Werk

Titel: Hans Kelsens System einer reinen Rechtstheorie

Autor: Merkl, Adolf

Ort: Tübingen

Jahr: 1921

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574893_0041|log28

Kontakt/Contact

Digizeitschriften e.V.
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

info@digizeitschriften.de

Hans Kelsens System einer reinen Rechtstheorie.

Von

Dr. ADOLF MERKL, Professor an der Universität in Wien.

I.

HANS KELSEN hat seinem rechtstheoretischen Lebenswerke, das er mit den grundlegenden „Hauptproblemen der Staatsrechtslehre“ [1] eröffnet, in mehreren, trotz der Einstellung auf juristische Spezialprobleme für die Hauptprobleme der Jurisprudenz außerordentlich beziehungs- und aufschlußreichen Monographien [2] fortgeführt hat, nunmehr in dem neuesten Werke über „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes, Beitrag zu einer reinen Rechtstheorie [3], einen

[1] Tübingen. Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1911.

[2] An rechtstheoretischen Schriften KELSENS sind außer den beiden in Rede stehenden Hauptwerken namentlich hervorzuheben:

Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft: Archiv des öffentlichen Rechts, 31. Bd., Heft 2/3. — Ueber Staatsunrecht: Grünhutsche Zeitschrift, 40. Bd., Wien, 1913. — Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als ob: Annalen der Philosophie, Leipzig 1919.

An Schriften zur politischen Theorie aus der Feder unseres Autors seien genannt: Politische Weltanschauung und Erziehung: Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung 1912. — Vom Wesen und Wert der Demokratie: Verlag J. C. B. Mohr, Tübingen 1920. — Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus: Verlag C. L. Hirschfeld, Leipzig 1920.

[3] Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1920, 320 S.

gewissen Abschluß gegeben. Von einem endgültigen Abschlusse kann man angesichts des unerschöpflichen Schaffens dieses erst auf der Höhe seiner Schaffenskraft stehenden Forschers freilich nur insoferne sprechen, als mit KELSENs jüngstem Werke ein bestimmtes Ziel seiner Rechtstheorie, die auf die Ergründung eines — wenn dieser dem heutigen Juristen allerdings noch nicht evidente Pleonasmus gestattet ist — „einheitlichen“ und „reinen“ Rechtssystems hinausläuft, erreicht ist: Nach der nunmehr vollzogenen actio finium regundorum des Rechtsphänomens kann nämlich KELSENs weitere Rechtsforschung nur gewissermaßen einer Intensivierung der Rechtstheorie, einer tiefer und in die Tiefe greifenden Durchhellung des bisher schon in seinen Umrissen geklärten, in seiner „Einheit und Reinheit“ feststehenden Rechtssystemes dienen.

KELSENs „Hauptprobleme“ haben, geleitet von dem Drange nach Reinheit der Rechtstheorie, zugleich mit deren Reinigung von den überwuchernden metajuristischen Elementen, zu einer ungeahnten Verengung des Gebietes des Rechtlichen, zu einer verhältnismäßig weit getriebenen Isolierung der rechtlichen Erscheinungen geführt. Das „Souveränitätsproblem“ stellt erstmals den Einheitsbezug zwischen diesen isolierten Rechtserscheinungen her. Haben die „Hauptprobleme“ in dem Drange, Rechtsfremdes aus dem Rechtsbereiche zu eliminieren, insoferne übers Ziel geschossen, als sie z. B. sogar der Gesetzgebung die Qualität einer Staats- und somit Rechtsfunktion bestritten, so wird im „Souveränitätsproblem“ nicht nur die rechtliche Relevanz aller staatsrechtlichen Erscheinungen hinauf bis zur Verfassung anerkannt, sondern die Reihe der Rechtserscheinungen durch Einbeziehung des Völkerrechtes in das zugleich vielgestaltige und einheitliche Rechtssystem nach obenhin erweitert. Erst diese Erweiterung läßt das Rechtsgebäude KELSENs, das infolge der ursprünglichen Verengung des Rechtlichen den Anschein einer gewissen Primitivität angenommen hatte, im Lichte einer

nicht nur kühnen, sondern auch kunstvollen weitläufigen Konstruktion erscheinen.

KELSENs neuestes Werk behandelt, durch eine deutliche Zäsur getrennt, zwei Probleme, die bereits im Doppeltitel des Buches angedeutet sind. Das „Problem der Souveränität" gilt in der gegenwärtigen Rechtslehre als mehr oder weniger rein staatsrechtliches Problem. KELSEN stellt es zunächst auch als solches, weist aber im zweiten größeren Teile seines Werkes nach, daß es auch ein Problem des Völkerrechtes ist, das freilich die herrschende „Theorie des Völkerrechtes" bisher in ihm noch kaum gesucht hat. Geht die Darstellung von diesen den beiden rechtswissenschaftlichen Disziplinen gemeinsamen Problemen aus, so mündet sie in die Erkenntnis einer Gemeinsamkeit des Gegenstandes beider Disziplinen — eben des Staats- und Völkerrechtes —, in die Erkenntnis einer Staats- und Völkerrecht umschließenden Systemeinheit.

* * *

1. Der erste kleinere Teil des Werkes setzt sich mit der staatsrechtlichen Souveränitätstheorie auseinander. Diese eine Theorie konstituiert sich aus einer Fülle widersprechender Auffassungen der Souveränität, was eine ungewöhnlich starke Oszillation dieses Grundbegriffes bedingt (S. 1). KELSEN läßt die markantesten Lehrmeinungen über die Souveränität Revue passieren, wobei wir von den naivsten und primitivsten Auffassungen der Souveränität als Seinstatsache bis zur sehr verfeinerten Deutung der Souveränität als einer Eigenschaft rechtlichen Sollens geführt werden. KELSEN identifiziert sich mit keiner dieser Lehrmeinungen, von denen die eine oder andere, namentlich die von KRABBE in seinem Werke über „Die moderne Staatsidee" entwickelte, der unseres Autors schon sehr nahekommt, sondern errichtet — man kann nicht einmal sagen: aus dem Schutt der durch seine Kritik verschütteten Konstruktionen — von Grund auf eine neue Konstruktion. Es kommt unserem Autor gar nicht

„auf eine historische Legitimierung des heute in Verwendung stehenden Souveränitätsbegriffs an. Für eine notwendige Vorstellung . . . soll ein Ausdruck gefunden werden; die hergebrachte Terminologie bietet einen, der im allgemeinen Sprachgebrauch ungefähr jene Bedeutung hat, die richtiger Erkenntnis nach benötigt wird“ (S. 3). KELSENs Souveränitätslehre hat mit den bisherigen Theorien der Souveränität den Terminus, aber nicht den Begriff gemeinsam.

Wenn man von älteren und überholten Versuchen, den Souveränitätsbegriff zu bestimmen, absieht, so darf man im Sinne der herrschenden Staatsrechtslehre die Souveränität als Eigenschaft des Staates, genauer: der „Staatsperson als eines der Rechtsordnung unterworfenen Subjektes“ ansehen. „Die allgemeine Zuerkennung der Souveränitätsqualität an den Staat und die Ablehnung jedes anderen Souveränitätssubjekts durch die neuere Theorie . . .“ erachtet KELSEN treffend als „ein Symptom für die richtige Tendenz, in der sich der Staatsbegriff neuestens dem Rechtsbegriff zu nähern und mit ihm zu verschmelzen sucht“ (S. 16). Freilich ist diese zum Attribute des Staates gestempelte Souveränität zugleich auch noch Gradmesser des metajuristischen Einschlages, der politischen Desorientierung des geläufigen Staatsbegriffes. Denn die Souveränität begegnet uns nur zu häufig als Eigenschaft der Staatsgewalt, des Staates als Gewaltfaktor, als eines Stückes der kausal bestimmten sozialen Wirklichkeit, also einer metarechtlichen Erscheinung, die merkwürdigerweise noch immer neben der rechtlichen „Seite“ des Staatsphänomens zum Gegenstand vermeintlich juristischer Betrachtung gemacht wird.

