilité des traités de paix*“ festgehalten wird, ganz im Sinn der früheren Fiktion der Perpetuität des statischen Völkerrechts gedacht, nicht bloß eine Unmöglichkeit in einer Welt, in der ich nicht zweimal in denselben Fluß steigen kann, sondern auch im Widerspruch zu Artikel XIX;

c) wenn der Versuch gemacht wird, die Anwendung des Artikels XIX zu bagatellisieren, ihn gegenüber Artikel X mehr oder weniger verschwinden zu machen, während er doch das notwendige Korrelat zu Artikel X darstellt;

d) wenn der Versuch gemacht wird — wobei der politische Wunsch der Vater des Gedankens ist —, territoriale Änderungen aus dem Inhalt des Artikels XIX auszuschließen, so bei Radoïkovich;

e) wenn endlich manche Autoren — Radoïkovich, Gonsiorowski — unter Berufung auf die früher zitierten Worte Wilsons eine Anwendung des Artikels XIX durch den Satz zu verhindern versuchen, daß der Friede höher als jede derartige Änderung stehe, daß jedes Verlangen nach Revision unter Artikel XIX eine Störung des Friedens

¹⁾ So vor allem Radoïkovich: a. a. O.

²⁾ So sagte der Ministerpräsident Tardieu im Herbst 1930 in der Pariser Kammer, von den Revisionsbestrebungen Deutschlands sprechend, daß Art. XIX zwar da sei, daß er aber, da er Einstimmigkeit verlange, Frankreich nicht geniere.

bedeute. Diese letzte Argumentation stellt aber die Dinge geradezu auf den Kopf. Denn Artikel XIX ist umgekehrt der Ausdruck der Einsicht, daß gerade die Aufrechterhaltung eines statisch völlig legalen Vertrages, die unveränderte Fortdauer einer statisch völlig zu Recht bestehenden internationalen Situation den Frieden aufs äußerste gefährden kann: „dont le maintien pourrait mettre en péril la paix du monde.“

Die außerordentliche Bedeutung des Artikels XIX liegt in der Erkenntnis des Vorhandenseins unseres Problems, darin, daß er zum erstenmal das Problem des dynamischen Völkerrechts in voller Breite aufrollt. Allerdings löst er das Problem nicht in befriedigender Weise. Gerade die Neuheit des Problems erklärt die Zaghaftigkeit der Formulierung, die Unvollkommenheiten dieser Norm:

a) Seine Anwendung wird nur als eine exzeptionelle hingestellt („de temps à autre“).

b) Die Versammlung hat nur ein Einladungsrecht, keine Einladungspflicht.

c) Die Frage, ob zu dieser „Einladung“ Einstimmigkeit — da es sich um eine „décision“ handle — erforderlich sei oder ob Mehrstimmigkeit genüge, da es sich nur um einen „voeu“ handle, ist bestritten.

d) Jedenfalls kann die Versammlung die interessierten Mitglieder nur zu einer Nachprüfung einladen; sie kann weder selbst diese Nachprüfung vornehmen, noch kann sie Vorschriften oder Anregungen geben, in welchem Verfahren und in welchem inhaltlichen Sinn diese Nachprüfung durch die interessierten Staaten erfolgen soll.

e) Die Einladung der Versammlung ist für die interessierten Mitglieder juristisch nicht bindend. Eine Weigerung, der Einladung nachzukommen, ist daher nicht rechtswidrig, wenn auch in solchem Fall der Völkerbund eventuell nach Artikel XI, Absatz 2, oder Artikel XV angerufen werden kann bzw. bei Krieg oder Kriegsgefahr nach Artikel XI, Absatz 1, eingreifen muß.

f) Nach der im Völkerbund herrschenden Auffassung ist Artikel XIX die einzige dynamische Norm im System des V.B.P., so daß Rat oder Versammlung als Vermittler im Verfahren unter Artikel XI, Absatz 2, und Artikel XV eine solche „Nachprüfung“ nicht vorschlagen dürfen.

Da das alte Völkerrecht nebst gewissen, der dynamischen Entwicklung dienenden Normen vor allem die jederzeitige Kriegführung erlaubte, konnte es dynamischer Normen in dem hier entwickelten Sinn entbehren. Der V.B.P., der das Kriegführungsrecht einschränkte und die statische Garantie des Artikels X brachte, mußte zu dem Problem des dynamischen Völkerrechts Stellung nehmen — Artikel XIX. Die Unvollkommenheit dieses Artikels, die Ausschaltung der Konflikte des Artikels XV, Absatz 8, die sehr häufig dynamische Konflikte sein werden, ist im System des V.B.P. logisch nur möglich, weil eben der

Krieg nur eingeschränkt, nicht absolut verboten wird. Der Kellog-Pakt aber, der den Krieg absolut verbietet, hat das Problem der nicht-kriegerischen Erledigung aller Staatenkonflikte, darunter eben auch der besonders wichtigen dynamischen, überhaupt nicht zu lösen unternommen. Nun handelt es sich aber im Völkerbund darum, den Kellog-Pakt in den V.B.P. einzubauen. Sehr vernünftigerweise beruht das System des V.B.P. auf dem Gleichgewicht zwischen Kriegsverbot und nicht-kriegerischer Schlichtung von Staatenkonflikten: der Krieg wird nur insoweit verboten, als nicht-kriegerische Schlichtungsmethoden, die zu einem Ende führen, zur Verfügung gestellt werden; soweit dies nicht der Fall ist, bleibt der Krieg subsidiär erlaubt. Soll aber nun in den V.B.P. das absolute Kriegsverbot des Kellog-Paktes eingebaut werden, so muß dieses Gleichgewicht wieder hergestellt werden; dem absoluten Kriegsverbot muß eine Bereitstellung von zu einem Ende führenden Streitschlichtungsmethoden für alle Fälle, daher auch für die dynamischen Konflikte entsprechen¹⁾.

Gerade der Kellog-Pakt und sein Einbau in den V.B.P. zwingt²⁾, wenn das absolute Kriegsverbot sinnvoll sein und Chancen des Erfolges haben soll, zur Bereitstellung von Methoden für die Schlichtung aller Staatenstreitigkeiten, daher auch zum Ausbau der dynamischen Normen des V.B.P.

Es ist daher nicht logisch, wenn die Völkerbundskommission, welche mit dem Einbau des Kellog-Paktes in den V.B.P. beauftragt war, sowohl Artikel XV, Absatz 8, stehen ließ als nichts zu Artikel XIX zu bemerken hatte.

Die unter Artikel XV, Absatz 8 fallenden Konflikte werden meistens dynamischen Charakters sein; es hilft nichts, wenn in dem „constatera“ des Rates eine judizielle Entscheidung, eine Abweisung erblickt wird. Denn dieses „constatera“ ist lediglich eine Entscheidung des Rates über seine eigene Inkompetenz. Darin eine endgültige Entscheidung im Sinne der Abweisung zu sehen, ist lediglich statisch gedacht, wird der dynamischen Entwicklung nicht gerecht, läßt den Konflikt offen. Dies ist auch die Auffassung des V.B.P. selbst, der dem Rat vorschreibt, seine Inkompetenz zu konstatieren, „mais sans recommander aucune solution“. Es ist daher, von dem früher erwähnten Gedanken des Gleichgewichtes im V.B.P. aus betrachtet, meines Erachtens logisch, daß den Parteien im Fall des Artikels XV, Absatz 8, das Kriegführungsrecht zusteht. Da ihnen dieses aber bei einem Einbau des Kellog-Paktes verboten wird, so muß nicht

¹⁾ Art. II des Kellog-Paktes schreibt — ohne dafür Verfahren oder inhaltliche Normen zu geben — die friedliche Erledigung von „all disputes or conflicts, of whatever nature or of whatever origin they may be“ vor.

²⁾ Vgl. meinen Vortrag: Der Kellog-Pakt, Mitteilungen d. Deutschen Gesellschaft f. Völkerrecht, Heft 9, 1929, S. 75 bis 101.

nur Artikel XV, Absatz 8, gestrichen¹⁾, sondern es müssen Normen und Verfahren für die Lösung dynamischer Konflikte geschaffen, es muß Artikel XIX ausgebaut werden²⁾ ³⁾.

Denn eine statische Lösung im Sinne der Abweisung genügt nicht; die Konflikte bestehen als allergefährlichste weiter. Bei den dynamischen Konflikten handelt es sich ja eben nicht um die Geltendmachung eines Rechtes, sondern um den Anspruch auf Änderung des geltenden Rechtes. Ganz im Gegensatz zur Bagatellisierung tut daher vielmehr ein Ausbau des Artikels XIX dringend not. Nur dann kann in einer dynamischen Welt Hoffnung auf Erhaltung des Friedens, auf Einhaltung des absoluten Kriegsverbotes bestehen.

Dynamische Konflikte können sehr verschieden gelagert sein: es kann sich um die Abänderung von Verträgen oder bestimmter Normen derselben handeln, es kann sich um die Abänderung internationaler Situationen handeln, ohne daß Verträge vorhanden sind; es kann sich inhaltlich um alles mögliche handeln, die Territorialkonflikte stellen nur eine besonders wichtige Gruppe der dynamischen Konflikte dar; solche Konflikte können etwa durch Adjudikation gelöst werden, die berufen ist, im neuen Völkerrecht an die Stelle der „Eroberung“, der „Annexion“, der erzwungenen Zession zu treten; es kann sich um die Verteilung von Rohstoffen, die Ausbeutung von Bodenschätzen handeln; solche Probleme können nicht nur durch territoriale Änderungen, sondern etwa durch Konzessionen, entsprechende internationale Verträge, durch das „Prinzip der offenen Tür“ und so weiter geregelt werden; es kann sich um den Zugang zum Meer handeln; auch hier können Lösungen ohne territoriale Veränderungen, etwa durch vertragliche Einräumung von Freihafenzonen erfolgen. Es kann sich um das Verlangen kolonialer Expansion auf Grund stets zunehmender Bevölkerung handeln; auch hier kann die Lösung nicht nur in der Zuteilung von Kolonien, Gewährung von Völkerbundsmandaten bestehen, sondern etwa auch in der vertraglich gewährten Ansiedlungsfreiheit in fremden Kolonien⁴⁾.

¹⁾ Diese Streichung von Art. XV, Abs. 8, fordert mit durchschlagenden Argumenten W. Schücking in seinem Vortrag: Die Einarbeitung des Kellog-Paktes in den V.B.P., Mitteilungen d. Deutschen Gesellschaft f. Völkerrecht, Heft 10, 1930, S. 178 bis 195.

²⁾ W. Schücking spricht in seinem zitierten Vortrag nur von Art. XV; aber er sagt (S. 194/95), daß die Forderung vorgebracht werden müsse, „daß der dynamische Charakter allen Rechtes anerkannt und immer wieder das Recht unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit korrigiert werden muß“.

³⁾ Sehr richtig sagt die englische „League of Nations Union“ in einem Memorandum über Art. XIX: „In view of the dangers attaching to an international system which does not provide for its own modification, it is important to make Art. XIX practically effective, if the alternative method of war is to be permanently excluded.“

⁴⁾ Vgl. dazu etwa Ernst Schultze: Die weltwirtschaftliche Angleichung der Siedlungsdichten als Problem des Völkerrechts, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, 19. Bd., 1925/26, S. 414 bis 426.

Das Problem des dynamischen Völkerrechts ist das Problem der Verrechtlichung der politisch-historischen Entwicklung mit Ausschluß des Selbsthilfverfahrens des Krieges. Zwei Probleme sind dabei zu lösen¹⁾:

a) Das Problem des Verfahrens, das formell-rechtliche Problem;

b) das Problem der in den entsprechenden Verfahren anzuwendenden Normen, das materiell-rechtliche Problem²⁾.

Die meisten Autoren — so Carl Schmitt und R. Flaes — sind der Ansicht, daß das zweite Problem nicht nur das weit schwierigere, sondern auch das weit wichtigere sei.

R. Flaes zeigt an dem Beispiel der Geschichte Polens, wie alle territorialen Konflikte, auf die er sich beschränkt, bis heute vorwiegend durch „Gewalt“ gelöst wurden, wie man aber schon in der Vergangenheit bestrebt war, „die Konflikte über die Sphäre des rein tatsächlichen, gewalttätigen Zusammenstoßes hinauszuhoben“, und nach „allgemeinen Grundsätzen suchte, die mehr oder weniger allgemeingültige Maßstäbe für eine Lösung geben könnten“. Der Autor stellt die Frage, ob eine rechtliche Lösung von Territorialkonflikten überhaupt möglich sei. Und er schließt seine Untersuchung mit der pessimistischen Feststellung, daß er eine solche Lösung nicht geben könne, wenn er auch daran glaube.

Auch Carl Schmitt³⁾ gibt eine Übersicht „konkreter Änderungsprinzipien“ und konstatiert den „Mangel an jedem konkreten Änderungsprinzip beim Genfer Völkerbund“. Darin liegt aber nach ihm gerade die crux. Mit starkem Nachdruck weist er darauf hin, daß es notwendig sei, „statt allgemeiner, abstrakter Redewendungen von Recht und Ethik das konkrete Prinzip anzugeben, mit dessen Hilfe erkennbar wird, wann eine Änderung des bestehenden und als legitim angenommenen Besitzstandes rechtmäßig ist“⁴⁾. „Wenn es wirklich rechtlich zugehen soll, so könnte nur ein anerkanntes, von internationalen Instanzen unbedingt anzuwendendes konkretes Änderungsprinzip helfen.“ Aber ein solches

¹⁾ So auch R. Flaes bezüglich der Territorialkonflikte a. a. O. Dazu meine Besprechung, Zeitschr. f. öffentl. Recht, 10. Bd., 1930, S. 443 bis 445.

²⁾ Probleme des dynamischen Völkerrechts finden sich z. B. auch im internationalen Minderheitenrecht. Positivrechtlich gibt es hier nur die negative Norm, welche die gewaltsame Entnationalisierung oder auch die nicht-gewaltsame Assimilierung der Minoritäten verbietet. Wie aber, wenn eine Minorität einfach im Laufe der Entwicklung und ohne Eingriff des Staates verschwindet, wenn neue Minoritäten entstehen? Wer ist befugt, in ihrem Namen aufzutreten, den völkerrechtlichen Schutz für die neue Minorität auszusprechen, bei wem und in welchem Verfahren? Welche Instanz ist über die Entstehung neuer Minoritäten zu entscheiden berechtigt, in welchem Verfahren, nach welchen inhaltlichen Normen? Alle diese Fragen des dynamischen Rechts bleiben im positiven Minderheitenrecht ohne Antwort.

³⁾ a. a. O., S. 55 bis 62.

⁴⁾ a. a. O., S. 51, 53.

Prinzip gebe es nicht und gerade hier handle es sich um die Grundlage einer neuen internationalen Ordnung und eines Völkerbundes.

Es ist Carl Schmitt gewiß zuzugeben, daß Artikel XIX ein solches inhaltliches Prinzip nicht enthält — Artikel XIX ist nur eine, und zwar sehr unvollkommene Verfahrensnorm. Es ist ferner richtig, daß das sogenannte „Selbstbestimmungsrecht der Völker“ keine allgemein-völkerrechtliche, positive Norm ist. Ich stimme mit Carl Schmitt gewiß auch darin überein, daß die Lösung der dynamischen Probleme von größter Bedeutung ist. Ist es aber richtig, daß die Lösung nur durch ein allgemein anerkanntes und unbedingt anzuwendendes Prinzip gebracht werden kann, ist es richtig, daß das materiell-rechtliche Problem das wichtigere und das präalable gegenüber dem des Verfahrens ist?

Vielfach wird die Analogie des innerstaatlichen Rechts herangezogen und gesagt: Dort, wo jemand nicht ein geltendes Recht beansprucht, sondern wo sein Gravamen gerade darin besteht, daß das geltende Recht so und so beschaffen ist, diesen Inhalt hat, wo also die Änderung des zu Recht Bestehenden verlangt wird, kann nicht die Rechtsprechung, sondern nur die Gesetzgebung helfen; man sieht daher manchmal in Artikel XIX den Keim eines Gesetzgebungsrechtes des Völkerbundes. Man meint daher, daß eine nicht-kriegerische Lösung dynamischer Konflikte eine Schaffung entsprechender Normen, eine Kodifikation dieses neuen Völkerrechtes voraussetze; dies ist wohl auch die Meinung von Carl Schmitt.

Meiner Ansicht nach sind diese Materien aber noch keineswegs kodifikationsreif. Auch im innerstaatlichen Recht primitiver Epochen ging sehr häufig das Gericht dem Gesetzbuch voraus, im Völkerrecht, einem jungen, primitiven Recht, ist dies auch nichts Unerhörtes. Es darf nicht vergessen werden, daß für die Formulierung dynamischer Gesetze, d. h. also abstrakter, genereller Normen, uns noch die Erfahrung fehlt; wir bewegen uns hier auf völlig neuem Rechtsgebiet. Gewiß hat Carl Schmitt Recht, daß allgemeines Gerede von einer Entscheidung nach „Gerechtigkeit“, solange man nicht weiß, worin sie konkret besteht, solange man dieses Wort nur als politisches Schlagwort gebraucht, das jeder subjektiv so interpretiert, wie es seinen Interessen paßt — es gibt auch einen pazifistischen „cant“ —, nichts helfen kann. So einfach ist das Problem nicht zu lösen. Es muß sich vielmehr darum handeln, in langsamer, stufenweiser Erfahrung die einzelnen dynamischen Tatbestände zu umgrenzen — ein solcher Tatbestand ist etwa: Expansionsnotwendigkeit infolge konstanter großer Bevölkerungszunahme auf unzulänglichem Raum — und ihnen im einzelnen Fall rechtliche, nicht-kriegerische Lösungen zuzuordnen.

Im Gegensatz zu Carl Schmitt und R. Flaes, aber in Übereinstimmung mit Sir John Fisher Williams¹⁾ bin ich daher der Ansicht, daß gegenwärtig nicht das materiellrechtliche, sondern das verfahrensrechtliche Problem des dynamischen Völkerrechts in

¹⁾ a. a. O.

erster Linie steht. Internationale Instanzen, internationale Verfahren zur Lösung dynamischer Konflikte müssen geschaffen werden, welche die Garantie unpolitischer, unparteilicher Lösung nach bestem Wissen und Gewissen, „ex aequo et bono“ bieten. Daher sollen diese Lösungen nicht etwa dem Völkerbundsrat, sondern etwa in erster Instanz Schlichtungs- und Vergleichskommissionen überantwortet werden. Zugleich muß eine Instanz geschaffen werden, welche im Falle des Nichtgelingens der früher genannten Methoden in letzter Instanz den Konflikt entscheidet; als solche Instanz könnte der Ständige Internationale Gerichtshof im Haag bei Entscheidung „ex aequo et bono“ fungieren¹⁾.

Der Weg zur Lösung der Probleme des dynamischen Völkerrechts kann heute nicht in der Deduktion aus vorher aufgestellten generellen, abstrakten Normen bestehen, sondern das neue Recht, vom einzelnen Fall ausgehend, wie dies ja auch oft genug beim innerstaatlichen Recht in der anglo-saxonen Rechtswelt der Fall ist, muß sich durch Anwachsen einzelner entschiedener, als autoritativ anerkannter Präzedenzfälle aufbauen.

Vor allem tut die noch so häufig nicht vorhandene Erkenntnis not, daß die hier geforderte Lösung der Probleme des dynamischen Völkerrechts unbedingt notwendig ist, wenn eine Ordnung mit völligem Ausschluß des Krieges, wie sie der V.B.P. mit Einarbeitung des Kellog-Paktes darstellt, sinnvoll möglich sein soll. Gewiß wird manchmal auch eine gerichtliche, ex aequo et bono erfolgende Entscheidung dynamischer Konflikte nicht allseitig befriedigen. Ist es aber bei einer letztinstanzlichen, unanfechtbaren innerstaatlichen Entscheidung anders? Wird nicht auch sie manchmal als „rechtlich unrichtig“ oder als „ungerecht“ kritisiert? Trotzdem beugt man sich ihr, weil man sehr wohl die dominierende Bedeutung der Rechtssicherheit erkennt. Soll das Recht seiner Mission, eine Friedensordnung zu sein, nachkommen können, so muß dafür gesorgt sein, daß jedem Streit einmal ein Ende werde.

Notwendig ist vor allem die Erkenntnis, daß es nur durch nicht-kriegerische Lösung der dynamischen Konflikte möglich ist, den Krieg völlig auszuschalten. Diese Erkenntnis aber muß zu dem Willen führen, sich nicht-kriegerischen Verfahren zur Lösung dieser dynamischen Konflikte zu unterwerfen. Denn wer den Krieg völlig ausschalten will — und das wollen die Staaten doch, indem sie den Kellog-Pakt ratifizierten, indem sie diesen in den V.B.P. einbauen wollen —, der muß den Willen haben, nicht-kriegerischen Methoden zur Lösung aller, daher auch der dynamischen Staatenkonflikte zuzustimmen, sich ihnen zu unterwerfen.

Gewiß, die technischen und juristischen Schwierigkeiten nicht-kriegerischer Lösung der dynamischen Konflikte sollen nicht

¹⁾ W. Schücking schlägt einen besonderen internationalen „Billigkeitsgerichtshof“ vor.

verkleinert werden; größer aber erscheinen mir die politischen, die psychologischen Schwierigkeiten. Ist die oben besprochene Erkenntnis herangereift, dann muß logisch der Wille folgen; erst dieser Wille wird auch der Prüfstein dafür sein, ob die völlige Ausschaltung des Krieges ernst und ehrlich gemeint ist. Wer das absolute Kriegsverbot will, muß auch die nicht-kriegerische Lösung der dynamischen Staatenkonflikte wollen; die Erkenntnis der Sachlage muß zu dem entsprechenden Wollen, das Wollen aber zur Überwindung der Schwierigkeiten führen. So gilt für die Lösung der dynamischen Konflikte mit Ausschaltung des Krieges der Satz, den Woodrow Wilson am Beginn der Pariser Friedenskonferenz die Vorbedingung für eine völkerrechtliche Neuordnung der Welt nannte:

„Was nottut, ist nicht nur ein Wechsel der Methoden, sondern ein Umschwung der Gesinnung.“

Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues

Von

Adolf Merkl, Wien

I. Rechtsinhalt und Rechtsform

Die Rechtsordnung ist eine Summe zusammenhängender Rechtsätze. Eine Strukturanalyse der Rechtsordnung erkennt in ihren Rechtsätzen nicht nur eine schier unerschöpfliche Zahl an Rechtsinhalten, sondern auch eine, wenngleich viel beschränktere Zahl an Rechtsformen, genauer Rechtssatzformen. Es hat nicht bloß jeder einzelne Rechtssatz einen von jedem anderen Rechtssatz verschiedenen Inhalt, sondern auch eine Gruppe von Rechtssätzen eine von den anderen Rechtssatzgruppen abweichende Form; dieser Formunterschied ist eben in formeller Hinsicht das Gruppierungsmittel. Die inhaltliche Differenzierung der Rechtssätze ist im Wesen einer Rechtsordnung begründet. Der Grenzfall einer Rechtsordnung, die sich in einem einzigen Rechtssatz erschöpft, ist kaum hypothetisch denkbar, geschweige denn verwirklicht. Denn die inhaltlich einfachste Rechtsordnung, die etwa in dem Rechtssatz „*regis voluntas suprema lex*“ zum Ausdruck kommt, erschöpft sich doch nicht in diesem inhaltsarmen Rechtssatz, vielmehr ist dieser Rechtssatz — die typische Verfassung des absoluten Staates — der Ursprung einer verschieden großen Zahl anderer Rechtssätze, die den Untertanen ein vom Herrscher inhaltlich näher bestimmtes Verhalten zur Pflicht machen. Diese konkreten Verhaltensnormen sind im Wesen nicht andere Rechtssätze als die für sie grundlegende abstrakte Verhaltensnorm. So zeigt der angedeutete Fall der strukturell primitivsten Rechtsordnung bereits die begriffliche Differenz zwischen Rechtsordnung und Rechtssatz und die Erforderlichkeit einer Mehrzahl von Rechtssätzen als Bausteine einer Rechtsordnung.

Zum Unterschiede von dieser im Wesen des Rechtes als einer Summe von Rechtssätzen begründeten inhaltlichen Differenzierung der Rechtsnormen, deren es ebenso viele als unterscheidbare Rechtsinhalte gibt, ist die formelle Differenzierung der Rechtsordnung in eine Mehrzahl von Rechtssatzformen bloß rechtsgeschichtlich geworden und daher nicht rechtswesentlich, sondern zufällig. Diese rechtstheoretische Feststellung darf indes nicht im Sinne eines rechtspolitischen Urteiles über eine vermeintliche Überflüssigkeit des Formenpluralismus mißverstanden werden. Es ist wenigstens denkbar, daß sich die inhaltlich mannigfaltigste Rechtsordnung mit einer einzigen Rechtssatzform bescheidet, denn Einheit der Form und Unendlichkeit des Inhaltes schließen einander nicht aus.

Es gibt bekanntlich Sollordnungen, die bei feinsten Differenzierung des Inhaltes mit einer einzigen Sollensform das Auslangen finden; dies gilt für alle Sollordnungen, die sich auf ein Normieren menschlichen Verhaltens beschränken, jedoch eine Anwendung ihrer Normen nicht zulassen, mithin bloß Befolgung ihrer Normen durch die Normunterworfenen heischen. Moral und Sitte sind solche einförmige Sollordnungen. Die Mehrförmigkeit bis Vielförmigkeit der Rechtsordnung, z. B. die Differenzierung in Gewohnheitsrecht und gesetztes Recht und die weitere Differenzierung des gesetztes Rechtes in Gesetzesrecht und Urteilsrecht usw. erklären sich somit keineswegs aus der Inhaltsfülle des Rechtes, denn die Moralordnung weist vielfach feinere inhaltliche Unterschiede zwischen ihren Sollsätzen auf, als sie zwischen inhaltsverschiedenen Rechtssätzen bestehen; allerdings bringt die Häufung und Verfeinerung des Rechtsinhaltes an sich auch schon eine Differenzierung der Rechtssatzformen mit sich oder führt sie wenigstens neben anderen Gründen herbei, da diese Gestaltung des Rechtsinhaltes ein arbeitsteiliges Rechtserzeugungsverfahren bedingt, das sich seinerseits in einer Differenzierung der Rechtssatzformen äußert. Den Hauptanteil an der Differenzierung der Rechtssatzformen hat indes die Komplikation der Rechtserzeugung durch das je nach den verschiedenen Staats- und Regierungsformen wechselnde Zusammenwirken verschiedener Organe, z. B. verschiedener Faktoren der Gesetzgebung an der Staatswillensbildung. Je komplizierter die Staatswillensbildung, desto mannigfaltiger die in der Rechtserzeugung benutzten Rechtssatzformen. Der hauptsächlichste Erklärungsgrund der mehr oder minder großen Mannigfaltigkeit der Rechtssatzformen ist also in der Eigenschaft der Rechtsordnung als einer organisierten Ordnung, in ihrer Begleitung durch eine Organordnung begründet, die wir als Staat bezeichnen wollen. In diesem Sinn ist der Staat mit dem Rechte zwar nicht identisch, aber doch zur Gänze von diesem bedingt.

Natürlich bleibt die formelle Mehrgestaltigkeit, ja selbst Vielgestaltigkeit der Rechtsordnung gegenüber ihrer inhaltlichen Mannigfaltigkeit stets weit zurück. Denn die Formenökonomie bedingt es, daß jede einzelne Rechtssatzform mit den verschiedensten Inhalten in Erscheinung tritt. Die Form ist endlich, der Inhalt unendlich. Es wäre nun ein Mißverständnis zu meinen, daß jeder einzelnen Rechtssatzform ein bestimmter Komplex an Rechtsinhalten zugeordnet sein müßte. Eine solche durchgängige reinliche Aufteilung des möglichen Rechtsinhaltes auf die einzelnen Rechtssatzformen entspricht nicht der Rechtswirklichkeit. Im Gegenteil pflegt jeder einzelnen Rechtssatzform jedweder Rechtsinhalt zugänglich zu sein und beschränkt sich der Unterschied der Rechtssätze verschiedener Form auf Formunterschiede.

Formunterschiede der angedeuteten Art stellen sich nicht nur beim Vergleiche verschiedener Rechtsordnungen, z. B. der Rechtsordnung des republikanischen Rom und des faschistischen Italien, des zaristischen und des bolschewistischen Rußland, des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation, des Deutschen und Norddeutschen Bundes und schließlich des kaiserlichen und des demokratisch-republikanischen

Deutschen Reiches heraus. Formunterschiede finden sich vielmehr auch innerhalb der einzelnen Rechtsordnung sowohl im Vergleiche verschiedener geschichtlicher Abschnitte als auch im Querschnitt eines bestimmten Zeitpunktes. So denke man an den schon erwähnten Dualismus zwischen geschriebenem und Gewohnheitsrecht, die — in einer hier nicht näher feststellbaren Beziehung — gleichzeitig „nebeneinander“ gelten. Man denke des weiteren an die gleichzeitige Geltung von Gesetzen und aus den Gesetzen geschöpften Gerichtsurteilen und den, sei es nun „innerhalb der Schranken der Gesetze“ oder „auf Grund der Gesetze“ erlassenen Verwaltungsakten. Man denke ferner an die Differenzierung der Gesetzgebung in sogenannte Verfassungsgesetze und einfache Gesetze, an die Konkurrenz von formellen Gesetzen und Verordnungen als den materiellen Gesetzen der Vollzugssphäre, an die Differenzierung der Verordnungen nach den mannigfachsten Gesichtspunkten, an die komplementäre Natur von Urteil und Verwaltungsakt einerseits, Zwangsvollstreckungsakt andererseits. Die herkömmliche Rechtsquellenlehre hat sich allerdings dieses bunte Bild von Rechtssatzformen vereinfacht, indem sie nur einzelnen der genannten Rechtssatzformen Rechtsquellennatur zugebilligt und die anderen entweder als juristisch relevante Vollzugsakte oder als juristisch irrelevante rein tatsächliche Akte, jedenfalls also als vermeintliches Nicht-Recht, aus der Rechtsordnung ausgeschieden hat. In dieser Vereinfachung des Rechtsbildes bleibt aber mit dem Pluralismus an Rechtsquellen doch jedenfalls eine Mehrzahl an Rechtssatzformen bestehen und diese Tatsache der Mehrzahl und nicht die mehr oder minder große Zahl im besonderen ist das Wesentliche, gibt das Problem auf.

Das Problematische an diesem erfahrungsmäßig gegebenen Pluralismus an Rechtssatzformen ist nun ihr gegenseitiges logisches Verhältnis. Bei näherem Zusehen differenziert sich das zunächst vereinfachte Problem in ein statisches und dynamisches Problem. Wie bestehen diese Rechtssatzformen nebeneinander und wie entstehen sie auseinander? Es ist, kurz gesagt, im folgenden die Frage nach den Strukturunterschieden der Rechtsordnung aufgegeben und die Antwort auf diese Frage hat eine Strukturanalyse des Rechtes zu versuchen.

II. Die Strukturunterschiede des Rechtes

Die Problemstellung macht zunächst eine Verständigung über das Material erforderlich, das Gegenstand unserer Strukturanalyse ist. Mit dem Wort und Begriff Recht ist es nur vorläufig und unbestimmt bezeichnet. Man kann darunter sowohl die Summe der geschichtlich irgendwann und irgendwo in Erscheinung getretenen Rechtssätze als auch das Recht als Begriff verstehen. Um an die letztgenannte denkbare Bedeutung des Rechtes im Sinn unserer Ausführungen anzuknüpfen, sei festgestellt, daß das Recht an sich nicht Gegenstand einer solchen Untersuchung sein kann. Es wurde bereits oben festgestellt, daß dem Recht eine Differenzierung in verschiedene Rechtssatzformen nicht

begriffswesentlich ist. Nur in der zufälligen geschichtlichen Realisierung des Rechtes tritt uns das Material entgegen, das möglicherweise Gegenstand unserer Strukturanalyse sein kann. Dieser historisch bedingte Stoff schließt nun aber einerseits Vollständigkeit, andererseits Allgemeingültigkeit der Untersuchung aus. Es kann beim Gesamtüberblicke dieses Materials nur die Tatsache einer unübersehbaren Fülle der erfahrungsmäßigen Rechtssatzformen festgestellt werden. Diese Feststellung bedingt aber zugleich den Verzicht auf ihre vollständige Verwertung für eine Strukturanalyse des Rechtes. Es kann nur ein nach bestimmten Gesichtspunkten begrenzter Ausschnitt des erfahrungsmäßig gegebenen Rechtsganzen in die Untersuchung einbezogen werden. Eine vernünftige Grenze des Rechtsmaterials kann etwa in der Weise gesucht werden, daß vom gesamten vergangenen, d. i. außer Geltung getretenen Recht abgesehen und die Untersuchung auf das gegenwärtige, d. i. geltende Recht abgestellt wird. Diese Begrenzung verengt zwar in wünschenswerter Weise das zunächst uferlose Material, wäre aber heuristisch wertlos, weil sie strukturell verwandtes Recht um des Zufalls der Geltungszeit willen auseinanderreißt, strukturell völlig verschiedenes Recht um des Zufalls gleichzeitiger, und zwar gegenwärtiger Geltung willen in die Untersuchung einbezieht. Eine andere denkbare Grenzabscheidung für unsere Zwecke wäre die Abstellung der Analyse auf das Rechtsmaterial eines bestimmten, sagen wir des abendländischen, Kulturkreises unter Abstraktion von der Geltungszeit. Aber auch in diesem Blickfeld wäre verwandtes Recht entzweit, gegensätzliches Recht jedoch in die Untersuchung einbezogen. Man denke nur an die weltumspannende Wanderbewegung des demokratisch-parlamentarischen Systems mit der ihm eigentümlichen Reihe von Rechtssatzformen einerseits und an die Tatsache, daß Staaten des abendländischen Kulturkreises, wie namentlich Italien — Rußland gehört wohl in keiner Hinsicht hierher —, mit dem Sieg des faschistischen Systems rechtsstrukturell besondere Wege, um nicht zu sagen Abwege, gegangen sind. Als heuristisch wertvollster Gesichtspunkt für die Stoffbegrenzung stellt sich wohl die Zugehörigkeit des Rechtsstoffes zu bestimmten Staatsformen dar, weil die Staatsform für die Rechtssatzform in dem Sinne bestimmend ist, daß bestimmten Staatsformen bestimmte Rechtssatzformen zugeordnet sind. So ist bekanntlich die Gesetzesform charakteristisch für den Staat mit parlamentarischen Einrichtungen, die Notgesetzgebung kennzeichnend für einen Einschlag des Gesetzgebung und Verwaltung organisatorisch vermengenden absoluten Staates in den konstitutionellen Rechtsstaat, die Vollzugsverordnung wiederum charakteristisch für den konstitutionellen Rechtsstaat mit dem Vorrang der Gesetzgebung vor der Vollziehung usw. So soll denn die vorliegende Untersuchung auf die Rechtssatzformen abgestellt werden, die im sogenannten Rechtsstaate, dem parlamentarische Einrichtungen eigentümlich sind, angetroffen werden. Aber selbst in diesem Rechtskreise ist eine Einschränkung des Rechtsstoffes geboten. Denn wir finden neben Rechtssatzformen, die in jedem geschichtlichen Staate des bezeichneten Staatsformtypus anzutreffen

und daher als für diese Staatsform wesentlich zu erkennen sind, hier und dort eigenartige Rechtssatzformen, die entweder nur für eine bestimmte Art der fraglichen Staatsformgattung kennzeichnend und wesentlich oder gar nur einem einzelnen Staatsindividuum eigentümlich sind. Die an der Erfahrung orientierte Aufzählung der Rechtssatzformen des durch den Bestand eines Parlamentes gekennzeichneten Rechtsstaates kann somit gemäß dieser Voraussetzung nur einen bestimmten, nach zwei Seiten begrenzten Komplex von Rechtssatzformen erfassen. Ausgeschlossen sind einerseits die Rechtssatzformen, die mit parlamentarischen Einrichtungen unverträglich und daher nur außerhalb unserer zum Ausgangspunkt genommenen Staatengruppe anzutreffen sind, andererseits jene Rechtssatzformen, die nur in einem Teile der Staaten dieser Staatengruppe vorkommen und für sie daher nicht wesentlich sind. Die von einem solchen Ausgangspunkt gewonnene Reihe von Rechtssatzformen ist nur insofern willkürlich zu nennen, als die zugrunde liegende Abgrenzung wie jede denkbare Abgrenzung gewillkürt ist, aber doch nicht willkürlich in dem Sinne, daß Rechtssatzformen verschiedenster Herkunft nach der Wahl des Systematikers ohne leitenden Gesichtspunkt zusammengefaßt werden. Mit dieser Feststellung erledigt sich wohl auch der Einwand, dem nach älteren Vorbildern die folgende Reihung der Rechtssatzformen ausgesetzt sein dürfte: daß nämlich diese Reihung und der ihr entsprechende Stufenbau der Rechtsordnung nicht so regelmäßig sei, wie der Verfasser meine. Man wolle nur nicht dem Verfasser die Meinung unterstellen, daß diese Reihe der Rechtssatzformen einerseits sämtliche Rechtssatzformen der in Betracht gezogenen Staatengruppe umfasse, andererseits auch für alle Staaten außer dieser Staatengruppe Geltung habe. Eine solche Annahme, gegen die man sich indes mit allem Nachdruck verwahren muß, wäre freilich in der gewohnten Weise anfechtbar, denn sie würde der einen Rechtsordnung nicht vorhandene Rechtssatzformen andichten, der anderen Rechtsordnung vorhandene Rechtssatzformen absprechen.

Für die im folgenden entwickelte Reihe der Rechtssatzformen wird, wie nach dem Vorausgeschickten fast überflüssigerweise, nur um der Wiederholung eines alten Einwandes vorzubeugen, festgestellt sei, nicht eine alle Staaten ergreifende Regelmäßigkeit, sondern Regelmäßigkeit nur für die Staaten einer bestimmten Staatengruppe in Anspruch genommen. Andererseits soll damit über den strukturellen Charakter anderer Staatsrechtsordnungen, insbesondere über die Möglichkeit, ja Wirklichkeit des rechtlichen Stufenbaues bei Herrschaft anderer Staatsformen, nicht abgesprochen werden.

An die Auffindung der in unserem Rechtsmaterial vorfindlichen Rechtssatzformen schließt sich die schwierigere Aufgabe ihrer Ordnung nach ihren logischen Beziehungen an. Unsere Reihung wird selbstverständlich schon am Ergebnis dieser Ordnung orientiert sein und sie bis zu einem gewissen Grade vorwegnehmen. Insoweit muß Aufgabe der Ordnung sein, die vorgängige Reihung zu rechtfertigen. Um das Ergebnis dieser Ordnungsaufgabe wegen ihrer Vorwirkung auf die Reihung der Rechts-

satzformen vorwegzunehmen, sei das schon im Titel der Studie angedeutete Ergebnis festgestellt, daß sich uns die Reihe der Rechtssatzformen als eine Hierarchie oder ein Stufenbau von bedingenden und bedingten oder — um dieser logischen Beziehung willen — übergeordneten und untergeordneten Rechtssatzformen herausstellen wird. Erscheint einerseits die Reihe der Rechtssatzformen im Vergleiche mit der herkömmlichen Rechtsquellenlehre erweitert, insbesondere um manche vernachlässigte Zwischenglieder vermehrt, so erscheint sie andererseits zum Unterschied von dem gewohnten, gewissermaßen eindimensionalen Rechtsbild, wiederum in einem Bilde gesprochen, in ein Gebäude mit mehr oder minder vielen Stockwerken gegliedert. Der Bau der je einer Staatsrechtsordnung eigentümlichen Rechtssatzformen ist von Staat zu Staat verschieden. Nur entspricht wiederum jeder einzelnen Staatengruppe ein trotz aller Unterschiede typischer Grundriß und Aufriß des Rechtsgebäudes, denn juristisches Mittel der Gliederung der Staatengruppen ist ja die verschiedene Technik des Rechtsgebäudes. Diesen Bau gilt es für den Staat mit parlamentarischen Einrichtungen im folgenden zu skizzieren. Damit scheiden zugleich freilich die Rechtssatzformen des Völkerrechtes aus den folgenden Betrachtungen aus¹⁾. Es soll ja nicht die empirische Wirklichkeit, sondern das Wesen des rechtlichen Stufenbaues dargestellt werden — und dafür ist die Fülle des Materials belanglos.

III. Die Gliederung der Rechtssatzformen

Die herkömmliche Rechtsquellenlehre ist, bewußt oder unbewußt, von zwei Grundsätzen geleitet: möglichste Vereinfachung der Reihe der Rechtsquellen und Nebenordnung der aufgefundenen und anerkannten Rechtsquellen. Allerdings treten diese Forderungen an die Erkenntnis der Rechtsquellen nicht ausnahmslos und durchgängig in Erscheinung, aber als ideale Forderungen für die Rechtsquellenkenntnis sind sie trotzdem unverkennbar. Ein Monopol einer einzigen Rechtsquelle pflegt allerdings nicht in Anspruch genommen zu werden. Im Gegenteil ist die Gliederung des Rechtes in geschriebenes oder ungeschriebenes Recht oder — in einer pars pro toto gesprochen — in Gesetzes- und Gewohnheitsrecht geradezu Gemeingut der bisherigen Rechtsquellenlehre. Dabei wird diese Zweiheit der Rechtsquellen meistens geradezu dogmatisch vom sogenannten Rechtsstaate, wenn nicht gar vom neuzeitlichen Staate schlechthin, ausgesagt, ohne daß auf die Bewährung dieser Aussage in der Staatenwelt besonderes Gewicht gelegt würde; man nimmt vielmehr diese Koexistenz von Gesetzes- und Gewohnheitsrecht in jedem Staat als selbstverständlich an, ohne sich um die tatsächliche Verankerung dieser Rechtssatzformen in den einzelnen Staatsrechtsordnungen zu kümmern. Bei der Annahme dieser einfachen

¹⁾ Diese in den rechtlichen Stufenbau eingegliedert zu haben, ist das Verdienst von Alfred Verdross: Die Einheit des rechtlichen Weltbildes, 1923.

— und doch infolge des Dualismus von Gesetzes- und Gewohnheitsrecht in manchen Fällen zu komplizierten — Struktur der Rechtsordnung ist es allerdings bekanntlich nicht geblieben. Die Erfahrung der Rechtsordnungen gebot unvermeidlich eine Ergänzung der Rechtsquellenreihe, in der sich neuestens regelmäßig zumindest Verordnungen und autonome Satzungen zu finden pflegen. Aber auch diese erweiterte Reihe von Rechtsquellen pflegt an einer erfahrungswidrigen Schablonisierung zu leiden. Einerseits ist mit der Annahme der genannten Rechtsquellen für manche Staatsrechtsordnung, für die diese Behauptung Geltung beansprucht, zu viel behauptet, andererseits pflegt die tatsächliche Reihe der Rechtsquellen mit der angedeuteten Annahme noch lange nicht erschöpft zu sein. Besonders charakteristisch für die herrschende Rechtsquellenlehre, von der sich in diesem Punkt allerdings schon verschiedene Rechtsquellenforscher entfernt haben, ist endlich die Tendenz einer Koordination der anerkannten Rechtsquellen, so daß die Gesamtrechtsordnung trotz der Mehrförmigkeit — bildlich gesprochen — eindimensional zu erscheinen pflegt.

Für eine am positiven Recht orientierte Untersuchung der Rechtsquellen und der den Rechtsquellen adäquaten Rechtssatzformen wandelt sich indes das Bild des Rechtssystems im Vergleich mit jenem, das sich auf Grund der soeben skizzierten traditionellen Rechtsquellenlehre herausstellt. Zur Verständigung sei vorausgeschickt, daß sich diese Verschiebung nicht einfach daraus ergibt, daß statt der Rechtsquellen die Rechtssatzformen Gegenstand der Untersuchung sein sollen; die Rechtsquellen sind nämlich nichts als die vom positiven Recht geformten Hülsen, in die sich die von der Rechtswissenschaft zu erkennenden Rechtssätze eingekapselt finden, und zwar entspricht jeder Rechtsquelle besonderer Art eine ihr eigentümliche Rechtssatzform. So enthält beispielsweise das Gesetz als Rechtsquelle, etwa das bürgerliche Gesetzbuch im Zusammenhalt mit der Zivilprozeß- und Exekutionsordnung, das Strafgesetzbuch im Zusammenhalt mit der Strafprozeßordnung usw., eine Fülle einzelner Zivilrechts- oder Strafrechtssätze von „Gesetzes-eigenschaft“ (die im folgenden als „Gesetzesrang“ näher zu bestimmen sein wird). Das rechtswissenschaftlich aus Rechtssätzen aufgebaute Rechtssystem korrespondiert mithin, wie hier nur angedeutet werden kann, mit dem vom positiven Rechte beigestellten Rechtsquellenmaterial. Mit größter Entschiedenheit muß des weiteren festgestellt werden, daß eine Theorie der Rechtsquellen sowie der Rechtssatzformen, wofern sie mit einer bestimmten Reihe dieser Rechtsgebilde operiert, nicht von Recht oder Staat schlechthin, sondern nur von einem bestimmten Staat oder von bestimmten Staaten geboten werden kann. Es wurde nämlich die Tatsache bisher noch nicht genügend gewürdigt, daß die Rechtsquelle trotz ihres Charakters als Form von Recht doch auch selbst wiederum Rechtsinhalt und als solcher Objekt der Rechtssetzung ist. Bekanntlich sind die Verfassungen jene „Rechtsquellen“, die durch die Vorzeichnung des Weges oder der Wege der Rechtserzeugung die Rechtsquellen, genauer müßte man im Hinblick auf die besondere Rechts-

quelleneigenschaft der Verfassung von den „übrigen“ Rechtsquellen sprechen, zum Objekt der Normierung machen. Damit sind aber auch die Rechtsquellen wie auch der gesamte übrige Rechtsinhalt von den Zufälligkeiten der geschichtlich bedingten Rechtserzeugung abhängig gemacht.

Im Sinne der vorstehenden Ausführungen sollen nun im folgenden die Rechtssatzformen des Staates mit parlamentarischen Einrichtungen skizziert werden. Diese Rechtssatzformen treten in einem Rechtsverfahren in Erscheinung, das — meist vermittelt durch vorbereitende Akte von mangelnder Rechtssatzeigenschaft — von Akt zu Akt zu verschiedener Rechtssatzform, aber zu wesensgleichem Rechtssatzinhalt führt.

Die Verfassung als typische Rechtserzeugungsregel kann jedenfalls nur den Anfang und keinesfalls das Ende des Rechtsverfahrens bedeuten. Ihre fast inhaltslosen Kompetenznormen verweisen vielmehr auf mindestens ein zweites Verfahrensstadium. Der Weg zu diesem ist namentlich durch die Verfassungsvorschriften über den Weg der Gesetzgebung vorgezeichnet. Es kommt allerdings in steigendem Maße dazu, daß die Verfassungsgesetzgebung dem „einfachen“ Gesetzgeber Aufgaben der Rechtssetzung mit der ihr eigentümlichen „Materialisierung“ der Rechtsnormen vorwegnimmt. Diese Erscheinung ist bekanntlich eine Folge der Emanzipation der Verfassungsform vom Verfassungsinhalt und des damit ermöglichten Gebrauches der Verfassungsform für Rechtsinhalt, der nicht zur Verfassung im materiellen Sinne gehört, aber derselben Garantien gegen Abänderung teilhaftig gemacht werden soll, wie sie dank der Verfassungsform die Grundlagen der Rechtsordnung genießen. Aber dieses gelegentliche Übergreifen des Verfassungsrechtes in die Aufgaben des einfachen Gesetzesrechtes macht dieses doch keineswegs überflüssig.

Das Gesetzesrecht, das in der Hierarchie der Rechtssatzformen des Verfassungsstaates in der Regel durch das Verfassungsrecht unmittelbar bedingt und von diesem unmittelbar ausgelöst ist, kann allerdings schon als Ideal und denkbare Grenze des Rechtsverfahrens angesehen werden. Erschöpft es sich doch nicht mehr — wie möglicherweise die Verfassung — in der Delegation weiterer Rechtssetzungsorgane, sondern setzt es doch selbst inhaltserfüllte Rechtssätze, die normalerweise in genereller, ausnahmsweise in individueller Gestalt menschliches Verhalten regeln. Die Rechtssatzhierarchie würde in der Gesetzesstufe ihren Abschluß finden — wofern man einen bloß zweigliedrigen Stufenbau eine Hierarchie nennen dürfte —, wenn die Gesetze auf ausnahmslosen Gehorsam rechnen könnten. Diese Bedingung träfe aber nur in dem Falle zu, daß sich der Gesetzesinhalt völlig dem tatsächlichen Geschehen anpaßte, also das wie immer geartete Sein als gesollt erklären würde. Bei einer solchen Anpassung an das Sein wäre aber jedes Sollen überflüssig. Das Sollen kann sinnvollerweise nicht an dem Sein, sondern das Sein nur an dem Sollen orientiert sein. Um das tatsächliche Geschehen unbekümmerte Rechtsnormen müssen

aber trotz ihrer Aufgabe einer Motivierung des menschlichen Handelns mit der Möglichkeit eines Mißerfolges, ja sogar mit der Wahrscheinlichkeit eines Zuwiderhandelns in einer mehr oder minder großen Zahl von Fällen, die sie determinieren wollen, rechnen. Damit ist aber unabweisbar die Notwendigkeit einer Fortsetzung des Rechtsverfahrens über die Gesetzesstufe hinaus gegeben. Auf ein solches weiteres Stadium des Rechtsverfahrens weist schon das materielle Gesetzesrecht durch die ihm innewohnenden Zwangsdrohungen hin. Die im Rechtsbegriffe begründete Zwangsnatur der Rechtsordnung macht sogar die Möglichkeit und Wirklichkeit von Zwangsakten nötiger als die Rechtssatzform des Gesetzes, die nur ein mögliches und rechtsgeschichtlich zufälliges Durchgangsstadium des Rechtsverfahrens ist. Ein Stadium des Rechtsverfahrens, das durch die bedingte Willenserklärung zur Zwangsanwendung gekennzeichnet ist, muß allerdings ebenso notwendig erachtet werden als die Zwangsanwendung selbst. Die Fälle des sogenannten unmittelbaren Zwanges, d. h. eines scheinbar durch eine Zwangsdrohung nicht vermittelten Zwanges, z. B. baupolizeiliche, feuerpolizeiliche oder sanitätspolizeiliche Zwangsmaßnahmen gegen Menschen oder, wie man vermeint, auch gegen Sachen, sind nur eine scheinbare Ausnahme von der Regel des durch Rechtssatz mediatisierten Zwanges, denn sie sind ihrem Wesen nach gar nicht Unrechtsfolgen, sondern im System des Rechtes bloße rechtlich delegierte Tatbestände, an deren Nichteintreten sich Zwangsfolgen für die zu diesen Maßnahmen berechtigten und verpflichteten Organe knüpfen können. Ist einmal die Gesetzesform in die Reihe der Rechtssatzformen aufgenommen, so ist damit zwar jede weitere Rechtssatzform, aber nicht der Zwangsakt entbehrlich geworden. Es hängt freilich von der Fassung des Gesetzesinhaltes ab, ob nicht weitere Rechtssatzformen als Voraussetzung eines Zwangsaktes notwendig werden. Wenn das Gesetz nicht ein bestimmtes Handeln oder Unterlassen zur Pflicht macht, so wird eine weitere Mediatisierung des Zwangsaktes durch einen zwangandrohenden Rechtssatz unabweislich. Man denke an den Schadenersatz-Rechtssatz, der bei sonstiger Zwangsvollstreckung zur Leistung eines angemessenen Schadenersatzes verpflichtet, oder an den Rechtssatz, der für den Fall der Enteignung den Expropriateur zur Leistung einer angemessenen Vergütung an den Expropriaten verpflichtet. In diesen Fällen bedarf es vor der Zwangsanwendung einer verbindlichen Feststellung der Höhe des Schadenersatzes oder der Vergütung. In der großen Mehrzahl der Fälle wird zwar die Mediatisierung des Zwangsaktes durch einen die Gesetzesnorm konkretisierenden, weiteren Zwang androhenden Akt nicht notwendig, aber in mehr oder minder hohem Maße zweckmäßig sein. Der Grad der Zweckmäßigkeit einer solchen Mediatisierung bestimmt sich nach der Allgemeinheit und Unbestimmtheit der Gesetzesnorm und dem damit gegebenen Bedürfnis einer behördlichen Feststellung, ob die Voraussetzungen für den Zwangsakt gegeben sind und worin er im einzelnen zu bestehen habe. Dieses Feststellungsverfahren empfiehlt sich namentlich als Rechtsschutzmaßnahme für den durch den Zwangsakt Bedrohten oder Betroffenen,

weil es ihm Gelegenheit bietet, auf die Konkretisierung der Norm prozessual Einfluß zu nehmen und Willkür des Zwang anwendenden Organs auszuschalten. So wird die individuelle Rechtssatzform als Zwischenstufe zwischen dem generellen Gesetz und dem individuellen Vollzugsakt zur Regel des Rechtsverfahrens im modernen Staat. Die Einfügung der Gesetzesstufe in das Rechtsverfahren, die jeder kultivierten Rechtsordnung eigentümlich ist, erspart nicht die einer primitiveren Rechtstechnik vorerst ohne generelle Mediatisierung eigentümliche individuelle Rechtssatzform (etwa in der Gestalt eines Richterspruchs des Häuptlings auf Grund der Verfassung eines Stammes, die den Häuptling zum Richten und Strafen ermächtigt), sondern hat nur die Funktion, den aus primitiveren Rechtskulturen übernommenen rechtssetzenden Individualakt an einer allgemeinen Norm zu orientieren und ihn damit der Sphäre reiner Willkür zu entrücken. Die Prozeßgesetze ziehen bewußt diese Konsequenz, indem sie das Verfahren regeln, in dem die rechtssetzenden Individualakte erzeugt werden; Vollstreckungsordnungen knüpfen sodann an die Regelung der im engeren Sinne sogenannten Prozeßgesetze in der Weise an, daß sie das auf den Zwangsakt hinauslaufende Vollstreckungsverfahren von einer Individualnorm, als dem sogenannten Exekutionstitel, abhängig zu machen pflegen.

Aber auch das materielle Recht, das durch einen willkürlichen Sprachgebrauch dem formellen Recht gegenübergestellt wird, führt individuelle Rechtssatzformen ein, von denen es wiederum unter gewissen Umständen die im Prozeß zu schöpfenden Rechtsakte abhängig macht. Die sogenannten Rechtsgeschäfte, genauer Privatrechtsgeschäfte, unterscheiden sich bekanntlich von den obrigkeitlichen Rechtsgeschäften, wie Urteil und Verwaltungsakt, nicht durch ihre logische Struktur, sondern nur durch ihre Erzeugungstechnik, wozu insbesondere auch der Unterschied in den zu den beiderlei Akten legitimierten Personen gehört. Mit den sogenannten Privatrechtsgeschäften schiebt sich somit ein weiterer rechtssetzender Individualakt zwischen das generell normierende Gesetz einerseits und den unmittelbar den Zwangsakt mediatierenden, individuell normierenden Rechtsakt ein. Indes ist das Privatrechtsgeschäft zum Unterschied von den Staatsakten, wie Urteil und Verwaltungsakt, durchaus keine regelmäßige, sondern nur durch bestimmte inhaltlich gekennzeichnete Staatsakte bedingte Zwischenstufe des Rechtsverfahrens. So setzen das Urteil im Mietprozeß oder die Zahlungsurteile aus den Rechtstiteln von Kauf oder Darlehen begriffsnotwendig einen privatrechtsgeschäftlichen Individualakt voraus, während die Urteile im Schadenersatz- oder Besitzstörungenprozeß selbstverständlich nicht in gleicher Weise bedingt sind.

Im größten Umfang hat freilich erst das Verwaltungsrecht, das ja quantitativ das Justizrecht weit überwiegt, der obrigkeitlichen Individualnorm Raum gegeben. Die Verwaltungstechnik hat bekanntlich eine im Vergleich mit der Rechtssatztypisierung des Justizrechtes (namentlich Urteil und Beschluß) reich gegliederte Gruppe von Rechtssatztypen herausgebildet, namentlich Befehle, Erlaubnisse, Konzessionen,

Konsense, Dispense, verwaltungsrechtliche Verträge u. dgl., worüber die mehr noch als das positive Recht kasuistische Lehre der Verwaltungsakte Aufschluß gibt. Es wäre ein Mißverständnis zu meinen, daß die Mediatisierung durch solche Individualnormen der Verwaltung überhaupt oder auch nur ihrem als Hoheitsverwaltung bezeichneten Teilbereiche begriffswesentlich sei. Wie es überhaupt dem Belieben der Rechtssetzung freisteht, Zwangsakte und Zwang androhende Akte entweder in die Zuständigkeit der Justiz oder der Verwaltung zu stellen, so könnte sie im besonderen die Zwischenstufe individueller, Zwang androhender Akte nach Art der Urteile ausschließlich der Justiz vorbehalten und von der Einführung analoger Verwaltungsakte völlig absehen. Aus Zweckmäßigkeitsgründen wurde jedoch das Rechtsverfahren in der Verwaltung nicht in dieser Weise uniformiert, sondern neben gewissen Zwangsakten, die unmittelbar auf Grund der gesetzlichen Ermächtigung in Erscheinung treten (Verhaftung, unter Umständen auch Beschlagnahme), das schon andeutungsweise umschriebene große Bereich rechtssetzender Verwaltungsakte vorgesehen. In diesem Bereiche findet sich der Kern der Verwaltung eines modernen Staates, die sich vom primitiven Sicherheits- und Machtzweck Kulturzwecken zugewendet hat. Hierher gehörige Fälle sind: Der Bau- und Benutzungskonsens für ein Gebäude, der bei Errichtung und Benutzung eines Hauses die Sicherheit und Gesundheit der Bewohner und überdies die Wahrung ästhetischer Rücksichten gewährleisten soll, die Genehmigung für eine gewerbliche Betriebsanlage, die mit Auflagen erteilt wird, welche die Interessen der im Betrieb Beschäftigten und der Nachbarschaft sicherstellen sollen, ein wasserrechtlicher Konsens, der die rationelle Ausnutzung einer Wasserkraft gewährleisten soll, die Bannlegung eines Waldes, mit der die bestimmte Bewirtschaftung des Waldes zum Schutz einer Ortschaft vorgeschrieben wird, die Erklärung eines Naturgebildes zum Naturdenkmal, um die unversehrte Erhaltung dieses Naturgebildes sicherzustellen, und eine sanitätsbehördliche Verfügung, wie die Sperrung einer Schule, um die Verbreitung einer ansteckenden Krankheit zu verhindern. Die beliebig vermehrbaren Beispiele zeigen, in wie weitem Umfang die Verwaltungsgesetzgebung nur dazu dient, in Form von Ermächtigungen oder Verpflichtungen der Administrativorgane die Grundlage von Individualnormen der Hoheitsverwaltung zu schaffen, in denen sich erst die soziale Aufgabe dieses Bereiches der Staatstätigkeit erfüllt. Während in der Justizsphäre im allgemeinen schon das Gesetz durch die motivierende Kraft seiner Zwangsdrohung ein bestimmtes soziales Verhalten von Nichtorganen veranlassen soll und die relativ seltene Zwischenstufe der Individualnorm in Gestalt des Urteils nur für die Fälle des Zuwiderhandelns gegen das Gesetz die Rechtsgrundlage für den Zwangsakt darbieten soll, fällt so gut wie im ganzen Bereich der wirtschaftspolitisch oder kulturpolitisch eingestellten Verwaltung das Schwergewicht auf diese vom Gesetz geradezu intendierte Individualnorm des Verwaltungsaktes.

Indessen erfährt die vorstehend skizzierte Reihe der Rechtssatzformen herkömmlich noch durch mehrere Typen von Staatsakten eine Er-

weiterung. Nur sind dies trotz ihres häufigen Auftretens doch nicht so regelmäßige Zwischenglieder des Rechtsverfahrens wie die Individualakte nach Art des Gerichtsurteils und der Verwaltungsentscheidung oder -verfügung. Einerseits wird bekanntlich oft im Zuge des Verwaltungsverfahrens noch eine einzelne oder eine Mehrzahl genereller Normen eingeschaltet; die Verordnung, unter der hier alle von Verwaltungsorganen ausgehenden generell normierenden Akte verstanden werden, ist bekanntlich eine mögliche, aber keine regelmäßige Zwischenstufe zwischen dem Verwaltungsgesetz und dem individuell normierenden Verwaltungsakt. Die rechtstechnische Funktion der Verordnung ist bekanntlich die, einerseits dem auf weitere Sicht erlassenen Gesetz eine allgemeinere Fassung zu ermöglichen, als bei Herrschaft des Grundsatzes der gesetzmäßigen Verwaltung im Fall unmittelbarer Individualisierung gangbar wäre, andererseits das im Fall einer so weiten Fassung des Gesetzes an den Rechtsanwender erteilte Ermessen zum Teile für höhere Vollzugsorgane abzuschöpfen und zugleich durch die allgemeine Fassung dieser Verwaltungsnorm Willkür bei Setzung individuell normierender Verwaltungsakte hintanzuhalten. Diese Zweckbestimmungen erfüllt die Verordnung in ihren beiden Erscheinungsformen, einerseits der Rechtsverordnung, andererseits der Verwaltungsverordnung, jedoch mit dem Unterschiede, daß im Falle der Rechtsverordnung der Untertan einen prozessual verfolgbaren Anspruch auf das verordnungsmäßige Verhalten des Organes hat, dagegen im Falle der Verwaltungsverordnung nur die zur Disposition von Dienstbehörden gestellte Sanktion von Disziplinarmitteln zur Verfügung steht, ohne daß der Interessent der Verwaltung Einfluß und Anspruch auf das instruktionsgemäße Verhalten des Organes hätte. Das Rechtsverfahren der Verordnung gliedert sich wieder nicht selten in mehrere artgleiche Teilakte, indem auf Grund der Verordnung der einen Behörde eine andere, regelmäßig untergeordnete Behörde, eine zweite Verordnung erläßt, die selbst wiederum die Grundlage für eine dritte Verordnung wird, die von einer, der Urheberin der zweiten Verordnung untergeordneten Behörde erlassen wird, usw. Einer derartigen Mediatisierung des Gesetzesvollzuges durch die Rechtssatzform der Verordnung und die Zerdehnung des Rechtsverfahrens der Verordnungsorgane durch eine Mehrzahl ineinandergeschachtelter Verordnungen ist eine bloße Frage der Zweckmäßigkeit der Verwaltungstechnik. Mancherlei verwaltungspolitische Gründe sprechen eben dafür, die Normsetzungsmöglichkeiten, die in der Spannung zwischen dem allgemeinen Gesetz und der Individualnorm der Verwaltung enthalten sind, nicht erstmals und gänzlich in dem Akte der Entscheidung oder Verfügung auszuschöpfen, sondern sie zum Teil in Verordnungsform für andere Organe vorzubehalten und sie sogar auf eine Mehrzahl von Verordnungsorganen zu verteilen, die schrittweise jeweils innerhalb des vom Vorgänger freigelassenen Rahmens ihre rechtsschöpferische Kompetenz betätigen.

Eine der Rechtssatzform der Verwaltungsverordnung hinsichtlich des Kreises der Verpflichteten verwandte Rechtssatzform ist ferner

der Dienstbefehl, der, zum Unterschied von der einen nicht-geschlossenen Personenkreis verpflichtenden Verwaltungsverordnung, individuell bestimmte Personen, und zwar immer Organe verpflichtet.

Eine in der Justiz ausgebildete, später allerdings auf die Verwaltung übertragene Rechtssatzform begegnet uns endlich in Staatsakten von der Art der Exekutionsbewilligung oder des Exekutionsbefehles und der Strafvollzugsanordnung. Diese dem Zwangsakt unmittelbar vorgelagerten Staatsakte sollen diesen als die ultima ratio staatlichen Handelns offenbar vorbereiten, und zwar einerseits, soweit es sich um Vollstreckungszwang handelt, den Verpflichteten zum letzten Male warnen, andererseits, und zwar durchgängig, dem zwangsanwendenden Organe als Kennzeichen dienen, daß die unverweilte Zwangsanwendung zulässig und geboten ist.

IV. Die Rechtssatzeigenschaft über- und untergesetzlicher Akte

In unserer schematischen Skizze der Rechtssatzformen, deren abbreviierender und typisierender Zug nicht verkannt werden darf, finden sich Akte von größter logischer Gegensätzlichkeit vereinigt. Ihre gemeinsame Eigenschaft, die sie alle in unsere Aufzählung aufzunehmen möglich und notwendig macht, ist nicht ihre bloße Rechts-erheblichkeit, sondern ihre volle Rechtssatzeigenschaft. Bei dieser Beurteilung der Rechtsercheinungen wird hier der Rechtssatzbegriff Hans Kelsens vorausgesetzt, wonach der Rechtssatz ein hypothetisches Urteil über den Willen des Staates zu einer Unrechtsfolge ist. Unter einen so gefaßten Rechtssatzbegriff lassen sich alle vorgeführten Akte als Arten der Gattung Rechtssatz subsumieren.

Man wird freilich in der vorgeführten Reihe vermeintlicher Rechtssätze vor allem auch Akte zu finden vermeinen, die geradezu der Gegensatz eines Rechtssatzes sind. Vor allem ist die Rechtssatzeigenschaft solcher Akte problematisch, die als zweifelsfreie Rechtsanwendung nach herrschender Auffassung nicht zur Rechtssetzung zu rechnen sind. Es ist bekanntlich das Verdienst Bülows und Bierlings, den Rechtssetzungscharakter individueller Vollzugsakte von der Art des gerichtlichen Urteils — und damit folgerichtig, wenn auch unausgesprochen, ebenso den des individuellen Verwaltungsaktes — erkannt zu haben. Der Rechtssetzungscharakter der formellen Gesetzgebung ist durch diese konkurrierende Rechtsschöpfung ebensowenig in Frage gestellt, wie die gleicherweise rechtssetzende Eigenschaft des Grundsatzgesetzes durch die komplementäre Rechtssetzung des Ausführungsgesetzes begrifflich nicht beeinträchtigt wird. Wenn somit die Möglichkeit rechtssetzender Vollzugsfunktionen im Bereiche der Justiz und der Verwaltung außer Frage steht, so fragt es sich nur, wie weit die Rechtssetzung in die Sphäre der Vollziehung eingedrungen ist. Es wird sich noch erweisen, daß der Rechtssetzung im Bereiche der Vollziehung nur eine unübersteigliche formale Schranke gezogen ist, so daß freilich die Rechtssetzung niemals die gesamte Vollziehung durchdringen kann.

Ein weiteres Denkhindernis für die durchgängige Erkenntnis der vorgeführten Rechtserscheinungen als Rechtssätze — außer der bloßen Tatsache ihrer Vollzugsnatur an sich, die eben keinen ausschließenden Gegensatz zur Rechtssetzungseigenschaft bedeutet, — ist der den aufgezählten Akten teilweise anhaftende Mangel der generellen Natur. Die Identifikation der generellen Norm mit der Norm überhaupt darf ja noch als herrschende Lehre gelten. Das angedeutete Denkhindernis wird gewiß nicht durch die bloße Einsicht weggeräumt, daß auch die kurz sogenannten generellen Rechtssätze in ihrer Art individuell sind, so daß sie mit den kurz sogenannten individuellen Rechtssätzen wesensgleich wären. Die logische Differenz zwischen generellen Normen und — wenn man insoweit den Normbegriff ausdehnen will — individuellen Normen ist gegeben und unüberwindlich. Gewiß sind, worauf Voegelin aufmerksam gemacht hat, Gesetze und Verordnungen und ebenso die aus ihnen abstrahierten Rechtssätze in Gesetzes- und Verordnungsform Individualakte, ja wenn man mag, sogar individuelle Normen in dem Sinne, daß jede von ihnen ein Rechtssatzindividuum darstellt. Aber unbeschadet dieser Individualität, also Unteilbarkeit des Aktes, die zumindest von den einzelnen Rechtssätzen im Gefüge eines Gesetzes oder einer Verordnung zutrifft, ist doch ihre generell normierende Natur unbestreitbar. Diese generell normierende Natur wird durch den wesentlichen Inhalt solcher Rechtssatzformen konstituiert. Dieser wiederum ergibt sich aus der Anwendbarkeit derartiger Rechtssätze in einem von vornherein nicht geschlossenen Kreis unbestimmter Anwendungsfälle. Unter dem abbrevierenden Ausdruck genereller Normen haben wir demnach generell normierende, d. h. in einer unbestimmten Mehrzahl von Fällen befolgbare und anwendbare Normen zu verstehen. Eine Abstufung der Allgemeinheit einer Norm ergibt sich aus der Möglichkeit, daß die Norm entweder von einem bestimmten oder unbestimmten Personenkreis, entweder von einer Mehrzahl von Personen oder von einer einzelnen Person Befolgung heischt, ferner daß sie entweder von einer Mehrzahl von Organen oder von einem einzelnen Organ anzuwenden ist. Das Maximum an Individualisierung weist eine Norm dann auf, wenn sie nur einen einmaligen Befolgungsakt fordert und demgemäß nur einen einzigen Anwendungsakt zuläßt. Erst damit ist die Grenzerscheinung der restlos individualisierten Norm erreicht. Jenseits dieser Grenzerscheinung liegt aber das Bereich der relativ generellen und relativ individuellen Normen. Absolut individuell ist nur die ein einzigesmal befolgbare und anwendbare Norm. Beispielsweise haben der Baurechtssatz: „Der Hauseigentümer hat sein Gebäude bei sonstigen Zwangsmaßnahmen stets in baulich und gesundheitlich einwandfreiem Zustand zu erhalten“ oder der Forstrechtssatz: „Der Waldeigentümer hat seinen frisch abgeholzten Waldgrund bei sonstiger Zwangsstrafe mit Baumpflanzen zu bepflanzen“ die denkbar allgemeinste Fassung, sind also Typen von generellen Normen, weil ein nur durch den Gegenstand des Eigentums bestimmter, also anonymer Personenkreis ver-

pflichtet und ebenso eine Vielzahl von Organen, die nur durch den Behördentyp qualifiziert ist, zur Anwendung berufen ist. Dagegen ist der Rechtssatz: „Dem Bundespräsidenten N. N. gebührt nach Vollstreckung seiner Funktionsperiode auf Lebensdauer eine Ehrenpension“ insofern vergleichsweise individueller, als zwar dieser Rechtssatz von einer unbestimmten Mehrzahl von Organen in einer unbestimmten Zahl von Anwendungsfällen befolgt werden kann, jedoch die Person des Anspruchsberechtigten restlos individualisiert ist. In anderer Weise relativ generell und zugleich relativ individuell ist beispielsweise der Rechtssatz, der in der verwaltungsbehördlichen Erklärung eines Naturdenkmales gemäß den Naturschutzgesetzen der österreichischen Länder gelegen ist. Dieser Rechtssatz ist nach der Seite des geschützten Gutes restlos individualisiert, indem er zum Unterschied von den abstrakten Rechtsgütern des Straf- oder Zivilrechtes — Leben, Ehre, Eigentum jedermanns — ein konkretes Naturgebilde, z. B. einen bestimmten See oder Wasserfall, die Dorflinde oder den Efeu an der Friedhofsmauer unter Schutz stellt, dagegen in bezug auf den Kreis der zur Befolgung verpflichteten Rechtssubjekte und der zur Anwendung verpflichteten Staatsorgane generell, indem jedermann zur Vermeidung von Eingriffen in diese Naturgebilde bei Strafe verpflichtet und desgleichen ein unbestimmter Kreis von Organen zur Verhängung der Strafe verpflichtet ist. Eine rein individuelle Norm ist dagegen der etwa in einem formellen Gesetz enthaltene Rechtssatz: „Dem Forscher X. ist aus Anlaß seines epochemachenden Forschungsergebnisses eine Nationalspende von 10000 Pfund auszufolgen“ oder das Urteil: „Der Käufer A. hat dem Verkäufer B. als Kaufschilling bei sonstiger Exekution den Betrag von 10000 Mark zu zahlen“. In den beiden letzten Fällen läßt die Rechtspflicht nur eine einmalige Befolgung durch den Verpflichteten und mangels Befolgung eine einmalige Anwendung durch das Zwang anwendende Organ zu. Der Unterschied zwischen kurz sogenannten generellen und individuellen Normen ist also sinnvollerweise als Gegensatz zwischen Normen relativ generell normierenden Inhaltes und Normen relativ individuell normierenden Inhaltes zu verstehen. Die Rechtssatzform präjudiziert, wie sich zeigte, in vielen Fällen nicht der generellen oder individuellen Natur des Inhaltes. Nur die Grenzerscheinungen des Rechtsverfahrens müssen einerseits rein generell, andererseits rein individuell sein: die Verfassung ist notwendig generell, indem sie in nuce die Pflichten aller Rechtsunterworfenen, die aber erst durch Rechtsakt zu bezeichnen sind, in sich schließt, der Zwangsakt hingegen notwendig individuell, da die Tatsache des Zwanges nur an bestimmten, von dem einen Menschen gegen einen anderen Menschen gerichteten Handlungen in Erscheinung treten kann. Alle zwischen diesen beiden Endpunkten liegenden Akte des Rechtsverfahrens können aber sowohl generell als auch individuell und auch beides zugleich sein und es ist nur eine Frage der Zweckmäßigkeit, ob die Rechtsverfahrensordnung den einzelnen Stadien des Rechtsverfahrens generellen oder individuellen Charakter verleiht und in welchem Maße sie im einzelnen Rechtssatz generelle und individuelle Normierung dosiert.

Hier zeigt sich ein weiterer, kaum gewürdigter Unterschied zwischen dem Rechtsgesetz und dem Naturgesetz: das der menschlichen Willkür entrückte Naturgesetz ist notwendig in dem Sinne generell, daß in allen unendlichen Fällen, in denen sich seine Voraussetzungen erfüllen, auch seine Folgen eintreten müssen, das Rechtsgesetz dagegen seiner Natur nach weder generell noch individuell, sondern lediglich normierend, indem in den unendlichen Fällen, aber ebenso in allen endlichen Fällen und in dem einzelnen Fall, auf die es willkürlich seine Normierung abstellt, bestimmte Folgen eintreten sollen. Der juristische Sprachgebrauch des „Gesetzes“ ist wohl am naturwissenschaftlichen Gesetzesbegriff orientiert oder richtiger desorientiert, wenn er Gesetz (im materiellen Sinn) mit genereller Rechtsnorm gleichsetzt und in den Fällen, wo die Gesetzesform nicht eine generelle, sondern eine individuelle Norm umschließt, nur ein „bloß formelles Gesetz“, das eigentlich mangels des Gesetzesinhaltes kein Gesetz sei, gelten lassen will. Ein allen Möglichkeiten des Rechtsnormeninhaltes gerecht werdender juristischer Gesetzesbegriff erfaßt gleicherweise Normen von unendlicher Allgemeinheit wie von restloser Individualisierung. Will man indes in der juristischen Terminologie in der von Laband eingebürgerten Weise den Ausdruck Gesetz für Rechtssätze, die auf einem bestimmten Verfahrensweg, dem sogenannten Weg der Gesetzgebung, erzeugt werden, gebrauchen, dann tut man gut, die Rechtssätze oder Rechtsnormen, welcher Rechtssatzform immer, nur als Rechtssätze oder Rechtsnormen (statt als „Gesetze“) zu bezeichnen und sie durch diesen Sprachgebrauch den durch die Gesetzesform gekennzeichneten Akten, kurzweg den „Gesetzen“, gegenüberzustellen.

Die im Wesen des Rechtssatzes als einer gewillkürten Verhaltensnorm begründete Variationsmöglichkeit des Inhaltes, insbesondere auch in der Richtung, ob dieser Inhalt generell oder individuell normierend gestaltet wird, hindert selbstverständlich nicht, daß die Rechtserzeugungsvorschriften bestimmte Grade der Allgemeinheit oder Besonderheit der Rechtsnormen bestimmten Rechtssatzformen zuordnen, so daß bestimmte Erzeugungswege nur Rechtsnormen eines bestimmten Grades von Allgemeinheit oder Besonderheit hervorbringen dürfen. Es wäre sehr wohl denkbar, daß die Rechtserzeugungsordnung — in ähnlicher Weise, wie in Urteilsform nur Rechtssätze auftreten dürfen, die die Person des Verpflichteten oder Berechtigten eindeutig bezeichnen, also wenigstens in dieser Hinsicht restlos individualisiert sind — den Weg der Gesetzgebung nur Akten allseitiger Allgemeinheit, insbesondere Normen, die den Kreis der Verpflichteten oder Berechtigten nicht eindeutig umschreiben, vorbehalte. Es steckt m. E. ein richtiger und gesunder rechtspolitischer Gedanke in der Kritik, die Hermann Heller¹⁾ gegen die Verwendung der Gesetzesform, und noch mehr in der Kritik, die Carl Schmitt²⁾ gegen die Verwendung der Verfassungsform für

¹⁾ Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 4, 1928, S. 113ff.

²⁾ Verfassungslehre, S. 25ff., 1928.

individuell-normierenden Rechtsinhalt gerichtet hat; ja mehr noch: es ist eine ernste Interpretationsfrage, ob die verfassungsgesetzliche Ermächtigung des „Gesetzgebers“ im Sinne der zur Herstellung von Akten in Gesetzesform berufenen Organe als eine Ermächtigung zu generell und individuell-normierenden Akten zu verstehen sei oder ob nicht als der immanente Sinn des Gesetzgebungsblankettes, dessen Funktion ja die Mediatisierung der Justiz und Verwaltung durch diese beiden Funktionskomplexe materiell determinierende Normen ist, die Setzung genereller Normen angesehen werden muß. Und sicher ist es ein Mißbrauch der von der Verfassung dargebotenen Gesetzesform, wenn sie der Gesetzgeber dazu benutzt, bei feierlichen Anlässen juristisch irrelevante Monologe zu halten. Das „Gesetz“ kann im Sinne der verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsordnung jedenfalls nur als ein technisches Mittel der Rechtssetzung verwendet werden, wobei gewiß die Beschränkung auf generelle Rechtssetzung naheliegt. Eine gleiche rechtspolitische Forderung ist womöglich mit noch größerer Entschiedenheit an den Verfassungsgesetzgeber zu richten und die gelegentliche Mißachtung dieser Forderung wird meistens ein unbewußtes Bekenntnis eines politischen Mißbrauches (Ausnahmsgesetzgebung!) bedeuten, doch kann man wohl den Verfassungsermächtigungen zur Verfassungsgesetzgebung interpretativ kaum diese Schranke abgewinnen, sondern muß wohl de lege lata auch das Verfassungsgesetz, wie üblicherweise das einfache Gesetz, wofern die Verfassungsform nicht ausdrücklich auf Verfassungsinhalt beschränkt ist, als mögliche Rechtssatzform von generell- wie von individuell-normierendem Inhalt erkennen. Derlei teils rechtspolitische, teils interpretative Erwägungen und Zugeständnisse können aber niemals zu dem Urteil berechtigen, daß bestimmten Rechtssatzformen an sich generell- oder individuell-normierender Rechtsinhalt entweder begriffswesentlich oder begrifflich verwehrt sei. Die Freiheit der Rechtserzeugungsordnung zur beliebigen Disposition über generell- oder individuell-normierenden Inhalt ist durch das Wesen des Rechtes bedingt.

Noch eine Qualifikation als Rechtsnorm in der beispielsweise aufgezählten Reihe an Rechtssatzformen bedarf der Rechtfertigung, nämlich die Einreihung der Verwaltungsverordnungen und Dienstbefehle in diese Reihe. Die herrschende Rechtsquellenlehre pflegt diese Akte bekanntlich — abgesehen von dem vorstehend als mißverständlich dargelegten Grunde ihrer teilweise individuellen Natur — deswegen aus dem Rechtsbereiche auszuschließen, weil sie sozusagen ein Internum der Verwaltung seien. Der Rechtssatzbegriff wird herkömmlich auf generell-normierende Akte beschränkt, deren Adressaten „Untertanen“ zum Unterschied von Staatsorganen seien; Normen, die Organpflichten statuieren, will man, wenn überhaupt als Normen, dann jedenfalls nicht als Rechtsnormen gelten lassen. In diesem Ausschluß der bloß Organe verpflichtenden Normen aus dem Rechtsnormenbereich liegt jedoch eine willkürliche und mit dem von der herrschenden Lehre vorausgesetzten Rechtssatzbegriffe unvereinbarliche Verengung dieses Be-

griffes. Ob die durch einen Rechtssatz Verpflichteten Staatsorgane oder „bloße“ Untertanen sind, ist eine untergeordnete Frage des Rechtsinhaltes und ändert nichts am Wesen der Norm. Wodurch sonst als durch Rechtsnormen sollten Rechtspflichten konstituiert werden? Rechtspflichten sind aber unbestrittenermaßen der Inhalt von Dienstinstruktionen und Dienstbefehlen.

