RODRIGO GARCIA CADORE

»Rechtswidriges Recht«

Rechtstheorie • Legal Theory

Mohr Siebeck

Rechtstheorie · Legal Theory

herausgegeben von

Thomas Gutmann, Tatjana Hörnle und Matthias Jestaedt

10

Rodrigo Garcia Cadore

„Rechtswidriges Recht“

Die Merkl–Sander-Kontroverse innerhalb der Wiener Schule der Rechtstheorie

Mohr Siebeck

Rodrigo Garcia Cadore, geboren 1985; Studium der Rechtswissenschaft an der Universidade Federal do Paraná (UFPR) in Curitiba (Brasilien); 2011 LL.M. an der Universidade de São Paulo (USP), Brasilien; 2022 Promotion (Freiburg i. Br.); wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Rechtstheorie und Öffentliches Recht des Instituts für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und an der Hans-Kelsen-Forschungsstelle in Freiburg.
orcid.org/0000-0002-7282-5568

Gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) – 513193193.

ISBN 978-3-16-162067-6 / eISBN 978-3-16-162068-3
DOI 10.1628/978-3-16-162068-3

ISSN 2629-723X / eISSN 2629-7248 (Rechtstheorie · Legal Theory)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über *https://dnb.dnb.de* abrufbar.

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2024. www.mohrsiebeck.com

© Rodrigo Garcia Cadore.

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter:
https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Urhebers unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von epline in Bodelshausen aus der Times New Roman gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Meiner Schwester,
Jéssica Garcia Cadore

Vorwort

Ein hebräisches Sprichwort sagt: Wie viele Seiten ein Gelehrter auch liest, darf er nie vergessen, dass die erste Seite noch nicht erreicht wurde. Jede gelesene oder geschriebene Seite tritt bewusst oder unbewusst in Dialog mit einer Tradition, deren Wege diese Seite zwar offenbart, aber selten ausreichend offenlegt. Auf dieser, meiner ersten Seite, die im Zeichen des Dankes steht, möchte ich zumindest einige der vielen Mitwirkenden würdigen, die dieses Buch ermöglicht haben, das das Produkt meiner Promotionszeit ist.

Das Buch profitierte ungemein von seinem Entstehungskontext im Rahmen bestimmter Forschungskonstellation: die des Lehrstuhls für Rechtstheorie und der Hans-Kelsen-Forschungsstelle in Freiburg. Die dort von Herrn Professor Matthias Jestaedt und seinem Kreis gepflegte intellektuelle Atmosphäre, in der kreatives Mitdenken und gesunder Denkstreit begünstigt werden, prägt[e] meine Arbeit. Es gibt in ihr überall Spuren von Anregungen und konstruktiver Kritik von Freunden und Kollegen aus dieser Umgebung, mit denen ich unzählige Wissenschaftsgespräche führen durfte und von denen ich insbesondere Franziska Bantlin, Jakob Faig, David Freudenberg, Helene Jaschinski-Gonetz, Antonia Gövert, Jörg Kammerhofer, Anastasia Kazakou, Kyriakos Kotsoglou, Sabine Klostermann, Anna Liesenfeld, Philipp Pohle, Philipp Reimer, Angela Reinthal und Ruth Weber aufgrund vielfältiger Einlassungen auf mein Vorhaben in dankbarer Erinnerung behalten werde.

Herrn Professor Matthias Jestaedt, meinem akademischen Lehrer, der diese Begegnungen förderte, gebührt darüber hinaus der nachdrücklichste Dank nicht nur für die konsequente Ermutigung, intellektuelle Herausforderung und subtile Wegweisung, sondern auch für das Vorbild wissenschaftlicher Begeisterung, Neugier und Offenheit, das ich in ihm finden konnte: Dieses Buch steht unverkennbar unter dem Zauber Freiburger rechtstheoretischen Denkstils. Herr Professor Michael Pawlik hat sich mit einem engagierten Zweitgutachten an meinem Promotionsverfahren beteiligt. Sein erfahrener philosophischer Blick auf meine Arbeit war eine glückliche Bereicherung und dafür bin ich ihm dankbar.

Brasilianische Forscher, die sich kurz oder lang in Freiburg oder anderswo in Deutschland aufhielten, bildeten im Laufe der Jahre eine unerwartete und erfreuliche Schicksalsgemeinschaft: Artur Ferrari Almeida, Rafael Giorgio Dalla-Barba, Eduardo Vandré Lema Garcia, Eduardo Kronbauer, Lucas Laurentiis, Márcio Mafra, Pablo Miozzo, Ramon Negócio, Pedro Henrique Ribeiro, Mar-

celo Ruivo, Matheus Pelegrino da Silva und Rodrigo Valadão ist vor allem das humorvolle Miteinander im Ernst der wissenschaftlichen Angelegenheiten zu verdanken.

Dem Deutschen Akademischen Austauschdienst (DAAD) bin ich zu Dank verpflichtet, da er meine ersten Forschungsjahre mittels eines Stipendiums großzügig finanzierte. Der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) ist für die zur Verfügungstellung von Publikationsbeihilfemitteln, die die Veröffentlichung dieses Buches unterstützte, zu danken. Den Herausgebern der Reihe ‚*Legal Theory*' für die Aufnahme dieser Arbeit sowie dem Verlag Mohr Siebeck für die produktive und freundliche Zusammenarbeit gilt auch ein herzliches Dankeschön.

Nicht zuletzt begleitete Caroline Janssen die Entfaltung dieses Werkes mit unbedingtem Vertrauen in ein gutes Ende. Diese Arbeit ist in gewissem Sinne auch ihre. Meinen Eltern, Sérgio und Maria Helena, schulde ich viel mehr als ‚nur' Dankbarkeit: Von Ihnen lernte ich das Wesentliche, das sich aus Büchern nicht lernen lässt. Meiner jüngeren Schwester Jéssica wird dieses Buch *com saudades* gewidmet.

Im Wintersemester 2021/2022 nahm die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg die diesem Buch zugrundliegende Qualifikationsschrift als Dissertation an. Im Juli 2022 wurde die Arbeit mit dem Werner-von-Simson-Preis und im Januar 2023 mit dem Carl-von-Rotteck-Preis der Juristischen Fakultät ausgezeichnet. Der Stand der Forschung ist Sommer 2023; das ganze Buch, das sich der Fallibilität des Rechtlichen hinwendet, trägt somit den aktuellsten Stand meines Irrtums. Es will, durch die Wiederentdeckung einer unausgeschöpften Kontroverse, die Reine Rechtstheorie fortsetzen und weiterführen genauso wie neue Auseinandersetzungen mit ihr provozieren.

Köln, im Sommer 2023 Rodrigo Garcia Cadore

Inhaltsübersicht

Vorwort VII
Inhaltsverzeichnis XI
Abkürzungsverzeichnis XIX

Einleitung 1

Erster Teil: Entwicklung
Die Reine Rechtslehre im (Binnen-)Kontext der Wiener Schule

Kapitel I: Die Wiener Schule der Rechtstheorie 15
Kapitel II: Kelsens frühe Lehre der ‚fehlerhaften Staatsakte‘ 100
Kapitel III: Merkls und Sanders Querwege:
Zwischen Devotion und Rebellion 132

Zweiter Teil: Einwicklung
Die Merkl–Sander-Kontroverse

Kapitel IV: Die Rechtstheorie Adolf Julius Merkls 168
Kapitel V: Die Rechts(verfahrens)theorie Fritz Sanders 201
Kapitel VI: Das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts‘ 243

Dritter Teil: Auswirkung und Abwicklung
Aftermath: Nachtrag zur Merkl–Sander-Kontroverse

Kapitel VII: Die Alternativermächtigung 374
Kapitel VIII: Reine Rechtslehre(n)?
Die Hintergründe der schulimmanenten Divergenzen 416

Kapitel IX: Errata: Eine Therapie der Debatte 466

Epilog 527

Quellen- und Literaturverzeichnis 535

Personenregister 593
Sachregister 597

Inhaltsverzeichnis

Vorwort VII

Inhaltsübersicht IX

Abkürzungsverzeichnis XIX

Einleitung 1

A. Ansatz und methodische Grundhaltung 1
B. ‚Polemographie': Eine schulimmanente Kontroverse als Gegenstand 3
C. ‚Rechtswidriges Recht' als Gegenstand der Kontroverse 6
D. Struktur und Dynamik der Arbeit 7

Erster Teil: Entwicklung
Die Reine Rechtslehre im (Binnen-)Kontext der Wiener Schule

Kapitel I: Die Wiener Schule der Rechtstheorie 15

A. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre:
Die Wiener Schule als ein Werk Hans Kelsens 17
I. Die gemeinsame (Vor-)Geschichte der Wiener Schule und der Brünner Schule der Rechtstheorie 19
II. Dimensionen der Wiener Schule 27
1. Im rechtstheoretischen (Bau-)Haus: Das Privatseminar in der Wickenburggasse 27
2. Die sich überschneidenden Wiener Kreise:
Der Kreis um Kelsen im Gefüge der Wiener Moderne 35
3. Der universitäre Mikrokosmos: Die Reine Rechtslehre als eine Komponente des österreichischen akademischen Systems 41
4. Die Wiener Schule der Reinen Rechtslehre auf dem Ideenmarkt . . 48
5. Die ‚Kelsen-Zeitschriften' als Medien der Wiener Schule 54
6. Die Internationalisierung der Reinen Rechtslehre 58
III. Vom Kreis um Kelsen über das Privatseminar zur Wiener Schule 63

B. Das Forschungsprogramm der Wiener Schule der Rechtstheorie:
In a nutshell 67

I. Die Eigengesetzlichkeit der Rechtswissenschaft 68
1. Erkenntnistheorie für Juristen 68
2. Das Reinheitspostulat: Der antisynkretistische Impetus der Wiener Schule 71
a) Wider den Methodensynkretismus 72
b) Strukturanalyse und Funktionsweise des Rechts 74
3. Der Desillusionierungskunstgriff der Reinen Rechtslehre 75
II. Die (Reine Rechts-)Lehre der Eigengesetzlichkeit des Rechts 79
1. Das Gegenstandsproblem: Die Positivität des Rechts 79
2. Die Selbstbestimmung des Rechts 80
3. Die Unbestimmtheit des Rechts als Programm 81
III. Das Proprium der Reinen Rechtslehre 83

C. Die Reine Rechtslehre als Werk der Wiener Schule 84
I. Schulimmanente Kontroversen 85
II. Die Wiener Schule in action: Das Beispiel der Rechtsfehlerproblematik 90
III. Die Reine Rechtslehre als Produkt der Wiener Schule der Rechtstheorie? 96

Kapitel II: Kelsens frühe Lehre der ‚fehlerhaften Staatsakte' 100

A. Das Gewinnen einer Rechtsbinnenperspektive 102
B. Das sogenannte ‚Staatsunrecht' 105
I. Das Kriterium des Organs 105
II. „Das unlogische Monstrum eines staatlichen Unrechts" 106
III. Exkurs: Staatsunrecht und Theodizee 108

C. Zur ‚Fehlerhaftigkeit' der Staatsakte 110
I. Die Semantik der Fehler 110
II. Die Gleichwertigkeit aller Rechtsbedingungen 111
III. Eine rudimentäre Theorie des rechtlichen Könnens 113
IV. Nichtigkeit und Vernichtbarkeit 114
V. Die Verzahnungen von Unrecht und ‚fehlerhaftem Staatsakt' 116
VI. Quis judicabit? Zwischen Herrn Jedermann und den Staatsorganen . . 117
VII. Die Unfehlbarkeit der Rechtsorgane 118

D. Die Eigenart des rechtswissenschaftlichen Gegenstands 119
E. Das Frühwerk Kelsens in den Werken der Wiener Schule: Kelsens Entwurf als Anregung 120
I. Weichenstellungen 121
1. Der elementare Kunstgriff der Reinen Rechtslehre 121
2. Die Entzauberungstendenz 121
3. Die Einrahmung der Fragestellung 122
II. Irritationsfaktoren 123

1. Rechtslogik als Rechtsgrenze 123
2. Statische Perspektive 124
3. Eine Theorie des rechtlichen (Erkennen-)Könnens, keine des rechtlichen Dürfens 129
III. Ein geteilter blinder Fleck: Standortbestimmung der Reflexionen 130

Kapitel III: Merkls und Sanders Querwege: Zwischen Devotion und Rebellion 132

A. Im Gravitationsfeld Kelsens: Wege, die sich kreuzten 136
B. Der Mitbegründer der Reinen Rechtslehre 147
C. Der vergessene gefallene Engel der Anfangsjahre 150
D. Zwischen Devotion und Rebellion 155
E. Zwischenfazit des Ersten Teils 161

Zweiter Teil: Einwicklung
Die Merkl–Sander-Kontroverse

Kapitel IV: Die Rechtstheorie Adolf Julius Merkls 168

A. Rechtskraft: Rechtserscheinungen zwischen Permanenz und Ephemera 170
B. Die dynamische Struktur des positiven Rechts: Das Stufenbaumodell 175
I. Eine Strukturtheorie der inneren Dynamik des Rechts 176
II. Bildliche Rekonstruktionen des Rechtsgestaltungsprozesses 180
III. Der Stufenbau nach der rechtlichen Bedingtheit 182
IV. Die Januskopfartigkeit der Rechtserscheinungen 185
1. Die notwendige Zweigliedrigkeit der Rechtsordnung 185
2. Das Rahmentheorem: Rechtsanwendung zwischen Ermessen und Rechtsbindung 187
3. Die zweideutige Signifikanz des doppelten Rechtsantlitzes 189
V. Stufenbau nach der derogatorischen Kraft 191
VI. Anspruch und Wirklichkeit im dynamischen Rechtsdelegationszusammenhang 194

C. Die doppelte Rechtsordnung: Der mögliche Riss im Rechtsystem 197

Kapitel V: Die Rechts(verfahrens)theorie Fritz Sanders 201

A. Der *trait* der Theorie der Rechtserfahrung 205
I. Die Relationalisierung des Rechtsdenkens 205
II. Das Beharren auf der Immanenz des Rechts 207

III. Die Dynamisierung der Rechtsbetrachtung: Die Prozessualität des Rechts 212
IV. Der reaktive Denkstil Sanders 216
1. Das Dogma der Normativität des Rechts 217
2. Das Dogma des statischen Charakters des Rechtssystems 219
3. Das Dogma der Rechtswissenschaft als Rechtsquelle 220

B. Die Eigengesetzlichkeit des Rechts: Die Rechtspositivitätsproblematik 221
I. Die souveräne Methodik der Rechtserzeugung: Das Rechtsverfahren zwischen Sein und Werden des Rechts 223
II. Die Axiome der Zuständigkeit und der Rechtskraft 226
III … kein Anfang und kein Ende … 232
IV. Die Rechtserzeugungsregel: Wechselbestimmung aller Rechtserscheinungen 235

C. Das Rechtsverfahren als ein ‚Subjekt–Objekt-Verhältnis': Zwischen Konstitution und Reflexion 239

Kapitel VI: Das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' 243

A. ‚Rechtswidriges Recht' als rechtswissenschaftlicher Arbeitsauftrag . . . 243
B. Die Merkl–Sander-Kontroverse: ‚Datenblatt' 247
C. Primat der Rechtsanwendung vs. Primat der Rechtserkenntnis? 251
I. Primat der Rechtserkenntnis: Wie die Rechtserkenntnis, so das Recht 253
II. Primat der Rechtsanwendung: Wie die Rechtsentscheidung, so das Recht 259

D. Das Merklsche Primat der Rechtswissenschaft 262
I. Konstante und Variable 262
II. Merkls variierbarer Umgang mit dem Problem der ‚Rechtsfehler' 264
1. Auf der Suche nach einem juristischen Standpunkt: Der Austausch mit Verdross 264
2. Die Rechtskraft als Allheilmittel? 269
3. Auf dem Weg zur Rechtskraft als normlogisches Erfordernis: Die Auseinandersetzung mit Weyr 272
4. Die Nichtigkeitsprämisse: Merkl trifft Sander 276
5. Ein formelles Recht auf Nicht-Anwendung des Rechts 278
6. Rechtsmittel in Verbindung mit der Rechtskraft: Ein Proto-Fehlerkalkül mit Ratihabierungswirkung 279
7. Der dunkle Konnex von Irrtumskalkül und Primat der Rechtserkenntnis 281
III. Der Fehlerkalkül 283
1. Der Begriff des Rechtfehlers: Rechtmäßigkeit als rechtliche Richtigkeit 285
2. Die eigengesetzliche Fehlerhaftigkeit der Rechtsentscheidungen . . 287

3. Wesen und Wert des Fehlerkalküls 290
4. Rechtliches Dürfen und rechtliches Können 295
5. Der Fehlerkalkül als verkapptes Ermessen 297
6. Autorität und Wahrheit: Die rechtswissenschaftliche Vernunft 298
7. ‚Rechtswidriges Recht' als Selbstwiderspruch: Die Unfehlbarkeit der Rechtsorgane 302

E. Das Sandersche Primat des Rechtsverfahrens 303
I. Die Sanderschen Stachel 305
II. Das Rechtsverfahren als ein Zu-Recht-Erkenntnisprozess 309
III. Sanders Plausibilitätsprüfung des Merklschen Fehlerkalküls 314
1. Rechtwissenschaft als Unrechtsquelle 315
2. Die zu vermeidende Verdopplung der Rechtsordnung 317
3. Merkls Ansatz als Verzichtstheorie 318
4. Im Auge des Orkans: Überbleibsel von Abbildtheorien im Relationalisierungsversuch der Merklschen Reinen Rechtslehre . . . 321
5. Kein Mittelweg: Sander kontert Merkls Replik 324
6. Das Hintertürchen des Naturrechts: Merkls Rekurs auf die Denk- und Sprachgesetze 327
7. Autorität und Wahrheit: Das Recht kalkuliert nie mit Fehlern 329

F. Primat der Rechtswissenschaft vs. Primat des Rechtsverfahrens 331
G. Die Ausstrahlung der Kontroverse 335
I. Variationen eines Primats der Rechtserkenntnis 337
1. Primat der Rechtserkenntnis als Primat der individuellen Vernunft? 338
2. (Moderates) Primat der Rechtserkenntnis als Primat der Rechtswissenschaft 340
a) Die Rolle der Rechtswissenschaft 340
b) Erkennbarkeit und Entscheidbarkeit 342
II. Primat der Rechtsanwendung 345
1. Die naturrechtliche Prägung des Primats der Rechtswissenschaft . . 345
2. Das Primat des Rechtssystems 350
III. Originelle Ansätze zum Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' 354
1. Das Recht als Text und das Recht als Entscheidung 355
2. Die Rechtskraft als begrifflicher Schlüssel: Das Konzept einer „doppelten Norm" 358
IV. An den Grenzen des Rechtssystems: Kelsens rechtstheoretische Vernunft 360

H. Zwischenfazit des Zweiten Teils 364

Dritter Teil: Auswirkung und Abwicklung
Aftermath: Nachtrag zur Merkl–Sander-Kontroverse

Kapitel VII: Die Alternativermächtigung 374

A. Die doppelte Kelsensche Ansicht? 374
B. Die Funktionsweise der Alternativermächtigung 377
I. Denken von der Kompetenz her 377
II. Die Eigengesetzlichkeit des Rechts: Einen anderen entscheiden lassen 380
III. Die Differenzierung von Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit als Aufgabe des positiven Rechts 383
IV. Der Alternativcharakter der Ermächtigungsnormen 384
V. Der mangelnde Fehlerbegriff oder: Das Primat der Rechtserzeugung . 388
VI. Der Entzauberungstrick der Alternativermächtigung 390

C. Mosaik Alternativermächtigung 395
I. Die Figur der Entsprechung 397
II. Das Überbleibsel der Systemeinheit als Widerspruchslosigkeit 398
III. Alternativermächtigung als verkapptes Ermessen 400
IV. Die Rechtsfehlerleugnung 401
V. Der sogenannte Midas-Effekt 403
VI. Entzauberung durch Verzauberung? 405

D. Das grundlegende Getriebe der Alternativermächtigung neu gelesen . . 406
I. Was die Lehre der Alternativermächtigung leisten will 406
II. Das Problem der Revolution und das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' 409
III. Der enge Kreis der Gedanken 412

Kapitel VIII: Reine Rechtslehre(n)? Die Hintergründe der schulimmanenten Divergenzen 416

A. Philosophische Annahmen 417
I. Zwischen Permanenz und Wandelbarkeit, Struktur und Prozess 417
II. Autorität und Wahrheit, Wollen und Wissen 423

B. Rechtserkenntnistheoretische Dissonanzen: Die Existenzberechtigung der Rechtswissenschaft 427
C. Rechtstheoretische Betrachtungsweisen 431
I. Statik vs. Dynamik 432
II. Anforderungsmodell vs. Prozessbetrachtung: Verhaltensteuerung und Rechtserzeugungsstrukturen 436
III. Interpretationsfragen und Strukturanalyse 441
IV. An den Grenzen der Rechtserkenntnis 444

V. Lesarten des Rechtspositivismus? 446

D. Uneinheitliche Rechtsweltbilder, die sich aber doch treffen 449
E. Wie Weltanschauungen zu Rechtstheorien werden 457
F. Reine Rechtslehren? 460

Kapitel IX: Errata: Eine Therapie der Debatte 466

A. Trial and Error: Die Polemik als Katalysator in der Wiener Schuldynamik 466
I. Der reaktive Charakter des Fehlerkalküls 466
II. Das rechtsverfahrensintegrative Verständnis Sanders im Spiegel der Kontroverse 470

B. Wechselseitige Zerrbilder 476
I. Sander durch den Zerrspiegel Merkls betrachtet 476
1. Äquivokationsfalle: Die vorprozessuale Lage und die Rechtsdynamik 476
2. Sander als Regelskeptiker? 479
3. Die angebliche Negation der Rechtswissenschaft 485
II. Merkl durch den Zerrspiegel Sanders betrachtet 489
1. „Das Phantom der Rechtswissenschaft als Rechtsquelle“ 489
2. Die angebliche Negation des Rechts 494
3. Die logische Ableitbarkeit der Rechtserscheinungen 495

C. Aus den Fehlern lernen? 498
I. Eine Fehlstelle in der Debatte 499
II. Eine auszubleibende Errata 505
1. Ein Rest beim Fehlerkalkül 506
2. Die radikaleren Operationen der Rechtsverfahrenstheorie 511
3. Die Kelsensche (Auf-)Lösung des ‚rechtswidrigen Rechts‘ 515
III. Brauchbare Rechtswidrigkeit? 517
IV. Rechtstheorie als Theorie der Eigengesetzlichkeit des Rechts 519

D. Zwischenfazit des Dritten Teils 520

Epilog 527

Quellen- und Literaturverzeichnis 535

A. Archivalische Quellen 535
I. Archive in Österreich 535
II. Archive in Deutschland 538
III. Archive in der Tschechischen Republik 539

IV. Sonstige Archive in Europa 539
V. Archive in den USA 539

B. Typoskripte und nicht-gedruckte Qualifikationsarbeiten 540
C. Literaturverzeichnis 542

Personenregister 593
Sachregister 597

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Auffassung/andere Ansicht
AAV ČR	Masarykův ústav a Archiv Akademie věd České republiky/Archiv der Akademie der Wissenschaften der Tschechischen Republik, Prag
AdR	Archiv der Republik
AKU	Archiv der Karls-Universität zu Prag
Anm.	Anmerkung(en) – ausschließlich für Binnenverweise
AMUB	Universitätsarchiv Masaryk-Universität Brünn/Archiv Masarykovy Univerzity v Brně
AöR	Archiv für öffentliches Recht (bis 1910) / Archiv des öffentlichen Rechts (seit 1911)
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
AS	Akademischer Senat
Aufl.	Auflage
AVA	Allgemeines Verwaltungsarchiv
Bd.	Band
BfdDB	Börsenblatt für den Deutschen Buchhandel
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz (Österreich)
bzw.	beziehungsweise
d. h.	das heißt
f.	folgende
Fasz.	Faszikel
Fn.	Fußnote(n)
GTLS	General Theory of Law and State (1945)
Hb.	Halbband
Hbd.	Halbbände
Heller-GS	Hermann Hellers Gesammelte Schriften, herausgegeben von Christoph Müller
HKI	Hans Kelsen-Institut, Wien
HKW	Hans Kelsen Werke, herausgegeben von Matthias Jestaedt
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
insb.	insbesondere
kais.	kaiserlich
Kap.	Kapitel
k.u.k./k.k.	kaiserlich und königlich/kaiserlich-königlich
KZ	Konzentrationslager
L.G.Bl.	Landesgesetzblatt
Merkl-GS	Adolf Julius Merkls Gesammelte Schriften herausgegeben von Dorothea Mayer-Maly, Herbert Schambeck und Wolf-Dietrich Grussmann

MWG	Max Weber-Gesamtausgabe herausgegeben von Horst Baier, M. Rainer Lepsius, Wolfgang J. Mommsen, Wolfgang Schluchter, Johannes Winckelmann
NA	Národní Archiv/Nationalarchiv, Prag
Nachl.	Nachlass
n. a.	nicht angegeben
N.F.	Neue Folge
N.N.	Nomen Nominandum
Nr.	Nummer
ÖStA	Österreichisches Staatsarchiv
PA	Personalakt
PMR	Předsednictvo ministerské rady (The Presidency of the Council of-Ministers)
PŘ	Policejní ředitelství (Polizeipräsidium)
ref.	reference
R.G.Bl.	Reichsgesetzblatt
RITD	Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts
Rn.	Randnummer
RR1	Reine Rechtslehre, 1. Auflage (1934)
RR2	Reine Rechtslehre, 2. Auflage (1960)
S.	Seite(n)
s. d.	sine datum
Sig.	Signatur
Sp.	Spalte(n)
SoSe	Sommersemester
Stabi	Staatsbibliothek zu Berlin
StGG	Staatsgrundgesetz
SWS	Semesterwochenstunde(n)
tit.	tituliert
UAW	Universitätsarchiv Wien
UAWU	Universitätsarchiv der Wirtschaftsuniversität, Wien
UB-Heidelberg	Universitätsbibliothek Heidelberg
u.s.w./usw.	und so weiter
u. a.	und andere
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WrStLA	Wiener Stadt- und Landesarchiv
WS	Wintersemester
Z.	Zahl
z. B.	zum Beispiel
zit.	zitiert
ZLB	Zentral- und Landesbibliothek Berlin
ZöR	Zeitschrift für öffentliches Recht

„Damn me, but all things are queer, come to think of 'em"

(*Hermann Melville*, Moby-Dick: or, The Whale [1851],
London 2009, S. 399 f.).

Einleitung

Dass zuständige Rechtsorgane irren können, und zwar rechtskräftig,[1] sollte unter Rechtspositivisten – so dürfte man meinen – als Binsenweisheit gelten. Denn den verschiedenen Varianten der rechtstheoretischen, positivistischen Tradition ist gemeinsam, das geltende Recht – und damit die Gesamtheit der Rechtserscheinungen – als kontingentes Produkt menschlicher Entscheidungen zu verstehen. Dies bedeutet intuitiv: Das Recht ist ein *fehleranfälliges* Menschenwerk.[2] Doch ausgerechnet in Bezug auf diese angeblich so allgemeine Annahme spalteten sich bemerkbar die Geister innerhalb jener Variante des Rechtspositivismus, die gelegentlich als der Inbegriff des kontinentaleuropäischen Rechtspositivismus überhaupt wahrgenommen wird: innerhalb der Wiener Schule der Rechtstheorie. Die Geschichte dieser – auch unter Experten der Reinen Rechtslehre – immer noch relativ unbekannten schulimmanenten Debatte möchte diese Dissertation erzählen und beleuchten. Gemeint ist konkret die Merkl–Sander-Kontroverse um das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts'.[3]

A. Ansatz und methodische Grundhaltung

Indem die Dissertation tut, was sie sich zur Aufgabe nimmt, vereinigt sie in sich zwei gewöhnlich getrennt verfolgte Erkenntnisinteressen.[4] Sie betreibt einerseits

[1] Vgl. *Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk*, Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts, 5. Aufl., München 2010, S. 209.

[2] Zur Charakterisierung des positiven Rechts als „Menschenwerk" vgl. *Hans Kelsen*, Die Idee des Naturrechts, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 7 (1927/1928), S. 221–250 (224); vgl. auch *Adolf Julius Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung, Leipzig/Wien 1923, S. 295, wo das Recht als „ein Werkezeug von Menschen für Menschen" beschrieben wird.

[3] Einfache Anführungszeichen (‚') werden in dieser Arbeit verwendet, um Distanz bei der Handhabe der für die Merkl–Sander-Kontroverse entscheidenden Begriffe zu bewahren: Wie sich im Zweiten Teil der Arbeit zeigen wird, ist die bloße Verwendung der Kategorie der ‚Rechtsfehler', wie der Begriffe ‚rechtswidriges Recht', ‚fehlerhafte Rechtserscheinung/Rechtsentscheidung' und dergleichen voraussetzungsreich. Mit der Anwendung der einfachen Anführungszeichen soll die wissenschaftliche Unvoreingenommenheit deutlich gemacht werden, dass es sich im jeweiligen Fall nicht um eine Begrifflichkeit des Autors der Arbeit handelt, sondern um die Sprechweise der Kontrahenten der zu rekonstruierenden Debatte. Darüber hinaus werden die einfachen Anführungszeichen allgemein zu einer Funktion der Distanzierung von dem – und der Kennzeichnung der bildlichen Sprache des – Gesagten, wo die Verwendung der doppelten Anführungszeichen („") die Erwartung einer Quellenangabe erwecken könnte.

[4] Vgl. *Samuel Schuman*, [Buchbesprechung] On Law and Justice. By Alf Ross. Berkeley and

eine Art kontextualisierende „Doxographie“:[5] Der Bezug auf eine Kontroverse und das Bemühen um das Aufdröseln mittels Kontextualisierung erlaubt in dieser Hinsicht die Rede von einer ‚Polemographie‘, denn es geht um die Beobachtung und Deutung einer scharfen Auseinandersetzung. Die Arbeit geht *ideen-* und *intellektuell-geschichtlich* einer Debatte nach und kontextualisiert sie auf mehreren Ebenen durch ihre Rückbindung an ihre geistige Umgebung, wobei sie sich um eine akkurate Rekonstruktion einer tatsächlich stattgefundenen wissenschaftlichen Polemik bemüht und die Protagonisten mit ihren Werken und Ansätzen zu Wort kommen lässt – Werke und Ansätze, die um Befunde aus bisher unveröffentlichten Quellen bereichert werden, wofür auch Gänge ins Archiv vorgenommen wurden.[6] Die Dissertation belässt es andererseits nicht dabei. Insofern sie eine Kontroverse innerhalb der Wiener Schule rekonstruiert und die verstreuten Gedankengänge der Kontrahenten originell zusammenstellt, will sie die rechts(wissenschafts)theoretischen Potenziale eines bestimmten Denkstils aufdecken und für die heutige Debatte (wieder)gewinnen. Daher versteht sich diese Dissertation auch als eine *rechtstheoretische* und möchte die rekonstruierten Ansätze im Bewusstsein ihrer ursprünglichen Fragestellungen und ausgewählten Blickwinkel systematisch strukturieren und über die bloße Wiedergabe und Exegese hinausgehend präsentieren. In dieser zweiten Hinsicht wird die entwicklungsgeschichtliche Untersuchung in den Dienst des rechtstheoretischen Verständnisses der Merkl–Sander-Kontroverse gestellt. Bei der *historisch-sensiblen*, *rationalen Rekonstruktion der Debatte* bemüht sich diese Arbeit um ihre rechts(wissenschafts)theoretische Erschließung in einer Art und Weise, die sich als Fortführung der Tradition der Wiener Schule versteht: Jedem Schritt der vorliegenden, insoweit rechts(wissenschafts)theoretisch aufgegriffenen ‚Polemographie‘ liegt eine Lesart der Reinen Rechtslehre zugrunde, deren Tradition diese Arbeit auch durch historische Wiederentdeckung fortschreiben will.[7]

Als Denkstil[8] und Tradition erscheint die Reine Rechtslehre in diesem Zusammenhang als ein besonderer rechts(wissenschafts)theoretischer Zugriff, der sich für die *differentia specifica* des Rechts interessiert und diese in der dynamischen Funktionsweise des positiven Rechts sucht und findet, um darauf ein eigenes Verständnis der Aufgaben und Grenzen der Rechtswissenschaften aufzubauen. Realitätsori-

---

Los Angeles: University of California Press. 1959, pp. xi, 383, in: Indiana Law Journal 35 (1960), S. 409–414 (409 f.).

[5] Vgl. *Hermann Diels*, Doxographi Graeci [1879], 4. Aufl., Berlin 1965. Vgl. auch *Jørgen Mejer*, Überlieferung der Philosophie im Altertum: Eine Einführung, Kopenhagen 2000, S. 28–30.

[6] Ein Verzeichnis der untersuchten archivalischen Bestände findet sich am Ende der Arbeit, vgl. unten Archivalische Quellen, S. 535–540.

[7] Vgl. die ähnlichen Einführungen ihrer eigenen, die Reine Rechtslehre weitertreibenden Arbeiten in: *Robert Walter*, Über den Widerspruch von Rechtsvorschriften, Wien 1955 [Typoskript, nicht-publizierte staatswissenschaftliche Dissertation], S. 6–9; *Christoph Kletzer*, The Idea of a Pure Theory of Law, London 2018, S. 1–4.

[8] Zur Reinen Rechtslehre als ein Denkstil wie zum Denkstil der Reinen Rechtslehre vgl. *Clemens Jabloner*, Wie zeitgemäß ist die Reine Rechtslehre?, in: Rechtstheorie 29 (1998), S. 1–21.

entiert zu beschreiben, wie das Recht macht, was es macht, steht im Fokus: Das Wie des dynamischen Rechtsverfahrens[9] wird zum Grundproblem des rechtswissenschaftlichen Denkens und das Nachdenken über die Möglichkeit der ‚rechtswidrigen Rechtserzeugung- oder -Vernichtung' ist ein notwendiger Baustein eines solchen Ansatzes. An dieser Stelle, die keine periphere ist, bezeugt die Entwicklungsgeschichte der Reinen Rechtslehre(n) virulente Spannungen, die hier zu Thema und Gegenstand gemacht werden.

B. ‚Polemographie': Eine schulimmanente Kontroverse als Gegenstand

Die Entscheidung für eine schulimmanente Kontroverse als Gegenstand der Betrachtung geht bereits mit einer Interpretation der Reinen Rechtslehre einher. Denn es interessiert hierbei die Reine Rechtslehre als eine „Forschungs- und Forscherformation"[10] und nicht so sehr das Werk des „Jurist[en] des 20. Jahrhunderts",[11] Hans Kelsen (1881–1973), der bekanntermaßen selbst seine Vorliebe zur wissenschaftlichen Polemik hatte und „keinem Gegner aus dem Weg"[12] ging. Aufmerksamkeit wird hier der Entstehung der Reinen Rechtslehre(n) ausgehend von gemeinsamen Prämissen innerhalb eines Denkkollektivs gewidmet: das der Wiener Schule der Rechtstheorie in ihren Anfangsjahren (1911–1930).[13] Dabei wird der Versuch unternommen, die kollidierenden Ansätze zweier Schüler Kelsens und Mitglieder der Wiener Schule in ihrer Eigenart zur Geltung zu bringen. Statt nochmals eine „Gigantomachie" als „Kampf der Giganten im deutsch[sprachig]en Denken"[14] zu thematisieren und die Streitigkeiten Kelsens mit anderen kanonischen Namen der Rechts- und Staatstheorie nachzuzeichnen,[15] kümmert sich diese Dis-

[9] Vgl. *Fritz Sander*, Staat und Recht. Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung, 2 Hbd., Hb. 1, Wien 1922, S. 442.

[10] Vgl. *Matthias Jestaedt*, Hans Kelsens Reine Rechtslehre. Eine Einführung, in: Hans Kelsen, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Studienausgabe der 1. Auflage 1934, hrsg. von Matthias Jestaedt, Tübingen 2008, S. XI–LXVI (XVIII–XXV).

[11] Vgl. etwa *Horst Dreier*, Hans Kelsen (1881–1973): „Jurist des Jahrhunderts"?, in: Helmut Heinrichs et alii (Hrsg.), Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, München 1993, S. 705–732.

[12] *Clemens Jabloner*, Kelsen als Feindbild, in: Juridikum 2 (2022), S. 164–172 (164).

[13] Zu den Anfangsjahren der ‚jungösterreichischen Schule' aus der Perspektive ihres Hauptes vgl. *Thomas Olechowski*, Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers. Unter Mitarbeit von Jürgen Busch, Tamara Ehs, Miriam Gassner und Stefan Wedrac, 2. Aufl., Tübingen 2021, S. 316–344.

[14] Zwei Zitate: *Jacob Taubes*, Ad Carl Schmitt. Gegenstrebige Fügung, Berlin 1987, S. 56.

[15] Man denke nur an die abundante Literatur zur rechtswissenschaftlichen wie rechtspolitischen, politikwissenschaftlichen wie weltanschaulichen Opposition zwischen Hans Kelsen und Carl Schmitt (1888–1985), vgl. pars pro toto *Ari Marcelo Sólon*, Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão, Porto Alegre 1997; *Axel-Johannes Korb*, Kelsens Kritiker. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechts- und Staatstheorie (1911–1934) Tübingen 2010, S. 42–45, 135–148, 223–235, 260–265, 272–276; *Stanley Paulson*, Hans Kelsen and Carl Schmitt: Growing Discord, Culminating in the „Guardian" Controversy of 1931, in: Jens Meierhenrich/Oliver Simons (Hrsg.), The Oxford Handbook of Carl Schmitt, Oxford/New York 2016, S. 510–546.

sertation um eine Auseinandersetzung, die innerhalb der Wiener Schule und zwischen Wiener Schülern Kelsens stattgefunden hat – ohne dessen unmittelbare Mitwirkung.[16] Nicht nur um eine schulimmanente Debatte geht es folglich, sondern vor allem um eine Schüler-Kontroverse – und dies mit der Absicht, die jeweiligen Ansätze von Adolf Julius Merkl (1890–1970) und Fritz Sander (1889–1939) aus dem Schatten des Riesens ‚Schulhaupt' herauszuholen und im Lichte der jeweils eigenen Lesarten eines gemeinsamen Forschungsprogramms darzustellen, sodass dadurch gleichsam eine Einsicht in das Plurale der Tradition der Reinen Rechtslehren(n) gewährt wird, ohne dass der Sinn für die Einheit des Projekts *einer reinen* Rechtslehre verlorengeht.

Gegenstand der Betrachtung sind vorrangig die rechts(wissenschafts)theoretischen Spannungen zwischen den Modellen Merkls und Sanders, die anhand ihrer eigenen Begrifflichkeit und ausgehend von der jeweils eigenen Problemstellung mit Blick auf den Themenkomplex des ‚rechtswidrigen Rechts' rekonstruiert und in ihrer Opposition zueinander (neu) gedeutet werden. Dabei soll nicht nur die Innendynamik der Wiener Schule zur Sprache kommen, in deren Rahmen die Theorien Merkls und Sanders ihre Genese fanden und in Kollision zueinander gerieten, sondern es soll auf die Ansätze zweier Wiener Rechtstheoretiker fokussiert werden, die heutzutage im rechtstheoretischen Diskurs auf ihre jeweils besondere Art regelmäßig vernachlässigt werden.

Die Kontrahenten. Berücksichtigt man Anzahl und Qualität der Thesen Merkls, die losgelöst vom Namen ihres Urhebers und nicht selten in Verkennung ihrer (ursprünglichen) Bedeutung und Funktionsweise immer noch, sowohl im rechtstheoretischen Diskurs in vereinfachter Form lebendig sind als auch – jenseits der Community der Reinen Rechtslehre – im rechtsdogmatischen Repertoire weiterwirken, kann gesagt werden, dass man mit Merkl vor einem wahrhaften ‚*classique inconnu*'[17] steht. Seine Auffassung der Rechtsdynamik wird nicht nur ohne genaue Kenntnis der Provenienz breit konsumiert, sondern auch häufig selektiv bzw. amputiert rezipiert: Zur Vulgata der Stufenbaulehre[18] gehört in der Regel z. B. keine

[16] Kontroversen innerhalb des Kreises um Kelsen, wie er sie selbst in Auseinandersetzung mit unterschiedlichen Schülern hatte, erwecken langsam aber zunehmend die Aufmerksamkeit der Forschung, vgl. z. B. *François Lecoutre*, La controverse entre Hans Kelsen et Eric Voegelin en théorie du droit et en théorie politique, Paris 2020.

[17] Dies kontrastiert deutlich mit dem Schicksal Kelsens, dessen Name zum rechtstheoretischen Branding geworden ist, dessen Hauptwerke als Klassiker wahrgenommen werden und dessen Thesen international massiv zirkulieren, auch wenn sie häufig missverstanden oder karikiert werden und dabei immer noch Legenden die Lektüre schlagen, vgl. nur *Thomas Hochmann/Xavier Magnon/Régis Ponsard* (Hrsg.), Un classique méconnu: Hans Kelsen, Paris 2019; *Matthias Jestaedt*, À la recherche d'un classique méconnu. Hans Kelsens Wiener Meisterwerk, in: Carmine de Angelis/Antonino Scalone (Hrsg.), Liber Amicorum Carrino, Mailand 2020, S. 381–396; *Matthias Jestaedt/Ralf Poscher/Jörg Kammerhofer* (Hrsg.), Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand/ Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions, Beiheft 163 des ARSP, Stuttgart 2020.

[18] Vgl. dazu *Otto Pfersmann*, Hiérarchie des Normes, in: Denis Alland/Stéphane Rials (Hrsg.), Dictionnaire de la culture juridique, Paris 2003, S. 779–783.

Unterscheidung zwischen den möglichen Stufenbauten und auch kein Wort zur – im Folgenden zentralen – Theorie des Fehlerkalküls.[19] Dabei hat es die Merkl-Rezeption mit all ihren Problemen deutlich besser als die Sanders. Der Name des 1918 in der Nachfolge Kelsens als Dozent an der Exportakademie Wien aufgenommenen, in einem unterstützenden Gutachten von Kelsen selbst als „außerordentlich begabt […], selten gründlich und gewissenhaft arbeitend"[20] beschriebenen Fritz Sanders, der innerhalb der Wiener Schule als hochwertiger Alliierter bei der „Kritik an der langlebigen juristisch-politischen Phantasmagorie"[21] der herkömmlichen Lehren geschätzt und von Außenstehenden als zur Spitze der Schule zugehörig wahrgenommen wurde,[22] fehlt bis heute (nahezu) komplett im rechtswissenschaftlichen Gespräch – auch innerhalb der Community der Reinen Rechtslehre. Für das Verständnis und die Verbreitung bestimmter Facetten der Rechtstheorie Merkls wie für die Bergung der Werke Sanders aus dem Grab der apokryphen Schriften möchte sich diese Dissertation einsetzen.

Die Schule und ihr Programm. Indem die Kontroverse um das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' betrachtet wird, wie sie sich zunächst in den gegensätzlichen Positionen Merkls und Sanders entfaltete und dann über die Schule hinaus ausstrahlte, wird ein Einblick in das Forschungsprogramm der Wiener Schule selbst gewonnen: Die genauere Betrachtung dessen, was auseinanderdriftete, verschärft den Blick auf das, was zusammengehörte. Durch die Vergewisserung, worüber und wie innerhalb der Wiener Schule gestritten wurde, soll besser nachvollzogen werden können, was für die ersten Generationen dieser Schule auf dem Spiel stand und warum einige feste Bestandteile der Reinen Rechtslehre so aussehen, wie sie heute bekannt sind. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie die schulinternen Meinungsunterschiede zur Verfeinerung von Konstrukten und Theoremen

---

[19] Bevor die Leserinnen und Leser im Folgenden durch den Artikel (‚der') des Fehlerkalküls irritiert werden: Fehlerkalkül wird hier maskulin adressiert, d. h. als ‚der Fehlerkalkül', denn dies entspricht dem Merklschen Gebrauch und dabei gibt die ideengeschichtliche Dimension dieser Dissertation den Ausschlag. Das Maskulin qualifiziert den Gebrauch des Kalküls gewöhnlich in der logischen oder mathematischen Sprache, während das Neutrum für Bedeutungen des Wortes steht, die mit Strategie zu tun haben. Merkl führt ‚den' Fehlerkalkül dort ein, wo die Bedürfnisse des praktischen Rechtslebens die logische Stringenz des Stufenbaues revidieren: Als Devise zum Umgang mit der Fehleranfälligkeit der Rechtserzeugung wird tatsächlich das positiv-rechtliche Fehlerkalkül eingesetzt. Dies spräche für einen Gebrauch, der die politischen, strategischen Dimensionen des Kalküls sichtbar machen würde. Losgelöst von der Merklschen Begrifflichkeit wäre folglich das Neutrum zu bevorzugen. Um Verwirrung zu vermeiden und der Konsequenz halber, wird in dieser Arbeit aber einheitlich das Merklsche Maskulin verwendet.

[20] Gutachten von Hans Kelsen zu dem Gesuche des Dr. Fritz Sander, in: Österreichisches Staatsarchiv (ÖStA), Allgemeines Verwaltungsarchiv (AVA), k.k. Handelsministerium 1918, Fasz. 1583, ad Z. 61837/IV aus 1918.

[21] *Adolf Julius Merkl*, Zum rechtstechnischen Problem der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung. Mit besonderer Berücksichtigung der deutschösterreichischen Bundesverfassung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1921), S. 336–359 (336) = Merkl-GS II/1, S. 299–320 (299).

[22] Vgl. z. B. *Friedrich Tezner*, Volkstümlichkeit der Verwaltung und Verwaltungsreform. Eine alt- und neuösterreichische Studie über Edelverwaltung, in: Neue Freie Presse Nr. 20663 vom 8. März 1922, S. 3–4 (4).

der Reinen Rechtslehre beigetragen haben, genauso wie die Frage nach der schulinternen Arbeitsteilung und des wissenschaftlichen Austauschs. Die Struktur und Dynamik der Wiener Schule der Rechtstheorie wird dergestalt untersucht und thematisiert, dass sie die Einbettung der Merkl–Sander-Kontroverse in ein damals vor sich gehendes Wissenschaftsgespräch im Kreis um Kelsen ermöglicht und somit das Verständnis der Kontroverse an sich fördert, deren Betrachtung ihrerseits zum Verständnis der Wiener Schule und der Reinen Rechtslehre(n) als solche beiträgt.

Eine Kontroverse. Die Modelle Merkls und Sanders werden in Interaktion und Kollision beobachtet, sodass aus der Merkl–Sander-Kontroverse ein besseres Verständnis der jeweiligen Rechtstheorien gewonnen wird. Diese werden an sich und für sich stehend und nicht als bloße Anhängsel zum System Kelsens behandelt, aber eben nicht isoliert, sondern in Auseinandersetzung miteinander und mit Blick auf die Ausarbeitung eines gemeinsamen Forschungsprogramms rekonstruiert. Ist die Merkl–Sander-Kontroverse Gegenstand dieser Arbeit, soll sich die Betrachtung dieser Kontroverse ihrerseits im Rahmen einer ‚Polemographie' als ein besonderer Zugang zur Reinen Rechtslehre selbst erweisen, sodass die Frage aufgeworfen wird, inwieweit von einer Merklschen und einer Sanderschen Reinen Rechtslehre neben einer Kelsenschen – oder sogar hinter ihr – gesprochen werden darf.

C. ‚Rechtswidriges Recht' als Gegenstand der Kontroverse

Unter der Rubrik ‚rechtswidriges Recht' wird die Frage nach der Erkennbarkeit und der Entscheidbarkeit von ‚Rechtsfehlern im Rechtsverfahren' wie nach der Deutungshoheit über die Rechtmäßigkeit und der Entscheidungshoheit über die Geltung solcher ‚fehlerhafter Entscheidungen' adressiert: Wer entscheidet, dass die Rechtsanwendung bzw. Rechtserzeugung oder -Vernichtung fehlerhaft vor sich gegangen ist und mit welchen Konsequenzen? Just diese für die Rechtswissenschaft innerhalb der Wiener Schule als entscheidend eingestufte Frage nach der Rechtswidrigkeit der internen Operationen des Rechtssystems löste die langjährige rechts(wissenschafts)theoretische Auseinandersetzung zwischen Merkl und Sander aus. In dieser Kernfrage innerhalb des Forschungsprogramms der Reinen Rechtslehre waren sich nicht nur die beiden, sondern auch Kelsen und andere Mitglieder der Wiener Schule nicht einig; um sie herum entzündete sich eine Kontroverse, die die ganze Schule mobilisierte. War die Frage nach der Integration der ‚fehlerhaften Rechtserzeugung(en)' in ein rechtswissenschaftliches Modell für Merkl unabdingbar, sah Sander die Fragestellung, wie sie von Merkl formuliert wurde, als verfehlt an. Dass die Rechtswissenschaft sagen könne und dürfe, ob und wie die Organe rechtlich ‚fehlerhaft' das Recht angewandt bzw. erzeugt haben, wurde von ihm grundsätzlich hinterfragt und bestritten.

Es ist nun aber nicht so, dass der Fragenkomplex um das Thema des ‚rechtswidrigen Rechts' isoliert betrachtet, behandelt und fein seziert oder gar in Form einer mit Position, Replik und Triplik strukturierten Debatte diskutiert wurde. Ausgehend

von diesem Thema und immer auf es zurückkommend entfalteten sich jedoch allmählich klarer werdende Gegensätze zwischen Merkl und Sander, die ihrerseits Ausdruck von tiefgreifenden Divergenzen über das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Recht einerseits und die Funktionsweise des Rechtssystems andererseits waren. Wie es dazu kam, dass Merkl letztlich die Rechtswissenschaft als Kontrollinstanz gegenüber der Entscheidungspraxis der Rechtsorgane einsetzte und die fehlerhaften Entscheidungen nicht als Recht gelten ließ (‚Primat der Rechtswissenschaft'), während Sander die rechtstheoretische Adäquanz der Vorstellung von rechtswissenschaftlich zu ermittelnden Fehlern der Organe bestritt, für eine selbständige Rechtstheorie als Lehre der Eigengesetzlichkeit des Rechts plädierte,[23] diese radikal dynamisch fasste und die Konstitutionsleistung des Rechts um jeden Preis dem Rechtsverfahrens immanent zu halten vermochte (‚Primat des Rechtsverfahrens'), gilt es zu verstehen. Dabei meinte keiner der Hauptkontrahenten, etwas anders als das Programm einer Reinen Rechtslehre konsequent auszuführen. Um diesen „Wiener Streit"[24] handelt es sich in den folgenden, als Triptychon konzipierten und organisierten neun, à drei zusammengestellten, Kapiteln.

D. Struktur und Dynamik der Arbeit

Entwicklung; Einwicklung; Auswirkung und Abwicklung. Diese drei Teile der Arbeit strukturieren sich um die rechts(wissenschafts)theoretische Merkl–Sander-Kontroverse über das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' herum, die das Zentrum des Triptychons besetzt und den Gegenstand der Untersuchung ausmacht. Im Ersten Teil, der mit „Die Reine Rechtslehre im (Binnen-)Kontext der Wiener Schule" betitelt ist, wird eine Kontextualisierung der Kontroverse in drei Schichten angeboten, sodass die Entstehung und Ausformung der Wiener Schule und des von ihr angestrebten konsequenten, rechtstheoretischen Rechtpositivismus[25] in den Wiener Jahren Hans Kelsens nachverfolgt wird – d. h. in einem Intervall, in dem die Kontroverse als lebendige Debatte zwischen den Teilnehmenden ihren Platz hatte. Dabei soll erhellt werden unter welchen Umständen, ausgehend von welchen Postulaten und in welchem geistigen Milieu die rechtstheoretischen Modelle von Merkl und Sander aufeinanderprallten. Dies soll vor allem erreicht werden, indem die Einfügung von Merkl und Sander – und deren Ansätzen – in das Denkkollektiv der Wiener Schule und in das Forschungsprogramm der Reinen Rechtslehre

[23] „So spitzt sich alles auf die Frage zu: Gibt es eine konstituierende Eigengesetzlichkeit des Rechts und in welcher Urteilsphäre vollzieht sie sich?" (*Fritz Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 2 [1920/1921], S. 511–670 [596]).

[24] *Alexander Somek*, Wissen des Rechts, Tübingen 2018, S. 22.

[25] Zur binnentheoretischen Evolution der rechtspositivistischen Komponente des Forschungsprogramms der Wiener Schule in den Werken Hans Kelsens vgl. die bahnbrechende Untersuchung von *Gabriel Nogueira Dias*, Rechtspositivismus und Rechtstheorie. Das Verhältnis beider im Werk Hans Kelsens, Tübingen 2005.

untersucht und hervorgehoben wird, was Merkl und Sander als Schüler Kelsens in dem sich im Aufbau befindenden, rechtstheoretischen Gebäude vorfanden, als ihre Kontroverse begann. Wie und in welchem Rahmen sich die Fragen überhaupt gestellt haben, die kontrovers wurden, soll durch diese Kontextualisierung offengelegt werden.

Im zweiten Teil rücken dann die Rechtstheorien Merkls und Sanders ins Zentrum der Arbeit und es vollzieht sich eine ausführliche Involvierung in die „Die Merkl–Sander-Kontroverse" um das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts', die in ihren Details dargestellt wird. Die rechts(wissenschafts)theoretischen Grundansichten Merkls und Sanders werden so rekonstruiert, dass nachvollziehbar wird, wie sich die Frage nach der Fehlerhaftigkeit der Rechtserscheinungen innerhalb der zwei konkurrierenden Modelle unterschiedlich stellte, respektive aufhob. Ausgerüstet mit diesem grundlegenden Verständnis der Andersartigkeit der Problemstellung innerhalb der Merklschen und der Sanderschen Rechtstheorien wird die Merkl–Sander-Kontroverse weitergehend beobachtet: Die Lösungen Merkls zur rechtswissenschaftlichen Verarbeitung des ‚rechtswidrigen Rechts', die in dem Konzept des Fehlerkalküls als ihre reifste Gestalt mündeten, werden systematisch unter Berücksichtigung ihrer Entwicklung in der Auseinandersetzung mit den Mitstreitenden der Wiener Schule präsentiert und mit den Kritikpunkten Sanders kontrastiert. Die Merklsche Begründung eines Primats der Rechtswissenschaft und die Sandersche Hervorhebung eines Primats des Rechtsverfahrens werden aus der Kollision beider Modelle herausgearbeitet. Die Stellungnahmen anderer Mitglieder der Wiener Schule für oder gegen das eine oder das andere Modell mit den jeweiligen rechts(wissenschafts)theoretischen Lesarten des Problems des ‚rechtswidrigen Rechts', wie einige der weiteren originellen Lösungsversuche im Ausstrahlungsradius der Kontroverse werden berücksichtigt. Das Bewusstsein für die Weite des Spektrums an Möglichkeiten zum Umgang mit ‚Rechtsfehlern' innerhalb des Forschungsprogramms der Wiener Schule wird geschärft.

Der letzte und abschließende Teil der Arbeit deckt die *aftermath* der Merkl–Sander-Kontroverse ab und ist in doppelter Hinsicht deren Auswirkungen gewidmet: Es wird betrachtet, wie sich die schulimmanente Debatte auf die weitere Entwicklung der Reinen Rechtslehre Kelsenscher Art am Beispiel der Lehre der Alternativermächtigung ausgewirkt hat, aber auch gefragt, was aus der Kontroverse noch zu gewinnen ist und wo unausgeschöpftes rechts(wissenschafts)theoretisches Potenzial steckt. Ein analytischer Versuch der ‚Abwicklung' in Bezug auf die Kontroverse wird unternommen, indem die tiefgreifenden, fundamentalen Unterschiede der Lösungen Merkls, Sanders und Kelsens zum Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' als Reflex unterschiedlicher grundlegender Arrangements der jeweiligen rechtstheoretischen Modelle zur Sprache gebracht werden, die von den jeweiligen Autoren selbst nicht immer hinreichend klar kommuniziert wurden. Mehr noch: Indem die abweichenden Lösungen zu einem bestimmten rechtstheoretischen Problem auf ihre Wurzel zurückgeführt werden, wird ein Einblick in die Variationsfähigkeiten der Reinen Rechtslehre gewährt. Hier und da haben die Wiener (Mit)Streiten-

den – grundlegende Verschiedenheiten ignorierend – aneinander vorbeigeredet und dies soll punktuell aufgezeigt werden. Eine erste Errata der Merkl–Sander-Kontroverse, die von den Teilnehmerinnen und Teilnehmern der schulinternen Debatte nie geschrieben wurde, wird darauf aufbauend gewagt. Das Bemühen gilt einer Art Therapie der Debatte bzw. Polemik: Einige durch die Kontroverse veranlasste Änderungen bzw. Korrekturen der jeweiligen Modelle werden hervorgehoben und bewusst gemacht; gegenseitige Karikierungen werden thematisiert, sodass die Komplexität wie Nuanciertheit der respektiven Lösungsversuche wiederhergestellt wird. Abschließend werden die Grenzen der unterschiedlichen Perspektiven ins Bewusstsein gehoben und damit zugleich einige der Kosten der unterschiedlichen Lösungsversuche für das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' auf den Tisch gelegt – Lösungsversuche, die sich als kompatibel mit der Idee einer Reinen Rechtslehre verstanden und auf den Reichtum dieser Tradition hinweisen.

In der Merkl–Sander-Kontroverse wurde eine rechtsdogmatische Selbstverständlichkeit, nämlich, dass Rechtsorgane irren können und die Rechtswissenschaften einen Diskurs darüber zu pflegen haben, zum rechts(wissenschafts)theoretischen Problem und zur Herausforderung. Zum Nachdenken über dieses Problem, wie es sich innerhalb einer schulimmanenten Kontroverse präsentierte, lädt diese ‚Polemographie' ein.

Erster Teil: Entwicklung

Die Reine Rechtslehre im (Binnen-)Kontext der Wiener Schule

Es wurde in der ‚Kelsen-Forschung' bereits festgestellt, dass „ein wesentlicher Ausgangspunkt zum Verständnis eines gewichtigen geisteswissenschaftlichen Projekts" die „Identifizierung seiner ‚Väter', [wie] auch seiner ‚Gegner'"[1] sei. Obwohl dieser Ansicht beizupflichten ist, bemüht sich diese Dissertation um eine Ergänzung: Das Begreifen und das Erfassen der Reinen Rechtslehre erfordern das Miteinbeziehen der Beiträge von Kelsens Mitstreiterinnen und Mitstreitern. Nachdem bereits erfolgreich solide Ausgangspunkte für das Verständnis des Projekts Kelsens geliefert wurden,[2] kann der zwar schon skizzenhaft vorhandenen, aber noch nicht wirklich auf den Weg gebrachten Wende von einer ‚Kelsen-Forschung' zu einer (Er-)Forschung der Wiener Schule,[3] die selbstverständlich nicht beansprucht, die

[1] Zwei Zitate: *Gabriel Nogueira Dias*, Rechtspositivismus und Rechtstheorie. Das Verhältnis beider im Werke Hans Kelsens, Tübingen 2005, S. 9. Zu den Kritikern bzw. Gegnern der Reinen Rechtslehre im Diskurs der Anfangsjahre der Wiener Schule vgl. *Moritz Stockhammer*, Kelsen und die Opposition. Zum Positivitätsproblem, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 8 (1934), S. 201–213; *Rudolf Aladár Métall*, Die politische Befangenheit der Reinen Rechtslehre, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 10 (1936), S. 163–177. Vgl. auch *Norberto Bobbio*, La teoria pura del diritto e i suoi critici, in: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile 2 (1954), S. 356–377.

[2] Vgl. nur die als unverlierbare Bestandteile der ‚Kelsen-Forschung' einzuschätzenden Forschungsergebnisse ‚kelsenologischer Art' in den Monographien von *Horst Dreier*, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratie Theorie bei Hans Kelsen, 2. Aufl., Baden-Baden 1990; *Carsten Heidemann*, Die Norm als Tatsache. Zur Normentheorie Hans Kelsens, Baden-Baden 1997; *Agostino Carrino*, Die Normenordnung. Staat und Recht in der Lehre Kelsens, Wien/New York 1998; *Bruno Celano*, La Teoria del Diritto di Hans Kelsen. Una Introduzione critica, Bologna 1999; *Rainer Lippold*, Recht und Ordnung. Statik und Dynamik der Rechtsordnung, Wien 2000; *Carlos Miguel Herrera*, La Philosophie du Droit de Hans Kelsen: Une Introduction, Laval 2004; *Dias*, Rechtspositivismus und Rechtstheorie (Anm. 1). Hinzu kommen die noch nicht in Buchfassung vorliegenden zahlreichen Studien von Stanley Paulson, dessen *opus magnus* mit großer Spannung erwartet wird. Unerwähnt bleiben darf an dieser Stelle auch nicht die biographische *tour de force* von *Thomas Olechowski*, Hans Kelsen, Biographie eines Rechtswissenschaftlers. Unter Mitarbeit von Jürgen Busch, Tamara Ehs, Miriam Gassner und Stefan Wedrac, 2. Aufl., Tübingen 2021. Vgl. auch *Horst Dreier*, Hans Kelsen zur Einführung, Hamburg 2023.

[3] Vgl. nur die robuste Grundlage einer Erforschung der Wiener Schule als Forschungs- und Forscherformation, in: *Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny* (Hrsg.), Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre, Wien 2008; *Klaus Zeleny*, Die Wiener rechtstheoretische Schule, in: Robert Walter/Werner Ogris/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit. Ergebnisse einer internationalen Tagung, veranstaltet von der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs und dem Hans Kelsen-Institut (19.–21. April 2009), Wien 2009, S. 137–149. Nach wie vor grundlegend die Pionierarbeit von *William Ebenstein*, Die

‚Kelsen-Forschung' *stricto sensu* zu ersetzen, ein weiterer Schub gegeben werden. Dies versucht diese Arbeit, indem sie sich mit einer schulinternen Kontroverse auseinandersetzt. Im ersten Teil schafft sie Vorbedingungen für das Verständnis der Merkl–Sander-Kontroverse durch eine mehrschichtige Kontextualisierung: Die Struktur und Dynamik der Wiener Schule – im Rahmen derer die rechts(wissenschafts)theoretische Polemik zwischen Merkl und Sander zum Ausbruch kam – und das in der Schule gemeinsam erarbeitete Forschungsprogramm, wie es entstand und damals vorzufinden war, werden untersucht und erläutert, bevor die Arbeit sich im zweiten Teil der Kontroverse an sich widmet.

Kapitel I liefert dabei den Kontext für die schulimmanente Kontroverse, indem es sich eingehend mit der Wiener Schule der Rechtstheorie beschäftigt. Einerseits wird deren Entstehung, d. h. ihre Formationsgeschichte unter Berücksichtigung der ersten wissenschaftlichen wie netzwerkartigen Versuche ihres Begründers betrachtet, sodass diese Schule in einigen ihrer vielen Dimensionen als ein Werk Kelsens erscheint. Andererseits wird das sich damals gerade entwickelnde Forschungsprogramm einer Reinen Rechtslehre – bereits mithilfe der heutigen Begrifflichkeit – als Produkt der Austauschdynamik innerhalb der Wiener Schule und der sukzessiven gegenseitigen Reaktionen auf Irritation und Kritik unter den (Mit-)Streitenden rekonstruiert. Diese schulinternen Auseinandersetzungen und Kontroversen stechen als eine wichtige Komponente der Schuldynamik heraus und bereiten das Terrain für die Beobachtung der Merkl–Sander-Kontroverse vor.

Mit den frühen Überlegungen Kelsens zum Problem der ‚fehlerhaften Staatsakte' beschäftigt sich Kapitel II und bemüht sich somit um eine Art intertextuelle Kontextualisierung. Indem an die frühen Reflexionen Kelsens erinnert wird und diese zur Sprache gebracht werden, entsteht Klarheit über das Entwicklungsstadium der Reinen Rechtslehre, an das die Merkl–Sander-Kontroverse anknüpfte. Ein mitunter stillschweigend gepflegter Dialog der Schüler Kelsens mit ihrem Lehrer wird somit sichtbar und es soll besser verständlich werden, warum bestimmte Fragen sich so gestellt haben, wie sie von Merkl und Sander formuliert und bearbeitet wurden. Das Kapitel versucht, ein Inventar sowohl der bahnbrechenden und wegweisenden Gedanken Kelsens als auch der von seinen frühen Überlegungen ungelöst zurückgelassenen Herausforderungen anzubieten, um die von ihnen ausgehenden Irritationen zum Weiterdenken innerhalb der Wiener Schule genauso wie die blinden Flecken aufzuzeigen, die die schulinterne Debatte um das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' im Allgemeinen und die Merkl–Sander-Kontroverse im Besonderen geprägt haben.

Um eine weitere und abschließende Art der Kontextualisierung der Kontroverse auf einer Mikroebene dreht sich dann Kapitel III, wobei die Positionen Merkls und Sanders im rechtswissenschaftlichen Mikrokosmos der Wiener Schule rekon-

---

rechtsphilosophische Schule der Reinen Rechtslehre, Prag 1938. Vgl. auch: *Clemens Jabloner*, Kelsen and his Circle: The Viennese Years, in: European Journal of International Law 9 (1998), S. 365–385.

struiert werden und ein Bild davon entsteht, wie es dazu kam, dass die rechts(wissenschafts)theoretischen Ansätze der beiden in Kollision gerieten und dadurch eine wissenschaftliche Polemik um das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' entzündet wurde. Die Einfügung Merkls und Sanders in das Gefüge der Wiener Schule wird unter die Lupe genommen, indem ihr Verhältnis zu Kelsen und zueinander betrachtet und nach ihrer Funktion und ihrem Schwerpunkt in der informellen Arbeitsteilung der Schule bei der Weiterentwicklung der Reinen Rechtslehre gefragt wird, bevor im zweiten Teil die Kontroverse an sich und für sich in den Mittelpunkt rückt.

Einige Worte darüber, was von den folgenden Kontextualisierungen nicht umfasst wird, damit nochmals *ex negativo* der Rahmen der Betrachtung vergewissert wird: Die Reine Rechtslehre und die Merkl–Sander-Kontroverse werden nicht primär in Bezug zu ihrem makrogeschichtlichen Kontext[4] gesetzt und es wird auch nicht nach den konkreten rechtlichen wie rechtsdogmatischen Herausforderungen gefragt, die den Anlass zu den jeweiligen rechts(wissenschafs)theoretischen Modellen und Lösungen gegeben haben.[5] Genauso wenig wird versucht, die unterschiedlichen Rechtsfehlerbewältigungsstrategien innerhalb der Wiener Schule in Interaktion mit und als Reaktion auf die vorhandenen Ansätze zum einschlägigen Problem im allgemeinen damaligen rechtswissenschaftlichen Diskurs zu beobachten, um danach ihren rechtswissenschaftsgeschichtlichen Standort bestimmen zu können.[6] Wie der Titel dieses ersten Teils des Triptychons ankündigt, wird

[4] Um eine solche Kontextualisierung der Reinen Rechtslehre, wie sie in den Werken Kelsens niedergelegt wurde, und mit einem spezifischen Blick auf die Entstehung der post-habsburgischen Verfassungsgerichtsbarkeit bemüht sich z. B. das Habilitationsprojekt von Péter Techet (Hans Kelsen-Forschungsstelle, Freiburg im Br.), das provisorisch betitelt ist mit: „Reine Rechtslehre und Verfassungsgerichtsbarkeit. Das Verhältnis beider im Kontext imperialer Denktraditionen und post-imperialer Herausforderungen 1918–1934", vgl. *Péter Techet*, „Historical Turn" in der Hans-*Kelsen*-Forschung? Wechselwirkungen zwischen Rechtstheorie und Rechtsgeschichte, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 76 (2021), S. 1329–1369; *Péter Techet*, Vers une lecture historique de la „Théorie Pure du Droit". Contextes et pratiques de la juridiction constitutionelle autrichienne, in: Analisi e Diritto 2021, S. 121–144. Vgl. auch *Clemens Jabloner/Thomas Olechowski/Klaus Zeleny* (Hrsg.), Hans Kelsen in seiner Zeit, Wien 2019.

[5] Unter solchen Kontextualisierungsbemühungen seien insbesondere erwähnt: *Hans Aufricht*, The Theory of Pure Law in Historical Perspective, in: Salo Engel/Rudolf Aladár Métall (Hrsg.), Law, State, and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen, Knoxville 1964, S. 29–41; *Clemens Jabloner*, Zur Entwicklung der Reinen Rechtslehre gegen Ende der Österreichisch-Ungarischen Monarchie, in: Catherine Haguenau-Moizard et alii (Hrsg.), L'Autriche-Hongrie des années 1866–1918: une contribution exceptionnelle à la protection des droits de l'Homme/Das Österreich-Ungarn der Jahre 1866–1918: Ein herausragender Beitrag zum Schutz der Menschenrechte, Nijmegen 2020, S. 101–120; *Clemens Jabloner*, Einige Austriaca der Reinen Rechtslehre, in: Clemens Jabloner et alii (Hrsg.), Scharfsinn im Recht. Liber Amicorum Michael Thaler zum 70. Geburtstag, Wien 2019, S. 3–18. Vgl. auch *Franz L. Fillafer/Johannes Feichtinger*, Habsburg Positivism: The Politics of Positive Knowledge in Imperial and Post-Imperial Austria, 1804–1938, in: Johannes Feichtinger/Franz L. Fillafer/Jan Surman (Hrsg.), The Worlds of Positivism. A Global Intellectual History, 1770–1930, New York 2018, S. 191–238; *Franz Leander Fillafer*, Imperial Diversity, Fractured Sovereignty, and Legal Universals: Hans Kelsen and Eugen Ehrlich in their Habsburg Context, in: Modern Intellectual History 19 (2022), S. 421–443.

[6] Dies würde eine Auseinandersetzung mit den Standardwerken zum Problem der ‚fehler-

die Reine Rechtslehre und somit auch die Merkl–Sander-Kontroverse ausschließlich im (Binnen-)Kontext der Wiener Schule und damit von der Warte dieser Kontextualisierung aus betrachtet.

haften Rechtsakte‘ zur Zeit des Ausbruchs der Merkl–Sander-Kontroverse erfordern (und den Rahmen dieser Dissertation sprengen), wie etwa mit: *Otto Geib*, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozeß, München 1909; *James Goldschmidt*, Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb. Ein Beitrag zur Lehre von Vollstreckungsgrundlagen, Tübingen 1910; *Walter Jellinek*, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, Tübingen 1908; *Karl Kormann*, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Verwaltungs- und prozeßrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts, Berlin 1910.

Kapitel I

Die Wiener Schule der Rechtstheorie

Taucht im rechtswissenschaftlichen Diskurs die Reine Rechtslehre auf, dann ist oft die Rede von einer Kelsenschen Schule, einer Wiener Schule Kelsens oder dem Kreis um Kelsen – ja eine ganze Gattung Rechtstheoretiker wird in diesem Zusammenhang aus dem Wort „Kelsen" gebildet: die „Kelsenianer".[7] Nicht unberechtigt glänzt in diesen Bezeichnungen der Name „Hans Kelsen" als das Haupt der Bewegung. Die Schule an sich – deren selten genannte Mitglieder mit ihren noch weniger häufig zur Diskussion gebrachten Ansätzen – bleibt ein noch zu konkretisierendes Substantiv, das durch den *Genitivus Subjectivus* meistens im Schatten des Riesen Kelsen verschwimmt: Der Meister thront über allem und allen.

Einerseits steht die Schule, d. h. die zahlreichen Beteiligten an dem Wiener Kreis um Kelsen qua Forschungsformation auf dessen Schultern. Andererseits darf die Kehrseite des Meister–Schüler- bzw. Meister–Schule-Verhältnisses nicht unberücksichtigt bleiben. So gewiss es keine Wiener Schule der Rechtstheorie ohne Hans Kelsen gibt, muss doch gefragt werden: Keine Reine Rechtslehre ohne die Wiener Schule? Gibt man sich nicht mit laudatorischen und fabelhaften Erzählungen zufrieden, laut denen die Reine Rechtslehre als Geschöpf des Genies Kelsen in etwa wie *Pallas Athene* aus dem Kopf des Zeus erschaffen wurde,[8] liegt es nahe, die gegenseitigen Bereicherungen, Bestimmungen und Ermöglichungen Kelsens und dieses ‚seines' Kreises von Gleichgesinnten zu untersuchen.

Bevor sich diese Arbeit mit der rechtstheoretischen Problematik des ‚rechtswidrigen Rechts' und der diesbezüglichen schulimmanenten Debatte beschäftigt, ist es gewinnbringend, einen vertiefenden Blick auf den sich allmählich zu einer rechtswissenschaftlichen Schule wandelnden Kreis um Kelsen zu werfen, der sich

[7] Anfang März 1921 stand der Dekan der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Wiener Universität, Hans Kelsen, am offenen Grab des verstorbenen Gründers der Österreichischen Schule der Nationalökonomie, Carl Menger (1840–1921), um an ihn mit einer Laudatio zu erinnern. Menger habe der Welt eine neue Schule gegeben, ohne dass diese seinen Namen trage: „Man spricht" – so Kelsen – „von Kantianern, Hegelianern usw. Wer aber von der Schule Mengers spricht, der spricht von der österreichischen Schule der Nationalökonomie. Wenn man den Namen Österreich mit Anerkennung im Auslande nennt, sei nicht zuletzt das Verdienst Mengers an diesem guten Ruf mit schuld" (*N. N.*, Das Leichenbegräbnis Karl Mengers, in: Neue Freie Presse Nr. 20298 vom 2. März 1921, Morgenblatt, S. 7). Dass von „Kelsenianern" gesprochen wird, ist bestimmt nicht verwerflich, es scheint allerdings wenig dem Geist der Wiener Schule und dem Kelsens selbst zu entsprechen.

[8] Plastische Wendung in *Josef L. Kunz*, El desarrollo de la Teoría Pura del Derecho: 1905–1911, in: Josef L. Kunz, Teoría Pura del Derecho: Cuatro conferencias en la Escuela Nacional de Jurisprudencia, Ciudad de México 1948, S. 1–38 (18).

zu einem mehr oder weniger arbeitsteilig operierenden Forschungsnetzwerk[9] entfaltete. Daher wird *zuerst* die sogenannte Wiener Schule in der Gestalt der kognitiven Nische Kelsens als eine der Bedingungen für die Entstehung der Reinen Rechtslehre und ihren Werdegang zum Klassiker unter den Strömungen der Rechtstheorie des 20. Jahrhunderts betrachtet. In diesem ersten Schritt wird die Bildung eines singulären wissenschaftlichen Forums, das sich zur Wiener Schule der Rechtstheorie entwickelte, approximativ rekonstruiert und dann in einigen seiner Dimensionen erläutert. *Zweitens* werden die Hauptthesen und Postulate des Forschungsprogramms der Wiener Schule skizziert, wie Kelsen sie anfänglich formulierte und präsentierte und welche in der Tendenz von der ersten Generation seiner Schüler nicht nur geteilt, sondern auch weiterentwickelt wurden, damit Platz und Ausmaß der später zu benennenden und zu analysierenden Diskordanzen besser nachvollziehbar werden. Dabei soll eine erste Kost angeboten werden, wie sehr dieses Forschungsprogramm, das heute als Kern einer Tradition wahrgenommen wird, in Zusammen(bau)arbeit eruiert und errungen wurde. *Drittens* werden festgefügte Bestandteile des theoretischen Gebäudes dieser Lehre dynamisch-genealogisch, wenn auch nur einleitend und kursorisch, in den breiteren Zusammenhang von schulimmanenten Debatten und Kontroversen gestellt und beleuchtet, indem Aspekte des Auf-, Ab- und Umbauverfahrens der Reinen Rechtslehre hervorgehoben werden. Hierbei wird das Terrain dafür vorbereitet, dass die umrissene Struktur und Maschinerie der Wiener Schule danach *in action* betrachtet wird. Die punktuelle Debatte um die ‚fehlerhaften Rechtserscheinungen' wird als ein herausfordernder Moment des Reifwerdens einer der zentralen Thesen der Reinen Rechtslehre untersucht und dargestellt: nämlich der Theorie der Eigengesetzlichkeit des Rechts qua Selbsterzeugung.

Diese Untersuchungen dienen als Vorstufe zur Rekonstruktion der im Zentrum der vorliegenden Arbeit stehenden Merkl–Sander-Kontroverse, indem sie eine erste Kontextualisierung der virulent gewordenen Fragestellung nach dem Umgang mit ‚rechtswidrigem Recht' anbieten. Der Blick wird dabei hauptsächlich, mit kleinen Ausreißern, auf die Wiener Anfangsjahre (1911–1930) geworfen, denn die Kontroverse ereignete sich nahezu vollständig in der Wiener Zeit der Wiener Schule, die ohnehin für ein historisch-sensibles Verständnis der Reinen Rechtslehre entscheidend ist.[10]

---

[9] Haferkamp beschreibt die historische Schule um Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) als „arbeitsteilig organisiertes Forschungsnetzwerk" (vgl. *Hans-Peter Haferkamp*, Die historische Rechtsschule, Frankfurt am Main 2018, S. 11). Diese Idee einer ‚Schule' wird in der vorliegenden Arbeit als Anregung und Orientierung bei der Rekonstruktion der Wiener Schule um Kelsen verwendet.

[10] Carrino spricht zu Recht vom Wiener bzw. „österreichisch-deutschen" Kelsen (für ihn umfasst dies zeitlich: 1911–1934) als der „Kelsen storicamente decisivo" (*Agostino Carrino*, Nota all'edizione, in: Hans Kelsen, Dottrina dello Stato, hrsg. und übersetzt von Agostino Carrino, Neapel 1994, S. 153–154 [153]).

A. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre: Die Wiener Schule als ein Werk Hans Kelsens

So unmöglich eine jahrgenaue Rückdatierung der wahren Geburtsstunde der Wiener Schule in der Rückschau erscheint, ihre Wurzeln fand diese Schule ganz unzweifelhaft im beeindruckenden frühen Kreis von „wissenschaftlichen Freunden und Schülern“,[11] die der in Prag geborene Österreicher Hans Kelsen von seiner Wiener Habilitation anno 1911[12] an geschickt um sich zu sammeln wusste. Mit Beginn der ersten Vorlesungen des Privatdozenten Kelsen[13] zählten begabte Studierende wie Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross (1890–1980),[14] samt Ansprechpartnern aus dem Handelsmuseum und der Exportakademie,[15] dem Kriegsministerium[16] und anderen Kollegen bald zum wissenschaftlichen Kreis und wurden spätestens ab Ende 1913 auch zu Teilnehmenden des Privatseminars Kelsens.[17] Manche wurden bald zu Anhängern des bald unter dem Stempel „jungöster-

[11] *Hans Kelsen*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Wien 1920, S. VII = HKW 4, S. 263–572 (268).

[12] Kelsen wurde am 10. Juli 1911 durch Beschluss des Fakultätskollegiums die *venia legendi* für „allgemeines und österreichisches Staatsrecht, Rechtsphilosophie und deren Geschichte“ erteilt; der Beschluss wurde vom Unterrichtsministerium am 26. Juli 1911 bestätigt, vgl. Österreichisches Staatsarchiv [ÖStA], Allgemeines Verwaltungsarchiv [AVA], Unterricht Allgemein, Universität Wien, 4 Jus, Personalakt Hans Kelsen (im Folgenden: PA Kelsen), Z. 30728/1911.

[13] Kelsen trat im Wintersemester 1911/1912 mit drei Lehrveranstaltungen in der Rechts- und Staatwissenschaftlichen Fakultät der Wiener Universität auf die Bühne. Er hielt eine wöchentlich dreistündige Vorlesung zu „Allgemeine Staatslehre, mit besonderer Berücksichtigung der Soziologie“ und zwei weitere jeweils wöchentlich einstündige Vorlesungen: „Einführung in die Methodologie der Rechtswissenschaft“ und „Der österreichisch-ungarische Ausgleich“ (vgl. Vorlesungsverzeichnis der K. u. K. Universität zu Wien im Winter-Semester 1911/12, Wien 1911, S. 6–12 [10]).

[14] Sowohl Merkl als auch Verdross haben sich während ihres achten Studiensemesters im Sommer 1912 für „Das parlamentarische Wahlrecht“ bei Hans Kelsen inskribiert, vgl. Universitätsarchiv Wien [UAW], Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Sommersemester 1912, Nr. 516 Buchstabe „M“, Adolf Julius Merkl (Z. 194); Nr. 522 Buchstaben „T–V“, Alfred Verdross (Z. 216). Merkl muss aber Lehrveranstaltungen Kelsens ohne Einschreibung bereits im Wintersemester 1911/1912 besucht haben, vgl. UAW, Akademischer Senat, Disziplinarfall Hans Kelsen (1923), 7: Erhebungsakt Prof. Löffler/10: Zeugenaussage Prof. Merkls vom 28. Mai 1923 (im Folgenden: Zeugenaussage Merkls 28. Mai 1923), S. 2.

[15] Zu der Zeit und den Tätigkeiten Kelsens in der Exportakademie vgl. *Jürgen Busch*, Hans Kelsen an der Exportakademie in Wien (1908–1918), in: Thomas Olechowski/Christian Neschwara/Alina Lengauer (Hrsg.), Grundlage der österreichischen Rechtskultur. Festschrift für Werner Ogris zum 75. Geburtstag, Wien/Köln/Weimar 2010, S. 68–108. Kelsen wurde mit seiner allerersten Vorlesung im Wintersemester 1909/1910 an der Exportakademie betraut; er las Dienstagabend zweistündig „Die Verfassung und Verwaltung der Balkanländer mit besonderer Berücksichtigung ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse und der handelspolitischen Beziehungen zu Österreich-Ungarn“, vgl. Programm und Vorlesungsverzeichnis für die Export-Akademie, 12. Studienjahr 1909/1910.

[16] Zu der Zeit und den Tätigkeiten Kelsens im Kriegsministerium vgl. *Jürgen Busch*, Hans Kelsen im Ersten Weltkrieg. Achsenzeit einer Weltkarriere, in: Robert Walter/Werner Ogris/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit. Ergebnisse einer internationalen Tagung, veranstaltet von der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs und dem Hans Kelsen-Institut (19.–21. April 2009), Wien 2009, S. 57–80.

[17] In den dem jeweiligen Habilitationsgesuch an der Wiener Universität beigefügten Lebens-

reichische Schule der Rechtstheorie“[18] bekannten (rein) rechtswissenschaftlichen Programms Kelsens. Vor allem in den 1920er Jahren schaffte es die Strahlkraft des 1919 zum Ordinarius[19] ernannten Kelsen auch internationale Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler zur *Alma Mater Rudolphina* zu locken. Einige von seinen engeren Schülern führte Kelsen zur Habilitation. Wiederholte rechtswissenschaftliche, sowohl schulimmanente als auch den Zusammenhalt des Kelsen Kreises strapazierende Polemiken verliehen der Kelsenschen Truppe steigende Aufmerksamkeit.

Aus der Kombination unterschiedlicher Faktoren, von denen einige eng mit der inneren Dynamik und dem Gefüge der Wiener Moderne verkoppelt sind,[20] andere hingegen nicht unwesentlich durch das persönliche Bemühen Kelsens hinzugefügt wurden, entstand eine weitere österreichische Schule – die der Rechtstheorie. Die Juxtaposition deren verschiedener operativer Dimensionen ermöglicht die Gewinnung eines akkurateren Bildes davon, wie das „wissenschaftliche Denkkollektiv“[21]

---

läufen der jüngeren Rechtswissenschaftler, die sich unter Kelsens Betreuung habilitiert haben, findet sich nicht selten die stolze Erwähnung der ‚Mitgliedschaft‘ in Kelsens Privatseminar, vgl. z. B. ÖStA, AVA, Unterricht Allgemein, Universität Wien, 4 Jus, Personalakt Walter Henrich (im Folgenden PA Henrich), Z. 15175/22. „Seit 1914 besuchte ich das staats- und rechtstheoretische Seminar Prof. Kelsens, durch den ich auf die Wichtigkeit der erkenntnistheoretischen Behandlung der Rechtsprobleme und insbesondere der Staatsrechtslehre hingeführt wurde“.

[18] Begriffsprägung durch *Alfred Verdross*, [Buchbesprechung] Bernhard Stark: Die Analyse des Rechts (1916), in: Schmollers Jahrbuch 41 (1917), S. 477–479 (478, 479) und *Bernhard Stark*, Die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft und die naturwissenschaftliche Methode, in: Juristische Blätter 26 (1918), S. 301–304. In den 1920er Jahren war dieser Stempel konsolidiert und wurde sowohl von Kritikern als auch von Anhängern der Reinen Rechtslehre häufig verwendet, vgl. kritisch: *Philipp Heck*, Die reine Rechtslehre und die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft, in: Archiv für die civilistische Praxis, N. F. 2 (1924), S. 173–194; unterstützend: *Josef L. Kunz*, Völkerrechtswissenschaft und reine Rechtslehre, Wien/Leipzig 1923, S. 59. Damals war auch oft von der „Kelsenschule“ die Rede, vgl. *Ludwig Spiegel*, Kelsens Rechtslehre, in: Prager Juristische Zeitschrift 1 (1920), H. 1–2, Sp. 3–15 (3). Anfang der 1920er sprach Adolf Merkl öffentlich von einer Schule der Reinen Rechtslehre, vgl. *Adolf Julius Merkl*, Neue Wege der Rechtswissenschaft, in: Schweizerische Juristen-Zeitung 18 (1921/1922), S. 303–307 (304) = Merkl-GS I/1, S. 329–338 (330 f.). Fritz Schreier popularisierte die Bezeichnung „Wiener rechtsphilosophische Schule“, vgl. *Fritz Schreier*, Die Wiener rechtsphilosophische Schule, in: Logos 11 (1922/1923), S. 309–328; vgl. bereits *Felix Kaufmann*, Theorie der Rechtserfahrung oder reine Rechtslehre? Eine Entgegnung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1922), S. 236–263 (237). Fritz Sander war einer der ersten, der die Formel „Wiener rechtstheoretische Schule“ verwendete, vgl. *Fritz Sander*, Merkls Rechtslehre, in: Prager Juristische Zeitschrift 4 (1924), Sp. 16–31 (16). Soweit ersichtlich redet Kelsen selbst erst 1922 – in Anlehnung an Bernhard Stark – explizit in seinen Publikationen von seiner jungösterreichischen Schule, vgl. *Hans Kelsen*, Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der ‚Rechtsdogmatik‘, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1922), S. 101–235 (104). Die Idee einer Schule tauchte aber bereits 1920 bei Kelsen auf, vgl. *Kelsen*, Problem der Souveränität (Anm. 11), S. VII = HKW 4, S. 263–572 (268).

[19] Kelsen wurde am 19. Juli 1919 zum ordentlichen Professor ernannt, vgl. PA Kelsen (Anm. 12), Z. 15646/1919.

[20] Vgl. *George Steiner*, [Buchbesprechung] Wien, Wien, Nur Du Allein, in: The New Yorker vom 25. Juni 1979, S. 101–104.

[21] Vgl. *Ludwik Fleck*, Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache, Frankfurt am Main 1980, S. 146–164.

um Kelsen zu dem wurde, als was es heute in der Rechtswissenschaftsgeschichte angesehen wird: eine der wenigen zu Recht als solche zu benennenden rechtstheoretischen Schulen des 20. Jahrhunderts in der kontinentaleuropäischen Tradition. Darum soll es im Folgenden gehen.

I. Die gemeinsame (Vor-)Geschichte der Wiener Schule und der Brünner Schule der Rechtstheorie

Just in die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre fällt die markante Wegkreuzung der Laufbahn Kelsens mit dem bald zum Haupt der sogenannten Brünner Schule der normativen Rechtstheorie aufsteigenden tschechischen Juristen František Weyr (1879–1951). Die Entstehung und Konsolidierung der Reinen Rechtslehre kann ohne die Berücksichtigung dieser Begegnung nicht vollständig begriffen werden. Aus ihr erwuchs zu einem Zeitpunkt, in dem Kelsen noch als Einzelgänger um seinen Platz im rechtswissenschaftlichen Diskurs rang, eine frühe persönliche wie akademische Ermutigung, indem Weyr Kelsens normative Rechtstheorie von Beginn an ernst nahm und dieser Lehre ein revolutionäres Potenzial zuerkannte. Später trugen Weyr und seine Schüler durch zahlreiche Rezensionen, kritische Auseinandersetzungen und Übersetzungen aktiv zur Weiterverbreitung der Rechts(wissenschafts)theorie Kelsens bzw. der Reinen Rechtslehre bei. Die Wiener und die Brünner Schule verbandelten sich seit ihrem Keim und propagierten gemeinsam die Idee einer selbständigen Wissenschaft vom Recht als einem eigengesetzlichen Normerzeugungszusammenhang.

Als Habilitanden hatten beide das Seminar von Edmund Bernatzik (1854–1919) in Wien frequentiert, ohne sich damals aber persönlich kennengelernt zu haben. Gleichwohl hatte bereits Kelsen die Aufmerksamkeit und das Interesse Weyrs geweckt, wie dieser in seinen Memoiren erzählt.[22] Die persönliche Beziehung zwischen Weyr und Kelsen lässt sich wohl auf das Jahr 1912 zurückdatieren.[23] Ein Treffen wurde auf Bitte von Weyr, der von der Lektüre der ‚Hauptprobleme'[24] – Kelsens Habilitationsschrift – fasziniert war, durch die Vermittlung eines gemein-

---

[22] *František Weyr*, Paměti, Bd. 1: Za Rakouská (1879–1918), Brünn 1999, S. 283. Vgl. dazu auch: *Miloš Večera*, František Weyr, Brünn 2001, S. 32.

[23] Bereits um die Jahreswende 1912/1913 lassen sich erste Auseinandersetzungen Weyrs mit dem rechtswissenschaftlichen Werk Kelsens nachweisen, vgl. *František Weyr*, Věda, theorie, praxe a kritika. V odpověď panu prof. Dr. Hoetzelovi [Wissenschaft, Theorie, Praxis und Kritik. Eine Replik auf Prof. Dr. Hoetzel], in: Sborník věd právních a státních 13 (1912/1913), S. 178–185; *František Weyr*, Nová theorie státního práva [Die neue Theorie des Staatsrechts], in: Sborník věd právních a státních 13 (1912/1913), S. 185–195. Die Veröffentlichung eines von Karel Engliš (1880–1961) ins Tschechische übersetzten Beitrags von Kelsen in der Zeitschrift ‚Sborník' im Jahr 1914 lässt eine Vermittlung durch Weyr vermuten, so dass der persönliche Kontakt zwischen ihm und Kelsen schon früher stattgefunden haben dürfte, vgl. *Hans Kelsen*, Sociologická a právnická idea státní, in: Sborník ved právních a státních 14 (1913/1914), S. 69–101 = HKW 3, S. 171–199 = *Hans Kelsen*, Die soziologische und die juristische Staatsidee, in: HKW 3, S. 201–234.

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

samen Freunds, Emil Perels (1880–1944), ermöglicht.[25] Die ersten Interaktionen zwischen Kelsen und Weyr fanden damit zu einem Zeitpunkt statt, an dem beide Rechtswissenschaftler gerade mit eigenen ersten Lehrveranstaltungen in der *conditio* des Privatdozenten an der juristischen Fakultät in Wien respektive außerordentlicher Professor an der Technischen Hochschule in Brünn[26] begonnen hatten, aber noch keine Privatseminare veranstalteten.[27] Noch scharten sich um sie keine Schülerinnen und Schüler oder Kolleginnen und Kollegen. Was die beiden jedoch bereits verband, war ihr verwandtes, wenn auch unabhängig voneinander konzipiertes Forschungsprogramm einer methodologisch bewussten, nicht synkretistisch operierenden Rechtswissenschaft als Normdisziplin. Die so entstandenen und danach konsequent intensivierten persönlichen und akademischen Berührungen der Lebenswege Kelsens und Weyrs machten aus Brünn die zweite Heimstätte der Reinen Rechtslehre.[28] Diese enge Freundschaft war möglicherweise determinierend für die deutschsprachige Rechtstheoriegeschichte im 20. Jahrhundert.[29]

---

[25] „Aber von meinem anderen lieben Freund Dr. Perels in Wien, der einst unsere persönliche Bekanntschaft vermittelt hat, wie Du Dich ja erinnern wirst, weiss ich leider nichts" (Brief von Franz Weyr an Hans Kelsen vom 1. September 1946, in: Hans Kelsen-Institut [HKI], Nachlass Hans Kelsen). Siehe dazu die biographische Rekonstruktion bei *Weyr*, Paměti 1 (Anm. 22), S. 414. Darüber hinaus: *Večera*, Weyr (Anm. 22), S. 21; *Renata Bohackova*, Život a dílo prof. JUDr. Frantiska Weyra, Brünn 1993, S. 4. Die publizierten Erinnerungen Weyrs würdigend: *Helmut Slapnicka*, Autobiographien dreier tschechischer Rechtslehrer: František (Franz) Weyr, Valdimír Kubeš, Viktor Knapp, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 25 (2003), S. 63–69; *Helmut Slapnicka*, Autobiographie eines tschechischen Rechtslehrers: František (Franz) Weyr, in: Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte 29 (2007), S. 127–130. Vgl. auch *Olechowski*, Biographie (Anm. 2), S. 163, der von einem persönlichen Treffen in Kelsens Wohnung erst Ende 1915 ausgeht, da Weyr in seinen Erinnerungen erwähnt, dabei habe er Kelsens zwei kleine Töchter kennengelernt; ein früheres Treffen soll laut dem Bericht Weyrs an der Universität stattgefunden haben.

[26] Weyr wurde am 1. November 1912 zum außerordentlichen Professor für Rechtswissenschaften an der Technischen Hochschule in Brünn ernannt; am 28. Mai 1919 wurde er zum Ordinarius an derselben Technischen Hochschule, vgl. Národní Archiv [NA], Archival Group of Předsednictv ministerské rady (The Presidency of the Council of Ministers) [PMR], Sig. 10, Ref. Nr. 5308/29, Karton 646; NA, PMR, Sig. 20, Ref. Nr. 8907/38, Karton 877.

[27] Ähnlich wie Kelsen veranstaltete Weyr – noch vor der Gründung der Masaryk Universität – an der Technischen Hochschule in Brünn eine Art rechtsphilosophisches Seminar, im Rahmen dessen langsam die Brünner Schule der normativen Rechtstheorie entstehen konnte und aus dem die ersten Dozenten der juristischen Fakultät der Masaryk Universität 1919 rekrutiert wurden (vgl. *Slapnicka*, Weyr [Anm. 25], S. 128; *Ondřej Horák*, Jaromír Sedláček a brněnská normativní škola, in: Časopis pro právní vědu a praxi 18 [2010], S. 411–417 [414]).

[28] Vgl. *Vladimír Kubeš*, Reine Rechtslehre in der Tschechoslowakei, in: Hans Kelsen-Institut (Hrsg.), Der Einfluss der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern, Wien 1978, S. 137–150 (137).

[29] Aus den gemeinsamen rechtstheoretischen Interessen entstanden, hat sich die Freundschaft über das ganze Leben bis zum Tod Weyrs erstreckt. Die zweite Auflage seines Buchs zum ‚Staatsbegriff' widmete Kelsen 1928 seinem Freund Weyr, vgl. *Hans Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, 2. Aufl., Tübingen 1928, Widmungsblatt: „Meinem Freund Franz Weyr zugeeignet". Weyr hat 1934 sogar eine Tagung in Prag – den Achten Internationalen Philosophiekongress – wegen der nationalsozialistisch motivierten Ausladung Kelsens boykottiert, vgl. *N. N.*, Philosophers Clash on Prague Congress, in: New York Times vom 6. September 1934, S. 21; *P. D.*, Z Kongresu Filosofů v Praze, in: Rudé Právo Nr. 132 vom 6. September 1934, S. 4; dass Kelsen tatsächlich aus politischen Gründen ausgeladen wurde, zweifelt an: *Reinhard Mehring*, „Viel Pa-

Kelsens und Weyrs Lebenswege haben sich nicht nur an entscheidenden akademischen Stellen mehrmals gekreuzt, sondern weisen auch privat interessante Parallelen auf.[30] Weyr wurde im April 1879 in Wien geboren und bis zu seinem 15. Lebensjahr dort sozialisiert, entschied sich aber für eine akademische Karriere in der Tschechoslowakei, wohin er nach dem Tod des Vaters mit der Familie umgezogen war und wo er an der juristischen Fakultät der Prager Universität nicht nur studierte, sondern sich auch 1908 bzw. 1909 für das Fach Verwaltungswissenschaften und österreichisches Verwaltungsrecht habilitierte.[31] Kelsen wiederum wurde im Oktober 1881 in Prag geboren, es zog ihn wissenschaftlich jedoch zuerst nach Wien, wo er bereits seit seiner Kindheit lebte.[32] Beide waren nach dem Ersten Weltkrieg in den jeweiligen Verfassungsgebungsprozessen der Tschechoslowakei und Österreichs aktiv beteiligt.[33] 1919/1920 war Weyr zum ersten Dekan der ju-

---

pier beschrieben/und im Irrtum geblieben?“ Thomas Olechowskis kolossale Kelsen-Biographie, in: Der Staat 59 (2020), S. 451–462 (459 f.). Kelsens Ernennung zum Professor für Völkerrecht an der Deutschen Universität zu Prag am 31. August 1935 geschah nicht unwesentlich auf Vermittlungen und dank der Bemühungen Weyrs, vgl. *Jürgen Busch*/*Thomas Olechowski*, Hans Kelsen als Professor an der Deutschen Universität Prag 1936–1938. Biographische Aspekte der Kelsen–Sander-Kontroverse, in: Karel Maly/Ladislav Soukup (Hrsg.), Československé právo a právní věda v meziválečném období (1918–1938) a jejich místo ve střední Evropě, Prag 2010, S. 1111–1139; *Olechowski*, Biographie (Anm. 2), S. 562 f. (zum Berufungsverfahren), 599–603 (zur Ernennung). Kelsen war seinerseits als Mitglied des wissenschaftlichen Komitees eines internationalen Bands vorgesehen, der Weyr zu seinem 60. Geburtstag 1939 mit dem Thema „Der Wissenschafts-Charakter der Jurisprudenz“ gewidmet werden sollte, aber aufgrund der Besetzung der Tschechoslowakei und des Ausbruchs des Kriegs letztendlich lediglich als Privatexemplar gedruckt wurde, vgl. *Rudolf Aladár Métall*, Hans Kelsen und seine Wiener Schule der Rechtstheorie, in: Hans Kelsen-Institut (Hrsg.), Hans Kelsen zum Gedenken, Wien 1974, S. 15–26 (21); vgl. auch Brief von Hans Kelsen an Gustav Radbruch vom 23. November 1937, in: Universitätsbibliothek Heidelberg, Nachlass Gustav Radbruch, in dem Kelsen Gustav Radbruch (1878–1949) zur Teilnahme an der Festschrift einlud. In seinen publizierten Erinnerungen spricht Weyr begeistert über den wissenschaftlichen Ethos Kelsens, von dem man bei einem einstündigen Gespräch vielmehr lernen könne als von anderen Rechtsdozenten in einer Dekade, vgl. *Weyr*, Paměti 1 (Anm. 22), S. 415–417. Es fällt allerdings auf, dass Kelsen selbst den Namen Weyrs in seinen autobiographischen Schriften nicht erwähnt, vgl. *Hans Kelsen*, Selbstdarstellung [1927], in: Hans Kelsen Werke, Bd. 1, hrsg. von Matthias Jestaedt, Tübingen 2007, S. 19–28; *Hans Kelsen*, Autobiographie [1947], in: Hans Kelsen Werke, Bd. 1, hrsg. von Matthias Jestaedt, Tübingen 2007, S. 29–92.

[30] Vgl. *Pavel Hungr*, Weyr und Kelsen – Geistesverwandte Persönlichkeiten, in: Rechtstheorie 23 (1992), S. 161–165; *Tanja Domej*, František Weyr und Hans Kelsen – eine biographische Skizze, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Hans Kelsens stete Aktualität, Wien 2003, S. 45–56.

[31] Franz Weyr wurde am 30. Dezember 1908 an der Deutschen (Karls-)Universität zu Prag die *venia legendi* erteilt – die Entscheidung der Fakultät wurde vom zuständigen Ministerium am 17. März 1909 bestätigt; erst später wurde seine *venia* um Statistik erweitert, vgl. Archiv der Karls-Universität Prag [AKU], Deutsche Universität, Juristische Fakultät, Personalakt František Weyr.

[32] Zur Parallelität der Laufbahnen vgl. *Olechowski*, Biographie (Anm. 2), S. 162 f.

[33] Vgl. *František Weyr*, Vzpomínky na ústavní výbor revolučního Národního shromáždění, in: Časopis pro právní a státní vědu 4 (1921), S. 50–53, 196–204. Zu Weyrs Beteiligung an der Verfassungsentstehung in der Tschechoslowakei vgl. *Karel Schelle*, Zur Aktivität Prof. Dr. jur. František Weyrs bei der Vorbereitung des Entwurfes der tschechoslowakischen Verfassung, in: Zum Nachlaß von Prof. F. Weyr. Sammelband der Beiträge der internationalen Konferenz, Brünn 1992, S. 97–

ristischen Fakultät der Masaryk Universität in Brünn geworden,[34] während Kelsen im Juni 1920 – für das akademische Jahr 1920/1921 – zum Dekan der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Wiener Universität gewählt wurde.[35]

In der Vorgeschichte der Reinen Rechtslehre gilt das mehr oder weniger zufällige Zusammentreffen zwischen Weyr und Kelsen als ein entscheidendes Ereignis, das sehr wohl als gegenseitige Aufmunterung zur Durchführung eines gewagten Forschungsprogramms mit der Initiierung echter wissenschaftlicher Bewegungen in Österreich und der Tschechoslowakei verstanden werden kann, auch weil schon beim Start Widerhall und Wiedererkennung der eigenen Werke in den Werken des jeweils anderen gefunden werden können.[36] Weyr war einer der ersten, der das Innovative der Rechtstheorie Kelsens erkannte,[37] und machte bald die rechtswissenschaftliche Community auf deren Verdienste – die bereits in Kelsens Erstlingsschrift[38] zur Geltung kamen – aufmerksam: „Die hervorragende logische Begabung des Autors, der seltene Mut zu einem selbständigen Urteil sichert dem Buch einen dauernden Erfolg, der umso dauernder sein wird, je später er sich einstellen wird (‚Gut Ding braucht Weile').“[39] Er sah in dem in Kelsens ‚Hauptprobleme' zum Ausdruck gebrachten Ansatz das Potenzial einer wahrhaften „Kritik der rein juristischen Vernunft“.[40] Kelsen betonte seinerseits wiederholt das Verdienst Weyrs, die Inkonsistenzen der für wesentlich gehaltenen und substanziell gefassten rechtswissenschaftlichen Dualismen aufgedeckt zu haben.[41] In Weyr fand er einen

---

99; *Jana Osterkamp*, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei (1920–1939), Frankfurt am Main 2009. Zum facettenreichen Engagement Kelsens an der Entstehung der B-VG 1920 vgl. z. B. *Clemens Jabloner/Thomas Olechowski/Klaus Zeleny* (Hrsg.), Die Verfassungsentwicklung 1918–1920 und Hans Kelsen, Wien 2020.

[34] Am 23. Juli 1919 wurde Weyr zum ordentlichen Professor für Verfassungsrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Masaryk-Universität in Brünn ernannt; Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät war er für die Studienjahre 1919/1920, 1927/1928 und 1935/1936, vgl. NA, PMR, Sig. 20, Ref. Nr. 8907/38, Karton 877; Universitätsarchiv Masaryk-Universität Brünn/Archiv Masarykovy Univerzity v Brně [AMUB], Fond A, 1 Rector's Office I, Personalakt František Weyr, Z. 243/4573. Im Studienjahr 1923/1924 war Weyr Rektor der Masaryk-Universität, vgl. AMUB, Fond A, 1 Rector´s Office I, Sig. II.

[35] Vgl. *N. N.*, Dekanwahl an der juristischen Fakultät, in: Neues Wiener Journal Nr. 9553 vom 14. Juni 1920, S. 2.

[36] Vgl. *Jiří Klabouch*, Aus Vorgeschichte der Wiener und der Brüner Schule, in: Die normative Theorie im Kontext der Rechtswissenschaft. Sammelband der Beiträge der internationalen Konferenz, Brünn 1991, S. 83–89.

[37] Und diese Priorität reklamierte er nicht ohne Stolz für sich, nämlich dass er äußerst früh „rückhaltlose[] Anerkennung der hervorragenden wissenschaftlichen Bedeutung des damals noch jungen und unbekannten Autors [Hans Kelsen]“ publizistisch äußerte, *František Weyr*, Hans Kelsens Allgemeine Staatslehre, in: Prager Presse vom 25. August 1925, S. 3.

[38] *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 24) = HKW 2, S. 21–878.

[39] *Weyr*, Nová theorie státního práva (Anm. 23), S. 195.

[40] Vgl. *František Weyr*, Über zwei Hauptpunkte der Kelsenschen Staatsrechtslehre, in: Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 40 (1914), S. 174–188 (178).

[41] „Allerdings schon vor mir bewies *Weyr* in seiner ausgezeichneten Abhandlung ‚Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems' […] den inneren Widerspruch, der sich an einen solchen Dualismus [von privatem und öffentlichem Recht] knüpft und sprach sich für ein einheitliches Rechtssystem aus“ (*Kelsen*, Sociologická a právnická idea státní [Anm. 23], S. 94 = HKW 3,

Mitstreiter im Kampf gegen die allgegenwärtigen Hypostasierungen in der Rechtswissenschaft.[42]

Bereits 1908 erschien in der Zeitschrift „Archiv des öffentlichen Rechts" (AöR) im Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) ein ausführlicher, 51 Seiten langer inhaltlicher Auszug aus der Habilitationsschrift von Franz Weyr, in dem das Programm einer „reinen Rechtswissenschaft, als der Wissenschaft abstrakter Normen und Begriffe de lege ferenda"[43] wegweisend konzipiert wurde[44] – also schon rund drei Jahre vor der Drucklegung von Kelsens ‚Hauptprobleme'. Dabei stellte sich Weyr für „die Reinigung der Rechtserkenntnis von natürlichen, soziologischen und (sonstigen) naturwissenschaftlichen Ausführungen" ein.[45] Insbesondere die radikale Auflösung der zu seiner Zeit (und bis heute) herrschenden, substantialistischen Unterscheidung von Öffentlichem und Privatem Recht, die die deontologisierende Funktionalisierung der herkömmlichen juristischen Dichotomien durch Kelsen vorwegnimmt, hat Weyr die Charakterisierung eines „Inaugurator[s] des einheitlichen Rechtssystems"[46] gesichert.

Weyr war trotz der räumlichen Distanz an wichtigen Diskussionen im Kreis um Kelsen beteiligt, die in der Entwicklung nicht mehr wegzudenkender Bausteine der Reinen Rechtslehre – wie z. B. die Differenzierung zwischen Rechtsstatik und Rechtsdynamik – kulminierten.[47] Oft wählten Kelsen, seine Schülerinnen wie Schüler und Weyr dieselben Gegner als Kontrastfolie für die Weiterarbeit an eigenen Konzepten durch die Negation etablierter Figuren und Topoi der tradierten

---

S. 171–199 [194] = *Kelsen*, Die soziologische und die juristische Staatsidee, in: HKW 3, S. 201–234 [228]). Vgl. auch *Hans Kelsen*, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, in: Archiv des öffentlichen Rechts 31 (1913), S. 53–98, 190–249 (58 Fn. 6) = HKW 3, S. 247–316 (251). Dazu noch *František Weyr*, Zum Unterschiede zwischen öffentlichem und privatem Recht, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1914), S. 439–441.

[42] Vgl. *Métall*, Kelsen und seine Wiener Schule (Anm. 29), S. 22 f.

[43] *František Weyr*, Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems, in: Archiv des öffentlichen Rechts 23 (1908), S. 529–580 (544). Weyrs Habilitationsschrift war: *František Weyr*, Příspěvky k teorii nucených svazků [Beiträge zur Theorie der Zwangsverbände], Prag 1908.

[44] Für eine Übersicht zur Rechtstheorie Weyrs vgl. *Adolf Procházka*, La théorie du droit de Weyr, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 11 (1937), S. 93–107; *Robert Walter*, Franz Weyr als deutschsprachiger juristischer Autor, in: Rechtstheorie 23 (1992), S. 149–160; *Pavel Holländer*, Die tschechische Rechtsphilosophie, in: Angelika Nussberger/Caroline von Gall (Hrsg.), Rechtsphilosophisches Denken im Osten Europas, Tübingen 2015, S. 305–358 (324–343); *Miloš Večera*, František Weyr a brněnská normativní škola, in: Právnik 158 (2019), S. 107–118. Zur Rolle von Weyr als ‚Vorfahrer' der Reinen Rechtslehre der Wiener Schule vgl. *Agostino Carrino*, Logistic Normativism: The Wiener Rechtstheoretische Schule, in: Enrico Pattaró/Corrado Roversi (Hrsg.), A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, Bd. 12: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World, Cham 2016, S. 51–64.

[45] *Adolf Julius Merkl*, František Weyr. Nachruf, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 5 (1953), S. 5–14 (9) = Merkl-GS III/2, S. 467–478 (472).

[46] *Alfred Verdross*, Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers, in: Juristische Blätter 45 (1916), S. 471–473, 483–486 (486).

[47] Vgl. *František Weyr*, Zur Frage der Unabänderlichkeit von Rechtssätzen, in: Juristische Blätter 45 (1916), S. 387–389. Dazu gleich unten Erster Teil, Kap. I, S. 92 f.