Es kann im Rahmen dieser den positiven Ergebnissen des KELSENschen Werkes gewidmeten Darstellung die fesselnde Auseinandersetzung mit den verschiedenen Auffassungen der staatlichen Souveränität, namentlich mit ihrer Deutung als Macht über die Rechtsordnung, als Rechtsfolge und als subjektives Recht, als ausschließliche Fähigkeit

rechtlicher Selbstbestimmung und Selbstbindung, als Kompetenzhoheit, als nicht weiter ableitbare Herrschergewalt, als Herrschergewalt aus eigener Macht, und welche einander widersprechende und meist auch in sich widerspruchsvolle Aufstellungen sonst noch versucht wurden, nicht im einzelnen vorgeführt werden, da KELSEN alle diese Standpunkte ablehnt. Aber auch bei der jüngsten Wendung der Souveränitätstheorie, die dem Staate die Souveränität abspricht, um sie dem Rechte zuzusprechen, weil sie bei ihrer unklaren Beurteilung des Verhältnisses vom Staat und Recht die gleichzeitige Souveränität der beiden Phänomene für unvereinbar hält: bei dieser vom Holländer KRABBE[4] vorgetragenen Lehre der Rechtssouveränität und bei der neuesten Variation dieser Lehre durch den Magyaren SOMLÓ[5] mit seiner Auffassung von der Souveränität als Rechtsmacht können diese Ausführungen nicht verweilen, obwohl die letzterwähnten Auffassungen, wenn auch KELSEN ihren Standpunkt nicht teilt, seinem Standpunkte doch dadurch näherkommen, daß nach diesen Lehren die Souveränität als ein Attribut von Rechtlichem erscheint.

Für KELSEN ist die Souveränität keine kausal erfaßbare Eigenschaft des Rechtes oder des Staates, keine irgendwie nachweisbare in den Dingen liegende Erscheinung, sondern eine Eigenschaft, die der Betrachter willkürlich — wenn auch freilich durch bestimmte Erwägungen determiniert — mit einem Normenkomplex, der übrigens erst durch seine Souveränsetzung als Komplex bestimmter Normen charakterisiert und individualisiert wird, verbindet; für unsern Autor ist Souveränität die vorjuristische Annahme oder Voraussetzung, daß eine bestimmte Ordnung die höchste,

[4] Die Lehre der Rechtssouveränität, 1906 und „Die moderne Staatsidee", 1919.

[5] Juristische Grundlehre, FELIX MEINER, Leipzig 1917.

oberste sei. „Eine Ordnung kann als Rechts- oder Staatsordnung nur dann gelten, sofern ich, der Betrachter, diese Ordnung als höchste, nicht weiter ableitbare — das und nichts anderes heißt aber souverän — voraussetze (S. 14). Souveränität ist kein staatsrechtliches Faktum, sondern — im wörtlichen wie im übertragenen Sinne — die Voraussetzung von Staat und Recht. Von einer Souveränität des Staates sprechen (es kann, wie wir hören werden, auch von einem anderen Subjekte der Souveränität die Rede sein), bedeutet, eine bestimmte Staatsrechtsordnung oder richtiger die Staatsrechtsordnung schlechthin (denn von diesem Standpunkte aus gibt es, wie wir sehen werden, nur eine einzige Staatsrechtsordnung) als oberste, nicht weiter ableitbare hinstellen.

In diesem Zusammenhang begegnet uns übrigens eine weitere wichtige These von KELSENs „reiner Rechtstheorie". Ist die Staatssouveränität die Eigenschaft eines Normensystems, und zwar der sogenannten Staatsrechtsordnung, so erweist sich der Staat selbst als eine Norm oder Ordnung, die im Grunde mit der sogenannten Staatsrechtsordnung identisch ist. KELSEN meint, daß die Antwort auf die Frage, in welchem Verhältnis die als Staat zu bezeichnende „ideelle Ordnung" zu der Rechtsordnung stehe, unbeabsichtigt eigentlich schon von der herrschenden Lehre nahegelegt sei, „wenn man bedenkt, daß von der Verlegenheitsformel.... Staat und Recht seien zwei Seiten desselben Dinges .. nur ein kleiner Schritt zu der Erkenntnis ist, daß Staat und Recht eben dasselbe Ding seien" (S. 11). Gerade für eine Rechtslehre, die den Staat begreifen will und insofern sie ihn begreifen will — was ja bekanntlich auch die Absicht der herrschenden Jurisprudenz ist, die andererseits unbedenklich eine teilweise Transzendenz des Staates gegenüber dem Rechte annimmt, — ist, wie KELSEN überzeugend dartut, jene Identifizierung von Staat und Recht geradezu zwingend, „weil eben ›rechtlich‹ nichts anderes begriffen werden kann als das Recht, und den Staat

rechtlich begreifen ... nichts anderes heißen kann, als den Staat als Recht begreifen" (S. 12). Weiter unten führt KELSEN diesen Gedanken dahin aus: „Sonderlich in der Bedeutung des Wortes »Staat«, in der diesem Souveränität zugesprochen wird, kann er — kann diese souveräne Ordnung nicht anders als mit der Rechtsordnung in ihrer Totalität identisch sein .... vor allem deshalb, weil die Staatsordnung, wenn sie nur eine Teilrechtsordnung wäre, zur Gesamtrechtsordnung ... im Verhältnis des Niederen zum Höheren stände, also nicht als höchste gelten könnte (S. 13) — was eben gegen die vorerwähnte, im Souveränitätsbegriffe liegende Voraussetzung verstoßen würde. Damit ist vom Souveränitätsproblem zum Staatsrechtsproblem die gedankliche Brücke gelegt.

Unser Gedankengang kehrt nunmehr von diesem von unserem Autor hier nur skizzierten [6] Probleme zu jenem Hauptprobleme des Werkes zurück und wir wenden uns einer weiteren Identifizierung zweier Rechtsbegriffe zu, deren Zusammenhang gegenwärtig gleichfalls dunkel geahnt, aber in der Hauptsache verkannt wird. Die herrschende Lehre pflegt vom Staate Souveränität und vom Rechte Positivität auszusagen. Mit dem Ausdrucke von der Souveränität des Staates wie mit dem von der Positivität des Rechtes wird von einer halbwegs geläuterten Rechtswissenschaft die Vorstellung eines Absolutismus, einer Selbständigkeit, wenn auch freilich nach verschiedenen Richtungen, verbunden. Unter Souveränität des Staates denkt man sich eher die Unabhängigkeit des Staates von „Seinesgleichen", von anderen Staaten oder von der Völkerrechtsgemeinschaft; und mit der Positivität des Rechtes pflegt man seine Unabhängigkeit von anderen Normsystemen wie Religion und Moral, Vernunft oder Natur, pflegt man namentlich den

[6] Ueber das Verhältnis zwischen Staat und Recht sowie zwischen juristischem und soziologischem Staatsbegriff wird ex professo ein in Bälde erscheinendes weiteres Werk KELSENS handeln, dessen grundsätzliche Ergebnisse hiemit schon andeutungsweise vorgezeichnet sind.

Gegensatz zum Naturrecht auszudrücken[7]. Eine solche Unterscheidung zwischen den Beziehungen der Unabhängigkeit von Recht und Staat ist aber rechtswissenschaftlich unwesentlich. Souveränität und Positivität sind zwei Ausdrücke für einen Begriff, bezeichnen eine allseitige, unbedingte Unabhängigkeit. Wie Recht und Staat, so sind auch Souveränität und Positivität von Staat und Recht identische Begriffe (S. 86).

Im Rahmen des ersten Hauptteils seines Werkes untersucht unser Autor noch die Zusammenhänge zwischen Positivität und Faktizität, Positivität und Gesatztheit, Faktizität und Normativität des Rechtes. Die Positivität des Rechtes wird bekanntlich vielfach als Faktizität verstanden oder, wie KELSEN dartut, mißverstanden, wobei das Mißverständnis das gleiche ist, ob man nun das die Positivität ausmachende Faktum in der Satzung des Rechtes durch den Gesetzgeber, in seiner Vollziehung durch den Rechtsanwender oder in der Befolgung durch den Rechtsunterworfenen erkennen möchte. Ist das Recht ein Normensystem, so kann von ihm unmöglich eine Eigenschaft ausgesagt werden, die in einem Geschehen besteht. Ungeachtet der normativen Kraft des Faktischen ist Faktizität keine Eigenschaft der Rechtsnorm. — Auch die Gesatztheit ist keine notwendige Eigenschaft des Rechtes und mit Positivität keineswegs gleichzusetzen. „Positiv, d. h. wörtlich ›gesetzt‹ ist die einzelne Rechtsnorm, soferne sie in dem auf der juristischen Hypothese der Ursprungsnorm einheitlich gegründeten System einer bestimmten Rechtsordnung gesetzt ist, innerhalb dieses so konstituierten Systems ihren Platz findet“ (S. 93). „Die positive Rechtsnorm hat grundsätzlich zwei mögliche Erscheinungsformen: die Satzung und die Gewohnheit. Diese ruhen aber auf der Verfassung im rechtslogischen Sinne, der Ursprungsnorm, der letzten Quelle des Rechtssystems“ (S. 94). Endlich darf die Wirkung