Ebensowenig wie den teilweisen Mangel der Rechtsnormeigenschaft kann man es der vorgeführten Reihe der Rechtssatzformen mit Grund zum Vorwurf machen, daß sie das Bereich der rechtlich relevanten Handlungen nicht erschöpfe (Nawiasky). Die Kritik an der traditionellen Lehre der Rechtssatzformen, auf der die neue Lehre fußt, richtet sich ja auch nicht dagegen, daß jene ältere Lehre nicht den Kreis der Rechtsquellen mit dem Kreis der rechtlich relevanten Handlungen zur Deckung bringt, sondern daß sie in ihrem System der Rechtsquellen Akte mit offenkundiger Rechtssatznatur vernachlässige. Die Kongruenz der Rechtssätze mit den rechtlich relevanten Handlungen, die die Kritik befremdlicherweise nur von der neuen, nicht von der alten Rechtsquellenlehre erwartet — so, als ob diese sich die Herbeiführung einer solchen Kongruenz zur Aufgabe gesetzt hätte —, ist unter allen Umständen eine unrealisierbare Forderung. Rechtlich relevante Handlungen, die trotz dieser ihrer Relevanz nicht selbst Rechtssätze sind, sind mit dem Bestande einer Sollordnung, die auf das Sein, und zwar menschliches Handeln, motivierend wirken will, unvermeidlich gegeben. Es muß Punkte geben, wo das Sollen eines Rechtssatzes nicht wieder anders geformtes rechtliches Sollen auslöst, weil es seinen immanenten Zweck, nämlich die Motivation zu bestimmtem menschlichen Verhalten, erfüllt und damit die weitere Transformation der einen Rechtsform in eine andere Rechtsform überflüssig gemacht hat. Das Geschehen, das die in einem Rechtssatz zum Ausdruck gebrachte rechtliche Forderung, sei es nun in der Art der Rechtsbefolgung durch den Rechtsuntertan, sei es in der Art der Rechtsanwendung durch das Staatsorgan verwirklicht, ist notwendigerweise juristisch relevant, aber nur möglicherweise eine neue Rechtssatzform, und zwar dann, wenn ihm eine neue ideale Forderung innewohnt, die wiederum auf die eine oder andere Weise verwirklicht werden kann. So muß eine auch noch so erweiterte Rechtsquellenlehre darauf verzichten, die typischen Rechtsvollzugsakte, wie Strafe und sonstigen Zwang, als Rechtsnormen zu erfassen, denn sie verwirklichen bloß, enthalten aber nicht rechtliche Forderungen. In dem umschriebenen Umfang — also mit Ausschluß der zwar juristisch relevanten, aber nicht selbst rechtssetzenden Vollzugsakte — kommt jedoch sämtlichen Erscheinungsformen des Rechtes der Charakter von Rechtssätzen zu. Wenn unter dem Einfluß der neuen Rechtsquellenlehre einem Teil der Vollzugsakte die Eigenschaft der Rechtserheblichkeit zum Unterschied von voller Rechtssatzeigenschaft zugebilligt wurde¹⁾,

¹⁾ Wenzel: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 4, 1928, S. 136 ff.; Nawiasky: Zeitschr. f. öffentl. Recht, 6. Bd., 1927, S. 488 ff.

so wird dieses Entgegenkommen der wahren Natur der sogenannten rechtserheblichen Normen nicht gerecht. Was sollen rechtserhebliche Normen, die überdies Gegenstand der Rechtswissenschaft sind, anderes als Rechtsnormen sein? Sind doch Normativität und Rechtserheblichkeit die konstituierenden Begriffsmerkmale des Rechtsnorm- oder Rechtsatzbegriffes. Wer überhaupt Rechtsvollzugsakte als Normen erkannt hat, denen er Rechtserheblichkeit zubilligen muß — und Rechtserheblichkeit ist doch eine Voraussetzung dafür, daß überhaupt die Rechtswissenschaft oder ein Rechtswissenschaftler über diese Normen eine Aussage macht —, der entgeht nicht der Konsequenz, diese Normen als Rechtsnormen zu erkennen. Durch den Ausdruck „rechtserhebliche Normen“ wird diese Konsequenz nur scheinbar vermieden.

Ein Wesenunterschied zwischen den Rechtsnormen und rechtserheblichen Normen wurde darin gesucht, daß nur die Rechtsnormen Zwangscharakter aufwiesen, während in den Rechtsanwendungsakten das Zwangsmoment nirgends zu entdecken sei. Ebenso wenig bestünde zwischen der Verfassung und dem einfachen Gesetze Artgleichheit, weil nur dieses, nicht auch jene, Zwangscharakter aufweise. In Wahrheit bildet das Zwangsmoment keinen Unterschied zwischen den Rechtssetzungs- und Rechtsanwendungsakten, soweit diese nicht selbst in Zwang bestehen, anders ausgedrückt, zwischen den echten Rechtsnormen und den vermeintlich bloß rechtserheblichen Normen. Die Annahme des mangelnden Rechtssatzcharakters der Rechtsanwendungsakte von der Art der rechtsgeschäftlichen Justiz- und Verwaltungsakte wegen des diesen Akten mangelnden Zwangsmomentes erklärt sich wohl nur aus der mißverständlichen Deutung der Rechtssetzungsakte als Zwangsakte. Der Rechtsnorm kann das Zwangsmoment nur in dem Sinne eigen und wesentlich sein, daß sie eine Zwangsdrohung — mit Kelsens Worten: den Willen des Staates zur Zwangsanwendung — ausspricht, nicht aber, daß sie selbst Zwang übt oder ist. So fordert beispielsweise der Gesetzesrechtssatz, daß ein Fabriksbetrieb bei der Gewerbebehörde anzumelden sei, widrigenfalls ihn die Behörde einzustellen habe, oder der Gesetzesrechtssatz, daß der Eigentümer eines abgeholzten Waldes den Waldgrund mit Waldbäumen zu bepflanzen habe, widrigenfalls er von der Behörde durch Zwangsstrafen hiezu zu verhalten sei, bestimmtes menschliches Verhalten unter der Sanktion des Zwanges, sei es nun in der Gestalt von Strafe oder Vollstreckung. Aber auch die sogenannte Rechts- und nicht weniger die Verwaltungsverordnung fordert von Menschen, die im ersten Fall den Charakter von bloßen Untertanen, im zweiten Fall von Staatsorganen haben, ein bestimmtes Verhalten unter Androhung von Strafe oder Vollstreckungszwang für den Fall des Zuwiderhandelns. Also enthält die Verordnung nicht weniger als das formelle Gesetz echte Rechtsnormen. Zuzugeben ist, daß die Vollzugsverordnung nicht immer eine eigene, von dem grundlegenden Gesetz abweichende, namentlich die bloß blankettförmige Zwangsdrohung des Gesetzes konkretisierende Zwangsdrohung ausspricht, sondern oft wörtlich die in dem grundlegenden Gesetz ausgesprochene

Sanktion übernimmt oder auf sie ausdrücklich oder stillschweigend verweist. So sind z. B. die Dienstinstruktionen durch die in den Dienstrechtsordnungen ausgesprochenen Sanktionen in Gestalt von Disziplinar-mitteln zu ergänzen, wodurch sich erst vollständige, den Rechtssätzen in Gesetzesform gleichartige Rechtssätze ergeben. Völlig unverkennbar ist endlich die Zwangsdrohung in den individuellen obrigkeitlichen Staatsakten, so z. B. im Leistungsurteil, das eine Zahlung binnen bestimmter Frist bei sonstiger Exekution vorschreibt, oder im Strafurteil, das innerhalb des gesetzlich umschriebenen Strafspielraumes ein bestimmtes Strafausmaß bemißt. Diese Zwangsdrohungen des Rechtsanwendungsaktes sind offenbar nicht mit der Zwangsdrohung des in diesen Akten angewendeten Gesetzes identisch, sondern ebenso eine Konkretisierung der im Gesetze mehr oder weniger abstrakt ausgesprochenen Zwangsdrohungen, wie die in eben denselben Rechtsanwendungsakten enthaltenen Verhaltensvorschriften Konkretisierungen allgemeiner gehaltener Verhaltensvorschriften der Gesetze sind. Im Gegensatz zu der Annahme, daß sich das Zwangsmoment im Zuge der Rechtsanwendung gewissermaßen verflüchtige, kann man im Gegenteil empirisch eine immer deutlichere Ausprägung der Zwangsdrohung im Zuge der Rechtsanwendung wahrnehmen, bis endlich der letzten Gestalt der Rechtsnorm — als der letzten im Dienst einer bestimmten sozialen Forderung aufgestellten Zwangsdrohung — mangels Wirksamkeit der Zwangsakt folgt. Es bedeutet also der Prozeß der Rechtsanwendung in seinen einzelnen Etappen nicht eine Entfernung von dem für das Recht charakteristischen Zwang, sondern im Gegenteil eine schrittweise Annäherung an ihn. Der Schein einer Entfernung vom Zwangsmomente im Zuge der Rechtsanwendung wird nur durch die irrtümliche dogmatische Verlegung des Sitzes des Zwangsmomentes in die Gesetzgebung erweckt. In Wirklichkeit hat die Gesetzgebung für das dem Recht begrifflich eigene Zwangsmoment nur die Bedeutung, daß die Gesetzgebung ihre Rechtsnormen durch bestimmte Zwangsmittel, wie die verschiedenen Arten der Strafen und des Vollstreckungszwanges, zu sanktionieren pflegt. Da sich die Zwangsdrohung gerade im Bereiche der Gesetzgebung durch die Kodifikation besonderer Straf- und Vollstreckungsgesetze besonders deutlich manifestiert, werden die Konkretisierungen dieser Zwangsdrohungen im Zuge der Gesetzesanwendung und das noch allgemeinere Blankett einer Zwangsdrohung, das schon in der Verfassung als der Erzeugungsregel der Gesetzgebung, namentlich in den Kompetenzbestimmungen, die bestimmte Organe mit der Kompetenz zur Gesetzgebung und Vollziehung in Straf- und Vollstreckungssachen betrauen, leicht übersehen; und doch kündigt sich selbst schon in der Verfassung mit ihren Kompetenzbestimmungen über Strafrechts- und Vollstreckungswesen das dem Rechte wesentliche Zwangsmoment unverkennbar an, wenngleich um einen Grad allgemeiner und entfernter als in der Gesetzgebung; und desgleichen kommt das Zwangsmoment in den Gerichtsurteilen und Verwaltungsakten oft sogar *expressis verbis* zum Ausdruck, und zwar jedenfalls unmittelbarer und sozusagen wirk-

lichkeitsnäher als in der Gesetzgebung, weil deren Zwangsdrohung, um zum Zwange selbst zu führen, durch die Zwangsdrohungen der Justiz- und Verwaltungsakte mediatisiert werden muß. Es steht somit fest, daß durch Zwang, richtiger durch Zwangsandrohung sanktionierte Normen nicht bloß im Bereiche des Gesetzesrechtes und des dem Gesetzesrecht koordiniert gedachten Gewohnheitsrechtes anzutreffen sind, daß mithin, wenn die durch den wirklichen Bestand von Zwangsmitteln unterstützte Zwangsdrohung für das Recht wesentlich ist, eine Fülle staatlicher Willensäußerungen außer dem Gesetzes- und Gewohnheitsrecht den Charakter von Rechtssätzen hat. Es ist allerdings unbestreitbar, daß der Verfassungsinhalt zum großen Teile nicht durch Zwangsdrohungen sanktioniert ist, sondern daß viele Forderungen der Verfassung, wenn überhaupt, bloß durch Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der ihnen nicht entsprechenden Akte gesichert sind; so macht die Nichtbeobachtung der Formen der Gesetzgebung die verfassungswidrig handelnden Organe nur zum Teil verantwortlich, wogegen die in prominenter Weise an der Gesetzgebung beteiligten Organe unverantwortlich zu sein pflegen und bestenfalls Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit die Folge ihres rechtswidrigen Handelns ist. Diese Erscheinung ist aber bekanntlich keine Eigentümlichkeit des Verfassungsrechtes, sondern findet sich auch in ansehnlichem Umfang im Gesetzes- und Verordnungsrecht. Es ist namentlich eine Eigentümlichkeit des Prozeßrechtes, Organpflichten nur mit den Folgen der Anfechtbarkeit und äußerstenfalls der Nichtigkeit des Aktes im Falle des Zuwiderhandelns, nicht aber mit der Drohung von Strafe und Exekution zu sanktionieren. Das Verfassungsrecht ist nun aber in der Hauptsache eine Verfahrens- und Kompetenzordnung für andere Staatsorgane. Wer also das formelle Verfassungsrecht wegen des scheinbaren Mangels des Zwangscharakters aus der Rechtsordnung ausschaltet, müßte dies konsequenterweise mit dem gesamten Rechte in Gesetzes- und Verordnungsform ebenso halten.

V. Der Stufenbau der Rechtssatzformen

Die Analyse des Rechtsmaterials hat bisher bloß zu einer vielgliedrigen Reihe von Rechtssatzformen geführt. Aufgabe ist nunmehr, diese erfahrungsmäßig gegebenen Rechtssatzformen zueinander in logische Beziehungen zu bringen, deren Bestand erst die Einheit des Rechtssystems begründet. Diese Beziehungen dürfen selbstverständlich nicht rechtstheoretisch konstruiert, sondern müssen positivrechtlich gegeben sein, damit sie rechtswissenschaftlich erkannt werden können. Damit ist aber eine mehr oder minder große Mannigfaltigkeit dieser Beziehungen ebenso unvermeidlich gegeben, wie die Mannigfaltigkeit der einzelnen Rechtssatzformen festzustellen war. Wie der Bestand der einzelnen Rechtssatzform, so ist auch ihr systematischer Ort in der einzelnen Rechtsordnung nicht durch das Wesen des Rechtes, sondern durch dessen positiv-rechtliche Gestaltung bedingt. Konkret gesprochen hängt es ebenso von willkürlicher positivrechtlicher Satzung ab, ob

überhaupt Gesetze, Verordnungen, Gerichtsurteile und Verwaltungsakte zum Bestande einer Rechtsordnung gehören, wie auch in welchem Verhältnisse diese Akte zueinander stehen. Es wäre denkbar, daß die Verfassung in die Kompetenz verschiedener voneinander unabhängiger Organe die Schöpfung von Gesetzen, Verordnungen und Individualakten stellte, daß also die genannten Akte unmittelbar auf der Verfassung beruhten und nur durch sie bedingt wären. Die herkömmliche Beziehung dieser Akte beruht also auf willkürlicher positiv-rechtlicher Satzung. Die wenigen bisherigen Andeutungen haben allerdings bereits soviel außer Zweifel gestellt, daß die verschiedenen, geschichtlich verwirklichten Rechtssatzformen in einer Rechtssatzform ihren gemeinsamen Ursprung haben müssen, daß also zwischen den Akten, in denen die verschiedenen Rechtssatzformen beschlossen sind, das Verhältniß eines bedingenden und bedingter Akte bestehen muß. Die bedingten Akte können nur dann und darum in das zu konstruierende Rechtssystem einbezogen werden, weil zwischen ihnen und einem zweifelsfrei diesem System angehörigen anderen Akte eine Einheitsbeziehung besteht. Diese Einheitsbeziehung besteht darin, daß der bedingte Akt den in einem anderen Akte aufgestellten Bedingungen seines Zustandekommens entspricht. Eine solche Entsprechung kann bei einer Mehrzahl von bedingten Akten oder auch nur bei einem einzigen Akte zutreffen, je nachdem ob der bedingende Akt sich nur als Bedingung für einen einzigen oder für eine Mehrzahl von Akten darstellt. Dieser Urtypus der Aktbeziehung im Rechtssystem kann nun in beliebigen Komplikationen auftreten. Der eine zum Ausgangspunkt genommene Akt kann die Bedingung für eine Mehrzahl anderer Akte und selbst für eine Mehrzahl von Akktypen sein, wie etwa die Verfassung die Bedingung für Verfassungsgesetze, einfache Gesetze, selbständige Verordnungen, Staatsverträge usw., ist. Jede dieser Akktypen kann ihrerseits wiederum die Bedingung für weitere Akktypen, wie Gerichtsurteile, generelle und individuelle Verwaltungsakte usw., sein.

Eine Sichtung der erfahrungsmäßig gegebenen Reihen bedingender und bedingter Akte von rechtlicher Relevanz zeigt allerdings, daß sich in ihnen Akte verschiedenen Charakters ablösen. Nur einzelne Glieder dieser kettenförmigen Aktreihen sind dadurch ausgezeichnet, daß sie als normierende Akte, also Rechtssätze oder Rechtsnormen gedeutet werden können, weil ihr immanenter Sinn die Forderung eines menschlichen Verhaltens unter Androhung einer Unrechtsfolge ist. Andere Glieder ein und derselben Aktreihe haben dagegen nicht diese Bedeutung im Rechtsverfahren, sondern erschöpfen sich darin, wie sie einerseits durch einen anderen Akt bedingt sind, als Bedingung eines weiteren Aktes zu dienen. Es ist ein Zeichen der Verfeinerung und Komplikation des Rechtsverfahrens, wenn die als Rechtsnormen auszuzeichnenden Akte in eine Fülle nicht in derselben Weise qualifizierter, aber ebenso teils bedingender, teils bedingter Akte eingebettet sind. Infolge dieses komplizierten Mechanismus bedingender und bedingter Akte ist beispielsweise der Gesetzesrechtssatz über die Warenumsatzsteuer nach öster-

reichischem Recht etwa in folgender Weise zu formulieren: „Wenn ein vom Bundes-Verfassungsgesetz zur Gesetzesinitiative berufenes Organ beim Nationalrat einen Gesetzesantrag des Inhaltes gestellt hat, daß der Verkäufer bestimmter Waren vom Käuferlös einen prozentuell bestimmten Betrag als Umsatzsteuer zu leisten habe, wenn sodann der Nationalrat zunächst im Ausschuß und dann im Plenum in dem geschäftsordnungsmäßig näher vorgeschriebenen Verfahren einen Gesetzesantrag dieses Inhaltes zum Beschluß erhoben hat, wenn ferner dieser Gesetzesbeschluß dem Bundesrat zur Kenntnis gebracht wurde und der Bundesrat nicht binnen acht Wochen Einspruch erhoben oder vor Ablauf dieser Frist beschlossen hat, keinen Einspruch zu erheben, wenn ferner der Bundespräsident diesen Gesetzesbeschluß beurkundet und der Bundeskanzler sowie Bundesminister für Finanzen die Beurkundung gegengezeichnet haben, wenn ferner der Bundeskanzler den beurkundeten und gegengezeichneten Gesetzesbeschluß im Bundesgesetzblatt kundgemacht hat, wenn sodann nach Inkrafttreten dieses Gesetzesbeschlusses die in dem Gesetz bezeichnete Steuerbehörde die Bezahlung eines bestimmten Steuerbetrages einer bestimmten Person in einem bestimmten Verfahren vorgeschrieben hat und wenn schließlich diese bestimmte Person nicht innerhalb der vorgeschriebenen Zeit die vorgeschriebene Zahlung geleistet hat, so soll gegen sie Steuerexekution geführt werden.“ Die Komplikationen dieser Aktreihe, die sich unter Berücksichtigung der einzelnen Stadien des Steuerverfahrens ergeben, desgleichen aber die Vereinfachungen, die sich dadurch herausstellen, daß den einzelnen Stadien des Weges der Gesetzgebung mit Ausnahme der Formerfordernisse der gehörigen Kundmachung infolge des im allgemeinen geltenden Ausschlusses des richterlichen Prüfungsrechtes nur der Charakter des sogenannten *ius dispositivum* für die Organe der Gesetzgebung zukommt, konnten in der beispielsweisen Formulierung des gegliederten Rechtssatzes füglich vernachlässigt werden.

Für eine statische Betrachtung der Rechtsordnung bleiben sämtliche bedingenden Glieder des Rechtsverfahrens mit Ausnahme derer, die als Rechtssätze zu erkennen sind, naturgemäß außer Betracht. Darum haben sie auch in unserem Überblick der Rechtssatzformen keine Rolle gespielt, ja wären sie in diesem Zusammenhange geradezu systemwidrig. Anders für die nunmehr angestellte dynamische Betrachtung des Rechtes, für ein System des Rechtsverfahrens zum Unterschied vom System der Rechtsnormen. Während in dieses nur die als normierend erkennbaren Zwischenprodukte des Rechtsverfahrens Eingang finden, baut sich jenes aus allen Teilakten des Rechtsverfahrens auf. Für die dynamische Betrachtung ist beispielsweise die Stellung des Gesetzesantrags im „gesetzgebenden“ Kollegium ebenso bedeutsam wie die Kundmachung des Gesetzesbeschlusses im Gesetzblatt und die Eröffnung der Gerichtsverhandlung durch Aufruf der Parteien und Zeugen ebenso ein wesentlicher in sich geschlossener Akt wie die Verkündung des Urteils und sind alle diese Teilakte artgleich. Die statische Betrachtung dagegen macht in dem kontinuierlichen Fortgang des Rechtsverfahrens Zäsuren, hebt einen

Teilakt akzentuierend heraus und wandelt alle ihm vorgelagerten Verfahrensglieder in gleichgeordnete Erfordernisse dieses Teilaktes um. Es ist m. E. ein Steckenbleiben in der soziologischen Analyse des Rechtsverfahrens und ein Verzicht auf die juristische Deutung der Verfahrensergebnisse, wenn man mit Voegelin¹⁾ die einzelnen Stadien des Rechtsverfahrens als eine bloße Kette von Deutungsschemen für folgende Verfahrensakte ansehen will. Für die juristische Betrachtung sind eben einzelne dieser Deutungsschemen mehr, als was dieser Ausdruck verrät, nämlich Zwang androhende Verhaltensregeln, und von diesen kann man allerdings eine Geltung behaupten, wogegen von anderen Teilakten, wie z. B. der Ausübung der Gesetzesinitiative oder der Unterfertigung des Gesetzesbeschlusses durch das Staatsoberhaupt und einen Minister meines Wissens niemand ernstlich eine „Geltung“ ausgesagt hat.

Rechtssätze, die Form und Inhalt anderer Rechtssätze mit der Maßgabe vorzeichnen, daß diese abgeleiteten Rechtssätze in anderer als der vorgezeichneten Weise entweder nicht zustandekommen können oder dürfen, daß diese also jedenfalls den Bestand jener anderen Rechtssätze voraussetzen und ihnen ihre eigene Geltung verdanken, nennen wir bedingende Rechtssätze und die, denen sie als Geltungsgrund dienen, bedingte Rechtssätze. Insofern als ein Rechtssatz seinen Geltungsgrund in einem früheren Rechtssatz hat und er selbst wiederum Geltungsgrund für einen anderen Rechtssatz ist — so z. B. die gesetzvollziehende Verordnung, die ihrerseits durch einen individuellen Verwaltungsakt vollzogen wird —, stellt er sich zugleich — in der einen Richtung — als bedingender und — in einer anderen Richtung — als bedingter Rechtssatz dar. Nach dem vorhin Gesagten bedarf es kaum noch der ausdrücklichen Feststellung, daß der Bestand des hier als bedingend bezeichneten Rechtssatzes nicht die einzige Entstehungsbedingung des durch ihn bedingten Rechtssatzes zu sein braucht, sondern daß es für die Kennzeichnung eines Rechtssatzes als bedingend genügt, wenn er in der Aktreihe dem Rechtssatz, zu dem er erkenntnismäßig in Beziehung gesetzt ist, einfach vorgelagert ist. Mittelbar kann ein Rechtssatz durch eine Vielzahl von Teilakten bedingt sein, die nicht jeder für sich allein einen Rechtssatz ausmachen, sondern erst in ihrer Summe die Formerfordernisse eines Rechtssatzes erfüllen.

Zwischen den einzelnen derart verketteten Rechtssätzen besteht nicht etwa bloß zeitliche, sondern insbesondere auch logische Priorität bzw. Posteriorität. Insoferne, als ein Rechtssatz nicht ohne den vorgängigen Rechtssatz gedacht werden kann, also ihm seine Geltung verdankt, kann er als der höhere und der von ihm abhängige Rechtssatz als der niedrigere Rechtssatz oder mit den Ausdrücken Bierlings²⁾ als superordinierte bzw. subordinierte Norm beurteilt werden. Als

¹⁾ Die Einheit des Rechtes und das soziale Sinngebilde Staat, Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, 4. Jhg., 1930, S. 58 ff. — der tiefstgründige kritische Beitrag zur Lehre des rechtlichen Stufenbaues.

²⁾ Juristische Prinzipienlehre, 1894.

höher wird somit hier ein Rechtssatz qualifiziert, ohne dessen Existenz bestimmten Handlungen gar nicht der Sinn eines Rechtssatzes beigelegt werden könnte, und zwar kommt ihm selbstverständlich dieser höhere Rang nur im Verhältnis zu jenem Rechtssatz zu, der durch die Entsprechung mit ihm Rechtssatzcharakter annimmt. Die Reihe bedingender und bedingter Rechtssätze stellt sich demnach als eine Rangreihe, bildlich gesprochen als Hierarchie höherer und niedrigerer Akte dar.

Rangunterschiede, welche eine Qualifikation der Akte als relativ höhere und niedrigere zulassen, stellen sich jedoch nicht bloß unter dem Gesichtspunkt einer logischen Beurteilung ihrer Abhängigkeitsbeziehungen, sondern auch einer juristischen Beurteilung ihrer rechtsetzenden Fähigkeit heraus. Ein Rechtssatz, der gegenüber einem anderen Rechtssatz derogierende Kraft hat, während dieser andere Rechtssatz ihm gegenüber keine derogierende Kraft hat, ist aus diesem Grunde von höherem Rang und der derogierbare Rechtssatz im Vergleich mit dem derogierenden Rechtssatz von niedrigerem Rang. Wenn dagegen — zum Unterschied von den besprochenen Fällen bloß einseitiger Derogierbarkeit — zwei Rechtssätze gegenseitig derogierbar sind, so ist dies Erkenntnisgrund ihres gleichen Ranges. Z. B. ist das Verfassungsgesetz von höherem Rang als das einfache Gesetz, das Grundsatzgesetz von höherem Rang als das Ausführungsgesetz, das einfache Gesetz wiederum und im besonderen das Ausführungsgesetz von höherem Rang als die Vollzugsverordnung, das Gesetz und die Vollzugsverordnung von höherem Rang als das Gerichtsurteil und der individuelle Verwaltungsakt, wenn und weil der jeweils zuerst genannte dem jeweils an zweiter Stelle genannten Akte derogieren kann, jedoch nicht umgekehrt. Und ein Bundes- und Landesgesetz oder ein einfaches Gesetz und eine sogenannte selbständige Verordnung sind darum als ranggleich zu erkennen, weil sie einander gegenseitig derogieren können.

Wenn der Behauptung von Über- und Unterordnung von Gesetz und Verordnung überhaupt jeder Sinn abgesprochen oder nur der sehr eingeschränkte Sinn von Beziehungen von Deutungsschematen und Akten, in denen sich das Verhältnis von Gesetz und Verordnung aufbaue, zugebilligt wird, so wird m. E. die verfassungsgesetzliche Bedingtheit von Verordnungen durch das Gesetz und außerdem die Eigenschaft des Gesetzes, einseitig der Verordnung zu derogieren, übersehen. Aus der bloßen Tatsache, daß eine Rechtsquelle bestimmter Rechtssatzform nebeneinander eine Mehrzahl von Akten verschiedener Rechtssatzform vorsieht, folgt mit nichts deren Ranggleichheit; vielmehr muß deren Rangverhältnis erst aus den rechtlichen Bedingungen, von denen die Setzung dieser verschiedenen Akte abhängig gemacht wird, und der rechtlichen Kraft, die ihnen von der konstituierenden Rechtsquelle zugemessen wird, ermittelt werden und dann wird sich mitunter eine Rangdifferenzierung dieser scheinbar auf gleicher Stufe zugelassenen Akte herausstellen. Wenn die Verfassung als Rechtsquellen nebeneinander Gesetze, Staatsverträge und Verordnungen vorsieht, so kann interpretativ die Gleichordnung der in ihnen enthaltenen Rechtssatz-

formen angenommen werden, und zwar sowohl in dem Sinne, daß keine dieser Rechtssatzformen durch den Bestand eines Aktes einer anderen bedingt ist, sondern daß jede unmittelbar auf Grund der Verfassung in Erscheinung treten kann, als auch in dem Sinne, daß jeder Akt der einen Rechtssatzform einem beliebigen Akte der anderen Rechtssatzform derogieren kann. Wenn aber Verordnungen von der Verfassung nur mit der Maßgabe zugelassen werden, daß sie auf Grund eines (scilicet einfachen) Gesetzes zu erlassen sind, dann ist durch eine solche zusätzliche Verfassungsbestimmung das im Zweifel bestehende Koordinationsverhältnis zwischen den beiden Rechtsquellen in ein Subordinationsverhältnis abgebogen. Denn damit ist der Verordnung, soweit nicht ausnahmsweise verfassungsunmittelbare Verordnungen vorgesehen sind, die Schranke gesetzt, daß sie nur auf Grund eines einfachen Gesetzes in Erscheinung treten darf. Die ausnahmsweise verfassungsrechtliche Verleihung der Gesetzeskraft an bestimmte Verordnungstypen läßt des weiteren den Schluß *a contrario* zu, daß anderen Verordnungen Gesetzeskraft mangelt, daß sie also zwar von Gesetzen aufgehoben oder abgeändert werden können, dagegen selbst diese rechtliche Kraft nicht haben. Damit ist interpretativ für eine mehr oder minder große Gruppe der Verordnungen die Unterordnung unter das Gesetz auch in dem weiteren Sinne der überwiegenden rechtlichen Kraft des Gesetzes (des sogenannten Gesetzesvorranges) sichergestellt. Und zwar liegt unter den angegebenen verfassungsgesetzlichen Voraussetzungen Überordnung des Gesetzes über die Verordnung und Unterordnung der Verordnung unter das Gesetz nicht bloß in dem unbezweifelten Sinne vor, daß der Gesetzesinhalt allgemeiner als der ihm sachlich entsprechende Verordnungsinhalt, der Verordnungsinhalt dagegen spezieller als der ihm entsprechende Gesetzesinhalt ist — in dieser Spezialisierung des Gesetzesinhaltes erfüllt sich eben der Zweck der Verordnung —, sondern die Über- und Unterordnung ist vom Gesetz und von der durch einfaches Gesetzes bedingten Verordnung schlechthin auszusagen. Das logische Verhältnis der einzelnen Rechtssatzformen zueinander läßt sich eben nicht abschließend auf Grund der Tatsache, daß gewisse Rechtssatzformen nebeneinander in einer sie gemeinsam delegierenden Rechtsquelle genannt sind, ermitteln, vielmehr müssen alle positivrechtlichen Erfordernisse für das Funktionieren dieser Rechtsquellen bei der Bestimmung ihres logischen Verhältnisses berücksichtigt werden. Die dogmatische Gleichstellung der in einer Verfassungsurkunde institutionell eingeführten Rechtssatzformen beruht also auf einer Vernachlässigung der verfassungsgesetzlichen Bestimmungen über die Aktualisierung dieser Rechtssatzformen. Ähnlich wie die Verordnungen pflegen übrigens in Verfassungsurkunden auch schon individuelle obrigkeitliche Akte, namentlich Gerichtsurteile, gelegentlich auch verwaltungsbehördliche Entscheidungen und Verfügungen genannt und damit institutionell eingeführt zu werden und doch zweifelt niemand, daß damit nicht eine Koordination der Gerichtsurteile mit den Justizgesetzen intendiert ist, sondern daß Gerichtsurteile nur in den Fällen, Formen

und mit dem Inhalt in Erscheinung treten sollen, die das Gesetz zu bestimmen haben wird. Diese Bedingtheiten des Gerichtsurteils lassen es aber als dem Gesetz untergeordnet erscheinen. Endlich darf auch die von der Verfassungsurkunde vorgenommene Gliederung der Staatsfunktionen in Gesetzgebung, Justiz und Verwaltung nicht ohne weiteres im Sinne der Gleichordnung dieser Funktionen gedeutet werden; vielmehr ist der Grundsatz der Verfassung von der Gesetzmäßigkeit der Vollziehung Erkenntnisgrund der logischen Unterordnung aller Vollzugsakte, für die er Geltung beansprucht, unter das Gesetz.

Es wäre allerdings ein Mißverständnis, das Verhältnis zwischen jedem beliebigen bedingenden und bedingten Staatsakt dahin zu bestimmen, daß ein Akt der ersten Art in jeder Hinsicht einem Akte der zweiten Art übergeordnet, ein Akt der zweiten Art dem ihm vorgelagerten Akte erster Art untergeordnet sein müsse. Bierlings Lehre von den superordinierten und subordinierten Normen könnte leicht zu einem solchen Mißverständnis Anlaß geben, obwohl diesem Autor selbst ein solches Mißverständnis nicht zuzumuten ist. Abgesehen davon, daß die Abfolge bedingender und bedingter Akte im allgemeinen nur als eine Reihenfolge angesehen werden darf und die Deutung bedingender und bedingter Akte als Rangordnung nur dann Sinn hat, wenn die in dieser Reihenfolge auftretenden Akte Normcharakter haben, braucht der durch das Verhältnis der Bedingtheit begründeten Rangordnung durchaus nicht immer eine gleich gegliederte Rangordnung gemäß dem Ordnungsprinzip der rechtlichen Kraft der in Vergleich gestellten Rechtsnormen zu entsprechen. Ein bedingender und darum in gewissem Sinn dem bedingten Akt übergeordneter Akt kann zugleich in anderem Sinn dem bedingten Akt untergeordnet sein, wenn dieser ihm gegenüber derogatorische Kraft hat, während dem bedingenden Akt dieselbe derogatorische Kraft gegenüber dem bedingten Akt fehlen kann. An den Einwänden Voegelins gegen die neue Rechtsquellenlehre ist jedenfalls auch der Vorwurf zutreffend, daß sie ursprünglich solche im Vergleiche mit der normalen Aktfolge gegenläufige Erscheinungen, namentlich das stufenweise Ansteigen der Prozeßakte zu jeweils höheren Akten nicht entsprechend klassifiziert hat. Es darf aber darauf verwiesen werden, daß das von Voegelin aufgerollte Problem bereits in meiner „Lehre von der Rechtskraft“ (1923) aufgeworfen und dort in Konsequenz meiner Lehre vom Stufenbau im Sinne einer Überordnung des Aktes der jeweils niedrigeren Instanz im Vergleiche mit dem Akte der jeweils höheren Instanz gelöst wurde. „Gleicherweise ist z. B. auch der individuelle Akt, etwa das Gerichtsurteil oder eine verwaltungsbehördliche Verfügung der sogenannten (in der Behördenhierarchie gesehen) niedrigeren Instanz die Voraussetzung des korrektiven Aktes der nächsthöheren Instanz, so daß die für den Prozeß charakteristische Hierarchie der Prozeßakte im entgegengesetzten Sinne verläuft, als es die Hierarchie der am Prozeß beteiligten Organe vermuten läßt“ (a. a. O., S. 215). Daran ist festzuhalten und nur zur Erklärung beizufügen, daß Erkenntnisgrund für

die Überordnung des Aktes niederer Instanz im Vergleich mit dem Akte höherer Instanz die mit aller Deutlichkeit zum Ausdruck gebrachte Tatsache ist, daß der Akt der Rechtsmittelinstanz den Akt der ersten Instanz zur Voraussetzung hat. Der Hinweis auf die entgegengesetzte dienstliche Rangordnung der am Prozeß beteiligten Organe — worauf übrigens die zitierte Stelle ausdrücklich Bezug nimmt —, vermag wohl die aus anderen Erkenntnisgründen geschöpfte Rangordnung von Staatsakten nicht ins Gegenteil zu verkehren. Daß ein Rat beim Landesgericht oder gar beim Obersten Gerichtshof weit über einem einfachen Bezirksrichter steht, drückt sich im Gehalt, im Dienstrang und manchen anderen Dingen, aber doch nicht automatisch in den Agenden dieser verschieden-rangigen Organe aus, so zwar, daß der höheren Rangsklasse oder Besoldungsstufe des Organs immer auch die höhere Rangsstufe des Aktes, an dem das höhere Organ beteiligt ist, entsprechen müßte und umgekehrt. In dem erörterten Einwand steckt aber unstreitig ein richtiger Kern, nämlich die bisher nicht entsprechend gewürdigte Tatsache, daß zwischen den Prozeßakten mehrerer Instanzen nicht nur unter dem einen Gesichtspunkt eine Überordnung des Aktes der sogenannten unteren Instanz über den Akt der höheren Instanz, sondern daß andererseits unter einem anderen Gesichtspunkt eine Überordnung des Aktes der Rechtsmittelinstanz über den Akt der ersten Instanz zu erkennen ist. Nur ergibt sich dieses Über- und Unterordnungsverhältnis der Akte nicht aus der Überordnung der am Akt beteiligten Organe der Rechtsmittelinstanz über die Organe der ersten Instanz, sondern aus der in der Prozeßordnung begründeten derogatorischen Kraft der Rechtsmittelerledigung gegenüber dem Akt der ersten Instanz.

Die Frage, wodurch sich ein Akt, der mit dem Anspruch des Staatsaktes auftritt, und im besonderen eine Norm, die als Rechtsnorm Geltung beansprucht, als einer bestimmten Rechts- und Staatsordnung zugehörig erweist und welchen systematischen Ort der fragliche Staatsakt oder Rechtssatz im System der Staatsakte oder Rechtssätze einnimmt, beantwortet sich danach, ob und welchen Bedingungen der Setzung von Rechts- und Staatsakten er entspricht. Die Abhängigkeitsbeziehung zu einem anderen Akt, der Bedingungen für die Erzeugung gewisser Akte aufstellt und sich somit als deren Erzeugungsregel darstellt, letztlich die Abhängigkeitsbeziehung zu einem Akte, der Bedingungen für die Entstehung anderer Akte aufstellt, ohne selbst wiederum in gleicher Weise bedingt zu sein, ist Erkenntnisgrund der Zugehörigkeit des fraglichen Aktes zu jenem Ordnungssystem, das in dem nicht weiter ableitbaren Akt seinen Ursprung hat. Aus diesem Ursprungsakt entlehnt ein mehr oder minder großer Kreis weiterer Akte ihre Geltung, indem sie die Bedingungen des Ingeltungtretens erfüllen, die in bedingenden Akten, letztlich in dem nicht weiter bedingten, also Ursprungsakte, aufgestellt sind. Die Beziehung zwischen dem bedingenden und bedingten Akte wurde in der bisherigen Literatur meist als Verweisung oder Delegation bezeichnet und die logische Beziehung zwischen diesen beiden Akten als „Delegationszusammenhang“ erklärt. Gegenüber Bemänge-

lungen dieser Terminologie ist festzustellen, daß damit nichts anderes gemeint sein soll und darf, als daß gewisse Akte formell und materiell bestimmten Bedingungen entsprechen, die in anderen Akten aufgestellt sind, und entsprechen müssen, um als systemzugehörig erkannt werden zu können. Recht und Staat sind zum Unterschiede von manchen Ordnungen — etwa einer ewigen Moralordnung oder Religionsordnung — nicht inhaltlich geschlossen und unverrückbar, sondern wandlungs- und entwicklungsfähig. Diese Wandlung und Entwicklung geht nun aber nach Regeln vor sich, die in dem jeweils gegebenen Rechtsnormenbestande angelegt sind und deren Erfüllung Bedingung des Inerscheintretens — soweit es sich wiederum um Normen handelt, des Ingeltungtretens — weiterer derselben Ordnung angehöriger Akte ist. Allerdings ist nicht jeder für einen anderen Akt bedingende Akt im Verhältnis zu diesem Akte ein delegierter Akt und nicht jeder durch einen anderen Akt bedingter zugleich ein von ihm delegierter Akt. Jeder rechtliche Delegationszusammenhang verbindet zwar einen bedingenden mit einem bedingten Akte, doch nicht zwischen jedem bedingenden und bedingten Akte besteht ein unmittelbarer Delegationszusammenhang. Der Delegationszusammenhang zwischen zwei Akten ist eine qualifizierte Bedingtheit. Beispielsweise ist eine sogenannte Vollzugsverordnung durch die Verfassung delegiert, insofern als die Verfassung die Rechtssatzform der Vollzugsverordnung vorsieht und die Bedingungen ihres Inslebens-tretens — unter anderem ein die fragliche Materie regelndes einfaches Gesetz — vorschreibt. Somit ist eine Vollzugsverordnung unter der Voraussetzung einer Generalvollmacht in der Verfassung zur Erlassung von Vollzugsverordnungen auf Grund von (einfachen) Gesetzen nicht erst durch das einfache Gesetz, „auf Grund“ dessen es ergeht, sondern bereits durch die Verfassung „delegiert“. „Bedingt“ ist aber die fragliche Vollzugsverordnung nicht bloß durch die Verfassung, die bereits die Bedingungen des Inerscheintretens der Verordnung aufgestellt hat, sondern auch durch das einfache Gesetz, das im Sinne der Verfassung ihre Grundlage sein soll, das sie näher auszuführen bestimmt ist. Die häufige Gleichsetzung von Bedingtheitsverhältnis und Delegationszusammenhang zwischen Rechtserscheinungen geht also zu weit.

Zwischen bedingender und bedingter Rechtserscheinung besteht zwar nur möglicherweise der eben erörterte Verweisungszusammenhang, dagegen notwendig ein Erzeugungszusammenhang in dem Sinne, daß der bedingte Akt nicht bloß immer erst nach dem bedingenden, sondern auch aus dem bedingenden Akte erzeugt wird. Die Summe der bedingenden Akte sind das Material, aus dem der bedingte Akt gestaltet wird, und zwar die objektive Komponente neben der subjektiven des Organwillens. Diesen Zusammenhang zwischen bedingenden und bedingten Akten bringt der von Kelsen eingeführte Ausdruck „Erzeugungsregel“ zum Ausdruck, worunter die Summe der für einen anderen Akt bedingenden Akte zu verstehen ist. So stellt sich die Verfassung als die Erzeugungsregel der Gesetzgebung, stellen sich Verfassung und Gesetze als die Erzeugungsregeln von Verordnungen, formelle und materielle

Justiz- und Verwaltungsgesetze als die Erzeugungsregeln der Gerichts- und Verwaltungsakte wie auch sogenannter Privatrechtsgeschäfte dar. Eine scheinbare Ausnahme von der Regel, daß die bedingenden Akte Erzeugungsregeln für bedingte Akte sind, ist die Tatsache der Rechtsrezeption, die ja den Sinn des Verzichtes auf selbständige Rechtsproduktion hat. Doch ist auch der Rezeptionsakt selbst ein rechtlich bedingter Akt, der nach einer bestimmten Erzeugungsregel vor sich geht. Nach den Rechtserzeugungsregeln der Verfassung ist es meistens gleichgültig, woher der normale Rechtserzeuger den Stoff der von ihm gesetzten Rechtsregeln nimmt. Zwischen Neuproduktion von Recht und Rechtsrezeption besteht ein psychologischer oder soziologischer, aber kein juristischer Unterschied. Aus dem soeben angedeuteten Erzeugungszusammenhang, der zwischen jeder bedingenden und von ihr bedingten Rechtserscheinung besteht, erklärt sich erst die Redewendung von der (stufenweisen) Selbsterzeugung des Rechtes. In diesem Sprachgebrauch drückt sich nicht etwa ein juristischer Wunderglaube aus, der an die Stelle des rechtsproduktiv tätigen Menschen etwa einen rechtlichen *deus ex machina* setzt. Die rechtswissenschaftliche Erkenntnis der Selbsterzeugung allen Rechtes stützt sich auf die Erfahrungstatsache, daß die Rechtsordnung aus zwei inhaltsverschiedenen Bestandteilen besteht: einerseits aus Regeln menschlichen Verhaltens, andererseits aus Regeln, die die Aufstellung, Formung, kurz die Erzeugung dieser Verhaltensregeln regeln: das ist, auf eine vereinfachende Formel gebracht, der Unterschied von materiellem und formellem Recht. Innerhalb der bestehenden Rechtsordnung geht ihre Umbildung und Weiterbildung nur nach immanen Rechtsgesetzen vor sich. Es folgt dies aus der logischen Geschlossenheit und Undurchdringlichkeit, die die Rechtsordnung mit jedem Normensystem teilt. Mangels solcher Rechtserzeugungsregeln wäre die einmal gegebene Rechtsordnung absolut starr und es wäre nur rechtliche Statik, keine rechtliche Dynamik denkbar; eine allerdings nur hypothetische Vorstellung, weil das Recht Rechtsleben, also Bewegung bedingt, anders ausgedrückt, weil es eine wesentlich dynamische Ordnung ist. Diese Selbsterzeugung des Rechtes, und zwar der bedingten durch die bedingenden Rechtserscheinungen, wird durch den persönlichen Faktor der Rechtserzeugung, durch das zur Rechtserzeugung berufene Organ, nicht in Frage gestellt, denn das zu jedweder Rechtserzeugung, ja jedweder rechtlich relevanten Handlung — eben wegen der Handlungsnatur aller Rechtserscheinungen — unentbehrliche Organ ist nur ein von der Rechtsordnung selbst beigestelltes Instrument der Rechtserzeugung und sein Organhandeln eine der von einer delegierenden Rechtsnorm, der sogenannten Kompetenznorm, gesetzte Bedingung der Erzeugung rechtlich relevanter Akte. Und wie ein Mensch nur durch eine derartige ihn zur Rechtserzeugung delegierende Kompetenznorm als Organ und im besonderen als Rechtserzeuger legitimiert ist, so weist sich bestimmtes menschliches Handeln nur durch die Beobachtung sämtlicher im bedingenden Rechtsbereich beschlossenen Rechtserzeugungsregeln als Rechtserzeugnis, im besonderen als Rechts-

norm aus. Mit emanatistischer Logik, mit der diese Auffassung von der Aufgabe der Rechtswissenschaft in Zusammenhang gebracht wurde, hat sie nichts zu tun. Hier wird nicht von der Rechtswissenschaft — unter Überschreitung ihrer mit aller Wissenschaft gemeinsamen bloßen Erkenntnisfunktion — Recht konstruiert, sondern nur erkenntnismäßig überprüft, ob wirklich Rechtserzeugungsorgane am Werke waren und ob sie gemäß den Rechtserzeugungsregeln wirklich Recht erzeugt haben. Der Verzicht auf solche Scheidung von Recht und Nichtrecht wäre ein Abzizieren aller Rechtswissenschaft.

Die Erzeugung der bedingten Akte ist, sub specie der bedingenden Akte gesehen, Rechtsanwendung. Dieser Ausdruck war zunächst nur für die Funktion des Richters gebräuchlich, der einen konkreten Tatbestand unter eine abstrakte Rechtsnorm subsumiert. Es mußte aber willkürlich erscheinen, diesen Ausdruck und Begriff auf den Erzeugungsweg zu beschränken, der just nur zwei aus der kontinuierlichen Aktreihe herausgegriffene Staatsakte, wie Gesetz und Urteil sowie allenfalls Gesetz und Verwaltungsakt, verbindet. Die Einsicht in die Vielfältigkeit dieses Prozesses im gesamten Rechtsbereich hat die Reine Rechtslehre zu einer Erweiterung des Begriffes der Rechtsanwendung (oder des Rechtsvollzuges) gleich dem der Rechtserzeugung — wie übrigens auch anderer Begriffe, namentlich der Rechtskraft — veranlaßt. Wenn die Setzung der im Gesetz angelegten Bedingungen eines Richterspruches die richterliche Gesetzesanwendung ist, dann ist die gesetzgeberische Setzung der in der Verfassung angelegten Bedingungen eines Gesetzes Verfassungsanwendung und die Setzung der im Urteil, wie übrigens teilweise unmittelbar im Gesetz angelegten Bedingungen eines Vollstreckungsaktes Urteilsvollzug usw. Jedes Fortschreiten von einem bedingenden zu einem bedingten Akte ist ein Fall der Rechtsanwendung, wobei Gegenstand der wenigstens mittelbaren Anwendung die Summe der dem Anwendungsakte vorgelagerten Akte ist, aber selbst Gegenstand der unmittelbaren Anwendung nicht bloß der unmittelbar vorgelagerte Akt, sondern auch (scheinbar) entferntere Akte sein können; der Exekutionsbeamte wendet z. B. unmittelbar nicht bloß das richterliche Urteil an, das die Firma X zur Zahlung eines Kaufpreises von 1000 S verpflichtet, indem er Waren in diesem Werte pfändet, sondern auch die Bestimmungen der Exekutionsordnung, die das Verfahren der Pfändung regeln.

Der Prozeß der Rechtsanwendung läuft dem Prozesse der Rechtserzeugung parallel, und zwar derart, daß mittels jedes normativen Aktes der Rechtsanwendung ein neuer Rechtssatz (oder ein Komplex von Rechtssätzen) erzeugt wird. Eine völlige Kongruenz der Bereiche der Rechtserzeugung und Rechtsanwendung ist indes ausgeschlossen. Es muß Fälle der Rechtsanwendung geben, die nicht zugleich solche der Rechtserzeugung sind: Alle vermeintlich rein tatsächlichen, in Wirklichkeit zwar rechtserheblichen, aber nicht mehr rechtssetzenden Staatsakte, namentlich Zwangsvollstreckung und Strafvollzug, sind zwar Akte der Rechtsanwendung, aber nicht mehr der Rechtserzeugung.

Für den schrittweisen Prozeß der Rechtserzeugung und Rechtsanwendung sind in der Reinen Rechtslehre die Ausdrücke Rechtskonkretisierung und Rechtsindividualisierung gebräuchlich geworden, von denen der zweite bei weitem den Vorzug verdient. Der Kritik an dieser Charakterisierung des Weges der Rechtserzeugung und Rechtsanwendung ist so viel zuzubilligen, daß nicht jeder rechtsordnungsmäßig vorgesehene und unternommene Schritt den Charakter der Konkretisierung und Individualisierung einer allgemeineren und abstrakteren Norm hat. Das Gesetz ist zwar individueller als die Verfassung, das Ausführungsgesetz individueller als das Grundsatzgesetz, die Verordnung individueller als das Gesetz, die Verordnung der Unterbehörde individueller als die der Oberbehörde, zu deren näherer Ausführung sie ergeht, das Urteil individueller als das Gesetz, das es auf den Einzelfall anwendet, ja selbst der Exekutionsakt unter Umständen noch individueller als das Urteil, das noch verschiedenen Vollstreckungsmöglichkeiten Raum gibt. Dagegen sind selbstverständlich die Urteile der verschiedenen Instanzen gleich individuell. Die Abstufung von generell und individuell bezieht sich in der beispielsweise vorgeführten Aktreihe natürlich nicht auf die Aktindividuen — denn diese sind in allen Fällen gleich individuell und einer Steigerung der Individualität nicht fähig —, sondern auf den Inhalt, im besonderen auf den Anwendungs- und Befolungsraum, auf den Kreis der zur Anwendung und Verfolgung verpflichteten Personen, der selbstverständlich einer schrittweisen Verengung zugänglich ist. Die ungeheure Komplikation des Rechtsverfahrens hat aber dazu geführt, in dieses einzelne Stadien einzuschalten, die überhaupt nicht der Funktion der schrittweisen Individualisierung des Rechtes dienen — die der eigentliche Sinn des Rechtsverfahrens ist —, sondern nur Hilfsfunktionen, wie etwa die Kontrolle der bisherigen Verfahrensakte usw., versehen. Und so darf man die Rechtserzeugung und Rechtsanwendung im ganzen und in ihren Teilakten a potiori mit Recht als Konkretisierung und Individualisierung des Rechtes charakterisieren.

Das vorangeführte schrittweise Rechtsverfahren und sein Ergebnis, die einander bedingenden und voneinander bedingten Rechtsakte regen zu Vergleichen mit verwandten Erscheinungen der Erfahrungswelt an. Unter den zum Vergleich herangezogenen Bildern, wie dem einer Kette, eines Stammbaumes oder Wasserlaufes, eines technischen Produktionsprozesses usw., ist wohl das einer Stufenfolge, eines Stufenbaues, das schmuckloseste, aber sinnfälligste und bezeichnendste. So kam man dazu, die erfahrungsmäßige Erscheinung, daß die Rechtserscheinungen oder Staatsakte nicht einförmig, sondern in den verschiedensten Erscheinungsformen zutage treten, deren jeweils eine bedingend, deren nächste bedingt ist, als rechtlichen Stufenbau zu bezeichnen. Dieses Bild rückt den Rangunterschied oder Höhenunterschied, der für gewisse dieser aneinandergereihten Akte, nämlich für die in diese Aktreihe eingereihten Akte von Rechtssatzqualität bezeichnend ist, ins Licht. Man kann zwar feststellen, daß ein Verfassungsgesetz von höherem Rang als ein einfaches Gesetz, ein Gesetz von höherem Rang als eine Durch-

führungsverordnung, der Akt letzter Instanz von höherem Rang als der erster Instanz ist. Schlechterdings sinnlos wäre es aber, der Einbringung eines Gesetzentwurfes im Parlament einen „höheren Rang“ als der Kundmachung des Gesetzesbeschlusses oder der Ausschreibung einer Gerichtsverhandlung einen höheren Rang als deren Schließung zuzuschreiben. Daher bildet nicht jeder Teilakt des Rechtsverfahrens je eine Stufe des rechtlichen Stufenbaues, sondern nur ein solcher Teilakt, dem normative Bedeutung innewohnt. Die Tatsache, daß für die soziologische Betrachtung nur Deutungsschemata und ihnen entsprechende Akte gegeben sind, die Erkenntnis gewisser qualifizierter Akte dieser Aktreihe als Rechtsnormen jedoch verschlossen ist, wenn sie dem Denkgesetze der Methodenreinheit treu bleiben will, erklärt wohl auch die Abneigung soziologischer Rechtsbetrachtung gegen das Bild des rechtlichen Stufenbaues, ohne indes die Leugnung der mit diesem Bilde ausgedrückten rechtswissenschaftlichen Erkenntnis zu rechtfertigen¹⁾.

Die Rechtsnormen verschiedener Stufen sind begrifflich gleicherweise Rechtsnormen, gleichwertige Realisierungen der Rechtsidee. Sie unterscheiden sich aber nicht bloß durch die schrittweise Differenzierung des Norminhaltes, sondern auch durch ihre verschiedenen Geltungsbedingungen und ihre verschiedene Geltungskraft. Ein Gesetz z. B. verdankt seine Geltung bloß der Verfassung, dagegen ein Gerichtsurteil oder ein Verwaltungsakt nicht bloß der Verfassung, sondern auch Akten von Gesetzesstufe. Und ein Gesetz kann sowohl einem Gesetze als auch einer Vollzugsverordnung, eine Vollzugsverordnung aber nur einer anderen Vollzugsverordnung derogieren. Diese wenigen Beispiele zeigen, daß zwischen den Rechtsnormen verschiedener Stufe nicht bloß förmliche und inhaltliche Unterschiede, sondern auch Rangunterschiede bestehen, die die Reihe der Rechtssatzformen stufenförmig gegliedert erscheinen lassen. In der Rechtswelt herrscht nicht bloß — zwischen einzelnen Rechtssatztypen — Gleichordnung, sondern auch — zwischen anderen Rechtssatztypen — Über- und Unterordnung. Für diese ist der rechtliche Stufenbau das sprachliche Bild. Die systematische Stellung der einzelnen Rechtssatzformen im Stufenbau des Rechtes ist je nach den verschiedenen denkbaren und positiv-rechtlich verwirklichten Rangordnungsprinzipien wandelbar, so zwar, daß eine bestimmte Rechtssatzform der rechtlichen Kraft nach auf einer anderen Stufe stehen kann als nach dem Rangordnungsprinzip des Grades rechtlicher Bedingtheit. Es können sich demnach selbst innerhalb ein und derselben Staatsrechtsordnung mehrere rechtliche Stufenfolgen mit verschiedener Reihung der Rechtsstufen herausstellen.

¹⁾ Die Erkenntnismöglichkeiten der Rechtswissenschaft und Gesellschaftslehre sind eben verschieden und die Rechtswissenschaft muß sich gegen den Einbruch der Soziologie verwahren, die ihr verwehren möchte, in der Reihung der Rechtserscheinungen mehr als eine Folge von Deutungsschematen und Akten zu erkennen. Für eine Kritik solch simplifizierenden Verfahrens einer sei es auch noch so geistreichen und originellen soziologischen Rechtsbetrachtung ist hier nicht der Raum.

Die Tatsache des rechtlichen Stufenbaues, als einer spezifischen Beziehung von Rechtssatzformen, ist jedoch, mag sie auch, wie nur selbstverständlich, einer soziologischen Betrachtung nicht offenbar sein, der Rechtswissenschaft unverlierbar gegeben und zur Analyse, die in diesem Rahmen nur angedeutet, nicht ausgeführt werden konnte, aufgegeben.

VI. Folgerungen aus der Erkenntnis des rechtlichen Stufenbaues

Die Erkenntnis der Rechtsordnung als eines Stufenbaues höherer und niederer Rechtssatzformen wirkt sich auf eine Reihe weiterer Problemkomplexe der Rechtswissenschaft aus. Eine Skizze der Lehre vom Stufenbau muß sich freilich in dieser Richtung auf beispielsweise Andeutungen beschränken, deren Zweck lediglich der sein kann, die heuristische Tragweite der Theorie des Stufenbaues zu belegen. Die Umdeutung des ursprünglich angenommenen Komplexes koordinierter in einen Komplex über- und untergeordneter Rechtssätze, also eine gewissermaßen dreidimensionale Konstruktion des Rechtssystems an Stelle der ursprünglich zweidimensionalen Konstruktion, muß eine tiefer greifende Revision des Rechtsbildes mit sich bringen, von dem an dieser Stelle nur einige Konturen gezeichnet werden sollen.

Die Erkenntnis des rechtlichen Stufenbaues beeinflusst die ganze Lehre von den Staats- und Rechtsfunktionen, denn diese Funktionen erscheinen in ihrem Lichte durchaus durch andere Funktionen bedingt und wiederum für andere Funktionen bedingend. Man kann die Lehre des rechtlichen Stufenbaues geradezu als neue Sinnggebung der Staatsfunktionen erklären. Kelsens Lehre von der rechtlichen Dynamik, die das dritte Buch der „Allgemeinen Staatslehre“ einnimmt, ist der sprechendste Beleg für eine an der Einsicht in den rechtlichen Stufenbau orientierten Theorie der Staatsfunktionen. An die Stelle der früheren Gliederung der Staatsfunktionen nach deren Form und Inhalt setzt die Lehre vom rechtlichen Stufenbau eine Gliederung der Staatsfunktionen nach ihrer gegenseitigen logischen Beziehung. Die formellen und materiellen Unterschiede der Normen bieten sich sodann nur als Mittel für eine weitere Kategorisierung der stufenförmig gelagerten, strukturell artgleichen Rechtssätze dar.

Die Lehre von den Staatsgewalten — als einem mißverstandenen Teilproblem der Funktionslehre — isoliert im Gesamtgebiete der Staatsfunktionen drei Funktionskomplexe und hypostasiert sie zu voneinander unabhängigen und ebenbürtigen Gewalten, geradezu zu einer Dreieinigkeit der Staatsperson, wodurch die Systemeinheit des Staates zerrissen wird. Die Erkenntnis des rechtlichen Stufenbaues löst die durch die Gewaltenteilungstheorie aus politischen Gründen zerrissenen und einander entfremdeten Erscheinungen der einzelnen Staatsgewalten in kontinuierliche Reihen von Staatsfunktionen auf. Einerseits stellen sich die als koordiniert gedachten Äußerungen der einzelnen Staatsgewalt als stufenförmig gegliederte Aktreihen heraus, z. B. Verfassung,

verfassungsänderndes Gesetz, Grundsatzgesetz, Ausführungsgesetz, oder Ministerialverordnung, Verordnung der Landesbehörde, Verordnung der Bezirksbehörde, Entscheidung der Bezirksbehörde, der Landesbehörde und des Ministeriums; andererseits treten selbst die als koordiniert gedachten Funktionskomplexe der Gesetzgebung einerseits, Vollziehung in Gestalt der Justiz und Verwaltung andererseits zueinander in ein stufenförmiges Über- und Unterordnungsverhältnis. Was man als Staatsgewalten isoliert und hypostasiert, sind also nur nach bewußten oder unbewußten politischen Gesichtspunkten gruppierte Komplexe von Staatsfunktionen, deren Grenzerscheinungen als unmittelbar bedingende und bedingte Akte einen Zusammenhang zwischen den Funktionskomplexen herstellen. Die sogenannten Staatsgewalten sind also Schichten des rechtlichen Stufenbaues, die nicht das Recht, sondern nur die Rechtswissenschaft voneinander geschieden hat. Diese Schichtung muß sich für die Rechtswissenschaft dadurch rechtfertigen können, daß die im Funktionskomplex der einzelnen sogenannten Staatsgewalt zusammengefaßten Staatsfunktionen miteinander näher verwandt sind als mit den Staatsfunktionen eines der beiden anderen Funktionskomplexe. Die darauf bezügliche Untersuchung der zur Gesetzgebung, Gerichtsbarkeit und Verwaltung gerechneten Funktionen würde in diesem Rahmen zu weit führen, doch sei das Ergebnis angedeutet, daß diese Dreiteilung der Staatsfunktionen im Staat mit parlamentarischen Einrichtungen und den damit gegebenen Gesetzesformen durch die Rechtslage zwar gerechtfertigt erscheint, daß jedoch die vermeintlich im Begriff des Staates begründete Dreiteilung der Staatsfunktionen positivrechtlich gewillkürt ist und daß es sich um rechtsinhaltliche Unterschiede handelt, die noch dazu die einzelnen Akttypen der Funktionskomplexe so verwandt erscheinen lassen, daß die Zuordnung zur einen oder anderen Gruppe in den Grenzfällen geradezu willkürlich erscheint.

Das Problem der gesetzmäßigen Verwaltung sei aus dem Problemkreis der Staatsfunktionen und im besonderen der drei Staatsgewalten noch besonders hervorgehoben. Es zeigt sich an diesem Probleme, daß zwischen bestimmten Staatsfunktionen kein begriffsnotwendiges Verhältnis der Über- und Unterordnung besteht, sondern daß diese Beziehung immer nur positivrechtlich gestiftet wird. Nicht in der Natur der Gesetzgebung liegt ihr Vorrang vor der Verwaltung; er wird vielmehr nur dadurch hergestellt, daß die Rechtsordnung bestimmte Akte einer Art zur Voraussetzung von Akten einer anderen Art macht. Die Gesetzgebung wird nur dadurch und insoweit eine der Verwaltung übergeordnete Funktion, daß die Rechtsordnung einen mehr oder minder großen Bereich der Verwaltungstätigkeit, unter Umständen die Gesamtheit der Verwaltungstätigkeiten, von gesetzlicher Ermächtigung abhängig macht. Damit ist für das in dieser Weise bedingte Bereich der Verwaltung die Gesetzgebung als die höhere Stufe und die in dieser Weise bedingte Verwaltung als die niedrigere Stufe im System der Staatsakte gekennzeichnet. Der rechtliche Stufenbau ist nicht etwas Rechtsimmanentes, das die Rechtssetzung hinnehmen

müßte, sondern ist selbst ein willkürliches, verwandlungsfähiges Produkt der Rechtsordnung. Im Lichte der Lehre vom Stufenbau erscheint der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung als eine bald die partielle, bald die totale Unterordnung der Verwaltung unter die Gesetzgebung begründende Rechtsbestimmung.

Die traditionelle Staatsformenlehre operiert mit einem Wesensgegensatz zwischen Rechtserzeugung und Rechtsanwendung und lokalisiert die Rechtserzeugung wie selbstverständlich im Bereich der formellen Gesetzgebung. Versteht man die einzelnen Staatsformen als verschiedene typische Methoden der Staatswillensbildung und setzt man Staatswillensbildung mit formeller Gesetzgebung gleich, so werden die Unterschiede der Staatsformen ausschließlich und erschöpfend durch die staatenweisen Abweichungen in der Organisation und dem Verfahren der Gesetzgebung begründet. Erkennt man jedoch die Rechtserzeugung als einen stufenförmigen Prozeß, in dem die formelle Gesetzgebung nur Ausgangspunkt oder Durchgangspunkt, aber nicht Endpunkt ist, dann ist die Staatsform eines Staates nicht schon durch die positivrechtliche Gestaltung der Gesetzgebung, sondern erst durch Mitberücksichtigung der Erzeugungsregeln sämtlicher außergesetzlichen und im besonderen untergesetzlichen Rechtserzeugungsstufen erschöpfend bestimmt. Unter dem Einfluß dieser falschen, weil die Rechtssetzung mit einer einzigen Rechtssatzform gleichsetzenden Theorie hat denn auch die politische Praxis die Demokratie zunächst bloß durch eine Demokratisierung der Gesetzgebung zu verwirklichen versucht und tatsächlich verwirklicht. Wenn daraufhin die politische Praxis die Forderung nach einer Demokratisierung der Justiz und Verwaltung geprägt hat, so verbarg sich in dieser theoretischen Ahnungslosigkeit eine tiefe Wahrheit, die erst dank der Einsicht in die stufenförmige Rechtserzeugung in theoretisches Licht zu treten vermochte. Denn auch die Justiz und Verwaltung hat sie mit den diesen Funktionsbereichen eigentümlichen Rechtssatzformen als Wege der Staatswillensbildung aufgewiesen, die ebenso wie der ihnen vorgelagerte Weg der Gesetzgebung an rechtspolitischen Organisationsprinzipien von der Art der Demokratie oder Autokratie usw. orientiert sein können, ja an irgendeinem solchen Organisationsprinzip orientiert sein müssen. Und so ist es ein stark vereinfachendes, weil den Weg der Rechtserzeugung verkürzendes Verfahren, wenn man die einzelnen Staatsrechtsordnungen lediglich nach den Erzeugungsregeln der Gesetzgebung staatsformell klassifiziert und die Erzeugungsregeln der Justiz und Verwaltung einfach vernachlässigt. Dieses rechtstheoretisch jedenfalls unbegründete Verfahren wird dadurch nur einigermaßen praktisch gerechtfertigt, daß der durch die Erzeugungsregel der Gesetzgebung bestimmte staatsformelle Grundzug einer Staatsrechtsordnung durch die etwa abweichenden Erzeugungsregeln der Gerichtsbarkeit und Verwaltung nicht mehr einschneidend modifiziert, sondern nur in verschiedenen Richtungen nuanciert werden kann. Es wird gewissermaßen der durch den Stand der Gesetzgebung gegebene Staatsformtypus durch die verschiedenen Möglichkeiten der Regelung der

Justiz und Verwaltung näher charakterisiert und zugleich in eine Mehrzahl bis Vielzahl von Abarten differenziert. Im Lichte der Stufentheorie ergibt sich somit ein im Vergleiche mit der herrschenden Staatsformenlehre um vieles reicher gegliedertes und bunteres Schema der Staatsformen, was durch die Einbeziehung der mannigfachen Prozeßordnungen und Organordnungen der Justiz und Verwaltung in das zur Abstraktion der Staatsformen verwertete Rechtsmaterial wohl begreiflich wird. Die Kasuistik der Staatsformen wird bei Berücksichtigung der untergesetzlichen Rechtserzeugungsstufen insbesondere dadurch bereichert, daß die niederen Rechtserzeugungsstufen durchaus nicht von demselben Organisationsprinzip beherrscht sein müssen wie die höheren, sondern daß die Rechtsordnung auf ihren einzelnen Erzeugungsstufen zwischen den verschiedensten Organisationsprinzipien wechseln und sie im gesamten rechtlichen Stufenbau in beliebiger Weise dosieren kann. So kommt es ja häufig vor, daß in einer Staatsrechtsordnung, deren zentrale und allgemeine Gesetzgebung sich noch in ganz absolutistischen Formen abspielt, die lokale Verwaltung dank dem Eindringen des Laienelementes und des Wahlbeamten demokratische Gestalt annimmt; diese eigentümliche Mischung von Absolutismus und Demokratie weist bekanntlich der sogenannte absolute Staat auf, der dem demokratischen Prinzip in Gestalt der Selbstverwaltung Zugeständnisse gemacht hat. Erst die Einsicht in die — im Wesen gleich der Gesetzgebung — rechtssetzende Natur eines Ausschnittes der Selbstverwaltungsgeschäfte erlaubt und bedingt diese schlechthin als absolutistisch gekennzeichnete Staatsform als partiell demokratisch zu erkennen. Noch näher liegt uns die Erscheinung, daß eine im Bereich der Gesetzgebung radikal-demokratisch orientierte Rechtsordnung im Bereiche der Justiz und Verwaltung meist aus früheren Verfassungszuständen überkommene Organisationsformen und Verfahrensweisen aufweist, die einer anderen als der die Gesetzgebung beherrschenden Staatsform angehören; so übernimmt die plötzlich ins Leben tretende Demokratie — in Wirklichkeit nur eine Demokratie der Gesetzgebung — erfahrungsmäßig häufig von jener Staatsform, die sie ablöst, mehr oder minder unverändert die Erzeugungsregeln von Justiz und Verwaltung, um möglichst materielle Rechtskontinuität aufrechtzuerhalten, und versetzt dadurch die Rechtsordnung mit Elementen aus verschiedenen einander widersprechenden Staatsformen. Diese Mischung verschiedener Ideologien und ihrer rechtlichen Konkretisierungen ist selbstverständlich rechtslogisch und praktisch möglich, ja sogar unter Umständen sehr sinnvoll. Von der Tatsache, daß die Anreihung autokratischer Verfahrensstufen an eine demokratische Gesetzgebung im praktischen Ergebnis das demokratische Element zu verstärken geeignet ist, muß in diesem Zusammenhange völlig abgesehen werden. Übrigens würde auch eine entgegengesetzte Rolle solcher Einschläge aus verschiedenerlei Staatsformen und damit die Tatsache einer teilweisen Abschwächung des durch den demokratischen Charakter der Gesetzgebung bedingten staatsformellen Grundzuges einer Rechtsordnung die Möglichkeit und Wirklichkeit solcher positiv-

rechtlicher Mischungen von Staatsformen nicht ausschließen. Die bewußte Verwertung der Erzeugungsregeln der untergesetzlichen Rechtsstufen zur Einteilung und Klassifikation der Staatsformen ist übrigens geeignet, gewisse Einteilungen der herrschenden Staatsformenlehre, über deren juristischen Einteilungsgrund sie sich keine Rechenschaft gibt und die sie daher mit Vorliebe als „bloß politische Staatsformen“ kennzeichnet, zu verifizieren. Es stellt sich nämlich heraus, daß zwischen diesen vermeintlich bloß politischen Staatsformtypen auch juristisch faßbare Unterschiede bestehen, doch finden sich eben diese Unterschiede bloß in den untergesetzlichen Rechtsstufen und werden daher der herrschenden, auf die Gesetzesstufe eingestellten Staatsformenlehre nicht voll bewußt, sondern von ihr nur intuitiv eingesehen und sodann ohne zureichende Begründung zur Unterteilung der aus den Erzeugungsregeln des Gesetzes abstrahierten Staatsformen benutzt. Ein Beispiel für diese politische Umdeutung rechtlicher Unterschiede, die sich freilich außerhalb des zur Gewinnung der Staatsformtypen herangezogenen Rechtsbestandes finden, ist die Gliederung der beschränkten Monarchie in eine konstitutionelle und parlamentarische Erscheinungsform. Abgesehen von dem verschiedenen Maße des Anteils des Parlamentes an der Gesetzgebung, das einen juristisch allerdings schwer faßbaren Unterschied zwischen konstitutioneller und parlamentarischer Monarchie begründet, gibt es juristisch sehr wohl faßbare qualitative Unterschiede im Bereich der Vollziehung, die den genannten Staatsformtypen zugeordnet werden können. So kann man den Rechtsbegriff der konstitutionellen Monarchie als die Staatsform bestimmen, in der die Verwaltung außerhalb des der Prärogative des Staatsoberhauptes vorbehaltenen Kreises an Regierungsgeschäften dem Willen des Parlamentes unterstellt ist, selbstverständlich nicht in dem Sinne, daß bloß tatsächlich das geschieht, was das Parlament will, sondern in dem Sinne, daß der Wille des Parlamentes selbst in dem gesetzlich nicht determinierten Bereich der Verwaltung durch spezifische Rechtsgarantien, z. B. unbedingtes parlamentarisches Budgetrecht, verfassungsmäßig verankertes parlamentarisches Vertrauensprinzip, rechtlich maßgeblich gemacht ist; dagegen wäre die konstitutionelle Monarchie als die Staatsform zu bestimmen, in der die Verwaltung innerhalb des vom Gesetz umschriebenen Rahmens von Rechts wegen zur Disposition des Monarchen gestellt ist, der Monarch demnach den Charakter eines Chefs der Exekutive hat. Zwischen den soeben begrifflich geschilderten Staatsformtypen gibt es bekanntlich auch Übergangsformen, auf deren Begriffsbestimmung es hier nicht ankommt. Unsere beispieleweisen Begriffsbestimmungen sollten nur die Anwendungsmöglichkeit der Theorie des rechtlichen Stufenbaues in der Staatsformenlehre dartun, denn sie verwenden Begriffsmerkmale, die bei einer Beschränkung des Begriffes der Staatswillensbildung auf Akte der Gesetzgebung für die Begriffsbestimmung einer Staatsform unverwertbar sind, sich jedoch auf der Stelle aufdrängen, wenn man in der Verwaltung nur eine Fortsetzung der von der Gesetzgebung angebahnten Staatswillensbildung erkannt hat.

Die herkömmliche Zweiteilung des Rechtes in formelles und materielles Recht erfährt in Konsequenz der Stufentheorie eine gewisse Umdeutung. Die in der eindimensionalen Rechtsvorstellung so scharf — wenngleich mehr kodifikatorisch als begrifflich — geschiedenen Bereiche des formellen und materiellen Rechtes nehmen im Hinblick auf die nächst niedrigere Stufe der Rechtserzeugung oder Rechtsanwendung den einheitlichen Charakter von formellem Recht an, indem sie die gemeinsame prozessuale Voraussetzung für den Akt nächst niederer Stufe sind. Der an sich höchst problematische Unterschied zwischen materiellem und formellem Recht wird also im System des rechtlichen Stufenbaues zumindest relativiert, wenn nicht eliminiert.

Auch auf die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht fällt ein zur neuerlichen Kritik der gebräuchlichen Kriterien dieses Rechtsunterschiedes einladendes Licht. Die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht wurde bekanntlich unter der Voraussetzung einer sozusagen eindimensionalen Rechtsordnung vorgenommen. Wenn nun der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht ein die Totalität der Rechtsordnung ergreifender Qualitätsunterschied sein soll, wie ist dann das nach oben oder unten angegliederte Recht anderer Stufen zu klassifizieren? Bemächtigt sich dieser Rechtsdualismus auch der anderen Stufen, sie ebenfalls in zwei unvereinbare Lager teilend? Die Anhänger der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht dürften wohl am ehesten zu der Annahme neigen, daß Rechtsakte, die für öffentliches Recht bedingend sind, sowie Rechtsakte, die sich aus öffentlichem Recht ableiten, ebenfalls öffentlich-rechtlicher Natur seien; analogerweise müßten die bedingenden und bedingten Akte von Privatrechtsnormen privatrechtlicher Natur sein. Eine solche Übertragung des Dualismus von öffentlichem und privatem Recht auf die in diese Zweigliederung bisher noch nicht einbezogenen Rechtsstufen müßte aber die Unterscheidung zwischen öffentlichem und Privatrecht ad absurdum führen, denn diese anderen Rechtsstufen widerstreben ganz offenkundig einer solchen Zweiteilung. Sollen etwa die Kompetenznormen einer Verfassung, die bestimmte Gesetzgebungsorgane zur Verwaltungsgesetzgebung ermächtigen, zum öffentlichen Recht, dagegen die anderen Kompetenznormen der Verfassung, vielleicht desselben Verfassungsartikels, die die Kompetenz zur Privatrechtsgesetzgebung betreffen, um dieses ihres Inhaltes willen privatrechtlicher Natur sein? Und sollen eine verwaltungsbehördliche Konzessionserteilung, die ganz offenkundig im Privatinteresse des Konzessionärs ein subjektives Recht zu irgendeiner wirtschaftlichen Betätigung schafft, oder die verwaltungsbehördliche Entscheidung, die den Streit zweier Gemeinden über die Heimatberechtigung einer Person oder den Streit zweier Krankenkassen über die Versicherungszugehörigkeit einer Person — in beiden Fällen Streitigkeiten zwischen unzweifelhaft sogenannten „Gleichgeordneten“ — schlichtet, als öffentlich-rechtliche Staatsakte, dagegen etwa die gerichtliche Entziehung der väterlichen Gewalt oder die Bestellung eines Vormundes als privat-

rechtliche Staatsakte qualifiziert werden, weil in den erstgenannten ein sogenanntes öffentlich-rechtliches Gesetz, in den an zweiter Stelle genannten Fällen jedoch ein sogenanntes Privatrechtsgesetz die Grundlage des Vollzugsaktes bildet? Oder sollen alle obrigkeitlichen Staatsakte, unbekümmert um ihre rechtliche Grundlage, um des in ihnen handelnden Organs willen oder weil sie dem öffentlichen Interesse der Rechtsanwendung dienen, als öffentlich-rechtlich klassifiziert werden? Müßte aber eine solche Klassifikation nicht auf die Rechtssetzung höherer Stufe derart zurückwirken, daß diese — als die Voraussetzung jener öffentlich-rechtlichen Staatsakte — ebenfalls als öffentlich-rechtlich zu erkennen wäre? Kurz, die Erweiterung der Rechtsordnung im Sinne des rechtlichen Stufenbaues stellt die Lehre vom öffentlichen und privaten Recht vor eine Reihe hier nur beispielsweise angeführter, ungelöster und unlösbarer Fragen, denen man dadurch nur scheinbar entkommen würde, daß man die Unübertragbarkeit der Begriffe des öffentlichen und privaten Rechtes auf die neu angegliederten Rechtssatzstufen als Gegenbeweis gegen deren Rechtssatznatur hinstellte, etwa nach der Methode einer naturwissenschaftlichen Theorie, die den Tatsachen Unrecht gibt, weil sie nicht die Theorie bestätigen.

Die weitere Einteilung des Rechtsphänomens in eine objektive und subjektive Erscheinungsform verrät geradezu schon die Ahnung der stufenförmigen Gliederung der Rechtsordnung und erhält erst aus deren voller Einsicht ihren tiefen Sinn. „Objektiv“ sind vorzugsweise jene Erscheinungsformen des Rechtes zu nennen, die auf einen anonymen, nicht geschlossenen Kreis von Rechtssubjekten abgestellt sind; „subjektiv“ dagegen jene Rechtsercheinungen, die den Verpflichteten oder Berechtigten eindeutig bezeichnen. Dieser Subjektivierungsprozeß läuft dem Übergang von der generellen zur individuellen Norm parallel. Zwischen dem sogenannten objektiven und subjektiven Recht besteht also kein Wesensgegensatz, sondern die Differenz zweier bestimmter Rechtsstufen, die mangels der Einsicht in die Stufenfolge in zwei entgegengesetzte Bedeutungen oder Betrachtungsweisen ein und derselben Rechtsstufe umgedeutet wird. Selbstverständlich ist auch das mit Grund sogenannte subjektive Recht in dem Sinn objektiv, daß es eine Rechtssatzform gleich den generell normierenden Rechtssatzformen und eine Durchgangsform des durchaus objektiven Rechtsverfahrens ist.