Rechtswissenschaft.[48] Weyr hat außerdem zahlreiche Schriften sowohl der Schüler Kelsens als auch von Kelsen selber rezensiert und entweder übersetzt oder übersetzen lassen, womit er zur Resonanzverstärkung der Rechtstheorie der Wiener Schule in der Tschechoslowakei beitrug und als „Prophet der Kelsen-Revolution“[49] diente. Er war zweifelsohne ein aktiver Ansprechpartner im Forschungsgespräch der Reinen Rechtslehre, gehörte somit zur engeren „intellektuellen Nische“[50] Kelsens und gilt als ein Mitgestalter des die Rechtserkenntnis von der Rechtserzeugung differenzierenden rechtswissenschaftlichen Credos[51] der Wiener und der von ihm gegründeten und geprägten Brünner rechtstheoretischen Schule.[52]

---

[48] Dies gilt z. B. für die Werke von Erich Jung (1866–1950), Ludwig Spiegel (1864–1926) und Bernhard Stark. In Opposition zur soziologisch gefärbten Naturrechtstheorie des sich zur Freirechtsbewegung bekennenden Jung vgl. *František Weyr*, Zur Theorie des „Natürlichen Rechts“, in: Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 7 (1913/1914), S. 84–90 und *Adolf Julius Merkl*, [Buchbesprechung] Erich Jung, Das Problem des natürlichen Rechts (1912), in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1914), S. 570–578 = Merkl-GS I/1, S. 3–18. Zu Spiegel: vgl. *František Weyr*, [Buchbesprechung] Dr. Ludwig Spiegel: Gesetz und Recht, Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellentheorie, in: Sborník věd právních a státních 14 (1913/1914), S. 129–133 und *Hans Kelsen*, [Buchbesprechung] Ludwig Spiegel, Gesetz und Recht, Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellentheorie (1913), in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1914), S. 766–772 = HKW 3, S. 427–438. Zu Stark: *František Weyr*, [Buchbesprechung] Stark Bernhard, Dr., Die Analyse des Rechts, Eine Beschreibung der Rechtsdinge auf Grund der Psychophysiologie des Organismus (1916), in: Archiv des öffentlichen Rechts 38 (1918), S. 471–477; *Verdross*, [Buchbesprechung] Die Analyse des Rechts (Anm. 18); *Fritz Sander*, Rechtswissenschaft und Materialismus. Eine Erwiderung auf Stark: Die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft und die naturwissenschaftliche Methode, in: Juristische Blätter 47 (1918), S. 333–335, 350–352. Im Fall der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit dem empiristischen rechtswissenschaftlichen Verständnis von Bernhard Stark übernahmen die Schüler Kelsens die Last der Einlassung auf eine weitere Polemik. Darüber hinaus verwerteten Kelsen und Weyr in ähnlicher Weise fremddisziplinäre Ansätze für die erkenntnistheoretische Aktualisierung der Reinen Rechtslehre und der normativen Rechtstheorie. So betrachteten beide mit großem Interesse das Erscheinen des Werks des neokantischen Philosophen Hans Vaihinger (1852–1933) zum Problem der Fiktionen, vgl. *František Weyr*, Bemerkungen zu Hans Vaihingers Theorie der juristischen Fiktionen, in: Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht 9 (1917/1918), S. 1–11; *Hans Kelsen*, Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob, in: Annalen der Philosophie 1 (1919), S. 630–658 = HKW 4, S. 209–234. Ob Kelsen und Weyr diese publizistischen „Moves“ absprachen und sich gemeinsam Gedanken über Strategien für die Verbreitung der Lehren der Wiener und der Brünner Schule machten, ließ sich angesichts der heutigen archivalischen Lage nicht ermitteln.

[49] *Peter Goller*, Naturrecht, Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie? Zur Geschichte der Rechtsphilosophie an Österreichs Universitäten (1848–1945), Innsbruck 1997, S. 172. Weyr zeigte sich von Anfang an überzeugt, „daß Kelsens Werk[e] eine bleibende Epoche in der Entwicklung der modernen“ Rechts- wie Staatstheorie bedeuten würden (*František Weyr*, Hans Kelsens „Allgemeine Staatslehre“, in: Juristen-Zeitung für das Gebiet der Tschechoslowakischen Republik 7 [1926], S. 73–74 [74]).

[50] Begriff in Anlehnung an *Steven Pinker*, The cognitive niche: Coevolution of intelligence, sociality, and language, in: Proceedings of the National Academy of Sciences 107 (2010), S. 8893–8999.

[51] Vgl. *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 24), S. VI = HKW 2, S. 21–878 (54).

[52] Zum Forschungsprogramm wie zur Entstehungsgeschichte der Brünner Schule vgl. *Vladimír Kubeš/Ota Weinberger* (Hrsg.), Die Brünner rechtstheoretische Schule, Wien 1980; *Pavel Holländer*, Rechtspositivismus versus Naturrechtslehre als Folge des Legitimitätskonzepts, Ber-

Die Wegberührungen und schöpferischen Interaktionen umfassten nicht nur die Zentrumsfiguren Kelsen und Weyr. Das wechselseitige Befruchten der Wiener und der Brünner Schule durch persönliche Kontakte wie publizistische Auseinandersetzungen amplifizierte die Reichweite der Reinen Rechtslehre und der normativen Theorie als Forschungsformationen. Sich wechselseitig unterstützend haben Mitglieder dieser Schulen wiederholt sowohl die Werke des einen oder anderen gegen externe Angriffe verteidigt,[53] als auch eigene Konzepte und Thesen mit Berufung auf Ergebnisse der rechtstheoretischen Betätigung der jeweils anderen Schule weiterentwickelt.[54] Die Schuldynamiken weisen darüber hinaus Strukturähnlichkeiten auf: Nicht nur das Zusammenführen begabter Studierender wie Kollegen in einem Privatseminar war der Wiener und der Brünner Schule gemeinsam, sondern auch die Gründung bzw. Neuausrichtung einer als Organ der jeweilige Schule fungierenden Zeitschrift.[55] Vielleicht noch wichtiger: In keinem dieser Kreise wurde von den Lehrern eine ehrfürchtige Einstellung der Schüler gefordert oder erwartet.[56] Die Brünner und die Wiener Schule teilten das Grundverständnis, dass eine „wis-

lin 2013, S. 105–123; *Miloš Večeřa*, Brněnská normativní právní škola, in: Encyklopedie českých právních dějin, I. svazek A–Č, Plzeň 2015, S. 360–366, *Alexander Bröstl*, 20th-Century Legal Philosophy in Czechoslovakia, the Czech Republic, and the Slovak Republic, in: Enrico Pattaró/Corrado Roversi (Hrsg.), A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, Bd. 12: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World, Cham 2016, S. 615–626.

[53] Dabei hat Weyr selbst viel geleistet, vgl. z. B. zurückhaltend, aber ironisch *František Weyr*, [Buchbesprechung] Grundlagen und Grundfragen des Rechts. Von Ernst Schwind, 158 Seiten, München: M. Hueber 1928, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 8 (1929) S. 318–320; vgl. auch *František Weyr*, [Buchbesprechung] Hans Kelsens rechtstheoretische Methode. Darstellung und Kritik ihrer Grundlagen und hauptsächlichsten Ergebnisse. Von Dr. Wilhelm Jöckel, 214 Seiten. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1930, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 10 (1931), S. 458–472.

[54] So rezipiert z. B. Adolf Procházka (1900–1970) die Rechtskraftlehre Merkls und bemüht sich um ihre Weiterentwicklung. Vgl. z. B. *Adolf Procházka*, Zaklády práva intertemporálního, Brünn 1928; *Adolf Procházka*, Tvorba práva a jeho nalézáni, Brünn 1937. Weyr verglich die Stellung Procházkas in der Brünner Schule mit der von Merkl in der Wiener Schule, denn Letzterer war wie Procházka ein treuer, aber nicht unkritischer Anhänger des Forschungsprogramms der Reinen Rechtslehre, die ihm zahlreiche Erkenntnisse und Entwicklungen zu verdanken habe, vgl. *František Weyr*, K problému t. zv. automatické normotvorby (Poznámky ke spisu Ad. Procházky: Tvorba práva a jeho nalézání), in: Časopis pro právní a státní vědu 21 (1938), S. 95–101 (101).

[55] Als Organ der Brünner Schule der normativen Rechtstheorie lässt sich die im Jahre 1918 von Franz Weyr neuausgerichtete und bis 1948 fast durchgängig von ihm betreute ‚Časopis pro právní a státní vědu' (Zeitschrift für Rechts- und Staatswissenschaft) betrachten, vgl. *Josef Purcner*/*František Weyr*, Úvod [Einleitung], in: Časopis pro právní a státní vědu 1 (1918), S. 1–3. Zur ‚Zeitschrift für öffentliches Recht' als Verbreitungsmedium der Wiener Schule der Rechtstheorie vgl. unten Erster Teil, Kap. I, S. 54–57.

[56] „[T]he Brno legal school developed as the collective work of a number of theoreticians. It is therefore comprehensible that among the exponents of Weyr's teaching there was no absolute unity of thought, and that even between master and the pupils there were differences of opinion. Professor Weyr always encouraged discussion, rejected scientific authoritarianism, and rejoiced the independent attitude of his followers" (*Adolf Procházka*, The Brno School of Jurisprudence, in: Miroslav Rechcigl Jr. [Hrsg.], The Czechoslovak Contribution to World Culture, The Hague/London/Paris 1964, S. 405–413 [408]). Vgl. insb. *František Weyr*, Pojem a podstata „vědecké školy" (Věnováno světlé památce Jaromíra Sedláčka, jednoho z nejstarších příslušníků normativní školy), in: Časopis pro právní a státní vědu 27 (1946), S. 145−164.

senschaftliche Schule keine Religionsgemeinschaft" ist, in der „die Lehrsätze" als „unantastbare Wahrheiten" zu gelten hätten.[57] Die eigenen Thesen testend und hinterfragend, mitunter diese aufgrund von Kritik und Reflexion explizit revidierend, unterzogen die Wiener und die Brünner Ensembles unter Kelsen und Weyr den rechtswissenschaftlichen *common sense* ihrer Entmythologisierungsstrategie.

Beide Schulen trugen dezisiv zur Schärfung des Selbstbewusstseins der Rechtswissenschaft als eine die Rechtsnormativität als Selektionsfilter verwendende normative Disziplin[58] – die bei den systeminternen Relationen zwischen den Rechtserscheinungen ansetzt –, sowie zur Demarkierung deren noetischer Möglichkeiten und Grenzen bei. Jenseits dessen haben sie durch gemeinsames Bohren der grundlegenden Fragen – wie „was eigentlich das Recht ist" und „wie dieser Begriff zu denken, auf welche Weise er zu konstruieren" sei – bei der Konsolidierung der Rechtstheorie als „juristische[r] Erkenntnistheorie"[59] mitgewirkt, nicht zuletzt durch die Herausgabe der allerersten exklusiv rechtstheoretischen Fachzeitschrift.[60] Franz Weyr beanspruchte für die Reine Rechtslehre, „überhaupt die erste wahre Theorie des Rechts" gewesen zu sein, da sie das „rechtstheoretische Ei des Kolumbus […] entdeckt[e] und systematische verarbeitet[e], das darin besteht, allen Rechtsereignissen ‚Normcharakter'" zuzuerkennen.[61]

Dieses Zoomen in die Strukturen mit der eingehenden Relativierung der Differenzen und deren Rückführung auf ihren kontingenten Platz im Validationssystem des positiven Rechts war für die „prinzipiell auf das Suchen von Unterschieden" festgelegte „traditionelle Rechtswissenschaft"[62] bestimmt wenig attraktiv – wenn nicht geradezu empörend. Ausgerechnet das war aber, nach der Einschätzung von manchen jüngeren Studierenden der Staats- und Rechtswissenschaften, „was […] damals gefehlt hat", nämlich „eine rechtsphilosophische Vorlesung über die Grundlagen des positiven Rechts und den Zusammenhang der einzelnen Rechtsfächer untereinander".[63] Im Privatseminar Kelsens fanden sie nun das von ihm entdeckte Ei, wonach auch sie gesucht hatten.

---

[57] Drei Zitate: *František Weyr*, Zum Geleit, in: William Ebenstein, Die Rechtsphilosophische Schule der Reinen Rechtslehre, Prag 1938, S. 5–7 (6).

[58] Zur Ausgestaltung der Rechtswissenschaft(en) im Sinn der Reinen Rechtslehre vgl. *Matthias Jestaedt*, Rechtswissenschaft als normative Disziplin, in: Erich Hilgendorf/Jan C. Joerden (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie, Stuttgart 2017, S. 254–262 (255).

[59] Drei Zitate: *František Weyr*, Antwort auf die Umfrage „Bedarf die Rechtswissenschaft der Rechtsphilosophie und weshalb?", in: Recht und Philosophie 1 (1920/1921), S. 65.

[60] Gemeint ist die ‚Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts'. Dazu unten Erster Teil, Kap. I, S. 54–57.

[61] *František Weyr*, Die Rechtswissenschaft als Wissenschaft von Unterschieden, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 28 (1934/1935), S. 364–377 (376).

[62] Zwei Zitate: *Weyr*, Unterschieden (Anm. 61), S. 376.

[63] *Alfred Verdross*, Österreich – Heimat der Rechtstheorie, in: Philosophie huldigt dem Recht. Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross. Ehrendoktoren der Universität Salzburg, Wien/Frankfurt/Zürich 1968, S. 49–51 (50).

II. Dimensionen der Wiener Schule

1. Im rechtstheoretischen (Bau-)Haus: Das Privatseminar in der Wickenburggasse

Eine zentrale Dimension bei der Entstehung und Ausgestaltung wie der operativen Struktur der Wiener Schule der Rechtstheorie ist das von Kelsen an seinen unterschiedlichen europäischen Lebens- bzw. Arbeitsstationen veranstaltete Privatseminar.[64] Aus den Teilnehmenden des Wiener Privatseminars stabilisierte sich ein Kreis von Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftlern um Kelsen, von denen einige den harten Kern der – zunächst jungösterreichischen später Wiener genannten – Schule der Rechtstheorie bildeten.[65]

Das Privatseminar war – im zeithistorischen Kontext betrachtet – mitnichten ein origineller, isolierter Einfall des Privatdozenten Kelsen. Die *Privatissima* galt schon Mitte der 1910er Jahre als eine Institution der Wiener Moderne und ließ sich in verschiedenen Kreisen von Gelehrten aus unterschiedlichen Disziplinen wiederfinden; hinzu kamen Universitätsseminare, die mitunter die Züge einer Plattform

[64] Die Zusammensetzung sowie die Funktionsweise der Privatseminare Kelsens in Köln und Genf wurden bisher noch nicht hinreichend erforscht. Dass Kelsen sich aber konsequent darum bemüht hat, an seinen unterschiedlichen Wirkungsstätten mittels der Veranstaltung solcher Privatseminare einen Kreis Gleichgesinnter um sich zu bilden, bezeugen Berichte seiner Schülerinnen und Schüler. Unter günstigen materiellen und akademischen Bedingungen veranstaltete Kelsen in Köln wöchentlich einen, seinem Wiener Privatseminar funktionsäquivalenten, wissenschaftlichen Gesprächskreis, bei dem Kelsen Schüler in sein Arbeitszimmer einlud, wo sie abwechselnd referierten und mit Kelsens seinerzeitigem *work in progress* vertraut gemacht wurden (*Hans Mayer*, Ein Deutscher auf Widerruf. Erinnerungen, Bd. 1, Frankfurt am Main 1982, S. 150). Dazu veranstaltete Kelsen dem Anschein nach auch ein monatliches Doktoranden-Kolloquium in seiner eigenen Wohnung, wobei „zünftig die zu den verschiedenen Doktorarbeiten gehörenden Problematiken durchgesprochen" wurden (vgl. *Alphons Silbermann*, Verwandlungen, Bergisch Gladbach 1989, S. 104). Kelsen gelang es auch, in Genf sein Privatseminar wieder aufleben zu lassen: „After five months in Geneva I did indeed receive a one-year stipendium. And then another. In addition to my studies and my research, I regularly attended a private seminar that Professor Kelsen gave in his home. He read us his manuscripts on the concept of justice in Plato, Aristotle, and so on. It was extremely stimulating and gave me immense pleasure. What fine, unforgettable evenings!" (*Gerhart M. Riegner*, Never Despair, Chicago 2006, S. 26); vgl. auch *John H. Herz*, Vom Überleben. Wie ein Weltbild entstand, Düsseldorf 1984, S. 109. Zeugnisse der Lehr- und Forschungstätigkeiten Kelsens in der Genfer Zeit liefern die 1934 und 1936–38 niedergeschriebenen Aufzeichnungen des einzigen italienischen Kelsen-Schülers, Umberto Campagnolo (1904–1976), in denen zahlreiche Anmerkungen zu privaten Gesprächen mit Kelsen auffindbar sind, die eine annähernde Rekonstruktion des Doktorvaterverhältnisses Kelsens zu seinen Schülerinnen und Schülern ermöglicht, vgl. *Umberto Campagnolo*, Conversazioni con Hans Kelsen. Documenti dell'esilio ginevrino 1933–1940, a cura di Mario Losano, Milano 2010. Zu Kelsens wissenschaftlichen Tätigkeiten bei der Betreuung von Promotionen während der Genfer Zeit vgl. insb. *Jürgen Busch/Nicoletta Bersier Ladavac*, Zwischen zwei Welten. Hans Kelsens Genfer Jahre, in: Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs 2015, S. 7–31. Vieles spricht dafür, dass Kelsen in der turbulenten Prager Zeit kein Privatseminar zustande bekommen hat, vgl. *Olechowski*, Biographie (Anm. 2), S. 599–636.

[65] Für die Unterscheidung zwischen dem Kreis um Kelsen und der Wiener Schule *stricto sensu* vgl. *Klaus Zeleny*, Die Wickenburggasse 23: Das Zentrum der „Wiener Schule", in: Maria Ettl/Gerhard Murauer (Hrsg.), Hans Kelsen und die Bundesverfassung. Geschichte einer Josefstädter Karriere, 2011, S. 41–47. Dazu noch: *Zeleny*, Die Wiener rechtstheoretische Schule (Anm. 3).

zur Schulbildung aufwiesen. Einige Kollegen aus der Studienzeit Kelsens,[66] wie manche seiner Schüler[67] danach, haben (gelegentlich) an dem traditionsreichen Seminar von Eugen Böhm-Bawerk (1851–1914) teilgenommen.[68] Die Beteiligung an diesem Seminar erweckte Zugehörigkeitsgefühle, denn es entwickelte sich zum „*locus classicus*“[69] für die wirtschaftswissenschaftlichen Debatten; Böhm-Bawerk

[66] Manche Studien-Zeitgenossen Kelsens – Otto Bauer (1881–1938), Ludwig v. Mises (1881–1973), Rudolf Hilferding (1877–1941), Joseph Schumpeter (1883–1950) und Emil Lederer (1882–1939) – besuchten z. B. im Sommersemester 1905 die „volkswirtschaftlichen Übungen“ von Böhm-Bawerk, also eine universitäre Lehrveranstaltung, vgl. z. B. *Thomas K. McCraw*, Prophet of Innovation. Joseph Schumpeter and Creative Destruction, Cambridge/London 2006, S. 45–49; *Jörg Guido Hülsmann*, Mises. The Last Knight of Liberalism, Auburn 2007, S. 145.

[67] Dies gilt z. B. für Fritz Sander, wie seinem dem Habilitationsgesuch beigefügten Lebenslauf zu entnehmen ist: Curriculum vitae Fritz Sander, in: ÖStA, Archiv der Republik [AdR], Bundesministerium für Unterricht [BMU], Personalakt Heinrich Demelius, *02.11.1893, Teil 2 (im Folgenden: PA Demelius), Z. 13.322-I/1920, wie für Richard Strigl: ÖStA, AVA, Unterricht Allgemein, Universität Wien, Jus 4, Personalakt Richard Strigl (Im Folgenden: PA Strigl), Z. 12514-I/1923, der auch die Teilnahme an Böhm-Bawerks Seminar aus Anlass des Habilitationsgesuchs in seinem Lebenslauf niederschrieb. Die Akten des Habilitationsverfahrens Sanders galten lange als verschollen und wurden in der Literatur bereits als nicht mehr auffindbar deklariert. Sie konnten aber während der Forschungsarbeiten für diese Dissertation da ausfindig gemacht werden, wo sie etwas versteckt lagen: Im Personalakt des Zivilrechtswissenschaftlers und Rechtshistorikers Heinrich Demelius (1893–1987), der am selben Tag wie Sander habilitiert wurde. Zum Habilitationsverfahren Sanders vgl. unten Erster Teil, Kap. I, S. 42 (Anm. 143), 44 (Anm. 156).

[68] Das Seminar von Böhm-Bawerk erstreckte sich über die 1890er Jahre und wurde während der Zeit, in der er als Finanzminister tätig war (1900–1904), suspendiert. Die Zusammenkünfte haben ab 1905 bis zu seinem Tod am 27. August 1914 als Sommersemesterseminare wieder regelmäßig stattgefunden. Die diesbezüglichen Quellen sind sparsam und sprechen mitunter über ein Privatseminar, ohne dies in Bezug mit den universitären Lehrveranstaltungen zu setzen. Es bleibt unklar, ob das als Privatseminar referierte Seminar sich nicht mit den Seminardiskussionen an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät deckte, ob es eigentlich nicht nur eine universitäre Lehrveranstaltung gab. Zu dem einflussreichen universitären Seminar von Böhm-Bawerk und dessen Dynamik in den 1890er Jahren vgl. *Henry Seager*, Economics at Berlin and Vienna, in: Journal of Political Economy 1 (1893), S. 236–263 (258–260). Zur Periode nach dem Abschied aus dem Finanzministerium ab 1905 vgl. *Ludwig von Mises*, Notes and Recollections – With the historical Setting of the Austrian School of Economics, Indianapolis 2013, S. 25–28 = *Ludwig von Mises*, Erinnerungen, Stuttgart 1978, S. 23–25; *Joseph Schumpeter*, Das wissenschaftliche Lebenswerk von Böhm-Bawerk, in: Zeitschrift für Volkswirtschaft, Socialpolitik und Verwaltung 23 (1914), S. 454–528 (462). Mises bezeichnet die Zugehörigkeit zum Böhm-Bawerk-Seminar als ein unvergessliches Glück für alle Teilnehmer, vgl. *Ludwig von Mises*, Eugen v. Böhm-Bawerk. Zu seinem 10. Todestag, in: Neue Freie Presse Nr. 21539 vom 27. August 1924, S. 9. Interessante Reminiszenzen lassen sich auch bei Friedrich August von Hayek (1899–1992) finden, der lebenszeitbedingt das Seminar von Böhm-Bawerk nicht frequentieren konnte, von dessen Ruf er aber als Student sehr beeindruckt war, vgl. *Stephen Kresge*, Hayek on Hayek. An Autobiographical Dialogue, London 1994, S. 47 f. Vgl. noch zu der politischen Resonanz des Seminars: *Erich Streissler*, The intellectual and political impact of the Austrian School of Economics, in: History of European Ideas 9 (1988), S. 191–204 (196).

[69] *Janek Wasserman*, Building a Movement: Eugen Böhm-Bawerk, Friedrich Wieser and the Quest for Influence in Fin-de-Siècle Vienna [Working Paper 2017, 45 S.], S. 44 [abrufbar unter: https://ipl.econ.duke.edu/seminars/system/files/seminars/1746.pdf – letzter Abruf am 15. Januar 2023], wo allerdings die Rede von „Privatseminar“ ist. Vgl. auch: *Janek Wasserman*, The Marginal Revolutionaries. How the Austrian Economists fought the War of Ideas, London/New Heaven 2019, S. 180–192.

empfing dabei interessierte Studierende sogar in seiner eigenen Wohnung. Legendär waren darüber hinaus – bereits zum Zeitpunkt der Initiative Kelsens – die Mittwochstreffen des Kreises um Sigmund Freud (1856–1939), die anfänglich in dessen Wohnung in der Berggasse 19 stattfanden.[70]

Koexistent mit dem Privatseminar Kelsens, wenn auch später initiiert, waren die Privatseminare der Nationalökonomen der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät,[71] das Privatseminar von Professor Othmar Spann (1878–1950) ab 1919[72] und das Privatseminar des Privatdozenten Ludwig von Mises ab 1922.[73] Diese außeruniversitären Privatseminare, die sowohl von Hochschullehrern als auch von Privatgelehrten ins Leben gerufen wurden, stellten wichtige Verbindungsknoten in den besonders lebendigen intellektuellen Netzwerken Wiens dar. Nicht selten – besonders deutlich im Fall der sogenannten Österreichischen Schule der Nationalökonomie[74] ab Ende der 1910er Jahre – machten gerade die Privatseminare und die sich daraus ergebenden Kreise das Zentrum des entsprechenden Wissenschaftssystems aus – und nicht die Universität. Diese Prävalenz von informellen Seminaren trug dazu bei, eine einzigartige Dynamik zu entwickeln, in der wissenschaftliche Interessen jenseits der disziplinären Grenzen verfolgt werden konnten.[75] In Wien entstand so eine geistige, wissenschaftliche wie künstlerische

---

[70] Bereits 1902 trafen sich fünf Ärzte in Freuds Wohnung in der Berggasse 19 zum ersten Mal, um die psychologischen Implikationen des Rauchens zu besprechen. Dieses Treffen entwickelte sich bald zu Freuds Mittwochsseminar, vgl. *E. James Lieberman*, Acts of Will. The Life and Work of Otto Rank, New York 1985, S. 61 f., 68–79. Vgl. auch *Max Graf*, Reminiscences of Professor Sigmund Freud, in: The Psychoanalytic Quarterly 11 (1942), S. 465–476; *Peter Gay*, Freud: A Life for our Time, New York/London 2006, S. 384–394; *Paul Roazen*, Freud und sein Kreis, Gießen 2006, S. 184 f.

[71] Zu den nationalökonomischen bzw. volkswirtschaftlichen Privatseminaren vgl. *Hansjörg Klausinger*, The Nationalökonomische Gesellschaft from its foundation to the postwar period: prosperity and depression, in: Empirica 46 (2019), S. 487–503 (492–494).

[72] „Spann had a private seminar in his home and he took me right away, just at the same time when I enrolled in the university. We discussed Marxism, in particular. He was all against Marxism" (Interview mit Oskar Morgenstern vom 15. März 1977, in *Erleane Craver*, The emigration of the Austrian economists, in: History of Political Economy 18 [1986], S. 1–32 [10]).

[73] „My main teaching effort was focused on my Privatseminar" (*Ludwig von Mises*, Notes and Recollections [Anm. 68], S. 67 = *Mises*, Erinnerungen [Anm. 68], S. 64). Auftakt des Mises-Seminars war eigentlich schon Ende 1919 mit einem Vortrag von Elisabeth Ephrussi (1899–1991) am 26. November (vgl. *Hülsmann*, Mises. The Last Knight of Liberalism [Anm. 66], S. 365 f.). Regelmäßig begannen die Treffen aber etwas später, eben ab 1922 stattzufinden. Weiterführend zum Mises-Seminar und dem daraus entstandenen Mises-Kreis vgl. *Martha Steffy Browne*, Erinnerungen an das Mises-Privatseminar, in: Wirtschaftspolitische Blätter 4 (1981), S. 110–120; *Gottfried von Haberler*, Mises's Private Seminar: Reminiscences, in: Wirtschaftspolitische Blätter 4 (1981), S. 121–126; *Stephan Boehm*, The Private Seminar of Ludwig von Mises [Typoskript eines Vortrages gehalten in: History of Economics Society Eleventh Annual Meeting, Universität von Pittsburgh, 22.–24 Mai 1984]. Vgl. auch *Alan Ebenstein*, Friedrich Hayek. A Biography, New York 2001, S. 41–43; *Douglas French*, Hayek and Mises, in: Robert Leeson (Hrsg.), Hayek: A Collaborative Biography. Part I: Influences, from Mises to Bartley, New York 2013, S. 80–92 (86 f.); *Wasserman*, The Marginal Revolutionaries (Anm. 69), S. 245–251.

[74] Vgl. dazu *Erwin Dekker*, The Vienna circles: cultivating economic knowledge outside academia, in: Erasmus Journal for Philosophy and Economics 7 (2014), S. 30–53.

[75] „Indeed, seminars often covered a range of topics, individuals could be members of a num-

Avantgarde, von der die ‚jungösterreichische Schule' der Rechtstheorie die juristische Expression darstellt.

Schon als Privatdozent fing Kelsen Ende 1913 in Wien an, regelmäßig in seiner eigenen Wohnung Kolloquien anzubieten, zu denen talentierte Absolventinnen und Absolventen des Jus-Studiums eingeladen wurden, die zwischen 1911 und 1914 die zunächst bescheiden besuchten Vorlesungen[76] des jungen Lehrers frequentierten. Zu dieser Gruppe gehörten u. a. Adolf Julius Merkl, Ernst Seidler jun. (1888–1958), Richard Strigl (1891–1942) und Alfred Verdross, die als Mitglieder der ersten Stunde des Kelsen-Kreises zu bezeichnen sind. Hinzu kamen bald andere Kollegen wie etwa Walter Henrich (1888–1955) und Fritz Sander, die während ihrer Studienzeit zwar keine Vorlesungen Kelsens besuchten, aber durch dessen wachsende Reputation als Forscher und Lehrer angezogen wurden und sich ab 1914 an dem Privatseminar beteiligten. Der Zugang zum Seminar lief entweder über die persönliche Einladung Kelsens oder die Werbung der anderen Eingeweihten.[77] Auch Dozenten wie der damals gerade erst habilitierte Leonidas Pitamic (1885–1971)[78] schlossen sich dem Kreis an und nahmen regelmäßig an dem monatlichen Zusammentreffen in Hans und Gretes[79] Wohnung in der Wickenburggasse 23 teil.[80] Sogar aus der der Universität extramuralen Szene ließen sich An-

---

ber of different seminars concurrently, and educated business people, journalists, and lawyers often participated. Meetings were held in coffeehouses, at the university, in government offices, and at member's homes" (*Claire Wright*, The 1920s Viennese Intellectual Community as a Center for Ideas Exchange: A Network Analysis, in: History of Political Economy 48 [2016], S. 593–634 [596]).

[76] Vgl. *Friedrich Engel-Jánosi*, Aber ein stolzer Bettler. Erinnerungen aus einer verlorenen Generation, Graz/Wien/Köln 1974, S. 38.

[77] So scheint z. B. Ernst Seidler persönlich von Kelsen eingeladen gewesen zu sein, während Fritz Sander im Sommer 1915 von Strigl und Verdross ins Privatseminar eingeführt wurde (vgl. UAW, Akademischer Senat, Disziplinarfall Hans Kelsen [1923], 7: Erhebungsakt Prof. Löffler/12: Zeugenaussage Dr. Ernst Seidler vom 1. Juni 1923 [im Folgenden: Zeugenaussage Seidler vom 1. Juni 1923]; UAW, Akademischer Senat, Disziplinarfall Hans Kelsen [1923], 7: Erhebungsakt Prof. Löffler/13: Zeugenaussage Dr. Richard Strigl vom 1. Juni 1923 [im Folgenden: Zeugenaussage Strigl vom 1. Juni 1923], S. 1).

[78] Am 19. Juli 1915 (Bestätigung durch das Ministerium) bekam Pitamic aufgrund der damals schon publizierten Arbeit „Die parlamentarische Mitwirkung bei Staatsverträgen in Österreich" die *venia legendi* für „allgemeines und österreichisches Staatsrecht" (vgl. ÖStA, AVA, Universität Wien, Jus 4, Personalakt Leonidas Pitamic [im Folgenden PA Pitamic], Z. 21134/15). Den Probevertrag hielt er am 15. Juni 1915 zum Thema „Das österreichische Verfassungsrecht und der Krieg" (vgl. PA Pitamic, Z. 145). Am Privatseminar Kelsens nahm er regelmäßig ab 1916 teil, vgl. UAW, Akademischer Senat, Disziplinarfall Hans Kelsen (1923), 7: Erhebungsakt Prof. Löffler/4: Zeugenaussage von Leonidas Pitamic vom 24. Mai 1923 (im Folgenden: Zeugenaussage Pitamic vom 24. Mai 1923), S. 1.

[79] Margarete Bondi (1890–1973), die Hans Kelsen am 25. Mai 1912, kaum ein Jahr nach seiner Habilitation an der Universität Wien, geheiratet hatte. Vgl. *Olechowski*, Biographie (Anm. 2), S. 113–119.

[80] Vgl. *Alfred Verdross*, [Radiointerview zu Hans Kelsen vom 8. Mai 1973], in: Hans Kelsen-Institut (Hrsg.), Hans Kelsen zum Gedenken, Wien 1974, S. 53–55, 63–64 (53); *Leonidas Pitamic*, Hans Kelsen zum 90. Geburtstag, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 21 (1971), S. 261–262. Die Quellen weichen voneinander ab, was die Periodizität und manchmal sogar den Wochentag der Privatissima Kelsens angeht, vgl. z. B. *Hugo Huppert*, Die angelehnte Tür, Halle/

hänger und rechtstheoretisch Begeisterte gewinnen, wie der Fall von Franz Havliček[81] (1886–1958) bezeugt – der Industriemann, der während des Kriegs im Feldgerichtsarchiv in der Rossauer Kaserne bei Kelsen untergekommen war und wiederholt Referate zu seinem damals im Entstehen begriffenen Buch zur kantischen Philosophie im Rahmen des Privatseminars gehalten haben soll.[82]

Neuere Generationen von Studentinnen und Studenten verstärkten den Kreis in der Zwischenkriegszeit und wurden meistens nach der Absolvierung des Studiums zu Mitgliedern des Privatseminars,[83] das tatsächlich ab den 1920er Jahren mit der Teilnahme einiger Frauen rechnete.[84] Manche der Teilnehmenden schrieben unter

---

Saale 1976, S. 445, der von einem wöchentlichen Mittwochsseminar spricht. Auf der Grundlage der meisten Primärquellen – d. h. der überlieferten Aussagen der damaligen Teilnehmer – kann davon ausgegangen werden, dass das Privatseminar einmal im Monat sonntags stattfand.

[81] Havliček wurde am 5. April 1886 in Kiew (damals: Russland) geboren. Er gab sich als römisch-katholischer Christ aus und sprach um 1916 Englisch, Deutsch, Französisch und Böhmisch. Während des Ersten Weltkriegs war er in Wien ansässig, wo er in der Rossauerkaserne bei Hans Kelsen im Feldgerichtsarchiv tätig war. Er ist diese Funktion am 15. Oktober 1916 angetreten (vgl. das archivarische Konvolut zu den Tätigkeiten des Feldgerichtsarchivs in: ÖStA, Kriegsarchiv [KA], Militärgerichtsarchiv, Personalunterlagen zu Gerichtspersonen, Franz Havliček, Fritz Sander, Ernst Seidler; ÖStA, KA, Kriegsministerium, Karton 488, 21–3/106). Über die Staatsbürgerschaft Havličeks lassen sich keine präzisen Aussagen machen. Quellen beziehen sich auf ihn aber als „tschechischen Industriemann". Der Meldezettel Havličeks zeigt in der Zeitspanne 14. November 1915 bis 15. März 1916 als Wohnadresse „Widerhofergasse 5/Parterre (IX Bezirk)" an und legt als Zuständigkeitsort „Bystritz in Böhmen" fest. Laut Erhebung vom 20. März 1916 ist er am 15. März 1916 nach Petersburg (Böhmen) umgezogen und wurde von Wien abgemeldet. Vom 18. Februar 1917 bis 3. Februar 1920 war er wiederum in Wien in der Widerhofgasse (diesmal: 5/Mezzanin) angemeldet. Die Abmeldungsanmerkung gibt Prag als Abreiseort an (vgl. Wiener Stadt- und Landesarchiv, Meldezettel Franz Havliček).

[82] Mitunter wird Havliček als eine Art philosophischer Mentor Fritz Sanders erwähnt; er habe im Wintersemester 1916/1917 Auszüge eines sich in Vorbereitung befindenden Buchs vor dem Kelsen-Kreis in der Wickenburggasse vorgelesen. Es ginge um ein Buch zur (Rechts-)Philosophie Immanuel Kants (1724–1804), vgl. Zeugenaussage Seidler vom 1. Juni 1923 (Anm. 77), S. 2. Alfred Verdross machte geltend, Sander habe gesagt, er (Sander) schriebe damals das Buch des Havliček (vermutlich als dessen „Mitarbeiter") (vgl. UAW, Akademischer Senat, Disziplinarfall Hans Kelsen [1923], 7: Erhebungsakt Prof. Löffler/8: Zeugenaussage Alfred Verdross vom 26. Mai 1923 [im Folgenden: Zeugenaussage Verdross vom 26. Mai 1923], S. 2). Aus Anlass der Kelsen–Sander-Kontroverse hat Havliček im Juni 1923 eine Postkarte an Kelsen gerichtet, in der er ausdrücklich darauf beharrt, dass Sander keine originellen Gedanken besaß (vgl. UAW, Akademischer Senat, Disziplinarfall Hans Kelsen [1923], 7: Erhebungsakt Prof. Löffler/22: Vernehmung Prof. Hans Kelsen von 28.–30. Juni 1923 mit Beilagen A–L/Beilage C: Postkarte von Franz Havliček an Hans Kelsen vom 10. Juni 1923). Da „Dr. Havliček" vermutlich keine akademische Karrierelaufbahn besaß, ist er ein schwer einzuschätzender Charakter in dieser intrikaten Geschichte und bleibt eine eher mysteriöse Erscheinung der Wiener Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre.

[83] Wie etwa Otto Bondy (1904–1976), Elisabeth Ephrussi, Léo Gross (1903–1990), Erich Hula (1900–1986), Rudolf Alladar Métall (1903–1975), Josef L. Kunz (1890–1970), Felix Kaufmann (1895–1949), Hans Klinghoffer (1905–1990), Fritz Schreier (1897–1981), Alfred Schütz (1899–1959), Erich Voegelin (1901–1985) und Emmanuel Winternitz (1898–1983). Vgl. die eindrucksvolle Zusammenstellung in: *Walter/Jabloner/Zeleny* (Hrsg.), Der Kreis um Hans Kelsen (Anm. 3).

[84] Die berühmtesten unter denen sind Elisabeth Ephrussi, Margit Kraft-Fuchs (1902–1994), Gisela Rohatyn (1906–?) und Henda Silbfernnig (Helen Silving, 1903–1993). Zu Ephrussi, Kraft-Fuchs und Rohatyn vgl. *Clemens Jabloner*, Frühe Autorinnen der Zeitschrift für öffentliches

der Begutachtung Kelsens Doktorarbeiten (ab 1919 im Rahmen des Doktorstudiengangs „Staatswissenschaften").[85] Einigen wurde mit Kelsens Unterstützung die *venia legendi* an der juristischen Fakultät der Wiener Universität verliehen.[86] Im Laufe der Zeit wuchs das Privatseminar Kelsens zu einem relativ buntgemischten Forum, in dem Professoren, Privatdozenten, Habilitanden, Doktoranden und (seltener) Studenten, Männer wie Frauen, sich sachlich, schonungslos und ungeachtet akademischer Positionen auf Augenhöhe mit rechtstheoretischen Themen auseinandersetzten.[87]

Im Privatseminar besprachen die Teilnehmenden mal Beiträge von Kelsen selbst, mal Manuskripte der anderen Mitglieder. Unfertige, noch weiter zu verfeinernde Thesen und Ideen wurden erörtert und getestet. Kelsen vor allem „hat seine werdenden Arbeiten besprochen, […] Manuskripte vorgelesen und in keiner Weise eine vorsichtige Zurückhaltung gezeigt".[88] Er selbst rang mit vielen rechtstheoretischen Problemen und „äußerte sich rückhaltlos über die von ihm versuchten

---

Recht, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 69 (2014), 637–654; allein zu Silving vgl. *Reut Yael Paz*, A Forgotten Kelsenian? The Story of Helen Silving-Ryu (1906–1993), in: The European Journal of International Law 25 (2014), S. 1123–1146; zu Kraft-Fuchs vgl. *Michael Stolleis*, Kritikerin von Carl Schmitt: Margit Kraft-Fuchs (1902–1994), in: Zeitschrift für öffentliches Recht 53 (1998), S. 107–117; zu Rohatyn vgl. *Wolfgang Ebner*, Gisela Rohatyn, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Der Kreis um Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre, Wien 2008, S. 395–402. Der Ansatz von Ephrussi wird unten im Zusammenhang mit der Merkl–Sander-Kontroverse berücksichtigt werden, vgl. Zweiter Teil, Kap. VI, S. 340–345.

[85] Ausführlich zum 1919 eingeführten Doktorstudium der Staatswissenschaften und dessen entsprechenden Erfordernissen vgl. *Thomas Olechowski/Tamara Ehs/Kamila Staudigl-Ciechowicz* (Hrsg.), Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1919–1938, Göttingen 2014, S. 173–224. Vgl. auch *Tamara Ehs*, Die Staatswissenschaften. Historische Fakten zum Thema „Billigdoktorate" und „Frauen- und Ausländerstudien", in: Zeitgeschichte 37 (2010), S. 238–256; *Thomas Olechowski*, Zweihundert Jahre österreichisches Rechtsstudium. Rückblicke und Ausblicke, in: Clemens Jabloner et alii (Hrsg.), Vom praktischen Wert der Methode. Festschrift Hans Mayer zum 65. Geburtstag, Wien 2011, S. 455–477 (466–467); *Thomas Olechowski*, Die Entwicklung und Ausdifferenzierung der rechts- und staatswissenschaftlichen Disziplinen, in: Katharina Kniefacz et alii (Hrsg.), Universität – Forschung – Lehre. Themen und Perspektiven im langen 20. Jahrhundert, Göttingen 2015, S. 183–202.

[86] Dazu ausführlicher unten Erster Teil, Kap. I, S. 41–48.

[87] Die von wissenschaftlicher Toleranz geprägte, ein offenes Forschungsgespräch zwischen allen Teilnehmerinnen fördernde Atmosphäre des Wieners Privatseminars wird oft von den damaligen Beteiligten betont. Eine interessante Schilderung der Stimmung wie der Diskussionsdynamik das Privatseminars, das sie ab circa 1925 noch als Studentin besucht hat, liefert Helen Silving, vgl. *Helen Silving*, Memoirs, New York 1988, S. 90–94. *Pars pro toto* vgl. den Bericht von Hans Mayer (1907–2001), der ein Mitglied des späteren Kölner Kreises um Kelsen war: „Kelsen schien mich zu mögen; er hatte auch Freude an unserem Kreis der Roten Kämpfer. Wöchentlich einmal lud er uns in sein Arbeitszimmer, wo wir referierten oder vom Meister mit seinen neuen Arbeiten vertraut gemacht wurden. Es gab Tee und viele, gut belegte Brote. Kelsen freute sich, wenn die oft hungrigen Arbeiterstudenten nach der Schüssel griffen. Ich habe kaum jemals eine so reine, uneitle scharfsinnige Denkarbeit zwischen einem großen Gelehrten und seinen Schülern erlebt […]. Dieser Professor kannte seinen Rang: er brauchte nicht aufzutrumpfen" (*Mayer*, Ein Deutscher auf Widerruf [Anm. 64], S. 150). Der Bericht Mayers verstärkt den Eindruck, dass wissenschaftliche Offenheit und Sachlichkeit durch und durch das Schaffen Kelsens und seinen Umgang mit seinen Schülern prägten.

[88] Zeugenaussage Verdross vom 26. Mai 1923 (Anm. 82), S. 1.

Lösungen", sodass bei den Besprechungen „ein gegenseitiger befruchtender Gedankenaustauch"[89] entstand. Freigebig hat er seine „Gedanken und seine Entwürfe unverhüllt ausgebreitet und zum Vortrag gebracht".[90] Nicht nur der Meister ist aber auf die Bühne getreten und hat seine Lehrlinge belehrt. Der *modus operandi* des Privatseminars wies die Züge einer echten „Arbeitsgemeinschaft" auf, „in der Kelsen ein reiches Füllhorn von Anregungen ausgeschüttet hat".[91] Jenseits eigener Konzepte und Projekte der Seminarteilnehmenden wurden auch Neuerscheinungen der rechtstheoretischen Literatur sowie traditionelle und aktuelle Strömungen der rechttheoretischen Debatte diskutiert – es wurde wissbegierig über den Tellerrand der Reinen Rechtslehre(n) geblickt.[92] Sporadisch schaffte es Kelsen, anerkannte Forschungspersönlichkeiten wie Max Weber (1864–1920) in seiner Privatissima auftreten zu lassen.[93]

In den Kriegsjahren wurden methodologische bzw. erkenntnistheoretische Probleme priorisiert.[94] Es kam ohnehin darauf an, „die allgemeinen Strukturprobleme"[95] des Rechts zu untersuchen. Die Zusammenkünfte des Kelsen-Kreises taugten nicht zuletzt als Werkstätte zur wissenschaftstheoretischen Sicherung des bald unter dem Namen ‚Reine Rechtslehre' bekannt und berühmt gewordenen rechtstheoretischen Modells der Wiener Schule.[96] Die Sonntags-Jausestun-

---

[89] Zwei Zitate: Zeugenaussage Pitamic vom 24. Mai 1923 (Anm. 78), S. 1.

[90] Zeugenaussage Merkls vom 28. Mai 1923 (Anm. 14), S. 1.

[91] „[S]päter haben auch seine Schüler immer mehr zu geben gehabt" (Zeugenaussage Strigl vom 1. Juni 1923 [Anm. 77], S. 1).

[92] So hat z. B. Alfred Verdross im Sommersemester 1914 über das damals vor Kurzem erschienene Buch „Der Wert des Staates" von Carl Schmitt im „rechtsphilosophischen Seminar Kelsens referiert". Das Buch habe in diesem „kleinen Wiener Kreise, der sich mit der Normentheorie beschäftigt, […] großen Beifall gefunden" (Brief von Alfred Verdross an Carl Schmitt vom 27. Juli 1914, in: *Carl Schmitt*, Die Militärzeit. 1915 bis 1919, hrsg. von Ernst Hüsmert und Gerd Giesler, Berlin 2005, S. 498). Verdross rezensierte das Schmittsche Buch für die Zeitung „Reichspost" (*Alfred Verdross*, Das Problem von Recht und Macht im Lichte der neuesten rechtsphilosophischen Forschungen, in: Reichspost Nr. 322 vom 12. Juli 1914, S. 21). Franz Weyr übernahm die Rezension der Arbeit für die „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht" (vgl. *František Weyr*, [Buchbesprechung] Schmitt Carl Dr., „Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen". Tübingen, J. C. B. Mohr, 1914. 110 S., in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 1 [1914], S. 578–581).

[93] Am 6. Juli 1918 (einem Samstag!) hielt er im Rahmen von Kelsens Privatseminar einen Vortrag zum Thema „Staatsbegriff" (vgl. Brief von Max Weber an Mina Tobler vom 3. Juli 1918, in: MWG II/10–1, S. 209–210 [210]; Brief von Max Weber an Marianne Weber vom 3. Juli 1918, in: MWG II/10–1, S. 211–212 [211]).

[94] Vgl. Zeugenaussage Seidler vom 1. Juni 1923 (Anm. 77); UAW, Akademischer Senat, Disziplinarfall Hans Kelsen (1923), 7: Erhebungsakt Prof. Löffler/23: Zeugenaussage Privatdozent Walter Henrich vom 30. Juni 1923 (im Folgenden: Zeugenaussage Henrich vom 30. Juni 1923), in dem die Beschäftigung mit der kantischen und neokantischen Philosophie durch den Kelsen-Kreis beschrieben wird.

[95] *Verdross*, Radiointerview (Anm. 80), S. 54.

[96] Dass die Suche nach einer philosophischen bzw. erkenntnistheoretischen Stütze für die Reine Rechtslehre Kelsen nahezu lebenslang beschäftigt hat, belegen die Arbeiten von Stanley Paulson, vgl. z. B. *Stanley L. Paulson*, Zur neukantianischen Dimension der Reinen Rechtslehre, in: Stanley L. Paulson (Hrsg.), Fritz Sander/Hans Kelsen. Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre. Eine Debatte zwischen Sander und Kelsen, Aalen 1988, S. 7–26.

den[97] dienten im Laufe der Jahre der Entstehung und Entwicklung mancher festen Bestandteile des theoretischen Designs der Reinen Rechtslehre. Das Privatseminar fungierte als Brutkasten zum Reifwerden kreativster Lehrkonstrukte, wie etwa der Lehre des rechtlichen Stufenbaus,[98] der rechtlichen Deutung des Revolutionsproblems[99] oder der Parallele zwischen Gott- und Staatsbegriff.[100] Nicht zuletzt dürften wesentliche Gedankenaustausche zum Problem des rechtlichen (und rechtswissenschaftlichen) Umgangs mit Rechtsfehlern Platz gehabt haben.[101]

Die durch Impulsreferate ausgelösten Diskussionen mobilisierten die intellektuellen Kräfte der Teilnehmenden um einen Themenkreis herum und förderten das gemeinsame Nachdenken über rechts(wissenschafts)theoretische Probleme. Nicht selten wandelten sich die ‚privaten' Forschungsgespräche im Rahmen der Semi-

[97] „So erinnere ich mich mit Vergnügen der Zusammenkunft rechtsphilosophisch interessierter Personen an Sonntagnachmittagen in seinem Wiener Heim; auf Grund von Referaten entwickelten sich dann interessante Diskussionen. Kelsens Gemahlin bedachte uns liebenswürdig mit einer guten Jause" (*Pitamic*, Hans Kelsen zum 90. Geburtstag [Anm. 80], S. 262). Vgl. auch die Erzählung von *Verdross*, Österreich – Heimat der Rechtstheorie (Anm. 63), S. 50: „Der Zusammenhalt dieses Seminars wurde durch den freundschaftlichen Geist gefördert, zu dem auch die Unterbrechung der Diskussionen durch eine immer von Frau Grete Kelsen bereitgestellte Jause beigetragen hat". Vgl. noch *Huppert*, Die angelehnte Tür (Anm. 80), S. 445 f.

[98] Die allerersten Skizzen zu einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus wurden von Merkl mit Rekurs auf das Bild eines „Stammbaus" des Rechts mündlich 1915 im Privatseminar Kelsens vorgetragen (vgl. *Adolf Julius Merkl*, Ein Kampf gegen die normative Jurisprudenz [Zum Streit um Kelsens Rechtslehre], Wien 1924, S. 7 f. [Fn. 8] = Merkl-GS I/1, S. 339–364 [343 Fn. 8]). Im März 1923 schrieb sehnsuchtsvoll Erich Voegelin an Felix Kaufmann aus Berlin: „Mit Trauer denke ich an die theoretischen Fleischtöpfe Ihres und Kelsens Seminars, über die ich immer so hübsche Berichte bekomme. Es tut mir sehr leid, daß ich bei den interessanten Diskussionen über die Stufentheorie nicht zuhören kam" (Brief von Erich Voegelin an Felix Kaufmann vom 13. März 1923, in: University of Memphis, Center for Advanced Research in Phenomenology, Felix Kaufmann Collection, Microfilm roll no. 07, files 712–713).

[99] So entspringt eine der ersten rechtswissenschaftlichen Abhandlungen Fritz Sanders aus verschiedenen, zwischen 1918 und 1919 in Kelsens Privatseminar gehaltenen Referaten: *Fritz Sander*, Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 132–164. Zur Entstehungsgeschichte dieser Arbeit vgl. *Fritz Sander*, Kelsens Rechtslehre. Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz, Tübingen 1923, S. 32 (Fn. 1).

[100] Vgl. Zeugenaussage Verdross vom 26. Mai 1923 (Anm. 82), S. 3; *Merkl*, Ein Kampf gegen die normative Jurisprudenz (Anm. 98), S. 27 (Fn. 8) = Merkl-GS I/1, S. 339–364 (362 Fn. 8). Dazu gleich unten Erster Teil, Kap. II, S. 108–110.

[101] Indizien dafür geben z. B. erstens das Empfehlungsschreiben Kelsens an den Mohr-Verlag, die Monographie Merkls „Rechtsbegriff und Rechtskraft" in seinen Katalog aufzunehmen – das Manuskript kannte Kelsen „auf das Genaueste", vgl. Brief von Han Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 9. April 1920 – und zweitens die Anmerkung von Fritz Schreier, er habe die Thesen Merkls zur Rechtskraft aus zahlreichen Vorträgen und Gesprächen gekannt, sodass sie unabhängig von der Publikation des Buchs und vor ihr seine eigene Arbeit beeinflusst haben (vgl. *Fritz Schreier*, Grundbegriffe und Grundformen des Rechts. Entwurf einer phänomenologisch begründeten formalen Rechts- und Staatslehre, Leipzig/Wien 1924, S. 187 [Fn. 1]). Die Monographie Merkls erschien erst 1923 beim Verlag Franz Deuticke als *Adolf Julius Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung, Leipzig/Wien 1923. Rund 28 Seiten (S. 275–302) aus diesem Buch werden dem Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' gewidmet.

nare in publizistischen Austausch, kulminierten die im Privatseminar stattgefundenen Auseinandersetzungen in wissenschaftlichen Veröffentlichungen,[102] die nun die Aufmerksamkeit der juristischen Community weckten und ab und an zu weiteren Debatten jenseits des engeren Kreises der Seminarteilnehmerinnen und -teilnehmer führten. Die schöpferischen Interaktionen innerhalb des Seminars dienten als Anregung und Irritation zur Weiterentwicklung eigener Konzepte durch die Mitglieder des Kelsen-Kreises. Oft ging das Wissenschaftsgespräch schulimmanent ohne die Vermittlungen Kelsens weiter, ständig konnten die Teilnehmerinnen und Teilnehmer des Privatseminars aber von dem persönlichen Kontakt mit dem Gastgeber und Schulhaupt profitieren. „Kelsen war nicht nur der Leiter[,] sondern im hohem Maße der geistige Führer der dort gefundenen Diskussionen."[103]

Anders als die regulären Universitätsseminare hatten die Privatseminare eine mehr oder weniger konstante persönliche Kontinuität: Die Teilnahme war nicht bedingt durch die *constraints* eines institutionellen Rahmens. Neue Generationen von Schülerinnen und Schülern wie wissenschaftlichen Mitstreitenden Kelsens kamen im Lauf der Zeit zu den ursprünglichen Teilnehmenden des Privatseminars hinzu, sodass sich in den Wiener Anfangsjahren der Reinen Rechtslehre ein relativ stabiler Kreis um Kelsen bildete. Dieser wurde bereits ab 1917/1918 von außen als die jungösterreichische Schule der Rechtstheorie wahrgenommen und verstand – spätestens seit Anfang der 1920er Jahre verkaufte sich der Kreis selbst als Wiener Schule.[104]

2. Die sich überschneidenden Wiener Kreise: Der Kreis um Kelsen im Gefüge der Wiener Moderne

Der Kreis um Kelsen war allerdings nur einer der zahlreichen Wiener Gelehrtenzirkel. Horizonterweiternd und weitere Reflexionsebenen einführend wirkte die Zirkulation von Personen zwischen den verschiedenen Wiener Kreisen, die das Gefüge der Wiener Moderne ausmachte,[105] eine Art von interdisziplinärem Wissenstransfer ermöglichte und optimal förderte. Einige Mitglieder des Privatseminars frequentierten regelmäßig andere Gelehrtenkreise[106] und konnten durch die

[102] So ist z. B. die erste wissenschaftliche Publikation von Alfred Verdross auf das Privatseminar zurückzuführen: *Alfred Verdross*, Zur Konstruktion des Völkerrechts, in: Zeitschrift für Völkerrecht 8 (1914), S. 329–359. Auf diesen Aufsatz ist sofort Weyr publizistisch eingegangen, was für die typischen Dialoge zeugt, die innerhalb des Privatseminars anfingen, um danach die rechtswissenschaftliche Öffentlichkeit zu erreichen: *František Weyr*, [Buchbesprechung] Alfred Verdross, Zur Konstruktion des Völkerrechts, in: Archiv des öffentlichen Rechts 34 (1915), S. 236–243. Das Büchlein von Albert Fuchs (1905–1946) – *Albert Fuchs*, Die Rechtsgeltung, Leipzig/Wien 1933 – entstand auch aus den Diskussionen in der Wickenburggasse (vgl. *Albert Fuchs*, Erinnerungen und Essays, Wien 2004, S. 68).

[103] Zeugenaussage Pitamic vom 24. Mai 1923 (Anm. 78), S. 1.

[104] Vgl. oben Erster Teil, Kap. I, S. 18 (Anm. 18).

[105] Vgl. *Jabloner*, Kelsen and his Circle (Anm. 3), S. 375–385.

[106] So berichtet z. B. Gustav Bergmann (1906–1987) über die Zusammensetzung des Wiener Kreises um Schlick: „Among the academic youth this ‚progressive' group also included some of the younger students of Kelsen […]" (*Gustav Bergmann*, Memories of the Vienna Circle. Letter

Verfremdung der unterschiedlichen Perspektiven für produktive Anregungen innerhalb wie außerhalb des Kreises um Kelsen sorgen.

Kelsen profitierte daher spätestens ab Ende der 1910er Jahre als Hochschullehrer privilegiert und doppelt von der intellektuellen Effervessenz der *Vienne au fin du siècle*:[107] Einerseits genoss er das Ansehen eines Jus-Professors, verfügte über ein universitär-institutionelles Setting für die Weiterentwicklung seiner Lehre und konnte dank des ständigen Kontakts mit motivierten Studentinnen und Studenten der Rechts- und Staatswissenschaften als scharfsinniger Headhunter neue Interessierte für seine rechtstheoretische *causa* rekrutieren,[108] andererseits zirkulierte er durch die sich nicht selten überschneidenden Wiener Kreise, die eine der Universität extramurale, äußerst kreative multidisziplinäre Szene bildeten.[109] Und nicht zuletzt: Er stand den Irritationen der ihrerseits durch die Kreise ziehenden Mitglieder seines Privatseminars offen gegenüber und ließ seine eigenen Perspektiven durch die erlebten Lernerfahrungen der Schülerinnen und Schüler verfremden und erweitern.

Manche Figuren fungierten als Grenzgänger. So nahmen im Kelsen-Kreis fest verankerte Juristen wie Felix Kaufmann[110] und Erich Voegelin,[111] die von Kelsen in den 1920er zur Habilitation an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät in Wien geführt wurden, gleichzeitig an wenigstens drei anderen Kreisen

---

to Otto Neurath [1938], in: Friedrich Stadler [Hrsg.], Scientific Philosophy: Origins and Developments, Dordrecht 1993, S. 193–208 [199]).

[107] Vgl. *Allan Janik/Stephen Toulmin*, Wittgenstein's Vienna, New York 1973; *Carl Schorske*, Fin-de-Siècle Vienna: Politics and Culture, New York 1980.

[108] Dass Kelsen „stets auf der Suche nach neuen Anhängern" war, ergibt sich u. a. aus den Berichten seiner Kölner Assistenten und Doktoranden (Zitat in: *Mayer*, Ein Deutscher auf Widerruf [Anm. 64], S. 150; vgl. auch *Herz*, Vom Überleben [Anm. 64], S. 98).

[109] Vgl. dazu: *Edward Timms*, Die Wiener Kreise. Schöpferische Interaktionen in der Wiener Moderne, in: Jürgen Nautz/Richard Vahrenkamp (Hrsg.), Die Wiener Jahrhundertwende: Einflüsse, Umwelt, Wirkungen, Wien/Köln/Graz 1993, S. 128–143; *Edward Timms*, Dynamik der Kreise, Resonanz der Räume. Die schöpferischen Impulse der Wiener Moderne, Wien 2013; *Erwin Dekker*, The Viennese Students of Civilization: The Meaning and Context of Austrian Economics Reconsidered, New York 2014. Spezifisch zur Stellung/Einfügung Kelsens in dieses soziokulturelle Gefüge: *Johannes Feichtinger*, Die Emigration der österreichischen Rechts-, Sozial- und Wirtschaftswissenschaftler in den 1930er Jahren, in: Karl Acham (Hrsg.), Geschichte der österreichischen Humanwissenschaften, Bd. 3/2, Wien 2000, S. 447–497 (480–494); *Tamara Ehs*, Das extramurale Exil. Vereinsleben als Reaktion auf universitären Antisemitismus, in: Evelyn Adunka/Gerald Lamprecht/Georg Traska (Hrsg.), Jüdisches Vereinswesen in Österreich im 19. und 20. Jahrhundert. Schriftenreihe des Centrums für Jüdische Studien, Wien/Bozen 2011, S. 15–29.

[110] Zur Einfügung Kaufmanns in das Wiener Milieu vgl. die erhellende Arbeit von *Ingeborg K. Helling*, Felix Kaufmann in Perspective: An Introductory Essay, in: Robert S. Cohen/Ingeborg K. Helling (Hrsg.), Felix Kaufmann's Theory and Method in the Social Sciences, Cham 2014, S. 1–102, vgl. dabei insbesondere das Interview mit Herbert Fürth (1899–1995), d. h. einem der Gründer des Geistkreises (S. 41–53).

[111] Zum Verhältnis von Erich Voegelin zum Kelsen-Kreis vgl. *Barry Cooper/Jodi Bruhn* (Hrsg.), Voegelin Recollected. Conversations on a Life, Columbia/London 2008, S. 238–240; *Erich Voegelin*, Autobiographical Reflections. Revised Edition with Glossary, hrsg. von Ellis Sandoz, Columbia/London 2011, S. 31–34, 48–50. Vgl. auch *François Lecoutre*, La controverse entre Hans Kelsen et Eric Voegelin en théorie du droit et en théorie politique, Paris 2020, S. 6–11.

teil: Kaufmann an dem Mises-[112] und dem Geistkreis[113] der Nationalökonomie, aber auch am Schlick-Kreis;[114] Voegelin beteiligte sich soweit ersichtlich nicht an dem letzteren, dafür nahm er aber doch an dem – fakultätsintern gesehen – mit dem Kelsen-Kreis konkurrierenden Kreis um Othmar Spann teil.[115] Der später ebenfalls unter der Betreuung Kelsens habilitierte Fritz Schreier besuchte den Mises-Kreis[116] und vermutlich auch sporadisch das von Karl Menger (1902–1985) angebotene mathematische Kolloquium.[117] Kelsens Assistent Anfang der 1920er Jahre, Emanuel Winternitz,[118] ließ sich gelegentlich im Mises- wie im Geistkreis

---

[112] Zum Mises-Kreis vgl. oben Erster Teil, Kap. I, S. 29 (Anm. 73). Zu Kaufmanns Rolle in diesem Kreis vgl. *Ingeborg K. Helling*, Strömungen des methodologischen Individualismus – Alfred Schütz, Felix Kaufmann und der Mises-Kreis, in: Josef Langer (Hrsg.), Geschichte der österreichischen Soziologie: Konstituierung, Entwicklung und europäische Bezüge, Wien 1988, S. 185–201; *Herbert Fürth*, Einführung, in: Gottfried Haberler/Ernst Helmstädter (Hrsg.), Wiener Lieder zu Philosophie und Ökonomie von Felix Kaufmann, Stuttgart 1992, S. 11–14. Zum Einfluss des Kreises auf die Laufbahne von Voegelin vgl. *Voegelin*, Autobiographical Reflections (Anm. 111), S. 31–34. Vgl. auch Brief von Ludwig von Mises an Erich Voegelin von 18. Juli 1939, in: Stanford University, Hoover Institution Archives, Eric Voegelin Papers, Box 25, Folder 23.

[113] Der Geistkreis wurde als eine Art Dissidenz aus dem Spannkreis von Herbert Fürth und Friedrich Hayek im Herbst 1921 gegründet. Er gewann zunächst die Form eines interdisziplinären ‚Studentenkreises', der sich abwechselnd in der Wohnung der Mitglieder (häufig in den Wohnungen der Eltern der Mitglieder!) traf, um Probleme der Geisteswissenschaften wie der Kunst zu debattieren, vgl. dazu Brief von Herbert Fürth an Friedrich Hayek vom 20. Oktober 1970, in: Stanford University, Hoover Institution Archives, Friedrich A. von Hayek Papers, Box 21, Folder 8; [Interview mit Friedrich Hayek geführt von Axel Leijonhufvud], in: Nobel Prize-Winning Economist Friedrich A. von Hayek, hrsg. von Oral History Program – University of California, Los Angeles 1983, S. 33–37; *Herbert Fürth*, Erinnerungen an Wiener Tage, in: Wirtschaftspolitische Blätter 2 (1989), S. 247–253; *Ohad Reiss-Sorokin*, Thinking Outside the Circle: The Geistkreis and the Viennese „Kreis-Culture" in America, in: Modern Intellectual History (2021), S. 1–27; *Bruce Caldwell/Hansjoerg Klausinger*, Hayek: A Life 1899–1950, Chicago/London 2022, S. 149–155. Vgl. auch die von Ingeborg K. Helling geführten Interviews in: *Helling*, Felix Kaufmann in Perspective (Anm. 110), S. 41–53 (mit Herbert Fürth) und S. 53–57 (mit Gottfried von Haberler); *Voegelin*, Autobiographical Reflections (Anm. 111), S. 34–36.

[114] Es handelt sich um den sogenannten Wiener Kreis des logischen Positivismus um den Physiker und Philosoph Moritz Schlick (1882–1936), der 1922 auf die Universität Wien berufen wurde, vgl. *Massimo Ferrari*, 1922: Moritz Schlick in Wien, in: Friedrich Stadler/Hans Kürgen Wendel (Hrsg.), Stationen. Dem Philosophen und Physiker Moritz Schlick zum 125. Geburtstag, Wien/New York 2009, S. 17–62; *Hans-Joachim Dahms*, Der Neubeginn der Wiener Philosophie um Jahre 1922. Die Berufungen von Schlick, Bühler und Reininger, in: Janette Friedrich (Hrsg.), Karls Bühlers Krise der Psychologie. Positionen, Bezüge und Kontroversen in Wien der 1920er/30er Jahre, Cham 2018, S. 3–32 (16–24). Zum Schlick-Zirkel vgl. *Manfred Geier*, Der Wiener Kreis, Hamburg 1992, S. 68–72; *Rudolf Haller*, Neopositivismus. Eine historische Einführung in die Philosophie des Wiener Kreises, Darmstadt 1993; *Friedrich Stadler*, The Vienna Circle, Studies in the Origins, Development, and Influence of Logical Empiricism, Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/London 2015, S. 44–57.

[115] *Voegelin*, Autobiographical Reflections (Anm. 111), S. 32–34.

[116] Vgl. *Mises*, Notes and Recollections (Anm. 68), S. 69; *Mises*, Erinnerungen (Anm. 68), S. 66.

[117] Zum Mathematischen Kolloquium, das ab 1928/1929 regelmäßig dienstags stattfand, vgl. *Karl Menger*, Ergebnisse eines Mathematischen Kolloquiums, hrsg. von Egbert Dierker und Karl Sigmund, Wien 1998.

[118] Telegraphische Schilderungen der Wiener Öffentlichkeit in der Zwischenkriegszeit, wie

sichten, was auch für Alfred Schütz, der bei Kelsen promovierte, gilt.[119] Elisabeth Ephrussi kreiste ebenfalls zwischen Kelsen und Mises.

Insbesondere Ende der 1910er und Anfang der 1920er Jahre war die ‚*cross-fertilization*' der Kreise, von der sich der Kelsen-Kreis bereichern ließ, beeindruckend intensiv. Wegen des relativ eng getakteten Tempos der Treffen der unterschiedlichen Kreise hatten die Schüler Kelsens mitunter wöchentlich mehr als einen außeruniversitären, aber dennoch wissenschaftsorientierten Termin.[120] Der Kelsen-Kreis traf sich seit Ende 1913 monatlich am Sonntagabend; in unmittelbarer Konkurrenz dazu geschahen die Zusammenkünfte des Spannkreises ab Anfang der 1920er regelmäßig am Sonntagvormittag.[121] Alle 2 bis 4 Wochen fanden spätestens seit Herbst 1921 die Diskussionsrunden des Geistkreises statt.[122] Der Mises-Kreis, der sich in personeller Hinsicht erheblich mit dem Geistkreis deckte, hatte für sich ab 1922 alle zwei Wochen den Freitagabend in Anspruch genommen.[123] Ab dem Herbst 1924 traf sich der Schlick-Kreis regelmäßig alle zwei Wochen donnerstagabends.[124] Wird die Zeit zur Lektüre der zu besprechenden Texte und zur Vorbereitung auf die Referate mit einbezogen, waren die Seminarteilnehmer hinreichend mit abwechslungsreichen avantgardistischen Versuchen und Konzepten beschäftigt.

Auch Kelsen war relativ viel unterwegs, selbst wenn mit seinem Karriereaufstieg in den 1920er Jahren immer weniger Zeit übriggeblieben sein muss. Im

---

sie von Emanuel Winternitz erlebt und empfunden wurde, befinden sich in seinen „Erinnerungen": *Emanuel Winterniz*, The luggage of an immigrant [Typoskript und Handschrift], in: Graduate Center of the City of New York, Research Center for Music Iconography. Zur Rolle Winternitz's als Kelsens Assistent bzw. „Privatsekretär" vgl. *Christoph Kletzer*, Emanuel Winternitz, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre, Wien 2008, S. 553–564 (553 mit Fn. 1).

[119] Nach erfolgreicher Ablegung seiner Rigorosen wurde er am 19.12.1921 zum Doktor der Rechte promoviert. Für das juristische Doktorat war in Österreich keine Dissertation erforderlich. Zur Beteiligung von Schütz in den Wiener Kreisen vgl. *Helmut R. Wagner*, Alfred Schutz: An Intellectual Biography, Chicago 1983, S. 5–20. Vgl. auch *Peter Kurrild-Klitgaard*, The viennese connection: Alfred Schutz and the Austrian School, in: The Quarterly Journal of Austrian Economics 35 (2003), S. 35–67; *Christopher Schlembach*, Grundlegung aus dem Du als demokratischer Gedankenstil: Die kommunikative Wissenskultur der Wiener Kreise und *Der sinnhafte Aufbau der sozialen Welt*, in: Martin Endreß/Stephan Moebius (Hrsg.), Zyklos 5. Jahrbuch für Theorie und Geschichte der Soziologie, Wiesbaden 2019, S. 373–404.

[120] Zum ‚Terminkalender' der Kreise-Teilnehmer Anfang der 1920er siehe z. B. das Interview von Herbert Fürth in: *Helling*, Felix Kaufmann in Perspective (Anm. 110), S. 47 f.; *David Edmonds*, The Murder of Professor Schlick. The rise and fall of the Vienna Circle, Princeton/Oxford 2020, S. 67.

[121] Vgl. *Klaus-Jörg Siegfried*, Universalismus und Faschismus. Das Gesellschaftsbild Othmar Spanns, Wien 1974, S. 72.

[122] Vgl. *Helling*, Felix Kaufmann in Perspective (Anm. 110), S. 47 f. (Interview mit Herbert Fürth).

[123] *Mises*, Notes and Recollections (Anm. 68), S. 67 = *Ludwig von Mises*, Erinnerungen (Anm. 68), S. 64.

[124] Vgl. *Herbert Feigl*, The Wiener Kreis in America [1969], in: Herbert Feigl, Inquiries and Provocations. Selected Writings 1929–1974, Dordrecht/Boston/London 1981, S. 57–94 (59 f.); *Karl Sigmund*, Exact Thinking in Demented Times, The Vienna Circle and the Epic Quest for the Foundations of Science, New York 2017, S. 211–216.

Laufe der Zeit war er ab und an zu Sigmund Freuds Mittwochsseminar gegangen.[125] Mit dessen Kreis pflegte er mehr oder weniger konsistente Kontakte[126] und referierte im November 1921 (wahrscheinlich auf Einladung Freuds) in der Wiener Psychoanalytischen Vereinigung.[127] Er verkehrte mitunter mit Mitgliedern des Wiener Kreises des logischen Positivismus um Moritz Schlick,[128] ohne sich der in diesem Kreis um Durchsetzung streitenden epistemologischen Angebote zu bedienen.[129] Bekanntermaßen war er aufgrund Freundschaft mit dessen Mitgliedern

[125] Spätestens ab dem 13. Dezember 1911 wurde Kelsen als Mitglied der Wiener Psychoanalytischen Vereinigung aufgeführt, vgl. *Ernst Federn/Hermann Nunberg* (Hrsg.), Protokolle der Wiener Psychoanalytischen Vereinigung, Bd. 3: 1910–1911, Frankfurt 1979, S. XIV, 331. Allein zwischen Dezember 1911 und Oktober 1912 nahm er an einem halben Dutzend Sitzungen der Vereinigung teil, vgl. *Ernst Federn/Hermann Nunberg* (Hrsg.), Protokolle der Wiener Psychoanalytischen Vereinigung, Bd. 4: 1912–1918, Frankfurt 1981. S. 1, 5, 26, 94 f., 104. Alle Sitzungen, in denen Kelsen anwesend war, sind aufgelistet und kurz beschrieben in: *Olechowski*, Biographie (Anm. 2), S. 371. Allerdings wird er trotz der Auflistung seines Namens im Tableau der Mitglieder durchgängig als Gast ins Protokoll der jeweiligen Sitzungen im Jahre 1912 aufgenommen.

[126] Persönlich befreundet war er nach eigenen Angaben mindestens mit Paul Federn (1871–1950), Eduard Hitschmann (1871–1957) und Hanns Sachs (1881–1947), vgl. *Kurt Eissler*, Interview mit Hans Kelsen vom 19. Dezember 1953, in: Library of Congress, Sigmund Freud Collection, Manuscript Division, Box ZR 12, 32. S., S. 17. Ende der 1920er Jahre scheint Kelsen immer noch einfachen Zugang zu Freud und seinem Kreis gehabt zu haben, sodass er als eine Art Brücke zwischen Rechtswissenschaft und Psychoanalyse diente: „If I am recommended by Kelsen and have a fixed list of questions to discuss at some length I may later see him [Sigmund Freud]" (Brief von Harold Lasswell an Anna und Linden Lasswell vom 12. August 1928, in: Yale University Library, Manuscripts and Archives, Harold Dwight Lasswell Papers [MS 1043], Box 56, Folder 782).

[127] Thema des am 30. November 1921 gehaltenen Referats war „Der Begriff des Staates und Freuds Massenpsychologie", vgl. *Karl Fallend*, Sonderlinge, Träumer, Sensitive. Psychoanalyse auf dem Weg zur Institution und Profession. Protokolle der Wiener Psychoanalytische Vereinigung und biographische Studien, Wien 1995, S. 216–217; im Protokoll der Sitzung wird Kelsen als Gast registriert. Der ausgearbeitete Vortrag wurde 1922 in der „Imago" publiziert (vgl. *Hans Kelsen*, Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung der Freudschen Theorie der Masse, in: Imago. Zeitschrift für Anwendung der Psychoanalyse auf die Geisteswissenschaften 8 [1922], S. 97–141 = HKW 7, S. 27–68).

[128] Vgl. Rudolf Carnap Papers, 1905–1970, ASP.1974.01, Archives of Scientific Philosophy, Archives & Special Collections, University of Pittsburgh Library System, box 25, folder 73, Rudolf Carnaps Tagebuch Dez. 1928–Dez. 1929, Eintrag vom 14. November 1929. In einem späteren Brief an Otto Neurath (1882–1945) bedauerte Kelsen, nicht in näheren wissenschaftlichen Kontakt mit dem Wiener Kreis gekommen zu sein (vgl. Brief von Hans Kelsen an Otto Neurath vom 15. Februar 1936, zit. in: *Friedrich Stadler*, Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre – Über Familienähnlichkeiten, in: Clemens Jabloner/Friedrich Stadler [Hrsg.], Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre. Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule, Wien/New York 2001, S. IX–XXI [XVI–XVII]). Stadler ordnet Kelsen in die Peripherie des Wiener Kreises ein, vgl. *Friedrich Stadler*, What is the Vienna Circle? Some methodological and historiographical answers, in: Friedrich Stadler (Hrsg.), The Vienna Circle and Logical Empiricism. Re-Evaluation and Future Perspectives, New York 2003, S. XI–XXIII (XXI Fn. 5).

[129] Zu den Berührungen zwischen den Wissenschaftsprogrammen beider Kreise vgl. *Clemens Jabloner*, Objektive Normativität. Zu einem Bezugspunkt von Reiner Rechtslehre und Wiener Kreis, in: Robert Walter/Werner Ogris/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit. Ergebnisse einer internationalen Tagung, veranstaltet von der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs und dem Hans Kelsen-Institut (19.–21. April 2009), Wien 2009, S. 169–182; *Johann Helwig*, Cercle de Vièn̈ne et École viennoise de la théorie du droit, in: Cathe-

nah am Kreis der Austromarxisten um Otto Bauer.[130] Ab 1922 lassen sich sporadische Besuche Kelsens beim Freitagstreffen des Mises-Kreises vermuten.[131] In den 1920er Jahren muss er auch Zeit gefunden haben für die geschichtswissenschaftlichen Treffen der Friedjung-Gesellschaft,[132] welche zunächst von Alfred Francis Pribřam (1859–1942) und Ende der 1930er von Historiker Friedrich Engel-Jánosi (1893–1978) – er selbst während der 1920er Mitglied der Privatseminare Kelsens – veranstaltet wurden.[133] Die Interaktionen mit außerrechtswissenschaftlichen Kreisen spiegelten sich gelegentlich in den Publikationen wie bei den Forschungsinteressen Kelsens und deren Mitstreiter wider. Wenn nicht notwendigerweise durch Meinungsveränderungen, lässt sich doch die Auswirkung der Kreisüberschneidungen durch Akzentverschiebungen bzw. Themenabwechslungen gerade in Kelsens Schaffen nachvollziehen.[134] Da nicht nur bei Kelsen Überlagerungen mit anderen Wiener Kreisen festzustellen sind, haben sicher auch seine neugierigen Schüler die intellektuellen Angebote der „glänzenden Märchenstadt“[135] wahrgenommen und gelegentlich neue Stoffe zur Diskussion im Privatseminar eingebracht.[136] Auch die umgekehrte Richtung wurde eingeschlagen und

---

rine Haguenau-Moizard et alii (Hrsg.), L'Autriche-Hongrie des années 1866–1918: une contribution exceptionnelle à la protection des droits de l'Homme/Das Österreich-Ungarn der Jahre 1866–1918: Ein Herausragender Beitrag zum Schutz der Menschenrechte, Nijmegen 2020, S. 151–170.

[130] Kelsen soll Anfang der 1920er Jahre zusammen mit Max Adler (1873–1937) oft im Café Landtmann zu sichten gewesen sein, vgl. *Ryuichi Nagao*, Hans Kelsen in Japan, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Hans Kelsen anderswo/Hans Kelsen abroad. Der Einfluss der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern, Teil III, Wien 2010, S. 204–225 (204 f.). Zum Verhältnis zwischen Bauer und Kelsen vgl. *Ernst Hanisch*, Der Grosse Illusionist Otto Bauer (1881–1938), Wien 2011, S. 38.

[131] Zu den zahlreichen Berührungen der Laufbahnen von Kelsen und Mises vgl. *Paul Silverman*, Law and Economics in Interwar Vienna. Kelsen, Mises, and The Regeneration of Austrian Liberalism, V. 1, Dissertation submitted to the Faculty of the Division of Social Sciences in Candidacy for the Degree of Doctor of Philosophy, Chicago 1984, S. 27–114.

[132] Zur Friedjung-Gesellschaft vgl. *Michael Hainisch*, 75 Jahre aus bewegter Zeit. Lebenserinnerungen eines österreichischen Staatsmannes, bearbeitet von Friederich Weissensteiner, Wien/Köln/Graz 1978, S. 131, 284; *Günter Fellner*, Ludo Moritz Hartmann und die österreichische Geschichtswissenschaft, Wien/Salzburg 1985, S. 310 f.

[133] Vgl. *Engel-Jánosi*, Aber ein stolzer Bettler (Anm. 76), S. 113–115; *Friedrich Stadler*, Der Wiener Kreis – Versuch einer Typologie, in: Paul Kruntorad (Hrsg.), Jour fixe der Vernunft. Der Wiener Kreis und die Folgen, Wien 1991, S. 23–41 (37).

[134] Exemplarisch ist die Reihe von Beiträgen und Ausführungen Kelsens zu psychoanalytischen und psychologischen Themen in den 1920er Jahren, vgl. *Kelsen*, Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie (Anm. 127) = HKW 7, S. 27–68; *Hans Kelsen*, Gott und Staat, in: Logos. Internationale Zeitschrift für die Philosophie der Kultur 11 (1922/1923), S. 261–284 = HKW 7, S. 435–458; *Hans Kelsen*, Zur Soziologie der Demokratie, in: Der österreichische Volkswirt 19 (1926), S. 209–211, 239– 242; *Hans Kelsen*, Der Staatsbegriff und die Psychoanalyse, in: Almanach [der Psychoanalyse] 2 (1927), S. 135–141. Aus dem späteren Schrifttum vgl. *Hans Kelsen*, Staatsform und Weltanschauung, Tübingen 1933; *Hans Kelsen*, L'ame et le Droit, in: IIe Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique 1935/1936, Paris 1936, S. 60–80, 82.

[135] Vgl. *Otto Friedländer*, Letzter Glanz der Märchenstadt. Bilder aus dem Wiener Leben um die Jahrhundertwende 1890–1914, Wien 1948.

[136] So berichtet Hayek, dass Felix Kaufmann die Mitglieder des Geisterkreises über Ereignis-

eher mit anderen Kreisen fest verbundene Persönlichkeiten fanden hin und wieder sonntags den Weg in Kelsens Wohnung, wie es sich durch die Beispiele von Richard Strigl in den Ursprüngen des Privatseminars oder von Engel-Jánosi in den 1920er veranschaulichen lässt.

Da die Kreise nicht ausschließlich auf sich selbst bezogen waren, wurde die Resonanz der innovativen Konzepte dieser avantgardistischen Formationen erheblich amplifiziert. Die eher lockeren Beziehungen („weak[er] ties")[137] innerhalb wie zwischen den Kreisen sorgten für wechselseitige theoretische Rezeptionen, d. h. für gewisse inhaltliche Verflechtungen, sodass Begriffe, Methoden und Modelle durch die Wiener Kreise hindurchgereist sind.[138] Dem Denkkollektiv der Reinen Rechtslehre kam die Bewegung seiner Mitglieder von Zirkel zu Zirkel zugute, denn die persönlichen Kontakte und die Ideenzirkulation trugen zu einem (nicht unwesentlichen) Kreativitätsschub bei.

3. Der universitäre Mikrokosmos: Die Reine Rechtslehre als eine Komponente des österreichischen akademischen Systems

Die gegenseitige Befruchtung zwischen den Kreisen fand auch ihren funktionsähnlichen Mechanismus in den inneruniversitären Lehrveranstaltungsdynamiken, wie in der institutionellen Strukturierung der akademischen Riten. Die spätestens ab Anfang der 1920er Jahre in den größeren Hörsälen angebotenen, oft konkreten Problemen des österreichischen positiven Rechts gewidmeten Lehrveranstaltungen des schon 1919 zum Richter des österreichischen Verfassungsgerichtshofs[139] ernannten Professors Kelsen wurden allmählich außerordentlich gut besucht.[140] Als Gutachter in zahlreichen Promotions- wie Habilitationsverfahren hatte er nicht nur die Chance, ein Stück weit die wissenschaftliche Ausgestaltung der rechts- und staatswissenschaftlichen Forschung in der Wiener Universität zu lenken, sondern sicherte institutionell eine weitere Plattform für intellektuelle Anregungen. Durch

---

se aus dem Schlick-Kreis informierte, vgl. *Kresge*, Hayek on Hayek (Anm. 68), S. 42. Etwas Ähnliches dürfte auch im Kreis um Kelsen geschehen sein.

[137] *Mark S. Granovetter*, The Strength of Weak Ties, in: American Journal of Sociology 78 (1973), S. 1360–1380.

[138] „The stimulus to original thought stems very often – one suspects most often – from the inconsistencies, mutual incomprehension and conflict between pre-existing patterns of knowledge. […] [C]reativity for a scholarly community requires once in a while escaping the strong ties of all like-minded individuals" (*Axel Leijonhufvud*, Wandering thoughts on the migration of knowledge, in: Hagen M. Krämer/Heinz D. Kurz/Hans-Michael Trautwein [Hrsg.], Macroeconomics and the History of Economic Thought, London/New York 2012, S. 165–169 [169]).

[139] Dazu vgl. *Olechowski*, Biographie (Anm. 2), S. 255–262.

[140] „Beispiellos sind die Lehrerfolge Kelsens, nicht nur in seinen überfüllten Vorlesungen und Seminaren, sondern auch in der über viele Länder sich erstreckenden ‚Kelsen-Schule', die den Namen der Wiener Alma Mater aufs neue in die Welt getragen hat" (*Josef Kunz*, Hans Kelsen zu seinem 50. Geburtstag, in: Neue Freie Presse Nr. 24092 vom 10. Oktober 1931, S. 3). Vgl. auch *Leo Gross*, Hans Kelsen. October 11, 1886–April 15, 1973, in: The American Journal of International Law 67 (1973), S. 491–501 (492) – die Angaben von Geburts- und Todesdatum sind offensichtlich inkorrekt; *Silving*, Memoirs (Anm. 87), S. 99.

die Begutachtung neuer Dissertationen und Habilitationsschriften konnte er stets auf dem aktuellen Stand nicht nur der rechts-, sondern auch weitgehend der staats- und der wirtschaftswissenschaftlichen Neuerscheinungen sein.[141] Manchen der Mitglieder des Privatseminars, die im Laufe der 1910er Jahre in ihrer wissenschaftlichen Entfaltung von Kelsen konsequent begleitet und gefördert wurden, verhilft der Lehrer noch weiter zum akademischen Durchbruch: Ab 1919 führt Kelsen eine eindrucksvolle Anzahl seiner Schüler zur Habilitation in der *Alma Mater Rudolphina*.

Als Erster von den Schülern Kelsens wurde 1919 Adolf Julius Merkl für „Allgemeines und deutschösterreichisches Staatsrecht, Verwaltungslehre und Verwaltungsrecht" habilitiert.[142] Kaum ein halbes Jahr danach unterstützte Kelsen 1920 Fritz Sander bei der Erlangung der *venia* für „Allgemeine Staatslehre, Rechtsphilosophie und deren Geschichte".[143] Walter Henrich ist 1922 genau wie Sander als Privatdozent für „Allgemeine Staatslehre, Rechtsphilosophie und deren Geschichte" zugelassen worden;[144] Felix Kaufmann noch am selben Tag (1922)[145] wie Henrich und Fritz Schreier kaum drei Jahre später (1925)[146] erhielten die *venia*

[141] Im Gegensatz zum Studium der Rechts- *und* Staatswissenschaften musste das Studium der Staatswissenschaften an der Wiener Universität mit einer Dissertation abgeschlossen werden.

[142] Am 5. Dezember 1919 wurde ihm aufgrund der Arbeit „Die Verfassung der Republik Deutschösterreichs, ein kritisch-systematischer Grundriß", die von den Professoren Adolf Menzel (1857–1938) und Hans Kelsen positiv begutachtet wurde, die *venia legendi* erteilt. Den Probevortrag hielt er zum Thema „Rechtskraft rechtswidriger Verwaltungsakte" (vgl. ÖStA, AVA, Unterricht Allgemein, Universität Wien, 4 Jus, Personalakt Adolf Julius Merkl [im Folgenden: PA Merkl], Z. 27385/1919). Publiziert wurde die Arbeit als *Adolf Merkl*, Die Verfassung der Republik Deutschösterreich. Ein kritisch-systematischer Grundriß, Wien/Leipzig 1919.

[143] Am 24. Juli 1920 wurde Sander aufgrund der Arbeit „Staat und Recht. Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung, I. Band. Staatssubstanz und Rechtsfunktion. Eine dogmenkritische Untersuchung", welche von Kelsen und Menzel positiv evaluiert wurde, durch Bestätigung des Beschlusses des Professoren-Kollegs vom Staatsamt für Unterricht habilitiert. Der am 5. Juli 1920 gehaltene Probevortrag handelte von „Das Verhältnis von Staat und Recht in der Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts" (vgl. PA Demelius [Anm. 67], Z. 13.322-I/1920). Publiziert wurde die Habilitationsschrift erst im Jahre 1922 als zweibändiges Werk, vgl. *Fritz Sander*, Staat und Recht. Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung, 2 Hbd., Hb. 1, Wien 1922.

[144] Am 28. Juli 1922 aufgrund der Habilitationsschrift „Theorie des Staatsgebiets" und gestützt auf die positiven Gutachten von Kelsen und Menzel empfing Henrich durch Beschluss des Professoren-Kollegs die *venia* (vgl. PA Henrich [Anm. 17], Z. 15175/1922). Thema und Datum des Probevortrags konnten aufgrund der bestehenden archivarischen Lage nicht bestimmt werden. Publiziert wurde die Habilitationsarbeit als *Walter Henrich*, Theorie des Staatsgebiets. Entwickelt aus der Lehre von den lokalen Kompetenzen der Staatsperson, Wien/Leipzig 1922.

[145] Am 28. Juli 1922 aufgrund der Arbeit „Logik und die Rechtswissenschaft" und gestützt auf die Gutachten von Kelsen und Alexander Hold-Ferneck (1875–1955) wurde Kaufmann durch Beschluss des Professoren-Kollegs habilitiert. Thema seines Probevortrags war „Rechtsbegriffe" (vgl. ÖStA, AVA, Unterricht Allgemein, Universität Wien, 4 Jus, Personalakt Felix Kaufman, Z. 15174/1922). Publiziert wurde die Habilitationsschrift als *Felix Kaufmann*, Logik und Rechtswissenschaft. Grundriss eines Systems der reinen Rechtslehre, Tübingen 1922.

[146] Am 18. Juli 1925 wurde Schreier aufgrund der Arbeit „Grundbegriffe und Grundformen des Rechts" nach einem umstrittenen Verfahren die *venia* erteilt (vgl. ÖStA, AVA, Unterricht Allgemein, Universität Wien, 4 Jus, Personalakt Fritz Schreier [im Folgenden PA Schreier], Z. 3137-I/1925). Der Probevortrag fand wohl am 9. Juli 1924 statt; das Thema konnte aufgrund der beste-

für „Rechtsphilosophie". Abschließend wurde Erich Voegelin (1928) zunächst für „Gesellschaftslehre" habilitiert;[147] seine *venia* wurde dann 1931 um „Allgemeine Staatslehre" erweitert.[148] Die völkerrechtsbezogenen Habilitationen von Verdross (1921)[149] und Josef Laurenz Kunz (1927)[150] dürfen auch auf das Gravitationszentrum der Kelsen-Schule zurückgeführt werden, obwohl Kelsen in den jeweiligen Verfahren nicht als Gutachter fungierte.[151] Legt man die Puzzleteile zusammen, ist man mit acht an der Wiener juristischen Fakultät unter der Betreuung bzw. Unterstützung Kelsens habilitierten jüngeren Rechtswissenschaftlern konfrontiert, die alle im Zentrum des Kelsen-Kreises stehen und – bis auf Voegelin – dem harten Kern der Wiener Schule der Rechtstheorie angehören, indem sie gemeinsam an einem geteilten Forschungsprogramm arbeiten.

Insgesamt hat Kelsen ab Ende der 1910er Jahre bis zu seinem Weggang aus Wien im Jahre 1930 „praktisch im Jahresturnus"[152] Mitglieder seines Privatsemi-

---

henden archivarischen Lage nicht bestimmt werden. Publiziert wurde die Habilitationsarbeit als *Schreier*, Grundbegriffe (Anm. 101).

147 Am 26. Juli 1928 wurde Voegelin aufgrund der Arbeit „Über die Form des Amerikanischen Geists" dank der positiven Gutachten von Kelsen und Othmar Spann habilitiert (vgl. ÖStA, AVA, Unterricht Allgemein, Universität Wien, 4 Jus, Personalakt Erich Voegelin [im Folgenden: PA Voegelin], Z. 29159–II/1928). Die Schrift wurde publiziert als *Erich Voegelin*, Die Form des Amerikanischen Geistes, Tübingen 1928.

148 Vgl. PA Voegelin (Anm. 147), Z. 9670–I/31.

149 Am 1. Februar 1921 wurde Verdross aufgrund der positiven Begutachtung der Habilitationsschrift „Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung und der Strafanspruch der Staaten" durch Leo Strisower (1857–1931) und Wenzel Gleispach (1876–1944) während der Dekanatszeit Kelsens für das Fach „Völkerrecht" habilitiert. In der Sitzung des Professoren-Kollegiums von 17. Juli 1920 wurde entschieden, Gleispach statt Kelsen mit der Verfassung des zweiten Gutachtens zu beauftragen, da Kelsen für das nächste Studienjahr zum Dekan ausgewählt wurde (vgl. Protokoll der XII. Sitzung des Professoren-Kollegiums der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät von 17. Juli 1920, in: ÖStA, AVA, Unterricht Allgemein, Universität Wien, 4 Jus, Sitzungsprotokolle des Professoren-Kollegiums der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät, Z. 14573/20). Thema des am 22. Januar 1921 gehaltenen Probevortrags war „Das Mehrheitsprinzip im Völkerrecht" (vgl. ÖStA, AVA, Unterricht Allgemein, Jus 4, Personalakt Alfred Verdross, Z. 1627-I/1921). Publiziert wurde die Habilitationsarbeit bereits 1920 als *Alfred Verdross*, Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung und der Strafanspruch der Staaten, Berlin 1920.

150 Das durch die Einreichung des Gesuchs am 26. Oktober 1920 initiierte Habilitationsverfahren von Josef Kunz, im Rahmen dessen Strisower und Hold-Ferneck als Referenten agierten, wird erst am 11. Juni 1927 nach erheblichen Komplikationen mit der positiven Entscheidung des Professorenkollegiums – minus eine Stimme – mit der Verteilung der *venia legendi* für das Fach „Völkerrecht" abgeschlossen (vgl. ÖStA, AVA, Unterricht Allgemein, Jus 4, Personalakt Josef Kunz, Z. 23733-I/1927). Als Habilitationsschrift wurde die Arbeit „Die völkerrechtliche Option, Bd. 1, System der Option. Die Option im deutschen und bulgarischen Friedensvertrag" vorgelegt und angenommen. Thema des am 11. Juni 1927 gehaltenen Probevortrags war „Die de facto Regierung im Völkerrecht". Publiziert wurde die Habilitationsarbeit als *Josef Kunz*, Die völkerrechtliche Option, Bd. 1, Breslau 1925.

151 Über Kunz berichtet Merkl, er habe wegen „vielfachen Berührungen mit der Schülergemeinde um *Kelsen*" „volle[] Vertrautheit" mit den persönlichen Verhältnissen innerhalb des Kreises um Kelsen, „wenngleich [er] kein Schüler *Kelsens*" sei, vgl. *Merkl*, Ein Kampf gegen die normative Jurisprudenz (Anm. 98), S. 1 (Fn. 2) = Merkl-GS I/1, S. 339–364 (339 Fn. 2).

152 *Olechowski/Ehs/Staudigl-Ciechowicz*, Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät (Anm. 85), S. 491.

nars an der juristischen Fakultät der Wiener Universität habilitiert. Die Wiener Schule sah sich dabei gerade an strategischen Stellen des Studienprogramms durch junge Dozenten repräsentiert. Verfassungs- und Verwaltungs- wie Völkerrecht, aber auch Rechtstheorie und Rechtsphilosophie wurden in einem erheblichen Maß von Kelsens Schülern mitgestaltet.

Der kometenhafte und konsequente Aufstieg Kelsens und der Reinen Rechtslehre verliefen nicht reibungslos. „Je größer und selbstbewusster" die Wiener Schule wurde, „desto stärker wurde […] auch der Widerstand, der sich gegen sie richtete".[153] Diese Widerstände manifestierten sich einerseits in fakultätsinternen Konflikten, die einige Schüler Kelsens bei ihren Versuchen, sich an der juristischen Fakultät zu habilitieren, voll trafen. Dies lässt sich besonders deutlich an den turbulenten Habilitationsverfahren von Fritz Schreier[154] und Josef Kunz[155] sehen, aus denen Kelsen in gewisser Hinsicht gestärkt herauskam, da er die aufgestellten Hindernisse überwand und die Habilitation seiner *Protegés* durchsetzen konnte.[156] Andererseits vermehrten sich die literarischen Angriffe auf die Lehren der jungösterreichischen Schule.[157] Stillschweigend schienen Kelsen und Spann – eine

[153] *Olechowski/Ehs/Staudigl-Ciechowicz*, Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät (Anm. 85), S. 491.

[154] In beiden Fällen lassen sich die fakultätsinternen Rivalitäten zwischen Kelsen und Alexander Hold-Ferneck zu Lasten der Schüler Kelsens erblicken, vgl. PA Schreier (Anm. 146), Z. 17322/25. Die Habilitation Schreiers wurde dank der von Hold-Ferneck erhobenen Widersprüche um mehr als ein Jahr verzögert. Hold-Ferneck war es gelungen, dass die Professoren Ernst Schwind (1865–1932), Gleispach und Spann sich seinem Sondervotum in der Habilitationskommission anschlossen und sich gegen die Zuteilung der *venia legendi* an Schreier aussprachen, vgl. dazu *Goller*, Naturrecht, Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie? (Anm. 49), S. 194–212, S. 238–250. Zu den „fakultätsinterne[n] Kämpfe[n]" vgl. *Olechowski/Ehs/Studigl-Ciechowicz*, Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät (Anm. 85), S. 489–493.

[155] Zum Habilitationsverfahren von Josef Kunz vgl. noch *Jörg Kammerhofer*, Josef Laurenz Kunz, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre, Wien 2008, S. 243–260 (243–247). Vgl. auch *Goller*, Naturrecht, Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie? (Anm. 49), 254–257.

[156] Die von Hans Kelsen aufgestellte – in diesem Zusammenhang zu deutende – Behauptung, er habe (auch) Fritz Sander gegen erhebliche Widerstände zur Habilitation geführt, lässt sich angesichts der archivarischen Lage allerdings nicht bestätigen, vgl. *Kelsen*, Autobiographie [1947] (Anm. 29), S. 62. Das kurze Intervall zwischen dem Einreichen des Gesuchs durch Sander und der Zuteilung der *venia legendi* lädt eigentlich zu einer gegenteiligen Vermutung ein. Das Gesuch wurde gestellt am 28. April 1920; bereits am 30. April 1920 wurden Kelsen und Menzel als Berichterstatter für das Habilitationsverfahren Sander bestellt (vgl. Protokoll der Sitzung des Professoren-Kollegiums vom 30. April 1920, in: ÖStA, AVA, Unterricht Allgemein, Universität Wien, Sitzungsprotokolle des Professoren-Kollegiums der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät, Z. 8912–1920). Am 24. Juli 1920 war Sander aufgrund der Bestätigung durch das Bundesministerium für Unterricht des einstimmigen Beschlusses des Professoren-Kollegiums von 5. Juli 1920 habilitiert (vgl. PA Demelius [Anm. 67], Z. 13.322-I/1920; ÖStA, AVA, Unterricht Allgemein, Universität Wien, 4 Jus, Personalakt Fritz Sander). Leider waren die Gutachten von Kelsen und Menzel zur Habilitationsschrift Sanders bisher nicht auffindbar.

[157] Vgl. *Axel-Johannes Korb*, Kelsens Kritiker. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechts- und Staatstheorie (1911–1934), Tübingen 2010, S. 77–105. Bei manchen literarischen Angriffen gegen die Reine Rechtslehre spielte der Antisemitismus zunehmend eine Rolle, vgl. *Jürgen Busch/Kamila Staudigl-Ciechowicz*, „Ein Kampf ums Recht". Bruchlinien in Recht, Kultur, und Tradition in

der „*prima donnas*“[158] der Wiener Nationalökonomie – darüber hinaus die Ausgestaltung des Lehre-Profils der juristischen Fakultät zu disputieren. Aber nicht nur Kelsen und Spann, sondern auch die jeweiligen Kreise stapelten sich um die Sympathie und das Interesse von Studentinnen und Studenten.[159] Während die Spannianer ihresgleichen in einer „akademischen Kettenreaktion“[160] rekrutierten, zeichnete sich der Kreis um Kelsen weniger durch die Anbetung der Reinen Rechtslehre als durch die gleiche Gesinnung aus, bestehenden rechtstheoretischen Problemen kritisch nachzugehen. Kelsen sammelte Männer und Frauen um sich, die ihn herausforderten, und förderte dabei auch divergentes Denken, sodass er in seinen Schülerinnen und Schülern scharfsinnige Leser und Zuhörer fand, die zur Verfeinerung und Weiterentwicklung seiner Thesen beitrugen, ohne auf die Entwicklung eigener Lehren und Modelle zu verzichten. Nicht zuletzt wird dies im Bereich des Problems des ‚rechtswidrigen Rechts‘ zu beobachten sein.

---

der Kontroverse zwischen Kelsen und Hold-Ferneck an der Wiener Juristenfakultät, in: Szabolcs Hornyák et alii (Hrsg.), Turning Points and Breaklines (= Jahrbuch Junge Rechtsgeschichte 4), München 2009, S. 110–138.

158 Zur Bezeichnung von Hans Mayer (1879–1955), Mises und Spann als „the prima donnas“ der Wiener Nationalökonomie durch den Vertreter der Rockefeller Foundation, John van Sickle (1892–1975), vgl. *Robert Leonard*, Von Neumann, Morgenstern and the creation of game theory: from chess to social science, 1900–1960, Cambridge 2010, S. 79, 171.

159 Unter den Nationalökonomen war Othmar Spann während der 1920er Jahre „der erfolgreichste Lehrer bei den Studenten, vor allem der Rechtswissenschaften […]“ (*Anton Amann*, Soziologie in Wien, Entstehung und Emigration bis 1938, in: Friedrich Stadler [Hrsg.], Vertriebene Vernunft I. Emigration und Exil österreichischer Wissenschaft 1930–1940, Wien 1987, S. 214–237 [219]); „Spann hat in Wien, soweit deutsche Studentenschaft in Frage kommt, den staatswissenschaftlich unbedingt dominierenden Lehrstuhl“ (Bericht von Paul Karrenbrock im Juni 1931, in: *N. N.*, Der Spannkreis, Gefahren und Auswirkungen, in: Deutsches Bundesarchiv Berlin, R. 558, Nr. 497, S. 47). Zum Spann-Kreis vgl. auch *Janek Wasserman*, Black Vienna. The Radical Right in the Red City 1918–1938, Ithaca/London 2014, S. 74–105; *Andreas Huber*, Gesellschaftslehre zwischen Krucken- und Hackenkreuz. Einfluss und Wirken des Kreises um Othmar Spann, in: Andreas Kranebitter/Christoph Reinprecht (Hrsg.), Die Soziologie und der Nationalsozialismus in Österreich, Bielefeld 2019, S. 173–190. Kelsen und die zu dessen Kreis hinzuzählenden Dozenten hingegen übten auf die linken und die liberalen Studenten große Anziehungskraft aus, vgl. *Gerhard Oberkofler*/*Peter Goller*, Der junge Alfred Klahr im Umfeld der Kelsen-Schule, in: Mitteilungen der Alfred Klahr Gesellschaft 1 (1997), S. 1–3 (1). Der Majakovski Übersetzer Hugo Huppert (1902–1982), der seine staatswissenschaftliche Doktorarbeit unter Kelsens Betreuung schrieb, berichtet: „Neben den ältlich schon abgenützten Typen im Professorenkollegium wirkte Kelsen wie ein erfrischendes, überraschend erfreuliches Phänomen, weder fanatisch noch angestaubt, weder salopp noch allzu steifleinen“ (*Huppert*, Die angelehnte Tür [Anm. 80], S. 444). Vgl. noch *Hilde Koplenig*, „… genug Geschichte erlebt.“ Hilde Koplenig (1904–2002): Erinnerungen, hrsg. von Ilse Korotin und Karin Nusko, Wien 2008, S. 41.

160 *Karl H. Müller*, Die Idealwelten der österreichischen Nationalökonomen, in: Friedrich Stadler (Hrsg.), Vertriebene Vernunft I. Emigration und Exil österreichischer Wissenschaft 1930–1940, Wien 1987, S. 238–275 (241). Einen differenzierten Überblick zu Spann und seinem Kreis bietet *Reinhard Müller*, Das Leben Othmar Spanns: Ein Vortrag von Hans Riehl 1954. Eingeleitet, herausgegeben und kommentiert von Reinhard Müller, in: Martin Endreß/Klaus Lichtblau/Stephan Moebius (Hrsg.), Zyklos 1. Jahrbuch für Theorie und Geschichte der Soziologie 2015, S. 341–353; vgl. auch *Hans Riehl*, Das Leben Othmar Spanns, in: Martin Endreß/Klaus Lichtblau/Stephan Moebius (Hrsg.), Zyklos 1. Jahrbuch für Theorie und Geschichte der Soziologie 2015, S. 353–382.

Kelsen – wie Spann[161] – ist es gelungen, nicht nur einstige Studierende zu Mitgliedern seines Kreises und gelegentlich zu Anhängern der Reinen Rechtslehre zu machen, sondern auch Mitglieder seines Kreises über Promotion und Habilitation in universitäre Positionen zu vermitteln. In den 1920er Jahren las er regelmäßig neben den zu Extraordinarien gewordenen Merkl und Verdross an der juristischen und staatswissenschaftlichen Fakultät.[162] In unterschiedlichen Momenten sah er sich von zu Privatdozenten gewordenen Schülern mit dem erworbenen Status von Lehrkollegen umgeben. Paradigmatisch ist das Wintersemester 1925/26, als schon sechs Schüler Kelsens habilitiert waren, von denen fünf nun gleichzeitig in Wien tätig wurden. Damals tauchten neben Kelsen Henrich, Kaufmann, Merkl, Schreier und Verdross im Vorlesungsverzeichnis auf, sodass der Ansatz der Reinen Rechtslehre – wenn auch nicht in einer einheitlichen Version – qua *Forscherformation* mit 33 wöchentlichen Stunden, verteilt auf 15 Lehrveranstaltungen, im Vorlesungsprogramm vertreten war.[163] Die Reine Rechtslehre avancierte also rasant zum Imprint der juristischen Fakultät in Wien. Exemplarisch ist in dieser Hinsicht, dass einige Kurse mit explizitem Bezug auf (die) Reine Rechtslehre im Vorlesungsverzeichnis auffindbar waren. Schon im Wintersemester 1922/23 wie im Sommersemester 1923 veranstaltete z. B. Felix Kaufmann „Übungen (!) aus reiner Rechtslehre“ für

[161] In den 1920er Jahren führte Spann folgende Schüler zur Habilitation: Jakob Baxa (1923), Wilhelm Andreae (1925), Gustav Seidler-Schmid (1926), Johannes Sauter (1927), Walter Heinrich (1928) und Klaus Thiede (1929). Hinzu kamen noch die Habilitationen von Ferdinand Westphalen (1932) und Hermann Roeder (1933), zu einem Zeitpunkt, zu dem Kelsen schon nicht mehr in Wien war, vgl. *Hansjörg Klausinger*, Hans Mayer, Last Knight of the Austrian School, Vienna Branch, in: History of Political Economy 47 (2015), S. 271–305 (283). Vgl. auch *Christian Fleck*, Zum intellektuellen Umfeld der Wiener Jahre von Alfred Schütz, in: Kurt R. Leube/Andreas Pribersky (Hrsg.), Krise und Exodus. Österreichische Sozialwissenschaften in Mitteleuropa, Wien 1995, S. 98–116 (111 f.).

[162] Merkl wurde am 4. Dezember 1920 zum außerordentlichen Professor der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Wiener Universität ernannt, vgl. PA Merkl (Anm. 142), ad Z. 24002/20; Verdross wurde am 28. Juni zum 1. Oktober 1924 zum außerordentlichen Professor für „systematische Rechtsphilosophie“ und bereits am 10. August zum 1. Oktober 1925 zum ordentlichen Professor ernannt, vgl. UAW, Senat S 304, Sig. 1315 vol. 12, Personalakt Alfred Verdross Edler von Drossberg.

[163] Vgl. Öffentliche Vorlesungen an der Universität zu Wien, Wintersemester 1925/26, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, S. 8–13. Das gleiche Rein-Rechtler-Team sorgte im SoSe 1926 für 26 wöchentliche Stunden, verteilt auf 14 Lehrveranstaltungen; im WS 1926/1927 waren es 30 wöchentliche Stunden in 12 Lehrveranstaltungen und im SoSe 1927 35 wöchentliche Stunden in 14 Lehrveranstaltungen. Den oben genannten Dozenten fügte sich im WS 1927/1928 Josef Kunz hinzu, sodass nun 32 wöchentliche Stunden Reiner Rechtslehre und deren rechtsdogmatische Anwendungen, verteilt auf 13 Lehrveranstaltungen, im Vorlesungsverzeichnis zur Verfügung registriert waren; im SoSe 1928 boten die sieben Rein-Rechtler nochmals 13 Lehrveranstaltungen an, die 36 wöchentliche Stunden umfassten (vgl. Öffentliche Vorlesungen an der Universität zu Wien, Sommersemester 1926, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, S. 7–12; Öffentliche Vorlesungen an der Universität zu Wien, Wintersemester 1926/1927, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, S. 8–13; Öffentliche Vorlesungen an der Universität zu Wien, Sommersemester 1927, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, S. 8–13; Öffentliche Vorlesungen an der Universität zu Wien, Wintersemester 1927/1928, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, S. 8–13; Öffentliche Vorlesungen an der Universität zu Wien, Sommersemester 1928, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, S. 8–13).