[7] Vgl. das immer noch aktuelle und in seinem Problemkreis unübertroffene Werk BERGBOHMS „Jurisprudenz und Rechtsphilosophie“, 1892.

einer Rechtsnorm nicht mit ihrer Geltung verwechselt werden. Allerdings kann KELSEN auch für das Bereich der normativen Betrachtung oder der Wertung im allgemeinen und der juristischen Betrachtung oder des Rechtswertes im besonderen die Tendenz feststellen, „mit der aus der gewählten Voraussetzung deduzierten Ordnung als Bewertungsmaßstab möglichst viel Tatbestände als normentsprechend, somit als (relativ) wertvoll“ zu erkennen; und KELSEN läßt nicht nur keinen Zweifel daran, sondern nimmt daran selbstverständlich auch keinen Anstoß, daß ein derartiges wertökonomisches Prinzip, ein Prinzip der erkenntnismäßigen Erzielung eines Wertmaximums, bei der Fixierung der rechtlichen Ursprungshypothese, der Verfassung im rechtslogischen Sinn, bestimmend ist, die mithin stark in der Richtung des Faktischen, im Hinblick auf die Wirklichkeit, orientiert sein wird. Im Rahmen der so gewonnenen Ursprungshypothese wäre aber eine weitere Determinierung der — eigentlich erst nach diesem Punkte einsetzenden — juristischen Erkenntnis eine unzulässige Desorientierung. Der in der Ursprungsnorm begründeten oder aus ihr ableitbaren Rechtserscheinung ist unbekümmert um ihre Wirkung — selbst mangelnde Wirkung — ausschließlich um ihrer Basierung in der Ursprungshypothese willen rechtliche Geltung zuzusprechen. Das Versagen des Rechtes in der Wirklichkeit tut seiner Souveränität und Positivität keinen Eintrag. Dies gilt selbst für den Grenzfall einer siegreichen Revolution. Vom Standpunkt der staatlichen Souveränität bleibt die Revolution immer im Unrecht — Recht erhält sie nur vom Standpunkt einer höheren Ordnung, namentlich unter der Voraussetzung der Souveränität des Völkerrechtes.

2. Im zweiten umfangreicheren Teile seines Werkes stellt unser Autor das Problem der Souveränität des Völkerrechtes. Damit ist die Frage nach dem Verhältnisse der Souveränität des Völkerrechtes zu der des Staatsrechtes gegeben. KELSEN beantwortet diese Frage auf Grund einer eingehenden Untersuchung über das

gegenseitige Verhältnis zweier Normsysteme. Mir scheinen diese grundsätzlichen normentheoretischen Ausführungen als der wissenschaftlich wertvollste Teil des Werkes, von dem reiches, unerwartet aufklärendes Licht auf unser bisher noch besonders dunkles Problem fällt. „Mit den naiven Augen der Durchschnittsvorstellung gesehen, scheinen sich auf den ersten Blick drei Grundmöglichkeiten zu bieten. Entweder die beiden Normsysteme (deren gegenseitiges Verhältnis in Frage steht) sind voneinander gänzlich verschieden und unabhängig; sie stehen in keiner auf irgendeine Einheit zielenden Beziehung — und jede „Beziehung" ist eben ein Einheitsbezug. Oder aber es besteht eine solche Beziehung, und diese ist dann das Verhältnis der Ueber- und Unterordnung zwischen beiden Systemen; oder das der Koordination, hergestellt durch eine gemeinsam über den beiden koordinierten Ordnungen aufgebaute, beide als Teilordnungen gleichermaßen umfassende höhere Ordnung" (S. 104). Es ist kaum anzunehmen, daß KELSEN mit seiner einleitenden These, die immerhin leicht mißverstanden werden kann, die Möglichkeit bestreiten wollte, mit verschiedenen voneinander unabhängigen, zueinander beziehungslosen, von ihrem Standpunkt aus höchsten und selbständigen Normsystemen zu operieren. Vom Standpunkt einer allgemeinen Normentheorie läßt sich ein solcher Geltungsanspruch verschiedener Normsysteme wohl vereinbaren. Nur das einzelne Normsystem kann nicht ein anderes als von ihm selbständig und doch verbindlich, als weder von ihm abgeleitet noch für sich selbst bedingend, sondern als vermeintlich gleichgeordnet anerkennen. Wenn dies und allein dies mit KELSENs These zum Ausdruck kommen sollte, und wenn es KELSENs alleiniges Verdienst wäre, diese unhaltbare Vorstellung vernichtet zu haben, so wäre dank diesem negativen Erfolge das, wie wir sehen werden, übrigens auch positiv aufbauende Werk für das umstrittene Problem des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und Staatsrecht fruchtbar wie nicht bald ein zweites. Man braucht sich nur die — in ver-

schiedenen, nicht allzustark abweichenden Variationen überlieferte — Vorstellung zu vergegenwärtigen, daß das Völkerrecht und das staatliche Recht, beide als höchste Ordnungen, unabhängig und selbständig nebeneinander stünden, trotzdem daß sie in immer steigendem Maße voneinander Notiz, aufeinander Bezug nehmen; und man vergegenwärtige sich den alogischen Versuch einer einheitlichen Rechtswissenschaft von dieser dualistischen Rechtswelt! Neben diesen Ungedanken der Koordination von Völkerrecht und Staatsrecht, (die aber doch keiner dritten höheren Ordnung subordiniert seien — eben weil sie selbst als höchste und gleichwertig gedacht werden), tritt die (von KELSEN treffend ins Licht gerückte) weitere Unstimmigkeit zurück, daß nur der einen dieser beiden vermeintlich höchsten Ordnungen das Attribut des Zuhöchstseins, eben die Souveränität zugesprochen zu werden pflegt, und daß diese Souveränität gerade dem Staatsrecht und nicht dem Völkerrechte zukommen soll (S. 102). Freilich wird diese unbewußte Einsicht, die in dieser Beschränkung des Attributs der Souveränität auf die eine der beiden Ordnungen zum Ausdruck kommt, durch die Tatsache verdunkelt, daß die Begriffsmerkmale der Souveränität doch in der Regel wieder beiden Ordnungen zugebilligt werden, so daß der terminologischen Einsicht ein logisches Verkennen gegenübersteht.

Es wird in diesem Zusammenhange offenbar, daß und inwiefern die Klärung des Souveränitätsbegriffes Voraussetzung für die Klärung des Verhältnisses zwischen Staats- und Völkerrecht ist; warum ein Werk wie das vorliegende, das auf eine systematische Vereinigung von Staats- und Völkerrecht hinausläuft, in seinem überwiegenden Teil zu einer Kritik der herrschenden Souveränitätstheorie werden mußte. Betrachtet man die Souveränität als irgendeine kausal erfaßbare Eigenschaft von Normsystemen, dann ist nicht einzusehen, warum nicht zwei oder mehrere solche gleicherweise souveräne Normsysteme in eine höhere Einheit sollten münden können, also z. B. (dem Begriffe, wenn auch nicht

immer dem Worte nach) gleicherweise souveränes Staats- und Völkerrecht in der Einheit einer gemeinsamen Rechtswissenschaft zusammengefaßt werden könnten. Erst KELSENs Umdeutung der Souveränität aus einem Zuhöchstsein zu einem obersten unabgeleiteten Gelten schließt eine so bequeme Vereinheitlichung aus und fordert eine neue Konstruktion des Verhältnisses von Staat und Recht. Bedeutet Souveränität die Annahme einer Ordnung als unableitbarer, höchster, so kann ich nicht von diesem einmal eingenommenen Standpunkt aus einer anderen Ordnung ebenfalls Souveränität zusprechen, d. h. sie gleichfalls als höchste anerkennen, ohne die andere sozusagen in einem Atem zu verleugnen. Jede Inthronisation eines Normsystemes ist die Negation eines jeden andern. Es gilt, wie KELSEN tiefsinnig feststellt, von jedem Normsystem wie von dem der Religion der Grundsatz der Ausschließlichkeit, das Gebot: „Du sollst keinen Gott haben außer mir“ [8]. Wenn hier dieser bildhafte Ausdruck gestattet