Die weittragenden Konsequenzen, die sich aus der Einsicht in den rechtlichen Stufenbau für die Lehre von der Rechtskraft ergeben, wurden bereits in meiner „Lehre von der Rechtskraft“ gezogen. Es sei an dieser Stelle nur soviel angedeutet, daß die Einsicht in die Rechtssatznatur der Akte, von denen die Eigenschaft der Rechtskraft ausgesagt wird, eine Erweiterung der Problematik auf alle Rechtssatzformen ergibt, wofern man unter der Rechtskraft eine Eigenschaft versteht, die diesen anderen Rechtssatzformen nicht verschlossen ist, und in der Folge auch gegebenenfalls eine einförmige Lösung des Rechtskraftproblems für alle Rechtssatzformen bedingt. Dieser Erweiterung der Problemstellung entgeht man nur scheinbar

durch eine Verengung des Begriffes der Rechtskraft, durch die diese Eigenschaft von Rechtlichem von vornherein für Rechtserscheinungen bestimmter Art reklamiert und auf diese beschränkt wird. Die beliebte Definition der Rechtskraft, die sie mit einer Eigenschaft gerichtlicher Urteile identifiziert — und mit einem derart verengten Begriffe der Rechtskraft arbeiten unbewußt oder unausgesprochen alle Kritiker meiner Rechtskraftlehre, die ihr die Expansion auf sämtliche Rechtssatzformen zum Vorwurf machen —, begehen eine *petitio principii*, indem sie unbewiesen voraussetzen, daß die von ihnen angenommenen Merkmale der Rechtskraft nur auf das gerichtliche Urteil zutreffen. Es steht jedermann frei, den Begriff der Rechtskraft so enge zu begrenzen, daß seine Merkmale nur auf die Rechtssatzform des Urteiles zutreffen. Wenn man aber den Begriff der Rechtskraft durch Merkmale bestimmt, die einleuchtenderweise nicht bloß bei einem Gerichtsurteil, sondern auch bei anderen Staatsakten denkbar sind, dann darf man den Versuch nach Abgrenzung des Geltungsbereiches des Rechtskraftbegriffes nicht damit abschneiden, daß man Wort und Begriff der Rechtskraft ausschließlich für Gerichtsurteile reklamiert. Bestimmt man die Rechtskraft als eine irgendwie qualifizierte relative Unabänderlichkeit, womit man ihr ein Merkmal beilegt, das naturgemäß nicht für das Gerichtsurteil spezifisch ist, so wird die Erweiterung des Begriffes der Rechtskraft — wie befremdlich auch in solchem Umfang der Ausdruck Rechtskraft klingen mag — auf alle Rechtssatzformen, unter denen nach der Theorie des Stufenbaues das Gerichtsurteil eine einzelne Art darstellt, schlechterdings unvermeidlich.

Als letzter Fall der Nutzenanwendung der Erkenntnis vom rechtlichen Stufenbau sei deren Bedeutung für die Lehre vom fehlerhaften Staatsakt aufgezeigt. Als fehlerhaft pflegt ein solcher Staatsakt angesehen zu werden, der gewissen Vorschriften über seine Form oder seinen Inhalt nicht entspricht. Über den Kreis der Rechtsvorschriften, deren Verletzung die Fehlerhaftigkeit eines Aktes zur Folge hat, herrscht ebensowenig Einhelligkeit der Lehre wie über die Folgen des Fehlers. Nur die Beobachtung kann man so gut wie bei allen Theoretikern machen, daß sie einerseits aus der Summe der Rechtsvorschriften, die das fehlerhaft handelnde Organ determinieren, insofern eine willkürliche Auswahl treffen, als sie nur die Verletzung bestimmter inhaltlich als relativ schwer gekennzeichneten Vorschriften als Quelle eines fehlerhaften Aktes annehmen, andererseits diesen Fehlern, je nach dem ihnen zugeschriebenen „Gewicht“ unterschiedliche Rechtsfolgen zuschreiben. Das Problem der Fehlerhaftigkeit — oder der Fehlerlosigkeit — ist das typische Problem des Aktes niedrigerer Stufe. Durch seine Fehlerlosigkeit erweist der einzelne Akt seine Zugehörigkeit zur Stufenfolge der Rechtserscheinungen; Fehlerlosigkeit ist die Erkenntnisvoraussetzung für die Systemzugehörigkeit des einzelnen Aktes, der mit dem Prätext eines Rechts- oder Staatsaktes auftritt. Als fehlerlos legitimiert sich nun ein Akt niedriger Stufe durch die Übereinstimmung mit den bedingenden Akten höherer Stufe, die ihm gegenüber Erzeugungsregeln

sind. Erkenntnisgrund und Maßstab der Fehlerhaftigkeit eines Aktes kann nur die ganze Stufenfolge der ihn bedingenden höheren Akte sein. Die Einsicht in den funktionalen Zusammenhang zwischen dem bedingenden und bedingten Akt macht die Summe der in den bedingenden Akten vorfindlichen Determinierungen des bedingten Aktes zur Erkenntnisvoraussetzung des bedingten Aktes und läßt die geringste Abweichung von dieser Determination als einen rechtlichen Fehler erscheinen, der Nichtigkeit im Sinne von mangelnder rechtlicher Existenz des fraglichen Aktes zur Folge hat. Diese Folge kann nicht durch ein Urteil an der Hand eines rechtsfremden Maßstabes vermieden werden, das dem Mangel entweder überhaupt keine Relevanz oder nur eine mindere — etwa bloß Anfechtbarkeit begründende — Relevanz zuschreibt, sondern ausschließlich durch positivrechtliche Satzung. Es ist eine Eigentümlichkeit fortgeschrittener Kodifikationstechnik, daß das Recht die Erfordernisse, die es für die niedrigeren Rechtsstufen aufstellt, doch auch wiederum mildert und auch teilweise zurücknimmt, indem es entweder die Verbesserung fehlerhafter Akte oder selbst die Geltung nichtiger Akte vorsieht; von fehlerhaften und nichtigen Akten kann freilich nicht mehr unter Berücksichtigung dieser ergänzenden Bestimmungen, sondern bloß vom Standpunkt der ursprünglichen Bestimmungen aus gesprochen werden. Denn der Zweck dieser ergänzenden Bestimmungen ist eben die — mangels ihrer — unvermeidliche Konsequenz der Fehlerhaftigkeit und Nichtigkeit von Rechtsanwendungsakten zu vermeiden. Indem die Rechtsordnung einerseits zwar eingehende Verfahrensbestimmungen für den Weg der Gesetzgebung aufstellt, andererseits jedoch dem Gesetzanwendungsorgan die Prüfung eines Gesetzes auf seine Verfassungsmäßigkeit, abgesehen von den Erfordernissen der gehörigen Kundmachung, verwehrt, schließt es die Beobachtung der sonstigen Verfahrensbestimmungen als Erkenntnisbedingungen eines gültigen Gesetzes aus. In ähnlicher Weise verzichtet die Rechtsordnung durch die Einführung des Rechtsmittelzuges und der formellen Rechtskraft in Justiz- und Verwaltungsverfahren auf die Beobachtung eines mehr oder minder großen Teiles der den Justiz- und Verwaltungsakt determinierenden Rechtsnormen höherer Stufe und macht es möglich, einen *prima facie* fehlerhaft erscheinenden Justiz- oder Verwaltungsakt als echten Justiz- oder Verwaltungsakt zu erkennen. In meiner „Lehre von der Rechtskraft“ werden Rechtseinrichtungen wie die positivrechtliche Beschränkung des Prüfungsrechtes gegenüber Staatsakten, Rechtsmittel zur Behebung oder Abänderung von fehlerhaften Staatsakten oder die Rechtskraft in Anwendung auf fehlerhafte Staatsakte als Fehlerkalkül bezeichnet, weil mit ihrer Einführung die Rechtsordnung gewissermaßen voraussetzt, daß nicht immer die Summe der einen Akt determinierenden Bedingungen erfüllt werden kann, und darum die ansonsten unvermeidliche Konsequenz ausschließt, daß der Akt wegen seiner Mangelhaftigkeit gar nicht als Staatsakt erkannt werden könnte. Als Fehlerkalkül ist demnach jede Rechtseinrichtung anzusprechen, die die Erfordernisse der Akte höherer Stufe bezüglich

der Akte niedrigerer Stufe unter das der Rechtsordnung ansonsten entnehmbare Maß herabsetzt und damit die Möglichkeit schafft, auch fehlerhafte Akte dem Staate zuzurechnen.

Die Theorie des rechtlichen Stufenbaues — von den Vorläufern der Reinen Rechtslehren verdienstvoll, doch völlig unbeachtet, vorbereitet, von Kelsen und seinem Kreise¹⁾ zu einem Baustein ihres theoretischen Systems gemodelt — vermag gerade den Einwand zu widerlegen, auf den ihre einsichtsvollsten Gegner rekurrieren: Die so oft gehörte Behauptung der heuristischen Unfruchtbarkeit und somit Wertlosigkeit der „Reinen Rechtslehre“.

¹⁾ Aus meinen Schriften, die auf die Theorie des rechtlichen Stufenbaues Bezug haben, sei gestattet, zu zitieren: Die Lehre von der Rechtskraft, 1923; Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927; Das Recht im Lichte seiner Anwendung, Deutsche Richterzeitung, 1919; Das doppelte Rechtsantlitz, Juristische Blätter, 1917. Eine Monographie über die Theorie des rechtlichen Stufenbaues, zu der vorstehende Prolegomena andeutende Vorbemerkung sein wollen, ist in Vorbereitung.

Zur Lehre von der richterlichen Funktion¹⁾

Von

Leonidas Pitamic, Washington

Alle Akte staatlicher Organe sind gebunden durch irgendeine Rechtsnorm; widrigenfalls könnten wir sie überhaupt nicht als solche Akte erkennen. Selbst im Falle des weitestgehenden freien Ermessens, wenn der Akt des Staatsorgans augenscheinlich in diesem Organ allein seinen Grund findet, ist es notwendig zu prüfen, ob das betreffende Organ kompetent und sein freies Ermessen von der Rechtsordnung gestattet ist. Dies gilt auch für das gesetzgebende Organ, von welchem man öfter geneigt ist zu glauben, daß es frei und ungebunden Gesetze erläßt; aber auch dieses Organ ist gebunden durch die Verfassung; und darum muß untersucht werden, ob seine gesetzgebende Tätigkeit mit den Vorschriften der Verfassung übereinstimmt. Ob das Staatsorgan selbst immer seine Akte auf ihre Übereinstimmung mit der Rechtsordnung prüft, ist eine andere Frage, die mit der jetzt behandelten Frage der logischen Abhängigkeit nichts zu tun hat. Wichtig ist folgendes: 1. Jedes Staatsorgan ist in seiner Tätigkeit an eine Rechtsregel gebunden, mag letztere noch so allgemein sein; 2. diese Abhängigkeit ist schon deswegen nichts mechanisches, automatisches, weil das Organ die Rechtsregel, an die es gebunden ist, auslegen muß. Auch ist nicht zu vergessen, daß kaum ein Fall denkbar ist, in dem die Ausführung einer Rechtsregel nicht ein gewisses Maß freien Ermessens zuließe; man kann sich schwer vorstellen, daß eine Rechtsnorm alle möglichen Arten ihrer Ausführung bis in die kleinsten Details vorsehen könnte. Daraus folgt, daß alle staatlichen Organe zwar durch das Recht gebunden, im Rahmen der Rechtsregeln aber auch frei sind. Mit Rücksicht auf ihre Gebundenheit bedeutet ihre Tätigkeit Ausführung des Rechtes höherer Stufe, z. B. des Gesetzes, mit Rücksicht auf ihre Freiheit jedoch Schöpfung neuen Rechtes, z. B. ein Erkenntnis. Rechtlich ungebunden ist nur der revolutionäre Gesetzgeber; gerade deswegen ist seine Tätigkeit nicht rechtlich, sondern revolutionär; insoweit jedoch seine Tätigkeit dennoch mit dem Maßstabe eines höheren, z. B. des internationalen Rechtes gemessen wird, insoweit ist sie auch nicht frei.

Freilich setzen nicht nur Staatsorgane, sondern auch andere Menschen Rechtsakte. Der Unterschied ist jedoch der, daß diese Akte von „Privatleuten“ solange keine autoritative Kraft besitzen, bis sie nicht von Staats-

¹⁾ Diese Studie ist in teils gekürzter, teils erweiterter Form einem Kapitel aus dem vom Verfasser im Jahre 1927 in slowenischer Sprache publizierten Buch über den Staat (Država) entnommen.

organen anerkannt oder bestätigt sind; erst eine solche rechtskräftige Prüfung verleiht ihnen vollen Rechtscharakter, nämlich die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung. Auch im Rahmen der staatlichen Organisation (im engeren Sinne) werden Akte gesetzt, die keinen autoritativen Charakter haben (*actes de gestion*); hieher gehören Verträge und andere Rechtshandlungen der Staatsverwaltung bezüglich diverser staatlicher Unternehmungen und ebenso privatrechtliche Geschäfte der Selbstverwaltungen, z. B. von Gemeinden. Darum sind jedoch diese Geschäfte im Streitfalle der Untersuchung durch eben jene Staatsorgane unterworfen, denen es obliegt, autoritativ mit Zwangsvollstreckungssanktion zu entscheiden, was rechtens ist. Im folgenden wird nur von autoritativen Akten (*actes d'autorité*) die Rede sein; und da wird sich herausstellen, daß kein wesentlicher Unterschied zwischen Verwaltung und Justiz besteht.

Es ist klar, daß die bindende Feststellung von Rechten und Pflichten in logischer Verbindung mit dem Inhalt und dem bindenden Charakter einer Rechtsregel, aus welcher diese Rechte und Pflichten stammen, stehen muß. Der Inhalt der Regel wiederholt sich in dem Urteil, daß der konkrete Fall unter sie fällt, und ihr bindender Charakter in dem Befehl, diesem Urteil zu entsprechen. Dies gilt ebenso für jene Form von staatlichen Akten, die wir „richterliche Akte“ (Urteile) nennen, wie für jene, die „Verwaltungsakte“ genannt werden. Beide Kategorien dienen der Ausführung des Gesetzes (im Sinn einer Rechtsregel überhaupt), in beiden zeigt sich das früher erwähnte Paar von Elementen; der Unterschied zwischen ihnen besteht nur in der Intensität der Betonung eines der beiden Elemente. Je mehr in dem Begriffe „Ausführung des Gesetzes“ die Ausführung, d. i. die Tatsache einer Verfügung oder eines Befehles in Absicht der Bewirkung eines menschlichen Verhaltens (einer Handlung oder Unterlassung) betont ist, desto mehr ist man geneigt, an etwas selbständig Schöpferisches zu denken und von einer Verfügung zu sprechen. Je mehr jedoch in dem erwähnten Begriffe die Ausführung des Gesetzes, demnach die Übereinstimmung mit dem Gesetze, betont wird, desto mehr rückt die Abhängigkeit vom Gesetze in den Vordergrund und damit das Element des Richtens, Prüfens, d. i. des Vergleichens von Tatsachen (des Tatbestandes) mit der Rechtsordnung. Die ausdrückliche Feststellung, die mündliche und schriftliche Erklärung der Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung mit der Norm, nennen wir Urteil und halten letzteres als notwendig, insbesondere dann, wenn entweder der Tatbestand oder der Sinn der auf ihn anzuwendenden Norm oder beides strittig ist oder wenn die Staatsgewalt in strittigen oder nichtstrittigen Fällen in wichtige menschliche Interessen, z. B. mit strengen Strafen an Eigentum, Freiheit oder Leben, einzugreifen im Begriffe ist.

Es muß jedoch hervorgehoben werden, daß nicht nur jene Organe, die wir „richterliche“ oder Gerichte nennen, sondern auch Verwaltungsbehörden Urteile im erwähnten Sinn aussprechen; andererseits sind es nicht nur Verwaltungsbehörden, sondern auch Gerichte, die „bloß“ Verfügungen erlassen. Dagegen ist richtig, daß bei der richterlichen

Tätigkeit besonderes Gewicht gelegt wird auf das ausdrückliche Richten, das sich in Rechtssprüchen zeigt, auf einem großen Gebiete der Tätigkeit der Verwaltungsbehörden jedoch auf das „Verfügen“ im vorerwähnten Sinne; letzteres muß sich natürlich auch auf Grund von Rechtsnormen vollziehen, ohne daß jedoch die Übereinstimmung mit dem Gesetz immer in jener sorgfältigen Weise und ausdrücklich mit einem Rechtsspruche betont wird, wie dies beim Urteile der Fall ist. Der Grund hiefür ist besonders, daß es in vielen Fällen dem Verwaltungsorgan gesetzlich erlaubt oder aufgetragen ist, nach seinem Ermessen dies zu tun, was es im öffentlichen Interesse für zweckdienlich hält; dies gilt für die höhere Verwaltung, die „Regierung“, (z. B. hinsichtlich der Art der Sozialpolitik) als auch für die niedrigere Verwaltung (z. B. in der Gewerbepolizei). Oft scheint es, daß in solchen Fällen die staatliche Tätigkeit ihre Geltung einzig und allein aus dem Willen des betreffenden Organs schöpft und dies besonders dann, wenn letzterem die Wahl zwischen zwei gegensätzlichen Akten freisteht, z. B. eine Versammlung zu gestatten oder zu verbieten. In Wahrheit jedoch leitet auch in diesen Fällen die Tätigkeit des Organes ihre Geltung aus dem Gesetze her, welches diese freie Verfügung gestattet und ihr auch Grenzen setzt, die mindestens durch den Begriff des öffentlichen Interesses gegeben sind. Wäre nämlich wirklich der Wille des Organes der Grund für die Geltung seines Aktes, dann dürfte es auch etwas verfügen, was dem von ihm erkannten öffentlichen Interesse entgegengesetzt wäre.

Wie in solchen Fällen das „Prüfen gemäß dem Gesetze“ gegenüber dem „Verfügen“ in den Hintergrund tritt, so kann man bei richterlichen Akten das Gegenteil davon beobachten, z. B. bei den sogenannten „Feststellungsurteilen“, wo es sich scheinbar nur um eine Beurteilung der Rechtslage nach dem Gesetze, d. h. um eine bloße Feststellung von Rechtsverhältnissen handelt. Jedoch die rechtliche Absicht einer solchen Feststellung liegt nicht in ihr selbst, sondern in der Schaffung einer rechtlichen Grundlage für eventuelle spätere Verfügungen, wenn sich solche im Falle der Verletzung der festgestellten Rechte als notwendig erweisen sollten; eine Feststellung, die keinen solchen vorbereitenden Akt mit dem erwähnten Zwecke darstellen würde, hätte überhaupt keinen autoritativen Rechtscharakter. In diesem Zusammenhange sei noch erwähnt, daß auch ein freisprechendes Urteil nicht bloß eine Beurteilung nach dem Gesetze ähnlich dem Urteile eines Privatmannes hinsichtlich der Schuldlosigkeit des Angeklagten darstellt, sondern daß es auch einen Befehl enthält, nämlich das Verbot weiterer Verfolgung. Ähnliches gilt für amtliche Beurkundungen, die neben den Beurkundungen auch den Befehl enthalten, den Inhalt der Beurkundung als formelle Wahrheit anzusehen.

Jedem autoritativen staatlichen Akt ist die Verbindung von „Urteil“ mit „Verfügung“ wesentlich, mag auch öfter der eine Teil mehr betont sein als der andere. Plato hat richtig erkannt, daß die Tätigkeit der staatlichen Organe wesentlich die gleiche ist, ob sie nun „richten“ oder „verfügen“; in beiden Fällen vollzieht sich eine Beurteilung gemäß

dem Gesetze, ein κρίναι, und ein dementsprechendes Verfügen oder Befehlen, ein ἄρχαιν. In seinem Werke von den Gesetzen (Nomoi, 767) sagt Plato, daß jeder ἄρχων notwendigerweise auch Richter ist und daß auch der Richter zum ἄρχων dann wird, wenn er den Prozeß mit seiner Entscheidung beendet.

Die Erkenntnis, daß die Tätigkeit der Staatsorgane, mögen sie nun als Gerichte oder als Verwaltungsbehörden bezeichnet werden, wesentlich die gleiche ist, zeigt sich in der Ablehnung der herrschenden Theorie von den drei Gewalten (Gesetzgebung, Verwaltung, Justiz) und in der Ansicht, daß nur zwei Gewalten bestehen, nämlich eine, die Gesetze erläßt, und eine, die sie ausführt; die letztere umfaßt sowohl Verwaltung als auch Justiz. Dieser Ansicht war z. B. Rousseau (Contrat Social, III. Buch, Kap. 1). In den zahlreichen französischen Verfassungen des 18. und 19. Jahrhunderts lassen sich beide Auffassungen verfolgen. Zieht man lediglich das logische Verhältnis zwischen der Norm und ihrer Ausführung in Betracht, dann kann man gegen die Theorie von den zwei Gewalten nichts einwenden. Eine Unterscheidung von drei Gewalten ist jedoch unter einem anderen Gesichtspunkt dann möglich, wenn es gelingt, wesentliche Verschiedenheiten in der Art der Gesetzesausführung, nämlich in den Garantien dafür, daß die Tätigkeit des staatlichen Organs wirklich eine Ausführung des Gesetzes ist, zu finden.

Eine solche Garantie ist gegeben, wenn das Organ die Gesetzmäßigkeit seines Aktes zu prüfen schon deshalb genötigt ist, weil es diese Gesetzmäßigkeit nicht nur für sich selbst festzustellen, sondern sie auch auszusprechen, schriftlich niederzulegen und der Partei begründet zu verkünden verpflichtet ist; das Urteil muß mit Entscheidungsgründen versehen sein, die sich sowohl auf die Feststellung des Tatbestandes wie auf seine Subsumtion unter das Gesetz beziehen. In solchen Fällen verbleibt das Urteil im Sinne des Erwägens, Vergleichens und Folgerns hinsichtlich der Frage der Gesetzmäßigkeit nicht nur im Innern des Organs und ist als eine Bedingung des staatlichen Aktes nicht nur vorausgesetzt, sondern wird dadurch, daß es ausgesprochen und aufgeschrieben wird, selbst zum staatlichen Akt, welcher sich als Rechtsspruch in einem schriftlichen Dokument objektiviert. Auf diese Objektivation einer sich ausdrücklich als gesetzmäßig darstellenden Beurteilung kann sich die Partei, unter gewissen Bedingungen, auch in der Zukunft verlassen und berufen; dies bedeutet, daß einem solchen Urteil, als der ausdrücklichen Feststellung eines Rechtsverhältnisses gemäß dem Gesetze, Rechtskraft zuerkannt wird.

Die Art des Verfahrens, die Entscheidung der Frage, ob letzteres von Amts wegen oder auf Parteibegehren einzuleiten ist, wie auch das freie Ermessen erlauben uns zwar oft graduelle, aber keineswegs wesentliche Unterschiede zwischen Gerichten einerseits und Verwaltungsbehörden andererseits anzuerkennen — eine Konstatierung, die nicht neu ist. Auch darf nicht übersehen werden, daß es gewisse Funktionen gibt, die in einem Staat den Gerichten und in einem anderen den Verwaltungsbehörden anvertraut sind.

Aus allen diesen Gründen können wir nicht a priori zwischen gerichtlichen Geschäften und Verwaltungsgeschäften unterscheiden, wohl aber zwischen richterlichen und Verwaltungsorganen; erst auf Grund dieses Unterschiedes können wir die Agenden, welche den Gerichten anvertraut sind, als richterliche und jene, die den Verwaltungsbehörden anvertraut sind, als Verwaltungsgagen bezeichnen. Abgesehen davon, kann nur in ziemlich allgemeiner Form behauptet werden, daß die Wahrung von Gütern und Interessen, für welche eine größere Rechtssicherheit gewünscht wird, gewöhnlich in einer relativ stabilen, womöglich mit direkter oder indirekter Mitwirkung der Betroffenen zustandegekommenen Norm (dem Gesetze) geregelt und in der Regel den Gerichten zugewiesen wird. Den letzteren deswegen, nicht nur weil sie mit entsprechend qualifizierten (was aber in immer steigendem Maße auch für Verwaltungsbeamte gilt), sondern auch und vor allem, weil sie mit unabhängigen, d. h. solchen Organen besetzt sind, welche in Ausübung ihrer richterlichen Obliegenheiten keiner Gewalt (weder der gesetzgebenden noch der exekutiven) unterworfen sind; daher auch keine Einflußnahme auf die Gerichte, selbst wenn damit eine streng gesetzliche Entscheidung bezweckt werden würde, gestattet ist. Organe solcher Art, die ferner nur von ihresgleichen beurteilt und für gesetzwidriges Vorgehen in Ausübung ihres Berufes gerichtet werden können, nennen wir Richter.

Ausschließliche Gesetzmäßigkeit und richterliche Unabhängigkeit sind so zu einem Prinzip verbunden. Gesetzmäßigkeit der staatlichen Akte wird durch richterliche Unabhängigkeit gesichert; und die letztere besteht darin, daß die Richter in ihrer Tätigkeit lediglich vom Gesetz abhängen. Die „Unabhängigkeit“ der Gerichte ist daher eine relative; sie bedeutet ihre Abhängigkeit bloß vom Gesetz.

Mannigfach sind die Mittel, die angewendet werden, um diese Unabhängigkeit zu garantieren; als solche seien erwähnt: die besondere Organisation der Gerichte, die Bezahlung der Richter, ihre Unabsetzbarkeit, Unversetzbarkeit, Unklagbarkeit wegen ihrer richterlichen Tätigkeit ohne Bewilligung des höheren Gerichtes, Festsetzung von Ausschließungs- und Ablehnungsgründen, Auslosung der Senate bei einem Kollegialgericht, Bestimmung des sachlichen Wirkungskreises eines Einzelrichters für eine längere Zeit.

Sehr wichtig für die Unabhängigkeit der Gerichte (die wir im vorerwähnten Sinne als das wesentliche Unterscheidungsmerkmal gegenüber Verwaltungsbehörden ansehen) ist die Art, wie sie bestellt werden. Und wieder ist es bezeichnend, daß für Plato der Einteilungsgrund der Behörden nicht ihre „richtende“ oder „verwaltende“ (befehlende) Tätigkeit ist, sondern die Art ihrer Bestellung. Unabhängigkeit der Richter auch durch die Methode ihrer Bestellung zu sichern, ist ein äußerst schwieriges und in durchaus befriedigender Weise kaum zu lösendes Problem. Kooptierung innerhalb des richterlichen Organismus oder wenigstens richterliches Vorschlagsrecht, Ernennung durch die höchste Exekutivgewalt, Wahl durch legislative Kollegien und schließlich Volks-

wahl sind mögliche, manchmal auch kombiniert angewendete Methoden. Die Volkswahl (angewendet in den Vereinigten Staaten, Sowjetrußland und in der Schweiz) entzieht zwar die Richterbestellung dem Einflusse der Legislative und Exekutive, unterwirft sie jedoch dem Einflusse der Wähler, was nicht nur in der Frage der Qualifikation nicht immer erfreuliche Resultate gezeitigt hat. Ferner ist auch das Prinzip der Teilung der Gewalten mit vielen Arten der Richterbestellung schwer in Einklang zu bringen; ein Mangel an Rücksicht für dieses Prinzip ist ja schließlich auch dadurch gegeben, daß in der Mehrzahl der Straffälle ein Gerichtsverfahren nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft gestattet und letztere eine an die Weisungen der Regierung gebundene Verwaltungsbehörde ist. Auch das der Exekutiv- oder der Legislativgewalt zustehende Begnadigungs- und Amnestierungsrecht ist eine Abweichung vom Prinzip der Trennung der Gewalten.

Ein durchgehendes Merkmal, an dem wir die Verwaltungsbehörden von den Gerichten unterscheiden können, dürfte nur in der Gebundenheit der letzteren lediglich an das Gesetz und in ihrer Unabhängigkeit gefunden werden. Die staatliche Organisation wird umso mehr gesetzmäßig sein, je mehr die Tätigkeit der staatlichen Organe einer richterliche im erwähnten Sinn oder wenigstens durch Gerichte kontrolliert ist. So hat sich die richterliche Kompetenz zuerst des Zivil- und des Strafrechtes bemächtigt, die sich auf die wichtigsten menschlichen Interessen, d. i. Leben, Freiheit und Eigentum beziehen, erstreckte sich sodann, schon zur Zeit des Absolutismus, auch auf das Vermögen des Herrschers, dann auf das Staatsvermögen (Fiskus), ferner auf das Gebaren mit diesem Vermögen im Rahmen der Staatsorganisation selbst (Rechnungsgerichte), unterwarf sich im 19. Jahrhundert fast die gesamte Verwaltung (Verwaltungsgerichte) und in einigen Staaten sogar die Gesetzgebung (in der Kompetenz der ordentlichen Gerichte oder besonderer Verfassungsgerichte) und hat auch die Entscheidung von Kompetenzkonflikten zwischen Verwaltung und Justiz (Konfliktsgerichte) in ihren Wirkungskreis gezogen. Endlich stehen durch die Aufstellung mehrerer Instanzen auch die Gerichte selbst unter richterlicher Kontrolle. Es sei noch erwähnt, daß in einigen Staaten zum Zwecke der Beurteilung der Wahlen in politische Körperschaften Wahlgerichtshöfe und zur Beurteilung ungesetzlicher Akte der Regierungsmitglieder besondere Staatsgerichtshöfe bestehen.

Die Rechtskontrolle (oder richtiger die Gesetzesrechtskontrolle) der Verwaltung durch spezielle Verwaltungsgerichte wird als eine der größten Errungenschaften des modernen Geistes auf dem Gebiete der Rechtspflege gepriesen, England ausgenommen, wo die Aufstellung von besonderen Gerichten welcher Art immer neben den ordentlichen Gerichten, denen Privatleute ebenso wie Staatsorgane in gleicher Weise unterworfen sind, als eine Abweichung vom Prinzip des „Rule of Law“ mit Mißtrauen angesehen wird, während nach kontinental-europäischer Ansicht gerade die Verwaltungsgerichtsbarkeit einen Ausbau des „Rechtsstaatsprinzips“ bedeutet.

Wir wollen in dieser Studie das Problem der Verwaltungsgerichtsbarkeit und dessen interessante Geschichte (z. B. die ingeniöse Art, in welcher die Franzosen aus der Dreiteilung ihrer Verwaltung selbst diese Kontrolle herausgearbeitet haben) übergehen und nur noch einige Bemerkungen der Frage der sogenannten Verfassungsgerichtsbarkeit widmen.

Wenn wir früher festgestellt haben, daß für die Gerichte der einzige Maßstab das Gesetz ist, so ist damit nicht gemeint, daß sie andere Normen, z. B. Verordnungen nicht anzuwenden haben. Die Gerichte dürfen gültige Akte der übrigen Staatsbehörden nicht ignorieren; aber sie haben die Gültigkeit dieser Akte, d. h. ihre Übereinstimmung mit den Gesetzen zu prüfen. Im Falle der erkannten Gesetzeswidrigkeit einer Verordnung hat das Gericht sie zu ignorieren, im Falle der Gesetzmäßigkeit sie anzuwenden. Manchmal ist einem besonderen Gericht die Kompetenz gegeben, gesetzeswidrige Verordnungen nicht nur zu ignorieren, sondern zu annullieren.

Was nun die Gültigkeit von Gesetzen betrifft, muß vorerst bemerkt werden, daß es in einigen Staaten Gesetze verschiedenen Ranges gibt, z. B. in solchen Bundesstaaten, in denen Bundesgesetze Vorrang vor Gesetzen der Einzelstaaten haben. Das oberste Bundesgericht ist in der Regel kompetent, den Konflikt zwischen verschiedenen Kategorien von Gesetzen zu entscheiden. In einigen Staaten mit geschriebenen Verfassungen überwiegt die Meinung, daß ein Gesetz das Gericht nicht unbedingt, sondern nur dann bindet, wenn es der Verfassung entspricht, was zu kontrollieren dem Gericht obliegt. In Frankreich dagegen wird eine solche Kontrolle als dem Prinzip der Teilung der Gewalten widersprechend angesehen. Schon das Dekret vom 16. August 1790 verfügte: „Die Gerichte werden weder direkt noch indirekt irgendeinen Anteil an der Ausübung der gesetzgebenden Gewalt nehmen, noch unter Strafe, die auf Verletzung der Amtspflicht gesetzt ist, die Ausführung der Dekrete der gesetzgebenden Körperschaft, die vom König sanktioniert sind, verhindern oder suspendieren. Sie sind verpflichtet, die ihnen zugesendeten Gesetze einfach in ein besonderes Register zu überschreiben und sie binnen acht Tagen zu publizieren“. Damit wollte man die Gerichte an das Produkt der gesetzgebenden Gewalt binden und ihnen jedwede Kontrolle unmöglich machen. In anderen Ländern und in anderen Zeiten hat man jedoch aus dem Prinzip der Teilung der Gewalten gerade entgegengesetzt geschlossen, daß die Gerichte berechtigt sind, die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zu prüfen, da ja verfassungswidrige Gesetze überhaupt keine Gesetze seien; beide Gewalten, die gesetzgebende und die richterliche, seien gleichermaßen an die Verfassung gebunden und in gleicher Weise abhängig von der verfassungsgebenden Gewalt. Dazu ist zu bemerken, daß, wollte man das Prinzip der Teilung der Gewalten strenge durchführen, man füglich der Verwaltung, wenigstens in ihrer höchsten Instanz, das gleiche Recht einräumen müßte wie der richterlichen Gewalt.

So zeigt sich, daß dieses Problem vom Standpunkt des Gewaltenteilungsprinzips nicht gelöst werden kann. Das Problem ist eben nicht das, ob verfassungswidrige Gesetze, logisch betrachtet, gültig sind oder nicht; es ist klar, daß sie, verglichen mit der Verfassung, aus der sie ihre Geltung schöpfen, keine logische Geltung haben können. Das Problem ist vielmehr, wer die Verfassungsmäßigkeit oder die Verfassungswidrigkeit der Gesetze in rechtlich verbindlicher Weise feststellen soll. Es gibt vielleicht kein Prinzip, welches ungeeigneter wäre, die Frage in rechtlich befriedigender Weise zu lösen, als das Prinzip von der Gewaltenteilung. Denn bei einer vollständigen Trennung der Gewalten müßte jede der Gewalten selbständig konstatieren, ob sie selbst oder eine ihr koordinierte Gewalt ihre Kompetenz überschritten hat. Ein solcher Zustand ist jedoch geeignet, Konflikte zu schaffen, nicht aber, sie zu lösen. Ihre Lösung kann auf zweierlei Art gefunden werden: entweder, daß die Entscheidung der verfassungsgebenden Gewalt, die allen anderen übergeordnet ist, überlassen (was aber manchmal vielleicht eher der Schöpfung einer neuen als der Entscheidung gemäß einer bestehenden Verfassungsvorschrift gleichkommen wird) oder daß sie einer von den drei Staatsgewalten (Gesetzgebung, Justiz, Verwaltung), zugewiesen wird.

Es ist logisch notwendig, daß in jedem Staate, ob nach geschriebenem oder ungeschriebenem Verfassungsrechte, einer Gewalt die Entscheidung über ihre eigene und die Kompetenz der anderen Gewalten zusteht; welche Gewalt dies ist, muß aus dem Text oder dem Geist der Verfassung gefunden werden. Was nun die uns jetzt interessierende Kompetenzüberschreitung der legislativen Gewalt betrifft, muß bemerkt werden, daß eine solche Überschreitung dort unmöglich ist, wo eine Verfassung im formellen Sinne nicht besteht und wo deshalb die Gesetzgebung keine rechtlichen Grenzen hat, wie in England. Wo dies jedoch nicht der Fall ist, eröffnen sich verschiedene Möglichkeiten. Der Verwaltung wird die in Rede stehende Kompetenz wohl kaum überlassen werden, wenigstens dort nicht, wo die Verwaltung an der Gesetzgebung mitwirkt oder wo ein Gesetz trotz ihres Protestes zustandekommen kann (z. B. Veto des Präsidenten der Vereinigten Staaten oder Aufschiebung der Sanktion in parlamentarischen Monarchien), aber auch dort nicht, wo die Verwaltung sich nicht in die Gesetzgebung mischen darf, wie dies in der absoluten Demokratie der Fall ist, da dort das Gesetz als unmittelbarer Ausdruck des Volkswillens die Verwaltung absolut bindet. Wo die Verwaltung geteilt ist wie im Bundesstaat, ist es zwar möglich, daß die Bundesverwaltung die Gültigkeit der Einzelstaatsgesetze und die Einzelstaatsverwaltung die Gültigkeit der Bundesgesetze anfechten darf; die Entscheidung fällt jedoch ein besonderes Gericht. Es verbleiben demnach folgende Möglichkeiten: 1. Die Gesetzgebung entscheidet durch den Gesetzgebungsakt selbst über ihre Kompetenz (dies war die Idee des oben zitierten französischen Dekretes von 1790); in diesem Falle sind alle Gesetze bindend nicht nur für die Verwaltung, sondern auch für die Gerichte; und die Verfassungsvorschriften von der Kompetenz

der legislativen Gewalt haben dann keine Sanktion, sind *lex imperfecta*. Als Gesetz gilt jenes Produkt der gesetzgebenden Gewalt, das als Gesetz promulgiert ist. Die Gerichte könnten höchstens den Promulgationsakt auf seine Verfassungsmäßigkeit prüfen, nicht jedoch den Gesetzgebungsakt; die Verwaltungsbehörden aber auch den ersteren nicht, wenn er vom Chef der Verwaltung vollzogen ist. 2. Die zweite Möglichkeit ist, daß die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze den Gerichten zusteht. Nach einer Art dieser Prüfung haben die Gerichte das Gesetz, das ihnen verfassungswidrig dünkt, als ungültig in jenem konkreten Fall zu betrachten, den sie gerade zu entscheiden haben, während das Gesetz im übrigen in Kraft bleibt. Das Objekt des Urteils ist nicht die Gültigkeit des Gesetzes, sondern etwas anderes; und das Gericht erklärt bloß gelegentlich der Entscheidung über einen anderen Gegenstand, daß es das von ihm als verfassungswidrig erkannte Gesetz nicht anwenden kann. Es handelt sich daher nicht um eine Annullierung, sondern bloß um eine Ignorierung von verfassungswidrigen Gesetzen dann, wenn diese in konkreten Fällen in die Sphäre der Judikatur der Gerichte kommen. Die praktische Konsequenz wird freilich einer Annullierung sehr nahestehen. Ist nämlich die Entscheidung von der höchsten Instanz getroffen worden, so werden sich ihrer Auffassung weder die niederen Gerichtsinstanzen noch die Verwaltungsbehörden füglich entziehen können, denn die Frage der Geltung des in Frage stehenden Gesetzes kann immer mit neuen Fällen vor das höchste Gericht gebracht werden. Diese Art des richterlichen Prüfungsrechtes besteht unbestrittenermaßen (trotz des Schweigens der Verfassung hierüber) in den Vereinigten Staaten, nach ihrem Beispiele auch in einigen südamerikanischen Staaten (z. B. Argentinien, Brasilien), in den britischen Dominions (Kanada, Australien, Südafrikanische Union) und selbst in etlichen europäischen Staaten (Norwegen, Griechenland, Rumänien). Trotz mannigfacher Bedenken gewinnt die Meinung, daß den Gerichten die erwähnte Kompetenz einzuräumen wäre, in neuerer Zeit auch in anderen Staaten mehr und mehr Anhang; nicht nur die Frage der Gesetzlichkeit, sondern auch die der Verfassungsmäßigkeit der staatlichen Tätigkeit soll der Kontrolle unabhängiger Gerichte unterworfen sein.

Diese Kontrolle kann jedoch noch verstärkt werden, wenn, wie in der österreichischen Republik, ein besonderes Gericht mit der Aufgabe betraut ist, über die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze nicht nur dann zu entscheiden, wenn diese gelegentlich eines Prozesses vor einem der obersten Gerichtshöfe in Frage kommt, sondern auch dann, wenn die Frage der Verfassungsmäßigkeit selbst Hauptstreitobjekt ist; und dies in Österreich auf Antrag der Bundesregierung, wenn es sich um ein Landesgesetz, und auf Antrag einer Landesregierung, wenn es sich um ein Bundesgesetz handelt. Der „Verfassungsgerichtshof“ hebt in solchen Fällen das als verfassungswidrig erkannte Gesetz mit Rechtswirksamkeit auch für alle übrigen Staatsbehörden auf. Kein anderes Gericht hat jedoch dort Kompetenz, die Gültigkeit von Gesetzen zu prüfen. Auch in der tschechoslowakischen Republik besteht ein „Verfassungsgerichts-

hof“, der verfassungswidrige Gesetze aufheben kann. In der Schweiz kann das Bundesgericht Kantonsgesetze (nicht jedoch Bundesgesetze), die der Bundes- oder der Kantonsverfassung widersprechen, aufheben.

Ein Gesetz kann aus zwei Gründen verfassungswidrig sein: erstens, wenn es eine Regelung trifft, welche die Verfassung der Gesetzgebung entzogen hat (z. B. die Grundrechte); und zweitens, wenn im Gesetzgebungsprozeß die Vorschriften der Verfassung nicht beobachtet worden sind. Für ein Gericht, das die Verfassungsmäßigkeit prüfen darf, ist die korrekte Promulgation des Gesetzes weder ein Beweis für die Korrektheit des Gesetzgebungsprozesses noch für die Übereinstimmung des Inhaltes des Gesetzes mit dem Inhalt der Verfassung.

Schließlich kann die Frage aufgeworfen werden, ob ein Gericht, das die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze prüfen darf, damit auch das Recht hat, die Verfassungsmäßigkeit von Verfassungsgesetzen zu prüfen, was bei einer Änderung der ursprünglichen Verfassung in Frage käme. Wenn das Prüfungsrecht von Gesetzen ohne Einschränkung gegeben ist, so ist nicht einzusehen, warum verfassungsändernde Gesetze hievon auszunehmen wären. Tatsächlich haben amerikanische Gerichte diese Kompetenz in den letzten Jahren in Anspruch genommen. Doch kann nach unserer Auffassung in solchen Fällen nur die Richtigkeit des verfassungsändernden Prozesses Gegenstand der Prüfung sein, nicht aber der Inhalt des neuen Verfassungsgesetzes (im Bundesstaat des Bundesverfassungsgesetzes) selbst, da ja dieses höchstes Staatsgesetz geworden ist und daher nicht nach einer anderen staatlichen Norm gemessen werden kann; — eine Prüfung wäre höchstens noch gemäß einer internationalen Norm möglich.

Es gibt Verfassungen (z. B. jene der Vereinigten Staaten), die über das Gesetzesprüfungsrecht schweigen; kann man weder durch eine Interpretation des Textes noch des Geistes der Verfassung zu einer Lösung der Frage gelangen, dann wird sich wohl jene Auffassung geltend machen und zur Rechtsgewohnheit entwickeln, die mit dem gesamten Rechtssystem des betreffenden Landes und speziell mit der Stellung der Gerichte daselbst besser in Einklang steht.

Die Frage, wer die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zu prüfen hat, ist von großer Bedeutung für den rechtlichen und politischen Charakter des betreffenden Staates. Denn mit dieser Kompetenz ist das Recht verbunden, die Verfassung autoritativ und endgültig zu interpretieren. Alle Organe, die gesetzgebenden, verwaltenden und richterlichen, kommen zwar in die Lage, die Verfassung auszulegen, weil sie sie ja auszuführen haben. Die entscheidende Frage ist jedoch die, wessen Auslegung endgültig ist, und insbesondere, ob die gesetzgebende Gewalt mit dem Gesetzgebungsakt selbst die Interpretationsmöglichkeit in für alle übrigen Organe bindender Weise absorbiert, was auf eine Negation des Prüfungsrechtes, wie es üblicherweise aufgefaßt wird, hinauskommt. Eine autoritative und endgültige Interpretation gibt nun dem interpretierenden Organ eine weitgehende Gewalt über die zu interpretierende Norm, weil als deren Sinn das angenommen werden muß, was dieses Organ

feststellt. Darum kann auch der gültige Sinn der Verfassung ohne Verfassungsänderung wechseln. So können insbesondere allgemeine Ausdrücke in der Verfassung stets mit neuem Gehalt gefüllt werden. Und daß viele solche Ausdrücke sehr „allgemein“ sind, ist nicht zu bezweifeln, insbesondere deswegen, weil es, wenn schon nicht ein Essentiale, so doch ein Naturale der Gesetze und namentlich der Verfassungsgesetze ist, möglichst allgemein zu sein. Man denke nur an die stetig steigende Fülle des Inhaltes, die das Oberste Gericht der Vereinigten Staaten in dem Worte „Handel“ (commerce) in Artikel I, Sektion 8, der Unionsverfassung gefunden hat. Noch interessanter ist die Judikatur dieses Obersten Gerichtshofes, die er bei Ausübung seines Gesetzesprüfungsrechtes, in Auslegung der Amendments, Artikel V und XIV der Verfassung entwickelt hat, welche die Verletzung von irgend jemandes Leben, Freiheit oder Eigentum ohne „gebührenden Rechtsprozeß“ verbieten. „Gebührender Rechtsprozeß“ (due process of law)¹⁾ bedeutet gemäß der Auffassung des Gerichtes weit mehr als man, ohneweiteres, geneigt wäre anzunehmen; dieser Ausdruck bedeutet zwar eine angemessene Prozedur auf Grund von modernen Rechtsprinzipien, er bedeutet aber ferner, daß auch das Gesetz selbst, das über Leben, Freiheit und Eigentum verfügt, angemessen, vernünftig, und nicht willkürlich sein muß. Der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten hat also auch die „materiellen“ und nicht bloß die sogenannten „Verfahrensvorschriften“ der Gesetze unter den Begriff als Rechtsverfahrens (oder Rechtsprozesses) gebracht, eine Auffassung, die von der Reinen Rechtslehre wohl mit Billigung und Befriedigung akzeptiert werden wird. Durch diese extensive Interpretation war der oberste Gerichtshof in der Lage, die Forderungen der modernen sozialen und industriellen Entwicklung als Maßstab für die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze aufzustellen. Und so konnte speziell die „Vertragsfreiheit“ als nicht verfassungswidrig eingeschränkt dann angesehen werden, wenn die Einschränkung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, Gesundheit oder Moral gerechtfertigt war. Demgemäß hat der Oberste Gerichtshof gewisse Gesetze, welche Arbeitsverträge regelten und die absolute Vertragsfreiheit einschränkten, in Anbetracht besonderer Umstände, als verfassungsmäßig erklärt, während er andere derartige Gesetze, mit Rücksicht auf besondere Verhältnisse, als verfassungswidrig ansah, weil sie eine Verletzung der Freiheit oder des Eigentums ohne „gebührenden Rechtsprozeß“ bedeuteten²⁾. Der Oberste Gerichtshof hat anerkannt, daß Freiheit und Eigentum durch die „Polizeigewalt“ des Staates aus Gesundheits- und Sicherheitsgründen reguliert werden können und daß daher auch Eigentum, bestimmt zur öffentlichen Benützung (z. B. Eisenbahnen), in gewissem Umfang gesetzlicher Regelung unterworfen werden kann. Es ist klar, daß bei einer so weitgehenden

¹⁾ Dieser Ausdruck dürfte ideengeschichtlich auf das „per legem terrae“ in Artikel 39 der englischen Magna Carta (1215) zurückzuführen sein. Siehe Munro: The Government of the United States, 1930, S. 349.

²⁾ Siehe Munro: a. a. O., S. 350.

Interpretationsbefugnis des obersten Gerichtes der Sinn der Verfassungsvorschriften wechselt. Wie Garner¹⁾ hinsichtlich der Verfassung der Vereinigten Staaten bemerkt, „ist fast jede ihrer Vorschriften Gegenstand der Interpretation und Konstruktion gewesen; und wenn wir sie der Bedeutungen entkleiden würden, die ihr von den Gerichten in ihrer mehr als hundertjährigen Existenz beigegeben worden sind, so wären wir kaum imstande, sie zu erkennen.“

Der Unterschied zwischen jenen Systemen, welche die bindende Interpretation der Verfassung der richterlichen Gewalt, und jenen, die sie der gesetzgebenden überlassen, ist schon deshalb ein bedeutender, weil den Gerichten die Möglichkeit der Interpretation nur in konkreten Fällen geboten ist, deren Entscheidung Privatleute oder Behörden provoziert haben, während die Gesetzgebung initiativ vorgehen kann; ferner ist anzunehmen, daß die Gerichte in solchen Fragen mehr Sorgfalt anwenden werden als die Parlamente und daß der wahre Sinn der Verfassung bei den ersteren besser gewahrt werden wird als bei den letzteren, die ja meistens politisch orientiert und anders aufgebaut sind. Doch gerade wegen dieser verschiedenen Zusammensetzung läßt sich auch die Meinung vertreten, daß die endgültige Interpretation der Verfassung jenem Faktor anvertraut werden soll, welcher seiner Zusammensetzung nach der verfassungsgebenden Gewalt am nächsten steht und in welchem das Volk vertreten ist, nämlich den gewählten gesetzgebenden Körperschaften.

Die in Rede stehende Kompetenz ist, allgemein gesprochen, in Amerika der richterlichen, in vielen europäischen Staaten der gesetzgebenden Gewalt anvertraut; in Amerika ist der Richter absolut an die Verfassung, in Europa im allgemeinen absolut an die Gesetze oder, richtiger, an das gebunden, was das gesetzgebende Organ produziert und was als Gesetz beurkundet ist.

Aber auch in Amerika ist das Oberste Gericht nicht vollständig isoliert von den anderen Gewalten, denn die Richter werden vom Präsidenten mit Zustimmung des Senates ernannt. Im allgemeinen ist die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, daß Gerichte durch ihre Kompetenz, Gesetze zu annullieren oder zu ignorieren, politische Macht gewinnen können. Nur wenn sie tief im Vertrauen des Volkes wurzeln, werden sie imstande sein, sich gegen den Einfluß der das Volk repräsentierenden gesetzgebenden Körperschaften zu schützen. Es dürfte nicht ohne Interesse sein, in diesem Zusammenhange auf einen von Präsident Roosevelt seinerzeit lebhaft unterstützten Vorschlag zu erinnern, wonach die Frage der Gültigkeit eines Gesetzes, das von dem obersten Gericht eines Unionsstaates für verfassungswidrig erklärt wurde, schließlich durch ein Volksreferendum zu entscheiden wäre; nicht nur Staatsorgane, sondern auch richterliche Entscheidungen sollen demnach vom Volk „abberufen“ werden können (recall of judicial decisions). In der Tat wurde eine Verfassungsänderung in diesem Sinne im Staate Colorado im

¹⁾ Garner: Political Science and Government, 1930, S. 535.

Jahre 1912 vorgenommen. Gemäß Artikel VI der Verfassung dieses Staates ist die Entscheidung des Obersten Staatsgerichtes, womit ein Staatsgesetz oder ein Stadtstatut als verfassungswidrig erklärt wurde, erst nach Ablauf eines bestimmten Termins bindend, binnen dessen eine gewisse Zahl von Wählern verlangen kann, daß das betreffende Gesetz oder Statut dem Volke zur Entscheidung vorgelegt werde. Spricht sich die Majorität der Wähler für dasselbe aus, so bleibt es in Kraft trotz der entgegenstehenden Entscheidung des Obersten Gerichtes. Dies ist jedoch, unseres Wissens, das einzige Beispiel eines so weit gehenden Referendumrechtes; und, nebenbei bemerkt, ist dieses Verfassungsamendement vom Obersten Gerichtshof in Colorado selbst als verfassungswidrig (nämlich als verstoßend gegen die Unionsverfassung) erklärt worden.

Ein sehr wichtiges Prinzip, das wir hinsichtlich der endgültigen Interpretation der obersten gesetzlichen Bestimmungen feststellen konnten, findet in gleicher Weise Anwendung rücksichtlich niederer Normen, nämlich daß nicht alle Staatsorgane das gleiche Interpretationsrecht für alle Normen haben. Bestimmte Organe sind gebunden, Normen einer bestimmten Stufe absolut zu befolgen, d. h. sie sind nicht berechtigt, ihre Geltung, d. h. ihre Übereinstimmung mit Normen höherer Stufe zu überprüfen; und folglich ist auch ihre Kompetenz, diese höheren Normen zu interpretieren, eingeschränkt.

Die Teilung der Gewalten im Sinne ihrer gegenseitigen vollständigen Unabhängigkeit, d. h. ihrer strengen Koordination, ist unvereinbar mit der Einheit des Rechtes, welche die Einheit des Staates bedeutet. Aber wir müssen jetzt betonen, daß die Teilung der Kompetenzen, wenn wir damit meinen, daß jedem Organ eine bestimmte Wirkungssphäre zugewiesen ist und daß, was es in dieser Sphäre tut, für die anderen Organe bindend ist, insoweit sie nicht berechtigt sind, dessen Akte zu überprüfen (zu kontrollieren), mit der Rechts- und Staatseinheit wohl vereinbar und für sie sogar notwendig ist. Das Prinzip der Teilung der Kompetenzen ist so verbunden mit dem Kontrollprinzip, welches letzteres das Vorhandensein einer Kompetenz voraussetzt, die verschieden ist von der des kontrollierenden Organs, welches ja nur nachträglich und eventuell in Aktion tritt. Ist jedoch keine Möglichkeit der Überprüfung vorgesehen, dann wandelt sich das Prinzip von der Teilung der Kompetenzen in das Prinzip der Rechtskraft, welches bedeutet, daß die von einem Staatsorgan innerhalb seiner Kompetenz gesetzten Akte entweder ohne weiteres oder unter gewissen Bedingungen (Ablauf einer bestimmten Frist, ohne daß appelliert worden ist, oder Entscheidung der letzten Instanz) endgültig bindend werden, und dies nicht nur für die unter- und gleichgeordneten, sondern auch für die übergeordneten Instanzen und auch für die entscheidende Behörde selbst. Aus diesen Gründen gilt manche Norm (Gesetz, Verordnung etc.) und muß durchgeführt werden, trotzdem sie vielleicht verfassungswidrig ist; ebenso wie manches Erkenntnis Rechtskraft gewinnt, trotzdem es dem Gesetze nicht entspricht.

Wenn wir in der Rechtsordnung lediglich ein System von Normen erblicken, dann müßte jede Rechtsregel ungültig sein, die der höchsten Norm dieses Systems widerspricht, weil es undenkbar wäre, daß eine Norm der höheren Stufe gilt und zugleich eine ihr widersprechende Norm einer niederen Stufe. Da jedoch die Rechtsordnung auch eine Organisation von über- und untergeordneten Organen bedeutet, von denen jedes seinen bestimmten Wirkungskreis hat, so ist der rechtskräftige Akt eines Staatsorgans nicht nur für die übrigen Organe, sondern auch für jedermann bindend; er ist somit geltendes Recht, mag er mit der höheren Norm in Einklang stehen oder nicht.

Die Erkenntnis von der Einheit des Rechtes als eines Systems von Normen auf der einen Seite und die Erkenntnis von der Abstufung des Rechtes in Verbindung mit der Trennung und Beschränkung von Wirkungskreisen und dem Prinzip der Rechtskraft auf der anderen ermöglichen uns, sowohl die Idealität des Rechtes als eines Systems von Normen als auch dessen Realität in der Tätigkeit der Staatsorgane zu verstehen. Mit einer solchen gedanklichen Einstellung werden wir auch die Rechtslage des Staates im internationalen Recht richtig erfassen können.

Reine Rechtslehre und Privatrecht

Von

Fritz Schreier, Wien

I. Reine Rechtslehre als Lehre vom möglichen Recht und Methodenlehre der positiven Rechtswissenschaft

Reine Rechtslehre ist zunächst Wesenslehre vom Recht. Ihr Gegenstand ist das Recht überhaupt; ihr Bereich alles, was sich vom Recht im allgemeinen aussagen läßt. Sie sieht also ab von den Besonderheiten der einzelnen, positiven Rechtsordnungen. Alle Wesenslehre umfaßt nur Erkenntnisse a priori; will man solche Erkenntnisse zur Philosophie rechnen, so gehört die Wesenslehre vom Recht zur Rechtsphilosophie. Schon damit ist ihre wissenschaftliche Bedeutung und Berechtigung dargetan, noch ohne auf die Zusammenhänge zwischen Wesenslehre vom Recht und den einzelnen positiven Rechtswissenschaften einzugehen. Selbst dann also, wenn die Arbeit der Wesenslehre vom Recht mit dem positiven Recht und seiner Lehre in gar keinem Zusammenhang stünde, wenn nichts von ihren Erkenntnissen für die positive Rechtswissenschaft verwertbar wäre, müßte sie als vollwertige Wissenschaft angesehen werden.

Indes ist das Verhältnis der Wesenslehre vom Recht zur Wissenschaft vom positiven Recht gar nicht das der Unzusammengehörigkeit, vielmehr bildet die Wesenslehre vom Recht die Grundlage der Lehre vom positiven Recht; nur auf diesem Grunde kann sich der Bau der Einzelrechtswissenschaft erheben. Dies bedeutet vorerst negativ bestimmt: keinesfalls ist die Aufgabe der Reinen Rechtslehre Aufstellung (Normierung) bestimmter, einzelner Rechtsregeln, Entscheidung von Fällen, gerade darin liegt ja die wesentliche Aufgabe der (interpretierenden) positiven Rechtswissenschaft. Wäre es nicht so, dann fielen Reine Rechtslehre und positive Rechtswissenschaft zusammen. Würde die Reine Rechtslehre selbst Entscheidungsnormen aufstellen, so würde sie der positiven Rechtswissenschaft ihre Aufgabe abnehmen, die positive Rechtswissenschaft würde in der Reinen Rechtslehre aufgehen. Davon kann keine Rede sein, die selbständige Aufgabe der positiven Rechtswissenschaft wird von der Reinen Rechtslehre nicht angefochten. Wer glaubt, daß die Reine Rechtslehre diese Aufgabe der positiven Rechtswissenschaft abnehmen will, verkennt ihr Wesen völlig.

Das Verhältnis der Reinen Rechtslehre zur positiven Rechtswissenschaft ist also nicht das der Identität, sondern der Fundierung. Die Erkenntnisse der Reinen Rechtslehre sind logisch vor denen der positiven Einzelrechtswissenschaft (a priori), sind unabhängig von ihnen, sie

gehen aber in die positive Rechtswissenschaft ein, sind also Prämissen (im weitesten Sinn) der Sätze der positiven Rechtswissenschaft — Prämissen natürlich nicht in dem Sinn, daß sie als Obersätze der Entscheidungsnormen der positiven Rechtswissenschaft fungieren, aus welchen diese Normen abgeleitet werden — das wäre ja Naturrecht —, sondern Bedingungen, notwendige Elemente jeder Entscheidung. Jede Entscheidung, jede Norm eines positiven Rechtes muß diese Elemente enthalten, sonst wäre sie keine Rechtsnorm. Enthält sie nicht alle Elemente, so ist sie unvollständig, ergänzungsbedürftig; psychologisch-genetisch drückt sich diese Ergänzungsbedürftigkeit darin aus, daß man sich gezwungen fühlt zu fragen — eben nach jenen fehlenden Elementen. Zu diesen Elementen gehört z. B. die Person. Bei jeder Norm muß die Frage gestellt werden, wer als Pflichtsubjekt erscheint, sonst wäre die Norm unvollständig und müßte sich die Frage nach dem Pflichtsubjekt unabweislich aufdrängen. Dies ist der Sinn der in der Wiener Schule immer wiederholten Frage nach dem Rechtssatz und seiner Formulierung. Es handelt sich hierbei nicht um müßige Konstruktionen, sondern um das ernste, der Wesenslehre vom Recht zugehörige Problem, wann eine Norm, eine Entscheidung als vollständig anzusehen ist, wann alle ihre Elemente gegeben sind, so daß keine Fragen mehr offen bleiben — die praktische Bedeutung der Lösung dieses Problems für die Anwendung der Norm ist wohl evident.

Grundlegende Erkenntnis ist nun, daß die Rechtsnorm aus Tatbestand und Rechtsfolge zusammengesetzt ist, daß somit der Rechtssatz, der eine Rechtsnorm zu vollständigem und angemessenem Ausdruck bringt, die sprachliche Form des hypothetischen Urteils, Hypothesis und Thesis, annehmen muß. Von dieser Erkenntnis ausgehend, lassen sich die Probleme der juristischen Begriffsbildung lösen. Rechtsbegriffe können nur Relations- oder relative Begriffe sein. Relationsbegriffe, welche das gesamte Verhältnis: Rechtsvoraussetzung — Rechtsfolge umfassen; relative Begriffe, welche nur einen Teil dieses Verhältnisses wiedergeben. Unter diesen letzteren ist wieder zu unterscheiden: solche relative Begriffe, welche einen Tatbestand in Hinblick auf die Rechtsfolge, und solche, welche eine Rechtsfolge durch den Bezug auf einen Tatbestand bestimmen; die Definition des Tatbestandsbegriffes erfolgt also durch Angabe der zugehörigen Rechtsfolge, die der Rechtsfolge durch den dazugehörigen Tatbestand. Die Rechtsfolge ist immer gesollt, Tatbestand und Rechtsfolge sind durch die Relation des Sollens verknüpft, welches jedoch nach Kelsens Darlegungen¹⁾ rein formaler Natur ist; das rechtliche Können und Dürfen läßt sich, wie heute kaum mehr bestritten werden dürfte, auf das Sollen zurückführen.

Hieraus ergibt sich die zweifache Möglichkeit jeder rechtlichen Systematik. Die Systembildung kann von der Seite des Tatbestandes wie von der Seite der Rechtsfolge her erfolgen. Es ist ebensogut ein

¹⁾ Kelsen: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911, S. 618ff.

System der Tatbestände wie der Rechtsfolgen möglich. Die einzelnen positiven Rechtsordnungen und zugehörigen Rechtswissenschaften entscheiden sich nicht einheitlich für die eine oder die andere Möglichkeit, sondern operieren mit beiden Begriffstypen und infolgedessen sich kreuzender Systematik. So ist z. B. das Erbrecht eine Zusammenfassung von der Tatbestandseite her; es wird die Gesamtheit der Rechtsfolgen angegeben, die sich an einen Tatbestand, den Tod eines Menschen, anschließen; die Konkursordnung umfaßt alle Rechtsfolgen, die sich an einen Tatbestand, die Eröffnung des Konkurses, knüpfen. Dagegen ist das Strafrecht auf der Einheit der Rechtsfolge aufgebaut, es wird die Gesamtheit aller Tatbestände zusammengefaßt, deren Rechtsfolge in Strafe besteht. Es kann aber auch anders geordnet werden: Es wäre eine Disziplin des Verschuldensrechtes denkbar — sofern sich Verschulden als einheitlicher Tatbestand aufweisen läßt —; diesem Tatbestand werden alle Rechtsfolgen zugeordnet, seien es zivilrechtliche Haftungen, seien es Strafen. Das Exekutionsrecht wieder knüpft an den Tatbestand der Rechtskraft an, das Recht der Rechtsgeschäfte konzentriert sich um den Tatbestand des Abschlusses des Rechtsgeschäftes. Ein großer Teil der juristischen Literatur besteht in nichts anderem als den Versuchen neuer Ordnung durch Aneinanderpassen von Tatbeständen und Rechtsfolgen.

Das Ideal der rechtswissenschaftlichen Begriffs- und Systembildung wäre es, ein einheitliches System zu schaffen, in welchem die Zuordnung von Tatbestand und Rechtsfolge ausgeglichen wäre, in dem also einem Tatbestand eine und nur eine Rechtsfolge entspricht und umgekehrt.

Festzuhalten bleibt jedoch immer: juristische Begriffsbildung und Systematik und Definition juristischer Begriffe können nur durch Einstellung in Rechtsnorm-Relationen erfolgen. Eine Untersuchung psychologischer Begriffe, z. B. des Irrtums, kann nur die Vorstufe juristischer Untersuchung sein, kann niemals selbständig ohne Bezug auf die Relation zu juristischen Begriffen führen.

In den beiden Typen: Tatbestands- und Rechtsfolgenbegriff erschöpft sich freilich die Möglichkeit juristischer Begriffsbildung nicht. Tatbestand und Rechtsfolge sind selbst zusammengesetzt und so können Begriffe von Teilen von Tatbeständen und Rechtsfolgen aufgestellt werden. Es ergeben sich Begriffe von fundierten Tatbeständen, deren Bestimmung unter Heranziehung des fundierenden Tatbestandes erfolgt; fundiert ist z. B. der Tatbestand der Erteilung der Prokura in dem der Kaufmannseigenschaft, nur der Kaufmann kann Prokura erteilen. Es zeigen sich die verschiedenartigsten logischen Strukturen solcher Begriffe. Daran schließen sich unverträgliche (aufhebende) Tatbestände, die eine Rechtsfolge aufheben. Selbstverständlich muß jede Veränderung in der Rechtsvoraussetzung, jeder Eintritt eines neuen Tatbestandsmomentes auch eine Veränderung in der Rechtsfolge hervorrufen, anderenfalls wäre kein rechtlicher Tatbestand, also auch kein Rechtsbegriff gegeben; umgekehrt kann eine Veränderung in der

Rechtsfolge nur durch den Eintritt eines neuen Tatbestandes herbeigeführt werden.

Rechtsbegriffe höherer Ordnung entstehen demgemäß derart, daß die Gesamtheit der sich auf einem Grundtatbestand aufschichtenden Tatbestände samt ihren Rechtsfolgen zusammengefaßt werden (natürlich kann die Zusammenfassung auch umgekehrt von der Rechtsfolge her geschehen). Der Begriff des Dienstverhältnisses z. B. wird erst richtig erfaßt, wenn alle Tatbestände (samt Rechtsfolgen) einbezogen werden, die sich auf den Grundtatbestand des Abschlusses eines Dienstvertrages aufschichten, insbesondere die wechselseitigen Ansprüche, Veränderungen und Aufhebung.

Die Aufschichtung dieser Tatbestände erfolgt nicht willkürlich, wir stoßen auf vorgezeichnete Gesetzlichkeit, auf Ergänzungsbedürftigkeit in einem erweiterten und übertragenen Sinn. Daß z. B. jeder Tatbestand ein Ende findet durch „Aufhebung“, Eintritt eines neuen, die Rechtsfolge beseitigenden Tatbestandes ist a priori einsichtig. Eine Rechtsordnung, die eine Regel hierüber aufzustellen verabsäumte, wäre unvollständig, lückenhaft. So ergibt sich eine — nicht erschöpfende — Definition des Begriffes der Rechtslücke streng wesensmäßig, unabhängig von und logisch über aller positiven Rechtsordnung. Die Reine Rechtslehre kann freilich keine Ausfüllung der Lücken geben, denn sonst würde sie selbst eine Regel aufstellen und ginge damit über ihre Aufgabe hinaus; sie kann aber zeigen, daß an bestimmter Stelle geregelt werden muß, anderenfalls eine Lücke entstünde.

Notwendiges Element ist insbesondere auch die Sanktion; kein Rechtssatz ist vollständig, dem die Sanktion, die Normierung einer neuen Rechtsfolge für den Fall des Nichteintrittes der ersten (Nichterfüllung) fehlt. Fehlt die Sanktion, so ist kein Rechtssatz da.

Indem die Reine Rechtslehre die notwendigen Elemente und die Ergänzungsbedürftigkeit der einzelnen Norm aufweist, leistet sie die logische Fundierung nicht nur der Systematik des positiven Rechtes, sondern auch aller interpretativen und rechtsschaffenden Arbeit. Die Interpretation hat gerade zur Aufgabe, den Rechtssatz vollständig darzustellen, den Rechtsbegriff exakt zu definieren. Die phantasierende Tätigkeit der Interpretation, das Ausdenken von Fällen und deren Entscheidung erfolgt in den so vorgezeichneten Linien; sie bilden das Gerüst der Interpretation. Desgleichen muß der Gesetzgeber wissen, welche Punkte notwendig eine Regelung verlangen, es sind eben jene Leerstellen, die von der Reinen Rechtslehre aufgezeigt werden.

Die Aufgabe der Reinen Rechtslehre entwickelt sich aber noch weiter. Notwendigkeit und Möglichkeit stehen in enger Beziehung; die einem Gegenstand gewisser Art notwendig zukommenden Bestimmungen sind zugleich die Grenzen seiner Möglichkeit; alles, was die notwendigen Merkmale des Gegenstandes trägt, alles, was mit diesen Bestimmungen übereinstimmt und nur dieses, ist ein möglicher Gegenstand dieser Art. So wird ein Spielraum umrissen, innerhalb dessen die Gegenstände der bestimmten Art erscheinen können; was außerhalb dieses Spiel-

raumes auftritt, gehört in den Bereich andersartiger Gegenständlichkeit. Innerhalb des Raumes läßt sich durch Abwandlung des Gegenstandes nach seinen verschiedenen Gattungen und Arten die Topik entfalten, in welcher alle Gegenstände des betreffenden Bereiches ihren Platz finden müssen. Jede wirkliche Erscheinung eines solchen Gegenstandes realisiert nur eine dieser a priori ausgedachten Möglichkeiten. Daher die Wahrheit, daß die Erkenntnis der Möglichkeiten der der Wirklichkeiten vorangeht¹⁾.

So auch beim Recht: Indem die Reine Rechtslehre die Notwendigkeiten des Rechtes erforscht, umschreibt sie auch seine Möglichkeiten; indem sie diese Möglichkeiten entfaltet, wird sie zur Lehre vom möglichen Recht und schafft die Topik aller Rechtsfiguren überhaupt. Der Gesetzgeber kann nur diese Figuren realisieren, es bleibt jedoch ihm überlassen, welche von ihnen er in seine einzelne, positive Rechtsordnung aufnimmt.

Auf solche Art entwickelt die Reine Rechtslehre das System möglicher Rechtsformen. Diese Formen sind zunächst wirklich reine „Leerformen“, bar jedes Inhalts. Nun müssen sie auch mit Material, Inhalt ausgefüllt werden, um zu vollen Rechtssätzen zu werden. Als Material dient die gesamte Natur und Kultur, Natur und Kultur sind also die „Unterschicht“, die „Vorgegebenheit“ des Rechtes; anders gesprochen: jede Naturerscheinung, jeder Kulturvorgang kann als Tatbestand behandelt werden, dem eine Rechtsfolge zugeordnet wird, oder kann als Rechtsfolge fungieren, die an einen Tatbestand angeschlossen wird. Keine der Leerformen ist „angewiesen“ auf ein bestimmtes Material, jede kann mit jedem Inhalt erfüllt werden; in der Auswahl des Materials herrscht vollste Freiheit. Dies gilt daher vor allem für den Gesetzgeber, der in der Heranziehung seines Materials „souverän“ ist.

Allein nach einer Richtung gibt es doch eine Schranke: Was als Material verwendet wird, darin besteht Freiheit, gebunden aber sind Gesetzgeber und Rechtswissenschaft an die Verschiedenheiten des Materials. Die Differenzierung der Tatbestände durch Gesetzgeber und Rechtswissenschaft kann weniger weit, aber niemals weiter gehen als die Differenzierung des Materials. Wohl kann der Gesetzgeber (natürliche) Ungleichheiten außer acht lassen, Ungleiches gleich behandeln, aber es bleibt ihm versagt, Gleiches ungleich zu behandeln. Will er einen Tatbestand zerlegen, d. i. an Stelle des einen zwei Tatbestände mit verschiedenen Rechtsfolgen schaffen, so muß er sich der Unterschiede bedienen, die im Material selbst vorhanden, muß sich an die Differenzen klammern, die im Material gegeben sind. In diesem Sinn erweist sich der Terminus „Vorgegebenheit“ als passend, denn diese Differenzen des Materials sind eben unabhängig vom Recht, vor dem Recht und ihm gegeben. Es bleibt dem Recht nur überlassen, wie weit es diese Differenzen ausnützen will. Diese unsere These ist nicht etwa ein Postulat an den Gesetzgeber, das er erfüllen oder von dem er abweichen kann,

¹⁾ Vgl. Husserl: Ideen zu einer reinen Phänomenologie, S. 159.

sondern eine evidente, unumstößliche Erkenntnis; es ist undenkbar, im strengen Sinn des Wortes, daß eine Rechtsordnung Unterscheidungen in Tatbestände einführt, die nicht ihre Stütze in natürlichen Merkmalen finden. Dem Rechtstheoretiker erwächst die Aufgabe, alle Rechtsbegriffe auf ihre Vorgegebenheit zu reduzieren¹⁾, die natürlichen Merkmale anzugeben, durch welche die Bestimmung und Begrenzung des Rechtsbegriffes erfolgt — selbstverständlich immer in Hinblick auf den korrelativen Begriff, zugehörigen Tatbestand bzw. Rechtsfolge. Niemals darf er bei einem scheinbar letzten Rechtsbegriff stehen bleiben, ohne ihn in natürliche Merkmale aufzulösen. Eine Definition, wie: rechtlich relevanter Irrtum ist Irrtum über den Inhalt des Vertrages, ist insofern keine letzte Bestimmung, als der Begriff des Inhaltes des Vertrages noch weiter rückführbar ist auf Psychologisch-soziologisch-sprachliches.

Wird so der Blick den Erscheinungen der Vorgegebenheit zugewendet, eröffnet sich auch die Aussicht auf deren Mannigfaltigkeit. Man bleibt nicht mehr bei jener einzelnen Erscheinung stehen, die der Gesetzgeber zum Rang eines Tatbestandes erhoben hat; indem man sie von den Nachbarerscheinungen abgrenzt, zieht man auch diese in den Kreis der Betrachtung, prüft sie auf ihre Zuordnung zu Rechtsfolgen. So entsteht parallel der formalen Lehre eine materiale Lehre vom möglichen Recht; die Vorgegebenheitssphäre selbst wird nach ihren Möglichkeiten abgewandelt und die Möglichkeiten der anzuschließenden Rechtsfolgen durchgedacht. Die Fülle der Tatbestände und die Fülle ihrer Regelungen sollen erkannt werden, wobei im weiteren Verlauf die sinnvollen von den sinnlosen Lösungen zu unterscheiden wären. Vom Tatbestand gesehen lautet die Frage: wie kann man regeln? Von der Rechtsfolge her: welche Tatbestände können ihr (z. B. der Strafe) zugeordnet werden?

Aus dieser Art der Forschung entspringt auch eine neue Technik der Begriffsbildung. Geht man über die in der positiven Rechtsordnung wirklich gegebenen Erscheinungen hinaus, die — in streng philosophischem Sinn des Wortes — zufällig sind, so erkennt man, daß die empirisch gegebenen Rechtsercheinungen meist nur empirische Typen sind, und man dringt von ihnen zu den Idealtypen vor.

Die positiv verwirklichten Rechtsfiguren stellen sich als bloße Glieder einer Reihe dar, die zu den Idealtypen führt. Damit ergibt sich die Forderung an die Rechtswissenschaft, die ganze Reihe durchzudenken, die Endpole dieser Reihe — und dies sind eben die Idealtypen — aufzusuchen und die einzelnen Erscheinungen am richtigen Punkt in die Reihe einzustellen, ihre Entfernung vom Idealtypus richtig festzustellen. Gelingt diese Systematik, so wird man durch neu auftauchende empirische Rechtsercheinungen nicht mehr überrascht und gezwungen werden, das ganze, bloß empirisch aufgebaute System umzustößen, weil die neue Erscheinung keinen Platz in ihm findet, wie es sich bisher so häufig als notwendig erwies — man denke z. B. an die Probleme

¹⁾ Vgl. Schreier: Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte, S. 25.

der Einstellung des Bundesstaates in das System des Staatsrechtes¹⁾; vielmehr ist für jede neue Rechtsbildung der Platz im System bereits ausgespart, das System gilt für alle Zeit, weil es a priori festgesetzt ist. Es bedarf kaum des Hinweises auf die analoge Struktur der Naturwissenschaft, etwa des Systems der Elemente in der Chemie, das gleichfalls für neu zu entdeckende Elemente den Platz offen hält. Vom Philosophischen her gesehen mag man diese Methodenverwandlung als Ersetzung des Substanzbegriffes durch den Funktionsbegriff betrachten. Es geht um die Ablösung fester durch flüssige Begriffe, deren Eigenart es erst ermöglicht, der fließenden Wirklichkeit in ganz anderer Weise nahe zu kommen als durch starre Begriffe.

Auch vom Standpunkt des Ethikers hat die Methode ihre Vorteile; ihr kommt ein höherer Gerechtigkeitswert zu. Gerade den starren Begriffen verdanken Recht und Rechtswissenschaft den Ruf der Härte: fiat justitia, pereat mundus. Es ist aber gar nicht richtig, daß die Jurisprudenz sich durch scharf abgegrenzte Begriffe auszeichnet. Starre Begriffe bringen die Gefahr der Härte mit sich; mit Hilfe der fließenden Begriffe wird es ermöglicht, den gleitenden Übergängen der Wirklichkeit „gerecht zu werden“. Diese Methode soll einen methodisch richtigen Mittelweg zwischen der Härte scharfer Abgrenzung und zerfließender Kasuistik geben; die Härte wird durch das Fließende der Begriffe, das Zerfließen durch die begriffliche Generalisierung vermieden.

So wird die Reine Rechtslehre zur Methodenlehre der Wissenschaft vom positiven Recht.

Als wesentliche Postulate an eine methodisch reinliche positiv-rechtswissenschaftliche Arbeit müssen demnach gestellt werden: 1. die strenge Einhaltung des Prinzips von Tatbestand und Rechtsfolge. Rechtsbegriffe erhalten ihre rechtliche Bestimmtheit durch die Einstellung in die Rechtsrelation (Rechtsnorm) als Tatbestands- oder Rechtsfolgenbegriffe. Was nicht als Tatbestand oder Rechtsfolge gefaßt werden kann, existiert rechtlich nicht. Durch diese Arbeit wird auch geklärt, was in dem Rechtsbegriff formales Gerüst, was materialer Aufbau ist; in jedem Rechtsbegriff sind die formalen und materialen Elemente zu sondern. Da Rechtssatz und Rechtsbegriff ebenso korrelat sind wie logisch Begriff und Urteil überhaupt, gilt dies auch für den Rechtssatz. Die Sonderung ist um so bedeutungsvoller, als nur aus den materialen Elementen sich positiv-rechtliche Konsequenzen ziehen lassen; aus Formalem lassen sich natürlich niemals volle Rechtssätze ableiten. Sehr häufig sind scheinbar einleuchtende allgemeine, volle Rechtssätze nur verkappte formale Sätze und die angeblich aus ihnen gewonnenen Rechtssätze und Entscheidungen erschlichen.

2. Ist das Formale für sich festgestellt, so bleibt die bloße Vorgegebenheit übrig, auf welche zu reduzieren ist. Sie und nichts anderes ist das Material der Rechtsnorm. Die Vorgegebenheit muß aber wieder nach ihrer immanenten Methodik behandelt werden. Handelt

¹⁾ Vgl. Jellinek: Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., S. 39.

es sich um psychische Erscheinungen, so ist Psychologie anzuwenden; sind es Ereignisse oder Zustände der unbelebten Natur, die als Tatbestände fungieren, so ist die entsprechende Naturwissenschaft zu Rate zu ziehen. Damit ist das Verhältnis der Rechtswissenschaft zu anderen Wissenschaften (im Aufbau der Rechtswissenschaft selbst) geklärt. Die anderen Wissenschaften behandeln als eigenes Feld dasjenige, was für das Recht bloß Vorgegebenheit ist; sie leisten also Vorarbeit für die Rechtswissenschaft, können ihr aber durchaus nicht die ganze Arbeit abnehmen. Selbständige Arbeit leistet die Rechtswissenschaft, indem sie die Vorgegebenheit in die Rechtsformen einfügt. Die alte Frage z. B., ob die Psychiatrie oder Jurisprudenz darüber zu entscheiden hat, was „Geisteskrankheit“ im Sinne des Gesetzes ist, löst sich daher folgendermaßen: Der Ausdruck allein ist noch nicht entscheidend, der Tatbestand „Geisteskrankheit“ wird an die Rechtsfolge angepaßt; es kann sich durch Interpretation ergeben, daß er enger oder weiter ist als der Begriff Geisteskrankheit der Psychiatrie. Allein jene psychischen Zustände, um welche der Begriff erweitert oder verengt wird, müssen selbst nach ihren natürlichen, d. i. psychischen Merkmalen beschrieben werden und diese Beschreibung liefert wieder die Psychiatrie oder Psychologie.

3. Mit solcher Untersuchung ist schon der Übergang zur Erforschung des möglichen Rechtes vollzogen. Indem die Gesamtheit der Tatbestände entfaltet wird, verschwindet auch die Gefahr von Rechtslücken. Die Entfaltung der Tatbestände geht sowohl in horizontaler Richtung — Darstellung nebengeordneter Tatbestände — als vertikaler Richtung — Darstellung der fundierten, aufgeschichteten Tatbestände — vor sich. Anders ausgedrückt: die verwandten Erscheinungen der Natur und sozialen Welt und ihr normaler und abnormaler Ablauf, insbesondere der der sozialen Beziehungen — dies alles gehört der Vorgegebenheit an — werden untersucht. Daran schließt sich das Ausdenken der möglichen Regelungen, als deren nur eine die positive Regelung begriffen wird.