Fortgeschrittene.[164] Allerdings übernahmen die Schüler Kelsens zunehmend die rechtsmethodologischen bzw. rechtstheoretischen Veranstaltungen, sodass Kelsen sich auf die Achse der Allgemeinen Staatslehre und des Verwaltungsrechts konzentrieren konnte.

Als Ergebnis dieser Entwicklungen wurden Schüler Kelsens zu Schülern der Kelsen-Schüler.[165] Die Reine Rechtslehre war somit kein Sonntagshobby für even-

[164] Vgl. Vorlesungsverzeichnis der Universität zu Wien, Wintersemester 1922/1923, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, S. 10; Vorlesungsverzeichnis der Universität zu Wien, Sommersemester 1923, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, S. 11. Im Sommersemester 1925 übernahm Kelsen selbst eine Vorlesung zu den „Grundbegriffen einer reinen Rechtslehre". Im Sommersemester 1926 wie im WS 1930/1931 las Fritz Schreier zu „Probleme der Reinen Rechtslehre" (vgl. Vorlesungsverzeichnis der Universität zu Wien, Sommersemester 1925, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, S. 11; Vorlesungsverzeichnis der Universität zu Wien, Sommersemester 1926, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, S. 11; Vorlesungsverzeichnis der Universität zu Wien, Wintersemester 1930/1931, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, S. 14).

[165] Dies gilt z. B. für Alfred Schütz, Elisabeth Ephrussi und Emanuel Winternitz. Schütz besuchte im Wintersemester 1920/1921 (seinem siebten juristischen Studiensemester) die Vorlesung von Fritz Sander zum Thema „Kant und die Rechtswissenschaft". Im Wintersemester 1922/1923 hörte er während seines zweiten staatswissenschaftlichen Studiensemesters „Rechtsphilosophie" bei Felix Kaufmann und frequentierte dessen „Übungen aus der Reinen Rechtslehre" (vgl. UAW, Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Wintersemester 1920/1921, Nr. 697, Buchstaben „S–Sch", Alfred Schütz, Z. 5036; Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Wintersemester 1922/1923, Alfred Schütz, Z. 1167). Winternitz inskribierte im Wintersemester 1920/1921 – seinem siebten Studiensemester – beim Seminar für Theorie der Rechtswissenschaft von Sander & Kelsen und meldete sich auch für die Vorlesungen Sanders „Der Begriff von Staat und Recht in der Staatsrechtslehre des XIX. Jahrhunderts" und „Kant und die Rechtswissenschaft" an (vgl. UAW, Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Wintersemester 1920/1921, Nr. 699 Buchstaben „W–Z", Emanuel Winternitz, Z. 2186). Zusammen mit Schütz und Winternitz war auch Ephrussi in ihrem fünften Studiensemester für Sanders Vorlesung „Kant und die Rechtswissenschaft" eingeschrieben (vgl. UAW, Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Wintersemester 1920/1921, Nr. 692, Buchstaben „C–F", Elisabeth Ephrussi, Z. 1669). Noch im Zentrum des Kelsen-Kreises – wenn auch nicht der Wiener Schule *stricto sensu* – wurde Erich Voegelin zunächst wissenschaftliche Hilfskraft bei Kelsen, um danach bei Merkl als Assistent tätig zu werden, vgl. Brief von Erich Voegelin an Ernst Kieck vom 15. Dezember 1933, zit. in: *Emmanuel Faye*, Eric Voegelins Haltung zum Nationalsozialismus. Überlegungen zum Briefwechsel Krieck–Voegelin (1933–1934), in: Moritz Eppel et alii (Hrsg.), „Politisierung der Wissenschaft". Jüdische Wissenschaftler und ihre Gegner an der Universität Frankfurt am Main vor und nach 1933, Göttingen 2016, S. 111–146 (125–127, 125): „[D]a sich meine Interessen immer stärker der Staatslehre zuwandten, geriet ich selbstverständlich in nähere Berührung mit der Wiener Staatslehre und wurde Assistent an der Lehrkanzel für Staats- und Verwaltungsrecht. Der Inhaber dieser Lehrkanzel war bis zu seiner Berufung nach Köln Kelsen, so dass ich bei ihm Assistent war; seitdem bin ich Assistent bei Merkl"; vgl. auch *Voegelin*, Autobiographical Reflections (Anm. 111), S. 67. 1960 machte Voegelin Verdross gegenüber geltend: „Ich habe nicht vergessen, was ich bei Ihnen gelernt habe, vor allem den energischen Hinweis auf das Naturrecht als Quelle der Rechtsordnung über das positive Recht hinaus" (Brief von Erich Voegelin an Alfred Verdross vom 29. Februar 1960, in: Stanford University, Hoover Institution Archives, Eric Voegelin Papers, Box 38, Folder 38). Bei einer Lehrveranstaltung von Verdross war Voegelin aber gemäß den Inskriptionsblättern nie eingeschrieben – er studierte Staatswissenschaften an der Juristischen Fakultät, war vom WS 1919/1920 bis WS 1920/1921 für zahlreiche Vorlesungen inskribiert und wurde am 15. Dezember 1922 zum Dr. rer. pol. promoviert (vgl. UAW, Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Wintersemester 1919/1920, Nr. 682 Buchstaben „T–Z",

tuell Interessierte, sondern eine nicht übersehbare Komponente des Studiums an der Wiener Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät, sie wurde unter dem Strich zum (erheblichen) Teil des juristischen Bildungsangebots. Die institutionelle Ansiedlung der Mitglieder der Wiener Schule als Hochschullehrer prägte damit auch die Werke zur Reinen Rechtslehre: Die ‚Allgemeine Staatslehre' Kelsens wurde z. B. als Kompendium konzipiert, das „auch zum Zwecke des Hochschulstudiums dienen"[166] sollte und Ähnliches lässt sich von Merkls ‚Allgemeines Verwaltungsrecht'[167] sagen.

4. Die Wiener Schule der Reinen Rechtslehre auf dem Ideenmarkt

Die als Arbeitsgemeinschaft operierende Wiener Schule strukturierte sich gewissermaßen arbeitsteilig, auch wenn dies wahrscheinlich nicht als Umsetzung einer bewussten und kalkulierten Strategie gedeutet werden darf. Die Mitglieder bearbeiteten unterschiedliche Forschungsschwerpunkte, obwohl sich zweifelsohne das Gros der Betätigungen der Wiener Schule auf das Öffentliche Recht und dessen Wissenschaft konzentrierte. Die rechtsdogmatischen Branchen wurden langsam durch die Versuche verschiedenster Mitglieder des Kelsen-Kreises je nach Interesse und Kapazität mit dem Ansatz der Reinen Rechtslehre systematisch durchdrungen. Die informelle Arbeitsteilung spiegelt sich sowohl in der Lehre als auch in der Forschung der Mitglieder des Kreises um Kelsen wider; sie lässt sich in den angebotenen Lehrveranstaltungen wie in den Publikationen bemerken.

So beschäftigten sich Kelsen und Sander z. B. intensiver mit den erkenntnistheoretischen Grundlagen der Reinen Rechtslehre. Sander flirtete gleichzeitig mit der Idee, die Prozessrechtswissenschaften von der Warte der Reinen Rechtslehre aus neu zu strukturieren.[168] Merkl rekonstruierte bestehende verfassungs- und verwaltungsrechtliche Probleme der österreichischen Rechtsordnung durch die Brille der immer klarere Formen gewinnenden Wiener Rechtstheorie.[169] Walter

---

Erich Voegelin, Z. 1282, Z. 2170; UAW, Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Sommersemester 1920, Nr. 690 Buchstaben „T–Z", Erich Voegelin, Z. 4295, Z. 661; UAW, Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Wintersemester 1920/1921, Nr. 698 Buchstaben „T–V", Erich Voegelin, Z. 2942, Z. 4408; UAW, Promotionsprotokoll Staatswissenschaft, Sig. M37.1, Z. 34).

166 *Hans Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, S. VII.

167 *Adolf Julius Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin 1927.

168 Im Nachwort seiner als zweibändiges Werk publizierten Habilitationsschrift kündigte Sander eine neue Arbeit im Bereich der Verfahrenstheorie an. Trotz einiger Bemühungen, das Manuskript dieses unveröffentlicht gebliebenen Werks Sanders ausfindig zu machen, gilt das Manuskript bisher als verschollen. „Schließlich bemerke ich, dass ich in absehbarer Zeit ein umfangreiches Werk über die ‚Theorie des Rechtsverfahrens' veröffentlichen zu können hoffe" (*Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 [Anm. 143], S. 1301).

169 Paradigmatisch so in seinem ‚Allgemeines Verwaltungsrecht': „Das vorliegende Buch will nur die Nutzanwendung dieser Hauptthese von Kelsens reiner Rechtslehre [nämlich: Staat bedeutet ein System von Rechtsfunktionen] auf die Lehre von der als Verwaltung bezeichneten Staatsfunktion ziehen" (*Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht [Anm. 167], S. V). Sordi spricht hübsch von einem „indirizzo amministrativo della Scuola di Vienna", der vor allem von Kelsen, Merkl

Henrich schenkte der Staatslehre wie dem Staatsorganisationsrecht Aufmerksamkeit.[170] Auf der Grundlagenebene begaben sich Kaufmann[171] und Schreier[172] auf die Suche nach einer phänomenologischen Fundierung der Reinen Rechtslehre.[173] Schreier wagte darüber hinaus, die Reine Rechtslehre für die Privatrechtsdogmatik aufzuschließen,[174] auch wenn universitäts-institutionell die Reine Rechtslehre an den Lehrstühlen für Privatrecht nicht vertreten war. Verdross[175] und Kunz[176] arbeiteten unermüdlich daran, das Völkerrecht (rein)rechtstheoretisch aufzuklären. Insgesamt gewann die Reine Rechtslehre langsam – sowohl in der Fremdwahrnehmung als auch in gewissem Sinn in der Selbstwahrnehmung – die Konturen von „Philosophie" für Juristen:[177] Es ging darum, die Rechtswissenschaft auf die Ebene der neuen Errungenschaften der Erkenntnistheorie zu heben und sie durch die Aktualisierung ihrer methodischen Grundlagen zu verwissenschaftlichen, um

---

und Weyr vertreten wurde (*Bernardo Sordi*, Tra Weimar e Vienna. Amministrazione Pubblica e Teoria Giuridica nel Primo Dopoguerra, Milano 1987, S. 88 f. [Fn. 146]).

[170] Vgl. nur seine Habilitationsschrift, die sich in den Bahnen Kelsens stehend eine methodologische zur primären Aufgabe macht: die Bekämpfung der „Methodenkonfundierung" im herrschenden juristischen Denken (*Henrich*, Theorie des Staatsgebiets [Anm. 144], S. V).

[171] Vgl. *Kaufmann*, Logik und Rechtswissenschaft (Anm. 145); *Felix Kaufmann*, Kriterien des Rechts, eine Untersuchung über die Prinzipien der juristischen Methodenlehre, Tübingen 1924.

[172] Vgl. *Schreier*, Grundbegriffe (Anm. 101).

[173] Vgl. *Norberto Bobbio*, Aspetti odierni della filosofia giuridica in Germania (F. Kaufmann e F. Schreier), in: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto 14 (1934), S. 576–595.

[174] Vgl. *Fritz Schreier*, Die Zukunft der Rechtswissenschaft, in: Juristische Blätter 56 (1927), S. 145–152; *Fritz Schreier*, Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte, Leipzig/Wien 1927; *Fritz Schreier*, Reine Rechtslehre und Privatrecht, in: Alfred Verdross (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht, Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, Festschrift: Hans Kelsen zum 50. Geburtstage gewidmet, Berlin 1931, S. 309–353. Zur privatrechtlichen Ader der Reinen Rechtslehre vgl. auch: *Rudolf Löbl*, Geltendmachung fremder Forderungsrechte im eigenen Namen: ein Beitrag von der Innen- und Außenwirkung der Obligation, I. Teil, in: Archiv für die civilistische Praxis 129 (1928), S. 257–339 (292 f.); *Rudolf Löbl*, Geltendmachung fremder Forderungsrechte im eigenen Namen: ein Beitrag zur Lehre von der Innen- und Außenwirkung der Obligation, II. Teil, in: Archiv für die civilistische Praxis 130 (1929), S. 1–72; *Otto Bondy*, Reine Rechtslehre und Zivilrechtswissenschaft, in: Deutsche Juristen-Zeitung 34 (1929), Sp. 1448–1451.

[175] Vgl. z. B. *Alfred Verdross*, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung, Tübingen 1923; *Alfred Verdross*, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, Wien/Berlin 1926.

[176] Vgl. *Kunz*, Völkerrechtswissenschaft und reine Rechtslehre (Anm. 18); *Josef L. Kunz*, Statisches und Dynamisches Völkerrecht, in: Alfred Verdross (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht, Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, Festschrift: Hans Kelsen zum 50. Geburtstage gewidmet, Berlin 1931, S. 217–251.

[177] Dies wird besonders deutlich im Vorwort Kelsens zum ersten seiner Werke, das das Label „Reine Rechtslehre" im (Unter-)Titel trägt. Nach der Ankündigung des Ziels, die Brücke zwischen Jurisprudenz und Philosophie zu schlagen, stellte er das Verständnis der erkenntnistheoretisch gelehrten Leser ersuchend fest: „Da ich solches jedoch als Jurist, nicht als Berufsphilosoph und für Juristen unternehme, denen die strenge Sprache reiner Erkenntnis nicht geläufig ist und die noch tief in materialistischen Vorurteilen stecken, da meine Darstellung nicht anders denn an die herrschenden Vorstellungen und an einen unwissenschaftlichen, vorwissenschaftlichen Sprachgebrauch anknüpfen kann, um sich überhaupt verständlich zu machen, muß ich eine philosophische Kritik um Nachsicht bitten" (*Kelsen*, Problem der Souveränität [Anm. 11], S. VI = HKW 4, S. 263–572 [267]).

der Behandlung rechtsdogmatischer Probleme in verschiedenen Bereichen einen systematischen Charakter zu verleihen und durch die Schaffung eines gemeinsamen Vokabulars und einer gemeinsamen Grammatik eine stabile intersubjektive Kommunikation zu ermöglichen. Die Reine Rechtslehre als kollektive Schöpfung war indes nicht ausschließlich als Rechtstheorie für Rechts(erkenntnis)theoretiker erdacht. Auch in den Dienst der Teilnehmerinnen und Teilnehmer der Rechtspraxis, wie der für „Verfügungswissen“[178] sorgenden Rechtsdogmatik wurde sie gestellt,[179] ohne aber jemals den dogmatischen *common sense* vergewissern zu wollen.[180]

Doktorarbeiten und Habilitationsschriften wurden Themenkomplexen gewidmet, die – der Schule im Allgemeinen und Kelsen im Besonderen – im jeweiligen Augenblick als Erkenntnis herausfordernd erschienen. Als Plattform für die Veröffentlichung mancher Doktor- und Habilitationsarbeiten oder sonstiger Schriften aus der Feder von Wissenschaftlern aus dem Kreis um Kelsen fungierte die im Verlag Franz Deuticke erschienene Reihe ‚Wiener Staatswissenschaftliche Studien‘ respektive ‚Wiener Staats- und Rechtswissenschaftliche Studien‘.[181] Während

[178] Für eine Strukturierung der Unterscheidung zwischen Rechtsdogmatik und Rechtstheorie aufgrund des Begriffspaars „Verfügungswissen“ und „Orientierungswissen“ vgl. *Matthias Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein … Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis, Tübingen 2004, S. 18.

[179] Paradebeispiele dafür stellen die Kommentare Kelsens zur Österreichischen Bundesverfassung dar, *Hans Kelsen/Georg Froehlich/Adolf Merkl*, Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich. Teil 5: Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920, Wien 1922. Vgl. auch *Hans Kelsen*, Österreichisches Staatsrecht. Ein Grundriss entwicklungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen 1923. Noch in ähnlichem Geist geschrieben, *Merkl*, Die Verfassung der Republik Deutschösterreich (Anm. 142).

[180] Vgl. *Alexander Somek*, The Spirit of Legal Positivism, in: German Law Journal 12 (2011), S. 729–756 (735). Zu dieser Facette des Forschungsprogramms der Reinen Rechtslehre, eine „Erkenntnistheorie für Juristen“ beanspruchen zu sein, vgl. gleich unten Erster Teil, Kap. I, S. 68–71.

[181] Es handelt sich um die ursprünglich mit „Wiener Staatswissenschaftliche Studien“ betitelte Reihe volkswissenschaftlicher und rechtswissenschaftlicher Monographien, die 1898 unter der Führung von Edmund Bernatzik und Eugen von Philippovich (1858–1917) begründet wurde. Die Reihe wurde mit dem Band 15, der in zwei Schriften aus den Jahren 1919 und 1923 aufgespaltet ist, eingestellt. Eine neue Folge erschien nach dem Tod der beiden Initiatoren von 1922 (Band 1) bis 1937 (Band 27) unter der Herausgeberschaft von Kelsen, zunächst in Verbindung mit Friedrich von Wieser (1851–1926) und Othmar Spann, sodann in Verbindung mit Wieser und Hans Mayer. Im Jahre 1929 wurde die Reihe mit dem 10. Band in „Wiener Staats- und Rechtswissenschaftliche Studien“ umbenannt. Unter der Herausgeberschaft Kelsens erschienen folgende Arbeiten von Mitgliedern seines Kreises in dieser Reihe: *Sander*, Staat und Recht (Anm. 143) (Habilitationsschrift); *Kunz*, Völkerrechtswissenschaft und reine Rechtslehre (Anm. 18); *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 101); *Ludwig Adamovich*, Die Prüfung der Gesetze und Verordnungen durch den österreichischen Verfassungsgerichtshof, Leipzig/Wien 1923 (Habilitationsschrift); *Schreier*, Grundbegriffe (Anm. 101) (Habilitationsschrift); *Richard Strigl*, Angewandte Lohntheorie. Untersuchungen über die wirtschaftlichen Grundlagen der Sozialpolitik, Leipzig/Wien, 1926; *Felix Kaufmann*, Die philosophischen Grundprobleme von der Strafrechtsschuld, Leipzig/Wien 1929; *Josef Dobretsberger*, Konkurrenz und Monopol in der gegenwärtigen Wirtschaft: mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Industrie, Leipzig/Wien 1929 (Habilitationsschrift); *Alf Ross*, Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmengeschichtlicher Untersuchungen, Leipzig/Wien 1929 (Dissertation); *Leo Gross*, Pazifis-

der letzte Band der alten, unter dem Namen ‚Wiener Staatswissenschaftliche Studien' erscheinenden Reihe mit dem rechtstheoretischen Meisterwerk Merkls zur Rechtskraft besetzt wurde,[182] war der erste Band der neuen, immer noch unter unverändertem Namen erscheinenden Reihe der Habilitationsschrift Fritz Sanders vorbehalten.[183] Kelsen vermittelte ständig die Publikation der Schriften seiner Schülerinnen und Schüler, waren es Qualifikationsschriften, Monographien oder Aufsätze; er nutzte sein Prestige, um für die Werke seiner Mitstreitenden bei den Verlegern zu intervenieren und zu werben.[184] Im Jahre 1921 scheiterte Kelsen allerdings bei seinem Versuch, den Mohr-Verlag dazu zu bringen, eine neue Reihe von Schriften „Studien zur Theorie des Rechts" unter seiner Herausgabe zu übernehmen.[185]

Die Selbstwahrnehmung des Denkkollektivs um Kelsen als eine Schule zeigt sich nicht zuletzt in der Absicht seiner Schüler, 1921 unter der Leitung von Adolf Merkl, Kelsen eine Festschrift zu seinem 40. Geburtstag zu widmen und zwar mit dem Anliegen, „das literarische Lebenswerk Kelsens noch um vieles bekannter und interessanter zu machen".[186] Beabsichtigt war, „das von Prof. Kelsen begründete und von ihm und seiner Schule weitergeführte Lehrgebäude weiteren Kreisen zu vermitteln".[187] Die außerjuristischen und interdisziplinären, zahlreichen Beiträge Kelsens Anfang der 1920er Jahre sind Symptom eines Projekts, Leserinnen und Leser jenseits der Rechtswissenschaften zu erreichen, die Reine Rechtslehre als ein juristisches *frame* in anderen Disziplinen verwertbar zu machen. Alle waren davon überzeugt, die Rechtswissenschaft habe einen spezifischen Beitrag zum wis-

---

mus und Imperialismus. Eine kritische Untersuchung ihrer theoretischen Begründung, Leipzig/Wien 1931; *Alois Körner*, Studien zum Recht der öffentlichen Wege, Leipzig/Wien 1932; *Fuchs*, Rechtsgeltung (Anm. 102).

182 *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 101). Kelsen verantwortete damals schon die Publikation als Herausgeber, obwohl sie noch zur alten Reihe gehörte.

183 *Sander*, Staat und Recht (Anm. 143).

184 So schrieb z. B. der noch tit. außerordentliche Professor Hans Kelsen (vgl. ÖStA, AVA, Unterricht Allgemein, Universität Wien, 4 Jus, Personalakt Rudolf Herrnritt, Z. 28493/15) Mitte 1916 an den Tübinger Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), um nach dem Interesse an der Publikation des Aufsatzes Merkls zum Thema „Die Rechtseinheit des österreichischen Staates" im „Archiv des öffentlichen Rechts" zu fragen. Kurz danach wurde eine Zusage seitens des Verlags erteilt, die Publikation wurde aber erst für Anfang 1917 projektiert, vgl. Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 20. Mai 1916; Brief von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) an Hans Kelsen vom 8. Juni 1916. Ende 1921 schlug Kelsen dem Mohr-Verlag die Publikation der Habilitationsschrift von Felix Kaufmann vor, was auch 1922 geschehen ist, vgl. Brief von Hans Kelsen an J. C.B Mohr (Paul Siebeck) vom 24. November 1921; Brief von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) an Hans Kelsen vom 2. Dezember 1921. Ende 1922 war nun die Habilitationsschrift von Fritz Schreier dran, deren Publikation von Kelsen auch dem Mohr-Verlag empfohlen wurde, vgl. Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 27. Dezember 1922. Diesmal wurde die Anfrage jedoch abgelehnt zugunsten der Publikation einer Monographie Fritz Sanders, die sich kritisch mit Hans Kelsens Werken im Rahmen der sogenannten Kelsen–Sander-Kontroverse auseinandersetzte, vgl. Brief von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) an Hans Kelsen vom 30. Dezember 1922. Kelsen nahm unmittelbar danach die Schrift Schreiers in seine ‚Wiener Staatswissenschaftliche Studien' auf.

185 Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 24. November 1921.

186 Brief von Adolf Merkl an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 12. April 1921.

187 Brief von Adolf Merkl an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 12. April 1921.

senschaftlichen Gespräch über das Recht zu leisten. Und nicht nur über den Tübinger J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)[188] und den Wiener Franz Deuticke Verlag, die als Hauptverleger der Reinen Rechtslehre gesehen werden können, sondern auch über andere bedeutende deutschsprachige (nicht nur) juristische Verlage, schaffte eine erhebliche Anzahl von Werken der Reinen Rechtslehre ihren Weg auf den Ideen-Markt von Recht und Rechtswissenschaft. Von dort aus machte sich die Reine Rechtslehre auch jenseits der disziplinären Grenzen zunehmend hören.

Wiederholte rechtswissenschaftliche, sowohl schulimmanente – wie die Merkl–Sander-Kontroverse – als auch den Zusammenhalt des Kelsen-Kreises strapazierende Polemiken[189] verliehen der Kelsenschen Truppe steigende Aufmerksamkeit.[190] Man denke an die Auseinandersetzung der Schüler Kelsens mit dem materialistischen Rechtsansatz von Bernhard Stark am Ende der 1910er Jahre, die der Schule ihren Namen gab,[191] oder an den Austausch zwischen Kelsen und Erich

[188] Unter dem Brief, mit dem Kelsen 1921 nach dem Interesse des Mohr-Verlags nach der Publikation seines Buches zum ‚Staatsbegriff' fragte, befindet sich der handschriftliche Vermerk von Werner Siebeck (1891–1934): „Haben wir nicht etwas viel ‚Kelsen'?" (Brief von Hans Kelsen an den Verlag J. C. B. Mohr [Paul Siebeck] vom 15. Mai 1921). Zu diesem Zeitpunkt sind schon drei rechtstheoretische Monographien Kelsens über den Tübinger Verlag publiziert worden: die Habilitationsschrift „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre" (1911), die Kleinmonographie „Über die Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode" (1911) und „Das Problem der Souveränität" (1920). Im Laufe der Jahre sprach Kelsen darüber hinaus wiederholt den Tübinger Verlag mit Publikationsanfragen an, die sich auf Beiträge seiner Schüler bezogen. Obwohl der Tübinger Verlag im Jahre 1921 bereits als „Hauptverleger Kelsens" galt: Als Werner Siebeck verlagsintern fragte, ob sie nicht schon etwas viel Kelsen hätten, konnte er kaum ahnen, was für einen ‚Corpus der Reinen Rechtslehre' – d. h. Aufsätze und Arbeiten nicht nur von Hans Kelsen, sondern auch von Mitgliedern des Kelsen-Kreises, die bei Zeitschriften oder als Monographie über den Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) erschienen sind bzw. noch erscheinen sollten – sein Verlag noch unterbringen würde: Allein von Kelsen verlegte das Tübinger Haus bis 1933 circa 2100 Seiten an Monographien, vgl. *Matthias Jestaedt*, Editorischer Bericht zu „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre (1920)", in: HKW 4, S. 775–800 (775). Das Win-Win-Verhältnis zwischen Kelsen und dem Verlag J. C. B. Mohr trug maßgeblich dazu bei, dass die Stimme der Wiener Schule im rechtstheoretischen Diskurs ihrer Zeit zunehmend Gehör fand, vgl. *Konrad Hammann*, Paul Siebeck und sein Verlag, Tübingen 2021, S. 252.

[189] Zur ‚Polemik' als häufiger *modus operandi* Kelsens, d. h. zu seinem einzigartigen rechtswissenschaftlichen Verfahren vgl. *Matthias Jestaedt*, Der Staatsrechtslehrer Hans Kelsen – Provokateur aus Leidenschaft. Vier Schlaglichter auf ein Jahrhundert wechselvoller Beziehung, in: Matthias Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre, Tübingen 2013, S. 1–8. Das „taktische Kalkül" Kelsens, sich Anfang der Karriere mit angesehenen Juristen im Rahmen von wissenschaftlichen Kontroversen anzulegen, bemerkt *Thomas Olechowski*, Hans Kelsen und die Berufungen nach Graz, Czernowitz und Wien 1916–1919, in: Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs 2014, S. 254–265 (256).

[190] Der Erfolg der Wiener Schule, die Aufmerksamkeit der Leserschaft durch Polemiken zu wecken, wird 1926 in einem Brief von Erwin Jacobi (1884–1965) an Carl Schmitt pejorativ thematisiert: „Nur ist es leider ja so, dass auch dies wieder nur eine neue Reklame für die ‚reine Rechtslehre' liefert – genauso wie der ganze Streit ums Soll zwischen Kelsen und Sander. Weiss der Teufel, warum auf diese Lehre alle Gesetzmäßigkeiten der Reklametechnik so zutreffen" (Brief von Erwin Jacobi an Carl Schmitt vom 13. Januar 1926, in: Schmittiana. Neue Folge, Bd. I, Berlin 2011, S. 44).

[191] Vgl. oben Erster Teil, Kap. I, S. 18 (Anm. 18).

Kaufmann (1870–1972),[192] der einerseits eine Art „Kelsen-Bashing“[193] in der Weimarer Rechts- und Staatslehre nach sich gezogen hat, andererseits die Reichweite der Reinen Rechtslehre vergrößerte. Zur Firmierung der Reinen Rechtslehre und der Wiener Schule in der deutschsprachigen Rechtswissenschaft hat auch die Mitgliedschaft Kelsens wie diejenige von Henrich und Merkl zur Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer bereits seit 1924 beigetragen;[194] Kelsen und Merkl haben in den 1920er dort referiert[195] und das Haupt der Wiener Schule avancierte von 1929 bis 1933 zum Vorstand der Vereinigung. In der *conditio* eines authentischen österreichischen Exportproduktes erhob sich die Reine Rechtslehre zu einer der Identitäten des *modus autriacus* in der Rechtswissenschaft[196] und wurde bald zum rechtstheoretisch „beherrschenden Phänomen“[197] in der österreichischen Rechtswelt mit Ausstrahlung im ganzen deutschsprachigen rechtswissenschaftlichen Bereich.

---

[192] Vgl. *Kelsen*, Problem der Souveränität (Anm. 11), S. 41–43 (Fn. 3), 198–200 (Fn. 3), 265 f. (Fn. 3) = HKW 4, S. 235–572 (311 f. [Fn. 3], 457–459 [Fn. 3], 522 f. [Fn. 3]); *Erich Kaufmann*, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie. Eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft, Tübingen 1921; *Hans Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht, Tübingen 1922, S. 99–104 (Fn. 1) = HKW 7, S. 69–350, 198–202 (Fn. 1); *Hans Kelsen*, Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates, in: Kölner Vierteljahrshefte für Sozialwissenschaften. Zeitschrift des Forschungsinstituts für Sozialwissenschaften in Köln, Reihe A: Soziologische Hefte 2 (1922), Heft 4, S. 18–37; *Erich Kaufmann*, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, in: VVDStRL 3 (1927), S. 2–24. Dazu: *Stanley Paulson*, Some Issues in the Exchange between Hans Kelsen and Erich Kaufmann, in: Scandinavian Studies of Law 269 (2005), S. 269–290.

[193] Wendung in: *Volker Neumann*, Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre, in: Humboldt Forum Recht 9 (2012), S. 149–166 (150).

[194] Vgl. *Ewald Wiederin*, Die Vereinigung und Österreich, in: Pascal Cancik et alii (Hrsg.), Streitsache Staat. Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1922–2022, Tübingen 2022, S. 245–271 (246 f.).

[195] Kelsen referierte 1928 in Wien: *Hans Kelsen*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 5 (1929), S. 30–88; Merkl referierte 1931 in Halle: *Adolf Julius Merkl*, Entwicklung und Reform des Beamtenrechts, in: VVDStRL 7 (1932), S. 55–104, 127–130 = Merkl-GS III/2, S. 51–106.

[196] Vgl. *Ewald Wiederin*, Denken vom Recht her. Über den *modus austriacus* in der Staatsrechtslehre, in: Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung, Beiheft 7, Berlin 2007, S. 293–317. Vgl. auch *Robert Walter*, Die Rechtstheorie in Österreich im XX. Jahrhundert, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 63 (1977), S. 187–202 (187 f.); *Alexander Somek*, Wissenschaft vom Verfassungsrecht: Österreich, in: Handbuch Ius Publicum Europaeum, Heidelberg 2007, S. 637–661 (640–649).

[197] *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914–1945, München 1999, S. 164. „Die große Bedeutung der Forschungen Hans Kelsens tritt nicht nur in seinen großartigen Lehrerfolgen, in der ganz von selbst entstandenen Wiener Juristenschule Kelsens, sondern auch in der bedeutenden Einwirkung zu Tage, die seine Theorien in Österreich, Deutschland, Italien und anderen Ländern ausgeübt haben“ (*Josef L. Kunz*, [Buchbesprechung] Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie. Von Siegfried Marck, 156 Seiten, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1925, M 5, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 5 [1926], S. 475–481 [475]).

5. Die ‚Kelsen-Zeitschriften' als Medien der Wiener Schule

Die ab 1919 unter Kelsens Herausgeberschaft stehende ‚Zeitschrift für öffentliches Recht' (ZöR)[198] diente praktisch als Organ der Wiener Schule der Rechtstheorie.[199] Kelsen bezog sich oft auf diese als „meine",[200] Anhänger und Kritiker nannten sie ihrerseits „Kelsens" Zeitschrift.[201] Einige der Schüler Kelsens erlebten in ihr ihren ersten rechtswissenschafts-publizistischen Auftritt. Die massive Präsenz der Mitglieder des Kreises um Kelsen unter den Autorinnen und Autoren der in der ‚ZöR' während der Wiener Zeit Kelsens publizierten Beiträge lässt sie als eine Art von Schüler-Zeitschrift[202] der Wiener Schule erscheinen. Durch sie wurde nicht nur die Reine Rechtslehre in ihren unterschiedlichen Prägungen durch die Schüler Kelsens weiterverbreitet, sondern es wurden schulimmanente Auseinandersetzungen und Kontroversen ausgetragen, welche zur Entfaltung der Reinen Rechtslehre Wesentliches beitrugen. Diente die ‚ZöR' als „Sprachrohr" der Wiener Schule, stand sie trotzdem „in vorbildlicher Toleranz jeder beachtlichen, rechtswissenschaftlichen Meinungsäußerung" offen.[203]

---

[198] Gegründet als ‚ÖZöR' hat dieses Organ der Wiener Schule mehrere Namens- wie Abkürzungsänderungen erfahren: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (ÖZöR) (1.1914–3.1918); Zeitschrift für öffentliches Recht (ZöR) (1.1920/1921–23.1943/1944); Österreichisches Zeitschrift für öffentliches Recht, N. F. (ÖZöR) (1.1948–27.1976); Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht (28.1977– 41.1990); Austrian Journal for Public and International Law (AJPIL) (42.1991–49.1995); Zeitschrift für öffentliches Recht (ZÖR) (50.1996–heute).

[199] Vgl. *Ute Spörg*, Die Zeitschrift für öffentliches Recht als Medium der Wiener Schule zwischen 1914 und 1944, in: Robert Walter/Werner Ogris/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen. Leben – Werk – Wirksamkeit. Ergebnisse einer internationalen Tagung, veranstaltet von der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs und dem Hans Kelsen-Institut (19.–21. April 2009), Wien 2009, S. 149–167. Von der Gründung der Zeitschrift als „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht" im Jahre 1914 an fungierte Kelsen bereits als Redakteur und vermittelte die Publikationen von Beiträgen mancher seiner Mitstreitenden.

[200] Vgl. z. B. UAW, Akademischer Senat, Disziplinarfall Hans Kelsen (1923), Akt Nr. 1: Eingabe von Hans Kelsen an die Disziplinarkammer der Wiener Universität Wien vom 6. Mai 1923 (im Folgenden: Eingabe Kelsen vom 6. Mai 1923), S. 4. Vgl. auch *Kelsen*, Autobiographie [1947] (Anm. 29), S. 62.

[201] Unter den Anhängern vgl. z. B. *Schreier*, Die Wiener rechtsphilosophische Schule (Anm. 18), S. 317; *Fritz Sander*, Hans Kelsen, in: Brünner Tagesbote Nr. 156 vom 4. April 1925, S. 3; *Rudolf Aladár Métall*, Hans Kelsen. Leben und Werk, Wien 1969, S. 39, 43. Unter den Kritikern vgl. z. B. *Othmar Spann*, Bemerkungen zu Max Webers Soziologie, in: Zeitschrift für Volkswirtschaft und Sozialpolitik (1923), S. 761–770 (766); *Hermann Isay*, Die Isolierung des deutschen Rechtsdenkens, Berlin 1924, S. 23: „In der seit 1920 [sic] in Wien erscheinenden ‚Zeitschrift f. öff. Recht' hat sich Kelsen für seine reine Rechtslehre eine eigene Zeitschrift geschaffen".

[202] Jestaedt spricht von einer „Schülerzeitung" der „Jungösterreichischen Schule", um die Facette der Zeitschrift als Plattform für erste wissenschaftliche Versuche hervorzuheben, vgl. *Matthias Jestaedt*, „Kelsens-Zeitschrift". Die Reine Rechtslehre im Spiegel der Zeitschrift für öffentliches Recht, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 69 (2014), S. 655–683 (678).

[203] Zwei Zitate: *Adolf Julius Merkl*, Der Vater der Verfassung 80 Jahre. Eine Würdigung Hans Kelsens zu dessen Geburtstag am 11. Oktober, in: Die Presse vom 10. Oktober 1961, S. 4 = Merkl-GS III/2, S. 501–503 (502).

In diese Zeitschrift fanden mitunter in der Form längerer Aufsätze einige Früchte aus von Kelsen betreuten Dissertationen Eingang.[204] Mitglieder der Wiener Schule rezensierten häufig gegenseitig ihre Werke und setzten sich mitunter in Besprechungen kritisch mit Werken anderer Denkrichtungen auseinander.[205] Dabei schuf die informelle Kopplung zwischen dem Privatseminar und der ‚ZöR' als Organ der Wiener Schule eine kreative Symbiose und sorgte für ständige Anregungen innerhalb des engeren Kreises der Schüler Kelsens: Referate, an einem Sonntagabend in Kelsens Wohnung gewagt vorgetragen, wurden für unmittelbare Veröffentlichungen verwertet, wobei die kollektiv diskutierten Thesen und Konzepte nach außen getragen werden konnten; bereits publizierte Texte mögen wiederum in den Seminarsitzungen thematisiert worden sein. Die relativ geschützten wissenschaftlichen Unterhaltungen des Privatseminars wurden über die ‚ZöR' zu öffentlichen Forschungsgesprächen.[206] Dies gilt auch für die im Zentrum dieser Dissertation stehende Debatte um die Rechtsfehlerproblematik.[207]

Die Reine Rechtslehre wurde in der ‚ZöR' von Kelsen selbst und seinen Schülerinnen und Schülern im Kontrast zu alternativen rechtstheoretischen Angeboten durchgespielt und in ihrer Stärke wie Schwäche schonungslos debattiert.[208] Als publizistisches Organ der Wiener Schule *par excellence* trug diese Zeitschrift – *qua locus* für die Auseinandersetzungen und Versuche der Schülerinnen und Schüler im Rahmen von schulinternen Disputen, sowie von über den Kreis um Kelsen hinaus reichenden Polemiken – zur Identitätsbildung der Wiener Schule und zur allmählichen Reifung der Reinen Rechtslehre als wissenschaftliche Lehre und

---

[204] So z. B. wurde aus der staatswissenschaftlichen Wiener Dissertation von Gisela Rohatyn zum Thema „Das Problem des Rechtsstaates" (1928) der Aufsatz *Gisela Rohatyn*, Rechtsstaat und Polizeistaat als historische Typen, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 11 (1931), S. 429–440; aus der Kölner Dissertation von John Herz (geb. Hans Hermann Herz, 1908–2005) zum Thema „Die Identität des Staates" (Düsseldorf 1931, 93 S.) wurde der Aufsatz *John Herz*, Beiträge zum Problem der Identität des Staates, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 15 (1935), S. 241–268.

[205] Vgl. z. B. *Margit Kraft-Fuchs*, Prinzipielle Bemerkungen zu Carl Schmitts Verfassungslehre, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 9 (1930), S. 511–541; *Sigmund Rohatyn*, Die verfassungsrechtliche Integrationslehre. Kritische Bemerkungen, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 9 (1930), S. 261–284.

[206] Dies war nachweislich der Fall z. B. bei *Sander*, Das Faktum der Revolution (Anm. 99) (vgl. Lehrstellengesuch von Fritz Sander vom 3. August 1918, in: ÖStA, AVA, k.u.k, Handelsministerium 1918, Fasz. 1583, Z. 57756/IV aus 1918 [im Folgenden: Lehrstellengesuch Fritz Sander 1918]). Wie schon oben in anderem Zusammenhang erwähnt war *Verdross*, Zur Konstruktion des Völkerrechts (Anm. 102) auch aus einem Seminarvortrag entstanden und zwar zu einem Zeitpunkt, in dem die ‚ZöR' gerade gegründet wurde und noch nicht unter Herausgeberschaft Kelsens stand (vgl. oben Erster Teil, Kap. I., S. 35 [Anm. 102]).

[207] Dazu konkret unten Erster Teil, Kap. I, S. 90–96.

[208] Vgl. z. B. die kritischen Beiträge von Voegelin: *Erich Voegelin*, Reine Rechtslehre und Staatslehre, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 4 (1925), S. 80–131; *Erich Voegelin*, Zur Lehre von der Staatsform, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 6 (1927), S. 608–572. Vgl. noch *Moritz Stockhammer*, Begriff und Bedeutung der Rechtspositivität, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 8 (1929), S. 571–592. Unerwähnt darf auch nicht bleiben *Fritz Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1920/1921), S. 511–670.

als Forschungsformation bei. In der ‚ZöR' wurde das Wissenschaftsprogramm der Reinen Rechtslehre stets weiter verfeinert, indem verschiedene von unterschiedlichen Schülern favorisierte Visionen für die Struktur und Dynamik einer der Eigengesetzlichkeit des Rechts bewussten Rechts(wissenschafts)theorie sich in kritischem Austausch miteinander zu Wort meldeten. Eine nähere Betrachtung des wissenschaftlichen Portfolios der Zeitschrift gewährt Einblick in den Werdegang der Reinen Rechtslehre zu dem, was sie wurde und blieb: Ein entwicklungsoffenes rechtstheoretisches Modell, das kollektiv ausgearbeitet wurde und Weltkarriere machte.

Für die Verbreitung der Reinen Rechtslehre im Ausland spielte aber ein zweites publizistisches Medium eine bedeutende Rolle. Zusammen mit Léon Duguit (1859–1928) und Weyr gründete Kelsen 1926 die zweisprachige, auf Französisch und Deutsch erschienene ‚Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts' (RITD), die das der Reinen Rechtslehre der Wiener Schule und der normativen Rechtstheorie der Brünner Schule gemeinsame rechtswissenschaftliche Credo jenseits der Grenzen der deutschsprachigen Rechtswissenschaft vokalisierte. Die Initiative hatte, soweit ersichtlich, Weyr ergriffen, und Kelsen nannte ihn den „eigentliche[n] Begründer"[209] der ‚RITD'. Diese Zeitschrift gilt als das erste eigenständige rechtstheoretische Publikationsorgan überhaupt, das sich bewusst von der Rechtsphilosophie abgrenzte: Die Aufmerksamkeit des neuen Mediums widmete sich ausschließlich der Rechtstheorie qua Theorie des positiven Rechts unter Ausklammerung der Fragen nach der Richtigkeit und Gerechtigkeit der Rechtserscheinungen.[210]

Das Anliegen dieser internationalen Zeitschrift, die sprachliche Isolation der hauptsächlich auf Deutsch und Tschechisch produzierten Literatur zur Reinen Rechtslehre wie zur normativen Theorie des Rechts zu überbrücken, wurde durch die Verwendung der naheliegendsten akademischen *lingua franca* als eine der offiziellen Sprachen des neuen Organs in Angriff genommen. Mit der Inanspruchnahme der französischen neben der deutschen Sprache erhofften sich die Herausgeber, das „forum scientifique international"[211] auf die Wiener und Brünner Schulen der Rechtstheorie aufmerksam machen bzw. es mit den jeweiligen rechtstheoretischen Ansätzen durchdringen zu können. Während der 13 Jahre (1926–1939) ihrer ununterbrochenen Veröffentlichung trug diese internationale Zeitschrift nicht zuletzt

[209] Vgl. Brief von Hans Kelsen an Alf Ross vom 27. November 1938, in: Det Kongelige Bibliotek (Kopenhagen), Alf Ross Brevarkiv, Registrant Brief Nr. 513. Vgl. auch: *František Weyr*, Vznik a dosavadní vývoj normativní teorie, in: František Weyr, Teorie Práva, Brünn/Prag 1936, S. 331–380 (377).

[210] Vgl. *Léon Duguit/Hans Kelsen/František Weyr*, Vorwort, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit/Zeitschrift für Theorie des Rechts 1 (1926/1927), S. 1–4. Zur Entstehungsgeschichte und Profil dieses Mediums vgl. *Sascha Ziemann*, Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts/Revue Internationale de la Théorie du Droit (1926 bis 1939), in: Rechtstheorie 38 (2007), S. 169–195.

[211] *František Weyr*, La théorie normative, in: Vědecká ročenka právnická fakulty Masarykovy university v Brně 4 (1925), S. 3–39 (3).

„den Bedürfnissen der wachsenden Anhängerschar der Reinen Rechtslehre aus dem nicht deutschsprachigen Ausland“[212] Rechnung. Genauso wie die ‚ZöR‘ stand aber diese zweite ‚Kelsen-Zeitschrift‘ verschiedensten rechtstheoretischen Überzeugungen offen. Was das Profil der Autoren angeht, tauchten neben Mitgliedern der Kreise um Kelsen und Weyr andere angesehene wissenschaftliche Freunde der Herausgeber aus unterschiedlichen Ländern auf. Dadurch war diese Zeitschrift weniger eine ‚Schülerzeitung‘ als ein Forum, in dem akademisch schon etablierte Rechtsgelehrte ein internationales rechtstheoretisches Gespräch führten.

Ab 1934 galt sie als „organe officiel de l’Institut international de philolosophie du droit et de sociologie juridique“.[213] Im Laufe der 1930er Jahre wurden namhafte internationale Forscherpersönlichkeiten in die Redaktion aufgenommen, darunter der erste Präsident des ‚*Institut internationale de philosophie du droit et sociologie juridique*‘, Louis Le Fur (1870–1943). Die ‚RITD‘ spielte eine entscheidende Rolle bei der Internationalisierung der Reinen Rechtslehre und der Vernetzung der Wiener Schule.[214]

---

[212] *Métall*, Hans Kelsen (Anm. 201), S. 46.

[213] Das Institut wurde gegründet während seiner ersten „séances“ vom 7.–10. Oktober 1933 in Anwesenheit sowohl von Hans Kelsen als auch von Franz Weyr, welche zu „membres du bureau définitif de l’Institut“ ausgewählt wurden jeweils als einer der „Vice-Présidents“ und als „membre du Comité de lecture des rapports“. Bereits am 10. Oktober 1933 wurde die ‚RITD‘ neben drei anderen Zeitschriften dazu ermächtigt, sich Organ des Instituts zu nennen, vgl. Séance administrative du 10 Octobre 1933, in: Annuaire de l’Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique 1 (1934/1935), Paris 1934, S. 19. Aus dem Schülerkreis um Kelsen waren Merkl, Antonio Bustamante y Montoro (1910–1984), Luiz Legaz y Lacambra (1906–1980) und Alf Ross (1899–1979) als „membres titulaires“ aufgeführt; aus dem Kreis seiner wissenschaftlichen Freunde zählte auch Gyula Moór (1888–1950) dazu, vgl. Membres de L’Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, in: Annuaire de l’Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique 1 (1934/1935), Paris 1934, S. 7–10.

[214] Die exakte Tragweite der RITD ist schwierig einzuschätzen. Diesbezüglich waren bisher keine zuverlässigen archivarischen Quellen auffindbar. Soweit ersichtlich sind im Archivbestand des Brünner Verlags Rudolf M. Rohrer im „Moravský zemský archiv v Brno“ keine aufschlussreichen Dokumente zur Zeitschrift aufbewahrt. Aus einem Brief von Hans Kelsen an seinen Schüler und Freund Alf Ross aus dem Jahr 1938 ergibt sich, die Zeitschrift erschien im Umfang von jährlichen 25 Druckbogen (à 16 Seiten). Das Honorar für die Autoren betrug pro Jahrgang circa 1000 Schweizer Franken plus etwa 350 Schweizer Franken Redaktionsspesen. Den Kreis der Abonnenten schätzte Kelsen damals auf etwa 300. Im Brief ging es darum, einen neuen international ausgerichteten Verlag für die Zeitschrift zu finden, da sich der Rohrer-Verlag im Rahmen der politischen Entwicklungen in Europa und der in der Tschechoslowakei in Gang gesetzten Arisierungsmaßnahmen nicht mehr imstande sah, eine „Kelsen-Zeitschrift“ zu verlegen. Alf Ross käme als neuer Mitherausgeber infrage und primär wurde an den Verlag Levin und Munksgaard (Kopenhagen) als Nachfolgeverlag gedacht, vgl. Brief von Hans Kelsen an Alf Ross vom 27. November 1938 (Anm. 209). Einen ähnlichen Brief schrieb Kelsen Anfang 1939 an Carlos Cossio (1903–1997), als der Zürcher Verlag „Editions Polygraphiques“ bereits zugesagt hatte, die RITD in einer neuen Folge zu veröffentlichen (vgl. Brief von Kelsen an Carlos Cossio vom 20. Februar 1939, wiedergegeben in: *Carlos Cossio*, Títulos y antecedentes para optar a la cátedra titular de Filosofia del Derecho en la Universidad Nacional de La Plata, La Plata 1934, S. 29).

6. Die Internationalisierung der Reinen Rechtslehre

Vor allem in der zweiten Hälfte der 1920er Jahre schaffte es die Strahlkraft Kelsens, auch internationale Rechtswissenschaftler zur *Alma Mater Rudolphina* zu locken.[215] Es ging dabei oft um Nachwuchswissenschaftler, die Forschungsaufenthalte in Wien zum Zweck der Verfassung von im Ausland (an den jeweiligen Heimatuniversitäten) zu verteidigende Dissertationen verwendeten und die zum Teil tatsächlich durch die schulbildende Persönlichkeit[216] Kelsens angezogen worden waren. Die Verbindung dieser jüngeren Forscher zur Wiener Schule wurde aber nicht nur über den direkten Kontakt mit Kelsen hergestellt. Freundschaften wurden auch mit den Schülern Kelsens geschlossen, sodass die nächsten Generationen der Wiener Schule über persönliche Beziehungen mit ausländischen Kollegen vernetzt waren.[217] An der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät war Kelsen darüber hinaus schon seit Langem nicht mehr der einzige Lehrer, der die Reine Rechtslehre lehrte: Die ausländischen Studierenden bzw. Wissenschaftler

[215] Die Wiener Schule der Rechtstheorie machte zwischen 1920 und 1930 Wien zu einem „rechtstheoretischen Anziehungspunkt" (*Robert Walter*, Die Lehre des Verfassungs- und Verwaltungsrechts an der Universität Wien von 1810–1938, in: Juristische Blätter 110 [1988], S. 609–624 [616]). Aus dem Ausland kamen während der 1920er Jahre zu Kelsen in den Wissenschaftsmagneten Wien unter anderen: Charles Eisenmann (1903–1980/Frankreich), Julius Kraft (1898–1960/Deutschland), Luiz Legaz y Lacambra (Spanien), Tomoo Otaka (1899–1956/Japan), Marinus Maurits van Praag (1896–1965/Niederlande), Luis Recaséns-Siches (1903–1977/Guatemala), Alf Ross (Dänemark), Wiktor Sukiennicki (1901–1983/Polen). Kurze Profile dieser und anderer internationaler Schüler Kelsens finden sich *in Olechowski*, Biographie (Anm. 2), S. 390–395; vgl. auch die Einzelbeiträge in: *Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny* (Hrsg.), Der Kreis um Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre, Wien 2008.

[216] Merkl spricht von einer „‚Schule machende[n]' Führerpersönlichkeit" Kelsens, *Adolf Julius Merkl*, Professor Hans Kelsen zu seinem Abschied von Wien, in: Neue Freie Presse Nr. 23751 vom 26. Oktober 1930, S. 7 = Merkl-GS III/2, S. 363–365 (364). Alf Ross beschrieb Kelsen als „extrem inspirierend" und als „jemand, der das Selbstbewusstsein in Anderen wecken konnte" (vgl. *Jens Evald*, Alf Ross – A life, Kopenhagen 2014, S. 62 f.).

[217] Als Paradebeispiel dafür kann die Freundschaft zwischen dem japanischen Rechtswissenschaftler Tomoo Otaka und den Wiener Schülern Kelsens Felix Kaufmann und Alfred Schütz erwähnt werden: „Es tut mir sehr leid, dass ich nicht mehr die Gelegenheit habe, mit Ihnen und mit Dr. Schütz über unsere gemeinsamen Themen mündliche Diskussionen zu halten" (Brief von Tomoo Otaka an Felix Kaufmann von 10. September 1933, in: University of Memphis, Center for Advanced Research in Phenomenology, Felix Kaufmann Collection, Microfilm roll no. 06, files 2452–2455). Vgl. auch *Tomoo Otaka*, Grundlegung der Lehre vom Sozialen Verband, Wien 1932, S. VI; *Yoshikazu Stato*, Tomoo Otaka and Alfred Schutz in the 1930's. Their Social Theory and Its Socio-Cultural Background, in: 立命館産業社会論集 35 (1999), S. 39–55; *Mototaka Mori*, Tomoo Otaka in Wien [Typoskript eines Vortrags gehalten bei ‚Alfred Schütz und die Hermeneutik', Tagung veranstaltet vom Institut für die Wissenschaften des Menschen in Wien am 21. September 2007, 17 S.]. Zu späterem Wiedersehen kam es in einigen Fällen auch: Felix Kaufmann und Recaséns-Siches trafen sich nach rund 20 Jahren ohne persönlichen Kontakt wieder im Jahre 1949 in den USA: „Another former pupil of yours will be a visiting professor at the Graduate Faculty for the next two terms, Dr. Luis Recasens-Siches [sic]. I am looking forward to seeing him again after twenty years. He was a firebrand in your private seminar, a man of unbound enthusiasm for the philosophy of law. It will be nice to chat with him of the bygone days of the Kelsen seminar which meant so much to both of us, and had such a decisive impact on our lives" (Brief von Felix Kaufmann an Hans Kelsen von 14. Dezember 1948, in: HKI, Nachlass Hans Kelsen).

hatten – wie oben beschrieben – neben Kelsen selbst auch Schüler Kelsens als Dozenten und Ansprechpartner.[218]

Die Rückkehr der in den Wiener Kreis um Kelsen aufgenommenen Nachwuchswissenschaftler in ihre jeweiligen Heimatländer bedeutete oft auch eine Erweiterung des Netzwerkes Kelsens um einflussmächtige Knotenpunkte. Einige der internationalen Doktoranden, die zu Kelsen nach Wien kamen, wurden später Professoren in ihrem Heimatland. In einigen Fällen haben sie sich zu besonders prägenden Lehrfiguren und Forschern entwickelt.[219] Nicht selten blieben sie bei der Ausarbeitung eigener Rechtstheorien in ständiger wissenschaftlicher Auseinandersetzung mit der Reinen Rechtslehre, die nun durch die Werke dieser Gelehrten Verbreitung jenseits der deutschsprachigen Welt erfuhr. Auch durch die Lehre von eingestanden „kritischen Anhängern" („*discipulos críticos*")[220] hat die Reine Rechtslehre ihren Weg zur Rezeption im Ausland über die internationalen Schüler Kelsens gefunden. Zahlreiche Übersetzungen der Werke Kelsens wie der Arbeiten seiner Wiener Schüler sind der Initiative oder wenigstens dem persönlichen Engagement der ausländischen Schüler und wissenschaftlichen Freunde Kelsens zu verdanken.[221] Neben der durch die Verbreitung der Werke geförderten Ideen-Zir-

---

[218] Recaséns-Siches belegte Kurse bei Fritz Schreier und Felix Kaufmann (vgl. Academical Biography of Prof. Luis Recaséns-Siches [May 1948], in: Grove City College Archives, Ludwig von Mises Collection, Box 27, Folder 2). Legaz y Lacambra besuchte z. B. nach eigenen Angaben Vorlesungen von Felix Kaufmann, Fritz Schreier und Alfred Verdross (vgl. *Luiz Legaz y Lacambra*, Kelsen hoy, in: Anuario de Filosofía del Derecho [1971/1972], S. 77–92 [77]). Vgl. auch *Benito de Castro*, Luis Recaséns Siches, in: Rafael Domingo (Hrsg.), Juristas universales. Bd. 4: Juristas del siglo XX, Barcelona/Madrid 2004, S. 283–285; *Gregorio Robles*, Luis Legaz y Lacambra (1906–1980): Un permanente diálogo con Hans Kelsen, in: Gregorio Robles Morchon/Diego Medina Morales (Hrsg.), Ensayos sobre el Derecho y la Justicia. Libro Homenaje a Ana Cebeira Moro, Córdoba 2009, S. 247–287.

[219] So verbreitete z. B. Recaséns-Siches die Grundthesen der Reinen Rechtslehre in Spanien, als er aus Wien zurückkam und zunächst Professor für Rechtsphilosophie in Santiago der Compostela wurde: „Bei unseren Rechtsgelehrten, die Deutsch können, ist ein zunehmendes Interesse für die Leistungen der Wiener Schule zu bemerken: und es gibt schon ein paar Professoren […], die begeistert sind mit der Reinen Rechtslehre" (Brief von Luís Recaséns-Siches an Felix Kaufmann von 26. Mai 1927, in: University of Memphis, Center for Advanced Research in Phenomenology, Felix Kaufmann Collection, Microfilm roll no. 07, files 0023–0025); „Bei meinen Vorlesungen habe ich folgenden Plan entworfen: I[.] Teil, philosophische Betrachtung des juristischen Wertes. II[.] Teil[,] Philosophie des Positiven Rechtes. In diesem zweiten Teil stelle ich die juristischen Grundbegriffe und Kriterien nach der Lehre der Wiener Schule [dar], mit deren Anschauungen meine Schüler recht vertraut werden" (Brief von Recaséns-Siches an Felix Kaufmann vom 12. Mai 1928, in: University of Memphis, Center for Advanced Research in Phenomenology, Felix Kaufmann Collection, Microfilm roll no. 07, files 0026–0027).

[220] So bezeichnet sich selbst Recaséns-Siches, um seine Haltung gegenüber Kelsen und dessen Reiner Rechtslehre auf den Punkt zu bringen (vgl. *Luís Recaséns-Siches*, Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX, Ciudad de México 1963, S. 195).

[221] Dies lässt sich exemplarisch an den Übersetzungen der für Zwecke der Verbreitung im Ausland verfassten Kurzfassungen der ‚Allgemeine Staatslehre' Kelsens sehen: *Hans Kelsen*, Grundriß einer allgemeinen Theorie des Staates, Wien 1926 [Als Manuskript gedruckt]. Vier der Übersetzer bzw. Herausgeber gehörten zum internationalen Kreis um Kelsen, nämlich: Charles Eisenmann (ins Französische, 1926), Gyula Moór (ins Ungarische, 1927), Luis Recaséns-Siches (ins Spanische, 1928) und Franz Weyr (ins Tschechische, 1926).

kulation stellte die den Wissenstransfer fördernde Personen-Zirkulation eine erhebliche Komponente der Internationalisierung der Reinen Rechtslehre dar, die in diesem Sinn weitgehend eine Internationalisierung der Wiener Schule durch die Besetzung relevanter akademischer Positionen durch die ausländischen Schüler war – weit bevor Kelsen zur Zwangsemigration (zunächst innerhalb Europas und dann nach Amerika) gezwungen wurde.

Zur Internationalisierungsstrategie der Wiener Schule gehörte – so könnte dies gedeutet werden – neben der Herausgabe einer zweisprachigen rechtstheoretischen Zeitschrift und der Förderung ausländischer Nachwuchswissenschaftler auch das Engagement Kelsens und der Mitglieder seines Kreises an internationalen akademischen Institutionen. So schloss sich Kelsen am 26. Juni 1927 dem französischen Verwaltungsrechtswissenschaftler Gaston Jèze (1869–1953)[222] und anderen siebzehn internationalen Gelehrten in Paris zur Gründung des ‚*Institut International de Droit Public*' an.[223] Freilich nicht so prägnant wie die 1918 in Wien gegründete Nationalökonomische Gesellschaft, die im österreichischen Ideenmarkt dank der Prägung durch Ludwig von Mises eine Zeitlang als die Vereinigung der Wiener Schule der Nationalökonomie wahrgenommen wurde,[224] wird im internationalen Diskurs das von Kelsen mitgegründete Institut langsam und dank der prägenden Mitarbeit ihres Haupts in Verbindung mit der Wiener Schule gebracht.[225]

[222] Jèze wurde nach dem Tod von Léon Duguit 1928 in den Herausgeberkreis der RITD aufgenommen.

[223] Vgl. *Rudolf Aladár Métall*, Einrichtung, Tätigkeit und Ziele des Institut International de Droit Public, in: Österreichisches Verwaltungsblatt 2 (1931), S. 45–48. Während Jèze zum Präsidenten gewählt wurde, bildete Kelsen zusammen mit anderen Rechtswissenschaftlern „de réputation universelle", nämlich Léon Duguit (Bourdeaux), Fritz Fleiner (1867–1937/Zürich), Abbott Lawrence-Lowell (1856–1943/Harvard) und Nikolaos Politis (1872–1942/Paris) den Direktionsrat. Kelsen wurde auch zum Referenten der vierten von sieben konstituierten Kommissionen des Instituts, nämlich zur Kommission für den „gerichtliche[n] Schutz der Verfassungsnormen", wozu auch Adolf Julius Merkl gehörte, bestimmt, vgl. Première séance du 26. Juin 1927, in: Annuaire de l'Institut International de Droit Public 1929, Paris 1929, S. 43–51. *N. N.*, Internationales Institut für öffentliches Recht (Institut international de droit public), in: Zeitschrift für öffentliches Recht 7 (1928), S. 321–327 (322–323).

[224] Zu den Verhältnissen zwischen der Nationalökonomischen Gesellschaft und der Wiener Schule der Nationalökonomie vgl. *Klausinger*, The Nationalökonomische Gesellschaft (Anm. 71); *Hansjörg Klausinger*, The Nationalökonomische Gesellschaft (Austrian Economic Association) in the Interwar Period and Beyond, in: Wirtschaftsuniversität Wien, Working Paper Nr. 195 (2015), 34 S.

[225] Über die Verbindungen Kelsens zu diesem Institut finden sich die üblichen merkwürdigen Stellungnahmen bei Carl Schmitt: „Ihr Brief aus Telfes hat mich sehr erfreut, aber auch sehr nachdenklich gemacht. Deshalb möchte ich gern mit Ihnen sprechen. Auch wegen Paris, wo ich auf jeden Fall einmal mit Ihnen zusammentreffen muss; die Frage ist nur, ob gerade aus diesem Anlaß eines Kelsen-Kongresses. Aber Ihre Ermahnungen haben für mich eine überwältigende Autorität, besonders seitdem ich in dem einzigen Fall, bei dem ich unfolgsam war, mich sehr korrigieren mußte; leider zu spät; aber auch dazu mündlich. Heute nur diese Mitteilung über meine Reise nach Berlin" (Brief von Carl Schmitt an Rudolf Smend vom 11. September 1928, in: „Auf der gefahrenvollen Straße des öffentlichen Rechts", Briefwechsel Carl Schmitt – Rudolf Smend 1921–1961, hrsg. von Reinhard Mehring, 2. Aufl., Berlin 2011, S. 75). Zu den Mitgliedern des Instituts zählten einerseits auch Adolf Julius Merkl („membre titulaire") und Leonidas Pitamic („membre as-

Im Oktober 1928 referierte Kelsen zum Thema „La garantie juridictionnelle de la Constitution“,[226] was möglicherweise zur weltweiten Verbreitung des Rufs eines Kelsenschen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit dienlich war und wobei Kelsen seine für die Debatte um das ‚rechtswidrige Recht‘ relevante Lehre der Alternativermächtigung für eine internationale Audienz skizzierte.[227] Nicht atypisch für die Wiener Kreise wird also der Kreis um Kelsen – vor allem aber er selbst – mit einem (internationalen) wissenschaftlichen Institut in einem gewissen Grad assoziiert und konnte schon Ende der 1920er auf wenigstens zwei wirkungsmächtige Publikationsorgane zählen, die samt anderer Faktoren die Internationalisierung der Reinen Rechtslehre katalysierten.[228] Mitte der 1930er Jahre kam dann noch die Beteiligung Kelsens und einiger seiner Mitstreitenden der Wiener und der Brünner Schule an dem *‚Institut international de philolosophie du droit et de sociologie juridique‘* und dessen Verknüpfung mit der ‚RITD‘ hinzu.[229]

Bereits im Sommer 1926 wurde Kelsen außerdem eingeladen, den ersten seiner drei Kurse an der *‚Académie de Droit International de la Haye‘* im Friedenspalast zu halten. Während er 1926 mit einer Spezialvorlesung betraut wurde,[230] übernahm er 1932 bei seinem zweiten Auftritt in Den Haag den prestigeträchtigen *‚Cours général‘*,[231] der 1929 eingeführt wurde,[232] bei dessen Eröffnungsjahr Alfred Verdross

---

socié“), die aus dem engeren Kreis Kelsens stammten, andererseits aber auch Charles Eisenmann („chef du Service du Sécretariat“), der zu dieser Zeit nach Wien ging, um bei Kelsen seine Dissertation zu schreiben, vgl. *Otto Pfersmann*, Charles Eisenmann, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Der Kreis um Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre, Wien 2008, S. 75–98 (76). Franz Weyr, Kelsens Weggefährte, ist neben Carl Schmitt auch als „membre associé“ aufgelistet. Der Tätigkeit des Instituts wurde von ‚Kelsens-Zeitschrift‘ erhebliche Aufmerksamkeit geschenkt. Die Rede Schmitts über einen Kelsen-Kongress bezog sich möglicherweise auf die Tatsache, dass Kelsen 1928 als Referent eingeplant war.

[226] *Hans Kelsen*, La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle), in: Annuaire de l’Institut International de Droit Public 1929, Paris 1929, S. 52–143. Kelsen trug 1934 noch zum Thema Parteidiktatur vor, vgl. *Hans Kelsen*, La dictature de parti, in: Annuaire de l’Institut International de Droit Public 1935, Paris 1935, S. 23–40.

[227] Vgl. *Kelsen*, La garantie juridictionnelle de la Constitution (Anm. 226), S. 135. Zur Alternativermächtigung vgl. unten Dritter Teil, Kap. VII, S. 374–415.

[228] Bereits 1929 bat Kelsen aber ausdrücklich darum, nicht in den Direktionsrat des Instituts wiedergewählt zu werden. Daher trat Richard Thoma (1874–1957) in seiner Stelle in diesen Rat ein, vgl. *Richard Thoma*, Die zweite Tagung des Institut International de Droit Public, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 9 (1930), S. 292–293. Kelsen verblieb weiterhin als „membre titulaire“.

[229] Vgl. oben Erster Teil, Kap. I, S. 57 (Anm. 213).

[230] Vgl. *Hans Kelsen*, Les Rapports de Système entre le Droit Interne et le Droit International Public, in: Recueil des cours: Académie de droit international de la Haye 14 (1926), Paris 1927, S. 231–329.

[231] Vgl. *Hans Kelsen*, Théorie Générale du Droit International Public: Problèmes Choisis, in: Recueil des cours: Académie de droit international de la Haye 42 (1932), Paris 1933, S. 121–351.

[232] Jedes Studienjahr an der Akademie war in zwei Perioden unterteilt, die regelmäßig zwischen Juli und August stattfanden: Der 1929 eingeführte Cours générale umfasste 16 Lektionen und begleitete sowohl die erste als auch die zweite Periode. Die international renommierten Dozenten sollten sich dabei bemühen, ein „système général du droit international“ zu entwerfen. Die Akademie erhob den Anspruch, im Laufe der Jahre durch den Druck der Kurse eine Art Monographie-Reihe zu erstellen, die einen Überblick über die „diverses grandes conceptions systématiques

der Dozent war[233] und den Kelsen als bis dahin einziger in der Geschichte 1953[234] ein zweites Mal anbieten durfte.[235] Kelsens erste Lehrveranstaltung begann 1926 mit dem Problem des Verhältnisses von Staatsrecht und Völkerrecht und knüpfte, im Zusammenhang gesehen, an die vorangegangene Lehrveranstaltung von Heinrich Triepel (1868–1946) an, die 1923, also im ersten Jahr der Lehrveranstaltungen der Académie, stattfand und in der er sich kritisch mit der monistischen Theorie Kelsens auseinandersetzte.[236] Die Tatsache, dass sich Triepel 1923 in Den Haag in eigenen Vorlesungen intensiv mit der Rechtstheorie Kelsens auseinandersetzte, zeugt von der wachsenden internationalen Präsenz und Relevanz der Reinen Rechtslehre zu dieser Zeit.[237] Knapp zehn Jahre später wird Kelsen 1932 in seinem neuen Kurs vor einem respektablen internationalen Publikum Elemente seiner eigenen Allgemeinen Theorie des Völkerrechts präsentieren,[238] die auf der Reinen Rechtslehre der Wiener Schule basierte. Im selben Jahr durfte auch Josef L. Kunz einen speziellen Kurs in Den Haag anbieten,[239] was er bereits 1931 getan hatte.[240] In der Zwischenzeit hatte Verdross über seinen ‚*Cours général*' von 1929 hinaus bereits 1927 wie 1931 Spezialvorlesungen gehalten,[241] was er vor dem Zweiten Weltkrieg noch 1935 – freilich jeweils zu einem anderen Thema – wiederholen sollte.[242] Durch die Auftritte von Kelsen, Kunz und Verdross wurde die Wiener Schule der

---

du droit international" aus der Feder der jeweiligen Vertreter bieten sollte (zwei Zitate: Cours de 1929: Rapport du Curatorium, Paris 1929, S. 5).

233 Vgl. *Alfred Verdross*, Règles générales du droit international de la paix, in: Recueil des cours: Académie de droit international de la Haye 30 (1929), Paris 1931, S. 275–507.

234 Vgl. *Hans Kelsen*, Théorie du Droit International Public, in: Recueil des cours: Académie de droit international de la Haye 84 (1953), Leyde 1955, S. 1–203.

235 Vgl. *Christina Hoss*, Kelsen in Den Haag: Die Haager Vorlesungen von Hans Kelsen, in: Hauke Brunkhorst/Rüdiger Voigt (Hrsg.), Rechts-Staat, Baden-Baden 2008, S. 149–168 (149).

236 Vgl. *Heinrich Triepel*, Les Rapports entre Le Droit Interne et le Droit International, in: Recueil des cours: Académie de droit international de la Haye 1 (1923), Paris 1925, S. 77–121.

237 Vgl. z. B. *Walter Simons*, La Conception du Droit International Privé d'après la Doctrine et la Pratique en Allemagne, in: Recueil des cours: Académie de droit international de la Haye 15 (1926), Paris 1928, S. 437–529 (474–475), wo die Rede von „Kelsen et l'école de Vienne" ist. Vgl. auch *Léon Duguit*, Les doctrines juridiques objectivistes, Sonderdruck aus der Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'Étranger, Paris 1927, S. 22–41.

238 Im Jahre 1932 erstreckte sich die erste Kursperiode vom 4. Juli bis zum 30. Juli und die zweite vom 1. August bis zum 27. August: 26 Kurse standen den insgesamt 394, aus 35 verschiedenen Ländern stammenden, registrierten Zuhörern zur Verfügung. Die maximale Belegung einer Unterrichtsstunde lag bei 109 Hörern, die minimale bei 49 (vgl. Cours de 1932: Rapport du Curatorium, Paris 1932, S. 7–8).

239 Vgl. *Josef L. Kunz*, L'article XI du Pacte de la Societè des Nations, in: Recueil des cours: Académie de droit international de la Haye 39 (1932), Paris 1933, S. 679–820.

240 Vgl. *Josef L. Kunz*, L'option de nationalité, in: Recueil des cours: Académie de droit international de la Haye 31 (1930), Paris 1931, S. 107–176.

241 Vgl. *Alfred Verdross*, Le fondement du droit international, in: Académie de droit international de la Haye 16 (1927), Paris 1928, S. 247–323; *Alfred Verdross*, Règles internationales concernant le traitement des étrangers, in: Académie de droit international de la Haye 37 (1931), Paris 1932, S. 323–412.

242 *Alfred Verdross*, Les principes généraxus du droit dans la jurisprudence internationale, in: Académie de droit international de la Haye 52 (1935), Paris 1936, S. 191–251.

Rechtstheorie in der Zwischenkriegszeit auf dem Gebiet des Völkerrechts international noch mehr sichtbar und die Reine Rechtslehre zirkulierte weltweit als ein ernstzunehmendes, wenn auch umstrittenes Angebot im völkerrechtlichen Diskurs.

Ende der 1930er Jahre wurde aufgrund der äußerst produktiven Zusammenarbeit zwischen Kelsen und Weyr noch ein weiteres Internationalisierungsprojekt ins Leben gerufen. Gemeinsam gründeten sie Anfang 1938 beim Prager Verlag ‚Taussig und Taussig' als Mitherausgeber eine Reihe betitelt mit „Rechts- und Staatswissenschaftliche Studien".[243] Erster – und soweit ersichtlich (wegen des Ausbruchs des Zweiten Weltkriegs 1939) einziger Band – war William Ebensteins (1910–1976) Werk zur rechtsphilosophischen Wiener Schule.[244]

III. Vom Kreis um Kelsen über das Privatseminar zur Wiener Schule

Aus dem persönlichen und akademischen Kontakt mit Hans Kelsen – seit dessen Zeit als Privatdozent an der juristischen Fakultät der Wiener Universität und Dozent an dem Handelsmuseum– entstand ein Kreis von gleichgesinnten, vorwiegend jüdisch-stämmigen,[245] relativ jungen Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftlern, der sich vor allem im Rahmen des von Kelsen veranstalteten Privatseminars verfestigte und allmählich durch seine Kernteilnehmenden nach außen die Züge einer wissenschaftlichen Schule gewann und sich in der Selbstwahrnehmung auch als solche verstand. Es handelt sich um eine Schule, die sich ausgerechnet durch die innere Flexibilität, d. h. durch die Ermöglichung und Förderung der inhaltlichen Divergenzen der Mitglieder untereinander und mit der Zentralfigur Hans Kelsen, als Forscherformation kennzeichnete und nach außen als stabile und identitätssichere Forschungsformation in Auseinandersetzung mit unterschiedlichen rechts- und geisteswissenschaftlichen Strömungen weit über den engen Kreis um Kelsen wirkte. Seine Schüler waren Kelsen, der sein Leben lang demonstrierte, zur „Selbstkritik"[246] fähig zu sein, nicht durch eine „*jurare in verba magistri*"[247] verpflichtet. Die Mitgliedschaft in der Wiener Schule verlangte kein vorbehaltloses Bekenntnis zu Kelsens Anschauungen.

---

[243] Dies gab Weyr in einem Brief an Giorgio Del Vecchio (1878–1970) im Mai 1938 bekannt, als er seinem Freund und Kollegen den ersten Band der neuen Reihe mit der Bitte zukommen ließ, ihn in der ‚Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto' rezensieren zu lassen, vgl. Brief von František Weyr an Giorgio Del Vecchio von 16. Mai 1938, in: Università degli Studi di Roma la Sapienza, Dipartimento di Studi Giuridici, Archivio Del Vecchio.

[244] *Ebenstein*, Die rechtsphilosophische Schule der Reinen Rechtslehre (Anm. 3).

[245] Für eine facettenreiche und nuancierte Annäherung an die Fragestellung nach einer jüdischen Komponente der Reinen Rechtslehre, die die Anzahl der jüdisch-stämmigen Mitglieder in der Forscherformation der Wiener Schule berücksichtigt, vgl. *Matthias Jestaedt*, Rechtstheorie ohne Metaphysik: Die „Reine Rechtslehre" als jüdische Rechtstheorie?, in: Till van Rahden/Michael Stolleis (Hrsg.), Emanzipation und Recht. Zur Geschichte der Rechtswissenschaft und der jüdischen Gleichberechtigung, Frankfurt am Main 2021, S. 246–265.

[246] Vgl. *Alfred Verdross*, Hans Kelsen in memoriam, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 24 (1973), S. 241–243 (242).

[247] *Kelsen*, Autobiographie [1947] (Anm. 29), S. 62.

In nicht unwesentlichem Maß ist ausgerechnet der in Kelsens Kreis herrschenden „echt wissenschaftliche[n] Toleranz gegenüber eigenen Meinungen und Strömungen aus [dem] Schülerkreis" zu verdanken, dass das „theoretische Lehrgebäude" der Reinen Rechtslehre „in einer von Kennern stark beachteten und von dem Lehrmeister selbst reichlich gewürdigten Weise ausgebaut, ja selbst umgebaut wurde".[248] Die Wiener Schule verstand sich nicht als eine auf kritiklosem Glauben basierende Sekte, denn die Schüler wurden ermuntert und ermutigt, „ihren eigenen Weg"[249] zu gehen. Alle Beteiligten waren eingeladen, aktiv an der Weiterentwicklung der Reinen Rechtslehre mitzuwirken, ohne dass man sich im Fall von Meinungsunterschieden zwingend auf bestimmte Kompromisse einigen musste. Ein Paradebeispiel dafür liefert die in dieser Dissertation näher zu untersuchende Debatte um das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts', das in kaum einer Rechtstheorie eine Randfrage darstellt und in der Reinen Rechtslehre mit dem Fehlerkalkül Merkls und der Alternativermächtigung Kelsens zwei geradezu ikonisch gewordene Lösungsversuche erfahren hat. Dabei nahmen die aus heutiger Sicht als die „Großen Drei"[250] der Reinen Rechtslehre geltenden Rechtstheoretiker Kelsen, Merkl und Verdross konfligierende Positionen ein, die darüber hinaus mehr oder weniger quer zu den rechtstheoretischen Intuitionen Fritz Sanders standen. Aus der sich durch die Schule hindurchziehende, andere Schüler Kelsens zur Stellungnahme herausfordernde Kontroverse zwischen Merkl und Sander ergab sich die Verfeinerung mancher festen Bestandteile der Reinen Rechtslehre. In nicht wenigen fundamentalen Punkten blieb es aber bei einer Verzweigung des rechtstheoretischen Verständnisses der Wiener Schule, die je nach Lesart aber so gewichtig ist,

[248] Drei Zitate: *Merkl*, Professor Hans Kelsen zu seinem Abschied von Wien (Anm. 216), S. 7 = Merkl-GS III/2, S. 363–365 (364). Vgl. auch *Verdross*, Österreich – Heimat der Rechtstheorie (Anm. 63), S. 50. Anders schildert aber Fritz Sander die Lage nach seiner bitteren, persönlichen wie akademischen Polemik gegen Kelsen und dessen Schule, von der er sich abgrenzte, als der Name Kelsen 1933 für die Besetzung einer vakant gewordenen Lehrkanzlei für Völkerrecht an der juristischen Fakultät der Karls-Universität in Prag ventiliert wurde: „[…] schon meine bittere Erfahrung mit Kelsen hat mich gelehrt, dass Kelsens sachliche Einwendungen sehr leicht in persönlichen Hohn übergehen" (Erklärung Prof. Dr. Fritz Sander vom 26. Oktober 1933, in: AKU, Juristische Fakultät, Personalakt Hans Kelsen, F 59 [im Folgenden: Erklärung Sanders vom 26. Oktober 1933]). Vgl. auch die Einschätzung von Felix Ermacora (1923–1995), der von einer „Kommunikationslosigkeit des Begründers" der Wiener Schule redet und diese darin sieht, dass er nicht gewillt gewesen sei, „die [Reine Rechts-]Lehre selbst in Frage zu stellen oder in der Diskussion in Frage stellen zu lassen ohne darauf mit Bitterkeit zu reagieren" (Zwei Zitate: *Felix Ermacora*, Die Bedeutung und die Aufgabe der Wiener Schule für die Wissenschaft vom öffentlichen Recht der Gegenwart, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 10 [1959/1960], S. 347–367 [350]).

[249] Brief von Hans Kelsen an Erich Voegelin vom 27. Februar 1954, in: Stanford University, Hoover Institution Archives, Eric Voegelin Papers, Box 20, Folder 37. Diejenigen, die es so gemacht haben, seien – nach Kelsen selbst – eigentlich seine Lieblingsschüler gewesen.

[250] Begriff bei *Thomas Elsner*, Das Ermessen im Lichte der Reinen Rechtslehre. Rechtsstrukturtheoretische Überlegungen zur Rechtsbindung und zur Letztentscheidungskompetenz des Rechtsanwenders, Berlin 2011, S. 89. Kritisch zur Vorstellung einer Merkl und Verdross privilegierenden Relevanzhierarchie innerhalb der Wiener Schule, vor allem was die Bedeutung der jeweiligen Beiträge zur Weiterentwicklung der Reinen Rechtslehre angeht, vgl. *Métall*, Hans Kelsen und seine Wiener Schule der Rechtstheorie (Anm. 29), S. 15 f.

dass sich fragen lässt, ob nicht von Reinen Rechtslehren im Plural geredet werden könnte.[251]

„Kelsen hatte die für den Gründer einer wissenschaftlichen Schule notwendige Einsicht“,[252] für den Zusammenhalt seines Kreises zu sorgen, ohne den freien Raum für die eigene wissenschaftliche Entwicklung seiner Schüler einzuengen.[253] Er hat den Sinn dafür gehabt, „einerseits verschiedene Anwärter juristischer Berufe mit seinen theoretischen Grundlagen vertraut zu machen und sie zu veranlassen, diese Grundlagen für ihre Spezialstudien nutzbar zu machen, andererseits Vertreter verschiedener juristischer Berufe […] für seine Rechtstheorie zu interessieren und sie dem Kreis seiner Schule zu assoziieren“.[254] Hatte die Wiener Schule durch seinen härteren, aus langsam zu Hochschullehrern werdenden, in Wien habilitierten Schülern Kelsens bestehenden Kern ein erkennbares theoretisches Gesicht, wurde die Diffusion der Reinen Rechtslehre nicht wenig durch sich an der Peripherie des Kelsen-Kreises bewegende Figuren gefördert, die sich mehr oder weniger locker an den Erkenntnissen der Reinen Rechtlehre orientierten und sie als Anregung verarbeiteten. Weiterverbreitet und zum weltweiten rechtstheoretischen Kanon wurde die Lehre darüber hinaus nicht zuletzt durch die kritische Aufnahme und sogar versuchte Widerlegung in den Werken der internationalen Schüler.[255]

Im Ergebnis bildete sich ein (informell) arbeitsteilig agierendes und sich auf der „Grundlage vertrauensvoller wissenschaftlicher Zusammenarbeit“[256] kontinuierlich weiterentwickelndes, intellektuell nicht hierarchisch strukturiertes Forschungsnetzwerk, das Forscherinnen und Forscher vereinigte, welche

---

[251] Dazu insbesondere unten Dritter Teil, Kap. VIII, S. 416–465.

[252] *Adolf Julius Merkl*, Entwickelt sich Österreichs Rechtswissenschaft?, in: Norbert Leser (Hrsg.), Österreich – geistige Provinz?, Wien 1965, S. 280–312 (308) = Merkl-GS III/2, S. 513–545 (541).

[253] Dieses eher lose Arrangement unterscheidet den Kreis um Kelsen bzw. die Wiener Schule von anderen Wiener Kreisen wie etwa dem Mises-Kreis, der als eine Art „tight-knit“-circle funktionierte: „the ties in these circles were so strong that the introduction of a third party into the circle would require that he or she share the same fundamental view of the world, or, at least, the fundamentals of the scholarly conception that bound the group together“ (*Erleane Craver*, How ideas migrate, in: Hagen M. Kramer/Heinz D. Kurz/Hans Michael Trautwein [Hrsg.], Macroeconomics and the History of Economic Thought. Festschrift in Honour of Harald Hagemann, London/New York 2012, S. 158–164 [162]). Für Kelsen – wenn es um die Aufnahme in seinem Kreis ging – war hingegen „der strengste Konservative und der radikalste Sozialist, wann sie nur ehrlichen wissenschaftlichen Willens sind, gleich wertvoll; katholische Kleriker und orthodoxe Juden k[o]nn[t]en sich erfahrungsgemäß gleicherweise seiner Förderung erfreuen, wenn es ihnen nur ernst [war] um die Wissenschaft“ (*Merkl*, Professor Hans Kelsen zu seinem Abschied von Wien [Anm. 216], S. 7 = Merkl-GS III/2, S. 363–365 [364]).

[254] *Merkl*, Entwickelt sich Österreichs Rechtswissenschaft? (Anm. 252), S. 308 = Merkl-GS III/2, S. 513–545 (541).

[255] Vgl. z. B. *Alf Ross*, Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of the Dualism in Law, Kopenhagen 1946. „Alf Ross, the Dane, a scholar of great talent, started in Vienna from Kelsen, but has developed toward a ‚realistic jurisprudence‘“ (*Josef Kunz*, [Buchbesprechung] Towards a Realistic Jurisprudence. A Criticism of the Dualism in Law, by Alf Ross, in: The American Journal of International Law 44 [1950], S. 232–233 [233]).

[256] *Walter Henrich* et alii, Erklärung, in: Hans Kelsen, In eigener Sache, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1922/1923), S. 499–502 (502).

- sich überwiegend als Schüler von Kelsen und als Angehörige einer Art „Arbeitsgemeinschaft“[257] verstanden (Eigenwahrnehmung);
- im akademischen Diskurs als Angehöriger einer eigenen (rechts)wissenschaftlichen Bewegung wahrgenommen und adressiert wurden (Fremdwahrnehmung);
- den harten Kern ein und desselben Forschungsprogramms teilten (wissenschaftliche Identität); und
- dieses Programm gemeinsam in ständiger Interaktion, Debatte und Kontroverse ausgearbeitet, verfeinert und hier und da revidiert haben (wissenschaftlicher Dynamismus).

Der Faszination weckende Charakter Kelsens, sowohl als Mensch als auch als Forscher und Lehrer,[258] trug dazu bei, eine proaktive Gruppe jüngerer Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler zusammenzuziehen, die sich als eine fruchtbare Umgebung für die Blüte und Fortentwicklung der Reinen Rechtslehre herauskristallisierte. Als *Forschungs-* und *Forscherformation* bietet die Wiener Rechtstheoretische Schule vor allem während der Wiener Zeit Kelsens ein sehr schwer zu replizierendes Forum, in dem sich die Reine Rechtslehre durch Interaktionen und gegenseitige Irritationen Kelsens und seiner Schüler ständig verfeinerte, nicht selten korrigierte und sich in ihren Grundzügen konsolidierte. Die inner- und außeruniversitären Kontakte um die Zentralfigur Kelsen herum ermöglichten sowohl die Schaffung einer rechtswissenschaftlichen gemeinsamen Grammatik und eines Vokabulariums als auch multi-perspektivistische – aber doch geistverwandte – Annäherungen an bestimmte Themen. Die Publikationsorgane sorgten für Resonanz. Die Dynamik des Wiener Kreises und das wissenschaftliche internationale Netzwerk Kelsens und seiner Schüler bereiteten eine Weltkarriere vor. Das kollektiv unter der geistigen Führung Kelsens erarbeitete Forschungsprogramm der Reinen Rechtslehre wurde zum Nullmeridian der rechtstheoretischen Debatte: Keine „juristische Richtung“ konnte „an der Reinen Rechtslehre […] vorübergehen“.[259] Die Reine Rechtslehre als rechts(erkenntnis)theoretisches Programm

---

[257] *Henrich* et alii, Erklärung (Anm. 256), S. 502.

[258] Abundant sind die Zeugnisse des persönlichen Charmes von Hans Kelsen, vgl. z. B.: „Kelsen was not only a fascinating personality and a teacher, he offered his students a unique approach to the social sciences“ (*Alfred Schutz*, A Scholar of Multiple Involvements: Felix Kaufmann, in: Helmut Wagner/George Psathas [Hrsg.], Alfred Schutz, Collected Papers IV, Dordrecht/Boston/London 1996, S. 134–139 [137]). Vgl. auch *František Weyr*, Hans Kelsen, in: Časopis pro právní vědu a praxi 15 (1932), S. 1–18 (1 f.). Gleichwohl sich die Wiener Schule um Kelsen nicht als dogmatische Religionsgemeinschaft verstand und darstellte, wurde die persönliche Devotion der Schüler Kelsens für ihn schon mit einer religiösen verglichen: „I cannot speak too highly of Professor Hans Kelsen. […] He speaks and writes English well and succeeds remarkably with students. Indeed, his students are so devoted to him that Kelsenism became almost a religious cult in Central Europe“ (Brief von Roscoe Pound an John A. Fairlie von 10. Januar 1939, in: Harvard Law Library, Historical & Special Collections, Roscoe Pound Papers, Box 140, Folder 7).

[259] *Gisela Rohatyn*, Zum 50. Geburtstag Hans Kelsens, in: Zeitschrift für soziales Recht 3 (1931), S. 236. Vgl. auch *Kunz*, Hans Kelsen zu seinem 50. Geburtstag (Anm. 140); *Mario Losano*, Hans Kelsen: Una biografía culturual mínima, in: Derecho y Libertades 14 (2006), S. 113–128

und Unternehmen zeigt sich als Produkt der Reinen Rechtslehre als wissenschaftliche Arena, sprich: der Wiener Schule.[260]

B. Das Forschungsprogramm der Wiener Schule der Rechtstheorie: In a nutshell

Bei der Reinen Rechtslehre wird der Name zum Programm[261] und die Reinheit der Rechtswissenschaft zum methodologischen Motto im ständigen Kampf um die Erhebung der Jurisprudenz auf die Höhe einer wirklichen (Geistes-)Wissenschaft.[262] Das Forschungsprogramm der Wiener Schule entfaltete sich dabei in zwei Momenten. Vordergründig betrafen die Ansprüche Kelsens die Ebene der Rechtswissenschaftstheorie und bezweckten, die Jurisprudenz verstanden als Rechtsdogmatik zu verwissenschaftlichen. Damit verbunden entstand aber auch allmählich eine Lehre über die Rechtlichkeit des Rechts, denn der sinnvolle Zuschnitt der Rechtsdogmatik als eine normative Disziplin setzt eine bestimmte Auffassung über die Struktur und die Funktion der existenten Rechtsordnungen voraus, gleichwohl die wissenschaftliche Begrifflichkeit und Methodik selektieren und restringieren, was

(114), der von Kelsens Denken als „meridiano de Greenwich de la ciencia jurídica del siglo XX" spricht.

[260] „The broad advancement of legal theory in general, and the penetration of special fields of law, through the work of Verdross and Merkl, Weyr and Sander, Felix Kaufmann and Schreier, has to be understood if one wishes to appreciate the fertility of Kelsens's enterprise" (*Eric Voegelin*, [Book Review] General Theory of Law and State, by Hans Kelsen and The Pure Theory of Law, by William Ebenstein, in: Louisiana Law Review 6 [1945], S. 489–492 [491 f.]). Auch in der Anglosphäre, wo die Reine Rechtslehre bis heute nicht stark rezipiert wird, wurde bereits Ende der 1920er Jahre von der „Austrian School" gesprochen, vgl. *Johannes Mattern*, Concepts of State, Sovereignty and International Law. With special reference to the juristic conception of the State, Maryland/London 1928, S. 121–139. In Frankreich wurde breit über die „école viennoise" geredet und in Italien über „Kelsen" und „sua scuola" (vgl. z. B. *Roger Bonnard*, La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl, in: Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger 45 [1928], S. 668–696 [670]; *Tommaso Antonio Castiglia*, La Filosofia dell' „Als-Ob" nel Diritto, in: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto 6 [1926], S. 98–122 [111]). In Spanien war spätestens Anfang der 1930er auch jenseits der engeren Kreises der Kelsen Schüler – Recaséns-Siches und Legaz y Lacambra – von einer „escuela jurídica vienesa" die Rede (vgl. *Felipe González Vicén*, Teoría de la revolución. Sistema e historia [1932], Madrid/México 2010, S. 36).

[261] Es sei angemerkt, dass sich entwicklungsgeschichtlich die ‚jungösterreichische Schule' als Label noch vor der Reinen Rechtslehre als Bezeichnung des Forschungsprogramms durchsetzte. Obwohl die Idee einer ‚reinen Rechtswissenschaft' die Werke der Wiener Schule bereits im Laufe der 1910er durchdrang, wurde die Reine Rechtslehre erst 1920 im Untertitel von Kelsens ‚Problem der Souveränität' als solche prominent nach außen getragen, vgl. *Kelsen*, Problem der Souveränität (Anm. 11) = HKW 4, S. 235–572. Vgl. auch den Titel einer 1920 Kelsen von Kaufmann überreichten Doktorarbeit, die unpubliziert geblieben ist: *Felix Kaufmann*, Wahrheit und Wert in der reinen Rechtslehre. Eine Studie über die Systemprobleme des Rechts, Wien 1920, in: Sozialwissenschaftliches Archiv Konstanz, Nachlass Felix Kaufmann.

[262] Dazu und zum Folgenden vgl. *Horst Dreier*, Hans Kelsens Wissenschaftsprogramm, in: Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung, Beiheft 7, Berlin 2007, S. 81–114.

mit ihrer Hilfe betrachtet werden kann. Daher implizieren sich eine Theorie der Eigengesetzlichkeit der Rechtswissenschaft und eine Theorie der Eigengesetzlichkeit des Rechts,[263] die den Kernbereich des Wissenschaftsprogramms der Reinen Rechtslehre ausmachen.

I. Die Eigengesetzlichkeit der Rechtswissenschaft

1. Erkenntnistheorie für Juristen

Von Anfang an beanspruchte Kelsen mit seinem rechts(wissenschafts)theoretischen Ansatz, „die etwas entlegene Provinz der Rechtswissenschaft mit dem befruchtenden Zentrum aller Erkenntnis, der Philosophie, in engen Kontakt“[264] zu bringen. Das Projekt einer Verwissenschaftlichung der Jurisprudenz ging mit einem Bedarf nach *aggiornamento* der erkenntnistheoretischen Grundlagen der theoretischen und dogmatischen Beschäftigung mit dem positiven Recht einher. Dadurch sollte der Zusammenhang der rechts- und staatswissenschaftlichen Probleme mit den großen Fragen anderer Wissenschaften aufgezeigt werden. Unentbehrlich schien das Bemühen, die Rechtswissenschaft aus ihrem konstatierbaren „vorwissenschaftlichen Stadium“[265] herauszuholen. Daher die Fokussierung auf eine methodologische Besinnung der Rechtswissenschaft bzw. auf das „Kardinalproblem juristischer Methodologie“, das darin bestünde, zu bestimmen, „ob und inwieweit die Jurisprudenz eine normative Disziplin“[266] ist.

Nicht als Selbstzweck wurde die Annäherung zwischen den Welten der Erkenntnis- und der Rechtstheorie durch Kelsen gefördert und dann tatsächlich durch die Wiener Schule vorangetrieben und beschleunigt. Es ging Kelsen und der Wiener Schule darum, den akademischen Diskurs über das Recht auf den Stand der damaligen Wissenschaftstheorie zu bringen, damit sie optimal ihren eigenen Aufgaben durch Erwerb geeigneter erkenntnistheoretischer Werkzeuge gerecht werden könnte. Die Formel „wenn […] die Jurisprudenz eine Wissenschaft sein soll und will, dann muß sie […],“[267] wurde zum Fixpunkt der (rechts)wissenschaftstheoretischen Überlegungen innerhalb des Kreises um Kelsen. Die Reine Rechtslehre lässt sich in dieser ihrer Facetten als eine „Rechts[wissenschafts]voraussetzungslehre“[268] verstehen.

---

[263] Vgl. *Christoph Kletzer*, The mutual inclusion of Law and its Science – Reflections on Hans Kelsen's Legal Positivism, Cambridge 2004; *Matthias Jestaedt*, Hans Kelsens Reine Rechtslehre. Eine Einführung, in: Hans Kelsen, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Studienausgabe der 1. Auflage 1934 hrsg. von Matthias Jestaedt, Tübingen 2008, S. XI–LXVI (XXV–XXX).

[264] *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Anm. 166), S. VIII.

[265] *Adolf Julius Merkl*, Das Problem der Rechtskontinuität und die Forderung des einheitlichen rechtlichen Weltbildes, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 5 (1926), S. 497–527 (497) = Merkl-GS I/1, S. 385–424 (385).

[266] Zwei Zitate: *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 24), S. VII = HWK 2, S. 21–878 (55).

[267] *Kunz*, Völkerrechtswissenschaft und reine Rechtslehre (Anm. 18), S. 16.

[268] *Kaufmann*, Kriterien des Rechts (Anm. 171), S. 58.

In gewissem Sinn handelte es sich bei dem Kelsenschen erkenntnistheoretisch fundierten methodologischen Unterfangen um eine Art Übung an „Philosophie für Juristen", im Gegensatz zu einer „Philosophie für Philosophen".[269] Erstere sollte unter anderem in der Lage sein, einige in der rechtswissenschaftlichen *Vulgata* der Juristen fest verankerte Überzeugungen über den Funktionsmodus und die Strukturen des positiven Rechts zu erschüttern, eine gegenstandsadäquate Lesart bestehender rechtlicher Probleme zu ermöglichen, sowie das Bewusstsein über die Möglichkeitsgrenzen der Rechtswissenschaft ans Tageslicht zu bringen. Primär ging es bei diesem Anliegen nicht um die stringente Anwendung bestimmter philosophischer Modelle auf die Rechtswissenschaft, d. h. um das Hineinlegen rechtlicher Grammatik, Lexika und Sprachgebräuche in das Prokrustesbett fertiger philosophischer Systeme. Vielmehr wurden strategisch erkenntnistheoretische Sichtweisen und Konstrukte für die Lösung rechtstheoretischer Schwierigkeiten dergestalt herangezogen, dass ein Dialog zwischen den Disziplinen ermöglicht wurde, in dem den Gesprächspartnern die Besonderheiten und Beschränkungen eigener Erkenntnisfelder bewusstwerden könnten.

So tat sich die Reine Rechtslehre vor allem in den Anfangsjahren der Wiener Schule als eine Form der Rechtswissenschaftstheorie hervor,[270] d. h. als eine Theorie über die Eigengesetzlichkeit der Rechtswissenschaft,[271] die von philosophisch neugierigen, den bahnbrechenden Entwicklungen im Bereich der Erkenntnistheorie offenen Juristen konzipiert und betrieben wurde. Die Erarbeitung einer dem positiven Recht angepassten juristischen Epistemologie „manifestiert sich als Richt-

[269] Hier scheint die von Norberto Bobbio eingeführte Differenzierung zwischen „filosofia del diritto dei filosofi" und „filosofia del diritto dei giuristi" als zwei unterschiedlichen Denkstilen anschlussfähig zu sein, vgl. *Norberto Bobbio*, Giusnaturalismo e positivismo giuridico, Milano 1965, S. 43–46. Kelsen und seinen Mitstreitern war seit Beginn relativ klar, philosophisches Vokabular wie erkenntnistheoretische Konzepte seien mit gewisser Zurückhaltung zu verwerten, sollte eine Rechtstheorie entwickelt werden, die auch für die Teilnehmerinnen und Teilnehmer des praktischen und dogmatischen Rechtsdiskurses anschlussfähig wäre: „Dem Gesagten entsprechend werden es zwei Hauptursachen sein, welche die Stellungnahme der Rechtsdogmatik zu einer konkreten Rechtsphilosophie bedingen: Erstens der Inhalt des philosophischen Systems selbst, soweit er in irgendeiner Richtung für die Rechtsdogmatik maßgebend, das heißt praktisch werden kann, zweitens die Fähigkeit der Rechtsdogmatiker, ein philosophisches System überhaupt zu begreifen. Mit dieser Fähigkeit ist es nun allerdings in der heutigen Rechtswissenschaft im allgemeinen sehr schlecht bestellt, doch nicht so schlecht, daß ihre Vertreter nicht wenigstens so viel Einsicht hätten, um die Möglichkeit einer Ingerenz eines philosophischen Systems auf ihr dogmatisches Lehrgebäude zu erkennen bzw. mehr oder weniger klar zu begreifen" (*František Weyr*, Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 2 [1921], S. 671–682 [673]).

[270] Eines der Mitglieder der ersten Generationen der Wiener Schule, Felix Kaufmann, sah gerade darin das Hauptanliegen der Reinen Rechtslehre: „Die Reine Rechtslehre will Theorie der *dogmatischen Rechtswissenschaft* – der Lehre von der *Rechtsauslegung* – sein und demgemäß geht ihr Suchen nach dem Sinn des Rechtsbegriffes (nach dem Wesen des Rechts) dahin, in rationaler Nachkonstruktion zu erfassen, was im Verfahren dieser Auslegungswissenschaft unter ‚Recht' verstanden wird" (*Felix Kaufmann*, Methodenlehre der Sozialwissenschaften, Wien 1936, S. 296). Vgl. auch *Rainer Lippold*, Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin. Zur Theorienstruktur in der Rechtswissenschaft am Beispiel der Allgemeinen Strafrechtslehre, Wien/New York 1989, S. 149–177.

[271] Vgl. *Jestaedt*, Hans Kelsens Reine Rechtslehre (Anm. 263), S. XXVII–XXIX.

schnur für das der Reinen Rechtslehre eigentümliche Programm einer Korrektur der herkömmlichen Dogmatik: Ihre Begrifflichkeit muss gesäubert werden, Fehlschlüsse identifiziert und durch richtige ersetzt werden".[272] Im ursprünglichen Forschungsverbund der Reinen Rechtslehre schien die Diagnose geteilt zu werden, „gerade die mit den Grundbegriffen des Rechts befaßte Jurisprudenz ist mehr als irgendeine andere Wissenschaft versucht, der vulgären Anschauung Opfer zu bringen".[273] Erkenntnistheoretisch aufgeklärt bemühte sich das Wiener Ensemble nicht zuletzt um eine „Kritik der Sprache" bzw. der „Alltagsprache"[274] der Rechtswissenschaft(en).

Im Vordergrund stand das Gewinnen eines ‚*internal point of view*' als eine spezifische Betrachtungsweise des Rechts durch die Rechtswissenschaft, nämlich die Ausdifferenzierung einer der Rechtswissenschaft eigenen Herangehensweise an das Rechtsphänomen. Überwunden werden sollte die Verlegenheit, in die oft diejenige Juristen gebracht wurden, die sich mit auf rechtliche Probleme in Beziehung gebrachten philosophischen Theoremen befassten, nämlich „[d]aß infolge einer relativ unklaren Vorstellung über das rechtliche Material, infolge – begreiflicherweise, ja geradezu notwendig – unzulänglicher Beherrschung der rechtlichen Erfahrung mitunter geradezu der Gegenstand der Jurisprudenz verfehlt wird".[275] Oft seien die Philosophen, welche sich mit dem Recht beschäftigt haben, „auf juristische[m] Gebiet meist völlig[e] Laien"[276] gewesen. Dem Kelsen-Kreis ist die Einsicht darin klargeworden, dass „der Brückenschlag zwischen Jurisprudenz und Philosophie im besonderen, von juristischer Seite vorgenommen werden"[277] musste. Eine „unerläßlich eindringliche Vertrautheit mit dem positiven Recht"[278] sei letztendlich für die Verwirklichung des anvisierten Forschungsprogramms unverhandelbar, sollte man der Zielsetzung gerecht werden, eine „ihrer Eigenart weil der Eigengesetzlichkeit ihres Gegenstandes bewußte Rechtstheorie zu entwickeln".[279]

Könnte die moderne Erkenntnistheorie einerseits wegweisend für die Fragestellung dienen, wie wissenschaftliche Modelle für die Erfassung des Gegenstands

---

[272] *Otto Pfersmann*, Kelsens Ideologiekritik, in: Nikitas Aliprantis/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Die Aktualität eines großen Rechtswissenschafters und Soziologen, Wien 2014, S. 53–66 (54).

[273] *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 24), S. IX = HKW 2, S. 21–878 (57).

[274] Zwei Zitate: *Sander*, Das Faktum der Revolution (Anm. 99), S. 134.

[275] *Adolf Julius Merkl*, [Buchbesprechung] Kelsen, Hans, o. ö. Universitätsprofessor in Wien, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen 1920, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 320 S., in: Kant-Studien 27 (1922), S. 215–217 (215) = Merkl-GS II/2, S. 609–613 (610).

[276] Zwei Zitate: *Kunz*, Völkerrechtswissenschaft und reine Rechtslehre (Anm. 18), S. 11.

[277] *Merkl*, [Buchbesprechung] Problem der Souveränität (Anm. 275), S. 216 = Merkl-GS, S. 609–613 (610 f.).

[278] *Merkl*, [Buchbesprechung] Problem der Souveränität (Anm. 275), S. 216 = Merkl-GS, S. 609–613 (611).

[279] *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Wien 1934, S. III/3. Von hier an „RR1". Die Seiten werden so zitiert, dass vor dem Schrägstrich die Paginierung der Original- und danach die Fundstelle in der 2008 von Matthias Jestaedt herausgegebenen Studienausgabe angegeben wird (Tübingen: Mohr Siebeck).

‚positives Recht' auszugestalten seien, und somit zur Bekämpfung der Isolation der Rechtswissenschaft beitragen, blieben die Juristen andererseits unvermeidlich auf sich selbst und vor allem auf die Rechtserfahrung hingewiesen, wenn es darum geht, die Besonderheiten des Rechtsverfahrens zu begreifen.[280] Von den vorhandenen erkenntnistheoretischen Systemen sollte selbstredend nicht erwartet werden, dass sie fertige Antworten auf juridische Probleme und rechtswissenschaftliche Fragestellungen in die Hand der Rechtstheoretikerinnen und Rechtstheoretiker geben können. Um zu bestimmen, wie das Recht funktioniert und dabei die Wirklichkeit mittels eigener Deutungsschemata neukonstituiert, wäre eine spezifisch juristische Eigengesetzlichkeitstheorie notwendig. An dieser Stelle hätten eher die Rechtswissenschaftler den Philosophen bzw. Erkenntnistheoretikern was zu zeigen.

2. Das Reinheitspostulat: Der antisynkretistische Impetus der Wiener Schule

Die Reinheit[281] ist „[d]as einheitliche Band, das die Schule umspannt".[282] Sie steht dabei für Wissenschaftlichkeit und bezeichnet eine zweiwertige methodologische Orientierung. Darunter sind sowohl das Erkenntnis*ziel* als auch der Erkenntnis*weg* subsumierbar.[283] Das Reinheitsregister ist ein epistemisches[284] und kein ontologisches. Es demarkiert den Raum der zulässigen Begriffe wie Ansätze, innerhalb dessen sich eine spezifische, autonome Rechtswissenschaft zu bewegen hat. Es definiert das Möglichkeitsspektrum der rechtswissenschaftlich zu gewinnenden Erkenntnisse, indem es den Horizont der sinnvoll zu stellenden Fragen stipuliert. Also: Es bezieht sich auf das Ziel, eine eigengesetzliche, von anderen Wissenschaften klar zu unterscheidenden Rechtswissenschaft zu zuschneiden und betrifft das Wie ihres singulären Zugriffs auf die Rechtsphänomene.[285]

Zunächst fordert das Reinheitspostulat eine Ausgrenzung der Interferenzen anderer Disziplinen und eine Begrenzung der wissenschaftlichen Beschäftigung auf den zu untersuchenden Gegenstand. Eine weitere Aussonderung ist aber vonnöten, nämlich die der auf Momente des zu untersuchenden Gegenstands ausgerichteten Perspektiven, die dem eigenen disziplinären Zugriff auf diesen Gegenstand nicht

---

[280] Vgl. etwa *Matthias Jestaedt*, Perspektiven der Rechtswissenschaftstheorie, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, Tübinger 2008, S. 185–205 (199).

[281] Die Arbeiten, die das Kelsensche Reinheitspostulat zu rekonstruieren versuchen, sind Legion. Statt vieler vgl. *Stanley Paulson*, The Purity Thesis, in: Ratio Juris 31 (2018), S. 276–306.

[282] *Schreier*, Die Wiener rechtsphilosophische Schule (Anm. 18), S. 309. Vgl. auch *Leonid Pitamic*, Nove smeri v pravni filozofiji, in: Zbornik Znanstvenih Razprav 1 (1921), S. 242–258 (242); *Luís Recaséns-Siches*, Direcciones Contemporáneas del Pensamiento Jurídico. La Filosofía del Derecho en el Siglo XX, Barcelona 1929, S. 108–111.

[283] Vgl. *Matthias Jestaedt*, Methoden(r)einheit und Disziplinvielheit. Das unvollendete Verwissenschaftlichungskonzept der Reinen Rechtslehre, in: Clemens Jabloner et alii (Hrsg.), Gedenkschrift Robert Walter, Wien 2013, S. 219–236 (220 f.).

[284] Vgl. *Josef Kunz*, Was ist die Reine Rechtslehre?, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1948), S. 271–290 (272).

[285] Merkl spricht in diesem Sinne von „Methodenreinheit des Forschungsweges" (*Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft [Anm. 101], S. 167).

immanent sind. Denn eine wissenschaftliche Disziplin muss (und kann auch) nicht alle Facetten eines Phänomens berücksichtigen. „Reinheit bedeutet Freiheit von Fremdkörpern“,[286] keinesfalls aber die Bestreitung der Verwertbarkeit dieser der Eigengesetzlichkeit des Rechts fremden Elementen durch Ansätze anderer Disziplinen.

a) Wider den Methodensynkretismus

Erstens determiniert die Reinheit eine Abneigung gegen jede Art von Methodensynkretismus bzw. „Methodenanarchismus“,[287] der als Symbol von Unwissenschaftlichkeit aus dem Index des Verwissenschaftlichungsprogramms der Wiener Schule verbannt wird. Die Idee der Schaffung einer spezifischen, autonomen Rechtswissenschaft ist darauf angelegt, ein gegenstandsadäquates Erkenntnissystem zu schaffen, d. h. eine Methodologie zu konzipieren, die bewusst von der „Eigengesetzlichkeit“[288] ihres Gegenstands ausgeht. Die als Richtschnur fungierende Fragestellung zielt dabei auf das Herausdestillieren des singulären rechtswissenschaftlichen Beitrags zum Verständnis des Rechtsphänomens: Wie soll eine einzigartige juristische Herangehensweise an das Recht als Gegenstand wissenschaftlicher Betrachtung aussehen und was kann der besondere normative Zugang zur Rechtswelt leisten?[289] Die Selbständigkeit der Rechtswissenschaft steht hierbei auf dem Spiel und mit ihr die eigentliche Existenzberechtigung einer *rechts*normativen Disziplin, die sich durch ihren besonderen Zugriff auf das Recht zu individualisieren hat.