[8] Die Verwandtschaft zwischen dem Gottes- und Staatsbegriff wie überhaupt die Tatsache der vielen Berührungspunkte zwischen Theologie und Jurisprudenz hat KELSEN bereits wiederholt, namentlich in seiner vor 8 Jahren erschienenen Abhandlung über „Staatsunrecht“ aufgezeigt. Bezeichnend sind namentlich folgende Ausführungen: „Schon einmal habe ich mich jener nur scheinbar paradoxen Analogie bedient, die für eine tiefer dringende, die Spuren der Begriffstechnik und Denkökonomie verfolgende Untersuchung zwischen dem Staats- und dem Gottesbegriffe besteht. Als Personifikation logisch geschlossener, innerlich widerspruchsloser Normsysteme haben sich beide Begriffe erwiesen, wobei die Problemstellung ihren Ausgangspunkt von der Rechtsordnung, respektive der Universalordnung nahm. . . . . Wie Staatsperson oder Staatswille . . . als gemeinsamer Zurechnungsendpunkt aller Staatsfunktionen erscheint, so ist der Wille Gottes, die Person der Gottheit als eine durch die normative Weltbetrachtung postulierte Konstruktion, als der Zurechnungsendpunkt für den Gesamttatbestand des Seins anzusehen, das ein metaphysisches Bedürfnis letzlich auf dem Soll eines transzendentalen Werdegebotes gründet.“ (Sonderabdruck aus der Grünhutschen Zeitschrift, Wien, Hölder 1913, S. 17). — Neuerdings hat FRITZ SANDER in seinen Schriften (vgl. Anmerkung 15) eine geistvolle Parallele zwischen dem Gottes- und Staatsbegriff gezogen.

ist, könnte man sagen: Jedes Normsystem tritt (begriffsnotwendig) mit dem Anspruch des Katholizismus (in des Wortes ursprünglicher Bedeutung) auf. „Die Annahme zweier Normsysteme, sofern ihre Geltung in Frage kommt, ist also nur im Sinne einer Alternative denkbar; entweder das eine oder das andere Normsystem kann als gültig vorausgesetzt werden. Nicht aber beide zugleich. Denn das Postulat der Einheit der Erkenntnis gilt unbeschränkt auch für die normative Ebene und findet hier seinen Ausdruck in der Einheit und Ausschließlichkeit des als gültig vorausgesetzten Normsystems, was gleichbedeutend mit der notwendigen Einheit des Betrachtungs-, Bewertungs- oder Deutungsstandpunktes ist“ (S. 105).

Diese grundsätzlichen Feststellungen bezüglich des logischen Verhältnisses zweier Normsysteme ergeben nun für das problematische Verhältnis zwischen Staats- und Völkerrecht folgendes Bild: Es können nicht Staats- und Völkerrecht zugleich, und zwar jedes der Normsysteme vom Standpunkt des andern aus als souverän anerkannt werden. Das Unmögliche einer solchen Vorstellung wird besonders klar, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die Vielzahl der Staaten, deren jeder für sich Souveränität in Anspruch nimmt, aber auch dem anderen zubilligt, eine Vielzahl von ungeteilten Souveränitäten bedingen würde, die alle untereinander und mit dem gleichfalls souveränen Völkerrechte konkurrieren würden. Im Bilde gesprochen, ist für eine solche Fülle von Konkurrenten nicht in Gleichordnung, sondern nur in Ueber- und Unterordnung Raum. Es kann nur immer einer Staatsrechtsordnung oder der einen Völkerrechtsordnung Souveränität zugesprochen werden — ein Urteil, das die Souveränität einer jeden anderen Ordnung ausschließt. Der Systemzusammenhang, in den Staatsrecht und Völkerrecht von einer reinen Rechtstheorie gestellt werden, ist nicht mehr als Gleichordnung, sondern nur als Ueber- und Unterordnung zu charakterisieren. Einerseits ist das Völkerrecht vom Standpunkt der Souveränität des Staats-

rechtes nur als dem Staatsrechte untergeordnet oder eingeordnet, mit einem anderen Worte als Teilordnung der Staatsrechtsordnung zu erfassen, wenn es überhaupt als Recht soll erkannt werden können. Und andererseits müssen die Staatsrechtsordnungen, sollen sie vom Standpunkte des Völkerrechtes mit ihrem Prätexte rechtlicher Geltung überhaupt bestehen können, als Teilordnungen der sie alle umfassenden Völkerrechtsordnung konstruiert werden können. Die gleichzeitige Erfassung von Staats- und Völkerrecht in einem geschlossenen Rechtssysteme setzt also gewissermaßen ihre Denaturierung von ihrem eigenen Standpunkte aus voraus. Die Preisgabe des Anspruches auf selbständige — formelle — Geltung ist für Völkerrechts- oder Staatsrechtsordnung der Preis für die Anerkennung materieller Geltung vom Standpunkt der anderen Ordnung aus.

Das rechtskonstruktive Mittel dieser Unterordnung des einen Normensystems unter das andere, dieser Einordnung im ursprünglichen wie im übertragenen Sinne des Wortes ist die Verweisung oder Delegation. Es ist dies bekanntlich ein Mittel, mit dem namentlich die Rechtsordnungen unausgesetzt im größten Maßstab operieren. KELSEN verweist insbesondere auf das Beispiel der Beziehung von Gesetzes- und Verordnungsrecht (S. 112). Dank der verfassungsmäßigen Delegation der Verordnungsinstanz erscheinen die Emanationen dieser Instanz, die in Form der Verordnung ergehen, als letzten Endes aus derselben Quelle fließend, als von derselben Art wie das Gesetzesrecht. Nur nebenbei sei erwähnt, daß die Annahme eines selbständigen Verordnungsrechtes, — was nichts anderes als die Negierung des angedeuteten Systemzusammenhanges bedeutet, — von der herrschenden Lehre bereits als systemwidrig abgelehnt wird. Derselbe technische Kunstgriff liegt im Grunde auch der Erscheinung einer Rechtsrezeption zugrunde; sie ist nichts als ein Spezialfall der Delegation, eine Delegation in größten Dimensionen, wo-

bei es selbstverständlich keinen Wesensunterschied ausmacht, daß hier ein fertig geformtes, inhaltlich reich erfülltes Normensystem vorliegt, das sich ein fremdes Normprinzip sozusagen mit einem Griff zu eigen macht, während in den ständig gebräuchlichen Fällen der Delegation erst eine in Entstehung begriffene Normengruppe, z. B. die künftig erlassenen gesetzmäßigen Verordnungen als dem delegierenden Normprinzipe zugehörig, aus dieser Quelle fließend qualifiziert wird. Berühmt ist die Verweisung der christlichen Moral auf das Gebot der legitimen weltlichen Obrigkeit. („Du sollst dem Kaiser geben, was des Kaisers ist.") Auf diesem Wege geht die Fülle der Staatsrechtsordnungen als delegierter und selbstverständlich denaturierter, ihres Rechtscharakters entkleideter Teilordnungen in ein kirchliches Moralsystem ein. Die gleiche Bezugnahme, das gleiche Aufeinanderbezogensein kann ja meist nun auch zwischen Völkerrechtsordnung und Staatsrechtsordnung obwalten, wenn man beide als zugleich und gleicherweise als rechtsverbindlich erkennen können soll. Und in der Tat bietet das positive Recht, und zwar Staatsrecht und Völkerrecht, genügend Anhaltspunkte für eine solche Beziehung und damit für einen der Schablone: Ueberordnung — Unterordnung entsprechenden Systemzusammenhang der a priori beziehungslos erscheinenden Normsysteme. Das Völkerrecht verweist z. B. auf die staatlichen Organisationsvorschriften, nach denen etwa zu beurteilen ist, wer — auch von Völkerrechts wegen — zum Abschluß eines Staatsvertrages legitimiert ist; das Völkerrecht enthält ferner Normen über die Anerkennung von Staaten: das bedeutet zugleich eine völkerrechtliche Autorisation oder Delegation des betreffenden Staatsrechtes in einem bestimmten Geltungsbereich. Und umgekehrt gilt z.B. nach alter anglo-amerikanischer Rechtsvorstellung das ganze Völkerrecht als Bestandteil des Staatsrechtes — gewissermaßen als staatliches Gewohnheitsrecht. Im Rechtsbereiche des deutschen Volkes hat neuerdings der Wunsch, sich mit dem Völkerrechte zu identifizieren, zur verfassungsmäßigen Rezeption des