Durch dieses Ausdenken werden auch die Möglichkeiten der Interpretation angegeben; denn die möglichen Interpretationen müssen ja in den möglichen Regelungen enthalten sein. Das Verfahren der Interpretation wird richtig so geübt, daß man sich zunächst Rechenschaft gibt, wie man interpretieren kann, welche Interpretation möglich ist, und erst dann zwischen den möglichen Auslegungen wählt.

4. Als wichtige Möglichkeit erscheint die Verbindung positiv gegebener Tatbestände durch Kombinationen und Zwischenstufen, durch Einschaltung von Reihen, die auch über die gegebenen gesetzlichen Typen zu den Idealtypen fortzusetzen sind, in gleicher Weise für Tatbestände wie Rechtsfolgen. Nochmals sei betont, daß die Jurisprudenz nicht die Aufgabe hat, scharfe Abgrenzungen zu vollziehen, sondern sich den Verschiedenheiten des Materials anzuschmiegen; nur selten ist die scharfe Abgrenzung, das Abschneiden einer kontinuierlichen

Reihe an einem willkürlich herausgegriffenen Punkt (z. B. Altersgrenzen) von Vorteil, kaum jemals wird es dabei ohne Unbilligkeit abgehen.

So verbindet die Rechtswissenschaft, was der Gesetzgeber getrennt hat, indem sie den Linien, Reihen, in welchen die gesetzlichen Typen eingestellt sind, nachgeht. Andererseits löst sie wieder, was der Gesetzgeber zusammengefügt hat; sie zeigt, daß die Merkmale, die die positive Rechtsordnung in dem gesetzlichen Typus eines Rechtsinstitutes zusammengeschlossen hat, nicht notwendig zusammengehören, sondern daß auch Rechtsfiguren möglich sind, die nur eine der im gesetzlichen Typus willkürlich verbundenen Merkmale tragen, ohne daß sie „juristisch unmöglich“ sind. Wenn z. B. eine Rechtsordnung das Pfandrecht nur als Recht an fremder Sache kennt, so ist es doch denkbar, daß eine andere Rechtsordnung dieses willkürlich (willkürlich selbstverständlich immer nur als Gegensatz zu notwendig) eingefügte Merkmal aus dem Begriffe ausscheidet. Denkbar, möglich ist auch ein Pfandrecht an eigener Sache, und weil es so ist, kann eine Rechtsordnung ein solches Institut schaffen.

5. Von den einzelnen Rechtssätzen steigt die positive Rechtswissenschaft zu höheren generellen Bildungen auf; übergeordnete, allgemeine Rechtssätze sollen aufgewiesen werden. Voraussetzung hierfür ist jedoch, daß die Untersätze fest gegeben sind, die Generalisierung demgemäß keine Schwierigkeiten macht. Indes liegt es meist nicht so einfach. Vielmehr sind zwar in einigen Fällen feste gesetzliche Entscheidungsnormen vorhanden, in anderen aber ist die gesetzliche Regel undeutlich, bedarf der Interpretation, wieder andere Fälle sind von der gesetzlichen Regelung überhaupt nicht erfaßt. Wird nun auf Grund der gegebenen Untersätze eine generelle Norm aufgestellt, so muß sie an den anderen Fällen erprobt werden; vielfach werden die Konsequenzen dieser aufgestellten generellen Norm in der Entscheidung der undeutlich oder gesetzlich überhaupt nicht geregelten Fälle keinen Beifall finden, nicht angemessen erscheinen oder mit Ergebnissen der Interpretation in Widerstreit geraten. Dann muß wieder die neue Norm verändert werden und so vollzieht sich die Bildung der übergeordneten Norm in einem Prozeß ständiger Verschiebung und Anpassung.

Hiebei besteht aber die große Gefahr des Übergleitens in rechtspolitische Forderungen statt bloßer logischer Generalisierung; der neue übergeordnete Satz paßt nach Ansicht des Generalisierenden auf die vom Gesetze undeutlich entschiedenen unregelten Fälle (soweit sie unter die Norm subsumierbar sind), aber nicht auf die klar entschiedenen Fälle; nur zu leicht gerät man dann in Versuchung, auch die Entscheidung der klaren Fälle im Sinne des neuen generellen Satzes umzubiegen und solcher Art sich in Widerspruch zum geltenden Recht zu setzen.

Treten zwei generelle Rechtssätze in Konkurrenz, so muß somit zunächst sorgfältig geprüft werden, ob es sich nur um zwei verschiedene „Deutungsversuche“ desselben Materials, verschiedene Generalisierungen

derselben Untersätze handelt, deren Konsequenzen in der Entscheidung der zu subsumierenden Fälle völlig übereinstimmen, ob also jeder Rechtsfall nach jedem der beiden Obersätze gleich entschieden wird, dann ist der Streit der beiden Sätze bloß von dem Gesichtspunkt zu schlichten, welche der vorgeschlagenen Formulierungen die zweckmäßigere ist, aber beide Sätze sind logisch gleichberechtigt; oder die Konsequenzen der aufgestellten Sätze in der Entscheidung der subsumierten Fälle sind verschieden, dann handelt es sich um einen echten Streit, der durch Interpretation geschlichtet werden muß.

Nur auf die Konkurrenz von Deutungsversuchen ist richtiger Weise der Terminus: Theorien und Theorienstreit zu beschränken; beim Kampf zweier Sätze, die nicht zu gleichen Entscheidungen führen, ist der Ausdruck: Theorien unangebracht.

Die Bekämpfung eines von der Rechtswissenschaft aufgestellten generellen Rechtssatzes zerfällt demnach in zwei Teile: zuerst zu zeigen, daß seine Konsequenzen mit dem Gesetz in Widerspruch stehen oder zumindest die undeutlich oder gar nicht geregelten Fälle unangemessen entscheiden (*deductio ad absurdum*); gelingt diese Art der Entkräftung des Satzes nicht, so muß er als unzweckmäßig und durch eine einfachere Formulierung ersetzbar dargestellt werden. Nur in letzterer Hinsicht soll man von „Theorienstreit“ sprechen.

So ist der frühere Streit zwischen Absendungs-, Empfangs- und Vernehmungs-„Theorie“ beim Abschluß eines Vertrages kein echter Theorienstreit; denn die „Theorien“ führen zu verschiedenen Entscheidungen, wann der Vertrag zustande kommt. Daher sind die erste und letzte „Theorie“ durch die klare Regelung des deutschen und österreichischen Rechtes für den Bereich dieser Rechte erledigt.

Ebenso bei der Willens- und Erklärungstheorie, die den Irrtum verschieden entscheiden; der heutige Streit dieser Theorien ist nicht von gleicher methodischer Struktur wie früher, worauf an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden kann. Dagegen scheint der Gegensatz zwischen Willens- und Vorstellungstheorie im Strafrecht ein echter Theorienstreit, ein Streit um die Generalisierung gegebener Untersätze zu sein¹⁾.

Selbstverständlich gibt es nicht nur einen einzigen Obersatz, der Anspruch auf „Richtigkeit“, Wahrheit erheben kann, es handelt sich um bloße Fragen der Zweckmäßigkeit, Praktikabilität; die Lösungen, die Obersätze sind rein konventionalistisch, die konventionalistische, logistische Richtung der Logik ist daher mit Nutzen heranzuziehen.

¹⁾ So faßt ihn wenigstens Frank auf; vgl.: Über den Aufbau des Schuldbegriffes, Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen, S. 540ff., insbesondere S. 545: „Tritt man meinem Gedankengange bei, so ist der angebliche Gegensatz zwischen Willens- und Vorstellungstheorie der realen Bedeutung entkleidet.“

6. Alles Gesagte ist auf die Begriffsbildung übertragbar; Begriffe und Sätze (Urteile) sind ja korrelat. Auch die Zusammenfassung im Begriff ist sowohl horizontal wie vertikal möglich. Die nebeneinanderstehenden Tatbestände werden mit Rücksicht auf gemeinsame Rechtsfolge in einen Begriff zusammengefaßt, wobei das Ideal eindeutige Zuordnung ist, d. h. einem Tatbestand entspricht eine und nur eine Rechtsfolge und umgekehrt einer Rechtsfolge ein und nur ein Tatbestand. Diese eindeutige Zuordnung erfolgt durch die Auffindung eines allen Tatbeständen, an welche ein und dieselbe Rechtsfolge angeschlossen ist, gemeinsamen Merkmales. Gelingt es aber nicht, ein solches Merkmal aufzufinden, so kann man sich der disjunktiven Begriffsbildung bedienen. Ein disjunktiver Begriff wird nach der Formel: a oder b gebildet, unter ihn sind alle Tatbestände zu subsumieren, die entweder das Merkmal a oder das Merkmal b tragen. Der Tatbestandsbegriff Eigentumserwerb z. B. enthält eine ganze Reihe von Tatbeständen, welche nicht durch ein gemeinsames Merkmal zusammengefaßt werden können; man erwirbt das Eigentum entweder durch Okkupation oder durch Spezifikation oder derivativ; die einzelnen Tatbestände sind ganz verschieden geartet, werden aber mit Rücksicht auf die gleiche Rechtsfolge in disjunktiver Begriffsbildung zusammengeschlossen.

In vertikaler Richtung werden Rechtsbegriffe erzeugt, durch welche die auf einem gemeinsamen Grundtatbestand sich aufschichtenden Tatbestände (und Rechtsfolgen) zusammengeordnet werden.

Selbstverständlich kann von einer „produktiven Kraft“ der Rechtsbegriffe ebensowenig die Rede sein wie bei den Rechtssätzen. Niemals kann man mehr aus solchen Begriffen und Sätzen herausholen, als man hineingesteckt hat. Aber die wissenschaftliche Leistung liegt gar nicht im Herausholen, sondern im Hineinstecken, nicht in der Analyse, sondern in der Synthese. Übergeordnete, von der Rechtswissenschaft aufgestellte Rechtssätze und Rechtsbegriffe sind, in diesem Sinn verstanden, Erfindungen, die mehr oder weniger zweckmäßig sind; zwischen den verschiedenen Konstruktionen kann daher nur nach dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit unterschieden werden. Man kann verschiedene natürliche Merkmale der Unterschicht (Vorgegebenheit) ausprobieren, um möglichst praktische Resultate zu erzielen.

Diese Methodik darf nicht mit der alten „Inversionsmethode“ verwechselt werden; deren schwerster Fehler bestand darin zu glauben, es gebe nur einen einzigen wahren Obersatz, den man entdecken könne und müsse; wir aber erkennen, daß man die Rechtssätze auf die verschiedensten gemeinsamen Nenner zurückführen kann. Die Aufgabe, die Rechtssätze auf einfachste und möglichst wenige Obersätze zu reduzieren, bleibt ewige wissenschaftliche Aufgabe; erst wenn man sich über den großen Spielraum klar wird, der hier der Wissenschaft gegeben ist, kann man die Größe der Aufgabe und die Möglichkeiten ihrer Lösung ermessen. Es wäre prinzipiell möglich, unser ganzes Rechtssystem durch ein völlig anderes, aber einfacher und praktischer geordnetes zu ersetzen.

II. Verhältnis der Reinen Rechtslehre zu modernen privatrechtlichen Richtungen

Hat man so das Wesen der Reinen Rechtslehre erfaßt, so fällt die Abwehr jener Angriffe leicht, welche gegen die Wiener Schule von Vertretern der Privatrechtslehre erhoben werden¹⁾. Eine kurze Auseinandersetzung mit diesen durchaus ernsten und sachlichen Argumenten — schon die Tonart, in welcher sie vorgebracht werden, sticht wohlthuend von gewissen anderen Publikationen ab — wird aber deswegen nutzbringend sein, weil sich ergeben wird, daß die erhobenen Einwendungen sich zum überwiegenden Teil gar nicht gegen eine richtig verstandene Reine Rechtslehre richten können, wobei zugegeben werden mag, daß auch die Vertreter der Wiener Schule ein gewisses Mitverschulden an dem Auftreten der Mißverständnisse tragen.

Das erste dieser Argumente lautet: das Ziel der Rechtswissenschaft ist Lebensdienst. Allein schon dieses Argument führt die ganze Untersuchung auf ein Nebengeleise. Der Maßstab, an welchem die Bedeutung einer Wissenschaft gemessen werden muß, ist ihr Erkenntnis-, nicht ihr Lebenswert. Sonst käme man dazu, den „lebensnächsten“ Wissenschaften, z. B. der Textilkunde, den höchsten wissenschaftlichen Rang zuzusprechen, die Philosophie dagegen oder sogar die Mathematik als lebensfernste Wissenschaft stünde in der Rangordnung zuniederst. Hievon abgesehen, zeigt die historische Entwicklung, daß vielfach zuerst reinste Theorie betrieben wurde und erst viel später sich ergab, wie fruchtbar die erarbeitete Theorie für die Praxis wurde. Man denke nur an die Erfindung des Mikroskops, welches zunächst als Spielzeug angesehen wurde.

Die konzentrierteste Fassung der Einwendungen gegen die Reine Rechtslehre liegt wohl in der Formel: Aufgabe der Rechtswissenschaft sei die Normgewinnung und diese Aufgabe vermöge die Reine Rechtslehre nicht zu erfüllen; die Rechtswissenschaft habe selbst, vor allem auf dem Wege der Interpretation und Lückenausfüllung, die Entscheidungsnormen zur Regelung der menschlichen Interessenkollisionen beizustellen. Zweifellos kann die Reine Rechtslehre diese Aufgabe nicht übernehmen, sie fiel sonst, wie bereits erwähnt, mit der Wissenschaft positiven Rechtes zusammen.

Aber was ist das überhaupt: Normgewinnung? Rechtsnormen lassen sich doch nicht so einfach gewinnen wie Salz aus dem Meerwasser, die Normengewinnung ist ein überaus schwieriger, methodischer Prozeß, von diesem Punkt gehen schwierige Fragen der allgemeinen Theorie des Rechts aus! Die Normen werden ja nicht frei aus der Luft hergezaubert, zunächst sind es die Normen des positiven Rechts, die als Grundlage der richterlichen Entscheidung dienen. So definiert auch Heck die Normgewinnung als „Beschaffung der erforderlichen Normen

¹⁾ Vgl. statt aller Heck: Die reine Rechtslehre und die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft, Archiv f. d. zivil. Praxis, Jhg. 1924, S. 173ff., und ebenda, Jhg. 1929, S. 96ff.

unter Verwendung des autoritativen Materials“. Was ist aber „autoritatives Material“? Welches ist die Autorität, die solches Material liefert und in welcher Weise produziert sie das Material? Diese Fragen werden als belanglos, weil anscheinend selbstverständlich beantwortet, zur Seite geschoben. Allein gerade durch diese Fragen werden die Probleme der rechtlichen Geltung, deren Theorie ein wesentlicher Teil der Reinen Rechtslehre ist, aufgerollt. Daß diese geltenden Normen nicht zu umgehen sind, daß der Richter nicht oder zumindest nicht ohne weiteres contra legem judizieren darf, wird auch von den Vertretern der gegnerischen Richtung nicht bestritten. Wie aber erkennt man, ob eine Norm dem geltenden Rechte angehört? Das allgemeine Kriterium der Geltung anzugeben, ist eine Aufgabe, die der Reinen Rechtslehre zufällt.

Nehmen wir aber an, diese Frage sei gelöst, die autoritativen Normen seien bereits festgestellt und es handle sich nur noch um die Gewinnung der ergänzenden Normen; auch dann sind der Reinen Rechtslehre wichtige Aufgaben gestellt, die einen wesentlichen Teil des Prozesses der Normgewinnung umfassen — ohne allerdings diesen Prozeß ganz zu erschöpfen. Was das Wesen der Norm ist, welche Elemente eine vollständige Norm enthalten muß — vom teleologischen Standpunkt gesehen, um den Ordnungseffekt erzielen zu können —, welche Möglichkeiten der Ordnung bestehen, kurz all das, was wir bereits als Arbeitsfeld der Reinen Rechtslehre geschildert haben.

Auch die Interpretation selbst, die Gewinnung der Norm aus dem toten Material der Buchstaben und sonstigen Zeichen bedarf der Bearbeitung durch die Reine Rechtslehre, welche aufweist, welche Methoden der Interpretation existieren können und welche Möglichkeiten der Interpretation demgemäß bei Anwendung der verschiedenen Methoden im Einzelfall vorhanden sind.

Freilich, beschränkt man den Begriff der Normgewinnung auf die — logisch — letzte Etappe dieses Prozesses, auf die Auswahl einer Norm aus einer zur Auswahl bereit liegenden Zahl von Normen, dann hat die Reine Rechtslehre damit nichts zu tun; aber diese Beschränkung ist unzulässig, übersieht, wieviel an methodischer Arbeit diesem Stadium vorausgegangen sein muß.

Eine andere, in Wirklichkeit jedoch bloß scheinbare Differenz, zwischen den Vertretern der Reinen Rechtslehre und ihren Gegnern wird in der Behandlung der teleologischen Momente gesehen. Die Angriffe gegen die Wiener Schule der Reinen Rechtslehre werden zu einem großen Teil von Anhängern einer teleologischen Methode der Rechtswissenschaft erhoben, welche die Befürchtung aussprechen, daß die Wiener Schule zu einer Wiederkehr der kaum überwundenen Begriffsjurisprudenz, zu Formalismus und Scholastik führen werde. Allein diese Befürchtung ist ganz unbegründet. Gerade weil die Reine Rechtslehre ihre Grenzen klar erkennt, hütet sie sich ängstlich vor Eingriffen in das positive Recht und seine Wissenschaft, vor der Aufstellung von Normen. Sie will ja nur Notwendigkeiten und Möglichkeiten des Rechtes aufweisen, nicht

mehr und nicht weniger; in der strengsten Zurückhaltung von der Aufstellung von Normen liegt gleichzeitig ihre Stärke und ihre Schwäche. Sie kann und will nicht der positiven Rechtswissenschaft ihre Funktion abnehmen.

Worin allerdings die teleologische Methode besteht, bedürfte noch genauer Untersuchung; die Probleme der Teleologie sind philosophisch keineswegs genügend geklärt. Insofern die Betonung der Teleologie nur besagen soll, daß die positiven Rechtsordnungen und zugehörigen Wissenschaften auch Zweckbegriffe enthalten können, besteht nicht der geringste Gegensatz zwischen beiden Richtungen; ja, die Reine Rechtslehre muß auch diese Begriffe methodischer Bearbeitung unterziehen. Daß die Setzung von Rechtsnormen in Zwecksetzungen erfolgt, wird gleichfalls von der Reinen Rechtslehre nicht bestritten, die logische Struktur dieser Akte zu untersuchen, gehört in den Kreis der Reinen Rechtslehre. Jedenfalls ist es ein grenzenloses Mißverständnis anzunehmen, daß die Reine Rechtslehre Begriffe wie Treu und Glauben aus der Rechtswissenschaft ausschließen will¹⁾, sie kann solche Begriffe durchaus als mögliche Inhalte einer positiven Rechtsordnung erfassen.

Beide Richtungen haben jedoch einen gemeinsamen Feind: die Unterhöhlung der Rechtswissenschaft durch die Einschmuggelung von Zwecken, die nicht Inhalt der betreffenden Rechtsordnung sind, die Darstellung politischer Tendenzen als juristischer Theorien. Solange solche Zwecke offen vertreten, also politische Forderungen gestellt werden, hat die Reine Rechtslehre nichts dagegen einzuwenden. Werden aber solche Zwecke als gültige Rechtstheorie vorgebracht, dann hat sie zu zeigen, daß eine Wesenslehre vom Recht für die Begünstigung bestimmter Zwecksetzungen nichts, aber auch nicht das Geringste beiträgt. Vor dem Forum der Reinen Rechtslehre ist jede politische Tendenz gleichberechtigt, kommt nur in Betracht als möglicher Inhalt einer Rechtsordnung, niemals aber kann die Reine Rechtslehre mehr aussagen, als daß sie möglich ist, nicht, daß sie wirklich werden soll. Will also eine solche Interessenvertretung die Reine Rechtslehre zum Bundesgenossen, so wird sie auf stärkste Ablehnung stoßen. Gerade an diesem Punkt berühren sich Reine Rechtslehre und Freirechtslehre: Aufdeckung der „Kryptosoziologie“, der unter dem verhüllenden Mantel der Theorie erscheinenden Wertungen und Zwecksetzungen ist Ziel beider Richtungen.

Es ist die Theorie vom „immanenten“ Zweck, die zu solchen Gedankengängen verleitet; es wäre eine reizvolle Aufgabe, den philosophischen Wurzeln dieser Theorie und ihren Auswirkungen auf die Rechtswissenschaft nachzuspüren. Die Theorie vom immanenten Zweck meint, daß im Wesen eines Gegenstandes sein Zweck oder seine „Idee“ beschlossen liege. Diese Auffassung ist unrichtig. Kein Gegenstand hat einen Zweck, man kann sich nur mit einem Gegenstand Zwecke

¹⁾ Vgl. Heck: a. a. O., S. 185. Fuchs: Die Justiz, Bd. IV, S. 140; Gesunder Menschenverstand, Neu-Wiener-Begriffsnetz.

setzen. Und der Gegenstand kann ein mehr oder weniger brauchbares Mittel für diesen Zweck abgeben. Man kann aber jeden Gegenstand als Mittel für verschiedene Zwecke verwenden; daher hat weder das Recht noch seine Teile, weder der Staat noch ein einzelnes Rechtsinstitut einen Zweck, man kann nur diese Rechtsstrukturen für verschiedene Zwecke verwenden (und selbstverständlich sind im Inhalt gewisser Rechtssätze, wie erwähnt, Zwecke begrifflich enthalten).

Daß die „Immanenztheorie“ ein gefährlicher Feind ist, zeigt die Rechtsphilosophie Binders, die mit großem gedanklichem Aufwand arbeitet. Allein sie führt zu rein politischen Konsequenzen; man sehe nur auf folgende Sätze: „Erscheint mir also die willkürliche Aufkündigung der Ehe durch einen Ehegatten allein als mit dem Wesen der Ehe unvereinbar und verwerflich, so erscheint mir die vollkommene Unauflöslichkeit der Ehe als ebenso unsittlich und verwerflich als mit der Idee der Ehe unvereinbar¹⁾.“ Oder: „Diese Rechtfertigung erhält der Krieg als eine Lebensäußerung der Natur und des Staates, aus dem Recht des Staates und der in ihm zu ihrem Selbstbewußtsein gekommenen Nation auf Dasein und Betätigung; und so hat der Krieg freilich keine Rechtsgrundlage im Sinne einer Begründung im positiven Recht und kann er auch nicht als absolute sittliche Notwendigkeit angesehen werden — was paradox wäre —, da alsdann der Krieg als das normale Verhältnis unter den Völkern erscheinen würde; aber jede Nation, jeder Staat hat genau so viel Recht dazu, die Waffen gegen ein anderes Volk zu erheben, als sie überhaupt ein Recht darauf haben, unter den anderen Nationen zu leben²⁾.“ Man mag über Ehe oder Krieg denken, wie man will, allein es ist bedauerlich, daß solche Sätze in einem Buche über Rechtsphilosophie erscheinen.

Haben wir im vorigen die Stellung der Reinen Rechtslehre zu teleologischen Erwägungen charakterisiert, so bleibt schließlich ihr Verhältnis zu den „Seinswissenschaften“, vor allem zur Soziologie zu erörtern. Die soziologische oder wirtschaftsrechtliche Richtung in der Rechtswissenschaft wird am besten von Rumpf³⁾ unter dem Namen „vollrechtlich“ bestimmt als „jene Auffassung von der Rechtswissenschaft, nach der diese zu erforschen und darzustellen hat die Tatsachen des gegenwärtigen (oder zukünftigen) deutschen (oder ausländischen) Soziallebens, soweit dieses unter der Herrschaft jener abstrakten Rechtsnormen steht“. Liegt in dieser Methode wirklich ein Gegensatz zu anders eingestellten Forschungsweisen? Gerade die Definition Rumpfs zeigt, daß es sich nicht um zwei gleichberechtigt einander gegenüberstehende wissenschaftliche Verfahren handelt, vielmehr liegt die Rechtswissenschaft und mit ihr die Reine Rechtslehre logisch vor der Rechtssoziologie. Eine Rechtssoziologie ist überhaupt erst möglich auf Grund einer Wissenschaft vom Recht. Der wichtige Nachsatz Rumpfs „soweit das Rechtsleben

¹⁾ Philosophie des Rechts, S. 461.

²⁾ a. a. O., S. 591.

³⁾ Archiv f. d. zivil. Praxis, Jhg. 1922, S. 153.

unter der Herrschaft jener Normen steht“ bringt dies deutlich zum Ausdruck. Das Rechtsleben steht unter der Herrschaft der abstrakten Normen, deren Erkenntnis erforderlich ist, um das Herrschaftsverhältnis richtig zu erfassen. Erst Erkenntnis von Normen, dann Erkenntnis der Realität des Rechtslebens, nur so wird die erkenntnistheoretische Rangordnung verständlich. Es liegt hier nicht anders als in allen übrigen Kulturwissenschaften; die Erkenntnis der Kulturrealität setzt die Kenntnis der Kulturidealität voraus. Wer „Musiksoziologie“ oder Musikgeschichte studieren will, muß die Musik kennen, dann erst kann er die Realisierung dieses idealen Bereichs der Musik erfassen.

Schon der Name Rechtssoziologie weist übrigens darauf hin, daß das Recht gegeben sein muß, um seine Soziologie treiben zu können. Wie soll denn die Rechtssoziologie von anderen Soziologien unterschieden werden? Wie kann das Rechtsleben gegenüber anderen sozialen Erscheinungen abgegrenzt werden, die in der sozialen Welt zunächst ununterscheidbar, weil bloße Teile dieser in einem einheitlichen Strom dahinfließenden sozialen Erfahrung sind?

In doppelter Hinsicht besteht dieser logische Vorrang der „Rechtswissenschaft“ vor der Rechtssoziologie. Vorerst ist erforderlich zu wissen, was Recht überhaupt ist. Es gilt ganz allgemein, daß jede Tatsachenwissenschaft — und eine Tatsachenwissenschaft will die Rechtssoziologie doch sein — nur auf Grund einer Wesenswissenschaft möglich ist. Da die Reine Rechtslehre Wesenslehre vom Recht ist, kann nur auf diesem Fundament die Rechtssoziologie als Tatsachenwissenschaft sich etablieren.

Ferner: es ist Ziel der Rechtssoziologie, die Tatsachen zu erforschen, welche unter der Herrschaft einer bestimmten Einzelrechtsordnung stehen; daher ist es notwendig, die Einzelrechtsordnung gegen andere Rechtsordnungen abzugrenzen. Diese Abgrenzung wird durch die Angabe des spezifischen Geltungskriteriums vollzogen. Worin aber Geltung besteht, hat die Reine Rechtslehre zu sagen; sie hebt das „autoritative Material“ heraus. Wer Tatsachen des deutschen Rechtslebens betrachten will, muß wissen, wodurch sich deutsches Rechtsleben vom auswärtigen Rechtsleben abhebt, und wird damit verwiesen auf die Abgrenzung und Bestimmung der deutschen Rechtsordnung und ihres Geltungskriteriums.

Prüft man, was als Erkenntnisse der Rechtssoziologie geboten werden, so erweist sich tatsächlich, daß es sich gar nicht um eine andere Methode der Rechtswissenschaft handelt — sofern nicht besondere Auslegungsprinzipien vertreten werden, was in anderen Zusammenhang gehört —, sondern um ein Hinzugeben zur Rechtswissenschaft. Die Rechtssoziologie hat die wichtige Aufgabe, zu untersuchen, wie das soziale Leben die Rechtsnormen, deren Kenntnis vorausgesetzt wird, aufnimmt und verarbeitet, ob und inwieweit diese Normen angewendet werden und wie sie wirken; sie zeigt ferner, welchen sozialen Strömungen die einzelnen Rechtsnormen ihre Entstehung verdanken, es gilt selbst-

verständlich die allgemeine Regel, daß die Erkenntnis des Werdens logisch erst nach der Erkenntnis des Wesens möglich ist, daß man Geschichte des Staates erst treiben kann, wenn man weiß, was ein Staat ist.

Auf solche Art will Geiler¹⁾ die Verknüpfung der Rechtssphäre und der Seinssphäre erweisen: zunächst dadurch, daß „das meiste Recht seinen Entstehungsimpuls durch die Seinssphäre erhält“. Allein die Einschränkung „meist“ trifft nicht zu: selbstverständlich ist die Entstehung des Rechtes ein sozialer Vorgang, ein Teil der sozialen Erfahrung, durch kausale Gesetzmäßigkeit bestimmt und alles Recht entsteht und kann nicht anders entstehen als in der sozialen Seinssphäre, dies wird von der Reinen Rechtslehre durchaus nicht bestritten. Um aber zu wissen, ob es Recht ist, das entsteht, muß man wissen, was Recht ist.

Und Geiler fährt fort: „Aber das Gesetzesrecht ist ja nur ein Teil der Rechtsnormenwelt, in der wir leben. Ein weiterer erheblicher Teil ist in das Rechtsbewußtsein übergegangene Übung und Verkehrssitte... (es) bleibt diesen sozialen Gemeinschaften und Verbänden ein weiter Raum für eine eigene Normative.“ Vollkommen richtig! Aber dieser „weite Raum“ ist eben ein Raum innerhalb des Gesetzesrechtes und so führt diese Untersuchung wieder zur Frage: Was ist Gesetzesrecht und wie steht es mit seiner Geltung? Gesetzesrecht zu erkennen, setzt voraus zu wissen, was Recht, was Gesetz, was Geltung ist, wieder wird man auf Reine Rechtslehre verwiesen.

Es ist charakteristisch, wenn sich Geiler im folgenden auf Sinzheimers Ausspruch beruft, daß die Rechtswissenschaft erweitert werden muß durch Einbezug der sozialen und wirtschaftlichen Erfahrung. Erweitert wohl, Erweiterung setzt eben voraus, daß schon etwas da ist, was erweitert wird. Aber diese beiden Teile, der alte und der neue, sind logisch nicht gleichberechtigt; der alte Teil ist das Fundament, auf welchem der neue errichtet wird²⁾.

Und es ist auch kein Zufall, wenn Heck³⁾ feststellen muß, daß sich die Formen der Seeunfälle, bei denen die Verteilung einer großen Havarie in Frage kommt, die Usancen des Hypothekarverkehrs und ähnliches in keinem System der Soziologie finden. Auch könnte der Soziologe, wenn er nicht zugleich als Jurist arbeitet, das für den Juristen Wichtige gar nicht erkennen und herausheben. Das ist eben das Entscheidende! Nur als Jurist kann man die Aussonderung des „Wichtigen“ vollziehen, weil Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft nur auf dem Grunde der Reinen Rechtslehre möglich sind.

¹⁾ Die wirtschaftsrechtliche Methode, Gruchots Beiträge, Bd. 68, 1927, S. 595.

²⁾ Selbstverständlich fungieren die Tatsachen des sozialen Lebens auch als „Vorgegebenheiten“ gleich wie die Tatsachen der Natur; als solche müssen sie, wie erwähnt, erst in Tatbestände geformt, in Rechtsnormen eingestellt werden, um zu Recht zu werden.

³⁾ a. a. O., S. 180.

III. Gesellschaftsrecht

Daß die Reine Rechtslehre mit den Arbeiten Kelsens auf dem Gebiete des Staatsrechtes entsprang, kann nicht Wunder nehmen. Gerade auf diesem Gebiete mußte schließlich die Reaktion einsetzen gegen die rechtsfremden, phantastischen Gedankengänge, die sich hier breit machten; die klaren, strengen Linien juristischer Betrachtung waren überwuchert von Konstruktionen und Hypothesen, die zur Erkenntnis der Sachverhalte nichts beitrugen, sondern die wahre Sachlage bloß verdunkelten. Die allgemeine Staatslehre, die eben als allgemeine Lehre einen Teil der Reinen Rechtslehre zu bilden hat, nämlich Wesenslehre vom Staat (als Rechtserscheinung), gab teils überflüssige Überbauten, teils naturrechtlich-politische Postulate. Sie mußte endlich auf Rechtssätze, Relationen von Tatbeständen und Rechtsfolgen und Begriffe von diesen zurückgeführt werden. Es war daher zunächst notwendig, das Überflüssige auszuschneiden, — vorerst negative, bloß reinigende Arbeit, es mußte gezeigt werden, daß der Verzicht auf alle diese Überflüssigkeit keine Einbuße an Erkenntnis bewirkt.

Auf dem Gebiete des Privatrechtes ist dieser Teil der Arbeit wesentlich geringer. Da dem Privatrechtler konkrete Rechtsprobleme vorliegen, konnte sich nicht in der gleichen Weise wie im Staatsrecht eine nebulöse Mystik entwickeln, insbesondere seitdem die „pandektistische“ Betrachtungsweise unter dem Einflusse der Freirechtler das Feld geräumt hat. Die Freirechtslehre hat für die Reine Rechtslehre bedeutungsvolle Vorarbeit geleistet. Immerhin zeigt sich an einzelnen Punkten noch die Neigung zu den alten Verirrungen.

Deutlich erkennbar wird der Kontrast der Methoden, wenn man die Behandlung verwandter Probleme in beiden Rechtsdisziplinen vergleicht, so die Lehre vom Staat und die Lehre von der Gesellschaft. Es bedarf wohl nicht der Ausführung, daß prinzipiell gleiche Probleme im Gebiete des Staatsrechtes und des Gesellschaftsrechtes auftreten; es wäre eine dankenswerte Aufgabe, die Parallelität herauszuarbeiten und die Gemeinsamkeiten aufzuzeigen. Vergleicht man ein Lehrbuch des Staatsrechtes älterer Richtung und ein Lehrbuch des Gesellschaftsrechtes, etwa Jellineks Allgemeine Staatslehre und Brodmanns Kommentar zum Aktienrecht, so sind die gewaltigen Unterschiede der methodischen Behandlung nicht zu verkennen. Nicht deswegen, weil es sich in einem Fall um allgemeine Rechtsprobleme, im anderen um positive Rechtswissenschaft handelt, vielmehr ist die ganze Einstellung zum Rechtsstoffe völlig verschieden. Es fehlen im letzteren Fall die spekulativen Gedankengänge, die mystischen Verherrlichungen, die in der Staatslehre einen so großen Platz einnehmen; das Gesellschaftsrecht operiert fast ausschließlich mit nüchterner Zuordnung von Tatbeständen und Rechtsfolgen, wobei natürlich die Entscheidung darüber, welche Rechtsfolgen den einzelnen Tatbeständen zuzuordnen sind, im Mittelpunkt der Untersuchung steht, da es sich ja um Arbeit der positiven Rechtswissenschaft handelt.

So fehlen dem Gesellschaftsrecht parallele Erörterungen zur Lehre vom „Zweck des Staates“. Während man bekanntlich in der Staatslehre vielfach nach dem „Zweck des Staates“ überhaupt fragte, sucht man vergeblich analoge Fragestellungen im Gesellschaftsrecht. Niemand zweifelt, daß die Gesellschaft an sich keinen Zweck hat, sondern daß es den Gesellschaftern überlassen bleibt, welche Zwecke sie ihrer Vereinigung setzen — selbstverständlich abgesehen von solchen Zwecken, die gegen die geltende Rechtsordnung verstoßen. Es wird also nicht der Gesellschaft von vornherein ein Zweck zugewiesen, wie dies in der Theorie vom Staatszweck versucht wird, sondern man erkennt, daß die Zwecksetzung ausschließlich Sache der Gesellschafter ist.

Immerhin wird manchmal der Zweck der Gesellschaft absolut gesetzt und den Zwecken der Gesellschafter gegenübergestellt¹⁾; auf diese Weise wird versucht, eine Richtschnur zur Entscheidung interner Streitigkeiten der Gesellschafter zu finden, indem jenen Gesellschafterinteressen der Vorrang zuerkannt wird, welche mit den „Interessen der Gesellschaft“ harmonieren. Man sollte sich jedoch darüber klar werden, daß solche Entscheidungen aus dem Interesse der Gesellschaft unmöglich sind. Entweder nämlich laufen die Interessen der Gesellschafter konform, dann gibt es eben nur gemeinsame Interessen der Gesellschafter, die man, wenn man will, auch Interessen der Gesellschaft nennen mag, oder die Interessen der Gesellschafter disharmonieren und dann muß die Frage nach der Entscheidung dieses Streites richtig dahingestellt werden, welche Interessen den Vorzug verdienen. Welche Argumente für den Vorzug des einen Interesses vor dem anderen sprechen, ist eine andere Frage, es kann das Majoritätsprinzip herangezogen werden, aber auch andere Grundsätze.

Dreierlei Interessenkollisionen erscheinen: Kollision zwischen Interessen der Majorität und Minorität; Kollision zwischen gegenwärtigen und zukünftigen Interessen der Gesellschaft (vor allem beim Problem, ob stille Reserven zu gestatten seien oder der Gewinn an die jeweiligen [gegenwärtigen] Aktionäre auszuschütten sei); Kollision zwischen den Interessen der Gläubiger und der Aktionäre. Nur abgeleitet ist der Gegensatz zwischen Verwaltung und Aktionären.

Mit dieser Einsicht fällt die Auffassung, die in den Minoritätsrechten Rechte der Gesellschaft erblickt, die der Minorität im Interesse der Gesellschaft anvertraut sind; nach dieser Anschauung ist die Minderheit das letzte „Reserve-Organ“ der Gesellschaft. So etwa Fischer: „Die Aufgabe der aktienrechtlichen Minderheitsrechte besteht nicht darin, die Macht der Mehrheit als solcher zugunsten der Minderheit zu beschränken, vielmehr darin, die Mehrheit zu verhindern, in unlauterer Weise von ihrer Macht zum Schaden der Korporation

¹⁾ Vgl. Schreier: Neue Gedanken zur Aktienrechtsreform, Festgabe für Heymann.

Gebrauch zu machen Das Ziel der Minderheitsrechte ist der Schutz der Korporation durch die Minderheit¹⁾.“

An diese Erkenntnis knüpfen sich, wie nur nebenbei erwähnt werden möge, wichtige Folgen für die Ausgestaltung der Minderheitsrechte; so in der Frage der Parteienrolle: nicht die Gesellschaft, vertreten durch die Minderheit, sondern die Minderheit selbst ist legitimiert; der allenfalls geltend gemachte Schadenersatzanspruch muß nur mit dem auf die Minorität entfallenden Teil befriedigt werden. Praktische Konsequenzen für den Gesetzgeber, die durch die klare Erkenntnis des wahren Sachverhaltes nach Beseitigung der unnötigen Konstruktionen ermöglicht werden.

An die Minderheitsrechte schließen die viel umstrittenen Sonderrechte an. Sie haben ihr Analogon in den „Freiheitsrechten“, auf dem Gebiete des Staatsrechtes. Die Parallelismen im Problem und in den Lösungsversuchen auszuweisen, wäre gewiß eine lohnende Aufgabe. Die Ähnlichkeit beider Phänomene liegt darin, daß gewisse Rechte von der Rechtsordnung (dem Staate) bzw. der Teilrechtsordnung (dem Gesellschaftsstatut) nicht ohne Zustimmung des Berechtigten angetastet werden können oder dürfen. Diese Rechte scheinen schon vor aller Rechtsordnung gegeben, bedürfen daher gar keiner Bestätigung durch die Rechtsordnung und könnten durch sie auch nicht beeinträchtigt werden — ein rein naturrechtlicher Gedankengang²⁾.

Eine methodisch reinliche Untersuchung der Sonderrechte wird davon ausgehen können, daß zunächst von der Rechtsfolge her (dieser Terminus im weitesten Sinn verstanden) bestimmt wird: Sonderrechte sind solche Rechte, welche von der Gesellschafterversammlung nicht ohne die Zustimmung des Berechtigten abgeändert werden können. An diesen „Idealbegriff“, Begriff des Endpoles einer Reihe schließen sich Abstufungen an; das Sonderrecht kann unter schweren und immer leichteren Bedingungen, auch ohne die Zustimmung des Berechtigten geändert werden; eine solche kontinuierliche Reihe ergibt sich vor allem bei der erforderlichen Majorität; sie läuft von Einstimmigkeit (Zustimmung des Berechtigten) bis zur einfachen Mehrheit, dem anderen Endpunkt der Reihe.

Andererseits muß dieser Rechtsfolge ein Tatbestand zugeordnet werden. Anders ausgedrückt: Wann liegt ein Sonderrecht vor, welche Gesellschafterrechte sind Sonderrechte? Darüber herrscht freilich in der heutigen Literatur des positiven Rechtes Streit; unglücklicherweise hat der Gesetzgeber diese Frage der Wissenschaft zur Beantwortung überlassen. Insbesondere darüber, ob ein Sonderrecht des Aktionärs

¹⁾ Ehrenbergs Handbuch, III. Bd., S. 100. Bei Fischer finden sich mehrfach solche anfechtbare, unter dem Einfluß Gierkes entstandene Gedankengänge.

²⁾ Lehmann: Recht der Aktiengesellschaften, II. Bd., S. 397: „Wohl aber sind diese drei Rechte (Stimmrecht, Dividendenrecht, Recht auf die Liquidationsquote) als naturale aus der Natur der Sache zu betrachten.“ Lehmann stellt allerdings natural in Gegensatz zu wesentlich.

auf Ausschüttung des vollen Gewinns, also Unzulässigkeit stiller Reserven, vorliegt, besteht keine Einigkeit¹⁾. Das Verfahren der Wissenschaft geht nun so vor sich, daß ein Merkmal aufgestellt wird, aus welchem sich ergibt, ob das Recht zu den Sonderrechten zu zählen ist oder nicht. Nach diesem Merkmal, z. B. Wesentlichkeit oder Unwesentlichkeit für den Aktionär, Selbstnützigkeit oder Gemeinnützigkeit, werden zwei Massen geschaffen, in welche die einzelnen Rechte eingereiht werden. Begreiflicherweise haben diese Klassen verschiedenen Umfang, so daß die einzelnen nach der einen Auffassung in diese, nach der anderen in jene Klasse fallen, also Sonderrechte sind oder nicht. Hier ist jedoch methodisch vorsichtig vorzugehen: die rein terminologischen Fragen scheiden zunächst aus. Dann wird richtig bei jedem einzelnen Recht zu prüfen sein, ob es als unentziehbar anzusehen ist oder nicht und aus welchen Gründen (nach welchen Merkmalen), dann werden die so als Sonderrechte gefundenen Rechte auf ein gemeinsames Prinzip (Merkmal) zurückzuführen, also die Einheit des Tatbestandes zu begründen sein. Hierbei vollzieht sich der Prozeß der Anpassung und Verschiebung²⁾. Solange freilich weder über das Merkmal noch den Umfang der Sonderrechte Einigkeit besteht und beides in der Diskussion nicht auseinandergehalten wird, ist keine Schlichtung des Streites zu erhoffen. Natürlich müssen auch die verwandten Begriffe der Individualrechte usw. nach gleicher Methode bestimmt werden.

Durchaus analog wie im Staatsrecht stößt man auch im Gesellschaftsrecht auf den angeblichen Rechtsgrundsatz des Postulates der gleichmäßigen Behandlung der Gesellschafter. Es ergeben sich die gleichen Probleme wie bei dem Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetz, wenn auch natürlicherweise die Probleme auf dem Gebiete des Gesellschaftsrechtes nicht die große politische Bedeutung haben wie im Staatsrecht³⁾. Methodisch sind die Probleme durchaus gleichartig.

Eine gewisse Analogie der Behandlung findet sich auch bei dem Problem der Gründung des Staates bzw. der Korporation. Die „organische“ Theorie betont gerade den einheitlichen Charakter aller Korporationen einschließlich des Staates. Diese Einheitlichkeit liegt jedoch bloß in der Vorgegebenheit, eine Rechtstheorie kann den fundamentalen Unterschied zwischen der Entstehung des Staates (der Gesamtrechtsordnung) und einer Korporation (einer Teilrechtsordnung innerhalb der Gesamtrechtsordnung) nicht übersehen. Im ersteren Fall handelt es sich um das Problem der Entstehung von (positivem) Recht aus Nicht-Recht; im letzteren um einen bestimmt qualifizierten Tatbestand, der von einer positiven Rechtsordnung aufgestellt wird.

Man hat den Begriff der Vereinbarung herangezogen, um den Gründungsakt des Staates sowohl als der Körperschaft einheitlich zu erfassen, allein dieser Begriff gibt nur Scheinlösungen infolge seiner

1) Vgl. Brodmann: Kommentar, S. 156.

2) Siehe oben, S. 317.

3) Vgl. Mainzer: Gleichheit vor dem Gesetz, Gerechtigkeit und Recht.

Doppeldeutigkeit. Insofern er die Entstehung von Recht aus Nicht-Recht erklären soll, kann er naturgemäß kein Begriff einer positiven Rechtswissenschaft sein; ist er aber ein solcher, so kann er wieder über die positive Rechtsordnung nicht hinausreichen. Der Begriff wird eben einmal als Vorgegebenheit, einmal als Rechtsbegriff aufgefaßt.

In den Begriff der Vereinbarung, wie er im Gesellschaftsrecht verwendet wird, hat man allerdings nicht soviel hinein geheimnist wie im Staatsrecht. Dennoch ist er nicht ganz klar. Korrekterweise kann unter ihm nur verstanden werden die Zusammenfassung „im Ziel einheitlicher, also nebeneinanderlaufender Willenserklärungen (nicht gegeneinander gerichteter Erklärungen, wie bei dem Vertrag)“¹⁾ oder ein Tatbestand, an welchen die Rechtsordnung die Entstehung einer Korporation knüpft oder schließlich eine Kumulation: nebeneinanderlaufend verbundene Willenserklärungen, auf Grund welcher die Rechtsordnung die Rechtspersönlichkeit der Korporation zur Entstehung gelangen läßt. Unter den Begriff im ersteren Sinn fällt aber jeder Gesellschaftsvertrag, gleichgültig ob die Gesellschaft juristische Person ist oder nicht, daher ist Fischers anschließender Satz: „Deshalb kann der Vertrag nur Rechtsverhältnisse begründen, nicht aber Rechtssubjekte schaffen“ ganz unrichtig! Es ist der Grundfehler der organischen Theorie, daß sie Gesellschaft und Körperschaft nicht auseinanderhalten kann. Die juristische Persönlichkeit kann nicht durch Willensübereinstimmung von Menschen geschaffen werden, sondern nur dadurch, daß die positive Rechtsordnung eine solche Willensübereinstimmung als Tatbestand normiert, an welchen sich die Entstehung der Persönlichkeit schließt.

Die „körperschaftliche Theorie“ erscheint im Gesellschaftsrecht, vor allem bei der Frage der Gründung der Aktiengesellschaft nur als ein schwacher Abklang der staatsrechtlichen Auffassung. Sieht man näher zu, so ergibt sich, daß es sich überhaupt nur darum handelt, einige Rechtsercheinungen der Gebundenheit des Aktienzeichners an die Zeichnung zu erklären, d. h. auf einen gemeinsamen, einfachen, womöglich bereits bekannten Obersatz zurückzuführen. Während die „Vertrags-theorie“ die Bindung des Zeichners dadurch erklären will, daß sie die Zeichnung als Vertrag auffaßt, also auf den allgemeinen Satz über die Verbindlichkeit von Verträgen zurückgehen will, sieht die körperschaftliche Theorie in der Zeichnung „keinen Vertrag, sondern einen einseitigen, auf Mitgliedschaft in der künftigen Aktiengesellschaft mit Pflichten und Rechten gerichteten Akt“²⁾.

Die körperschaftliche Theorie erschöpft sich also, richtig formuliert, in der juristisch legitimen Behauptung, die Aktienzeichnung stelle ein einseitiges, kein zweiseitiges Rechtsgeschäft dar. Welche der beiden Theorien die „richtige“ ist, soll an dieser Stelle nicht untersucht werden; es kommt uns nur darauf an, den methodischen Charakter des Streites richtig zu erfassen; es liegt ein echter Theorienstreit vor, eine reine

¹⁾ Fischer: a. a. O., S. 74.

²⁾ Lehmann: a. a. O., I. Bd., S. 348.

„Konstruktionsfrage“. Denn das Material ist unverrückbar gegeben, niemand zweifelt, daß der Zeichner an die Zeichnung gebunden ist, und auch der von der Rechtsprechung aufgestellte Grundsatz, eine Anfechtung der Zeichnung aus dem Grunde von Willensmängeln sei unzulässig, hat allgemeine Zustimmung gefunden. Die Entscheidung, welche der Theorien die zweckmäßigere ist, kann aber hier umsoweniger gegeben werden, als der Begriff des einseitigen Aktes selbst einer Untersuchung bedürftig wäre.

Auch auf dem Gebiete des höheren Gesellschaftsrechtes fehlt es nicht an methodischen Unklarheiten. So ist z. B. der Begriff des Kartells bekanntlich heftig umstritten¹⁾. Man sollte jedoch nicht daran vergessen, daß der Rechtsbegriff des Kartells nur mit Rücksicht auf zuzuordnende Rechtsfolgen festgestellt werden kann. Der wirtschaftliche Begriff des Kartells, wie etwa Liefmanns Definition, Kartelle seien Verbände zwischen selbständig bleibenden Unternehmern derselben Art zum Zwecke monopolistischer Beherrschung des Marktes, ist für den Juristen nur Begriff einer Vorgegebenheit; erst wenn an einen solchen Tatbestand spezifische Rechtsfolgen geknüpft sind, kann ein Rechtsbegriff des Kartells gebildet werden. Für den Bereich des geltenden deutschen Rechtes sind wirklich solche Rechtsfolgen in der Kartellverordnung normiert; auf Grund dieser kann der Rechtsbegriff des Kartells für diese Rechtsordnung geformt werden.

Ebenso liegt es beim Konzern. Konzern wird üblicherweise definiert: „eine Gruppe von zivilrechtlich selbständigen Unternehmungen, die eine gewisse Einheitlichkeit bilden und einer einheitlichen Leitung unterstehen“. Diese Definition gibt bloß einen wirtschaftlichen Begriff, den Begriff einer Vorgegebenheit; ein Rechtsbegriff liegt erst dann vor, wenn die Einheitlichkeit darin besteht, daß spezifische Rechtsfolgen vorhanden sind. Tatsächlich wird auch nach solchen Rechtsfolgen gesucht, um eine Disziplin „Konzernrecht“ konstituieren und abgrenzen zu können²⁾. Diese Einheit der Rechtsfolge könnte vor allem darin gelegen sein, daß eine einheitliche Haftung gegenüber den Gläubigern des Konzerns, d. i. der im Konzern verbundenen Unternehmungen gegeben ist.

Auch hinsichtlich des Konzerns findet sich die Hypostasierung des „Konzerninteresses“ als Maßstab der Entscheidung von Streitigkeiten; es gilt das oben Gesagte: So wenig wie das „Interesse der Gesellschaft“ kann das „Konzerninteresse“ eine Richtschnur für die Entscheidung kollidierender Interessen der Konzernmitglieder abgeben.

Wie die Begriffe des Konzerns und Kartells, leidet auch der allgemeine Begriff der Unternehmenszusammenfassungen, der heute so beliebt

¹⁾ Vgl. Schreier: Aufgaben der Kartelljurisprudenz, Schriften des Vereines für Sozialpolitik, 180. Bd., S. 534.

²⁾ Vgl. Friedländer: Konzernrecht, S. 42, der richtig formuliert: „Die große grundsätzliche Frage ist die, ob die wirtschaftliche Einheit des Gesamtunternehmens auch im Rechtssinne eine Einheit ist.“

geworden ist, an der gleichen Doppeldeutigkeit: die Zusammenfassung kann als wirtschaftliche wie als rechtliche gemeint sein. Daß beides nicht zusammenfallen muß, ist wohl selbstverständlich. Ob und inwieweit wirtschaftliche Zusammenfassung Einheit im Rechtssinne nach geltendem Recht herbeiführt oder de lege ferenda herbeiführen sollte, steht zur Diskussion.

Entsprechend wird auch die Einteilung der Unternehmenszusammenfassungen methodisch nicht ganz reinlich durchgeführt; die Verwendung des „Beherrschungselementes“, die Gliederung in Zusammenfassung mit Subordination und Koordination¹⁾ erscheint bedenklich. Subordination bedeutet juristisch Gehorsamspflicht; man kann aber nicht davon sprechen, daß bei der Tochtergesellschaft, dem Hauptfall der Subordination, eine Pflicht zum Gehorsam gegenüber der Muttergesellschaft besteht. Auf das Merkmal der faktischen Beherrschung kann es aber bei einer juristisch einwandfreien Begriffsbildung nicht ankommen. Daß das Schema versagt, erkennt man z. B. daran, daß Haußmann den „Erwerb der Mehrheit der Anteile eines Unternehmens“ zur Subordination, den „Eintritt in das Unternehmen einer offenen Handelsgesellschaft als Kommanditist, stiller Gesellschafter usw.“ zur Koordination rechnet. Aber auch der Eintritt als öffentlicher Gesellschafter gehört hieher und es ergibt sich, daß der öffentliche Gesellschafter ebensogut subordiniert wie koordiniert sein kann. Und sogar beim Kommanditisten kann die wirkliche Macht in der Gesellschaft liegen; rechtlich ist sogar eine Gehorsamspflicht des offenen Gesellschafters gegenüber dem Kommanditisten möglich.

Das Gesellschaftsrecht gibt vielfach Gelegenheit zur Anwendung des Prinzips der Reihe; häufig treten Mischtypen auf. So zeigt schon die offene Handelsgesellschaft das Bild einer juristischen Wesenheit, die zwischen physischer und juristischer Person in der Mitte steht. Bekanntlich war die juristische Natur der offenen Handelsgesellschaft lange Zeit heftig umstritten; es ist jedoch keine Alternative, vor welche die richtig verstandene Theorie gestellt wird. Die offene Handelsgesellschaft ist juristische Person, insofern sie prozeßfähig ist und im Grundbuch erscheinen kann, sie ist eine Mehrheit von physischen Personen, insofern die Gesellschafter Eigentümer des beweglichen Vermögens sind; sie ist also teils physische, teils juristische Person, steht zwischen beiden Idealtypen als Mischtypus in der Mitte.

Von der juristischen Person läuft eine andere Reihe über die vielfachen Abstufungen der Sondervermögen; diese Reihe wäre systematisch auszudenken. Hier wie überall genügt es aber nicht, die wirklich in den gegebenen Rechtsordnungen auftretenden Erscheinungen festzustellen, sondern alle Möglichkeiten anzugeben.

So ist auch der Gegensatz von Gläubiger und Gesellschafter, Forderung und Anteil nicht so scharf, wie ihn die herrschende Lehre

¹⁾ Haußmann: Grundlegung des Rechtes der Unternehmens-Zusammenfassungen, S. 125.

denkt. Zwischen diesen Endpolen liegen vielerlei Zwischenstufen. Die Begriffe Gläubiger und Aktionär z. B. können ineinander übergehen. Heute stehen nur dem Aktionär, nicht dem Gläubiger Verwaltungsrechte in der Aktiengesellschaft zu. Aber diese Verbindung bzw. Trennung der Befugnisse ist nicht notwendig, sondern bloß empirisch und daher zufällig. Es könnte sein, daß auch der Gläubiger in der Verwaltung gewissen Einfluß erhält; es könnte sein, daß größere Gläubiger, vielleicht mit nur beratender Stimme, an der Generalversammlung teilnehmen oder wenigstens von wichtigen Beschlüssen verständigt werden müßten. Ansätze einer solchen Entwicklung sind vorhanden: die kreditierenden Banken haben häufig ihre Vertreter im Verwaltungsrat schuldnerischer Gesellschaften, auch wenn sie nicht selbst Aktionäre sind. Auch die zur Beaufsichtigung der Geschäftsgebarung des Schuldners nach beendetem Ausgleichsverfahren eingesetzten Gläubigerausschüsse wären zu nennen.

Das Ausdenken der Reihe, der Möglichkeiten gibt so die Grundlage für die Aufstellung neuer Rechtsfiguren im Vertragsrecht und in der Gesetzgebung.

IV. Schuld und Haftung

Gehen wir nun zu einem Zentralproblem der Rechtswissenschaft, zur Frage nach dem Wesen der Begriffe Schuld und Haftung über. Man behandelt diese Begriffe im Obligationenrecht und bringt sie in Konnex mit dem Wesen der Obligation. Allein Schuld und Haftung erscheinen nicht nur im Obligationenrecht, sondern auch in jedem anderen Rechtsgebiet, zunächst des Privatrechtes, aber auch der anderen Rechtsdisziplinen. Denn eine Haftung gibt es für alle Ansprüche, nicht bloß solche aus Schuldverhältnissen, auch aus dinglichen Rechten, aus Familienrechten, aus öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen. Tatsächlich sehen sich ja auch die Kommentatoren des B.G.B. genötigt, die Frage zu stellen, ob die Regeln des Rechtes der Schuldverhältnisse auch für Ansprüche aus dinglichen Rechten usw. gelten; dies umsomehr, als höchst sonderbarerweise die Definition des Anspruchs (§ 194), eines Begriffes des allgemeinen Teiles und die Bestimmung des Schuldverhältnisses, des das Recht der Schuldverhältnisse, also einen besonderen Teil einleitenden Paragraphen, wörtlich übereinstimmen — ein logischer Widerspruch. Hätte man richtig erkannt, daß — wie hier nicht näher ausgeführt werden kann¹⁾ — alles Recht in Obligationen auslaufen muß — eine Erkenntnis der Reinen Rechtslehre —, so hätte dieser Fehler der Systematik vermieden werden können.

Aus dieser Erkenntnis folgt, daß die Begriffe Schuld und Haftung nichts anderes bedeuten als sanktionierte (primäre) und sanktionierende (sekundäre) Norm. Wir erwähnten bereits, daß sich die Rechtsnorm dadurch auszeichnet, daß sich ihr eine andere Norm anschließt für den Fall, als ihr Nachsatz, die Rechtsfolge, nicht realisiert

¹⁾ Vgl. hiezu und zum Folgenden Schreier: Grundbegriffe und Grundformen des Rechts, S. 168.

wird. Der primäre Rechtssatz normiert die Schuld, der sekundäre die Haftung für den Fall der Nichterfüllung der primären Norm. So lassen sich Schuld und Haftung auf die allgemeinen Begriffe Rechtspflicht und Sanktion zurückführen. Jede Rechtspflicht bedarf einer Sanktion, es gibt keine unsanktionierten Rechtspflichten, sonst liegt keine Rechtspflicht vor — ohne daß über den Inhalt der Sanktion noch etwas ausgesagt wäre. Damit ist bereits die Lösung des Problems, ob es Schuld ohne Haftung und Haftung ohne Schuld gebe, deduktiv gewonnen. Sowenig es Pflicht ohne anschließende Sanktion und umgekehrt eine Sanktion ohne Sanktioniertes (Pflicht) geben kann, so unsinnig der Gedanke einer primären ohne sekundäre und gar umgekehrt einer sekundären ohne primäre Norm ist, so unmöglich ist Schuld ohne Haftung oder Haftung ohne Schuld.

Die Eliminierung eines Begriffes aus einem wissenschaftlichen System als entbehrlich — indem aufgezeigt wird, daß ein anderer Begriff desselben Systems seine Funktion übernehmen und ihn vollständig zu ersetzen vermag —, ist ein Fortschritt, weil das System vereinfacht wird. Wir gehen aber weiter: Nach unserer Anschauung ist das Verhältnis von Schuld und Haftung einfach zu denken: es handelt sich um zwei hintereinander geschaltete hypothetische Normen, welche dadurch verbunden sind, daß die Hypothesis der einen das kontradiktorische Gegenteil der Thesis der anderen enthält. Der Streit darüber¹⁾, ob Leistungsbefehl und „Zwangsmittel“ derselbe einheitliche Rechtssatz oder zwei völlig verschiedene Rechtssätze seien, ist durch den Hinweis auf die formale Verkettung der beiden Rechtssätze erledigt²⁾.

Nun wird aber weiters auch darüber gestritten, was denn die Schuld eigentlich sei, ob ein Sollen oder nicht, und wenn ein Sollen, ein Leisten-Sollen des Schuldners oder ein Bekommen-Sollen des Gläubigers, und wenn wieder Leisten-Sollen des Schuldners, eine moralische oder rechtliche Pflicht, Gebot der Rechtsordnung oder bloßer Wunsch usw.³⁾. Uns erscheint der Streit müßig. Aufdeckung des einfachen und klaren Fortganges der Rechtsnormen, Zuordnung von Tatbestand und Rechtsfolge in der primären und desgleichen in der anschließenden sekundären, tertiären

¹⁾ Vgl. z. B. Leonhard: Allgemeines Schuldrecht des B. G. B., S. 22ff.

²⁾ Binder behauptet (Zur Lehre von Schuld und Haftung, Iherings Jahrbücher, Jahrg. 1927), daß ein besonderer Rechtsbegriff der Schuld neben dem der Haftung nicht bestehe. Eine Auseinandersetzung mit dieser interessanten Lehre ist hier unmöglich. Bemerkt sei nur, daß vom Standpunkt dieser Lehre die Erfüllung bloß als aufhebender (nämlich die Haftung aufhebender) Tatbestand begriffen werden kann. Erfüllung nimmt aber eine besondere Stellung unter den aufhebenden Tatbeständen ein; das kontradiktorische Gegenteil der Erfüllung, die Nichterfüllung, bringt die Sanktion hervor, während der Nichteintritt anderer Aufhebungstatbestände, z. B. nachträgliche Unmöglichkeit, diese Wirkung nicht mit sich bringt. Mehr als dieses formale Verhältnis ist freilich im Begriff der Schuld in diesem Sinne nicht enthalten.

³⁾ Vgl. bei Planck-Siber: II, S. 1, 16ff.

usw. Norm ist alles, was zur Klärung des Problems erforderlich ist. Man wird eine solche Auffassung vielleicht formalistisch schelten, aber man möge doch sagen, was jede dieser Auffassungen der Schuld und des Sollens zur Bereicherung unserer rechtswissenschaftlichen Erkenntnis beiträgt. Mag man die eine oder andere Ansicht vertreten, was ändert sich am Aufbau unserer Rechtsbegriffe, der doch die wahre rechtswissenschaftliche Tätigkeit darstellt? Wird nur an einem einzigen Punkt ein Rechtsbegriff von der Entscheidung des Streites in dem einen oder anderen Sinne berührt, so ist seine Notwendigkeit erwiesen; ist dies aber nicht der Fall, so können wir über den Streit als belanglos für die wissenschaftliche Arbeit hinweggehen.

Nun erscheint eine solche Untersuchung doch an einem Punkte von Bedeutung zu sein: man hält eine Unterscheidung von echten Pflichten (Schulden) und bloßen Vorbedingungen des Erwerbs (z. B. Mängelrüge, prozessuale Beweispflicht) für geboten. Unzweifelhaft gibt es einen Unterschied; er liegt einfach darin, daß in ersterem Fall ein Interesse des Gläubigers an der Erfüllung vorhanden ist, in letzterem Falle nicht; niemand hat normalerweise ein Interesse daran, daß sein Prozeßgegner Beweise zwecks für ihn günstigen Prozeßausganges anbietet. Gewiß ist es möglich, daß eine Rechtsordnung bei dieser Sachlage die Rechtsfolge in irgendeiner Hinsicht anders gestaltet als für die normalen Pflichten (z. B. hinsichtlich der Haftung für den Erfüllungsgehilfen), notwendig ist es nicht, und wenn eine Rechtsordnung diese Fälle abweichend ordnet, so ist damit nicht die Notwendigkeit gegeben, Unterschiede im rechtlichen Sollen selbst zu behaupten; der Aufbau der Begriffe vollzieht sich in gleicher Weise, solange nur die Nichterfüllung der Rechtsfolge einer Norm selbst wieder eine Rechtsfolge hat. So ist es aber in beiden Fällen: wenn der Käufer nicht rügt, so soll er den vollen Kaufpreis bezahlen, wenn der Beklagte seine Beweisanträge nicht stellt, soll der Richter der Klage stattgeben. Der formal gleiche Aufbau erfordert gleichen begrifflichen Aufbau.

Von methodisch völlig anderer Struktur ist eine Frage, die in den meisten Lehrbüchern gleichzeitig mit der bisher behandelten untersucht wird: ob die Obligation eine Willensgebundenheit des Schuldners darstellt oder ob es bloß auf die Erreichung eines bestimmten Erfolges ankomme. Diese Frage ist nicht ausschaltbar, vielmehr hat sie den guten Sinn, eine Reihe von Rechtserscheinungen auf einen gemeinsamen Obersatz zurückzuführen. Welcher von beiden Obersätzen der „richtige“ ist, wäre allerdings keine präzise Frage; es könnte ja sein, daß beide umfangsgleich sind, daher die gleichen Rechtsfälle umfassen und diese Rechtsfälle gleich und „richtig“ entscheiden, dann sind beide Sätze gleichwertig und richtig. Erfäßt der eine Satz mehr Erscheinungen als der andere, so wird man ihn lieber verwenden, weil seine Verwendung zweckmäßiger, praktischer ist. Führen aber die Sätze zu verschiedenen Entscheidungen der Fälle, dann ist freilich jener Satz unrichtig, dessen Entscheidungen mit den gesetzlichen Regeln nicht übereinstimmen; führen die beiden

Sätze aber nur in jenen Fällen zu verschiedenen Entscheidungen, in welchen keine klare gesetzliche Regel gegeben ist, dann handelt es sich um ein „Interpretationsproblem“, dessen Erörterung an dieser Stelle unmöglich ist.

Will man nun unsere Streitfrage lösen, so muß man zunächst feststellen, welche Fälle unter jeden Satz fallen und wie sie unter der Herrschaft jedes der beiden Sätze entschieden werden.

Nach der ersten Lehre, die Obligation sei Willensgebundenheit des Schuldners, wäre die Schuld erst erfüllt und erloschen, wenn der Schuldner freiwillig (nur vom eigenen Willen bestimmt) geleistet hat. Man müßte demnach anscheinend annehmen, daß die Schuld nicht erlischt, wenn der Gläubiger durch einen Dritten, durch Zwangsvollstreckung befriedigt, sein Interesse an der Leistung weggefallen oder der Erfolg der Leistung in anderer Weise (ohne Opfer des Gläubigers) erreicht wurde, insbesondere wenn der vom Schuldner angerichtete Schaden, zu dessen Ersatz er verpflichtet ist, von selbst verschwindet. Diese Konsequenz wird aber von der Lehre natürlich nicht gezogen; auch nach dieser Auffassung erlischt die Schuld in all den angeführten Fällen, nur muß das Erlöschen der Schuld auf ein anderes Prinzip zurückgeführt werden, da es aus dem ersten Satz, die Schuld werde nur durch freiwillige Leistung des Schuldners erfüllt, nicht abzuleiten ist¹⁾. Es bedarf weiterer Hilfhypothesen, neuer Rechtssätze, um die erste Hypothese aufrecht zu erhalten und doch zu gleichen Resultaten zu gelangen wie die andere Auffassung. Auch nach der ersten Theorie gab es z. B. einen concursus duarum causarum lucrativarum und wird dieser ebenso entschieden wie nach der anderen Theorie. Allein die Entscheidung ist eine „Ausnahme“, bedarf der Erklärung, desgleichen die Erfüllung durch Exekution; insbesondere die Realexekution bot Schwierigkeiten. Die andere Auffassung dagegen, welche bloß auf die Erreichung des Erfolges abstellt, kann die Entscheidung aller Fälle aus ihrem einen Satz ableiten; in allen angeführten Fällen ist die Obligation erloschen, weil der Erfolg erreicht ist.

Unsere methodische Erwägung ergibt demnach: Beide Lehrmeinungen entscheiden die gleichen Fälle in gleicher Weise, sind also äquivalent. Vorzuziehen ist jedoch die Erfolgstheorie, weil sie praktischer ist, da ihr die Zusammenfassung mit Hilfe eines einzigen Prinzips gelingt, während die andere Theorie hierzu mehrere Sätze benötigt. Den Ausdruck: Theorien dürfen wir benützen, weil es sich um äquivalente Deutungen des gleichen Materials handelt. Nur das Argument größerer Praktikabilität vermag daher den Streit der Theorien zu unterscheiden, sofern unsere Voraussetzung richtig ist, daß die Entscheidungen unter der Herrschaft beider Lehren gleich ausfallen.

Die unpraktische Lehre von der Willensgebundenheit des Schuldners entstammt unrichtigen Annahmen. Es fehlt jeder Anlaß, an ihr fest-

¹⁾ Vgl. Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, S. 67.

zuhalten, wenn man — seit Kelsen¹⁾ — erkannt hat, daß der juristische und der psychologische Willensbegriff sich nicht decken und daß der juristische Begriff des Willens durch den der Zurechnung zu ersetzen ist. Erfüllung bedeutet, in dieser Terminologie gesprochen, Zurechnung eines schuldaufhebenden Tatbestandes an den Schuldner; es ist aber keineswegs erforderlich, daß dieser Tatbestand ein Wollen des Schuldners ist.

Von ähnlicher methodischer Struktur wie der bisher besprochene Theorienstreit ist auch der Gegensatz zwischen der herrschenden Lehre und der sogenannten Kraftanstrengungslehre. Der methodische Sinn dieser letzteren Anschauung geht dahin, eine Formel zu finden, welche auch den Aufhebungsgrund nachträglicher unverschuldeter Unmöglichkeit umfaßt. Lassen sich aus der Formel: „Der Schuldner hat die rechtliche Pflicht, nach Maßgabe des Rechtsgeschäftes, auf dem das Schuldverhältnis beruht, zwecks Befriedigung des Gläubigers sich anzustrengen und Aufwendungen zu machen“²⁾ die gleichen Entscheidungen gewinnen wie aus den Sätzen der herrschenden Lehre, so wäre diese einfache Formel vorzuziehen. Ob es so ist, kann in dieser skizzierenden Darstellung nicht untersucht werden³⁾.

Kehren wir nun zu unserem Hauptthema Schuld und Haftung zurück: Wir haben Schuld und Haftung als die Begriffe der sanktionierten und sanktionierenden Norm erkannt. Das Verhältnis beider Normen kann in verschiedener Hinsicht verschieden gestaltet sein; es kann die durch die sanktionierende Norm statuierte Pflicht der in der sanktionierten Norm aufgestellten gleich sein oder nicht, es kann das Pflichtsubjekt beider Normen das gleiche sein, die sanktionierende Norm kann sich aber auch an ein anderes Subjekt wenden als die sanktionierte. Gleichheit der Leistung und Gleichheit des Subjektes besteht z. B., wenn der Verkäufer nicht rechtzeitig liefert; trotz der Pflichtverletzung besteht die Pflicht des Verkäufers neben Verzögerungsschaden fort; anders beim Fixgeschäft. Subjektwechsel tritt vor allem bei Prozeß und Exekution ein; verlangt der Käufer im Klagswege die Lieferung, so ist der Richter verpflichtet, zur Lieferung zu verurteilen und die Exekution zu bewilligen. Die Leistung bleibt hier gleich. Anders bei der Vertragsstrafe ohne Hauptverpflichtung. Will man jene Fälle, in denen die Leistung der sanktionierenden Norm eine andere wird als in der primären, indirekten Pflichten nennen, so ist gegen diese Bezeichnung nichts einzuwenden, wenn man sich nur dessen bewußt bleibt, daß die formale Grundstruktur in beiden Fällen gleich ist. Es steht auch nichts im Wege, von Ersatzverpflichtung und Ersatzvollstreckung zu sprechen und den Ausdruck Haftung überhaupt nur dann zu verwenden, wenn in der sekundären Norm eine Veränderung, sei

¹⁾ Kelsen: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 106ff.

²⁾ Brecht: System der Vertragshaftung, Iherings Jahrbücher, 53. Bd.

³⁾ Vgl. Schlesinger: Die vorläufige und die endgültige Nichterfüllung, Zentralbl. f. d. jur. Praxis, 1926, S. 9.

es der Leistung, sei es des Subjektes, eintritt. Bleibt die Leistung auch in der sekundären Norm geschuldet, so kann man von erzwingbarer Schuld sprechen.

Auf der Basis dieser Begriffe erhebt sich für den Bereich des geltenden deutschen Rechtes die Frage, ob unter „Schuldverhältnis“ im Sinne des B.G.B. nur eine solche Rechtspflicht zu verstehen ist, welche durch „Klags- und Vollstreckungsmacht geschützt“ (erzwingbar) ist¹⁾. Diese Frage ist zunächst rein terminologisch, es schließt sich jedoch eine andere Frage an, nämlich, ob an diese Unterscheidung auch weitere Rechtsfolgen geknüpft sind, ob also Rechtspflichten, welche nicht erzwingbar im angegebenen Sinne sind, von „Schuldverhältnissen“ sich auch in anderer Hinsicht unterscheiden als eben in der Richtung der Erzwingbarkeit. Gibt es solche Rechtsfolgen, dann umfaßt der Begriff „Schuldverhältnis“ für den Bereich des B.G.B. auch diese Rechtsfolgen; dann haben wir einen Begriff vor uns, der zwei an sich nicht zusammengehörige Rechtsfolgen, Erzwingbarkeit und jene andere Folge, für den Bereich der positiven Rechtsordnung zusammenschließt. Ob es sich tatsächlich im Rechte des B.G.B. so verhält oder nicht, muß dahingestellt bleiben²⁾.

Wir haben bisher zwei Begriffe der Schuld kennengelernt: Schuld als Sanktioniertes und Erzwingbares. Daneben ergibt sich ein dritter Begriff aus der Betrachtung der Naturalobligationen; Begriff und Erklärung der Naturalobligation waren ja immer Prüfstein und Kreuz der Theorien des Sollens und der Obligation.

Die Naturalobligation ist zunächst negativ dahin zu bestimmen, daß ihre Nichterfüllung keinerlei Rechtsfolge hat. Ihre Ähnlichkeit mit der echten Obligation ist demnach nur eine scheinbare, sie liegt nicht im Juristischen, sondern bloß in der Vorgegebenheit. Der „Tatbestand“ einer Naturalobligation (das Übereinkommen mehrerer Menschen) ähnelt dem (echten) Tatbestand des Vertragsschlusses, allein irgend ein besonderes Merkmal im Vertragsinhalt oder das Fehlen eines solchen (Form, Zeitablauf) läßt keine Rechtsfolge zur Entstehung kommen, man kann daher von einem Sollen, einer Obligation überhaupt nicht sprechen. Daß dennoch solche Ausdrücke verwendet werden, erklärt sich aus der allgemeinen Doppeldeutigkeit der juristischen Termini, welche ebensogut die „Tatbestände“ (Ereignisse) der Vorgegebenheit wie die echten juristischen Tatbestände bezeichnen können. Unter Vertrag z. B. kann ebensowohl ein sozialer Vorgang (Übereinkommen mehrerer Personen, von welchen eine oder mehrere erklären, daß sie etwas tun oder unterlassen werden usw.) als auch der rechtlich gültige Vertrag gemeint sein. Von einem ungültigen Vertrag zu sprechen, ist, juristisch gesehen, eine *contradictio in adjecto*, sofern man eben den Rechtsbegriff des Vertrages im Auge hat. Die Rede wird erst sinnvoll, wenn man einen weiteren Begriff des Vertrages, der gültige und ungültige

¹⁾ Siber: Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht, Iherings Jahrbücher, 50. Bd., S. 76ff.

²⁾ Die Untersuchung Sibers läuft nicht nach dieser Richtung.

Verträge umfaßt, d. i. den soziologischen Begriff, verwendet. Ebenso beim Testament; es gibt rechtlich nur ein gültiges Testament oder keines, mag das Schriftstück auch als gültiges Testament von seinem Verfasser intendiert worden sein; nur im soziologischen Sinn kann von einem ungültigen Testament die Rede sein. Ebenso der „ungültige Staatsakt“ usw.

Alle Naturalobligationen weisen aber die rechtliche Eigentümlichkeit auf, daß im Falle ihrer Erfüllung kein Rückforderungsanspruch besteht. Was heißt nun Erfüllung? Kann man überhaupt von Erfüllung unvollkommener Verbindlichkeiten sprechen? Oder ist auch diese Redeweise nur eine Analogie und bedeutet die Erfüllung einer Naturalobligation bloß Erfüllung einer sittlichen Pflicht¹⁾? Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, was unter Erfüllung zu verstehen ist. Ist Erfüllung bloß als Abwendung der Sanktion gemeint, also rein formal genommen, dann gibt es freilich keine „Erfüllung“ der Naturalobligation, weil es keine Sanktion gegen die Nichterfüllung gibt. Aber Erfüllung wird auch in anderem, materialem Sinn gebraucht; sie ist eine Handlung des Schuldners, vielleicht sogar ein Rechtsgeschäft; die Regeln der Rechtsordnung darüber, wann Erfüllung vorliegt, sind auch auf Naturalobligationen anwendbar. Auch bei einer unvollkommenen Verbindlichkeit ist im konkreten Fall zu prüfen, ob erfüllt ist. In dieser Hinsicht sind eben jene Regeln anzuwenden, die für echte Obligationen gelten. Wer z. B. ein aliud leistet, hat nicht erfüllt, er kann das Geleistete zurückfordern; wer eine Spielschuld erfüllt, wird auch für das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen haften müssen; wer einen Scheck zur Erfüllung einer Spielschuld hingibt, den Scheck aber rechtzeitig widerruft, hat nicht erfüllt (ob eine abstrakte Verbindlichkeit durch die Ausstellung des Schecks entstanden ist, gehört in ein anderes Kapitel). Natürlich müssen nicht alle Regeln, welche sich auf die Erfüllung echter Obligationen beziehen, auf unvollkommene Obligationen anwendbar sein. Die Regeln des positiven Rechtes über Erfüllung sind nicht wesensmäßig gegeben, eine andere Rechtsordnung kann auch anderes normieren. Ob z. B. die Bestimmungen über mangelhafte Erfüllung auch für unvollkommene Verbindlichkeiten gelten, ob also ein Verbesserungsanspruch gegeben ist, mag in der einzelnen positiven Rechtsordnung zweifelhaft sein²⁾.

Wir haben jedenfalls aus dieser Betrachtung der Naturalobligationen einen neuen Begriff der Schuld kennengelernt: Schuld ist das Erfüllbare, neben den früheren: Schuld als Sanktioniertes und Erzwingbares.

Die Frage, ob es Schulden ohne Haftung gibt, wird demnach anders gelöst, wenn Schuld gleich Erfüllbares ist. Denn eben die unvollkommenen Verbindlichkeiten zeigen, daß nicht alles Erfüllbare sanktioniert (mit einer „Haftungs“-norm versehen), geschweige denn erzwingbar ist.

¹⁾ Siber: Rechtszwang, S. 59.

²⁾ Übrigens schließen sich auch andere verwandte Probleme an, z. B. über das Erlöschen der Naturalobligationen durch *contrarius actus*, *concursus*, Anfechtbarkeit infolge von Willensmängeln usw.

Über die „Haftungsnorm“ müßte freilich noch manches gesagt werden. Die Aussage: „Ich hafte“ ist als solche nicht ganz verständlich; sie ist unvollständig, weil ergänzungsbedürftig; es bedarf der Angabe, womit man haftet. An diesen Begriff des „Womit“ knüpfen sich weitere, schwierige Probleme formaler und materialer Art, welche dem Bereich der Reinen Rechtslehre angehören. Sie können hier nicht erörtert werden; zu zeigen war nur die Äquivokation des Grundbegriffes der Schuld und die Aufklärung des methodischen Sinnes der angeschlossenen Streifragen.

V. Der Rechtsgrund

Um den Begriff der causa oder des Rechtsgrundes zu erfassen, wollen wir davon ausgehen, daß eine der wesentlichen Funktionen dieses Begriffes sein soll, kausale und abstrakte Verträge zu unterscheiden. Es gibt auch andere Funktionen des Begriffes, uns soll jedoch diese Funktion zum Ausgangspunkt dienen, da das Problem hier offen zutage liegt: Wir haben das Phänomen zweier Aussagen vor uns, die eine lautend: Ich verpflichte mich, dir 100 zu zahlen, die andere: Ich verpflichte mich, dir den Kaufpreis für die verkaufte Ware, und zwar 100, zu bezahlen; oder in den knappen römischen Formeln: centum dare spondeo, und: ex empto centum dare spondeo. Daß ein Unterschied zwischen diesen beiden Formeln vorhanden ist, ist unmittelbar einleuchtend, es handelt sich darum, diesen Unterschied begrifflich-allgemein zu fassen. In der Formel des abstrakten Vertrages fehlt etwas, das in der erweiterten Formel des kausalen Vertrages auftaucht. Dieses Etwas ist der Rechtsgrund. Man definiert ja: der kausale Vertrag trägt seinen Rechtsgrund in sich, während er im abstrakten nicht enthalten ist.