Es geht darum, fremddisziplinäre Elemente aus der Rechtswissenschaft auszuklammern. „Methodenkonfundierung“[290] bzw. „Methodenvermischung“[291] wird dementsprechend als „Majestätsverbrechen“[292] bekämpft. Der rechtstheoretische Zugang zum positiven Recht soll von Interferenzen bereinigt werden, sowohl von dem an der Kausalität orientierten Denken als auch von einer normativistisch-holistischen Sichtweise, die alle Normativitätsformen unter dem Dach der Moral nivelliert. An der ersten Front[293] des antisynkretistischen Forschungs-

---

[286] *Kaufmann*, Die Kriterien des Rechts (Anm. 171), S. 2.

[287] *Weyr*, [Buchbesprechung] Stark (Anm. 48), S. 477.

[288] *Kelsen*, RR1 (Anm. 279), S. III/3.

[289] Vgl. dazu *Kyriakos Kotsoglou*, Der normative Zugang zur Welt, in: Jan Schuhr (Hrsg.), Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft, Tübingen 2014, S. 73–122.

[290] *Henrich*, Theorie des Staatsgebiets (Anm. 144), S. V.

[291] *Kaufmann*, Logik und Rechtswissenschaft (Anm. 145), S. 54.

[292] So die ironische, aber in der Sache schon zutreffende Tirade von *Heinrich Triepel*, Staatsrecht und Politik, Berlin 1927, S. 17.

[293] Der Metapher der doppelten Frontstellung der Reinen Rechtslehre bedient sich *Dreier*, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen (Anm. 2), S. 27–56. Nachträglich meinte Kelsen, bereits in der ersten Auflage der ‚Hauptprobleme‘ erkannt zu haben, die Reinheit seiner Lehre nach zwei Richtungen hin sicherstellen zu müssen: „Einmal gegen die Ansprüche einer sogenannten ‚soziologischen Betrachtung‘, die sich des Rechts wie eines Stückes naturgegebener Wirklichkeit nach kausal-wissenschaftlicher Methode bemächtigen will. Dann aber gegen die Naturrechtslehre, die – weil sie die ausschließlich und allein im positiven Recht gegebene Beziehungsgrundlage ignoriert – die Rechtstheorie aus dem Bereiche positiver Rechts-

programms der Reinen Rechtslehre firmiert sich die Rechtswissenschaft als eine durch die Tatbestände Rechtsvoraussetzung und Rechtsfolge mittels einer Sollen-Kopplung verbundene Kategorie der Zurechnung zu einer zu operationalisierenden Normwissenschaft in Abgrenzung zu den Kausalwissenschaften.[294] Die durch die zuständigen Rechtsorgane erzeugten Rechtsnormen dienen als Deutungs- bzw. Selektionsschemata,[295] die es ermöglichen, bestimmtem menschlichem Verhalten Rechtserheblichkeit zuzusprechen und im selben Augenblick andere Erscheinungen aus dem Rechtsrelevanz-Horizont auszugrenzen. Wie diese Deutungsschemata aufeinander bezogen werden – innerhalb einer institutionell mehr oder weniger zentralisierten Rechtsmaschinerie bzw. normativen Zwangsordnung, die als Ermächtigungszusammenhang operiert –, wird zum Schlüssel für die rechtswissenschaftliche Individualisierung des Rechts gegenüber anderen Normenordnungen, sodass die Rechtswissenschaft sich nicht von den Ergebnissen anderen Wissenschaften ‚parasitär' speisen muss.

Darüber hinaus fordert das Reinheitspostulat die Bescheidenheit eines ausschließlich deskriptiven Unterfangens, das sich aber nicht davor scheut, unter der Etikette der Deskription eskamotierte Vorschriften, unzulässige Fortbildungen des Rechts durch angeblich wissenschaftliche Betätigungen sowie Legitimationsstützen der Rechtspraxis durch die Rechtstheorie als solche zu entblößen. Ideologiekritisch denunziert der antisynkretistische Impetus der Reinen Rechtslehre die unangekündigten Schwankungen zwischen Beschreiben und Vorschreiben, deskriptiven und normativen Herangehensweisen.

Eine entscheidende Komponente des Programms der Verwissenschaftlichung der Rechtserkenntnis ist folgerichtig die Abgrenzung der Wissenschaft (des Rechts) von der Politik. Die sich auf die Rechtswissenschaft – und nicht auf das Recht![296] – beziehende Entpolitisierungsforderung führt als Reinigungsstrategie dazu, dass der Rechtswissenschaft nicht erlaubt wird, das Objekt ihrer Betrachtungen mitzugestalten.[297] Politik wird als „Wollenschaft"[298] konzipiert, während die Rechtswissenschaft in ihrer Intentionalität auf die Sphäre der Intellektualität bzw. der Erkenntnis eingegrenzt wird. Mit einem einzigen Schlag werden letztendlich die

sätze in den ethisch-politischer Postulate zieht" (*Hans Kelsen*, Vorrede zur zweiten Auflage, in: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 2. Aufl., Tübingen 1923, S. V).

[294] Zur Kategorie der Zurechnung in der Reinen Rechtslehre vgl. *Stanley Paulson*, Hans Kelsen's doctrine of imputation, in: Ratio Juris 14 (2001), S. 47–63; *Carsten Heidemann*, Der Begriff der Zurechnung bei Hans Kelsen, in: Stanley Paulson/Michael Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005, S. 17–34; *Peter Langford*/*Fan Bryan*, Hans Kelsen's Concept of Normative Imputation, in: Ratio Juris 26 (2013), S. 85–110.

[295] Vgl. bereits *Kelsen*, RR1 (Anm. 279), S. 4 f./18 f.

[296] *Hans Kelsen*, Was ist die Reine Rechtslehre?, in: Demokratie und Rechtsstaat. Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti, Zürich 1953, S. 143–162 (152).

[297] Vgl. *Dreier*, Hans Kelsens Wissenschaftsprogramm (Anm. 262), S. 83 f.

[298] *Hans Kelsen*, Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung, in: Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche 40 (1916), S. 1181–1239 (1183) = HKW 3, S. 551–605 (554).

Erkenntnis- von den Willensfunktionen differenziert und Recht von Rechtswissenschaft genauso wie diese von der Politik scharf getrennt.

b) Strukturanalyse und Funktionsweise des Rechts

Zweitens zielt die Reine Rechtslehre auf die größtmögliche *Objektivität* und *Exaktheit*[299] bei der Beschreibung des positiven – weil durch Akte des Menschenwillens erzeugten – Rechts als Gegenstand einer autonomen Wissenschaft vom Recht. Es handelt sich um eine werturteilsfreie[300] „Strukturanalyse"[301] des positiven Rechts bzw. um eine „immanente Analyse der Erzeugungsmethoden"[302] des Rechts, die sich zur bloßen Beschreibung ihres Gegenstands bekennt. Sie will ausschließlich und allein ihren Gegenstand erkennen. Sie interessiert das Recht, wie es ist, nicht, wie es sein sollte. Positives Recht qua wirkliches und mögliches,[303] angesichts der existenten Rahmenbedingungen aktualisierbares Recht statt erwünschten Rechts steht im Fokus. Der reine Rechtstheoretiker ist dementsprechend vor allem ein „juristische[r] Diagnostiker",[304] ein Deskriptor bestehender Rechtsrelationen.

Das Objektivierungsprogramm[305] der Reinen Rechtslehre fordert die (theoretische) Rechtswissenschaft auf, sich gegenstandsadäquat[306] zu gestalten und umfasst eine Entpolitisierung bzw. Entmoralisierung des Erkenntnisapparats,[307] mit dem das Recht wissenschaftlich rekonstruiert wird. Die Rechtswissenschaft habe Distanz vom Rechtsverfahren qua Gegenstand zu nehmen und das positive Recht,

---

[299] *Kelsen*, RR1 (Anm. 279), S. III/3.

[300] Dass dies nicht mit „wertblind" zu verwechseln sein, betont Kelsen in: *Hans Kelsen*, Rechtswissenschaft oder Rechtstheologie?, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 15 (1965), S. 233–255 (234). Vgl. auch *Lippold*, Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin (Anm. 270), S. 13 f.

[301] *Adolf Julius Merkl*, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in: Alfred Verdross (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstage gewidmet, Wien 1931, S. 252–294 (252) = Merkl-GS I/1, S. 437–492 (437). Vgl. auch *Kelsen*, RR1 (Anm. 279), S. 61/72. *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2. Aufl., Wien 1960 [fortan: RR2], S. 112/206 – die Seiten werden so zitiert, dass vor dem Schrägstrich die Paginierung der Original- und danach der Fund bei der 2017 von Matthias Jestaedt herausgegebenen Studienausgabe angegeben wird (Tübingen: Mohr Siebeck).

[302] *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 208), S. 536.

[303] Vgl. *Fritz Schreier*, Über die Lehre vom „Möglichen Recht", in: Logos 15 (1926), S. 364–370.

[304] Begriff in: *Walter Henrich*, Zur Theorie der Rechtskraft. Auseinandersetzung mit Adolf Merkls Lehre von der Rechtskraft, in: Archiv des öffentlichen Rechts 3 (1924), S. 329–350 (346). Ganz in diesem Sinn die Jestaedtsche Darstellung der Rechtstheorie als eine Form der „Rechtsanatomie", vgl. *Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein (Anm. 178), S. 75–77.

[305] Vgl. *Stanley Paulson*, Zwei radikale Objektivierungsprogramme in der Rechtslehre Hans Kelsens, in: Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005, S. 191–222.

[306] *Matthias Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Tübingen 1999, S. 328–359.

[307] Vgl. so kritisch wie fair *Alexander Somek*, The Legal Relation. Legal Theory after Legal Positivism, Cambridge 2017, S. 62–64.

wie es sich ereignet, gelten zu lassen. Dieser Gegenstand und dessen Bewegungsgesetze habe man akkurat zu erfassen und anhand geeigneter Begrifflichkeit dann die Ergebnisse der rechtstheoretischen Beobachtungen zur intersubjektiven Überprüfbarkeit vorzulegen.

Bei dieser intendierten Beschreibung rücken die strukturnotwendigen Merkmale positiver Rechtsordnungen ins Zentrum der Betrachtung und es wird eine elegante (exakte) Rekonstruktion des Operationsmodus des Rechts angestrebt, die ausschließlich mit einer minimalen, dafür dezidiert unentbehrlichen Begrifflichkeit auskommt. Die Reine Rechtslehre zielt darauf, Erkenntnis(se) über das Recht zu erheben und zu vermitteln, nicht, indem sie ein angebliches Wesen oder die Natur des Rechts untersucht,[308] sondern indem sie analysiert, wie das positive Recht tatsächlich nach seinen eigenen Maßgaben funktioniert.[309] Wie das Recht macht, was es macht, nämlich wie das positive Recht qua Deutungsschema die Wirklichkeit neu liest, gerät in den Aufmerksamkeitsfokus. Die verfügbaren Kategorien werden an der Zielsetzung gemessen und gegebenenfalls konsequent als überflüssig entlarvt und verworfen. Der rechtstheoretische Apparat wird auf das für die Rekonstruktion des Rechtsverfahrens bzw. des Rechts in seinem typischen Verfahrensmodus Wesentlichste reduziert. Traditionelle Dichotomien werden auf diesem Weg durch und durch aufgelöst,[310] sodass nur die für die akkurate Deskription der in Frage kommenden Rechtsphänomene nötigen Grundstrukturen als Komponenten der durch die Rechtstheorie zu erschließenden Rechtsgrammatik beibehalten werden.

3. Der Desillusionierungskunstgriff der Reinen Rechtslehre

Die Rechtswissenschaft darf nicht auf das ‚Jenseits des Rechts' rekurrieren, um das positive Recht zu entschlüsseln. Etliche Variationen der Naturrechtslehre[311] und

---

[308] So konturiert Funke die Aufgaben einer Strukturtheorie des Rechts im Allgemeinen: „Im Kontext einer Strukturtheorie des Rechts bezeichnet ‚Struktur' keine vorgegebenen invarianten Größen oder mysteriöse, unter der Oberfläche wirksame Formgebungsfaktoren […], die nur noch ihrer Erfassung und Offenlegung harren würden. […] Der Begriff der Struktur steht zunächst als Platzhalter für noch festzulegende Merkmale, die als typisch und deshalb untersuchungswürdig erscheinen. Er dient als abstrakte, ausfüllungsbedürftige Formel, die vor allem anzeigen soll, was nicht erkannt werden soll: ein wie auch immer geartetes An-sich-sein des Rechts" (*Andreas Funke*, Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie. Entwicklung und gegenwärtige Bedeutung der Rechtstheorie um 1900, Tübingen 2004, S. 7).

[309] Vgl. *Christoph Kletzer*, Decentralization and the Limits of Jurisprudence, in: Matthias Jestaedt/Ralf Poscher/Jörg Kammerhofer (Hrsg.), Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand/Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions, Beiheft 163 des ARSP, Stuttgart 2020, S. 63–80 (64).

[310] Vgl. *Hauke Brunkhorst*, Critique of Dualism: Hans Kelsen and the Twentieth Century Revolution in International Law, in: Constellations 18 (2011), S. 496–512.

[311] Nach dem Verständnis der ersten Generationen der Wiener Schule bezeichnet das ‚Naturrecht' für die unterschiedlichen Naturrechtslehren grundlegend „ein System von Normen" […], die – zum Unterschied von denen des positiven Rechtes – nicht ‚künstlich', durch menschliche Tat, ‚gesetzt', sondern ‚natürlich' gegeben sind, weil sie aus der Natur, aus Gott, aus der Vernunft oder aus einem ähnlichen objektiven Prinzip sich ergeben. Es sind Normen, die nicht wie jene des po-

der faktizistischen Rechtsbetrachtungsweisen erweisen sich als unzulässige rechtstranszendente Kognitionsstrategien, die meinen, die Rechtsgeltung anhand dem positiven Recht fremder Elemente begründen zu können.[312] Der reinen Rechtswissenschaft hingegen erscheint das Recht als eine souveräne, eigengesetzlich normative Sinnsphäre. Die Rechtserkenntnis wird durchgängig auf die jeweilige zu untersuchende positive Rechtsordnung restringiert und relativiert. Somit verabschiedet sich die Reine Rechtslehre programmatisch von der Vorstellung einer Letztbegründungsmöglichkeit für die Normativität des Rechts im Sinne „einer Verankerung von Rechtsnormen in absoluten Werten oder der ‚Begründung' von Normen durch ihre Erkenntnis durch eine ‚praktische Vernunft'".[313] Die Rechtswissenschaft sollte an Illusionen ärmer werden.[314]

Das antiessentialistische, entsubstanzialisierende[315] rechtswissenschaftstheoretische Unterfangen der Wiener Schule verweist die Rechtswissenschaft bei der Frage nach der Rechtsgeltung auf das Validationssystem des positiven Rechts, sodass sich Rechtserscheinungen nur in der Relation zur Rechtsordnung konstituieren.[316] Entmythologisierend beansprucht die Reine Rechtslehre, das „wissenschaftliche Denken" über das Recht von der „naive[n] Vorstellung" zu emanzipieren, „die sich an Stelle der Relation die in der Relation stehende[n] Dinge, an Stelle der Funktion die Substanz zum Objekt"[317] macht. Die Geltung der Rechtsnormen lässt sich nur im System, als Ergebnis systemimmanenter Operationen begreifen; die Geltung des Systems qua Normativitätsanspruch des positiven Rechts in allen seinen

---

sitiven Rechtes gelten, weil sie von einer bestimmten menschlichen Autorität gesetzt sind, sondern weil sie ihrem inneren Gehalte nach gut, richtig oder gerecht sind" (*Hans Kelsen*, Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 2 [1927/1928], S. 71–94 [71]). ‚Naturrecht' wird meistens von dieser Schule als Kampfbegriff verwendet: „In diesem Zusammenhang bedeutet dann ‚Naturrecht' den Inbegriff ethisch-politischer Postulate, die an das positive, das gesatzte Recht herangebracht werden" (*Hans Aufricht*, Die dialektische Methode und der Stufenbau der Rechtsordnung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 8 [1933], S. 68–103 [94]). Diese ist eine umstrittene Deutung, die aber hier aufgrund des anders gelagerten Erkenntnisinteresses der Arbeit nicht hinterfragt wird.

[312] Dazu ausführlich *Christoph Kletzer*, Absoluter Positivismus und Normativer Monismus. Zur Idee einer Reinen Rechtslehre, in: Clemens Jabloner et alii (Hrsg.), Gedenkschrift Robert Walter, Wien 2013, S. 257–270.

[313] *Jörg Kammerhofer*, Positivistische Normbegründung, in: Eric Hilgendorf/Jan C. Joerden, (Hrsg.), Handbuch für Rechtsphilosophie, Stuttgart 2017, S. 200–208 (200).

[314] Kletzer spricht von der Reinen Rechtslehre als einer Theorie, die sich verweigert, sich auf Wundern zu berufen (Stichwort: „Avoiding miracles"), vgl. *Christoph Kletzer*, Custom and primitivity. On the unity of the legal technique, in: Edoardo Frezet/Marc Goetzmann/Luke Mason (Hrsg.), Spaces of Law and Custom, London/New York 2022, S. 13–26 (15).

[315] Vgl. *William Ebenstein*, The Pure Theory of Law: Demythologizing Legal Thought, in: California Law Review 59 (1971), S. 617–652; vgl. auch *Johannes Feichtinger*, Intellectual affinities. Ernst Mach, Sigmund Freud, Hans Kelsen and the anti-essentialist approach to science and scholarship, in: Ian Bryan/Peter Langford/John McGarry (Hrsg.), The Foundation of the Juridico-Political. Concept Formation in Hans Kelsen and Max Weber, New York 2014, S. 117–139.

[316] Vgl. z. B. *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 24), S. 494, 496, 497 = HKW 2, S. 21–878 (641, 644, 645); *Kelsen*, Das Problem der Souveränität (Anm. 11), S. IV = HKW 4, S. 263–572 (265).

[317] Drei Zitate: *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Anm. 166), S. 95.

Erscheinungen kann rechtswissenschaftlich nur vorausgesetzt werden.[318] In dieser Hinsicht erweist sich der absolute Positivismus der Reinen Rechtslehre als „totaler Relationismus“,[319] indem Rechtsdinge bzw. substanzialistisch gefasste Kategorien in systeminterne Relationen bzw. Funktionen aufgelöst werden.[320] Die „Ausschaltung der Substanzen“[321] wird zum heuristischen Prinzip; „es gibt keine Rechtsbegriffe ‚für sich‘ mehr“.[322] Darin manifestiert sich der „ultimate concern“[323] der Reinen Rechtslehre, das Rechtsdenken zu entmystifizieren, was Kelsen zum „Kampf gegen die juristische[n] Fiktion[en]“[324] apostrophiert. Die Reine Rechtslehre lässt sich auf diesem Weg als eine „juridische Relativitätstheorie“[325] deuten.

Von der Starrheit der Dinge sich verabschiedend kommt man auf die Bewegung und Kontingenz der Relationen.[326] Neben eine statische Rechtsbetrachtung

---

[318] Darin ist eine der Funktionen der von Kelsen selbst oft ungeschickt formulierten Grundnorm zu sehen, vgl. dazu *Matthias Jestaedt*, Geltung des Systems und Geltung im System, in: JuristenZeitung 68 (2013), S. 1009–1021.

[319] Das Label eines „totalen Relationismus“ wird von Jakob Faig mit einer leicht anderen Intentionalität wie Bedeutung verwendet. Nach seiner Rekonstruktion entsteht die rechtliche Relevanz immer in der Relation des Entscheidungsvermögens des Individuums mit den autoritativen Entscheidungen der Rechtsorgane: Perspektivistisch betrachtet gäbe es nun so viele Rechtsordnungen wie Bezugnahmen der unterschiedlichen Individuen auf bestimmte menschliche Entscheidungen, was sich in der nahezu willkürlichen Voraussetzung einer Grundnorm durch die individuelle Vernunft manifestiere, vgl. *Jakob Faig*, Beziehungsprobleme – Überlegungen zur Theorie des Fehlerkalküls, in: Ruwen Fritsche et alii (Hrsg.), Unsicherheiten des Rechts. Von den sicherheitspolitischen Herausforderungen für die freiheitliche Gesellschaft bis zu den Fehlern und Irrtümern in Recht und Rechtswissenschaft, Beiheft 162 des ARSP, Stuttgart 2020, S. 209–222 (221).

[320] Vgl. *Schreier*, Grundbegriffe (Anm. 101), S. 52.

[321] *Helen Silving*, Idealistische und Realistische Staatslehre. Dissertation eingereicht an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Wien zur Erlangung des Doktorgrades, Wien 1928 [Typoskript], S. 9.

[322] *Silving*, Idealistische und Realistische Staatslehre (Anm. 321), S. 10.

[323] *Jestaedt*, Rechtstheorie ohne Metaphysik (Anm. 245), S. 258.

[324] *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 24), S. VIII = HKW 2, S. 21–878 (56).

[325] Vgl. *Matthias Jestaedt*, Der Einstein der Rechtswissenschaft, in: Hans Kelsen und die Bundesverfassung, Katalog zur Ausstellung im Bezirksmuseum Josefstadt, Wien 2010, S. 27–31; *Matthias Jestaedt*, Das Postulat einer streng wissenschaftlichen Erkenntnis des Rechts, in: Nikitas Aliprantis/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Die Aktualität eines großen Rechtswissenschafters und Soziologien des 20. Jahrhunderts, Wien 2014, S. 3–12; *Matthias Jestaedt*, Die „Entzauberung“ des Rechtsdenkens – Hans Kelsens „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ aus dem Jahre 1911, in: Catherine Haguenau-Moizard et alii (Hrsg.), L’Autriche-Hongrie des années 1866–1918: une contribution exceptionnelle à la protection des droits de l’Homme/Das Österreich-Ungarn der Jahre 1866–1918: Ein Herausragender Beitrag zum Schutz der Menschenrechte, Nijmegen 2020, S. 85–100; zu einer Approximation zwischen Einsteins Relativitätstheorie und der Reinen Rechtslehre vgl. bereits *Silving*, Idealistische und Realistische Staatslehre (Anm. 321), S. 1–10. Als besonders anknüpfungsfähig für das Relationierungsdenken der Reinen Rechtslehre erwiesen sich *Ernst Cassirer*, Substanzbegriff und Funktionsbegriff: Untersuchungen über die Grundfragen der Erkenntniskritik, Berlin 1910; *Ernst Cassirer*, Zur Einsteinschen Relativitätstheorie: erkenntnistheoretische Betrachtungen, Berlin 1921. Sowohl Kelsen als auch Sander nahmen Cassirers Gedanken in ihren Rechtstheorien auf. Winternitz ging 1923 sogar nach Hamburg zu einem Forschungsaufenthalt bei Ernst Cassirer (1874–1945).

[326] Vgl. *Christoph Schönberger*, Hans Kelsens „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“. Der Übergang vom Staat als Substanz zum Staat als Funktion, in: HKW 2, S. 23–35.

tritt eine dynamische, welche vom Entzauberungsdenken geprägt ist. Die Struktur und die Dynamik der Verkettung von sukzessiven Rechtsmachtdelegationen, die das Funktionieren der Rechtsmaschinerie ausmachen, soll dergestalt aufgedeckt werden, dass die Entscheidungsdependenz der Rechtserscheinungen nicht verhüllt wird, das normative Sprachspiel der Rechtserzeugungsregelungen mit deren eigenen Anforderungen an die Rechtsteilnehmer aber nicht außer Acht bleibt. Die Rechtswissenschaft à la ‚Wiener Art' entzieht sich der Aufgabe, zu bestimmen, was rechtens ist: Sie befasst sich mit dem positiven Recht immanenten Relationen, die sie als einen dynamischen Rechtserzeugungszusammenhang lediglich reflexiv-beschreibend (re)konstruiert. Dabei geht Gewissheit verloren, denn es gibt einerseits keinen Richtigkeitsmaßstab hinter und außerhalb des Rechts und im dynamischen Erzeugungszusammenhang werden andererseits die eigentlichen Rechtsmaßstäbe mit dem Inhalt konkretisiert, der ihnen von den zuständigen Organen zugesprochen wird. Die Rechtstheorie gibt sich bescheiden und nimmt das Recht hin, mit der Form und Inhalt, die es von den Autoritäten bekommen, ohne der Versuchung zu erliegen, Korrekturen in ihrem Erkenntnisgegenstand vorzunehmen – ohne aber auch durch den beschreibenden Ansatz das bestehende Recht legitimieren zu wollen.

Daraus ergibt sich der das „*hard core* des Forschungsprogramms"[327] der Reinen Rechtslehre (wenigstens in der Kelsenschen Lesart) ausmachende „normativistische Rechtspositivismus".[328] Die Sollendimension des Rechtsphänomens, d. h. der normative Anspruch der Rechtserscheinungen wird dabei in Verbindung mit der Entscheidungsabhängigkeit der Rechtsgeltung und der Rechtsinhalte qua deren Positivität gebracht. Das positive Recht erscheint folglich als eine arbeitsteilig operierende, selbstreferentielle Rechtserzeugungsstruktur bzw. ein Rechtserzeugungsverfahren, das sich als eine relativ zentralisierte *Entscheidungs*stufenordnung (re)produziert. Die Rechtswissenschaft beansprucht, die normative, die Rechtsentscheidungen vorprogrammierende Komponente dieser komplexen Maschinerie herauszuarbeiten, ohne das Dezisionsmoment der Selbstprogrammierung durch die kompetenten Entscheidungsträger aus der juristischen Welt wegzuwischen. Als vom Menschen geschaffen erweist sich diese positivrechtliche Struktur in ihrer Funktionsweise als fehleranfällig. An dieser Stelle wird die Merkl–Sander-Kontroverse ansetzen.

---

[327] Vgl. *Imre Lakatos*, Falsification and the methodology of scientific research programs [1970], in: Imre Lakatos, The methodology of scientific research programs. Philosophical Papers, Bd. 1, hrsg. von John Worral und Gregory Currie, New York 1978, S. 8–101 (48).

[328] Vgl. *Dias*, Rechtspositivismus und Rechtstheorie (Anm. 1), wo statt eines linearen Phasenmodells der Versuch unternommen wird, Variabilität und Kontinuität im integralen rechtstheoretischen Werk Kelsens zu sortieren und zu erörtern. Für eine Skizzierung des normativistisch-positivistischen Designs als Erkennungsmerkmal der Reinen Rechtslehre vgl. auch *Jestaedt*, Hans Kelsens Reine Rechtslehre (Anm. 263), S. XXX–XXXIII.

II. Die (Reine Rechts-)Lehre der Eigengesetzlichkeit des Rechts

1. Das Gegenstandsproblem: Die Positivität des Rechts

In den Anfangsjahren der Wiener Schule der Reinen Rechtslehre wurden Unruhe und Verlegenheit in Bezug auf das sogenannte „Gegenstandsproblem“[329] der Rechtswissenschaft geteilt. Es blieb in der Wahrnehmung mancher Wiener Rechtstheoretiker „immer wieder erstaunlich, daß man die Rechtswissenschaft auf das Recht verweisen muß[te]“.[330] Angesichts der durch das (Vor-)Verständnis des Kreises um Kelsen konditionierten Diagnose der konsequenten Verfehlung des Gegenstands der Rechtswissenschaft durch die herkömmliche Rechtstheorie wie Rechtsdogmatik nahm sich die Wiener Schule schnell zur Aufgabe,[331] die Positivität des Rechts zu bestimmen.[332] Darunter sollte einerseits „soviel wie Gegebenheit des Rechtsstoffes oder Norminhaltes“[333] verstanden werden, andererseits aber auch die Isolierung der durch die Rechtswissenschaft zu analysierenden Spezifizität des Rechtsphänomens in Abgrenzung zu anderen sozialen Phänomen. Das Recht unterscheide sich von anderen sozialen Normenordnungen durch seine „besondere innere Struktur“,[334] die in den Fokus der reinen Rechtstheorie zu geraten

---

[329] Vgl. *Emanuel Winternitz*, Zum Gegenstandsproblem der Rechtstheorie, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 4 (1922), S. 684–698. Mit Blick auf die heutige Landschaft der deutschen Staatsrechtslehre verstärkt sich der Eindruck, das sogenannte ‚Gegenstandsproblem‘ sei eher eine wiederholte, methodische Streitigkeiten auslösende Konstante der theoretischen Beschäftigung mit dem Recht. Es herrschen nach wie vor mehr oder weniger große theoretische Meinungsunterschiede zu Gegenstand und Methode der Staatsrechtslehre in den verschiedenen Diskursangeboten. Vgl. dazu *Verena Frick*, Die Staatsrechtslehre im Streit um ihren Gegenstand. Die Staats- und Verfassungsdebatten seit 1979, Tübingen 2018. Vgl. auch: *Frieder Günther*, Denken vom Staat her. Die Bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration (1949–1970), München 2004.

[330] *Fritz Sander*, Alte und neue Staatsrechtslehre. Kritische Bemerkungen zu Karl Bindings „Zum Werden und Leben der Staaten“, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1920), S. 176–230 (178).

[331] Bezüglich des Erkenntnisgegenstands unternimmt die Reine Rechtslehre den Versuch, „zwei *Aufgabenstellungen* zu bewältigen. Die eine besteht darin, das *Erkenntnisobjekt* der Rechtswissenschaft, das *Recht*, – so zweckmäßig und so genau als möglich – *festzulegen* und dabei die erforderlichen Grundannahmen zu machen; die andere, das gewählte *Erkenntnisobjekt* so präzise wie möglich zu *beschreiben*“ (*Robert Walter*, Die Reine Rechtslehre – Eine erkenntnistheoretische Fundierung der Wissenschaft vom positiven Recht, in: Philosophie des Rechts, der Politik und der Gesellschaft. Akten des 12. Internationalen Wittgenstein Symposiums, Wien 1988, S. 194–201 [194]).

[332] Die Beschäftigung mit dem Positivitätsproblem wird besonders deutlich in den Publikationen des Kreises um Kelsen während der 1920er Jahre. Vgl. vor allem: *Kelsen*, Das Problem der Souveränität (Anm. 11), S. 85–101 = HKW 4, S. 263–572 (352–366); *Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff (Anm. 192), S. 92–105 = HKW 7, S. 69–350 (192–203); *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 208), S. 550 f., 594 f.; *Verdross*, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes (Anm. 175), S. 77–85; *Ross*, Theorie der Rechtsquellen (Anm. 181), S. 195–269; *Stockhammer*, Begriff und Bedeutung der Rechtspositivität (Anm. 208); *Marinus Maurits van Praag*, Die Rechtsfunktionen, Amsterdam 1932, S. 31–46.

[333] *Weyr*, Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft (Anm. 269), S. 523.

[334] *Verdross*, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes (Anm. 175), S. 81 (Fn. 4).

habe. Es ging darum, die Rechtlichkeit des Rechts zu erfassen und sie zum Ausgangspunkt und Richtmaß des Rechtsdenkens zu machen.

Die erste Achse der Positivitätsbestimmung forderte Klarheit über das Verhältnis zwischen positivem Recht und Rechtswissenschaft, Gegenstand und Methode der Rechtserkenntnis, und bot Anlass zur Differenzierung zwischen Erkenntnis- und Willensfunktionen, Kognition und Dezision im erkenntnistheoretischen Instrumentarium der Reinen Rechtslehre. Dabei wird man zur Klarstellung des Reinheitspostulats und zum Umreißen des rein deskriptiven Programms der Rechtstheorie der Wiener Schule zurückgeschickt. Die zweite Achse verlangte die Ausarbeitung einer Theorie der Eigengesetzlichkeit des Rechts, die in der Lage wäre, den „selbständigen Formungsprozess“[335] des Rechts in den gegebenen Theoriestrukturen zu rekonstruieren. Nicht nur die Bestimmung des Rechts als ein sich über die Kategorie der Zurechnung strukturierendes normatives Phänomen findet hier ihren Raum, sondern vor allem die Individualisierung des rechtlichen Sollens als eine singuläre Form der Normativität. *Was* man mit Rechtsnormen tun kann, sich aber nicht unbedingt auf gleiche Art und Weise mit anderen Normsorten treiben lässt, genauso *wie* in der Rechtsmaschinerie positive Normen erzeugt und vernichtet werden, bildet einen Schwerpunkt in der Architektur der Reinen Rechtslehre: Wie tut das positive Recht was es mit seinen Normen tut? Die Eigengesetzlichkeit des Rechts zeige sich insbesondere darin, „daß die Abänderung des Systems der Staats- oder Rechtsordnung, die inhaltliche Fortbildung ihrer Normen nach dem eigenen, immanenten Prinzip des Systems selbst erfolgt“.[336] Die arbeitsteilige Organisation der Normenproduktion, -anwendung und -verwerfung – d. h. das Institutionelle am Recht – wird in ihrer Struktur und Funktion untersucht und rechtstheoretisch modelliert.

2. Die Selbstbestimmung des Rechts

Als Eigengesetzlichkeit des Rechts wird im Rahmen dieses rechtswissenschaftlich-reflexiven Projekts – aufbauend auf den Beiträgen unterschiedlicher Mitglieder seiner Schule[337] – von Kelsen kanonisch die Selbstbestimmung des positiven Rechts herausgehoben. Recht steuert, auch wenn nie vollständig, Rechtserzeugung und Rechtsvernichtung, d. h. Recht wird auf Grund und nach Maßgabe bestehenden Rechts gesetzt oder verdrängt. „Das Recht und nur das Recht kann der Maßstab dafür sein, was das Recht ist“,[338] was folgenreich für die rechtswissenschaftliche Beschäftigung mit dem positiven Recht ist – das *Wie* dieser Selbstidentifikation und Selbstdeutung des Rechts als geltendes Recht müsste rechtstheo-

---

[335] *Winternitz*, Zum Gegenstandsproblem (Anm. 329), S. 686.

[336] *Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff (Anm. 192), S. 96 = HKW 7, S. 69–350 (196).

[337] Zur allmählichen Dynamisierung des Rechtsbilds der Kelsenschen Reinen Rechtslehre, vgl. unten Erster Teil, Kap. II, S. 124–129; zur Merklschen Perspektive der Rechtsdynamik, die in seiner Stufenbaulehre zur Geltung kommt vgl. Zweiter Teil, Kap. IV, S. 175–194; zur Sanderschen radikaldynamischen Rechtsverfahrenstheorie vgl. Zweiter Teil, Kap. V, insb. S. 212–216.

[338] *Lippold*, Recht und Ordnung (Anm. 2), S. 334.

retisch aufgeschlossen werden. Darin liege die *differentia specifica* des modernen positiven Rechts gegenüber anderen normativen Phänomenen und daraus ergebe sich die Notwendigkeit der Entfaltung eines dieser Spezifizität Rechnung tragenden (dynamischen) rechtstheoretischen Modells. Es sei „eine höchst bedeutende Eigentümlichkeit des Rechts, daß es seine eigene Erzeugung und Anwendung regelt“[339] und an dieser Eigentümlichkeit des Rechts dürfte die rechtstheoretische Reflexion nicht vorbeigehen. Eine gegenstandsadäquate Rechtstheorie sollte dementsprechend imstande sein, „das Recht in Funktion“, d. h. „die spezifische Selbstbewegung des Rechts, das Recht unter dem Gesichtspunkt seiner Dynamik“[340] zu erfassen. Die Teilnehmerperspektive berücksichtigend, dabei aber die Beobachtungsrolle achtend, müsste die Rechtstheorie das Recht „in dem ständig sich erneuernden Prozess seiner Selbsterzeugung“[341] realistisch rekonstruieren können.

Durch die entzaubernde Perspektive der Reinen Rechtslehre betrachtet erscheint aber der immanente Anspruch des Rechts, seine eigene Dynamik endogen zu programmieren bzw. die Entstehung neuen Rechts in die Bahnen vergangener Rechtserscheinungen zu lenken, einer Myriade von Schwierigkeiten entgegengesetzt. Nicht nur schaffen es die Rechtsnormen nicht, die Rechtsanwendung nach allen Richtungen hin vollständig zu determinieren, sondern die Entscheidungsträger können sich über die Anforderungen der Rechtsvorschriften hinwegsetzen.

3. Die Unbestimmtheit des Rechts als Programm

Diese angeblichen Schwierigkeiten, die aus der Struktur des positiven Rechts nicht wegzukriegen seien, werden in das rechtstheoretische Modell der Reinen Rechtslehre als dasjenige integriert, was sie sind: triviale Momente der Rechtserzeugung bzw. Rechtsanwendung. Statt die Unbestimmtheit der Rechtserscheinungen zu bekämpfen und nach (rechtstranszendenten) Mechanismen des (Un-)Sicherheitsmanagements zu suchen, nimmt die Reine Rechtslehre sie auf und knüpft bei dem Versuch der Beschreibung des Funktionsmodus des Rechts an ihrer Gegebenheit an.[342] „Dem ganzen Rechtssystem“ wird ein „eigentümlich vage[r]-relative[r] Charakter“[343] attestiert. Eine vollständige inhaltliche Determination der Rechts-

---

[339] *Kelsen*, RR2 (Anm. 301), S. 73/140. Vgl. auch: *Kelsen*, RR1 (Anm. 279), S. 74 f./84; *Hans Kelsen*, Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 17 (1923/1924), S. 374–408 (383); *Hans Kelsen*, The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence, in: Harvard Law Review 55 (1941), S. 44–70 (44).

[340] Zwei Zitate: *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Anm. 166), S. 248 f.

[341] *Kelsen*, RR1 (Anm. 279), S. 107/117.

[342] „En nous montrant la facteur de l’indétermination comme un facteur nécessaire dans la formation du droit, l’école de Vienne défait l’indétermination et le fait de l’impossibilité de prévoir, de ses tendances destructives et sceptiques. De cette manière, elle rationalise autant que possible l’irrationnel, elle rend logique l’illogique“ (*Marinus Maurits van Praag*, [Buchbesprechung] Die rechtsphilosophische Schule der Reinen Rechtslehre. Par William Ebenstein. Geleitwort von Frant. Weyr. 181 pp. Prag: Taussig und Taussig. 1938. RM 5, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit//Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 1 [1939], S. 342–343 [343]).

[343] Zwei Zitate: *Adolf Julius Merkl*, Das Wesen des Religionsaustrittes, in: Juristische Blätter 45 (1916), S. 433–436 (433) = Merkl-GS III/1, S. 437–445 (439).

gewinnung durch das positive Recht sei nicht zu erreichen, sodass immer breitere oder engere Entscheidungsspielräume bei dem Rechtsgewinnungsverfahren zu vermerken seien.[344] Die höheren bzw. die bedingenden Rechtsnormen – in der *Parlance* der Merklschen Stufenbaulehre – seien nie dergestalt bestimmt, dass sich eine „Variationsmöglichkeit", ja eine „Vielzahl von Lösungsmöglichkeiten" für den Rechtsanwender nicht eröffnet; es bestünde konsequent eine mehr oder weniger breite „Wahlmöglichkeit",[345] welche mittels autoritativer Entscheidung von Rechtspotenz in Rechtsakt auf jeder ‚Stufe' des Rechtserzeugungsverfahrens umgewandelt wird. Wiewohl „die Lösung zwar notwendig jedesmal eine einzige" ist, sei „die Zahl der Lösungsmöglichkeiten jedoch" strukturgemäß, „wie sehr auch die Ermessensfreiheit beengt sein mag, im Grunde immer unendlich".[346]

Die Rechtlichkeit einer Entscheidung hängt in der Tendenz nicht von ihrer materiellen Bestimmung durch vorgegebene Rechtsnormen ab; ein nicht eliminierbares Ausmaß an Ermessen als nicht vorweg fremdprogrammierter Entscheidungskomponente der Rechtserzeugung sei kraft der Struktur und des Inhalts funktionierender Rechtsordnungen selbst Teil des Rechts[347] und nicht etwas, das erst da Platz greift, wo kein Recht mehr zu finden ist. Der Ermessensanteil bei jeder Rechtsentscheidung ist ein Moment des Rechts, findet im Recht statt und ist nicht ein Zeichen dafür, dass der Mantel des Rechts zu klein geraten ist; er ist kein Verweis auf das Jenseits des Rechts, sondern eher eine Inthronisierung von Selbstprogrammierung durch den Entscheider in der Rechtsordnung. Das positive Recht rechnet mit einem Eigenprogrammierungsanteil im Übergang von einer ‚Stufe' zur nächsten, von einem Knoten zum anderen im Rechtserzeugungsverfahren. Die „ganze Handlung eines Organs" ist eine Rechtshandlung, „obwohl doch nur ein Teil ihres Inhaltes vom Gesetze determiniert"[348] ist. Das Recht erweist sich im grundlegenden Modell der Reinen Rechtslehre als strukturell-notwendig (relativ) unbestimmt und damit wird rechtstheoretisch umgegangen. Die Unbestimmtheit des Rechts hat die Wiener Schule wie kaum eine zweite Strömung in der Rechtstheorie auf ihre Fahnen geschrieben.[349]

---

[344] *Loci classici* zur Unvollständigkeit der Determination der Rechtsanwendung: *Kelsen*, RR1 (Anm. 279), S. 90–95/101–105; *Kelsen*, RR2 (Anm. 301), S. 346–349/597–602.

[345] Drei Zitate: *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 101), S. 117.

[346] Drei Zitate: *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 101), S. 117.

[347] Vgl. *Charles Eisenmann*, Cours de droit administratif, Bd. 2, Paris 1983, S. 674.

[348] Zwei Zitate: *Alfred Verdross*, Das Problem des freien Ermessens und die Freirechtsbewegung, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1914), S. 616–644 (639).

[349] „Die Vieldeutigkeit des Rechts hat, scheint mir, gerade diese Schule zum Programm erhoben" (*Adolf Julius Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts, in: Juristische Blätter 47 [1918], S. 425–427, 444–447, 463–465 [464] = Merkl-GS I/1, S. 227–252 [249]). Vgl. auch *Sander*, Rechtswissenschaft und Materialismus (Anm. 48), S. 351. Die Betonung der Unbestimmtheit des positiven Rechts rückte nach Selbstwahrnehmung der Wiener Schule die Reine Rechtslehre kontraintuitiv in die Nähe der sogenannten Freirechtsbewegung, vgl. *Adolf Julius Merkl*, Freirecht und Richterfreiheit, in: Schweizerische Juristen-Zeitung 16 (1920), S. 266–268 = Merkl-GS I/1, S. 259–266; *Fritz Schreier*, Freirechtslehre und Wiener Schule, in: Die Justiz. Zeitschrift für Erneuerung des Rechtswesens 4 (1929), S. 321–326 (325); *Hans Kelsen*, Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre, in: Juristische Wochenschrift

Vor diesem Entmythologisierungshintergrund wird die Vorstellung einer einzigen richtigen Antwort für rechtliche Probleme bzw. Fälle entschärft.[350] Damit einhergehend kauft sich aber die Reine Rechtslehre ein anderes, weniger häufig als solches wahrgenommenes und thematisiertes Problem: Wenn die Idee einer einzigen richtigen Antwort nicht zuletzt aufgrund der Unbestimmtheit der Rechtserscheinungen entfällt, was ist denn mit der Kategorie der Rechtsfehler? Kann man dem Entzauberungsmotiv treu bleiben und gleichzeitig rechtswissenschaftlich Fehler bei der Rechtserzeugung bzw. Rechtsanwendung erkennen, oder ist diese Kategorie wiederum ein Symptom für das Einschmuggeln von Erwartungen des Beobachters in die Rechtserscheinungen? Aus dem Proprium bzw. aus den eigenen methodologischen Entscheidungen der Reinen Rechtslehre werden sich, wie es zu sehen sein wird, erhebliche theoretische Schwierigkeiten bei dem Umgang mit dem Phänomen des ‚rechtswidrigen Rechts' ergeben.

III. Das Proprium der Reinen Rechtslehre

Die ‚Eigengesetzlichkeitslehren' der Reinen Rechtslehre bedingen sich gegenseitig. Die Firmierung der Rechtswissenschaft als eine autonome normative Disziplin hängt von der zutreffenden Bestimmung des Rechts als ihrem Gegenstand ab. Die Wahrnehmung des Rechts durch eine spezifische normative Rechtswissenschaft wird von den Anforderungen des Reinheitspostulats gelenkt und begrenzt. Einige Möglichkeiten werden durch im Voraus getroffene methodologische Entscheidungen ausgefiltert, sodass sich ein mehr oder weniger gradliniger Weg zur

58 (1929), S. 1723–1726. Allerdings blieben die Unterschiede zwischen Reiner Rechtslehre und Freirechtsbewegung grundlegend, denn in den Augen der Wiener Theoretiker machten die verschiedenen Versuche der Freirechtler, die Unbestimmtheit des Rechts mit dem Beruf auf das jenseits der positivierten Normen stehende „Freirecht" auf der Suche nach rechtlichen Antworten zu bekämpfen, aus der Freirechtslehre ein „geistige[s] Kind des Naturrechts" (*Merkl*, Freirecht und Richterfreiheit, S. 266 = Merkl-GS, S. 259–266 [262]). Zur Freirechtsbewegung vgl. *Klaus Riebschläger*, Die Freirechtsbewegung. Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule, Berlin 1968; *Joachim Rückert*, Vom „Freirecht" zur freien „Wertjurisprudenz" – Eine Geschichte voller Legenden, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanische Abteilung 125 (2008), S. 199–255; *Clemens Boehncke*, Die Freirechtler als Intellektuellengruppe betrachtet, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 41 (2021), S. 185–214.

[350] Vgl. *Hans Klinghoffer*, Über mehrfache Auslegungsmöglichkeiten, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, N. F. 1 (1939), S. 187–203. „Der Jurist, der sich unbekümmert um die noch ausstehende Spezialisierung durch den Rechtsanwender im Wege der Entscheidung und Verfügung ein durchaus ins einzelne gehendes Rechtssystem zu zimmern unterfängt und für jeden Rechtsfall den einzig richtigen Rechtssatz parat zu haben glaubt, kommt mir ungefähr so vor, wie jener Spezialist unter den Juristen, der bloß das Verfassungsrecht darzustellen unternimmt […], dies aber auf die Weise besorgt, daß er gleich bereits den Inhalt der auf Grund der Verfassung zu erlassenden Gesetze angibt" (*Adolf Julius Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung, in: Deutsche Richterzeitung 8 [1916], Sp. 584–592; 9 [1917], Sp. 162–176, 394–398, 443–450; 11 [1919], Sp. 290–298 [168] = Merkl-GS I/1, S. 85–146 [105]; Die drei Teile dieses Beitrags, welche im Jahre 1917 erschienen, wurden von Merkl in überarbeiteter Form als Monographie publiziert: *Adolf Julius Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung, Hannover 1917).

Untersuchung eines präzis konturierten Gegenstands eröffnet. Eigengesetzlichkeit der Rechtswissenschaft und Eigengesetzlichkeit des Rechts, Rechtswissenschafts- wie Rechtstheorie der Reinen Rechtslehre werden im Wechselspiel zueinander eruiert. Ausgerechnet „in der Unterscheidung und Inbezugsetzung der Autonomie des Rechts einerseits und der Autonomie der Jurisprudenz andererseits“[351] lässt sich das Proprium der Reinen Rechtslehre besonders deutlich erkennen. Hier steht man vor einer erkenntnistheoretisch aufgeklärten Rechtstheorie genauso wie vor einer den Operationalitätsbedingungen der Rechtspraxis und dem Spezifikum der Rechtsnormativität bewussten Theorie der Rechtswissenschaft. Man hat es bei der Reinen Rechtslehre mit einem reflexiven Beschreibungsversuch zu tun,[352] der sich hinreichend Klarheit über seine eigenen konstruktiven Voraussetzungen wie Grenzen verschafft hat.

Obwohl im ursprünglichen Kreis um Kelsen schon relatives Einverständnis über das Programm wie die Zielsetzungen einer Reinen Rechtslehre herrschte, schieden sich die Geister bei den Vorstellungen zur konsequenten Ausführung. Was heute als ein auf mehr oder weniger stabilen Säulen errichtetes Theoriegebäude betrachtet wird – wenn auch bestimmt ergänzungsfähig, entwicklungsoffen und hier und da sogar reformbedürftig –, wurde gemeinsam von Kelsen und seinen Schülerinnen und Schülern in Reaktion auf interne wie externe Kritik und Irritation auf-, ab- und umgebaut. Die Merkl–Sander-Kontroverse um das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts‘ darf als ein wesentliches Kapitel der schulimmanenten Konzipierung, Kalibrierung und Verfeinerung zentraler Bausteine der Reinen Rechtslehre gedeutet werden. Werden die Divergenzen zwischen den Mitgliedern der Wiener Schule in Bezug auf die rechtstheoretische Lösung bestehender konkreter Probleme betrachtet und nach deren Hintergründen gefragt, lassen sich (möglicherweise) mit verschiedenen Akzenten durchdeklinierte und unter verschiedenen Kalibrierungsregelungen operierende, unterschiedliche Versionen der Reinen Rechtslehre(n) anvisieren.

C. Die Reine Rechtslehre als Werk der Wiener Schule

Die jungösterreichische Schule der Rechtstheorie bildete sich alles in allem, wie dargestellt, ursprünglich als eine Forschungsgemeinschaft gleichgesinnter, neugieriger, jüngerer Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler,[353] die Hans

[351] *Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein (Anm. 178), S. 31–32. Vgl. auch *Dias*, Rechtspositivismus und Rechtstheorie (Anm. 1), S. 258.

[352] Vgl. *Johannes Feichtinger*, Wissenschaft als reflexives Projekt. Von Bolzano über Freud zu Kelsen: Österreichische Wissenschaftsgeschichte 1848–1938, Bielefeld 2010, S. 237–390.

[353] Vgl. *Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny*, Einleitung, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Der Kreis um Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre, Wien 2008, S. 1–24 (5); *Thomas Olechowski*, Jurisprudenz oder Rechtswissenschaft? – Zur Entwicklung der wissenschaftlichen Leitbilder der juristischen Fakultät der Universität Wien seit

Kelsens Anregungen[354] aus seiner Habilitationsschrift[355] teils zur Weiterführung des gerade im Keim vorliegenden Forschungsprogramms des frischgebackenen Privatdozenten, teils zur Konzeptualisierung eigener Lösungsentwürfe zu gemeinsamen Fragestellungen nutzten. Ausgehend von einigen schon durch die Initialzündung[356] der ‚Hauptprobleme' deutlich (de)markierten, unverlierbaren Besitzstände des normativistischen Positivismus der Kelsenschen Variante der Reinen Rechtslehre,[357] nämlich dem Postulat der „Relation zum Rechtssatz"[358] und dem antiessentialistischen Wissenschaftsverständnis, der Kategorie der Zurechnung als Schlüssel zur Eigengesetzlichkeit der Rechtswissenschaft und des Rechts und vor allem dem anti-synkretistischen Impetus in Gestalt des epistemologischen Reinheitsanspruchs, wird die Identität der Schule durch die Debattenkultur des Privatseminars als Forschungsformation geschmiedet. Dies geschah durch die publizistische Auseinandersetzung mit und die Negation der etablierten Dogmen der herrschenden akademischen Traditionen, deren methodologische Grundlagen einer schonungslosen Revision unterworfen wurden. Wesentliche Impulse zur Weiterentwicklung kamen indes auch aus internen Kontroversen, in deren Rahmen Meinungsunterschiede zur Geltung gekommen sind und die Bausteine der Reinen Rechtslehre gemeinsam eruiert, lapidiert und poliert wurden.

I. Schulimmanente Kontroversen

Dass die Reine Rechtslehre keine ‚*one man show*' ist, wurde von Kelsen selbst oft genug klar kommuniziert und kam besonders deutlich im Vorwort zur 1923 publizierten zweiten Auflage der ‚Hauptprobleme' zum Ausdruck.[359] Diese Vorrede stellt eine noch nicht hinreichend ausgeschöpfte Fundstelle dar, von der aus Versuche einer Neuauslegung des diachronischen Puzzles der Reinen Rechtslehre vorgenommen werden könnten, wobei die Beiträge der verschiedenen Schüler der ersten Generationen des Kelsen-Kreises jenseits der Binnenevolutionen der Lehren Kelsens selbst untersucht werden würden.[360] Dabei dürfte der Hintergrund nicht

1852, in: Karl Anton Fröschl et alii (Hrsg.), Reflexive Innensichten aus der Universität, Wien 2015, S. 401–416 (410).

[354] Zur Formulierung der „Reinen Rechtslehre Kelsens" als Anregung vgl. *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 99), S. 1; *Marijan Pavčnik*, Reine Rechtslehre als Anregung, Ljubljana 2015, S. 13.

[355] *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 24) = HKW 2, S. 21–878.

[356] Vgl. *Matthias Jestaedt*, Revolution mit Marketingproblemen. Hans Kelsens „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre", in: El primer Kelsen y otros estudios, Sapere Aude – Ius 1 (2010), S. 79–90 (79).

[357] Vgl. *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 208), S. 511.

[358] Vgl. z. B. *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 24), S. 494, 496, 497 = HKW 2, S. 21–878 (641, 644, 645). Verdross spricht von „Beziehung zur Rechtsordnung" (*Verdross*, Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers [Anm. 46], S. 485).

[359] Vgl. *Kelsen*, Vorrede (Anm. 293), S. XXIII.

[360] Diese Potenziale wurden zwar schon mehrmals unterschiedlich wahrgenommen und zu Wort gebracht, vgl. nur *Matthias Jestaedt*, Wiener Summe: Die „Allgemeine Staatslehre" als Kelsens vollständigstes Werk, in: Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Studienausgabe der Origi-

unberücksichtigt bleiben, vor dem dieses Vorwort Anfang September 1923 angefertigt wurde. Gemeint ist die auf gegenseitige Plagiatsvorwürfe zwischen Lehrling und Meister zurückzuführende Kelsen–Sander-Kontroverse,[361] die im ersten Semester jenes Jahres ihren Apex erfuhr: Kelsen hatte sich am 6. Mai 1923 selbst vor der Disziplinarkammer der Wiener Universität mit der Begründung angezeigt, Sander habe gegen ihn „eine Reihe von Verdächtigungen erhoben, die, wenn sie wahr wären, mit der Standesehre eines akademischen Lehrers unvereinbar sind".[362]

Dies war der Kulminationspunkt eines der wenigen unschönen Kapitel der internen Geschichte der Wiener Schule als Forscherformation, das spätestens Ende Dezember 1920 begann.[363] Sander wurde Kelsen gegenüber misstrauisch, als dieser ihm mitteilte, vorzuhaben, die Parallele Gott–Staat in seinem neuen Buch zu behandeln.[364] Sander sah dieses als *sein* Thema[365] und fing langsam an, die ganze Schuldynamik innerhalb des Kreises um Kelsen zu hinterfragen – denn vor allem der Austausch im Privatseminar würde die unautorisierte Übernahme fremder Gedanken vereinfachen – und die Zuverlässigkeit Kelsens als Lehrer und wissenschaftlichen Ansprechpartner anzuzweifeln.[366] Kelsen habe laut Sanders Deutungen der Ereignisse Interesse daran gehabt, dass seine Monographie zum

---

nalausgabe 1925, herausgegeben und eingeleitet von Matthias Jestaedt, Tübingen 2019, S. XI–LXXXIV (XXXVIII–XLI), der die von Kelsen angebotene Karte bzw. die von ihm hinterlassenen Spuren bereits nachverfolgt. Es lässt sich aber noch vielmehr daraus herausholen.

[361] Diese Kontroverse wird in ihren persönlichen wie wissenschaftlichen Facetten rekonstruiert und analysiert in: *Helmut Holzhey*, Rechtserfahrung oder Rechtswissenschaft – eine fragwürdige Alternative. Zu Sanders Streit mit Kelsen, in: Ota Weinberger/Werner Krawietz (Hrsg.), Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker, Wien/New York 1988, S. 47–75; *Christoph Kletzer*, Fritz Sander, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre, Wien 2008, S. 445–470; *Christoph Kletzer*, Kelsen, Sander and the *Gegenstandsproblem* of Legal Science, in: German Law Journal 12 (2011), S. 786–810; *Johannes-Axel Korb*, Sander gegen Kelsen. Geschichte einer Feindschaft, in: Robert Walter/Werner Ogris/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit. Ergebnisse einer internationalen Tagung, veranstaltet von der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs und dem Hans Kelsen-Institut (19.–21. April 2009), Wien 2009, S. 195–208; *Korb*, Kelsens Kritiker (Anm. 157), S. 55–61, 166–183, 235–238, 276–285; *Olechowski/Busch*, Hans Kelsen als Professor an der Deutschen Universität Prag (Anm. 29); *Federico Lijoi*, Stato e Diritto: Fritz Sander e la polemica con Hans Kelsen, in: Federico Lijoi, Scienza Giuridica, Democrazia e Diritto. Interpretazione Costituzionali in Austria Dall'Impero alla Repubblica, Roma 2012, S. 111–128; *Sandrine Pina*, Les dissensions au sein de l'école viennoise de théorie du droit: La controverse Fritz Sander/Hans Kelsen, in: Archives de philosophie du droit 55 (2012), S. 295–307; *Thiago Saddi Tannous*, O aluno do aluno: A controvérsia entre Hans Kelsen e Fritz Sander, São Paulo 2018. Besonders ausführlich: *Olechowski*, Biographie (Anm. 2), S. 321–341.

[362] Eingabe Kelsen vom 6. Mai 1923 (Anm. 200), auf der unpaginierten ersten Seite.

[363] Vgl. Eingabe Kelsen 6. Mai 1923 (Anm. 200), S. 22.; UAW, Akademischer Senat, Disziplinarfall Hans Kelsen (1923), 7: Erhebungsakt Prof. Löffler/20: Niederschrift der Vernehmung Prof. Sanders vom 26.–27. Juni 1923, S. 2 (im Folgenden: Vernehmung Sander 26.–27. Juni 1923).

[364] Es handelte sich um *Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff (Anm. 192) = HKW 7, S. 69–350. Vgl. Vernehmung Sander 26.–27. Juni 1923 (Anm. 363), S. 1.

[365] Vgl. Vernehmung Sander 26.–27. Juni 1923 (Anm. 363), S. 2.

[366] Vgl. Vernehmung Sander 26.–27. Juni 1923 (Anm. 363), S. 25.

‚Staatsbegriff'[367] noch vor der Publikation von Sanders Habilitationsschrift[368] erscheine – somit würde Kelsen für sich die Priorität bei der Behandlung der Analogie zwischen Theologie und Jurisprudenz garantieren.[369]

Die Kelsen–Sander-Affäre, die hier nicht ausführlicher examiniert werden kann, kompromittierte nicht nur das Verhältnis der beiden Kontrahenten zueinander, sondern erschütterte erheblich die Stimmung innerhalb des Kelsen-Kreises. Sander war zu diesem Zeitpunkt nicht allein in der Äußerung von Bedenken gegen die eine fragwürdige Anmaßung fremder Gedanken durch die Teilnehmer begünstigende Diskussionsdynamik im Privatseminar.[370] Auch Alfred Verdross war der Meinung, dass Kelsen in seinem Buch zum Problem der Souveränität[371] gewisse Gedanken über die monistische Auffassung des Verhältnisses zwischen Staatsrecht und Völkerrecht, die er im gewöhnlichen Symposium der Wickenburggasse im Gegensatz zu Kelsens früherem Ansatz vertreten und worüber er auch als Erster publiziert hatte, nicht entsprechend gewürdigt habe.[372] Walter Henrich machte seinerseits ausdrücklich geltend, die anfängliche Begeisterung seiner Mitstreiter gegenüber den rechtstheoretischen Leistungen Sanders nie geteilt zu haben,[373] was auf eine latente Eifersucht um die Anerkennung des verehrten Lehrers hinweist. Das Band, das die Schule im Innersten zusammenhielt, hatte einen (ersten) Riss erhalten.

Am 20. Juli 1923 gab die zuständige Disziplinarkammer ihren Beschluss bekannt, der die Überzeugung attestierte, „dass dem Prof. Dr. Hans Kelsen in seinem Verhalten gegenüber Prof. Dr. Fritz Sander nicht der geringste Vorwurf eines ungehörigen, den Ehrenpflichten eines akademischen Lehrers und Fachschriftstellers irgendwie widerstreitenden Vorgehens gemacht werden"[374] könne. Somit kam ein Disziplinarfall zum Ende,[375] in dem ein bedeutender Teil der Schüler Kelsens als

---

[367] *Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff (Anm. 192) = HKW 7, S. 69–350.

[368] *Sander*, Staat und Recht (Anm. 143).

[369] Vgl. *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 99), S. 62–65.

[370] Vgl. Brief von Fritz Sander an Leonidas Pitamic vom 16. Juli 1921, in: UAW, Akademischer Senat, Disziplinarfall Hans Kelsen (1923), 7: Erhebungsakt Prof. Löffler/6: Rechtfertigungsschrift Prof. Kelsens vom 25. Mai 1923 mit Beilagen A–L/Beilage A; Brief von Leonidas Pitamic an Fritz Sander vom 22. Juli 1921, in: UAW, Akademischer Senat, Disziplinarfall Hans Kelsen (1923), 7: Erhebungsakt Prof. Löffler/6: Rechtfertigungsschrift Prof. Kelsens vom 25. Mai 1923 mit Beilagen A–L/Beilage D – der zuerst erwähnte Brief wurde auf Initiative Kelsens auch in der ‚ZöR' publiziert: *Hans Kelsen*, In eigener Sache, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1922/1923), S. 499–502 (500 f.). Vgl. auch Zeugenaussage Pitamic vom 24. Mai 1923 (Anm. 78), S. 3; Zeugenaussage Verdross vom 26. Mai 1923 (Anm. 82), S. 3. Zum Privatseminar als eine gewichtige Dimension der Wiener Schule vgl. oben Erster Teil, Kap. I, S. 27–35.

[371] *Kelsen*, Das Problem der Souveränität (Anm. 11) = HKW 4, S. 263–572.

[372] UAW, Akademischer Senat, Disziplinarfall Hans Kelsen (1923), 7: Erhebungsakt Prof. Löffler/25: Zeugenaussage von Alfred Verdross vom 30. Juni 1923, S. 4 f.

[373] Vgl. Zeugenaussage Henrich vom 30. Juni 1923 (Anm. 94).

[374] UAW, Akademischer Senat, Disziplinarfall Hans Kelsen (1923), 16: Beschluss der Disziplinarkammer vom 20. Juli 1923 – dies Dokument wurde abgedruckt in: *Hans Kelsen*, In eigener Sache, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1922/1923), S. 699–700.

[375] Dieser Disziplinarfall wird konzis rekonstruiert und erläutert in *Kamila Maria Staudigl-*

Zeugen fungierte[376] und im Verlauf dessen die Lehrer–Schüler-Beziehungen innerhalb des Kelsen-Kreises durch unterschiedliche Perspektiven in ihren Höhen und Tiefen intensiv erläutert und gewissermaßen neu erlebt wurden.

Parallel dazu wendete sich der Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) wiederholt an Kelsen,[377] um das Vorwort für die seit Ende 1922 vereinbarte zweite Auflage der ‚Hauptprobleme' einzufordern.[378] Erst am 6. September 1923 wird der Text abgeschickt,[379] nachdem Kelsen die Verzögerungen mit einer „notwendig gewordenen Erholungsreise"[380] rechtfertigte. Jenseits einer großzügigen Tat eines seine Schüler ständig fördernden Lehrers – was Kelsen zweifelsohne war –, erweist sich diese Vorrede auch als eine Krisenbewältigungsmaßnahme. Die zweite Auflage

---

Ciechowicz, Das Dienst-, Habilitations- und Disziplinarrecht der Universität Wien 1848–1938, Wien 2017, S. 532–537.

[376] Zeugenaussagen lieferten Walter Henrich, Adolf Julius Merkl, Leonidas Pitamic, Ernst Seidler jun., Richard Strigl und Alfred Verdross, welche unter den ersten Mitgliedern des Privatseminars waren. Franz Havliček meldete sich per Brief aus der Ferne. Kelsen und Sander wurden vernommen und gaben auch verschiedene schriftliche Erklärungen ab.

[377] Vgl. Brief von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) an Hans Kelsen vom 26. Juni 1923; Brief von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) an Hans Kelsen vom 11. Juli 1923; Brief von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) an Hans Kelsen vom 20. August 1923; Brief von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) an Hans Kelsen vom 30. August 1923. Der Mohr-Verlag war nicht der einzige Verlag, der zu dieser Zeit versuchte, Kelsen an den Wickel zu bekommen: Auch der Verlag Julius Springer fragte ihn immer wieder nach dem Stand des Manuskripts der ‚Allgemeinen Staatslehre', vgl. z. B. Brief von Verlag Julius Springer an Hans Kelsen vom 26. Juni 1923; Brief von Verlag Julius Springer an Hans Kelsen vom 12. Juli 1923.

[378] Die Entscheidung, der ansonsten unveränderten neuen Auflage der ‚Hauptprobleme' ein Vorwort voranzustellen, stand schon relativ früh fest und hängt vermutlich nicht unwesentlich mit der bereits Mitte 1921 in ihrer vollen Dimension ausgebrochenen Kontroverse mit Sander zusammen. Allerdings war Ende 1922 über die explizite Anerkennung der Beiträge verschiedener Schüler für die Entwicklung der Reinen Rechtslehre im Vorwort keine Rede, obwohl Kelsen bereits die Absicht hatte, einerseits diese Auflage seiner Schule zu widmen, was er nun über eine Widmung zu Merkl und Verdross tatsächlich machte, und andererseits auf seine Meinungsänderungen seit dem Erscheinen der ersten Auflage aufmerksam zu machen: „Der 2. Auflage möchte ich nur eine Vorbemerkung voranschicken; in der ich auf […] Punkte aufmerksam mache, in denen ich meine Anschauungen geändert habe und auf meine anderen Schriften verweise, in denen ich die Gedanken der ‚Hauptprobleme' fortgeführt und ergänzt habe. Auch möchte ich der 2. Auflage eine Widmung voransetzen" (Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr [Paul Siebeck] vom 17. November 1922). Ende Dezember 1922 machte Kelsen dem Verlag gegenüber geltend, er habe Merkl und Verdross bereits mitgeteilt, die 2. Auflage der ‚Hauptprobleme' sei ihnen gewidmet, sodass es äußerst unangenehm wäre, wenn das Widmungsblatt nicht gedruckt werden würde (vgl. Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr [Paul Siebeck] vom 27. Dezember 1922). Der Inhalt des Vorworts wird von Kelsen wiederum in der Korrespondenz mit dem Verlag aus dem Juli 1923 thematisiert: „In der Vorrede will ich die Entwicklung der ‚reinen Rechtslehre' seit der ersten Auflage der ‚Hauptprobleme' darstellen und eventuell auch die wichtigsten Einwände widerlegen" (Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr [Paul Siebeck] vom 7. Juli 1923).

[379] Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 6. September 1923; die Korrekturen der Fahnen schickte Kelsen dann im Oktober 1923 ab, vgl. Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 3. Oktober 1923.

[380] Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 23. August 1923. Dieser Brief schrieb Kelsen aus Goisern (heute Bad Goisern am Hallstättersee); er teilte dabei seinem Verleger mit, am 27. August 1923 nach Wien zurückkehren zu wollen.

der ‚Hauptprobleme' wird Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross gewidmet,[381] die nicht nur die ersten Schüler Kelsens waren und zu seiner „engsten Schülerschaft"[382] gehörten, sondern im Rahmen der ermüdenden Kelsen–Sander-Kontroverse immer auf der Seite des Meisters standen: Beiden gebühre „das grösste Verdienst an dem Ausbau der reinen Rechtslehre".[383] Die Widmung dieser beiden Schüler sollte freilich auch Kelsens Dankbarkeit und Anerkennung an die ganze Wiener Schule symbolisieren.

Diese gravierendste der schulimmanenten Kontroversen des Kelsen-Kreises wirkte ambivalent. Einerseits skalierte sie zum persönlichen wie akademischen Bruch zwischen Sander, Kelsen und manchen seiner anderen Schüler, andererseits fungierte sie als theoretischer Entwicklungskatalysator. Nicht nur wurde von einigen der wichtigsten Schüler Kelsens ein öffentliches Bekenntnis zu Kelsen als Haupt der Wiener Schule abgegeben, sondern auch die sachliche Debatte zwischen Kelsen und Sander strahlte weiter aus. Die ursprüngliche Disputation zwischen Meister und Schüler verzweigte sich in verschiedene Fronten, an denen Sander seine Theorie der Rechtserfahrung als die – so sein *claim* – konsequenteste Reine Rechtslehre von der Kelsenschen Variante abzugrenzen versuchte. Kelsen und seine übriggebliebenen Schüler wurden ihrerseits gezwungen, das Konzept der weitgehend gemeinsam entwickelten Reinen Rechtslehre dichter zu machen und zu verfeinern. Je nach Akzent und Fragestellung ließen sich unterschiedliche Schüler auf die Kelsen–Sander-Affäre ein, indem sie auf die Kritikpunkte Sanders eingingen und seinen gerade auszuarbeitenden rechtstheoretischen Ansatz, das Programm der Reinen Rechtslehre durchdeklinierend, hinterfragten. Der für Kelsen „mit schmerzlichen Erinnerungen"[384] verbundene Streit mit einem seiner „begabtesten Schueler"[385] lieferte eine (wenn auch turbulente) Gelegenheit, die Beiträge der verschiedenen Mitglieder der Wiener Schule zur Entstehung und Reifung der Reinen Rechtslehre zu individualisieren und anzuerkennen, was Kelsen in der Vorrede der zweiten Auflage der ‚Hauptprobleme' zur Kenntnis gab.[386] In Zusammenhang mit Streit und Vorrede vertiefte sich eine weitere schulinterne Debatte, an der Kelsen selbst zunächst weniger beteiligt war als seine Schüler.

---

[381] Die Entscheidung, dieses Werk ausgerechnet Merkl und Verdross zu widmen, stand spätestens Ende Dezember 1922 fest und war den beiden Schülern auch schon von Kelsen selbst kommuniziert, vgl. Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 27. Dezember 1922.

[382] Wendung Kelsens in Bezug auf Merkl in: Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 10. Oktober 1921.

[383] Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 3. Oktober 1923.

[384] *Kelsen*, Autobiographie [1947] (Anm. 29), S. 61.

[385] *Kelsen*, Autobiographie [1947] (Anm. 29), S. 62.

[386] Etwas Ähnliches hat Franz Weyr 1936 in Bezug auf die Entstehungsgeschichte der Brünner Schule der Normativen Theorie im Nachwort einer seiner Monographien unternommen, vgl. *Weyr*, Vznik a dosavadní vývoj normativní teorie (Anm. 209).

II. Die Wiener Schule in action: Das Beispiel der Rechtsfehlerproblematik

Das Vorwort der zweiten Auflage der ‚Hauptprobleme' und dessen Backstage-Geschichte bieten Anlass, das Werden der Reinen Rechtslehre zu dem rechts(wissenschafts)theoretischen Instrumentarium, das sie geworden ist, im Verlauf der Prozesse von regem wissenschaftlichem Austausch und ebensolchen Kritiken innerhalb der Wiener Schule gewissenhaft zu untersuchen. Wie wird eine zu Beginn eingestanden bloß statische,[387] mit einem Fuß noch in dem zu revolutionierenden etablierten rechtswissenschaftlichen Paradigma konzipierte Lehre zu einer klassischen Rechtstheorie, für die eine der besonderen Eigentümlichkeiten des Rechts in seiner Selbstbestimmung, also in einer von der dynamischen Betrachtungsweise her gewonnenen Eigenschaft ihres Gegenstands liegt? Anders gefragt: Wie entsteht eigentlich die Theorie der *Eigengesetzlichkeit des Rechts* der Reinen Rechtslehre Kelsenscher Art, die 1934 in der ersten Auflage des Buches ‚Reine Rechtslehre'[388] rückgreifend auf die ‚Allgemeine Staatslehre'[389] aus dem Jahre 1925 in festen Umrissen geliefert wird und in der zweiten Auflage anno 1960[390] in der inzwischen ausgearbeiteten Erweiterung des rechtlichen Sollens durch das rechtliche Können seine konsolidierte Fassung erfährt? Entwicklungsgeschichtlich war nicht zuletzt eine schulimmanente Kontroverse entscheidend, die sich hauptsächlich zwischen den Schülern Kelsens entfaltete, sich im Zusammenhang mit der Kelsen–Sander-Kontroverse lesen lässt, ansonsten aber schon viel früher einsetzte und sich um die Frage der Möglichkeit ‚rechtswidrigen Rechts' bzw. ‚fehlerhaften Rechterzeugung' drehte.

In seiner Erstlingsschrift bemühte sich Kelsen noch darum, den Gegenstand einer spezifischen, selbständigen Wissenschaft vom Recht durch die Ausarbeitung der „idealen Sprachform des Rechtssatzes"[391] zu individualisieren. Die Konstruktion des Spezifikums des Rechtssatzes sei der Zugang zum Wesen des objektiven Rechts. Im Kern dieses rechtstheoretischen Unternehmens tauchte die Ausdifferenzierung der Rechtsgesetzlichkeit von der Naturgesetzlichkeit auf, die die Gestalt einer Unterscheidung zwischen Zurechnung und Kausalität durch die Parallelisierung der Denkmodi von Sollen und Sein gewinnt. Zunächst bezieht sich die Idee einer Eigengesetzlichkeit des Rechts auf seinen Sollenscharakter. Sicherte Kelsen damit auf der einen Seite den Boden für eine normative Betrachtung des Rechts,

---

387 Vgl. *Kelsen*, Vorrede (Anm. 293), S. XII; *František Weyr*, [Buchbesprechung] Hans Kelsen: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Druhé, fotomechanicky tištěné (a tudíž nezměněné), o předmluvu rozšířené vydání, Tubinky, J. C. B. Mohr, 1923, 709 str., in: Časopis pro právní a státní vědu 7 (1924), S. 146–151 (148).

388 *Kelsen*, RR1 (Anm. 279).

389 *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Anm. 166).

390 *Kelsen*, RR2 (Anm. 301).

391 *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 24), S. 237 = HKW 2, S. 21–878 (353). Vgl. dazu *Stanley Paulson*, On ideal Form, Empowering Norms, and „Normative Functions", in: Ratio Juris 3 (1990), S. 84–88.

gelang es ihm noch nicht, das rechtliche Sollen überzeugend von der Grundstruktur anderer Normativitätsformen zu trennen. Die Suche nach der *differentia specifica* des Rechts erfolgte noch vorwiegend statisch. Das Recht wurde als ein Komplex von gegebenen Rechtsnormen, d. h. im Ruhezustand analysiert. In der inneren Struktur des Rechtssatzes sollte die Rechtlichkeit des Rechts entdeckt werden, auf der dann eine der Eigenart ihres Gegenstands bewusste Wissenschaft vom Recht aufgebaut werden müsste. „Das Faktum der Entstehung und Zerstörung“[392] der Rechtsnormen erschien durch die Brille dieses statischen Modells als ein „Mysterium“,[393] sprich: als ein durch das Instrumentarium der Rechtswissenschaft nicht zu erfassendes Ereignis.

Die Überwindung des Dogmas des einstufigen, im Gesetz völlig enthaltenen Rechts[394] (Stichwort: Gesetzessolipsismus[395]) und die Einsicht in die Selbstnormierung der Rechtserzeugung, Rechtsanwendung und Rechtsvernichtung durch das Recht sind Ergebnis intrikater Auseinandersetzungen nicht nur von Kelsen mit seinen Schülern, sondern auch von diesen Schülern unter sich, ohne die Triangulierung über die Figur des Meisters. Das alles fand in einem wissenschaftlichen, dialogischen Verfahren statt, das sich hauptsächlich über die zweite und die dritte Dekade des 20. Jahrhunderts erstreckte und sowohl mündlich in den unterschiedlichsten Diskussionsforen wie im Privatseminar als auch schriftlich im Flow von zahlreichen Publikationen geführt wurde – nicht zuletzt in der Reihe der ‚Wiener Staatswissenschaftlichen Studien‘ und in den Zeitschriften der Wiener Schule. Das Gewinnen eines dynamischen Standpunktes mit der entsprechenden Berücksichtigung des Problems der ‚fehlerhaften Rechtsentscheidungen‘ ist eine Koproduktion der Wiener Schule samt ihrer wissenschaftlichen Freunde und auch ihrer Gegner. Sie ist im Wesentlichen das Resultat einer beindruckenden Lehrer–Schüler-Dialektik, die in puncto Eigengesetzlichkeitslehre(n) – der Rechtswissenschaft und des Rechts – eine erhebliche Anzahl der Teilnehmerinnen und Teilnehmer des Privatseminars involvierte und die Totalität der habilitierten bzw. zu habilitierenden Schüler Kelsens zur Stellungnahme herausforderte.[396]

---

[392] *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 24), S. 334 = HKW 2, S. 21–878 (461).

[393] *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 24), S. 334 = HKW 2, S. 21–878 (461).

[394] Vgl. *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 208), S. 513, 514, 516, 518, 521.

[395] „Die herrschende Rechtswissenschaft ist ausschließlich Gesetzeskunde“ (*Merkl*, Freirecht und Richterfreiheit [Anm. 349], S. 266 = Merkl-GS I/1 S. 259–266 [261]). Von „Gesetzesabsolutismus“ spricht Merkl in *Adolf Julius Merkl*, [Buchbesprechung] Hans Reichel, Gesetz und Richterspruch, Zürich 1915, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1915), S. 518–521 (518) = Merkl-GS I/1, S. 147–153 (147–149). Der Begriff des „Gesetzessolipsismus“ wird verwendet und erläutert in *Matthias Jestaedt*, Rechtsprechung und Rechtsetzung – eine deutsche Perspektive, in: Johannes Masing/Wilfried Erbguth (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen: Europarecht und nationales Recht, Stuttgart 2005, S. 27–79 (66–68).

[396] Diese durch schulimmanente Auseinandersetzungen geförderte und beschleunigte Entwicklung der Reinen Rechtslehre in Richtung einer dynamischen Rechtslehre betrachtet Jabloner mit Erkenntnisgewinn durch eine andere Brille, nämlich vom Standpunkt des Sich-Einstellens der Wiener Schule auf bestehende rechtsdogmatische Probleme bei der Entstehung der demokratischen, republikanischen und föderativen österreichischen Rechtsordnung vor 1920: *Clemens Ja-*

So konstruierte Adolf Julius Merkl bereits im Jahre 1916 das Verhältnis zwischen einer Rechtsnorm und dem sie anwendenden Akt, der bis dahin durch das Interpretations- und Begriffsschema der Lehre Kelsens nicht ohne Schwierigkeiten in die rechtswissenschaftliche Betrachtung integriert werden konnte, als normative Delegation und zog die Möglichkeit in Erwägung, die ganze Rechtsordnung als eine stufenweise Rechtskonkretisierung zu beschreiben[397] – worin dann langsam die Positivität des Rechts gesehen und individualisiert wurde.[398] Sein bahnbrechender Beitrag zur Janusköpfigkeit der Rechtserscheinungen[399] stellt den Konvergenzpunkt schulinterner Debatten dar. Nicht nur stellt dieser Text eine Skizze eines nachhaltigen Modells zur dynamischen Betrachtung der Rechtsordnung parat, sondern auch vertieft er innerhalb der Schule die Auseinandersetzung um die Fehleranfälligkeit der Rechtserscheinungen und die Rolle der Rechtswissenschaft beim Umgang mit fehlerhaften Rechtsentscheidungen.

Mit Berufung auf ein von Kelsen 1913 eingebrachtes Motiv, nämlich die Unterscheidung zwischen einer sich mit dem Rechts*werden* befassenden dynamisch-funktionellen Perspektive und einer sich auf das (Sollen-)*Sein* des Rechts beschränkenden Betrachtungsweise[400] wurden hauptsächlich von Merkl, Sander, Verdross und Weyr in ständiger Interaktion (in Form von wissenschaftlicher Position und Replik) Alternativen für die rechtswissenschaftliche Erarbeitung der Rechtserzeugung und der Rechtsvernichtung entwickelt. In dieser Frontlinie der Debatten sprach Weyr als Erster die Rolle des *Lex-Posterior*-Kriteriums im Rechtsvernichtungszusammenhang an und machte geltend, es sei mit der staatlichen Souveränität nicht zu vertragen, dass positiv-rechtliche Bestimmungen der Verfügungsmacht des Gesetzgebers entzogen werden.[401] Verdross machte darauf eingehend auf das

---

bloner, Zur Entwicklung der Reinen Rechtslehre (Anm. 5); *Jabloner*, Einige Austriaca der Reinen Rechtslehre (Anm. 5).

[397] Vgl. *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 350) = Merkl-GS I/1, S. 85–146.

[398] Vgl. die Verarbeitung dieser These in *Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff (Anm. 192), S. 95 = HKW 7, S. 69–350 (195).

[399] *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 349) = Merkl-GS I/1, S. 227–252.

[400] Vgl. *Kelsen*, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft (Anm. 41), S. 202 = HKW 3, S. 247–316 (286).

[401] Vgl. *František Weyr*, Rahmengesetze. Studie aus dem Österreichischen Verfassungsrechte, Wien 1913, S. 18 f.; *Weyr*, Zur Frage der Unabänderlichkeit von Rechtssätzen (Anm. 47); dieser Beitrag Weyrs war seinerseits bereits eine Reaktion auf einen Kommentar von Verdross über die damalige Neureglung der Wappen und Fahnen der Österreichisch-Ungarischen Monarchie, vgl. *Alfred Verdross*, Die Neuordnung der gemeinsamen Wappen und Fahnen in ihrer Bedeutung für die rechtliche Gestalt der österreichisch-ungarischen Monarchie, in: Juristische Blätter 45 (1916), S. 121–123, 134–137; vgl. noch *Adolf Julius Merkl*, Die Unveränderlichkeit von Gesetzen – ein normlogisches Prinzip. Eine Erwiderung an Herr Prof. Dr. Weyr, in: Juristische Blätter 46 (1917), S. 97–98, 109–111, 571 = Merkl-GS I/1, S. 155–168; *Adolf Julius Merkl*, Die Rechtseinheit des österreichischen Staates. Eine staatsrechtliche Untersuchung auf Grund der Lehre von der lex posterior, in: Archiv des öffentlichen Rechts 37 (1918), S. 56–212 = Merkl-GS I/1, S. 169–226. Das Oszillieren bei der Kelsenschen Behandlung der „lex posterior"-Maxime als Regel für die Normenkonfliktlösung kartographiert *Stanley Paulson*, On the status of the *Lex Posterior* derogating Rule, in: Richard Tur/William Twining (Hrsg.), Essays on Kelsen, Oxford 1986, S. 229–247; vgl. auch

Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers aufmerksam, was schon auf eine Ausdifferenzierung von Rechtserzeugungs- bzw. Rechtsanwendungsstufen hindeutet und die Züge einer dynamischen Perspektive aufweist.[402] Dazu Stellung beziehend schritt Merkl seinerseits in Richtung der Ausarbeitung seiner Lehre der Rechtskraft als eine Lehre über die relative Unveränderlichkeit der Rechtserscheinungen fort und fixierte die Ermächtigung als eine entscheidende normative Struktur für die Wahrnehmung und Beschreibung von Rechtsänderungen.[403] Mit seiner Vorstellung des doppelten Antlitzes des Rechts zeigte Merkl nun, dass mit Ausnahme der Extreme eines Rechtssystems alle seiner Erscheinungen zugleich als Regelung für die Rechtserzeugung weiterer Normen und als Anwendung vorgegebener Normen dienen. Die Kategorie der ‚Erzeugungsregel' wurde von Sander im Zusammenhang mit seiner Theorie des Rechtsverfahrens erdacht und bracht die Funktion der Ermächtigungsnormen auf den Punkt.[404] Daran anknüpfend wurde das Verhältnis zwischen den Rechtsnormen bzw. Rechtserscheinungen von Merkl einheitlich als eine Bedingtheitsbeziehung fein herauskonstruiert.[405] Die bedingenden Normen erheben den Anspruch, die Wirklichkeit der Erzeugung künftiger bedingter Rechtserscheinungen zu bestimmen. Die bedingende Norm fungiere als ein erkenntnismäßig zu ermittelnder Rahmen – *voilà*, der Ursprung des sogenannten Rahmentheorems![406] –, innerhalb dessen Grenzen die bedingten Rechtserscheinungen entstehen sollten.[407] Der Weg zur Behandlung unterschiedlichster Staats-

---

Jörg Kammerhofer, Robert Walter, die Normkonflikte und der zweite Stufenbau des Rechts, in: Clemens Jabloner et alii (Hrsg.), Gedenkschrift Robert Walter, Wien 2012, 237–256 (238 mit Fn. 4).

[402] Vgl. *Verdross*, Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers (Anm. 46).

[403] *Merkl*, Die Unveränderlichkeit von Gesetzen (Anm. 401) S. 109 = Merkl-GS I/1, S. 155–168 (160): „Ohne Ermächtigung der Verfassung keine Verfassungsänderung".

[404] *Sander*, Das Faktum der Revolution (Anm. 99), S. 150.

[405] Vgl. z. B. *Merkl*, Die Verfassung der Republik Deutschösterreich (Anm. 142), S. 74–95; Merkl legte dabei explizit fest, seine diesbezüglichen Ausführungen „stehen unter dem Banne tiefgründiger Gedanken eines jungen Wiener Rechtsphilosophen – Dr. Fritz Sander – die wohl bald in Buchform vorliegen dürften" (S. 75 Fn. 1). Hier wird nochmals deutlich, wie intensiv die Austauschdynamik im Kreis um Kelsen war: Nicht nur auf bereits publizierten Gedanken der anderen Mitglieder der Wiener Schule bauten Kelsen und seine Schüler ihre eigenen Thesen auf. Im gleichen Zuge verwies Merkl aber auch auf frühere eigene Arbeiten, in denen die „Prozessnatur" des Rechts schon ziemlich ausführlich beleuchtet wurde (S. 75 Fn. 1): *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 350) = Merkl-GS I/1, S. 85–146; *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 349) = Merkl-GS I/1, S. 227–252. Verwiesen wird auch auf *Verdross*, Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers (Anm. 46).

[406] Das Konzept der anzuwendenden Norm als Rahmen lässt sich in den ersten Publikationen von Alfred Verdross erkennen, ohne dass er aber die Begrifflichkeit eines „Rechtsrahmens" verwendet hat, vgl. *Verdross*, Das Problem des freien Ermessens (Anm. 348), S. 632. Explizit kommt der Begriff des Rahmens als Bezeichnung des von der anzuwendenden Rechtserzeugungsregel demarkierten, zulässigen Raums für die weitere Rechtserzeugung durch die Rechtsorgane prägnant in einer der ersten Publikationen Sanders vor, als er die Position von Merkl rekonstruierte und sich dafür der Idee eines „Bedeutungsrahmen[s]" bediente, vgl. *Sander*, Rechtswissenschaft und Materialismus (Anm. 48), S. 351. Geprägt wurde das Rahmentheorem durch Merkl. Dazu ausführlicher unten Zweiter Teil, Kap. IV, S. 187 (Anm. 106).

[407] Geradezu kanonisch wohl in: *Merkl*, Prolegomena (Anm. 301), S. 275 = Merkl-GS I/1, S. 437–492 (467 f.).

handlungen als Rechtserscheinungen war aufbereitet. Die Rechtserzeugungs- wie Vernichtungszusammenhänge ließen sich als ein „Stufenbau von einander über- und untergeordneten Rechtsschichten" modellieren, sodass die „obersten Normen […] bestimmte Menschen zur weiteren Normsetzung ermächtigen und die so gesetzten Normen wiederum andere Menschen damit betrauen, diese Normen durch weitere Normen durchzuführen".[408] Neues Recht wird erzeugt, indem bestehende, gültige bedingende Normen angewandt werden. Was denn aber, wenn die normativen Anforderungen durch die autoritativen Entscheidungen verfehlt werden?

Unter den (eventuell) pluralen Optionen, die durch den Rahmen der bedingenden Normen gedeckt sind, entscheide der zuständige Anwender kraft Ermessens. Die nicht ausschließbare Möglichkeit des Auseinanderfallens von Erkenntnis- und Dezisionskomponente des Rechtsgewinnungsprozesses führt zur Herausforderung der Unterbringung des ‚rechtswidrigen Rechts' in einem einheitlichen, rechtstheoretischen Validationssystem. Mit diesem Thema hatte sich mit Merkl schon seit seinen ersteren Publikationen im Jahre 1915 inzident beschäftigt und er würde ihm noch seinen Habilitationsvortrag im Wintersemester 1919[409] explizit widmen. Zunächst Verdross[410] und dann Sander[411] machten ihn in schulimmanenten Diskussionen auf Inkonsistenzen bei seinen frühen Versuchen aufmerksam. Nochmals eine Problemformulierungen Kelsens – jetzt aus der langen Abhandlung zur Frage des Staatsunrechts[412] – aufgreifend, wurden bei diesem weiteren (Schule-)Ansatz, der sich an die Konstellation ‚rechtswidriger Rechtsanwendung' richtete, von den Schülern Kelsens diametral unterschiedliche Lösungsskizzen angeboten. Keiner beanspruchte dabei, etwas anderes zu leisten als eine haltbare Durchführung der Reinen Rechtslehre.

In dieser Frontstellung der schulinternen Debatte lokalisieren sich die Geburtsstunde des Fehlerkalküls wie der Alternativermächtigung,[413] die prominent in der vorliegenden Dissertation behandelt werden. Fritz Sander stellte das Rahmentheorem Merkls in Frage und leugnete dabei die Eignung der ‚Rechtsfehler' als rechtstheoretische Kategorie. Er meinte, bald mit der Vorstellung eines struktu-

---

408 Zwei Zitate: *Verdross*, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft (Anm. 175), S. 41.

409 Vgl. oben Erster Teil, Kap. I, S. 42 (Anm. 142).

410 Vgl. z. B. *Alfred Verdross*, Die Rechtskraft der kais. Verordnung vom 7. Juli 1915 Nr. 189 R. G.Bl. über die zeitweilige Einstellung der Geschworenengerichte. Eine Replik, in: Juristische Blätter 44 (1915), S. 426–427. Diese Arbeit bezieht sich als Replik auf den ersten Teil von *Adolf Julius Merkl*, Die Verordnungsgewalt im Kriege, in: Juristische Blätter 44 (1915), S. 375–376, 387–388 [von der Zensur gestrichen], 509–512; 45 (1916), S. 397–399, 409–411, 493–495, 505–507, 517–519; 48 (1919), S. 337–341 (511) = Merkl-GS II/1, S. 3–69. Ausführlicher unten Zweiter Teil, Kap. VI, S. 264–269.

411 Vgl. z. B. *Fritz Sander*, Rechtswissenschaft und Materialismus (Anm. 48), S. 350 f. Dort bezieht sich Sander u. a. auf *Merkl*, Die Rechtseinheit des österreichischen Staates (Anm. 401) = Merkl-GS I/1, S. 169–226.

412 *Hans Kelsen*, Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt, in: Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 40 (1914), S. 1–114 = HKW 3, S. 439–531.

413 Vgl. *Jabloner*, Einige Austriaca der Reinen Rechtslehre (Anm. 5), S. 6–9.

rell-notwendigen rechtlichen Stufenbaus zugunsten der Zirkularität der Rechtsgeltungskonstitution im Rechtsverfahren brechen zu können, indem er das Verhältnis zwischen den realen Rechtsurteilen, die er früh von den reflexiven Urteilen der Rechtswissenschaft terminologisch und sachlich differenzierte, als das einer Wechselbestimmung konzipierte.[414] Die Rechtsfehlerproblematik polarisierte somit das Sandersche Primat der Rechtsanwendung, in dessen Zentrum die Kategorie der Rechtszuständigkeit rückt, gegen das Merklsche Primat der Rechtserkenntnis, durch das der Rechtswissenschaft letztlich eine kritische Funktion gegenüber der Rechtspraxis zugesprochen wird.[415] So bildete diese Problematik – in der Qualität eines echten Prüfsteins für eine normativistisch-positivistische Rechtsauffassung – das Epizentrum einer lawinenmäßigen Kreationsströmung innerhalb des ursprünglichen Kelsen-Kreises, die auch eine spätere, aus circa 5 bis 10 Jahre jüngeren Schülerinnen und Schüler Kelsens bestehende Generation der Wiener Schule – wie Felix Kaufmann, Fritz Schreier und Elisabeth Ephrussi, aber auch internationale Glieder des Wiener Netzwerks, wie Alf Ross oder Marinus Maurits van Praag – mobilisierte.

Sander wandte sich ab 1921 definitiv immer stärker gegen die Reine Rechtslehre à la Kelsen, indem er die Eigengesetzlichkeitslehre, die aus dem die Merklsche Rechtsdynamik kreativ verarbeitenden Buch Kelsens zum Problem der Souveränität[416] herauszulesen ist, einer grundlegenden Kritik unterwarf.[417] Das rechtliche Sollen, wie es von Kelsen konstruiert wird, sei nicht in der Lage, das Recht insbesondere von der Moral zu differenzieren und die Rechtstheorie Kelsens eigne sich als *reine* Rechtslehre nicht. Das rechtstheoretische Problem der Bestimmung des Juridischen am Recht wurde virulenter denn je. Diese heftigen schulimmanenten Auseinandersetzungen finden bereits in den goldenen Wiener Jahren Kelsens im Werk Merkls zur Rechtskraft eine eindrucksvolle Bestandsaufnahme.[418] Dort wird 1923 eine durchdachte Lehre der Rechtlichkeit des Rechts präsentiert: Der Begriff der Rechtskraft wird in seiner Bedeutung für den Rechtsbegriff, also für das Rechtsganze in allen seinen Teilerscheinungen, herausgearbeitet. Die Rechtskraft wird zu jener Eigenschaft, die allem Recht eigen sei, aber auch nur dem Recht. Sie bilde in ihrer Statik das Gegengewicht zur Dynamik des Prozesses stufenförmiger Rechtskonkretisierung.[419] Sie vermittle die Kontinuität zwischen den Rechts-

[414] Ausführlich dazu siehe unten Zweiter Teil, Kap. V, S. 235–238, 239 (Anm. 382).

[415] Die hier verwendete Begrifflichkeit, die ein Primat der Rechtserkenntnis einem Primat der Rechtsanwendung gegenüberstellt, stammt von *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 349), S. 244 (Primat der Rechtsanwendung) und S. 463 (Primat der Rechtserkenntnis) = Merkl-GS I/1, S. 227–252, S. 235 (Primat der Rechtsanwendung) und S. 243 (Primat der Rechtserkenntnis). Dazu unten Zweiter Teil, Kap. VI, S. 251–253.

[416] *Kelsen*, Das Problem der Souveränität (Anm. 11) = HKW 4, S. 235–572.

[417] Vgl. z. B. *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 208), S. 534.

[418] *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 101).

[419] Vgl. *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 101), S. VI; *Adolf Julius Merkl*, [Selbstdarstellung] Adolf Julius Merkl, in: Nikolaus Grass (Hrsg.), Österreichische Rechts- und Staatswissenschaften der Gegenwart in Selbstdarstellungen, Innsbruck 1952, S. 137–159 (144). Zu Merkls Lehre der Rechtskraft vgl. unten Zweiter Teil, Kap. IV, S. 170–175.

erscheinungen, indem sie die Zeitlichkeit des Rechts strukturiert. Selektiv und auf diese Entwicklungen reagierend bot Kelsen selbst 1925 mit seiner ‚Allgemeinen Staatslehre' eine erste „in sich geschlossene"[420] affirmative Darstellung der Reinen Rechtslehre,[421] die im Zenit seines Schaffens kristallklar als Produkt der Wiener Schule erscheint.[422] An einer unerwarteten Stelle nahm das Haupt der Schule unangekündigt und eher zögerlich Stellung zur schulimmanenten Streitigkeit …[423] – die Reine Rechtslehre entwickelte sich während Kelsens Wiener Jahren katalysiert durch den schulinternen Austausch und, vor allem was die Konzeption und Verfeinerung einer Lehre der Eigengesetzlichkeit des Rechts angeht, nicht zuletzt durch die Merkl–Sander-Kontroverse, die ihrerseits in der Schuldynamik tief verwurzelt ist.

III. Die Reine Rechtslehre als Produkt der Wiener Schule der Rechtstheorie?

So viel zum schulinternen Kontext der noch näher zu behandelnden Kontroverse und zurück zu der am Anfang des Kapitels artikulierten Fragestellung bezüglich des Reifwerdens der Reinen Rechtslehre als Produkt der Wiener Schule der Rechtstheorie. Mit Vorbehalt können hier berühmte Anmerkungen über die Produktivität und Aktivität einiger philosophischer Intelligenzen mit einbezogen und vorsichtig fruchtbar gemacht werden. Ludwig Wittgenstein (1889–1951) suggerierte in Selbstdeutung, sein eigenes Verdienst läge nicht unwesentlich darin, das Werk anderer besser zu verstehen, als diese selbst.[424] Vielleicht könnte im Sinne Wittgensteins gewagt werden zu sagen: Kelsen hat sich produktiv durch die Beiträge und Kritikpunkte seiner Schüler, mit denen er während der Wiener Jahre ununterbrochen und in abwechslungsreichen Formaten, sei es in Privatseminaren, bei Vorlesungen oder Unterhaltungen in den Wiener Cafés, sei es durch publizisti-

---

[420] *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Anm. 166), S. IX.

[421] Vgl. *Adolf Julius Merkl*, Eine allgemeine Staatslehre. Zum neuesten Werke Hans Kelsens, in: Neue Freie Presse Nr. 21944 vom 17. Oktober 1925, S. 2.

[422] Vgl. *Jestaedt*, Wiener Summe (Anm. 360). Vgl. auch *Hermann Heller*, Die Krisis der Staatslehre, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 55 (1926), S. 289–316 (300) = Heller-GS II, S. 3–30 (15). „Das Haupt dieser sogenannten Wiener Schule, die sich auch in Deutschland steigender Beachtung und Achtung erfreut, publiziert, ein Vierteljahrhundert nach dem Erscheinen der letzten großen Werke auf diesem Gebiet, eine umfangreiche Allgemeine Staatslehre, welche einen systematischen Überblick über die Resultate der monographischen Arbeiten Kelsens und seiner zahlreichen Schüler gestattet".

[423] Dazu unten Zweiter Teil, Kap. VI, S. 360–364.

[424] „Es ist, glaube ich, eine Wahrheit darin, wenn ich denke, daß ich eigentlich in meinem Denken nur reproduktiv bin. Ich glaube, ich habe nie eine Gedankenbewegung *erfunden*, sondern sie wurde mir immer von jemand anderem gegeben. Ich habe sie nur sogleich leidenschaftlich zu meinem Klärungswerk aufgegriffen. So haben mich Boltzmann, Hertz, Schopenhauer, Frege, Russel, Kraus, Loos, Weininger, Spengler, Sraffa beeinflußt. Kann man als ein Beispiel jüdischer Reproduktivität Breuer und Freud heranziehen? – Was ich erfinde, sind neue *Gleichnisse*" (*Ludwig Wittgenstein*, Vermischte Bemerkungen, in: Ludwig Wittgenstein Werkausgabe, Bd. 8, Frankfurt 1984, S. 445–573 [476]). Die Spekulationen über einen „jüdischen Geist" mögen hier dahingestellt bleiben.

sche Auseinandersetzungen oder die Betreuung von Qualifikationsarbeiten, nicht nur irritieren, sondern auch hier und da ‚verbessern' lassen. Ihm gebührt u. a. das Verdienst, die intellektuellen Strömungen aus seiner Schulumgebung in eine konturierte Rechtslehre zu kanalisieren.

Die eine statische und eine dynamische Betrachtungsweise integrierende Reine Rechtslehre Kelsens erweist sich in ihrer Nullfassung anno 1925[425] wie in ihrer Exil-Gestalt von 1934 als ein von der Zusammenarbeit eines ungewöhnlichen, geistvollen und kreativen Kreises um einen äußerst lernfähigen, vielseitig gebildeten Lehrer profitierendes Monument.[426] Das Bedingtheitsmodell Merkls und die Sandersche Betonung des Kompetenzdenkens reflektierend, aber auch auf Einwände von Alfred Verdross und Alf Ross eingehend,[427] erhebt Kelsen schlussendlich die Ermächtigung zum strukturprägenden Merkmal normativer Rechtsordnungen in der zweiten Auflage der Reinen Rechtslehre.[428] Die besondere Eigentümlichkeit des Rechts, seine eigene Erzeugung und Vernichtung zu steuern, wird kraft Impulse und Irritationen innerhalb der Wiener Schule besonders prägnant dynamisch modelliert, ja rechtstheoretisch sichtbar gemacht und etabliert sich als Kennzeichen des Rechtbilds der Reinen Rechtslehre. Nicht anders verlief die Sache in puncto ‚rechtswidriges Recht', sodass das Konzept Kelsens (die Alternativermächtigung)

---

[425] Für die Bezeichnung der ‚Allgemeine Staatslehre' als „Reine Rechtslehre Nullte Auflage" und die entsprechende Begründung vgl. *Jestaedt*, Wiener Summe (Anm. 360), S. L–LVI.

[426] Für die Bezeichnung der ersten Auflage der Reinen Rechtslehre aus dem Jahre 1934 als Monument vgl. *Alf Ross*, The 25th Anniversary of the Pure Theory of Law (1936), in: Oxford Journal of Legal Studies 31 (2011), S. 243–272 (244).

[427] Die allmähliche Ausarbeitung der Ermächtigung als eine Grundmodalität des rechtlichen Sollens bzw. der Rechtsnormativität und demensprechend der Rechtswissenschaft kann teilweise als Reaktion Kelsens auf die Kritikpunkte Sander, Ross, Verdross und anderer zum Zwangspostulat und zum Konzept des Sollens, wie sie in den früheren Werken Kelsens konstruiert wurden, vgl. z. B. *Fritz Sander*, Das Verhältnis von Staat und Recht: Eine Grenzauseinandersetzung zwischen allgemeiner Staatslehre, theoretischer Rechtswissenschaft u. interpretativer Rechtsdogmatik, in: Archiv des öffentlichen Rechts 10 (1926), S. 153–227 (202); *Alf Ross*, Recht und Wirklichkeit, in: Juristische Blätter 59 (1930), S. 245–251 (247 f.); *Ross*, Towards a Realistic Jurisprudence (Anm. 255), S. 39–48; *Alfred Verdross*, Die neue Weltordnung, in: Akademische Rundschau 1 (1945), S. 4–6; 2 (1945), S. 3–4; 3 (1945), S. 3–5; *Alfred Verdross-Droßberg*, Die systematische Verknüpfung von Recht und Moral, in: Ernst Sauer (Hrsg.), Forum der Rechtsphilosophie, Köln 1950, S. 9–19.

[428] Vgl. *Kelsen*, RR2 (Anm. 301), S. 4/27. Entscheidend für diese Wende in Richtung der Ausarbeitung der Ermächtigung als Grundmodalität des Rechtsdenkens, weil der Operationalität des positiven Rechts und dessen Eigengesetzlichkeit treu, scheint eine Ende der 1930er Jahre entstandene, posthum erschienene Arbeit Kelsens gewesen zu sein. Gemeint ist: *Hans Kelsen*, Recht und Kompetenz. Kritische Bemerkungen zur Völkerrechtstheorie Georges Scelles, in: Hans Kelsen, Auseinandersetzungen zur Reinen Rechtslehre. Kritische Bemerkungen zu Georges Scelles und Michel Virally, Wien 1987, S. 1–110. Das Verdienst, diese Entwicklung in zahlreichen Arbeiten identifiziert und kartographiert zu haben, ist Stanley Paulson zuzurechnen, vgl. z. B. dazu *Stanley Paulson*, The Making of a Radical Norm Theory. Hans Kelsen's Sanction-Norm as Empowering Norm, in: Martin Borowski/Stanley Paulson/Jan-Reinard Sieckmann (Hrsg.), Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System, Tübingen 2017, S. 589–630. Vgl. auch *Guillaume Tusseau*, Hans Kelsen's ‚Allgemeine Theorie der Normen' and Power-Conferring Norms: Adolf J. Merkl's Final Victory, in: Analisi e diritto 21 (2021), S. 63–84.

unter Berücksichtigung der schulimmanenten Debatte ein besonderes Kolorit gewinnt und sich als nur einer unter anderen Lösungsversuchen zum selben Problem innerhalb seines Kreises bzw. Schule zeigt.[429] Die Ausarbeitung einer Lehre der Eigengesetzlichkeit des Rechts, die die rechtliche Selbstbestimmung als Charakteristikum begreift und in jenes Wechselspiel mit der Lehre der Eigengesetzlichkeit der Rechtswissenschaft als Normwissenschaft tritt, das das Proprium der Reinen Rechtslehre ausmacht, ist eine gemeinsame Errungenschaft der Wiener Schule.

Die Schuldynamik des Wiener Kreises um Kelsen wurde, wie berichtet, manchmal durch die Teilnehmenden selbst hinterfragt, vor allem als sie eine eher atypische Wendung eines Schülers gegen seinen Lehrer miterlebten und in gewisser Weise einen, seit dem Abschied Dantes von Virgil im Purgatorium[430] in der westlichen Welt vertrauten, geistigen „Vatermordversuch“[431] bezeugten.[432] Nimmt man eine nüchterne, distanzierte Beobachter-Perspektive ein, entlarvt sich die damals als Plagiat empfundene gegenseitige Durchdringung der Rechtsauffassungen Kelsens und Sanders als Moment einer durchgängigen, vielseitigen, von mehreren Gesprächspartnern gleichzeitig, wenn auch mit unterschiedlichen Geschwindigkeiten und Akzenten durchgeführten wissenschaftlichen Unterhaltung innerhalb der Wiener Schule. Die Vorstellung von der monolithischen Übernahme fremder Gedanken, des bloßen Einflusses oder der Integrierung bestimmter Thesen in eine mehr oder weniger fertige, bestehende Lehre weicht dem Bild eines netzförmigen Irritationsverfahrens. Der (rechtstheoretische) Beitrag eines individuellen Mitglieds dieser Schule der Reinen Rechtslehre lässt sich nun kaum isoliert oder getrennt von den zahlreichen Interaktionen mit den anderen rekonstruieren. Dies alles lässt sich besonders plastisch am Beispiel der Kontroverse um das Problem der ‚fehlerhaften Rechtserscheinungen‘ bzw. des ‚rechtswidrigen Rechts‘ zeigen. Ohne die Berück-

---

[429] Dazu unten Dritter Teil, Kap. VII, S. 374–377.

[430] Vgl. *George Steiner*, Lessons of the Masters. The Charles Eliot Norton Lectures 2001–2002, London 2003, S. 14.

[431] *Kelsen*, Autobiographie [1947] (Anm. 29), S. 24 f. = HKW 1, 29–91 (63); *Métall*, Hans Kelsen (Anm. 201), S. 39. Zum „Vatermord“ vgl. *Sigmund Freud*, Über einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker. IV. Die infantile Wiederkehr des Totemismus, in: Imago. Zeitschrift für Anwendung der Psychoanalyse auf die Geisteswissenschaften 2 (1913), S. 357–408 = *Sigmund Freud*, Totem und Tabu. Einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker, Leipzig/Wien 1913, S. 92–149.

[432] Die westliche Wissenschafts- und Philosophiegeschichte kennt unzählige Beispiele von zu selbständigen Denkern gewordenen Schülern, die bei dem Versuch, ihren eigenen Platz im Pantheon zu ergattern, sich von ihren Meistern mehr oder weniger heftig abgrenzten: „No great philosopher that I am familiar with has ever done justice to his great teacher. The same could be said of Hegel’s critique of Kant, Heidegger’s critique of Husserl, Derrida’s critique of Heidegger and so on. All major thinkers, all people of the highest standing, the first thing they want to do is to destroy their teachers. Aristotle is very respectful towards Plato, but he always presents Plato’s view in such a way as to make it implausible, or indefensible, in his own, Aristotelian terms, which makes it possible for him to establish how superior his own doctrines are to those of Plato“ (*Stanley Rosen*, Plato, Straus and Political Philosophy. An Interview with Stanley Rosen, in: Diotima 2 (2001) [abrufbar unter: http://college.holycross.edu/diotima/م1v2.htm – letzter Abruf am 15. Januar 2023]).

sichtigung der Lösungsversuche zu diesem Problem innerhalb der Wiener Schule werden das rechtliche Eigengesetzlichkeitskonzept und die Idee einer Rechtsdynamik der Reinen Rechtslehre(n) nur zur Hälfte gesehen.

Genauso wie die Wiener Schule Kelsens in einem nicht zu überschätzenden Maß unbestreitbar ein Werk Kelsens ist, der für die Zusammenkünfte neugieriger, wissenschaftsorientierter Geiste freilich nicht ohne Hilfe eines *coup d'hasard* gesorgt hat, ist die Reine Rechtslehre ein Werk und Produkt der Wiener Schule und somit Kelsen in mancher Hinsicht ein Schüler seiner Schüler.[433] Ein Beitrag zum Verständnis dieser Schuldynamik und somit auch zum rechtstheoretischen Umgang mit der Reinen Rechtslehre wollen die folgenden Kapitel liefern. Es wird daher zum Versuch übergangen, eine bisher eher unbeleuchtete schulimmanente Kontroverse innerhalb der Reinen Rechtslehre zu erhellen und zu systematisieren, um dabei vor allem ihre rechtstheoretische Bedeutung herauszuarbeiten. Bevor man sich aber der Merkl–Sander-Kontroverse an sich und deren ideengeschichtlichen wie rechts(wissenschafts)theoretischen Einprägungen und Auswirkungen widmen kann (im Zweiten Teil der Arbeit), ist man gut beraten, an den (historischen wie theoretischen) Anfang zurückzukehren. Und am Anfang war das Wort des Schulhaupts Hans Kelsen.