Völkerrechtes für das Bereich des Staatsrechtes geführt, die nur gemäß der — das geschriebene Recht bevorzugenden — Tradition der deutschen Rechtsgeschichte in Form eines geschriebenen Verfassungsrechtssatzes auftritt. Artikel 4 der deutschen Reichsverfassung hat bekanntlich „die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts als bindende Bestandteile des deutschen Reichsrechts" erklärt, und nach diesem Vorbild hat auch Artikel 9 der Bundesverfassung der deutschösterreichischen Republik „die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechtes zu Bestandteilen des Bundesrechtes" gemacht. All diese Bezugnahmen der Völkerrechts- auf die Staatsrechtsordnung, der Staatsrechts- auf die Völkerrechtsordnung sind Ausdruck einer Einbeziehung, einer Einordnung oder Unterordnung. Die delegierte Ordnung wird — materiell im wesentlichen unverändert — formell ein Teil der delegierenden Ordnung, assimiliert sich ihr, ja wird von ihr völlig absorbiert. Das völkerrechtlich rezipierte Staatsrecht geht im Völkerrechte völlig unter, das staatsrechtlich rezipierte Völkerrecht geht im Staatsrecht völlig auf, die beiderseitige spezifische Rechtsqualität geht in diesem Delegationsprozesse restlos verloren. „Im Falle eine Unter- und Ueberordnung zwischen zwei Normensystemen angenommen wird, — was nur die bildliche Darstellung des Verhältnisses der logischen Ableitung ist" (S. 113) — kann im Grunde gar nicht mehr von zwei verschiedenen Ordnungen gesprochen werden. Denn die niedere muß als in der höheren enthalten, muß als deren Bestandteil gedacht werden. „Die Vorstellung von zwei Ordnungen kann keine endgültige sein." „Es ist nur ein einziges Normensystem gegeben" (S. 112). Das hat bezüglich des Objektes der Rechtswissenschaft die radikale Konsequenz, daß sie es nur entweder mit einem Staatsrecht oder mit dem Völkerrecht, niemals mit beiden Systemen in — sei es nun beziehungsloser oder beziehungsvoller — Vereinzelung zu tun haben kann. Mit welchem — das ist ein metajuristisches Problem, dem im folgenden an der Hand von KELSENs Ausführungen nach-

gegangen werden soll. Diese Beschränkung der Rechtswissenschaft auf eine einzige Rechtsordnung bedeutet nun allerdings keineswegs, daß der Rechtsstoff des Völkerrechtes oder des Staatsrechtes für die Rechtserkenntnis verloren gehen müsse, bedeutet vielmehr die Aufgabe, die fremde, in Koordination nicht erfaßbare Ordnung in Subordination zu erfassen. Für eine vom Standpunkt des Völkerrechtes ausgehende Rechtswissenschaft erscheint unser heutiges Staatsrecht als Völkerrecht, für eine vom Standpunkt des Staatsrechtes ausgehende Rechtswissenschaft das heute sogenannte Völkerrecht als Staatsrecht. In neuer Form unter ungewohntem Titel begegnet uns in beiden Fällen vertrauter Inhalt.

Die Aufdeckung der Delegationsbeziehung zwischen Staats- und Völkerrecht, die — je nach dem Betrachtungsstandpunkt — die eine oder andere Ordnung als untergeordnete Stufe der zum Ausgangspunkt genommenen höheren und zugleich höchsten Ordnung erscheinen läßt, weitet den Blick für den Delegationsmechanismus, als der sich im Grunde genommen die gesamte Rechtsordnung darstellt. Durch die angedeutete Einbeziehung des Staatsrechtes in das Völkerrecht wird der durch eine Reihe von Delegationsakten charakterisierte Stufenbau des Rechtes um eine weitere Stufe erhöht. Die von KELSEN in einem trefflichen Bilde sogenannte „Normpyramide“ der Rechtsordnung (S. 119) hebt, von unten betrachtet, mit den konkreten Rechtsanwendungsakten und den Erscheinungen der sogenannten Privatautonomie, dem privaten Rechtsgeschäft, an und steigt über die Verordnung zur Gesetzgebung, zur Staatsverfassung und zur Völkerrechtsordnung empor. Im Vergleich mit der außerordentlich restriktiven Rechtskonstruktion, die KELSEN in den „Hauptproblemen der Staatsrechtslehre“ geboten hatte, wonach die Gesetzgebung — als außerhalb der Rechtsebene liegend — nicht mehr als Rechts- und Staatsfunktion anzusehen war, bedeutet die von KELSEN nunmehr versuchte Einbeziehung des Völkerrechtes in das Rechtssystem als höchste Stufe der Rechtshierarchie eine unverhältnismäßige Erweite-

rung des — in der gegenwärtigen Konstruktion ungeahnt weitläufigen — Rechtsgebäudes; nimmt ja doch in diesem Gebäude z. B. die Gesetzgebung, die heute als die höchste Staatsfunktion gilt, bei weitem noch nicht das höchste Stockwerk ein! Es ist mir eine besondere Genugtuung, daß unser Autor dieser seiner Rechtskonstruktion unter andern auch meine Vorarbeiten über den Stufenbau des Rechtes[9] zugrundegelegt hat, wobei jedoch seine Konstruktion durch das Hinausschreiten aus der Enge der Staatsrechtsordnung, durch das Fortschreiten ins Bereich des Völkerrechtes — ein weiterer Schritt, den ich noch nicht versucht, ja dessen Möglichkeit ich noch nicht eingesehen hatte, — den wesentlichen Fortschritt bedeutet[10]. — KELSENs Rechtskonstruktion bringt aber nicht bloß anscheinend so heterogene Rechtselemente wie Völkerrechtssätze auf der einen Seite, Akte der behördlichen Zwangsvollstreckung oder „private" Rechtsgeschäfte auf der anderen Seite in einen Systemzusammenhang, und weist ihnen in dem umschriebenen, weitläufigen, dabei aber in sich geschlossenen Rechtsgebäude ihre bestimmten Plätze an, er stellt auch einen im Wesen ähnlichen Systemzusammenhang zwischen den zeitlich auseinanderliegenden, inhaltlich einander widersprechenden Rechts-

[9] Vgl. die Artikelreihe: „Das Recht im Lichte seiner Anwendung", Deutsche Richterzeitung, 1917—1919. — „Das doppelte Rechtsantlitz", Jurist. Blätter, Wien, 1918.

[10] FRITZ SANDER macht mir in seiner vortrefflichen Abhandlung über „Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung", (Zeitschrift für öffentl. Recht, Wien 1919, Separatabdruck S. 10) mit vollem Recht zum Vorwurf, daß ich in meinen Arbeiten über den Stufenbau, des Rechtes (das Recht im Lichte seiner Anwendung, Deutsche Richterzeitung 1917—1919, Das doppelte Rechtsantlitz, Juristische Blätter, Wien 1918) den Rückgriff auf das Völkerrecht als höchste Stufe der Rechtsordnung überhaupt nicht in Erwägung gezogen habe. Mit derselben Entschiedenheit aber, mit der ich nunmehr dank den aufhellenden einschlägigen Schriften KELSENS, SANDERS, VERDROSSENS die Möglichkeit dieses Rückgriffes betone, muß ich nach wie vor seine behauptete Notwendigkeit in Abrede stellen.

erscheinungen her. „Indem man erkennt, daß es das Verhältnis der höheren zu der aus ihr abgeleiteten niederen Ordnung ist, das in der Beziehung einer abänderbaren Ordnung (einer Ordnung mit variablem Norminhalt) zu den neuen hinzutretenden Normen vorliegt, vollzieht sich auch die Ueberwindung jenes dynamischen Elementes, das in der Vorstellung der Normänderung gelegen ist. Denn jede Aenderung muß — um von der statisch-normlogischen Betrachtung überhaupt erfaßt werden zu können — auf eine Bestimmung der ersten Ordnung des ursprünglichen Normenkomplexes zurückgeführt, von dieser delegiert und so gleichsam in null schon vorweggenommen vorgestellt werden. Jede Ordnung, die sich dadurch als „abänderbar" deklariert, daß die Bedingungen dafür statuiert, wann und wie der Inhalt einer ihrer Normen als geändert anerkannt werden kann, enthält alle möglichen Aenderungen schon in dem Blankett der diese Bedingungen statuierenden Norm; sie birgt alle denkbaren Variationen ihres Norminhalts potentiell in sich. In diesem Sinne ist sie sich stets gleich, ist in ihrer Identität stets unveränderbar. Und diese — allgemein anerkannte — formelle Identität einer Ordnung trotz ihres wandelnden Inhalts ist die gleiche normlogische Tatsache wie die Einheit der ‚höheren' und der aus ihr abgeleiteten ‚niederen' Ordnung" (S. 120). Ich darf erwähnen, daß unser Autor auch bei dieser Beurteilung der Normänderung auf verwandte, in der Formulierung des Tatbestandes allerdings nicht annähernd so vollendete Ausführungen verweisen kann, die ich in dieser Zeitschrift im Rahmen meiner Abhandlung über die „Rechtseinheit" vorgebracht habe[11].