Wir bewegen uns bei dieser Untersuchung — und daran ist mit Entschiedenheit festzuhalten — in der Sphäre der Vorgegebenheit; unsere Betrachtung hat mit Rechtlichem noch nichts zu tun. Die Rechtsordnung kann in der verschiedensten Weise regeln, sie kann den abstrakten Verträgen die Gültigkeit versagen, kann sie in vollem Maß anerkennen und zwischen diesen Extremen eine ganze Reihe mittlerer Lösungen, Gültigkeit unter bestimmten Bedingungen usw. wählen. Zunächst jedoch ist erforderlich zu wissen, was abstrakter Vertrag und Rechtsgrund ist.

Man hat ursprünglich die causa als Motiv des Wollens angesprochen, allein diese Gleichsetzung erwies sich als unhaltbar. Der Begriff des Motives ist unsicher und vieldeutig. Man wird am einfachsten definieren können: Motive sind jene Vorstellungen (oder noch weiter gefaßt: psychischen Elemente), aus welchen ein Wollen erwächst. Die Motive — in diesem Sinn — zerfallen in zwei Klassen: Vorstellungen von der gegenwärtigen Situation (Willensgrundlage) und Vorstellungen der zukünftigen Situation, die erstrebt wird (Ziel-, Zweckvorstellung). Nach dieser Redeweise fällt also der Zweck selbst unter die Motive: „Der Zweck

ist das Motiv des Handelns¹⁾. Diese sehr beliebte Auffassung muß jedoch abgelehnt werden²⁾. „Das Motiv gibt an, woher ein Streben oder Tun kommt, der Endzweck dagegen, wohin ein Streben oder Tun zielt ... der vorgestellte Endzweck kann erreicht werden; es hat aber keinen Sinn zu sagen, das Motiv des Strebens könne durch das Streben verwirklicht werden“³⁾.

Kann also der Zweck der Handlung nicht als Motiv bezeichnet werden, so könnten vielleicht die höheren Zwecke, für welche der Zweck der Handlung nur Vorstufe und Mittel ist und von welchen er abgeleitet wird, als Motive angesprochen werden?⁴⁾.

Diese Auffassung scheint heute herrschend zu sein, anders ist wohl die heute fast allgemein übliche Definition der causa als des „wirtschaftlichen Zwecks“ nicht zu verstehen. Der wirtschaftliche Zweck der Handlung des Rechtsgeschäfts ist eben jener höhere Zweck, für welchen der Zweck des Geschäftes selbst nur Vorstufe, Mittel ist. „Der Rechtserfolg wird nie um seiner selbst willen erstrebt und hergestellt, sondern immer nur im Dienste der Erzielung eines wirtschaftlichen Erfolges“⁵⁾, er ist also bloßes Mittel.

Trifft aber diese Auffassung zu? Besteht zwischen dem Rechtserfolg und dem wirtschaftlichen Erfolg die Relation von Zweck und Mittel, d. h. aber Ursache und Wirkung? Das Mittel ist ja eine Ursache des Zweckes, der Eintritt des Zwecks Wirkung der Anwendung des Mittels. Kann man z. B. sagen, daß die Übereignung und deren Rechtserfolg das Mittel zur Schuldtilgung, die Schuldtilgung die Wirkung der Übereignung ist? Offenbar nicht. Denn Ursache und Wirkung (Zweck und Mittel) sind zwei getrennte, zeitlich aufeinanderfolgende Vorgänge, Übereignung und Schuldtilgung aber sind ein einziger Akt, mit der Übereignung ist auch schon die Schuld getilgt, durch diesen einzigen Akt werden der rechtliche und der wirtschaftliche Erfolg erreicht, verwirklicht.

Und: Man kann sprachlich sagen: Man verpflichtet sich im Kauf zur Zahlung, um den Partner zur Lieferung zu verpflichten, oder sprachlich gleichbedeutend, weil man vom Verkäufer die Lieferung will. Man ist versucht, diesen Sachverhalt dahin zu deuten, daß die eigene Verpflichtung nur das (rechtliche) Mittel ist, um dadurch die Verpflichtung des Partners zu bewirken. Diese Deutung ginge jedoch am echten Problem vorbei. Sie wäre ebenso anwendbar auf den Fall, daß jemand schenkt, um den Beschenkten zu einem dem Schenker gegenüber günstigen

¹⁾ Vgl. z. B. Tuhr: Allgemeiner Teil, II, 2, S. 63: „Der Zweck, der dem Handelnden vorschwebt, ist zugleich das Motiv, durch welches er zur Vornahme des Rechtsgeschäftes veranlaßt wird.“

²⁾ Vgl. Schreier: Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte, S. 15.

³⁾ Pfänder: Phänomenologie des Wollens, S. 100.

⁴⁾ Vgl. Pfänder: a. a. O., S. 103.

⁵⁾ Örtmann: Die Geschäftsgrundlage, S. 5; vgl. auch Eneccerus: Lehrbuch, I, § 139.

Verhalten zu veranlassen, weil man z. B. ein Gegengeschenk erhalten will. Der gewaltige Unterschied beider Sachverhalte springt in die Augen: im ersteren Fall will man sich eben nur verpflichten, wenn sich auch der andere verpflichtet, Verpflichtung und Gegenverpflichtung sind als Einheit, nicht in der Relation Mittel-Zweck (niederer-höherer Zweck) gewollt, im letzteren Fall besteht diese Relation zwischen der eigenen Handlung und dem erhofften Verhalten des anderen. Rechtsgrund kann demnach auch nicht höherem Zweck gleichgesetzt werden.

Verbleiben somit unter den Motiven nur die Vorstellung der gegenwärtigen Situation und Bedürfnisse, so ist klar, daß dieser Begriff nicht geeignet ist, unser Problem zu erhellen; diese Vorstellung, die Willensgrundlage, kann wohl Bedeutung für das Recht erhalten, die Beziehungen zum Rechtsgeschäft, zur Geschäftsgrundlage sind naheliegend, aber das Wesen der *causa* wird dadurch nicht erklärt.

Ist aber die *causa* weder unter den „Motiven“, welche der Handlung vorhergehen (den Vorstellungen der gegenwärtigen Situation), noch in den Erfolgen, welche der Handlung folgen (den Vorstellungen künftiger, angestrebter Ereignisse), zu finden, sind somit sowohl die Glieder der Reihe nach vorwärts als auch rückwärts abgeschnitten, so bleibt nur übrig, die *causa* irgendwo in der Handlung selbst zu suchen.

Versuchen wir nun, uns vom Juristischen ganz loszulösen, — wir können es mit gutem Gewissen, da wir uns in der Sphäre der Vorgegebenheit befinden. Vielleicht läßt sich dieses Phänomen der *causa* auch bei anderen Akten als Verpflichtungen oder Zuwendungen finden. Charakteristisch ist für unser Problem: Wie die Verpflichtung oder Zuwendung verschiedenen Rechtsgründen dienen kann, so muß — ganz allgemein gefaßt — die Handlung überhaupt verschiedenen „Gründen“ entsprechen können oder noch anders: der Sinn derselben Handlung kann verschieden sein bei Gleichheit des äußeren Bildes. Wenn z. B. jemand seinen Hut abnimmt, so bleibt das Bild der Handlung dasselbe, ob er es tut, weil ihm zu heiß geworden ist oder um einen anderen zu grüßen. Die „*causa*“, der Sinn der Handlung, ist das eine Mal der Gruß, das andere Mal bloß das Abnehmen des Hutes, motiviert in dem Hitzegefühl, das durch die Abnahme des Hutes (Mittel) erleichtert werden soll, während Motiv des Grußes die Bekanntschaft mit dem Gegrüßten, höherer Zweck vielleicht die Ausnützung dieser Bekanntschaft für gewisse Absichten ist.

Ein anderes Beispiel: Ich schlage jemanden. Diese Handlung kann aus verschiedenen Motiven hervorgehen, aus meiner Erregung, dem Verhalten des anderen, wie ich es auffasse, der günstigen Gelegenheit usw. Die Handlung kann höheren Zwecken dienen: Ich kann wollen, daß der andere durch die Schläge von späterem Verhalten abgeschreckt, daß er zu gewissen Verhalten veranlaßt wird oder daß er sich gedemütigt fühlen soll. Aber gerade an diesem Punkte zeigt sich die Verschiedenheit von Sinn und höherem Zweck: Soll sich der andere gedemütigt fühlen, so müssen wir von Zweck sprechen; ich kann aber auch wollen, daß in der Handlung selbst schon die Demütigung liegt; es ist mir gleichgültig,

ob der andere sich auch gedemütigt fühlt, in meinen Augen ist er es bereits durch den Schlag; Schlag und Demütigung verschmelzen in eins; es gibt nichts außerhalb. Der Sinn der Handlung ist: Demütigung (im Schlag), die äußere Seite der Handlung: Schlagen.

Die Handlung also, das äußere Verhalten und ihr Sinn sind deskriptiv richtig erfaßt, eins. Der Schlag ist nicht Schlag schlechthin, Bewegung der Hand an den Körper eines anderen, welche gewollt ist, sondern Schlag als Demütigung; so ist er gemeint, nur so kann er richtig verstanden, gewürdigt werden. Diese Einheit des Aktes geht verloren, wenn der Sinn nicht gegeben ist. Wir können alle menschlichen Handlungen bloß von der äußeren Seite her beschreiben, wir können aber auch ihren Sinn erfassen, und zwar voll oder nur teilweise, im Sinn selbst können komplizierte Strukturen, mehrfache Überschichtungen vorliegen. Volle Bestimmtheit erhält die Handlung erst, wenn man ihren Sinn kennt; man mag als Zweck das gewollte äußere Verhalten (höhere Zwecke, die durch dieses Verhalten herbeigeführten Erfolge) bezeichnen; man muß aber wissen, welche „Bedeutung“ diese Handlung für den Handelnden besitzt. Die heutige Jurisprudenz neigt freilich noch immer dazu, die äußere Seite der Handlung zu überschätzen; sie steht ihr im Vordergrund, die unglückselige Theorie Zitelmanns¹⁾ vom Willen als Ursache der Körperbewegung wirkt noch nach. Es wäre erwünscht, wenn die Rechtswissenschaft an die moderne deskriptive Psychologie Anschluß fände; die Beziehungen zur verstehenden Soziologie und zu den phänomenologischen Untersuchungen darzustellen, ist hier natürlich nicht möglich.

Das Ergebnis ist demnach: Der Begriff des Rechtsgrundes, der *causa*, ist zunächst nichts spezifisch Juristisches, die Probleme des Rechtsgrundes sind die Probleme der Beschreibung und vollen Erfassung des Sinns einer Handlung. Will man eine Handlung richtig beschreiben, so muß man ihren vollen Sinn zum Ausdruck bringen; gleichgültig ist es hiebei, ob der Handelnde selbst seine Handlung beschreibt, sein Wollen zum Ausdruck bringt oder ob es ein anderer tut. Sowohl er selbst als auch ein anderer können den Sinn vollständig oder unvollständig zum Ausdruck bringen.

Auf Rechtliches angewendet: Wenn ich *ex empto spondeo*, so ist dieses Kaufen nicht Motiv, nicht Zweck meiner Verpflichtung, es ist der Sinn dieser Verpflichtung, mit ihr eins; und wenn ich bloß sage: *spondeo* — bei gleichem psychischem Sachverhalt —, so ist die Angabe unvollständig, bringt nicht den vollen Sinn zum Ausdruck. Nur eine andere Seite dieser Sachlage ist es, wenn man meint, ein so mangelhaft bestimmtes Verhalten sei unverständlich. Man kann von hier aus den Weg zum Begriffe des „Verstehens“ überhaupt finden; verständlich ist ein Verhalten dann, wenn sein ganzer Sinn erschlossen ist; die Erforschung der Motive ist schon ein weiteres Gebiet, ein wieder etwas anderer Begriff ist der der „wirtschaftlichen Verständlichkeit.“

¹⁾ Siehe ihre Widerlegung bei Kelsen: Hauptprobleme, S. 116, und Hippel: Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, S. 14.

Causa ist Sinn. Die Verpflichtung *ex empto* ist gleichzeitig Kauf, nur Teil des Gesamtkomplexes „Kauf“. Ebenso natürlich bei dinglichen Rechtsgeschäften: Man sagt: Ich leiste 100, um den Kaufpreis zu zahlen; allein diese Redeweise ist, wie erwähnt, irreführend. Die Zahlung ist nicht Mittel, man leistet den „Kaufpreis“, die Zahlung gilt als Kaufpreis. Gebe ich dem Arbeiter nach der Arbeit eine Geldsumme, so ist sie der „Lohn“. Wenn ich schenke, so kann ich es tun, um dem anderen Freude zu bereiten, ihn günstig zu stimmen oder aus Dankbarkeit, aber diese Motive liegen außerhalb der Schenkung; Schenkung und Handlung (Zuwendung) dagegen sind, deskriptiv richtig erfaßt, eins, lassen sich nicht als Mittel-Zweck, Ursache-Wirkung, Motiv-Handlung auseinanderreißen.

Mit dieser Erkenntnis lösen sich verschiedene Probleme des Zwecks im Recht. Was soll es z. B. bedeuten zu sagen, Zweck der Bürgschaft oder Pfandbestellung sei die Sicherung der Forderung? Ist es wirklich so, daß die Bürgschaft eine Wirkung auf die Forderung hat und demgemäß als Mittel für diesen Zweck der Sicherung angesprochen werden kann? Offenbar nicht; die Bürgschaft hat nicht die Wirkung, die Forderung zu sichern, sondern ist schon selbst die Sicherung. Die Sicherung liegt in ihr beschlossen, Bürgschaftsbegründung und Sicherung sind eins, nicht die Sicherung die Folge der Bürgschaftsbegründung.

Ebenso beim Vergleich: Zweck des Vergleiches, sagt man, sei die Schlichtung bestehender Streitigkeiten. Kann man äquivalent umformulieren, daß der Vergleich ein Mittel ist, Streitigkeiten zu beseitigen? Wo ist dann der Zweck? Er läßt sich nicht finden. „Mittel“ und „Zweck“ fallen zusammen, lassen sich nicht scheiden. Es ist eben so, daß der Vergleich selbst schon die Schlichtung ist.

Vom allgemeinen Begriff des Sinns zum speziellen Begriff der causa führt der Weg durch die nähere Bestimmung des Rechtssinnes dahin, daß in ihm ein Rechtserfolg gewollt ist. Diese Bestimmung gehört aber selbst noch der Vorgegebenheit an, der Bezug auf eine positive Rechtsordnung ist darin nicht enthalten.

Das Charakteristische des abstrakten Rechtsgeschäftes ist somit, daß nicht der gesamte Sinn des Aktes zum Ausdruck gelangt, sondern nur ein Teil desselben.

Nun behauptet die herrschende Lehre, jede Zuwendung bedürfe eines Rechtsgrundes, man stellt eine Zuwendung oder Verpflichtung ohne Rechtsgrund als „unmöglich“ hin, wobei diese Unmöglichkeit wohl als eine psychische, nicht rechtliche gemeint ist¹⁾, jede Zuwendung sei also ein abstraktes Geschäft. In dieser Allgemeinheit aufgestellt, ist die Behauptung unrichtig. Gewiß wendet man im allgemeinen einem anderen nur zu, um einen Gegenvorteil zu erhalten oder um ihm zu schenken (*causa constituendi* — *causa donandi*). Es ist jedoch auch möglich, daß sich der Sinn in der Zuwendung oder Verpflichtung selbst erschöpft, daß es nichts darüber hinaus gibt.

¹⁾ Eneccerus Lehrbuch, I, § 139; Tuhr: Allgemeiner Teil, II. 2, S. 62.

Wenn z. B. der Hausherr nach abgeschlossenem Mietvertrag auf dringendes Bitten des Mieters sich verpflichtet, kein Konkurrenzgeschäft ins Haus zu lassen, wenn der aus dem Dienste bereits ausgeschiedene Angestellte sich aus Freundschaft für den Dienstgeber verpflichtet, Konkurrenz zu unterlassen, wenn der Mieter auf den ihm nach dem österreichischen Mietengesetz (§ 17) zustehenden Anspruch auf Rückzahlung der „Ablöse“ (für Wohnung) nachträglich verzichtet oder wenn der Nachbar sich verpflichtet, Lärm zu bestimmten Tagesstunden bei Konventionalstrafe zu unterlassen, oder wenn der Garten-eigentümer sich dem Nachbarn gegenüber verpflichtet, seinen eigenen Garten mit einem Zaun zu umgeben, weil sonst seine Hunde oder Hühner auf das Nachbargrundstück liefen, will man in all diesen Fällen von abstrakten Verträgen sprechen und nach einem Rechtsgrund suchen? Teilt man freilich Verträge ganz einfach in solche mit oder ohne Gegenleistung ein, dann kann sich der Einreihung in den kontradiktorischen Gegensatz kein Vertrag entziehen, allein man wird sich kaum entschließen können, die Verträge ohne Gegenleistung samt und sonders als Schenkung anzusehen. Terminologisch ginge eine solche Redeweise vielleicht an, aber man wird dann wohl gezwungen sein, einen engeren Begriff „eigentlicher Schenkungen“ zu bilden, sonst fielen fast alle oben angeführten Beispiele unter einen so weiten Begriff.

Auch wenn der reiche Gläubiger dem armen, jammernden und ihn fortwährend belästigenden Schuldner die Schuld erläßt, um Ruhe zu haben, meldet sich ein gewisses Widerstreben, wenn man von Schenkung sprechen will. Andererseits muß man sich davor hüten, die „Gegenleistung“ in der Ruhe zu sehen, die sich der Gläubiger durch den Verzicht verschafft. Der volle Sinn der Handlung ist eben kein anderer: Schluß zu machen — zu verzichten, das Motiv: Ruhebedürfnis!

Es ist also nicht so, daß ein Vertrag, der bloß eine Zuwendung oder Verpflichtung enthält, abstrakt sein muß; er kann es sein, sofern sein Sinn über die bloße Zuwendung oder Verpflichtung hinausgeht. Nicht jede bloße Zuwendung oder Verpflichtung ist abstrakt, bedarf der Angabe eines Rechtsgrundes; es gibt abstrakte und nicht-abstrakte Zuwendungen und bloße Verpflichtungen.

Die Unklarheit hierüber hat zu absurden Entscheidungen geführt. Beispiel: Der Grundstückseigentümer teilt dem Gläubiger einer Restkaufgeldhypothek mit, daß er den nächstens fälligen Betrag zu beschaffen in der Lage sei, wenn der Gläubiger mit dem verbleibenden Überreste der Hypothek einem in Höhe des fälligen Betrages aufzunehmenden Darlehen den Vorrang einräumen würde. Der Gläubiger erklärt sich zu dieser Vorrangseinräumung mündlich bereit. Später verweigert er die Ausführung. Die Klage des Grundstückseigentümers wird abgewiesen und zwar mit der Begründung:

„Eine Gegenleistung hat der Beklagte nicht versprochen, ein Rechtsgrund, aus dem Kläger zu dem Versprechen verpflichtet sein könne, ist nicht ersichtlich. Es liegt demnach entweder Schenkung oder

ein Schuldversprechen im Sinne des § 780 B.G.B. vor. Die Formen beider Verträge aber waren nicht gewahrt¹⁾).

Klingmüller findet die Entscheidung zwar nicht richtig, meint aber: „Der Rechtsgrund des von dem Hypothekengläubiger abgegebenen Versprechens ist tatsächlich in der Erlangung eines Gegenvorteiles zu finden, nämlich in der Erzielung alsbaldiger Zahlung und Vermeidung der Zwangsvollstreckung.“ In diesem Gedankengang liegt die typische Verwechslung von Rechtsgrund (Sinn) und Motiv.

Der Sinn (Rechtsgrund) kann natürlich auch kompliziertere Strukturen aufweisen; es können in ihm selbst Abstufungen und Bedingungsverhältnisse auftreten; am Prinzipiellen wird dadurch nichts geändert. Besonders zu erwähnen sind die psychischen Fundierungen: der Verzicht auf eine Forderung setzt psychologisch voraus, daß man der Überzeugung ist, es stehe Einem die Forderung zu. Wer weiß, daß er keinen Anspruch zu stellen hat, kann nicht verzichten — dies wäre eine psychische Unmöglichkeit; auch wenn der Verzichtende es behauptet, Unsinn; die Aussage: Ich habe keine Forderung, aber ich verzichte auf sie, ist widersinnig. Wer weiß, daß ihm keine Forderung zusteht, und es angemessen ausdrückt, setzt ein (negatives) Anerkenntnis. Oder: Wer eine Vertragsänderung vornimmt, muß überzeugt sein, daß ein Vertrag besteht — sein Handeln ist sonst sinnlos!

Aufs schärfste aber sind alle diese Strukturen, insbesondere die psychische Fundierung von der tatbestandsmäßigen, rechtlichen Fundierung zu trennen. Damit wenden wir uns vom Studium der Vorgegebenheit ab und betreten das Gebiet des Rechtes. Alle die geschilderten Vorgänge werden ja erst dadurch zu rechtlichen Vorgängen, daß sie von einer Rechtsordnung — und sei es auch nur von einer als möglich gedachten — erfaßt und in Rechtstatbestände geformt werden. Psychische Sinneinheit und Fundierung einerseits und rechtliche Fundierung andererseits sind *toto coelo* verschieden. Fundiert ist ein Tatbestand rechtlich in einem anderen, wenn seine Rechtsfolge nur eintritt, wenn der andere fundierende Tatbestand gegeben ist, z. B.: Prokura in der Kaufmannseigenschaft des Bestellers, Verzug gegenüber Verpflichtung, Pfandrecht zur Forderung. Rechtsgrund im juristischen Sinn ist der fundierende Tatbestand. Für Rechtsgeschäfte bedeutet Fundierung demnach: das fundierte Rechtsgeschäft ist nur dann gültig, hat nur dann Rechtswirkung, wenn das fundierende Rechtsgeschäft gültig ist; die Gültigkeit des fundierenden Rechtsgeschäftes ist Bedingung der Gültigkeit des fundierten Rechtsgeschäftes.

Jede Fundierung ist Fundierung in bezug auf einen bestimmten anderen Tatbestand. Der Ausdruck: Ein Tatbestand ist fundiert, ist daher, strenge genommen, nicht ausreichend, unvollständig, bedarf der Ergänzung durch die Angabe des fundierenden Tatbestandes. Ein Tatbestand kann in einem anderen fundiert, in bezug auf einen dritten unfundiert sein.

¹⁾ Klingmüller: Schuldversprechen und Schuldanerkentnis, S. 62.

Wir haben also sachliche und terminologische Unterscheidungen vorzunehmen:

In der Vorgegebenheit: a) vollständig und unvollständig ausgedrückte Sinneinheit. b) Hieran knüpft sich die Möglichkeit eines Parteienwillens, der darauf abzielt, daß eine unvollständige Erklärung den Erklärenden bindet, der sogenannte abstrakte Parteienwille. Die Möglichkeit eines solchen Parteienwillens wurde bestritten¹⁾; allein, daß ein abstrakter Parteienwille psychologisch nicht unmöglich ist, erscheint klar²⁾; die Parteien wollen eben, daß eine bestimmte Rechtswirkung eintritt, ohne daß noch andere Tatbestände, die normalerweise diese Rechtsfolge mit sich bringen, vorhanden sind; der normale Tatbestand wird durch den Parteienwillen verkürzt, eingeschränkt. Auch dieser Sachverhalt gehört noch in die Sphäre der Vorgegebenheit. Die Rechtsordnung kann einem solchen Parteienwillen Rechnung tragen und die Verpflichtung diesem Willen gemäß normieren, kann aber trotz eines solchen Parteienwillens die Verpflichtung oder sonstige Rechtswirkung erst dann erwachsen lassen, wenn die — vom Parteienwillen ausgeschlossenen — Tatbestände gegeben sind. c) (Psychisch) fundierte und nicht fundierte oder, wie wir zwecks besserer Unterscheidung sagen wollen, selbständige und unselbständige Willenserklärungen.

Unvollständige, unselbständige Erklärungen und Erklärungen mit abstraktem Parteienwillen können unter dem Namen unabgeschlossene Willenserklärungen zusammengefaßt werden. Dasjenige, was außerhalb der unabgeschlossenen Willenserklärung geblieben ist, was also fehlt, um die Willenserklärung zu einer abgeschlossenen zu machen, könnte man ihren „Außensinn“ nennen.

Indem wir diese Einteilung mit der juristischen in fundierte und nichtfundierte Willenserklärungen kreuzen, ergeben sich vier Gruppen:

I. Unfundierte, unabgeschlossene Willenserklärungen, z. B. Schuldversprechen nach B.G.B.,

II. unfundierte, abgeschlossene Willenserklärungen, z. B. Kauf,

III. fundierte, unabgeschlossene Willenserklärungen, z. B. Vertragsänderung,

IV. fundierte, abgeschlossene Willenserklärungen. Die Willenserklärung allein, obgleich vollständig, bringt noch keine Rechtsfolge hervor, sondern erst in Verbindung mit anderen Tatbeständen. Hierher gehören: alle Verträge, die zur Gültigkeit der Zustimmung einer anderen Person oder einer Behörde bedürfen; die Begründung des Mobiliarpfandrechtes durch Vertrag und Übergabe, wie überhaupt die Regelung durch Unterscheidung von titulus und modus; Formvorschriften; auch Wiederholungen von Willenserklärungen durch dieselbe Person; der dreifache Verkauf des Hauskinds im römischen Recht, der schließlich

¹⁾ Vgl. Neubecker: Der abstrakte Vertrag, Archiv f. Bürgerliches Recht, Bd. 22, S. 73.

²⁾ Vgl. Rümelin: Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkennnissen des B.G.B., Archiv f. d. zivil. Praxis, Jahrg. 1905, S. 275.

die Befreiung des Sohnes aus der väterlichen Gewalt bewirkt; jeder Verkauf ist hinsichtlich der Rechtsfolge der Befreiung in dem früheren Verkauf fundiert.

Was ist nun abstrakt, was kausal? Abstrakt sind die Willenserklärungen der Gruppe I, kausal die der Gruppe II und III; abstrakt sind unfundierte, unabgeschlossene, kausal sind unfundierte, abgeschlossene und fundierte, unabgeschlossene Willenserklärungen. Der Begriff kausal wird somit durch disjunktive Begriffsbildung¹⁾ geschaffen, seine beiden Untergruppen sind nicht durch ein spezifisches gemeinsames Merkmal verbunden. Ob diese Begriffsbildung glücklich ist, bleibe dahingestellt; es hat viel für sich, wenn Stampe die Verwendung des Begriffs kausal auf „Hilfsgeschäfte“ einschränken will²⁾.

Die bisher geschilderte Fundierung (der Gruppen I, II und III) ist bezogen auf den „Außensinn“. Nun kann aber jedes Rechtsgeschäft in Erfüllung einer vorangegangenen, darauf abzielenden Verpflichtung geschlossen werden. In bezug auf diese vorangegangene Verpflichtung kann gleichfalls die Frage gestellt werden, ob das Rechtsgeschäft in ihr fundiert ist oder nicht. Es ist klar, daß diese Fundierung eine ganz andere ist als die im „Außensinn“. Ein unabgeschlossenes Rechtsgeschäft kann fundiert in der einen, unfundiert in der anderen Hinsicht sein; wenn man will, kann man für diese Fundierung in vorausgegangener Verpflichtung den Ausdruck „detrakt“ gebrauchen. Unter Rechtsgrund kann also gemeint sein: der Außensinn, der als fundierender Tatbestand dienende Außensinn, die vorangegangene Verpflichtung, die als fundierender Tatbestand dienende vorangegangene Verpflichtung.

Nun mögen in aller Kürze die einzelnen, von der herrschenden Lehre als abstrakt bezeichneten Rechtsgeschäfte besprochen werden:

Das Schuldversprechen, der Schulfall des abstrakten Rechtsgeschäftes, ist psychologisch (richtiger: vorgegebenheitsmäßig) unabgeschlossen, sei es, daß die betreffende Willenserklärung nicht den ganzen Sinn des Willens enthält, „indiskret“ gefaßt ist, sei es, daß die Parteien den Eintritt der Rechtsfolge an den gekürzten Tatbestand knüpfen wollen; es ist daher auch durchaus möglich, daß eine Gegenleistung zur Bedingung des Schuldversprechens gemacht werden kann³⁾, z. B.: wenn du mir die Ware lieferst, verspreche ich dir, 100 zu zahlen, freilich nur unter der Voraussetzung, daß noch etwas „draußen“ geblieben ist, z. B. die Verpflichtung des Gegners zu leisten.

¹⁾ Siehe oben S. 319.

²⁾ Stampe: Das Causa-Problem des Zivilrechtes, Zeitschr. f. Handelsrecht, Bd. 45, S. 387ff.; Grundriß der Wertbewegungslehre. Kritik der bedeutenden Lehren Stampes kann hier nicht gegeben werden. Ich bemerke nur, daß der für Stampe grundlegende Begriff des unselbständigen oder Hilfsgeschäftes sowohl psychologisch (Vorgegebenheit), als juristisch verstanden werden kann und daher seine Lehre an dieser Doppeldeutigkeit leidet.

³⁾ Rümelin: a. a. O., S. 245.

Das Schuldversprechen wird von der Rechtsordnung fundiert oder unfundiert behandelt, je nachdem ob seine Gültigkeit unabhängig vom vollen Sinn ist oder nicht; es kann von der Rechtsordnung als abstrakt-unfundiert im „Außensinn“ „anerkannt“ oder nicht anerkannt oder — zwischen diesen beiden Extremen — unter bestimmten Bedingungen, z. B. Erfüllung von Formvorschriften wie § 780 B.G.B (Schriftlichkeit), oder nur bei bestimmten Rechtsgeschäften zugelassen werden. Das Schuldversprechen kann ferner in Erfüllung einer vorangegangenen, darauf zielenden Verpflichtung abgegeben werden; die Rechtsordnung hat zu entscheiden, ob das Schuldversprechen in der vorangegangenen Verpflichtung fundiert ist oder nicht, ob es „detrakt“ geregelt wird.

Beim Schuldanerkennen kommen uns unsere weiteren Unterscheidungen zugute: das Schuldanerkennen nach der Formel: Ich anerkenne, dir aus dem Kauf deiner Ware 100 zu schulden (sogenanntes kausales, diskret gefaßtes Anerkenntnis) ist unselbständig, es bezieht sich auf das „Grundgeschäft“, den Kauf. Bei der Formel: Ich anerkenne, dir 100 zu schulden (sogenanntes abstrakt oder indiskret gefaßtes Anerkenntnis) wird ein Teil des Sinnes des Aktes aus der Erklärung ausgeschlossen, die Formel ist also nicht nur unselbständig, sondern auch unvollständig. Dies alles ist noch Vorgegebenheits-Analyse. Ebenso gehört hieher die Unterscheidung des Anerkenntnisses als Wissens- und Willenserklärung; die Parteien können wollen, daß das Anerkenntnis konstitutiv wirke, abstrakter Parteienwille.

Die Rechtsordnung kann verschieden regeln; sie kann einerseits keiner der Arten des Anerkenntnisses konstitutive Wirkung verleihen, keine als unfundiert gelten lassen, dann kommt das Anerkenntnis nur als Beweismittel in Betracht, sie kann andererseits alle Arten des Anerkenntnisses als „abstrakt“ zulassen oder wieder wie beim Schuldversprechen unter bestimmten Bedingungen oder für gewisse Typen von Rechtsgeschäften, sie kann ferner zwischen den Arten unterscheiden, z. B. dem vollständigen (kausal gefaßten) Anerkenntnis konstitutive Wirkung verleihen, dem unvollständigen nicht oder umgekehrt, gerade dem unvollständigen (abstrakt gefaßten) konstitutive Wirkung zustehen, dem vollständigen nicht. Dazwischen sind wieder verschiedene Lösungen möglich.

Noch in anderer Hinsicht kann auch das vollständige (kausal gefaßte) Anerkenntnis unabgeschlossen sein: wenn es selbst wieder Teil eines größeren Ganzen ist, z. B. das Anerkenntnis wird nur abgegeben, weil auch der Partner eine Gegenleistung versprochen hat, welche jedoch in der Anerkenntniserklärung nicht erwähnt ist. Wieder entsteht die Frage, ob ein solches Anerkenntnis abstrakt ist, ohne Rücksicht auf die Gültigkeit der Verpflichtung des Gegners besteht, in dieser nicht fundiert ist oder unabhängig von dieser Verpflichtung, unfundiert gilt. Auch das Anerkenntnis kann schließlich „detrakt“ geregelt werden.

Auch der Erlaß wird als abstrakter Vertrag bezeichnet, da er von seinem Rechtsgrunde unabhängig ist, also auch dann gültig sei, „wenn

die Causa, um deretwillen er abgeschlossen ist, mangelhaft, z. B. unmöglich ist oder wenn die Parteien sich über den Grund des Erlasses nur vermutlich geeinigt haben“¹⁾). An dieser Auffassung werden die Irrtümer der herrschenden Lehre handgreiflich. Wir müssen die verschiedenen Begriffe, die im Terminus: abstrakt der herrschenden Lehre durcheinander geworfen werden, wohl unterscheiden. Der Erlaß ist unselbständig, denn in ihm ist der Bezug auf eine bestehende Forderung enthalten; es ist sinnlos, einen Erlaßvertrag bezüglich einer Forderung zu schließen, von der beide Teile wissen, daß sie niemals existiert hat (nur negatives Anerkenntnis ist sinngemäß).

Erlaß kann, muß aber nicht unvollständig sein, er kann ein Teil eines größeren Komplexes sein, muß es aber nicht. Der Sinn des Erlasses kann sich im Erlaß der Schuld völlig erschöpfen, ohne daß noch irgend etwas außerhalb bleibt. Natürlich erläßt niemand seine Schuld ohne Motiv; man erläßt aus Mitleid, um Ruhe zu haben. Das Motiv darf jedoch in den Sinn nicht einbezogen werden. Teil eines größeren Ganzen ist der Erlaß, z. B. wenn der Schuldner gegen den Erlaß der Schuld eine Gegenleistung verspricht oder wenn beide Teile darüber einig sind, daß der Erlaß erfolgt, weil der Gläubiger zugleich Erbe und durch Testament hierzu verpflichtet ist. In solchen Fällen ist die Erklärung, welche bloß den Erlaß enthält, allerdings unvollständig; es ist Sache der Rechtsordnung anzugeben, ob der Erlaß fundiert ist, ob kausal oder abstrakt geregelt wird. Der Erlaß kann endlich in Erfüllung eines vorangegangenen Versprechens gewährt werden; dies ist der Fall, an welchen Eneccerus in der wiedergegebenen Äußerung denkt. Die Rechtsordnung kann Fundierung anordnen oder Unabhängigkeit, der Erlaß kann „detrakt“ geregelt werden.

Die Novation wird allgemein als abstrakter Vertrag angesehen, sie ist ja der älteste Fall eines solchen Rechtsgeschäftes. Ihr Gegenteil ist die Vertragsänderung, von welcher man folgerichtig annehmen müßte, daß sie ein kausales Rechtsgeschäft darstellt. Sonderbarerweise werden jedoch von der herrschenden Lehre sowohl die Vertragsänderung als auch die Novation als abstrakte Geschäfte bezeichnet²⁾). Es ist klar, daß das Wort abstrakt in verschiedener Bedeutung gebraucht wird. Was ist das Charakteristische der Novation? Die neue Schuld ist gültig, auch wenn die alte Schuld nicht zu Recht bestanden hat; Bestand der alten Schuld ist nicht Bedingung der Gültigkeit der neuen Schuld, die neue Schuld ist also in der alten nicht fundiert. Dagegen ist Gültigkeit des Vertrages, der abgeändert werden soll, Voraussetzung der Gültigkeit

¹⁾ Eneccerus: Recht der Schuldverhältnisse (§ 297).

²⁾ Eneccerus: Recht der Schuldverhältnisse: „Der Schuldabänderungsvertrag ist ganz wie der Erlaßvertrag ein abstrakter Vertrag, ändert also insbesondere das Schuldverhältnis auch dann ab, wenn die Parteien über den Rechtsgrund, aus dem die Abänderung vereinbart wurde, verschiedener Meinung waren“ (§ 265). „Novation ist die vertragsmäßige Aufhebung einer bestehenden Schuld, durch Begründung einer neuen an ihrer Stelle tretenden abstrakten Schuld“ (§ 298).

des Schuldabänderungsvertrages; der Schuldabänderungsvertrag ist fundiert im ursprünglichen Vertrag.

Inwiefern also kann man von Abstraktheit der Schuldabänderung sprechen? Wie der Erlaß, muß auch der Schuldabänderungsvertrag nicht mit dem gesamten Vertragsinhalt zusammenfallen, er kann nur einen Teil desselben enthalten, der Schuldabänderungsvertrag ist insofern unvollständig. Die Schuldabänderung erfolgt z. B. mit Rücksicht auf eine Gegenleistung des Vertragspartners. Rechtsgrund ist dasjenige, was „außerhalb“ der Erklärung liegt, aber psychisch in Einheit mit dem Erklärten steht, z. B. die Gegenleistung. Im Verhältnis zu diesem Rechtsgrund ist die Regelung des B.G.B. abstrakt, unfundiert. Der Gedankengang Eneccerus bezieht sich auf solche Fälle sowie auf die Frage der „Detraktheit“ des Schuldabänderungsvertrages. Immer ist eben die Angabe jenes Sachverhaltes, bezüglich dessen die Frage nach Fundiertheit oder Unfundiertheit gestellt wird, erforderlich.

Der Vergleich soll nach herrschender Auffassung ein kausaler Vertrag sein. Der Vergleich gehört zu den unabgeschlossenen, und zwar zu den unselbständigen Erklärungen, denn er kann nur als bezogen auf die strittige Forderung gemeint und erfaßt werden. Die Aussage: „Wir vergleichen uns“ ist unselbständig, bedarf der Ergänzung, welche Forderung verglichen wird. Ist der Vergleich in dieser Forderung fundiert? Die Rechtsordnung kann verschieden regeln. Nach § 779 B.G.B. ist der Vergleich fundiert in dem „nach dem Inhalt des Vertrags als feststehend zugrunde gelegten Sachverhalte.“ Entspricht dieser Sachverhalt nicht der Wirklichkeit, bestand die strittige und verglichene Forderung nicht, so ist der Vergleich unwirksam¹⁾. Anders — zumindest in gewisser Hinsicht — nach österreichischem Recht, da „neu gefundene Urkunden, wenn sie auch den gänzlichen Mangel eines Rechtes auf Seite einer Partei entdeckten, einen redlich eingegangenen Vergleich nicht entkräften können“ (§ 1387 A.B.G.B.).

Die Schuldübernahme ist nach herrschender, allerdings vielfach bestrittener Auffassung abstrakter Vertrag. „Unerheblich für die Wirksamkeit des Schuldübernahmevertrages ist sein Rechtsgrund der neue Schuldner kann Einwendungen aus dem der Schuldübernahme zugrunde liegenden Rechtsverhältnis zwischen ihm selbst und demjenigen, mit dem er die Schuldübernahme vereinbart hat, dem Gläubiger keinesfalls entgegensetzen“²⁾.

Die Schuldübernahme ist ein unabgeschlossener, und zwar unselbständiger Vertrag; sinnvoll, verständlich wird eine Aussage über die Schuldübernahme erst, wenn angegeben wird, welche Schuld übernommen wird.

In rechtlicher Hinsicht sind die verschiedenartigen Fundierungen auseinanderzuhalten. Dem neuen Schuldner stehen dieselben Ein-

¹⁾ Die Einzelheiten sind nach positivem Recht umstritten.

²⁾ Staudinger: Kommentar zu § 414, 1, d.

wendungen zu wie dem alten, die Gültigkeit der alten Schuld ist somit Bedingung der neuen, die neue Schuld ist in der alten fundiert; natürlich wäre es auch denkbar, daß die Rechtsordnung dem neuen Schuldner die Einwendungen aus der alten Schuld ganz oder teilweise nimmt, insoweit wäre dann die neue Schuld nicht in der alten fundiert.

Dagegen ist die Gültigkeit der Schuldübernahme nicht abhängig von der Gültigkeit des Vertrages zwischen altem und neuem Schuldner, zwischen diesen beiden Verträgen besteht also kein Fundierungsverhältnis.

Die Schuldübernahme ist somit nach geltendem Recht fundiert in der alten, nicht fundiert im Vertrag zwischen altem und neuem Schuldner oder, wenn man den Ausdruck abstrakt verwenden will, abstrakt in bezug auf den Vertrag zwischen altem und neuem Schuldner, kausal in bezug auf die alte Schuld.

Die Schuldübernahme kann wie der Erlaß und jeder andere Vertrag Teil eines größeren Ganzen sein, welches unvollständig ausgedrückt ist; in dieser Hinsicht wird die Schuldübernahme nach B.G.B. gleichfalls als unfundiert, abstrakt angesehen werden dürfen.

Analoge Untersuchungen wären für die dinglichen Verträge durchzuführen.

Will man eine Einteilung der Rechtsgründe geben, so muß man zunächst wissen, was unter Rechtsgrund verstanden wird; meint man unter Rechtsgrund den fundierten Tatbestand, so wird die Einteilung der Tatbestände erfolgen müssen, ist unter Rechtsgrund der „Außensinn“ gemeint, so werden dessen Arten zu gliedern sein. Soweit der Außensinn als fundierender Tatbestand normiert ist, fallen die Einteilungen natürlich zusammen.

Ein völlig anderer Gedankengang führt zu einer Äußerung wie: „Als causa, Rechtsgrund eines obligatorischen Hilfsgeschäftes sollte immer nur die Sicherung, Erleichterung oder Modifikation der Durchführung einer bestimmten Grundobligation bezeichnet werden“¹⁾. Hierunter ist zu verstehen: jedes unabgeschlossene Geschäft, jedes „Hilfsgeschäft“ bringt irgend eine Veränderung am „Grundgeschäft“ hervor, es verändert sich die Leistung oder die Person des Verpflichteten oder die Sanktion, letzteres durch Vereinbarung besonderer Sicherungen — Pfandrecht — oder Aufgabe von Sicherungen, beschränkte Haftung; oder die undeutliche Grundobligation wird durch Feststellung geklärt oder das Grundgeschäft wird erfüllt. Diese Relation des Hilfsgeschäftes zum Grundgeschäft ist als seine Funktion zu bezeichnen; es ist terminologisch nicht vorteilhaft, die Funktion gleichfalls unter den Ausdruck Rechtsgrund oder causa zu bringen.

Nun wird auch verständlich, inwiefern vom Zweck der Bürgschaft oder des Vergleiches gesprochen werden kann²⁾. Zweck ist hier gleich-

¹⁾ Rümelin: a. a. O., S. 232.

²⁾ S. 344.

bedeutend mit Funktion. Die Bürgschaft hat die Funktion der Sicherung, der Vergleich die der Feststellung, Schlichtung.

Die Einteilung der Funktionen erfolgt nach der Art der Veränderung der Grundobligation¹⁾. Daß der Begriff der Funktion mit dem des Rechtsgrundes nichts zu tun hat, zeigt sich schon darin, daß die Einteilung der Funktionen die Gliederung in abstrakte und kausale Rechtsgeschäfte gar nicht erfassen kann und sie übergreift; denn es gibt sowohl abstrakte als auch kausale Rechtsgeschäfte, welche der Modifikation oder Sicherung oder sonst einer Funktion des Grundgeschäftes dienen. Die Frage nach der Funktion kann bei jedem Hilfsgeschäft ohne Rücksicht darauf, ob es von der Rechtsordnung fundiert oder nicht fundiert behandelt wird, gestellt werden.

Schließlich liegt wieder ein völlig anderer Begriff des Rechtsgrundes vor uns, wenn man den Satz ausspricht: Was ohne Rechtsgrund geleistet wurde, kann zurückgefordert werden (§ 812 B.G.B.). Die Natur dieses Satzes muß geprüft werden. Ist er ein Satz positiven Rechtes mit bestimmtem Norminhalt oder ein naturrechtlicher, über das positive Recht hinausreichender, allgemein gültiger Satz oder was sonst? Will man die einzelnen Termini des Satzes definieren, so kommt man zum Resultat: Rechtsgrund ist jener Tatbestand, welcher den Rückforderungsanspruch ausschließt; Rückforderung ist jene Rechtsfolge, welche eintritt, wenn kein Rechtsgrund der Leistung vorhanden ist. Evident bewegt man sich in einem Zirkel!

Der Satz: Was ohne Rechtsgrund geleistet wurde, kann zurückgefordert werden, ist also ein rein analytischer, leerer Satz; so wird seine scheinbar unmittelbar einleuchtende Evidenz verständlich. Der Satz macht eben nur deswegen den Eindruck der Evidenz, der allgemein überpositiven Gültigkeit, weil er keinen Inhalt hat, weil die Rechtsordnung ihn erst ausfüllen, zu einer vollen Rechtsnorm ausgestalten muß; sie muß angeben, was Rechtsgrund ist.

Was Rechtsgrund in diesem Sinne ist, kann hier freilich nicht untersucht werden; jedenfalls ist klar, daß Rechtsgrund in diesem Sinne nicht fundierenden Tatbestand bedeuten kann. Dagegen wäre es wohl denkbar, daß Rechtsgrund im Sinne des Ausschlusses des Rückforderungsanspruches mit dem Begriffe des Außensinnes zusammenfiel oder daß die Richtigkeit und Realisierung des Außensinns zumindest einen Teil der Fälle des Ausschlusses der Rückforderbarkeit umfassen würde.

¹⁾ Vgl. Stampe: Causa-Problem, S. 30f.

Die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Völkerrechtsquelle

**Zugleich ein Beitrag zum Problem der Grundnorm des positiven
Völkerrechts**

Von

Alfred Verdroß, Wien

I

In meiner „Einheit des rechtlichen Weltbildes“¹⁾ habe ich die herrschende völkerrechtliche Quellenlehre, die nur Vertragsrecht und Gewohnheitsrecht als Völkerrechtsquellen anerkennt, in Kritik gezogen. Ihr wurde dann in meiner „Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft“²⁾ die Auffassung entgegengestellt, daß für die zwischenstaatlichen Beziehungen auch die übereinstimmend in den Rechtsordnungen der Kulturstaaen anerkannten, allgemeinen Rechtsgrundsätze maßgebend sind.

Seither haben sich mit dieser Frage zahlreiche Schriftsteller beschäftigt³⁾, so daß es nun an der Zeit ist, sich mit ihren Ausführungen auseinanderzusetzen, da von der Lösung unserer Frage der wahre Inhalt des positiven Völkerrechtes abhängt. Denn erst wenn klargestellt ist, nach welchen Regeln er erzeugt wird, kann eine erschöpfende Darstellung des Völkerrechts in Angriff genommen werden.

¹⁾ 1923, S. 120ff.

²⁾ 1926, S. 57ff.

³⁾ Salvioli, G.: *Rivista di diritto internazionale*, XVI. Bd., 1924, S. 280; Kisters, J.: *Les fondements du droit des gens*, 1925; Lauterpacht, A.: *Private law sources and analogies of international law*, 1927; Spiropoulos, J.: *Die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht*, 1928; Rabel, E.: *Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprechung*, *Zeitschr. f. ausländisches und internationales Privatrecht*, I. Bd., 1927, S. 5ff.; Heller, H.: *Die Souveränität*, 1928, S. 138; Richter, H.: *Zeitschr. f. Völkerrecht*, XIV. Bd., 1928, S. 505ff.; Anzilotti, D.: *Lehrbuch des Völkerrechtes*, 1929, S. 85f.; Cavaglieri, A.: *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 26. Bd., 1. Teil, 1929, S. 323; Bruns, V.: *Völkerrecht als Rechtsordnung*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, I. Bd., 1. Teil, 1929, S. 29 ff.; Strupp, K.: *Das Recht des internationalen Richters, nach Billigkeit zu entscheiden*, 1930, S. 81ff.; Balladore Pallieri, G.: *Principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili*, 1931; Härle, E.: *Die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht*, *Zeitschr. f. öffentl. Recht*, XI. Bd., 1931, S. 206ff. Über die Entstehungsgeschichte des Art. 38, Z. 3, des Gerichtshofstatuts vgl. die nun auch bei Strupp: a. a. O., S. 119ff., abgedruckten „Procès-verbaux“ der vom Rate mit der Ausarbeitung des Statuts betrauten Juristenkommission.

Eine solche Überprüfung der alten Quellenlehre ist auch deshalb dringend geboten, da die internationale Judikatur ihre Entscheidungen im offenen Widerspruch zur herrschenden „quellenpuristischen“¹⁾ Lehre wiederholt auf die „allgemeinen Rechtsgrundsätze“ gegründet hat. Es ist hier nicht der Ort, diese Entscheidungen vorzuführen. Ich muß in dieser Richtung auf die in meinen erwähnten Arbeiten zusammengestellten Fälle verweisen, die in den angeführten Studien von Lauterpacht, Spiropoulos und Härle bestätigt und ergänzt worden sind. Diese Tatsache wird übrigens auch von den Gegnern meiner Auffassung kaum mehr in Zweifel gezogen. Sie bestreiten nur die aus ihr gezogenen Schlüsse. So meint z. B. Strupp, daß unsere These solange verneint werden müsse, als sie nicht „aus dem Verhalten der Staaten als einziger Schöpfer von Völkerrecht“ bewiesen werden könne²⁾. Es zeigt sich somit, daß die Lösung unserer Frage, von der theoretischen Vorfrage abhängt, woran denn zu erkennen sei, ob einer Norm positivrechtliche „Geltung“ zukomme.

Dieses Problem erfährt nur eine scheinbare Lösung, wenn gesagt wird, daß es von der vorausgesetzten Grundnorm abhängen zu bestimmen, in welchen Verfahrensarten die positiven Rechtsregeln gesetzt werden können. Denn der nähere Inhalt der Grundnorm einer konkreten, positiven Rechtsordnung kann erst formuliert werden, wenn das Rechtssatzmaterial bereits bekannt ist, das erfaßt werden soll. Dies gilt auch dann, wenn man, wie der Verfasser dieser Zeilen, der Meinung ist, daß das positive Recht einer wertphilosophischen Fundierung bedarf. Denn von dieser Warte aus wird zwar dem positiven Rechte ein bestimmter, wenngleich sehr weiter Rahmen abgesteckt, innerhalb welches es sich entfalten kann, die einzelnen Quellen des positiven Rechtes aber bleiben noch völlig unbestimmt. Umso mehr gilt dies natürlich für eine Lehre, die auf eine wertphilosophische Grundlegung des positiven Rechtes verzichten zu können glaubt, da für sie die Grundnorm überhaupt nur im Hinblick auf eine bestimmte rechtliche Gegebenheit Sinn erhält. Man muß daher zunächst wissen, welcher Bereich von Normen positives Recht ist, bevor die Krönung des Gebäudes durch die Grundnorm erfolgen kann.

Tatsächlich zeigt es sich, daß alle einschlägigen Streitfragen immer wieder zu dieser Grundfrage hinführen. Von ihrer Beantwortung hängt demnach alles Weitere ab.

Die herrschende Lehre versteht unter positivem Völkerrecht den Inbegriff der durch den vereinten Willen der Staaten gesetzten Normen, wobei diese Willenseinigung entweder ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen könne. Im ersten Falle entstehe Vertragsrecht, im zweiten Falle Gewohnheitsrecht. Daher bezeichnet Strupp, wie wir gehört haben, die Staaten als die Schöpfer des Völkerrechtes.

1) Meurer: Das Werk vom Haag, herausgegeben von Schücking, 2. Serie, Bd. I, 1. Teil, 1917, S. 299.

2) Strupp: a. a. O., S. 85.

Von diesem Ausgangspunkte aus gilt somit jeder Völkerrechtssatz nur für die Staaten, die ihn anerkannt haben. Auch ein Gewohnheitsrechtssatz binde nur jene Staaten, die durch die Übung dieser Norm ihr zugestimmt haben.

Während es aber die wenigsten Theoretiker wagen, alle Folgerungen aus diesen Voraussetzungen zu ziehen, sondern im Widerspruche zu ihrer Grundauffassung, eine Fülle von Normen in ihr System des allgemeinen Völkerrechtes aufnehmen, die keineswegs von allen Staaten anerkannt worden sind¹⁾, hat der rumänische Delegierte M. Sipsom auf der Haager Kodifikationskonferenz (1930) die praktischen Konsequenzen dieser Doktrin offen verkündet. In der Kommission über die Haftung der Staaten entspann sich nämlich eine längere Wechselrede über die Frage, aus welchen Quellen die Völkerrechtsnormen geschöpft werden können. M. Sipsom führte darüber u. a. aus: „La première question qui se pose est celle de savoir s'il y a une coutume internationale reconnue comme telle, une coutume internationale commune, un droit international commun en ce sens qu'il est reconnu par tout le monde incontestablement. Il me semble bien que non et que, comme disait le regretté Kinley, il y a des droits internationaux nationaux, mais il n'y a pas un droit international général. Il est en voie de formation, c'est entendu.... On ne peut reconnaître comme coutume internationale généralement admise que celle qui est admise par celui même à qui on l'oppose“²⁾. Und an einer anderen Stelle sagt er: „On ne pourra m'opposer comme loi que la coutume que j'aurais reconnue moi-même comme définitive et incontestable“³⁾.

Einer näheren Betrachtung kann es nun aber nicht entgehen, daß diese Lehre, die Strupp als „die Sonne des Purismus und Positivismus im Völkerrecht“ bezeichnet⁴⁾, auf einem dogmatischen Vorurteil beruht, da sie von der unbewiesenen Behauptung ausgeht, daß das positive Völkerrecht nur durch Staatenkonsens entstehen könne⁵⁾. Allerdings, würde der dogmatische Rechtspositivismus damit nur besagen wollen, daß zwar ebenfalls andere Normenarten im zwischenstaatlichen Verkehr gelten, daß sie aber nicht dem „Völkerrecht“ angehören, so könnte man nur die Zweckmäßigkeit, nicht auch die Richtigkeit einer solchen Unterscheidung bestreiten. In diesem Sinne wäre daher auch der absolute

¹⁾ Meurer: a. a. O., S. 299, hilft sich darüber hinweg mit der Verlegenheitsbemerkung: „Man kommt eben mit dem Quellenpurismus in der Praxis nicht aus.“ Wie viele Normen müßte aber Strupp z. B. aus seinem wertvollen Buche „Das völkerrechtliche Delikt“ ausscheiden, wenn er seiner Quellenlehre treu bleiben wollte!

²⁾ Actes de la Conférence pour la codification du droit international, Séances des Commissions, Vol. IV, C. 351 (c), M. 145 (c), 1930. V, S. 51.

³⁾ a. a. O., S. 52.

⁴⁾ Zeitschr. f. öffentl. Recht, VII. Bd., 1928, S. 154, Anm. 1.

⁵⁾ Vgl. darüber mein Referat über „Die Quellen des Völkerrechtes“ in den Mitteilungen der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 10, 1930, S. 81 ff.

Relativismus des Spiropoulos unwiderlegbar¹⁾. In Wirklichkeit aber handelt es sich dem dogmatischen Rechtspositivismus nicht um eine willkürliche Nominaldefinition, sondern um eine Aussage über einen Sachverhalt. Denn er will die Frage beantworten, woher die Normen stammen, die im internationalen Verkehre als Recht gelten, d. h. mit den besonderen Sanktionen des Rechtes verknüpft sind.

Die Lösung dieses Problems wird aber von vornherein vereitelt, wenn unter dem Einflusse der Willenstheorie unkritisch behauptet wird, daß für einen Staat eine Norm nur gelten könne, wenn er sie ausdrücklich oder durch sein schlüssiges Verhalten anerkannt hat. Damit gleitet offenbar der empirische Positivismus im Sinne einer Theorie der Erfahrung in einen metaphysischen Positivismus ab, der in dem Bestreben, das Naturrecht auszuschließen, alles Recht auf menschliche Willkür zurückführen will. Ein empirischer Positivismus hingegen, den wir, um ihn vom dogmatischen Positivismus klar abzugrenzen, kritischen Realismus nennen wollen, hat sich schlicht und einfach die Frage vorzulegen: Welches sind die Normen, nach denen sich die Staaten in ihren gegenseitigen Beziehungen orientieren? Welche Normen erweisen sich in diesem Verkehr als die wirksamen Richtlinien des Handelns. Und von dieser Frage aus kann indirekt auch zum Problem der positiven Völkerrechtsquellen vorgedrungen werden, indem gefragt wird: In welchen Verfahren werden jene Normen erzeugt, die sich in der Staatenpraxis regelmäßig durchsetzen?

So zeigt es sich, daß die Frage nach den positiven Rechtsquellen nur auf dem Umwege über eine soziologische Analyse beantwortet werden kann. Damit ist aber weiters dargetan, daß die positivrechtliche Geltung etwas ganz anderes ist als die werttheoretische Geltung. Jene ist nämlich ein soziologischer, diese ein normativer Begriff. Nun besteht zwar innerhalb des positiven Rechtes nur das Problem der normativen Geltung, da die Abhängigkeit einer niederen von einer höheren Rechtsstufe als eine Frage der normativen Geltung anzusehen ist. Die Geltung der Verfassung als der höchsten positiven Rechtsstufe oder der positiven Rechtsordnung als Ganzheit hingegen kann zweierlei bedeuten: Entweder ihre Delegation durch eine überpositive (naturrechtliche) Ordnung oder aber ihre Wirksamkeit, ihre Faktizität. Jene Frage gehört in die Wertphilosophie, diese in die Soziologie. Beide Probleme sind wichtig, doch können sie nur mit verschiedenen Methoden gelöst werden. Ihre Vermischung dagegen führt zu einer heillosen Verwirrung, die die Ursache einer Reihe von Scheinproblemen bildet. So wird z. B. häufig aus der soziologischen Tatsache der Wirksamkeit einer Ordnung auf ihre normative Geltung geschlossen, was völlig sinnlos ist, sofern nicht eine Norm vorausgesetzt wird, die einer solchen Ordnung zu gehorchen vorschreibt. Dies klar erkannt zu haben, ist das unvergeßliche Verdienst Hans Kelsens, dessen Lehre von der überpositiven, das positive Recht erst einsetzenden Grundnorm, die notwendigen Grenzen

¹⁾ Théorie générale du droit international, 1930.

des Rechtspositivismus aufgezeigt hat¹⁾. Andererseits aber hat Kelsen ebenfalls erkannt, daß für das positive Recht auch der Begriff der Faktizität, der Wirksamkeit von der größten Bedeutung ist²⁾.

Zwischen diesen beiden Polen der Wertphilosophie und der Soziologie ist das positive Recht unentrinnbar eingespannt. Mit seinem Haupte weist es über sich hinaus auf die Welt der Werte, aus der es erst seine normative Geltung herleiten kann, mit seinen Füßen steht es dagegen auf dem festen soziologischen Boden des tatsächlichen Verlaufes menschlicher Handlungen.

Dies gilt auch für das positive Völkerrecht. Denn einerseits beruht seine normative Geltung auf der in Gott gegründeten sittlichen Idee der sich in eine Vielheit von Staaten zergliedernden einheitlichen Menschheit³⁾, andererseits aber kann sich diese Idee nur aktualisieren, wenn und soweit sie sich in den Handlungen der Staaten auswirkt. Daher sind auch die Idee der Völkerrechtsgemeinschaft und ihre schrittweise Realisierung im positiven Völkerrecht auseinanderzuhalten.

Zur vollen Erfassung des positiven Völkerrechtes ist es somit notwendig, sowohl die Ideen zu ergründen, die dem Faktum des Völkerrechtes zugrundeliegen, als auch die Handlungen zu erforschen, in denen sich jene auswirken. Ohne diese Handlungen wären die Ideen lahm, ohne die Ideen aber die Handlungen blind. Erst durch ihre Synthese entsteht positives Völkerrecht.

Eine solche Analyse des zwischenstaatlichen Handelns beweist uns nun aber, daß in der Völkerrechtsgemeinschaft nicht bloß jene Normen gelten, die im Verfahren des Staatenkonsenses erzeugt worden sind, sondern auch andere, von jenen Ideen geleiteten Regeln, die sich, wie immer sie auch entstanden sein mögen, in der Staatengemeinschaft als wirksame Normen des Handelns durchgesetzt haben; wobei jedoch innerhalb dieser Normen zwischen jenen unterschieden werden muß, die letztlich mit Zwangssanktionen verknüpft sind, und solchen, die bloß unter dem Schutze der Gegenseitigkeit oder unter anderen Garantien stehen⁴⁾. Nur die ersten bilden das Sinngefüge „positives Völkerrecht“.

¹⁾ Kelsen: Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes, 1920.

²⁾ Kelsen: a. a. O., auch in seiner Allgemeinen Staatslehre, 1925.

³⁾ Grundlegend Victoria, F.: De Indis, und Suarez, F.: De legibus ac Deo legislatore, II; aber auch Kelsen: Das Problem der Souveränität, S. 319: „So wie für eine objektivistische Lebensanschauung der sittliche Begriff des Menschen die Menschheit ist, so ist für eine objektivistische Rechtstheorie der Begriff des Rechtes identisch mit dem des Völkerrechtes und gerade darum zugleich ein ethischer Begriff.“ Dazu meine Haager Vorlesungen im *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 30. Bd., V. Teil, 1929, S. 275ff.

⁴⁾ Vgl. in dieser Richtung neuestens auch Stowell, E. C.: *International law*, 1931.

Von diesem Ausgangspunkte aus liegt daher eine Norm des allgemeinen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechtes nicht erst vor, wenn sie durch die Übung aller Staaten anerkannt worden ist, sondern, wenn sie sich bei den bisher aufgetauchten Streitfällen zwischen verschiedenen Staaten in der Weise durchgesetzt hat, daß auch ihre künftige Beobachtung erwartet werden kann. Da dies nun dann nicht der Fall ist, wenn ein Staat zur Zeit der Herausbildung einer solchen Norm ihr widersprochen hat, erklärt es sich, daß ein solcher Widerspruch das Entstehen von Regeln des allgemeinen Gewohnheitsrechtes verhindern kann¹⁾.

In diesem Sinne ist auf der Haager Kodifikationskonferenz der ägyptische Delegierte Abd el Hamid Badaoui Pascha der erwähnten These M. Sipsoms entgegengetreten, die er als eine individualistische bezeichnet. Dann fährt er fort: „... l'idée de la coutume est un peu contraire à la notion du droit écrit, de la législation écrite et conventionnelle, qui exige un consentement général et unanime. La coutume naît à l'occasion de certains faits, à la suite des solutions données à ces faits; ces faits ne se produisent pas nécessairement dans tous les États et en tout temps, mais lorsqu'il y a eu répétition des mêmes faits et des mêmes solutions, la coutume est considérée comme formée. Il en était ainsi sous le régime des coutumes avant le code civil: le caractère obligatoire ne pouvait évidemment être mis en question toutes les fois qu'un individu en instance de litige contestait l'existence de la coutume. S'il était permis à tout individu de dire qu'il n'a pas pris part à sa formation, c'eût été le retour à la justice privée, ou chacun faisait sa propre loi“²⁾. Diese Auffassung drang auch in der zuständigen Kommission durch. Während nämlich der rumänische Vorschlag nur Grundsätzen Verbindlichkeit zuerkennen wollte „reconnus comme essentiels par les États respectifs“³⁾, spricht der Kommissionsentwurf von „règles admises par la communauté internationale“⁴⁾. Doch wurde damit keinerlei Neuerung beabsichtigt, sondern nur die Feststellung des bestehenden Rechtszustandes angestrebt⁵⁾. Tatsächlich steht diese Auffassung mit der ganzen bisherigen Staatenpraxis im vollen Einklang. Denn noch keine der zahlreichen völkerrechtlichen Entscheidungsstellen, die wiederholt Gewohnheitsrechtsnormen anzuwenden hatten, haben jemals ihre Anwendung von der „Anerkennung“ durch den beklagten Staat abhängig gemacht. Die Konsenttheorie kann demnach im Rahmen des positiven Völkerrechtes als endgültig abgetan betrachtet werden. Ist aber einmal erkannt, daß in der Völkerrechtsgemeinschaft auch Normen gelten, die nicht im Wege des Staatenkonsenses entstanden sind, dann besteht kein grundsätzliches Hindernis mehr, außer Vertragsrecht und Gewohnheitsrecht noch weitere Völkerrechtsquellen zuzulassen. Es fragt sich bloß, ob sich auch solche Normen als wirksame Regeln der zwischenstaatlichen Beziehungen durchgesetzt haben.

¹⁾ Vgl. meine „Verfassung“, S. 95.

²⁾ a. a. O., S. 54.

³⁾ a. a. O., S. 53.

⁴⁾ a. a. O., S. 237.

⁵⁾ a. a. O., S. 160: „...vous n'assumez pas d'obligation nouvelle...“.

II

Zur Klärung unserer Frage empfiehlt es sich, sich zunächst in die Zeit zurückzuversetzen, in der sich das moderne positive Völkerrecht erst zu entwickeln begonnen hat, also etwa in die Zeit des 17. Jahrhunderts. Nun bestimmt bereits der Westfälische Friedensvertrag, daß in einem Streitfalle „*laesus laedentem imprimis quidem e via facti dehortetur, causa ipsa vel amabili compositioni vel iuris disceptationi submissa*“¹⁾. Er setzt also das Bestehen von Rechtsgrundsätzen voraus. Wo findet man aber diese Rechtssätze? Etwa nur im Vertragsrechte und Gewohnheitsrechte? Mit anderen Worten: Ging die Staatenpraxis von der Voraussetzung aus, daß alle Ansprüche abzuweisen seien, die sich nicht auf eine Norm einer dieser beiden Quellen stützen können? Da es nun aber damals noch kaum Normen des Gewohnheitsrechtes gegeben hat, wären die Staaten also nach Völkerrecht frei gewesen, alles zu tun, was ihnen nicht ein Staatsvertrag oder eine etwa schon bestehende Gewohnheitsrechtsnorm untersagt hat? Jeder Kenner der diplomatischen Urkunden der damaligen Zeit wird zugeben, daß dies nicht der Fall war. Vielmehr ging die Staatenpraxis von der Voraussetzung aus, daß allgemeine Rechtsgrundsätze in Geltung stehen, die auch für den zwischenstaatlichen Verkehr maßgeblich sind²⁾. Denn damals, wo ein relativ selbständiges positives Völkerrecht erst im Keime vorhanden war, wurde es als eine Selbstverständlichkeit betrachtet, die Rechtsgrundsätze aus verwandten Rechtsgebieten auf den zwischenstaatlichen Verkehr analog zu übertragen, wobei häufig die Klassiker unserer Wissenschaft als Zeugen für den Bestand solcher Rechtssätze angerufen wurden. Ja, ein großer Teil des völkerrechtlichen Gewohnheitsrechtes hat sich erst dadurch herausgebildet, daß zunächst ein allgemeiner Rechtsgrundsatz herangezogen wurde, der dann aber durch die wiederholte Anwendung auch ins völkerrechtliche Gewohnheitsrecht eingedrungen ist. So konnte z. B. die Norm, daß die Staaten für ihre Völkerrechtsverletzungen Genugtuung schulden, zunächst nur aus den „allgemeinen Rechtsgrundsätzen“ abgeleitet werden, erst allmählich erlangte sie auch die Kraft eines völkerrechtlichen Gewohnheitsrechtssatzes. Und in unseren Tagen geht man daran, sie ebenfalls vertraglich festzulegen³⁾. Es kann demnach darüber gar kein Zweifel bestehen, daß jedenfalls in der ersten Periode der modernen Völkerrechtsgemeinschaft die „allgemeinen Rechtsgrundsätze“ auch im zwischenstaatlichen Verkehr unbestritten gegolten haben; ein Rechtszustand, der durch die damalige Völkerrechtswissenschaft unterstützt wurde, da es ihr ja noch fern gelegen war, Völkerrecht und

¹⁾ § 115.

²⁾ Darüber schon Wheaton: *Histoire des progrès du droit des gens*, I, 1846, S. 109. Nun besonders Balladore Pallieri: a. a. O., S. 56ff.

³⁾ Art. 1 des auf der Haager Kodifikationskonferenz von der zuständigen Kommission beschlossenen Vertragsentwurfes über die Haftung der Staaten: „*Tout manquement aux obligations internationales d'un Etat du fait de ses organes. . . . entraîne la responsabilité internationale de celui-ci.*“

staatliches Recht völlig auseinanderzureißen. Man muß sagen, glücklicherweise. Denn wäre damals der moderne „Quellenpurismus“, der nur eine Folge der dualistischen Rechtskonstruktion ist, herrschend gewesen, so wäre das moderne Völkergewohnheitsrecht schon in seiner Wiege gestorben.

Ist aber etwa später an dem bisherigen Zustande etwas geändert worden?

Gewiß, durch die Herausbildung eigener gewohnheitsrechtlicher Völkerrechtsnormen wurde die Bedeutung der allgemeinen Rechtsgrundsätze für den zwischenstaatlichen Verkehr zurückgedrängt, aber gänzlich aus der Staatenpraxis ausgeschaltet wurden sie niemals.

Betrachtet man nun im Lichte dieser Entwicklung die eingangs erwähnte Judikatur, die ihre Sprüche auch heute noch häufig auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze gründet, dann zeigt es sich, daß es sich dabei keineswegs um vereinzelte Abirrungen, sondern um zahlreiche Glieder in einer langen Kette handelt.

Jetzt wird es auch klar, daß Artikel 38, Z. 3, des Gerichtshofsstatutes¹⁾ keine Neuerung einführt, sondern nur einen bestehenden Grundsatz kodifiziert²⁾. Der Vorsitzende der mit der Ausarbeitung des Gerichtshofsstatutes betrauten Juristenkommission Baron Descamps bemerkt daher durchaus zutreffend, daß Artikel 38, Z. 3, dem Gerichtshofe keine neue Zuständigkeit einräumt, da die Heranziehung der allgemeinen Rechtsgrundsätze der bisherigen Übung entspricht³⁾. Auch ein anderes Kommissionsmitglied, Lord Phillimore, vertrat die Auffassung: „En général tous les principes du droit commun sont applicables aux rapports internationaux. Ce sont en fait des règles de droit international“⁴⁾.

Nur so erklärt es sich auch, daß das Gerichtshofsstatut von der Bundesversammlung widerspruchlos angenommen und von den Signatarstaaten ohne Vorbehalt ratifiziert wurde. Auch in der erwähnten Kommission auf der Haager Kodifikationskonferenz drang schließlich mit 28 gegen 3 Stimmen die Auffassung durch⁵⁾, daß sich völkerrechtliche Verpflichtungen nicht nur aus Vertragsrecht und Gewohnheitsrecht, sondern auch aus den „principes généraux de droit“ ergeben können⁶⁾, nachdem insbesondere der schweizerische Delegierte M. Dinichert und der griechische Vertreter N. Politis mit allem Nachdruck darauf hingewiesen hatten, daß die Anführung dieser Grundsätze „consacre le droit existant“, wogegen ihre Nichtaufnahme einen Rückschritt bedeuten würde⁷⁾.

¹⁾ „La Cour applique: . . . 3^o Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.“

²⁾ Da ich diese Auffassung stets vertreten habe, ist es mir unverständlich, wie Rabel (a. a. O., S. 17) behaupten kann, ich meine, daß die allgemeinen Rechtsgrundsätze als ein „durch das Statut in Bausch und Bogen einverleibtes Stück des Völkerrechtes aufzufassen“ seien.

³⁾ Procès-verbaux, S. 310.

⁴⁾ Procès-verbaux, S. 316.

⁵⁾ a. a. O., S. 161.

⁶⁾ a. a. O., S. 237.

⁷⁾ a. a. O., S. 57 und 160.

Wir beobachten somit auch hier, daß diese Grundsätze, die ursprünglich nur als „allgemeine Rechtsgrundsätze“ gegolten haben, allmählich durch ihre wiederholte Anwendung auch in das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht eingedrungen und schließlich in der Form von Staatsverträgen für bestimmte Bereiche kodifiziert worden sind. Wir können daher Balladore Pallieri nicht beipflichten, wenn er die Geltung der allgemeinen Rechtsgrundsätze für den zwischenstaatlichen Verkehr auf eine Norm des völkerrechtlichen Gewohnheitsrechtes gründen will, die jenen Grundsätzen zu gehorchen vorschreibt¹⁾. Vielmehr müssen wir annehmen, daß ihre Geltung unmittelbar aus derselben Grundordnung herzuleiten ist, der auch das Gewohnheitsrecht entspringt, nämlich aus der von der modernen Völkerrechtsgemeinschaft vorausgesetzten Grundnorm; wogegen es möglich erscheint, das Vertragsrecht samt seinen Grenzen (Zwang, Irrtum, Verstoß gegen die guten Sitten) teils in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über Abschluß und Inhalt von Verträgen, teils im völkerrechtlichen Gewohnheitsrechte zu verankern. Die völkerrechtliche Grundnorm würde also etwa folgenden Inhalt haben: Souveräne und teilsouveräne Rechtsgemeinschaften verhalten Euch in Eueren gegenseitigen Beziehungen nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, soweit sich nicht im internationalen Verkehre besondere, von jenen Grundsätzen abweichende, gültige Normen herausgebildet haben²⁾.

Hierbei handelt es sich jedoch keineswegs bloß um die Feststellung, daß die „allgemeinen Rechtsgrundsätze“ geschichtlich älter sind als das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht, sondern auch um die Klarstellung der gegenwärtigen Rangordnung dieser beiden Quellen, die noch keineswegs einwandfrei bestimmt ist. Zwar wird allgemein gelehrt, daß die allgemeinen Rechtsgrundsätze nur subsidiär gelten, doch finden wir keine genaue Formulierung darüber, unter welchen Voraussetzungen sie heranzuziehen sind. Denn die geläufige Behauptung, daß sie zur „Lückenausfüllung“ zu verwenden seien, weicht in Wahrheit dem Probleme aus, da der Ausdruck „Rechtslücke“ mehrdeutig ist³⁾. Gänzlich verfehlt ist es andererseits anzunehmen, daß die allgemeinen Rechtsgrundsätze die Aufgabe haben, ein „non liquet“ zu verhindern, da — vom sehr seltenen Falle der technischen Lücken⁴⁾ etwa abgesehen — der

¹⁾ S. 88. Noch weniger können wir natürlich dem im übrigen ausgezeichneten Aufsätze von Härtle (a. a. O., S. 222) zustimmen, der durch seine These, daß jeder einzelne allgemeine Rechtsgrundsatz der gewohnheitsrechtlichen Bestätigung bedarf, sein ganzes Gebäude wieder zerstört. Denn liegt einmal eine solche vor, dann besteht ja bereits eine bestimmte Norm des Gewohnheitsrechtes selbst, so daß Härtle schließlich wieder bei der alten Quellenlehre zu münden scheint!

²⁾ Damit korrigiere ich meinen früheren in der „Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft“ vertretenen Standpunkt, der noch im Banne einer alten Doktrin vom alleinigen Grundsätze „pacta sunt servanda“ ausgeht, daher — irrtümlicherweise — bestrebt ist, alle anderen Normen in ihn einzugliedern.

³⁾ Darüber meine „Verfassung“, S. 69ff.

⁴⁾ „Verfassung“, S. 73.

Klagsanspruch immer entweder als rechtlich begründet anerkannt oder als rechtlich nicht begründet verworfen werden kann. Vielmehr hat Artikel 38, Z. 3, des Gerichtshofsstatutes die Bedeutung, daß einem Klagsanspruch, der durch keinen Satz des Vertragsrechtes oder Gewohnheitsrechtes gedeckt ist, der sich aber auf einen „allgemeinen Rechtsgrundsatz“ berufen kann, stattgegeben werden kann, während er abzuweisen wäre, wenn nur jene Völkerrechtsquellen bestünden. Artikel 38, Z. 3, verhindert daher zwar nicht ein „non liquet“, da diese Gefahr auch sonst nicht vorhanden wäre, wohl aber verhindert er eine offenbar unbillige, weil den „allgemeinen Rechtsgrundsätzen“ widersprechende Entscheidung. Dennoch wäre es unrichtig zu sagen, daß das Gericht befugt sei, die ersten beiden Quellen zu verbessern, wenn ihre Anwendung nach Auffassung des Gerichtes zu einem unbilligen Ergebnisse führen würde. Ein so weitgehendes Recht besitzt der Gerichtshof — von besonderen Parteienverabredungen abgesehen — nicht. Artikel 38, Z. 3, schreibt ihm, der bisherigen Praxis folgend, nur vor, nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen insoweit zu entscheiden, als keine abweichenden Normen der ersten beiden Quellengruppen vorliegen. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze bilden somit die *lex generalis*, die zur Anwendung zu kommen hat, sofern und soweit ihr nicht durch eine gültige *lex specialis* (Vertragsrecht oder Gewohnheitsrecht) derogiert wird.

III

Wo findet man aber diese „allgemeinen Rechtsgrundsätze“? Rabel meint, man könne zweifeln, ob durch Artikel 38, Z. 3, des Gerichtshofsstatutes „die im Keim vorhandenen Anschauungen über die Notwendigkeiten des Zusammenlebens der Völker gemeint sind oder die wissenschaftlich als logische Voraussetzungen oder Konsequenzen der anerkannten Völkerrechtssätze oder als systematische Bindeglieder zwischen ihnen erkennbaren Sätze oder aber Rechtsvorstellungen oder Rechtssätze, die außerhalb des Völkerrechtes im Schatze des Rechtsbewußtseins der Völker leben“¹⁾. Nun ergibt sich aber aus der besonderen Anführung der allgemeinen Rechtsgrundsätze in Ziffer 3 des Artikels 38, nachdem bereits in den beiden früheren Punkten das Vertragsrecht und Gewohnheitsrecht aufgezählt worden war, daß jene Grundsätze jedenfalls außerhalb dieser beiden Quellen gesucht werden müssen. Wo aber? Es muß zugegeben werden, daß diese Frage weniger leicht beantwortet werden kann. Immerhin sagt uns der klare Wortlaut des Artikels 38, Z. 3, daß es sich um Grundsätze handeln müsse, die von den Kulturstaaten anerkannt worden sind. Also kann es sich nicht um bloß „naturrechtliche“ Grundsätze handeln²⁾, wenngleich keineswegs bestritten werden soll, daß diese Grundsätze unter dem Einflusse naturrechtlicher Vorstellungen entstanden und zur Anerkennung gelangt sind. Damit ist aber dargetan, daß die „allgemeinen Rechtsgrundsätze“ positivrechtliche Grund-

¹⁾ a. a. O., S. 17f.

²⁾ Spiropoulos: a. a. O.

sätze geworden sein müssen, um gemäß Artikel 38 angewendet werden zu können. Bedenkt man weiters, daß diese Positivierung außerhalb von Vertragsrecht und Gewohnheitsrecht erfolgt sein muß, so kann sie nur im staatlichen Rechte der Kulturstaaten vor sich gegangen sein, da ein anderes Rechtserzeugungsverfahren nicht in Betracht kommen kann. So führt schon die Auslegung des Textes selbst zu einem bestimmten Ergebnisse, das durch die historische Entwicklung, insbesondere auch durch die Entstehungsgeschichte des Artikels 38 vollauf bestätigt wird. In dieser Richtung können wir uns darauf beschränken, auf die treffliche Darstellung von Härle zu verweisen¹⁾. Denn auch die Analyse der Beratungen der mit der Ausarbeitung des Gerichtshofsstatutes betrauten Juristenkommission zeigt, daß man den Gerichtshof ermächtigen wollte, zur Entscheidung völkerrechtlicher Fragen subsidiär jene Grundsätze heranzuziehen, die übereinstimmend in den Rechtsordnungen der Kulturstaaten ihren Niederschlag gefunden haben.