---

[433] Vgl. *Luiz Legaz y Lacambra*, Kelsen. Estudio crítico de la teoría pura del derecho y del Estado de la Escuela de Viena, Barcelona 1933, S. 123; konkret in Bezug auf das Verhältnis zwischen Merkl und Kelsen vgl. *Martin Borowski*, Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl, in: Stanley Paulson/Michael Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005, S. 122–159 (158). Hinsichtlich der Beziehung zwischen Kelsen und Sander durch die Brille des Meister–Meisterschüler-Verhältnisses betrachtet vgl. *Tannous*, O aluno do aluno (Anm. 361). Dass er von seinen Schülern unheimlich viel zu lernen hatte, hat Kelsen selbst ständig offen kommuniziert: „Schließlich drängt es mich auch dankbaren Herzens meiner wissenschaftlichen Freunde und Schüler zu gedenken, die meine Arbeiten mit tiefstem Verständnis aufgenommen und nach mancher Richtung besser und weiter fortgeführt haben als es mir selbst gelungen ist" (*Kelsen*, Das Problem der Souveränität [Anm. 11], S.VII = HKW 4, S. 263–572 [268]).

Kapitel II

Kelsens frühe Lehre der ‚fehlerhaften Staatsakte'

Als Grundstein[434] zur Konzeptualisierung und zum Aufbau unterschiedlicher und divergierender Modelle zur Verarbeitung des Problems des ‚rechtswidrigen Rechts' innerhalb der sich im Laufe der Wiener Jahre Kelsens konsolidierenden jungösterreichischen Schule der Rechtstheorie taugen Kelsens eigene Überlegungen zum Standort des „Staatsunrechts" und der „fehlerhaften Staatsakte" in der Ordnungswelt der „rein juristische[n] Konstruktion".[435] Bereits zu einem Zeitpunkt, zu dem die Wiener Schule qua Forschungs- und Forscherformation kaum im Keim vorhanden war, bemühte sich Kelsen als Einzelgänger darum, seinen durch das Postulat der „Relation zum Rechtssatz"[436] gekennzeichneten rechtserkenntnistheoretischen Ansatz aufgrund spezifischer Anwendungsfälle weiter zu entfalten,[437] wobei das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' als früh identifizierter Prüfstein fungierte.[438]

---

[434] Zur Rolle der ‚Hauptprobleme' Kelsens wie seines ursprünglichen Ansatzes als Anregung und Grundstein vgl. oben Erster Teil, Kap. I, S. 84–85. Felix Kaufmann geht so weit, zu behaupten, dass „als Geburtsjahr der Rechtstheorie das Erscheinungsjahr der ‚Hauptprobleme'" zu bestimmen sei (*Kaufmann*, Logik und Rechtswissenschaft [Anm. 145] S. 54).

[435] *Hans Kelsen*, Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung, in: Archiv des öffentlichen Rechts 32 (1914), S. 202–245, 390–438 (434) = HKW 3, S. 359–425 (422); von „rein juristische[r] Betrachtung" (S. 400) und „rein formal-juristische[r] Betrachtung" ist auch gelegentlich die Rede in*: Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 10 = HKW 3, S. 439–531 (447). Das Motiv der „juristischen Konstruktion" in Opposition zur naturwissenschaftlichen (Kausal-) Erklärung der Phänomene ist ohnehin nahezu allgegenwärtig in den Schriften Kelsens aus der ersten Hälfte der 1910er Jahre, vgl. z. B. *Hans Kelsen*, Über die Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen 1911, S. 4, 16, 18, 24, 28, 35 = HKW 3, S. 22–55 (26, 32, 33, 36, 38, 42); *Kelsen*, Sociologická a právnická idea státní (Anm. 23), S. 74, 91 = HKW 3, S. 171–199 (176 f., 191 f.) = Kelsen, Die soziologische und die juristische Staatsidee, in: HKW 3, S. 201–234 (207, 225); *Kelsen*, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft (Anm. 41), S. 54 = HKW 3, S. 247–316 (248–249).

[436] Zum relationistischen Blueprint Kelsens und seiner Wiener Schule vgl. oben Erster Teil, Kap. I, S. 75–78.

[437] Vgl. *Matthias Jestaedt*, Von den „Hauptproblemen" zur Erstauflage der „Reinen Rechtslehre", in: Robert Walter/Werner Ogris/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit. Ergebnisse einer internationalen Tagung, veranstaltet von der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs und dem Hans Kelsen-Institut (19.–21. April 2009), Wien 2009, S. 113–135.

[438] Der inaugurierende Charakter und die wegweisende Funktion der frühen Überlegungen Kelsens zum Problem des ‚fehlerhaften Staatsaktes' bei der Weiterentwicklung der Lehre des Fehlerkalküls – als stellvertretend für den Umgang mit dem Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' gemeint – innerhalb der Wiener Schule werden dargelegt in: *Matthias Jestaedt*, Editorischer Bericht zu „Über Staatsunrecht (1913)", in: HKW 3, S. 734–743 (740 f.); *Matthias Jestaedt*, Editorischer Bericht zu „Reichsgesetz und Landesgesetz (1914)", in: HKW 3, S. 723–729 (725 f.).

Ausgehend von seiner schon mehr oder weniger klar herausdestillierten Rechtswissenschaftstheorie, die die „Zurechnung"[439] als Grundoperator normativer Erkenntnisse in Anspruch nahm und die Rechtswissenschaft als normative Disziplin[440] begriff, wagte Kelsen erste Schritte in Richtung der Ausarbeitung einer Theorie der Eigengesetzlichkeit des Rechts. Diese fiel zunächst mit seinem Unterfangen zusammen, ein Instrumentarium für die Deutung des Sinnes des positiven Rechts als Form der Normativität mittels des Denkmodus des Sollens zu schaffen.

Wichtige Stationen dabei stellen Kelsens Beiträge zum ‚Staatsunrecht'[441] und zum Verhältnis zwischen ‚Reichs- und Landesgesetz'[442] in der Vorkriegszeit dar. Seinen „methodologische[n] Voraussetzungen", ja seinem „Bekenntnis"[443] entsprechend, rollte Kelsen zuerst die Frage des Staatsunrechts als Zurechnungsproblem auf und stellte sich in seiner ikonoklastischen,[444] gewohnheitsmäßig für Verfremdung sorgenden Manier der Aufgabe, „das Wesen des Staatsrechtes gleichsam im Spiegel des Staatsunrechts"[445] darzulegen. Der Eigengesetzlichkeit des Rechts wollte er sich über die Untersuchung des Unrechts annähern. Impuls zum Nachdenken bot im Zusammenhang mit der Fragestellung eines dem Staat zurechenbaren Unrechts ein von ihm später als Besonderheit der Normenwelt gegenüber der Welt der Natur rationalisiertes Phänomen: das der Nichtigkeit.[446] Denn das Proprium des normativen Realitätsmodus des Rechts im Gegensatz zur kausalbestimmten Wirklichkeit ließe sich beim Umgang des positiven Rechts mit ‚defektiven Organakten' besonders deutlich erfassen. Unter der leicht irreführenden Rubrik des ‚Staatsunrechts' wurde in der herkömmlichen Staatslehre das sich damit nicht notwendig deckende und daher zu unterscheidende Phänomen der sogenannten ‚fehlerhaften Staatsakte' behandelt, dem Kelsen dann in diesem Zusammenhang nachging. Anhand dieser beiden Fragekonstellationen – die Möglichkeit der Zurechnung von als Unrecht zu deutende Organhandlungen zum Staat einerseits und von ‚rechtswidrigen Organakten' andererseits – trieb er in den Anfangsjahren der Reinen Rechtslehre seine juristische Begriffs- und Sprachreinigung voran.

Die Untersuchung und Schilderung des frühen Ansatzes Kelsens zur juristischen Rekonstruktion von Organhandlungen, die entweder einen positivrechtlich sanktionierten Tatbestand ausmachen oder sich über die Anforderungen des positiven Rechts hinwegsetzen, bieten eine unentbehrliche weitere, diesmal intertextuel-

---

[439] Vgl. *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 24), S. 145–161 = HKW 2, S. 21–878 (251–279). Zur weiterführenden Literatur vgl. oben Erster Teil, Kap. I, S. 73 (Anm. 294).

[440] Vgl. z. B. *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 24), S. 6–13 = HKW 2, S. 21–878 (84–93).

[441] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412) = HKW 3, S. 439–531.

[442] *Kelsen*, Reichsgesetz und Landesgesetz (Anm. 435) = HKW 3, S. 359–425.

[443] Zwei Zitate: *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 2 = HKW 3, S. 439–531 (441).

[444] Als Ikonoklast wird Kelsen im Zusammenhang mit der These der Identität zwischen Staat und Rechtsordnung behandelt in *Alexander Somek*, Staatenloses Recht: Kelsens Konzeption und seine Grenzen, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 91 (2005), S. 61–82 (61 f.).

[445] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 2 = HKW 3, S. 439–531 (441).

[446] „[…] ein Phänomen, das im Bereich der Natur gänzlich ausgeschlossen ist" (*Kelsen*, Grundriß einer allgemeinen Staatstheorie [Anm. 221], S. 12).

le Kontextualisierung zum Verständnis der Merkl–Sander-Kontroverse. Das schulinterne rechtswissenschaftliche Gespräch um das ‚rechtswidrige Recht' entfaltete sich zum erheblichen Teil aus dem Impuls Kelsens.

A. Das Gewinnen einer Rechtsbinnenperspektive

Die erkenntnistheoretische Entscheidung, die Rechtswissenschaft als normative Disziplin zu betreiben,[447] konditionierte die „präjuristische Annahme"[448] der Normativität des Rechts, die später ihren bekanntesten Ausdruck in der Figur der Grundnorm gefunden hat und ihrerseits jenen epistemologischen Entschluss auch mitbestimmte.[449] Etwas juristisch zu begreifen, könne – selbstredend! – nur bedeuten, etwas als Recht zu erfassen.[450] In der sich zur damaligen Zeit gerade entwickelnden Begrifflichkeit Kelsens hieß das, den Sinn menschlichen Handelns als eine besondere Form von objektivierter Wertekonstellation zu erfassen und als Normenkomplex zu konstruieren.[451] Das Recht qua Gegenstand der Rechtswissenschaft erscheine als ein Aggregat normativer Relationen, das vom Betrachter in ein einheitliches Anforderungssystem gemeißelt werden müsse. Die Systematisierung sei Aufgabe der juristischen Konstruktion, die dabei den normativen Sinn ihrer Materialien nicht aus dem Auge verlieren dürfe.[452]

Die erwähnte präjuristische Annahme der Rechtswissenschaft als normative Disziplin spiegelt eine Überzeugung Kelsens über das Proprium des positiven Rechts wider. Sie versprachlicht und hebt ins Bewusstsein, was geschieht, wenn die Rechtsteilnehmerinnen und -teilnehmer die Rechtsvorschriften als verbindlich deuten und umsetzen.[453] Durch diese Sicht der Dinge wird das Terrain für eine gegenstandsadäquate Wissenschaft vom Recht aufbereitet. Will man auf die „spe-

[447] Zur Auffassung der Reinen Rechtslehre Kelsenscher Art bezüglich der Eigengesetzlichkeit der Rechtswissenschaft, die schon in *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 24) zur Geltung kam, vgl. oben Erster Teil, Kap. I, S. 68–78.

[448] *Kelsen*, Reichsgesetz und Landesgesetz (Anm. 435), S. 414 = HKW 3, S. 359–425 (409); auf dem Weg zu seiner damals noch nicht durchgehend artikulierten Lehre der Grundnorm spricht Kelsen dort auch von „präjuristische[r] Prämisse" (S. 219 = HKW 3, S. 359–425 [372]).

[449] Zur Ko-Implikation der Eigengesetzlichkeitslehren (der Rechtswissenschaft und des Rechts) Kelsens und der Wiener Schule vgl. oben Erster Teil, Kap. I, S. 83–84.

[450] Dies wird zu einer Art Mantra der Reinen Rechtslehre, vgl. *pars pro toto*: *Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff (Anm. 192), S. 106 = HKW 7, S. 69–350 (204). Vgl. auch *Kaufmann*, Theorie der Rechtserfahrung oder reine Rechtslehre? (Anm. 18), S. 237.

[451] Vgl. zum Verhältnis von Norm und Wert *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 24), S. 65 f. (Fn. 1) = HKW 2, S. 21–878 (155 f. Fn. 1).

[452] Die „‚*Wissenschaft vom Recht*' […] wiederholt nur und systematisiert das, was jemand anderer, nämlich der Rechtserzeuger, geschaffen (statuiert) hat" (*František Weyr*, Rechtswissenschaft und Wissenschaft vom Recht [1935], in: Vladimír Kubeš/Ota Weinberger [Hrsg.], Die Brünner Rechtstheoretische Schule, Wien 1980, S. 89–126 [104]).

[453] Vgl. *Michael Pawlik*, Die Lehre von der Grundnorm als eine Theorie der Beobachtung zweiter Ordnung, in: Rechtstheorie 25 (1994), S. 451–471 (453). Vgl. auch *Christoph Kletzer*, Kelsen and Blumenberg: The Legitimacy of the Modern Age, in: King's Law Journal 25 (2014), S. 19–33 (26 f.).

zifische Deutung"[454] zugreifen, in der der rechtliche Zugang zur Welt[455] besteht, muss man als Rechtswissenschaftler die Maske der Normativität aufsetzen, die die Rechtsteilnehmenden im Rechtsverkehr zu tragen scheinen,[456] d. h. man muss von der Hypothese des Normcharakters rechtlicher Phänomene ausgehen. Ohne diese Annahme, von der aus die rechtswissenschaftliche Betrachtung bewegt wird,[457] ginge, laut Kelsen, das Spezifikum der Rechtserkenntnis verloren, weil die sozialen Ereignisse zu Kausalgeschehnissen de*naturiert* werden würden. Die rechtswissenschaftliche Betrachtung erfordere das Aufsetzen einer solchen Normativitätsmaske als methodologische Attitüde des Forschers, dem erst damit das Begreifen der Eigengesetzlichkeit normativer Validationssysteme, wie das Recht, ermöglicht werde. „Nur vom Standpunkt der eigengesetzlichen, dem naturwissenschaftlichen Standpunkt gegenüber andersgesetzlichen Ideologie" sei „jene Deutung möglich, die den spezifischen sozialen Sinn ergibt".[458] Erst die Grundvoraussetzung der Normativität des Rechts inauguriere das spezifische Sprachspiel der Rechtswissenschaft, die sich somit als ein singulärer Zugang zur (Rechts-)Welt etabliert. Ohne diese Annahme wäre keine autonome Rechtswissenschaft als Normwissenschaft sinnvoll, denn es fehle einer solchen pseudojuristischen Erkenntnis ein eigener normativer Zugriff auf die rechtlichen Ereignisse. Das ursprüngliche Anliegen der Eigengesetzlichkeitslehre der (reinen) Rechtswissenschaft lag zum Großteil darin, von außen her beobachtend das positive Recht, wie es sich von einer Binnenperspektive aus den engagierten Teilnehmern qua normativem Maßstab präsentiert, zu rekonstruieren: Das Recht der Rechtswissenschaft müsse als ein System von Sollrelationen konstituiert werden.

Durch die eigenen Regeln dieses Sprachspiels be- und eingeschränkt könne der Staat für die Rechtswissenschaft nur als Normfunktion begriffen werden. Vom Standpunkt der Jurisprudenz aus könnten menschliche Akte und Entscheidungen, die man als Staatsakte zu behandeln pflegt, nur in Bezug auf einen Komplex bestehender Rechtsnormen relevant werden und Bedeutung gewinnen. Staatsoperationen könnten ausschließlich als Rechtserscheinungen und -relationen gedacht werden, sollten sie Gegenstand einer Rechtswissenschaft werden/sein.[459] Juris-

---

[454] *Kelsen*, Gott und Staat (Anm. 134), S. 268 = HKW 7, S. 435–458 (443).

[455] Sich zur Rolle der Rechtsdogmatik bei der Entschlüsselung der normativen Rechtskonnexionen im zeitgenössischen wissenschaftstheoretischen Jargon artikulierend, wie auf dem Stand der heutigen Wissenschaftstheorie stehend vgl. *Kotsoglou*, Der normative Zugang zur Welt (Anm. 289).

[456] Vgl. *Kelsen*, Gott und Staat (Anm. 134), S. 267 f. = HKW 7, S. 435–458 (442–444).

[457] Vgl. *Kelsen*, Reichsgesetz und Landesgesetz (Anm. 435), S. 217 = HKW 3, S. 359–425 (371), wo Kelsen von der Grundnorm als „archimedische[m] Punkt" spricht, „von dem aus die Welt der juristischen Erkenntnis in Bewegung gesetzt wird".

[458] Zwei Zitate: *Kelsen*, Gott und Staat (Anm. 134), S. 268 = HKW 7, S. 435–458 (444).

[459] Bereits in dieser frühen Entwicklungsphase der Reinen Rechtslehre lässt sich deutlich das Pendant der erst über den Weg der Rechtsdynamik später zu Ende gedachten und ausformulierten Identitätsthese von Staat und Recht erkennen, die „von der in sich ruhenden (insoweit statischen), dem Recht transzendenten, das Recht allererst schaffenden Substanz" auf den Begriffs des Staats als einer „dynamischen, nur kraft Rechts bestehenden, letztlich mit der Rechtsordnung identischen

tisch gesehen könne es nur so viel Staat(shandlung) geben, wie sich im Rahmen des positiven Rechts und in Bezug auf dieses konstruieren ließe. Jenseits der als Deutungsschemata fungierenden Rechtsnormen liege juristische Irrelevanz. Für eine sich im durch diese erkenntnistheoretischen Annahmen demarkierten Bereich bewegende Rechtswissenschaft komme – so das damalige Entwicklungsstadium von Kelsens Modell – der „Staat überhaupt nur als Träger der Rechtsordnung oder als Subjekt von Pflichten und Rechten in Betracht".[460] Sollte eine außerrechtliche Existenz des Staats nachweisbar sein, wäre sie ohnehin für die Jurisprudenz als normative Disziplin unerreichbar. Wird der Staat zum Träger der Rechtsordnung deklariert, dann fallen Staatswillen und Rechtssollen zusammen.[461] Organhandlungen müssten entweder als Rechtsnorm oder als deren Anwendung gedeutet werden können, um juristisch dem Staat zugesprochen werden zu dürfen.

Vor diesem Hintergrund stelle für eine rechtswissenschaftsinterne Perspektive die Vorstellung rechtswidriger Handlungen des Staates, dessen rechtwissenschaftlich relevante Existenz sich in der Relation menschlicher Akte zur Rechtsordnung erschöpfe, eine Konstruktionsherausforderung dar – *in concreto*: ein mittels juristischer Konstruktion zu bewältigendes „Zurechnungsproblem":[462] Können Handlungen der Staatsorgane, die nach der Rechtsordnung als unmittelbare Voraussetzung für eine Sanktion zu deuten sind, überhaupt als Staatsakte hingenommen werden? Strukturell verwandt erweist sich in diesem Zusammenhang die Lage der den Anforderungen des positiven Rechts nicht entsprechenden Rechtsanwendungsakte, welche üblicherweise als ‚fehlerhafte Staatsakte' adressiert werden. Im Folgenden werden die frühesten Rekonstruktionen und Lösungsversuche Kelsens hinsichtlich der damals im herkömmlichen juristischen Sprachgebrauch unter ‚Staatsunrecht' und ‚fehlerhafte Staatsakte' behandelten Problemkreise in deren Bedeutung für die schulimmanente Auseinandersetzung zum ‚rechtswidrigen Recht' dargelegt.

Relation" übergeht (zwei Zitate: *Matthias Jestaedt*, Hans Kelsen [1881–1973], in: Gerd Kleinheyer/Jan Schröder [Hrsg.], Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten. Eine biographische Einführung in der Geschichte der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Tübingen 2017, S. 244–252 [247]). Die so berüchtigte wie umstrittene Identitätsthese zwischen Staats- und Rechtsordnung war jedoch Anfang der 1910er Jahre noch nicht vollkommen ausformuliert. Vor allem konnten zahlreiche Organhandlungen mangels einer durchdachten dynamischen Betrachtungsweise noch nicht adäquat als Rechtsnormen aufgefasst werden. Zu Konzept und Entwicklungsgeschichte der Identitätsthese vgl. *Lippold*, Recht und Ordnung (Anm. 2), S. 149–184; *Feichtinger*, Wissenschaft als reflexives Projekt (Anm. 352), S. 277–282; *Jan Vollmeyer*, Der Staat als Rechtsordnung. Hans Kelsens Identitätsthese und ihre Bedeutung für den europäischen Konstitutionalisierungsprozess, Baden-Baden 2011, S. 73–113. Zur Kontrastierung zwischen statischer und dynamischer Betrachtungsweise der hier dargestellten Problematik des ‚Staatsunrechts', wie der ‚fehlerhaften Staatsakte', vgl. unten Erster Teil, Kap. II, S. 124–129.

460 *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 5 = HKW 3, S. 439–531 (444).

461 Vgl. *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 24), S. 250 = HKW 2, S. 21–878 (368).

462 *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 16 = HKW 3, S. 439–531 (452).

B. Das sogenannte ‚Staatsunrecht'

I. Das Kriterium des Organs

Kelsens Begriffsschlüssel zur Frage der Denkbarkeit wie der rechtswissenschaftlichen Verarbeitung sowohl des ‚Staatsunrechts' als auch der ‚fehlerhaften Staatsakte' besteht darin, die gesamte Staatsmechanik auf Organ- und Zurechnungsprobleme herunterzubrechen. Das rein rechtswissenschaftliche Verständnis des Phänomens der devianten Staatshandlungen setze die Beherrschung des „Mechanismus der rechtlichen Zurechnung, und zwar der speziellen Zurechnung zum Staate"[463] voraus. Die rechtswissenschaftlich bedingte „allrechtliche Natur des Staates"[464] reduziere das Universum der rechtserheblichen Staatlichkeit auf positive Rechtsnormen, die auf menschliches Handeln zurückbeziehbar sind; nur in Bezug auf eine Rechtsnorm könne ein menschlicher Akt als Organakt gedeutet und dementsprechend dem Staat zugesprochen werden. Der Staat bedeute nichts anderes als einen Zurechnungsendpunkt für alle als Organakte qualifizierten Willensakte. Menschliche Tätigkeiten könnten nur kraft positivrechtlicher Bestimmungen als Staatsfunktionen, d. h. als Inhalt und Ausführung eines juristisch konstruierbaren Staatswillens angesehen werden. Die Rechtsordnung sei „der einzige Maßstab", „an dem ersehen werden kann, ob eine Handlung Staatshandlung ist, weil eben nur die Rechtsordnung […] Erkenntnisgrund liefert, ob eine Handlung zum Staat zuzurechnen ist oder nicht".[465] Jenseits der Relation zu den positiven Rechtsnormen sei keine Zurechnung zum Staat möglich, handle ein Individuum nicht als Staats- bzw. Rechtsorgan. „Nur was der Rechtssatz selbst als solches bezeichnet, nur der vom Rechtssatz fixierte Tatbestand kann dem Staat zugerechnet werden",[466] was das Problem der Zusprechung von ‚rechtswidrigen Organhandlungen' zum Staat nach sich zieht.

Organfunktionen werden dabei aufgrund eines Autorisierungsgedankens konstituiert.[467] Als Rechtsorgan handelt ein Individuum oder ein Kollegiat ausschließlich, wenn und soweit es durch rechtliche Ermächtigung gedeckt ist – auch wenn der Ermächtigungsgedanke im Frühwerk Kelsens noch nicht ausgereift war.[468] Staatshandlung sei rechtlich gewolltes und gesolltes Handeln. Ohne oder gegen die Autorisierung durch positives Recht könne der Sinn eines menschlichen Willensaktes nicht als Staatsakt rekonstruiert werden. Als Zurechnungsendpunkt zeigt sich der Staat als Zurechnungseinheit, d. h. als eine „in der Ordnung zuzurechnen-

---

[463] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 13 = HKW 3, S. 439–531 (450).

[464] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 11 = HKW 3, S. 439–531 (448).

[465] *Verdross*, Zur Konstruktion des Völkerrechts (Anm. 102), S. 1642.

[466] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 16 = HKW 3, S. 439–531 (452).

[467] Vgl. *Lars Vinx*, Kelsens Identitätsthese und das Problem der Rechtsstaatlichkeit, in: Tamara Ehs (Hrsg.), Hans Kelsen und die Europäische Union. Erörterungen moderner (Nicht-)Staatlichkeit, Baden-Baden 2008, S. 57–74 (66).

[468] Zur Idee eines ‚Denkens von der Kompetenz her', das die Reine Rechtslehre kennzeichnet, vgl. unten Dritter Teil, Kap. VII, S. 377–380.

der Tatbestände konstituierte Einheit dieser Tatbestände selbst".[469] Der Staat als Endpunkt rechtlicher Zurechnungen wird als ein System rein rechtlicher Relationen aufgefasst, während die ganze Rechtsordnung als eine „Summe von Zurechnungsregeln"[470] erscheint.

Im Rahmen dieser Konstruktion drängt sich die Frage auf, ob die Vorstellung einer menschlichen Handlung rechtswissenschaftlich sinnvoll ist, die sich nicht an die von den Rechtsnormen gesteckten Schranken hält, aber trotzdem rechtlich dem Staat als Konkretisierung seines Willens zuzurechnen ist. Ist das Kriterium der Zurechenbarkeit zum Staat und zugleich der Organqualität menschlichen Handelns in der Entsprechungsrelation der in Frage kommenden Handlung zu den positiven Rechtsnormen zu suchen, erweist sich die Bestimmung des Organcharakters eines außerhalb der rechtlichen Ermächtigung handelnden Individuums oder Kollegiats als problematisch. Ähnlich zeichnet sich die Lage im Hinblick auf die Rückbeziehbarkeit einer Unrechtshandlung bzw. eines pflichtwidrigen Verhaltens zur Ganzheit ‚Staat', denn aus dem normativ konstruierten einheitlichen Staatswillen scheint das Unrecht auszuscheiden.

Eine rechtswissenschaftliche Lösung dieses Problems erfordert im System Kelsens die Klärung des Verhältnisses zwischen Staat und Organ, d. h. die nähere Bestimmung eines Kriteriums für den Organcharakter eines rechtsanwendend handelnden Menschen oder Kollegiats, da die Organschaft wiederum in diesem Schema zum Kriterium des Rechts wird: Dieses Staat-zu-Organ-Verhältnis ist der Punkt, „von dem aus die Welt der Rechtsprobleme bewegt wird".[471] Es geht dabei darum, die Beziehung zwischen wollendem (normsetzenden) und handelndem (normanwendenden) Staat rechtswissenschaftlich zu gestalten – und dies mit einem Werkzeugkasten, der eine dynamische Sichtweise noch nicht kennt. Das Problem der rechtswidrigen Staatshandlungen lieferte eine privilegierte Arbeitsstelle für die Entwicklung der Lehre der Eigengesetzlichkeit des Rechts,[472] denn die Reflexion über die Zusprechung illegaler Akte zum Staat ist nur das *Verso* der Frage nach der validen, systemimmanenten Entstehung des Rechts.

II. „Das unlogische Monstrum eines staatlichen Unrechts"

Unrecht bezeichnet in der Grammatik und Semantik der Reinen Rechtslehre von Beginn an einen durch Rechtsnormen als Voraussetzung einer rechtlichen Sanktion kodifizierten Tatbestand.[473] Es handelt sich um ein menschliches Verhalten, das durch eine Sollkopplung an einen möglichen Zwangsakt geknüpft wird. Keine

[469] *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Anm. 166), S. 268.

[470] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 15 = HKW 3, S. 439–531 (451).

[471] *Voegelin*, Reine Rechtslehre und Staatslehre (Anm. 208), S. 97.

[472] „Die Art und Weise, wie man das Wesen des sogenannten Unrechts bestimmt, hängt von der Grundvorstellung ab, die man vom Wesen des Rechts hat" (*Hans Kelsen*, Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 12 [1932], S. 481–608 [481]).

[473] Vgl. z. B. *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 24), S. 408 f. = HKW 2, S. 21–878 (544 f.); *Kelsen*, Unrecht und Unrechtsfolge (Anm. 472), S. 483.

rechts(system)fremde Qualität der Handlung bestimmt ihren Unrechtscharakter, sondern die Tatbestandsfunktion, die als Voraussetzung eines rechtlichen Zwangsaktes dienen kann bzw. soll, qualifiziert menschliches Verhalten als Unrecht. Die vorgesehene rechtliche Reaktion auf einen durch die Rechtsordnung selbst bestimmten Tatbestand ist der Erkenntnisgrund für das Unrecht. Die Sollkopplung zwischen einem Tatbestand als Voraussetzung und einem Zwangsakt als Rechtsfolge ist dabei kontingent und willkürlich. Sie hängt ausschließlich von einer menschlichen Entscheidung ab, die zum Inhalt einer Rechtsnorm gemacht wird. Außerhalb der Deutungsschemata der positiven Rechtsordnung sei das Unrecht rechtwissenschaftlich nicht denkbar.

Wird die Rechtsordnung als sinnvolle, weil widerspruchsfreie, Summe von Zurechnungsrelationen mit dem Staatswillen gleichgesetzt, versperrt sich die Möglichkeit, Unrecht dem Staat zuzuordnen. Der Staat kann normativ nicht gleichzeitig die Sanktion und das zu sanktionierenden Verhalten wollen. „Die Annahme, daß die Rechtsordnung der Wille einer einheitlichen Staatsperson sei, ist nur der Ausdruck für die logische Geschlossenheit, die innere Widerspruchslosigkeit eines Systems von Rechtsnormen",[474] hieß es in dem damaligen Entwicklungsstadium der Lehre Kelsens. „Der Staat müßte in der Rechtsordnung selbst das Unrecht wollen",[475] damit es ihm über den Weg einer Organhandlung zugerechnet werden könnte. Kelsen stempelte folglich die Vorstellung eines Staatsunrechts als „Widersinn",[476] ja als „vollkommene[n] Unsinn"[477] ab. Nach den „unumstößlichen Prinzipien der Rechtslogik"[478] könne das Unrecht stets nur als Voraussetzung des Staatswillens, d. h. als ein diesen Willen aktivierender Tatbestand, niemals jedoch als dessen Inhalt verstanden werden. Hier setze die Logik der willkürlichen Schaffung von Zurechnungen Grenzen – ein Staatsunrecht sei als eine Unmöglichkeit aufzudecken.

Der in sich schlüssig präsentierte Gedankengang stößt aber auf den faktischen Befund zahlreicher Staatsorganhandlungen, die zu dem im positiven Recht manifestierten normativen Willen des Staates in Widerspruch stehen bzw. von der Rechtsordnung statuierte Unrechtstatbestände erfüllen. Kelsen sieht die Lösung für das in Frage kommende Zurechnungsproblem im Verhältnis des Staats zu den Staatsorganen und bezieht das Disziplinarrechtsregime in die juristische Konstruktion mit ein. Eine Verletzung der durch das positive Recht auferlegten Pflichten durch im Namen des Staates handelnde Individuen ist nie dem Staat, sondern nur den Staatsorganen bzw. den Organwaltern zuzurechnen. „Im Staatsorgane, das gegen oder ohne den Willen des Staates vorgeht, handelt nicht mehr der Staat."[479]

---

[474] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 9 = HKW 3, S. 439–531 (447); vgl. *Kelsen*, Reichsgesetz und Landesgesetz (Anm. 435), S. 397 = HKW 3, S. 359–425 (397).

[475] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 16 = HKW 3, S. 439–531 (452).

[476] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 16 = HKW 3, S. 439–531 (452).

[477] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 17 = HKW 3, S. 439–531 (452).

[478] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 16 = HKW 3, S. 439–531 (452).

[479] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 44 = HKW 3, S. 439–531 (474).

Ein außerhalb seiner Kompetenzgrenzen handelndes Organ operiere rechtswidrig, wenn die Beachtung der rechtlichen Schranken für die Ausübung seiner Funktionen durch Normen des Disziplinarrechts zum Inhalt einer Rechtspflicht gemacht wird. Dabei geht es lediglich um das Unrecht des (Staats-)Organs, das dem Staat als Träger der Rechtsordnung nicht zugesprochen werden kann. Über diesen Weg wird die Rechtswidrigkeit eben nicht dem Staat, sondern dem Organ zugerechnet, „das in Verletzung seiner Organpflicht unterlassen hat, den Staatswillen zu realisieren, wie er ihm durch den Disziplinarrechtssatz zur Verwirklichung in seine Kompetenz gesetzt ist".[480] Das Organunrecht werde nicht vom Staat gewollt, es besteht eher in einer Ignoranz oder Verdrehung des in Rechtsnormen manifestierten Willens des Staates durch die Rechtsorgane. „Was gegen oder ohne den Willen des Staats geschieht",[481] könne nicht als Handlung des Staates aufgefasst werden. So meint Kelsen den Pseudo- oder Scheinkonflikt zwischen dem wollenden und dem handelnden Staat lösen zu können, ohne sich auf „das unlogische Monstrum"[482] eines Staatsunrechts berufen zu müssen. Ein rechtsanwendendes Staatsorgan, das einen Unrechtstatbestand begeht, handle in diesem Augenblick und diesbezüglich rechtstheoretisch nicht als Staatsorgan. Da aber das positive Recht Vorkehrungen trifft und eventuell ein besonderes Disziplinarregime für die Behandlung von Kompetenzüberschreitungen der Staatsorgane vorsieht, werden die Unrechtshandlungen den Staatsorganen selbst zugesprochen. Der Bezug auf diese Handlungen als Erscheinungsformen des Unrechts, die als solche noch autoritativ von einem zuständigen Entscheidungsträger bestimmt werden sollen, holt sie ins Validationssystem ‚Recht' zurück: Sie seien bloß vom positiven Recht festgelegte Bedingung eines Zwangsaktes qua Unrechtsfolge. Es bleibt indes noch die Frage nach der rechtlichen Qualität des Produkts der Unrechtshandlung durch das Staatsorgan bestehen. Darüber hinaus kann auch die bloße Nicht-Beachtung der rechtlichen *constraints* bei der Rechtsanwendung zum Unrechtstatbestand gemacht werden, sodass disziplinarrechtliche Konsequenzen für das ‚fehlerhaft' handelnde Organ vorgesehen sind. Über den Weg des ‚Staatsunrechts' kommt man auch auf das Problem der ‚fehlerhaften Staatsakte' und auf den Themenkreis der Nichtigkeit und der Vernichtbarkeit.

III. Exkurs: Staatsunrecht und Theodizee

Im Zuge seiner Entschärfung des Problems des Staatsunrechts, was auf dessen „gänzlich[e] Undenkbarkeit"[483] hinausläuft, zieht Kelsen zum ersten Mal in prägnanter Form die Parallele zwischen Gottes- und Staatsbegriff. Und zwar geht es dabei um eine Umstülpung der Betrachtung einer in ‚Hauptprobleme' bereits *en passant* angesprochenen Strukturähnlichkeit zwischen der Personifikation der Uni-

[480] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 47 = HKW 3, S. 439–531 (476).
[481] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 44 = HKW 3, S. 439–531 (474).
[482] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 18 = HKW 3, S. 439–531 (453).
[483] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 16 = HKW 3, S. 439–531 (452).

versalordnung in Gott einerseits und der Rechtsordnung im Staat andererseits.[484] Die Analogie zwischen „Begriffstechnik und Denkökonomie"[485] der Jurisprudenz und der Theologie bliebe auch „auf dem umgekehrten Wege" bestehen, wenn auf der einen Seite von den handelnden Organen zum Staatsbegriff und auf der anderen Seite von der Wirklichkeit des Weltgeschehens zum Gottesbegriff vorzudringen versucht wird. Die rechtswissenschaftliche Vorstellung eines Staatsunrechts würde der theologischen Vorstellung einer Sünde Gottes ähneln; in beiden Fällen stünde man vor der „gleiche[n] logische[n] Antinomie".[486] Anders als die Theologie verfüge aber die Rechtstheorie über keinen durch die „metalogische und transrationale Natur"[487] ihrer letzten Begriffe ermöglichten Ausweg, sodass die juristische Konstruktion diese Antinomie aus dem Repertoire der Rechtswissenschaft zu verbannen habe.

Somit ritt Kelsen bei einem ersten Probeversuch eines seiner baldigen „Steckenpferd[e]",[488] was nur die allerwenigsten seiner Schüler mitgerissen,[489] aber doch die Türe für eine geläufig gewordene Metaphorik bzw. ein Übertragungsdenken innerhalb der Wiener Schule aufgerissen hat. Ausgehend von der Kelsenschen Parallele zwischen Gott und Staat wurden theologische Motive gelegentlich von den Wiener Rechtstheoretikern in Anspruch genommen, um Aspekte des Funktionsmodus normativer Ordnungen wie etwa das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' zu erläutern. So sollte Verdross sich bald des Bildes des Dekalogs bedienen, um den monopolistischen Geltungsmechanismus der Rechtsordnung in seinem Verhältnis zu anderen normativen Ordnungen aufzuschließen: Jede normative Ordnung beanspruche, der einzige Gott für ihre Gläubiger bzw. Normadressaten zu sein.[490] Merkl sprach von der Rechtskraft als die juristische Manifestation des kirchlichen Dogmas der Unfehlbarkeit des Papsts bzw. der Kirche[491] und sah beiläufig in den ‚fehlerhaften Rechtsentscheidungen' eine Parallele zur Idee „gott-

---

[484] Vgl. *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 24), S. 162–188 = HKW 2, S. 21–878 (272–300).

[485] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 17 = HKW 3, S. 439–531 (452).

[486] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 18 = HKW 3, S. 439–531 (453).

[487] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 18 = HKW 3, S. 439–531 (453).

[488] „Auf die Parallele Gott–Staat, Theologie–Jurisprudenz hat Kelsen im Seminar oft mit Stolz hingewiesen, sie war gerade sein Steckenpferd" (Zeugenaussage Verdross vom 26. Mai 1923 [Anm. 82], S. 3); vgl. auch *Merkl*, Ein Kampf gegen die normative Jurisprudenz (Anm. 82), S. 27 = Merkl-GS I/1, S. 339–364 (362).

[489] Vgl. z. B. die skeptischen Anmerkungen in *Leonidas Pitamic*, Kritische Bemerkungen zum Gesellschafts-, Staats- und Gottesbegriff bei Kelsen, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1922), S. 531–544.

[490] *Alfred Verdross*, [Buchbesprechung] Walter Jellinek, Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und Verfügungen. Eine staats- und verwaltungsrechtliche Untersuchung. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1913, 375 S., in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Rechts 1 (1914), S. 228–238 (233).

[491] Vgl. z. B. *Adolf Julius Merkl*, Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 456–467 (467) = Merkl-GS I/1, S. 267–279 (278 f.).

lose[r]“[492] Erscheinungen. Die adäquate Kalibrierung des analogen Verhältnisses zwischen Jurisprudenz und Theologie war umstritten, und es dauerte nicht lange, bis dieses Thema auf den Gegenstand eines Prioritätenstreits zwischen Kelsen und Sander degradiert wurde, die eine prominente Stelle in der Kelsen–Sander-Kontroverse besetzte.[493] Sander meinte, der frühen Auseinandersetzung Kelsens mit der Parallele Gott–Staat mangele eine kritische Einstellung;[494] worauf es ankomme, sei es, den Diskurs der Rechtswissenschaft zu entmythologisieren. Kelsen berief sich seinerseits bestimmt polemisch und mit kritischen Intentionen auf die Parallele, um Widersprüche und Inkonsistenzen der tradierten Rechtswissenschaft aufzudecken, er beharrte aber auf einer nicht wegzudenkenden Verwandtschaft zwischen Theologie und Jurisprudenz: Beide seien normative Disziplinen, die sich mit Normrelationen beschäftigten.[495]

Diese Einstellung, einerseits die theologischen Gespenster der geläufigen Hypostasierungen der Rechtswissenschaft zu jagen, die Normativität des Gegenstands der Rechtswissenschaft aber beizubehalten, und andererseits die Einheit des Erkenntnissystems anzustreben, wird die gesamte Beschäftigung Kelsens mit dem Problem des ‚rechtswidrigen Rechts‘ prägen.

C. Zur ‚Fehlerhaftigkeit‘ der Staatsakte

I. Die Semantik der Fehler

In Anknüpfung an den damaligen, Anfang des 20. Jahrhunderts herrschenden Diskurs der Wissenschaft des öffentlichen Rechts und der Staatslehre adressierte Kelsen die Thematik der ‚Rechtsanwendungsfehler‘ als ein Entsprechungsproblem. „Unter einem fehlerhaften Staatsakt“ habe „man einen solchen zu verstehen, der den an ihn seitens der Rechtsordnung gestellten Anforderungen in irgendeinem Punkt nicht entspricht“.[496] Der rechtsanwendende Akt sei juristisch ausschließlich in Bezug auf den durch das positive Recht gesetzten Maßstab zu prüfen. Der handelnde (rechtsanwendende) Staat könne rechtswissenschaftlich nur an dem wollenden (rechtsetzenden) Staat gemessen werden, denn „die juristische Beurteilung eines Staatsaktes holt ausschließlich aus der Rechtsordnung ihre Erkenntnisgrün-

[492] *Adolf Julius Merkl*, Individualismus und Universalismus als staatliche Baugesetze, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 8 (1934), S. 243–265 (255) = Merkl-GS I/2, S. 85–114 (101).

[493] Vgl. z. B. *Emanuel Winternitz*, Zum Streit um Kelsens Rechtslehre. Eine „Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz“, in: Juristische Blätter 52 (1923), S. 120–123 (123); *Ernst Beling*, [Buchbesprechung] Sander, Fritz, Kelsens Rechtslehre. Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz, 177 S., Tübingen 1923 (J. C. B. Mohr), in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 57 (1925), S. 119–132 (128 f.).

[494] Vgl. *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 208), S. 138.

[495] Vgl. *Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff (Anm. 192), S. 253 = HKW 7, S. 69–350 (349 f.); *Kelsen*, Rechtswissenschaft und Recht (Anm. 18), S. 229 (Fn. 1).

[496] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 47 f. = HKW 3, S. 439–531 (476).

de".[497] ‚Rechtsfehler' seien als eine Gestalt von „Denk(richtige[n] Wissens-)Fehler[n]"[498] des rechtsanwendenden Organs zu konzeptualisieren. Sie würden eine „Differenz […] zwischen der Handlung, die mit dem Anspruche auftritt, ein Staatsakt zu sein, und dem Rechtssatze, der wie jeder Rechtssatz als hypothetisches Urteil die Voraussetzungen und den Inhalt des Staatsaktes bestimmt,"[499] bezeichnen und deren Möglichkeit(en) ins Bewusstsein heben. Die Fehlerhaftigkeit eines Staatsaktes könne rechtswissenschaftlich nur eine „Rechtsordnungswidrigkeit"[500] bedeuten.

Kelsen wandte sich kritisch gegen den Sprachgebrauch der Rechtsdogmatik, die unproblematisch von fehlerhaften Staatsakten rede, ohne sich Gedanken über die Konstruierbarkeit einer solchen Erscheinung zu machen. Er hinterfragte somit die Selbstverständlichkeit einer weitverbreiteten Kategorie und erschütterte nochmals den rechtswissenschaftlichen *common sense*. Der Sinn einer menschlichen Entscheidung sei exklusiv aufgrund dessen Rückbeziehbarkeit auf eine positivrechtliche Norm als Staatsakt zu deuten. Konstatiert man Abweichungen zwischen Akt und rechtlicher Grundlage, könne man nicht mehr von der juristischen Qualität der in Frage kommenden Handlung ausgehen. Strenggenommen erwiese sich die Rede vom fehlerhaften Staatsakt als selbstwidersprüchlich.[501] Ein fehlerhafter Staatsakt bzw. eine rechtswidrige Rechtserscheinung sei rechtswissenschaftlich nicht nachvollziehbar, denn dies würde bedeuten, dass die in Frage kommende menschliche Handlung aufgrund der bestehenden Zurechnungsregeln dem Staat nicht zugesprochen werden könnte – sie wäre somit kein Staatsakt. Was könnte nun rechtswissenschaftlich gemeint sein, wenn von Fehlern der rechtsanwendenden Instanzen gesprochen wird?

II. Die Gleichwertigkeit aller Rechtsbedingungen

Die positivistische Grundeinstellung der Rechtstheorie Kelsens, nämlich die Rückbindung der juristischen Konstruktion an das fundamentale Postulat der Relation zum (gesetzten) Rechtssatz manifestiert sich bei der Behandlung der Rechtsfehlerproblematik in der Annahme der Gleichwertigkeit aller normativen Erfordernissen an die Staatsakte. Genauso wie die Konstatierung der Rechtmäßigkeit eines Anwendungsaktes bedürfe auch die Behauptung der Fehlerhaftigkeit eines Staatsaktes eines Positivierungsnachweises. Stelle das positive Recht Anforderungen an die Staatshandlungen, würde es somit zugleich die Grenzen demarkieren, innerhalb deren die Staatsorgane sich zu bewegen hätten. Da die Zurechnung zum Staat durch den Einklang der Handlungen der Staatsorgane mit den Rechtsnormen konditioniert sei, würden alle normativen Erfordernisse als unver-

[497] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 48 = HKW 3, S. 439–531 (477).
[498] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 54 = HKW 3, S. 439–531 (482).
[499] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 49 = HKW 3, S. 439–531 (477).
[500] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 48 = HKW 3, S. 439–531 (477).
[501] Vgl. *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 48 = HKW 3, S. 439–531 (477).

handelbare Bedingungen für die Zurechenbarkeit eines menschlichen Aktes zum Staat gelten. Diese seien – in der (noch) statischen Betrachtungsweise der Rechtstheorie Kelsens in den frühen 1910er Jahren – als gleichwertige Kriterien zur Zugehörigkeit eines Aktes zum Validationssystem ‚Recht' zu interpretieren und würden als Kriterien zur Erkenntnis einer menschlichen Entscheidung als Rechtsanwendungsakt fungieren. Die kleinste Abweichung hinsichtlich der gestellten Anforderungen an einen Organakt, aber nur die Abweichungen hinsichtlich der vom positiven Recht wirklich gestellten Anforderungen, verunmögliche seine Zusprechung zum Staat.

Die Einsicht in die Gleichwertigkeit aller Rechtserfordernisse geht von der Selektionsfunktion der Rechtsnormen qua Zurechnungsmaßstäbe hervor. Die Rechtserheblichkeit menschlichen Handelns bestimme sich ausschließlich in Bezug auf die positiven Rechtsnormen, sodass jenseits der Reichweite der positivrechtlichen Bestimmungen keine Rechtsanwendung stattfinden würde. Die negative Seite der Selektion und Demarkierung von Horizonten rechtsrelevanter Handlungen durch die Rechtsnormen ist dabei die Ausgrenzung der Entscheidungen aus der Rechtswelt, die andere als die positivrechtlich vorselektionierten Möglichkeiten für die Rechtsgewinnung aktualisieren. Werde die Diskrepanz zwischen dem präformierten Willen des Staats und den Handlungen der Organe als ‚Mangel' oder ‚Fehler' bezeichnet, seien ‚mangelhafte Organakte' nicht als Staatsakte zu qualifizieren. „Wenn eine von der Rechtsordnung geforderte Voraussetzung fehlt, dann kann keine Macht der Welt das Urteil erzwingen",[502] dass ein gültiger Staatsakt vorliegt. „An sich ist kein Mangel juristisch mehr oder weniger von Bedeutung, und wie ein Tatbestand nur im Verhältnis zur Rechtsordnung als mangelhaft erkannt werden darf, so kann nur die Rechtsordnung verschiedene Wirkungen an einen Mangel knüpfen";[503] nur das positive Recht könne die Nicht-Beachtung einer seiner Bedingungen für die Organakte vorübergehend oder definitiv verzeihen.

Im Schweigen des positiven Rechts bezüglich einer differenzierten Auswirkung der Nichterfüllung bestimmter Rechtserfordernisse bewirke jedes Manko Nichtigkeit, führe jeder Mangel zur rechtlichen Inexistenz des defekten Aktes. „Alle Erfordernisse des fehlerfreien Aktes beruhen […] auf positivrechtlichen Vorschriften", und sie seien mangels anderweitiger Vorkehrungen des positiven Rechts selbst gleichbedeutende „Erkenntnisgründe für das Urteil, daß ein Staatsakt vorliegt".[504] Es stünde der Rechtswissenschaft nicht zu, mittels Interpretation Mängel der Organakte zu sanieren. Wird ein Erfordernis verfehlt, liege ein nichtiger Staatsakt vor, was dasselbe sei wie ein „Nichtstaatsakt".[505]

---

[502] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 77 = HKW 3, S. 439–531 (501).

[503] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 74 f. = HKW 3, S. 439–531 (499).

[504] Zwei Zitate: *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 85 = HKW 3, S. 439–531 (508).

[505] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 85 = HKW 3, S. 439–531 (508). Zur Gleichsetzung von „nichtigem Akt" mit „Nichtakt" vgl. *Laura Münkler*, Der Nichtakt. Eine dogmatische Rekonstruktion, Berlin 2015, S. 30 f.

III. Eine rudimentäre Theorie des rechtlichen Könnens

Die Behandlung der Rechtsfehlerproblematik durch den frühen Kelsen lief auf eine Theorie des rechtlichen Könnens hinaus. Sein Ansatz wollte auf die Grenzen der Sinnsphäre des Rechts aufmerksam machen und zugleich den Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Beschäftigung mit dem Recht zurechtschneidern. Staatstheoretisch gewendet, bemühte sich Kelsen um die Demarkierung des Bewegungsraums der Staatsakte; außerhalb der Grenzen der Rechtsordnung könne keine menschliche Handlung als Handlung des Staats konstruiert werden. Das positive Recht schreibe die Bedingungen der Zurechenbarkeit menschlicher Akte zum Staat dergestalt vor, dass die Nicht-Erfüllung jener Bedingungen eine Zurechnung zum Staat unmöglich mache. Die Gesamtheit der juristisch gleichbedeutenden Erfordernisse an die Staatshandlung mache den Bereich des rechtlichen Könnens bzw. des rechtlich Möglichen aus, innerhalb dessen die Organe rechtlich als Staatsvertreter fungieren würden. Eine durch die positiven Rechtsnormen nicht gedeckte Handlung erreiche sozusagen die juristische Ebene nicht; sie könne als Staatsakt nicht geboren werden. Die Rechtsbestimmungen über das „Zustandekommen und die Abänderung von Gesetzen" seien „ihrer rechtslogischen Natur nach nicht etwa rechtsverpflichtende Normen",[506] „durch diese Bestimmungen" werde „kein rechtliches Sollen, sondern ein rechtliches Können statuiert: Auf diese und keine andere Weise"[507] könne das Recht entstehen, abgeändert oder – und dies kam vor allem in diesem Stadium der Reinen Rechtslehre in Frage – angewendet werden.

Die Kehrseite des rechtlichen Könnens, d. h. das Nichtkönnen, konstituiert in diesem Modell die Menge der rechtlichen Unmöglichkeiten. Schweigt das positive Recht über ein andersartiges Schicksal, dann führe jede Verletzung einer Rechtsnorm durch ein Organ, das mit dem Anspruch auftritt, das Recht anzuwenden, zur juristischen Irrelevanz der in Betracht kommenden Entscheidung oder Handlung des Organs. Werden die normativen Anforderungen berücksichtigt, sei folglich das Staatsorgan als solches rechtlich autorisiert, so zu entscheiden, wie es entschieden hat, und seine Handlung erweise sich als fehlerfrei. „Der Gegensatz von Nichtkönnen (rechtliche Unmöglichkeit) und Nichtdürfen (rechtliches Verbot) bei Staatsakten" könne nicht bestehen, weil „ein staatliches Unrecht im Sinne eines Nichtdürfens denkwidrig ist".[508] Kann der Staat durch seine Organe auf eine bestimmte Weise handeln, dürfe er das rechtlich auch. Der Kelsenschen Ansatz mündete in einer Identität zwischen Können und Dürfen.[509] So gesehen entweder entsprechen die menschlichen Akte der Summe der Rechtserfordernisse und qualifizieren sich zu Staatsakten, oder sie treten nicht in den Bereich des rechtlichen Könnens ein und können daher nicht als Staatsakte erkannt werden.

---

[506] *Kelsen*, Reichsgesetz und Landesgesetz (Anm. 435), S. 419 = HKW 3, S. 359–425 (412).

[507] Zwei Zitate: *Kelsen*, Reichsgesetz und Landesgesetz (Anm. 435), S. 419 = HKW 3, S. 359–425 (412).

[508] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 52 = HKW 3, S. 439–531 (508).

[509] Vgl. bereits *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 24), 637, 655 = HKW 2, 21–878 (438, 465).

Rechtswidrigkeit bzw. Fehlerhaftigkeit einer Staatshandlung ist nach diesem Ansatz Kelsens unsinnig, ja undenkbar. Die Handlungen des Staats müssten rechtswissenschaftlich als im Bereich des rechtlichen Könnens liegende Rechtserscheinungen interpretiert werden (können) – kein Staat, keine Staatshandlung außerhalb des Rechts, auch wenn sich Rechtsordnung und Staat mangels einer hinreichend entwickelten dynamischen Betrachtungsweise noch nicht deckten. Was der Staat rechtlich kann, sei zwingend rechtmäßig. Jenseits des Könnens liege das durch die Rechtswissenschaft nicht erreichbare Nichtrecht, eben „etwas ganz außerhalb der Rechtserkenntnisfläche Liegendes".[510] Wie ein Staatsunrecht im Sinn eines Nichtdürfens liege ein fehlerhafter Staatsakt jenseits der Grenze, „welche die Rechtslogik dem juristischen Denken setzt; und die Grenzen der Rechtslogik sind identisch mit den Grenzen rechtlichen Könnens".[511]

IV. Nichtigkeit und Vernichtbarkeit

Die von Kelsen als „ein allgemein gültiges Prinzip der Rechtslogik"[512] definierte Gleichwertigkeit aller Rechtsbedingungen lässt sich kaum mit der in unterschiedlichen Rechtsordnungen gemachten Erfahrung kompatibel machen, dass es „Mängel" gibt, „die dem Staatsakt nicht von vornherein seinen Charakter nehmen".[513] Mit dem faktischen Befund, „es gibt Mängel, die keineswegs die Nichtigkeit des Staatsaktes involvieren",[514] müsste indes die juristische Konstruktion umgehen (lernen).

Die grundsätzliche Intuition wie die daraus folgende Intention Kelsens bestand darin, die ‚Relation zum Rechtssatz' ins Zentrum seines Lösungsversuchs zu rücken. Aus der Natur der Sache und dergleichen ontologisierenden Konstrukten könne die Irrelevanz der konstatierbaren Anwendungsfehler nicht gefolgert werden. Sollte ein laut der „individuellen Vernunft"[515] die Rechtsnormen verletzender Akt trotz der identifizierbaren ‚Fehlerhaftigkeit' als Staatsakt behandelt werden, müssten dafür Erkenntnisgründe im positiven Recht auffindbar sein. Wenn ein Unterschied zwischen den Erfordernissen an die rechtsanwendenden Organakte gezogen werden könnte, d. h. „wenn es ‚unbedingt notwendige' Voraussetzungen gibt, deren Mangel Nichtigkeit bedeutet, und daneben solche, die nicht unbedingt sind, […] dann kann dieser Unterschied nur von der Rechtsordnung selbst hergestellt werden".[516] Das positive Recht selbst möge zwischen den von ihm aufgestellten Voraussetzungen für die valide Rechtsanwendung Unterscheidungen ziehen und mit verschiedenen Mängeln unterschiedliche Folgen verknüpfen; innerhalb einer

[510] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 86 = HKW 3, S. 439–531 (509).
[511] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 34 = HKW 3, S. 439–531 (465 f.).
[512] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 87 = HKW 3, S. 439–531 (509).
[513] Zwei Zitate: *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 48 f. = HKW 3, S. 439–531 (477).
[514] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 48 f. = HKW 3, S. 439–531 (477).
[515] Wendung in *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 55 = HKW 3, S. 439–531 (483).
[516] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 87 = HKW 3, S. 439–531 (510).

Rechtsordnung könnten die normativen Anforderungen unterschiedlich qualifiziert werden. Das positive Recht verfüge also über die von ihm aufgestellten Rechtsbedingungen und vermöge einigen von ihnen den Bedingungsstatus zu entziehen, entweder sie von der *conditio* der Können-Bestimmungen abzustufen oder seine Bedingungsfunktion zu modulieren. Dadurch modifiziere das positive Recht selbst den „rechtlichen Urzustand",[517] in dem die Gesamtheit der Rechtsanforderungen von der Warte der Rechtsgeltung aus gleichbedeutend seien.

Die positivrechtliche Ausdifferenzierung der Rechtsvoraussetzungen sei erfahrungsgemäß variationsreich. In den ersten Überlegungen Kelsens zu diesem Themenkreis wird das Erklären einiger Rechtsanforderungen zu Anfechtungsgründen durch das positive Recht als eine Art Suspendierungsmechanismus hervorgehoben. Die zu Anfechtungsgründen deklarierten, eventuell nicht-erfüllten Rechtserfordernisse werden erst dann zu denknotwendigen Bedingungen eines Staatsaktes, wenn sie als solche durch das zuständige Rechtsorgan in einem Rechtsverfahren festgestellt werden. Durch die Regelung der Anfechtbarkeit werden die in Betracht kommenden Rechtsbedingungen in ihrer Bedingungsnatur protrahiert, sozusagen selbst unter eine suspensive Bedingung gestellt. Somit wird im System eine zeitliche Dimension eingebaut. Zwischen das Erlassen eines Aktes und das Zur-Bedingung-Erkennen der als Parameter für die Behauptung eines Fehlers dienenden Erfordernisse durch ein Rechtsorgan in einem dafür aktivierten Rechtsverfahren schiebt sich außerdem gewöhnlich eine weitere menschliche Entscheidung, die angebliche Mängel geltend zu machen hat. In der Konstellation der Normierung von Anfechtungsgründen durch die Rechtsordnung wird der autonomen Vernunft der Rechtsunterworfenen die Fähigkeit entzogen, Fehler der Staatsakte als solche zu erkennen und dementsprechend diese Akte als Nicht-Akte zu behandeln.

Sieht das positive Recht die Anfechtung als Voraussetzung für das Außer-Geltung-Bringen eines ‚defekten' Staatsaktes, würde es somit den nötigen Erkenntnisgrund dafür anbieten, dass dieser Akt als ein „rechtliches Etwas"[518] behandelt wird. Die Erklärung eines ‚Mangels' als Anfechtungsgrund mache aus dem fraglichen Akt etwas „rechtlich Positives",[519] auf das mittels der Geltendmachung des behaupteten Fehlers eingegangen werden könne. Die Nicht-Beachtung der in Betracht kommenden Anforderungen durch den Anwendungsakt habe nicht unmittelbar dessen Nichtigkeit zur Folge. Das Fehlen einer solchen bedingten Erfordernis werde lediglich zum positivrechtlich kontingenten Vernichtbarkeitsanreiz. Der angeblich ‚fehlerhafte' Akt ließe sich wenigstens vorübergehend dem Staatsorgan zurechnen und gelte folglich als Staats- bzw. Rechtsakt.

---

[517] Plastisch ausgedrückt in *Stanley Paulson*, Verfassungsmäßigkeit und ‚normative Alternativen', in: Heinz Mayer et alii (Hrsg.), Festschrift Robert Walter zum 60. Geburtstag, Wien 1991, S. 535–548 (538). Vgl. auch *Stanley Paulson*, What counts as „constitutional"?, in: Werner Krawietz/Ernesto Garzón Valdés/Agustín Squella (Hrsg.), Politische Herrschaftsstrukturen und Neuer Konstitutionalismus – Iberoamerika und Europa in theorievergleichender Perspektive, Berlin 2000, S. 245–257 (247), wo die Rede von „the original legal position" ist.

[518] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 87 = HKW 3, S. 439–531 (509).

[519] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 87 = HKW 3, S. 439–531 (509).

In diesem skizzenhaften Modell ist der Unterschied zwischen Nichtigkeit und Vernichtbarkeit darin zu sehen, dass die Vernichtbarkeit die Dependenz von einer institutionalisierten Entscheidung eines zuständigen Organs im Rechtsverfahren aufweist. Nichtigkeit hingegen setzt kein institutionelles Setting voraus, ihre Feststellung bedarf „keines besonderen staatlichen Verfahrens".[520] Die Abgrenzung von Nichtigkeit und Vernichtbarkeit verläuft über das Kriterium der Unmittelbarkeit oder Mittelbarkeit der Geltendmachung der Rechtsfehler. „Die Frage, ob Nichtigkeit vorliegt oder nicht, ist eine Frage der Rechtslogik";[521] als solche entbehre sie der Einbettung in das Rechtsverfahren und könne vom „Verstande jedes urteilenden Individuums"[522] autoritativ beantwortet werden. Hier wird man nicht mit einer Entscheidung konfrontiert. Es handelt sich nicht um Dezision, sondern um Deduktion. Nichtigkeit ist Sache der Erkenntnis.

Allen Rechtsunterworfenen stünde dementsprechend dezentralisiert zu, die ultimativen Außengrenzen der Rechtsordnung zu ziehen. Die Bestimmung der Identität und Einheit des Rechts hinge mit der Ausübung individuellen Denkvermögens zusammen, indem gewissen Akten die Rechtsqualität ohne Weiteres negiert werden könne, die den positivrechtlichen Anforderungen der validen Rechtsanwendung nicht gerecht werden. Durch die Abgrenzung zum Nicht-Recht sollte dabei die Identität des Rechts qua autonomes System nach außen gesichert werden. „Die Nichtigkeit ist ja, rechtslogisch betrachtet, etwas rechtlich ganz und gar Negatives":[523] „Das logische Urteil, das Nichtigkeit behauptet, behauptet den Mangel aller jener Qualifikationen, die durch die Rechtsordnung verliehen werden können",[524] sodass die Zurechnungsregeln der Rechtsordnung die Bandbreite des Rechtssystems bestimmen. Einem nichtigen Akt gelingt der Eingang in das Rechtssystem nicht, demgegenüber er als Teil der Umwelt zu deuten ist, da er als rechtliche Kommunikation nicht qualifiziert ist. Das positive Recht schaffe es, als Sollensphänomen mittels willkürlicher Zurechnungsregeln zu bestimmen, was als Element des Rechtssystems zu gelten hat und was nicht. Der von der Vernunft mit Rekurs auf die Rechtsnormen als Nichtstaatsakt erkannte Akt werde vom System nicht als Rechtsoperation prozessiert und fungiere nicht als anknüpfungsfähige Kommunikation im Rechtsverfahren. Im Rechtssystem hätten dementsprechend Recht und Unrecht – als Tatbestandsfunktionen – Platz, nicht aber der nichtige Staatsakt.

V. Die Verzahnungen von Unrecht und ‚fehlerhaftem Staatsakt'

Nicht nur das positivrechtlich kontingente Paralysieren[525] der ansonsten automatischen Wirkungen der Fehlerhaftigkeit über den Weg der Regulierung der An-

[520] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 55 = HKW 3, S. 439–531 (483).
[521] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 55 = HKW 3, S. 439–531 (483).
[522] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 55 = HKW 3, S. 439–531 (483).
[523] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 86 = HKW 3, S. 439–531 (509).
[524] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 86 = HKW 3, S. 439–531 (509).
[525] Vgl. *Kelsen*, Reichsgesetz und Landesgesetz (Anm. 435), S. 420 (Fn. 39), 425 = HKW 3, S. 359–425 (413 Fn. 39, 416).

fechtbarkeit vermöge aber den ‚fehlerhaften Akten' eine rechtliche Existenz zu verschaffen. Das Eindringen in die Rechtsebene werde auch durch die Verknüpfung bestimmter Mängel qua Unrechtstatbestand zu einer Sanktion an die Adresse des fehlerhaft handelnden Organs gewährleistet. Organunrechtshandlung und Vernichtbarkeit müssten nicht verkoppelt werden. Es wäre durchaus möglich, bestimmte Rechtsfehler zum Unrechtstatbestand zu normieren, ohne dass diese Fehler positivrechtlich zu Anfechtungsgründen erklärt werden. Das Organ könne disziplinär zu mehr verpflichtet werden, als die Rechtsnormen als Voraussetzung für einen gültigen Staatsakt fixieren.[526] Umgekehrt müssten nicht alle Rechtsfehler, die doch zu Anfechtungsgründen erklärt werden, als Unrechtstatbestände diszipliniert werden; einige ‚fehlerhafte' Organhandlungen mögen positivrechtlich unbestraft bleiben.

Das Miteinbeziehen des Disziplinarrechts sollte – wie oben dargestellt – den Rekurs auf die Figur eines Staatsunrechts vermeiden, denn es ermöglicht das Zurechnen des Unrechts zu den Organen, die dabei nicht als Staatsträger handeln würden, und würde zugleich eine Grundlage für die Erkenntnis der Rechtserheblichkeit der ‚fehlerhaften' Organhandlung anbieten, welche zur Voraussetzung einer weiteren sanktionierenden Staatshandlung gemacht wird. Organakte, die Unrechtstatbestände erfüllen, seien als Bedingung einer Unrechtsfolge als Operationen im System des Rechts wahrzunehmen.

Mit der Konfigurierung ‚fehlerhafter Staatsakte' als Anfechtungsgründe und/oder Unrechtstatbestände bewegt man sich weg von der Grenzproblematik des Verhältnisses Recht/Nicht-Recht, d. h. von der Rechtsperipherie in Richtung Zentrum des „organisierten Rechtsanwendungsapparat[s]".[527] Hier wird das Entscheidungsmoment der Rechtsgewinnung sichtbar, obwohl Kelsen noch nicht über die nötigen rechtstheoretischen Ressourcen verfügte, um das Recht dynamisch als normative Entscheidungsordnung zu konstruieren. Das Problem der ‚fehlerhaften Staatsakte' präsentierte sich dabei aber bereits innerhalb der Rechtsmaschinerie als eine Entscheidungsfrage: Über die Vernichtbarkeit eines Organaktes muss im System entschieden werden (können). Der Trick bestand darin, durch den normativen Bezug des positiven Rechts die rechtliche Relevanz der ansonsten nichtigen Akte konstituieren zu lassen; indem ‚fehlerhafte Organakte' disziplinarrechtlich zum Unrechtstatbestand erklärt oder bloß von der Rechtsordnung zum Anfechtungsgrund bestimmt werden, werde das rechtliche Nichts zum rechtlichen Etwas.

VI. Quis judicabit? Zwischen Herrn Jedermann und den Staatsorganen

In dem Augenblick, in dem die Bestimmung der ‚Richtigkeit' der Staatsakte zum Inhalt einer autoritativen Entscheidung gemacht wird, wird sie auch zum möglichen Meinungsunterschiedsgegenstand. Über die Entsprechung oder Nicht-

[526] Vgl. *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 59 = HKW 3, S. 439–531 (486 f.).
[527] *Verdross*, Zur Konstruktion des Völkerrechts (Anm. 102), S. 1653.

Entsprechung des mit Geltungsansprüchen auftretenden Willensaktes mit den geltungsbedingenden Erfordernissen der Rechtsanwendung wird nicht selten gestritten. Nicht nur die individuellen Urteile unterschiedlicher Rechtsunterworfener mögen diesbezüglich voneinander abweichen, sondern auch die Meinungen von zuständigen Rechtsorganen unter sich genauso wie die Meinung der Organe und die Sichtweise der Adressaten ihrer autoritativen Entscheidungen. Mit der Abstufung eines Teils der Erkenntnisgründe eines Staatsakts auf bloße Anfechtungsgründe zentralisiere – so das Modell Kelsens – das Recht in gewissem Sinn die Entscheidung der Rechtsfehlerfrage. Die Rechtsordnung entziehe dabei die Beurteilung der Erfüllung – oder Nicht-Erfüllung – der Rechtsbedingungen durch den anfechtbaren Staatsakt „der logischen Autorität des Individuums".[528]

Vom internen Rechtsstandpunkt aus gebühre im Fall des Konflikts zwischen der Behauptung des Individuums und der des Staatsorgans die Prävalenz der autoritativen Meinung des Organs – und zwar von Rechts wegen. Herrn Jedermann stünde die Entscheidung nicht zu, festzulegen, was rechtens ist bzw. als fehlerhaft anzusehen ist oder nicht.[529] Die auf die individuelle Vernunft des Rechtsunterworfenen gestützten Urteile würden sich in dieser Hinsicht als rechtlich irrelevant erweisen. Man dürfe nicht von der – allzu oft – „stillschweigenden Voraussetzung" ausgehen, „daß der fragliche Fehler mit absoluter Sicherheit festgestellt [wird] oder feststellbar ist".[530] Der strukturelle Verweis der Fehlerfrage auf eine rechtskräftige Entscheidung hängt ausgerechnet mit der nicht zu eliminierenden relativen Ungewissheit der Rechtsmaßstäbe zusammen, die die Wiener Schule im Laufe der Jahre zum Motto ihres Forschungsprogramms gemacht hat.[531] Die Autorität des Organs beende rechtsintern eine erkenntnismäßig möglicherweise noch offene Kontroverse; es wird autoritativ entschieden, auch wenn die Sache umstritten bleibt. Darin sieht Kelsen allerdings „das Wesen der Staatsautorität", das „nicht so sehr in der Ausübung der staatlichen Zwangsgewalt, als vielmehr, ja vielleicht ausschließlich in dieser Unterordnung nicht des Einzelwillens, sondern des individuellen Denkens, des Urteilens" liegt.[532] Die Geltungsfrage kann nicht lediglich mittels Vernunft erledigt werden; sie wird selbst zum Gegenstand zuständiger Entscheidung. Sollte die Rechtswissenschaft wahrhaft wissenschaftlich operieren, so habe sie Struktur und Funktionieren des Rechts realistisch zu begreifen, und daher sei für sie nur der ausschlaggebende Standpunkt des Rechtsorgans von Belang.

VII. Die Unfehlbarkeit der Rechtsorgane

Rechtswissenschaftskonzept wie Einsicht in die Bedeutung und Funktionsweise der Rechtsautorität treffen sich im Abschluss von Kelsens Begriffsreinigung. Die

---

[528] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 88 = HKW 3, S. 439–531 (510).
[529] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 93 = HKW 3, S. 439–531 (514).
[530] Zwei Zitate: *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 92 = HKW 3, S. 439–531 (513).
[531] Vgl. oben Erster Teil, Kap. I, S. 81–83.
[532] Zwei Zitate: *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 93 = HKW 3, S. 439–531 (514).

Kategorie des ‚fehlerhaften Staatsaktes' habe im rechtswissenschaftlichen Vokabularium nichts zu suchen. Entweder ist ein Willensakt, gemessen an den Rechtsanforderungen, fehlerhaft und erreicht dementsprechend die Sphäre des Rechts nicht, oder der Staatsakt ist fehlerfrei – auch wenn gewisse normative Erfordernisse, die als Erkenntnisvoraussetzungen für die Staatlichkeit bzw. Rechtlichkeit eines Aktes dienen, zu Anfechtungsgründen reguliert werden. „Denn solange der Staatsakt nicht angefochten, solange die Existenz des behaupteten Mangels nicht staatlicherseits festgestellt und durch Vernichtung des Aktes berücksichtigt ist, reicht der Erkenntnisgrund, der den Akt zu einem fehlerhaften stempeln könnte, noch nicht über die juristische Erkenntnisebene,"[533] d. h. währenddessen sei der erkenntnismäßig fehlerhafte Akt rechtswissenschaftlich als fehlerloser zu behandeln.

Die Ausdifferenzierung der Rechtserfordernisse durch die Statuierung von Anfechtbarkeitskonstellationen beraube das individuelle wie das rechtswissenschaftliche Urteil der Fehlerhaftigkeit des Staatsakts der positivrechtlichen Grundlage. Die in Frage kommenden Rechtsvoraussetzungen zur validen Rechtsanwendung würden dadurch ihre Qualität als rechtlicher Richtigkeitsmaßstab verlieren bzw. ihre Maßstabsfunktion werde vorläufig paralysiert. Die Nicht-Berücksichtigung gewisser Anforderungen gelte in solchem Kontext als bloßer Anfechtungsgrund, bedinge (strenggenommen) indes nicht die Fehlerhaftigkeit eines Aktes. Sollten Zweifel über die Rechtsqualität eines Staatsakts erhoben werden, könnten sie erst durch die autoritative Entscheidung eines Organträgers rechtserheblich geklärt werden. Bis dahin seien sämtliche Staatsakte von der Rechtswissenschaft als rechtmäßig und fehlerlos zu beschreiben. Dieses sei allerdings „ausschließlich ein Problem der juristischen Konstruktion",[534] welche wollenden und handelnden Staat in einem widerspruchsfreien System unterzubringen habe.

D. Die Eigenart des rechtswissenschaftlichen Gegenstands

Am Beispiel der Frage nach der Zurechenbarkeit von ‚fehlerhaften Organakten' zum Staat erläuterte und entfaltete Kelsen von einem privilegierten Blickwinkel aus seine frühe These der Eigengesetzlichkeit des Rechts als eines von der kausalstrukturierten Natur verschiedenen Normsystems. Dabei zeigt sich deutlich die Autonomie der normativen Sinnsphäre Recht gegenüber dem kausalen Ereignisablauf. Der Sinn eines existenten, realen menschlichen Akts, der sich subjektiv als Staatsakt gibt, könne von Rechts wegen als außerrechtlicher, den positivierten Zurechnungsregeln nach dem Staat nicht zuzusprechender Willensakt gedeutet werden. Eigengesetzlich und aufgrund des Mechanismus der Zurechnung schaffe sich das Recht eine eigene Ordnungswelt, die sich mit der Naturwelt nicht decke. Die Zurechnungsregeln operieren als „Selektionsprinzip",[535] anhand dessen der Sinn

[533] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 88 f. = HKW 3, S. 439–531 (511).
[534] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 101 = HKW 3, S. 439–531 (520).
[535] *Kelsen*, Über die Grenzen (Anm. 412), S. 51 = HKW 3, S. 22–55 (48).

bestimmter menschlicher Handlungen als Staatsakte interpretiert oder umgekehrt als nichtiger Akt in ihrer Selbstdeutung negiert werden. Wie Kelsen es später auf den Punkt brachte: „Im Bereiche der Natur, der natürlichen Organismen, gibt es keine nichtigen Natur- oder Organakte“,[536] sodass das Problem der ‚fehlerhaften Entscheidungen‘ eine Besonderheit des Rechtssystems sichtbar werden lasse. Dieser Eigenart des Rechts als Gegenstand einer spezifischen Wissenschaft gäbe dann der Denkmodus des Sollens Ausdruck; es fehlte aber bis dahin in der Entwicklungsgeschichte der Reinen Rechtslehre noch eine ausgearbeitete Eigengesetzlichkeitstheorie, die das rechtliche Sollen von anderen Sollensformen unterscheiden könnte. An dieser Forschungsfront würden sich die Schüler Kelsens große Verdienste erwerben.

E. Das Frühwerk Kelsens in den Werken der Wiener Schule: Kelsens Entwurf als Anregung

Die ersten Versuche Kelsens, mit dem Problem des Organunrechts und der ‚fehlerhaften Staatsakte‘ rein rechtswissenschaftlich umzugehen, stellten die Weichen für den späteren Diskurs zum Thema ‚rechtswidriges Recht‘ innerhalb der Wiener Schule. Die alternativen Modelle zur Deutung des fraglichen Phänomens beziehen sich durchgängig auf die Einsichten Kelsens aus seiner Zeit als Einzelkämpfer. Eigene Positionen werden im Dialog mit der Urpartitur des „Maestro de Vienna“[537] herausdestilliert – für oder gegen Kelsen, aber ständig im Gespräch mit ihm –, ohne dass das von ihm zunächst allein ausgedachte Forschungsprogramm verlassen wird oder wenigstens ohne diese Absicht. Auch wenn die diesbezügliche schulimmanente Auseinandersetzung Ende der 1910er und Anfang der 1920er Jahre vorwiegend die Schüler Kelsens mobilisierte und ihm selbst zunächst die Beobachterrolle zukam, kann vor allem sein mit ‚Über Staatsunrecht‘ betitelter Beitrag als ein Text hinter den Texten der Mitglieder der Wiener Schule gelesen werden.[538] Er ist ein mit Gewinn zu berücksichtigendes Moment im intertextuellen Gespräch zum Thema der ‚fehlerhaften Rechtsentscheidungen‘ innerhalb der Wiener Schule.

---

[536] *Kelsen*, Grundriß einer allgemeinen Theorie des Staates (Anm. 221), S. 12.

[537] Bezeichnung in *Kunz*, Was ist die Reine Rechtslehre? (Anm. 284), S. 290.

[538] Vgl. z. B. die expliziten Bezüge in *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 349), S. 446 = Merkl-GS I/1, S. 228–252 (240 f.); *Adolf Julius Merkl*, Justizirrtum und Rechtswahrheit, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 45 (1925), S. 452–465 (453 Fn. 1) = Merkl-GS I/1, S. 369–384 (370 Fn. 1); *Verdross*, Zur Konstruktion des Völkerrechts (Anm. 102), S. 1639 (Fn. 16); *Verdross*, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes (Anm. 175), S. 167 f. (mit Fn. 3); *Kaufmann*, Kriterien des Rechts (Anm. 171), S. 140–142; *Van Praag*, Die Rechtsfunktionen (Anm. 332), S. 87–89. Vgl. auch *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 143), S. 1137 f., der sich auf eine lange Passage aus den ‚Hauptproblemen‘ (*Kelsen*, Hauptprobleme [Anm. 24], S. 249 f. = HKW 2, 21–878 [366 f.]) bezieht, die im Abschlussteil des Beitrags zum Staatsunrecht aufgenommen wurde, vgl. *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 101 f. = HKW 3, S. 22–55 (48).

Im Nachhinein betrachtet, riefen Kelsens noch unfertige Thesen geradezu danach, Grundlage und Impuls für Weiterentwicklungen und Verbesserungsansätze zu werden. Sie gaben einerseits den Ton des schulimmanenten Diskurses vor, erwiesen sich aber andererseits in manchen Punkten als reformbedürftig – auch weil Kelsen selbst sein eigenes und einzigartiges positivistisches Programm der Rechtstheorie nicht immer konsequent durchgezogen und dieses mangels passenden rechtstheoretischen Instrumentariums noch hier und da zu kurz gegriffen hatte. Die These der rechtswissenschaftlichen Undenkbarkeit eines dem Staat zuzusprechenden fehlerhaften Organaktes, wie sie von Kelsen ursprünglich kalibriert wurde, sorgte für produktive Irritationen, die als solche nicht nur in der Entstehungsgeschichte der Reinen Rechtslehre wahrgenommen wurden, sondern sich auch heute noch als anknüpfungsfähig erweisen.

I. Weichenstellungen

1. Der elementare Kunstgriff der Reinen Rechtslehre

Bei allen Variationen hat sich in der Tendenz wenigstens eine Konstante bei der Behandlung des Problems der ‚fehlerhaften Staatsakte' bzw. des ‚rechtswidrigen Rechts' innerhalb der Wiener Schule etabliert. Die Rechtsfehlerfrage wird ausschließlich auf dem Fundament der positivrechtlichen Maßstäbe erörtert. Will man wissen, genauer: rechtswissenschaftlich untersuchen, was möglicherweise als Manko bei der Rechtsanwendung (die zu einem späteren Zeitpunkt in engem Zusammenhang mit der normativen Funktion der Rechtserzeugung betrachtet wird) zu interpretieren sei, gilt dabei als Leitlinie: ‚Frag das positive Recht!' Die „Konstatierung positivrechtlicher Verhältnisse"[539] und nichts anderes habe die juristische Konstruktion zu orientieren.

2. Die Entzauberungstendenz

Einher damit geht bereits in der frühen Lehre Kelsens ein Hang zur Entzauberung, der sich in wenigsten zweierlei Hinsichten merken lässt. Auf der einen Seite verankerte Kelsen den Begriff des ‚Rechtsfehlers' im positiven Recht, sodass dieses die ausschließliche Referenzordnung für die Bestimmung der Fehlerhaftigkeit der Staatsakte war. Somit bewegte er die Diskussion Weg sowohl vom damals typischen Fehlerschwereansatz,[540] der Rechtskonsequenzen aus der interpretativ zu ermittelnden Schwere der Normenverletzung zog, als auch von der etablierten Sichtweise, die für gewisse, abstrakt-generelle Rechtsnormen ein Nichtigkeitsdogma[541]

---

[539] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 91 = HKW 3, S. 439–531 (512).

[540] Zur Kritik Kelsens vgl. *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 69–75 = HKW 3, S. 439–531 (494–499). Zu den Fehlerschwere- wie zur sogenannten Evidenztheorien vgl. z. B. *Günther Winkler*, Die absolute Nichtigkeit von Verwaltungsakten, Tübingen 1960, S. 29–33.

[541] Zum Nichtigkeitsdogma vgl. *Fritz Ossenbühl*, Eine Fehlerlehre für untergesetzliche Nor-

unabhängig von konkreten positivrechtlichen Regulierungen postulierte.[542] Kelsen legte mit seinen Überlegungen die Kontingenz bzw. Verfügbarkeit des positivrechtlichen Fehlerfolgenregimes frei, denn er zeigte, dass es keine logisch-notwendige Korrelation zwischen Schwere eines Fehlers und seiner rechtlichen Folge gibt. Darüber hinaus bekämpfte er mit der Rückbindung der rechtswissenschaftlichen Diskussion an das positive Recht die Vorstellung, dass eventuelle ethisch-politische Mängel eines Rechtsakts seine Rechtmäßigkeit unmittelbar auch betreffen würden. Auf der anderen Seite attackierte der Ansatz Kelsens die irrtümliche Annahme der Existenz und Erkennbarkeit von einzig richtigen Antworten zu rechtlichen Fragestellungen, indem er darauf aufmerksam machte, dass sogar über die Fehlerhaftigkeit – anders als z. B. die übliche Rede von offensichtlichen (schweren) Fehlern suggeriert – eines Aktes sich streiten lässt und rechtlich autoritativ entschieden werden muss und wird.[543]

3. Die Einrahmung der Fragestellung

Die Eingrenzung der gesamten Problematik auf die ‚*Quis-judicabit*'-Frage, nämlich die Bloßlegung der Standpunktdependenz der Debatte durch die Umformulierung der materiellen *Was*-Frage nach der Wahrheit in die formelle *Wer*-Frage nach dem zuständigen Entscheider, hat die schulimmanente Debatte um das ‚rechtswidrige Recht' nachhaltig geprägt. Das sozusagen „‚Jedermann-Problem'",[544] das darin besteht, zu bestimmen, ob die individuelle Vernunft eines jeden Rechtsunterworfenen zu klären habe und klären könne, ob ein fraglicher Staatsakt objektiv, rechtssystemintern als Staatsakt zu gelten habe und welche Konsequenzen eine derartige Betätigung des autonomen Denkvermögens nach sich ziehen würde, machte den Weg für die weiteren Modellentwicklungen frei. Die grundlegende Opposition der Perspektive des Herrn Jedermann zur Perspektive der zuständigen Rechtsorgane mündete bald im Rahmen der Merkl–Sander-Kontroverse in die Polarisierung der Primate der Rechtserkenntnis und der Rechtsanwendung.[545]

---

men, in: Neue Juristische Woche 1986, S. 2805–2812 (2806–2808); *Dirk Heckmann*, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, Tübingen 1997, S. 49–61.

[542] Dass das Nichtigkeitsdogma noch heute weit davon entfernt ist, bloß rechtsdogmatisches Museumstück zu sein, bezeugen z. B. *Jörn Ipsen*, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, Baden-Baden 1980, S. 145 f.; *Theodor Schilling*, Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, Berlin 1994, S. 557 f.; *Peter Baumeister*, Das Rechtswidrigwerden von Normen. Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu den Grenzen der Wirksamkeit und Anwendbarkeit von Normen – Probleme des Spannungsverhältnisses von Recht und Zeit, Berlin 1996, S. 269–271, 284–286.

[543] Vgl. *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 92 = HKW 3, S. 439–531 (513).

[544] *Stanley Paulson*, Neue Grundlagen für einen Begriff der Rechtsgeltung, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 65 (1979), S. 1–19 (10).

[545] Vgl. unten Zweiter Teil, Kap. VI, S. 251–262.

II. Irritationsfaktoren

1. Rechtslogik als Rechtsgrenze

Das sich im Anfangsstadium befindende rechtstheoretische System Kelsens changierte bei der Schilderung der Probleme und der Skizzierung möglicher Lösungen zuweilen zwischen dem Anspruch auf Rückbindung der rechtswissenschaftlichen Kategorien in der Positivität des Rechts und dem Verweis auf die „Rechtslogik";[546] beschreibende und konstruktivistische Ambitionen des Modells scheinen sich dabei zu widersprechen. Kelsen scheint in gewisser Weise bei der Ausarbeitung seiner rechtspositivistischen Prämissen auf halbem Weg stehen zu bleiben. Er ging so weit, die „Rechtslogik" als Grenze des Rechts qua Gegenstand der juristischen Konstruktion zu proklamieren.[547] Darunter verstand er vor allem die *constraints*, die sich aus der (Idee der) Einheit des Systems für die rechtswissenschaftliche Arbeit ergeben. Die Rechtswissenschaft habe das positive Recht als sinnvollen und widerspruchsfreien Gegenstand zu rekonstruieren.

Einheitsstiftung innerhalb der juristischen Konstruktion sei eine ewige Aufgabe der wissenschaftlichen Beschäftigung mit dem Recht. Diese Einheit begriff er dabei noch weitgehend materiell als Widerspruchslosigkeit zwischen den Systemelementen bzw. den systemimmanenten Operationen,[548] statt sie – wie in den späteren Formulierungen seiner Reinen Rechtslehre – lediglich als konsequenten Bezug auf ein und dasselbe Validationssystem zu fassen. Daraus wird der Schluss auf die Nichtigkeit der ‚fehlerhaften Akte' gefolgert, der für die Erhaltung des einheitlichen Charakters der Rechtsordnung und des sie personifizierenden Staats als notwendig in Kauf zu nehmen sei. Was den normativen Anforderungen des Systems nicht entspricht, könne ohnehin nicht als Komponente des Systems ‚Recht' konstruiert werden, geschweige denn eines widerspruchsfreien. Genuin fehlerhafte Akte lassen sich, nach Kelsen, objektiv nicht als Staatsakte deuten. Der Staat – als funktioneller Endpunkt der rechtlichen Zurechnung – könne einen nichtigen Akt nicht setzen, denn bei der Setzung eines solchen Akts ist kein Staat mehr zu sehen; und nichts anderes als ein Nicht-Akt sei ein fehlerhafter Akt, nämlich ein Akt, der den normativen Willen des Staats, wie dieser in den Erfordernissen an die Rechtsanwendung verkörpert sei, nicht umgesetzt habe.

---

[546] Es ist auffällig, wie oft sich Kelsen in seinem frühen Versuch, ‚Staatsunrecht' und ‚fehlerhafte Staatsakte' rechtswissenschaftlich aufzuschließen, des Arguments der „Rechtslogik" bedient. Logik scheint in diesem Zusammenhang wie später bei Merkl für wissenschaftliche Erkenntnis zu stehen und weist häufig auf die notwendige Einheitlichkeit des rechtstheoretisch zu konstruierenden Normsystems hin, vgl. z. B. *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 21, 52, 54 f., 65, 85–88, 94 = HKW 3, S. 439–531 (456, 480, 483, 491, 508–510, 515). Zu Merkls Verwendung des Begriffs „Rechtslogik" vgl. unten Zweiter Teil, Kap. VI, S. 248 f. (Anm. 426).

[547] Vgl. *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 34 = HKW 3, S. 439–531 (465 f.).

[548] Vgl. *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 24), S. 666 = HKW 2, S. 21–878 (831); *Kelsen*, Über die Grenzen (Anm. 435), S. 57 f. = HKW 3, S. 22–55 (51); *Kelsen*, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft (Anm. 41), S. 200 = HKW 3, S. 247–316 (285); *Kelsen*, [Buchbesprechung] Ludwig Spiegel (Anm. 48), S. 771 = HKW 3, S. 427–438 (436). Vgl. vor allem *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 9, 21, 101 f. = HKW 3, S. 439–531 (447, 456, 520 f.).

Das Ziehen der Grenze des Rechtssystems zur Umwelt, welche mit der Nichtigkeit scheinrechtlicher Akte zusammenfällt, wird von Kelsen noch als Leistung der (Rechts-)Erkenntnis gesehen und als solche der Vernunft aller Individuen zugesprochen. Konfrontiert mit – am positiven Recht gemessenen – echten Fehlern bei der prätendierten Rechtsanwendung dürfe jeder Rechtsunterworfene die Nicht-Rechtlichkeit der mangelhaften Willensakte deklarieren, solange das positive Recht die Entscheidung darüber nicht ausdrücklich zentralisiere. Was nicht in Relation zur Rechtsordnung zu bringen ist, könne rechtslogisch nicht als Staatsakt begriffen werden. Nicht zuletzt ist diese – später von Kelsen selbst gewissermaßen revidierte[549] – Grenzfixierung bei der Behandlung der Rechtsfehlerfrage durch die statische Betrachtungsweise der ursprünglichen Rechtstheorie Kelsens bedingt, die meinte, mittels Erkenntnis Anfang und Ende, obere und untere Schwelle des Rechtsganzen bestimmen zu können. In diesem Zusammenhang wird der Topos der Selbstwidersprüchlichkeit der Vorstellung vom ‚rechtswidrigen Recht' eingeführt.[550] Dieser wird die ganze schulimmanente Debatte um die Merkl–Sander-Kontroverse herum prägen.[551]

2. Statische Perspektive

In dieser Hinsicht noch in Übereinstimmung mit der von ihm in manche Richtungen schon erschütterten rechtswissenschaftlichen Tradition erfasste die ursprüngliche Rechtstheorie Kelsens das Recht tendenziell von einem statischen Gesichtspunkt aus als „ein fertiges, in positive Rechtssätze gegossenes Gebots- oder Verbotsaggregat".[552] Die Rechtspflicht galt als die zentrale Kategorie und die Verpflichtung als die wesentliche Rechtsfunktion.[553] Die juristische Konstruktion hatte dabei die Aufgabe, die Statuierung von Rechtspflichten durch das positive Recht und die Pflichtenverhältnisse zwischen den Rechtssubjekten systematisch zu erfassen. Das ganze Rechtssystem wurde auf eine einzige Ebene nivelliert, als in einer einzigen Stufe enthalten beschrieben:[554] die des Gesetzes. Rechtstheoretisch

---

[549] Zu dieser Akzentverschiebung bei der Behandlung der Grenzziehung zwischen Nichtigkeit und Vernichtbarkeit wie der Demarkierung der Grenzen des Rechtssystems als solchem, vgl. *Patrick Hilbert*, Fehlerkalkül oder Alternativbestimmungen – zu den Strategien der Geburtshilfe im Stufenbau der Rechtsordnung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 72 (2017), S. 549–576 (558 f.).

[550] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 48 = HKW 3, S. 439–531, S. 477.

[551] Zur Merklschen kreativen Rezeption dieser Idee vgl. unten Dritter Teil, Kap. VI, S. 302 f.; zur Kelsenschen Beibehaltung seiner ursprünglichen Konstruktion bei der späteren Lehre der Alternativermächtigung vgl. Dritter Teil, Kap. VII, S. 398–400.

[552] *Dias*, Rechtspositivismus und Rechtstheorie (Anm. 1), S. 132.

[553] „Zunächst ist jeder Rechtssatz, als vollständiges Ganzes, eine Soll-Vorschrift, indem er – und das gehört zu seinem Wesen! – ein rechtliches Sollen, d. h. eine Rechtspflicht statuiert" (*Kelsen*, Über Staatsunrecht [Anm. 412], S. 61 = HKW 3, S. 439–531 [488]); vgl. auch *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 24), S. 312 = HKW 2, S. 21–878 (436).

[554] Hier setzen die kritischen, die Rechtsbetrachtung und das Rechtsbild dynamisierenden Leistungen Merkls und Sanders an, auch wenn Merkl sich explizit auf den ursprünglichen Ansatz Kelsens als Grundstein für sein eigens Theoriegebäude bezog, vgl. *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 350), Sp. 444 (Fn. 2) = Merkl-GS I/1, S. 85–153 (124 Fn. 19);

kam es darauf an, diese „notwendige Form"[555] des Rechts(satzes) in ihrer elementaren Struktur zu analysieren.

Für diese vorwiegende statische Perspektive der Betrachtung erschien das Recht als ein geschlossenes Normsystem, das „in einem bestimmten Moment"[556] ohne Berücksichtigung seiner Zeitlichkeit bzw. seiner Erzeugung zu einer bestimmten Zeit erkennbar ist. Kelsen und Weyr teilten ursprünglich das Grundverständnis, „die normative Erkenntnis" setze ein Normensystem voraus, das im Moment des Erkennens als unabänderlich angesehen werden"[557] müsse und entschieden sich bewusst für die Statik unter Vernachlässigung der Dynamik.[558] Als „eigentliche normative"[559] Betrachtungsweise drehte sich die Kelsensche (wie die Weyrsche) Statik bei der Behandlung der Fehlerproblematik immer noch um die Frage nach den normativen Anforderungen des Rechts an die Normadressaten: ‚Was soll ich tun?' Die primären Rechtsnormadressaten berücksichtigend hieß die maßgebliche Fragestellung genauer: ‚Was sind die Erfordernisse des Rechts an die Rechtsanwender?' Da in dieser Hinsicht die entscheidende dynamische Wende[560] der Reinen Rechtslehre noch nicht vollzogen war, konnte der Schwerpunkt der Konstruktion nicht auf die Rechtserzeugungsstrukturen verlegt werden. Fehler erschienen als Mängel bei der Rechtsanwendung, die dabei nicht strukturell-notwendig als Rechtserzeugung rekonstruiert wurde. Hier sind noch Überbleibsel der altherkömmlichen rechtswissenschaftlichen Perspektive zu spüren, die das Recht haupt-

---

Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 101), S. 200 f.; *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 208), S. 25 f., 51 f.; *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 99), S. 37. Kelsen selber hat keinen Hehl daraus gemacht, dass seine frühen Überlegungen von einer statischen Perspektive aus angestellt wurden, vgl. z. B. *Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff (Anm. 192), S. 221 = HKW 7, S. 69–350 (316); *Kelsen*, Vorrede (Anm. 293), S. XII. Zur Gewinnung eines dynamischen Standpunkts in der Entstehungsgeschichte der Rechtstheorie Kelsens vgl. *Jestaedt*, Von den „Hauptproblemen" zur Erstauflage der „Reinen Rechtslehre" (Anm. 437), S. 128 f.; *Dias*, Rechtspositivismus und Rechtstheorie (Anm. 1), S. 155–169; *Mario G. Losano*, De los „Problemas Fundamentales de la Teoría Jurídica del Estado" a la „Teoría General del Estado", in: Mario G. Losano, Teoría Pura del Derecho: Evolución y Puntos Cruciales, Bogotá 1992, S. 3–28 (15–20); *Adolf Procházka*, Normative Theorie und Rechtserzeugung, in: Vladimír Kubeš/Ota Weinberger (Hrsg.), Die Brünner Rechtstheoretische Schule, Wien 1980, S. 304–323. Vgl. auch *Federico Lijoi/Francesco Saverio Trincia*, L'anima e lo Stato. Hans Kelsen e Sigmund Freud, Brescia 2015, S. 65–72.

[555] „Das Gesetz ist die notwendige Form des Rechtssatzes" (*Kelsen*, Hauptprobleme [Anm. 24], S. 541 f. = HKW 2, S. 21–878 [693 f.]); vgl. auch *Hans Kelsen*, Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, in: Juristische Blätter 42 (1913), S. 229–232 (230) = HKW 3, S. 235–246 (239); *Kelsen*, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft (Anm. 41), S. 202 = HKW 3, S. 247–316 (286).

[556] *Weyr*, Zur Frage der Unabänderlichkeit (Anm. 47), S. 387.

[557] *František Weyr*, Zur Lehre von den konstitutiven und deklaratorischen Akten [1917], in: Rudolf Aladár Métall (Hrsg.), 33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre, Wien 1974, S. 467–520 (506).

[558] Vgl. bereits *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 24), S. 397 = HKW 2, S. 21–878 (532).

[559] *Weyr*, Zur Frage der Unabänderlichkeit (Anm. 47), S. 387.

[560] Von einem „dynamic turn" bereits ab 1917 spricht *Stanley Paulson*, Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization, in: Oxford Journal of Legal Studies 18 (1998), S. 153–166 (161).

sächlich als an die Untertanen gerichtete Norm konzipierte und mit der die Reine Rechtslehre künftig noch radikaler brechen würde.

Die Probleme der Rechtserzeugung und der Rechtsvernichtung waren noch nicht in das rechtstheoretische Modell Kelsens integriert, das Recht also noch nicht in seiner kontinuierlichen Selbstbewegung und selbstreferenziellen Reproduktion erfasst. Die Einsicht in die Relativität des Unterschieds zwischen Rechtsanwendung und Rechtserzeugung war noch nicht gewonnen, da selbst die Idee, dass das positive Recht seine eigene Erzeugung und Vernichtung zu regulieren beansprucht, noch nicht in den Blick gekommen, geschweige denn zu Ende gedacht war.[561] Und den ersten Versuchen, die Rechtsgewinnung als zeitlichen Prozess in seinem Bezug auf die normativen Direktiven des positiven Rechts zu rekonstruieren, wurde anfänglich im Kelsen-Kreis Skepsis entgegengebracht und methodologische Konfusion vorgeworfen.[562] Es waren Zeiten des begrifflichen Experimentierens[563] und nur allmählich wurde die Ausdifferenzierung und In-Bezug-Setzung von Statik und Dynamik als normative Blickrichtung ins Bewusstsein gehoben und als Forschungsaufgabe akzeptiert und reflektiert.[564]

Kelsens eigene Behandlung der Rechtsfehlerproblematik litt dementsprechend Anfang der 1910er Jahre an diesem Fehlen einer dynamischen Perspektive, die die Eigendynamik des Rechts erfassen könnte.[565] Bedingt durch seinen damaligen

[561] Zur Relativität der Rechtsanwendung und der Rechtserzeugung als eine spätere Errungenschaft der Wiener Schule vgl. unten Zweiter Teil, Kap. IV, S. 185–191.

[562] Vgl. die Kritik von Franz Weyr an Alfred Verdross in *Weyr*, Zur Frage der Unabänderlichkeit (Anm. 47), S. 389. Verdross war einer der Ersten in der Wiener Schule, der die Rechtserzeugungsfunktion als normgebundene beschrieb, d. h. Statik und Dynamik des Rechts in Verbindung setzte, vgl. die Replik von Verdross in *Verdross*, Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers (Anm. 46), S. 483–486. Weyr sah die Statik als eine „Eigenschaft jeglicher normativen Erkenntnis", die von einer „dynamischen Rechtsentwicklungserkenntnis" aus nicht zu begreifen sei, und sah in der frühen Lehre Kelsens das Verdienst, „mit voller Klarheit den statischen (normativen) Gesichtspunkt vom dynamischen getrennt zu haben" (*Weyr*, Zur Lehre von den konstitutiven und deklaratorischen Akten [Anm. 557], S. 506, 515, 516).

[563] Dies allerdings nicht nur im Kreis der Rechtswissenschaften. In der Nationalökonomie wurde das Begriffspaar „Statik–Dynamik" nahezu gleichzeitig verwendet, um unterschiedliche Betrachtungsweisen der wirtschaftlichen Phänomene oder sogar Eigenschaften wirtschaftlicher Systeme selbst zu kontrastieren, vgl. z. B. *Joseph Schumpeter*, Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung, Leipzig 1912, S. 93–102; *Alfred Amonn*, Die Probleme der wirtschaftlichen Dynamik, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 38 (1914), S. 83–114.

[564] Nicht einmal die Bedeutung und der Kontrastierungswert des Begriffspaars Statik und Dynamik waren schon sauber ausgearbeitet. Statik war oft mit der Erfassung des Rechts als normatives Phänomen in Verbindung gebracht, während Dynamik eine Betrachtung der kausalen Entwicklung des Rechts bezeichnete, bevor sie auf die innere Entfaltung des positiven Rechts bezogen wurde. Auch war die Rede von der Gegenüberstellung einer „ontischen" zu einer „genetischen" Perspektive, die im Fall von Sanders Rechtsverfahrenstheorie im Plädoyer für den vollständigen Übergang von einer auf die andere mündete, vgl. *Fritz Sander*, Die transzendentale Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 468–507 (505). Wie beide Standpunkte bzw. die sich daraus ergebenden Rechtslehren zu kombinieren seien, wird zu einer der offenen Fragen der Arbeitsgemeinschaft ‚Wiener Schule'.

[565] Vgl. *Bernardo Sordi*, L'Illecito dello Stato: Un Problema di ‚Estetica del Pensiero', in: Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 18 (1989), S. 633–641 (634).

Standpunkt konnte das Modell Kelsens noch nicht mit hinreichender Komplexität die ‚fehlerhaften Staatsakte' als geltungstechnisch gleichbedeutende Anknüpfungspunkte für weitere Rechtsoperationen im Rechtsverfahren beschreiben und keinen durchdachten Ansatz zu irgendeiner Form von verwendbarer Illegalität im Rechtssystem entwickeln.[566] Entweder entsprach der Gewalt ausübende Organakt dem Gesetz qua notwendiger Form des Rechts, oder der Organakt war nicht als Staatsakt zu beschreiben; außerhalb des Rechtsgesetzes existierte keine Grundlage für die Erkenntnis eines Staatsaktes.[567] Nicht nur die irregulär erzeugte Rechtserscheinung stand im blinden Fleck der rechtswissenschaftlichen Betrachtung, auch die Rechtserzeugungsfunktion der ‚fehlerhaft' handelnden Rechtsanwendungsorgane konnte dadurch bedingt nicht verarbeitet werden. Die Organhandlungen wurden von der Tendenz her eher in deren Relation zum in der Vergangenheit liegenden, anzuwendenden positiven Recht untersucht; sie konnten nur entweder als fehlerfreie Anwendung des Rechts erfasst oder als das Gesetz verfehlende Scheinakte aus dem System ausgeklammert werden.[568] Die Staatsorgane hatten das Recht anzuwenden, wobei Fehler in Form der Nicht-Entsprechung ihrer Handlungen zu den normativen Maßgaben keinen Platz haben konnten. Fehler wurden in diesem Zusammenhang intuitiv als Subsumtionsprobleme behandelt und daher als Erkenntnisfragen Jedermanns Vernunft zugänglich.

Die ‚Rechtsfehler' tauchten dabei jedoch bereits als Relationsprobleme – zwischen dem wollenden (rechtsetzenden) und dem handelnden (rechtsanwendenden) Staat – auf. Ihre Okkurrenz blockierte nach dem ursprünglichen Modell sozusagen die Rechtslaufbahnen, da die Konstatierung eines Fehlers durch den erkennenden Intellekt des Individuums verhinderte, dass der fragliche Willensakt rechtliche Qualität erlangte. An den ‚fehlerhaften Rechtsakt' könnten keine weiteren normativen Relationen anknüpfen, es sei denn, das positive Recht selbst paralysiere seine normativen Anforderungen an die Rechtsanwendung;[569] dies könnte es tun, indem es Rechtsfehlerfolgen mit dem ‚fehlerhaften Akt' verknüpfe, bzw. die Nicht-Beachtung der Rechtserfordernisse durch die Rechtsanwendung zum Grund für die Vernichtung des Rechtsakts werden lasse. In diesem Fall seien die ‚fehlerhaften Akte' ohnehin als rechtmäßige Staatsakte zu rekonstruieren, denn bis zur autoritativen Entscheidung bleibe es unklar, ob die eventuell behaupteten Fehler rechtlich bestehen blieben oder nicht. Im Ergebnis seien dann Akte, die nach dem Urteil der Rechtswissenschaft oder der Rechtsunterworfenen den normativen An-

---

[566] Vgl. z. B. *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 24), S. 103, 240 = HKW 2, S. 21–878 (198, 363).

[567] Zu den Implikationen des statischen Standpunkts vgl. *Lippold*, Recht und Ordnung (Anm. 2), S. 192–194. Mangels Dynamik mussten die konstatierbaren Rechtsfehler prinzipiell auf das Nicht-Recht (Nichtigkeit) verwiesen werden, denn sie passten sich dem System nicht ein. Der statische Standpunkt hielt Kelsen an den Grenzen bzw. Rändern des Systems gefangen, denn er verfügte über kein tragfähiges Instrumentarium für die Deskription der Verarbeitung und Prozessierung der Rechtsfehler innerhalb der und durch die Rechtsmaschinerie.

[568] Vgl. *Dias*, Rechtspositivismus und Rechtstheorie (Anm. 1), S. 158.

[569] Vgl. *Kelsen*, Reichsgesetz und Landesgesetz (Anm. 435), S. 425 = HKW 3, S. 359–425 (416).

forderungen des Rechts nicht gerecht werden, doch dem Staat als rechtsanwendende Akte zuzusprechen. Allerdings lag darin ein erster rechtsdynamischer Einfall, der von Merkl später für die Ausarbeitung seiner Fehlerkalkültheorie verarbeitet wurde:[570] Denn Kelsen sprach dem positiven Recht die Fähigkeit zu, die Erfordernisse an die Rechtsanwendung in bedingte und unbedingte zu unterteilen; einige dieser Erfordernisse wären erst nach der erfolgreichen Anfechtung auf Grund ihrer Verfehlung als Geltungserfordernisse zu betrachten – bis dahin würden sie nicht als Erfordernisse *stricto sensu* wirken, und ihre behauptete Missachtung durch die Organe mache keinen Fehler aus.[571] Trotz der selbstauferlegten Beschränkungen bei der Betrachtung des Problems lieferte Kelsen anschlussfähige Kerngedanken zur Entfaltung eines ausgeklügelteren Modells innerhalb der Wiener Schule.

Da die Problemkonstellation von sich aus bereits auf die Zeitlichkeit der Rechtsgewinnung verweist, lassen sich die ersten dynamischen Einbrüche in Richtung der Kelsenschen Lösung zur Unterbringung der ‚mangelhaften Staatsakte' in der juristischen Konstruktion über den Weg der Definition einiger ‚Mängel' als Anfechtungsgründe oder in der Berücksichtigung des Disziplinarrechts erkennen.[572] Die Frage der Fehlerhaftigkeit könne unter solchen Umständen nicht mehr allein mit wissenschaftlichen Erkenntnismitteln gelöst werden; die Vernichtung eines Rechtsaktes hinge nicht nur von einer zulässigen Anfechtung, sondern auch von einer zuständigen Entscheidung ab – sie müsse im System prozessiert werden. Nur mit der Einbeziehung künftiger Staatsakte wie der Rechtsvernichtungsstrukturen und -verfahren im Zusammenhang mit den entsprechenden Kompetenznormen lassen sich rechtstheoretisch jene Akte im System verarbeiten, denen ‚Fehler' aufgrund eines Vergleichs mit den Rechtsmaßstäben attestiert werden (können).

Es ist ausgerechnet der noch tastende Übergang zu einer dynamischen Perspektive, der Kelsen zu den Resultaten seiner Vernichtbarkeitslehre – und zur damit einhergehenden Setzung einer Vernichtbarkeitsprämisse – führte. Obwohl die deklarative Nichtigkeit der ‚mangelhaften Akte' theoretisch bestehen bleibt, wird ihr im Modell Kelsens allmählich weniger Spielraum eingeräumt.[573] Indem die Rechtsordnung die Verfehlung bestimmter Anforderungen der anzuwendenden Norm zum Anfechtungsgrund normiere, suspendiere sie die Wirkung dieser Anforderungen als Kriterien für die Zurechenbarkeit eines Akts zum Staat und setze diese Wirkung unter die Bedingung einer erfolgreichen Anfechtung. Erst der künftige Bezug einer zuständigen Instanz auf einen problematischen Akt, dessen Feh-

---

[570] Vgl. unten Zweiter Teil, Kap. VI, S. 283–303.

[571] Vgl. *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 87 f. = HKW 3, S. 439–531, S. 510.

[572] Vgl. oben Erster Teil, Kap. II, S. 114–118.

[573] Dieser (inzipiente) Übergang zu einer dynamischen Betrachtungsweise lässt sich bereits im Vergleich zwischen ‚Über Staatsunrecht' (1913) und ‚Reichs- und Landesgesetz' (1914) spüren. In letzterem wird deutlicher von den positivrechtlichen Bestimmungen über die richterliche Gewalt bei der Rekonstruktion des Problems des ‚rechtswidrigen Rechts' nicht abstrahiert, und dabei wird eine skizzenhafte dynamische Betrachtung *avant la lettre*, ohne eine ausgearbeitete Begrifflichkeit, präsentiert, vgl. *Kelsen*, Reichsgesetz und Landesgesetz (Anm. 435), S. 419 = HKW 3, S. 359–425 (412).

lerhaftigkeit geltend gemacht wurde, würde seine rechtswissenschaftliche Thematisierung als einen ‚mangelhaften Rechtsakt' ermöglichen, dem doch der Eingang ins System gelang. Bis dahin würden fehlerhafte wie fehlerlose Staatsakte undifferenziert gelten, sodass sie systemgemäß befolgt und vollzogen werden müssten. Über die ‚Fehlerhaftigkeit' müsste von einem zuständigen Organ unter Ausschluss der Meinung von Außenstehenden autoritativ entschieden werden. Somit bewegte sich Kelsen von der Grenzfixierung des statischen Ansatzes hin zum dynamisch funktionierenden Getriebe der Rechtsmaschinerie, auch wenn er immer noch keine dynamische Theorie der Prozessierung der rechtlichen Operationen ausarbeitete.