3. Nachdem KELSEN mit den schon vorweggenommenen Argumenten die Unmöglichkeit einer dualistischen, Staatsrecht und Völkerrecht mit ihrem unverkürzten Geltungsanspruch in Nebenordnung vereinigenden Rechtskonstruktion dargetan

[11] Vgl. Archiv des öffentl. Rechts, Bd. 37, Heft 1.

hat, wendet er sich den beiden Möglichkeiten einer monistischen, das Völkerrecht und Staatsrecht in gegenseitiger Ueber- und Unterordnung verschmelzenden Rechtskonstruktion zu. Zwei Hypothesen stehen hier zur Wahl, die gleicherweise zu einem monistischen System, d. h. aber — der Ausdruck ist nämlich pleonastisch, da jedes wirkliche System in einem gewissen Sinn monistisch ist, — überhaupt zu einem System führen: Der Primat des Staatsrechtes oder der des Völkerrechtes.

Der dieser Abhandlung zur Verfügung stehende Raum verbietet es, der Auseinandersetzung im einzelnen zu folgen, die KELSEN zunächst mit den einen Primat des Staates voraussetzenden Theorien sucht. Die radikalste Konsequenz aus dieser Gedankenrichtung, die sich nicht ganz mit Unrecht auf die — die Autorität des Staates auf die Spitze treibenden — Autorität HEGELs berufen kann, ist bekanntlich die einfache Leugnung des Völkerrechtes, die namentlich FRICKER und LASSON, neuerdings SOMLO ausgesprochen haben. Eine solche negative Stellungnahme ist konstruktiv selbstverständlich völlig unfruchtbar; damit ist das Problem einer befriedigenden systematischen Konstruktion des erfahrungsmäßig gegebenen Rechtsnormenmateriales selbstverständlich nicht gelöst, sondern, sei es auch unbewußt, unterschlagen. Von der Grundposition des Staatsrechtes aus das Völkerrecht formell als Staatsrecht nachzuweisen und ihm einen systematischen Ort im Staatsrechtssysteme anzuweisen: Darum handelt es sich für eine Theorie, die den Primat des Staatsrechts behauptet. Die logische Bedingung einer solchen Konstruktion hat KELSEN treffend folgendermaßen formuliert: „Nur wenn und insoweit die staatliche Rechtsordnung im Wege einer Delegation Völkerrechtsnormen zu ihren eigenen macht, können diese als für die Staatsperson ebenso verbindlich erkannt werden wie andere Normen des staatlichen Rechts“ (S. 139). Es ist also der Staatsrechtstheorie die Aufgabe gestellt, eine derartige Delegation des Völkerrechtes zu finden, und ihr nicht gestattet, von vornherein auf die staatsrechtliche Konstruktion des Völkerrechtes zu verzichten.

Der bekannteste Konstruktionsversuch dieser Art ist wohl die von ALBERT und PHILIPP ZORN vorgenommene Deutung des Völkerrechtes als „äußeres Staatsrecht". Hienach gilt das Völkerrecht nur kraft staatlicher Anerkennung, deren typischer Weg der Staatsvertrag ist. „Die den Primat der staatlichen Rechtsordnung und damit die Souveränität des Staates begründende (oder voraussetzende) Anerkennungstheorie ist wesensverwandt — wenn nicht identisch — mit der in der deutschen Staatsrechtslehre viel verbreiteten Anschauung, die die Geltung des Völkerrechts auf die sogenannte Selbstverpflichtung des Staates zurückführt" (S. 169). Die Auseinandersetzung mit dieser Selbstverpflichtungstheorie, die in BERGBOHM, JELLINEK, LISZT und anderen ihre bedeutendsten Vertreter hat, veranlaßt unseren Autor, in einem Exkurse das Problem der staatsrechtlichen und völkerrechtlichen Gültigkeit von Staatsverträgen aufzurollen, ferner wird die dem in Rede stehenden Theorienkreise angehörige Auffassung des Völkerrechtes als gemeinsames Recht an der Hand der einschlägigen Ausführungen SCHOENs einer Kritik unterzogen. Die radikalste und, wie auch KELSEN anerkennt, konsequenteste Durchführung einer den Primat des Staatsrechtes voraussetzenden, also staatsrechtlichen Konstruktion des Völkerrechtes verdanken wir VERDROSS [12], einem rechtstheoretisch sehr scharfsinnig urteilenden Autor, der allerdings neuerdings dem Primate des Völkerrechtes zuneigt [13].

Der Hypothese vom Primat der Staatsrechtsordnung erwächst außer der an sich schon nicht leichten Aufgabe, die sog. „überstaatliche" Völkerrechtsordnung staatsrechtlich zu konstruieren, das gewiß noch schwierigere Problem, auch die übrigen mit dem Anspruche der Souveränität auftretenden Staatsrechts-

[12] Zur Konstruktion des Völkerrechts. Zeitschrift für Völkerrecht, 1914, S. 329 ff.

[13] Grundlagen und Grundlegungen des Völkerrechts, Zeitschrift für Internat. Recht, Bd. 29, S. 65 ff.

ordnungen, sei es nun zufolge unmittelbarer Delegation der vorausgesetzten Staatsrechtsordnung, sei es auf dem Umwege der staatlich delegierten Völkerrechtsordnung als Teilordnungen der zum Ausgangspunkt genommenen Staatsrechtsordnung zu begreifen. Man kann sich darüber keiner Täuschung hingeben, daß diese mannigfaltige (scheinbare) Rechtserfahrung infolge der zahllosen inhaltlichen Widersprüche zwischen den einzelnen Rechtsordnungen nicht reibungslos und ausnahmslos in das System eines beliebigen Staatsrechtes eingehen werden, doch braucht diese — von KELSEN übrigens nicht weiter verfolgte — Erwägung kein Hindernis zu sein, die Vorstellung des Primates einer bestimmten Staatsrechtsordnung zu vollziehen und darauf ein (doch immerhin den Großteil der a priori außerstaatlichen und fremdstaatlichen Rechtserfahrung in sich schließendes) Staatsrechtssystem zu gründen. „Die aller Erkenntnis und so auch der juristischen innewohnende Tendenz zur Einheit überwindet in der Hypothese, die als der Primat der einzelstaatlichen Rechtsordnung bezeichnet wurde, die — vorerst gegebene — Vielheit der Rechtsordnungen oder Staaten in der Weise, daß sie die eigene staatliche Rechtsordnung über die andere ausdeht, und so — formell, wenn auch nicht materiell — zu einer Universalordnung gestaltet. Das ist unzweifelhaft der letzte Sinn jeder juristischen Erkenntnis, jeder diese Erkenntnis begründenden, ermöglichenden Hypothese. Und darum muß auch die Konstruktion des Primates staatlicher Rechtsordnung als eine echte juristische Hypothese gelten“[14]. (S. 188.) Umso eher gilt dies aber für KELSEN von der Konstruktion des völkerrechtlichen Primates.

Nach allgemein anerkannter Auffassung gehört zum Wesen und Begriff des Völkerrechtes, daß es eine Gemeinschaft gleichberechtigter Staaten konstituiere. „Die Vorstellung der Koexistenz einer Vielheit von Gemeinwesen, die trotz der tatsäch-

[14] Von mir gesperrt.

lichen Verschiedenheit ihrer Größe, Volkszahl und effektiven Machtmittel rechtlich gleichwertig sind . . . ist nur möglich mit Hilfe einer juristischen Hypothese: daß über den als Staaten angesehenen Gemeinwesen eine Rechtsordnung steht, die die Geltungsbereiche der Einzelstaaten gegenseitig abgrenzt, . . . die, als eine Universalordnung, die zu besonderen Rechtssubjekten personifizierten einzelstaatlichen Rechtsordnungen aus ihrer Isoliertheit (und damit aus ihrer Höchstwertigkeit oder Souveränität) heraushebt, und sie — nunmehr als Teilordnungen — zu einem Ganzen, zu einer „Gemeinschaft" verbindet." (S. 204/5). Damit ist die Rechtskonstruktion auf Basis des Primates des Völkerrechtes skizziert.

Eine solche Konstruktion wird zunächst durch die Vorstellung von der „Objektivität" des Völkerrechtes (S. 206) nahegelegt, eine Vorstellung, die trotz Anerkennungstheorie und sonstiger nur mit dem Primat des Staatsrechtes zu vereinbarender Gedankengänge besteht. Auch die von KELSEN eingehend untersuchte Lehre von den „Grundrechten des Völkerrechtes" deutet auf einen mehr oder minder großen Rest von völkerrechtlichen Bestimmungen hin, die sich nach herrschender Auffassung in ihrer spezifisch völkerrechtlichen Geltung jeder staatlichen Rezeption und damit einer staatsrechtlichen Konstruktion entziehen. Aber gar die unbestrittene Völkerrechtsbestimmung, wonach neu entstandene Staaten von der Völkerrechtsgemeinschaft anzuerkennen sind, kann schlechterdings nicht hinwiederum in ihrer Geltung auf eine staatliche Geltung — etwa gar des anzuerkennenden Neustaates zurückgeführt werden und scheint somit jedem Versuch einer staatsrechtlichen Konstruktion des Völkerrechtes zu spotten.