Aus dem Wortlaut des Artikels 38, Z. 3, der auch in dieser Hinsicht durch die Materialien gedeckt ist²⁾, folgt ferner, daß es sich nicht um beliebig übereinstimmende Rechtsregeln der staatlichen Rechtsordnungen handeln kann, sondern um „*principes généraux*“, also um Rechtsgrundsätze, die von allgemeiner Bedeutung sind. Es muß sich also offenbar um Rechtsgrundsätze drehen, die sich deshalb übereinstimmend in den Rechtsordnungen der Kulturstaaten vorfinden, weil sie das Rechtsbewußtsein der modernen Kulturgemeinschaft als notwendige Voraussetzungen eines gesitteten Zusammenlebens betrachtet³⁾. Artikel 38 geht somit von dem Gedanken aus, daß die modernen Staaten, die sich ja entweder aus der christlich-abendländischen Gemeinschaft heraus entwickelt oder aber deren leitende Rechtsgedanken übernommen haben, in den grundsätzlichen Rechtsbestimmungen übereinstimmen, sodaß es angemessen erscheint, diese Grundsätze auch im zwischenstaatlichen Verkehr gelten zu lassen. Doch wird auch hier nicht verlangt werden können, daß ein solcher Grundsatz von allen Staaten schlechthin anerkannt wurde, es muß genügen, daß dies im allgemeinen der Fall ist⁴⁾. Treffend nennt daher Anzilotti die von den Kulturstaaten übereinstimmend anerkannten Rechtsgrundsätze „eine Art *jus gentium* im klassischen Sinn, quasi *quo iure omnes gentes utuntur*, (§ 1, Inst. I, 1)“, wogegen wir seine weitere These, daß der Richter, der Artikel 38, Z. 3, anwendet, die Norm „für den Spezialfall und nur für diesen schafft“⁵⁾, nicht annehmen können. Vielmehr kann der Richter nur eine bereits als allgemeinen Grundsatz geltende Norm auf einen be-

¹⁾ a. a. O., S. 210 bis 215, sowie S. 228ff.

²⁾ Spiropoulos: a. a. O., S. 31ff.; Härle: S. 229ff.

³⁾ Vgl. meine „Verfassung“, S. 59; Härle: S. 234 und das dort angeführte Schrifttum. Vgl. auch Cavaglieri: *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 26. Bd., 1929, 1. Teil, S. 323.

⁴⁾ Ebenso Spiropoulos: a. a. O.; Ballardore Pallieri: a. a. O., S. 72, und Härle: a. a. O., S. 231.

⁵⁾ a. a. O., S. 85.

stimmten Fall durch Setzung einer *lex inter partes* anwenden. Diese individuelle Norm gilt gewiß nur für den Spezialfall, nicht aber auch der allgemeine Rechtsgrundsatz als solcher, der die Grundlage der Entscheidung gebildet hat.

Aus dem Gesagten ergibt sich demnach, daß das *jus inter gentes*, das in der Antike als ein Teil des *jus gentium* betrachtet wurde, auch heute noch nicht vollständig von ihm getrennt ist, sodaß die Bestimmung des Artikel 38, Z. 3, des Gerichtshofsstatutes zugunsten der monistischen Rechtskonstruktion ins Treffen geführt werden kann. Man begreift es daher, warum die dualistische Auffassung bemüht ist, diese Bestimmung im Sinne ihrer Einstellung umzudeuten. So wird z. B. gelehrt, daß die „allgemeinen Rechtsgrundsätze“ für die Staaten nicht verbindlich seien; bloß der Internationale Gerichtshof habe sie gegebenenfalls kraft der positiven Norm des Artikels 38, Z. 3, heranzuziehen¹⁾. Dagegen spricht aber nicht nur die ganze geschichtliche Entwicklung unserer Völkerrechtsgemeinschaft, von der wir schon gesprochen haben, sondern auch der Umstand, daß von jenem Standpunkte aus der Streit vom Gerichtshofe nach anderen Normen zu entscheiden wäre als nach jenen, von denen der Streit beherrscht war, bevor er dem Gerichtshof unterbreitet wurde. Man käme also zur absurden Folgerung, daß der Fall verschieden beurteilt werden müßte, je nachdem, ob er dem Gerichtshof oder einer anderen Entscheidungsstelle vorgelegt werden würde. Eine so widersinnige Auslegung darf aber ohne zwingende Gründe nicht vorgenommen werden. Dazu kommt, daß auch nach Inkrafttreten des Gerichtshofsstatutes verschiedene andere Entscheidungsinstanzen die allgemeinen Rechtsgrundsätze auf zwischenstaatliche Streitfälle widerspruchsfrei angewendet haben, obgleich ihnen der Schiedsgerichtsvertrag keine besondere Befugnis in dieser Richtung eingeräumt hat²⁾. Dadurch bestätigt es sich aber, daß die ursprüngliche, früher entwickelte Grundnorm des modernen Völkerrechtes nach wie vor wirksam ist.

¹⁾ Strupp: a. a. O., S. 53. Dagegen auch V. Bruns im Vorwort der eben erschienenen „*Fontes juris gentium*“, S. IX und XI.

²⁾ Z. B. das Urteil des deutsch-portugiesischen Schiedsgerichtes vom 31. Juli 1928, *Revue de droit international*, III. Bd., 1929, S. 259; die Entscheidung des amerikanisch-mexikanischen Schiedsgerichtes vom 8. Oktober 1930, *American Journal of international law*, XXV. Bd., 1931, S. 368: „With respect to matters of evidence, international tribunals must give effect to common sense principles underlying the rules of evidence in domestic law.“

Reine Rechtslehre und Verwaltungsrecht

Von

Franz Weyr, Bränn

I. Allgemeine Charakteristik der Reinen Rechtslehre

Mit Rücksicht auf den speziellen Zweck des vorliegenden Werkes wird man es dem Verfasser dieses Beitrages wohl zu gute halten, wenn er bei der Behandlung seines Themas ein wenig weiter ausgreift. Denn das Werk selbst bietet eine seltene und höchst dankbare Gelegenheit zu einer offiziellen wissenschaftlichen Konfession, die der Verfasser nicht unbenützt verstreichen lassen möchte.

Das Auftreten der Reinen Rechtslehre in der juristischen Literatur liegt nun rund zwanzig Jahre hinter uns. Es ist dies eine Zeitspanne, die an dem einzelnen menschlichen Lebensalter gemessen, zwar ziemlich lang, für die Wirksamkeit einer neuen Lehre aber, welche immer auf hartnäckigen Widerstand gefaßt sein muß, relativ kurz ist. Den Widerstand, welchen speziell die Reine Rechtslehre (oder „normative Theorie“, wie sie sich ursprünglich nannte) zu erdulden hatte und noch erduldet, hat sie ihrer Neuigkeit zu verdanken, die ihre Widersacher so groß dünkte, daß er auch durch die Selbstverständlichkeit und Unwiderlegbarkeit einer großen Anzahl ihrer Lehrsätze nicht merklich abgeschwächt werden konnte. Ja, man kann geradezu behaupten, daß die enragiertesten Gegner es gerade auf diese selbstverständlichen und unwiderleglichen Sätze am meisten abgesehen zu haben scheinen.

Das Auftreten der Reinen Rechtslehre fällt in eine Zeit, in der die methodologische Desorientierung in der Rechtswissenschaft einen besonders hohen Grad erreicht hatte. Sie war so gewaltig, daß sich insbesondere der jüngeren Generation eine gewisse pessimistische Hoffnungslosigkeit zu bemächtigen begann. Der Glaube an die damals fast allein herrschende rechtshistorische Methode, in der wir alle, die wir uns heute bereits zur älteren Generation zu zählen beginnen, erzogen wurden, war längst geschwunden. Ein Ersatz wurde jedoch dafür weder in der Fachliteratur, noch in den juristischen Vorlesungen geboten. Die damals gerade häufiger auftretende sogenannte soziologische Auffassung des Rechts und der Rechtswissenschaft wurde zwar als höchst zeitgemäß und modern empfunden, aber kritischen Köpfen, die damals gerade die Hochschulbank verlassen hatten, konnte es — wenn auch vielleicht ziemlich unbewußt — nicht entgehen, daß hier unter der Marke einer „soziologischen Jurisprudenz“ etwas angeboten wurde, was seinem Wesen nach überhaupt nicht mehr „Jurisprudenz“ in dem Sinne war, der ihnen vorschwebte, als sie sich seiner Zeit an der juristischen

Fakultät inskribieren ließen. Diese kritischen Geister, aus denen später Anhänger der Reinen Rechtslehre geworden sind, wollten sich einer Disziplin nicht ergeben haben, die es als ihre hauptsächlichste, wenn nicht einzige Aufgabe betrachtete, den Naturwissenschaften, welche gerade ihr glänzendstes Jahrhundert, nämlich das XIX., hinter sich hatten, blind nachzueifern, um im Konzert derselben wenigstens als eine zweitrangige Disziplin anerkannt und toleriert zu werden. Für diese kritischen Geister stellten damals die Werke eines G. Jellinek oder E. Bernatzik den Höhepunkt der juristischen Wissenschaft dar — und gewiß nicht mit Unrecht. Denn hier war das zu spüren, was man als typisch „juristischen Scharfsinn“ oder „juristische Konstruktionsgabe“ betrachtete im Gegensatz zu der höchst bequemen soziologischen Methode, die sich eben zu jener Zeit bei der Behandlung juristischer Probleme zu Worte meldete. Aber man hatte bei der Lektüre der Werke dieser wirklichen Juristen immer das Gefühl, daß es ihnen trotz ihres evidenten Scharfsinnes nicht gelungen war, das letzte Wort auszusprechen. Man erinnere sich nur z. B. an die geistreichen Bemühungen Bernatziks, den Unterschied zwischen Republik und Monarchie juristisch zu konstruieren, oder an die zahlreichen Andeutungen G. Jellineks, in denen die Notwendigkeit einer selbständigen juristischen Erkenntnis-methode im Gegensatz zur soziologischen, politischen usw. betont wird.

Doch es ist hier noch ein Wort des näheren über den Charakter jener Naturwissenschaft zu sagen, die den Vertretern der Rechtswissenschaft so gewaltig imponierte, daß sie ihr methodologisch unbedingt Gefolgschaft leisten zu müssen glaubten. Es war dies nämlich — in der Regel wenigstens — keineswegs eine Disziplin, die sich eine solide erkenntnistheoretische, also philosophische Fundierung hätte anlegen sein lassen, sondern jene landläufige Wissenschaft, die gewöhnlich mit einer veralteten „Metaphysik“ auch jede Erkenntnistheorie als einen überflüssigen, wenn nicht geradezu schädlichen Ballast von sich wies und unter Ablehnung jeder Philosophie, der sie — ähnlich wie der Rechtswissenschaft — den eigentlichen wissenschaftlichen Charakter absprach, unentwegt auf induktivem Wege ihre speziellen und speziellsten Einzelerkenntnisse sammelte. Diese Disziplin wurde nämlich das Muster der soziologisch orientierten Rechtswissenschaft! Wo sollte jedoch diese Rechtswissenschaft die induktiv zu gewinnenden Einzelerkenntnisse hernehmen, aus denen seinerzeit der stolze Bau einer auf streng induktive, also moderne Art fundierte Rechtslehre entstehen sollte? Woraus sonst als aus dem Inhalte der konkreten Rechtsordnungen? Je konkreter dieser Inhalt, desto besser. Die Zahl der Bausteine, aus denen auf diese Weise eine allgemeine Rechtswissenschaft erstehen sollte, wurde damit unendlich und unübersehbar. Aber sie wurde womöglich noch verdoppelt, als man sich besann, daß es zumindest ebenso interessant ist festzustellen, wie die Leute auf diese konkreten Inhalte tatsächlich reagieren, als wie sie darauf reagieren sollten.

Die Vorliebe für das Konkrete im Gegensatz zum Abstrakten, für den in unendlicher Mannigfaltigkeit auftretenden Inhalt im Gegen-

satz zu der immer gleichbleibenden Form, die Vorliebe für empirische Erkenntnisse aller Art im Gegensatz zu erkenntnistheoretischen (philosophischen) Problemen, negativ ausgedrückt also: die Abneigung gegen jede formale Noetik — dies war das Gemeinsame, was die ältere (rechtshistorische) mit der neueren (soziologischen) Richtung in der Rechtswissenschaft gemein hatte. Beide Richtungen, die es also voraussetzungsgemäß immer auf die konkreten Inhalte konkreter Rechtsordnungen abgesehen hatten, also immer auf die Frage: Was ist in dem Gegenstande rechtlicher Erkenntnis (in den Rechtsnormen) enthalten? — hier kommen also z. B. verschiedene Strafen, Fristen, Beweismittel, Präsumtionen usw. in Betracht — und höchst selten oder nie auf die Frage: Wie ist dieser unübersehbare konkrete Rechtsinhalt einheitlich, d. h. systematisch oder wissenschaftlich zu erkennen? haben nun noch einen dritten mächtigen Verbündeten in der sogenannten Rechtspraxis erhalten. Denn auch diese hat es — begreiflicherweise — immer auf den konkreten Inhalt von Rechtsnormen abgesehen, wenn auch der Umfang ihres Interesses quantitativ in der Regel ein geringerer ist als der von den beiden wissenschaftlichen Richtungen behauptete. Denn der einzelne Richter, Advokat, Verwaltungsmann oder Private beschränkt gewöhnlich sein Interesse auf den Inhalt von Rechtsnormen, die ihn angehen (die er anzuwenden hat oder deren Inhalt er am eigenen Leibe zu spüren bekommt), und kümmert sich nicht darum, was nach analogen Normen seinerzeit gegolten hat oder in anderen Ländern gilt; dieses weitere Interesse überläßt er den „Theoretikern“, wobei er dann den eigentlichen Unterschied zwischen sich, d. h. dem Praktiker, und den Theoretikern nicht selten in dem bloßen quantitativen Umfang jener konkreten Kenntnisse erblickt (ohne dann allerdings hie und da von Enttäuschungen in dieser Hinsicht verschont zu bleiben!). Die Sympathien, welche sich die erwähnten theoretischen Richtungen und die sogenannten Praktiker erweisen, sind streng gegenseitig; sie bestehen bei den ersteren darin, daß sie es gewöhnlich nie unterlassen, ausdrücklich auf die Wichtigkeit der Praxis für die Theorie zu verweisen, bei den letzteren aber darin, daß sie das angenehme Gefühl einer von der Theorie selbst respektierten Überlegenheit besitzt. Denn der Praktiker steht so recht „mitten im Leben“ (wie die oft benützte Phrase lautet), während der rechtshistorische oder soziologische Theoretiker nur sehnsüchtig aus seiner Studierstube nach demselben hinausblickt und es in seinen wissenschaftlichen Abhandlungen möglichst frisch einzufangen trachtet.

Die drei eben erwähnten Verbündeten waren es also, die gleich beim Auftreten der Reinen Rechtslehre, welche mit der Herausgabe von Hans Kelsens „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ (1911) zusammenfällt¹⁾, einträchtig gegen dieselbe Front machten. Psycho-

¹⁾ Meine eigene, im Jahre 1908 im Archiv des öffentlichen Rechts erschienene Abhandlung „Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems“ gehört in die oben erwähnte Epoche des unklaren Tastens und der allgemeinen Unzufriedenheit mit dem Stande der sogenannten herrschenden Theorie.

logisch ist diese Gegnerschaft wohl begreiflich, wenn man den von der traditionellen Theorie tatsächlich diametral verschiedenen Charakter der neuen Lehre in Rechnung zieht. Ich habe mir vorgenommen, ihn im folgenden möglichst klar und einfach zu präzisieren.

Von dem Standpunkte des kritischen Idealismus im Sinne Platons und Kants ausgehend, hat es die Reine Rechtslehre Kelsens unternommen, die Rechtswissenschaft methodologisch zu fundieren und dadurch ihren wissenschaftlichen Charakter als einer den Naturwissenschaften ebenbürtigen Disziplin wieder zu Ehren zu bringen. Streng genommen kann man hier nicht von einer Neufundierung oder neuen Fundierung sprechen; denn vor dem Auftreten Kelsens hatte die Jurisprudenz überhaupt keine Methode im strengen Sinne des Wortes. Es waren vielmehr nur ganz allgemein gehaltene und gelegentlich ausgesprochene Programme, die hier als „Methoden“ der Rechtswissenschaft bezeichnet wurden (z. B. das der „soziologischen“ Richtung oder der Freirechtsschule usw.). Und der Standpunkt der sogenannten „herrschenden“ Lehre zu dem Methodenproblem überhaupt ist zur Zeit des Auftretens von Kelsens Theorie durch nichts so treffend charakterisiert, als durch die in ihrem Wesen so naiv anmutende Bemerkung Otto Mayers, also eines der hervorragendsten und angesehensten Vertreter jener Lehre, in dem Vorworte zur zweiten Auflage seines „Deutschen Verwaltungsrechts“ (1914): „Auseinandersetzungen über Methodenfragen liebe ich nicht und habe es namentlich nie verstehen können, wie einer zum Zeichen, daß er gesonnen ist, sich ernsthaft mit einem Zweige der Wissenschaft zu beschäftigen, zunächst einmal mit einem Buche oder einer größeren Abhandlung über Begriff und Methode dieses Zweiges die Öffentlichkeit in Anspruch nehmen mag.“ Der ganze Inhalt seines Werkes gibt Zeugnis davon, daß es ihm mit seinem Mangel an Interesse für Methodenfragen tatsächlich sehr ernst war.

Wenn man die Reine Rechtslehre und ihre bisherigen Ergebnisse kritisieren will, so sollte man sie selbst und ihren philosophischen Ausgangspunkt, d. h. die Lehre Kants, möglichst auseinanderhalten, mit anderen Worten: streng zwischen einer immanenten und transzendenten Kritik unterscheiden. Philosophische Probleme (im Sinne der modernen Erkenntniskritik) rühren immer an die letzten Dinge, sind exakten Beweisen schwerer zugänglich als die Thesen empirischer Wissenschaften, bleiben also letzten Endes immer Fragen einer allgemeinen Weltanschauung und werden daher von dem einzelnen Beobachter nach der konkreten Organisation seines Intellekts beantwortet. Dies gilt z. B. insbesondere von dem Grundsatz, daß es die erwähnte Erkenntnismethode ist, welche den Gegenstand der Erkenntnis erst

Vom retrospektiven Standpunkte scheint mir heute der kurze Aufsatz: „Über zwei Hauptpunkte der Kelsenschen Staatsrechtslehre“ (in der Grünhutschen Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, 40. Bd., 1914) wichtiger zu sein, weil ich mir durch denselben, soviel ich sehe, in der deutschen Fachliteratur die Priorität in der rückhaltlosen Anerkennung der überragenden Bedeutung Kelsens gesichert habe.

„konstituiere“, wobei jedoch nicht an ein „Schaffen“ oder „Erschaffen“ desselben im kausalen (naturwissenschaftlichen) Sinne zu denken ist, sondern im Gegenteil als zweite Hauptposition des kritischen Idealismus der Satz zu akzeptieren ist, daß das Erkennen (insbesondere das systematische, also wissenschaftliche) das zu erkennende Objekt der Erkenntnis als fertig, wenn auch noch unerkannt, voraussetzt, mit anderen Worten: daß der Begriff des erkennenden Subjekts und der des zu erkennenden Objekts (des Gegenstandes der Erkenntnis) korrelative Begriffe sind, d. h. einer ohne den anderen nicht denkbar sind.

Die Richtigkeit der beiden soeben erwähnten philosophischen Hauptausgangspunkte der Reinen Rechtslehre exakt nachweisen zu wollen (etwa so, wie man die Richtigkeit mathematischer Lehrsätze oder konkreter Naturgesetze beweisen kann), ist allerdings unmöglich, insbesondere dem naiven Realisten gegenüber, dem sie überhaupt nie zum Problem geworden sind und der daher ihre Problematik nicht begreift. Man kann meines Erachtens die philosophischen Hauptpositionen des kritischen Idealismus auf zwei Arten bekämpfen: entweder indem man sich hinter die Antinomien verschanzt, die sie zweifellos enthalten, oder indem man (ungewollt und vielfach unbewußt natürlich) den Beweis erbringt, daß man sie überhaupt nicht zu begreifen vermag, d. h. also der Organisierung seines Intellekts nach zeitlebens ein sogenannter Realist bleibt. Auf jeden Fall muß man sich aber klar darüber bleiben, daß man bei diesem Kampfe gegen die Kelsensche Lehre keine immanente Kritik an ihr übt, sondern ihren philosophischen Ausgangspunkt, den kritischen Idealismus, angreift. Dieser kritische Idealismus (im Sinne Kants) ist nun infolge des subtilen Charakters seiner Thesen im einzelnen gar vieler Auslegungen fähig. Dies beweist die unübersehbare Literatur, die sich mit ihm und seinem eigentlichen Wesen beschäftigt, wobei in der Regel jeder Autor der richtige Jünger Kants zu sein glaubt. Es sei mir daher im folgenden gestattet, den Standpunkt der Reinen Rechtslehre, wie er sich in den Schriften der Hauptvertreter dieser Lehre, insbesondere also Kelsens darstellt, kurz zu skizzieren, wobei ich allerdings — in Übereinstimmung mit dem soeben Gesagten — nicht die unbedingte Bürgschaft dafür übernehmen kann, daß ich ihren philosophischen Standpunkt in allen Einzelheiten richtig erkannt und zutreffend dargestellt habe (mit aller Sicherheit kann ich dies nur von meiner eigenen Wenigkeit behaupten).

Den erkenntnistheoretischen roten Faden der Reinen Rechtslehre erblicke ich in der scharfen Trennung zweier voraussetzungsgemäß prinzipiell verschiedener Funktionen: der des Erkennens und der des Wollens. Da in der empirischen Welt diese beiden Funktionen immer verbunden auftreten (insbesondere beim Menschen), handelt es sich eben vom Standpunkt dieser Empirie aus um eine bloße erkenntnistheoretische Voraussetzung, die jedoch unumgänglich notwendig ist. Speziell für die Theorie des Rechts wird sie ungemein fruchtbar. Denn sie ermöglicht es, innerhalb der Rechtswelt (der Welt des rechtlichen Sollens) scharf zwischen Theorie und Praxis zu unterscheiden

und dadurch im Vergleiche zu dem Stande der traditionellen Lehre, die sich auch mit diesem Unterschiede keinen rechten Rat wußte, einen entscheidenden Schritt nach vorwärts zu tun. Das Wollen ist nämlich in der normativen Sphäre das Gebiet der Normsetzung im weitesten Sinne (gewollte Setzung von Tatbeständen, die als Normsetzung gedeutet werden können) und als solche das Betätigungsfeld der Rechtspraxis. Normsetzer (im weitesten Sinn) und Praktiker sind daher für die Reine Rechtslehre eigentlich synonyme Ausdrücke. Beide wollen etwas, denn sie schaffen Normen, und eine Norm ist, vom Standpunkte des Normsetzers betrachtet, ein Gewolltes, nicht ein Gesolltes. Der Rechtstheoretiker dagegen hat ein Gegebenes, d. h. den Inhalt von Rechtsnormen, zu erkennen. Er will daher nichts, es sei denn die Erkenntnis selbst. In nuce ist mit der eben erwähnten Position eine Reihe von speziellen Problemen beantwortet (darunter insbesondere das Problem des Naturrechts), und zwar im Sinne eines radikalen Positivismus. Des weiteren erlaubt sie eine — wenn auch vielleicht nur entfernte, d. h. bildliche — Analogie mit der Konstruktion der immanenten Naturwissenschaft. Denn so wie diese den eigentlichen Schöpfungsakt — das Entstehen des Etwas aus dem Nichts, die Welschöpfung — als etwas mit den ihr zur Verfügung stehenden Erkenntnismitteln (dem allgemeinen Kausalgesetz) nicht Begreifbares, ja Antinomisches aus ihrer Erkenntnissphäre prinzipiell ausschließt und der „Metaphysik“ zuweist, so erscheint in der Welt des Sollens (der Normen, Pflichten) der eigentliche Kurationsakt der Norm — also des Gegenstandes aller normativen Erkenntnis — als etwas, was jenseits der immanenten normativen Erkenntnismöglichkeit liegt, also metanormativ ist. Wenn man aber den Faden der oben angedeuteten Analogie weiter verfolgen will, so kann man noch sagen: So wie die immanenteste Naturwissenschaft (Physik) einen unausrottbaren Hang zu metaphysischen Problemen aufweist, so hat auch die positivistischste Rechtslehre eine Tendenz zum Metanormativen. Diese Tendenz offenbarte sich innerhalb der Reinen Rechtslehre in dem allgemeinen Übergang von ihrem ursprünglich rein statischen Gesichtspunkte (dessen Grundfrage lautet: *quid juris?*) zu einem dynamischen, von dem aus auch die Normwerdung, das Entstehen, Vergehen und die Änderung von Normen, wenn auch nicht restlos, so doch wenigstens zu einem großen Teile Gegenstand der Rechtserkenntnis werden, normativ begriffen werden kann. Es ist die Idee der Hierarchie der Normen, ihrer stufenweisen Anordnung im Normenkomplex (Adolf Merkel), die den an sich metanormativen Begriff der Normerzeugung (Normsetzung) wenigstens teilweise dem Gebiete immanenter Rechtserkenntnis erschließt. Und die kausalen sowie die normativen Wissenschaften stimmen auch darin überein, daß bei beiden Gruppen ihre eigentliche Problematik, also das, was den philosophisch veranlagten Kopf besonders reizt, eben an den Grenzen ihrer Immanenz erst beginnt.

Für die an der Kantischen Transzendentalphilosophie orientierte Reine Rechtslehre muß auch ihr zentraler Begriff des „Dinges an sich“

zu recht bestehen bleiben, wenn er auch bei Kant seine Hauptrolle in dem Bereiche der kausalen (naturwissenschaftlichen) Erkenntnisweise spielt. Durch ihn erhält nämlich der erkenntnistheoretische Dualismus der Welten des Seins und des Sollens, wie er bei Kant auftritt, seine Einigung, die allerdings genau so wie er notwendigerweise, d. h. voraussetzungsgemäß, mysteriös bleibt, mit anderen Worten: auf die Frage, was, abgesehen von einer bestimmten Erkenntnismethode, Gegenstand der Erkenntnis ist, vermag sie weder für den Bereich der kausalen noch für den der normativen Wissenschaften zu antworten. Dadurch jedoch, daß die Reine Rechtslehre sich bemüht, für den Bereich der normativen Erkenntnis eine der im Bereiche der Kausalwissenschaften bereits längst ausgebildeten Methode adäquate Methodologie zu schaffen, hat sie die normative Erkenntnis rationalisiert, und zwar in dem Sinne, daß sie sich bewußt bleibt, den Gegenstand ihrer Erkenntnis, konkreter gesagt: den Inhalt der Rechtsnormen, nicht selbst erzeugen zu können, sondern sie — ähnlich wie die Naturwissenschaft die Natur — als gegeben betrachten muß. Dies ist allerdings im Vergleiche zu der landläufigen Haltung, die andere Wissenschaften, z. B. die Ethik und insbesondere neuestens auch die mondäne Erscheinung unter ihnen, nämlich die Soziologie, zu diesem Probleme — in der Regel wenigstens — eingenommen haben, ein sehr bescheidener Standpunkt, jedoch nicht bescheidener als der der Grenzen ihrer Erkenntnismöglichkeiten sich bewußter immanenter Naturwissenschaften.

Durch die Aufzeigung einer spezifisch normativen Erkenntnis-methode hat die Reine Rechtslehre der Jurisprudenz den ihr gebührenden ebenbürtigen Platz neben den kausalen und anderen Wissenschaften gesichert, und zwar erstmalig und, wie ich meine, definitiv. Um dies zuzugeben, braucht man sich nur die Schicksale dieser Disziplin in großen Umrissen zu vergegenwärtigen. Sie selbst pflegt ihren eigentlichen Ursprung als selbständige Wissenschaft bei den alten Römern zu suchen. Diese Römer waren, wie Kelsen gelegentlich sehr richtig bemerkt hat, zwar ausgezeichnete juristische Praktiker, aber, wenn man ihre Erzeugnisse nur an den bescheidensten Ansprüchen moderner Erkenntnislehre mißt, sehr primitive Theoretiker. Der Umstand, daß die späteren und fernsten Generationen die von den römischen Praktikern gelegentlich geäußerten theoretischen Ansichten (z. B. über den Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, zwischen dinglichem und obligatorischem Recht usw.) im Laufe der Zeiten als eine Art wissenschaftlicher Offenbarung hinnehmen werden, der man sich zwar mit Papyrologie und Interpolation, keinesfalls aber mit moderner Erkenntniskritik nähern dürfe, kann m. E. nichts an der Tatsache ändern, daß die römische Jurisprudenz nichts geschaffen hat, was den Namen einer systematischen Rechtslehre, also einer Theorie des Rechts, verdiente. Die spätere (mittelalterliche) Methode der Glossatoren ist denn auch als die dieser Jurisprudenz eigentlich kongeniale „Rechtstheorie“ anzusehen. Eine Methodologie der Rechtswissenschaft im modernen Sinne konnte auch die Lehre vom Naturrecht in keiner

ihrer Fassungen bieten; denn diese Lehre war ihrem Programme nach nicht immanent, d. h. der naturrechtlich orientierte Theoretiker war eigentlich Praktiker des Rechts bzw. wollte es sein und konnte daher keine Methodologie im Sinne einer Erkenntnislehre schaffen. Als aber später — als Reaktion gegen die auf eine bloße „Gesetzeskunde“ hinauslaufende glossatorische Methode sowie die „aprioristisch“ oder deduktiv verfahrenende Naturrechtslehre — die rechtshistorische Schule mit ihrer induktiven Methode auf den Plan trat und die historische Methode geradezu als die einzig wissenschaftlich fundierte Methode der Jurisprudenz ansah, begann ein Selbstauflösungsprozeß der Rechtswissenschaft, dem eben erst die Reine Rechtslehre ein Ende machte. Dieser Prozeß wurde unterstützt durch das Auftreten einer sogenannten soziologischen Methode, welche die Rechtswissenschaft ausdrücklich nur als einen unselbständigen Teil einer allgemeinen „Gesellschaftslehre“ ansah. Das, was hier als Rechtswissenschaft betrieben wird, ist in Wirklichkeit nur mehr dem äußeren Namen nach „Jurisprudenz“ im gewohnten Sinne. Denn diese moderne soziologische Rechtswissenschaft — die man sonst in allen Ehren halten kann — vermag mit ihren Methoden kein einziges typisch juristisches Problem zu lösen und versucht es auch gar nicht, weil sie sich — voraussetzungsgemäß — mit solchen Problemen überhaupt nicht beschäftigt. (Man schlage nur ein beliebiges System einer solchen modernen Soziologie oder Gesellschaftslehre auf und frage sich, ob dasselbe auch nur einmal eine methodische Handhabe zu der Beantwortung der Frage: *quid juris?* bietet.)

Neben dem prinzipiellen Gegensatz zwischen Erkennen und Wollen (Erkenntnis und Willen; ein Gegensatz, der die Reine Rechtslehre in die Nähe der Schopenhauerschen Philosophie und deren Auffassung des kritischen Idealismus Kants bringt) ist es der ebenso prinzipielle, oben bereits berührte Gegensatz zwischen Form und Inhalt, welcher die Reine Rechtslehre auszeichnet. Diese Lehre ist nämlich bewußt eine formale, d. h. sie will eine Disziplin sein, welche von dem konkreten und daher relativ zufälligen Inhalt der Rechtsnormen (Rechtsordnungen) abstrahiert und sich damit beschäftigt, was allen Rechtsordnungen notwendigerweise gemeinsam, also wesentlich ist, und unterscheidet in diesem Sinne bekanntlich zwischen Rechtswesen und Rechtsinhaltsbegriffen. Sie ist sich dabei der bloßen Relativität des Gegensatzes zwischen den Begriffen „Form“ und „Inhalt“ wohl bewußt, wie denn überhaupt für sie die Tendenz, die vermeintlich absoluten Begriffsgegensätze innerhalb der normativen Erkenntnis zu relativieren, charakteristisch ist. Infolge ihrer „formalen“ Eigenschaft kann sie auch als „exakte“ Wissenschaft bezeichnet werden, etwa so, wie es die (sc. reine) Mathematik im Bereiche der Naturwissenschaften ist. Und ebenso wie die Lehrsätze dieser reinen Mathematik nie der „Natur“, falls sie an dieselbe „appliziert“ werden (wie dies z. B. in der Mechanik geschieht), widersprechen oder sie „vergewaltigen“ können, ist ein solcher Widerspruch zwischen den Lehrsätzen der exakten Rechtslehre, als welche die Reine Rechtslehre erscheint, begrifflich

denkbar. Und wie weiters im Bereiche der Naturwissenschaften die exakte Wissenschaft der Mathematik nie durch applizierte naturwissenschaftliche Disziplinen ersetzt werden kann, so kann auch keine noch so eingehende und erschöpfende Kenntnis der konkreten Rechtsinhalte die exakte Rechtsformenlehre ersetzen. Allerdings gilt auch das Entgegengesetzte: Nie kann man aus den Thesen der Reinen Rechtslehre als formaler bzw. exakter Wissenschaft von der Rechtsform etwas über den Inhalt konkreter Rechtsordnungen erfahren wollen.

Je mehr man sich des eben dargestellten Charakters der Reinen Rechtslehre als einer Analogie der exakten Wissenschaften im Bereich der Naturerkenntnis klar wird, desto unverständlicher wird es, wieso ihre Gegner ihr immer wieder Weltfremdheit, Apriorismus, Formalität (Formalismus), Ignorierung bzw. Vergewaltigung von „Tatsachen“ oder konkreter Inhalte von Rechtsordnungen zum Vorwurfe machen können. Den Vertretern der Reinen Rechtslehre, welche sich jahrelang vergeblich um die Aufhellung des eigentlichen Tatbestandes bemüht haben, bleibt, falls sie überhaupt nicht an der Aufrichtigkeit der immer wieder von neuem gegen diese Lehre vorgebrachten Einwände zweifeln sollen, nur ein einziger Ausweg offen: eine prinzipielle Verschiedenheit in der Denkweise der beiden gegnerischen Lager anzunehmen (vgl. zu diesem Thema neuestens die Abhandlung Sauers: „Persönlichkeit und Werk. Über die Voraussetzungen wissenschaftlicher Schöpfungen und über die Grenzen berechtigter Kritik“ im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, 23. Bd., 1930, S. 411 ff.). Diese Denkweise ist bei dem Begründer und den Anhängern der Reinen Rechtslehre allgemein als eine rationalistische zu bezeichnen und ist durch die folgenden, oben bereits kurz erwähnten Momente charakterisiert:

1. Scharfe Unterscheidung zwischen den Funktionen des Erkennens und Wollens (Intellekt und Willen). Daraus ergibt sich eine ebensolche Scheidung zwischen Theorie und Praxis und die speziellen Konsequenzen derselben auf dem Gebiete des Rechts (Rechtstheorie und Rechtspraxis). Weiters folgt daraus eine bewußte Einschränkung der möglichen Erkenntnismittel sowohl auf naturwissenschaftlichem als auch normativem Gebiete (Ablehnung der „Intuition“, des „Erlebens“, einer angeblich „universalistischen“ a contrario der „mechanistischen“, d. h. kausalen Erkenntnisweise usw.), das klare Bewußtsein der Grenzen aller menschlichen Erkenntnis, und zwar sowohl der naturwissenschaftlichen als auch der normativen (die wohl auch „geisteswissenschaftlich“ genannt wird, obwohl nicht einzusehen ist, warum hier mehr „Geist“ vorhanden sein sollte als dort). Damit hängt einerseits die Ablehnung jeder materiellen Metaphysik zusammen, womit ein jene immanenten Grenzen scheinbar überschreitender Erkenntnisbereich zum Unterschiede von einer transzendentalen („formalen“) Erkenntnislehre gemeint ist, andererseits das Bewußtsein der durch die erkenntnistheoretische Voraussetzung des Verhältnisses zwischen dem erkennenden Subjekt und dem zu erkennenden Objekt (zwischen Methode und Gegenstand der Erkenntnis) bedingten Relativität aller menschlichen Erkenntnis.

2. Scharfe Trennung zwischen der (relativ allgemeinen) Form und dem (relativ konkreten) Inhalt aller menschlichen Erkenntnis und ausgesprochene (subjektive) Vorliebe für die allgemeinen, d. h. formalen und eben deshalb relativ inhaltsleeren Erkenntnisse. Diese Vorliebe, die jedoch keinesfalls mit einer Geringschätzung irgendwelcher konkreter („inhaltlicher“ in dem oben erwähnten Sinne) Erkenntnisse oder gar mit einer Tendenz, die konkreten Tatsachen oder die sie betreffenden Erkenntnisse zu „vergewaltigen“ (vgl. meine Ausführungen in der Zeitschr. f. öffentl. Recht, 10 Bd., 1930, S. 467 ff.), identisch ist, äußert sich in dem ausgesprochen methodologischen Charakter der Reinen Rechtslehre. Diese Lehre ist — im Verhältnis zu der die konkreten Inhalte einer Rechtsordnung systematisch erkennenden und ordnenden Disziplin (also der Rechtswissenschaft im landläufigen Sinne) — geradezu Methodologie. Daß diese Methodologie mit der auf den konkreten Inhalt (Soll-Inhalt) konkreter Rechtsnormen abzielenden Disziplin — also z. B. dem österreichischen Handelsrecht, dem tschechoslowakischen Verwaltungsrecht usw. — nie in irgendeinen Konflikt geraten kann, ist den Anhängern der Reinen Rechtslehre ebenso selbstverständlich, wie es das Gegenteil ihren Gegnern zu sein scheint.

Als Erkenntnislehre, Noetik oder Methodologie muß die ihrem Wesen nach rationalistische Reine Rechtslehre notwendigerweise ahistorisch sein. Die voraussetzungsgemäße Ausschaltung der historischen Denkweise (welche ihrem Wesen nach immer konkret sein muß) als antihistorisch zu deuten, wäre ein grobes Mißverständnis.

Die erkenntniskritische Tendenz der Reinen Rechtslehre hat weiters als grundlegendes Postulat die Methodenreinheit zur Folge, durch die sie sich vielleicht am meisten von der traditionellen Rechtswissenschaft unterscheidet, welche der gegenteiligen Tendenz eines bewußten oder unbewußten Methodensynkretismus huldigt. Die Reine Rechtslehre will den Gegenstand ihrer Erkenntnis konsequent von einem (sc. noetischen) Gesichtspunkte betrachten und ist sich — im Bewußtsein ihrer philosophischen Orientierung im Sinne des Plato-Kantischen kritischen Idealismus — dabei klar, daß dieser Gesichtspunkt erst den Gegenstand der Erkenntnis als solchen konstituiert (was allerdings nicht, wie oben bereits bemerkt, gleichbedeutend ist mit einer — kausal gedachten — „Zeugung“ aus dem Nichts), während die traditionelle Lehre ihren Gegenstand so recht „von allen Seiten“ zu beleuchten und zu erkennen sucht und daher möglichst „vielseitig“ zu sein trachtet, wobei sie der Reinen Rechtslehre den Vorwurf der „Einseitigkeit“ zu machen berechtigt zu sein glaubt. Diese traditionelle Lehre, die damit den sogenannten naiven Realismus als ihr Erkenntnisprinzip proklamiert, hat allerdings mit dieser ihrer methodologischen Einstellung einen wertvollen Bundesgenossen: nämlich den sogenannten „natürlichen“, d. h. von Philosophie unberührten Menschenverstand, dem seit jeher der naive Realismus als etwas sehr Begreifliches, ja Selbstverständliches erschien, der kritische Idealismus dagegen schwer, ja oft überhaupt gänzlich unbegreiflich war. Seinem Wesen nach nichts anderes als dieser „naive“

Realismus ist natürlich auch der sogenannte „kritische“, der neuestens von einer gewissen gegnerischen Seite als eine Art Kompromiß zwischen den beiden Extremen (kritischer Idealismus — naiver Realismus) der Rechtswissenschaft empfohlen wird und bei näherem Zusehen sich als die selbstverständliche Forderung entpuppt, bei der wissenschaftlichen Erkenntnis möglichst kritisch, vielseitig und gründlich vorzugehen, kurz: sich kein X für ein U vormachen zu lassen (vgl. Jöckel: „Hans Kelsens rechtstheoretische Methode“ und meine oben zitierte Besprechung dieses Buches in der Zeitschr. f. öffentl. Recht, 10. Bd., 1930, S. 458ff).

Das Postulat der Methodenreinheit hat die Reine Rechtslehre in erster Reihe zur Ablehnung politischer und allgemein soziologischer Gesichtspunkte in der Rechtswissenschaft geführt und ihr eben deshalb die leidenschaftliche Gegnerschaft jener methodologischen Richtungen eingetragen, denen die möglichste Konfundierung aller dieser Gesichtspunkte, welche in ihren Konsequenzen in der Regel zur Unterdrückung des wahrhaft Normativen führt, als wissenschaftliches Ideal erscheint. Aus dem scheinbar fortschrittlichen allgemeinen Schlagwort, die Wissenschaft, und insbesondere die des Rechts, habe „dem Leben zu dienen“, entstand im Bereiche der Jurisprudenz die spezielle Hörigkeit der theoretischen Rechtslehre der praktischen Politik. Während also, wie oben erwähnt, den Ausgangspunkt für die Reine Rechtslehre die prinzipielle Trennung der beiden Welten des Erkennens und Wollens bildet, arbeiten die gegnerischen Lehren im Gegenteil auf eine möglichst vollständige Konfundierung beider Funktionen hin. Denn sie können sich kein anderes Erkennen als ein dem Wollen dienstbares vorstellen. Eben deshalb erscheinen ihnen die Thesen und Ergebnisse der Reinen Rechtslehre „bloß“ formal, weltfremd, unpraktisch, weit entfernt vom „pulsierenden Leben“ — mit einem Worte uninteressant, ja geradezu langweilig.

Bei der Entscheidung der Frage, welche Erkenntnisse mehr und welche weniger interessant bzw. langweilig sind, hört jedoch notwendigerweise jeder wissenschaftliche Streit auf; die streitenden Parteien teilen sich hier eben, wie bereits bemerkt, in der Regel in zwei charakterologisch scharf getrennte Gruppen: in die rationalistisch und in die nicht rationalistisch veranlagten Köpfe. Es muß jedoch in dieser Beziehung zum Schlusse noch folgendes angemerkt werden: Nicht nur im Bereiche der normativen Wissenschaften (im weiteren Sinne, d. h. auch die teleologischen mit inbegriffen), sondern auch in dem der kausalen finden wir den Gegensatz beider Gruppen. In den letzteren tritt er in der Form der allgemein philosophisch (nomothetisch) und der bloß mikrologisch (idiographisch) orientierten Köpfe auf. Auch die Frage der größeren bzw. geringeren „Langweiligkeit“ der betreffenden wissenschaftlichen Erkenntnisse wird hier in analoger Weise aktuell: den einen interessiert mehr das Sammeln von konkreten naturwissenschaftlichen Tatsachen, der andere wird dagegen von allgemeinen erkenntnistheoretischen (methodologischen) Problemen angezogen; den einen interessiert mehr der konkrete Inhalt, den anderen die allgemeine (abstrakte) Form. Im

Bereiche der naturwissenschaftlichen Erkenntnis befehlen sich beide Gruppen trotz ihrer so verschiedenen Veranlagung keineswegs und es sind allerdings auch methodologische Grenzüberschreitungen bzw. Mißverständnisse seltener. Ein ähnlicher Zustand wäre auch für den Bereich der Normwissenschaften wünschenswert.

Die öfters erwähnte Parallele zwischen Natur und Normwissenschaft kann schließlich auch auf das endliche Schicksal der Rationalisten in beiden Lagern mit der folgenden Frage ausgedehnt werden: Was sie wohl anzufangen gedenken, wenn einmal alle methodologischen und erkenntnistheoretischen Probleme ihres speziellen Wissenszweiges endgiltig bereinigt sein sollten? Meines Erachtens würden sie sich dann, die Möglichkeit eines Überganges zu den Mikrologen verschmähend, grundsätzlich auf die allgemeine Philosophie zurückziehen.

II. Der Begriff des Verwaltungsrechts im Lichte der Reinen Rechtslehre

An dieser Stelle soll über die Bedeutung der Reinen Rechtslehre für die Theorie des Verwaltungsrechts gesprochen werden. Wohl nirgends hat diese Lehre größere Reinigungsarbeit zu leisten als auf diesem Rechtsgebiete. Dieser Umstand ist bezeichnend genug, wenn man erwägt, daß das Verwaltungsrecht zu den jüngsten Teildisziplinen der Rechtswissenschaft gehört, so daß man wohl erwarten könnte, es werde sich die hundert-, ja tausendjährigen Erfahrungen ihrer älteren Kolleginnen, insbesondere des Zivilrechts, zunutze machen. Dies ist jedoch keineswegs geschehen, sondern die neue Verwaltungsrechtswissenschaft hat es im allgemeinen abgelehnt, die Methoden (sei es die legistische, die rechtshistorische, die naturrechtliche oder eine andere) des Zivilrechts sich zu eigen zu machen, sondern scheint im Gegenteil besonderes Gewicht darauf gelegt zu haben, eine möglichst selbständige, von der der zivilrechtlichen Disziplinen verschiedene Methode zu besitzen, ohne jedoch, wie hier ausdrücklich angemerkt werden muß, bisher genauer ausgeführt zu haben, worin eigentlich das für diese Methode spezifisch Charakteristische bestehe. Diese Methode schien in erster Linie dadurch gegeben zu sein, daß im Verwaltungsrecht eine „Person“ handelnd, ihre Interessen vertretend und besonders wichtige Zwecke verfolgend auftritt, der auf dem Gebiete des Zivilrechtes nur eine mehr passive und beschauliche Rolle zugeordnet ist. Diese Person ist der „Staat“. Es galt also, diesen handelnden Staat einerseits als etwas den physischen Einzelpersonen prinzipiell Homogenes der juristischen Betrachtungsweise zu unterziehen, andererseits aber darauf bedacht zu bleiben, daß er doch seiner Bedeutung, Würde und Stärke nach etwas ganz anderes sei als das ihm unterworfenen physische Individuum, der „Untertan“. Der Staat mußte also zwar als „Person“ in eine rechtliche Beziehung zu dem Inbegriff alles Rechts, nämlich der Rechtsordnung, gebracht werden, jedoch könnte diese Beziehung — infolge der Großartigkeit jener einzigartigen staatlichen Person — wohl nicht dieselbe sein wie

bei dem simplen Untertan, der in einer erweitert gedachten Rechtssphäre eigentlich ein qualifiziertes, d. h. mehreren Erscheinungen gleichzeitig „untertanes“ Subjekt darstellte: „untertan“ dem Staate vor allem, jedoch auch dem physischen Repräsentanten desselben, dem Herrscher, und endlich auch dem Rechte, d. h. der Rechtsordnung.

Wenn man dies alles erwägt, so wird es wohl mehr als Zufall sein, daß die neue Verwaltungsrechtswissenschaft für ihre eigene Etablierung als relativ selbständige Teildisziplin der Jurisprudenz gerade jene These des überlieferten römischen Rechtssystems zu ihrem Ausgangspunkt wählte, die methodisch gerade eine der schwächsten dieses Systems war: nämlich die Lehre von dem prinzipiellen, von allem Anfang an bestehenden, durch nichts hinwegzuleugnenden, für die Praxis durchaus unentbehrlichen Unterschied bzw. Gegensatz zwischen dem öffentlichen und privaten Recht. Es ist daher auch kein Zufall, daß die normative Rechtslehre mit einem vehementen Angriff gerade auf diese Grundposition der herrschenden Lehre einsetzte (vgl. meinen oben zitierten Aufsatz „Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems“ und Kelsens Abhandlung „Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“ im Archiv des öffentlichen Rechts, XXXI. Bd., 1913). Denn in der Lehre vom Unterschiede zwischen dem öffentlichen und privaten Recht, insbesondere in der ihr durch die neuere Staats- und Verwaltungstheorie (im Gegensatze zu der naiveren römischrechtlichen Fassung des *jus publicum* und *privatum*) gegebenen Form ist gewissermaßen in nuce all das enthalten, was die Reine Rechtslehre an der landläufigen Theorie des Verwaltungsrechts auszusetzen hat. Man kann diese Angriffe der neuen Schule gegen die alte etwa in der folgenden Weise allgemein charakterisieren: Sie richten sich einerseits gegen das Bestreben, gewisse anormative oder mit anderen Worten: der normativen Betrachtungsweise entgegengesetzte, d. h. wesensfremde Elemente und Begriffe — wie z. B. den der Macht oder Gewalt — normativ zu formulieren, andererseits gegen die Konstruktion einer ganzen Reihe von „Unterschieden“, die (normativ wenigstens) in Wahrheit keine Unterschiede sind.

In der zweiten Richtung ist an eine allgemeine, nicht nur für das Gebiet des Verwaltungsrechtes wichtige Eigenschaft der Reinen Rechtslehre zu erinnern: Sie geht nämlich — in dieser Beziehung den bewährten Spuren der Naturwissenschaften folgend — überall darauf aus, das einer Vielheit anscheinend disparater (verschiedener) Einzelercheinungen Gemeinsame zu ermitteln und sieht in dem Aufzeigen solcher Gemeinsamkeiten das Hauptverdienst aller wissenschaftlichen Tätigkeit, während es die sogenannte herrschende Lehre, dem bekannten „pulsierenden Leben“ nachjagend, immer auf die Aufdeckung von Unterschieden abgesehen zu haben scheint und in ihr die Hauptaufgabe der Wissenschaft erblickt. Demgegenüber muß erklärt werden, daß nicht nur die erste Tendenz vor der zweiten, was die Wichtigkeit der betreffenden Ergebnisse anlangt, grundsätzlich den Vorzug verdient, sondern daß sie auch an den Intellekt des Forschers höhere Anforderungen stellt als die zweite. Denn es ist zweifellos leichter (und zugleich ein geringeres

wissenschaftliches Verdienst), zu der Erkenntnis zu gelangen, daß z. B. Katzen, Hunde, Pferde oder Esel sehr verschiedene Tierarten darstellen, ja daß auch innerhalb der einzelnen Gruppen sehr verschiedene Individuen (Exemplare) vorkommen können, als das allgemeine Prinzip zu entdecken, wodurch sich alle diese Gruppen gleich sind, d. h. z. B. den Begriff der Säugetiere. Und in analoger Weise ist für den Fortschritt der Rechtswissenschaft die klare Erkenntnis dessen, wodurch sich ein Gesetz, eine Verordnung, ein gerichtliches Urteil und eine administrative Entscheidung oder ein privates Rechtsgeschäft gleichen, nämlich durch ihren Normcharakter, unvergleichlich wichtiger als der Hinweis auf die (übrigens von niemandem bezweifelte) großen Unterschiede zwischen den einzelnen Arten dieser Normen.

Von den zahlreichen „Unterschieden“, welche die landläufige Verwaltungsrechtslehre aufgestellt bzw. akzeptiert hat und die die Reine Rechtslehre aus methodologischen Gründen entweder überhaupt leugnet oder wenigstens „relativiert“, seien hier beispielsweise die folgenden angeführt: Öffentliches und privates Recht, subjektives und objektives Recht, konstitutive und deklaratorische Verwaltungsakte, Gerichte und Verwaltungsbehörden.

Die Tendenz, das Begriffssystem, welches als Mittel zur Erkenntnis des Inhaltes der einzelnen Rechtsordnungen (also des rechtlichen Sollens) dient zu vereinfachen, Scheinprobleme und fiktive Unterschiede als solche zu erkennen, ist zwar der Reinen Rechtslehre als besonderes Charakteristikum nicht ausschließlich auf dem Gebiete des Verwaltungsrechtes eigen, sondern sie wird von ihr in allen übrigen Teildisziplinen der Rechtswissenschaft betätigt; merkwürdigerweise erfährt jedoch die neue Theorie eine strikte Ablehnung und hier und da sogar leidenschaftliche Kritik fast ausschließlich nur von Seite der sogenannten Publizisten, d. h. der Vertreter des Staats- und Verwaltungsrechtes, während die Zivilisten an dem Kampfe gegen sie mehr oder weniger unbeteiligt bleiben. Merkwürdig ist diese Tatsache deshalb, weil die Reine Rechtslehre doch keine „publizistische“ Theorie, d. h. eine neue Lehre vom öffentlichen Recht, ist oder sein will, sondern eine Theorie vom Rechte überhaupt. Sie ist daher vom Standpunkte des traditionellen Dualismus des Rechts, d. h. der dualistisch konstruierten Rechtsordnung, ebenso gegen eine spezielle „zivilistische“ wie gegen die „publizistische“ Lehre vom Rechte gerichtet und beide haben, soweit sie auf eine separate methodologische Fundierung Gewicht legen, denselben Grund, gegen eine Lehre aufzutreten, welche infolge ihrer vereinfachenden und vereinheitlichenden Tendenz die berühmten „Unterschiede“ aufzuheben und dadurch die weitere selbständige Existenz jener Disziplinen in gleicher Weise bedroht. Die eben erwähnte Tatsache ist also zwar gewiß merkwürdig, jedoch — eben vom methodologischen Standpunkt der Reinen Rechtslehre — leicht erklärlich. Darüber soll noch des Näheren weiter unten gesprochen werden. Hier sei jedoch noch erwähnt, daß die allgemeine von der Reinen Rechtslehre verfolgte Tendenz zur Vereinfachung der Begriffe natürlich auch vor dem Begriffe des „Verwaltungsrechtes“ als einer selbständigen

juristischen Teildisziplin mit einer vorgeblich selbständigen, von der der anderen Teildisziplinen, insbesondere der zivilistischen, verschiedenen „Methode“ nicht Halt machen kann. Die von vielen Seiten ausgesprochene Behauptung, als würde die Verwaltungsrechtswissenschaft, insbesondere die „moderne“, eine andere Erkenntnismethode erfordern als die Wissenschaft des Privatrechts, ist eine Täuschung. Diese Täuschung beruht vor allem auf der falschen Vorstellung des Staates als einer den physischen Einzelpersonen zwar grundsätzlich gleichen, aber in jeder Richtung ins Großartige gesteigerten Erscheinung, also eines „Übermenschen“. Dieser Übermensch „verwaltet“ seine Angelegenheiten und Interessen ganz ebenso, wie der einzelne Private seine privaten Angelegenheiten verwaltet, und mischt sich dabei auch in diese privaten Verwaltungssphären. Er tritt bei dieser seiner Tätigkeit handelnd auf, während seine Rolle auf dem Gebiete des Privatrechts als Rechtsfinder (Richter) mehr passiv erscheint. Dieser Rollenwechsel erfordert — nach der landläufigen Vorstellung — auch einen Methodenwechsel der Wissenschaft. Die Methode des Verwaltungsrechtes wird von der traditionellen Theorie — nicht ohne eine gewisse Emphase — als „publizistisch“ bezeichnet, wobei aber leider in der Regel ungesagt bleibt, worin eigentlich das Wesen dieser „Publizität“ (zum Unterschiede von dem „zivilistischen“ Wesen der Methode der Zivilrechtswissenschaft) bestehen soll. Man erfährt höchstens, daß diese publizistische Methode „soziologisch“ oder „sozialwissenschaftlich“ sein soll. Gegen den naheliegenden Einwand, daß das Verwaltungsrecht (im sogenannten objektiven Sinne) doch wohl nichts anderes sein kann als ein Komplex von Rechtsnormen und daß eine Rechtsnorm in jedem Falle, also auch wenn sie etwa eine Verwaltungsrechtsnorm sein sollte, der Ausdruck eines Sollens, einer Pflicht, sein kann und daß es daher nicht leicht begreiflich ist, wieso die Erkenntnis dieser Pflicht oder Norm in einem Falle nach einer „zivilistischen“, in den anderen nach der „publizistischen“ (soziologischen, sozialwissenschaftlichen) Methode zu geschehen hätte, ist damit zu wenig gesagt! Für die Reine Rechtslehre kann somit das Verwaltungsrecht nur ein Komplex von generellen, inhaltlich charakterisierten Rechtsnormen sein.

Mit der auf dem Gebiete des Verwaltungsrechtes in gleicher Weise wie auf anderen Gebieten angestrebten Vereinfachung bzw. Vereinheitlichung der theoretischen Konstruktionen (sie wird von den Gegnern nicht selten als eine „Vergewaltigung des wirklichen Lebens“ abgelehnt, welches allerdings immer konkret, speziell, individuell und unendlicher Variationen fähig ist) ist jedoch die Bedeutung der Reinen Rechtslehre für die Disziplin des Verwaltungsrechtes keineswegs erschöpft; ihre eigentliche Bedeutung beruht nämlich in einer konsequenten Verrechtlichung dieser Disziplin. Denn damit, was die sogenannte moderne Verwaltungsrechtswissenschaft in dieser Richtung geleistet hat, ist nur, und zwar bestenfalls, der halbe Weg zurückgelegt worden. Ich sage: bestenfalls, weil diese Wissenschaft jenen Weg gewissermaßen nur ungern zurückgelegt hat und weil sie mit ihren Konstruktionen bestrebt war,

neben das Zivilrecht, als dem „eentlichen“ oder „wirklichen“ Recht, ein anderes Recht zu setzen, welches jedoch nur seiner äußeren Hülle, nicht seinem Wesen nach, ein wirkliches „Recht“ war. Dies ist der von der Reinen Rechtslehre aufgedeckte Sinn des berühmten Dualismus zwischen öffentlichem und privatem Recht, wobei das erstere als eine Art von „Gewalt“ — also das Gegenteil vom Recht — dem zweiten gegenüber charakterisiert wird; dies ist der Sinn der theoretischen Konstruktion jener speziellen „öffentlich-rechtlichen“ Person, insbesondere des Staates, die gleichsam nur mit einem Fuße in dem normativen Gebiete, d. h. dem Gebiete des Rechts, steckt, während sie mit den anderen in dem ihr eigentümlichen außerrechtlichen Bereiche der „Gewalt“ oder „Macht“ bleibt.

Man würde der Reinen Rechtslehre Unrecht tun, wenn man etwa der Ansicht wäre, daß sie sogenannte Gewaltverhältnisse rechtlich zu erfassen nicht imstande wäre. Steckt doch für sie in jeder Rechtsnorm insofern ein Gewaltverhältnis, als sie eben den Ausdruck eines Sollens, einer Pflicht, einer Gebundenheit, also Unfreiheit, darstellt. Das jedoch, was die Konstruktion der Reinen Rechtslehre von der der traditionellen Lehre grundsätzlich unterscheidet, ist der Gedanke, daß jene „Gewalt“, „Macht“ auf der einen und die Unterwerfung, Subordinierung oder Gebundenheit auf der anderen Seite von der als existent (giltig) angenommenen Norm ausgeht und keinesfalls von einer neben, außerhalb oder über derselben gedachten, von ihr grundsätzlich unabhängigen und vor ihr existenten Person der Außenwelt, sei es nun ein absoluter Herrscher, ein souveränes Volk, eine simple Behörde oder sonst eine Autorität. In diesem Sinne gilt also für die Reine Rechtslehre die Variation des biblischen Wortes: „Im Anfange war die Norm“ als methodologische Grundposition. Der absoluteste Herrscher, das mächtigste Volk wird dadurch zu einem simplen Tatbestande, an dessen Willensäußerung die Norm (in diesem Falle die Verfassungsnorm) die Entstehung von Pflichten, d. h. Gebundenheiten oder Unterworfenheiten, knüpft. Doch auch hier ist die Quelle oder der Ausgangspunkt aller Macht und Gewalt die Norm. Man darf nicht einwenden — wie dies gewiß nicht wenige Gegner der Reinen Rechtslehre tun werden —, daß es sich bei diesem Gedanken eigentlich nur um eine rein theoretische Konstruktion ohne alle praktischen Konsequenzen handelt, weil im Grunde der praktisch allein entscheidende reale Tatbestand (Menschen, die die Macht haben zu gebieten, und andere, die gezwungen sind zu gehorchen) in beiden Fällen unverändert der gleiche bleibt. Diesen Einwänden muß nämlich mit dem Hinweise auf eine insbesondere in der Verwaltungsrechtswissenschaft sehr verbreitete Vorstellung begegnet werden, nach der dem Herrscher, dem Herrschenden, kurz der „Autorität“ als solcher, alles erlaubt ist, was ihr durch die Rechtsordnung nicht ausdrücklich verboten wurde. Diese Vorstellung ist eine direkte Folge jener oben erwähnten Konstruktion von Personen (Menschen) als den eigentlichen Trägern von „rechtlicher“ Gewalt oder Macht. Sie ist zwar, wenn man sie aller beschönigenden Beitaten entkleidet, für die ihrer Eigenart

sich bewußte normative Denkungsweise fast unvollziehbar, aber trotzdem der unzweifelhafte Ausgangspunkt der traditionellen Verwaltungswissenschaft. Denn dieser Wissenschaft stellt sich die Rechtsordnung für den (ehemals absoluten, d. h. rechtlich überhaupt nicht gebundenen) Landesfürsten und seine Organe, d. h. die Behörden, grundsätzlich als ein Käfig dar, der diese Autoritäten hie und da an freier Betätigung hindert; wo diese Behinderung entfällt, d. h. falls der Käfig relativ groß und bequem eingerichtet ist, bleiben sie eben auch weiterhin frei (wenigstens relativ). Diese Freiheit als ein subjektives „Recht“ oder ein „Können“ jener Autoritäten zu begreifen, war die Aufgabe der traditionellen Verwaltungswissenschaft. (Man erinnere sich z. B. des bekannten Otto Mayerschen „Vorbehalts des Gesetzes“, über den hinaus die Verwaltungsbehörde sich frei bewegen und nach Belieben verwalten kann, sowie seines Verwaltungsaktes, der „aus sich selber“, d. h. ohne der Rechtsordnung zu bedürfen, rechtlich wirkt.) Das Gegenstück des Landesfürsten und seiner landesfürstlichen Behörden sind die „Untertanen“. Natürlich sind es seine Untertanen und nicht die der Norm, der Rechtsordnung. Auch diese Untertanen werden von der traditionellen Lehre des öffentlichen Rechts (hier ist es jedoch vornehmlich die Teildisziplin des Staatsrechtes) mit einer Unzahl von subjektiven Rechten ausgestattet. Diese subjektiven Rechte sind jedoch prinzipiell anderer Art als die den „Autoritäten“ innerhalb ihres Käfigs (dessen Dimensionen man sich je nach der betreffenden Rechtsordnung größer oder kleiner vorzustellen hat) zustehenden. Denn bei den „Untertanen“ versteht man unter diesen „subjektiven Rechten“ den wirklich rechtsfreien Raum ihrer Betätigung, da für sie (zum Unterschiede von den Autoritäten) tatsächlich der Satz gilt, daß ihnen alles erlaubt ist, was nicht ausdrücklich verboten ist. Die Unzahl freier, d. h. rechtlich nicht verbotener, also rechtlich nicht relevanter Betätigungen als „subjektive Rechte“ zu konstruieren, ja dieselben — höchst bezeichnenderweise — sogar als „Grundrechte“ in Verfassungsurkunden aufzunehmen, ist das würdige methodologische Gegenstück des Bestrebens, eine Betätigung, die man voraussetzungsgemäß lediglich vom Standpunkte der Rechtsordnung betrachten will (wie z. B. die Tätigkeit eines Monarchen oder einer Behörde als solcher), als rechtlich relevant, erlaubt oder gekonnt, kurz als subjektive Berechtigung nur deshalb zu bezeichnen, weil sie nicht verboten ist.

Die mit diesen allgemeinen Gesichtspunkten von der Reinen Rechtslehre gewonnenen Einsichten — man kann sie kurz als den klar erkannten methodologischen Primat des Begriffes Pflicht gegenüber dem des Rechtes (der Berechtigung) charakterisieren — gelten allerdings nicht nur für die Verwaltungsrechtswissenschaft, doch sind sie aus den oben angedeuteten Gründen für keine andere juristische Teildisziplin von solcher Bedeutung als eben für sie.

Der „verwaltende Staat“ ist also nach der Auffassung der Reinen Rechtslehre etwas ganz anderes als nach der traditionellen Lehre. Nach der letzteren kann der Staat — im Geiste der bekannten Montes-

quieuschen Konstruktion — dreierlei: er setzt entweder Normen (wobei unbegründeterweise nur an die Setzung allgemeiner, d. h. abstrakter Normen, also vor allem sogenannter Gesetze gedacht wird) oder er wendet sie „Recht sprechend“ (als Richter) an oder er „handelt“, und zwar prinzipiell in ähnlicher Weise wie jedes andere Rechtssubjekt (jeder Mensch). Dieses Handeln wird als „Ausübung“ oder „Vollzug“ (Exekutive, Exekution) gedacht und in dieser Betätigungssphäre liegt eben das Verwaltungsrecht. Wenn man aber fragt, was hier eigentlich nach der Auffassung der landläufigen Theorie vom Staate „ausgeübt“ oder „vollzogen“ wird, so wird man wohl in ihrem Geiste (und auch im Geiste der ganzen Montesquieuschen Lehre von den „Funktionen“ des Staates) antworten müssen: eine Staatsfunktion, und zwar — zum Unterschiede von der gesetzgebenden und richterlichen — eben die ausübende (exekutive). Nun ist hier der Einwand naheliegend, daß eine „Funktion“ nicht dadurch charakterisiert und von anderen Funktionen unterschieden werden kann, daß man sie sich als „ausübend“ vorstellt. Denn offenbar ist es das begriffliche Wesen jeder Funktion, daß sie etwas „ausübt“ oder „vollzieht“, daß sie also „funktioniert“, kurz, daß sie eben eine Funktion ist. Wenn dies richtig ist, so wird man weiters zugeben müssen, daß innerhalb der normativen Erkenntnisweise der Begriff der „Funktion“, d. h. der Ausübung, des Vollzuges oder der Exekution, nur in Bezug auf eine Norm, ein Normsystem, konstruiert werden, daß es hier also nur diese Norm bzw. das ganze Normsystem sein kann, welches „ausgeübt“ oder „vollzogen“ werden kann. Man muß also, wenn man die traditionelle Vorstellung von der bekannten Dreiteilung der sogenannten „Staatsgewalten“, d. h. die Theorie von den Staatsfunktionen, auf eine solidere Basis stellen will, nach dem bereits oben erwähnten bewährten Muster der Reinen Rechtslehre zuerst nach dem *tertium comparationis*, d. h. dem allen drei Staatsfunktionen Gemeinsamen, fragen und dann erst die eventuellen Unterschiede aufzeigen und nicht, wie es die traditionelle Rechtswissenschaft regelmäßig tut, sein ganzes Bestreben auf die Aufdeckung allfälliger Unterschiede aufwenden und das *tertium comparationis* überhaupt außer Betracht lassen.

Diese Vorliebe für die Aufdeckung aller Art von „Unterschieden“ wurde bereits oben als ein besonders charakteristisches Merkmal der traditionellen, die Reine Rechtslehre leidenschaftlich bekämpfenden Rechtswissenschaft bezeichnet und mit der Vorliebe derselben für das „Konkrete“ und „Individuelle“, die Welt der Tatsachen, kurz für das sattsam bekannte „wirkliche Leben“, erklärt. Hier muß also in Anbetracht des vorliegenden konkreten Beispiels nochmals daran erinnert werden, daß es nichts leichteres gibt als „Unterschiede“ aufzudecken (mit denen es sich daher ähnlich verhält wie mit der Aufdeckung vermeintlicher oder wirklicher „Widersprüche“ in großen Gedankensystemen einzelner Schriftsteller, z. B. Kelsens), daß es jedoch viel mehr Scharfsinn erfordert, das gegebenenfalls Gemeinsame zu entdecken. Daß sich z. B. die Tätigkeit, die in dem Bau eines Hauses oder dem Betrieb einer Eisenbahn besteht,

als Staatsfunktion betrachtet, auf den ersten Blick von der — ebenfalls als Staatsfunktion aufgefaßten — Tätigkeit der Fällung eines gerichtlichen Urteiles oder der Setzung eines Gesetzes gewaltig unterscheidet, ist eine ungemein leicht zu erringende Erkenntnis — worin aber das diesen Tätigkeiten allfällig Gemeinsame, also ihr *tertium comparationis*, steckt, welches ein „Vergleichen“ derselben überhaupt erst möglich und sinnvoll macht, dies ist eine viel schwierigere Frage, deren richtige Beantwortung daher auch wissenschaftlich unvergleichlich wertvoller ist als alles Aufzählen von Unterschieden. Die Reine Rechtslehre erblickt nun bekanntlich jenes *tertium comparationis* in dem Begriffe des Vollzuges der Rechtsordnung. Eine Rechtsordnung, d. h. ein System von Normen, kann nun nicht anders „vollzogen“ (ausgeübt, exequiert oder exekutiert) werden, als man überhaupt eine Norm vollziehen kann, nämlich durch Erfüllung dessen, was nach ihr „sein soll“, mit anderen Worten also durch Pflichterfüllung. Der Inhalt dieser Pflicht wird in einzelnen Fällen sehr verschieden sein: er kann den Bau eines Hauses, den Betrieb einer Eisenbahn, den Unterricht von Kindern, die Führung eines Krieges, die Hinrichtung eines zum Tode Verurteilten usw. betreffen; er kann jedoch auch eine Tätigkeit sein, die selbst wieder als Normsetzung (also nicht nur Normerfüllung, *solutio*) aufgefaßt werden kann. Dies ist der Fall bei der richterlichen bzw. verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung oder Rechtsanwendung, die eben in der Setzung sekundärer und konkreter Rechtsnormen (der gerichtlichen Urteile und administrativen Entscheidungen bzw. Verfügungen) besteht.

Aus dem eben Gesagten folgt, daß in dem uns hier interessierenden konkreten Falle das gesuchte *tertium comparationis* für die einzelnen Funktionen in dem Begriffe der Normsetzung zu suchen ist, als die der an sich weitere Begriff des „Normvollzuges“ aufgefaßt werden kann, und zwar der Normsetzung in einem weiteren Sinne, der also nicht nur die eigentliche Entstehung der Norm, sondern auch ihre Vernichtung (Aufhebung) bzw. ihre Veränderung beinhaltet. Der Unterschied zwischen den einzelnen „Funktionen“ ist damit wieder relativiert: Er besteht nämlich bloß in dem Charakter der gesetzten bzw. aufgehobenen Normen, die entweder originäre und allgemeine (Typus: Gesetze) oder sekundäre und konkrete (richterliche Urteile und administrative Entscheidungen) sein können. Jedenfalls ist damit aus der traditionellen Dreiteilung der Staatsfunktionen (Gesetzgebung, richterliche und ausübende „Gewalt“) eine Zweiteilung geworden — soweit man allerdings (sehr vergrößernd und verallgemeinernd) die Rechtsordnung als eine prinzipiell bloß zweistufige Hierarchie von Rechtsnormen auffassen will. Aber nicht nur der Gegensatz zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung (im weiteren Sinne, d. h. sowohl die richterliche als auch die administrative inbegriffen) wird hier relativiert, sondern — wenn auch in einem anderen Sinne — der grundsätzlich metanormative Begriff der Normsetzung und der der normativen Erkenntnis immanente Begriff der Tatbestandssetzung, soweit man eben die Setzung einer sekundären Norm, welche von einer ihr in der Stufenfolge des Norm-

systems hierarchisch übergeordneten Norm ableitbar ist, in gleicher Weise als Norm- oder Tatbestandssetzung auffassen kann. In diesen Fällen kann (aber muß nicht) die Setzung der sekundären Norm gleichzeitig als „gesollt“, d. h. als Pflicht des sekundären Normsetzers erscheinen: der typische Fall der richterlichen und administrativen Normsetzung, d. h. der Tätigkeit des Richters oder Verwaltungsbeamten als eines Organs des Staates (der Rechtsordnung). Durch die Setzung der betreffenden richterlichen Urteile bzw. Verwaltungsentscheidungen entledigt sich nämlich das hiezu berufene Staatsorgan gleichzeitig seiner (sc. dienstlichen) Pflicht: als „Tatbestand“ betrachtet ist also das erlassene Urteil bzw. die herausgegebene Entscheidung gleichzeitig Setzung einer neuen, im Inhalte des Urteiles bzw. der Entscheidung enthaltenen Norm und Vernichtung (Aufhebung) einer anderen, nämlich der die Dienstpflicht des Organs (wenigstens für den betreffenden konkreten Fall) zur Rechtssetzung enthaltenden Norm.

Wenn also die traditionelle Verwaltungsrechtswissenschaft von „Verwaltungsorganen“ des Staates und anderer „öffentlichrechtlicher“ Korporationen spricht, so sind bei deren Funktionen eigentlich zwei Gruppen von Tätigkeiten zu unterscheiden: Setzung von Tatbeständen, die als Normsetzung im engeren Sinne aufgefaßt werden können, d. h. die eigentliche rechtsfindende Tätigkeit, und solche, deren Tatbestand keine Normsetzung, sondern nur eine Normerfüllung (Exekution, Solution) darstellt. Zu der ersten Gruppe gehört die Herausgabe von Verwaltungsentscheidungen bzw. Verfügungen, die den juristischen (konzeptiven) Verwaltungsbeamten obliegen, in die zweite alle anderen Tätigkeiten der übrigen Staatsorgane, wie z. B. der Ingenieure, Ärzte, Lehrpersonen, Offiziere usw. Nur die in die erste Gruppe gehörigen Tätigkeiten lassen — vom Standpunkte der Normsetzung im engeren Sinne, die hiebei das *tertium comparationis* darstellt — einen Vergleich mit der analogen Tätigkeit des Richters zu, weil beides Normsetzung (im engeren Sinne) ist. Nur für diese erste Gruppe scheint weiters — auch für die traditionelle Lehre — die Vorstellung jener Tätigkeiten als „Organfunktionen“, d. h. die Vorstellung einer Stellvertretung des Staates durch sein Organ zwanglos annehmbar zu sein: denn man kann sich zwar einen Richter oder Verwaltungsbeamten, insofern sie Urteile fällen bzw. Entscheidungen herausgeben, ohne besondere Schwierigkeiten als „im Namen“, „in Vertretung“, kurz als „Organe“ des durch sie vertretenen Staates handelnd vorstellen, schwieriger ist dagegen schon die Vorstellung des Lehrers, der „an Stelle“ des von ihm vertretenen Staates Sprach-, Gesang- und sonstigen Unterricht als „Staatsorgan“ erteilt, des als Organ des Staates eine Kanone abfeuernden Soldaten, des Arztes, der als Staatsorgan bei der Durchführung einer Operation den Staat (der also eigentlich selbst diese Tätigkeit zu besorgen hätte!) „vertritt“ und ähnliches mehr.

Der „verwaltende Staat“ im Sinne der traditionellen Lehre muß sich all diese Stellvertretungen wohl oder übel gefallen lassen. Denn er ist im Grunde nur ein Abbild des Privaten, der, seine eigenen

Angelegenheiten verwaltend, sich in allen möglichen Richtungen vertreten lassen kann: er kann sich nicht nur bei Gericht oder bei anderen Behörden vertreten lassen, sondern auch seinen Garten, sein Geschäft usw. durch eigens hiezu bestimmte „Organe“ oder von Fall zu Fall von anderen „Subjekten“ bestellen lassen. Ist jene Tätigkeit rechtlich relevant (was nicht immer der Fall zu sein braucht), so wird sie von der Rechtsordnung so aufgefaßt, „als ob“ sie von dem Auftraggeber selbst vorgenommen worden wäre (z. B. die Einbringung einer Klage). Der „Staat“ der Reinen Rechtslehre ist dagegen, wie bereits oben erwähnt, etwas grundsätzlich anderes. Er ist ein bloßes regulatives Prinzip für die Rechtserkenntnis (wie ich ihn in meinen im Jahre 1914 in tschechischer Sprache verfaßten „Grundlagen der Rechtsphilosophie“ genannt habe), eine Personifikation der Rechtsordnung oder, was dasselbe ist, die Rechtsordnung selbst (Kelsen). Unter dem Begriff jenes „regulativen Prinzips“ meine ich die Hilfsvorstellung des Staates als eines zentralen, die Einheit der Rechtsordnung verbürgenden Normsetzers bzw. als eines selbständigen Rechtssubjektes (Trägers von Pflichten und Berechtigungen), dessen Konstruktion in erster Linie eigentlich eine negative Bedeutung, nämlich die der Haftpflichtbeschränkung seiner „Organe“, hat.

Der eben charakterisierte Staat der Reinen Rechtslehre kann allerdings nicht „verwalten“ in dem Sinne, in dem etwa ein Gärtner seinen Garten oder ein Geschäftsmann sein Geschäft verwaltet. Von ihrer Betrachtungsebene aus entsteht vielmehr für die Reine Rechtslehre lediglich das Problem, eine Vielheit von Handlungen normativ einheitlich zu begreifen. Hiezu bedarf sie nicht eines anthropomorphistisch, d. h. als Übermensch konstruierten Staates, sondern eines Rechtssystems, welches einheitlich, d. h. auf einen einzigen normativen Brennpunkt zurückführbar sein muß. Dieses Rechtssystem kann — als eine einheitliche Vielheit von Rechtsnormen — keine Eigenschaften, Bedürfnisse und Interessen haben, die irgendwie analog wären den Eigenschaften, Bedürfnissen und Interessen von Einzelmenschen. Solche Analogien werden erst möglich, wenn man das System personifiziert, d. h. eine irgendwie einheitliche Vielheit von Menschen, kurz einen „Übermenschen“ aus ihm macht, der nunmehr in eine Reihe von „Verhältnissen“, insbesondere Rechtsverhältnissen, mit den einzelnen Menschen tritt, also ihnen mit seinen Bedürfnissen und Interessen, welche grundsätzlich als gleichartig den Bedürfnissen und Interessen der Einzelmenschen aufgefaßt werden, entgegentritt. Und hier ist der Punkt, an dem der große Konflikt anhebt, der die meisten Erwägungen der traditionellen Verwaltungsrechtswissenschaft beherrscht: der Konflikt zwischen dem sogenannten öffentlichen und privaten Interesse.

Die Sphäre der staatlichen und öffentlichen Verwaltung überhaupt wird von der traditionellen Verwaltungsrechtswissenschaft geradezu als jener Bereich definiert, in dem — zum Unterschiede von der privaten Verwaltungstätigkeit — nur das sogenannte „öffentliche“ Interesse maßgebend ist und sein soll. Mit der Entgegenstellung dieser zwei Arten

von Interessen hat es nun für die Reine Rechtslehre dieselbe oder wenigstens eine ähnliche Bewandnis wie bei so vielen anderen „Unterschieden“. Von ihrem noetischen Standpunkte aus, d. h. in ihrer Eigenschaft als juristische Erkenntnislehre, kann nämlich die Reine Rechtslehre dem „öffentlichen“ Interesse keine selbständige, dem privaten Interesse oder den einzelnen privaten Interessen adäquate Existenz zubilligen. Das öffentliche Interesse ist demnach kein spezielles Interesse eines speziellen „Interessenträgers“ (d. h. des Staates oder einer anderen öffentlichrechtlichen Körperschaft), welches neben den einzelnen privaten Interessen besteht bzw. gegen sie auftritt, so wie der Körperschaft, d. h. einer Mehrheit von Einzelmenschen (einem „Kollektivum“), nicht eine der Existenz oder „Wirklichkeit“ der einzelnen Mitglieder gleichartige Existenz zukommen kann, sondern man kann es seinem Wesen nach (inhaltlich) nicht anders als einen Durchschnitt der gewöhnlichen privaten Interessen begreifen. Als ein solches „durchschnittliches“ Privatinteresse kann es dann allerdings sehr wohl in Gegensatz zu den einzelnen realen Privatinteressen geraten. Wenn also die Verwaltungstätigkeit des Staates, die als solche den typischen Fall einer „öffentlichen“ Verwaltung darstellt und den eigentlichen Gegenstand der traditionellen Verwaltungsrechtswissenschaft bildet, in der Regel definiert wird als eine von bestimmten Organen nicht in ihrem eigenen, sondern im öffentlichen Interesse vorgenommene Tätigkeit, so kann dabei — vom Standpunkt der Reinen Rechtslehre — in zweifacher Richtung nicht von einem der privaten Verwaltungstätigkeit analogen Tatbestand gesprochen werden: Denn erstens hat der Staat als „Kollektivum“ keine der kausal-natürlichen Existenz seiner Mitglieder analoge Existenz und zweitens erscheint, wie oben erwähnt, das sogenannte öffentliche Interesse nicht als ein Gegenstück des privaten, weil ihm die reale (kausal-natürliche) Eigenschaft des letzteren abgeht.