3. Eine Theorie des rechtlichen (Erkennen-)Könnens, keine des rechtlichen Dürfens

Ohne Rückgriff auf die noch nicht vorhandene Ermächtigung(slehre) qua Grundmodalität und Strukturierungskategorie des rechtswissenschaftlichen Denkens bemühte sich Kelsen darum, mit dem faktischen Befund von (Staats-)Akten, deren Rechtmäßigkeit in Zweifel gezogen wird, umzugehen. Denn der Weg einer rechtsimmanenten Auflösung der Problematik durch die Rechtserzeugungsstrukturen im Rechtsverfahren war wegen des vorwiegend statischen Ausgangspunkts erschwert – wenn nicht vollkommen versperrt. Kelsen radikalisierte zunächst die Nichtigkeitslösung, indem er die Festlegung der rechtlichen Irrelevanz eines fehlerhaften Aktes als Erkenntnisfrage brandmarkte. Hier insinuierte sich aber relativ deutlich die Insuffizienz des pflichtzentrierten, statischen Ansatzes.[574] Kelsen selbst skizzierte bald einen Ausweg, der die Können-Dimension der Rechtsnormen, die Anforderungen an die valide Rechtsanwendung aufstellt, berücksichtigte. Er parallelisierte Rechtskönnen und Rechtssollen,[575] ohne sie schon in einer umfassenden Theorie des rechtlichen Sollens zu vereinen.[576] Die Können-Vorschriften fungierten dabei als eine Art Klappe vor dem Gesetz bzw. dem Rechtssystem, zu dem den fehlerhaften Akten der Eingang untersagt wird. Ausgerüstet mit dem Rechtsmaß seien nun alle Rechtsunterworfenen für die ‚Türhüterfunktion' qualifiziert, indem sie – sobald durch die Soll-Vorschriften adressiert – entscheiden müssten (und könnten), ob den rechtlichen Ge- oder Verboten Gehorsam zu schenken sei oder nicht.

Die das rechtliche Können ausmachenden Anforderungen dienen als Erkenntnisgrundlage für die Festlegung der Verbindlichkeit oder Unverbindlichkeit der in Frage kommenden Willensakte eines Rechtsorgans. Sie sollen dementsprechend auch von der juristischen Konstruktion berücksichtigt werden, auch wenn sie keine Pflicht auferlegen, d. h. kein Sollen im engeren Sinn ausmachen. Die

---

574 Zu den strukturellen Limitationen und Kurzschlüssen einer statischen, pflichtzentrierten Betrachtungsweise siehe vor allem *Lippold*, Recht und Ordnung (Anm. 2), S. 133 f. und 445 f.

575 Vgl. oben Erster Teil, Kap. II, S. 113 f.

576 Dies geschieht allem Anschein nach erst ab Ende der 1930er Jahre, als Kelsen die Ermächtigungsnormen ins Zentrum des rechtlichen Sollens rückt, vgl. *Kelsen*, Recht und Kompetenz (Anm. 428).

Vorstellung eines Staatsaktes, der sich im Rahmen des Rechtskönnens, aber außerhalb des Rechtsdürfens bewegt, blieb dabei noch undenkbar. Eine rudimentäre Ausdifferenzierung der Rechtsbedingungen war aber schon, wie oben dargestellt, im Ansatz vorhanden[577] und ermöglichte die unter dynamischen Auspizien artikulierte Vernichtbarkeitslehre Kelsens, die künftig zur Basis seines Modells zum Umgang mit dem Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' wurde und die Merkl einzigartig in seiner Theorie des Fehlerkalküls ausarbeiten würde.[578] Dabei lässt sich im Keim schon das grundlegende Konzept sehen, die Rechtswidrigkeit innerhalb des Rechtssystems in Bezug mit der entsprechenden Rechtskontrollarchitektur zu thematisieren.[579] Das Miteinbeziehen des Moments der zuständigen Entscheidung forderte bereits die Vorstellung eines statischen Erkenntnissystems heraus,[580] d. h. verwandelte in der Tendenz die Fehlerfrage in eine (systeminterne) Kompetenzfrage.

III. Ein geteilter blinder Fleck: Standortbestimmung der Reflexionen

Mit aller Klarheit verwies Kelsen seine eigenen Reflexionen zum Problem des ‚Staatsunrechts', wie der ‚fehlerhaften Staatsakte', in Abgrenzung zu rechtspraktischen Herausforderungen an ihren theoretischen Platz. Es handle sich dabei exklusiv um „ein Problem der juristischen Konstruktion".[581] Was genau aber unter „juristischer Konstruktion" zu verstehen ist, wird von Kelsen nicht (ausführlich) ausgearbeitet.[582] Er bediente sich dieser in der deutschsprachigen rechtswissenschaftlichen Tradition rekurrenten Figur, um die Verwechslung der Ebenen der Theorie und der Praxis zu vermeiden, was in diesem Zusammenhang nicht viel mehr bedeutet, als die Ebenen der Rechtserkenntnis und der Rechtserzeugung im Sinn des positivistischen Rechtsprogramms der sich gerade entfaltenden Reinen

[577] Obwohl Kelsen selbst eine solche Unterscheidung in ihren Potenzialen beschränkte, indem er die Verfehlung ‚bedingter Erfordernisse' der Rechtsanwendung nicht als ‚Fehler' gelten ließ, und auch künftig kaum Raum für die Differenzierung zwischen Rechtmäßigkeit und Rechtsgeltung geschaffen hat. Vgl. unten Dritter Teil, Kap. VII, S. 383 f., 388–390.

[578] Zur Plausibilisierung einer Unterscheidung zwischen Können und Dürfen ausgehend von Merkls Modell des Fehlerkalküls wie zu Merkls Gegenüberstellung von minimalen und maximalen Rechtsbedingungen vgl. unten Dritter Teil, Kap. VI, S. 295–297.

[579] Vgl. unten Dritter Teil, Kap. VII, S. 406–415.

[580] Otto Pfersmann spricht hübsch von einem Verzicht auf ein „système strictement cognitif", welcher mit der Dynamisierung der Rechtsbetrachtung und der Rechtsordnung einhergeht (*Otto Pfersmann*, La production des normes: production normative et hiérarchie des normes, in: Michel Troper/Dominique Chagnollaud [Hrsg.], Traité international de droit constitutionnel. Tome 2: Distribution des pouvoirs, Paris 2012, S. 482–528 [505]).

[581] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 101 = HKW 3, S. 439–531 (520). Vgl. auch *Sordi*, L'Illecito dello Stato (Anm. 565), S. 535.

[582] Zu Kelsens Gebrauch der Figur der ‚juristischen Konstruktion' vgl. *Dias*, Rechtspositivismus und Rechtstheorie (Anm. 1), S. 137 f. (Fn. 19); *Stanley Paulson*, Konstruktivismus, Methodendualismus und Zurechnung im Frühwerk Hans Kelsens, in: Archiv des öffentlichen Rechts 124 (1999), S. 631–657. Zur „juristischen Konstruktion" als Idee und Praxis im 19. Jahrhundert vgl. *Rudolf von Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Zweiter Theil, Zweite Abteilung, Leipzig 1858, S. 334–414.

Rechtslehre getrennt zu halten. Ob die von ihm von der Warte erkenntnistheoretischer Überlegungen aus entwickelte „juristische Theorie"[583] das Sprachspiel der Rechtstheorie qua distanznehmende Beobachtungsinstanz betreffen oder die Dogmatik qua anwendungsbezogener, juristischer Gebrauchsdisziplin, wird noch nicht klar. Gesprochen wird (hybrid!) mal von einer „dogmatischen Rechtstheorie",[584] mal von einer „Theorie der Rechtserkenntnis",[585] sodass man Gründe hat, anzunehmen, der eigentliche Ort der Reflexionen ist derjenige einer Wissenschaftstheorie, die sich um den adäquaten Begriffsapparat der Rechtswissenschaft qua Rechtsdogmatik kümmere. Eine rekonstruktive Standortbestimmung wird allerdings durch das nicht seltene Changieren des Standpunkts der Überlegungen Kelsens von der Statik zur Dynamik verkompliziert. Diese Unklarheit bezüglich des Status der Reflexionen und Thesen zum Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' wird im Rahmen der breiteren Debatte innerhalb der Wiener Schule oft iteriert.

Die schulimmanente Kontroverse nahm Impulse aus den Auffassungen Kelsens auf und strahlte in Auseinandersetzung mit seinen frühen Ansichten konsequent nicht nur nach innen, sondern auch nach außen. Die Schüler bohrten aber in diesem Themenkreis denkbar tiefer als das Haupt der Wiener Schule es bis dahin gemacht hatte, was eben charakteristisch für die Wechselbezüge zwischen Konzepten und Lehren der unterschiedlichen Mitglieder dieser Schule ist.

---

583 *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 101 = S. 439–531 (520).

584 *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 2 = S. 439–531 (441).

585 *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 412), S. 3 = S. 439–531 (442) – Hervorhebung nicht übernommen.

Kapitel III

Merkls und Sanders Querwege: Zwischen Devotion und Rebellion

Eine geistvolle Facette der Auseinandersetzungen des *enfant terrible* der Wiener Schule, Fritz Sander,[586] mit der Reinen Rechtslehre, nämlich seine zahlreichen rechtstheoretischen Gedankenaustausche mit Hans Kelsens loyalstem und vermutlich orthodoxestem Schüler, Adolf Julius Merkl,[587] fand bisher eine sehr begrenzte Beachtung im rechtswissenschaftlichen Diskurs.[588] Dass auch die Merkl–Sander-Kontroverse in den blinden Fleck der heutigen rechtstheoretischen Reflexionen geraten ist, kann als eine Nebenwirkung der allgemeinen Vergessenheit von Sanders Œuvres verstanden werden.[589] Die jeweils eigene Rechtstheorie der verschiedenen

[586] Kelsen stempelt in einem Brief an den italienischen Rechtsphilosophen Giorgio del Vecchio Sander nachträglich als ehemaligen „orthodoxen" Anhänger der Reinen Rechtslehre ab: „Ich habe in dieses Verzeichnis nur solche Gelehrte aufgenommen, die schon als akademische Lehrer tätig sind. Nicht aufgenommen habe ich Professor Fritz Sander, Deutsche Universität Prag, da dieser anfangs zwar ein sehr orthodoxer Anhänger der reinen Rechtslehre war, sich später aber sehr heftig gegen sie gewendet hat" (Brief von Hans Kelsen an Giorgio Del Vecchio vom 1. Februar 1932, in: Sapienza – Universitá di Roma, Archivio Giorgio Del Vecchio, Korrespondenz Del Vecchio–Kelsen).

[587] Für die Charakterisierung Merkls als „orthodoxer Anhänger" und „Fanatiker der Kelsenschen Normlogik" vgl. *Josef Kunz*, [Buchbesprechung] Adolf Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft. Entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung. Wiener Staatswissenschaftliche Studien. Alte Folge. XV. Bd., 2. Heft. Leipzig und Wien. F. Deuticke, 1923, 302. S., in: Zeitschrift für öffentliches Recht 4 (1924/1925), S. 355–362 (355, 358). Vgl. auch *Weyr*, Vznik a dosavadní vývoj normativní teorie (Anm. 209), S. 342. Merkl selber bezeichnete sich als den „ältesten" Schüler Kelsens, vgl. Zeugenaussage Merkls vom 28. Mai 1923 (Anm. 14), S. 1 – vgl. aber auch den *claim* von *Friedrich Nelböck*, Ich war sein erster Schüler. Erinnerungen an den großen Rechtslehrer Dr. Hans Kelsen, in: Sudetenpost vom 12. Dezember 1974, S. 4; Nelböck war – anders als Merkl – bei Kelsens Vorlesung „Der österreichisch-ungarische Ausgleich" im WS 1911/1912 eingeschrieben (vgl. Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Wintersemester 1911/1912, Nr. 502 Buchstabe „L–N", Friedrich Nelböck, Z. 1106).

[588] Nennenswerte Ausnahmen sind: *Alexander Somek*, Wissen des Rechts, Tübingen 2018, S. 19–25; *Alexander Somek*, Knowing What the Law Is. Legal Theory in a New Key, New York/Oxford 2021, S. 101–111; *Thomas Hochmann*, Welche Rolle für die Rechtswissenschaft? Zu einer Debatte innerhalb der Wiener rechtstheoretischen Schule, in: Matthias Jestaedt/Ralf Poscher/Jörg Kammerhofer (Hrsg.), Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand/Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions, Beiheft 163 des ARSP, Stuttgart 2020, S. 161–176; *Thomas Hochmann*, Legal Science According to the Pure Theory of Law, in: Mathieu Carpentier (Hrsg.), Meta-theory of Law, Hoboken/London 2022, S. 265–284. Vgl. auch *Luka Samonig*, Fehlerkalkül, Alternativermächtigung, Revolution. Zur Geltung fehlerhafter letztinstanzlicher Entscheidungen, Wien 2022, S. 67–72.

[589] Zu diesem In-Vergessenheit-Geraten hat Sander selbst nicht unwesentlich beigetragen. Durch seine persönliche und akademische Polemik gegen den ehemaligen Lehrer, Hans Kelsen,

Schüler Kelsens wird ohnehin selten an sich und für sich allein berücksichtigt.[590] Wenn überhaupt Ansätze anderer Mitglieder der Wiener Schule der Rechtstheorie zu den unterschiedlichsten rechtstheoretischen Problemen behandelt werden, wird dies in der Regel in engem Zusammenhang mit der Reinen Rechtslehre gemacht, die ansonsten kurzsichtig ausschließlich mit dem Namen ‚Kelsen' in Verbindung gebracht wird.[591] Gefragt wird nach Beiträgen von Schülern zu punktuellen Ent-

---

die in gegenseitigen Plagiatsvorwürfen eskalierte, hat sich Sander die naheliegendsten Rezeptionswege für seine eigenen rechtstheoretischen Perspektiven (nämlich: die Aufnahme durch die kommenden Generationen der ‚Reinen Rechtslehrer') weitgehend versperrt.

[590] Eine Ausnahme bildet exakt die Beschäftigung mit der Rechtstheorie Merkls, die aber sicherlich einer noch weitergehenden Vertiefung durch die sekundäre Literatur bedarf und diese auch verdient. Vgl. z. B. zu rechtstheoretischen Aspekten des Werks Merkls: *Angelo Abignente*, Delegazione e derogazione normativa: La costruzione di Adolf Merkl, Napoli 1984; *Angelo Abignente*, La Dottrina del Diritto tra Dinamicità e Purezza. Studio su Adolf Julius Merkl, Napoli 1990. Für die Verflechtungen zwischen Vita und Œuvre vgl. *Wolf-Dietrich Grussmann*, Adolf Julius Merkl. Leben und Werk, Wien 1989; *Robert Walter* (Hrsg.), Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit, Wien 1990. Alfred Verdross ist im engeren Kreis der Völkerrechtswissenschaftler auch jenseits des deutschsprachigen Raums relativ bekannt, aber selten werden seine Thesen und Konzepte unabhängig von denjenigen Kelsens untersucht, vgl. z. B. *Jochen Bernstorff*, The Public International Law Theory of Hans Kelsen, Cambridge 2011; *Jörg Kammerhofe*r, Uncertainty in International Law. A Kelsenian Perspective, London 2011, S. 210–224. Felix Kaufmann erweckt ziemlich konsequent die Aufmerksamkeit derjenigen Forscher, die sich mit einem anderen der Wiener Kreise beschäftigen, nämlich mit dem Kreis des sogenannten logischen Positivismus um Moritz Schlink, vgl. z. B. *Friedrich Stadler* (Hrsg.), Phänomenologie und logischer Empirismus. Zentenarium Felix Kaufmann (1895–1949), Wien/New York 1997. Auch die an der Phänomenologie qua philosophische Strömung des 20. Jahrhunderts Interessierten zeigen wiederholt Neugier an den rechtstheoretischen Versuchen Kaufmanns und Fritz Schreiers, vgl. z. B. *Giuliana Stella*, I Giuristi di Husserl. L'Interpretazione Fenomenologica del Diritto, Roma 1990; *Sophie Loidolt*, Einführung in die Rechtsphänomenologie, Tübingen 2010. Erich Voegelin ist es seiner politikwissenschaftlichen Betätigung halber gelungen, im wissenschaftlichen Diskurs eine relative Autonomie gengenüber Kelsen zu erreichen, vgl. z. B. *Barry Cooper*, Eric Voegelin and the Foundations of Modern Political Science, Columbia 1999; *Michael Henkel*, Positivismuskritik und autoritärer Staat. Die Grundlagendebatte in der Weimarer Staatsrechtslehre und Eric Voegelins Weg zu einer neuen Wissenschaft der Politik (bis 1938), 2. Aufl., München 2005.

[591] Die Literatur zu Merkls Stufenbaulehre und deren Relevanz für die Dynamisierung des Rechtskonzepts der Reinen Rechtslehre Kelsens ist z. B. abundant, vgl. *Robert Walter*, Der Aufbau der Rechtsordnung, 2. unveränderte Auflage, Wien 1974; *Theo Öhlinger*, Der Stufenbau der Rechtsordnung. Rechtstheoretische und ideologische Aspekte, Wien 1975; *Jürgen Behrend*, Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkls und Hans Kelsens, Berlin 1977; *Stanley L. Paulson*, Zur Stufenbaulehre Merkls in ihrer Bedeutung für die Allgemeine Rechtslehre, in: Robert Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit, Wien 1990, S. 93–106; *Heinz Mayer*, Die Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in: Robert Walter (Hrsg.), Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre, Wien 1992, S. 37–46; *Stanley L. Paulson*, On the implications of Kelsen's doctrine of hierarchical structure, in: The Liverpool Law Review 28 (1996), S. 49–62; *Wolf-Dietrich Grussmann*, Adolf Julius Merkl und die Lehre vom Stufenbau des Rechts, in: Josef Walter Aichlreiter (Hrsg.), Recht (v)ermessen. Festschrift für Herbert Hofer-Zeni zum 60. Geburtstag, Wien 1998, S. 95–105; *Ewald Wiederin*, Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkls, in: Stefan Griller/Heinz-Peter Rill (Hrsg.), Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung, Wien 2011, S. 81–134; *Stanley Paulson*, How Merkl's Stufenbaulehre Informs Kelsen's Concept of Law, in: Revus 21 (2013), S. 29–45; *Thomas Olechowski*, Legal Hierarchies in the Works of Hans Kelsen and Adolf Julius Merkl, in: Ulrike Müßig (Hrsg.), Reconsidering Constitutional Formation II. Decisive Constitutional Normativity, Cham 2018, S. 353–362.

wicklungen in Kelsens rechts(wissenschafts)theoretischem System und deren eruierte Konstrukte und Modelle erscheinen wie Satelliten im Makrokosmos der sich um Kelsen herum und von Kelsen aus entfaltenden Reinen Rechtslehre.[592] Die wissenschaftliche Anziehungskraft Kelsens ist dermaßen stark, dass man sich von dessen individuellen Singularität und dessen Ansätzen nicht zu entfernen vermag. Die Wiener Schule wird in Funktion Kelsens interpretiert und die Reine Rechtslehre wird weniger als ein Denkstil bzw. eine rechtstheoretische, entwicklungsoffene Tradition, denn als ein fertiges Modell gehandhabt, zu dem die Schüler Kelsens bestimmt etwas beigetragen haben müssen, aber das sich in einer Standardversion, wie sie sich in den Schriften Kelsens wiederfindet, in ihrem rechtstheoretischen Potenzial erschöpfe. Im Fall von Sander gilt daneben – nichtnuanciert und nach wie vor – das im engeren Kreis der Vertrauten Kelsens vor fast hundert Jahren gefallenen Verdikt: Ohne Hans Kelsen kein Fritz Sander.[593] Dies scheint meistens stillschweigend gleichgesetzt zu werden mit Irrelevanz – vermeintlich mangels Originalität – des Ansatzes Sanders für die Rechtstheorie im Allgemeinen und für die Reine Rechtslehre insbesondere. Meistens bleibt man bei dem Kuriosum eines Prioritätenstreits zwischen Lehrer und Schüler hängen.[594]

Nicht einmal schulimmanenten Kontroversen wurden bisher bedeutende rechtstheoretische Arbeiten gewidmet, ohne dass Kelsen im Zentrum der Betrachtung stünde, geschweige denn den Rechtstheorien der Wiener Schüler Kelsens in ihrer eigenen Systematik und Entwicklung, Struktur und Dynamik. Vor allem wurde noch nie – losgelöst von der Fragestellung nach der Bedeutung für die Reine Rechtslehre Kelsenscher Art – ein forschender Blick auf deren innere Entfaltung mittels Auseinandersetzung(en) mit alternativen Diskursangeboten und aufgrund aus Angriffen und Irritationen unterschiedlichster Kritiker stammenden Herausforderungen geworfen. Die (teilweise berechtigte) Kelsen-Fixierung verhinderte bisher vielleicht sogar nicht unwichtige Neuentdeckungen in der Betrachtung der Formationsgeschichte der Reinen Rechtslehre qua kollektives Werk. Manch vielversprechender Ansatz der anderen Mitglieder der Wiener Schule blieb folglich

---

[592] Ein bemerkenswerter erster und solider Versuch in der Sekundärliteratur, die Reine Rechtslehre als kollektives Werk darzustellen, wurde vom Hans Kelsen–Institut mit dem 30. Band seiner ‚Grünen Reihe' unternommen, vgl. *Walter/Jabloner/Zeleny* (Hrsg.), Der Kreis um Kelsen (Anm. 215). Vgl. auch *Rudolf Aladár Métall* (Hrsg.), 33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre, Wien 1974; *Ebenstein*, Die rechtsphilosophische Schule der Reinen Rechtslehre (Anm. 3). Erwähnenswert ist auch die zweibändige Sammlung von Aufsätzen aus der Feder von Kelsen, Merkl und Verdross: *Hans Kelsen/Adolf Merkl/Alfred Verdross*, Die Wiener rechtstheoretische Schule, hrsg. von Hans Klecatsky, René Marcic und Herbert Schambeck, 2 Bd., Wien 1968.

[593] Vgl. *Josef Kunz*, Sander contra Kelsen, in: Gerichtszeitung 73 (1922), S. 25–27, 39–42 (42). Aus der aktuelleren Literatur vgl. *Korb*, Kelsens Kritiker (Anm. 157), S. 166–182.

[594] Apropos Kuriosum und Prioritätsstreit, vgl. die typischen merkwürdigen Anmerkungen Schmitts in seinen Aufzeichnungen aus September 1923: „Sander Kelsen: Wie Kraus und Engel Wiener Juden; sie suchen Prioritäten; diese Leute denken wirklich formal juristisch; Erfinder ist derjenige, der die Erfindung anmeldet, nicht derjenige, der sie gemacht hat. Der zuerst ein Geschrei darum macht" (*Carl Schmitt*, Der Schatten Gottes. Introspektionen, Tagebücher und Briefe 1921 bis 1924, hrsg. von Gerd Giesler, Ernst Hüsmert und Wolfgang H. Spindler, Berlin 2014, S. 481).

unausgeschöpft. Man bemühte sich, auf den Schultern des Riesen Kelsen stehen zu können und ließ die durch den Schatten des Giganten verdeckten Schüler oft unbeachtet.

Die vorliegende Dissertation wagt sich also auf unbeackertes Land, wenn die Kontroverse zwischen Merkl und Sander, die Kollision zwischen ihren unterschiedlichen Versionen der Reinen Rechtslehre in puncto Verarbeitung der Rechtsfehlerproblematik ins Zentrum der Aufmerksamkeit gerückt wird. Dabei durfte auf die Kontextualisierung dieser Debatte durch die Rekonstruktion der kognitiven Nische wie deren allgemeines erkenntnistheoretisches Validationssystems nicht verzichtet werden (Erster Teil, Kap. I). Es ging dabei um die ideen- und intellektuell-geschichtliche Einordnung dieser bislang nicht hinreichend beachteten rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung bzw. Polemik durch die Erhellung ihrer Einbettung in der Entstehungsgeschichte der Wiener Schule; daher auch die intertextuelle Kontextualisierung, die sich anstrengte, den Stand der Debatte innerhalb der Wiener Schule zu rekonstruieren (Erster Teil, Kap. II), innerhalb derer die Merkl–Sander-Kontroverse losging. Danach wird es Zeit, darauf aufbauend Merkl und Sander mit ihren jeweiligen Ansätzen die ihnen gebührende Hauptrolle in dieser Dissertation übernehmen zu lassen.

Bevor die Aufmerksamkeit auf die rechtswissenschafts- und rechtstheoretischen Dimensionen der schulimmanenten Polemik zwischen Merkl und Sander um die Rechtskraft des ‚rechtswidrigen Rechts' gerichtet werden kann und nachdem der Rahmen der Kontroverse durch eine Schilderung der Struktur und Dynamik, des Settings wie der Funktionsweise der Wiener Schule qua Forschungs- und Forscherformation umrissen wurde, ist eine letzte Binnenkontextualisierung vonnöten. Die knappen folgenden Digressionen gelten als Unterfangen, die konkrete Einfügung der beiden Protagonisten der zu rekonstruierenden Debatte in das Gefüge der Wiener Schule der Rechtstheorie und ihre Verhältnisse zueinander zu präzisieren. Denn die Merkl–Sander-Kontroverse, die dann für sich selbst untersucht wird, schöpft aus dem gemeinsamen Forschungsprogramm der Reinen Rechtslehre und kann kaum ohne das Einbeziehen ihres Entstehungskontexts nachvollzogen werden. Sie verweist aber darüber hinaus auf „persistent questions"[595] der rechtstheoretischen wie der rechtsdogmatischen Beschäftigung mit dem Recht. Wie sich diese Fragen in dem schulimmanenten Austausch des Kelsen-Kreises, insbesondere in der Beziehung von Merkl und Sander zueinander, aufdrängten, soll hier konzeptualisiert und mit Blick auf die in Betracht kommende Problemstellung rekonstruiert werden, damit sich der Zweite Teil auf die rechts(wissenschafts)theoretischen Problemen selbst konzentrieren kann, die die Kontroverse ausmachen.

---

[595] Wendung in: *H. L.A. Hart*, The Concept of Law, Oxford 1961, S. 1; *H. L.A. Hart*, The Concept of Law, 2. Aufl., Oxford 1994, S. 1.

A. Im Gravitationsfeld Kelsens: Wege, die sich kreuzten

Die akademischen und persönlichen Wege (des jüdisch-stämmigen) Sanders[596] und (des katholischen) Merkls berühren sich immer wieder im Verlauf von deren Karriere und Leben, wobei sich lobende Hochschätzung, Ver- wie Befremdung und virulente Kritik in den wechselseitigen, kaum überschaubaren Stellungnahmen beider Rechtstheoretiker zum Werk des jeweils anderen abwechseln. Das Verhältnis der vielleicht begabtesten Schüler Kelsens zueinander gewann im Laufe der Zeit die Konturen einer an Kain und Abel erinnernden Geschwister-Eifersuchtstragödie,[597] die auch als ein Kampf um die (geist)väterliche Anerkennung Kelsens gedeutet werden kann und in einer Art (geist)brüderlicher Gegnerschaft kulminierte.

Bei allen Wegkreuzungen scheint der knapp ein Jahr jüngere Merkl[598] universitär-institutionell häufig einen Schritt voraus gewesen zu sein. Ein Abstand, den Sander intellektuell unermüdlich wettzumachen versuchte, indem er sich selbst als den wahren Entdecker bzw. Erfinder einiger der unwiderruflichen Errungenschaften der Reinen Rechtslehre betrachtete und darstellte, deren Verdienste im rechtswissenschaftlichen Diskurs aber oft dem kreativen Genius Merkls zugesprochen werden.[599] Nur wenige Jahre vor seinem Tod 1939 leistete sich Sander, als er 1935 nach langer Pause wieder in Berührung mit Kelsen gekommen war, als dessen Berufung nach Prag zur Diskussion stand,[600] die Publizierung einer umfassenden kri-

---

[596] Fritz Sander trat am 28. Mai 1918 aus der jüdischen Gemeinschaft aus, als er 28 Jahre alt war. In seinem Lehrstellengesuch bei der Exportakademie im August 1918 gab er bereits an, „römisch-katholisch" zu sein, vgl. Lehrstellengesuch Fritz Sander 1918 (Anm. 206).

[597] Bei *Goller*, Naturrecht, Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie? (Anm. 49), S. 258, taucht die Bezeichnung des Konflikts zwischen Merkl und Sander als „private Eifersuchtstragödie" auf.

[598] Adolf Julius Merkl ist am 23. März 1890 in Wien, Fritz Sander am 8. Juni 1889 in Heiligenstadt (damals eine eigenständige Gemeinde) geboren.

[599] So ist es geschehen z. B. mit der Stufenbaulehre, vgl. *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 99), S. 23, und mit der dynamischen Auffassung des Rechts(verfahrens) überhaupt, vgl. *Fritz Sander*, In eigener Sache, Prag 1923/1924, S. 2. Sander wird mitunter außerhalb der Wiener Schule tatsächlich als der geistige Vater der Stufenbaulehre, genauer als der kreative Geist hinter der Dynamisierung der rechtswissenschaftlichen Betrachtung des Rechts behandelt, vgl. z. B. *Julius Binder*, Rechtsphilosophie, Berlin 1925, S. 197, 868 f. Kelsen bestritt seinerseits vehement, dass Sander irgendeine entscheidende Rolle bei der Dynamisierung der Betrachtungsweise des Rechts durch die Reine Rechtslehre gespielt habe. Dieses Verdienst sprach er Adolf Merkl zu, vgl. Eingabe Kelsen vom 6. Mai 1923 (Anm. 200), S. 12 f. Merkl selber erkennt die diesbezüglichen Verdienste von Alfred Verdross an, vgl. *Merkl*, Ein Kampf gegen die normative Jurisprudenz (Anm. 98), S. 7 (Fn. 8) = Merkl-GS I/1, S. 339–364 (343 Fn. 8). Günther Winkler und Agostino Carrino gehören zu den wenigen Autoren in der Sekundärliteratur, die den Beitrag Sanders zur Konzeptualisierung der Rechtsdynamik anerkennen und würdigen, vgl. z. B. *Günther Winkler*, Glanz und Elend der Reinen Rechtslehre, Saarbrücken 1988, S. 37, 51; *Agostino Carrino*, Autopoiesi dell'ordinamento dinamico, in: Letizia Gianformaggio (Hrsg.), Sistemi normativi statici e dinamici, analisi di una tipologia kelseniana, Torino 1991, S. 203–229 (203 f.). Die Anmerkung, die Stufenbaulehre und damit die Dynamisierung des Rechtsblicks seien dem Schüler Kelsens, Adolf Merkl, zuzusprechen, ist mittlerweile zu einem Pflichtsatz in den Standarddarstellungen der Reinen Rechtslehre geworden – ohne dass diesem Pflichtsatz eine tiefere Beschäftigung mit der Lehre der Stufenbauten Merklscher Art folgt.

[600] Zur Berufung Kelsens nach Prag vgl. *Olechowski*, Biographie (Anm. 2), S. 599–603.

tischen Abhandlung zur sogenannten „Lehre vom Stufenbau des Rechts“,[601] dem bedeutsamsten Schlachtfeld der Rechtstheorie Merklscher Provenienz. Obwohl Sander diese Lehre für unhaltbar hielt, konnte er nicht unterdrücken, geltend zu machen, „daß schon die ganze Terminologie der Lehre vom Stufenbau des Rechts, wie sie in den späteren Arbeiten Merkls und Kelsens hervortritt“,[602] von seiner eigenen Denk- und Sprechweise mitgeprägt war; es ließe sich bezweifeln, dass man mit Adäquanz von einer „Merklschen Lehre vom Stufenbau des Rechts“[603] reden dürfte. Die Merklsche Rechtslehre mit ihrem Stufenmodell meinte Sander, auch wenn diese Lehre von Sanderschen Motiven durchdrungen worden sei, schon seit 1918 ständig bekämpft zu haben[604] – also bereits seit seiner ersten wissenschaftlichen Publikation.[605]

In Sanders erstem Aufsatz wird ein rudimentärer Ansatz zum Problem der Rechtskraft skizziert, ein Thema, das später das Zentrum der Reflexionen Merkls zum Recht bilden wird[606] und mit dem sich Merkl zu diesem Zeitpunkt schon intensiv beschäftigt hatte.[607] 1918 ist aber auch das Jahr der Veröffentlichung der – sozusagen in Namen der „jungösterreichischen Schule der Rechtstheorie“ geschriebenen[608] – Erwiderung Sanders auf die Angriffe Bernhard Starks[609] gegen die Rechtslehre Kelsens und seiner Schüler. Sander verteidigte dabei einerseits ausgerechnet Merkl gegen den Vorwurf, das ganze Recht als schon in den Verfassungsgesetzen inbegriffen zu fabulieren, merkte andererseits aber im gleichen Zuge an, dass die damals von Merkl versprachlichte Vorstellung, eine außerhalb des vom anzuwendenden Rechtssatz gesteckten Bedeutungsrahmens erzeugte Rechtsnorm

---

[601] *Fritz Sander*, Kritik an der Lehre vom Stufenbau des Rechts, in: Fritz Sander, Verfassungsurkunde und Verfassungszustand der tschechoslowakischen Republik, Brünn/Prag/Leipzig/Wien 1935, S. 169–194.

[602] *Sander*, Kritik an der Lehre vom Stufenbau des Rechts (Anm. 601), S. 12 (Fn. 1); vgl. auch *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 99), S. 35 f.

[603] *Sander*, Kritik an der Lehre vom Stufenbau des Rechts (Anm. 601), S. 12 (Fn. 1).

[604] *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 18), Sp. 29.

[605] Vgl. *Fritz Sander*, Zeitliche Kollision strafprozessualer Normen. Ein Beitrag zur Frage der Wiedereinführung der Geschworenengerichte, in: Gerichtszeitung (1918), S. 7–12, 25–29.

[606] Bereits der Habilitationsvortrag Merkls 1919 war der Rechtskraftproblematik gewidmet vgl. oben Erster Teil, Kap. I, S. 42 (Anm. 142). Und in einer Reihe von Aufsätzen zwischen 1915 und 1923 entwickelte er allmählich seine eigene Lehre der Rechtskraft, die dann umfassend in seiner diesbezüglichen Monographie präsentiert und weiter verfeinert wurde, vgl. *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 101).

[607] Anlass für die rechtstheoretischen Konstruktionen des Erstlingswerks von Sander bot wiederum eine Problematik, mit der sich Merkl ab 1915 publizistisch beschäftigte: die (Wieder-) Einführung der Geschworenengerichte in das österreichische positive Recht, vgl. *Sander*, Zeitliche Kollision strafprozessualer Normen (Anm. 605) mit *Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege (Anm. 410) = Merkl-GS II/1, S. 3–69.

[608] „Gerade zur Verteidigung meiner Lehre gegen Angriffe, die […] auf die ‚jungösterreichische Schule‘ geführt wurden, hat Sander – als Wortführer dieser Schule – seine Erstlingsschrift: ‚Rechtswissenschaft und Materialismus‘ veröffentlicht“ (*Kelsen*, Rechtswissenschaft und Recht [Anm. 18], S. 104).

[609] *Stark*, Die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft und die naturwissenschaftliche Methode (Anm. 18).

stelle einen Fall von Nicht-Recht dar, zu Schwierigkeiten bei der Abgrenzung des Ansatzes der Reinen Rechtslehre von den von ihr bekämpften Naturrechtslehren[610] führen könnte.[611] Damit wurde in gewisser Weise die Merkl–Sander-Kontroverse eröffnet; ein Aufschlag, der mit den ersten rechtswissenschaftlichen Bemühungen Sanders zusammenfiel.

Werden die chronologischen Angaben Sanders verwendet und dazu die Entfaltung seiner Rechtstheorie in den verschiedenen Beiträgen verfolgt, ist es nicht übertrieben zu sagen, dass seine gesamte rechtswissenschaftliche Tätigkeit von 1918 bis 1939 durch seine kritische Auseinandersetzung mit den zentralen Thesen der Reinen Rechtstheorie Wiener Prägung gekennzeichnet ist. Insbesondere hat Sander sich mit Theoremen Merkls und Kelsens befasst, die damals noch *work in progress* waren und zu deren Fortschritt Sander durch ständige Irritationen und Provokationen nicht wenig beigetragen hat. Ab Mitte der 1920er Jahre wendete er sich immer mehr der Soziologie bzw. der Gesellschaftslehre[612] zu und versuchte, sich vom Ruf des (wenn auch rebellischen) Schülers Kelsens zu befreien.[613] Das (rechts)wissenschaftliche Schicksal Sanders ist aber bislang ironischerweise dadurch gekennzeichnet, dass allen seinen Abgrenzungsmanövern gegenüber der Wiener Schule zum Trotz sein eigenes rechtstheoretisches Werk in der rechtstheoretischen Forschung auf ein (unglückliches) Kapitel der Entwicklungsgeschichte der Reinen Rechtslehre Kelsens reduziert wird. Die heftige Kritik an der Lehre Kelsens garantierte Sander nicht die von ihm gewünschte Autonomie. Sein Kampf gegen die Merklsche Lehre wurde so gut wie vergessen.

Die Schicksale und Wege von Merkl und Sander kreuzten sich früh. Sie frequentierten als Studenten gleichzeitig die rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Wien, Merkl von 1908 bis 1912 und Sander von 1907 bis 1911.[614] Sander war in seinem dritten Studiensemester, als Merkl im Wintersemester 1908/1909 sein Studium begann; während „Friedrich Sander“[615] sich damals hauptsächlich mit

---

[610] Vgl. *Sander*, Rechtswissenschaft und Materialismus (Anm. 48), S. 531. Dazu ausführlicher unten Zweiter Teil, Kap. VI, S. 276–278, 305–309.

[611] Zur Ambivalenz der Sanderschen Verteidigung der „jungösterreichischen Schule“ vgl. *Olechowski*, Biographie (Anm. 2), S. 317.

[612] In diesem Zusammenhang wendete sich Sander z. B. allmählich energischer gegen die Kelsensche Identitätsthese zwischen Staat und Rechtsordnung, die er als bloßes ideologisches Produkt des politischen Liberalismus ansah, vgl. *Fritz Sander*, Allgemeine Staatslehre, Brünn 1936, S. 505.

[613] Vgl. z. B. *Fritz Sander*, [Buchbesprechung] Josef L. Kunz, Völkerrechtswissenschaft und Reine Rechtslehre. Wiener staatswissenschaftliche Studien. Neue Folge, Band 3, 1923, 86 S., in: Archiv des öffentlichen Rechts 45 (1924), S. 261–263 (263). Vgl. auch *Korb*, Sander gegen Kelsen (Anm. 361), S. 203 f.

[614] Dies ergibt sich sowohl aus den jeweiligen Inskriptionsblättern Merkls und Sanders („Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät“) als auch aus deren Lebensläufen, die den jeweiligen Habilitationsgesuchen beigefügt worden sind, vgl. PA Merkl (Anm. 142), Z. 27385/1919; PA Demelius (Anm. 67), Z. 13.322-I/1920.

[615] Eine Namensänderung von „Friedrich“ zu „Fritz“ Sander ist im Übergang vom Sommersemester 1909 auf das Wintersemester 1909/1910 zu konstatieren, vgl. Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Sommersemester 1909, Nr. 459 Buchstabe „S“, Friedrich Sander,

Vorlesungen im Bereich des Kirchenrechts beschäftigte,[616] gönnte sich der Erstsemestler Merkl den Besuch von Kursen zur englischen Sprache bei Gerald George Bagster (?) und zur Psychologie bei Wilhelm Jerusalem (1854–1923), was er in seinem zweiten Studiensemester fortsetzte, indem er sich für den zweiten Teil des Sprachkurses inskribierte und sich jenseits eines eher standardmäßig juristischen Programms noch bei einer Vorlesung zur Ethik bei Jerusalem einschrieb.[617] Sander hatte übrigens in seinem ersten Studiensemester im Winter 1907/1908 auch experimentiert und sich bei Vorlesungen zur Harmonielehre und zu Beethoven im Institut für Musikwissenschaft sowie zur praktischen Philosophie in der Theologischen Fakultät angemeldet.[618] Inskribierte Sander bereits in seinem zweiten Studiensemester im Sommer 1908 bei Bernatziks „Geschichte der Rechtsphilosophie“,[619] entdeckte Merkl seinen Lehrer, dem er die Monographie zur Rechtskraft 1923 in Memoriam widmen würde,[620] erst in seinem vierten Studiensemester im Sommer 1910, als er an der Reihe war, „Geschichte der Rechtsphilosophie“ zu hören.[621] Es war ausgerechnet eine Vorlesung Bernatziks, die zur einzigen Lehrveranstaltung wurde, für die sich Merkl und Sander gleichzeitig in ihrem fünften respektive siebten Studiensemester einschrieben: „Allgemeines Österreichisches Staatsrecht“ im Wintersemester 1910/1911.[622] Im darauffolgenden Sommersemester 1911 wür-

---

Z. 752; Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Wintersemester 1909/1910, Nr. 468 Buchstabe „S“, Fritz Sander, Z. 944.

[616] Sander inskribierte im Wintersemester 1908/1909 für Kirchenrecht bei Max Ritter Hussarek von Heinlein (1865–1935) (5 SWS) und für Staatskirchenrecht (2 SWS) bei Paul August Leder (1870–1930), vgl. Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Wintersemester 1908/1909, Nr. 450 Buchsstabe „S“, Friedrich Sander, Z. 492.

[617] Merkl war auch für einen Kurs bei Laurenz Müllner (1848–1911) an der Philosophischen Fakultät angemeldet, vgl. Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Wintersemester 1908/1909, Nr. 448 Buchsstaben „L–N“, Adolf Merkl; Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät, Sommersemester 1909, Nr. 457 Buchsstaben „L–N“, Adolf Merkl. Im Sommersemester 1910 inskribierte Merkl wieder für eine psychologische Lehrveranstaltung bei Jerusalem, vgl. Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Sommersemester 1910, Nr. 475 Buchsstaben „L–N“, Adolf Merkl, Z. 528.

[618] Angemeldet war er für die Beethoven-Stunden (1 SWS) bei Guido Adler (1855–1941), für Harmonielehre (2 SWS) bei Hermann Grädener (1844–1929) und für Praktische Philosophie (4 SWS) bei Laurenz Müllner, Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Wintersemester 1907/1908, Nr. 433 Buchstabe „S“, Friedrich Sander, Z. 125.

[619] Angemeldet war er für „Geschichte der Rechtsphilosophie mit besonderer Berücksichtigung der politischen und sozialen Theorien“ (4 SWS) bei Bernatzik, vgl. Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Sommersemester 1908, Nr. 442 Buchstabe „S“, Friedrich Sander, Z. 957.

[620] „Dem Andenken Edmund Bernatziks gewidmet“ (*Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft [Anm. 101], S. III).

[621] Vgl. Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Sommersemester 1910, Nr. 475 Buchsstaben „L–N“, Adolf Merkl, Z. 528.

[622] Die Lehrveranstaltung betrug 5 SWS, vgl. Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Wintersemester 1910/1911, Nr. 484 Buchsstabe „L–N“, Adolf Merkl, Z. 87; Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Wintersemester 1910/1911, Nr. 486 Buchsstabe „S“, Fritz Sander, Z. 594. Alfred Verdross war ebenfalls für diese Lehrveranstaltung eingeschrieben, vgl. Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Wintersemester 1910/1911, Nr. 487 Buchsstabe „T–V“, Alfred Verdross, Z. 1448.

den sich die beiden noch für weitere Lehrveranstaltungen von Bernatzik interessieren: Merkl schrieb sich für die Vorlesung „Verwaltungslehre und österreichisches Verwaltungsrecht“ und für das „Staats- und Verwaltungsrechtliche Seminar“ ein,[623] Sander hingegen nochmals für „Geschichte der Rechtsphilosophie“.[624] Insgesamt war das Vorlesungsprogramm Merkls etwas umfangreicher als dasjenige Sanders,[625] der sich eher minimalistisch durch das Jus-Studium durchkämpfte;[626] die Inskriptionsblätter der beiden zeugen anhand einiger Kurse anderer Fakultäten, wie ein paar Überstunden in Fächern aus der Nationalökonomie und Gesellschaftslehre im Merkls Fall,[627] für ein Interesse an (strenggenommen) nichtjuristischen Disziplinen, was zum Grundverständnis des Wiener Kreises um Kelsen gehört zu haben scheint.

Merkl und Sander beschlossen gleichzeitig und zusammen mit Alfred Verdross das juristische Studium und legten zum selben Prüfungstermin im Juli 1912 die staatswissenschaftliche Staatsprüfung ab. Dabei wurden Sander wie Merkl mit „gutem Erfolg“ durch Stimmenmehrheit bewertet; Verdross überzeugte etwas mehr und bekam als Ergebnis „guten Erfolg“ durch Stimmeinhelligkeit und Auszeichnung zum Verwaltungsrecht.[628] Sander hatte bereits am 28. April 1909 die rechts-

---

[623] Vgl. Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Sommersemester 1911, Nr. 493 Buchsstaben „L–N“, Adolf Merkl, Z. 1198; in diesem Semester meldete sich Merkl für einen Kurs an der Philosophischen Fakultät zu Dante und Thomas von Aquin bei Laurenz Müllner und für eine Lehrveranstaltung an der Geschichtlichen Fakultät bei Gustav Turba (1864–1935) an.

[624] Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Sommersemester 1911, Nr. 495 Buchsstabe „S“, Fritz Sander, Z. 1910. Warum Sander in seinem 8. Studiensemester sich nochmals für eine Lehrveranstaltung anmeldete, für die er bereits in seinem 2. Studiensemester inskribiert hatte, ließ sich nicht ermitteln.

[625] Merkl selbst sprach nachträglich von einem „fast übermäßigen Vorlesungsbesuch“ (*Merkl*, [Selbstdarstellung] Adolf Julius Merkl [Anm. 419], S. 138); vgl. auch *Grussmann*, Adolf Julius Merkl (Anm. 590), S. 17.

[626] Während des Studiums hatte Sander wenigstens vier unterschiedliche Wohnorte: Dies kann als Indiz für finanzielle Schwierigkeiten gedeutet werden, die dann dazu geführt haben, dass Sander sich im Studium immer mehr auf das Notwendige beschränken musste. Die Wohnorte Sanders waren: IX. Bezirk, Günthergasse 1 (SoSe 1908–WS 1909/1910); I. Bezirk, Maximilianplatz 12 (SoSe 1910); XIX. Bezirk, Parallelgasse zur Peterjordangasse 10 (WS 1910/1911) und XIX. Bezirk, Nedergasse 19 (SoSe 1911). Dies ergibt sich sowohl aus Sanders Inskriptionsblättern als auch aus seinen Meldezetteln (vgl. Wiener Stadt- und Landesarchiv, Meldezettel Fritz Sander vom 15. August 1911). Merkl wohnte hingegen während seines Studiums durchgängig im VII. Bezirk an der Burggasse 102 (III. Stock, Tür Nr. 13) (vgl. Wiener Stadt- und Landesarchiv, Meldezettel Adolf Julius Merkl vom 13. August 1908; Meldezettel Adolf Julius Merkl vom 19. September 1929).

[627] Seit 1784 war die Nationalökonomie im juristischen Studium verankert und gemäß der rechtswissenschaftlichen Studienordnung von 1893 mussten die Studierenden Volkswirtschaftslehre und Volkswirtschaftspolitik im Umfang von zehn Stunden belegen, vgl. *Olechowski/Ehs/Staudigl-Ciechowicz*, Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät (Anm. 85), S. 547–553.

[628] Sander legte die staatswissenschaftliche Staatsprüfung am 13. Juli 1912 ab, Verdross am 2. Juli 1912 und Merkl am 3. Juli 1912, vgl. UAW, Staatswissenschaftliches Staatsprüfungsprotokoll, J28.39-42 (Film 845), Z. 13 (Alfred Verdross), Z. 18 (Adolf Julius Merkl), Z. 46 (Fritz Sander). Vgl. dazu *Busch/Olechowski*, Hans Kelsen als Professor an der Deutschen Universität Prag (Anm. 29), S. 1132 (Fn. 43).

historische Staatsprüfung nach Stimmenmehrheit mit „genügend“ bestanden;[629] Merkl setzte sich dabei am 21. April 1910 mit „gutem Erfolg“ durch,[630] während Verdross zwei Tage danach auch mit „gutem Erfolg“ reüssierte.[631] Die Akte der judiziellen Staatsprüfungen Merkls, Sanders und Verdross‘ sind nicht überliefert, es lässt sich im Fall von Merkl aber feststellen, dass er auch diese Prüfung mit „gutem Erfolg“ bestanden hat.[632] Merkl und Sander bestanden die drei damals für die Erlangung des Doktortitels geforderten Rigorosen unspektakulär mit „genügenden“ Ergebnissen.[633] Verdross stach durch eine mit „ausgezeichnet“ nach Stimmenmehrheit bewertete Leistung bei dem „rechtshistorischen Rigorosum“ heraus, ging aber auch wie seine Studienkollegen bei den judiziellen und staatswissenschaftlichen Rigorosen nicht über „genügend“ hinaus.[634] Sander wurde am 13. November 1912 zum Doktor der Rechte promoviert,[635] während Merkl diesen Titel erst ein halbes Jahr nach Sander und ein paar Tage nach Verdross[636] am 30. Mai 1913 erlangte.[637]

Merkl besuchte noch während des Studiums Lehrveranstaltungen des damals seit Kurzem habilitierten Privatdozenten Hans Kelsen.[638] In seinem achten Studiensemester im Sommer-Semester 1912 inskribierte Merkl bei Kelsens wöchentlich

---

[629] Vgl. UAW, Protokoll über die rechtshistorische Staatsprüfung, J26.2 (Film 835), Z. 121.

[630] Vgl. UAW, Protokoll über die rechtshistorische Staatsprüfung, J24.34, Z. 179. Vgl. auch *Grussmann*, Adolf Julius Merkl (Anm. 590), S. 17 f.

[631] Vgl. UAW, Protokoll über die rechtshistorische Staatsprüfung, J26.2, Z. 227; UAW, Personalakt Alfred Verdross, Umschlagbogen zum Standesausweis. Vgl. auch *Jürgen Busch*, Alfred Verdross – Ein Mann des Widerspruchs?, in: Franz Stefan Meissel et alii (Hrsg.), Vertriebenes Recht – Vertreibendes Recht. Zur Geschichte der Wiener Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zwischen 1938 und 1945, Wien 2012, S. 139–169 (146 f.).

[632] Vgl. Curriculum vitae Adolf Julius Merkl, in: PA Merkl (Anm. 142), ad Z. 27385/19. Vgl. auch *Grussmann*, Adolf Julius Merkl (Anm. 590), S. 17 f. (Fn. 24).

[633] Sander legte das judizielle Rigorosum am 22. November 1911, das staatswissenschaftliche am 9. Juli 1912 und das rechtshistorische am 12. November 1912 ab, vgl. UAW, Rigorosen-Protokolle, J13-24, Z. 4703. Merkl war am 12. November 1912, am 4. März 1913 und am 20. Mai 1913 an der Reihe – jeweils für das judizielle, das staatswissenschaftliche und das rechtshistorische Rigorosum, vgl. UAW, Rigorosen-Protokolle, J13-25, Z. 273.

[634] Verdross legte das staatswissenschaftliche Rigorosum am 22. Oktober 1912, das judizielle am 22. Januar 1913 und das rechtshistorische am 6. Mai 1913 ab, vgl. UAW, Rigorosen-Protokolle, J13-25, Z. 8.

[635] UAW, Promotionsprotokoll, Sig. M32.7, Z. 480 (Fritz Sander).

[636] UAW, Promotionsprotokoll, Sig. M32.7, Z. 634 (Alfred Verdross, Edler von Drossberg).

[637] UAW, Promotionsprotokoll, Sig. M32.7, Z. 657 (Adolf Merkl).

[638] Vgl. Zeugenaussage Merkls vom 28. Mai 1923 (Anm. 14): „Ich kann mich als den ältesten Schüler Kelsens bezeichnen; ich habe seine erste Vorlesung gehört, an seinem Seminar von Anfang an teilgenommen, u. z. ununterbrochen seitdem bis mindestens zum Jahre 1918 […]“. Die Behauptung Merkls, er habe die allererste Vorlesung Kelsens in der juristischen Fakultät erlebt, wurde von ihm vor der Disziplinarkammer der Wiener Universität im Disziplinarfall Kelsen durch die Vorlage seiner Mitschriften nachgewiesen (vgl. UAW, Akademischer Senat, Disziplinarfall Hans Kelsen [1923], 7: Erhebungsakt Prof. Löffler/10: Ergänzung zur Zeugenaussage Prof. Merkls vom 28. Mai 1923, vorgelegt am 30. Mai 1923). Zu keiner der drei ersten Lehrveranstaltungen Kelsens im Wintersemester 1911/1912 (vgl. oben Erster Teil, Kap. I, S. 17 [Anm. 13]) war Merkl indes inskribiert; er muss, wie bereits angemerkt (vgl. oben Erster Teil, Kap. I, S. 17 [Anm. 14]), Kelsens Lehrveranstaltungen lediglich als (freier) Zuhörer besucht haben.

einstündiger Vorlesung zum Thema „das parlamentarische Wahlrecht".[639] Kurz nach der Absolvierung des Studiums wandte er sich dem Selbststudium des Staatsrechts und der Staatslehre sowie des Verwaltungsrechts und der Verwaltungslehre zu und nahm an den Seminaren von Bernatzik, Kelsen und Rudolf Laun (1882–1975) teil.[640] Sander hingegen hat als Jus-Student Kelsen im Hörsaal nicht erlebt. Unmittelbar nach Studienabschluss verkehrte er hauptsächlich im Kreis der Nationalökonomen.[641] Er hat sich aber auch an Seminaren von Kelsen und Emil Schrutka (1852–1918) beteiligt und hielt dabei laut eigenen Angaben einige Referate.[642]

Sowohl er als auch Merkl gehörten jedenfalls spätestens seit den ersten Kriegsjahren zum engeren Kreis von „wissenschaftlichen Schülern und Freunden"[643] Kelsens und nahmen regelmäßig an dessen Privatseminar teil[644] – Merkl von Beginn an (etwa Ende 1913/Anfang 1914)[645] und Sander ab 1915.[646] Dadurch begegneten sich die beiden Schüler Kelsens persönlich wie wissenschaftlich regelmäßig und konnten vom intellektuellen Austausch profitieren, auch wenn es nicht zu einer engen Freundschaft kam.[647] Während Merkl durch tiefschürfende Vorträge und zahlreiche früh publizierte rechtswissenschaftliche Beiträge schon immer glänzte, galt Sander im Privatseminar anfänglich als ein unauffälliger, eher passiver Zuhörer.[648] Der 29-jährige Merkl kam zu seinem Habilitationsgesuch Mitte 1919 mit

---

639 Vgl. Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Sommersemester 1912, Nr. 516 Buchsstabe „M", Adolf Merkl, Z. 194.

640 Vgl. Curriculum vitae Adolf Julius Merkl, in: PA Merkl (Anm. 142), ad Z. 27385/19.

641 Bevor Sander sich dem Kreis um Kelsen anschloss, arbeitete er in den Seminaren der Professoren Eugen von Böhm-Bawerk und Robert Meyer (1855–1914), vgl. Curriculum vitae Fritz Sander, in: PA Demelius (Anm. 67), Z. 13.322-I/1920.

642 Vgl. Lehrstellengesuch Fritz Sander 1918 (Anm. 206).

643 Wendung in *Kelsen*, Das Problem der Souveränität (Anm. 11), S. VII = HKW 4, S. 263–572 (268); *Kelsen*, Rechtswissenschaft und Recht (Anm. 18), S. 204.

644 Zu Kelsens Privatseminar vgl. Erster Teil, Kap. I, S. 27–35.

645 Vgl. Zeugenaussage Merkls vom 28. Mai 1923 (Anm. 14), S. 1 f.

646 Sander wurde von Richard Strigl und Alfred Verdross zu Kelsens Privatseminar gebracht: „Verdross und ich haben Sander im Sommer 1915 dort eingeführt" (Zeugenaussage Strigl vom 1. Juni 1923 [Anm. 77], S. 1). Strigl kannte Sander wahrscheinlich aus der gemeinsamen Teilnahme am Privatseminar von Eugen von Böhm-Bawerk, die nach dem Studienabschluss beider Nachwuchswissenschaftler stattfand, vgl. Curriculum vitae Richard Strigl, in: PA Strigl (Anm. 67), Z. 12514-I/1923; Curriculum vitae Fritz Sander, in: PA Demelius (Anm. 67), Z. 13.322-I/1920. In welchem Rahmen das Verhältnis von Sander zu Verdross, mit dem er – wie oben erwähnt – das Studium gemeinsam abgeschlossen hat, vertieft wurde, bleibt unklar; sie haben sich auf jeden Fall, wie oben bemerkt, gleichzeitig zu einer Vorlesung von Bernatzik angemeldet. Von einem weiteren Berührungspunkt der Laufbahnen ist indes auszugehen, als dann zu einem Anlass für die Einladung zum Kelsens Privatseminar gekommen sein dürfte.

647 Dies ergibt aus einer auffälligen Bemerkung Merkls, in dem er das Verhältnis zwischen Sander und Kelsen thematisiert: „Kelsen und Sander haben auch persönlich viel miteinander verkehrt, während ich mich vom persönlichen Verkehr mit Sander fern gehalten habe" (Zeugenaussage Merkls vom 28. Mai 1923 [Anm. 14], S. 3).

648 Die so lautenden Berichte sind einstimmig: Er war „mit den behandelten Problemen augenscheinlich nicht sehr vertraut" (Zeugenaussage Merkls vom 28. Mai 1923 [Anm. 14], S. 2); „Er war anfangs ein stiller Zuhörer. Als ich 1918 aus dem Felde zurückkehrte, war er anders; er spielte eine grosse Rolle im Seminar, und das verstärkte sich noch in der Folge" (Zeugenaussage Strigl vom 1. Juni 1923 [Anm. 77], S. 1); „In den ersten Jahren war Sander äußerst bescheiden

einem wissenschaftlichen Portfolio von mehr als dreißig Publikationen;[649] der bereits zum außerordentlichen Professor in Prag ernannte, damals 32-jährige Sander bedauerte hingegen 1921 seine „Sachlage", dass er „seit Jahren mit Anspannung aller Kräfte arbeite[te] und doch nichts Wesentliches publiziert"[650] hatte. Er brauchte auch innerhalb des Kreises um Kelsen offensichtlich eine Weile zur Akklimatisierung. Erst gegen Ende des Ersten Weltkriegs entwickelte er sich zu einem der Protagonisten des Privatseminars, weckte die Aufmerksamkeit der anderen Mitglieder als eine Referenz für die sich damals entfaltenden erkenntnistheoretischen Debatten[651] und wurde bald zusammen mit Merkl in der Wahrnehmung der Externen als zum Schutzgürtel der jungösterreichischen Schule gehörig verstanden.

Die Habilitationen der beiden an der *Alma Mater Rudolphina* erfolgten zeitnah, bei den Habilitationsverfahren der beiden jungen Doktoren haben Hans Kelsen und Adolf Menzel[652] als Gutachter fungiert und ihre Habilitationsschriften wurden über den Franz Deuticke Verlag publiziert.[653] Die Schrift Merkls passte sich den damaligen intensiven Beschäftigungen Kelsens mit verfassungsrechtlichen wie verfassungspolitischen Problemen ein, leistete außerdem eine erste aussagekräftige Anwendung der Stufenbaulehre auf brennende Fragestellungen aus dem (deutsch-)österreichischen Verfassungsleben. Die Arbeit Sanders fügte sich nahtlos in das Relativierungs- bzw. Funktionalisierungsprogramm des Rechtsdenkens Kelsens ein, das in Sanders Werk eine Radikalisierung fand. Es wurde sogar in der Kelsenschen Reihe ‚Wiener Staatswissenschaftliche Studien' als erster Band der neuen Folge im Jahre 1922 aufgenommen,[654] während knapp ein Jahr danach[655]

---

und ist nicht durch Leistung hervorgetreten. Erst seit 1917 oder 1918 begann er Vorträge zu halten und sich intensiv an den Gesprächen zu beteiligen" (Zeugenaussage Henrich vom 30. Juni 1923 [Anm. 94], S. 2).

649 Vgl. Curriculum vitae Adolf Julius Merkl, in: PA Merkl (Anm. 142), Z. ad 27385/19.

650 Brief von Fritz Sander an Hans Kelsen vom 7. September 1921, in: UAW, Akademischer Senat, Disziplinarfall Hans Kelsen (1923), 7: Erhebungsakt Prof. Löffler/22: Vernehmung Prof. Hans Kelsen von 28.–30. Juni 1923 mit Beilagen A–L/Beilage K.

651 „Etwa seit 1917/18 trat er mit grossen Referaten hervor, die mich damals mit Rücksicht auf sein bishin gezeigtes Verhalten verblüfften" (Zeugenaussage Merkls vom 28. Mai 1923 [Anm. 14], S. 2). Vgl. noch *Merkl*, [Buchbesprechung] Kelsen, Das Problem der Souveränität (Anm. 275), S. 216 = Merkl-GS II/2, S. 609–613 (611).

652 Vgl. oben Erster Teil, Kap. I, S. 42 (Anm. 142) für Merkl und 42 (Anm. 143), 44 (Anm. 156) für Sanders Habilitationsverfahren.

653 Vgl. *Merkl*, Die Verfassung der Republik Deutschösterreich (Anm. 179).

654 Die Arbeit Sanders ist im Oktober 1922 publiziert worden. Über diese Erscheinung berichtete das Börsenblatt für den Deutschen Buchhandel am 1. November 1922: „Franz Deuticke Verlag in Wien, Studien, Wiener staatswissenschaftliche. Hrsg. v. F. Wieser u. H. Kelsen. Neue Folge. 1. Bd. Sander: Staat und Recht. Gz. 25 ((Gz. ohne Zusatz = Grundzahl, die mit der Schlüsselzahl des Börsenvereins zu vervielfältigen ist; Schlüsselzahl: 160))", in: BfdDB 89. Jg., Nr. 255, Leipzig, Mittwoch, den 1. November 1922, S. 12060. Die sukzessiven Verschiebungen des Erscheinungstermins dieses Werks waren Gegenstand bitterer Auseinandersetzungen zwischen Kelsen und Sander und bildeten einen der Schwerpunkte der von Kelsen im Mai 1923 gegen sich selbst vor der Disziplinarkammer der Wiener Universität vorgelegten Anzeige.

655 Das Erscheinen des Buchs Merkls wurde gegen Ende September 1923 im Börsenblatt für

endlich das schon seit 1920 mehr oder weniger fertige Werk Merkls zur Rechtskraft als letzter Band der alten Folge erschien.[656] Manche andere ihrer rechtstheoretischen Schriften von Ende der 1910er und Anfang der 1920er Jahre erschienen in den ‚Kelsen-Zeitschriften', d. h. sie wurden in der ‚ZöR' und ab der zweiten Hälfte der 1920er Jahre auch in der ‚RITD' publiziert. Dabei bezogen sich beide (nicht nur) im Rahmen ihrer Kontroverse konsequent auf die Thesen des jeweils anderen. Sander rezensierte Werke von Merkl,[657] Merkl bezog sich sogar auf noch nicht publizierte Gedanken Sanders[658] und bedankte sich für mündlich erteilte Tipps.[659] Der wissenschaftliche Aufbruch, Auf- und Ausbau von rechtstheoretischen Gedanken der beiden Habilitationsbrüder ist, wie schon erwähnt, durch inhaltliche Auseinandersetzungen über Thesen des jeweils anderen geprägt. Jedoch führten vor allem die Habilitationsschrift Sanders und die Monographie Merkls zur Rechtskraftlehre die Merkl–Sander-Kontroverse weiter und können als ihr Hauptmoment gedeutet werden.

Merkl und Sander waren gleichzeitig im Winter-Semester 1920/1921 als Privatdozenten an der juristischen Fakultät der Wiener Universität tätig. In seinem einzigen Semester als Hochschullehrer an der Wiener Universität, bevor er nach Prag umsiedelte und sich mit Kelsen persönlich in heftiger Streitigkeit anlegte, las San-

---

den Deutschen Buchhandel bekanntgegeben: „Franz Deuticke in Wien, Studien, Wiener staatswissenschaftliche, XV. Bd. 2. Heft. Merkl: Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Gz. 12. ((Gz. mal österr. Schlüsselzahl zzt. 7000 = Preis in Kronen))", in: BfdDB 90. Jg., Nr. 223, Leipzig, Montag, den 24. September 1923, S. 6782.

656 Schon am 30. März 1920 wandte sich der damals vor Kurzem habilitierte Privatdozent Merkl an den Tübinger Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), um nach Interesse an der Annahme seines damals mit „Rechtskraft und Rechtsbegriff" betitelten Manuskripts zu fragen, dessen Größe er mit circa 240–260 Druckseiten à 40 Zeilen pro Seite einschätzte (vgl. Brief von Adolf Julius Merkl an J. C. B. Mohr [Paul Siebeck] vom 30. März 1920). Am 9. April 1920 schrieb Kelsen persönlich dem Tübinger Verlag, um für die Annahme der Schrift Merkls zu plädieren (vgl. Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr [Paul Siebeck] vom 9. April 1920). In einem auf die Anfragen Kelsens und Merkls bezogenen verlagsinternen Laufzettel positionierten sich die Verleger einstimmig für die Ablehnung der sofortigen Publikation der Schrift Merkls vor allem wegen der „schlechten Papierverhältnisse". Paul Siebeck (1855–1920) bezog dazu eine abwartende Stellung. Bereits am 27. April 1920 teilte der Verlag mit, dass das Buch Merkls im Augenblick nicht angenommen werden könnte. Mitgeteilt wurde aber auch, dass, wenn Merkl noch bereit wäre zu warten, er sich im Herbst nochmals beim Verlag melden sollte (vgl. Brief von J. C. B. Mohr [Paul Siebeck] an Adolf Julius Merkl vom 27. April 1920). Am 9. Dezember 1920 wendete sich Merkl tatsächlich wieder an den Verlag, diesmal aber um zu kommunizieren, dass er inzwischen schon einen Verleger für sein Buch gefunden habe (vgl. Brief von Adolf Julius Merkl an J. C. B. Mohr [Paul Siebeck] vom 9. Dezember 1920). Im Jahre 1923 erschien die Arbeit über den Wiener Verlag Franz Deuticke (*Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft [Anm. 101]).

657 Zunächst äußerst freundlich und positiv, danach aber ziemlich vernichtend, vgl. *Fritz Sander* [Buchbesprechung] Dr. Hans Kelsen, Professor an der Universität Wien. Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich, 3 Teile, VI und 117 S., 150 S., VIII und 248 S., Wien und Leipzig, Franz Deuticke, 1919. Dr. Adolf Merkl, Ministerialkonzipist in der deutschösterreichischen Staatskanzlei, Die Verfassung der Republik Deutschösterreich. Ein kritisch-systematischer Grundriss. VIII und 184 S. Wien und Leipzig, Franz Deuticke, 1919, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 312–318; *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 18).

658 Vgl. z. B. oben Erster Teil, Kap. I, S. 93 (Anm. 405).

659 Vgl. z. B. *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 101), S. 189 (Fn. 2).

der wöchentlich eine zweistündige Vorlesung zum Thema „Die Begriffe von Staat und Recht in der Staatsrechtslehre des XIX. Jahrhunderts".[660] Er veranstaltet noch zwei rechtsphilosophische Seminare: Ein wöchentlich zweistündiges Seminar zum Thema „Kant und die Rechtswissenschaft",[661] sowie das in Zusammenarbeit mit Kelsen angebotene, wöchentlich zweistündige Seminar für Rechtsphilosophie.[662] Merkl, der damals schon in seinem zweiten Semester als Dozent der rechtswissenschaftlichen Fakultät war, bot eine wöchentlich fünfstündige Vorlesung zum Thema „Verwaltungslehre und österreichisches Verwaltungsrecht" neben einer wöchentlich einstündigen Vorlesung zur „Theorie des Bundesstaates" an.[663] Sie fungierten dabei in den von ihnen angebotenen Lehrveranstaltungen auch als Lehrer anderer Schüler Kelsens.[664] Durch das jeweilige Vorlesungspensum – das selbstredend mit den jeweiligen *veniae* zusammenhängt – lässt sich wiederum ihre Rolle in der informellen Arbeitsteilung der Wiener Schule zu diesem Zeitpunkt begreifen; Merkl systematisierte das Öffentliche Recht im Sinne der Reinen Rechtslehre neu, Sander nahm sich neben Kelsen zur Aufgabe, die Grundlagen einer Reinen Rechtslehre zu vergewissern.

Bei dem Rennen um eine Professur im deutschsprachigen Universitätssystem trafen sich die Laufbahnen wieder: Fritz Sander wurde am 14. September 1921 als Extraordinarius an die Deutsche Technische Hochschule in Prag berufen und

---

660 Jeden Donnerstag von 14 bis 16 Uhr, vgl. Öffentliche Vorlesungen an der juristischen u. philosophischen Fakultät der Universität zu Wien, Winter-Semester 1920/1921, S. 7 f. Diesem Thema hatte Sander bereits seinen Habilitationsvortrag gewidmet.

661 Jeden Freitag von 14 bis 16 Uhr, Öffentliche Vorlesungen an der juristischen u. philosophischen Fakultät der Universität zu Wien, Winter-Semester 1920/1921, S. 8.

662 Kelsen soll ein eifriger ‚Teilnehmer' des Seminars Sanders zu Kant gewesen sein; er erhöhte mit seiner Anwesenheit das Prestige der Lehrveranstaltung seines ‚Augapfels' und zeigte sich zugleich als ständig lernbereit. Im Zenit der Kontroverse mit Kelsen wendete Sander aber genau das gegen seinen Lehrer an und ging so weit zu behaupten, Kelsen sei eigentlich sein Schüler und nicht andersrum: „Beide Versprechungen hat Kelsen gebrochen und so kann ich meinem Schüler Kelsen – ich habe nie eine seiner Vorlesungen, hingegen er täglich meine Privatissima gehört – das Zeugnis ‚vertrauensvollen Zusammenarbeitens' nicht mehr erteilen" (*Sander*, In eigener Sache [Anm. 599], S. 6). Vgl. Öffentliche Vorlesungen an der juristischen u. philosophischen Fakultät der Universität zu Wien, Winter-Semester 1920/1921, S. 7 f.

663 Vgl. Öffentliche Vorlesungen an der juristischen u. philosophischen Fakultät der Universität zu Wien, Winter-Semester 1920/1921, S. 7 f.

664 Dies gilt, wie oben schon in anderem Zusammenhang erwähnt, z. B. für Elisabeth Ephrussi, Alfred Schütz und Emmanuel Winternitz (vgl. oben Erster Teil, Kap. I, S. 47 f. [Anm. 165]). Josef Dobretsberger (1903–1970), der 1927/1928 auch als Assistent Kelsens tätig werden würde (vgl. Die akademischen Behörde im Jahr 1927/1928, Wien 1927, S. 66), war zu seinem fünften Studiensemester im Wintersemester 1924/1925 beim Merkls „Seminar aus allg. Staatslehre u. Verwaltungslehre" eingeschrieben (vgl. Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Wintersemester 1923/1924, Josef Dobretsberger, Z. 1058). Laut eigenen Angaben bekleidete Dobretsberger allerdings bereits seit 1. Oktober 1925 bei Kelsen und Menzel die Stelle einer wissenschaftlichen Hilfskraft (vgl. Curriculum vitae Josef Dobretsberger, in: ÖStA, AVA, Unterricht Allgemein, Universität Wien, 4 Jus, Personalakt Josef Dobretsberger, ad Z. 23618/29-I). Die gesamte rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät rechnete bis 1926 mit ein bis zwei „ordentlichen Assistenten" oder „wissenschaftlichen Hilfskräften" und Kelsen konnte erst ab 1927 eigene Assistenten haben, vgl. *Olechowski*, Biographie (Anm. 2), S. 497 f.

ernannt – aber erst nach der Ablehnung desselben Rufs durch Merkl,[665] der wahrscheinlich dank der Vermittlung Hans Kelsens schon Ende 1920 Extraordinarius an der Wiener Universität wurde.[666] Allerdings hat Kelsen nach eigenen Angaben für Sander in Prag insoweit interveniert, dass er nicht nur ein formelles Gutachten für ihn geschrieben hat, sondern auch Weyr um Vermittlung zugunsten Sanders bat.[667] Eine Äußerung gewisser Verbitterung gegenüber dem Großmeister der Reinen Rechtslehre aufgrund der Unterstützung und manifestierten Präferenz für einen seiner Schüler, Adolf Merkl, zulasten eines anderen, konnte Sander indes nicht vollständig unterdrücken.[668]

Mit seinem Weggang nach Prag[669] beschleunigte und vergrößerte Sander nicht nur durch den physischen Abstand die Distanzierung zur Wiener Schule. Im Rahmen seiner Polemik mit Kelsen wurden persönliche Beziehungen allmählich ver-

---

[665] Zur Berufung Sanders an die Deutsche Technische Hochschule in Prag vgl. Národní Archiv [NA], Archival Group of the Gouvernment Office 1918–1945, Ref. Nr. 7462/40, Karton 897, Z. 49253/21, wo die Ablehnung des Rufs seitens Adolf Julius Merkl ausdrücklich erwähnt wird; NA, Archival Group of the Gouvernment Office 1918–1945, Ref. Nr. 7462/40, Karton 897, Z. 27650/21; UAWU, Hochschule für Welthandel, Register zum Präsidialprotokoll von 1921, Eintrag zu Sander, Dr. Fritz, S. 227. Vgl. auch PA Merkl (Anm. 142), ad Z. 21888/20.

[666] Unter den Dokumenten, die im Personalakt Hans Kelsens im „Österreichischen Staatsarchiv" aufbewahrt sind, befindet sich ein vom 25. Oktober 1920 datierter Brief des Dr. Michael Mayr (1864–1922) an den zuständigen Staatssekretär, in dem jener darauf beharrt, dass dieser an die Universität Wien herantritt, um die Ernennung Merkls als außerordentlicher Professor zu fördern (vgl. PA Kelsen [Anm. 12], Z. 21124-I/20). Weder im Nationalen Archiv der Tschechischen Republik (Národní Archiv) noch im Archiv der Deutschen Technischen Hochschule konnten – bis auf die Erwähnung auf Merkl im Berufungsverfahren Sanders – Dokumente bezüglich der Berufung Merkls an die Deutsche Technische Hochschule in Prag ausfindig gemacht werden.

[667] Vgl. Eingabe Kelsen vom 6. Mai 1923 (Anm. 200), S. 27 f.; UAW, Akademischer Senat, Disziplinarfall Hans Kelsen (1923), 7: Erhebungsakt Prof. Löffler/Nr. 6: Rechtfertigungsschrift Prof. Kelsens von 25. Mai 1923 mit Beilagen A–L (im Folgenden: Rechtfertigungsschrift Kelsens vom 25. Mai 1923), S. 4; *Kelsen*, Autobiographie [1947] (Anm. 29), S. 62; *Weyr*, Paměti 1 (Anm. 22), S. 419. Das Gutachten Kelsens konnte bisher nicht ausfindig gemacht werden.

[668] Vgl. UAW, Akademischer Senat, Disziplinarfall Hans Kelsen (1923), 7: Erhebungsakt Prof. Löffler/5: Zuschrift von Fritz Sander an die Disziplinkammer der Wiener Universität von 21. Mai 1923, S. 15 (im Folgenden: Zuschrift Sander Disziplinkammer vom 21. Mai 1923). Ähnliche Einschätzung bei *Tannous*, O aluno do aluno (Anm. 361), S. 134.

[669] Im Jahre 1926 wurde Sander zum ordentlichen Professor an der Deutschen Technischen Hochschule in Prag; erst am 21. Oktober 1930 erfolgte seine Ernennung zum ordentlichen Professor des Tschechoslowakischen Verfassungsrechts, der Allgemeinen Staatslehre, der Verwaltungslehre und des Tschechoslowakischen Verwaltungsrechts an der Deutschen Universität zu Prag (vgl. AKU, Deutsche Universität, Juristische Fakultät, Personalakt Fritz Sander [im Folgenden PA Sander], Z. 2706/30) nach dem ihm am 27. November 1928 die *venia docendi* für Allgemeine Staatslehre, Gesellschaftslehre und Rechtsphilosophie erteilt worden war. Um diese *venia* kämpfte Sander spätestens seit 1923 konsequent und scheiterte dabei wiederholt nicht zuletzt wegen seiner Polemik mit Kelsen, vgl. PA Sander (Anm. 669), Z. 78/29 (Erteilung der *venia docendi*); PA Sander (Anm. 669), G.-Z. 2027 de praes. 14/5-1926: „Unsere Fakultät hegte laut Zuschrift v. 20. Mai 1924 Z. 903/23-24 Bedenken in die meritorische Erledigung des damaligen Habilitationsgesuches Dr. F. Sanders einzugehen, da er in einem wissenschaftlich-persönlichen Streit mit Prof. Kelsen (Wien) gegen Kelsen ehrenrührige, von diesem bestrittene Behauptungen öffentlich erhoben hatte". Vgl. auch *Gerhard Oberkofler*, Ludwig Spiegel und Kleo Pleyer. Deutsche Misere in der Biografie zwei sudetendeutscher Intellektueller, Innsbruck/Wien/Bozen 2012, S. 150–157.

nachlässigt, irgendwann sogar abgebrochen. Rechtstheoretische Differenzen wurden graduell deutlicher benannt und thematisiert. Sander entwickelte sich in der Fremdwahrnehmung seiner Kollegen und Mitstreitenden vom orthodoxen Anhänger zum rebellischen Schüler. Und dies hieß bald (auch in der Selbstwahrnehmung Sanders): zum wissenschaftlichen Gegner der Wiener Schule[670] und der „Axiomatik der Reinen Rechtslehre".[671] Merkl stand hingegen konsequent neben Kelsen an der Verteidigungsfront.

B. Der Mitbegründer der Reinen Rechtslehre

Hans Kelsen hat bekanntlich Adolf Julius Merkl nachträglich zum Mitbegründer der Reinen Rechtslehre nobiliert. Von seinem „Lehrer, Meister und Freunde"[672] Kelsen wird Merkl zu seinem 70. Geburtstag als „ein ihm teurer Schüler" angesprochen, der als „*wahres Genie rechtswissenschaftlichen Denkens*"[673] wahrzunehmen sei. Bereits 1916 bezog sich Kelsen auf Merkl als „einen der begab-

[670] Sander verpasste fortan kaum eine Gelegenheit, die Lehren Kelsens und seiner Schüler anzugreifen, auch wenn 1925 auf Vermittlung Weyrs Kelsen und Sander sich persönlich wieder getroffen und wieder versöhnt haben, wie es sich aus einem informellen Versöhnungsprotokoll vom 30. April 1925 ergibt, vgl. Protokoll vom 30. April 1925, in: Masarykův ústav a Archiv Akademie věd České republiky [AAV ČR], Fond František Weyr, Ia25 1925. In einer Rezension der epochemachenden Arbeit Hermann Hellers (1891–1933) zur Souveränität machte Sander z. B. geltend, als erster die Reine Rechtslehre Kelsens in ihrem Charakter als Hypostase des konstitutionellen Liberalismus entlarvt zu haben: „So ist es auch durchaus verständlich, daß *H*. ausführlich und mit Schärfe die sog. Reine Rechtslehre *Kelsen*s kritisiert, eine Lehre, welche die rechtsdogmatischen Axiome einer heute in Auflösung begriffenen gesellschaftswissenschaftlichen Epoche überspitzt und damit unfreiwillig deren Haltlosigkeit nachgewiesen hat. Ref. muß aber mit Nachdruck darauf verweisen, daß er *H*.s Kritik längst in verschiedenen Schriften vorweggenommen und insbesondere nachgewiesen hat, daß Kelsens Rechtslehre, wie überhaupt die Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts, nichts anders darstellt als eine rechtswissenschaftliche Hypostase der ethisch-politischen Postulate des konstitutionellen Liberalismus" (*Fritz Sander*, [Buchbesprechung] Heller, Hermann: Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts. Verlag Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 1927, 177 S., in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 86 [1929], S. 384–386 [385 f.]). Sander stellte 1933 darüber hinaus fest, sich im „unüberbrückbar[en], ja immer grösser werdende[n] wissenschaftliche[n] Gegensatz zu Kelsen" zu befinden (Erklärung Sanders vom 26. Oktober 1933 [Anm. 248]). Die Gegnerschaft zum Kelsenschen Positivismus wird von Wilhelm Weizsäcker (1886–1961) sogar in der Einäscherungsrede aus Anlass des Todes Sanders betont: „Was ist Recht? Was ist Staat? Und wie verhalten sich diese beiden zu einander? In eindringlicher Forschung ergab sich ihm [Sander] etwa folgender Standpunkt: Recht ist besondere Lage, Zustand, Staat ursprüngliche Herrschermacht. Er befand sich damit in schärfstem Gegensatz zu der früher herrschenden positivistischen Anschauung, wie sie insbesondere Hans Kelsen formuliert, Recht sei eine Summe von Normen, der Staat aber die Rechtsordnung selbst" (*Wilhelm Weizsäcker*, Einäscherungsrede zu Fritz Sander vom 6. Oktober 1939, in: AAV ČR, Fond Weizsäcker, Karton 7).

[671] *Fritz Sander*, Gesellschaftswissenschaft und Rechtswissenschaft, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 17 (1937), S. 502–519 (504, 505, 506, 507, 510, 517, 518).

[672] *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 101), S. VII.

[673] Zwei Zitate: *Hans Kelsen*, Adolf Merkl zu seinem siebzigsten Geburtstag, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 10 (1959/1960), S. 313–323 (313).

testen und scharfsinnigsten jungen Theoretiker“[674] überhaupt, als Merkl kaum das 26. Lebensjahre erreicht hatte, und unterstützte konsequent seine Publikationsversuche. Merkl war nicht nur einer der allerersten Hörer und dann Schüler Kelsens, sondern wurde 1919 zum ersten Schüler, dem es gelungen ist, sich an der Wiener Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zu habilitieren, genauso wie er Ende 1920 der Erste der von Kelsen Habilitierten war, der zum Extraordinarius in Wien ernannt wurde.[675] Auch wenn er ab 1919 laut eigenen Angaben nicht mehr so regelmäßig wie früher an Kelsens Privatseminar teilnahm,[676] blieb er beruflich wegen der gemeinsamen Arbeit an der Verfassungsgebung der jungen Republik Österreich wie wissenschaftlich in engstem Kontakt mit Kelsen, mit wem er darüber hinaus das Engagement für die Volksbildung teilte[677] und sich für die Rationalisierung der Debatte um die Demokratisierung der Verwaltung einsetzte.[678]

Merkl scheint damals die Funktion einer rechten Hand im Gefüge der Wiener Schule übernommen zu haben.[679] Im Laufe der 1920er Jahre betreute er zusammen mit Kelsen einige staatswissenschaftliche Dissertationen[680] – darunter auch Arbeiten von künftigen Mitgliedern der Wiener Schule.[681] Durch seine Lehr- und Forschungstätigkeiten entfaltete und verbreitete Merkl die Reine Rechtslehre und machte neue Generationen mit ihr vertraut. Außerdem wurde er 1928 zusammen mit Verdross im Kreis der Herausgeber der Zeitschrift für öffentliches Recht aufgenommen.[682] Nicht nur zu deren Zusammenhalt als Forscherformation, sondern

---

[674] Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 3. Juli 1916.

[675] Zur Habilitation und zur Ernennung Merkls zum Außerordentlichen Professor vgl. oben Erster Teil, Kap. I, S. 42, 46 (Anm. 142 und Anm. 162).

[676] Vgl. Zeugenaussage Merkls vom 28. Mai 1923 (Anm. 14), S. 1.

[677] Vgl. *Tamara Ehs*, Hans Kelsen und politische Bildung im modernen Staat, Wien 2007, S. 72.

[678] Vgl. *Rodrigo Cadore*, Editorischer Bericht zu „Demokratisierung der Verwaltung (1921)“, in: HKW 6, S. 701–716.

[679] Karl Menger, der selbst für einen der Wiener Kreise verantwortete, erinnerte sich an Kelsen und an einen dessen Schüler, welche er als die rechtswissenschaftlichen Repräsentanten der Wiener Moderne auflistete. Sie leisteten damals „Pionierarbeit an der Reinen Rechtslehre, indem sie die Struktur des Rechtssystems untersuchten – nicht so sehr die Rechtsinhalte, sondern vielmehr die Rechtsstufen durch die Stufen des Rechtswerdens beginnend mit der Grundnorm“ (*Karl Menger*, Reminiscences of the Vienna Circle and the Mathematical Colloquium, Dordrecht 1994, S. 10). Die Rede von den Stufen samt der zeitlichen Beschränkung der Erinnerungen, die sich auf die Zeit um 1927 konzentriert, legt nah, es handelte sich um Adolf Merkl.

[680] Dies gilt z. B. für die von Alfred Klahr (1904–1944) 1928 vorgelegte Doktorarbeit zum Thema „Das Verhältnis zwischen Parlament und Regierung in parlamentarischen Republiken“, vgl. *Martin Krenn/Michael Tatzber-Schebach*, Alfred Klar (1904–1944) – Neue Forschungen zu seiner Biographie, in: Alfred Klahr Gesellschaft. Mitteilungen 19 (2012), S. 1–10 (1).

[681] So betreuten und begutachteten Kelsen und Merkl 1927 die Doktorarbeit von Hans Klinghoffer zum Thema „Staatsbeamtentum und Demokratie“, vgl. *Hans Klinghoffer*, Ein Jurist des öffentlichen Rechts auf Wanderwegen, in: Jahrbuch des Öffentlichen Rechts 34 (1985), S. 71–88 (71); *Claude Klein*, Hans (Itzhak Klinghoffer), in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Der Kreis um Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre, Wien 2008, S. 175–184 (183 f.).

[682] Vgl. *Ute Spörg*, Die Autoren und Herausgeber der Zeitschrift für öffentliches Recht, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 69 (2014), S. 571–599 (579). Verdross war bereits seit 1924

auch zur Identität und Stringenz der Reinen Rechtslehre als Forschungsprogramm hat er Wesentliches beigetragen,[683] wie es sich nicht zuletzt in seiner Theorie des Fehlerkalküls und noch vielmehr in der mit seinem Namen unwiderruflich verbundenen Stufenbaulehre zeigt. Wird noch das Rahmentheorem hinzugenommen, scheint es nicht verfehlt zu sagen, dass Merkl nicht nur ein Mitbegründer der Reinen Rechtslehre, sondern zum Teil „ihr wahrer Initiator in der Gestalt, die die meisten heute kennen"[684] ist. Am Ende seines Lebens scheute sich Kelsen nicht, ausdrücklich anzuerkennen, dass die Wiener Schule Merkl viel zu verdanken habe.[685]

Und tatsächlich: Auch jenseits der Wiener Zeiten Kelsens war Merkl zum Zusammenhalt der Forscherformation und zur Verbreitung und Weiterentwicklung der Reinen Rechtslehre äußerst dienlich.[686] Nach dem Trauma des Austrofaschismus und des Nationalsozialismus, währenddessen er nach Tübingen vertrieben wurde,[687] kehrte er nach Wien zurück und kümmerte sich in Abwesenheit Kelsens als dessen *longa manus* darum, dass die Reine Rechtslehre in Österreich und der alten Welt nicht ohne einen Verkünder blieb[688] – ähnlich wie er bereits ab 1930 nach

---

Schriftleiter der Zeitschrift; zur Verbindung von Verdross zur ‚ZöR' wie zur Charakterisierung dieser als Verdross-Zeitschrift vgl. jeweils *Stephan Verosta*, Alfred Verdross – Leben und Werk, in: Friedrich A. Freiherr von der Heydte et alii (Hrsg.), Völkerrecht und rechtliches Weltbild. Festschrift für Alfred Verdross, Wien 1960, S. 1–29 (3); *Heribert Franz Köck*, Vita ed Opera del Giurista Austriaco Alfred Verdross, in: Römische Historische Mitteilungen 34/35 (1992/1993), hrsg. von Otto Kresten und Adam Wandruska, S. 300–326 (325). Zur Rolle der ‚ZöR' als Organ der Wiener Schule vgl. oben Erster Teil, Kap. I, S. 54–57.

683 Vgl. *Kelsen*, Vorrede (Anm. 293), S. XV; Brief von Hans Kelsen an Adolf Julius Merkl vom 15. Februar 1969, in: Max Imboden et alii (Hrsg.), Festschrift für Adolf J. Merkl zum 80. Geburtstag, München/Salzburg 1970, S. 11; *Alfred Verdross*, [Nachruf] Adolf Merkl, in: Österreichische Akademie der Wissenschaften. Almanach für das Jahr 1972, S. 388–392 (390). Vgl. auch *Gabriele Kucsko-Stadlmayer*, Der Beitrag Adolf Merkls zur Reinen Rechtslehre, in: Robert Walter (Hrsg.), Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre, Wien 1992, S. 107–122.

684 *Carrino*, Die Normenordnung (Anm. 2), S. 156. Vgl. auch *Günther Winkler*, Rechtstheorie und Erkenntnislehre, Wien 1990, S. 208.

685 In einem vom 24. August 1968 datierten Brief an Merkl stellt Kelsen fest, „daß wenn es überhaupt eine ‚Wiener Rechtstheoretische Schule' gibt, dies zu einem *ganz großen Teil Dein Verdienst ist*" (zit. in: [Diskussionsbeitrag von Wolf-Dietrich Grussmann], in: Robert Walter [Hrsg.], Adolf J. Merkl, Werk und Wirksamkeit, Wien 1990, S. 142). Vgl. auch *Herbert Schambeck*, Adolf Merkl und die Wiener Rechtstheoretische Schule, in: Bernd-Christian Funk et alii (Hrsg.), Staatsrecht und Staatswissenschaften in Zeiten des Wandels. Festschrift für Ludwig Adamovich zum 60. Geburtstag, Wien/New York 1992, S. 621–634.

686 Vgl. *Spörg*, Autoren und Herausgeber (Anm. 682).

687 Merkl wurde am 22. April 1938 beurlaubt und am 21. Dezember 1939 zum 31. März 1940 in den Ruhestand versetzt; erst 1941 erhielt er eine Berufung als Vertreter an die Universität Tübingen, der er nachgegangen ist (vgl. AUW, Akademischer Senat [AS] 677 – 1937/1938, Z. 64, 64a, 85 [zur Beurlaubung]; AS 917 – 1937/1938, vollständiger Akt, eingelegt im Personalakt Adolf Julius Merkl J PA 366 [zu Merkls Einspruch gegen die Beurlaubung]; AS 19/670 – 1939/1940, Z. 16, 17, 17a, 17b, 20a [zur Zwangspensionierung]). Vgl. auch *Andreas Huber*, Rückkehr erwünscht. Im Nationalsozialismus aus „politischen" Gründen vertriebene Lehrende der Universität, Wien 2016, S. 267; *Grussmann*, Adolf Julius Merkl (Anm. 590), S. 40.

688 In einem Brief vom Mai 1947 fragte Merkl seinen Lehrer: „Willst Du nicht selbst wieder Künder Deiner Lehre in Europa werden? Auch bedeutende Emigranten kehren allmählich, wenn auch tropfenweise, mutig der Gegenwart u. der verhangenen Zukunft Trotz bietend, wieder" (Brief von Adolf Julius Merkl an Hans Kelsen vom 25. Mai 1947, in: HKI, Nachlass Hans Kelsen). Vgl.

dem Weggang Kelsens nach Köln eine führende Rolle bei der Aufrechterhaltung der Wiener Schule (genauer: dessen, was von dieser Schule noch übriggeblieben war) in Wien gespielt haben dürfte.[689] Dafür übrigens, dass Merkl 1950 seine Wiener Professur nach der Tübinger Zeit wiederbekam, engagierte sich Kelsen nach seinen Möglichkeiten auf Bitte von Verdross,[690] als Bedenken gegen die Ernennung Merkls wegen seiner angeblichen Unterstützung des Anschlusses Österreichs an Deutschland 1938 laut wurden.[691] In einem bewegenden Brief, der zugunsten Merkl der Universitätsverwaltung vorgelegt wurde, schrieb Kelsen: „Ich bin mit Merkl seit über 35 Jahren befreundet und kenne ihn so gut als ein Mensch ueberhaupt einen anderen kennen kann. […] Er ist einer der charaktervollsten Maenner, denen ich in meinem Leben begegnet bin und hat sicherlich in keiner Weise mit den verabscheuungswuerdigen Prinzipien des Regimes sympathisiert".[692] Merkl erhielt seine Professur zurück und die Nachkriegsgenerationen der Wiener Schule wuchsen in Österreich aus der Schülerschaft Merkls heraus. Dass Merkl heute neben Verdross mit Kelsen zu den Großen Drei der Reinen Rechtslehre zählt, ist die Krönung einer langfristigen Entwicklung. Anfang der 1920er Jahre teilte Merkl aber noch mit dem „aufgehende[n] Stern"[693] Fritz Sander nicht nur die Vorliebe des Schulhauptes, sondern auch die Stellvertretung der Wiener Schule nach außen.

C. Der vergessene gefallene Engel der Anfangsjahre

Auf dem Höhepunkt der zu einem Disziplinarfall an der Wiener Universität eskalierten Kelsen–Sander-Affäre[694] machte Kelsen geltend, mehr für diesen seinen

---

auch *Adolf Julius Merkl*, Entwickelt sich Österreichs Rechtswissenschaft?, in: Österreich – Geistige Provinz?, Wien/Hannover/Bern 1965, S. 280–312 (296) = Merkl-GS III/2, S. 513–545 (528).

689 Einige Schüler Kelsens trafen sich Anfang der 1930er zu „Diskussionsabenden" bei Georg Fleischer (1904–1957), vgl. Brief von Felix Kaufmann an Hans Kelsen vom 5. März 1933, in: Sozialwissenschaftliches Archiv Konstanz, Nachlass Felix Kaufmann. Skeptisch gegenüber einer möglichen aktiven Rolle Merkls bei der Erhaltung der Wiener Schule nach dem Weggang Kelsens aufgrund von mangelhaftem Charisma, vgl. *Olechowski/Ehs/Staudigl-Ciechowicz*, Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät (Anm. 85), S. 509. Vgl. auch *Ewald Wiederin*, Die Neue Wiener Schule und die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, in: Matthias Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre. Stationen eines wechselvollen Verhältnisses, Tübingen 2013, S. 85–98 (88).

690 Vgl. Brief von Alfred Verdross an Hans Kelsen vom 30. April 1947, in: HKI, Nachlass Hans Kelsen.

691 Zur Laufbahn Merkls während des Zweiten Weltkriegs vgl. *Kamila Maria Staudigl-Ciechowicz*, Von Adamovich bis Pfeifer – eine Auseinandersetzung mit der Staatsrechtslehre an der Universität Wien in Zeiten der politischen Umbrüche der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, in: Franz-Stefan Meissel et alii (Hrsg.), Vertriebenes Recht – Vertreibendes Recht. Zur Geschichte der Wiener Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zwischen 1938 und 1945, Wien 2012, S. 203–232 (213–219).

692 Brief von Hans Kelsen an Alfred Verdross vom 10. Juni 1947, in: HKI, Nachlass Hans Kelsen.

693 Bezeichnung in *Olechowski*, Biographie (Anm. 2), S. 317.

694 Vgl. dazu oben Erster Teil, Kap. I, S. 85–89.

Schüler Fritz Sander getan zu haben, als für alle anderen.[695] Schon 1916 wurde der kaum ein Jahr zuvor in Kelsens Kreis eingeführte Sander am Feldgerichtsarchiv von Kelsen in der Rossauer-Kaserne zusammen mit zwei anderen Teilnehmern seines Privatseminars – Franz Havliček und Ernst Seidler jun. – untergebracht.[696] Zwischen 1918 und 1923 sind oft großzügige Lobesworte zu seiner akademischen Produktion innerhalb des Kelsen-Kreises auffindbar.[697] Laut Merkl sei eine „monumentale[] Rechtstheorie"[698] aus der Feder von Fritz Sander zu erwarten, und Weyr spendete der Akribie von Sanders Darstellung und Kritik der herkömmlichen Staatslehre Beifall.[699] 1918 trat Sander an der Exportakademie die Nachfolge Kelsens an.[700] Eine Stelle, die er der Empfehlung Kelsens selbst zu verdanken hatte.[701] Dass der damals frisch habilitierte Sander darüber hinaus im Wintersemester

[695] Vgl. Eingabe Kelsen vom 6. Mai 1923 (Anm. 200), S. 28.

[696] Vgl. Eingabe Kelsen vom 6. Mai 1923 (Anm. 200), S. 27: „Kurz nachdem S. [Sander] in mein Seminar eingetreten war, habe ich ihn auf seine Bitte, in ein Archiv des Kriegsministeriums gebracht, um ihm eine entsprechende Kriegsdienstleistung vor allem in Wien zu sichern". Vgl. noch *Métall*, Hans Kelsen (Anm. 201), S. 18; *Busch*, Hans Kelsen im Ersten Weltkrieg (Anm. 16), S. 66.

[697] Diese stammten nicht zuletzt von Kelsen und Merkl. Kelsen zitierte Sander wiederholt mit Unterstützung der von seinem Schüler vertretenen Thesen, vgl. z. B. *Kelsen*, Das Problem der Souveränität (Anm. 11), S. 19, 117, 120, 236 = HWK 4, S. 235–572 (289, 380, 383, 494). Merkl baute seine Stufenbautheorie wie seine Rechtskraftlehre ausdrücklich auf Überlegungen Sanders auf, vgl. z. B. *Merkl*, Die Verfassung der Republik Deutschösterreich (Anm. 142), S. 75 (Fn 1); *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 101), S. 180. Gelegentlich wies Merkl auf von Sander gegen seine rechtstheoretischen Ausführungen erhobene Bedenken mit Anerkennung der Berechtigung der Kritik, vgl. z. B. *Adolf Julius Merkl*, Hans Kelsens System einer reinen Rechtstheorie, in: Archiv des öffentlichen Rechts 41 (1921), S. 171–201 (188 Fn. 10) = Merkl-GS I/1, S. 291–316 (305 Fn. 10); „Fritz Sander macht mir in seiner vortrefflichen Abhandlung über ‚Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung' […] mit vollem Recht zum Vorwurf, daß ich in meinen Arbeiten über den Stufenbau des Rechts […] den Rückgriff auf das Völkerrecht als höchste Stufe der Rechtsordnung überhaupt nicht in Erwägung gezogen" habe. Auch Alfred Verdross, dem gewöhnlich das Verdienst zugesprochen wird, die Erklärungsmacht der Reinen Rechtslehre im Bereich des Völkerrechts als erster ausprobiert zu haben, bezog sich konsequent respektvoll auf die Leistungen Sanders hinsichtlich der Integrierung des Völkerrechts ins rechtstheoretische Modell der Reinen Rechtslehre, nicht ohne aber seinen eigenen Vorbehalt gegenüber der Rechtstheorie Sanders zu kommunizieren, vgl. *Verdross*, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes (Anm. 175), S. 143 f.

[698] *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 349), S 445 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (236).

[699] *František Weyr*, [Buchbesprechung] Dr. Fritz Sander: Staat und Recht. Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung, Lipsko/Vídeň 1922, in: Časopis pro právní vědu a praxi 5 (1922), S. 265–266.

[700] Er wurde mit Erlass des Handelsministeriums vom 16. September 1918 zum Dozenten für Handels- und Verwaltungslehre an der k. k. Exportakademie ernannt (vgl. ÖStA, AVA, k.-k. Handelsministerium 1918, Fasz. 1583, Z. 61837/IV aus 1918). Zu den Tätigkeiten der 1919 zur Hochschule für Welthandel umgewandelte Exportakademie in Bezug auf die Rechtswissenschaft und die Nationalökonomie vgl. jeweils: *Robert Walter*, Die Lehre des öffentlichen Rechts an der Hochschule für Welthandel in Wien, in: Wirtschaftspolitische Blätter 16 (1969), S. 219–226; *Hansjörg Klausinger*, Die Volkswirtschaftslehre an der Hochschule für Welthandel 1918–1973, Wirtschaftsuniversität Wien, Department of Economics, Working Paper Nr. 202 (2015), 57 S. Vgl. auch *Busch*, Hans Kelsen an der Exportakademie (Anm. 15).

[701] „[E]in ausserordentlich begabter, selten gründlich und gewissenhaft arbeitender Jurist, der bei seinem grossem Fleisse zu den besten Hoffnungen berechtigt" (Gutachten von Hans Kelsen zu

1920/1921 in Zusammenarbeit mit Kelsen ein rechtsphilosophisches Seminar für fortgeschrittene Studenten veranstaltete,[702] war keine Selbstverständlichkeit: Dies blieb eine Ehre, die keinem anderen Schüler der Wiener Schule während Kelsens Wiener Zeit je widerfuhr. Josef Kunz wagte zu sagen, Sander sei vielleicht der Hauptschüler Kelsens.[703] Kritiker bezogen sich auf die Reine Rechtslehre durch die Seite an Seite-Benennung Kelsens und Sanders als Gewährsmänner der Wiener Schule der Rechtstheorie[704] und auch jenseits derer wurde er gelegentlich als Kelsens talentiertester Schüler wahrgenommen.[705] Sander gehörte also – anders als im

---

dem Gesuche des Dr. Fritz Sander, in: ÖStA, AVA, k.-k. Handelsministerium 1918, Fasz. 1583, ad Z. 61837/IV aus 1918). Vgl. auch Universitätsarchiv der Wirtschaftsuniversität (UAWU), Export-Akademie, Protokoll über die Sitzung des Professorenkollegiums vom 30. September 1918: „Für Prof. Dr. Kelsen wird der von ihm vorgeschlagene Dr. Fritz Sander ernannt". In seinem ersten Jahr als Dozent an der Exportakademie (Studienjahr 1919/1920) las Sander wöchentlich zweistündig „Verfassungs- und Verwaltungslehre und Statistik", eine Veranstaltung, die er im darauffolgenden Studienjahr 1920/1921 wieder übernahm. Im Studienjahr 1921/1922 las Sander an der Hochschule für Welthandel wöchentlich zweistündig „Verfassungs- und Verwaltungslehre und Statistik" wie in Zusammenarbeit mit Sigmund Grünberg „Handels- und Gewerberecht", vgl. Hochschule für Welthandel, Vorlesungsverzeichnis für das 22. Studienjahr 1919/1920, S. 12; Hochschule für Welthandel, Vorlesungsverzeichnis für das 23. Studienjahr 1920/1921, S. 13; Hochschule für Welthandel, Vorlesungsverzeichnis für das 24. Studienjahr 1921/1922, S. 13, 15.

[702] Das Seminar für Rechtsphilosophie fand wöchentlich am Montag von 16 bis 18 Uhr im Saal 24 statt und war nur für fortgeschrittene Studierenden vorgesehen, vgl. Öffentliche Vorlesungen an der juristischen u. philosophischen Fakultät der Universität zu Wien, Winter-Semester 1920/1921, Wien 1920, S. 7.

[703] Eine gewisse Ironie lässt sich dabei selbstredend spüren: „Er ist vielleicht Kelsens bedeutendster Schüler, aber eben Kelsens Schüler" (*Kunz*, Sander contra Kelsen [Anm. 593], S. 42).

[704] Vgl. *Kaufmann*, Kritik der neukantianischen Rechtsphilosophie (Anm. 192), S. 21–35; *Wilhelm Sauer*, Neukantianismus und Rechtswissenschaft in Herbststimmung. Eine Antikritik, in: Logos 10 (1921/1922), S. 162–194 (167); *Ernst Beling*, Revolution und Recht, Augsburg 1923, S. 24 f.; *Isay*, Isolierung des deutschen Rechtsdenkens (Anm. 201), S. 17–18, 21–32; *Julius Binder*, Kantianismus und Hegelianismus in der Rechtsphilosophie. Vortrag gehalten auf dem Vierten internationalen Kongreß für Rechtsphilosophie, in: Archiv für Recht- und Wirtschaftsphilosophie 20 (1927), S. 251–279 (264 f.). Siehe noch in Bezug auf die hier zu behandelnden Rechtsfehlerproblematik *Ernst von Hippel*, Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts. Beitrag zur Methode einer teleologischen Rechtsauslegung, Berlin 1924, S. 143. Auch in der Anglosphäre galt Sander neben Kelsen als einer der philosophischen Köpfe der Wiener Schule, vgl. *Rupert Emerson*, State and Sovereignty in Modern Germany, Oxford 1928, S. 167–179, wo die beiden als „philosophische Juristen" („the philosophical jurists") unter der Rubrik „Neo-Kantians" behandelt werden. Es fällt auch auf, dass Johannes Mattern (1882–1970) 1928 ein ganzes Kapitel zur „Austrian School" schrieb und neben Kelsen Verdross, Sander, Kunz und Henrich berücksichtigte, Merkl aber kein einziges Mal erwähnte, vgl. *Mattern*, Concepts of State, Sovereignty and International Law (Anm. 260), S. 121 f.

[705] Als der Mohr-Verlag 1922 von Sander eine Anfrage bekam, eine Monographie von ihm zu übernehmen, merkte Otto Koellreutter (1883–1972) in Reaktion auf eine Sondierung des Verlags an: „Was nun Sander angelangt, so ist er der begabteste Schüler, der Kelsens Lehre auch kritisch gegenübersteht" (Brief von Otto Koellreutter an J. C. B. Mohr [Paul Siebeck] vom 22. Juli 1922); in Frage stand der Publikation von *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 99), dessen publizierter Titel auf einen Vorschlag des Verlags zurückgeht (vgl. z. B. Brief von J. C. B. Mohr [Paul Siebeck] an Fritz Sander vom 11. September 1922). Vgl. auch *Nelböck*, Ich war sein erster Schüler (Anm. 587), S. 4: Kelsens „vielleicht bester Schüler, Dr. Fritz Sander, […] wurde zum Gegner von Kelsens juristischen Lehrsätzen".

heutigen Verständnis – laut Fremd- wie Eigenwahrnehmung des Kreises um Kelsen zusammen mit Adolf Merkl zu den ersten und wichtigsten Vertretern der jungösterreichischen Schule der Rechtstheorie.[706]

In der impliziten Arbeitsteilung der Wiener Schule stand Sander das gleiche Fachgebiet zu wie Kelsen und gemeinsam waren sie dafür zuständig, das erkenntnistheoretische *aggiornamento* der Rechtswissenschaft durchzuführen.[707] Nicht unwesentlich dank der Kritik und der eigenen rechtstheoretischen Entwürfe Fritz Sanders gewann das Forschungsprogramm der Reinen Rechtslehre klarere Konturen, indem sie sich der Aufgabe annahm, nicht nur die Eigengesetzlichkeit der Rechtswissenschaft zu bestimmen, sondern auch insbesondere die Eigengesetzlichkeit des Rechts zu enthüllen und sie zum Ausgangpunkt und Horizont einer eigenständigen normativen Disziplin zu machen.[708] Das ursprünglich vorwiegend wissenschaftsmethodologisch ausgerichtete Programm Kelsens diversifizierte sein eigenes Erkenntnisinteresse und strukturierte sich allmählich deutlich um eine zweite, rechtstheoretische Achse herum. Dazu hat, neben Sanders Anregungen, dezidiert auch die von Merkl erarbeitete dynamische Rechtsbetrachtungsweise beigetragen.[709] Sander hatte daneben auch die Neigung zur Staats(rechts)lehre mit Kelsen gemeinsam, die von den beiden rechtstheoretisch durchdrungen und in ihrem damaligen Zustand de-konstruiert wurde,[710] um sie auf dem Grund des Wissenschaftsprogramms der Reinen Rechtslehre radikal neu definiert und verfasst wiederaufzubauen.[711] Merkl, dessen *venia* Allgemeine Staatslehre und – anders als die

---

[706] Vgl. z. B. *Siegfried Marck*, Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie, Tübingen 1925, 39–58, wo neben Kelsens die Beiträge Sanders und Merkls zur Entwicklung der Reinen Rechtslehre der Wiener Schule thematisiert werden.

[707] Zu der weniger prononcierten philosophischen Einstellung der Merklschen Schriften vgl. *Carrino*, Logistic Normativism (Anm. 44), S. 116.

[708] Dies ist freilich ein Schritt, den Sander nicht mitmachte, denn er bestritt die Adäquanz des Verständnisses des Rechts als ein Inbegriff von Sollnormen. Seine Kritik gab aber Anlass zur Verfeinerung der Eigengesetzlichkeitslehre Kelsens und der Wiener Schule, vgl. unten Zweiter Teil, Kap. V, S. 216–221.

[709] Die Dynamisierung der rechtstheoretischen Betrachtung der Reinen Rechtslehre wird z. B. oft von den damaligen Schülern Kelsens als geteiltes Verdienst von Merkl und Sander präsentiert, vgl. *Rudolf Löbl*, Das Problem der Reinen Rechtslehre, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1922/1923), S. 402–448 (403); *Kunz*, Völkerrechtswissenschaft und reine Rechtslehre (Anm. 18), S. 63.

[710] Sein nicht bloß reformatorisches, sondern revolutionär gesinntes Programm präsentiert Sander sehr direkt schon im Vorwort seiner staats(rechts)theoretischen und dogmengeschichtlichen Habilitationsschrift: „Die vorliegende Untersuchung des Verhältnisses von ‚Staat und Recht' verfolgt einen doppelten Zweck: Sie will nicht nur die bisherige, am Begriffe des metarechtlichen Staates orientierte Staatsrechtslehre – die nur das Prototyp der am metarechtlichen ‚Person'begriffe orientierten Rechtsdogmatik ist – zerstören, sondern auch den Plan des Aufbaues einer neuen Rechtswissenschaft entwerfen" (*Sander*, Staat und Recht, Hb. 1 [Anm. 143], S. V). Vgl. aber auch das spätere, schon mit Bezug auf andere Voraussetzungen als diejenigen der Reinen Rechtslehre durchdachte und geschriebene Werk *Sander*, Allgemeine Staatslehre (Anm. 612), in dem er behauptet, „daß die Staatswissenschaft keine Rechtswissenschaft ist" und „daß der ‚Jurist innerhalb der Staatslehre nichts zu suchen hat" (S. XII).