Nur nebenbei sei erwähnt, daß KELSEN in diesem Zusammenhange das durch die revolutionäre Umgestaltung Mitteleuropas gerade derzeit zu besonderer Aktualität gelangte Problem der Staatsentstehung stellt (S. 235 ff.) und zu dem Ergebnis

gelangt, daß auch für die juristische Konstruierbarkeit dieser Erscheinung die Annahme des Primates der Völkerrechtsordnung bedingend sei. Im Normenschatz des Völkerrechtes und nur in diesem findet sich die „Erzeugungsregel" für das Werden eines Staates, die somit auch revolutionäres Geschehen unter gewissen Voraussetzungen — im Falle des Sieges der Revolution — als Rechtsfunktion (freilich nur des Völkerrechtes) zu erkennen erlaubt und damit die rechtliche Idealität der kausalen Realität — gemäß der vorhin festgestellten Grundtendenz der Norm, der Werterkenntnis, nach möglichster Annäherung an die Wirklichkeit — um einen großen Schritt näher bringt. Freilich braucht — wohl auch im Sinne KELSENs — diese „Erzeugungsregel" nicht notwendig einen formellen Anerkennungsakt als Bedingung der Staatsentstehung zu setzen, wie es neuestens SANDER in seiner im übrigen glänzenden Abhandlung über „Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung" [15] ausdrücklich fordert. Auch die Ergebnisse der Revolution an sich können völkerrechtlich als Entstehungsgrund eines neuen Staates oder, anders ausgedrückt, als Bedingung für eine neue völkerrechtliche Teilordnung gestaltet sein[16]. — Das letzterwähnte Problem leitet unmittelbar zu dem womöglich noch aktuelleren Probleme der Kontinuität revolutionär geschiedener Staatsrechtsordnungen über (S. 235 ff.), wozu nur in Kürze erwähnt sei, daß die Herstellung einer solchen Kontinuität selbstverständlich nur auf dem Umwege des Völkerrechtes, unter der Voraussetzung des völkerrechtlichen Primates möglich ist.

Man muß auf den Philosophen CHRISTIAN WOLFF zurückgreifen, um auf ein annähernd reines, auf den Primat des Völkerrechts gegründetes, die einzelnen Staaten umfassendes Völkerrechtssystem zu treffen. KALTENBORN, der WOLFFs Lehre sozusagen

[15] Vgl. Anmerkung 9.

[16] Nähere Ausführungen zu diesem Thema hoffe ich demnächst abgesondert veröffentlichen zu können.

entdeckt und fortgeführt hat, fehlte zwar nicht die Einsicht, wohl aber der Mut der Konsequenz, und so ist diese Fortführung zugleich eine durch die Autoritätsvorstellung vom Staate bewirkte Abschwächung und Trübung der WOLFFschen Gedankengänge. Erst KELSEN als dem Wiederentdecker von WOLFFs Konstruktion der „civitas maxima“ blieb es vorbehalten, das Völkerrechtssystem als ein alle Staatsrechtsordnungen der Welt sich einverleibendes Weltrechtssystem, als einen die Einzelstaaten ihrer Souveränität entkleidenden Weltstaat hinzustellen. Mit diesen Konsequenzen aus dem Prinzipe des völkerrechtlichen Primates steht und fällt überhaupt die Annahme eines selbständigen Völkerrechtes — und wer dieses in seiner selbständigen Existenz nicht aufgeben, wer es nicht zur Kreatur der Staaten erniedrigen will, muß es in der beschriebenen Weise erhöhen — ungeachtet der Folge, daß hiemit die Einzelstaaten Geschöpfe und Abhängige eines Weltstaates werden.

Dieser Staatscharakter der Völkerrechtsordnung leidet, wie unser Autor überzeugend beweist, infolge der mangelnden oder mangelhaften Organisation der Völkerrechtsgemeinschaft nicht den mindesten Abbruch. Der Unterschied zwischen der sogenanten organisierten und nichtorganisierten Gemeinschaft (S. 257) liegt bei der besonderen Bedeutung, die man dem Worte Organisation und Organisiertheit zuzuschreiben gewohnt ist, nicht an der Grenze zwischen Staat und Nichtstaat, sondern durchaus innerhalb einer staatlichen Ordnung. Uebrigens ist die Völkerrechtsgemeinschaft durchaus nicht ohne Organisation, sondern läßt nur den hergebrachten Typus der Organisation, namentlich den modernen staatlichen Behördenapparat vermissen. Die Völkerrechtsgemeinschaft ist einfach ein Staat auf primitiver Stufe der Organisation. — Selbst der Krieg, die Rechtserscheinung des Krieges, (die sub specie der Völkerrechtsordnung einem rechtlich zugelassenen Zweikampf gleicht), läßt sich, wiewohl der Krieg dem Gedanken einer Staatengemeinschaft auf den ersten Blick am

meisten zu widerstreben scheint, auch dann, ja gerade dann juristisch unschwer konstruieren, wenn er sich nicht zwischen souveränen Staaten abspielt. KELSENs Konstruktionsversuch des Krieges als völkerrechtliche Exekution fordert allerdings die billige Frage heraus, welche der kriegführenden Parteien denn eigentlich die Rolle des Delinquenten und welche die des Exekutors spielt, was man im Grunde erst am Ergebnisse des Krieges erkennen könnte, falls man sich nicht mit dem Gedanken befreunden möchte, daß unter Umständen von Rechts wegen der Exekutor ausgeplündert werden und der Delinquent triumphieren könnte; freilich ist die von KELSEN versuchte Deutung des Krieges nicht unausweichlich. — Auch die beliebte Unterscheidung zwischen Korporation und Sozietät kann gegen den Staatscharakter der Völkerrechtsordnung keinerlei Beweis bilden. KELSEN weist schlagend nach, daß dieser Unterschied nicht objektiv sondern nur subjektiv besteht. Wenn man allein mit dem Begriffe der Korporation die Vorstellung der Personqualität verbindet, so wird man eben die übliche Auffassung der Völkerrechtsgemeinschaft mit deren Hypostasierung zur Staatsperson der Völkerrechtsgemeinschaft revidieren und in der Völkerrechtsgemeinschaft eine Korporation erblicken müssen.

In diesem Zusammenhange unternimmt KELSEN einen eingehenden Exkurs in die naheliegende Theorie der Staatenverbindungen. Die nähere Auseinandersetzung mit diesem von unserem eigentlichen Thema etwas abliegenden Problem und der von unserem Autor gefundenen Lösung muß hier ausgeschaltet bleiben, um an gelegenerem Orte nachgetragen zu werden. Nur so viel sei angedeutet, daß unter KELSENs vernichtender Kritik die hergebrachten Unterscheidungen zwischen sozietären und korporativen Staatenverbindungen, zwischen Staatenbund und Bundesstaat, zwischen zusammengesetztem Staat und Einheitsstaat aufgehoben werden. Der Bundesstaat vor allem, diese für den Deutschen bedeutsamste

Staatsform, erscheint als nichts anderes denn ein dezentralisierter Einheitsstaat.

Abschließend betrachtet KELSEN die Ergebnisse seines Werkes sub specie der großen Weltanschauungsgegensätze (S. 314 ff.). Die Theorie vom Primat des Staates ist verhältnismäßig individualistisch-subjektivistisch — und sie ist der wissenschaftliche Mantel des Imperialismus. Die Theorie vom Primat der Völkerrechtsordnung entspringt kollektivistischem, objektivistischem Denken und sie ist die rechtstheoretische Grundlage des Kulturideals des Pazifismus. Das Werk läßt erkenntnismäßig die Wahl zwischen den beiden grundsätzlichen rechtstheoretischen Positionen offen, willensmäßig ergreift aber unser Autor sehr entschieden Partei: Das hinreißend geschriebene tiefe Werk klingt in eine schwungvolle ethische Apotheose des Primates der Völkerrechtsordnung aus.