Aus den eben angedeuteten Gründen erscheint der Reinen Rechtslehre die „Verwaltungstätigkeit“ des Staates, welche den Gegenstand der traditionellen Verwaltungsrechtswissenschaft bildet, als eine Reihe von Handlungen einzelner Menschen, die vom Standpunkte der Rechtsordnungen als Setzung rechtlich relevanter Tatbestände erscheinen und sich einerseits als Pflichterfüllung (Solution, Vollzug von Normen) dieser Menschen, andererseits aber, und zwar inhaltlich, als „Verwaltung“ darstellen. (Auf den allgemeinen Begriff der Verwaltung kann hier nicht näher eingegangen werden.) Bei der erwähnten Setzung sind jene Menschen — die Verwaltungsbeamten oder -organe — von der Rechtsordnung in der Regel ausdrücklich angewiesen, nicht vom Standpunkte des eigenen privaten oder sonst eines anderen privaten, sondern eben des „öffentlichen“ Interesses vorzugehen, welches — als Durchschnitt einer Reihe von privaten Interessen — inhaltlich keineswegs in allen konkreten Fällen dasselbe bedeuten muß. Denn einmal kann das öffentliche Verwaltungsorgan angewiesen sein, den Durchschnitt einer größeren Anzahl von privaten Interessen, ein andermal den einer kleineren Anzahl derselben zum Ausgangspunkt seiner Tätigkeit zu

nehmen. Diese einzelnen Durchschnittsinteressen können dann ihrerseits wieder in Konflikt geraten: das öffentliche Interesse einer Gemeinde z. B., d. h. also das durchschnittliche Interesse einzelner ihrer Bewohner (Mitglieder), kann und wird in vielen Fällen ein anderes sein als das öffentliche Interesse eines Landes oder eines Gesamtstaates.

Zur Beruhigung der Gegner der Reinen Rechtslehre mag hier ausdrücklich bemerkt werden, daß die oben geäußerten Ansichten an sich keineswegs ein in der Verwaltungsrechtswissenschaft noch nie dagewesenes, d. h. absolutes Novum bedeuten; nur der allgemeine noetische Rahmen, in den sie von der Reinen Rechtslehre eingesetzt werden, sowie die konsequente Durchführung derselben bei der Konstruktion ihres theoretischen Systems kann die Reine Rechtslehre als ihr Eigentum beanspruchen. Hierzu sei nun zum Schluß und als Ergänzung des im ersten Kapitel dieser Abhandlung Gesagten noch das folgende erklärt:

Wenn in diesem ersten Kapitel die Denkungsart der Anhänger der Reinen Rechtslehre als rationalistisch bezeichnet wurde, so sollte damit auch gesagt sein, daß sie nicht nur in der normativen Erkenntniswelt, sondern auch in der der Natur, d. h. im Bereiche der Naturwissenschaften, notwendigerweise eine mechanistische bzw. analytische oder individualisierende Tendenz aufweist, die sich insbesondere bei der Stellungnahme zu gewissen kollektivistischen bzw. universalistischen Konstruktionen bewährt und insbesondere bei der Behandlung von Problemen, wie es der traditionelle Begriff der Verwaltungsrechtswissenschaft ist, zur Geltung kommen muß. Nicht umsonst und zufällig ist sie daher eine prinzipielle Gegnerin aller universalistisch orientierten Philosophien, Soziologien bzw. Gesellschaftslehren. Nicht als ob sie dadurch grundsätzliche Antipathie oder Verständnislosigkeit für diese Geistesrichtungen, die im kühnen Gedankenfluge die dem menschlichen Intellekt von der Natur gesetzten Schranken zu überschreiten sich bemühen, an den Tag legen wollte! Ihre Gegnerschaft hat vielmehr — hier kann der Autor allerdings nur für seine eigene Person sprechen — lediglich den Charakter des Bedauerns, daß dem Menschen in dem Bereiche der Erkenntnis der Welt des Seins (der Natur) als Erkenntnismittel nur gewisse Formen zur Verfügung stehen, die an sich jene oben erwähnte mechanistische bzw. analytische Tendenz unterstützen. Es sind dies bekanntlich das allgemeine Kausalgesetz und die „*principia individuationis*“ Raum und Zeit, durch die alle Universalität in Individualität zerfällt, mit anderen Worten: nur der letzteren Realität, Wirklichkeit, d. h. Existenz im kausalwissenschaftlichen Sinne, zukommt. Wenn von den Universalisten, die insbesondere (und begreiflicherweise) in der Soziologie und der soziologischen Jurisprudenz zu Hause sind, nicht selten den Rationalisten eine „bloß“ mechanistische Weltanschauung zum Vorwurf gemacht wird, so kann dieser Vorwurf wohl nicht die Rationalisten selbst, sondern bestenfalls einen supponierten Welterschöpfer treffen, der die Menschen mit so einseitigen Erkenntnismitteln ausgerüstet hat. Denn was hilft es, so müssen wieder die Rationalisten den Universalisten einwenden, wenn man bloß neue Worte erfindet

(wie z. B. „Erlebnis“, „Intuition“, „Gesamtseele“ usw.) und von einer besonderen „Würde“ einer Wissenschaft spricht, die — im Gegensatz zu den simplen mechanistischen Wissenschaften — mit diesen Worten operiert, wenn man aber absolut außerstande bleibt, auch die zur wissenschaftlichen Erkenntnis solcher Dinge nötige neue Erkenntnismethode zu bieten und daher mit den bisherigen tatsächlichen Ergebnissen einer solchen Wissenschaft wohl nur die allerbescheidensten Erwartungen befriedigen kann!

Die Reine Rechtslehre ist eine bescheidene Disziplin. Sie will unter keinen Umständen die dem menschlichen Intellekt von der Vorsehung seiner Erkenntnisfähigkeit ein für allemal gesteckten Grenzen überschreiten. Aber wenigstens innerhalb dieser Grenzen will sie sich für ihre Bescheidenheit tunlichst entschädigen, indem sie auf ein klares, widerspruchloses und methodologisch konsequent konstruiertes Begriffssystem hinarbeitet, welches der einheitlichen Erkenntnis der ewig wechselnden Inhalte zahlloser Rechtsordnungen zu dienen hat. Sie ist auch eine philosophische Disziplin, die sich wohl bewußt ist, daß es dem menschlichen Intellekte versagt bleibt, bis zu den letzten Erkenntnisproblemen vorzudringen und sie rest- und widerspruchlos zu lösen.

Begriff und Gliederung der Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft

Von

Kisaburo Yokota, Tokio

Inhalt: Einleitung. — I. Die Völkerrechtsgemeinschaft. — II. Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft. — III. Das System der Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft. — IV. Die Probleme der Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft.

Einleitung

Die radikale Entwicklung und Umformung des Völkerrechtes, die wir vor kurzem erlebt haben und deren Zeugen wir auch heute noch sind, erfordert gleichzeitig eine gründliche Umgestaltung der Völkerrechtswissenschaft. Da aber die Umformung des Völkerrechtes keine einfache und geradlinige Entwicklung, sondern bereits eine entscheidende Umwendung der Entwicklungsrichtung selbst bedeutet, kann auch die entsprechende Umgestaltung der Völkerrechtswissenschaft nicht mehr auf eine bloße Änderung der einzelnen traditionellen Begriffe und Prinzipien beschränkt bleiben. Diese neueste Umformung des Völkerrechtes hat ihren tiefsten Grund in der raschen Entwicklung der Völkerrechtsgemeinschaft als einheitlicher und organisierter Gemeinschaft, welche Entwicklung wir erst seit dem Weltkrieg klar beobachten können. Darum muß die Umgestaltung der Völkerrechtswissenschaft auch von dem Gesichtspunkte der einheitlichen und organisierten Völkerrechtsgemeinschaft aus betrachtet und mit ständigem Hinblick auf diese durchgeführt werden.

Der vorliegende Aufsatz ist einer unter den zahlreichen Versuchen, deren Ziel es ist, zum neuen Aufbau der Völkerrechtswissenschaft beizutragen. Dazu muß man vorerst die Völkerrechtsgemeinschaft als eine Rechtsgemeinschaft betrachten. Wenn aber die Völkerrechtsgemeinschaft überhaupt eine Rechtsgemeinschaft sein soll, muß sie eine Verfassung haben¹⁾. Warum? Das ist die erste grundlegende Frage, auf welche wir antworten müssen, bevor wir von der Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft im allgemeinen sprechen können. Dann kommt die zweite Frage in Betracht: Wie gestaltet sich diese Verfassung? Wie gliedert sie sich? So muß man notwendig zum Problem des Systems dieser Verfassung geführt werden. Schließlich ist aber noch die Frage zu betrachten: Welche konkreten Probleme gehören zur systematischen Behandlung dieser Verfassung und jeder ihrer Abteilungen? Diese

¹⁾ Vgl. darüber grundlegend Verdross: Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926.

Probleme herauszufinden und zu lösen, bedeutet soviel, wie das abstrakte System der Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft mit konkretem Gehalt zu versehen. Dadurch erst gelangen wir zum System der positiven Verfassung der gegebenen Völkerrechtsgemeinschaft. In solcher Weise gliedert sich kurzgefaßt der Plan der vorliegenden Untersuchung.

I. Die Völkerrechtsgemeinschaft

Wo eine Rechtsordnung gilt, da besteht eine Rechtsgemeinschaft. Denn wo eine Rechtsordnung gilt, wird das Verhalten der Menschen gleichmäßig bestimmt, und wo das menschliche Verhalten gleichmäßig bestimmt wird, gibt es eine Einheit unter den Menschen und damit auch eine Gemeinschaft.

Diese Bestimmung des menschlichen Verhaltens durch die Rechtsordnung ist eine zweifache. Die erste ist die normative oder Soll-Bestimmung, die zweite die tatsächliche oder ursächliche Bestimmung. Als Folge dieser Doppelseitigkeit der Bestimmung durch die Rechtsordnung teilt sich die durch diese Bestimmung begründete Einheit in die normative und in die tatsächliche; daher zeigt sich die Rechtsgemeinschaft ebenfalls in den beiden Einheiten der Normativität und der Tatsächlichkeit. Wir wollen jetzt zuerst die Doppelbestimmung der Rechtsordnung betrachten, dann die durch diese Bestimmung sich ergebende doppelseitige Einheit erklären, ferner die Entstehung der Rechtsgemeinschaft in dieser doppelseitigen Einheit beweisen und schließlich den Aufbau der Völkerrechtsgemeinschaft begründen.

1. Die Bestimmung des menschlichen Verhaltens durch die Rechtsordnung

Das Verhalten der Menschen wird durch die Rechtsordnung zweifach bestimmt: erstens normativ, dann ursächlich oder tatsächlich.

Normativ wird das Verhalten der Menschen durch Rechtsnormen bestimmt, wenn sie vorschreiben, daß die Menschen sich auf eine gewisse Weise verhalten sollen. Im allgemeinen schreiben die Rechtsnormen vor, daß ein bestimmter Mensch sich unter bestimmten Umständen auf eine bestimmte Weise verhalten soll. Das den Inhalt der Rechtsnormen bildende Verhalten ist kein reales, kein tatsächliches, sondern nur ein gesolltes. Zu diesem gesollten Verhalten verbinden die Rechtsnormen den Menschen; dieses gesollte Verhalten zu verwirklichen, verpflichten sie ihn. Auf diese Weise wird das Verhalten der Menschen bestimmt. Es kann nun nicht mehr ganz frei sein, sondern ist in einer bestimmten Richtung gebunden. Es ist nämlich bestimmt, sich mit dem gesollten Verhalten zu identifizieren. Gerade darin besteht die normative Bestimmung durch die Rechtsordnung.

Die normative Bestimmung des menschlichen Verhaltens durch die Rechtsordnung ist absolut, d. i. unbedingt. Wenn sie einen Menschen verpflichtet, sich auf eine gewisse Weise zu verhalten, soll er sich immer,

unbedingt, ausnahmslos so verhalten. Denn es ist ja ein gänzlich unannehmbarer Widerspruch zu denken, daß man sich auf eine bestimmte Weise verhalten soll und doch zugleich sich nicht so zu verhalten braucht. Freilich bedeutet das nicht, daß es überhaupt keine Verletzung von Rechtsnormen, keine den Rechtsnormen widersprechende Handlung gebe. Allein dabei bedeutet die Verletzung der Rechtsnormen keine Ausnahme von der absoluten Bestimmung der Rechtsnormen. Während nämlich die Ausnahme von der normativen Bestimmung, wenn es eine solche überhaupt gäbe, den Umstand bedeutete, daß man sich nicht so zu verhalten braucht, wie die Normen bestimmen, besteht die Verletzung derselben darin, daß man sich nicht tatsächlich so verhalten hat, wie man sich verhalten sollte. Das sind also zwei dem Wesen nach von einander vollkommen verschiedene Aussagen. Selbst wenn eine Rechtsverletzung vorliegt, d. i. wenn man sich tatsächlich nicht so verhalten hat, wie man sich verhalten sollte, ist das Verhalten doch immer normativ bestimmt, bleibt die betreffende normative Bestimmung trotzdem unverändert aufrecht. Kurz, eine Verletzung der Rechtsnormen ist keine Ausnahme von der normativen Bestimmung des menschlichen Verhaltens durch Rechtsordnung; es gibt überhaupt keine Ausnahme von dieser Bestimmung; die normative Bestimmung der Rechtsordnung ist folglich absolut und unbedingt.

Die Rechtsordnung bestimmt aber das Verhalten der Menschen nicht nur normativ. Sie bestimmt dieses andererseits auch ursächlich oder tatsächlich. Der Grund dieser tatsächlichen Bestimmung liegt darin, daß eine Norm im allgemeinen von den Menschen vorgestellt, gedacht, gefühlt oder gewollt werden kann und daß man sich infolgedessen wirklich und tatsächlich so verhält, wie man sich verhalten soll. Die Norm, genauer die Vorstellung der Norm, wirkt hier als Ursache und bestimmt das ihr entsprechende tatsächliche Verhalten als ihre Wirkung. Gerade darin besteht die tatsächliche Bestimmung durch die Norm, genauer durch Vorstellung der Norm. Das gilt zweifellos auch für die Rechtsnormen. Auch diese können von den Menschen wirklich vorgestellt, gedacht, gefühlt oder gewollt werden. Dann wirkt diese Vorstellung oder Wollung der Rechtsnormen als Ursache und bringt als Wirkung das ihnen entsprechende tatsächliche Verhalten der Menschen hervor. Eben darin besteht die hier in Frage stehende tatsächliche oder ursächliche Bestimmung der Rechtsordnung¹⁾.

Die tatsächliche Bestimmung des menschlichen Verhaltens durch die Rechtsordnung ist nicht absolut. Nicht selten sehen wir, wie die Rechts-

¹⁾ Die ursächliche Bestimmung des menschlichen Verhaltens durch die Rechtsordnung kann streng genommen nicht mehr die Bestimmung durch die Rechtsordnung selbst sein. Es ist zumindest sehr problematisch, ob die Rechtsordnung selbst als Ursache wirkt. Kelsen verneint dies nachdrücklich: „Wenn von einer ‚Verwirklichung des Wertes‘, einer ‚Realisierung der Norm‘ gesprochen wird, so ist nicht der Wert die Ursache der (wertvollen) Wirklichkeit, die normgemäße Handlung (in der sich die Norm realisiert) nicht die Wirkung der Norm. Die Ursache des sollensgemäßen Seins, der wertvollen Wirklichkeit, des richtigen oder rechtmäßigen Handelns ist nicht

normen tatsächlich verletzt werden, was bedeutet, daß ihre tatsächliche Bestimmung gar nicht absolut ist. Wenn die Rechtsordnung das Verhalten der Menschen nicht nur normativ, sondern auch tatsächlich unbedingt und ausnahmslos bestimmte, dann wäre ihre Verletzung absolut unmöglich. Daß die Verletzung der Rechtsnormen in der Wirklichkeit oft vorkommt, bedeutet ja gerade, daß die tatsächliche Bestimmung durch sie keineswegs eine absolute ist. Übrigens ist diese Relativität der tatsächlichen Bestimmung gar keine zufällige, sondern die notwendige Eigenschaft dieser Bestimmung. Denn zum Wesen der Rechtsnorm gehört, weil sie heteronome Norm ist, notwendig die Möglichkeit ihrer Verletzung¹⁾. Andererseits aber kann die positive Rechtsordnung dem Wesen nach auch nicht völlig der tatsächlichen Bestimmung entraten, weil sie sonst ihre Rechtspositivität verlieren und demzufolge nicht mehr als positive, als geltende Rechtsordnung anerkannt werden könnte²⁾. Kurz, die Rechtsordnung kann weder das Verhalten der

das Sollen oder der Wert, die Moral oder das Recht, die Norm in ihrem spezifischen Eigensinn, sondern das Denken, Fühlen, Wollen, die Seinstatsache des psychischen Erlebens der Norm. Und diese Seinstatsache hat — als Ursache, als Motiv — das entsprechende Verhalten zur Wirkung“ (Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, 1922, S. 80).

Genau genommen kann man ja nicht sagen, daß die Rechtsordnung als Ursache wirkt. Nur in der Welt des Seins, der Wirklichkeit, gibt es einen Zusammenhang von Ursache und Wirkung. Daher kann man nicht von einer ursächlichen Bestimmung durch die Rechtsordnung in dem Sinne sprechen, daß die Rechtsordnung in ihrer reinen Eigentümlichkeit das menschliche Verhalten kausal und tatsächlich bedingt und das rechtmäßige Verhalten als ihre Wirkung hervorbringt. Trotzdem liegt zwischen der Rechtsordnung und dem sie denkenden, fühlenden und wollenden psychischen Akt doch irgendeine Beziehung. Obgleich der Gegenstand des psychischen Aktes, wie Husserl deutlich zeigt, von dem Inhalt desselben Aktes prinzipiell verschieden ist (Ideen zu einer reinen Phänomenologie, I, 1913, S. 267ff.), also obgleich die Rechtsordnung selbst von dem sie vorstellenden, denkenden oder wollenden psychischen Akt grundverschieden ist, gibt es doch zwischen beiden eine Beziehung; eine Beziehung in der Weise, daß jene von diesem vorgestellt, gefühlt oder gewollt wird. Diese Beziehung ist die des Sinnes; denn das Vorzustellende (Gegenstand) ist der Sinn der Rechtsordnung und das Vorgestellte (psychischer Inhalt) ist auch der Sinn des Vorstellungsaktes. Nur in dieser Weise, d. h. so, daß die Rechtsordnung nicht an sich als Ursache wirkt, sondern das mit ihr im Sinnzusammenhangstehende Denken oder Wollen in die kausale Beziehung eintritt, mag es doch erlaubt sein, von der ursächlichen oder tatsächlichen Bestimmung durch die Rechtsordnung zu sprechen.

¹⁾ Vgl. Kelsen: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911, S. 33ff.

²⁾ Vgl. Radbruch: Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, S. 179/80; Kelsen: Hauptprobleme, S. 48; Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, S. 95/96; Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 18/19; Les rapports de système entre le droit interne et le droit international, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, Bd. 14, Teil IV, 1926, S. 277, 236; Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, 1928, S. 65; Verdross: Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, S. 9.

Menschen ursächlich und tatsächlich in absoluter Weise bestimmen noch dieser tatsächlichen Bestimmung völlig entbehren. Die tatsächliche Bestimmung durch die Rechtsordnung hat also sowohl eine obere als auch eine untere Grenze, zwischen welchen sie beschränkt bleiben muß. Sie ist demnach wesentlich relativ.

2. Die auf der Rechtsordnung beruhende Einheit

Auf Grund der Bestimmung durch die Rechtsordnung ergibt sich eine Einheit. Da jene Bestimmung zweifach, d. i. zugleich normativ und tatsächlich ist, so ist auch die auf ihr beruhende Einheit zweifach.

Die auf der normativen Bestimmung des menschlichen Verhaltens beruhende Einheit mag man die normative Einheit nennen. Wenn die Menschen in ihrem Verhalten durch die Rechtsordnung gleichmäßig bestimmt werden, wenn sie sich also gleicherweise verhalten sollen, so ergibt sich unter ihnen eine gewisse Gleichmäßigkeit, Ähnlichkeit, Einheitlichkeit. Diese entsteht dadurch, daß die Menschen sich einem bestimmten, als seinsollend festgestellten Verhalten gleicherweise entsprechend verhalten sollen. Die sich so ergebende Einheit ist gerade die hier in Frage stehende normative Einheit. Denn sie besteht in der Gleichmäßigkeit des Sollens, der Norm, der Pflicht. Die normative Einheit bedeutet also den Umstand, daß die Menschen gleichmäßig verpflichtet sind. Diese Verbundenheit der Menschen durch die gleichmäßige Verpflichtung, dieses durch die gleichmäßige Verpflichtung Verbunden-Sein kann und darf man wohl als normative Einheit bezeichnen.

Die normative Einheit ist allgemein. Diese Allgemeinheit ist nur die notwendige Konsequenz der Unbedingtheit und Absolutheit der normativen Bestimmung durch die Rechtsordnung. Sie erlaubt keine Ausnahme in der normativen Einheit, wie es keine solche in der normativen Bestimmung gibt. Da alle Menschen, die einer Rechtsordnung unterstehen, sich immer und ausnahmslos dem als seinsollend bestimmten Verhalten entsprechend verhalten sollen, umfaßt die kraft der normativen Bestimmung entstandene Einheit alle der Rechtsordnung untergeordneten Menschen ausnahmslos. Der Umfang der normativen Einheit deckt sich mit dem Umfang des Inbegriffes der Menschen, die einer bestimmten Rechtsordnung unterworfen sind. Die normative Einheit ist also allgemein.

Demgegenüber ist die auf der tatsächlichen Bestimmung durch die Rechtsordnung beruhende Einheit, nämlich die tatsächliche Einheit, wesentlich bedingt und relativ. Sie ist nicht allgemein; sie kann nicht allgemein sein, da die tatsächliche Bestimmung, welche der tatsächlichen Einheit zugrunde liegt, vom Anfang an relativ ist. Sie kann sich nicht auf den ganzen Umkreis der der Rechtsordnung unterworfenen Menschen erstrecken. Sie ist also relativ. Diese Relativität kann aber freilich nicht die Nichtexistenz der tatsächlichen Einheit bedeuten. Soweit es eine gewisse tatsächliche Bestimmung durch Rechtsnormen

gibt, soweit die positive Rechtsordnung der tatsächlichen Bestimmung nicht vollkommen entraten kann, muß es auch eine mehr oder weniger festgestellte, eine mehr oder weniger ausgedehnte, tatsächliche Einheit geben. Und da die Relativität der tatsächlichen Bestimmung, wie schon erörtert wurde, keineswegs ihre zufällige Eigenschaft ist, kann auch die Relativität der tatsächlichen Einheit nicht zufällig sein, sondern ist notwendig und wesentlich.

3. Die Rechtsgemeinschaft

Auf Grund der auf der Rechtsordnung beruhenden Einheit entsteht die Rechtsgemeinschaft. Im allgemeinen bedeutet eine Gemeinschaft eine irgendwie vereinigte, verbundene Menge Menschen. Ihr Wesen besteht darin, daß eine Menge Menschen irgendwie verbunden, vereinigt, zusammengesetzt ist, d. i. daß es unter ihnen irgendeine Einheit gibt. Und soweit diese Einheit auf der Rechtsordnung beruht, kann man wohl die auf ihr begründete Gemeinschaft die Rechtsgemeinschaft nennen¹⁾.

¹⁾ Das Verhältnis zwischen Rechtsgemeinschaft und Rechtsordnung bedeutet also, daß die erstere durch die letztere begründet wird. So sagt Verdross: „Jede Rechtsgemeinschaft ist eine durch Rechtsnormen begründete Gemeinschaft... Erst die Einheit des Rechtes leistet die Einheit der Rechtsgemeinschaft. Eine Rechtsgemeinschaft... wird daher... durch Rechtsgesetze, durch Rechtsnormen erzeugt“ (Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, S. 4).

Nun ist dieses Verhältnis natürlich ein rein logisches. Logisch ist die Rechtsordnung das Prius; durch sie wird die Rechtsgemeinschaft begründet. Besonders in bezug auf das Verhältnis zwischen Staat und Recht sagt Stammler, „daß man niemals einen Begriff vom Staate zu geben vermag, ohne denjenigen des Rechts schon vorausgesetzt zu haben. Dieser ist das logische Prius. Man kann die Rechtsordnung definieren, ohne auf die staatliche Organisation im geringsten Bezug zu nehmen, nicht aber ist es möglich, von einer Staatsgewalt zu reden, es sei denn, daß man rechtliche Bindung von Menschen dabei in Gedanken hätte“ (Wirtschaft und Recht, 3. Aufl., 1914, S. 117). Dieses Verhältnis ist kein zeitliches. Zeitlich ist die Rechtsordnung nicht das Prius, sondern sie und die Rechtsgemeinschaft entstehen zu derselben Zeit. Das logische Verhältnis muß vom zeitlichen streng unterschieden werden. Die Verwechslung der beiden ist eine der Hauptursachen der verwirrenden Streitigkeiten über das Verhältnis zwischen Rechtsordnung und Rechtsgemeinschaft, besonders zwischen Staat und Recht, gewesen.

Das eben Gesagte bedeutet natürlich nicht, daß es vor der Rechtsordnung überhaupt keine Form des Zusammenlebens von Menschen gegeben hat. Die Rechtsordnung ist von den Menschen als Normenkomplex ihres Zusammenlebens erzeugt worden. In diesem Sinn ist das Zusammenleben von Menschen die Bedingung, die Voraussetzung, der Erzeuger der Rechtsordnung. Auch F. Somló sagt: „Wenn... nicht der Staat, sondern irgendeine andere Gesellschaft als historisches Prius des Rechtes gefordert wird, ist dagegen nichts einzuwenden“ (Juristische Grundlehre, 2. Aufl., 1927, S. 254). Nur als Staat, als Rechtsgemeinschaft kann eine Gemeinschaft erst

Die auf der Rechtsordnung beruhende Einheit ist, wie schon erörtert wurde, eine zweifache, sie ist zugleich normativ und tatsächlich. Die Rechtsgemeinschaft bildet daher auch eine zweifache Einheit: die normative und die tatsächliche. Nur normativ ist aber die Rechtsgemeinschaft in ihrem ganzen Bereiche einheitlich. Dagegen erstreckt sich die tatsächliche Einheit auf einen bloß mehr oder weniger ausgedehnten Teil der Rechtsgemeinschaft. Da die normative Einheit allgemein und absolut, die tatsächliche hingegen relativ und beschränkt ist, kann die erstere allein die allgemeine Einheit der Rechtsgemeinschaft ausmachen, während die letztere bloß als ein Teil dieser allgemeinen Einheit darin enthalten bleiben muß.

Der Sachverhalt, daß die Rechtsgemeinschaft sich so weit erstreckt, als die allgemeine normative Einheit besteht, bedeutet nichts anderes, als daß sie erst durch diese Einheit begründet wird. Der Umfang der normativen Einheit deckt sich mit dem der Rechtsgemeinschaft. Im Gegensatz dazu hat die tatsächliche Einheit mit der allgemeinen Begründung der Rechtsgemeinschaft und mit der Bestimmung ihres ganzen Umfanges keine unmittelbare und notwendige Beziehung. Da der ganze Bereich der Rechtsgemeinschaft weiter ist als der der tatsächlichen Einheit, da der Inbegriff des gesollten Verhaltens umfangreicher ist als der des tatsächlich verwirklichten rechtmäßigen Verhaltens, steht die Rechtsgemeinschaft weder in ihrer Begründung noch in der Be-

im Augenblick entstehen, wo die Rechtsordnung entsteht. Denn die Rechtsgemeinschaft ist dem Begriff nach eine durch die Rechtsordnung begründete Gemeinschaft. Das Mißverstehen dieses Sachverhaltes ist eine andere wichtige Ursache der Streitigkeiten über das soeben besprochene Verhältnis gewesen.

Dagegen wäre über jene neue Ansicht, welche Staat mit Recht, Rechtsgemeinschaft mit Rechtsordnung identifizieren will, nur folgendes zu bemerken: Der Gedanke ist schon bei Radbruch als Keim vorhanden. (Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 83 bis 85.) Aber erst Kelsen hat ihn klar erörtert. Eines seiner Hauptwerke ist ganz und gar der Darstellung dieser Auffassung gewidmet (Der soziologische und der juristische Staatsbegriff). Dazu wäre aber zu bemerken, daß die Rechtsordnung von den durch sie verbundenen Menschen, d. h. von der Rechtsgemeinschaft, verschieden ist. Obgleich die in der Rechtsgemeinschaft vorhandene allgemeine Einheit die auf der Rechtsordnung beruhende normative Einheit ist, obgleich jene Einheit nichts anderes als die der Rechtsordnung ist (Kelsen: Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, S. 75 bis 86; Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 1920, S. 11/12, 131; Les rapports de système, S. 233, 243, 280; Allgemeine Staatslehre, S. 95/96, 137/38, 149/50), ist die auf dieser Einheit beruhende Gemeinschaft nicht mit der Rechtsordnung selbst identisch. Vielmehr müssen wir hier Verdroß beistimmen: „Will man nun nicht sagen, daß das Recht ein System von Normen und normentsprechenden Tatsachen ist, was dem Sprachgebrauch Gewalt antun und überdies den normativen Charakter des Rechtes verdunkeln würde, so dürfte es sich empfehlen, als Rechtsordnung den Inbegriff bestimmter Normen, als Rechtsgemeinschaft den Inbegriff der durch die Rechtsordnung geregelten Handlungen, also der Rechtshandlungen, zu bezeichnen“ (Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, S. 6).

stimmung ihres Bereiches in unmittelbarem Zusammenhang mit der tatsächlichen Einheit.

Aus dem eben Gesagten folgt aber nicht, daß die tatsächliche Einheit sich in keiner Weise auf die Rechtsgemeinschaft bezieht. Zweifellos ist diese Einheit dem Vorhandensein der Rechtsgemeinschaft auch nicht völlig entbehrlich. Eine Rechtsgemeinschaft ohne tatsächliche Einheit, d. i. ohne jede tatsächliche Bestimmung durch die Rechtsordnung, wäre keine Rechtsgemeinschaft mehr. Es versteht sich also nach dem schon erörterten Sachverhalt, daß eine Rechtsordnung, wenigstens als eine geltende, nicht ohne jede tatsächliche Bestimmung bestehen kann. In der Rechtsgemeinschaft muß daher immer eine mehr oder weniger umfangreiche tatsächliche Einheit gegeben sein, in welcher sich die Mitglieder der Gemeinschaft in einem gewissen Grade der Rechtsordnung tatsächlich entsprechend verhalten. In diesem Sinn und innerhalb dieses Grades gibt es eben eine Beziehung zwischen Rechtsgemeinschaft und tatsächlicher Einheit. Kurz, die tatsächliche Einheit kann einerseits die Rechtsgemeinschaft in ihrer Allgemeinheit nicht begründen, während andererseits die letztere der ersteren nicht völlig entraten darf.

4. Die Völkerrechtsgemeinschaft

Diese Gemeinschaft ist die durch Völkerrechtsordnung begründete Rechtsgemeinschaft¹⁾. Darin sehen wir bloß einen besonderen Fall des allgemeinen Verhältnisses zwischen Rechtsgemeinschaft und Rechtsordnung. Wir müssen jetzt die Begründung dieser Gemeinschaft etwas eingehender erörtern.

Wie wir bei der Darstellung der Rechtsgemeinschaft im allgemeinen von der Geltung der Rechtsordnung ausgegangen sind, empfiehlt es sich auch hier, denselben Weg zu gehen. Daß auch das Verhältnis zwischen den verschiedenen Staaten durch gewisse Rechtsnormen geregelt ist, ist heute wohl kaum mehr zu bezweifeln. Gewiß gibt es auch jetzt noch Rechtsgelehrte, die dem sogenannten Völkerrecht die Rechtsnatur absprechen wollen. Aber alle hervorragenden Rechtsphilosophen unserer Zeit stimmen darin überein, daß das Völkerrecht als Recht anzuerkennen ist²⁾. Da dieses Problem überdies zum Gebiet der Rechts-

¹⁾ Darüber Verdross: a. a. O., S. 9.

²⁾ Als bedeutendste Rechtsphilosophen der Gegenwart mögen wir vielleicht Stammler und Kelsen nennen. Der erstere bejaht die Rechtsnatur des Völkerrechts ausdrücklich: Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 1922, S. 282, Anm. 2, S. 149; Theorie der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., 1923, S. 103, 256, 391, 413; Der Krieg und das Recht. Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge, II, 1925, S. 42. Nach Kelsen soll das Problem derart gestellt werden, ob und auf welche Weise das Völkerrecht in das einheitliche System allen Rechts eingebaut werden kann (Allgemeine Staatslehre, S. 124/25; Les rapports de système, S. 277). Dabei sind zwei verschiedene juristische Hypothesen möglich, von denen die eine die staatliche Rechtsordnung als höchste Ordnung (die Theorie vom Primat der staatlichen Rechtsordnung), die andere das Völkerrecht als eine noch über den Staaten stehende Ordnung

philosophie gehört, also nur von den Rechtsphilosophen befriedigend gelöst werden kann, wollen wir uns hier mit der Feststellung der Tatsache begnügen, daß die Frage nach der Rechtsnatur des Völkerrechts von allen bedeutenden Rechtsphilosophen der Gegenwart bejahend beantwortet worden ist.

Übrigens fehlt bei den unter den verschiedenen Staaten geltenden Rechtsnormen auch nicht der systematische Zusammenhang. Sie sind, ganz im Gegenteil, schon alle in einem einheitlichen System, d. h. in der Völkerrechtsordnung, zusammengefaßt und in sie eingeordnet. Es ist eines der wichtigsten Verdienste der Wiener Schule erkannt zu haben, daß die Einheit der mannigfaltigen Rechtsnormen darin besteht, daß sie letzten Endes auf ein und dieselbe Grundnorm zurückgeführt werden können und daß sie ihre Geltung ursprünglich aus dieser Grundnorm ableiten¹⁾. Diese Schule hat auch festgestellt, daß die Grundnorm der Völkerrechtsordnung der Satz „*pacta sunt servanda*“ ist, daß alle Völkerrechtsnormen letzten Endes auf diesen Satz als Grundnorm zurückgeführt werden. Dieser Auffassung soll hier vorbehaltlos beigegeben werden. Damit ist auch die Einheit der Völkerrechtsnormen als Rechtsordnung begründet und zugleich die Grundlage der Völkerrechtsgemeinschaft festgestellt.

(die Theorie vom Primat des Völkerrechts) voraussetzt. (Das Problem der Souveränität, S. 102 bis 314; *Les rapports de système*, S. 289 bis 320.) Zwischen ihnen zu wählen, sei aber aus den juristischen Gründen unmöglich. (Das Problem der Souveränität, S. 314 bis 320; *Rechtswissenschaft und Recht*, 1922, S. 104; *Allgemeine Staatslehre*, S. 128 bis 132; *Les rapports de système*, S. 313/14.) Gegen den letzten Punkt ist aber mit Verdroß zu bemerken, daß die betreffende Wahl wohl dadurch getroffen werden kann, daß man fragt, welche von ihnen befriedigend den Zusammenhang der erfahrungsmäßig gegebenen Völkerrechtsnormen untereinander und mit dem übrigen Recht garantieren kann. (Vgl. Verdroß: *Die Verfassung*, S. 18/19; *Die Einheit*, S. 84; auch Kunz: *Völkerrechtswissenschaft und Reine Rechtslehre*, 1923, S. 82/83; *On the Theoretical Basis of the Law of Nations*, *Transactions of the Grotius Society*, Bd. X, S. 138/39.) In dieser Richtung kann aber nur die Hypothese vom Primat des Völkerrechts die erforderliche Garantie leisten. (Vgl. Kunz: *Völkerrechtswissenschaft und Reine Rechtslehre*, S. 82/83; *On the Theoretical Basis of the Law of Nations*, S. 139/40.) Auch ich habe das Problem eingehend behandelt in der japanisch geschriebenen Abhandlung: *Das logische Verhältnis zwischen dem Völkerrecht und der staatlichen Rechtsordnung*, Festgabe für Prof. Yamada. Auch Kelsen selbst scheint übrigens dieser Ansicht zuzuneigen. (Vgl. *Das Problem der Souveränität*, S. 190, 317, 320; *Allgemeine Staatslehre*, S. 128, 132; *Les rapports de système*, S. 294, 326.)

¹⁾ Vgl. Kelsen: *Das Problem der Souveränität*, S. 115; *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, S. 94, 101/02; *Allgemeine Staatslehre*, S. 98/99, 104, 249/50; *Les rapports de système*, S. 263 bis 265; *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, 1928, S. 12/13, 17; Merk1: *Die Lehre von der Rechtskraft*, 1923, S. 279ff.; Verdroß: *Die Einheit*, S. 59; *Die Verfassung*, S. 11/12, 43 bis 47.

Durch die Völkerrechtsordnung wird das Verhalten der Völkerrechtssubjekte bestimmt, wie im allgemeinen das Verhalten der Menschen, genauer das der Personen, durch die Rechtsordnung bestimmt wird. Diese Bestimmung ist wieder eine zweifache, nämlich eine normative und eine tatsächliche. Einerseits werden die Völkerrechtssubjekte verpflichtet, sich der Völkerrechtsordnung entsprechend zu verhalten, andererseits aber verhalten sie sich völkerrechtgemäß, d. h. durch diese Ordnung motiviert und ihr tatsächlich entsprechend. Dabei ist auch hier nur die normative Bestimmung absolut, während die tatsächliche relativ ist, ganz wie es bei der Rechtsordnung im allgemeinen der Fall ist.

Auf Grund der Bestimmung des Verhaltens der Völkerrechtssubjekte durch die Völkerrechtsordnung wird eine Einheit begründet. Diese ist eine zweifache, zugleich normative und tatsächliche, wie es im allgemeinen bei der auf der Rechtsordnung beruhenden Einheit der Fall ist. Dabei ist wieder die normative allgemein, während die tatsächliche nur relativ, nur beschränkt ist.

Schließlich entsteht die Völkerrechtsgemeinschaft vermittels der auf der Völkerrechtsordnung beruhenden Einheit, wie im allgemeinen eine Rechtsgemeinschaft vermittels der auf einer Rechtsordnung beruhenden Einheit entsteht. Und zwar kann, obgleich in der Völkerrechtsgemeinschaft gleichzeitig eine normative und eine tatsächliche Einheit vorhanden sind, nur die erstere diese Gemeinschaft in ihrem allgemeinen Bereich begründen, während die letztere nur auf einen mehr oder weniger ausgedehnten Teil derselben beschränkt bleibt. Die Völkerrechtsgemeinschaft ist also unmittelbar nur in der normativen Einheit begründet. Der Umfang dieser Einheit deckt sich mit dem dieser Gemeinschaft selbst. Die tatsächliche Einheit hat dagegen unmittelbar mit der Begründung und Bestimmung des Bereichs der Völkerrechtsgemeinschaft nichts zu tun. Trotzdem kann diese jener nicht völlig entraten, ohne sich selbst aufzuheben.

In dieser Weise ist der Bestand der Völkerrechtsgemeinschaft notwendig von der Geltung der Völkerrechtsordnung aus erschlossen worden. Völkerrechtsgemeinschaft ist demnach jene Rechtsgemeinschaft, die durch die Völkerrechtsordnung begründet ist und die notwendig entsteht und besteht, wo überhaupt die Völkerrechtsordnung gilt.

II. Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft

In jeder Rechtsgemeinschaft muß es Rechtsnormen über ihre Organisation geben. Diese bilden in ihrer Gesamtheit die Verfassung oder das Verfassungsrecht. Die Verfassung ist unentbehrlich für jede Rechtsgemeinschaft, damit sie als solche entstehen und bestehen könne. Dasselbe gilt auch für die Völkerrechtsgemeinschaft. Wo es die Völkerrechtsgemeinschaft gibt, muß es gleichzeitig Rechtsnormen über ihre Organisation geben. Ohne diese kann jene keine Rechtsgemeinschaft mehr sein. Dieser Sachverhalt soll jetzt noch eingehend erörtert werden.

1. Die Verfassung der Rechtsgemeinschaft

Die Rechtsgemeinschaft ist eine Gemeinschaft von Menschen, welche durch die Rechtsordnung vereinigt, verbunden, organisiert sind. Daraus ergibt sich, daß dort notwendig eine Menge von Rechtsnormen über die Organisation der Gemeinschaft gegeben sein muß. Damit eine Rechtsgemeinschaft als solche bestehe, muß bestimmt werden, aus wem und wie sie organisiert ist. Diese Bestimmung ist nicht immer ausdrücklich festgesetzt und braucht es auch nicht zu sein. Sie kann auch stillschweigende Bestimmung sein. Die Rechtsgemeinschaft muß also ausdrücklich oder stillschweigend in ihrer Organisation bestimmt sein, weil sie sich sonst notwendig auflösen würde. Nun ist die Rechtsgemeinschaft eine durch die Rechtsordnung begründete Gemeinschaft. Darum müssen die Bestimmungen über ihre Organisation selbstverständlich Rechtsnormen sein. So erweist sich die Verfassung als ein notwendiger und unentbehrlicher Rechtsnormenkomplex über die Organisation einer Rechtsgemeinschaft.

Die Verfassung ist in der gesamten Rechtsordnung der betreffenden Rechtsgemeinschaft enthalten und bildet einen Teil derselben. In unserer Darstellung sind wir von der Geltung der Rechtsordnung ausgegangen, haben dann die Notwendigkeit des Bestehens der Rechtsgemeinschaft durch die Rechtsordnung begründet und schließlich die des Vorhandenseins der Verfassung als Inbegriff der Organisationsnormen der Rechtsgemeinschaft festgestellt. Das bedeutet aber freilich nicht ein Vorhandensein der Verfassung außerhalb des Rahmens der einheitlichen Rechtsordnung. Die Verfassung ist der Inbegriff der Rechtsnormen, welche die Organisation der Rechtsgemeinschaft bestimmen und als solche gehört sie zu der allgemeinen Rechtsordnung der betreffenden Gemeinschaft. In der Tat enthält die Rechtsordnung von Anfang an Rechtsnormen über die Organisation der Rechtsgemeinschaft, also ihre Verfassung; die Verfassung besteht von Anfang an innerhalb der Rechtsordnung und bestimmt die Organisation der Rechtsgemeinschaft.

Aus dem Gesagten ergibt sich noch, daß die Verfassung gleichzeitig mit der Rechtsordnung und somit auch mit der Rechtsgemeinschaft entsteht. Das Verhältnis zwischen der Rechtsordnung und der Rechtsgemeinschaft oder zwischen der letzteren und der Verfassung ist aber immer der rein logische Zusammenhang und bedeutet keineswegs eine zeitliche Aufeinanderfolge. Logisch geht die Rechtsordnung der Rechtsgemeinschaft voran. Zeitlich aber entstehen die beiden zugleich. Dasselbe gilt auch für das Verhältnis zwischen der Rechtsgemeinschaft und ihrer Verfassung. Zeitlich entstehen beide zugleich. Die Verfassung entsteht also als ein Teil der ganzen Rechtsordnung in dem Augenblick, in welchem die Rechtsgemeinschaft entsteht.

Das eben erklärte Verhältnis zwischen Rechtsgemeinschaft und ihrer Verfassung kann am klarsten als das zwischen Staat und seiner Verfassung nachgewiesen werden. Zweifellos ist der Staat eine Rechtsgemeinschaft. Er ist sogar die entwickelteste und die typischste unter

den Rechtsgemeinschaften. Nun, die Verfassung oder das Organisationsrecht dieser Rechtsgemeinschaft ist die Verfassung im materiellen Sinne. Man unterscheidet gewöhnlich die Verfassung im materiellen Sinne von der im formellen Sinne¹⁾. Da man unter jener die Normen versteht, die sich auf die Grundzüge der Organisation des Staates beziehen, entspricht sie gerade der Verfassung in unserem Sinne. Wenn man nun das Verhältnis zwischen Staat und Verfassung im materiellen Sinne betrachtet, so erkennt man sogleich, daß die beiden aus einem notwendigen Zusammenhang heraus gleichzeitig entstehen, daß der Staat als eine Rechtsgemeinschaft nur so weit entsteht, als seine Organisation bestimmt wird, d. h. als die Bestimmung entsteht, aus welchen Personen und in welcher Weise er organisiert sein soll, kurz, als die Verfassung im materiellen Sinn entsteht. Wie Jellinek sagt: „Notwendig hat jeder Staat eine Verfassung. Ein verfassungsloser Staat wäre Anarchie. Selbst den ‚Willkürstaaten‘ im antiken Sinn ist sie zu eigen“²⁾. Dieses Verhältnis zwischen Staat und Verfassung ist bloß ein spezieller Fall des allgemeinen Verhältnisses zwischen Rechtsgemeinschaft und ihrem Organisationsrecht, d. h. ihrer Verfassung. Wenn also die Verfassung des Staates gleichzeitig mit dem Staat entsteht oder entstehen muß, dann muß auch im allgemeinen jede Verfassung mit der Rechtsgemeinschaft gleichzeitig entstehen.

2. Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft

Wie im allgemeinen einer Rechtsgemeinschaft ihre Verfassung eigen ist, so auch der Völkerrechtsgemeinschaft. Auch bei dieser muß bestimmt werden, aus welchen Personen sie besteht und auf welche Weise sie organisiert ist. Anderenfalls wäre sie keine Rechtsgemeinschaft mehr. Gewiß sind diese Bestimmungen nicht immer ausdrücklich, brauchen es aber auch gar nicht zu sein. Auch als stillschweigende müssen sie doch immer da sein. Wenn die Völkerrechtsgemeinschaft keine ausdrücklichen Bestimmungen über ihre Organisation hat, bedeutet das daher noch nicht, daß ihr Organisationsnormen überhaupt fehlen, sondern nur, daß die betreffenden Normen nicht geschrieben sind, daß sie kein ausdrückliches, sondern ein stillschweigendes Dasein führen. Ohne Zweifel sind also die Organisationsnormen der Völkerrechtsgemeinschaft Rechtsnormen, wie ja diese Eigenschaft den Organisationsnormen der Rechtsgemeinschaft im allgemeinen notwendig eigen ist. Damit ist die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft als Inbegriff der Organisationsnormen dieser Gemeinschaft theoretisch begründet.

Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft bildet einen Teil der gesamten Völkerrechtsordnung. Sie besteht nicht etwa außerhalb dieser Rechtsordnung, denn in dieser Rechtsordnung sind von vornherein

¹⁾ Vgl. Jellinek: Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 1922, S. 506 bis 508. Meyer: Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Aufl., 1919, S. 57. Kelsen: Allgemeine Staatslehre, S. 252/53.

²⁾ Allgemeine Staatslehre, S. 505.

Normen gegeben, welche sich auf die Organisation der Völkerrechtsgemeinschaft beziehen. Gerade diese Normen bilden die hier in Frage stehende Verfassung.

Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft entsteht gleichzeitig mit der Völkerrechtsordnung und daher auch mit der Völkerrechtsgemeinschaft. Es entstehen weder die Völkerrechtsordnung noch die Völkerrechtsgemeinschaft vor der Verfassung dieser Gemeinschaft, sondern alle zur selben Zeit.

III. Das System der Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft

Wie oben erörtert wurde, bestimmt die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, aus welchen Personen und auf welche Weise diese Gemeinschaft organisiert ist. Daraus ergibt sich, daß sie sich in das Recht über die Mitgliedschaft und das über die Organisation selbst, d. i. Organisation im engeren Sinne, scheidet. Denn die Rechtsnormen darüber, aus welchen Personen sich diese Gemeinschaft organisiert, bilden das Mitgliedschaftsrecht im objektiven Sinne, während die Normen, welche die Art und Weise der Organisation dieser Gemeinschaft regeln, das Organisationsrecht im engeren Sinne ausmachen. Beides wollen wir in diesem Kapitel eingehender erörtern.

1. Das Mitgliedschaftsrecht

Schon im allgemeinen gehört das Recht der Mitgliedschaft bei einer Rechtsgemeinschaft zu ihrer Verfassung. Da nun die Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft zugleich die Personen sind, aus welchen diese Gemeinschaft organisiert ist, gehört das Recht der Mitgliedschaft selbstverständlich und notwendig zur Verfassung. Dasselbe gilt auch für das Recht der Mitgliedschaft bei der Völkerrechtsgemeinschaft. Da die Mitglieder dieser Gemeinschaft zugleich auch die Personen sind, aus welchen diese Gemeinschaft organisiert ist, gehört das Mitgliedschaftsrecht dieser Gemeinschaft selbstverständlich und zwingend zur Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft.

Das Mitgliedschaftsrecht einer Rechtsgemeinschaft bilden jene Rechtsnormen, die sich auf die Persönlichkeit oder Subjektivität der betreffenden Rechtsordnung beziehen. Daß jemand Mitglied einer Rechtsgemeinschaft ist, bedeutet, daß er der Rechtsordnung dieser Gemeinschaft unterworfen, also Träger der in dieser Rechtsordnung vorgeschriebenen Rechte und Pflichten ist. Er bildet, mit anderen Worten, als Zurechnungspunkt dieser Rechte und Pflichten Person oder Subjekt dieser Rechtsordnung¹⁾. Die Mitgliedschaft der Rechtsgemeinschaft bedeutet daher letzten Endes nichts anderes als Persönlichkeit oder Subjektivität der Rechtsordnung. Das ist auch der Fall bei der Mitglied-

¹⁾ Vgl. Kelsen: Hauptprobleme, S. 518 bis 520; Das Problem der Souveränität, S. 9, 20, 108/09; Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, S. 134, 234; Allgemeine Staatslehre, S. 63/64.

schaft der Völkerrechtsgemeinschaft. Aus ebendenselben Gründen ist diese auch nichts anderes als Persönlichkeit oder Subjektivität der Völkerrechtsordnung. Das Mitgliedschaftsrecht der Völkerrechtsgemeinschaft bilden daher letzten Endes jene Normen, die sich auf die Persönlichkeit oder Subjektivität der Völkerrechtsordnung beziehen.

2. Das Organisationsrecht

Zur Verfassung einer Rechtsgemeinschaft gehören weiter die Rechtsnormen über die Organisation selbst, d. i. über die Organisation im engeren Sinne. Wie schon erörtert wurde, bestimmt die Verfassung, aus welchen Personen und auf welche Weise die Rechtsgemeinschaft organisiert ist. Nun, die Rechtsnormen, die die Art und Weise der Organisation betreffen, sind ohne Zweifel die der Organisation selbst. Diese Organisation selbst nennen wir auch die Organisation im engeren Sinne. Sie wird der Organisation im weiteren Sinne gegenübergestellt, worunter die Organisation überhaupt, d. h. nicht nur das „wie“, sondern auch das „wer“, nicht allein die Art der Organisation, sondern auch ihre persönliche Konstruktion verstanden werden sollen. Den Inbegriff der Rechtsnormen über die erwähnte Organisation im engeren Sinne kann man wohl das Organisationsrecht nennen. Das Gesagte gilt zweifellos auch für die Rechtsnormen über die Organisation der Völkerrechtsgemeinschaft. Sie gehören nämlich als ein Komplex rechtlicher Bestimmungen über Organisation im engeren Sinne, als Organisationsrecht, wesentlich zur Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft.

Die Organisation im engeren Sinne bedeutet am Ende nichts anderes als die Form oder das Verfahren der Tätigkeiten der betreffenden Gemeinschaft. Denn sie wird keineswegs willkürlich oder phantastisch erzeugt, sondern ist immer da, wo irgendeine Tätigkeit der Gemeinschaft als solche gegeben ist, und zwar als Form, als Verfahren dieser Tätigkeit. Es ist ja schlechthin unmöglich, eine Organisation aufzufinden, die weder Form noch Verfahren der Tätigkeit der Gemeinschaft bedeutet. Das eben Gesagte gilt nun natürlich auch für die Organisation der Rechtsgemeinschaft. Auch sie ist am Ende die Form oder das Verfahren der Tätigkeiten dieser Gemeinschaft. Sie wird damit immer und nur da erzeugt, wo irgendeine Tätigkeit der Rechtsgemeinschaft gegeben wird, und zwar als Form oder Verfahren dieser Tätigkeit. Das Organisationsrecht ist also nichts anderes als die Summe aller rechtlichen Bestimmungen über die Form oder das Verfahren der Tätigkeiten der Rechtsgemeinschaft.

Die Tätigkeiten einer Rechtsgemeinschaft werden ausgeübt, um die Zwecke dieser Gemeinschaft zu verfolgen. Diese Zwecke sind selbstverständlich verschieden und mannigfaltig. Sie sind nicht nur verschieden bei verschiedenen Rechtsgemeinschaften, sondern auch zu verschiedenen Zeiten bei derselben Rechtsgemeinschaft. Ja noch mehr! Selbst zu derselben Zeit und bei derselben Rechtsgemeinschaft sind sie zahlreich und mannigfach. So vielfältig und wechselnd sie aber auch sind, werden sie doch immer und nur mittels der Rechts-

ordnung verwirklicht. Diese Zwecke werden zunächst als solche, d. h. als Zwecke der Rechtsgemeinschaft, dadurch anerkannt, daß man sie zum Inhalt von Rechtsnormen macht und dann dadurch verwirklicht, daß diese Rechtsnormen vollzogen werden. Ja, wenn die Rechtsgemeinschaft einen Zweck verfolgen will, setzt sie zunächst die Rechtsnormen, welche bestimmen, was er sein und wie er verwirklicht werden soll¹⁾. Damit wird ein Zweck der Rechtsgemeinschaft als solcher anerkannt und auch das Verfahren bestimmt, wodurch er verwirklicht werden soll. Der Zweck und das Mittel erscheinen als Inhalte der Rechtsnormen. Wenn nun diese Rechtsnormen vollzogen werden, so werden ihre Zwecke verwirklicht. Da aber diese Inhalte nichts anderes als Zwecke der Rechtsgemeinschaft sind, ist ihre Verwirklichung die der Zwecke dieser Gemeinschaft selbst. Kurz, die Zwecke der Rechtsgemeinschaft werden immer mittels der Rechtsordnung, d. h. mittels der Setzung und Vollziehung von Rechtsnormen verfolgt²⁾. Da andererseits die Tätigkeiten der Rechtsgemeinschaft immer für die Zwecke dieser Gemeinschaft ausgeübt werden, treten sie letzten Endes immer als Setzung und Vollziehung der Rechtsordnung auf.

¹⁾ Der Zweck ist gewiß nicht immer im Text der Rechtsnormen ausgedrückt. Aus gesetzgebungstechnischen Gründen ist gewöhnlich nur das Mittel oder Verfahren, wodurch der Zweck verfolgt werden soll, ausdrücklich bestimmt. Eine Rechtssetzung ohne jeden Zweck ist aber undenkbar. Wo eine Rechtsnorm gesetzt wird, da ist immer ein Zweck vorhanden, sei es auch stillschweigend. Vgl. darüber Jellinek: Allgemeine Staatslehre, S. 234.

²⁾ Es ist daher nicht richtig, die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung als Zweck der Rechtsgemeinschaft neben andere, Inhalte der Rechtsordnung darstellende Zwecke zu setzen. Darum können wir nicht der herrschenden Staatslehre beipflichten, die die Aufrechterhaltung des Rechtes als Zweck des Staates neben andere Zwecke stellen will. Nach Jellinek sind z. B. Schutzgewährung, Rechtsbewahrung und Kulturförderung als ausschließliche Staatszwecke bezeichnet. (Allgemeine Staatslehre, S. 255 bis 263; Gesetz und Verordnung, 1887, S. 214.) Die Schutzgewährung oder Kulturförderung wird aber nur mittels der Rechtsordnung, nur durch Setzung und Vollziehung der Rechtsordnung verfolgt, wenn sie überhaupt vom Staate, von der Rechtsgemeinschaft verfolgt wird (vgl. Kelsen: Allgemeine Staatslehre, S. 42/43, 237, 242; Burekhardt: Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, S. 133 bis 136, 1927.) Andererseits wird die Rechtsordnung keineswegs um ihretwillen, sondern immer um der Schutzgewährung, Kulturförderung oder anderer Zwecke willen aufrechterhalten. Kurz, die Rechtsordnung ist das spezifische Mittel der Rechtsgemeinschaft zur Schutzgewährung oder Kulturförderung. Diesen Sachverhalt hat auch Duguit klar erkannt: „En effet, ... l'Etat ne poursuit en réalité qu'un seul but, un but complexe sans doute, mais un but unique que je définis en disant que l'Etat est obligé par le droit de poursuivre le développement de la culture du peuple par le droit et conformément au droit“ (Traité de droit constitutionnel, 2. Aufl., 2. Bd., S. 235, 1923). „En un mot, toutes les fois que l'Etat intervient en vue d'un service public, il exerce une fonction juridique“ (S. 135).

Da die Tätigkeiten der Rechtsgemeinschaft immer als Setzung oder Vollziehung der Rechtsordnung auftreten, wie eben erörtert wurde, ist die Form oder das Verfahren dieser Tätigkeiten selbstverständlich die Form oder das Verfahren der Setzung und Vollziehung der Rechtsordnung. Da die Organisation im engeren Sinne in der Form oder dem Verfahren der Tätigkeiten besteht, wie auch schon erörtert wurde, besteht sie letzten Endes in der Form oder dem Verfahren der Setzung und Vollziehung der Rechtsordnung. Es ergibt sich daher, daß das Organisationsrecht eben als Komplex der Rechtsnormen über die Organisation der Rechtsgemeinschaft nichts anderes ist als das Recht über die Form oder das Verfahren, kurz das Verfahrensrecht der Setzung und Vollziehung der Rechtsordnung.

All das oben Gesagte gilt auch für das Organisationsrecht der Völkerrechtsgemeinschaft. Zunächst besteht die Organisation selbst dieser Gemeinschaft in der Form oder dem Verfahren der Tätigkeiten der Völkerrechtsgemeinschaft. Sie wird immer und nur da erzeugt, wo irgendeine Tätigkeit dieser Gemeinschaft gegeben ist, und zwar eben als deren Form oder Verfahren. Das Organisationsrecht der Völkerrechtsgemeinschaft ist also das Recht der Form oder des Verfahrens der Tätigkeiten dieser Gemeinschaft. Andererseits treten diese Tätigkeiten immer als Setzung und Vollziehung der Völkerrechtsordnung auf, mögen ihre Zwecke auf den ersten Blick hin noch so mannigfaltig sein. Die Form oder das Verfahren der Tätigkeiten der Völkerrechtsgemeinschaft bedeutet daher die Form oder das Verfahren der Setzung und Vollziehung der Völkerrechtsordnung. Als letztes Ergebnis wird bestätigt, daß die Organisation selbst der Völkerrechtsgemeinschaft nichts anderes ist als die Form oder das Verfahren der Setzung und Vollziehung der Völkerrechtsordnung, daß also das Organisationsrecht letzten Endes das Recht der Form oder des Verfahrens, kurz das Verfahrensrecht der Setzung und Vollziehung der Völkerrechtsordnung bedeutet.

3. Das völkerrechtliche Setzungsrecht

Es ist nun bestätigt, daß das Organisationsrecht der Völkerrechtsgemeinschaft aus Rechtsnormen über die Form oder das Verfahren der Setzung und Vollziehung der Völkerrechtsordnung besteht. Die Rechtsnormen über die Form oder das Verfahren der Setzung der Völkerrechtsordnung nennen wir hier das völkerrechtliche Setzungsrecht. Es bildet die Hälfte des Organisationsrechtes der Völkerrechtsgemeinschaft. Die andere Hälfte bildet das Recht der Form oder des Verfahrens der Vollziehung der Völkerrechtsordnung, kurz das völkerrechtliche Vollziehungsrecht.

Im allgemeinen bedeutet die Rechtssetzung, daß neue Rechtsnormen gesetzt, geschaffen, erzeugt werden. Sie umfaßt alle Fälle, wo überhaupt irgendeine Rechtsnorm entsteht. Es kommt nicht im geringsten darauf an, in welcher Form oder durch welches Verfahren

sie entsteht. In welcher Form sie auch entstehen, in welchem Verfahren sie auch erzeugt werden mag, es ändert sich doch nichts daran, daß eine neue Rechtsnorm entsteht, daß eine bisher nicht vorhandene Rechtsnorm erzeugt wird. Das gilt unbedingt auch für die Völkerrechtssetzung. Sie bedeutet auch, daß neue Völkerrechtsnormen erzeugt werden. Sie umfaßt alle Fälle, in welchen irgendeine Völkerrechtsnorm neu entsteht. Dabei kommt es nicht auf die Form oder das Verfahren ihrer Entstehung an.

Der Begriff der Setzung der Rechtsordnung in unserem Sinn entspricht ungefähr dem der Gesetzgebung im gewöhnlichen Sinne. Gewiß stimmen sie nicht völlig überein. Denn unter Setzung wird jede Art von Rechtserzeugung verstanden, während unter Gesetzgebung nur eine bestimmte Art der Rechtserzeugung, d. h. bewußte, ausdrückliche Setzung, Satzung der Rechtsnormen verstanden wird. Die Gesetzgebung als bewußte, ausdrückliche Rechtssetzung ist aber das vollendetste aller Rechtserzeugungsverfahren und umfaßt den allergrößten Teil der Rechtserzeugung in den modernen Staaten. Ja, je vollendeter eine Rechtsgemeinschaft ausgebildet ist, desto mehr werden die Rechtsnormen durch Gesetzgebung erzeugt. Darum entspricht der Begriff der Rechtssetzung ungefähr, wenn auch nicht völlig, dem der Gesetzgebung im gewöhnlichen Sinne. Das Gesagte gilt zum größten Teil auch für die Setzung der Völkerrechtsordnung. Nur ist in der Völkerrechtsordnung der Anteil der Gesetzgebung an der Rechtserzeugung kein so bedeutender, wie dies bei den modernen Staatsordnungen der Fall ist. Im übrigen ist aber der Sachverhalt der gleiche. Denn das vollendetste aller Völkerrechtserzeugungsverfahren ist auch wieder die Gesetzgebung und je vollendeter die Völkerrechtsgemeinschaft ausgebildet ist, desto mehr werden die Völkerrechtsnormen durch Gesetzgebung erzeugt.

4. Das völkerrechtliche Vollziehungsrecht

Wie schon erörtert wurde, bildet das völkerrechtliche Vollziehungsrecht die andere Hälfte des Organisationsrechtes der Völkerrechtsgemeinschaft. Nun, das Wesen der Rechtsvollziehung besteht darin, daß die Rechtsnormen schlechthin angewandt, daß sie einfach mit der Wirklichkeit in Beziehung gebracht werden, daß dabei keine neuen Rechtsnormen erzeugt werden. Es ist ja das positive Merkmal der Rechtsvollziehung, daß die Rechtsnormen schlechthin mit der Wirklichkeit in Beziehung gebracht werden, das negative Merkmal dagegen, daß damit keine neuen Rechtsnormen erzeugt werden. Dabei kommt es nicht im geringsten in Betracht, in welcher Form oder mittels welchen Verfahrens die Rechtsnormen angewandt, d. h. mit der Wirklichkeit in Beziehung gebracht werden. In welcher Form sie auch angewandt werden mögen, durch welches Verfahren auch ihre Beziehung zur Wirklichkeit hergestellt werden mag, es ändert doch nichts daran, daß sie mit der Wirklichkeit in Beziehung gebracht werden und daß dabei keine neuen

Rechtsnormen erzeugt werden. Das gilt auch für die Völkerrechtsvollziehung. Auch ihr Wesen besteht darin, daß die Völkerrechtsnormen mit der Wirklichkeit in Beziehung gebracht werden und daß damit keine neuen Völkerrechtsnormen erzeugt werden. Dabei kommt es nicht im geringsten auf die Form oder das Verfahren ihrer Anwendung an.

Die Rechtsvollziehung in unserem Sinn umfaßt die Verwaltung und Rechtsprechung im gewöhnlichen Sinne, weil das Wesen dieser beiden in der einfachen Anwendung der Rechtsnormen besteht. Nach der herrschenden Staatslehre aber werden Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung als drei wesensverschiedene Gewalten oder Funktionen angesehen. Die Theorie der Dreiteilung der Staatsgewalten kann heute schon als überwunden angesehen werden¹⁾, die der Dreiteilung der Staatsfunktionen ist dagegen auch heute noch allgemein anerkannt²⁾. Zum mindesten nimmt man Verwaltung und Rechtsprechung als zwei grundverschiedene Funktionen an. In Wahrheit aber sind sie das gar nicht, denn sie sind alle beide letzten Endes nichts anderes als Vollziehung der Rechtsordnung, als welche sie natürlich wesensgleich sind.

Die Verwaltung hat beide Merkmale der Rechtsvollziehung, das positive und das negative. Zunächst bringt sie die Rechtsnormen mit der Wirklichkeit in Beziehung. Das erfolgt entweder durch Herbeiführung von rechtmäßigen Wirklichkeiten oder durch Subsumtion der gegebenen Wirklichkeiten unter Rechtsnormen. In jedem Falle werden die Rechtsnormen mit der Wirklichkeit in Beziehung gebracht, worin gerade das positive Merkmal der Rechtsvollziehung erblickt wird. Andererseits erzeugt die Verwaltung keine neuen Rechtsnormen. Die Rechtsnormen selbst sind schon vorher da. Sie werden nur mit der Wirklichkeit in Beziehung gebracht. Es werden weder neue Rechtsnormen dabei geschaffen, noch die schon vorhandenen Normen verändert. Die Verwaltung hat daher auch das negative Merkmal der Rechtsvollziehung. Sowohl positiv als negativ ist darum die Verwaltung eine Rechtsvollziehung im strengsten Sinne des Wortes³⁾.

¹⁾ Vgl. Jellinek: Allgemeine Staatslehre, S. 607.

²⁾ Vgl. Jellinek: a. a. O.; Duguit: a. a. O., S. 136/37.

³⁾ Man könnte dagegen, daß in der Verwaltung immer die Rechtsvollziehung erblickt werden soll, einwenden. Die herrschende Staatslehre will eine freie, durch keine Rechtsregel bestimmte, d. h. nicht rechtsvollziehende Tätigkeit des Staates wenigstens in einem Teil der Verwaltung erblicken. Diesen Teil der Verwaltung nennt Jellinek „die Regierung“. (Allgemeine Staatslehre, S. 616 bis 621; Gesetz und Verordnung, S. 220/21. Vgl. auch Laband: Staatsrecht des Deutschen Reiches, 4. Aufl., II, S. 164; Anschütz: Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz, 1891, S. 53.) In Wahrheit aber ist selbst die Regierung keine rechtsfreie, keine durch Rechtsregeln unverbundene Tätigkeit. Nur sind die dabei zu vollziehenden Rechtsnormen sogenannte Blankettnormen, die nicht vollständig Tatbestände der Regierung bestimmen, sondern den Staatsorganen ein weitgehendes freies Ermessen einräumen. Nur dieses freien Ermessens wegen scheint die Regierung eine freie Tätigkeit

Auch die Rechtsprechung hat beide Merkmale der Rechtsvollziehung, d. h. das positive und das negative. Zunächst bringt auch sie die Rechtsnormen mit der Wirklichkeit in Beziehung. In der Rechtsprechung wird zuerst festgestellt, ob die gegebene Wirklichkeit, die gegebene Tatsache den in den Rechtsnormen bestimmten Tatbeständen entspricht, ob sie die in den Rechtsnormen vorgesehene Wirklichkeit oder Tatsache ist. Wenn diese Frage bejaht wird, dann knüpft der Akt der Rechtsprechung an diese gegebene Wirklichkeit die in den Rechtsnormen vorgesehenen Rechtsfolgen. Alles das bedeutet offenbar, daß Rechtsnormen mit der Wirklichkeit in Beziehung gebracht werden und gerade in dieser Beziehung besteht das positive Merkmal der Rechtsvollziehung. Andererseits erzeugt die Rechtsprechung keine neue Rechtsnorm. Die Rechtsnormen selbst sind schon vorher da und nach der Rechtsprechung bleiben sie doch auch ganz dieselben wie vorher. Weder Veränderung der schon vorhandenen Rechtsnormen noch Erzeugung von neuen! Und eben darin wird das negative Merkmal der Rechtsvollziehung erblickt. Sowohl positiv als negativ ist also die Rechtsprechung eine Rechtsvollziehung im strengen Sinne des Wortes.

Kurz, Verwaltung und Rechtsprechung sind alle beide in ihrem Wesen nichts anderes als Rechtsvollziehung. Als solche sollen sie daher zusammengesetzt und der Rechtssetzung gegenübergestellt werden¹⁾.

zu sein. Wenn die Staatsorgane aber nach ihrem freien Ermessen handeln, weil es von Rechtsnormen eingeräumt, ja sogar gefordert ist, so handeln sie doch gerade rechtmäßig, d. h. sie vollziehen die Rechtsnormen, ihnen streng entsprechend. Selbst die Regierung ist also nichts anderes als Vollziehung von Rechtsnormen und keineswegs eine rechtsfreie, durch keine Rechtsregel verbundene Tätigkeit (vgl. Kelsen: Hauptprobleme, S. 491 bis 494; Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft. Arch. f. öff. Recht, 1913, S. 74; Allgemeine Staatslehre, S. 243 bis 245; Burckhardt: Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, S. 43 bis 45). Wenn keine Rechtsnormen wirklich gegeben wären, wenn die Regierung nicht auf Grund der Rechtsnormen, d. h. nicht als Rechtsvollziehung, erfolgte, könnte man sie nicht als Tätigkeit des Staates, als Handlung der Rechtsgemeinschaft ansehen. Denn die Handlungen der Menschen können nur in bezug auf die Rechtsnormen als die des Staates angesehen werden (vgl. Kelsen: Hauptprobleme, S. 75 bis 77, 82; Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, S. 54 bis 57; Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, S. 74/75; Verdross: Zur Konstruktion des Völkerrechts, Zeitschr. f. Völkerrecht, 8. Bd., 1914, S. 339, 348.)

¹⁾ Dagegen will Kelsen in der Verwaltung und Rechtsprechung eine Konkretisierung oder Individualisierung der generellen Rechtsnormen, d. h. eine ausführende, weitergehende Gesetzgebung erblicken (vgl. z. B. Allgemeine Staatslehre, S. 233 bis 235, 236.) Die Individualisierung der generellen Rechtsnormen selbst muß man aber davon unterscheiden, daß diese schlechthin mit der Wirklichkeit in Beziehung gebracht werden. Bei jener werden neue Normen erzeugt. Sie ist gewiß eine ausführende Gesetzgebung. Im letzteren Fall aber werden keine neuen Normen erzeugt. Die schon vorhandenen Normen werden nur einfach mit der Wirklichkeit in Beziehung gebracht, wie oben eingehend dargestellt wurde.

Andererseits aber gibt es einen wichtigen Unterschied zwischen Verwaltung und Rechtsprechung. Sie sind nämlich in Bezug auf die Form oder das Verfahren der Rechtsvollziehung voneinander sehr verschieden. Bei der Rechtsprechung gibt es immer einen Rechtsstreit. Das Gericht steht den über Tatbestand und Recht streitenden Parteien als Dritter gegenüber und entscheidet den Streit, d. h. wendet bestimmte Rechtsnormen an. Überdies wird die Entscheidung gemäß der sehr eingehend bestimmten Prozeßordnung gefällt. Bei der Verwaltung dagegen gibt es keinen Rechtsstreit, auch keinen Dritten, der über den streitenden Parteien steht. Die Rechtsnormen werden daher hier sozusagen von der einen Partei, d. h. von der Verwaltungsbehörde, angewandt. Dazu gibt es noch kein eingehend bestimmtes Verfahren, gemäß welchem diese Behörde die Rechtsnormen anwenden soll. Wegen dieser Verschiedenheiten mag man wohl Verwaltung und Rechtsprechung relativ, wenn auch nicht prinzipiell, als zwei Abteilungen der Rechtsvollziehung unterscheiden.

All das oben Gesagte gilt auch für die Völkerrechtsvollziehung. Diese umfaßt ebenso die völkerrechtliche Verwaltung wie die völkerrechtliche Rechtsprechung, wobei die letztere gewöhnlich in der Form der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit auftritt. Beide erzeugen nicht neue Völkerrechtsnormen, sondern bringen nur die schon vorher vorhandenen Normen mit der Wirklichkeit in Beziehung. Sowohl positiv als auch negativ sind sie daher die Völkerrechtsvollziehung und sollen als solche zusammengesetzt und der Völkerrechtssetzung gegenübergestellt werden. Andererseits aber sind völkerrechtliche Verwaltung und Rechtsprechung in Bezug auf Form oder Verfahren der Vollziehung voneinander ziemlich verschieden und gerade seit letzter Zeit macht sich diese Verschiedenheit noch immer klarer bemerkbar. Sie mögen daher wohl relativ, wenn auch nicht prinzipiell, als zwei Abteilungen der Völkerrechtsvollziehung unterschieden werden.

Das System der Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft ist damit in seinen Grundzügen theoretisch aufgebaut. Der Veranschaulichung wegen stellen wir es skizzenhaft in folgender Weise dar. Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft besteht aus dem Mitgliedschaftsrecht und dem Organisationsrecht. Das erstere ist die Summe der Rechtsnormen betreffend die Völkerrechtssubjekte. Das letztere sind die Normen über die Organisation selbst der Völkerrechtsgemeinschaft. Dieses besteht wieder aus dem völkerrechtlichen Setzungsrecht und aus dem völkerrechtlichen Vollziehungsrecht. Das erstere entspricht ungefähr dem völkerrechtlichen Gesetzgebungsrecht. Das letztere besteht wiederum aus dem völkerrechtlichen Verwaltungsrecht und dem völkerrechtlichen Rechtsprechungsrecht. Im ganzen besteht also die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft aus vier Gruppen von Völkerrechtsnormen, betreffend die Völkerrechtssubjekte, die völkerrechtliche Rechtssetzung, die völkerrechtliche Verwaltung und die völkerrechtliche Rechtsprechung.

IV. Die Probleme der Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft

Das System der Verfassung ist die Ordnung, in welcher sich die Probleme der Verfassung anordnen. Die sich auf die Organisation der Völkerrechtsgemeinschaft beziehenden Probleme haben miteinander einen organischen Zusammenhang. Sie müssen sich also in der Weise anordnen, daß der immanente Zusammenhang unter ihnen nicht zerstört wird. Was dies ermöglicht, ist gerade das System der Verfassung, welches nach der Eigenschaft der Verfassung konstruiert ist. Mit diesem System sind wir nun imstande, die Probleme der Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft einheitlich anzuordnen.

1. Die Probleme des Mitgliedschaftsrechtes

Das Mitgliedschaftsrecht ist letzten Endes der Inbegriff der Rechtsnormen über die Persönlichkeit oder Subjektivität der Völkerrechtsordnung, d. h. über die Völkerrechtssubjekte. Die Probleme des Mitgliedschaftsrechtes sind also die sich auf die Völkerrechtssubjekte beziehenden Probleme. Sie bestehen aus dem Problem des Umfanges der Völkerrechtssubjekte und dem der Veränderung des Zustandes der Völkerrechtssubjekte. Zum ersteren gehören die Fragen, wer die völkerrechtliche Persönlichkeit besitzt, wer Völkerrechtssubjekt ist. Auch die Frage nach dem Umfange der Völkerrechtsgemeinschaft kommt hier in Betracht, denn sie bedeutet nichts anderes als die Frage nach der Gesamtheit der Völkerrechtssubjekte. Zum zweiten gehören die Fragen über Entstehung und Untergang des Staates, über völkerrechtliche Anerkennung des Staates, Veränderung der Staats- und Regierungsformen usw. Diese Fragen können wir hier nicht eingehend behandeln. Wir müssen uns mit der Feststellung begnügen, daß alle gewöhnlich in den Lehrbüchern des Völkerrechts in der Abteilung über die Völkerrechtssubjekte behandelten Fragen solche des Mitgliedschaftsrechtes der Völkerrechtsgemeinschaft sind.

2. Die Probleme des völkerrechtlichen Setzungsrechtes

Man kann überhaupt zwei sehr verschiedene Formen oder Verfahren der Völkerrechtssetzung unterscheiden. Die eine Form ist eine bewußte und ausdrückliche, die andere eine unbewußte und stillschweigende. Jene ist die Gesetzgebung, diese die Gewohnheit.

Es ist kein Zweifel, daß Völkerrechtsnormen durch die Gewohnheit geschaffen werden. Ja, diese war sogar bis vor kurzem das hauptsächlichste Verfahren bei der Entstehung der Völkerrechtsnormen. Der größte Teil dieser Normen ist nämlich bisher durch die Gewohnheit geschaffen worden. Somit ist das Verfahren der Rechtssetzung durch die völkerrechtliche Gewohnheit eines der Probleme des völkerrechtlichen Setzungsrechtes.

Die völkerrechtliche Gesetzgebung erfolgt durch den Abschluß der allgemeinen Verträge. Man könnte dagegen die Frage auf-

werfen, ob man den Abschluß der allgemeinen Verträge als Form oder Verfahren der völkerrechtlichen Gesetzgebung auch wirklich ansehen kann. Dieser Einwand beruht hauptsächlich darauf, daß es keine spezifischen Gesetzgebungsorgane in der Völkerrechtsgemeinschaft gibt, daß die Verträge meistens der Ratifikation bedürfen, daß sie nur die Vertragsteile verbinden. Diese Umstände sind aber nur Besonderheiten der Form oder des Verfahrens der völkerrechtlichen Gesetzgebung. Sie bedeuten nämlich nur, daß die Völkerrechtsnormen nicht von den spezifischen Gesetzgebungsorganen gesetzt werden, daß die Ratifikation als Verfahren der völkerrechtlichen Gesetzgebung gefordert ist, daß die allgemeingültigen Völkerrechtsnormen nur mit Zustimmung aller Mitglieder der Völkerrechtsgemeinschaft entstehen können. Diese Besonderheiten des Verfahrens der Gesetzgebung ändern aber gar nichts an dem Umstand, daß eine bewußte und ausdrückliche Setzung neuer Rechtsnormen immer eine Gesetzgebung ist. Wenn überhaupt neue Rechtsnormen bewußt und ausdrücklich gesetzt werden, so liegt immer eine Gesetzgebung vor. In welchem Verfahren oder von welchem Organ sie gesetzt werden, darauf kommt es nicht im geringsten an. Es ist kein Zweifel, daß der Abschluß der allgemeinen Verträge eine bewußte und ausdrückliche Setzung von Völkerrechtsnormen ist. Er ist daher bestimmt völkerrechtliche Gesetzgebung¹⁾.

Da die völkerrechtliche Gesetzgebung durch den Abschluß der allgemeinen Verträge erfolgt, sind Organe und Verfahren des letzteren eben auch die der ersteren. Damit sind die Probleme von Organ und Verfahren des Abschlusses der allgemeinen Verträge solche der völkerrechtlichen Gesetzgebung. Als Organe kommen nun hier die internationalen Konferenzen und der Völkerbund in Betracht. Bis zur Entstehung des Völkerbundes waren die Konferenzen die ausschließlichen Organe des Abschlusses der allgemeinen Verträge. Jetzt ist dagegen der Völkerbund ein bei weitem wichtigeres Gesetzgebungsorgan, denn der allergrößte Teil der allgemeinen Verträge wird heute unmittelbar oder mittelbar vom Völkerbund vorgeschlagen, vorbereitet, aufgenommen oder empfohlen. Jedenfalls bilden die Organisation und das Verfahren der Konferenzen und des Völkerbundes die hier zu behandelnden Probleme. Was nun das völkerrechtliche Gesetzgebungsverfahren anbetrifft, kommt folgendes in Betracht: Unterzeichnung, Ratifikation, Austausch der Ratifikationsurkunden, Registrierung beim Sekretariat des Völkerbundes, Adhäsion und Akzession, Vorbehalte, Aufhebung usw. der allgemeinen Verträge.

¹⁾ Auch M. O. Hudson sagt: „The treaties do not constitute legislation in the sense in which that term is used in municipal law. They are not binding on states which do not agree to be bound. But as act of deliberate law-making they are in a real sense international legislation“ (The Development of International Law since the War, American Journal of International Law, 22. Bd., 1928, S. 345).

3. Die Probleme der völkerrechtlichen Verwaltung

Es gibt zwei sehr verschiedene Formen oder Verfahren der völkerrechtlichen Verwaltung. Die eine Form ist die unmittelbar von den Organen der Völkerrechtsgemeinschaft selbst, die andere die mittelbar von den Staaten durchgeführte. Man mag die erstere die unmittelbare Verwaltung, die letztere die mittelbare Verwaltung nennen¹⁾. Die Probleme der völkerrechtlichen Verwaltung scheiden sich daher in die der unmittelbaren und die der mittelbaren Verwaltung.