[711] Apex dieses Ab- und Neubaus der Staats(rechts)lehre stellt die 1925 erschienene, mit ‚Allgemeine Staatslehre' betitelte Arbeit Kelsens dar, die in mancher Hinsicht als ein Werk der Wiener

Sanders – Staatsrecht umfasste, widmete sich zunächst weniger den großen staatstheoretischen Themen und arbeitete sich häufiger als Sander an positivrechtlichen Problemen ab; er wurde bereits 1924 zum Mitglied der ‚Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer', deren Mitgliedschaft Sander erst 1931, nachdem er Ordinarius an der Karls-Universität zu Prag wurde, erwarb.[712] Mit Merkl teilte Sander das Interesse an den Prozessrechtswissenschaften.[713] In seiner Rechtskraftlehre[714] durchdrang Merkl eine zentrale Kategorie der Rechtsverfahrenstheorien – die der *res iudicata* – mit einer rechtstheoretischen Intentionalität. Sander seinerseits setzte sich mit den Ansätzen der geistigen Väter der modernen Prozessrechtswissenschaft auseinander und gewann daraus Intuitionen für die Ausgestaltung rechtstheoretischer Kategorien, was – gestützt auf die Axiome der Rechtskraft und der Rechtskompetenz – der Weiterentwicklung seiner eigenen Rechtsverfahrenslehre diente.[715]

Aber just bei der Kalibrierung des von Sander und Merkl geteilten Projekts einer Dynamisierung der Rechtstheorie tauchen die erheblicheren Divergenzen zwischen den jeweiligen Rechtswissenschaftsverständnissen wie Rechtskonzepten der beiden Schüler Kelsens auf. Diese Meinungsunterschiede manifestierten sich

---

Schule betrachtet werden darf: Ein Werk, dass die Beiträge unterschiedlicher Schüler Kelsens integriert und innovativ montiert, eigene Auffassungen Kelsens konsequent weiterentwickelt und das etablierte Format der allgemeinen Staatslehre völlig anders als üblich arrangiert, weg von der Idee des Staats als Apparat hin zu einer Lehre des positiven Rechts bzw. zu einer Verfassungslehre, vgl. *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Anm. 166); *Jestaedt*, Wiener Summe (Anm. 360).

712 Vgl. Die Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1922–2022, in: Pascale Cancik et alii (Hrsg.), Streitsache Staat. Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1922–2022, Tübingen 2022, S. 1035–1063, S. 1054 (für Merkls Eintritt), S. 1059 (für Sanders Eintritt).

713 Mit den Schriften Sanders wie mit der Rechtskraftlehre Merkls setzten sich bedeutende Prozesstheoretiker der damaligen Zeit auseinander, wobei Sander auch dabei in einen Prioritätenstreit geriet: James Goldschmidt (1874–1940) unterstellte, Wilhelm Sauer (1869–1972) habe sich für sein Prozessdenken bei Sander inspirieren lassen, was aber von Sauer seinerseits bestritten wurde, vgl. *James Goldschmidt*, Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens, Berlin 1925, S. 227–253; *Wilhelm Sauer*, Kritik des prozessualen Denkens, in: Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 19 (1925/1926), S. 268–293 (270 f. Fn. 2; 272 Fn. 8; 280). Vgl. auch nebenläufig zu Sanders Ansatz *Julius Binder*, Prozeß und Recht. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch, Leipzig 1927, S. 320 f. Zur Merklschen Rechtskraftlehre durch die Brille der Prozessrechtswissenschaften vgl. *Eduard Bötticher*, Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozess, Berlin 1930, S. 38–44.

714 *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 101).

715 Im seinem Habilitationsgesuch beigefügten Lebenslauf betonte Sanders sein besonderes Interesse für die Probleme des Rechtsverfahrens, auf die er durch seine Gerichts- und Rechtsanwaltspraxis aufmerksam geworden war und welche ihm Anregung für die Vertiefung seiner erkenntnistheoretischen Untersuchungen boten: „Diese erkenntnistheoretischen Studien haben mich im Zusammenhang mit verschiedenen Anregungen, welche ich, insbesondere auf dem Gebiete des Rechtsverfahrens empfangen habe, veranlasst, meine wissenschaftliche Tätigkeit der Untersuchung der erkenntnistheoretischen Grundlagen der Rechtswissenschaft, insbesondere der Staatsrechtslehre zuzuwenden" (Curriculum vitae Fritz Sander, in: PA Demelius (Anm. 67), Z. 13.322-I/1920). In der „Nachbemerkung" zu seiner Habilitationsschrift stellte Sander fest, dass er hoffte, „in absehbarer Zeit ein umfangreiches Werk über die ‚Theorie des Rechtsverfahrens' veröffentlichen zu können" (*Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 [Anm. 143], S. 1301). Ein solches Werk ist nie erschienen. Bisher konnten auch keine Manuskripte ausfindig gemacht werden.

deutlich im Bereich der Rechtsfehlerproblematik und sie spalteten praktisch die gesamte Wiener Schule, deren intellektuelle Kräfte in nicht unerheblichem Ausmaß um das Problem der rechts(wissenschafts)theoretischen Verarbeitung der vom Rechtsplan devianten Rechtsentscheidungen mobilisiert wurden.[716]

Mit dem Ausbruch seiner Kontroverse mit Kelsen geriet der „Schismatiker"[717] Sander abrupt in Isolation. Der weitere Aufstieg Merkls innerhalb der Wiener Schule koinzidierte mit dem Verfall Sanders. Nach dem Abgang Kelsens von Wien wurde Merkl 1932 zum Ordinarius.[718] Überlebte Merkl darüber hinaus den Krieg und hatte noch eine relativ lange Karriere bis zu seiner Emeritierung in Wien, im Lauf derer er weiterhin der Wiener Schule bzw. der Reinen Rechtslehre dienlich wurde, starb Sander im Oktober 1939[719] zu einem Zeitpunkt, als seine Auseinandersetzungen mit der Reinen Rechtslehre schon längst aufgehört hatten, von konstruktiver Kritik und durch das Bemühen der Weiterführung geprägt zu sein.

D. Zwischen Devotion und Rebellion

Während Sander seine Stelle als Nachfolger Kelsens an der Exportakademie bzw. Hochschule für Welthandel antrat und dort neben Ludwig von Mises mit seinen ersten Vorlesungen[720] den Durchbruch suchte, wurde Merkl, der damals Beamter im k. u. k. Ministerratspräsidium war, durch Dienstbefehl vom 2. November 1918 verpflichtet, sich „dem designierten Kanzler der neuen Deutsch-Österreichischen Regierung Dr. Karl Renner [1870–1950] zur Dienstleistung zur Verfügung zu stellen".[721] Die Mitarbeit Kelsens in der Staatskanzlei wurde ihrerseits am 25. November 1918 auf eine dienstvertragliche Grundlage gestellt: In dem mit der deutschösterreichischen Staatskanzlei abgeschlossenen und vom Staatskanzler

[716] Zur Idee des materiellen Rechts als ein bloßer Plan, vgl. *Oskar Bülow*, Gesetz und Richteramt, Leipzig 1885, S. 3 f.

[717] *Weyr*, [Buchbesprechung] Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (Anm. 387).

[718] Vgl. PA Merkl (Anm. 142), Z. 3596/32. Den Titel eines ordentlichen Professors trug Merkl bereits seit 1930.

[719] Die Todesurkunde gibt als Todesursache „sclerosis arteriarum coronarium, myocarditis chronica" an (Národni Archiv, PŘ 1931–1940, Sig. S478/7, Karton 10314). Dass Sander an einem Herzinfarkt gestorben ist, ergibt sich auch aus einem Bericht über die Einäscherung, in: AAV ČR, Fond Weizsäcker, Karton 7, č 128. Die Gerüchte über einen angeblichen Suizid Sanders konnten archivarisch nicht bestätigt werden.

[720] Vgl. *Klausinger*, Die Volkswirtschaftslehre an der Hochschule für Welthandel 1918–1973 (Anm. 700), S. 4. Trotz des Berührungspunkts der Laufbahnen von Mises und Sander, hat letzterer soweit ersichtlich anders als zahlreiche Mitglieder des Kreises um Kelsen sich nicht an dem Mises-Kreis beteiligt; dass Mises aber die Kelsen–Sander-Kontroverse wahrscheinlich zur Kenntnis genommen hat, ergibt sich aus dem Inventar seiner privaten Bibliothek, wo die wichtigsten Schriften der Wiener Schule, die diese Kontroverse ausmachten, aufgelistet sind, vgl. *L. John van Til*, Inventory oft he Private Papers of Ludwig von Mises, catalogued by L. John van Til, Pennsylvania 1978.

[721] *Merkl*, [Selbstdarstellung] Adolf Julius Merkl (Anm. 419), S. 138. Vgl. auch *Herbert Schambeck*, Adolf Merkl (1890–1970), in: Peter Häberle/Michael Kilian/Heinrich Wolff (Hrsg.), Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts, Berlin/Boston 2015, S. 353–368 (356).

unterzeichneten Vertrag wurde Kelsen „in der legislativen Abteilung vom 1. November 1918 an bis auf weiteres in Verwendung“ genommen.[722] Somit besetzten Schüler und Lehrer, Merkl und Kelsen, je eine Stelle im Verfassungsdienst der Staatskanzlei und hatten fortan die Gelegenheit, „die Staatswerdung Deutschösterreichs fast als eigenes Schicksal mitzuerleben“.[723] Verstärkte einerseits die nahezu tägliche Zusammenarbeit am Verfassungswerk im „Maschinenraum“[724] der (deutsch-)österreichischen Verfassungsentwicklung die Verbindungen zwischen Merkl und Kelsen, was 1922 in der Publikationen eines unter Mitautorschaft erschienen Kommentars zum Bundesverfassungsgesetz gipfelte,[725] entstanden andererseits die ersten akademischen und persönlichen Reibungen zwischen Kelsen und Sander.

Anfang Sommer 1921 bekam Kelsen vom Deuticke-Verlag die Fahnen einer Arbeit, die Sander im März (oder spätestens Mai) 1921 zum Druck in der ‚ZöR‘ abgegeben hatte.[726] Was ursprünglich von Sander als eine kritische Auseinandersetzung mit Kelsens Buch zum ‚Problem der Souveränität‘ unter dem Titel „Staat und Völkerrecht“[727] angekündigt war, wurde zu einer starken, nicht zuletzt polemisch gegen die Reine Rechtslehre Kelsenscher Art gewendeten, „Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?“[728] betitelten Arbeit. „Bei der genaueren Lektüre schon der ersten Fahnen“ erschrak Kelsen „über die beispiellosen Entgleisungen“ seiner „Theorie in der Sanderschen Darstellung“. „In der sicheren Erwartung, daß eine mündliche Aussprache mit Sander eine literarische Polemik zwischen“ den beiden „überflüssig machen würde“, ließ Kelsen (wahrscheinlich) im Juli/August 1921 den weiteren Satz zunächst einstellen und verständigte Sander hiervon mit der Bemerkung, mit ihm über die Angelegenheit „sprechen zu wollen“.[729] Sander reagierte energisch auf die Mitteilung Kelsens, die Arbeit seines Schülers nicht mehr in der ‚ZöR‘ erscheinen lassen zu wollen. In einem Brief an Kelsen brachte er bis dahin verdrängte Aspekte des Lehrer–Schüler-Verhältnisses zum Ausdruck. Schon zur Zeit seiner Vorlesung im Wintersemester 1920/1921 habe Sander sich dazu gezwungen gefühlt, sich mittelbar gegen gewisse Theorien Kelsens zu wen-

---

[722] Vertrag vom 25. November 1918, abgedruckt in: *Georg Schmitz*, Karl Renners Briefe aus Saint Germain und ihre rechtspolitischen Folgen, Wien 1991, S. 150–152 (152).

[723] *Merkl*, Die Verfassung der Republik Deutschösterreich (Anm. 142), S. VI.

[724] *Rodrigo Cadore*, Editorischer Bericht zu „Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich – Teil 5 (1922)“, in: HKW 8, S. 505–574 (521–531).

[725] *Kelsen/Froehlich/Merkl*, Verfassungsgesetze der Republik Österreich (Anm. 179) = HKW 8, S. 25–502.

[726] Vgl. Eingabe Kelsen vom 6. Mai 1923 (Anm. 200), S. 23; Zuschrift Sander Disziplinkammer 21. Mai 1923 (Anm. 668), S. 15. Sander bestritt allerdings die Version Kelsens und meinte, dieser Aufsatz ursprünglich nicht für die ‚ZöR‘, sondern für das ‚Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie‘ konzipiert zu haben, vgl. Vernehmung Sander 26.–27. Juni 1923 (Anm. 363), S. 4.

[727] Eingabe Kelsen vom 6. Mai 1923 (Anm. 200), S. 23.

[728] *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 208).

[729] Alle Zitate: Rechtfertigungsschrift Kelsens vom 25. Mai 1923 (Anm. 667), S. 3; vgl. Zuschrift Sander Disziplinkammer 21. Mai 1923 (Anm. 668), S. 15.

den, denn fortwährend seien seine damaligen Hörer zu ihm gekommen und hätten Aufklärung seiner Stellung zu Kelsens Reine Rechtslehre verlangt, indem sie ihn darauf aufmerksam machten, seine Rechtstheorie stehe in schroffem Widerspruch zur Lehre seines Lehrers. Um weitere Konflikte zu vermeiden, habe Sander entschieden, im Sommersemester 1921 keine Vorlesung zu halten.[730] Die Schrift Sanders wurde letztendlich doch in der ‚Kelsen-Zeitschrift' veröffentlicht und gilt als die erste publizistische Erscheinungsform bzw. als Eröffnung der Kelsen–Sander-Affäre. Von hier an ging es für Sander innerhalb der Wiener Schule, von der er sich dann aktiv abgrenzte und die er gewissermaßen ridikulisierte,[731] Berg runter.

Praktisch gleichzeitig unternahm Merkl in Namen der damals wichtigsten Schüler Kelsens den Versuch, eine eher ungewöhnliche Festschrift zum 40. Geburtstag des Hauptes der Wiener Schule zu realisieren. Im April 1921 wandte er sich an den Tübinger Mohr-Verlag, den „Hauptverleger Prof. Kelsens",[732] um dieses Vorhaben mitzuteilen. Geplant sei ein aus etwa 12 bis 14 Druckbogen bestehendes, mit „Rechtssystem und Rechtstheorie" betiteltes Sammelwerk gewesen, „das darauf abzielt[e], das von Prof. Kelsen begründete und von ihm und seiner Schule weitergeführte Lehrgebäude weiteren Kreisen zu vermitteln".[733] Im Fokus sollte die Verbindung stehen, die „Prof. Kelsen zwischen Jurisprudenz und Philosophie hergestellt hat".[734] Sander war ursprünglich Teil der Liste von Autoren, ließ aber bald seine Absage bekannt werden, was im engeren Kreis der Schüler Kelsens nicht nur als eine Art Boykott, sondern auch als eine deutliche Nachricht verstanden wurde: Sander wollte schon zu diesem Zeitpunkt vermeiden, als Schüler Kelsens bezeichnet zu werden.[735] Die Festschrift selbst ist nie erschienen;[736] die Verstimmungen zwischen Kelsen und Sander wurden schlimmer. Merkl würde sich

---

730 Vgl. Brief von Fritz Sander an Hans Kelsen vom 7. September 1921 (Anm. 650).

731 1923 beendete er seine mit ‚In eigener Sache' betitelte Schrift mit dem folgenden Zitat Goethes (1749–1832): „Eine Schule ist als ein einziger Mensch anzusehen, der 100 Jahre mit sich selbst spricht und sich in seinem eigenen Wesen, und wenn es auch noch so albern wäre, ganz außerordentlich gefällt" (*Sander*, In eigener Sache [Anm. 599], S. 7). Vgl. *Johann Wolfgang von Goethe*, Maximen und Reflexionen, hrsg. von Michael Holzinger, Berlin 2013, S. 19.

732 Bezeichnung im Brief von Adolf Julius Merkl an J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) vom 12. April 1921.

733 Zwei Zitate: Brief von Adolf Julius Merkl an J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) vom 12. April 1921.

734 Brief von Adolf Julius Merkl an J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) vom 12. April 1921.

735 „Sander hat in jenem Gespräch, das im Café Herrenhof im Frühjahr 1921 stattfand, als hauptsächliche Einwendung vorgebracht, dass er an einer Festschrift, an der Henrich mitwirke, sich nicht beteiligen könne. Mir erschien die Rechtfertigung Sanders als ein Vorwand; ich sprach darüber mit Dr. Seidler, der meinte, der Hauptgrund Sanders sei wohl der, dass er sich nicht durch die Beteiligung an der Festschrift als Schüler Kelsens abstempeln lassen wolle" (AUW, Akademischer Senat, Disziplinfall Hans Kelsen [1923], 7: Erhebungsakt Prof. Löffler/24: Zeugenaussage Adolf Merkl vom 30. Juni 1923); „Daß Sander nicht mit mir an einer Festschrift zusammen arbeiten wollte, hat Merkl mir erst vor Kurzem erzählt. Der Grund einer solchen Ablehnung ist mir nicht bekannt. Vielleicht war es nur eine Ausrede, um die Festschrift unmöglich zu machen" (Zeugenaussage Henrich vom 30. Juni 1923 [Anm. 94], S. 3 f.).

736 Der Grund dafür ist wohl nicht ausschließlich die durch die Absage Fritz Sanders verursachte Verstimmung im Kreis Kelsens. Am 19. April 1921 schrieb der Verlag Merkl zurück, um

später in einem weiteren Zeichen von Loyalität noch aktiv auf die Kelsen–Sander-Kontroverse einlassen, indem er nicht nur zusammen mit anderen Schüler Kelsens einen öffentlichen Unterstützungsbrief unterschrieb,[737] sondern auch eine Schrift verfasste und im Selbstverlag druckte, in der er Kelsen gegen einige der Angriffe Sanders verteidigte.[738]

Vor diesem Hintergrund intensivierten Merkl und Sander ihre eigene Kontroverse, die sie spätestens Ende 1917/Anfang 1918 – zunächst sehr respektierlich – angefangen hatten, als Sander ambivalent die jungösterreichische Schule vor Stark[739] verteidigte und zugleich auf angebliche Aporien der Argumentation des Jungösterreicher Merkl hinwies: Eine auf höchstem Niveau ausgetragene rechts(wissenschafts)theoretische Debatte um die Möglichkeiten der Verarbeitung ‚rechtswidriger Rechtserscheinungen' durch das positive Recht sowie die Rechtswissenschaft, die Anlass zur Reflexion über Standort und Aufgabe der rechtswissenschaftlichen Beschäftigung mit dem Recht anbot. Beide bezogen sich dabei auf die vorhandenen Ergebnisse der Überlegungen Kelsens zum Problem der ‚fehlerhaften Staatsakte' und suchten zunächst nach einer mit dem Programm der Reinen Rechtslehre verträglichen Lösung: Im Fall von miteinander konfligierenden Rechtsauffassungen, wem sei zwischen dem Herrn Jedermann und dem Staatsorgan der Vorzug zuzusprechen?[740]

Das Urteil des ‚weltlichen Gerichts' der rechtswissenschaftlichen Literaturgeschichte ist – unabhängig von der Kontroverse, die schlichtweg nicht zur Kenntnis genommen wird – bisher günstiger für Merkl als für Sander ausgefallen.[741] Obwohl der Name ‚Merkl' nicht unbedingt zum kontinentaleuropäischen Kanon der Rechtstheorie zu zählen ist, gelten mehrere rechtstheoretische Konstruktionen, die ihm im Diskurs zugesprochen werden, bewusst oder subterran bis heute als wirksam in der rechtswissenschaftlichen Debatte,[742] wie besonders bei der Stufenbaulehre und dem Fehlerkalkül deutlich wird.[743] Die Werke Sanders wurden hingegen

---

mitzuteilen, über keine Kapazitäten für die Annahme einer weiteren Festschrift im Jahre 1921 zu verfügen, vgl. Brief von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) an Adolf Julius Merkl vom 19. April 1921.

737 Vgl. *Henrich* et alii, Erklärung (Anm. 256).

738 Vgl. *Merkl*, Ein Kampf gegen die normative Jurisprudenz (Anm. 98) = Merkl-GS I/1, S. 339–364.

739 Vgl. *Sander*, Rechtswissenschaft und Materialismus (Anm. 48).

740 Vgl. Erster Teil, Kap. II, S. 122.

741 So sind z. B. die Hauptschriften Merkls im Rahmen eines umfassenden Editionsprojekts zusammengestellt und nachgedruckt worden, vgl. *Adolf Julius Merkl*, Gesammelte Schriften, hrsg. von Dorothea Mayer-Maly, Herbert Schambeck und Wolf-Dieter Grussmann, Berlin I/1 (1993), I/2 (1995), II/1 (1999), II/2 (2002), III/1 (2006), III/2 (2009). Es ist darüber hinaus anzumerken, dass mittlerweile auch die gesammelten Schriften von Alfred Verdross herausgegeben wurden: *Alfred Verdross*, Gesammelte Schriften, hrsg. von Heribert Franz Köck und Herbert Schambeck, 4 Bd., Wien 2019.

742 Vgl. *Somek*, Wissenschaft vom Verfassungsrecht (Anm. 196), S. 642.

743 Von Jestaedt wird Merkl auf die Stufe eines „Nestor[s] des österreichischen Staats- und Verwaltungsrechts" gehoben, um im selben Zug als „verkannter Klassiker" der deutschsprachigen Rechtsstaats- und Verwaltungslehre deklariert zu werden: *Matthias Jestaedt*, [Buchbesprechung] Gesammelte Schriften von Adolf Julius Merkl, Erster Band: Grundlagen des Rechts. Doro-

quasi zu apokryphen Schriften und sein Name fehlt fast komplett in der heutigen rechtswissenschaftlichen Diskussion.[744] Der anfänglich anscheinend orthodoxe Reinrechtler und Kelsen persönlich devote Fritz Sander wurde zum rebellischen Kritiker der Wiener Schule. In der ersten tatsächlich publizierten Festschrift für Kelsen, die von Alfred Verdross herausgegeben wurde und 1931 aus Anlass von Kelsens 50. Geburtstag erschien, tauchte der Name Sanders unter den Autoren nicht mehr auf;[745] Merkl hingegen publizierte dort seine Prolegomena zur Stufenbaulehre, die sich zugleich als Apex seines rechtstheoretischen Schaffens und als sein letztes Wort zu diesem Thema erwiesen.[746] Der Beitrag verband den Namen Merkls nachhaltig mit der Idee der Rechtsdynamik, wofür sich Sander nicht minder energisch eingesetzt hatte und mit der er aber heute selten assoziiert wird.

Besonders spannend werden indes just die aufrührerischen, die radikale Dynamisierung der rechtstheoretischen Betrachtung des Rechts herausfordernden Thesen Sanders *in puncto* ‚fehlerhafte rechtliche Entscheidungen' von Kelsen in der Form eines einzigartigen Primats der Rechtserzeugung ins Repertoire der Reinen Rechtslehre dauerhaft eingeführt,[747] während die Auffassung des Kelsen kon-

---

thea Mayer-Maly, Herbert Schambeck, Wolf-Dietrich Grussmann (Hrsg.), in: Der Staat 34 (1995), S. 622–625 (623). Zur Dissonanz zwischen (immensem) Verdienst und (nicht hinreichender) Anerkennung bezüglich des Werks von Merkl vgl. *Stanley Paulson*, [Buchbesprechung] Gesammelte Schriften von Adolf Julius Merkl, Dorothea Mayer-Maly, Herbert Schambeck und Wolf-Dietrich Grussmann (Hrsg.). Vol. 1: *Grundlagen des Rechts*, part 1 (1993), part 2 (1995); vol. 2: *Verfassungsrecht*, *Völkerrecht*, part 1 (1999), part 2 (2002), Berlin: Duncker & Humblot, in: Ratio Juris 17 (2004), S. 263–267. Vgl. auch *Horst Dreier*, Merkls Verwaltungsrechtslehre und die heutige deutsche Dogmatik des Verwaltungsrechts, in: Robert Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl – Werk und Wirksamkeit, Wien 1990, S. 55–89.

744 Eine bemerkenswerte Ausnahme – abgesehen von vereinzelten Beiträgen, die sich eher einer Musealisierung der Sanderschen Rechtsauffassung widmen – bildet die ‚Rechtstheorie zur Einführung' von Somek, in der die Rechts(verfahrens)theorie Fritz Sanders an prominenter Stelle auftaucht, vgl. *Alexander Somek*, Rechtstheorie zur Einführung, Hamburg 2017, S. 127–139. Sanderschen Geist atmend, jedoch ohne ausdrücklich den gefallenen Meisterschüler Kelsens zu zitieren, zeigt sich die Re-Lektüre der Reinen Rechtslehre durch *Christoph Kletzer*, Primitive Law, in: Jurisprudence 4 (2013), S. 263–272. Eine anregende Lesart der Reinen Rechtslehre, die die Kelsensche Variante durch die Sanderschen Radikalsierungen bereichert und (hier und da) berichtigt, bietet auch das vor Kurzem erschienene Buch *Christoph Kletzer*, The Idea of a Pure Theory of Law, London 2018. Überblicke zu Sanders Werk bieten z. B. *José Gómez de la Serna Fabre*, La nueva Filosofia del Derecho: Sander [1924], in: Revista de Estudios Políticos 39–42 (1948), S. 168–196; *Norberto Bobbio*, Fritz Sander, in: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto 20 (1940), S. 176–179; *Robert Dolp*, Die Rechtslehre Fritz Sanders, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 5 (1953), S. 192–225; *Kletzer*, Fritz Sander (Anm. 361); *Federico Lijoi*, Fritz Sander, in: Enrico Pattaró/Corrado Roversi (Hrsg.), A Treatise in Legal Philosophy and General Jurisprudence, Bd. 12: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World, Cham 2016, S. 124–129.

745 Vgl. *Alfred Verdross* (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht, Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstage gewidmet, Berlin 1931; vgl. dazu noch Brief von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) an Alfred Verdross vom 25. Februar 1931; Brief von Alfred Verdross an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 28. Februar 1931.

746 *Merkl*, Prolegomena (Anm. 301) = Merkl-GS I/1, S. 437–492.

747 Vgl. *Hans Kelsen*, Was ist ein Rechtsakt? in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 4 (1951/1952), S. 263–274.

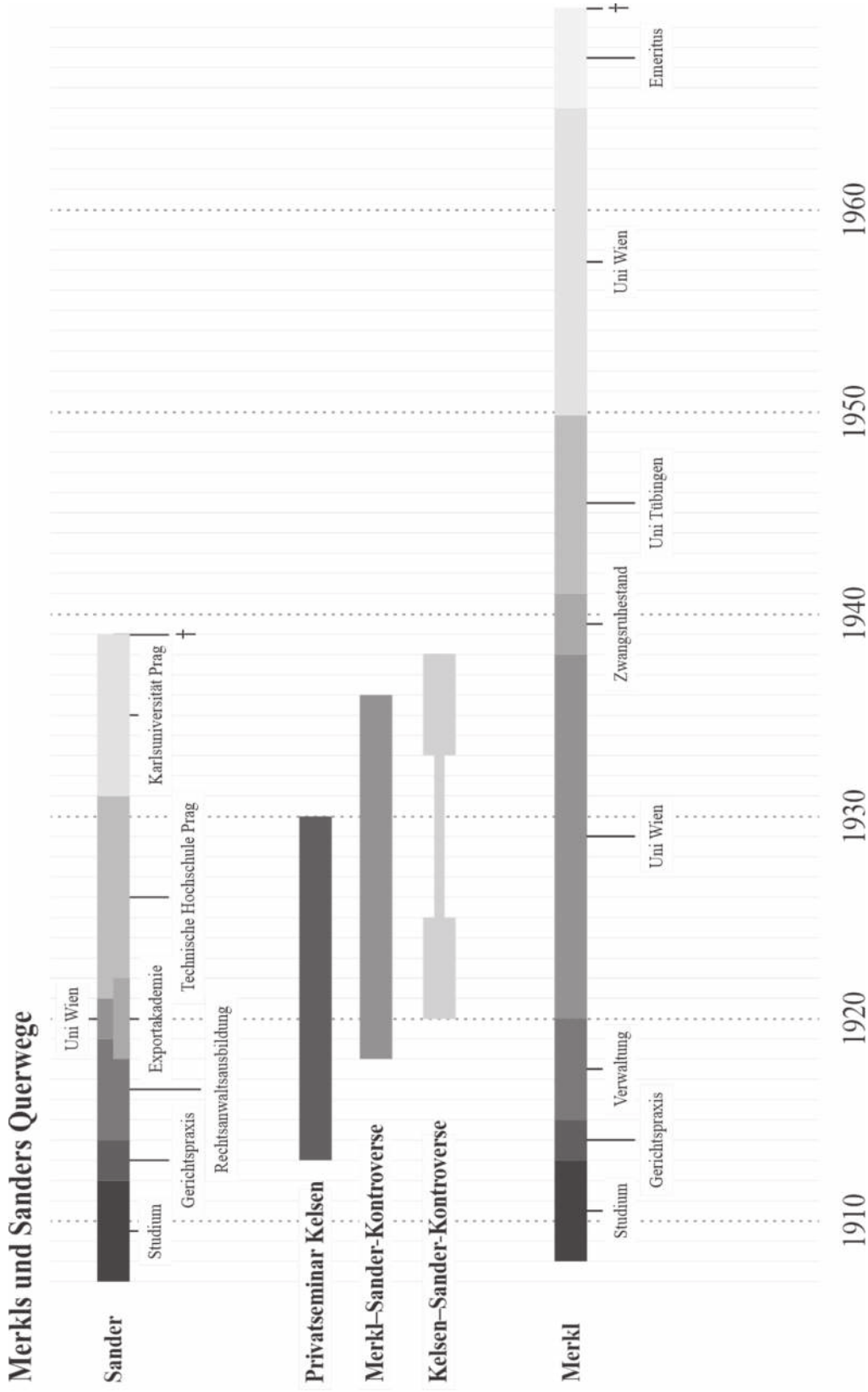

Abbildung 1: Merkls und Sanders Querwege

sequent treugebliebenen Merkls zum Primat der Rechtserkenntnis gewissermaßen als Kontrastfolie zur Reinen Rechtslehre Kelsens in dieser Thematik gedeutet werden kann.[748]

E. Zwischenfazit des Ersten Teils

Hans Kelsens Forschungsprogramm einer Verwissenschaftlichung der Jurisprudenz, die als normative Disziplin zu begründen sei und wissenschaftliche Rechtserkenntnis von autoritativer Rechtserzeugung strikt getrennt zu halten habe, fand die Resonanz Franz Weyrs bereits zu einer Zeit, als beide noch Einzelgänger in der Arena der Rechtswissenschaften waren. Aber bald verbanden sich ihre Schicksale, auch weil um sie als Zentralfiguren herum Schulen der Rechtstheorie entstanden. Die jungösterreichische Schule, wie der Kreis um Kelsen ursprünglich im Diskurs genannt wurde, entstand aus einer Kombination unterschiedlicher Faktoren. Einige sind eng mit der inneren Dynamik und dem Gefüge der Wiener Moderne verknüpft, andere wurden nicht unwesentlich durch das persönliche Engagement Kelsens hinzugefügt. Erst die Juxtaposition der verschiedenen operativen Dimensionen, die sich wie Puzzleteile zusammengefügten, ermöglichte die Wiener Schule und mit ihr die Entstehung der Reinen Rechtslehre als Forschungsprogramm einer ganzen Denkrichtung.

Kelsen versammelte schon kurz nach seiner Habilitation 1911 Männer und ab 1919 Frauen um sich, die sich einerseits ehrlich für sein rechtstheoretisches Projekt interessierten, die aber andererseits Kelsen und seine Sichtweisen herausforderten. Diese Interessierten wurden spätestens ab Ende 1913 zu Mitgliedern eines in Kelsens Wohnung abgehaltenem Privatseminars, das zum Zentrum der Schule avancierte. Die Treffen profitierten von der Zirkulation der Teilnehmenden in den avantgardistischen Wiener Kreisen der 1910er und 1920er Jahre, was zu produktiven Verfremdungen beigetragen haben dürfte. Die Schule machte sich schnell als solche nicht nur durch Polemik mit anderen rechtstheoretischen Strömungen bemerkbar, sondern auch durch die proaktive Errichtung eigener Publikationsorgane, sowie durch die Besetzung von strategischen Lehrpositionen und -stühlen in der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät in Wien. Die habilitierten Schüler Kelsens wurden zu Dozenten und damit zu Lehrern von weiteren Generationen der Wiener Schule. Internationale Nachwuchswissenschaftler wurden in den 1920er Jahren von Kelsen und seiner Schule an den Wissenschaftsmagneten Wien gelockt. Die Reine Rechtslehre prägte mehr und mehr den *modus austriacus* des rechtswis-

[748] Die rechtstheoretische Opposition Merkl vs. Sander berücksichtigend und die damalige Positionierung der beiden Schüler Kelsens im Verhältnis zu der bis zu diesem Zeitpunkt artikulierten Version der Reinen Rechtslehre Kelsens auf den Punkt bringend, stellt Legaz y Lacambra die „strenge Orthodoxie“ Merkls der „dissidenten Heterodoxie“ Sanders gegenüber, vgl. *Legaz y Lacambra*, Kelsen (Anm. 433), S. 109.

senschaftlichen Denkens und wurde auch jenseits der österreichischen Grenzen zu einem aufmerksamkeitserregenden Phänomen.

Die Mitglieder der Wiener Schule teilten einen Denkstil, waren sich aber oft im Blick auf die konsequente Ausführung des gemeinsamen Forschungsprogramms nicht einig. Indem Meinungsunterschiede wiederholt zur Sprache gebracht wurden und sich innerhalb der Schule eine Praxis der gegenseitigen Kritik – die auch den *maestro* nicht aussparte – etablierte, wurde die Reine Rechtslehre in ständigem schulimmanentem Austausch auf-, um- und weitergebaut. Kelsen förderte divergentes Denken, sodass er in seinen Schülerinnen und Schülern qualifizierte Kritiker fand, die zur Weiterentwicklung seiner Thesen beitrugen, ohne auf die Entwicklung eigener Lehren zu verzichten. Auf diese Weise stellt die Wiener rechtstheoretische Schule als Forschungs- und Forscherformation vor allem während der Wiener Zeit Kelsens ein schwer zu replizierendes Format dar. In diesem Rahmen blühte eine besondere Art des rechts(wissenschafts)theoretischen Denkens auf, dessen Proprium in der Artikulation einer Theorie der Eigengesetzlichkeit des Rechts mit einer Theorie der Eigengesetzlichkeit der Rechtswissenschaft zu verorten ist. Es ging darum, die Funktionsweise des Rechtsverfahrens zu beschreiben und dafür einen wissenschaftlichen Begriffsapparat zu entwickeln, der sich auf die Strukturen und die Mechanik des Rechts konzentrierend minimalistisch mit seiner Beschreibungsaufgabe zurechtkommt. Diese Eigengesetzlichkeitsthesen der Reinen Rechtslehre wurden nicht zuletzt im Verlauf von schulimmanenten Kontroversen ausgearbeitet, die sich folglich als eine relevante Komponente der Maschinerie der Wiener Schule *in action* zeigten.

In Bezug auf ein relevantes Problem für die rechtswissenschaftliche Beschäftigung mit dem positiven Recht waren bald die Auffassungen der Mitglieder der Wiener Schule gespalten: Es handelt sich um das Problem der ‚fehlerhaften Staatsakte', wie Kelsen es in der frühen Zeit formulierte. Von ihm stammen entscheidende Anregungen, die sich in Beiträgen aus einer Zeit manifestieren, als es noch keine Wiener Schule gab. Er rekonstruierte die Rechtslage als ein Zurechnungsproblem, rückte die Staatsorgane in ihrem Verhältnis zur anzuwendenden Rechtsnorm in den Fokus der Betrachtung und formulierte das Postulat der Gleichwertigkeit aller Anforderungen des positiven Rechts an seine Anwendung; nur das positive Recht dürfe über diese Anforderungen disponieren und bei seinem Schweigen könne ein Organakt, der die positivrechtlichen Anforderungen verfehle, nicht mehr als zum Staat bzw. zur Rechtsordnung zugehörig angesehen werden. In den Grenzen der Logik bzw. in den durch die Rechtserkenntnis zu ermittelnden Schranken zur Rechtsanwendung sah er allerdings die Grenzen des Rechtskönnens. Kelsen zog bereits in Erwägung, dass das positive Recht unbedingte von bedingten Erfordernissen der Rechtsanwendung unterscheiden können müsste, indem er die Verletzung bestimmter Erfordernisse als Anfechtungsgrund normierte. Dies ist eine Denkweise, die sich um das Grundpostulat der ‚Relation zum Rechtssatz' herum artikulierte und im Rahmen derer bereits die die Merkl–Sander-Kontroverse bestimmende Frage aufgeworfen wurde: Wessen Meinung gibt juristisch den Aus-

schlag über die Fehlerhaftigkeit eines Organakts und damit über seine Zurechenbarkeit zur Rechtsordnung – die der zuständigen Organe oder die eines Herren Jedermann? Damit war vieles bereits geleistet und durchdacht, es haftete den Überlegungen Kelsens aber noch eine statische Betrachtungsweise des Rechts an, die jedoch durch seine, sich für das Organ entscheidende Antwort auf die Fragestellung Keime der Dynamisierung in sich barg. Kelsen entwickelte eine rudimentäre Theorie des Rechtskönnens, die ihn zu der Ansicht führte, dass die Organe in einer funktionierenden Rechtsordnung unfehlbar seien: Entweder handeln sie rechtmäßig und erweisen sich als Staatsorgane oder sind sie nicht als Staatsorgane zu betrachten, weil sie jenseits der Grenzen des Rechts handeln. Nur: Sobald bestimmte Verletzungen der Rechtsanwendungserfordernisse als Anfechtungsgründe geregelt werden, müssen die Organe selbst entscheiden, sodass Akte, von denen die ‚Logik' sagen würde, sie seien fehlerhaft, weiterhin als fehlerfrei behandelt und als solche dem Staat zugesprochen werden können. Darin zeigten sich bereits die Skizzen einer Lehre der Eigengesetzlichkeit des Rechts, die aber statisch konzipiert und primär mit der Ausarbeitung des Rechtsphänomens als ein normatives – d. h. nicht kausal-natürliches – Phänomen beschäftigt war, ohne sich im Detail für die Binnenbeziehungen zwischen den Rechtserscheinungen zu interessieren. Ein wollender Staat wurde noch einem handelnden Staat gegenübergestellt und primär wurde nach den Grenzen der Rechtsordnung als Grenzen der Zurechenbarkeit der Organakte zu dieser Ordnung gefragt. An Kelsens Fragestellungen und Reflexionen anknüpfend ließen sich Merkl und Sander Ende der 1910er und Anfang der 1920er Jahre auf eine Kontroverse ein. Es ging darum, eine dem Programm der Reinen Rechtslehre gerecht werdende Konzeptionalisierung des Problems des ‚rechtswidrigen Rechts' zu ersinnen.

Die Wege Merkls und Sanders kreuzten sich früh innerhalb des Kreises um Kelsen, an dessen Privatseminar beide in den 1910er Jahren regelmäßig teilnahmen. Merkl gilt heute als Mitbegründer der Reinen Rechtslehre, Sander ist hingegen weitestgehend vergessen. Die Lage sah in den Anfangsjahren der Wiener Schule jedoch ganz anders aus. Neben Kelsen bemühte sich Sander um eine erkenntnistheoretische Aktualisierung des rechtswissenschaftlichen Instrumentariums mittels Funktionalisierung und Relationalisierung. Zusammen mit Merkl, der rechtstheoretisch unterwegs war, sich aber nicht unmittelbar mit Erkenntnistheorie beschäftigte, gehörte Sander sowohl in der Selbstwahrnehmung der Schulmitglieder als auch in der Fremdwahrnehmung des wissenschaftlichen Diskurses zur Spitze der Wiener Schule. Zunächst stand die konsequente Ausführung eines gemeinsamen Forschungsprogramms, d. h. die gegenstandsadäquate Erfassung der Rechtsdynamik und die Ausarbeitung einer dynamischen Betrachtungsweise des Rechtsphänomens im Mittelpunkt des Streits zwischen Merkl und Sander. Die Merkl–Sander-Kontroverse um das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts', die letztlich zwei grundlegende rechts(wissenschafts)theoretische Modelle gegeneinander ausspielte, und ein Primat der Rechtswissenschaft in Opposition zu einem Primat des Verfahrens auftreten lassen würde, lässt sich intellektuell-geschichtlich auch als ein

impliziter Disput um die Stelle eines ‚*primus inter pares*' innerhalb der Wiener Schule deuten.

Dabei nahmen Merkl und Sander die Überlegungen Kelsens als Anregung auf, dessen frühe Beiträge – insbesondere die Arbeit zum ‚Staatsunrecht' aus dem Jahre 1913 – als Texte hinter den Texten innerhalb der Kontroverse fungieren. Die Debatte drehte sich zunehmend mehr um zentrale Aspekte der Lehre der Eigengesetzlichkeit des Rechts, denn es ging darum, die Funktionsweise des Rechtsverfahrens auch in Fällen einer Verfehlung der Rechtsmaßgaben durch die Organe akkurat zu begreifen. Auf diese Kontroverse konzentriert sich der nächste Teil dieser Arbeit, nachdem bis jetzt die Entwicklung des Kreises um Kelsen zur jungösterreichischen Schule und der Werdegang Sander und Merkls zu Protagonisten dieser Schule nachverfolgt wurde.

Zweiter Teil: Einwicklung

Die Merkl–Sander-Kontroverse

Wurde Kelsen in der Forschung bereits als „*un classique méconnu*“[1] bezeichnet, dessen Ruhm oft mit dem Preis der Übervereinfachung und Karikierung seines Projekts und seiner Thesen bezahlt werde, die als Stichworte oder Schmuckzitate im Diskurs entweder verfälscht und missverstanden oder lediglich als museologisches Artefakt oder Ornament weiterleben würden, sieht das Schicksal zwei seiner begabtesten Schüler ganz anders aus. Kann man in Merkl eine Art unbekannten Klassiker sehen, dessen Sprachbilder oberflächlich und dessen Theoreme subterran ohne Kenntnis über ihre Urheberschaft weiterwirken, gilt der vergessene Sander schlichtweg als ein ‚Inkognito', der einerseits weder als Klassiker wahrgenommen noch als solcher missverstanden wird, sich selbst aber andererseits als apokryphen Urheber mancher der für die Reine Rechtslehre bezeichnenden Thesen verstand.[2] Der zweite Teil dieser Arbeit lässt sich (fast) exklusiv auf die Rechtstheorien Merkls und Sanders ein und beobachtet sie im Kollisionsmodus, indem die bisher in der Literatur unterbeleuchtete Merkl–Sander-Kontroverse untersucht wird. In diesem Teil übernehmen Merkl und Sander die Hauptrollen und das Ziel ist, die Feinheiten der jeweiligen rechtstheoretischen Modelle in Bezug auf den Umgang mit den ‚Rechtsfehlern' einander gegenüberzustellen, ohne sie als bloßen Annex zum Kelsenschen Corpus zu handhaben. Damit wird das Zentrum des hier gezeichneten Triptychons erreicht.

In Kapitel IV ist zunächst Merkl mit ausgewählten Facetten seiner Rechtstheorie zur Stelle, bevor in Kapitel V Sander mit seiner Rechtsverfahrenstheorie wiederentdeckt und präsentiert wird. In beiden Kapiteln werden die Rechtstheorie Merkls und die Rechtsverfahrenstheorie Sanders jeweils mit Blick auf das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' gezielt rekonstruiert. Diese Rekonstruktionen sollen dem Verständnis der Merkl–Sander-Kontroverse dienen, damit klar wird, wie unterschiedlich sich die Frage nach der Fehlerhaftigkeit der Operationen des Rechtssystems und den daraus folgenden Konsequenzen in beiden Ansätzen stellt. Der systemimmanente Weg – ausgehend von der Rechtskraftlehre und über die Lehre der Stufenbauten hin zu einer dynamischen Rechtsbetrachtung – zu der Vorstellung eines möglichen Risses im Rechtssystem bzw. der ‚Doppelheit der Rechtsordnung' in Merkls Rechtstheorie, ist das Thema von Kapitel IV. Zu erklären, wie das San-

[1] *Regis Ponsard*, Kelsen, quel sens?, in: Thomas Hochmann/Xavier Magnon/Régis Ponsard (Hrsg.), Un classique méconnu: Hans Kelsen, Paris 2020, S. 27–58 (31).

[2] So habe z. B. Kelsens Übergang zur Dynamik unter dem uneingestandenen Einfluss Sanders gestanden, vgl. dazu noch oben Erster Teil, Kap. III, S. 136 (insb. Anm. 599).

dersche Manöver, das Recht als ein autonomes ‚Subjekt–Objekt-Verhältnis' gelten zu lassen, zur Diskreditierung der rechtswissenschaftlichen Fragestellung nach der Rechtswidrigkeit der Rechtserzeugung als Pseudoproblem führt, ist der Arbeitsauftrag von Kapitel V. Damit werden zwei Rechtstheorien vorgestellt, die bei der Eigengesetzlichkeit des Rechts ansetzen, diese aber unterschiedlich verstehen und beschreiben, denn sie haben unterschiedliche Vorstellungen vom Grundmodus der Beziehungen zwischen den Elementen des Rechtssystems.

Dies ist der Moment der Vertiefung. Die Merkl–Sander-Kontroverse wird im Kapitel VI rechts(wissenschafts)theoretisch analysiert und der Versuch unternommen, dort Klarheit zu schaffen, wo sie ursprünglich gefehlt hat: Die Fragestellungen der Debatte werden identifiziert und isoliert, die scharfen, aber diffusen Kritikpunkte Sanders an den Lösungen Merkls, wie dessen Reaktionen auf die Kritik Sanders, zusammengestellt. In der Debatte gewinnen die in den Kapiteln IV und V erörterten Rechtstheorien deutlichere Konturen. Das Deutungsschema, das für die Kontroverse ursprünglich von Merkl angeboten wurde, wird herausgearbeitet und für die Erschließung der Meinungsunterschiede verwendet: Das Primat der Rechtswissenschaft Merkls wird gegen das Sandersche Primat des Rechtsverfahrens gestellt und im Rahmen dieser Opposition werden die Merklschen Lösungen zum Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' – darunter der sogenannte Fehlerkalkül, dem prominenter Platz eingeräumt wird – und die entsprechenden virulenten Angriffe Sanders genealogisch wie systematisch betrachtet. Es gilt einerseits zu verstehen, wie Merkl vom Programm der Reinen Rechtslehre ausgehend ab einer gewissen Stelle des Rechtsgewinnungsverfahrens bereit war, unter Umständen der ‚fehlerhaften Rechtserscheinung' die Geltung abzusprechen und der Rechtswissenschaft eine konstitutive Entscheidung darüber zu überlassen, und andererseits nachzuvollziehen, wie und warum Sander nicht nur damit ein großes Problem hatte, sondern auch schon mit der bloßen Qualifizierung bestimmter Rechtserscheinungen als ‚rechtswidrig' durch die Rechtswissenschaft nicht gut leben konnte.

In der Merkl–Sander-Kontroverse wurde eine rechtswissenschaftliche Selbstverständlichkeit rechts(wissenschafts)theoretisch hinterfragt: Dass Organe irren können und dass die Rechtswissenschaft die ‚Rechtsfehler' der Organe als solche zu identifizieren (und gar anzumahnen) habe. Vom Problem der ‚fehlerhaften Rechtsentscheidung' ausgehend werden Eigengesetzlichkeitstheorien des Rechts neukalibriert und über das Verhältnis zwischen Rechtswissenschaft und Recht nachgedacht, debattiert und gestritten. Diese Kontroverse strahlte auf die ganze Wiener Schule aus. Daher klingt Kapitel VI mit der Rekonstruktion der Stellungnahmen weiterer Mitglieder der Schule zur Kontroverse und deren eventuell vorhandenen originellen Lösungen zum Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' aus. Wie sich praktisch eine ganze Schule der Rechtstheorie in dieser Debatte engagierte, wird im Folgenden erörtert. Auf dem Spiel stand nicht weniger als zu bestimmen, wer entscheiden darf, ob Rechtsorgane ‚fehlerhaft' entschieden haben und zu welchen Konsequenzen dies führen müsse. Damit betraf die Merkl–Sander-Kon-

troverse keine periphere, nur für „Diogenes-Naturen“[3] spannende Fragestellung, sondern eine, die vom anderen Extremen des rechtstheoretischen Spektrums her – nämlich vom jungen Carl Schmitt – bereits als die entscheidende Frage aufgeworfen worden war[4] und welche die Pilatus-Frage als rechtliche „Alltagsproblematik“[5] formuliert und erscheinen lässt.

[3] „Die Hindernisse der Reinen Rechtslehre wie überhaupt aller Reinen Theorie sind einerseits ein Pragmatismus, wie er in bezug auf Staat u. Nation seit der deutschen Reichsgründung im Reiche fast alleingeherrscht hat, andererseits aber auch die Aufwühlung der Geister und die völlige Unsicherheit der äusseren Lebensumstände. M. E. ist die RRl. eine geistige Kost für Satte oder doch irgendwie Ausgeglichene oder für Asketen, Diogenes-Naturen“ (Brief von Adolf Julius Merkl an Hans Kelsen vom 25. Mai 1947, in: Hans Kelsen-Institut, Nachlass Hans Kelsen).

[4] Vgl. *Carl Schmitt*, Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis, Berlin 1912, S. 1.

[5] *Henning von Olshausen*, Die Wirksamkeit des Gesetzes und der Geltungsanspruch der Verfassung, in: JuristenZeitung 22 (1967), S. 116–120 (118).

Kapitel IV

Die Rechtstheorie Adolf Julius Merkls

Da Adolf Julius Merkl schon auch als ein in Goethe Vernarrter dargestellt wurde – der die Studierenden bei Examina immer wieder unberechenbar mit kuriosen Themen wie den Verwaltungsstationen Goethes in Weimar „beglückte“[6] –, scheint es nicht verfehlt zu sein, diese Approximationen zu seiner Rechtstheorie mit Rekurs auf ein Bild von Johann Peter Eckermann (1792–1854) zu Goethe einzuführen. Wie ein „vielseitige[r] Diamant[]“[7] zeigt sich das rechtstheoretische Werk Merkls der Spiegelung unterschiedlicher Farben fähig, je nach Betrachtungsrichtung. In diesem Kapitel wird seiner Rechtstheorie mit Fokus auf seine Rechtskraftlehre systematisch nachgegangen, um das Feld für die rechtstheoretische Gegenüberstellung seines Ansatzes zum ‚rechtswidrigen Recht‘ mit dem von Fritz Sander vorzubereiten. Damit weicht die Darstellung von den Standardpräsentationen der Merklschen Lehre ab, die gewöhnlich von der Stufenbaulehre ausgehen,[8] und versucht bereits durch ihren Aufbau einen bestimmten Schlüssel für das Verständnis des Denksystems Merkls parat zu stellen. Dabei muss allerdings im Auge behalten werden, dass das, was heute als ein relativ fertiges Gebäude betrachtet wird, in der hier zu erörternden Kontroverse *under construction* stand, dass also der facettenreiche Diamant noch nicht fertig lapidiert war und von Merkl eigentlich nie wurde. Man bedenke nur, dass er die letzte publizierte Version seiner Rechtstheorie

---

[6] Vgl. *Norbert Leser*, Skurrile Begegnungen. Mosaike zur österreichischen Geistesgeschichte, Wien 2011, S. 123 f.

[7] *Johann P. Eckermann*, Gespräche mit Goethe in den letzten Jahren seines Lebens [1836/1848], Gütersloh 1960, S. 8.

[8] Jenseits der schon oben erwähnten Literatur zur Stufenbaulehre Merklscher Art (Erster Teil, Kap. III, S. 133 [Anm. 591]) vgl. noch folgende Schriften zu verschiedenen Aspekten der Rechtstheorie Merkls: *William Ebenstein*, Die rechtsphilosophische Schule der Reinen Rechtslehre, Prag 1939, S. 141–180; *William Ebenstein*, The Pure Theory of Law, Madinson 1945, S. 157–206; *František Weyr*, Der Stufenbau der Rechtsordnung (die Hierarchie der Rechtsnormen) und der allgemeine Begriff des Rechtsverfahrens (1936), in: Vladimír Kubeš/Ota Weinberger (Hrsg.), Die Brünner Rechtstheoretische Schule (Normative Theorie), Wien 1980, S. 139–150; *Robert Walter*, Adolf Merkls rechtstheoretisches Werk, in: Deutsches Verwaltungsblatt 105 (1990), S. 658–662; *Gabriele Kucsko-Stadlmayer*, Merkls Rechtskraftlehre, in: Robert Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit, Wien 1990, S. 117–138; *Ulrike Lembke*, Adolf Julius Merkls Stufenbau der Rechtsordnung: Rechtsstaat, demokratiekompatible Verrechtlichung und das Jenseits des positiven Rechts, in: Detlef Lehnert (Hrsg.), Verfassungsdenker: Deutschland und Osterreich 1870–1970, Berlin 2017, S. 195–218; *Agostino Carrino*, Legitimität der Legalität. Überlegungen zum Beitrag Adolf Merkls zur Reinen Rechtslehre, in: Horst Dreier (Hrsg.), Repräsentation und Legitimität im Verfassungs- und Umweltstaat. Gedächtnissymposion für Hasso Hofmann, Berlin 2022, S. 103–130.

mit „Prolegomena“[9] betitelte.[10] Die Feinarbeit an dem an manchen Stellen immer noch rohen rechtstheoretische Material wurde somit den weiteren Generationen überlassen.[11]

Die hier präsentierte Rekonstruktion der Rechtstheorie Merkls interessiert sich einerseits für die „*temps historique*“ der Konzeption und Erarbeitung eines weiteren rechtstheoretischen Modells im Kontext der Wiener Schule. Sie bemüht sich gewiss um entwicklungsgeschichtliche Akkuratesse. Andererseits geht es darum, eine an der „*temps systématique*“[12] orientierte Lesart der in Frage kommenden Rechtstheorie zu plausibilisieren, die sich der kontextsensiblen historischen Untersuchung als Heuristik bedient, um die Eigenlogik der Merklschen Rechtstheorie aufzuschließen. Versucht wird deshalb, die von Merkl inhaltlich durchdachte und in gewisser Form artikulierte Lehre so zu interpretieren, dass immer wieder be-

---

[9] Vgl. *Adolf Julius Merkl*, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in: Alfred Verdross (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstage gewidmet, Wien 1931, S. 252–294 = Merkl-GS I/1, S. 437–492.

[10] Merkl hat gelegentlich rechtstheoretische monographische Arbeiten angekündigt, die nie erschienen sind. Die Kartographie der Merklschen *leftovers* integrieren versprochene Schriften zur Stufenbaulehre (vgl. *Adolf Julius Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung, Wien 1923, S. 224 [Fn. 1]; *Merkl*, Prolegomena [Anm. 9], S. 294 [Fn. 1] = Merkl-GS I/1, S. 437–492 [492 Fn. 8]), zum Fehlerkalkül wie zur Unfehlbarkeit der Rechtsorgane (*Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft, S. 297 [Fn. 1], S. 278 [Fn. 1]) und sogar eine ‚Allgemeine Staatslehre‘ (vgl. Brief von Adolf Julius Merkl an J.C.B. Mohr [Paul Siebeck] vom 21. September 1948). Was die spezifische Thematik der vorliegenden Dissertation angeht, hat Merkl seinen Vorbehalt, dem Problem des ‚rechtswidrigen Rechts‘ eingehendere Untersuchungen durch monographische Behandlung widmen zu wollen, nicht nur nie eingelöst, sondern hat er auch nach dem Ende seines ‚*lucidum intervallum*‘ (1915–1931) sich nur spärlich mit einschlägigen Problemkonstellationen befasst. In einer früheren Rezension zum Werk Merkls bedauerte bereits Ernst Beling (1866–1932) mit einem leisen Vorwurf, dass sich lediglich ein Zwölftel des Buchs mit dem sogenannten Fehlerkalkül befasst, vgl. *Ernst Beling*, [Buchbesprechung] Merkl, Adolf, Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff, 302 S. (Wien 1923, Deuticke), in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 57 (1925), S. 104–118 (116). Zu Merkls wissenschaftlichem Einsatz schreibt Jabloner, „es ist kein Geheimnis, dass Merkls Erkenntniskraft nach den 1930er-Jahren abnahm“ (*Clemens Jabloner*, [Buchbesprechung], Mayer-Maly D., Schambeck H., Grussmann W.-D. [Hrsg.]: Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften. Dritter Band: Verwaltungsrecht – Zeitgenossen und Gedanken. Zweiter Teilband. 695 Seiten. Duncker & Humblot, Berlin 2009, in: Journal für Rechtspolitik 19 [2011], S. 121–122 [121]).

[11] Umso erfreulicher, dass zurzeit unabhängig voneinander wenigstens drei Arbeiten, die auf Weiterentwicklung der Stufenbaulehre abzielen, entstehen, von denen man Erkenntnisgewinne erwarten darf. Es handelt sich erstens um die österreichische Dissertation von Gerald Gotsbacher zum Thema „Der Stufenbau als rechtstheoretisches Problem“ (betreut von Clemens Jabloner an der Wiener Universität), zweitens um die brasilianische Habilitationsarbeit von Matheus Pelegrino da Silva zum Thema „Normenhierarchien in der brasilianischen Rechtsordnung“ (betreut von José Levi do Amaral Junior an der Universität von São Paulo) und drittens um eine Monographie von Lucas Hartmann (Freiburg im Br.).

[12] Zwei Begriffe: *Victor Goldschmidt*, Temps historique et temps logique dans l’interprétation des systèmes philosophiques, in: Actes du XIème Congrès International de Philosophie. Bruxelles, 20–26 Août 1953, Bd. 12: Histoire de la Philosophie: Méthodologie Antiquité et Moyen Âge, Amsterdam/Louvain 1953, S. 7–13.

wusst ein Bild von den zum Zeitpunkt der ursprünglichen Entwicklung brennenden Fragestellungen entsteht. Den inneren Bewegungen bzw. Gedankengängen der Lehre Merkls folgend wird hier eine (Neu-)Anordnung seiner Rechtstheorie mit Fokus auf die Rechtsfehlerproblematik angestrebt. Angenommen wird, dass die historische Sensibilität im Hinblick auf die damals zu treffenden methodologischen wie theoretischen Entscheidungen dabei hilft, aus dem (un-)fertigen Werk wieder eine anschlussfähige Komponente eines weitgefassten *work in progress* zu machen und die Reine Rechtslehre als ein permanent entwicklungsoffenes, kollektives Projekt zu beschreiben und zu betreiben. Denn ein unvollständig vorhandenes rechtstheoretisches System zu interpretieren, kann in gewissem Sinne heißen, dieses System weiterzudenken bzw. neu zu gestalten

Es handelt sich bei der folgenden Darstellung und Auseinandersetzung um (m)einen Merkl, nämlich um einen, dessen Ansatz seine eigene rechtstheoretische Identität im (Anerkennungs-)Kampf und Wechselspiel mit dem radikalen, das Rechtsverfahren integrierenden, rechtstheoretischen Modell Fritz Sanders geschmiedet bekommen soll.

A. Rechtskraft: Rechtserscheinungen zwischen Permanenz und Ephemera

Ganz im Sinne des rechtstheoretischen Anliegens der Reinen Rechtslehre Kelsens[13] ist das rechtstheoretische Unterfangen Merkls von der Beschäftigung mit den elementarsten „Bewegungsgesetzen“[14] des Rechts geprägt, die er aus der Betrachtung der Rechtserzeugung und der Rechtsvernichtung gewann. Der „strengtheoretischen Natur“ Merkls ging es nicht selten um das sich hinter den alltäglichen Fragestellungen verbergende „allgemeine[] Rechtsproblem“.[15] Seine Rechts(erkenntnis)lehre bemühte sich in erster Linie um eine deskriptiv gesinnte Rekonstruktion der Struktur und Dynamik des Rechtsgewinnungsverfahrens. Besonders greifbar wird diese fundamentale Forschungsattitüde bei der Herausarbeitung der Rechts-

[13] Zum Verhältnis der Rechts(kraft)theorie Merkls zum Forschungsprogramm Kelsens und zur Reinen Rechtslehre vgl. *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. VII: „Wenn die Schrift Geist vom Geist Kelsenscher Rechtstheorie in einer Weise atmet, daß sie als nicht bloß persönliches, sondern auch sachliches Bekenntnis zu ihr verstanden werden kann und muß, so glaube ich ihm damit am entsprechendsten den gebührenden Dank gezollt zu haben“. Zur Selbsteinordnung des Merklschen Denkens zum Gravitationsfeld der Reinen Rechtslehre vgl. noch *Adolf Julius Merkl*, Die Verfassung der Republik Deutschösterreich. Ein kritisch-systematischer Grundriß, Wien/Leipzig 1919, S. VI; *Adolf Julius Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1927, S. XI.

[14] *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 179.

[15] Zwei Zitate: *Adolf Julius Merkl*, Die Unveränderlichkeit von Gesetzen – ein normlogisches Prinzip, in: Juristische Blätter 46 (1917), S. 97–98, 109–111, 571 (97) = Merkl-GS I/1, S. 155–168 (155). Zu „Merkls Denkstil“ vgl. *Clemens Jabloner*, Merkls Verwaltungsrechtslehre und die heutige österreichische Dogmatik des Verwaltungsrechts, in: Robert Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit, Wien 1990, S. 37–54 (40–42); *Walter*, Adolf Merkls rechtstheoretisches Werk (Anm. 8), S. 658 f.

kraft nicht als ein „abgrenzbares Sonderphänomen“[16] partikularer Rechtserscheinungen, sondern als eine jeder Rechtsnorm kongeniale Eigenschaft, d. h. als ein Attribut aller das Prädikat ‚rechtlich‘ tragenden, menschlichen Willensakte. Die Rechtskraft taucht im Zentrum der Rechtslehre Merkls als spezifischer Ausdruck der Rechtlichkeit auf – sprich: als begrifflicher Schlüssel zum Verständnis der Eigengesetzlichkeit des Rechts.

Allen Rechtserscheinungen wie Rechtsnormen[17] wohne eine Prätension auf Dauerhaftigkeit inne. „Das Wesen des Rätseldings der sogenannten Rechtskraft“[18] sei in der von Merkl der Gesamtheit der Erscheinungsformen des Rechts zugesprochenen „Eigenschaft der Unveränderlichkeit, der Ewigkeit“[19] wiederzuerkennen. Unter der Rubrik der Rechtskraft wird die Problematik der „spezifischen Geltungsdauer des Rechts“[20] adressiert; es ist „das Problem der Änderbarkeit von Rechtlichem“.[21] Da das Recht bei jeder seiner wirklichen Erscheinungen mit dem Anspruch auf Beharrlichkeit auftrete und da rechtspolitisch die „Variabilität“ des Rechtsinhalts unstreitig eine „Vorbedingung der Praktikabilität“[22] des Rechts sei, müssten die Rechtsordnungen ihre eigene Änderbarkeit rechtlich strukturieren.[23] Der Anspruch auf Permanenz des Rechts führt daher zur Selbstreferenzialität des Rechtserzeugungs- und Rechtsvernichtungszusammenhangs. Das positive Recht

---

[16] *Matthias Jestaedt*, Wirken und Wirkungen höchstrichterlicher Judikatur – Rechtsprechung von Grenzorganen aus Sicht der Reinen Rechtslehre, in: Clemens Jabloner (Hrsg.), Wirken und Wirkungen höchstrichterlicher Judikatur, Wien 2007, S. 9–34 (25). Vgl. auch *Fritz Sander*, Merkls Rechtslehre, in: Prager Juristische Zeitschrift (1924), Sp. 16–31 (16).

[17] Merkl unterscheidet „Rechtsnorm“ von „Rechtserscheinung“: Letztere ist ein „Ausdruck für jedes Geschehen und Geschehnis (fieri und factum) von rechtlicher Relevanz“; erstere bezeichnet hingegen nur Rechtserscheinungen, die die Entstehung neuen Rechts regulieren bzw. bedingen, d. h. die „Voraussetzung für mögliche weitere Rechtserscheinungen (Staatsakte) sind“. Eine Rechtserscheinung, die keine Bedingung für die Erzeugung weiterer Rechtserscheinungen darstellt und somit das bestehende Recht ausschließlich anwendet, wird daher nicht als Rechtsnorm behandelt, vgl. *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 218 f.

[18] *Adolf Julius Merkl*, Die Rechtseinheit des österreichischen Staates. Eine staatsrechtliche Untersuchung auf Grund der Lehre von der lex posterior, in: Archiv des öffentlichen Rechts 37 (1918), S. 56–121 (121) = Merkl-GS I/1, S. 169–225 (225).

[19] *Merkl*, Die Rechtseinheit des österreichischen Staates (Anm. 18), S. 120 = Merkl-GS I/1, S. 169–225 (224) – Hervorhebung nicht übernommen.

[20] *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 177.

[21] *Adolf Julius Merkl*, [Buchbesprechung] Adolf Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff, Wien 1923, in: Zeitschrift für Verwaltung 57 (1924), S. 26–28 (27) = Merkl-GS I/1, S. 365–368 (366).

[22] Zwei Zitate: *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 236.

[23] Der Gedankengang Merkls nimmt hier gewissermaßen die Hartsche Lehre der Bildung des Rechtsystems aus dem Hinzutritt der „secondary rules“ neben den „primary rules“ vorweg, was Herbert Hart (1907–1992) als eine Form des Umgangs mit bestimmten Problemen bzw. Defekten, die ein Aggregat von bloßen „primary rules“ aufweisen, bezeichnen würde, vgl. *H.L.A. Hart*, The Concept of Law, Oxford 1961, S. 77–96, insb. 89–96; *H.L.A. Hart*, The Concept of Law, 2. Aufl., Oxford 1994, S. 79–99, insb. 94–99. Bereits zur Unterscheidung zwischen „primary“ und „secondary laws“ *H. L. A. Hart*, The Presidential Address: Prolegomena to the Principles of Punishment, in: Proceedings of the Aristotelian Society 60 (1959/1960), S. 1–26 (6 f.) = *H.L.A. Hart*, Responsibility and Punishment, 2. Aufl., Oxford 2008, S. 1–27 (7 f.). Vgl. auch *Merkl*, Prolegomena (Anm. 9), S. 281 f. = Merkl-GS I/1, S. 437–492, S. 475 f.

ist unveränderbar, es sei denn es regelt selbst seine Änderung(en). Das Recht operiert in diesem Modell als eine eigengesetzliche Sinnsphäre. Die Rechtsproduktion wie die Rechtsdestruktion werden – wenn auch nicht vollumfänglich – rechtlich reguliert, der Intentionalität des Systems nach sind diese systeminternen Operationen an Rechtsnormen gebunden. Damit die Rechtsnormen *valid* verändert oder derogiert werden können, sollen die Anforderungen anderer diesbezüglicher Normen des Systems eingehalten werden. Bei einem Mangel an solchen Regelungen gelte das erzeugte Recht unendlich.[24] So kommt man auf Merkls Definition: „Rechtskraft ist die Eigenschaft aller Rechtsnormen, daß sie – vorbehaltlich positivrechtlich gesetzter Abänderungsmöglichkeiten – grundsätzlich unabänderlich“[25] auftreten. Dem Recht sei eine „allseitige[] Universalität“ dergestalt immanent, dass alle Rechtserscheinungen „zeitlich unendlich gelten – wiederum vorbehaltlich der Fähigkeit des positiven Rechts, diese grundsätzliche Unendlichkeit zu einer unendlich variablen Endlichkeit zu begrenzen“.[26]

So gelesen gewinnt die in den Prozessrechtswissenschaften (Theorie und Dogmatik) oft thematisierte Rechtskraft, die sogenannte *res iudicata*,[27] die Gestalt eines partikularen Anwendungsfalls, also eines singulären Exemplars eines im Recht allumfänglichen Phänomens. Dass ein richterliches Urteil in Rechtskraft erwächst, sei nichts als die Manifestation einer allen Rechtserscheinung gemeinsamen Grundtendenz zur Beständigkeit und Beharrlichkeit. An diesem Punkt des Rechtsgewinnungsverfahrens verfestige sich das Recht in einer seiner kontingent zahlreichen Erscheinungsformen.[28] Und das nur, weil in der zu betrachtenden entsprechenden Rechtsordnung keine weiteren rechtlichen Änderungs- oder Vernichtungsmöglichkeiten vorgesehen sind. Mangels einer explizit geregelten Neugestaltungschance, sei fortan das erzeugte Recht, das in Rechtskraft erwachsene richterliche Urteil, als definitiv und rechtswirksam hinzunehmen.[29] Die Unabän-

---

[24] Vgl. Adolf Julius Merkl, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 5 (1929), S. 218–222, 226–227 (227). Vgl. auch *Hans Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, S. 148: „Sie [die Rechtsordnung] tritt mit dem Anspruch auf, *ewig* zu gelten“.

[25] *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 244 – Hervorhebung nicht übernommen.

[26] Zwei Zitate: *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 244 – Hervorhebung nicht übernommen.

[27] Vgl. *Hans Friedhelm Gaul*, Die Entwicklung der Rechtskraftlehre seit Savigny und der heutige Stand, in: Kurt Ballerstedt et alii (Hrsg.), Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Köln 1978, S. 443–525.

[28] Barbosa Moreira macht auf die lateinische Partikel „res“ bei der Bezeichnung von Rechtskraft als „res iudicata“ aufmerksam, wobei Emphase auf die Substanz gelegt wird, d. h. auf die Verdinglichung des durch eine nicht weiter veränderbare Entscheidung eines zu Ende gebrachten rechtlichen Falls, vgl. *José Carlos Barbosa Moreira*, Ainda e Sempre a Coisa Julgada, in: José Carlos Barbosa Moreira, Direito processual civil – Ensaios e pareceres, Rio de Janeiro 1971, S. 133–146.

[29] Obwohl der junge Merkl das Problem der systemwidrigen Systemänderung durch Revolution thematisiert, fehlen bei ihm, soweit ersichtlich, Überlegungen zur sogenannten derogatorischen Kraft der Unwirksamkeit (*desuetudo*) einer Rechtsnorm innerhalb des Systems. Anders bekanntlich *Hans Kelsen*, The General Theory of Law and State, Cambridge 1945, S. 118–120; *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2. Aufl., Wien 1960

derlichkeit sei die Grundregel, nicht die Wandelbarkeit. „Die Rechtskraft im engeren Sinne des Prozeßrechts" sei dabei „nichts anderes als die spezifische Geltungsdauer der individuell-konkreten Rechtsnorm ‚Urteil'".[30] Merkl wendet hier eine typisch prozessrecht(swissenschaft)liche Kategorie rechtstheoretisch an.[31] Seine belesene Intuition liegt darin, die laut der prozessrechtswissenschaftlichen Literatur die *res iudicata* kennzeichnende Starrheit[32] der nicht mehr änderbaren richterlichen Entscheidungen auf alle Rechtsformen zu übertragen bzw. sie zu verallgemeinern.

Die der *res iudicata* zugrundeliegende Tendenz zur Permanenz wird als eine dem positiven Recht immanente Eigenschaft konstruiert; das Problem der Änderbarkeit der Rechtserscheinungen „wird in einem einheitlichen Sinne für alle Rechtsgebiete gestellt und gelöst".[33] Die zeitliche Unendlichkeit zeichne die DNA aller Rechtserscheinungen aus und sie könne nur durch das positive Recht in Endlichkeit variiert werden. Juristisch gelte mangels ausdrücklicher Vorkehrungen des positiven Rechts in die entgegengesetzte Richtung jedes Wort des Rechtserzeugers als das letzte Wort des Rechts. Jede gesetzte Rechtserscheinung gelte in der Abwesenheit positivrechtlicher Bestimmungen, die Änderungs- und/oder Derogationsmöglichkeiten vorsehen, als ein „Endpunkt der Rechtsgestaltung".[34] „Es ist der Punkt, wo die Dynamik der Rechtsentwicklung in die Statik"[35] übergeht.

[fortan: RR2], S. 220 f./385 f. – die Seiten werden so zitiert, dass vor dem Schrägstrich die Paginierung der Original- und danach die Fundstelle bei der von Matthias Jestaedt herausgegebenen Studienausgabe angegeben wird). Anfang der 1930er mahnte Walter Henrich die mangelnde theoretische Behandlung des Gewohnheitsrechtes (inklusiv derogierenden Gewohnheitsrechts) in der Reinen Rechtslehre (gemeint waren vor allem die Werke Kelsens, Merkls und Verdross') und behauptete, die Vernachlässigung einer solchen an die Faktizität angewiesene Thematik durch die Reine Rechtslehre sei kein Zufall, vgl. *Walter Henrich*, Zur Problematik des Gewohnheitsrechtes, in: Recueil d'Études sur les Sources du Droit en L'Honneur de François Geny, Bd. 2: Les Sources Génerales des Systèmes Juridiques Actuels, Paris 1934, S. 277–301 (290 f.). Und in der Tat: Die Verarbeitung des Verhältnisses zwischen Geltung und Wirksamkeit innerhalb des Rechtssystems, welches beim Themenkomplex des Gewohnheitsrechts besonders prominent vorkommt, erwies sich als eine Herausforderung in der Entwicklungsgeschichte der Reinen Rechtslehre, vgl. dazu *Thomas Hochmann*, Efficacité et validité de l'ordre juridique, in: Thomas Hochmann/Xavier Magnon/Régis Ponsard (Hrsg.), Un classique méconnu: Hans Kelsen, Paris 2019, S. 285–306.

[30] *Peter Böhm*, Prozessidee und Richtermacht. Von der Analyse zur Synthese in der Grundlagentheorie des zivilgerichtlichen Verfahrens, hrsg. von Ena-Marlis Bajons und Alexander Somek, Wien 2019, S. 121.

[31] Zum interessanten, originären Konnex von Rechtsbegriff (ius) und Rechtskraft (res iudicata) in der Geschichte des römischen Rechtsverfahrens vgl. *Max Kaser*, Das altrömische ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer, Göttingen 1949, S. 101–135.

[32] Vgl. etwa *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 6, Berlin 1847, S. 261, 263; *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 2. Aufl., Leipzig 1914, S. 171.

[33] So die Zusammenfassung Kelsens im Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 9. April 1920, als er das Werk Merkls dem Mohr-Verlag empfahl.

[34] *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 96.

[35] *Adolf Julius Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung, in: Deutsche Richterzeitung 8 (1916), Sp. 584–592; 9 (1917), Sp. 162–176, 394–398, 443–450; 11 (1919), Sp. 290–298 () = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (118); die zitierte Passage ist in der originalen Publikation in der „Deut-

Die mit der Marke der tendenziellen Dauerhaftigkeit besetzte Rechtskraft als Wesen der Rechtlichkeit bringt die Miteinbeziehung der Ermöglichung des Ephemer-Seins, der Wandelbarkeit des Rechts durch die rechtliche Selbstbestimmung der Änderbarkeit der Rechtserscheinungen, mit sich. Aus der (ideell) beanspruchten Ewigkeit des Rechtlichen wird die (reale) Strukturierung der Zeitlichkeit des Rechts durch das Recht selbst. Aufgrund von Merkls Definition der eng mit dem Rechtsbegriff verbundenen, an dem Sein des Rechts orientierten Rechtskraft werden nun Erkenntnisse über den Werdegang, über das Werden des Rechts, gewonnen. Rechtserzeugung und Rechtsänderung gewinnen die Konturen einer „Überführung eines Phänomens aus dem Bereich rechtlicher Transzendenz in das Bereich rechtlicher Immanenz".[36] Die Rechtskraft bringt somit die Vollpositivität der modernen, positiven Rechtsordnungen zur Geltung, denn „[n]ur durch Delegation von Seite[n] eines Normsystems kann eine diesem System a priori fremde Erscheinung a posteriori zu deren Bestandteil werden. Nur auf Grund eines Rechtssatzes kann Nichtrecht zum Rechte werden".[37] Recht entstehe und vergehe allein nach Maßgabe des Rechts. Das Rechtserzeugungsverfahren operiere als eine intrikate Delegationsstruktur bzw. Kette, in der schon bestehende Bestandteile des Rechtssystems ständig den Anspruch erheben, die wirkliche Erzeugung, Änderung und Vernichtung der Systemelemente normativ zu bedingen, zu gestalten und zu steuern. „Das Recht ist in allen seinen Erscheinungsformen […] auf Ermächtigungen zur Rechtserzeugung oder – was bei der Relativität der beiden Begriffe auf dasselbe hinauskommt – der Rechtsanwendung zurückzuführen".[38] Die Abänderbarkeit und Derogierbarkeit positivrechtlicher Rechtserscheinungen hänge von der Geltung deren Modifizierbarkeit und Außerkraftsetzung regulierenden Ermächtigungs- und Derogationsnormen in einer Rechtsordnung ab.

Die Rechtskraftlehre ist somit der Kern der Lehre Merkls von der Eigengesetzlichkeit des Rechts.[39] Die Rechtskraft bildet in ihrer Statik das Gegengewicht zur Dynamik des Prozesses stufenförmiger Rechtskonkretisierung und „offenbart sich als das integrierende Prinzip des fluktuierenden Rechtssystems".[40] Denn was,

---

sche Richterzeitung" nicht auffindbar; sie wurde von Merkl erst im Sonderdruck eingeführt: *Adolf Julius Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung, Hannover 1917, S. 26. Der Text wurde ursprünglich in fünf Teilen publiziert; die ersten zwei hießen „Das Recht im Spiegel seiner Auslegung" und die anderen drei „Das Recht im Lichte seiner Auslegung". Der Sonderdruck enthält eine überarbeitete Fassung der Teile des Beitrags, die im 9. Jahrgang der „Deutsche Richterzeitung" 1917 erschienen sind.

[36] *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 238.

[37] *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 238.

[38] *Adolf Julius Merkl*, Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1920), S. 456–467 (465) = Merkl-GS I/1, S. 268–279 (276 f.).

[39] In dem die ganze Geschichte der Philosophie durchziehenden *clash* von Weltanschauungen bezüglich der Akzentuierung von Permanenz oder Mutabilität des Seins, schließt sich die in seiner Rechtskraftlehre niedergelegte Rechtsauffassung Merkls eher der Seins-Auffassung einer Parmenideischen Vulgata an, vgl. *René Marcic*, Die bedingte Natur des positiven Rechts, in: JuristenZeitung 15 (1960), S. 198–203 (200). Dazu unten Dritter Teil, Kap. VIII, S. 417–423.

[40] *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. VI.

„wenn nicht die Rechtsordnung, sollte Erkenntnisgrund dafür sein, daß man mit einer Rechtsänderung nicht den Boden der bestimmten Rechtsordnung verlassen hat“?[41] Mit der Fragestellung nach der Änderbarkeit des Rechts bewegt sich Merkl ausgehend von der Rechtskraftlehre Richtung einer strukturierten Rechtsdynamik.

B. Die dynamische Struktur des positiven Rechts: Das Stufenbaumodell

Nach der Determinierung der Rechtskraft als wesenhafte Qualität alles Rechtlichen, als ein Merkmal des positiven Rechts überhaupt, drängt sich als nächster Schritt die Frage nach dem Erkenntnisgrund der Rechtserscheinungen als solche auf. Wie kann der Sinn eines menschlichen Willensakts als ein den Anspruch auf Beharrlichkeit erhebender Rechtsakt bzw. als eine gültige, an der Rechtskraft teilhabende Rechtsnorm erkannt werden? Die Erkennbarkeit der Rechtskraft visiert Merkl – ein unverkennbarer Schüler Kelsens! – in der Relation jeder Rechtserscheinung zum Rechtserzeugungs- und Rechtsvernichtungszusammenhang an, in der Einbettung des Sinnes eines menschlichen Willensaktes in die jeweilige Rechtsordnung.[42] „Nur was in die Systemeinheit des Rechts eingegangen ist“ könne „jener Eigenschaft teilhaftig werden, die zwar allem Recht, aber auch nur dem Rechte eigen ist: der Rechtskraft“.[43]

Ausschließlich durch die Delegation seitens der rechtlichen Normenwelt dürfe die Entstehung von neuem Recht erfolgen. Eine Rechtserscheinung gelte, solange die eventuell normierte Möglichkeit ihrer Derogation durch eine andere, demselben Rechtssystem zugehörige, Rechtsnorm nicht aktualisiert worden ist. Metaphorisch gewendet: Das positive Recht entscheidet durch das Aufstellen von Geltungsbedingungen und für die rechtmäßige Rechtserzeugung zu erfüllende Voraussetzungen, welches menschliche Handeln bei prätendiertem rechtlichen Inkrafttreten bzw. bei der Rechtsgeburt lebensfähig sei.[44] Auch das Verfahren für

---

[41] *Merkl*, Die Rechtseinheit des österreichischen Staates (Anm. 18), S. (82) = Merkl-GS I/1, S. 169–225 (191).

[42] Das Verdienst der Auflösung der Rechtskraft in Rechtsrelationen, d. h. die Frage nach der Rechtskraft im Zusammenhang mit derjenigen nach der Relation zwischen den Rechtserscheinungen, in Relation zum „Rechtsverfahren“ gestellt zu haben, spricht Merkl Sander zu: „Diese Bezugnahme auf die bedingende Rechtserscheinung, die Einsicht, daß zur Beantwortung der Frage nach der Abänderungsmöglichkeit einer Rechtserscheinung auf die für sie bedingende Rechtserscheinung rekurriert werden muß, wurde in der Literatur der Rechtskraft erstmals von Fritz Sander ausgesprochen“ (*Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft [Anm. 10], S. 180 [Fn. 1]). Vgl. auch *Merkl*, Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung (Anm. 38), S. 458 (Fn. 2) = Merkl-GS I/1, S. 268–279 (270 Fn. 4). Merkl verweist auf: *Fritz Sander*, Zeitliche Kollision strafprozessualer Normen. Ein Beitrag zur Frage der Wiedereinführung der Geschworenengerichte, in: Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung 69 (1918), S. 7–12, 25–29.

[43] Zwei Zitate: *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 302.

[44] Hilbert spricht in diesem Sinn von dem Fehlerkalkül Merkls als einem Mechanismus der „Geburtshilfe“, vgl. *Patrick Hilbert*, Fehlerkalkül oder Alternativbestimmungen – zu den Strate-

die Beendigung des Rechtslebens jeglicher Rechtserscheinung werde kontingent durch das positive Recht bestimmt, sodass bei der Abwesenheit ausdrücklicher Ermöglichung von Normänderung oder Normderogation die entsprechende Rechtserscheinung in Relation zu dem in Frage kommenden Rechtssystem unendlich gelte. „Rechtliches gilt insolange, als nicht im Bereich bedingender Rechtserscheinungen aufscheinende Voraussetzungen für das Außergeltungstreten bedingter Rechtserscheinungen erfüllt sind".[45] Von dem Postulat der grundsätzlichen Ewigkeit der rechtlichen Normativität kommend gelangt Merkl zu der Ansicht, dass die Änderung des Rechts positivrechtlich strukturiert sein muss.[46] Diese Rechtsänderungs- bzw. Erzeugungs- wie Vernichtungsstrukturen des Rechts aufzudecken und sie systematisch zu durchdringen nahm er sich zur rechtstheoretischen Aufgabe.

I. Eine Strukturtheorie der inneren Dynamik des Rechts

Mit dem Einfall, dass das Recht nur aufgrund eigener normativer Autorisierungen änderbar sei, da es ansonsten unveränderlich bleibe, eroberte Merkl[47] – freilich in ständiger Auseinandersetzung mit seinen Mitstreitenden der im Entstehen begriffenen Wiener und Brünner Schulen[48] – für die Reine Rechtslehre ein weiteres Gebiet, weil dadurch eine rechtswissenschaftliche Betrachtung der Entstehung und des Vergehens von Rechtsnormen ermöglicht wurde. Rechtserzeugung und Rechtsvernichtung seien auch mögliche Gegenstände normativer Erkenntnis, denn das eigengesetzliche Rechtssystem beanspruche, Änderungen der Rechtslage zu normieren. Es gehöre auch zum Metier der Rechtstheorie, die immanente Struktur der Rechtsordnung, die die Prozessierung bestimmter menschlicher Handlungen bzw. Entscheidungen als Rechtsoperationen bedingt und verarbeitet, zu untersuchen und rekonstruieren. Es komme darauf an, die Art und Weise der Relationen der Elemente des Systems zueinander zu begreifen. Wie anscheinend so disparate Rechtserscheinungen wie eine abstrakte Verfassungsbestimmung zur Verfassungsänderung und ein polizeilicher Vollzugsakt zusammenhängen, sei aufzuklären. Welche inneren Beziehungen sorgen für die Einheit des Validationssystems ‚Recht', sodass im Universum der menschlichen Entscheidungen die rechtlichen

---

gien der Geburtshilfe im Stufenbau der Rechtsordnung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 72 (2017), S. 549–576.

[45] *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 180.

[46] Vgl. *Otto Pfersmann*, La production des normes: production normative et hiérarchie des normes, in: Michel Troper/Dominique Chagnollaud (Hrsg.), Traité international de droit constitutionnel. Tome 2: Distribution des pouvoirs, Paris 2012, S. 482–528 (484).

[47] Für die innere Entwicklung einer dynamischen Betrachtungsweise in den Werken Merkls mit dem Versuch einer Periodisierung vgl. *Martin Borowski*, Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl, in: Michael Stolleis/Stanley Paulson (Hrsg.), Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005, S. 122–159 (124–131).

[48] Vgl. *Rainer Lippold*, Recht und Ordnung. Statik und Dynamik der Rechtsordnung, Wien 2000, S. 261–266.

identifiziert werden können?[49] Bewegt durch solche Fragestellungen kamen Merkl und die Wiener Schule auf die sogenannte Stufentheorie, die einerseits aus der Betrachtung der funktionierenden arbeitsteiligen Rechtsordnungen durch das Begriffsschema der früheren Reinen Rechtslehre entstand, andererseits ein komplexes rechtstheoretisches Instrumentarium für die „Strukturanalyse“[50] jeglicher positiver Rechtssysteme zur Verfügung stellte.

Mit der Stufenbaulehre meinte Merkl das „Systemdenken[] auf die Welt der Rechtserscheinungen“[51] bewusst anzuwenden. Es ging darum, die Rechtserscheinungen und die normativen Rechtsfunktionen als Elemente und Operationen eines Systems innerhalb eines konsistenten rechtstheoretischen Modells in Relation zu setzen; die Stufentheorie erwies sich in diesem Zusammenhang als ein theoretisches Werkzeug für die „Herstellung der System-Einheit“.[52] Die ‚Relation zum Rechtssatz‘[53] wurde als Postulat auf die als solche wahrzunehmenden Rechtsrelationen selbst ausgedehnt, sodass unterschiedliche Rechtserscheinungen nicht nur als Anwendung, sondern auch als weitere Erzeugung oder Derogation des Rechts beobachtet werden konnten. Innerhalb des Systems musste nicht mehr bloß angenommen werden, bestimmte Phänomene seien Rechtsgesetze, sondern es stand fortan ein schlüssiges Konzept für die Untersuchung der Geltungsübertragung mittels Ermächtigungsketten zur Verfügung und der Blick für eine Pluralität von Rechtsformen jenseits des Gesetzes war geöffnet. So erscheint der Rechtswissenschaft als Normdisziplin die Rechtsordnung als ein „genetisches System von Rechtsnormen“,[54] die sich aufeinander beziehen, und das „Mysterium“ der „Entstehung und Zerstörung des Rechts“[55] wird weitgehend aufgelöst, obwohl noch ein „letzter Rest Mysteriosität“[56] insoweit übrigbleibt, dass durch die dynamische Betrachtung des Rechts eine subjektive Komponente der Rechtserzeugung als nicht-eliminierbar aufgedeckt wird. Die (rechtsimmanente) Genese der Rechtsgeltung wurde zum durch die Rechtswissenschaft thematisierbaren Phänomen, das sich als Funktion der inneren Dynamik des (voll-)positiven Rechts ergibt und somit der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis zugänglich wird. Über Entscheidungen

[49] Wie Augsberg es formuliert: „[…] you have to explain why only a few people are recognized as judges and why not all of their everyday decisions but only a small, specific part of them is considered to be law“ (*Ino Augsberg*, Some Realism about New Legal Realism: What's New, What's Legal, What's Real?, in: Leiden Journal of International Law 28 [2015], S. 457–467 [461]).

[50] *Merkl*, Prolegomena (Anm. 9), S. 252 = Merkl-GS I/1, S. 437–492 (437). Zur „Struktur- und Funktionsanalyse“ als Teil des Programms der Wiener Schule vgl. Erster Teil, Kap. I, S. 74 f.

[51] *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 223. Vgl. auch *Patrick Hilbert*, Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, Tübingen 2015, S. 101–107.

[52] *Hans Kelsen*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen 1920, S. 263 (Fn. 1) = HKW 4, S. 235–572 (520) – Hervorhebung nicht übernommen.

[53] Zum Kelsens diesbezüglichen grundlegenden Einsicht vgl. Erster Teil, Kap. I, S. 84 f.

[54] *Hans Kelsen*, Vorrede zur zweiten Auflage, in: Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 2. Aufl., Tübingen 1923, S. XV.

[55] Zwei Zitate: *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911, S. 334 = HKW 2, S. 21–878 (461).

[56] *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 219.

der zuständigen Organe habe neues Recht innerhalb des Rahmens vorgegebener Rechtsnormen zu entstehen.

Der Realisierungsprozess des Rechts wird bei der Merklschen Rechtsdynamik dergestalt strukturiert, dass sich bedingende und bedingte Rechtsgestalten in sukzessiven Etappen, „Stufenleitern“,[57] der Rechtsanwendung ausdifferenzieren, im Lauf derer das Recht konkretisiert und individualisiert zu werden scheint. Die „Rechtswerdung“[58] verlaufe in unterschiedlichen Stadien. Eine Rechtserscheinung gewinne daher nur innerhalb eines Rechtsgeltungsvermittlungszusammenhangs ihre rechtliche Qualität kraft der ‚Ableitbarkeit‘ ihrer Geltung aus einer ihre rechtliche Existenz bedingenden „Erzeugungsregel“,[59] d. h. kraft ihrer ‚Entsprechung‘ mit einem Komplex von – mittels Aufstellens bestimmter Anforderungen – die Rechtsentstehung programmierenden Rechtsnormen. Eine Rechtserscheinung behalte tendenziell ihre Geltung bei, solange sie nach der Maßgabe des positiven Rechts nicht durch eine weitere Rechtsnorm derogiert werde oder ihre eigene Geltung aufgrund von Bestimmungen bezüglich des Verlaufs von Zeit terminiert sei. Als Erkenntnisgrund des rechtlichen Charakters eines mit dem Prätext der Rechtlichkeit auftretenden Rechtsaktes könne nur eine dem gleichen Rechts(validations)system zugehörige Rechts(ermächtigungs)norm taugen. Es darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Rechtsgeltung nach dem positivistischen Grundverständnis der Merklschen Theorie einen aktenmäßigen Charakter[60] besitzt: Es bedarf einer konkreten rechts-positivierenden Entscheidung, eines reellen Rechtsetzungsakts, damit das Recht gilt, sodass – konsequent gesehen – aus bloß erkenntnismäßigen Operationen eine Rechtserscheinung weder erzeugt noch derogiert werden kann. Der Rechtserzeuger oder Rechtsanwender fungiert dabei als der einzige „berufene Rechtsgestalter“,[61] indem er „aus dem und in dem rechtsfreien Raume Recht schafft; normalerweise macht er rechtlich Irrelevantes rechtlich relevant“.[62]

---

[57] *Adolf Julius Merkl*, Die Verordnungsgewalt im Kriege, in: Juristische Blätter 44 (1915), S. 375–376, 387–388 [von der Zensur gestrichen], 509–512; 45 (1916), S. 397–399, 409–411, 493–495, 505–507, 517–519; 48 (1919), S. 337–341 (511) = Merkl-GS II/2, S. 3–69 (15).

[58] Begriff in: *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 174, 175 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (113, 115).

[59] Begriff geprägt von *Fritz Sander*, Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 132–164 (150). Vgl. *Kelsen*, Problem der Souveränität (Anm. 52), S. 97 (Fn. 1) = HKW 4, S. 235–572 (363 Fn. 1). Vgl. auch *Adolf Julius Merkl*, [Buchbesprechung] James Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, Berlin 1925, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 7 (1927), S. 119–126 (126) = Merkl-GS I/1, S. 425–436 (435). Merkl definiert in Anlehnung an Kelsen die Erzeugungsregel als jene Norm, die „die Summe der für einen anderen Akt bedingenden Akte“ bestimmt (*Merkl*, Prolegomena [Anm. 9], S. 280 = Merkl-GS I/1, S. 437–492 [474]).

[60] Vgl. *Gerhart Husserl*, Rechtskraft und Rechtsgeltung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung. Erster Band. Genesis und Grenzen der Rechtsgeltung, Berlin 1925, S. 47–79.

[61] *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 396 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (119).

[62] *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 446 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (128).

Der Bedingende-Bedingte-Konnex zwischen allen denkbaren Rechtserscheinungen schaffe einen einheitlichen Rechtsbezug, einen rechtlichen Kontinuitätszusammenhang,[63] aufgrund dessen unterschiedlichsten menschlichen Willensakten rechtliche Relevanz – sei es in Form von bloß rechtsanwendender Rechtserscheinung, sei es in Form von zugleich rechtserzeugender und rechtsvollziehender Rechtsnorm – attestiert werden kann. Die rechtsbedingenden Rechtsnormen fungieren als Erkenntnisgrund anderer Rechtserscheinungen, da sie mit dem Anspruch auftreten, bestimmen zu können, wie diese Erscheinungen rechtlich produziert werden können und dürfen. Jenseits dessen sei Recht nicht erkennbar. Diejenigen Rechtserscheinungen, die in ihrem Verhältnis zu anderen von diesen in ihrer Rechtsgeltung und Rechtsmäßigkeit konditioniert werden, fungieren in dieser Relation als rechtsbedingte Rechtserscheinungen. In Relation erweist sich die Funktion jeder Rechtserscheinung als kontextabhängig.[64] Je nach Blickrichtung erweist sich jede Rechtserscheinung als gleichzeitig in Bezug auf unterschiedliche Rechtserscheinungen des gleichen Rechtssystems bedingend oder bedingt. Es geht dabei darum, den Strukturzusammenhang aller Rechtserscheinungen nachzuweisen. So wird Einsicht in die Dynamik der eigengesetzlichen Rechtsgestaltung gewonnen, die in einem Rechtsgewinnungsmodell rekonstruiert wird, laut dem „das Rechtssystem eine hierarchische Ordnung von Rechtsakten bildet".[65] So liefert die Reine Rechtslehre ein dynamisches Modell der Funktionswiese vollpositiver, autonomer Rechtsordnungen.[66] Aus der zunächst statischen Unendlichkeit der rechtskräftigen Rechtserscheinungen wurde eine normativ strukturierte Dynamik sukzessiver, rechtsbedingt änderbarer Rechtsentscheidungen.

Zugespitzt: Der Default-Modus des Rechtlichen sei die Unabänderlichkeit. Ausschließlich das positive Recht könne aus den starren und ewigen Rechtserscheinungen derogierbare Rechtserscheinungen machen. Sobald es das tut, differenzieren sich die Rechtserscheinungen in bedingenden und bedingten. Diese Beziehung zwischen den Elementen des Rechtssystems ließe sich als ein Rangordnungsverhältnis und daher die Rechtsordnung als eine hierarchische Struktur begreifen.

---

[63] Zum Begriff der rechtlichen „Kontinuitätsbeziehung" vgl. *Adolf Julius Merkl*, Das Problem der rechtlichen Kontinuität und die Forderung nach der Einheit des rechtlichen Weltbildes, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 5 (1926), S. 497–527 (523) = Merkl-GS I/1, S. 385–422 (417 f.).

[64] Vgl. *Oliver Lepsius*, Hans Kelsen und die Pfadabhängigkeit in der deutschen Staatsrechtslehre, in: Matthias Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre. Stationen eines wechselvollen Verhältnisses, Tübingen 2013, S. 241–266 (258): „Die Normen verändern ihre Qualität, je nachdem, welches Verhältnis zu einer anderen Norm in den Blick gerät".

[65] *Alfred Verdross*, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, Wien/Berlin 1926, S. 42 f.

[66] Vgl. *Matthias Jestaedt*, Wie das Recht, so die Auslegung. Die Rolle der Rechtstheorie bei der Suche nach der juristischen Auslegungslehre, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 55 (2000), S. 159–179 (150 f.).

II. Bildliche Rekonstruktionen des Rechtsgestaltungsprozesses

Zur Darstellung der Rechtsgeltung als Rechtssystemzugehörigkeit und zu deren Behandlung aus dem Blickwinkel der Zeitlichkeit bei der Auseinandersetzung mit dem Problem der Rechtskraft bedient sich Merkl eines bunten Repertoires von Metaphern,[67] die gemessen am Ziel der Erkenntnisgewinnung über die Operationalität bzw. das Funktionieren positiver Rechtsordnungen ambivalent wirken. Zwar erlaubt die bildliche Sprache eine didaktischere Ausarbeitung der Thematik, aber das Verweilen bei der Einfachheit der Bilder erweist sich nicht selten als erkenntnishindernd.[68] Die wohl prominenteste und verbreitetste Metapher zur Darstellung des rechtlichen dynamischen Delegationszusammenhangs, die Rechtspyramide,[69] vermittelt z. B. kristallklar einerseits die Idee einer einheitlichen Rechtserzeugungs*struktur*, die über die ‚Ableitbarkeit' der Rechtsgeltung von Ebene zu Ebene, Stufe zu Stufe hergestellt wird. Sie vernachlässigt tendenziell indes aufgrund ihrer Einfachheit die Entscheidungsmomente im Rechtsgewinnungs*verfahren*. Im Dienst einer dynamischen Betrachtungsweise des Rechts konzipiert und häufig verwendet, erweist sich diese Metapher oft wegen der durch sie kommunizierte Betonung der ‚hierarchischen' Verhältnisse zwischen den Rechtserscheinungen als viel

---

[67] So referiert Merkl die Rechtsordnung mal als ein „überreich verzweigte[s] System von Rechtserscheinungen", mal legt er ihre Struktur biologistisch/physiologistisch im Vergleich mit dem „Nervensystem", „das durch das Gehirn konstituiert wird", und dem „Blutgefäßsystem, das im Herzen sein Zentrum hat" aus (vgl. *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung [Anm. 35], Sp. 175 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 [115]). Eher das Werden des Rechtsphänomens als das Sein des augenblicklichen Rechtszustandes betonend, rekonstruiert Merkl auch den Rechtserzeugungszusammenhang als einen „Fluß, der in Katarakten abfällt"; die Rechtswerdung sei dem Gewässer analog, das nicht stillsteht, dem Strom, „in den von Etappe zu Etappe fremde Gewässer münden" (vgl. *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung [Anm. 35], Sp. 175 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 [115]). Noch früher habe sich Merkl um 1915 darüber hinaus im Rahmen des Privatseminars von Hans Kelsen des Bildes eines „Stammbaums" zur Darstellung des „genetisch-dynamischen Moments" der Rechtsordnung bedient (vgl. *Adolf Julius Merkl*, Ein Kampf gegen die normative Jurisprudenz [Zum Streit um Kelsens Rechtslehre], Wien 1924, S. 7 f. [Fn. 8] = Merkl-GS I/1, S. 339–364 [343 Fn. 8]). Von „Rechtspyramide", bald mit der Verfassung an der Spitze, bald mit der Verfassung an der Basis, ist die Rede in: *Adolf Julius Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts, in: Juristische Blätter 47 (1918), S. 425–427, 444–447, 463–465 (425) = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (228), wo sich auch die Bilder von „Stockwerken" und von „Treppe(n) des Rechtsgebäudes" finden. In Analogie zu einem „Gütererzeugungsprozesses" erklärt Merkl das Rechtserzeugungsverfahren in: *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 219.

[68] Auf die Gefahr der Vereinfachung und das Entstehen von Missverständnissen durch den Konsum der bildlichen Darstellung einer höchst diffizilen These, wie die der Stufenbaulehre, machte schon Robert Walter (1931–2010) aufmerksam, vgl. *Robert Walter*, Der Aufbau der Rechtsordnung, 2. Aufl., Wien 1974, S. 53; *Robert Walter*, Die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung, in: Archivum Iuridicum Cracoviense 13 (1988), S. 5–16 (6).

[69] Vgl. *Kelsen*, Problem der Souveränität (Anm. 52), S. 119 = HKW 4, S. 235–572 (382), wo der Begriff „Normpyramide" nebenläufig verwendet wird; *Alfred Verdross*, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung, Tübingen 1923, S. 58; *Josef Kunz*, Statisches und dynamisches Völkerrecht, in: Alfred Verdross (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstage gewidmet, Wien 1931, S. 217–251 (220).

zu statisch; Ableitung der Rechtserscheinung auseinander und Entsprechung zwischen ihnen werden zu Kernnachricht dieses Schemas. Es hebt die Über- und Unterordnung der Rechtsgestalten im Rechtserzeugungskontinuum hervor und zieht entschieden die Grenzen zwischen dem Rechtsystem und der nicht-rechtlichen Umwelt, adressiert aber kaum die Unbestimmtheit der rechtlichen Fremdprogrammierung einerseits und die brennende Frage der ‚fehlerhaften' Rechtsreproduktion andererseits. Dabei scheinen die Stufen perfekt zueinander passend aufeinander zu folgen.[70]

Als Recht gilt nach der dynamischen Rechtsbetrachtung Merkls alles, „was auf einen gemeinsamen Nenner gebracht, oder was von einem Gipfel abgeleitet, auf ein rechtliches Zentrum bezogen werden kann".[71] Die Rückbeziehbarkeit der Rechtsgeltung jeglicher Rechtserscheinung auf eine rechtliche Verfassung – schon wieder metaphorisch gedacht – qua Zentrum, Gipfel, Basis oder Fundament des Rechtssystems schaffe die Einheit einer Reihe rechtsimmanenter Operationen, die durch die prägnante Figur des ‚Stufenbaus' in einem rechtstheoretischen Modell rekonstruiert und beschrieben wird. Durch die Stufenleiter der Rechtskraft bleibe die Einheit der Rechtsordnung gewahrt, indem das Recht sich nicht in zahlreiche zusammenhanglose Rechtserscheinungen auflöse.[72] Die Stufenbaulehre will die Interdependenz zwischen den unterschiedlichen Rechtserzeugungs- und Rechtsanwendungsakten im Prozess der Rechtsgewinnung rechtstheoretisch und strukturanalytisch aufdecken und klar darstellen. Sie modelliert die Rechtsgestaltung als einen – in zahlreichen in ihrem Verhältnis zueinander höheren und tieferen (Rechtsgestaltungs-)Stufen gegliederten – arbeitsteilig durch die Teilnahme unterschiedlicher Rechtsorgane vorankommenden Prozess.[73] Sie thematisiert die endogene Dynamik des Rechts, indem sie die eigengesetzlichen Strukturen und Verfahren der Rechtsentfaltung als Inhalt von Rechtsnormen betrachtet. Dafür bedient sie sich des laut Merkl „schmuckloseste[n], aber sinnfälligste[n] und bezeichnendste[n]"[74] unter den zur Verfügung stehenden Bildern, nämlich des Bildes der Stu-

[70] Ausführliche Kritik der üblichen graphischen Darstellung des Stufungssystems als ein Dreieck, das aus der Rede der Rechtspyramide abgeleitet wird, genauso wie Versuche alternativer Visualisierungsstrategien finden sich in: *Matheus Pelegrino da Silva*, Kelsens Theorie der Rechtserkenntnis. Zugleich eine kritische Betrachtung der Positivität als Eigenschaft des Rechts, Berlin 2019, S. 130–139. Vgl. auch die früheren bildlichen Darstellungsversuche bei *Hans Nawiasky*, Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl., Köln 1948, S. 267–272. Um eine präzisere, sich mathematischer Mengenlehre bedienende Darstellung des rechtlichen Stufenbaus bemüht sich *Gerald Gotsbacher*, Modellierung des Stufenbaus als Ordnungsstruktur, Typoskript eines Vortrags gehalten im 2. Junior Scholar's Workshop on the Pure Theory of Law vom 19. bis 20. April 2022 in Skt. Peter (Deutschland).

[71] *Merkl*, Die Rechtseinheit des österreichischen Staates (Anm. 18), S. 65 = Merkl-GS I/1, S. 169–225 (177) – Hervorhebung nicht übernommen.

[72] *Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege (Anm. 57), S. 511 = Merkl-GS II/2, S. 3–69 (15).

[73] Zum Konzept ‚arbeitsteiliger' Normenordnungen vgl. *Thomas Cornides*, Arbeitsteilige Normensysteme und ihre Bedeutung für die Rechtstheorie, in: Johann Mokre/Ota Weinberger (Hrsg.), Rechtsphilosophie und Gesetzgebung. Überlegungen zu den Grundlagen der modernen Gesetzgebung und Gesetzesanwendung, Wien 1976, S. 14–43.

[74] *Merkl*, Prolegomena (Anm. 9), S. 283 = Merkl-GS I/1, S. 437–492 (478).

fenfolge der Rechtsnormen, welches vor allem die „Rangordnung“[75] zwischen den Rechtserscheinungen in den Fokus der Aufmerksamkeit rücken lässt.

Über die Metaphern hinausschauend lohnt es sich, das Bedingtheitsverhältnis zwischen den Rechtserscheinungen näher zu untersuchen, um der Merklschen Vorstellung einer durch das Zusammenspiel von Erkenntnis und Entscheidung in der „Entwicklungsreihe der Rechtsgenesis“[76] herzustellenden Rechtseinheit in der ihr gebührenden rechtstheoretischen Komplexität und Feinheit Rechnung tragen zu können. Das Ziel Merkls war, im Rahmen einer Strukturtheorie des Rechts „das logische Verhältnis der einzelnen differenzierten Rechtserscheinungen zu bestimmen“.[77]

III. Der Stufenbau nach der rechtlichen Bedingtheit

Die Rechtsformen wie die Rechtsinhalte, d. h. die sich der Kognition erschließenden Materialien der Rechtserfahrung, lassen sich nach unterschiedlichen *„Rangordnungsprinzipien“*[78] (re-)konstruieren. Je nach in Anspruch genommenem Analyseraster stehen die verschiedenen Stufen der Rechtserzeugung in einem besonderen Verhältnis zueinander.[79] Eine der Herausforderungen der rechtstheoretischen Deskription des Funktionsmodus der Rechtsmaschinerie ist es, eine dem positiven Recht treue, gegenstandsadäquate Modellierung der Relationen der Rechtserscheinungen zueinander zu liefern. Dafür beruft sich die Stufenbaulehre auf verschiedene Kriterien und bemüht sich darum, die bestehenden, als Deutungsschemata für das menschliche Verhalten fungierenden, positivrechtlich verwirklichten Rechtsnormen aus unterschiedlichen dynamischen Perspektiven zu betrachten. Die Lehre des Stufenbaus nach der Bedingtheit stellt ein mögliches Modell „für die Positivität und für die Dynamik des Rechts“[80] zur Verfügung.

Das Schema der Bedingtheit zwischen den Rechtserscheinungen zeigt eine strukturelle „Abhängigkeitsbeziehung“[81] der unterschiedlichen Rechtserscheinungen zueinander im „nach bestimmten Formen vor sich gehenden Prozess“

---

[75] *Merkl*, Prolegomena (Anm. 9), S. 283 = Merkl-GS I/1, S. 437–492 (478).

[76] *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 175 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (115).

[77] *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 214.

[78] *Merkl*, Prolegomena (Anm. 9), S. 284 = Merkl-GS I/1, S. 437–492 (480).

[79] Merkl elaboriert etwas ausführlicher zwei verschiedene Deutungsfolien für die systemimmanenten Beziehungen der Rechtserscheinungen wie der Rechtssatzformen zu einander, schließt aber die Möglichkeit der Findung anderer Kriterien für die Kalibrierung von aus dem positiven Recht zu rekonstruierende Rechtsnormenketten nicht aus: „Es können sich demnach selbst innerhalb ein und derselben Staatsrechtsordnung mehrere rechtliche Stufenfolgen mit verschiedener Reihung der Rechtsstufen herausstellen“ (*Merkl*, Prolegomena [Anm. 9], S. 284 = Merkl-GS I/1, S. 437–492 [480]).

[80] *Ewald Wiederin*, Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkls, in: Stefan Griller/Heinz-Peter Rill (Hrsg.), Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung, Wien 2011, S. 81–134 (83).