* * *

KELSEN spricht in seinem großen Werke gelegentlich das große Wort aus, „daß die Jurisprudenz in demselben Maße Wissenschaft wird, als sie dem Postulate der Einheit ihrer Erkenntnis genügt, als es ihr gelingt, alles Recht als ein einheitliches System zu begreifen“ (S. 152). Stellt man tatsächlich an die Rechtswissenschaft diese am philosophischen Systemgedanken orientierte, im Sinne einer Wissenschaftslehre selbstverständliche Forderung, dann darf man die Behauptung wagen, daß die Jurisprudenz, deren seit Jahrzehnten und namentlich in den letzten Jahren intensivierte Tendenz zur Selbstkritik und Einkehr, zum Anschluß an die Wissenschaftsgemeinschaft nicht zu verkennen ist, erst mit dem Werke, das jene große Einsicht ausspricht, den Grad von Wissenschaftlichkeit erreicht habe, der den Ehrentitel Rechtswissenschaft verdient. Jedenfalls kann erst im Stadium eines solchen, am Systemgedanken orientierten Wissenschaftsbetriebes von einer „reinen Rechtswissenschaft“ die Rede sein.

Diese reine Rechtswissenschaft ist aber meines Erachtens doch nicht notwendig nur eine. Die Forderung der Einheitlichkeit deckt sich nicht mit der der Einzigkeit, und ich würde es für ein Mißverständnis halten, diese beiden Vorstellungen zu konfundieren. Nur eine dualistische oder pluralistische Konstruktion im Sinne des selbständigen Nebeneinanderbestehens von unabhängigen Ordnungen in einem System ist unvollziehbar, möglich bleibt ein Dualismus oder Pluralismus von Konstruktionen[17]. Konkret gesprochen: Die Rechtswissenschaft ist gewiß ein Ungedanke, die Völkerrecht und Staatsrecht unabhängig voneinander, aber gleichzeitig nebeneinander, in gleichwertiger Geltung stehend behauptet. Aber es läßt sich meines Erachtens ohne weiteres die Vorstellung einer Mehrheit von Theorien vollziehen, von denen die eine den Primat des Völkerrechtes, die andere den Primat des Staatsrechtes oder genauer eines bestimmten Staatsrechtes zur Hypothese hat. Ob diese beiden voneinander unabhängigen, gleicherweise möglichen Systeme gleicherweise als Rechtssystem anzusprechen seien, — woran KELSEN allerdings entschieden Anstoß nimmt — erscheint mir als eine untergeordnete terminologische Frage. Wenn man sich nur dessen bewußt bleibt, mit demselben Ausdruck grundlegend Verschiedenes zu bezeichnen, wenn man sich den Terminus in den verschiedenen Bedeutungen, in denen er verwendet wird, mit verschiedenen Vorzeichen vorstellt, dann hat die Gemeinsamkeit des Ausdruckes, die bei der beschränkten Ausdrucksfähigkeit der Sprache schwer vermeidbar ist, nichts Bedenkliches gegen sich. Man muß sich also vor Augen halten, daß das Wort Völkerrecht unter der Voraussetzung des Primates

[17] So auch KELSEN S. 150 — im Ausdruck vielleicht nicht ganz deutlich —: „Eine dualistische Konstruktion des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht ist zwar logisch nicht unmöglich, aber die völkerrechtliche Theorie hat diese Konstruktion . . . nicht folgerichtig durchgeführt."

des Völkerrechtes einen ganz anderen „Rechtswert", ja überhaupt eine andere Wertkategorie zum Ausdruck bringt, als es dasselbe Wort in dem Falle tut, daß der Primat des Staatsrechtes vorausgesetzt wird, — eine Voraussetzung, die das Völkerrecht als inhaltlich qualifizierten Teil des Staatsrechtes erscheinen läßt. Vice versa hat man zwei grundverschiedene Bedeutungen des Wortes „Staatsrecht" zu unterscheiden. Man scheut sich ja z. B. auch nicht, verschiedene, sozusagen durch eine Welt geschiedene Moralsysteme anzunehmen — woran höchstens auch wieder der gemeinsame Ausdruck auszusetzen ist.

Die Ausführungen unseres Autors können, wie ich glaube, dahin gedeutet werden, daß er nicht den Dualismus der Systeme, sondern bloß den Dualismus im Systeme überwinden wollte. Er bekämpft grundsätzlich nur eine Rechtswissenschaft mit der Hypothese des Primates von Völkerrecht und Staatsrecht — ähnlich wie er bereits in den „Hauptproblemen der Staatsrechtslehre" aus demselben, allerdings noch unausgesprochenen und wohl noch unbewußten Systemgedanken heraus die Annahme von gesetztem und Gewohnheitsrecht als zugleich oberster Rechtsquellen bekämpft hat, — sieht aber wohl die Hypothese vom Primat des Staatsrechtes ebensogut wie die vom Primat des Völkerrechtes für logisch möglich an. Wenigstens verrät sich die Wahl für den Primat des Völkerrechtes, die KELSEN am Schlusse des Werkes trifft, als durchaus — in einem unbetonten Sinn des Wortes — willkürlich und wird so zur Bestätigung der logischen Möglichkeit der anderen Position. Diese Bestätigung erfolgt aber auch ausdrücklich — sogar im Zusammenhange mit der Bezweiflung der Zweckmäßigkeit der fraglichen Konstruktion. „Soll ihre Leistungsfähigkeit beurteilt werden, so ist vorweg anzuerkennen, daß sie ihr Erkenntnisziel zu erreichen wohl imstande ist: Die Einheit der Rechtsordnung ist hergestellt. Fraglich bleibt nur, ob der Weg, auf dem das Ziel erreicht wird, nicht zum Verzicht auf wichtige, vielleicht die wichtigsten Werte

zwingt“ (S. 190). Wären unter diesen Werten Rechtswerte zu verstehen, so würde dies die Position des Staatsrechtsprimates problematisch machen; es handelt sich aber „nur“ um den Verzicht auf die „Idee einer Gesellschaft gleichberechtigter Gemeinwesen“, also einen sozialethischen oder kulturpolitischen Wert, dessen Unrealisiertbleiben logisch der Annahme des Staatsrechtsprimates nichts anhaben könnte.

Diese Feststellungen sind an dieser Stelle dadurch veranlaßt, daß neuestens FRITZ SANDER, von KELSENs Lehre zwar ausgehend, aber weit über sie hinausgehend, die Möglichkeit eines Stehenbleibens der Rechtskonstruktion bei der einzelnen Staatsrechtsordnung negiert und den Rückgriff zur Völkerrechtsordnung postuliert hat. An Stelle einer Fülle geistvoller von SANDER ausgesprochener Formulierungen des Gedankens vom Völkerrechtsprimat sei nur folgende vollendetste zitiert: „Der letzte empirische Maßstab, der im Gebiete des reinen Willens gegeben ist, sind die Verfahren des Völkerrechtes, die freilich selbst wieder in mehreren Stufen sich vollziehen. Die Verfahren des Völkerrechtes sind daher die empirische Erfüllung des Postulates des Staates. Die Verfahren des Völkerrechtes sind der Weltstaat“ [18]. SANDER hält demnach nur ein Völkerrechtssystem für möglich, weil nur in diesem Systeme die gesamte Rechtserfahrung beschlossen sei. Was nötigt aber denn, so muß ich einwenden, den Theoretiker, die Erscheinungen des Völkerrechtes ebenso wie die einer bestimmten Staatsrechtsordnung zur Rechtserfahrung, zum Recht der gleichen Kategorie zu rechnen? Der Erkenntnisdrang, der sich als Vereinheitlichungsbestreben äußert, tendiert ja wohl dahin,

[18] „Die transzendentale Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens.“ Zeitschrift für öffentl. Recht, Wien, Verlag Deuticke, Jahrgang 1919, S. 488. — Erwähnt sei noch die neueste Schrift SANDERS über „Alte und neue Staatsrechtslehre, Zeitschrift für öffentl. Recht, 1920, ferner nochmals auf die in Anm. 9 zitierte Schrift hingewiesen.

die gesamte Erfahrung normativer Erscheinungen in ein System zu bringen. Demnach müßte, ja könnte nicht einmal SANDERs Standpunkt ein notwendiger Ruhepunkt sein. Aber ebensowohl, wie ein scheinbar umfassenderer Systemzusammenhang als der von SANDER vollzogene vollziehbar ist, erscheint mir auch ein scheinbar engerer als möglich. Als dieses engere System erscheint die Staatsrechtsordnung, die ja freilich, genau besehen, ebenso universal und unendlich ist wie jedes andere System. SANDER setzt meiner Meinung nach, den Systemgedanken überspannend, sein System, das tatsächlich nur ein System, eines der verschiedenen möglichen Systeme ist, irrtümlich mit dem Systeme gleich.

Ich möchte mir mit KELSEN die Wahlmöglichkeit zwischen Völkerrechts- und Staatsrechtsordnung wahren und glaube, daß hiedurch die Rechtstheorie an Systematik nichts verliert, an innerem Reichtum aber gewinnt.