Die völkerrechtliche unmittelbare Verwaltung ist die von den Organen der Völkerrechtsgemeinschaft selbst durchgeführte Verwaltung. Ihre Probleme sind daher nichts anderes als die der Organisation, der Kompetenz und des Verfahrens dieser Organe. Als Beispiel solcher Organe mögen dienen: internationale Flußkommissionen (die Europäische Donaukommission, die Internationale Donaukommission, die Zentralkommission für die Rheinschifffahrt, die Elbe-Kommission u. a.), die vom Völkerbund eingerichteten Verwaltungsorgane (die Saar-Kommission u. a.) und andere Verwaltungskommissionen (die Sanitätskommission für die Pilgerfahrten, die Meerengenkommission u. a.). Übrigens ist der Umfang der völkerrechtlichen unmittelbaren Verwaltung heute noch sehr beschränkt, wie man aus den oben angeführten Beispielen ersehen kann²⁾.

Die völkerrechtliche mittelbare Verwaltung ist die von Staaten durchgeführte Verwaltung. Daß die Staaten eine völkerrechtliche Verwaltung durchführen, bedeutet, daß sie in dieser Tätigkeit Organe der völkerrechtlichen Verwaltung und insofern Organe der Völkerrechtsgemeinschaft sind. Daran könnte man wohl zweifeln. Zweifellos steht aber fest, daß die Völkerrechtsnormen von den Staaten angewandt, durchgeführt, vollzogen werden. Daraus ergibt sich, daß die Staaten Organe der Vollziehung der Völkerrechtsnormen, daß sie Vollziehungsorgane der Völkerrechtsgemeinschaft sind. Denn sie müssen, da die von ihnen vollzogenen Rechtsnormen die der Völkerrechtsgemeinschaft sind, folgerichtig als Vollziehungsorgane der Völkerrechtsgemeinschaft angesehen werden. Ganz ebenso werden die Verwaltungsorgane des Staates eben insofern als solche angesehen, als sie die staatlichen Rechtsnormen vollziehen. Nun, als Verwaltungsorgane nehmen die Staaten in der Völkerrechtsgemeinschaft dieselbe Stelle ein, die die Lokalverwaltungsorgane im Staat einnehmen. Sie führen nämlich

¹⁾ So Verdross: Die Verfassung, S. 75 bis 86.

²⁾ Heute spricht man gern von der internationalen Verwaltung. Damit meint man gewöhnlich nur die unmittelbare Verwaltung. Vgl. Woolf: *International Government*, 1916, S. 179—265; Sayre: *International Administration The League of Nations*, hg. von Duggan, 1919, S. 128—160; Hughs: *A Study of International Government*, 1923, S. 89—118. Gegen den Sprachgebrauch ist nichts einzuwenden. Nur soll man nicht übersehen, daß auch die mittelbare Verwaltung eine internationale Verwaltung im eigentlichen Sinne des Wortes ist. Darüber vgl. oben den nächsten Absatz.

die Völkerrechtsordnung nur in einem Teilbereich der Völkerrechtsgemeinschaft durch. Ein Zentralorgan hat diese Gemeinschaft noch nicht. Nebenbei bemerkt, ist der Umfang der völkerrechtlichen mittelbaren Verwaltung sehr weitgehend. Der allergrößte Teil der völkerrechtlichen Verwaltung wird ja heute von den Staaten durchgeführt¹⁾.

Da die völkerrechtliche mittelbare Verwaltung von den Staaten verrichtet wird, gehören Organisation, Kompetenz und Verwaltungsverfahren des Staates als des Verwaltungsorgans der Völkerrechtsgemeinschaft zu ihren Problemen. Damit ist die Parallele zu dem oben Gesagten gegeben, wo die Probleme der Organisation, Kompetenz und des Handlungsverfahrens der Verwaltungsorgane der Völkerrechtsgemeinschaft selbst als die der völkerrechtlichen unmittelbaren Verwaltung angesehen werden mußten. Das Völkerrecht der Gegenwart enthält aber fast gar keine Bestimmung über Organisation und Verwaltungsverfahren des Staates. Es ist hier noch beinahe alles dem freien Ermessen des betreffenden Staates überlassen. Es ist also Sache des Staates, genauer der staatlichen Rechtsordnung, zu bestimmen, durch welches Staatsorgan und in welchem Verfahren die Verträge und die sonstigen Völkerrechtsnormen vollzogen werden sollen. Die Kompetenz des Staates dagegen ist durch das Völkerrecht eingehend bestimmt, d. h. der Bereich der vom Staat zu verrichtenden Verwaltung ist durch das Völkerrecht sowohl räumlich als auch persönlich genauestens festgestellt.

Der räumliche Bereich der völkerrechtlichen Verwaltung des Staates ist der des Staatsgebietes im gewöhnlichen Sinne. Denn das sogenannte Staatsgebiet ist eben der Raumteil, wo die Völkerrechtsnormen vom betreffenden Staat vollzogen werden. Damit kommen als Probleme des räumlichen Bereiches der völkerrechtlichen Staatsverwaltung in Betracht: Staatslandgebiet, Staatswassergebiet, Staatslufttraumgebiet, Erwerb und Verlust von Staatsgebiet, völkerrechtliche Servituten u. a. Auch die offene See soll man hier behandeln, denn sie ist der Raumteil, wo der Staat die Völkerrechtsordnung in beschränktem Umfang und mit anderen Staaten konkurrierend durchführt.

Was den persönlichen Bereich anbetrifft, kommt zunächst die Staatsangehörigkeit in Frage. Die Staatsangehörigen sind eben die Personen, auf welche der Staat die Völkerrechtsordnung anwendet. Ihre Gesamtheit ist nichts anderes als der persönliche Bereich der völkerrechtlichen Verwaltung des Staates. Dann kommen in Betracht: Eintritt und Ausweisung von Staatsfremden, ihre Rechtsstellung, die der fremden

¹⁾ Scelle erblickt auch im Staat ein Verwaltungsorgan der Völkerrechtsgemeinschaft. Vgl.: *Essai de systématique du droit international*, *Revue générale de droit international public*, 1923, S. 120—121. Aber erst von Kelsen und Verdross ist der Sachverhalt ganz klar erkannt worden. Vgl. Kelsen: *Allgemeine Staatslehre*, S. 124; Verdross: *Die Einheit*, S. 127; *Die Verfassung*, S. 35; *Zur Konstruktion des Völkerrechts*, S. 333/34.

Kriegsschiffe und der fremden Truppenkörper, Auslieferung von Verbrechern u. a. Diese Probleme beziehen sich letzten Endes auf den persönlichen Bereich der völkerrechtlichen Staatsverwaltung. Schließlich mag man hier noch Gesandte und Konsuln einordnen. Als Organe sowohl des völkerrechtlichen Verkehrs als auch des Schutzes der sich in fremden Staaten befindenden Staatsangehörigen können sie wohl als Organe der völkerrechtlichen Staatsverwaltung außerhalb des Staatsgebietes angesehen werden. Überhaupt trifft das Völkerrecht eingehende Bestimmungen über die Verwaltungsorgane des Staates außerhalb des Staatsgebietes, während es beinahe nichts über die innerhalb des Staatsgebietes wirkenden vorschreibt.

4. Die Probleme der völkerrechtlichen Rechtsprechung

Das Recht der völkerrechtlichen Rechtsprechung ist das Recht, das sich auf die Form oder das Verfahren der Völkerrechtsanwendung durch internationale Gerichte bezieht. Als deren Probleme kommen daher in Betracht: Organisation der Gerichte, Prozeßverfahren und Vollziehung des Urteils. Es ist ganz ebenso wie bei der staatlichen Rechtsprechung. Als spezifisches Problem der völkerrechtlichen Rechtsprechung ist aber noch das Problem von den Arten der Streitigkeiten zu betrachten, die durch diese Rechtsprechung beigelegt werden sollen. Da nicht alle völkerrechtlichen Streitigkeiten heute dem Rechtsprechungsverfahren unterworfen sind, taucht die Frage auf: Welche Arten von Streitigkeiten sind dem völkerrechtlichen Rechtsprechungsverfahren unterworfen? Das ist eines der wichtigsten Probleme in der Völkerrechtsgemeinschaft der Gegenwart. Nebenbei bemerkt hat das Recht der Rechtsprechung seit kurzem sehr rasche Fortschritte gemacht. Heute bildet es ohne Zweifel die ausgebildetste aller Abteilungen der Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft¹⁾.

Als ein der Rechtsprechung ähnliches Verfahren mag das völkerrechtliche Vermittlungsverfahren angesehen werden. Zu diesem Verfahren im weitesten Sinne gehören das Untersuchungsverfahren (Untersuchungskommission) und das Vergleichsverfahren (Vergleichskommissionen und Völkerbundsrat). Das Vermittlungsverfahren ist gewiß nicht die Rechtsprechung im strengen Sinne. Einerseits sollen dabei Streitigkeiten nicht streng nach der Rechtsordnung entschieden werden, andererseits ist der in einem solchen Verfahren gefaßte Beschluß nicht verbindlich. Dennoch liegt eine Ähnlichkeit mit der Rechtsprechung insofern vor, als ein über den streitenden Teilen stehender Dritter die ihm überwiesene Streitigkeit schlichtet. Es ist ja in Wirklichkeit nichts anderes als Rechtsprechung in einem frühen Stadium der Entwicklung.

¹⁾ Die völkerrechtliche Rechtsprechung wird gewöhnlich Schiedsgerichtsbarkeit genannt. Sie ist aber dem Wesen nach von der eigentlichen, d. i. staatlichen Rechtsprechung keineswegs verschieden. Nur ist sie nicht so weit entwickelt wie diese.

In diesem Sinne mag man dieses Verfahren Quasirechtsprechung nennen und als solche darf man sie wohl in der Abteilung von der Rechtsprechung behandeln.

Im allgemeinen erfolgt die Zwangsvollziehung der Rechtsordnung auf Grund von Urteilen, d. h. als Urteilsvollstreckung. Die Zwangsvollziehung der Völkerrechtsordnung erfolgt aber nicht immer auf Grund von Urteilen. Da die völkerrechtliche Rechtsprechung noch nicht vollständig ausgebildet ist, werden nicht alle völkerrechtlichen Streitigkeiten durch Rechtsprechung letzten Endes beigelegt. Daraus ergibt sich, daß es vorkommen kann, daß einer der streitenden Teile Zwangsmittel anwendet, ohne sich auf ein Urteil zu stützen, um seinen (tatsächlich oder angeblich) völkerrechtlich begründeten Rechtsanspruch durchzusetzen. Das ist der Fall bei Retorsion, Repressalien und Friedensblockade. Das ist ferner der Fall, wenn die in den Artikeln 16 und 17 der Satzung des Völkerbundes vorgesehene Sanktion auferlegt wird. Selbst der Krieg muß als Zwangsverfahren zur Erledigung von völkerrechtlichen Streitigkeiten angesehen werden, wenn er überhaupt als Rechtserscheinung begriffen werden soll¹⁾. Nun besteht wohl kein Zweifel, daß alle diese Fälle als Zwangsvollziehung der Völkerrechtsordnung zur Völkerrechtswollziehung im weitesten Sinne gehören. Nur könnte man daran zweifeln, ob sie Probleme der völkerrechtlichen Rechtsprechung sind. Wäre diese aber vollständig entwickelt, so würde die Vollstreckung ohne Zweifel auf Grund von Urteilen, d. h. als Urteilsvollstreckung, erfolgen. Daraus ersieht man, daß es sich um nichts anderes als um einen Übergangszustand zur Zwangsvollziehung der Völkerrechtsordnung auf Grund der Rechtsprechung handelt. Als solche darf und muß sie hier behandelt werden.

Die Systematik der Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft ist nun zu ihrem vollständigen Abschluß gekommen. Zum Schluß wäre über das Verhältnis zwischen unserer Verfassung und dem sogenannten Völkerrecht nur folgendes zu bemerken. Das sogenannte Völkerrecht ist der Inbegriff von Rechtsnormen, die überhaupt in der Völkerrechtsgemeinschaft als solcher gelten. Daraus ergibt sich, daß es auch die eigentlich nicht zur Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft gehörigen Völkerrechtsnormen enthält. Wenn dennoch die Theorie unserer Verfassung fast alle Probleme des sogenannten Völkerrechtes als die ihren auffaßt, so erklärt sich dies ausschließlich daraus, daß die Theorie des sogenannten Völkerrechtes vorwiegend Verfassungsprobleme enthält, da diese Probleme wenigstens auf einer Seite identisch sind mit denjenigen, die sich auf die Organisation der Völkerrechtsgemeinschaft beziehen. Da aber die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft und das sogenannte Völkerrecht dem Begriff und dem Gehalt nach keines-

¹⁾ Vgl. Kelsen: Das Problem der Souveränität, S. 264; Allgemeine Staatslehre, S. 125, 213; Les rapports de système, S. 317/18; Verdross: Die Verfassung, S. 84; Kunz: Die Staatenverbindungen, 1929, S. 271/72.

wegs identisch sind, muß man in der theoretischen Untersuchung die Probleme, die jener zugehören, von denjenigen, die zur Sphäre des letzteren gehören, sorgfältig unterscheiden und die beiden in ihren Eigentümlichkeiten klar behandeln. Doch können die eigentlich zur Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft gehörigen Probleme meines Erachtens erst durch die hier dargestellte Systematik in den notwendigen und einheitlichen Zusammenhang eingeordnet werden.

Anhang

Chronologisches Verzeichnis der Schriften Hans Kelsens¹⁾

Von

Rudolf Aladár Métall, Genf

Die Staatslehre des Dante Alighieri.

Wiener staatswissenschaftliche Studien, VI. Band, 3. Heft. Wien und Leipzig 1905, F. Deuticke, IV und 152 Seiten.

besprochen:

Betzinger, Juristisches Literaturblatt, 18. Jhg., 1906, S. 67.

E. Biermann, Kritische Blätter für die gesamten Sozialwissenschaften, 2. Jhg., 1906, S. 68—69.

J. Kohler, Zeitschrift für Sozialwissenschaft, 9. Jhg., 1906, S. 674—675.

K. Voßler, Deutsche Literatur-Zeitung, 24. Jhg., 1906, Sp. 1273 bis 1275.

Grenzboten, 65. Jhg., 1906, S. 750—751.

Wählerlisten und Reklamationsrecht. Unter Berücksichtigung der jüngsten Regierungsvorlage, betreffend die Wahlreform.

Juristische Blätter, 35. Jahrgang, 1906, Seite 289—290, 301—304, 316—318 und 327—329.

Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1907, RGBl. Nr. 17).

Wien 1907, Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, VII und 217 Seiten.

besprochen:

J. Geller, Zentralblatt für die Juristische Praxis, 25. Bd., 1907, S. 487.

Naturalisation und Heimatsberechtigung nach österreichischem Rechte.

Das österreichische Verwaltungsarchiv, 3. Jahrgang, 1907, Seite 195 bis 204.

Besprechung von: Dr. Friedrich Freiherr von Wieser, Recht und Macht.

Sechs Vorträge. Leipzig 1910, Duncker & Humblot, IX und 154 Seiten.

Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 31. Band, 1910, Seite 260—262.

¹⁾ Aufgenommen sind die im Druck erschienenen Schriften Hans Kelsens. Beigefügt sind die Besprechungen seiner Veröffentlichungen. Die Erfassung sämtlicher zu Kelsens Werk stellungnehmender Publikationen erschien völlig unmöglich, sollte nicht eine Bibliographie der gesamten modernen Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Soziologie und Verfassungsrechtslehre gegeben werden. Ob aber selbst bei dieser notwendigen Beschränkung die erstrebte Lückenlosigkeit erreicht werden konnte, muß dahingestellt bleiben.

Zu Dank für die freundliche Unterstützung bei der Abfassung der vorliegenden Bibliographie bin ich verpflichtet gegenüber den Herren Professoren G. Ballardore Pallieri, B. Horváth, T. Otaka und F. Weyr sowie den Verlegern der Werke Kelsens.

Besprechung von: Conrad Bornhak, Allgemeine Staatslehre, 2. Auflage, Berlin 1909, Carl Heymann, 271 Seiten.

Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 31. Band, 1910, Seite 650.

Besprechung von: Joh. Victor Bredt, Die Zonenenteignung und ihre Zulässigkeit in Preußen. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom öffentlichen Interesse. Leipzig 1909, Duncker & Humblot, 254 Seiten.

Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 31. Band, 1910, Seite 650—651.

Besprechung von: Julius Hatschek, Allgemeine Staatslehre. Leipzig 1909, Sammlung Götschen Nr. 415—417. I. Teil 166 Seiten, II. Teil 151 Seiten, III. Teil 162 Seiten.

Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 31. Band, 1910, Seite 651.

Besprechung von: Julius Hatschek, Das Interpellationsrecht im Rahmen der modernen Ministerverantwortlichkeit. Eine rechtsvergleichende Studie. Leipzig 1909, G. J. Götschen, 164 Seiten.

Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 31. Band, 1910, Seite 651—653.

Besprechung von: André Lebon, Das Verfassungsrecht der französischen Republik (Das öffentliche Recht der Gegenwart, VI. Band). Tübingen 1909, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 205 Seiten.

Nikolaus N. Saripolos, Das Staatsrecht des Königreichs Griechenland (Das öffentliche Recht der Gegenwart, VIII. Band). Tübingen 1909, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 191 Seiten.

Dr. Eyschen, Das Staatsrecht des Großherzogtums Luxemburg (Das öffentliche Recht der Gegenwart, XI. Band). Tübingen 1910, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 231 Seiten.

Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 31. Band, 1910, Seite 653—654.

Besprechung von: Emil Spira, Die Wahlpflicht. Öffentlichrechtliche Studie. Wien 1909, Manz, 233 Seiten.

Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 31. Band, 1910, Seite 655—657.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz.

Tübingen 1911, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), XXVII und 709 Seiten.

besprochen:

Giese, Literarisches Zentralblatt, 62. Bd., 1911, Sp. 1052—1053.

N. H. Kriegsmann, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 33. Bd., 1911, S. 283—288.

O. Mayer, Deutsche Juristen-Zeitung, 16. Jhg., 1911, Sp. 1284 bis 1285.

Kölnische Volkszeitung vom 11. Mai 1911.

F. Caro, Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche, 36. Jhg., 1912, S. 1928—1942.

O. Ewald, Kantstudien, 27. Bd., 1912, S. 396—398 („Die deutsche Philosophie im Jahre 1911“).

- Laun, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, 39. Bd., 1912, S. 312—335.
- F. Tezner, Archiv des öffentlichen Rechts, 28. Bd., 1912, S. 325—344 („Betrachtungen über Kelsens Lehre vom Rechtssatz“).
- S. Schilder, Zeitschrift für Sozialwissenschaft, N. F. 3. Jhg., 1912, S. 296—300.
- B. Vošnjak, Veda, 2. Jhg., 1912, S. 79—84 und 174—180.
- L. Wittmayer, Neue Freie Presse vom 20. Oktober 1912.
- The Philosophical Review, 21. Bd., 1912, S. 507—508.
- Österreichische Rundschau vom 1. Februar 1912, 33. Bd.
- C. Chabrun, *Révue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, 37. Bd., 1913, S. 476 bis 477.
- Moll, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, 57. Jhg., 1913, S. 479—480.
- J. Twardowski, Wiener Zeitung vom 8. August 1913, Nr. 183, S. 4—6.
- Jahrbuch des Verwaltungsrechts, 7. Jhg., 1913, S. 7—8.
- Philosophie der Gegenwart, 3. Bd., 1913, S. 187—188.
- F. Weyr, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, 40. Bd., 1914, S. 175—188 („Über zwei Hauptpunkte der Kelsenschen Staatsrechtslehre“).
- Dr. Wi., Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, 43. Bd., 1914, S. 152—155.
- Neukamp, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 73. Bd., 1917, S. 226—232.
- Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode. Vortrag gehalten in der Soziologischen Gesellschaft zu Wien.
- Tübingen 1911, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 64 Seiten. besprochen:
- M. Neustadt, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, 26. Bd., 1911, S. 479—480.
- Radbruch, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 33. Bd., 1911, S. 190—191.
- Th. Sch., *Revue critique*, 1911, Heft 3.
- J. Friedrich, Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht, 21. Bd., 1912, S. 303—304.
- W. Köhler, Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche, 36. Jhg., 1912, S. 935 bis 937.
- G. Meloni, *Nuova Antologia*, 1912, S. 534.
- F. Somló, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, 5. Bd., 1912, S. 644—645.
- E. Spr., *Historische Zeitschrift*, 108. Bd., 1912, S. 644.
- F. Kormann, *Akademische Blätter*, 27. Jhg., 1912/13, S. 163.
- Jahrbuch des Verwaltungsrechts, 7. Jhg., 1913, S. 7—8.
- Philosophie der Gegenwart, 3. Bd., 1913, S. 188.
- Besprechung von: Paul Errera, *Das Staatsrecht des Königreichs Belgien* (Das öffentliche Recht der Gegenwart, XII. Band). Tübingen 1909, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 460 Seiten.

Ernst Freund, Das öffentliche Recht der Vereinigten Staaten von Amerika (Das öffentliche Recht der Gegenwart, XIII. Band). Tübingen 1911, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 387 Seiten.

Walther Schücking, Das Staatsrecht des Großherzogtums Oldenburg (Das öffentliche Recht der Gegenwart, XIV. Band). Tübingen 1911, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 433 Seiten.

Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 34. Band, 1912, Seite 300—301.

Besprechung von: Dr. P. Glambi-Campbell, Abriß des Staats- und Verwaltungsrechts der Argentinischen Republik. Übersetzt von Amtsgerichtsrat R. Bartolomäus (Bibliothek des öffentlichen Rechts). Hannover, Dr. Max Jänecke, 252 Seiten.

Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 34. Band, 1912, Seite 301—302.

Zur Soziologie des Rechtes. Kritische Betrachtungen.

Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 34. Band, 1912, Seite 601—614.

Industrieförderung in Rumänien.

Das Handelsmuseum, 27. Band, Nr. 7 vom 15. Februar 1912, Seite 87 bis 88.

Besprechung von: Arnold Krasny, Die Aufgaben der Elektrizitätsgesetzgebung, mit dem Entwurf eines allgemeinen Elektrizitätsgesetzes. Wien 1910, Manz.

Zeitschrift für Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung, 21. Band, 1912, Seite 151—153.

Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt.

Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, 40. Band, 1913, Seite 1—114.

Politische Weltanschauung und Erziehung.

Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung, 2. Band, 1913, Seite 1 bis 26.

Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft.

Archiv des öffentlichen Rechts, 31. Band, 1913, Seite 53—98 und 190—249.

besprochen:

F. Weyr, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, 1. Bd., 1914, S. 550—552.

Rechtsstaat und Staatsrecht.

Österreichische Rundschau, 36. Band, 1913, Seite 88—94.

Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung.

Juristische Blätter, 42. Jahrgang, 1913, Seite 229—232.

Rudolf von Jhering in Briefen.

Neue Freie Presse vom 23. Februar 1913 (Morgenblatt), Nr. 17423, S. 32—35.

Das Buchforderungskont und die inakzeptable deckungsberechtigte Tratte.

Das Handelsmuseum, 28. Band, Nr. 24 vom 12. Juni 1913, Seite 289 bis 292.

- Besprechung von: Adolf Menzel, *Naturrecht und Soziologie*. Wien und Leipzig 1912, Carl Fromme, 60 Seiten.
 Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung, 5. Jahrgang, 1913, Seite 225—229.
- Sociologická a právnická idea státní. Pro „Sborník věd právních a státních“ napsal Dr. H. Kelsen, soukromý docent university ve Vídni. (Z něm. rukopisu přeložil prof. Dr. Karel Engliš.)
 Sborník věd právních a státních, 14. Band, 1913/14, Seite 69—101.
- Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung.
 Archiv des öffentlichen Rechts, 32. Band, 1914, Seite 202—245 und 390—438.
 besprochen:
 A. Verdroß, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, 2. Bd., 1915, S. 384—388.
- Besprechung von: Ludwig Spiegel, *Gesetz und Recht*. Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellentheorie (Heft 1 der Prager Staatswissenschaftlichen Untersuchungen). München und Leipzig 1913, Duncker & Humblot, 139 Seiten.
 Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, 1. Band, 1914, Seite 766—772.
- Eine Grundlegung der Rechtssoziologie.
 Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 39. Band, 1915, Seite 839—876.
- Schlußwort.
 Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 42. Band, 1916, Seite 611.
- Besprechung von: Dr. Leonidas Pitamic, *Die parlamentarische Mitwirkung von Staatsverträgen in Österreich* (Wiener staatswissenschaftliche Studien, XII. Band, 1. Heft). Leipzig und Wien 1915, Franz Deuticke, 138 Seiten.
 Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, 2. Band, 1915, Seite 256—259.
- Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung.
 Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche, 40. Jahrgang, 1916, Seite 1181—1239.
- Zur Reform der verfassungsrechtlichen Grundlagen der Wehrmacht Österreich-Ungarns.
 Zeitschrift für Militärrecht, 1. Band, 1917, Seite 8—23.
- Besprechung von: Dr. Norbert Wurmbrand, *Die rechtliche Stellung Bosniens und der Herzegowina* (Wiener staatswissenschaftliche Studien, XII. Band, 2. Heft). Leipzig und Wien 1915, Franz Deuticke, 148 Seiten.
 Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, 3. Band, 1918, Seite 580—584.
- Besprechung von: Dr. Rudolf Laun, *Zur Nationalitätenfrage* (Zentralorganisation für einen dauernden Frieden. Internationaler Studienkongreß Bern 1916). Haag 1917, 21 Seiten.
 Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, 3. Band, 1918, Seite 585—586.
- Ein einfaches Proportionalwahlssystem.
 Arbeiter-Zeitung vom 24. November 1918, 30. Jahrgang, Nr. 321, Seite 2—3.

Der Proporz im Wahlordnungsentwurf.

Neue Freie Presse vom 1. Dezember 1918 (Morgenblatt) Nr. 19494,
S. 3—4.

Die Verfassungsnovelle.

Neue Freie Presse vom 20. Dezember 1918 (Morgenblatt), Nr. 19513,
Seite 3—4.

Die verfassungsrechtliche Stellung des Staatskanzlers.

Arbeiter-Zeitung vom 28. Dezember 1918, 30. Jahrgang, Nr. 354,
Seite 2.

Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob.

Annalen der Philosophie, 1. Band, 1919, Seite 630—658.

besprochen:

W. Sauer, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,
41. Bd., 1920, S. 423—436 („Rechtswissenschaft und Als-Ob-Philosophie“).

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

Zeitschrift für öffentliches Recht, 1. Band, 1919/20, Seite 48—60.

Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs.

Zeitschrift für öffentliches Recht, 1. Band, 1919/20, Seite 98—122.

Besprechung von: Max Layer, Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag. Graz und Leipzig 1916, 69 Seiten.

Zeitschrift für öffentliches Recht, 1. Band, 1919/20, Seite 165—173.

Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen herausgegeben.

Wien und Leipzig, Franz Deuticke, Teil 1, 1919, VIII und 117 Seiten.
Teil 2, 1919, II und 150 Seiten.
Teil 3, 1919, VIII und 248 Seiten.
Teil 4, 1920, VII und 233 Seiten.

besprochen:

F. Sander, Zeitschrift für öffentliches Recht, 1. Bd., 1919,
S. 312—318.

Staatswehr, 2. Jhg., 1919, Nr. 35.

A. Frey, Der Kampf, 13. Bd., 1920, S. 115—117.

H. K., Der Auslandsdeutsche, 3. Jhg., 1920, Nr. 6 vom 24. Februar 1920, S. 187—188.

New-Yorker Staats-Zeitung vom 17. Oktober 1921.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre.

Tübingen 1920, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), X und
320 Seiten.

besprochen:

M. Beth, Reconstruction, 1920, Nr. 15, S. 4 („Political Science“).

Dr. B., Neue Freie Presse vom 7. Oktober 1920, Nr. 21220.
rd., Zeitschrift für Staats- und Volkswirtschaft, 1920, S. 6.

Heilfron, Deutsche Allgemeine Zeitung vom 16. Februar 1921
(Wirtschaft und Recht, 60. Jhg., Nr. 7, S. 2).

E. His, Zeitschrift für schweizerisches Recht, 62. Bd. (N. F.,
40. Bd.), 1921, S. 400—403.

- A. Merkl, Archiv des öffentlichen Rechts, 41. Bd., 1921, S. 171 bis 201 („Hans Kelsens System einer reinen Rechtstheorie“).
- A. Merkl, Zeitschrift für Verwaltung, 54. Jhg., 1921, S. 34.
- L. Spiegel, Prager Juristische Zeitschrift, Wissenschaftliche Vierteljahrschrift, 1. Jhg., 1921, Sp. 1—21 („Kelsens Rechtslehre“).
- Frankfurter Zeitung vom 13. Februar 1921.
- A. Merkl, Schweizerische Juristen-Zeitung, 19. Jhg., 1921/22, S. 303—307 („Neue Wege der Rechtswissenschaft. Zu Hans Kelsens Rechtstheorie“).
- A. Merkl, Kantstudien, 27. Bd., 1922, S. 195—197.
- E. Wolgast, Weltwirtschaftliches Archiv, 18. Bd., 1922, S. 253 bis 254.
- Vom Wesen und Wert der Demokratie.
- Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 47. Band, 1920/21, Seite 50—85.
- Tübingen 1920, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 38 Seiten. besprochen:
- K. Grelling, Literarisches Zentralblatt für Deutschland, 72. Jhg., 1921, Sp. 143—145.
- E. Helms, Die Hilfe, 1921, S. 554—555 („Vom Wesen der Demokratie“).
- A. Merkl, Zeitschrift für Verwaltung, 54. Bd., 1921, S. 156—158.
- W. Schelcher, Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, 53. Bd., 1921, S. 140—147.
- E. Schwiedland, Soziale Kultur, 1921, S. 190—191.
- F. Dessauer, Die Hilfe, 1922, S. 262.
- R. Horneffer, Hans Kelsens Lehre von der Demokratie. Ein Beitrag zur Kritik der Demokratie. Erfurt, 1926, Verlag Kurt Stenger, 80 Seiten.
- H. Lenz, Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche, 50. Jhg., 1926, S. 589—620 („Autorität und Demokratie in der Staatslehre von Hans Kelsen“).
- Grenzboten, 1920, Nr. 34/35.
- Literarischer Jahresbericht des Dürerbundes 1920—1922.
- Die Verfassung Deutschösterreichs.
- Jahrbuch des öffentlichen Rechtes der Gegenwart, 9. Band, 1920, Seite 245—290.
- Der völkerrechtliche Strafanspruch wegen völkerrechtswidriger Kriegshandlungen.
- Neue Freie Presse vom 8. September 1920 (Morgenblatt), Nr. 20 127, Seite 3—4.
- Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen herausgegeben. Bundesverfassung (Textausgabe).
- Wien und Leipzig 1920, Franz Deuticke, 80 Seiten.
- Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus.
- Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung, 9. Jahrgang, 1920, Seite 1—129.

Leipzig 1920, Verlag von C. L. Hirschfeld, IV und 129 Seiten.

besprochen:

Bovensiepen, Soziale Praxis, 29. Jhg., 1920, S. 1549.

H. Herrfahrdt, Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche, 44. Jhg., 1920, S. 924—926.

H. O. Meisner, Preußische Jahrbücher, 181. Bd., 1920, S. 262 bis 264.

Schönebaum, Vergangenheit und Gegenwart, 10. Jhg., 1920, S. 190.

F. Weyr, Časopis pro právní a státní vědu, 3. Bd., 1920, S. 117—124.

Ph. Zorn, Kölnische Zeitung vom 1. Juni 1920 („Die Sozialdemokratie und der Staat“).

P. Barth, Zeitschrift für Sozialwissenschaft, N. F. 12. Jhg., 1921, S. 653.

K. Grelling, Literarisches Zentralblatt für Deutschland, 72. Jhg., 1921, Sp. 143—145.

O. Jenssen, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 47. Bd., 1921, S. 902—905.

A. Merkl, Zeitschrift für Verwaltung, 54. Bd., 1921, S. 158—159.

Die ökonomische und die politische Theorie des Marxismus. Eine Selbstanzeige.

Der österreichische Volkswirt, 12. Band, 2. Teil, 1920, Seite 560—562.

Besprechung von: Fritz Gerlich, Der Kommunismus als Lehre vom tausendjährigen Reich. München 1920, H. Bruckmann, 275 Seiten.

Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung, 9. Jahrgang, 1920, Seite 422—424.

Demokratisierung der Verwaltung.

Zeitschrift für Verwaltung, 54. Jahrgang, 1921, Seite 5—15.

Der Staatsbegriff der „verstehenden Soziologie“.

Zeitschrift für Volkswirtschaft und Sozialpolitik, Neue Folge, 1. Band, 1921, Seite 104—119.

Eugen Hubers Lehre vom Wesen des Rechts.

Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, 34. Jahrgang, 1921, Seite 217 bis 246.

Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik.

Zeitschrift für öffentliches Recht, 2. Band, 1921, Seite 453—510. besprochen:

B. Stark, Juristische Blätter, 51. Jhg., 1922, S. 4—6 („Eine Paraphrase Hans Kelsens „Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik““).

A. Vierkandt, Kantstudien, 33. Bd., 1928, S. 285.

Besprechung von: Friedrich Lenz, Staat und Marxismus. Stuttgart-Berlin 1921, Cotta, XXIV und 175 Seiten.

Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung, 10. Jahrgang, 1921, Seite 446—449.

Die Not der Universität.

Neue Freie Presse vom 24. Juni 1921 (Abendblatt), Nr. 20409, Seite 1.

Zu Professor Friedrich Wiesers 70. Geburtstag.

Neue Freie Presse vom 10. Juli 1921 (Morgenblatt), Nr. 20425, Seite 5.

Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht.

Tübingen 1922, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), IV und 253 Seiten.

besprochen:

Th. Brauer, Kölnische Volkszeitung vom 3. Mai 1922.

A. Hensel, Literarisches Zentralblatt für Deutschland, 73. Bd., 1922, S. 810—811.

F. Mayer-Mallenau, Neue Freie Presse vom 7. Juni 1922.

Politisches Literaturblatt, 1922, Nr. 6.

O. Condorelli, Rivista internazionale di filosofia del diritto, 3. Bd., 1923, S. 307—315 („Il rapporto fra Stato e diritto secondo il Kelsen“).

L. Pitamic, Zeitschrift für öffentliches Recht, 3. Bd., 1923, S. 531—554 („Kritische Bemerkungen zum Gesellschafts-, Staats- und Gottesbegriff bei Kelsen“).

Deutsche Allgemeine Zeitung vom 10. August 1923, Nr. 366/367.

F. Kaufmann, Kantstudien, 29. Bd., 1924, S. 233—242 („Kant und die Reine Rechtslehre“).

G. Roffenstein, Zeitschrift für öffentliches Recht, 4. Bd., 1925, S. 539—551 („Kelsens Staatsbegriff und die Soziologie“).

[F. Sander, Tagesbote (Brünn) vom 4. April 1925, 75. Jhg., Nr. 156, S. 3—4 („Hans Kelsen“)].

Staat und Recht. (Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates.)

Kölner Vierteljahrschrift für Soziologie, Reihe A: Soziologische Hefte, 2. Jahrgang, 1922, Seite 18—37.

Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse.

Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psychoanalyse auf die Geisteswissenschaften, 8. Band, 1922, Seite 97—141.

besprochen:

Zeitschrift für angewandte Psychologie, 22. Bd., 1923, S. 99.

Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Überwindung der „Rechtsdogmatik“.

Zeitschrift für öffentliches Recht, 3. Band, 1922, Seite 103—235. Wien und Leipzig 1922, F. Deuticke, 135 Seiten.

besprochen:

F. Weyr, Časopis pro právní a státní vědu, 5. Bd., 1922, S. 236.

H., Neues Wiener Tagblatt vom 11. Mai 1923.

h. h., Weltwirtschaftliches Archiv, 21. Bd., 1925, S. 100*—101*.

F. Sander, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 55. Bd., 1926, S. 800—818 („Zum Problem der Soziologie des Rechts“).

In eigener Sache.

Zeitschrift für öffentliches Recht, 3. Band, 1922/23, Seite 499—502 und 699—700.

Die Verfassung Österreichs.

Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, 11. Bd., 1922, Seite 232—274.

Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich. Mit historischen Einleitungen und kritischen Erläuterungen herausgegeben. Fünfter Teil: Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920. Mit Anhängen: I. Die derzeit geltenden Bundesverfassungsgesetze samt Nebengesetzen. II. Materialien zur Bundesverfassung. Herausgegeben in Verbindung mit Dr. Georg Froehlich und Dr. Adolf Merkl.

Wien und Leipzig 1922, Franz Deuticke, X und 535 Seiten.
besprochen:

Dehmal, Öffentliche Sicherheit, 2. Jhg., Nr. 21/22, vom 30. November 1922.

A. Merkl, Zeitschrift für Verwaltung, 55. Jhg., 1922, S. 138 bis 139.

Linzer Volksblatt vom 28. November 1922, 54. Jhg., Nr. 258.

Linzer Tagblatt vom 30. November 1922, 7. Jhg., Nr. 267.

Das Handelsmuseum, 37. Jhg., Nr. 49 vom 7. Dezember 1922, S. 511.

F. Adler, Zeitschrift für Völkerrecht, 12. Bd., 1923, S. 530—531.

O. Doublier, Neues Wiener Abendblatt vom 2. März 1923, 57. Jhg., Nr. 59.

Arbeit und Wirtschaft, 1. Jhg., Nr. 12 vom 15. Juni 1923.

Österreich als Bundesstaat.

Österreichische Rundschau, 18. Jahrgang, 1922, Seite 421—430.

Zur Besetzung der nationalökonomischen Lehrkanzel an der Wiener juristischen Fakultät.

Neue Freie Presse vom 7. Dezember 1922 (Morgenblatt), Nr. 20923, Seite 7.

Gott und Staat.

Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur, 11. Band, 1922/23, Seite 261—284.

Österreichisches Staatsrecht. Ein Grundriß, entwicklungsgeschichtlich dargestellt.

Tübingen 1923, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), XIII und 256 Seiten.

besprochen:

F. Adler, Zeitschrift für Völkerrecht, 12. Bd., 1923, S. 531.

W. Henrich, Neue Freie Presse vom 21. März 1923.

R. Herrnritt, Neue Freie Presse vom 4. Juli 1923, Nr. 21126 („Ein neues Buch über die österreichische Verfassung“).

A. Merkl, Zeitschrift für Verwaltung, 56. Jhg., 1923, S. 83—84.

R. Zehntbauer, Literarisches Zentralblatt für Deutschland, 74. Bd., 1923, S. 478.

H., Literaturblatt für deutsches Hochschul- und Studentenwesen, 3. Jhg., 1923, Heft 4.

H., Staats-Anzeiger für Württemberg vom 4. April 1923, Nr. 77, S. 5.

P. M., Schweizerische Juristen-Zeitung, 20. Jhg., 1923, S. 36. Neues Wiener Abendblatt vom 30. März 1923, Nr. 87.

Arbeit und Wirtschaft, 1. Jhg., Nr. 12 vom 15. Juni 1923. Der Mittelschullehrer, 1923, Nr. 9.

Politisches Literaturblatt, 1923, Nr. 2, S. 20.

Zentralblatt für die Juristische Praxis, 41. Jhg., 1923, S. 313.

- G. P., Volkswacht (Breslau) vom 13. Februar 1924, Nr. 37.
Kölnische Zeitung vom 10. Januar 1925.
- Der Rechtsschutz für die dienstrechtlichen Ansprüche der Staatsbeamten.
Gerichts-Zeitung, 74. Jahrgang, 1923, Seite 73—77.
- Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates,
nach der neuen österreichischen Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920.
Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge, 42. Band, 1923/24,
Seite 173—217.
- Kihangaku matawa Bunkakagaku to shitenō Horitsugaku (Die Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturwissenschaft). Übersetzt von Dr. Kyojiro Anno mit einer Einleitung des Übersetzers.
Omura Ronbun Sosho (Wissenschaftliche Abhandlungen), Verlag Omura, 19. Band, Tokio 1923, XVI und 149 Seiten.
- Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz. Zweite, photo-mechanisch gedruckte, um eine Vorrede vermehrte Auflage.
Tübingen 1923, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), XXXVI und 709 Seiten.
besprochen:
E. v. Hippel, Archiv des öffentlichen Rechts, N. F., 5. Bd., 1923, S. 327—346 („Zur Kritik einiger Grundbegriffe in der reinen Rechtslehre Kelsens“).
F. Weyr, Časopis pro právní a státní vědu, 7. Bd., 1924, S. 146 bis 151.
H. Heller, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 55. Bd., 1926, S. 289—316 („Die Krisis der Staatslehre“).
- Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus. Zweite, erweiterte Auflage.
Leipzig 1923, Verlag von C. L. Hirschfeld, VIII und 208 Seiten.
besprochen:
F. Hertz, Neue Freie Presse vom 5. November 1924.
E. Obst-Harnisch, Zeitschrift für Handelswissenschaft und Handelspraxis, 17. Jhg., 1924, S. 96.
W. K., Literaturblatt der Frankfurter Zeitung vom 9. Mai 1924, Nr. 10, S. 3.
Weltwirtschaftliches Archiv, 20. Bd., 1924, S. 321.
Stolzmann, Jahrbücher für Nationalökonomie, 123. Bd., 1925, S. 724—726.
J. K., Finanzpolitische Korrespondenz, 6. Jhg., 1925, Nr. 44 vom 28. November 1925.
Bildungsarbeit, 12. Jhg., 1925, Nr. 7/8.
P., Danziger Statistische Mitteilungen, 6. Jhg., 1926, Nr. 6 vom 30. Juni 1926.
Die Gewerbeschule, 32. Jhg., 1927, H. 7.
Sächsische Gewerbeschule, 12. Jhg., Nr. 14 vom 15. Juli 1927.
- Die politische Theorie des Sozialismus.
Österreichische Rundschau, 19. Jahrgang, 1923, Seite 113—135.
Besprechung von: Wilhelm Mautner, Der Bolschewismus. Voraussetzungen, Geschichte, Theorie. Zugleich eine Untersuchung seines Verhältnisses zum Marxismus. Stuttgart 1922, W. Kohlhammer. II., unveränd. Aufl., XXIV u. 368 Seiten.

- Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung,
11. Jahrgang, 1923, Seite 215—216.
- Das Verhältnis von Gesetz und Verordnung nach der čechoslovakischen
Verfassungsurkunde. Ke sporu o meze moci nařizovací. Výklad důležitých
přepisů naší ústavy autoritami ústavního práva: prof. Duguitem, prof.
Hauriouem a prof. Kelsenem.
Zvláštní otisk z revue „Parlament“, Seite 392—396.
- Josef Schey.
Frankfurter Zeitung vom 19. März 1923 (Morgenblatt), Nr. 207.
- Der Proporz in der neuen Wahlordnung für den Nationalrat.
Neue Freie Presse vom 31. August 1923 (Morgenblatt), Nr. 21184,
Seite 2—3.
- Julius Ofners Rechtsphilosophie.
Neue Freie Presse vom 7. November 1923 (Morgenblatt), Nr. 21251,
Seite 17.
- Die Verfassung Österreichs.
Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, 12. Band, 1923/24,
Seite 126—161.
- The Conception of the State and Social Psychology. With special reference
to Freud's group theory.
The international Journal of Psycho-Analysis, 5. Band, 1924,
Seite 1—38.
- Otto Bauers politische Theorie.
Der Kampf, 17. Band, 1924, Seite 50—56.
- Marx oder Lassalle. Wandlungen in der politischen Theorie des Marxismus.
Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung,
11. Jahrgang, 1924, Seite 261—298.
Leipzig 1924, C. L. Hirschfeld Verlag, 38 Seiten.
besprochen:
J. Hannak, Arbeit und Wirtschaft, 3. Jhg., 1925, Sp. 437.
S. Schilder, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik,
54. Bd., 1925, S. 543—544.
K. Zarek, Ethos, 1. Jhg., 1925/26, S. 334.
B., Annalen der Philosophie, 5. Bd., 1925, S. 66.
A. G., Leipziger Volkszeitung vom 30. Mai 1925, Nr. 124,
4. Beilage.
bs., Dresdner Volkszeitung vom 6. Mai 1925, 36. Jhg., Nr. 104.
Soziale Praxis, 34. Jhg., 1925, Sp. 694.
Kuntress (jiddisch) (Tel-Awiw) vom 3. 8. 5685 (= 1925), S. 29.
Deutsche Akademische Rundschau, 8. Jhg., 1926, Nr. 1 vom
1. Oktober 1926.
Die Wahrheit, 42. Jhg., Nr. 43 vom 15. Oktober 1926.
- Die politische Theorie Lassalles.
Neue Freie Presse vom 13. April 1924 (Morgenblatt), Nr. 21405, Seite 4.
- Diritto pubblico e privato.
Rivista internazionale di filosofia del diritto, 4. Jahrgang, 1924,
Seite 340—357.
- Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates.
Kant-Festschrift zu Kants 200. Geburtstag am 22. April 1924. Archiv
für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, 17. Band, Seite 374—408.

Kokka Gainen Kenkyu (Untersuchungen des Staatsbegriffes). Übersetzt von Prof. Makoto Hori, mit einer Vorrede des Übersetzers. Erste und zweite Auflage.

Tokio 1924, Verlag Shunjusha, VII und 400 Seiten.

„Kihanteki Taikai“ to shitenô Kokka (Der Staat als „Normensystem“). Übersetzt von Prof. Satoru Kuroda.

Hogaku Ronso (Zeitschrift für Rechtswissenschaft, Kyoto), 11. Band, 1924, Seite 117—134, 260—270, 387—396 und 528—550.

Franz Oppenheimer. Zu seinem sechzigsten Geburtstag.

Neue Freie Presse vom 30. März 1924 (Morgenblatt), Nr. 21391, Seite 4—5.

Für die Vollendung der Verfassung.

Neue Freie Presse vom 6. Juli 1924 (Morgenblatt), Nr. 21487, Seite 2—3.

Der Bund und die Länder.

Neue Freie Presse vom 20. November 1924 (Morgenblatt), Nr. 21620, Seite 1—2, und vom 22. November 1924 (Morgenblatt), Nr. 21622, Seite 2.

Der Bundespräsident. Anlässlich der Wiederwahl Dr. Michael Hainisch'.

Neue Freie Presse vom 10. Dezember 1924 (Morgenblatt), Nr. 21639, Seite 1—2.

Allgemeine Staatslehre.

Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, 23. Band.

Berlin 1925, Julius Springer, XIV und 433 Seiten.

besprochen:

E. His, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, N. F., 44. Bd., 1925, S. 458—459.

F. Lagerroth, Statsvetenskaplig Tidskrift, 28. Jhg., 1925, S. 1—37 („Boström och Kelsen. En jämförelse“).

A. Merkl, Neue Freie Presse vom 17. Oktober 1925 (Morgenblatt), Nr. 21944, S. 2.

J. Nakamura, Waseda Law Review, 5. Bd., 1925, S. 1—11 („Note on Prof. Kelsens New Work „Allgemeine Staatslehre““).

G. Olsson, Det statsrealistiska problemet med särskild hänsyn till den rättsfilosofiska skolan i Wien, Lund 1925, II und 271 S.

F. Schreier, Juristische Blätter, 54 Jhg., 1925, S. 232—233.

T. Schrecker, Berliner Börsen-Courier vom 25. Dezember 1925, Nr. 603, S. 6 („Eine neue Staatslehre“).

O. Trebitsch, Arbeiter-Zeitung vom 11. Oktober 1925, Nr. 279, S. 6 („Staatslehre als Staatsrechtslehre“).

F. Weyr, Prager Presse vom 25. August 1925 („Hans Kelsens Allgemeine Staatslehre“).

Dyroff, Annalen des Deutschen Reichs, 59. Bd., 1926, S. 437.

W. Henrich, Neue Zürcher Zeitung vom 21. März 1926.

O. Hintze, Historische Zeitschrift, 135 Bd., 1926, S. 66—75 („Kelsens Staatslehre“).

F. W. Jerusalem, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 80. Jhg., 1925/26, S. 664—679 („Die Staatslehre Hans Kelsens“).

J. Kraft, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 55. Bd., 1926, S. 240—242.

R. Lazarsfeld, Der Kampf, 19. Jhg., 1926, S. 42—44.

- A. Menzel, *Jahrbuch für Soziologie*, 2. Bd., 1926, S. 261—275.
 („Kelsens ‚Allgemeine Staatslehre‘ und die Soziologie“.)
 A. Merkl, *Archiv des öffentlichen Rechts*, N. F., 10. Bd., 1926,
 S. 257—274.
 L. Pitamic, *Slovenski Pravniki*, 40 Jhg., 1926, Nr. 12.
 R. Redslob, *Revue de droit public et de la science politique
 en France et à l'Etranger*, 43. Bd., 1926, S. 147—150.
 W. Sauer, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*,
 20 Bd., 1926, S. 324—328.
 W. Schelcher, *Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung
 der Verwaltung*, 59. Jhg., 1926, S. 357—360.
 F. Schreier, *Logos*, 15. Bd., 1926, S. 364—370 („Über die Lehre
 vom ‚möglichen Recht‘. Zugleich eine Besprechung von
 Kelsens ‚Allgemeiner Staatslehre‘“).
 W. Simon, *Volkswohl*, 17. Jhg., 1926, S. 106—111, 148—153,
 191—196 und 221—228 („Die Grundlage der Staatslehre
 Prof. Kelsens“).
 G. Meloni, *Bibliografia delle Scienze Giuridiche*, 2. Bd., 1927,
 S. 255—259.
 H. O. Meisner, *Preußische Jahrbücher*, 210 Bd., 1927, S. 430
 bis 431.
 E. Voegelin, *Political Science Quarterly*, 42. Bd., 1927, S. 268
 bis 276 („Kelsen's Pure Theory of Law“).
Der österreichische Volkswirt, 20. Jhg., 1927, S. 373.
 H. Hagerström, *Litteris*, 5. Bd., 1928, S. 20—40 und 81—99.
 A. Missong, *Die Menschheit*, 15. Jhg., 1928, S. 131 („Die deutsche
 Wissenschaft im Banne des Machtglaubens“).
Gesetz und Recht, 29. Jhg., 15. Mai 1928.
 G. A. Gierlichs, *Gewerbearchiv für das Deutsche Reich*, 26. Bd.,
 1929, S. 157—158.

Das Problem des Parlamentarismus.

Soziologie und Sozialphilosophie. Schriften der Soziologischen Gesell-
 schaft in Wien. III.

Wien und Leipzig, o. J. (1925), Wilhelm Braumüller, 44 Seiten.
 besprochen:

- S. Katzenstein, *Die Bücherwarte*, 1. Jhg., 1926, S. 211.
 E. Krämer, *Berliner Börsen-Courier* vom 16. Februar 1926,
 58. Jhg., Nr. 78, S. 1 („Das Problem des Parlamentarismus“).
 J. Neubauer, *Társadalomtudomány*, 6. Jhg., 1926, S. 205—206.
 P. Schrecker, *Die literarische Welt*, 1926, Nr. 6, S. 5 („Apologie
 des Parlamentarismus“).
Linzer Tagblatt vom 7. März 1926.
Czas (Kraków) vom 18. März 1926, Nr. 63, S. 1 („Chory parla-
 mentaryzm“).
Linzer Tages-Post vom 27. März 1926.
Tagespost (Graz) vom 30. März 1926 (Abendblatt), 71. Jhg.,
 Nr. 89, S. 1.
Wiener Morgenzeitung vom 11. April 1926.
Dresdner Volkszeitung vom 28. Mai 1926.
Stolper Greif vom 4. Dezember 1926.
Leipziger Neueste Nachrichten vom 21. Dezember 1926, Nr. 352,
 S. 15.

- R. W., Der Herold der deutschen Jungdemokratie, 8. Jhg., 1927, S. 244.
- F., Danziger Statistische Nachrichten vom 20. Oktober 1927. G., Volksbildung, 1927, S. 379.
- Die Wahrheit vom 11. Feber 1927.
- E. Schultz-Ewerth, Zeitschrift für Völkerpsychologie und Soziologie, 4. Jhg., 1928, S. 215—216.
- Souveränität, völkerrechtliche.
Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie, 2. Band, Seite 554 bis 559. Berlin und Leipzig 1925, Walter de Gruyter & Co.
- Staat und Völkerrecht.
Zeitschrift für öffentliches Recht, 4. Band, 1925, Seite 207—222. („Zu Ehren des Institut de Droit International.“)
Gott und Staat (mit Einleitung in japanischer Sprache), o. O., 1925, 23 Seiten.
- Die Vollendung der Bundesverfassung.
Neue Freie Presse vom 17. März 1925 (Morgenblatt), Nr. 21734, Seite 3.
Neue Freie Presse vom 19. März 1925 (Morgenblatt), Nr. 21736, Seite 2.
Neue Freie Presse vom 21. März 1925 (Morgenblatt), Nr. 21738, Seite 2.
Neue Freie Presse vom 27. März 1925 (Morgenblatt), Nr. 21744, Seite 2—3 („Rechnungshof und Verwaltungsgerichtshof“).
Neue Freie Presse vom 8. April 1925 (Morgenblatt), Nr. 21756, Seite 2 („Rechnungshof und Verwaltungsgerichtshof“).
- Ferdinand Lassalle.
Neue Freie Presse vom 11. April 1925 (Morgenblatt), Nr. 21759, Seite 4.
- Besprechung von: Dr. Ludwig Adamovich und Dr. Georg Froehlich, Die österreichischen Verfassungsgesetze des Bundes und der Länder mit den Ausführungs- und Nebengesetzen und Erkenntnissen des Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshofes. Nach dem Stande vom 1. September 1924. Handausgabe österreichischer Gesetze und Verordnungen, Heft 212. Wien 1925, Österr. Staatsdruckerei.
Neue Freie Presse vom 29. April 1925 (Abendblatt), Nr. 21776, Seite 5.
- Die Vollendung der Bundesverfassung (Verfassungsgerichtshof).
Neue Freie Presse vom 15. Mai 1925 (Morgenblatt), Nr. 21792, Seite 2 bis 3, und vom 19. Mai 1925 (Morgenblatt), Nr. 21796, Seite 2.
- Das Kompromiß in der Verfassungsfrage. Der Inhalt der endgültigen Vorlagen.
Neue Freie Presse vom 23. Mai 1925 (Morgenblatt), Nr. 21800, Seite 2—3.
- Die Änderungen der Kompetenzbestimmungen in der Verfassungsreform.
Neue Freie Presse vom 27. Mai 1925 (Morgenblatt), Nr. 21804, Seite 2—3.
- Friedrich Tezner,
Neues Wiener Tagblatt vom 24. Juni 1925, 59. Jahrgang, Nr. 162, Seite 3—4.

Der Staat als Übermensch. Eine Erwiderung.

Wien 1926, Verlag von Julius Springer, 24 Seiten.

besprochen:

A. Cavaglieri, *Rivista di diritto internazionale*, 19. Bd., 1927, S. 597.

W. Schelcher, *Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung*, 61. Bd., 1927, S. 401—403.

K. Wolff, *Juristische Blätter*, 56. Jhg., 1927, S. 46.

Zentralblatt für die Juristische Praxis, 45. Bd., 1927, S. 42.

Staat und Selbstverwaltung vom 16. Februar 1927, Nr. 4.

E. Beling, *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 22. Bd., 1928, S. 143—147.

J. Kraft, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 43. Bd., 1928, S. 283—292 („Furchtbare Lehren oder Kampf ums Recht?“).

Bla., *Annalen der Philosophie und philosophischen Kritik*, 6. Bd., 1928, S. 163*.

Grundriß einer allgemeinen (juristischen) Theorie des Staates.

Als Manuskript gedruckt. Wien 1926. 64 Seiten.

Aperçu d'une théorie générale de l'Etat. Traduit par Ch. Eisenmann.

Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Etranger, 43. Band, 1926, Seite 561—646.

Paris 1927, Marcel Giard, 94 Seiten.

besprochen:

G. Perticone, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 9. Bd., 1929—VII, S. 346—348.

Základy obecní teorie státní. Übersetzt von F. Weyr.

Sbírka spisů právnických a národohospodářských vydávající s podporou ministerstva školství a národní osvěty Karel Engliš a František Weyr. Svazek XXIX. Brno 1926. Nákladatelství Barvič & Novotný, knihkupectví právnické fakulty Masarykovy University, 84 Seiten.

Das Wesen des Staates.

Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, 1. Jahrgang, 1926, Seite 5—17.

Zur Soziologie der Demokratie.

Der österreichische Volkswirt, 19. Band, 1. Teil, 1926, Seite 209—211 und 239—242.

Demokratie.

Der deutsche Volkswirt, 1. Jahrgang, 1926, Seite 238—240 und 269—272.

Staatsform als Rechtsform.

Zeitschrift für öffentliches Recht, 5. Band, 1926, Seite 73—93.

Diskussionsrede zu den Berichten „Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung“ bei der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Münster i. W. am 29. und 30. März 1926.

Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 3, Seite 53—55. Berlin und Leipzig 1927, Walter de Gruyter & Co.

Bemerkungen zur chilenischen Verfassung.

Zeitschrift für öffentliches Recht, 5. Band, 1926, Seite 616—619.

Impărțirea teritorială a statului. Teorie asupra centralizării și descentralizării precum și legăturilor dintre State. Tradus de N. Corodeanu.

Die räumliche Gliederung des Staates. Theorie der Zentralisation und Dezentralisation und zugleich der Staatenverbindungen.

Revista de drept public, 1. Band, 1926, Seite 375—395.

Die Vollendung der österreichischen Bundesverfassung.

Zeitschrift für Politik, 15. Band, 1926, Seite 301—319.

Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public.

Recueil des Cours. Académie de Droit International établie avec le concours de la Dotation Carnegie pour la Paix Internationale, 14. Band, 1926, IV. Teil, Seite 231—331.

besprochen:

G. Perticone, Rivista internazionale di filosofia del diritto, 9. Bd., 1929—VII, S. 346—348.

Diskussionsreden in der Sitzung des Wahlreform-Ausschusses des n.-ö. Landtages betreffend die Reform des bestehenden Wahlrechtes für den Landtag und die Gemeinden.

Stenographische Verhandlungsschrift über die Mittwoch, den 12. Mai 1926, im Prälatsensaal des n.-ö. Landhauses, Wien I, Herrngasse 13, unter dem Vorsitze des Herrn Landtagsabgeordneten Dr. Czermak stattgefundene Sitzung des Wahlreform-Ausschusses des n.-ö. Landtages. Wien 1926, Verlag der n.-ö. Landesregierung (Landtagskanzlei), Seite 6—8, 9—10 und 13—14.

Zur Anschlußfrage.

Republikanische Hochschul-Zeitung, 2. Jahrgang, 1926, Seite 1—2.

Die Unzufriedenheit mit dem Wahlrecht. Für Einzelwahlen an Stelle der Listen.

Neue Freie Presse vom 12. März 1926 (Morgenblatt), Nr. 22088, Seite 1—2.

Die proportionale Einerwahl. Vorschlag eines neuen Wahlsystems.

Neue Freie Presse vom 14. März 1926 (Morgenblatt), Nr. 22090, Seite 6—7.

Rudolf Herrnriths „Österreichisches Verwaltungsrecht“.

Neue Freie Presse vom 20. März 1926 (Morgenblatt), Nr. 22096, Seite 3.

Robert Neumann-Ettenreich.

Neues Wiener Tagblatt vom 27. März 1926, 60. Jahrgang, Nr. 86, Seite 7.

Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung.

Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag 24. Januar 1927, Seite 127—187.

Tübingen 1927, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 61 Seiten. besprochen:

O. Z., Zürcher Post vom 29. April 1927.

A. Merkl, Juristische Blätter, 57. Jhg., 1928, S. 34—35.

D. Schindler, Schweizerische Juristen-Zeitung, 24. Jhg., 1927/28, S. 73—74.

P. Guggenheim, Zeitschrift für öffentliches Recht, 7. Bd., 1928, S. 611—612.

F. Stier-Somlo, Zentralblatt für die Juristische Praxis, 46. Bd., 1928, S. 196—202.

R. R., *Revue générale de droit international public*, 35. Bd., 1928, S. 530—531.

Der Staatsbegriff in der Psychoanalyse.

Almanach für das Jahr 1927. Internationaler Psychoanalytischer Verlag, Wien, Seite 135—142.

Diskussionsrede zu den Berichten „Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung“ bei der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu München am 24. und 25. März 1927.

Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 4, Seite 168—180. Berlin und Leipzig 1928, Walter de Gruyter & Co.

Die Verfassung Österreichs.

Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, 15. Band, 1927, Seite 51—103.

Az államelmélet alapvonalai. A német kéziratból fordította és előszóval ellátta: Moór Gyula.

Szegedi tudományos könyvtár. Szerkeszti: Bibó István, Erekly István, Kogutowicz Károly, Tóth Károly. III. Kötet. Szeged 1927, XIII und 90 Seiten.

besprochen:

Jogtudományi Közlöny, 62. Jhg., 1927, S. 174.

Jogállam, 27. Jhg., 1928, S. 386—387.

Athenaeum, 15. Jhg., 1929, S. 89.

Kokka Genri Teiyo (Kelsens Essentials of the Theory of State=Grundriß einer allgemeinen Theorie des Staates). Übersetzt von Prof. Tomio Nakano. Waseda Law Review, 7. Band, 1927, Seite 1—118.

Tokio 1927, 118 Seiten.

Horitsugakuteki kokka Gainen (Der juristische Staatsbegriff). Übersetzt von Prof. Satoru Kuroda.

Satoru Kuroda, Wien Gakuha no Horitsugaku to sono Shomondai (Die Rechtslehre der Wiener Schule und ihre Probleme), Tokio 1927, Verlag Taitokaku, Seite 169—243.

Junsui Hogaku no Hatten to sono Bunken. (Die Entwicklung der Reinen Rechtslehre und ihre Literatur=Vorrede zur zweiten Auflage der Hauptprobleme der Staatsrechtslehre). Übersetzt von Prof. Satoru Kuroda.

Shogaku Ronso (Zeitschrift für Handelswissenschaft, Wakayama), 2. Band, 1927, Seite 68—96.

Satoru Kuroda, Wien Gakuha no Horitsugaku to sono Shomondai (Die Rechtslehre der Wiener Schule und ihre Probleme), Tokio 1927, Verlag Taitokaku, Seite 53—168.

Die staatsrechtliche Durchführung des Anschlusses Österreichs an das Deutsche Reich.

Zeitschrift für öffentliches Recht, 6. Band, 1927, Seite 329—352. Wien 1927, Julius Springer, 24 Seiten.

besprochen:

E. Hula, Neue Freie Presse vom 16. März 1927 (Morgenblatt), Nr. 22450 („Die staatsrechtliche Durchführung des Anschlusses Österreichs an das Deutsche Reich. Eine neue Schrift Professor Kelsens“).

- T. H., Berichte der Deutschen Hochschule für Politik, 5. Bd., 1927, S. 39—40.
 Münchner Neueste Nachrichten vom 3. April 1927.
 The Christian Science Monitor (Boston) vom 20. April 1927, S. 16 („Professor outlines the basis for Austro-German Anschluß“).
 Der Volksstaat vom 13. Juli 1927, Nr. 161.
 Deutscher Außenhandel, 1927, Nr. 6.
- Demokratie.
 Verhandlungen des 5. Deutschen Soziologentages vom 26.—29. September 1926 in Wien. Schriften der Deutschen Gesellschaft für Soziologie. Tübingen 1927, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Seite 37—68 und 113—118.
- Österreichisches Recht. Verfassungsrecht.
 Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 4. Band, Seite 315—326. Berlin und Leipzig 1927, Walter de Gruyter & Co.
- Geleitwort zu: Bernheimer, Probleme der Rechtsphilosophie. Berlin-Grunewald 1927, Dr. W. Rothschild.
- Gutachten über die Frage der Entstehung des čechoslovakischen Staates und der čechoslovakischen Staatsbürgerschaft (1. November 1927). 42 Seiten, Druck „Orbis“, Prag, o. J.
- Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. Zweite, photomechanisch gedruckte Auflage. Tübingen 1928, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), XII und 320 Seiten.
 besprochen:
 A. Missonig, Die Menschheit, 15. Jhg., 1928, S. 216—217 („Die juristische Grundlegung des Pazifismus durch den Souveränitätsbegriff der reinen Rechtslehre“).
 L. Pitamic, Zeitschrift für öffentliches Recht, 7. Bd., 1928, S. 640—645.
 D. Schindler, Schweizerische Juristen-Zeitung, 24. Jhg., 1927/28, S. 319—320.
- Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht. Zweite, photomechanisch gedruckte Auflage. Tübingen 1928, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), VIII und 253 Seiten.
 besprochen:
 L. Pitamic, Zeitschrift für öffentliches Recht, 7. Bd., 1928, S. 640—645.
 D. Schindler, Schweizerische Juristen-Zeitung, 24. Jhg., 1927/28, S. 319—320.
 F. Weyr, Časopis pro právní a státní vědu, 11. Bd., 1928, S. 130—131.
 Revue de Sociologie, 1928, S. 702—703.
 Der Schwäbische Merkur vom 23. Mai 1928, Nr. 237.
 H. Sauermann, Archiv für angewandte Soziologie, 1929, S. 95—96.
 Das Reichsbanner vom 7. September 1929.

Compendio esquemático de una teoría general del estado. Traducción directa del alemán por Luis Recasens Siches y Justino de Azcárate Florez. Prólogo de Luis Recasens Siches.

Barcelona 1928, Núñez y Comp. S. en C., XXVI, 131 Seiten.

Teoria generală a statului. Tradusă din limba germana de Jean H. Vermeulen en concursul Domnului E. Glaser.

Biblioteca Institutului de Științe administrative, No. 12, București 1928, Tiparul „Oltenia“, 104 Seiten.

Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung.

Wien 1928, Julius Springer, 31 Seiten.

besprochen:

Radbruch, Juristische Wochenschrift, 58. Jhg., 1929, S. 24.

U. Ratti, La Giustizia penale, 35. Bd., 1929—VII, S. 1085.

J. D. Sauerländer, Zentralblatt für die Juristische Praxis, 46. Bd., 1929, S. 174—186 („Zum Kampf um die Reine Rechtslehre“).

W. Sauer, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 50. Bd., 1930, S. 193—195.

Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses.

Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, 2. Jahrgang, 1927/28, Seite 71—94.

Die Idee des Naturrechtes.

Zeitschrift für öffentliches Recht, 7. Band, 1928, Seite 221—250.

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus.

Philosophische Vorträge veröffentlicht von der Kant-Gesellschaft, herausgegeben von Paul Menzer und Arthur Liebert, 31. Charlottenburg 1928, Pan-Verlag Rolf Heise, 78 Seiten.

besprochen:

E. Mezger, Der Gerichtssaal, 98. Bd., 1928, S. 433.

S. Rohatyn, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 60. Bd., 1928, S. 654—658.

O. Seeling, Archiv für die gesamte Psychologie, 69. Bd., 1928, S. 287—288.

A. S. de Bustamante y Montoro, Revista de la Habana, 1. Bd., 1929, S. 58—59 („La Libertad Natural“).

L. Groß, Vossische Zeitung vom 20. Januar 1929.

H. Klinghoffer, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht, 23. Jhg., 1929, S. 577—582 („Die Idee des Rechtes“).

G. Rohatyn, Juristische Blätter, 58. Jhg., 1929, S. 22—24.

L. Sommer, Neue Freie Presse vom 31. Juli 1929 (Abendblatt), S. 3.

P. Biró, Századunk, 5. Jhg., 1930, S. 242.

A. Gysin, Abhandlungen der Fries'schen Schule, N. F., 5. Bd., 1930, S. 235—247.

E. Wolf, Deutsche Literaturzeitung, 1930, Sp. 87—89.

Dr. D., Das Neue Reich, 1930, S. 372.

Préface zu: Charles Eisenmann, La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche.

Paris 1928, Librairie générale de droit & de jurisprudence, Seite V—XI.

- Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Bericht erstattet der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. und 24. April 1928. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 5, Seite 30—88 und 117—123. Berlin und Leipzig 1929, Walter de Gruyter & Co.
- Diskussionsrede zu den Berichten „Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte“ bei der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. und 24. April 1928. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 5, Seite 222—225. Berlin und Leipzig 1929, Walter de Gruyter & Co.
- Zum Begriff des Kompetenzkonfliktes. Zeitschrift für öffentliches Recht, 7. Band, 1928, Seite 583—599.
- Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischen Recht. Juristische Blätter, 57. Jahrgang, 1928, Seite 105—110.
- Στοιχεία γενικής θεωρίας τῆς πολιτείας
Αρχεῖον φιλοσοφίας καὶ θεωρίας τῶν ἐπιστήμων, ἔτος Α', 1929, Seite 281—297 und 441—497.
- La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice Constitutionnelle. Traduction par M. Eisenmann).
Revue de Droit public et de la science politique en France et à l'Etranger 45. Band, 1928, Seite 197—257.
Paris 1928, Marcell Giard, 61 Seiten.
Annuaire de l'Institut International de Droit Public 1929, Seite 52—143, 194—195, 198—200. Paris 1929, Les Presses Universitaires de France.
besprochen:
G. C., Revue de l'Université de Bruxelles, 34. Jhg., 1928/29, S. 76—77.
J. Maury, Revista de derecho privado, 16. Bd., 1929, S. 305—320 („Observaciones sobre las ideas del Profesor Hans Kelsen“).
- Diskussionsreden zu dem Bericht von G. Jèze „La signification juridique des Libertés publiques“ vor dem Institut International de Droit Public, am 22. Oktober 1928.
Annuaire de l'Institut International de Droit Public 1929, Seite 207, 209—210. Paris 1929, Les Presses Universitaires de France.
- Shakaigakuteki Kokka Gainen to Horitsugakuteki Kokka Gainen (Der soziologische und der juristische Staatsbegriff). Übersetzt von Prof. Makoto Hori. Dritte Auflage.
Sekai Daishiso Zenshu (Sammlung der großen Gedanken der Welt), Band 45. Tokio 1929, Verlag Shunjusha, 268 Seiten.
- Zagadnienie Parlamentaryzmu. Przełożył z upoważnienia autora Artur Miller.
Warszawa 1929, Nakładem księgarni F. Hoessicka, 32 Seiten.
- Il problema del parlamentarismo. Trad. di Bruno Flury.
Nuovi studi di diritto, economia e politica, 2. Band, 1929—VII, Seite 182—204.
- Vorrede des Herausgebers zu Band X der Wiener Staats- und Rechtswissenschaftlichen Studien (Neue Folge der Wiener Staatswissenschaftlichen Studien).
Leipzig und Wien 1929, Franz Deuticke, Seite III—IV.

Vom Wesen und Wert der Demokratie. Zweite, umgearbeitete Auflage.
Tübingen 1929, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), VII und
119 Seiten.

besprochen:

G. Edlin, Schweizerische Juristen-Zeitung, 26. Jhg., 1929/30,
S. 191—192.

Ch. Eisenmann, Revue de droit public et de la science politique
en France et à l'Etranger, 46. Bd., 1929, S. 548—551.

J. Geiger-Südeke, Reichspost vom 28. Jänner 1929, S. 6—7.

O. Koellreutter, Archiv des öffentlichen Rechts, 56. Bd., 1929,
S. 138—141.

G. Rohatyn, Zeitschrift für soziales Recht, 1. Jhg., 1929,
S. 280—282.

A. Volpicelli, Nuovi studi di diritto, economia e politica, 2. Bd.,
1929—VII, S. 253—266 („Dal parlamentarismo al corpora-
tismo. Polemizzando con H. Kelsen“).

G. A. Walz, Deutsche Literaturzeitung, 47. Jhg., 1929,
Sp. 1308—1312.

A. R—y, Volkswohl, 20. Jhg., 1929, S. 395—396.

Z., Juristische Blätter, 58. Jhg., 1929, S. 292.

Revue de droit public et de la science politique en France et
à l'Etranger, 46. Bd., 1929, S. 176.

Vossische Zeitung vom 13. Januar 1929 (Literarische Umschau,
Nr. 3, S. 2).

Staats-Anzeiger für Württemberg vom 27. Februar 1929,
Nr. 49, S. 5—6.

Die Hilfe vom 15. Oktober 1929.

E. Eyck, Juristische Wochenschrift, 59. Jhg., 1930, S. 2119.

Th. Heuss, Zeitschrift für Politik, 19. Bd., 1930, S. 583—584.

H. Klinghoffer, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozial-
politik, 63. Bd., 1930, S. 179—183.

F. Schotthöfer, Literaturblatt der Frankfurter Zeitung, 2. Mor-
genblatt vom 9. Februar 1930, Nr. 107.

ck., Die Deutsche Arbeitgeber-Zeitung vom 6. April 1930.

Der Sächsische Staatsdienst vom 1. Juli 1930.

A. Koettgen, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft,
90. Bd., 1931, S. 97—107 („Kelsen und die Demokratie“).

Geschworenengerichte und Demokratie. Das Prinzip der Legalität.

Neue Freie Presse vom 3. Februar 1929 (Morgenblatt), Nr. 23128,
Seite 2.

Justiz und Verwaltung.

Zeitschrift für soziales Recht, 1. Jahrgang, 1929, Seite 80—93.

Wien 1929, Verlag Julius Springer, 25 Seiten.

besprochen:

F. Baer, Schweizerische Juristen-Zeitung, 26. Jhg., 1929/30,
S. 287—288.

H. R., Vossische Zeitung vom 14. Februar 1929, Nr. 76 (Recht
und Leben, Nr. 7, S. 2).

Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege, Rechtswissen-
schaft und Verwaltung, 1929, Heft 2.

Ministerialblatt für die preußische innere Verwaltung, 1929,
Nr. 5.

- Revue de droit public et de la science politique en France et à l'Etranger, 46. Bd., 1929, S. 496.
 Zeitschrift für Selbstverwaltung, 1929, Sp. 1582.
 Dr. Blume, Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, 65. Bd., 1930, S. 263—264.
 Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, 4. Jhg., 1930, S. 116.
 M. Kraft-Fuchs, Zeitschrift für öffentliches Recht, 10. Bd., 1931, S. 438—439.
- Souveränität.
 Die neue Rundschau, 40. Jahrgang, 1929, Seite 433—446.
- Diskussionsrede zu den Berichten „Bundesstaatliche und gliedstaatliche Rechtsordnung“ bei der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Frankfurt a. M. am 25. und 26. April 1929.
 Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 6, Seite 57—58 und 65. Berlin und Leipzig 1929, Walter de Gruyter & Co.
- Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre.
 Juristische Wochenschrift, 58. Jahrgang, 1929, Seite 1723—1726.
 besprochen:
 L. Groß, Vossische Zeitung vom 24. Juli 1929 (Das Unterhaltungsblatt, Nr. 170, S. 3).
- Juristický formalismus a ryzí nauka právní. Übersetzt von F. Weyr.
 Časopis pro právní a státní vědu, 12. Band, 1929, Seite 163—168 und 207—211.
- Karl Brockhausen. Zu seinem siebzigsten Geburtstag.
 Neue Freie Presse vom 9. Mai 1929 (Morgenblatt), Nr. 23222, Seite 3.
- La naissance de l'Etat et la formation de sa nationalité. Les principes, leur application au cas de la Tchécoslovaquie.
 Revue de droit international, 3. Jahrgang, 4. Band, 1929, Seite 613—641.
- Staatsrechtliches Gutachten (Liechtensteinische Verfassungsfragen betreffend, vom 10. September 1929).
 28 Seiten, ohne Orts- und Jahresangabe.
- Die Entwicklung des Staatsrechts in Österreich seit dem Jahre 1918.
 Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 1. Band, Seite 147—165, Tübingen 1929, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).
- Der Drang zur Verfassungsreform. Eine Folge der politischen Machtverschiebung.
 Neue Freie Presse vom 6. Oktober 1929 (Morgenblatt), Nr. 23370, S. 6—7.
- Die Verfassungskrisis in Österreich.
 Frankfurter Zeitung vom 6. Oktober 1929 (2. Morgenblatt), Nr. 746.
- Die Grundzüge der Verfassungsreform.
 Neue Freie Presse vom 20. Oktober 1929 (Morgenblatt), Nr. 23384, Seite 6 (Umgestaltung der Gesetzgebung), und vom 30. Oktober 1929 (Morgenblatt), Nr. 23394, Seite 2—3.
- Verfassungsreform in Österreich.
 Die Justiz, 5. Band, 1929, Seite 130—136.

Die Verfassungsreform.

Juristische Blätter, 58. Jahrgang, 1929, Seite 445—457.

Die österreichische Verfassungsreform.

Der österreichische Volkswirt, 22. Band, 1. Teil, Seite 99—102.

Die österreichische Verfassungsreform.

Der Deutsche Volkswirt, 4. Jahrgang, 1929, Seite 110—113.

Die Reform der Wiener Verfassung. Ein Landes-Verwaltungsgerichtshof als zweite Instanz.

Die Stunde (Wien) vom 26. Oktober 1929, 7. Jahrgang, Nr. 1989, Seite 1—2.

Wien und die Länder im Regierungsentwurf.

Der Morgen (Wien) vom 28. Oktober 1929, Seite 5.

Der Verfassungsfrieden in Österreich.

Frankfurter Zeitung vom 6. Dezember 1929 (Abendblatt), Nr. 910.

Lineamenti di una teoria generale dello Stato. Trad. di R. Maran e A. Volpicelli.

Nuovi studi di diritto, economia e politica, 2. Band, 1929—VII, Seite 267—281, 368—376; 3. Band, 1930—VIII, Seite 208—228, 325—341.

Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung.

Wien 1930, Verlag von Julius Springer, 91 Seiten.

besprochen:

B. Eichfeld, Standarte, 5. Jhg., 1930, S. 730—735 („Es stellt sich vor: Hans Kelsen“).

E. Eyck, Vossische Zeitung vom 14. September 1930, Nr. 434 (Literarische Rundschau, Nr. 37, S. 2).

H. Klinghoffer, Berliner Tageblatt vom 18. September 1930, 59. Jhg., Nr. 440 („Integration“).

J. Kraft, Literaturblatt der Frankfurter Zeitung (2. Morgenblatt) vom 13. Juli 1930, Nr. 515.

H. Triepel, Deutsche Juristen-Zeitung, 35. Jhg., 1930, Sp. 1041. Vossische Zeitung vom 22. Juni 1930.

Kölnische Zeitung vom 18. August 1930.

R. A. Métall, Zeitschrift für soziales Recht, 3. Jhg., 1931, S. 52.

W. Schelcher, Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, 66. Bd., 1931, S. 115—116.

Revue Internationale du Travail, 23. Bd., 1931, S. 467.

Die proportionale Einerwahl.

Neue Leipziger Zeitung vom 12. Januar 1930, Seite 1—2, und vom 14. Januar 1930, Seite 12.

Concetto del diritto naturale. Trad. di G. Brugier.

Nuovi studi di diritto, economia e politica, 3. Band, 1930—VIII, Seite 392—421.

Ein freiheitliches Wahlverfahren. Deutschland vor neuen Aufgaben.

Frankfurter Zeitung vom 18. Juli 1930 (1. Morgenblatt), Nr. 527.

Wahlreform.

Das Tagebuch, 11. Jahrgang, 1930, Seite 1414—1420.

Die Verfassung Österreichs.

Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, 18. Band, 1930, Seite 130—185.

Besprechung von: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Herausgegeben von Dr. Hans Carl Nipperdey, II. Band. Berlin 1930. Reimar Hobbing.

Juristische Wochenschrift, 60. Jahrgang, 1931, Seite 717.

Ist eine Zollunion zwischen Deutschland und Österreich völkerrechtlich zulässig?

Kölnische Zeitung vom 25. März 1931 (Morgenausgabe), Nr. 166.

Zollunion und Völkerrecht.

Der deutsche Volkswirt, 5. Jahrgang, 1931, Seite 995—998.

Besprechung von: Josef L. Kunz, Die Staatenverbindungen. Handbuch des Völkerrechts, herausgegeben von Prof. F. Stier-Somlo, II. Band, 4. Abteilung. Stuttgart 1929, W. Kohlhammer, VIII und 818 Seiten. Zeitschrift für öffentliches Recht, 11. Band, 1931, Seite 313—316.

Der Wandel des Souveränitätsbegriffs.

Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio del Vecchio. Modena 1931. Società Tipografica Modenese, 2. Band, Seite 1—11.

(Abgeschlossen Ende Juni 1931.)

Buch- und Kunstdruckerei Steyermühl, Wien VI