[81] *Merkl*, Prolegomena (Anm. 9), S. 279 = Merkl-GS I/1, S. 437–492 (473). Vgl. auch *Jürgen Behrend*, Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkls und Hans Kelsens, Berlin 1977, S. 44.

der „Rechtswerdung“[82] auf. Durch gewisse Rechtserscheinungen würden Kriterien vorgeschrieben, Anforderungen gestellt, die bei der Erzeugung neuen Rechts und bei der Änderung oder Vernichtung schon bestehenden, geltenden Rechts erfüllt werden sollten. Der rechtliche Charakter bzw. die Erkennbarkeit einer Rechtserscheinung als gültiges Recht sei von ihrer ‚Deckung‘ durch die bedingenden Normen konditioniert, denen gegenüber sie nun als bedingte Rechtsmanifestation zu deuten sei. Die bedingenden Normen fungieren als „Schranken“[83] bzw. Rahmen[84] innerhalb dessen sich die gültige Rechtserzeugung und Rechtsvernichtung zu vervollkommnen hätten. Wenigstens eine partielle Entsprechung zwischen bedingenden und bedingten Rechtserscheinungen müsste konstatierbar sein.[85] Die authentische, rechtserzeugende ‚Interpretation‘ des zuständigen Rechtsorgans stelle „nur insofern […] vollgültiges Recht dar, als sie auf intellektueller Interpretation fußt, als sich die Auslese des Rechtsanwenders innerhalb der erkenntnismäßigen Wahlmöglichkeiten hält“.[86]

Die bedingte Rechtserscheinung finde in den bedingenden Normen die Erkenntnisvoraussetzung ihrer eigenen Rechtskraft. Sie gewinne aufgrund ihrer Entsprechung mit den Erzeugungsregeln rechtliche Geltung – d. h.: nur wenn sie rechtmäßig von der zuständigen Rechtsautorität *via* rechtlich relevanten Willensakt gesetzt werde – und könne dementsprechend nach ihrer regulären Erzeugung (theoretisch) nur im rechtlichen Verfahren über den dafür statuierten Weg abgeändert oder derogiert werden. Daraus ergebe sich eine dem Recht immanente Hierarchie[87] von Rechtserscheinungen: Eine – immer noch bildlich gesprochen – ‚hie-

---

[82] Zwei Zitate: *Merkl*, Die Verfassung der Republik Deutschösterreich (Anm. 13), S. 76.

[83] *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 176 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (116).

[84] Zum Rahmentheorem siehe gleich unten Zweiter Teil, Kap. IV, S. 187–189.

[85] Vgl. *Pfersmann*, Production des normes (Anm. 46), S. 494–496.

[86] Vgl. *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 396 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (120). Merkl führt somit jene für die Reine Rechtslehre charakteristische Unterscheidung zwischen „authentischer“ und „nicht-authentischer Interpretation“ ein. Während Letztere nicht-autoritativ sei, sich in Erkenntnis erschöpfe und von Merkl „intellektuelle Interpretation“ genannt wird, sei die Erstere eine qualifizierte Erkenntnisfunktion und bezeichne die rechtsschöpferischen Betätigungen der Organe: „Die Praxis erschöpft sich ja bekanntlich *nicht* in der Rechtsauslegung; da die Praxis notwendig einer *restlosen Individualisierung der generellen Norm* bedarf, die Auslegung aber nicht immer zu diesem Ziele führt […] ergibt sich die Notwendigkeit einer subjektiven Willens[funktion]“ (*Adolf Julius Merkl*, Zum Interpretationsproblem, in: Grumhut’sche Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 42 (1916), S. 535–556 (544) = Merkl-GS I/1, S. 63–84 [71]).

[87] Vgl. *Adolf Julius Merkl*, Gesetzesrecht und Richterrecht, in: Prager Juristische Zeitschrift 2 (1922), Sp. 337–344 (340) = Merkl-GS I/1, S. 317–327 (320). Die Rede von „rechtsimmanenter Hierarchie“ darf aber nicht zur Fehlvorstellung führen, als ob die Rechtstheorie dem positiven Recht eine vorgefertigte Struktur auferlegen würde. Zumindest in ihrer reifen Darstellungsform ist die Stufenbaulehre nichts als ein sich aus der Strukturanalyse positiver Rechtsordnungen ergebendes Deutungsmuster für die Deskription der in den jeweiligen Rechtserfahrungen auffindbaren Bedingtheits- und Bindungsverhältnisse zwischen den Rechtserscheinungen. *Wie* die unterschiedlichen Stufen zueinander korrelieren, ist eine Frage der konkreten Ausgestaltung partikulärer Rechtsordnungen. Strukturnotwendig ist im Stufenbaumodell nur, *dass* sich bedingende und bedingte Rechtserscheinungen in einem Abhängigkeitsverhältnis zueinander ausdifferenzieren und

rarchisch' strukturierte Aneinanderreihung von relativ gesehen bedingenden und bedingten Rechtsgestalten.[88] Aus dieser Kette von Bedingtheitsverhältnissen konsolidiert sich das Bild jeder modernen arbeitsteiligen Rechtsordnung als ein stufenförmiger (Auf-)Bau von hoch- und niederrangigen Rechtserscheinungen, sprich: Die Figur des rechtlichen Stufenbaus als Symbol der strukturellen Verhältnisse zwischen den Rechtserscheinungen, der Verwiesenheit der Rechtsgeltung einer Rechtserscheinung auf die Geltung vorgegebener Rechtsnormen. Die Formel des Stufenbaus nach der Bedingtheit kommuniziert plastisch die Idee eines „Erzeugungszusammenhangs"[89] bzw. „Ermächtigungszusammenhangs",[90] in dem die bedingten Rechtserscheinungen aus den bedingenden Rechtsnormen erzeugt werden (sollen).

Das Rechtssystem gewinnt dynamisch betrachtet dank seiner eigengesetzliche Genese (Produktion und Re-Produktion, aber auch Annihilation) die Konturen eines sich selbst regulierenden Verfahrens, das sich als Normnetzwerke oder Normaggregaten[91] darstellen lässt, deren Elemente Neben-, Unter- und Überordnungsverhältnisse zueinander aufweisen. Die Einsicht in das Bedingtheitsverhältnis zwischen den Rechtserscheinungen enthüllt das Recht in arbeitsteilig operierenden Rechtsordnungen als einen in kontingent zahlreichen Konkretisie-

---

einen Rechtsgeltungszusammenhang schaffen: „Der rechtliche Stufenbau ist nicht etwas Rechtsimmanentes, das die Rechtssetzung hinnehmen müßte, sondern ist selbst ein willkürliches, verwandlungsfähiges Produkt der Rechtsordnung" (*Merkl*, Prolegomena [Anm. 9], S. 287 f. = Merkl-GS I/1, S. 437–492 [482]). Vgl. dazu *Matthias Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Tübingen 1999, S. 10 (Fn. 9); *Jörg Kammerhofer*, Der Stufenbau des Völkerrechts. Strukturanalyse statt *Quellenmystik*, in: Clemens Jabloner/Jan Kuklik/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen in der tschechischen und internationalen Rechtslehre, Wien 2018, S. 173–190 (175 f.).

[88] Die präzise Formulierung aus der Feder Merkls lautet: „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*" (*Merkl*, Prolegomena [Anm. 9], S. 275 = Merkl-GS I/1, S. 437–492 [467]). Zur Möglichkeit der Unterscheidung zwischen „rechtlichem Können" und „rechtlichem Dürfen" im Rahmen des Rechtserzeugungszusammenhangs vgl. unten Zweiter Teil, Kap. VI, S. 295–297.

[89] *Merkl*, Prolegomena (Anm. 9), S. 280 = Merkl-GS I/1, S. 437–492 (484). Vgl. auch *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Anm. 24), S. 250.

[90] *Clemens Jabloner*, Verrechtlichung und Rechtsdynamik, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 54 (1999), S. 261–278 (273).

[91] Einigen postmodern und dekonstruktivistisch orientierten Juristen mag es erstaunlich erscheinen, dass der den Geist der (wiederholt für überholt erklärten) Reinen Rechtslehre atmende, mit den Kategorien und Rekursen der Wiener Moderne operierende Adolf Julius Merkl schon in seinen frühen Arbeiten den Aufbau des Rechtssystems als ein „Netzwerk" von Rechtsnormen und Rechtsverfahren konstruiert hat, vgl. *Adolf Julius Merkl*, Die gerichtliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen, in: Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis 39 (1921), S. 569–609 (569) = Merkl-GS II/1, S. 393–438 (393). Vgl. auch: *Theo Öhlinger*, Der Stufenbau der Rechtsordnung. Rechtstheoretische und ideologische Aspekte, Wien 1975, S. 17. Auch Kelsen sprach bereits im Jahre 1923 von einem „Netz der Rechtsordnung" (*Hans Kelsen*, Das Verhältnis von Gesetz und Verordnung nach der čechoslovakischen Verfassungsurkunde, in: Parlament: revue věnovana otázkám státně-politickým, kulturním à hospodářským 2 [1923], S. 392–396 [392]).

rungsstufen und Realisierungsschichten fortlaufenden Prozess von selbstbezogener Rechtserzeugung und Rechtsanwendung. Dem Begriffsschema des Stufenbaus nach der rechtlichen Bedingtheit gemäß sind die bedingten Rechtserscheinungen den bedingenden ‚hierarchisch' untergeordnet, da die Eingliederung ersterer in die Rechtsordnung von der Validation durch die letzteren qua höherem Rechtsgebilde abhängt. Hierarchisch höher signalisiert in diesem Zusammenhang nichts anderes als die Qualität von Erkenntnisgrund der bedingenden Normen in deren Verhältnis zu den bedingten Rechtserscheinungen.[92] Man kann folglich von einer „Rangordnung von Normen nach dem Geltungsgrund"[93] reden.

Je nach Perspektive kann, mit Ausnahme der denkbaren Basis absoluter Rechtserzeugung und des letzten Rechtsvollstreckungsaktes, jede Stufe, jede Rechtserscheinung einer Rechtsrealisierungskette zeitgleich – wenn auch in unterschiedlicher Blickrichtung – als rechtserzeugend und rechtsanwendend begriffen werden. „Rechtsgewinnung lässt sich daher auch definieren als Setzung von neuem Recht auf Grundlage und nach Maßgabe des anzuwendenden, bestehenden Rechts."[94] Die fundamentale Struktur von bedingender und bedingter Rechtserscheinung präge die Gesamtheit der Rechtsordnung, sodass man von einem „doppelten Rechtsantlitz"[95] sprechen könne. Dabei würden sich Rechtserkenntnis- und Rechtsentscheidungsfunktion als unzertrennliche – aber wohl ausdifferenzierbare – Momente[96] in jeder erfolgreichen, rechtmäßigen Rechtserzeugung treffen.

IV. Die Januskopfartigkeit der Rechtserscheinungen

1. Die notwendige Zweigliedrigkeit der Rechtsordnung

Aus der (nicht vollständig determinierten) Selbstbestimmung des Rechtsgewinnungsprozesses ergeben sich Rechtserzeugung/Rechtsvernichtung und Rechtsanwendung als die grundlegenden rechtlichen Funktionen. Diese seien die normativen Operationen, die das ganze Rechtsgewinnungsverfahren durchziehen. Das positive Recht konfiguriert sich nach dem Stufenbaumodell notwendig als eine wenigstens zweigliedrige Ordnung,[97] in der eine bedingende Normebene die Er-

---

[92] Sprich: Dem Stufenbaumodell entsprechend – und vorläufig das Fehlerkalkül ignorierend – können bedingte Rechtserscheinungen als solche in ihrer rechtlichen Qualität ohne die Berücksichtigung einer mehr oder weniger breiten Konstellation von bedingenden Normen nicht anerkannt werden. Ob das Wort ‚Hierarchie' diese Relation zutreffend bezeichnet, mag hier dahingestellt bleiben.

[93] *Michael Potacs*, Geltung des EU-Rechts in Österreich, in: Waldemar Hummer (Hrsg.), Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten. Ein Handbuch für Theorie und Praxis, Wien/New York 2010, S. 103–122 (119).

[94] *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz (Anm. 87), S. 318.

[95] Klassische Wendung: *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67) = Merkl-GS I/1, S. 227–252.

[96] Auch wenn es hier nur „sehr dünne, leicht zu durchbrechende Scheidewände gibt" (*Merkl*, Grenzen der Kompetenz des Verwaltungsgerichtshofes [Anm. 106], S. 316 = Merkl-GS, II/1 83–93 [93]).

[97] Diese Notwendigkeit einer minimalen Zweigliederung scheint Merkl in den ‚Prolegome-

zeugung der bedingten Rechtserscheinung(en) durch die Anordnung der zur Erfüllung von ihr gestellten Erfordernisse reguliert und beansprucht, die gelingende Rechtsanwendung steuern zu können. Gelungene Rechtsetzung müsste zum Teil Rechtsanwendung bedeuten, ohne dass damit die rechtsschöpferische Komponente der Rechtsgewinnung verdrängt wird. Den grundlegenden Aufbau einer Rechtsordnung modelliert Merkl dementsprechend als einen spezifischen Rechtserzeugungszusammenhang, nämlich als „die Zweiheit einer bedingenden und bedingten Rechtserscheinung".[98] Diese Zweiheit gestaltet sich als eine Subordinationsbeziehung, die von einer anderen, als Koordinationsbeziehung bezeichneten Zweiheit zu unterscheiden sei.[99] In der minimalen Subordinationsbeziehung, die eine Rechtsordnung ausmacht, sei idealtypisch eine Schicht von bedingter Rechtserzeugung von einer Schicht von bedingender Rechtsanwendung zu isolieren.

Komplexe Rechtsordnungen präsentieren sich in der Regel – über die minimale Bedingtheitsstruktur hinausgehend – als mehrgliedrige, beliebig mehrdimensionale Normensysteme, in denen nahezu jede Schicht bzw. Etappe des Normkonkretisierungsverfahrens januskopfartig wirke.[100] Die Alternativität von Rechtserzeugung und Rechtsanwendung wird somit erschüttert und als Schein-Alternativität[101] aufgedeckt, da sich bei allen Zwischenstufen des Rechtserzeugungszusammenhangs ein doppeltes Antlitz erblicken lasse.[102] In Bezug auf die sie bedingende Rechtsnorm fungiere die bedingte Rechtserscheinung als Rechtsanwendung, während sie die bedingende Rechtsnorm rechtsinhaltserzeugend verdichtet, das Recht ein Stück weit konkretisiert und individualisiert. Von jedem Zwischenglied der Rechtsnormenkette aus betrachtet, lasse sich in die eine Richtung gewendet Rechtsanwendung, in die andere Richtung gerichtet Rechtserzeugung konstatieren. Recht wird rechtsanwendend erzeugt und rechtserzeugend angewendet.

---

na' abgeschwächt zu haben, vgl. *Merkl*, Prolegomena (Anm. 9), S. 252 f. = Merkl-GS I/1, S. 437–492 (437 f.). Vgl. aber z. B. *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 427 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (234); *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 210 f.

98 *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 210.

99 Vgl. *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 215.

100 Vgl. *Lippold*, Recht und Ordnung (Anm. 48), S. 369.

101 Vgl. *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz (Anm. 87), S. 307, 317–320.

102 Vgl. *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 162–166 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (96–102). *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 426 f. = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (232–234); *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 217 f.; *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht (Anm. 13), S. 172 f.; *Merkl*, Prolegomena (Anm. 9), S. 275 f., 282 f. = Merkl-GS I/1, S. 437–492 (467 f., 476 f.). Zum Phänomen ‚doppeltes Rechtsantlitz' vgl. noch *Matthias Jestaedt*, Rechtsprechung und Rechtsetzung – eine deutsche Perspektive, in: Wilfried Erbguth/Johannes Masing (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen: Europarecht und nationales Recht, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 2003, S. 25–79 (64 f.); *Christoph Kletzer*, The Mutual Inclusion of Law and Its Science – Reflections on Kelsen's Legal Positivism, London 2004, S. 33–40; *Thomas Elsner*, Das Ermessen im Lichte der Reinen Rechtslehre. Rechtsstrukturtheoretische Überlegungen zur Rechtsbindung und zur Letztentscheidungskompetenz des Rechtsanwenders, Berlin 2011, S. 121–123.

2. Das Rahmentheorem: Rechtsanwendung zwischen Ermessen und Rechtsbindung

Da die Determiniertheit der Rechtserzeugung durch die Anforderungen der bedingenden Rechtserscheinungen gemäß der Deutungsfolie des Stufenbaus nach der rechtlichen Bedingtheit eher begrenzt ist, d. h. da die Normierung der Rechtsproduktion durch das Recht bei jeder Stufe – sei es wegen der, der gebräuchlichen menschlichen Sprache anhaftenden, Unbestimmtheiten oder Ungenauigkeiten,[103] sei es kraft der Differenz zwischen dem Abstrakten und dem Konkreten[104] – immer wieder an Grenzen stößt, artikulieren sich bei jedem rechtserzeugenden/rechtsanwendenden Akt eine objektive und eine subjektive Komponente,[105] ein heteronom determinierter und ein autonom zu determinierender Anteil. Das anzuwendende Recht bilde Nichts als einen „Rahmen“,[106] innerhalb dessen Raum für vom Standpunkt der Rechtsbindung aus äquivalente Variationsmöglichkeiten sei, zwischen denen der Rechtsanwender kraft Ermessens entscheide – „er hat […] maßgeblich festzustellen, was Recht sein solle, wobei er nicht so sehr eine Denkfunktion als vielmehr eine Willensfunktion ausübt, wobei er nicht rezeptiv, sondern

[103] Vgl. z. B. *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 589 f. = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (93); *Adolf Julius Merkl*, Freirecht und Richterfreiheit, in: Schweizerische Juristen-Zeitung 16 (1920), S. 265–268 (267) = Merkl-GS I/1, S. 259–266 (264 f.).

[104] Vgl. *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Anm. 24), S. 243 f.

[105] Vgl. *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 427 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (234 f.).

[106] Schon im Jahre 1916 verwendete Merkl die Sprachfigur des ‚Rahmens‘, der von manchen zum ‚hardcore‘ der Interpretationstheorie der Reinen Rechtslehre erklärt wird: Er sprach dabei allen Gesetzen den Charakter von auslegungs- und ausführungsbedürftigen Rahmengesetzen zu, vgl. *Adolf Julius Merkl*, Grenzen der Kompetenz des Verwaltungsgerichtshofes, in: Juristische Blätter 45 (1916), S. 313–316 (314) = Merkl-GS II/1, S. 83–93 (87 f.); auf S. 315 (= Merkl-GS II/1, S. 88) kommt noch der Begriff des „gesetzlichen Schema[s]“ vor. Lapidar wird das ‚Rahmentheorem‘ im Abschluss der in Frage kommenden Abhandlung formuliert: „Hier ist eben diese Mehrheit von Auslegungsmöglichkeiten durch das Gesetzesblankett gedeckt, und als Folge davon hat zu gelten, daß dem Verwaltungsgerichtshofe insoweit ein selbständiges Wahlrecht zwischen den von Gesetzen gegebenen Wahlmöglichkeiten, genauer eine Überprüfung der von der Verwaltungsbehörde getroffenen Wahl, soferne sie sich innerhalb des gesetzlichen Rahmens gehalten hat, nicht zusteht“ (S. 316 = Merkl-GS II/1, S. 93). In Merkls erstem Beitrag zum Problem der Rechtsinterpretation ist vom „gesetzlichen Rahmen“ die Rede, vgl. *Merkl*, Zum Interpretationsproblem (Anm. 86), S. 545 = Merkl-GS I/1, S. 63–84 (72). Vgl. aber bereits *Alfred Verdross*, Das Problem des freien Ermessens und die Freirechtsbewegung, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1914), S. 616–644 (632 f.), wo der Begriff des Rahmens noch nicht vorkommt, das Konzept aber schon auftaucht. Dass sich „innerhalb der Schranken des Gesetzes […] noch immer ein weiter Spielraum selbständiger Rechtsbestimmung“ eröffne, hatte Oskar Bülow (1837–1907) bereits deutlich ausbuchstabiert gehabt, vgl. *Oskar Bülow*, Gesetz und Richteramt, Leipzig 1885, S. 26. Eine aufgeklärte Diskussion des ‚frame theorem‘ findet sich bei *Jörg Kammerhofer*, Uncertainty in International Law. A Kelsenian Perspective, London 2011, S. 106 f., 113–117; vgl. auch *Shu-Perng Hwang*, Rechtsbindung durch Rechtsermächtigung. Ein topisches Verständnis der Reinen Rechtslehre zur Erläuterung des Verhältnisses von Rechtsbindung und Richterfreiheit, in: Rechtstheorie 40 (2009), S. 43–70 (48–51); *Clemens Jabloner*, Sein und Sollen: Die „Wahrheit“ der Rechtswissenschaften, in: Wolfgang Kautek/Reinhard Neck/Heinrich Schmidinger (Hrsg.), Wahrheit in den Wissenschaften, Wien/Köln/Weimar 2015, S. 137–160 (144–153).

produktiv vorgeht".[107] Das doppelte Rechtsantlitz zeige sich nun auch in der Gestalt der Unterscheidbarkeit bei gleichzeitiger Untrennbarkeit von Ratio und Voluntas, Kognition und Dezision, Denken und Wollen, von einem Erkenntnis- und einem Entscheidungsanteil in jeglicher Rechtsgewinnungsbetätigung. „Es grenzen also notwendig auf jeder Rechtsanwendungsstufe ein Sektor der Determination und der Indetermination aneinander",[108] sodass die Rechtsgewinnung als eine „eigentümliche Kombination"[109] von objektivem (Rechtsbindung) und subjektivem (Ermessensfreiheit) Faktor vor sich geht. Zum objektiven, durch die höhere Stufe dargestellten Rahmen trete unvermeidlich bei jedem Anwendungs-/Erzeugungsakt eine subjektive, aus dem Willen des rechtserzeugenden Organs stammende Zutat, die bestimme, mit welchem konkreten Inhalt die neue Rechtserscheinung zu gelten habe.[110] Nicht nur bei der Inanspruchnahme einer der „mögliche[n] Lesarten einer Vorschrift"[111] durch das zuständige Organ manifestiert sich die Entscheidungskomponente bei der Rechtsanwendung, sondern auch bei der konkreten Gestaltung des Sachverhalts zum rechtserheblichen Tatbestand, sodass der Subsumtionsakt selbst in einem gewissen Sinne Gestaltungsfreiheit erzeugt.[112]

Damit die Kontinuität und Einheit der Rechtsordnungen als ein Zusammenhang bedingender und bedingter Rechtserscheinungen bewahrt wird, müsse sich das ‚objektive Element' in dem durch die Subjektivität des Rechtsanwendungsorgans geäußerten Willensakt wiedererkennen lassen: „Recht ist a + b … + z, wobei z die vom Rechtsanwender zu determinierenden Elemente bezeichnet".[113] Der Rechtsinhalt werde durch die rechtskonstitutiven Entscheidungen des Rechtsanwenders in einem etappenförmigen, mehrstufigen Prozess der Rechtserzeugung entlang der sukzessiven Ermächtigungsketten weiter verdichtet. Dieser Entscheidungsanteil sei von den bestehenden bedingenden Normen nicht vollumfänglich determinierbar.

Das zur Rechtsanwendung berufene Organ hat partiell sein Rechtsurteil eigenprogrammierend im Rahmen der von den bedingenden Rechtserscheinungen fremdprogrammierten,[114] demarkierten Bereiche der ‚Rechtmäßigkeit'[115] auf jeder

---

[107] *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 163 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (97).

[108] *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 464 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (248).

[109] *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 426 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (232).

[110] *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 426 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (232).

[111] *Clemens Jabloner*, Die „Zusinnung" an den Gesetzgeber: Interpretation oder Rechtsanwendung?, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 73 (2018), S. 459–478 (471).

[112] Vgl. *Oliver Lepsius*, Kritik der Dogmatik, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider, Was weiß Dogmatik?, Tübingen 2012, S. 39–62 (55).

[113] *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 165 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (100).

[114] Vgl. *Matthias Jestaedt*, „Öffentliches Recht" als wissenschaftliche Disziplin, in: Christoph Engel/Wolfgang Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, Tübingen 2007, S. 241–281 (274 f.). Vgl. auch *Matthias Jestaedt*, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., Berlin/New York 2010, S. 329–378 (334–336), Rn. 7–9.

[115] Zur Ausarbeitung des Merklschen Begriffs der „Rechtmäßigkeit" als „juristische Korrektheit" vgl. unten Zweiter Teil, Kap. VI, S. 285–287.

Rechtskonkretisierungsstufe rechtsbindend zu fällen. Wie – mit welchem Inhalt – das Recht als positives Recht gilt, hängt von einer autorisierten Entscheidung ab. Das Erkenntniselement berge die Kontinuität und die Einheit der Rechtsordnungen im Prozess der Rechtserzeugung/Rechtsanwendung. Die Rechtsinterpretation kommt zwischen „Rechtsetzung und Rechtsanwendung" als „recht unbequeme Brücke" zu stehen, „die beide verbindet oder fast eher trennt".[116] Die rechtliche Dezision dürfe qua Rechtsanwendung nur eine der durch die bedingenden Rechtsnormen „positiv markierten Möglichkeiten"[117] der Rechtserzeugung in Anspruch nehmen. Die Geltung des Rechts werde durch eine Norm-Norm-Ableitungskette[118] im Laufe der Entscheidungsstufen der Rechtsordnung weitervermittelt: Die Statik der Rechtserkenntnis ist dabei die Bedingung der Möglichkeit der Dynamik der Rechtsentscheidungen.[119] Die Rechtspraxis werde durch Rechtserkenntnis in einem gewissen Sinn bedingt,[120] denn nur im Rahmen der durch Auslegung aufgedeckten, zulässigen Möglichkeiten ließe sich Recht *valid* anwenden/erzeugen.

3. Die zweideutige Signifikanz des doppelten Rechtsantlitzes

Die notwendige Zweigliedrigkeit des Rechts, d. h. dessen unausweichliche Verzweigung wenigstens in bedingende und bedingte Rechtserscheinung wird durch das sprachliche Bild des doppelten Rechtsantlitzes von Merkl auf den Punkt gebracht. Nicht nur sei es so, dass das Recht sich notwendig in bedingende und bedingte Rechtserscheinung differenziere, sondern auch dass in den Zwischenstufen komplexerer, mehrdimensionaler Rechtsordnungen die Funktion der bedingenden und bedingten Norm von derselben Rechtserscheinung in unterschiedlichen Relationen übernommen wird. Das doppelte Rechtsantlitz verweist darüber hinaus auf die Koexistenz und Ko-Implikation von Rechtserzeugung und Rechtsanwendung auf jeder intermediären Stufe der Rechtsgewinnung. Damit symbolisiert dieses Bild die Mitwirkung von Kognition und Dezision, Vernunft und Willen, Erkenntnis und Erzeugung in allen Stadien der Rechtswerdung. Anders dekliniert hebt die Lehre des doppelten Rechtsantlitzes das Ineinandergreifen von Rechtsbindung und Ermessen bei jedem Akt der Rechtsgewinnung hervor. „Akte der Rechts-

---

[116] Drei Zitate: *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 590 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (93).

[117] Zur Formulierung der Definition der sozialen Normen als „positive Markierung einer Möglichkeit", die völlig mit dem rechtstheoretischen Programm und Rechtsnormverständnis der Reinen Rechtslehre kompatibel ist, vgl. *Christoph Möllers*, Über die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität, Berlin 2015, S. 13 f., 125, 155–157.

[118] Für eine eingehendere Erläuterung des „Norm-Norm-Ableitungszusammenhangs" als „normativistisches Element" des Rechtsgewinnungsprozesses, vgl. *Matthias Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein …, Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis, Tübingen 2005, S. 42.

[119] Vgl. *Merkl*, Die Unveränderlichkeit von Gesetzen (Anm. 15), S. 109 = Merkl-GS I/1, S. 155–168 (162): „Nur die *Statik* der Verfassung ermöglicht die *Dynamik* der gesetzgeberischen Akte, indem sie diese, die sonst in eine zusammenhanglose Reihe zerfallen würden, auf *einen* Punkt zurückführt".

[120] Vgl. *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 285.

konkretisierung sind somit dank ihrer objektiv-heteronomen Determinante Akte der rechtlichen Bindung, dank ihrer subjektiv-autonomen Determinante Akte des freien Ermessens".[121] Ermessen bedeutet hier „Mangel der verbindlichen Bestimmung durch einen fremden Willen, rechtliche Fähigkeit, den eigenen Willen sprechen zu lassen".[122] Das Recht strukturiert und ereignet sich durch ein Wechselspiel von statischen und dynamischen Momenten, deren Verhältnisse zueinander je nach Rechtsgestaltungsstufe unterschiedlich kalibriert werden.

Aus der durch statische Kognitionsmomente vermittelten dynamischen Struktur der Rechtsordnung geht in Merkls Modell die Einheit des Rechts in seiner rechtserkenntnismäßig konstituierten Differenz zum Nicht-Recht hervor: Der Erkenntnisgrund des Rechts ist derselbe wie der des Nichtrechts.[123] Die Gesamtheit der Rechtserzeugungsbedingungen dient als Deutungsschema für die Erkennbarkeit einer bedingten Rechtserscheinung als Bestandteil einer Rechtsordnung, als geltendes Recht. Dieses Deutungsschema leistet Selektivität[124] und ermöglicht die Schaffung von rechtlicher Relevanz. Was der Ermächtigungsnorm konform erzeugt ist, wird Recht, d. h. gewinnt affirmativ die „Behauptungsfähigkeit" alles Rechtlichen, immunisiert sich gegen durch das entsprechende Deutungsschema nicht validierte Versuche von Rechtsnegation, ja von Diskonfirmation der rechtlichen Autorität mittels des „Panzer[s] vollkommener Rechtsgeltung".[125] Rechtskraft bedeutet eben auch „Widerstandskraft gegen Tendenzen der Abänderung".[126] Die negative Seite dieser Selektion durch die bedingenden Rechtserscheinungen ist daher die Nicht-Erlangung der Rechtskraft im Fall von Vernachlässigung der Rechtmäßigkeitsanforderungen – im Fall von als rechts(erzeugungs)widrig zu deutendem Handeln, das mit dem Anspruch auf valide Rechtserzeugung auftritt.[127] Das Rechtssystem zeichnet sich durch seine Undurchdringlichkeit[128] gegenüber

[121] *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht (Anm. 13), S. 142.

[122] *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht (Anm. 13), S. 152.

[123] Vgl. *Marcic*, Die bedingte Natur des positiven Rechts (Anm. 39), S. 200.

[124] Für eine ausführlichere Rekonstruktion der Ermächtigungsnorm als „Selektionsschema" sei hier auf die in Kürze erscheinende Doktorarbeit von Philipp Pohle (Albert-Ludwigs-Universität Freiburg) hingewiesen, die von Matthias Jestaedt betreut wird.

[125] Zwei Zitate: *Husserl*, Rechtskraft und Rechtsgeltung (Anm. 60), S. 14.

[126] *Merkl*, Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung (Anm. 38), S. 460 = Merkl-GS I/1, S. 268–279 (272).

[127] Die negative Seite der Selektionsleistung der bedingenden Norm qua Rechtserzeugungsregel bei der Konstitution der rechtlichen Erheblichkeit formuliert Rainer Lippold akkurat: „Es ist die spezifische Funktion der Ermächtigungsregelungen, Bestimmungen darüber zu treffen, ob etwas, ‚das mit dem Anspruch, eine Rechtsnorm zu sein, auftritt' eine Rechtsvorschrift ist oder nicht. Da dies bereits Inhalt der Ermächtigungsregelungen ist, sind darüberhinausgehende Bestimmungen, daß etwas, das nicht die Bedingungen der Ermächtigungsregelungen erfüllt, keine Rechtsvorschrift – also nichtig ist – überflüssig" (*Lippold*, Recht und Ordnung [Anm. 48], S. 412).

[128] Vgl. *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 238. Zur Undurchdringlichkeit als wesenhaftes Attribut jeden Normensystems vgl. auch *Kelsen*, Problem der Souveränität (Anm. 52), S. 75 f. = HKW 4, S. 235–572 (342 f.). Für eine wissenschaftstheoretisch aktualisierte Variation des Themas unter dem Begriff „normativer Monismus" vgl. *Christoph Kletzer*, The normative Jinx, in: Oxford Journal of Legal Studies 37 (2017), S. 1–16.

dem Drängen fremder, systemtranszendenter bzw. systemwidriger Änderungsversuche aus. Der Eingang in die „ursprünglich gewissermaßen türen- und fensterlose Rechtsordnung“[129] wird vom positiven Recht selbst mittels Ermächtigungs- und Derogationsnormen autorisiert. Nur die durch die bestehenden Rechtsnormen vorselektierten Möglichkeiten dürfen in diesem Modell als geltende Rechtsentscheidungen aktualisiert werden. Alle durch die bedingenden Normen aufgestellten Bedingungen für die valide Rechtserzeugung sind dementsprechend gleichwertig,[130] sodass die Nicht-Beachtung eines einzigen Erfordernisses die Unmöglichkeit der Deutung der in Frage kommenden menschlichen Entscheidung als Recht nach sich ziehen muss. Das Modell Merkls operiert somit gestützt auf eine Nichtigkeitsprämisse: Beim Schweigen des positiven Rechts über diverse Konsequenzen für die Verstöße des rechtserzeugenden/rechtsanwendenden Organs gegen die Rechtserzeugungsregel führen auch die kleinsten Abweichungen vom Rechtsplan zum Scheitern der versuchten Rechtsoperation.

V. Stufenbau nach der derogatorischen Kraft[131]

Verschiebt man den Blick von dem Beziehungsgefüge der als elementarste Bausteine eines Systems des positiven Rechts taugenden Rechtserscheinungen auf die Rechts(satz)formen[132] (‚Verfassung‘, ‚Gesetz‘, ‚richterliches Urteil‘, ‚Verwaltungsakt‘, ‚Vertrag‘ u.s.w.), kann man zu einer weiteren Perspektive für die Rekonstruktion der Relationen der Elemente des Rechtssystems untereinander ge-

---

[129] *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 261.

[130] Dabei baut die Merklsche Rechtsdynamik explizit auf den frühen Überlegungen Kelsens zum Problem der Zurechenbarkeit eines Organaktes zum Staat auf, vgl. oben Erster Teil, Kap. II, S. 111 f.

[131] Die folgenden Anmerkungen zur sogenannten ‚Stufenbau nach der derogatorischen Kraft‘, die eine bestimmte Lesart der rechtlichen Strukturzusammenhänge anbietet, zielen ausschließlich darauf, das Terrain für das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts‘ vorzubereiten. Zu einer Vertiefung in die Möglichkeiten der Hierarchisierung der Rechtsmaterialen nach dem Ordnungsprinzip der ‚derogatorischen Kraft‘ vgl. vor allem: *Robert Walter*, Der Stufenbau nach der derogatorischen Kraft im österreichischen Recht. Zum 75. Geburtstag von Adolf Julius Merkl, in: Österreichische Juristen-Zeitung 20 (1965), S. 169–175; *Heinz Mayer*, Die Theorie des rechtlichen Stufenbaus, in: Robert Walter (Hrsg.), Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre, Wien 1992, S. 37–46; *Stanley L. Paulson*, Zur Stufenbaulehre Merkls in ihrer Bedeutung für die Allgemeine Rechtslehre, in: Robert Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit, Wien 1990, S. 93–106; *Jörg Kammerhofer*, Robert Walter, die Normkonflikte und der zweite Stufenbau des Rechts, in: Clemens Jabloner et alii (Hrsg.), Gedenkschrift Robert Walter, Wien 2012, 237–256; *Wiederin*, Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkls (Anm. 80), S. 104–121. Für die Herausforderungen, die die Fehlerkalküllehre der Idee eines Stufenbaus nach der derogatorischen Kraft bereitet, vgl. *Lippold*, Recht und Ordnung (Anm. 48), S. 400–420. Noch lesenswert: *Matheus Pelegrino da Silva*, Suspension als eine Art von Derogation oder als weitere Funktion der Rechtsnorm?, in: Matthias Jestaedt/Ralf Poscher/Jörg Kammerhofer (Hrsg.), Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand/Hans Kelsen’s Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions, Beiheft 163 des ARSP, Stuttgart 2020, S. 149–160.

[132] Begriff der „Rechtssatzformen“ geprägt von *Sander*, Das Faktum der Revolution (Anm. 59), S. 144.

langen.[133] Der Stufenbau nach der rechtlichen Bedingtheit ergibt sich aus der Anwendung eines bestimmten Ordnungskriteriums, das sich an der Frage nach der validen Rechtserzeugung und Rechtsanwendung orientiert. Als Deutungsfolie erlaubt es die Systematisierung der Rechtsmaterialien in einem einheitlichen Erzeugungszusammenhang. Fragt man aber nach dem Potenzial einer bestimmten Rechtsgestalt, die Beharrungstendenz einer anderen zu überwinden, bzw. nach deren Fähigkeit einer Rechtserscheinung einer gewissen Rechtsform die Geltung als Rechtsnorm abzusprechen, sie aufhebbar zu machen, ihre Existenz zu beenden oder wenigstens ihr gegenüber in der Anwendung Vorzug zu haben, gewinnt das Rechtssystem qua Geflecht verschiedener Rechts(erzeugungs)formen möglicherweise ein anderes Gesicht.

Die Über- und Unterordnung der Elemente des Rechtssystems zueinander wird anders strukturiert, sobald sie unter anderem Aspekt beobachtet werden. Durch die Brille des sogenannten „zweiten Stufenbaus“[134] betrachtet, erscheint die Rechtshierarchisierung als Reflex der Regelung des intrasystematischen Geltungsverlusts der jeweiligen Rechtssatzformen durch die Derogationsnormen.[135] Gefragt wird dabei nach dem Verhältnis der je nach Art der Erzeugung bzw. Erzeugungsregel unterschiedlichen Rechtsformen[136] zueinander im Hinblick auf deren Immunität gegen Versuche, ihre rechtliche Existenz zu beenden. In den Fokus der Strukturanalyse geraten dabei die Ermächtigungen zur rechtmäßigen Aufhebung der Rechtsgeltung. Eine höhere derogatorische Kraft ist einer Rechtserscheinung bestimmter Rechtsgestalt zuzusprechen, die sich aufgrund der in der jeweiligen Rechtsordnung bestehenden Derogationsbestimmungen in deren Verhältnis zu einer anderen so verhält, dass sie einerseits Rechtserscheinungen dieser einen anderen Rechtsgestalt rechtmäßig aufheben darf, ohne andererseits von diesen Rechtserscheinung(sform)en aufgehoben werden zu dürfen. Der sogenannte Stufenbau nach der derogato-

---

[133] Einige Schwierigkeiten der Rekonstruktion der Rechtsrelationen als eine hierarchische Kette von Rechtssatzformen werden erörtert in: *Öhlinger*, Der Stufenbau der Rechtsordnung (Anm. 91), S. 22–26. Schulimmanent hatte schon Voegelin auf die Unklarheiten der Merklschen Stufenbaulehren (wie deren Kelsensche ‚Rezeption‘) hingewiesen, die nicht immer deutlich bestimmen, worauf sich die Betrachtung gerade bezieht, ob auf Rechtserscheinungen oder auf Rechtssatzformen, vgl. *Eric Voegelin*, Die Einheit des Rechts und das soziale Sinngebilde Staat, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 5 (1930/1931), S. 58–89 (63).

[134] Die Bezeichnung des Stufenbaus nach der derogatorischen Kraft als „zweiten Stufenbau“ geht wohl zurück auf: *Kammerhofer*, Robert Walter, die Normkonflikte und der zweite Stufenbau des Rechts (Anm. 131); *Kammerhofer*, Uncertainty in International Law (Anm. 106), S. 170. Walter sprach seinerseits von einer „Duplizität des rechtlichen Stufenbaues“ (*Walter*, Der Aufbau der Rechtsordnung [Anm. 68], S. 53).

[135] Zum Begriff der Derogationsnorm vgl. *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 255–263. Vgl. auch *Angelo Abignente*, Adolf J. Merkl: La Costruzione a Gradi dell’Ordinamento Giuridico, in: Rivista di Diritto Civile 33 (1987), S. 621–655 (638–643).

[136] Zum Kriterium der Ausdifferenzierung der Rechtserscheinungen und Rechtsnormen in Rechts(erzeugungs)formen vgl.: *Walter*, Der Aufbau der Rechtsordnung (Anm. 68), S. 55–57. Vgl. auch *Rudolf Thienel*, Gibt es einen Stufenbau der Bundesgesetze nach ihrer Erzeugungsform?, in: Österreichische Juristen-Zeitung 38 (1983), S. 477–483.

rischen Kraft bringt eine andere Facette der normativen Rechtsbeziehungen zum Ausdruck: „Die Qualität einer Rechtsvorschrift, eine andere außer Kraft zu setzen, bestimmt ihren Rang in der Normenhierarchie“,[137] die sich aus den erkennbaren Derogationsverhältnissen zwischen den Rechtsformen rekonstruieren lässt.

Eine Rechtserscheinung gilt, solange ihre Rechtsgeltung durch eine andere Rechtserscheinung desselben Rechtssystems nach den im positiven Recht vorgesehenen Maßgaben nicht aufgehoben wird. Die allem Recht kongeniale Beharrungstendenz setzt sich durch, es sei denn das positive Recht hat Wege für die Abänderung oder Aufhebung der in Frage kommenden Rechtserscheinung vorbereitet und diese sind von der zuständigen Autorität in Anspruch genommen worden. Außerhalb des von den geltenden Derogationsnormen eröffneten Möglichkeitsspektrums dürfe keine Rechtsänderung sowie keine Rechtsgeltungsterminierung vorgenommen werden: „Es mag zwar Akte geben, deren subjektiver Sinn darauf gerichtet ist, die Geltung einer Rechtsnorm aufzuheben. Ob ihnen diese Funktion auch objektiv zukommt – dh: ob sie wirklich in der Lage sind, diese Wirkung zu entfalten – hängt davon ab, ob diese Akte als Bedingungen des Außerkrafttretens normiert sind“.[138] Eine durch keine Derogationsnorm autorisierte Rechtsnormaufhebung dürfe nicht geschehen. Eine einer Rechtsform ‚schwächerer‘ Derogationskraft zugehörige Rechtserscheinung dürfe eine mit ‚stärkerer‘ Derogationskraft ausgestattete Rechtsnorm nicht außer Geltung bringen. Die Derogationskraft unterschiedlicher Rechtssatzformen sei eine Funktion der bestehenden Ermächtigungen zur Geltungseliminierung: der Derogationsnormen. Einer zur gleichen Form zugehörigen Rechtserscheinung, deren Entstehung unter der gleichen Erzeugungsregel stehe, käme die gleiche derogatorische Kraft zu.[139]

Von der Verwendung der ‚rechtlichen Bedingtheit‘ als Ordnungskriterium auf der einen Seite und der ‚derogatorischen Kraft‘ auf der anderen Seite ausgehend kommt man zu zwei unterschiedlichen – weil eben verschiedenartig kalibrierten – und sich möglicherweise nicht deckenden rechtlichen Strukturzusammenhängen, was durch die Metapher der zwei Stufenbauten symbolisiert wird. Der erste privilegierte ursprünglich die Betrachtung der Verhältnisse zwischen den Rechtserscheinungen, der zweite hingegen bemühte sich um die Verallgemeinerung von strukturellen Merkmalen auf der Ebene ganzer Rechtsformen, die auch entsprechend ihrer derogatorischen Kraft in einheitliche Kategorien gruppiert werden. Diese Zusammenhänge müssen einander nicht entsprechen, d. h. sie können voneinander abweichende Rangfolgen aufweisen.[140] Was in einem bestimmten Verhältnis laut

[137] *Clemens Jabloner*, Stufung und „Entstufung des Rechts“, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 60 (2005), S. 163–185 (168).

[138] *Rudolf Thienel*, Derogation. Eine Untersuchung auf Grundlage der Reinen Rechtslehre, in: Robert Walter (Hrsg.), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II, Wien 1988, S. 11–43 (23) – Hervorhebung nicht übernommen.

[139] So der Versuch eine (Re-)Konstruktion der Merklschen Skizzen durch *Walter*, Der Aufbau der Rechtsordnung (Anm. 68), S. 59 f.

[140] „Die Mutter des Kindes ist nicht notwendigerweise auch dessen Mörderin“ (*Kammerhofer*, Robert Walter, die Normkonflikte und der zweite Stufenbau des Rechts [Anm. 131], S. 254). Vgl.

dem Bedingtheitsmuster als eine niederrangige Rechtserscheinung zu deuten ist, mag sich gemessen an ihrer derogatorischen Kraft als eine zu einer höherrangigen Rechtsform gehörige Rechtserscheinung verhalten. D. h.: Eine bedingende Rechtserscheinung mag – je nach positivrechtlicher Gestaltung – von einer durch sie bedingten Rechtsnorm, die eine andere Form als sie aufweist, derogiert werden.

Die zwei Stufenbauten ermöglichen eine der Komplexität arbeitsteilig operierender Rechtssysteme Rechnung tragende dynamische Betrachtung der Rechtsphänomene. Das positive Recht wird aufgrund unterschiedlicher Kalibrierungsregeln als ‚Kompetenzordnung' – für die Selbsterzeugung wie für die eigene Geltungsbeendigung – rekonstruiert. Die innere Dynamik der Rechtserzeugung und der Rechtsvernichtung wird zum rechtswissenschaftlichen Thema und Problem und steigert somit die Erklärungsmacht der Reinen Rechtslehre. Die normative Verleihung der Rechtsmacht zur Rechtsetzung durch Ermächtigungsnormen wie zur Rechtsaufhebung durch Derogationsnormen werden ins Zentrum der inzipienten Eigengesetzlichkeitslehre Merkls gerückt, die sich um das Postulat der Rechtskraft herum artikuliert. Ergänzt wird dieses Modell, das die normativen Relationen zwischen Rechtserscheinungen wie Rechtssatzformen gewissermaßen idealisiert, um die Berücksichtigung der in den aktuell vollzogenen Rechtsoperationen möglichen und sogar wahrscheinlichen Abweichungen vom Rechtsprogramm.

VI. Anspruch und Wirklichkeit im dynamischen Rechtsdelegationszusammenhang

In der Stufenfolge der Rechtsgewinnung bzw. -gestaltung erheben die bedingenden Normen den Anspruch, die Rechtserzeugung in die Bahnen der Rechtsanwendung zu lenken, indem sie die Verleihung der rechtlichen Qualität zu einem Willensakt unter Beachtung der rechts-erkenntnismäßig zu ermittelnden Schranken des durch das vorgegebene Recht gebildeten Rahmens konditionieren. Das Stufenbaumodell betont aber auch die Unvermeidbarkeit der konstitutiven Mitwirkung des Rechtssetzers bei der Rechtsanwendung. Es invisibilisiert die Rechtsentscheidungsmomente bei der Rechtsgewinnung nicht[141] und verschleiert auch nicht die Unbestimmtheiten, die den Rechtserzeugungszusammenhang durchschimmern: „Daß nur ein einziges Rezept den Gesetzesanwender zum Recht geleite, das ist juristischer Wunderglaube".[142] Die Rolle des Rechtsentscheiders, d. h. der Rechtsschöpfungsanteil der Rechtsgewinnung, wird besonders deutlich als struk-

---

noch *Merkl*, Prolegomena (Anm. 9), S. 278 f., 284 f. = Merkl-GS I/1, S. 437–492 (471 f., 479 f.); *Walte*r, Der Aufbau der Rechtsordnung (Anm. 68), S. 65 f. Jüngst wurde das problematische Verhältnis zwischen den zwei Stufenbauten neu erörtert in: *Hilbert*, Systemdenken in Verwaltungsrecht und in Verwaltungsrechtswissenschaft (Anm. 51), S. 101–107, 148–151; *Paul Gragl*, Legal Monism: Law, Philosophy and Politics, Oxford 2018, S. 85–90.

[141] Vgl. *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz (Anm. 87), S. 156–160; *Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein (Anm. 118), S. 60.

[142] *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 167 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (103).

turell-notwendige Komponente sichtbar gemacht und mit der Figur des doppelten Rechtsantlitzes plastisch ausgedrückt. In der Funktion eines zuständigen Rechtsanwenders entscheidet das Rechtsorgan, was für eine Rechtserscheinung und mit welchem Inhalt diese zur Geltung gebracht wird. Auf jeder Rechtsgestaltungsstufe ist man auf „noch unbekanntes Wollen und Handeln des Rechtsanwenders“[143] verwiesen. Der aus dieser Entscheidung resultierende, prätendierte Rechtsakt kann sowohl das Recht weiter individualisieren, indem er eine der durch die bedingenden Normen gedeckten Möglichkeiten aktualisiert, als auch eine durch das bestehende Recht nicht vorselektionierte Alternative konkretisieren. Eine Bestimmungskraft in Gestalt einer das geltende Recht setzenden Entscheidungsmacht „kommt dem Rechtsanwender als dem Diener des Gesetzes zu, weil sie seinem Herrn, dem Gesetze, notwendig mangelt“.[144] Somit muss man sich aber mit einer Fatalität arrangieren können: „[D]as Geschöpf wächst über den Schöpfer, ohne dass er es hindern kann“.[145]

Aufgeklärt durch den Erkenntnisgewinn der Lehren des Stufenbaus nach der rechtlichen Bedingtheit und des doppelten Rechtsantlitzes – zugespitzt: der Eigengesetzlichkeitslehre Merkls – leuchtet es ein, dass „mit dem Augenblick, wo sich das Recht in bedingende und bedingte Rechtsgestalten differenziert, die Möglichkeit von Diskrepanzen der Rechtserscheinungen gegeben ist“.[146] Die Geltungsvermittlung im Verlauf der Kette der Rechtsgewinnungsakte geschieht nicht ohne die Kompetenzübertragung, die Verleihung von Rechtserzeugungsmacht, von einer Rechtsstufe auf die andere. Die Dynamisierung eines rechtlichen Normensystems qua Delegationszusammenhang impliziert die Transmission der Entscheidungsbefugnisse von rechtsbedingenden Normen auf rechtsgebunden handelnde, aber die rechtsbedingten Rechtserscheinungen erzeugende, Rechtsorgane. Da wo Entscheidungen getroffen werden sollen, können die normativen Maßstäbe verfehlt werden. Somit lädt die Rechtstheorie Merkls nicht gerade zum Rechnen mit

---

[143] *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 169 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (106).

[144] *Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege (Anm. 57), S. 510 = Merkl-GS II/2, S. 3–69 (12). Hier wird das traditionelle Bild des Rechtsanwenders als „Diener des Rechts“ nicht bloß auf den Kopf gestellt, sondern strukturrechtstheoretisch perspektivistisch neupräsentiert – „Diener“ und „Herr“ brauchen sich, bedingen sich gewissermaßen wechselseitig. Zum herkömmlichen Bild vgl. *Bernhard Windscheid*, Die Actio. Abwehr gegen Doktor Theodor Muther, Düsseldorf 1857, § 10, S. 25: „Für uns ist das Gericht nichts als Diener des Rechts“. Vgl. auch *Philipp Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1914, S. 170; *Adolf Julius Merkl*, [Buchbesprechung] Philipp Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1914, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1915), S. 392–395 = Merkl-GS I/1, S. 27–32. Ähnlich wie bei Merkl vgl. *James Goldschmidt*, Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens, Berlin 1925, S. 246: „In der Tat ist der Richter nicht nur Diener, sondern auch Herr des Rechts“ – Goldschmidt begründet dies aber anders als Merkl mit Rekurs auf die Faktizität.

[145] *Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege (Anm. 57), S. 510 = Merkl-GS II/2, S. 3–69 (12).

[146] *Merkl*, Prüfung von Gesetzen und Verordnungen (Anm. 91), S. 604 = Merkl-GS II/1, S. 393–438 (432).

Begriffen ein,[147] sondern dazu, sich auf das positive Recht einzulassen und mit Rechtsfehlern zu rechnen.[148]

Das Bedingtheitsverhältnis zwischen den Rechtserscheinungen entlarvt auch im Stufenbaumodell die „dem Recht kongeniale Delegationsvorstellung".[149] Rechtsinhalt wird individualisiert und angewandt über Willensakte, sodass die bedingenden Normen beanspruchen, den Rechtsorganen rechtlich begrenzte Kompetenzen zu übertragen. Sobald diese Delegation vorgenommen wird, verlieren sie jedoch die Oberhand über die Rechtsproduktion.[150] „Mit dieser Kompetenzübertragung hat […] das Gesetz das Heft aus der Hand gegeben; die Geister, die gerufen wurden, lassen sich nicht mehr bannen!"[151] So gesehen, darf rechtswissenschaftlich nur mit Vorbehalt vom geltenden Recht als einer Gegebenheit gesprochen werden, denn „[a]us einem undifferenzierten Ursprung kommend, können sie [die Rechtserscheinungen] noch zu einem überaus weitgehend differenzierten Ende gelangen".[152] Die Determinierung der Rechtserzeugung durch die bedingenden Rechtserscheinungen bleibt normativer Anspruch und kann durch die wirklichen Vorgänge der Rechtsgewinnung widerlegt oder sogar ignoriert werden. Abweichungen von dem durch die Idee eines Rechtsrahmens für die Rechtsanwendung vorgestellten Plans sind nicht aus der Welt zu schaffen. „Die Aneinanderreihung mehrerer Konkretisierungsstufen des Rechtsphänomens und die arbeitsteilige Zuteilung der Konkretisierungsakte an verschiedene Rechtserzeugungs- und -anwendungsorgane bringt […] unvermeidlich die Erscheinung von – wenigstens prima facie – rechtswidrigen behördlichen Rechtsgeschäften mit sich",[153] was nichts anderes bedeutet, als dass dynamische Systeme wie das Rechtssystem imperfekt sind.[154]

---

147 Vgl. *Friedrich Carl von Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814, S. 29.

148 Vgl. *Régis Ponsard*, Les moyens d'une analyse scientifiquement et juridiquement critique: l'exemple de l'étude des décisions du Conseil constitutionnel, in: Annuaire international de justice constitutionnelle 31 (2015), S. 65–90 (65).

149 Vgl. *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 426 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (232).

150 Vgl. die scharfsinnigen Ausführungen zum Verhältnis von Dynamik, Delegation und Fehlerhaftigkeit in normativen Systemen im Zusammenhang der Problematisierung des Verhältnisses von Recht und Moral, genauer: rechtlicher Normativität und moralischer Normativität bei: *Kletzer*, The normative Jinx (Anm. 128), S. 10 f.

151 *Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege (Anm. 57), S. 511 = Merkl-GS II/2, S. 3–69 (13).

152 *Adolf Julius Merkl*, Staatszweck und öffentliches Interesse. Ein Beitrag zur Nomenklatur der Verwaltungsrechtslehre, in: Verwaltungsarchiv: Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit 27 (1919), S. 268–282 (280) = Merkl-GS III/1, S. 61–75 (73).

153 *Merkl*, Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung (Anm. 38), S. 466 = Merkl-GS I/1, S. 268–279 (278).

154 Vgl. *Pfersmann*, Production des normes (Anm. 46), S. 505.

C. Die doppelte Rechtsordnung: Der mögliche Riss im Rechtsystem

Die Dynamisierung des Rechtserzeugungsverfahrens über die sukzessiven Ermächtigungen zur Schaffung von neuem Recht und der Anwendung von rechtlichen Sanktionen durch die Rechtsorgane bringt die Möglichkeit von „Abirrung", „Abweichung", „Devianz", „Diskrepanz", „Dissonanz", „Entgleisung", „Nicht-Deckung", „Nicht-Entsprechung", „Nicht-Übereinstimmung" und/oder „Unableitbarkeit"[155] zwischen bedingenden und bedingten Rechtserscheinungen mit sich. Die Rechtserzeugungsstruktur deckt die nicht zu eliminierende Rolle des Willens des Rechtsanwenders im Rechtsgewinnungsverfahren auf, denn die „Eintrittspforte für Weltanschauungen ist jeder Weg der Staatswillensbildung",[156] sprich: jede der Rechtsentscheidungsstufen. Das zuständige Rechtsorgan kann eigenprogrammierend Vorschriften erlassen oder Akte vornehmen, die die Prätension der Rechtlichkeit erheben, ohne den durch die Ermächtigungsnormen aufgestellten Anforderungen gerecht zu werden.

Das Auseinandergehen von bedingenden und bedingten Rechtserscheinungen sei mittels des „das Gesetz und die Rechtsanwendung vergleichende(n) Intellekt(s)"[157] zu konstatieren. Merkl sieht darin die Möglichkeit eines Risses im Rechtssystem, für dessen Beschreibung „das Wort von der doppelten Rechtsordnung nicht völlig unangebracht sein dürfte":[158] Je nach Standpunkt der Betrachtung sehe möglicherweise das Recht anders aus. Das Recht der Rechtspraxis drifte zuweilen vom Recht der Rechtswissenschaft ab. Im Spiegel der Rechtsanwendung mag das vorgeformte, durch die Rechtserkenntnis erfasste positive Recht gebrochen werden, sodass es nicht mehr bloß reflektiert wird, sondern auch verstellt bzw. deformiert werden kann.[159] Die aktuellen Rechtsentscheidungen lassen sich

---

[155] Merkl bedient sich sämtlicher Ausdrücke, um das Auseinanderfallen von Rechtserkenntnis und Rechtserzeugung zu charakterisieren. Hier wird auf einen ausführlichen Nachweis verzichtet, da der schon lange Fußnotenapparat unnötig vergrößert werden würde.

[156] *Adolf Julius Merkl*, Baustile des modernen Staates, in: Zeitschrift für Wissenschaft, Kunst und Literatur 1 (1946), S. 225–242 (226) = Merkl-GS I/2, S. 471–494 (472); vgl. auch *Adolf Julius Merkl*, Idee und Gestalt der politischen Freiheit. Politische Freiheit als möglicher Staatsinhalt, in: Demokratie und Rechtsstaat. Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti, Zürich 1953, S. 163–194 (164) = Merkl-GS I/2, S. 579–609 (580).

[157] *Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege (Anm. 57), S. 511 = Merkl-GS II/2, S. 3–69 (13).

[158] *Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege (Anm. 57), S. 511 = Merkl-GS II/2, S. 3–69 (13 f.).

[159] Dies hätte übrigens der Kunstgriff Merkls bei seinem fünfteiligen Beitrag „Das Recht im Lichte seiner Anwendung" sein können: Die verschiedenen Teile werden schon geringfügig unterschiedlich betitelt, sie hätten aber dem Inhalt nach so artikuliert werden können, dass je nach eingenommener Sichtweise die mögliche Abweichung des Rechts jeweils im Spiegel seiner Auslegung und seiner Anwendung schon durch die Struktur der Arbeit thematisiert werden würde. So hätten die ersten zwei Teilen des Aufsatzes tatsächlich „Das Recht im Spiegel seiner Auslegung" heißen können, wie sie ursprünglich hießen, während die drei folgenden und abschließenden Teile unter dem Titel „Das Recht im Lichte seiner Anwendung", statt „im Lichte seiner Auslegung" hätten erscheinen sollen. Vor allem im dritten und vierten Teil wird das Problem der Unrechtsetzung durch zuständige Rechtsorgane behandelt. Kurios ist, dass dieser Aufsatz Merkls schon im Jahre

relativ oft nicht auf die inhaltlichen oder/und formellen Bestimmungen des präexistenten positiven Rechts zurückführen, „[e]s treten geradezu zwei verschiedene Rechtssysteme – das der Rechtserkenntnis und das der Rechtsanwendung – auseinander und miteinander in Konflikt".[160]

So kommt man über die Wege der Rechtstheorie Merkls zum Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' (z. B. der ‚verfassungswidrigen Gesetze' und der ‚gesetzwidrigen Verordnungen, Verwaltungsakte oder richterlichen Urteile'), das Merkl als Problem des rechtlichen Umgangs mit Fehlern bei der Rechtsanwendung deutet. Wie die ‚fehlerhafte Rechtserscheinung' im einheitlichen Rechtssystem unterzubringen sei, ist der rechtstheoretische Arbeitsauftrag, dem sich der Mitstreiter Hans Kelsens bei der Verwissenschaftlichung der akademischen Beschäftigung mit dem Recht stellte. Die spätere Fehlerkalkültheorie liefert er als seinen ausgeklügeltesten Problemlösungsversuch, der sich aus seinen Bemühungen bei der Behandlung der Herausforderung des Auseinanderfallens der sogenannten „doppelten [wenn nicht mehrfachen] Rechtsordnung"[161] herauskristallisiert, was die naheliegende Frage aufwirft, wie die „Dissonanz dieses doppelten Rechtes in die Konsonanz einer Rechtseinheit aufzulösen wäre".[162] Spätestens an dieser Stelle insinuiert sich eine weitere Bedeutung für das Bild des doppelten Rechtsantlitzes: Es ist kein allzu seltenes Ereignis, dass das positive Recht vom Standpunkt der Rechtswissenschaft aus anders aussieht, als die Erscheinungsform, die ihm konkret durch die Rechtsanwendungspraxis gegeben wurde.[163] „Die Erfahrung […] lehrt nun, daß der Rechtsanwender nur zu oft daneben greift".[164]

Bringt die Stufenbaulehre das Abhängigkeitsverhältnis zwischen den Rechtserscheinungen auf den Punkt, indem sie den normativen, verhaltenslenkenden Anspruch der rechtsbedingenden Normen in den Fokus der Betrachtung des Rechtsgewinnungsverfahrens rückt, so lässt sich die These des Fehlerkalküls als eine partielle Resignation der Normativität des Rechts vor der Wirklichkeit der Rechtsvollziehung durch die Rechtsorgane verstehen. Beide Lehren ergänzen sich in Merkls Rechts(erkenntnis)system, runden seine Rechtskraftlehre ab und ergeben ein komplexes Bild der normativen Positivität des Rechts, was heute als eines

---

1917, ohne weitere Erklärungen zur Titeländerung, unter dem Titel „Das Recht im Lichte seiner Anwendung" (und nicht Auslegung) als Sonderdruck erschienen ist. Vgl. dazu oben Zweiter Teil, Kap. IV, S. 173 f. (Anm. 35).

[160] *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 427 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (235).

[161] *Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege (Anm. 57), S. 511 = Merkl-GS II/2, S. 3–69 (13).

[162] *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 447 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (128).

[163] Vgl. *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 427 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (235). Es fällt auf, dass anders als in der Sekundärliteratur diese die Bedeutung des Sprachbilds des „doppelten Rechtsantlitzes" ist, die Merkl bei der Selbstdeutung seiner Rechtstheorie hervorhebt, vgl. *Adolf Julius Merkl*, [Selbstdarstellung] Adolf Julius Merkl, in: Nikolaus Graus (Hrsg.), Österreichische Rechts- und Staatswissenschaften der Gegenwart in Selbstdarstellungen, Innsbruck 1952, S. 137–159 (142).

[164] *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 396 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (120).

der Merkmale des Rechtsbegriffs der Rechtslehre der Wiener Schule angesehen wird.[165]

Je nach Deutungsfolie stellt sich das Problem des ‚fehlerhaften Rechtsakts' leicht anders dar. Nähert man sich diesem Problem aus der Perspektive der rechtlichen Bedingtheit, wird die Frage aufgeworfen, sowohl ob die jenseits des Rahmens der bedingenden Normen erzeugte Rechtserscheinung als „juristisches Nichts"[166] zu deuten sei, als auch ob das ‚fehlerhaft' handelnde Rechtsorgan an dieser Stelle nicht einem „juristischen Niemanden"[167] gleichgestellt werden solle. Lenkt man den Fokus aber auf die derogatorische Kraft, präsentiert sich darüber hinaus noch das Problem, wissen zu müssen, ob die defekte derogatorische Norm eigentlich die zu derogierende Rechtsnorm in den Bereich der rechtlichen Inexistenz überführen könnte, obwohl sie dies laut bestehender Derogationsnormen nicht darf.

Mit der Lehre des Fehlerkalküls widmet sich Merkl den variationsreichen Strategien des positiven Rechts, mit seiner eigenen Positivität bzw. Menschlichkeit – sprich: der Fehleranfälligkeit menschlichen Handelns in Sachen Recht – umzugehen. Sie vervollständigt das Rechtsbild der Reinen Rechtslehre Merkls durch die Beachtung der Wirklichkeit der Handlungen der realen Rechtsakteure – zuständige rechtsanwendende Organe – und nimmt damit die institutionelle Dimension der Rechtserzeugung ernst. Erst mit der Fehlerkalkültheorie wird die Merklsche Rechtsdynamik vollkommen. Das Verhältnis zwischen Rechtserkenntnis und Rechtsanwendung mittels dynamischer Rechtsbetrachtung wird dabei als Spannung nicht geleugnet, sondern plastisch thematisiert. Die dynamische Perspektive will nichts anderes als die immanenten Rechtsrelationen rekonstruieren, die schon vorhandene Inbezugnahme der Rechtserscheinungen aufeinander unter Berücksichtigung der relevanten Akteure systematisch beschreiben. Der Schwerpunkt wird dabei auf die rechtlichen Regelungen der Rechtserzeugung und Rechtsvernichtung gesetzt. „Die Verhaftetheit der Norm in der Zeit und in der Zuständigkeitsordnung"[168] wird über das Konzept des Fehlerkalküls dergestalt verarbeitet, dass die Rechtsnormen „erst durch die Beziehung von Geltung und Wirkung"[169] in ihrer endogenen Dynamik[170] verstehbar werden, die einen Raum für unterschiedliche Interpretationsleistungen der verschiedenen kompetenten Organe und

---

[165] Vgl. *Matthias Jestaedt*, Hans Kelsens Reine Rechtslehre. Eine Einführung, in: Hans Kelsen, Reine Rechtslehre (1934), Studienausgabe hrsg. von Matthias Jestaedt, Tübingen 2008, S. XI–LXVI (XXX–XXXIII).

[166] Vgl. *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 444 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (123).

[167] Vgl. *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 444 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (123).

[168] *Oliver Lepsius*, Relationen. Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft, Tübingen 2018, S. 12.

[169] *Lepsius*, Relationen (Anm. 168), S. 13.

[170] „Wandel und Dynamik sind nicht nur ein von außen an das Recht herangetragenes Phänomen (sozialer und technischer Wandel bedingt Rechtswandel), sondern ohnedies im Recht selbst erzeugt (Instanzenzug, Konkretisierung genereller Normen, verschiedene Verbandsträger etc.)" (*Lepsius*, Relationen [Anm. 168], S. 15); vgl. auch *Oliver Lepsius*, Normpluralismus als Ausdruck

der rechtswissenschaftlichen Rechtserkenntnisse eröffnet. So gewinnt die Reine Rechtslehre ein wahrhaft „mehrfache[s] rechtswissenschaftlich[es] Dimensionalitätsdenken“,[171] das normativen Anspruch und positive Verwirklichung des Rechts realistisch modelliert. Ohne den Fehlerkalkül wird Merkls Rechtstheorie nur halb gelesen, die Rechtsdynamik eher ‚vertikal-deduktiv‘, statisch, (miss)verstanden.[172] Trotz alledem wird Fritz Sander die Rechtstheorie Merkls inklusiv Fehlerkalkül für viel zu statisch, sogar naturrechtlich belastet erklären.

Bevor man sich aber der Merkl–Sander-Kontroverse und dem Problem des ‚rechtswidrigen Rechts‘ systematisch widmen kann, empfiehlt es sich, die Rechtsverfahrenstheorie Sanders mit dem gleichen Erkenntnisinteresse unter die Lupe zu nehmen, das die Rekonstruktion der Rechtstheorie Merkls in diesem Kapitel geleitet hat. Es geht darum zu verstehen, wie sich die Frage nach dem Status des ‚fehlerhaften Rechtsurteils‘ in der Sanderschen Variante der Reinen Rechtslehre (nicht) stellt, nachdem man gesehen hat, wie das Nachdenken über Rechtsfehler vom Modell Merkls gefördert wird.

---

der Funktionsrationalität des Rechts, in: Rechtsgeschichte/Legal History 25 (2017), S. 152–161 (160 f.).

[171] Wendung in *Gabriel Nogueira Dias*, Rechtspositivismus und Rechtstheorie. Das Verhältnis beider im Werke Hans Kelsens, Tübingen 2005, S. 155.

[172] Vgl. *Matthias Jestaedt*, Vom Nutzen der Rechtstheorie in der Europäischen Integration, in: Günther Herzig et alii (Hrsg.), Europarecht und Rechtstheorie, Wien 2017, S. 1–18 (16 f.); *Rainer Lippold*, Gilt im deutschen Recht ein Fehlerkalkül für Gesetze?, in: Der Staat 29 (1990), S. 185–208 (193).

Kapitel V

Die Rechts(verfahrens)theorie Fritz Sanders

Im Spätjahr 1922 betrat der knapp 32-jährige, puer robustus[173] Fritz Sander die rechtswissenschaftliche Bühne mit revolutionären Ansprüchen. In der Vorbemerkung zu seiner Habilitationsschrift wird das Motto eines Neubaus der Rechtswissenschaft durch die Vernichtung der völlig von ethisch-politischen Vorurteilen geprägten, (pseudo-)rechtswissenschaftlichen Arbeit von Jahrhunderten ausgerufen.[174] Schon zu dieser frühen Zeit war der Auslöser betätigt, der Sander ins Zentrum einer „ödipalen Tragödie"[175] rücken würde. Wie es in sich zu wissenschaftlichen Schulen ausgestaltenden intellektuellen Kreisen oft passiert, wandte sich einer der begabtesten Schüler gegen den Lehrer. Entstanden ist daraus eine mehr als bittere Kontroverse.[176]

1921 polemisierte Sander gegen die von ihm unter dem Schlagwort der ‚Rechtsdogmatik' behandelten Hauptdogmen der ‚herrschenden Rechtslehre' – insbesondere gegen die Dogmen der Normativität des Rechts, des statischen Charakters des Rechts und der Rechtswissenschaft als Rechtsquelle[177] – und stellte seinen akademischen Lehrer Kelsen in gewisser Hinsicht als deren schärfsten und raffiniertesten Vertreter dar.[178] Dieser – laut ihm nicht nur von Kelsen vertretenen – Lesart der Rechtstheorie erteilte Sander durch seinen anti-dogmatischen Wortschwall[179]

---

[173] Zur Figur des puer robustus vgl. *Dieter Thomä*, Puer robustus. Eine Philosophie des Störenfrieds, Frankfurt a. M. 2016.

[174] *Fritz Sander*, Staat und Recht. Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung, Hb. 1, Wien 1922, S. V.

[175] *Hans Kelsen*, Autobiographie [1947], in: Hans Kelsen Werke, Bd. 1, hrsg. von Matthias Jestaedt, Tübingen 2007, S. 29–92 (63).

[176] Für eine Skizzierung der Kelsen–Sander-Kontroverse in ihren groben Umrissen vgl. oben Erster Teil, Kap. I, S. 85–89 und Erster Teil, Kap. III, S. 150–161.

[177] Zu diesen drei Voraussetzungen der tradierten Rechtswissenschaft, wie sie von Sander verstanden werden, vgl. gleich unten Zweiter Teil, Kap. V, S. 216–221.

[178] „Kelsen hält nicht nur an dem Dogma von der Wissenschaft als Rechtsquelle und an dem bereits von der Freirechtsschule aufgelöstem Dogma von der formalen Logik als Rechtserzeugungsmethode fest, sondern gestaltet sogar diese Dogmen in einer bisher nie dagewesenen Schärfe aus" (*Fritz Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 2 [1920/1921], S. 511–670 [563 f.]). Die Kritik an der Reinen Rechtslehre Kelsens habe bis dahin übersehen, „daß die Überwindung der Rechtslehre Kelsens nur eine Überwindung der gesamten herrschenden Rechtslehre sein kann" (*Fritz Sander*, Kelsens Rechtslehre. Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz, Tübingen 1923, S. 3).

[179] Die antidogmatische Rhetorik war eine bemerkbare Komponente mancher der lauten Strömungen um die Zeit der Entstehung der Sanderschen Theorie der Rechtserfahrung, wie es sich in Parzellen der Freirechtsbewegung konstatieren lässt, die in manchen Punkten mit der Zustimmung

das Todesurteil, um im selben Zug die Theorie der Rechtserfahrung ins Leben zu rufen.[180]

Doch Sander sollte das ihm prognostizierte Schicksal auf sich fallen sehen, dass seine Schriften keine neue Epoche in der Rechtswissenschaftsgeschichte gründen würden.[181] Ganz im Gegenteil: Sanders Werke gerieten in Vergessenheit. Sogar innerhalb der Grenzen der nicht gerade breiten – wenn sich auch in letzter Zeit ausdehnenden – rechtstheoretischen Community von Kelsen-Experten der Reinen Rechtslehre wird Fritz Sander eher im strikten Zusammenhang mit der Kelsen–Sander-Polemik erwähnt. Dabei wird allzu oft fast ausschließlich der rebellische, ja verräterische Gestus des undankbaren Schülers hervorgehoben, der im Rahmen eines intellektuell-geschichtlichen Prioritätenstreits gegen das Haupt der Wiener Schule Plagiatsvorwürfe erhob, während die eigenen und eigentlichen Konturen der Sanderschen Rechtstheorie schlicht unberücksichtigt bleiben.[182]

An dieser Stelle soll nun aber der Versuch unternommen werden, die „Fundamente der Theorie der Rechtserfahrung“,[183] die Struktur und die Dynamik der Rechtstheorie Fritz Sanders konzis zu rekonstruieren, sodass seine Stellungnahmen zum Problem des ‚rechtswidrigen Rechts(aktes)‘ in ihrer Radikalität und bezogen auf ihr eigenes Validationssystem verständlich und plausibel gemacht werden können. Sander macht es einem bestimmt nicht leicht, sich zu den propagierten ‚revolutionären‘ Endergebnissen seines rechtstheoretischen Ansatzes durchzugraben und die Klagen über die Unklarheit seiner Schreibweise und Darstellungsform sind eine Konstante in den seltenen Beschäftigungen mit seiner Rechtslehre.[184]

Sanders rechnete, vgl. *Katharina Isabel Schmidt*, Der „Formalismus-Mythos“ im deutschen und amerikanischen Rechtsdenken des frühen 20. Jahrhunderts, in: Der Staat 53 (2014), S. 445–473. Vgl. auch *Hans-Peter Haferkamp*, Der Jurist, das Recht und das Leben, in: Fakultätsspiegel. Sommersemester 2005, hrsg. vom Verein zur Förderung der Rechtswissenschaft, Köln 2005, S. 83–98.

[180] Vgl. *Fritz Sander*, Der Begriff der Rechtserfahrung, in: Logos 11 (1923), S. 285–308 (308).

[181] Vgl. *H.*, [Buchbesprechung] Dr. Fritz Sander, Professor an der deutschen Technischen Hochschule in Prag, Kelsens Rechtslehre. Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz, Tübingen, Mohr 1923, in: Neues Wiener Abendblatt Nr. 353 vom 27. Dezember 1923, S. 4; *František Weyr*, [Buchbesprechung] Verfassungsurkunde und Verfassungszustand der Tschechoslowakischen Republik. Von Dr. Fritz Sander, 194 S, Brünn: R. M. Röhrer, 1935, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 16 (1936), S. 652–664 (653 f.).

[182] Zur Nicht-Rezeption der Sanderschen Rechtstheorie vgl. oben Erster Teil, Kap. III, S. 150–155, 158 f.

[183] *Fritz Sander*, Zur Grundlegung einer Theorie der Rechtserfahrung, in: Gerichts-Zeitung 73 (1922), S. 55–57 (56), Sander rollt an dieser Stelle exemplarisch folgende Thesen als originale Grundgedanken seiner Rechtserfahrungstheorie auf: Der Rechtssatz als synthetisches Urteil (Tatbestandsfunktion), das Rechtsverfahren als Erzeugungsmethode des Rechts, der Staat als Erhalter des Rechtsverfahrens und Gedanken über den bloßen Reflexionscharakter der Rechtswissenschaft.

[184] Die begrenzte Lesbarkeit der Schriften Sanders wie die erschwerte (Un-)Begreifbarkeit seiner Sprache und seines rechtstheoretischen Modells wurden von zeitgenössischen Kommentatoren hervorgehoben, vgl. *Fritz Schreier*, Die Wiener rechtsphilosophische Schule, in: Logos 11 (1922/1923), S. 309–328 (318); *Rupert Emerson*, State and Sovereignty in Modern Germany, Oxford 1928, S. 175 (mit Fn. 35); *Kaufmann* ging so weit, von den „Satzmonstris“ Fritz Sanders zu reden, vgl. *Felix Kaufmann*, Zur Methodologie der Sozialwissenschaften, in: Zeitschrift für die Nationalökonomie 5 (1934), S. 241–245 (243). Aus der jüngeren Literatur vgl.: *Thomas Olechowski*, Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers, 2. Aufl., Tübingen 2021, S. 330. Zur

Die hier behandelte Problemkonstellation wird außerdem nicht mit allem Nachdruck im Mittelpunkt seiner Rechtsbetrachtung und auch nicht in schlüssigen Zusammenhängen erörtert, sondern nur stückchenweise und anhand der Kritik gegnerischer Theorien von Sander aufgegriffen.

Das rechtstheoretische Programm Sanders ist darüber hinaus – sicher auch aufgrund seines sich im 50. Lebensjahr ereignenden frühen Todes – leider nur ein Torso geblieben: Der seit dem Sanderschen rechtswissenschaftlichen Auftakt intonierte Ruf nach einer innovativen, sich mit anderen Problemen und Fragen als den üblichen beschäftigenden Rechtsansicht, die planmäßig von einer allgemeinen Gesellschaftslehre[185] ausgehend über eine allgemeine Staatslehre[186] endlich zu einer allgemeinen Rechtstheorie[187] entfaltet werden sollte,[188] konnte den Status eines umsetzungsbedürftigen Versprechens nicht verlassen – auch weil es nie in Form eines strukturierten Lehrgebäudes ausformuliert wurde bzw. werden konnte. Eine weitere Komplikation bereiten außerdem die nicht immer explizit adressierten Schwankungen bei der erkenntnistheoretischen Ausrüstung des Sanderschen Umdenken-Unterfangens, was manchen Beobachter zu der Auffassung geführt hat, die relativ kurze Schaffungszeit Sanders in verschiedene (Entwicklungs)Phasen einteilen zu wollen.[189] Die Rechtsverfahrenstheorie Sanders will manche der tradi-

---

Sanderschen typischen Darstellungsform vgl. noch *Josef Kunz*, [Buchbesprechung] Fritz Sander, Staat und Recht. Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung, Wiener staatswissenschaftliche Studien. Herausgegeben in Verbindung mit Friedrich Wieser und Othmar Spann von Hans Kelsen, neue Folge. Band 1, Verlag Franz Deuticke 1922, 1304 S., in: Archiv des öffentlichen Rechts 5 (1923), S. 249–268 (249–251); *Wilhelm Jöckel*, Hans Kelsens rechtstheoretische Methode, Tübingen 1930, S. 2, 45. Aus der jüngeren Literatur vgl.: *Axel-Johannes Korb*, Kelsens Kritiker. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechts- und Staatstheorie (1911–1934), Tübingen 2010, S. 55 f. In Bezug auf das spätere, soziologische Werk Sanders vgl. *Robert Dolp*, Die Rechtslehre Fritz Sanders, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 5 (1953), S. 192–225 (194).

185 Vgl. *Fritz Sander*, Allgemeine Gesellschaftslehre, Jena 1930.

186 Vgl. *Fritz Sander*, Allgemeine Staatslehre, Brünn 1936.

187 Eine „in Vorbereitung befindliche" Allgemeine Rechtslehre kündigte Sander schon 1936 an in: *Sander*, Allgemeine Staatslehre (Anm. 186), S. 441 (Fn. 1). Dass er zum Zeitpunkt seines Todes immer noch daran arbeitete, wird auch von Wilhelm Weizsäcker 1939 in der Einäscherungsrede erwähnt, vgl. *Wilhelm Weizsäcker*, Einäscherungsrede zu Fritz Sander vom 6. Oktober 1939, in: Masarykův ústav a Archiv Akademie věd České republiky [AAV ČR], Fond Weizsäcker, Karton 7. Ein solches Werk aus der Feder von Fritz Sander ist aber nie erschienen. Die entsprechenden Manuskripte konnten im Laufe der Forschungsarbeiten für diese Dissertation nicht ausfindig gemacht werden. Einige dem Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit gewidmete Seiten, die das erste Kapitel der angekündigten „Allgemeine[n] Rechtslehre" auszumachen scheinen, sind im Archiv der Akademie der Wissenschaften [AAV ČR] in Prag aufbewahrt.

188 „[…] die weitere, aber unumgängliche Voraussetzung jeder ‚Allgemeine Rechtslehre" [ist] eine ‚Allgemeine Gesellschaftslehre' und […] jede Rechtslehre, die sich nicht auf eine Gesellschaftslehre stützt, [ist] dazu verurteilt, entweder den Sinn besonderer Anspruchssätze – vor allem der sog. ‚Staatsgesetze' – mit etwas veränderten Sätzen darzustellen, bereits Gesagtes nochmals zu sagen, oder aber in wirre ‚rechtsphilosophische' Spekulationen zu verfallen, die zu unentwirrbaren Streitigkeiten führen" (*Fritz Sander*, Die Pflicht. Eine grundwissenschaftliche Untersuchung, in: Grundwissenschaft. Philosophische Zeitschrift der Johannes-Rehmke-Gesellschaft 10 [1931], S. 66–101 [99]).

189 „Freilich ist die Darstellung der Theorie Sanders nicht leicht. Er hat seine Auffassung im Laufe der Zeit vielfach geändert, ohne dies ausdrücklich zu erklären und ein System liegt uns nicht

tionellen Probleme der Rechtswissenschaft als Pseudoprobleme entlarven können und sie schreibt die etablierten Begrifflichkeiten durchgehend um, sodass die Beschäftigung mit seinem Modell eine Bereitschaft zum Umlernen der rechtswissenschaftlichen Sprache erfordert[190] – und die Rekonstruktion und Darstellung seiner Theoreme Konturen einer Übersetzungsarbeit gewinnt.

Die Beschäftigung mit diesem Sanderschen rechtstheoretischen Torso kann aber durchaus zeigen, dass manchmal „tiefgründigste Überlegungen"[191] aus unvollständigen Werken mit erheblichem Erkenntnisgewinn herausgelesen werden können. Im Folgenden bemüht sich dieses Kapitel, durch eine Zusammenstellung der charakteristischsten Bausteine des unfertigen Sanderschen Lehrgebäudes, die Leserin und den Leser über den rechtstheoretischen Rahmen der Behandlung der Fehlerkalkülproblematik ins Bild zu setzen. Kann im Fall der Rekonstruktion der Merklschen Rechtslehre Stellung zu den Standarddarstellungen bezogen und auf diesen aufgebaut werden, steht man bei der Sanderschen Rechts(verfahrens)theorie vor weitgehend nicht-kartographierten Gebieten des rechtstheoretischen Denkens.[192] Man lässt sich dementsprechend auf eine (Neu-)Entdeckung der Rechtstheorie Sanders ein. Von der damit verbundenen interpretativen Freiheit wird im Folgenden mit Vorsicht Gebrauch gemacht. Das schon in Bezug auf Merkl Gesagte gewinnt aber hier eine radikalere Ernste: Es geht im Folgenden unvermeidlich um (m)einen Sander, denn es gibt bisher strenggenommen in der rechtstheoretischen Literatur so gut wie keinen.

---

vor" (*Schreier*, Die Wiener rechtsphilosophische Schule [Anm. 184], S. 318). Vgl. noch *Kunz*, [Buchbesprechung] Sander, Staat und Recht (Anm. 184), S. 261; *Sigfried Marck*, Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie, Tübingen 1925, S. 49; *Marinus Maurits van Praag*, Die Rechtsfunktionen, Amsterdam 1932, S. 84 (Fn. 1); *Norberto Bobbio*, L'Indirizzo Fenomenologico nella Filosofia Sociale e Giuridica, Torino 1934, S. 87–89 (Fn. 2); *Dolp*, Die Rechtslehre Fritz Sanders (Anm. 184), S. 193. Zu einer kurzen Selbstdarstellung der Evolutionen der Sanderschen Rechtstheorie vgl. *Friz Sander*, Rudolf Stammlers Rechtsbegriff. Eine kritische Untersuchung, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 5 (1930/1931), S. 15–57 (54–57).

[190] Vgl. nur die ironischen und vernichtenden Anmerkungen von Franz Weyr zum Sanderschen Denkstil: „Der Kritiker, der zu dem eigentlichen Sinn und Wesen der Sanderschen Lehre vordringen und seinen Standpunkt auf einem abgegrenzten Raum darstellen will, muß mit viel Geduld ausgerüstet sein. Denn nicht nur der Umfang der Sanderschen Werke – man vergleiche z. B. seine 572 Seiten zählende ‚Allgemeine Gesellschaftslehre' (1930) –, sondern auch die Art und Weise seiner Darstellung bereiten dem Leser ganz außerordentliche Schwierigkeiten. Es ist daher nur billig, wenn auch der Kritiker seinerseits von einem solchen Autor Geduld verlangt für den Fall, daß er dessen Intentionen vielleicht hie und da nicht klar genug erfaßt haben sollte. Denn der Autor verlangt von ihm nichts weniger als ein vollständiges Umlernen, und zwar nicht nur auf dem engeren Gebiet der Rechtswissenschaft, sondern auch auf dem der Philosophie" (*Weyr*, [Buchbesprechung] Verfassungsurkunde und Verfassungszustand [Anm. 181], S. 652 f.).

[191] Vgl. *Machado de Assis*, Dom Casmurro [1899], übersetzt von Harry Kaufmann, Berlin 1960, S. 116, über die Potenziale eines „vergesslichen", seinem Programm gemäß nicht vollständig umgesetzten, Buchs.

[192] Vgl. aber den hilfreichen Überblick über Sanders Beitrag zur Reinen Rechtslehre in: *Christoph Kletzer*, Fritz Sander, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre, Wien 2008, S. 445–470.

A. Der *trait* der Theorie der Rechtserfahrung

I. Die Relationalisierung des Rechtsdenkens

In der schulinternen Arbeitsteilung des Kreises um Kelsen scheint es die Sander zugesprochene – von ihm selbst gerne angenommene – Aufgabe gewesen zu sein, im Dialog mit der damaligen zeitgenössischen Wissenschaftstheorie und Philosophie die Rechtstheorie und deren Sprache zu funktionalisieren,[193] die rechtstheoretischen Kategorien von Substanzbegriffen zu Relationsgrößen umzuformulieren.[194] Die bald den Anspruch, die eigentliche Reine Rechtslehre zu sein, erhebende Theorie der Rechtserfahrung Sanders beschäftigt sich ausschließlich mit Rechtsfunktionen und bestreitet die rechtstheoretische Erkennbarkeit von starren, sich außerhalb und vor dem Rechtsverfahren befindenden Rechtsdingen, die einfach durch die Rechtswissenschaft abzubilden seien. Es ging Sander darum, „den Begriff der absoluten Substanz zu beseitigen und durch den der relativen, auf die Erfahrung relativierten Substanz, die lediglich eine innerhalb der Erfahrung liegende funktionale Grundreihe bedeutet, zu ersetzen".[195] Erkenntnistheoretisch aufgeklärt habe die Rechtswissenschaft davon auszugehen, dass das Rechtssystem „nicht die Gesamtheit, die Summe von Dingen, zwischen denen Verhältnisse bestehen" ist. Es seien die „Relationen und Reihen von Relationen", welche „durch die gemeinsame Beziehung zu einer beharrenden Grundrelation in Wechselbeziehung treten" und dadurch das Rechtssystem ausmachen würden.[196] Es wurde schon bemerkt: „Schärfer" als bei Sander könne „der Funktionalismus gegenüber dem Substantialismus nicht zur Durchsetzung gelangen".[197]

---

[193] „Reine Rechtswissenschaft hingegen kann sich nur in ununterbrochener Kritik der Sprache, der Alltagssprache vollziehen" (*Sander*, Das Faktum der Revolution [Anm. 59], S. 134).

[194] Dies lässt sich schon am Titel der 1920 abgegebenen Habilitationsschrift *Fritz Sanders* ablesen: „Staat und Recht. Prolegomena einer Theorie der Rechtserfahrung. Band I: Staatssubstanz und Rechtsfunktion. Eine dogmenkritische Untersuchung", vgl. Österreichisches Staatsarchiv [ÖStA], Archiv der Republik [AdR], Bundesministerium für Unterricht [BMU], Personalakt [PA] zu Heinrich Demelius (*02.11.1893, Teil 2, Zl. 13.322-I/1920), hier Zl. 428 ex 1920. Das Thema der Habilitationsarbeit Sanders ist offensichtlich einer Empfehlung Kelsens zu verdanken: „Auf meine Anregung hin hatte S. eine dogmenhistorische Arbeit über dieses Thema (Staat und Recht) aufgenommen. Es ist dies seine Habilitationsschrift über Staat und Recht" (Universitätsarchiv Wien [UAW], Akademischer Senat, Disziplinarfall Hans Kelsen [1923], 1: Eingabe von Hans Kelsen an die Disziplinarkammer der Wiener Universität vom 6. Mai 1923, S. 21). Zur Arbeitsteilung innerhalb der Wiener Schule vgl. oben Erster Teil, Kap. I, S. 48–50; spezifisch in Bezug auf die Rollen Merkls und Sanders vgl. Erster Teil, Kap. III, S. 144 f.

[195] *Fritz Sander*, Alte und neue Staatsrechtslehre. Kritische Bemerkungen zu Karl Bindings „Zum Werden und Leben der Staaten", in: Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1920), S. 176–230 (183).

[196] Drei Zitate: *Fritz Sander*, Staat und Recht. Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung, Hb. 2, Wien 1922, S. 861. Sanders Überlegungen zur Funktionalisierung des Rechtsdenkens werden im Dialog mit Ernst Cassirers Werk entwickelt, vgl. *Ernst Cassirer*, Substanzbegriff und Funktionsbegriff: Untersuchungen über die Grundfragen der Erkenntniskritik, Berlin 1910; *Ernst Cassirer*, Zur Einsteinschen Relativitätstheorie: erkenntnistheoretische Betrachtungen, Berlin 1921.

[197] Zwei Zitate: *Marck*, Substanz- und Funktionsbegriff (Anm. 189), S. 43 f.

Das Postulat Kelsens der „Relation zur Rechtsordnung“[198] wird von Sander radikal zur „Relation zum Rechtsverfahren“[199] dynamisiert. Rechtserhebliche Tatbestände würden nur im Rechtsverfahren als solches konstituiert werden, sodass keine rechtliche Relevanz jenseits des Koordinatensystems des Rechtsverfahrens auffindbar sei. Sander bemüht sich im reinen Wiener-Schule-Stil um die Entdinglichung, Entmaterialisierung des Rechtsdenkens. Er fordert „die ‚radikale Exstirpation‘ aller substantialistischen Begriffe“[200] aus dem Repertoire der reinen Rechtswissenschaft. Für die Theorie der Rechtserfahrung gibt es im Recht(sverfahren) nur ein Kontinuum wechselbezüglicher Relationen zwischen Rechtssätzen,[201] d. h. in Sanders Terminologie: Rechtsurteilen. Relativ betrachtet ist dabei jeder Rechtssatz mal Deutungsschema für bestimmte Tatbestände, die ihn erfahrungsmäßig schematisieren, restringieren und konkretisieren, mal selbst Tatbestandsfunktion anderer Rechtssätze, die er auf die Erfahrung zurückbezieht. Die als Rechts(verfahrens)theorie zu betreibende Theorie der Rechtserfahrung habe „ausschließlich mit der Analyse der Rechtserfahrung, des Systems der Rechtssatzfunktionen zu beginnen“ und könne die Beschäftigung mit „rechtsmetaphysischen Erörterungen über Wesen und Natur“[202] des Rechts beiseitelassen.

Das Rechtsverfahren strukturiere sich als eine unaufhörliche Wechselbestimmung von Rechtssatz- und Tatbestandsfunktionen; das positive Recht konkretisiere sich als ein unendlicher Prozess rechtlicher Relationen, selbstbezogener Operationen von Rechtserzeugung bzw. Rechtsänderung. Von Anfang an bemühte sich Sander um die Verwerfung aller „Anthropomorphismen“[203] und „Hypostasierungen“,[204] indem er als „Problem der reinen Rechtswissenschaft“[205] identifizierte, eine der Dynamik des Rechts adäquate Reflexionstheorie des Rechtsverfahrens auszuarbeiten – und sich genau dem zuwendete. Und er unternahm diesen entmythologisierenden Kampf gegen das zu seiner Zeit herrschende substanzialistische Denken, das (metarechtliche) Entitäten hinter den rechtlichen Relationen postulierte, mit solcher Entschiedenheit, dass auf ihn der Freudsche ironische Vorwurf gegenüber Kelsen vollangebracht passt: der der „Hypostasierungsphobie“.[206] „Jeder Versuch, die Rechtskategorien in einem jenseits der Rechts-

---

[198] Vgl. vor allem *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 55), S. 705 = HKW 2, S. 21–878 (873).

[199] Vgl. *Sander*, Alte und neue Staatsrechtslehre (Anm. 195), S. 207.

[200] *Marck*, Substanz- und Funktionsbegriff (Anm. 189), S. 42.

[201] Vgl. *Sander*, Alte und neue Staatsrechtslehre (Anm. 195), S. 205.

[202] Zwei Zitate: *Sander*, Alte und neue Staatsrechtslehre (Anm. 195), S. 191.

[203] Vgl. *Sander*, Das Faktum der Revolution (Anm. 59), S. 143.

[204] Vgl. *Fritz Sander*, [Buchbesprechung] Rudolf Kjellén, Mitglied des Schwedischen Reichstags, Professor an der Universität Uppsala. Der Staat als Lebensform. S. Hirzel, Verlag in Leipzig, 1917, VI und 235 S., in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 338–345 (343).

[205] *Fritz Sander*, [Buchbesprechung] Dr. Erich Cassirer, Natur- und Völkerrecht im Lichte der Geschichte und der systematischen Philosophie, Berlin 1919, C. A. Schwetschke & Sohn, Verlagsbuchhandlung, 316 S., in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 345–351 (347).

[206] „Prof. Kelsen hat Angst vor philosophischen Hypostasierungen“ ([Diskussionsbeitrag von Prof. Sigmund Freud] in: Sitzung der Wiener Psychoanalytischen Vereinigung vom 30. November 1921, in: *Karl Fallend*, Sonderlinge, Träumer, Sensitive. Psychoanalyse auf dem Weg zur Insti-

erfahrung liegenden Gebiete anwenden zu wollen“,[207] führe unausweichlich zu Variationen von Naturrechtslehren, die wissenschaftlich nicht vertretbar seien. Für die Theorie der Rechtserfahrung bedeuten Rechtssätze nichts anderes als ein Schema „bestimmter synthetischer Funktionen, der Tatbestandsfunktionen, die selbst wieder nur an Rechtssatzerscheinungen wirksam werden“ und sich im Rahmen einer reinen Rechtswissenschaft „nur in Beziehung auf andere Rechtsätze in der Immanenz des Rechts bestimmen“[208] lassen. In Sanders Modell bedeutet das positive Recht „einen spezifischen, sich in reiner Immanenz entfaltenden Zusammenhang von Funktionen“.[209] Just die Spezifizität dieses Funktionszusammenhangs ‚Recht‘ gilt es zu bestimmen. Diese Aufgabe übernimmt für sich als ihre primäre die Sandersche Theorie des Rechtsverfahrens, die sich als eine „rechtswissenschaftliche Relativitätstheorie“[210] versteht, denn ihr Ziel ist, die Rechtsvorgänge in den unaufhörlichen Korrelationen der Rechtsverfahren zu erfassen.

II. Das Beharren auf der Immanenz des Rechts

Via Überwindung der verdinglichenden rechtswissenschaftlichen Mentalität durch die Reduzierung der rechtstheoretischen Beschäftigung auf die Rechts(satz)relationen meint Sander jeden Rekurs auf das Jenseits des Rechts bei der Analyse der Rechtserfahrung vermeiden zu können. Die Theorie der Rechtserfahrung beharrt auf der Immanenz des Rechts als Gegenstand einer reinen Rechtswissenschaft. Sie reflektiert lediglich die Konstitutionsleistungen der Rechtsurteile im Rechtsverfahren und konstatiert – im Flow dessen –, dass Recht immer aufs Neue in kontinuierlichem Bezug der Rechtssätze auf rechtserhebliche Tatbestände von den Rechtsorganen erzeugt wird. Das Recht vollziehe sich als eine autonome Sinnsphäre, die sich selbstreferenziell in der souveränen Erzeugungsmethodik des Rechtsverfahrens produziere und reproduziere. Die Souveränität dieser Erzeugungsmethodik signalisiere die Nicht-Ableitbarkeit des Rechts von irgendetwas außerhalb des Rechtsverfahrens. Das Wie der Rechtsänderungen innerhalb des Rechtssystems zu beschreiben sei Ziel der rechtswissenschaftlichen Beschäftigung mit dem Recht; „wenn die Theorie der Rechtserfahrung durch Analyse der Rechtsverfahren zu beschreiben vermag, wie Rechtsänderungen Platz greifen, kann sie getrost auf das

---

tution und Profession. Protokolle der Wiener Psychoanalytischen Vereinigung und biographische Studien, Wien 1995, S. 216–217 [217]).

[207] *Sander*, Alte und neue Staatsrechtslehre (Anm. 195), S. 220.

[208] Zwei Zitate: *Fritz Sander*, Die transzendentale Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 468–507 (475).

[209] *Fritz Sander*, [Buchbesprechung] Dr. Max Salomon, Grundlegung zur Rechtsphilosophie, Verlag Dr. Walter Rotschild, Berlin 1919, Leipzig, VI, 252 S., in: Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1920/1921), S. 241–254 (250).

[210] *Fritz Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 196), S. 1210. Zu einer Rekonstruktion der Reinen Rechtslehre der Wiener Schule als die juristische Gestalt der Relativitätstheorie vgl. Erster Teil, Kap. I, S. 77 (mit Anm. 325).

Warum verzichten".[211] Durch die „Hinwendung zur Erfahrung"[212] wird das Band der Rechtswissenschaft zu geschichtlichen und soziologischen Methoden wie zu jeglicher Form des Naturrechts zerschnitten.

Ausgangspunkt der rechtstheoretischen Betrachtung könne nur das schon operierende Rechtsverfahren sein. Kein „Stoß von Außen"[213] sei zugelassen. Das Recht konstituiere sich durch eigene Operationen, durch ununterbrochenen Bezug von Rechtssätzen auf im Rechtsverfahren rechtserheblich werdende Tatbestände. Die Überempfindlichkeit Sanders[214] gegenüber jedem Synkretismus, d. h. jeder Einbeziehung von rechtstranszendenten, rechtsfremden Elementen ins rechtstheoretische Instrumentarium führte ihn sogar zur Ablehnung der ‚Grundnorm' („juristische[n] Ursprungshypothese"[215]) als einer außerrecht(swissenschaft)lichen Devise – dadurch sei die Einheit des Rechts immer noch mit Hilfe eines Verweises auf das Jenseits des Rechts geschaffen.[216] Rechtswissenschaftlich interessiere ausschließlich das Recht der Erfahrung, wie es im Rechtsverfahren von den rechtsrelevanten Akteuren – welche ihrerseits für die Rechtswissenschaft übersetzt in die Sprache der Rechtssatzfunktionen auftauchen werden – wahrgenommen und durchgesetzt wird, und „die Erfahrung des Rechtes bedeutet die verfahrensmäßig ins Unendliche fortschreitende Durchdringung seiner beiden Komponenten, der Rechtssätze (als Funktionen der Einheit) und der Tatbestände (als Funktionen der Mannigfaltigkeit)".[217] Die „Bestimmung von Rechtssatz und Tatbestand" vollziehe sich „nur in wechselseitiger Immanenz"[218] innerhalb des Rechtsverfahrens. Die immanente Herstellung der Rechtseinheit sei eine unendliche Aufgabe des rechtlichen Wissens innerhalb des Rechtsverfahrens, d. h. Recht von Unrecht zu unterscheiden, sei eine konstitutive Leistung des Rechtsverfahrens, derer sich die

---

211 *Sander*, Staat und Recht, Hb. 1 (Anm. 174), S. 142.

212 *Marck*, Substanz- und Funktionsbegriff (Anm. 189), S. 46.

213 *Sander*, Das Faktum der Revolution (Anm. 59), S. 135.

214 Vgl. *Korb*, Kelsens Kritiker (Anm. 184), S. 59.

215 *Kelsen*, Das Problem der Souveränität (Anm. 52), S. 33 = HKW 4, S. 235–572 (303).

216 Das sogenannte „Dogma der Rechtswissenschaft als Rechtsquelle" wird von Sander zum Teil bereits in der Idee der epistemischen Erzeugung des Gegenstands durch die Erkenntnismethode, wie sie von Kelsen umgesetzt wird, gesehen und als solche diskreditiert. Die Grundnorm verkörpere die Kelsensche Version eines „logischen Naturrechts", da in der frühen Kelsenschen Lesart der Grundnorm der Rechtsbetrachter derjenige sei, der dem Recht seine Positivität verleiht, indem er willkürlich entscheidet, bezogen auf welchen Normenkomplex er die rechtliche Grundnorm voraussetzt, vgl. z. B. *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 178), S. 624–628. Eine umfassendere Diskussion dieser Themenkonstellation hat hier keinen Platz. Es sei nur bemerkt, dass Sander bei der Ablehnung der Grundnorm ihr eine clevere Formulierung geschenkt hat: „Denn in dem Augenblicke, da von Rechtserscheinungen gesprochen wird, ist bereits das Postulat gesetzt, daß alle diese Erscheinungen – sei es nun Völkerrecht oder Staatsrecht, Strafrecht oder Verwaltungsrecht, deutsches Recht oder französisches Recht – in einer Erfahrung, nämlich der des Rechts liegen" (*Sander*, Die transzendentale Methode [Anm. 208], S. 503). Zu Sanders Kritik der Kelsenschen Grundnorm vgl. *Gustav Adolf Walz*, Die Ursprungsnorm im System des Staats- und Völkerrechts, in: Archiv des öffentlichen Rechts 19 (1930), S. 1–60 (23–25).

217 *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 208), S. 479.

218 Zwei Zitate: *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 208), S. 479.

Rechtstheorie nicht bemächtigen dürfe bzw. könne, was Konsequenzen u. a. für die Behandlung der Rechtsfehlerproblematik nach sich zieht.

Bekämpft werden sowohl die von Sander so genannten absoluten Gestalten des Naturrechts als auch dessen relative Erscheinungsformen.[219] Allen „Naturrechtslehren" sei gemeinsam, auf im Jenseits des Rechts stehende Elemente zu rekurrieren, also die Geltung von Rechtserscheinungen zu behaupten, die nicht durch die mögliche Erfahrung des Rechtsverfahrens restringiert worden sind. Sander behandelt als Spielarten der ‚Naturrechtslehren' – leicht irreführend – sowohl die klassischen Naturrechtstheorien als auch Varianten des faktizistischen Rechtspositivismus, die für ihn nichts als unterschiedliche Erscheinungen im Spektrum der „Metajurisprudenz"[220] symbolisieren. Im Diskurs der absoluten Naturrechtslehre werde auf außerhalb des Rechtsverfahrens auffindbare, präexistente ‚Dinge an sich' verwiesen, die dem Recht eine Fundierung gewährleisten würden, d. h. die qua „metarechtlicher Beweger des Rechts"[221] das Recht erst in Gang setzen. Hier werde nach einem metarechtlichen Ursprung bzw. nach einer ultimativen Begründung des Rechts(verfahrens) gesucht, sei es in der nackten Macht, sei es in metaphysischen Entitäten (wie z. B. Gott), sei es in der menschlichen Natur oder in der praktischen Vernunft. Bei den relativen Naturrechtslehren werde die Kontinuität des Rechtsverfahrens etwas versteckt durch die Einmischung von dem Recht fremden Operationen unterbrochen, indem Aussagen über das positive Recht angestellt werden, ohne dass auf die Restriktionen der Rechtssätze in den weiteren Schematisierungen des Rechtsverfahrens gewartet wird. In solchen Konstruktionen würden sich außerrechtliche Beobachtungen in die rechtlichen Vorgänge einmischen – oft mit der Annahme, die Rechtsanwendung habe metarechtliche Realitäten oder Bedeutungen abzubilden.[222] Naturrechtliche Formen würden für die Beschreibung der internen Operationen eines funktionierenden Systems in Anspruch genommen, wenn die „Elemente einer Stufe isoliert"[223] betrachtet und daraus Maßstäbe für die Erzeugung des Rechts im Rechtsverfahren gezogen würden. Dogmatische Konstruktionen würden als positivrechtliche Daten angesehen, sodass über den Weg der Begriffsbildung ethisch-politische Elemente in das Recht hineinschmuggelt werden.[224] Die relativen Naturrechtslehren brächen unspektakulär alltäglich in die rechtsdogmatischen Argumentationsformen ein: Es könnte also von interstitiellem

---

[219] Zwischen „absolutem" und „relativem Naturrecht" wird unterschieden in: *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 208), S. 478. Vgl. auch *Fritz Sander*, [Buchbesprechung] Wilhelm Sauer, Grundlagen des Prozeßrechtes. Verlag von Ferdinand Enke in Stuttgart, 1919, XVI und 644 S., in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 529–548 (531 f.).

[220] Begriff z. B. in: *Sander*, Alte und neue Staatsrechtslehre (Anm. 195), S. 177; *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 178), S. 511.

[221] *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 178), S. 560.

[222] „Absolutes und relatives Naturrecht entspringen dem naiven Realismus, der Betrachtungsweise der Rechtsdogmatik, welche von der Annahme außerhalb des reinen Willens existierender Tatbestände ausgeht" (*Sander*, Die transzendentale Methode [Anm. 208], S. 479).

[223] *Sander*, [Buchbesprechung] Sauer, Grundlagen des Prozeßrechtes (Anm. 219), S. 532.

[224] Vgl. z. B. *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 178), S. 522.

Naturrecht geredet werden und eines der Hauptbemühen des scharfsinnigen Spürgeistes Sanders war es, dies aufzudecken.

Die Theorie der Rechtserfahrung ist durch den allergrößten Aufwand gekennzeichnet, eine immanente Betrachtung des Rechts zu ermöglichen. Recht sei rechtswissenschaftlich ausschließlich als positives, menschlich erzeugtes und für Menschen verfügbares Phänomen zu begreifen.[225] Für die reine Rechtswissenschaft gelte „*secundum non datur*“[226] und „da nun ‚Recht‘ immer nur ein Rechtsgebilde ist, sind die dem Wort ‚Recht‘ hinzugefügten Prädikate ‚geltendes‘, ‚wirkliches‘, ‚positives‘ Recht […] überschüssig und bedeuten so viel wie: hölzernes Holz, eisernes Eisen, grünes Grün, rechtliches Recht – also Nichts“.[227] Nur in einer „vom Verfahren vollzogenen Reaktion gewännen die Rechtsbegriffe Sinn, Bedeutung und konstitutiven Bestand“, sodass jede Rechtserscheinung „nur immanent, nur im System der Rechtserscheinungen zur Bestimmung“[228] gelangen könne. Die Eigengesetzlichkeit des Rechts erweise sich im Rechtsverfahren als souveräne, nicht von außen ableitbare, „Methodik“[229] der Selbsterzeugung des Rechts über die Handlung(en) kompetenter Rechtsakteure und deren rechtskräftige Entscheidungen. Die Rechtstheorie könne nur als eine *Ex-post-facto*-Reflexion über die synthetischen, konstitutiven Urteile des Rechts ihre disziplinäre Autonomie bewahren.[230]

In der Erfolgsgeschichte der Reinen Rechtslehre spielt der zur Opposition gewanderte Fritz Sander die Rolle eines absoluten Positivisten.[231] Ohne jeden Ein-

---

[225] Zum Begriff des ‚positiven Rechts‘ als verfügbares bzw. veränderbares Recht vgl. *Niklas Luhmann*, Rechtssoziologie, 3. Aufl., Opladen 1987, S. 210.

[226] Vgl. *Dias*, Rechtspositivismus und Rechtstheorie (Anm. 171), S. 113.

[227] *Fritz Sander*, Das Rechtserlebnis, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 1 (1926/1927), S. 100–119 (118).

[228] Zwei Zitate: *Sander*, [Buchbesprechung] Sauer, Grundlagen des Prozeßrechtes (Anm. 219), S. 532.

[229] Vgl. z. B. *Sander*, Staat und Recht, Hb. 1 (Anm. 174), S. 181, 437.

[230] Vgl. *Sander*, Das Faktum der Revolution (Anm. 59), S. 146 f.; *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 196), S. 1119.

[231] Begriffsprägung bei *Christoph Kletzer*, Absoluter Rechtspositivismus und Normativer Monismus: Zur Idee einer Reinen Rechtslehre, in: Clemens Jabloner et alii (Hrsg.), Gedenkschrift Robert Walter, Wien 2013, S. 257–270 (263): „Der absolute Positivismus sieht […] ein, dass die Unmöglichkeit der Geltungsbegründung gerade aus der Trennung von Rechtsnorm und Geltungsderivation fließt. Der absolute Positivismus zieht aus dem begründungstheoretischen Skeptizismus die volle dynamische Konsequenz und weiß, dass das Recht nicht eine Summe von Rechtsnormen ist, die dann im Nachhinein irgendwie aufeinander bezogen werden, sondern dass das Recht selbst Rechtsbeziehung und also Rechtsprozess ist. Dass das Recht Rechtsprozess ist, bedeutet nämlich, dass die Frage der Geltung einer Rechtsnorm nicht eine rechtstheoretische, sondern eine rechtliche Frage ist, auf die nicht die Rechtstheorie, sondern das Recht eine Antwort zu geben hat. Geltung wird im absoluten Positivismus daher nicht von der Rechtstheorie bestimmt, sondern von dem positiven Recht selbst“. Hier geht es allerdings weniger um die Einordnung des Denkens Fritz Sanders in eine der verfügbaren, katalogisierten Strömungen der Rechtswissenschaft, als um eine plausible Rekonstruktion der Rechts(verfahrens)theorie Sanders. Nichts liegt dem Vorhaben dieser Erörterungen ferner als „Schlagwortjurisprudenz“ (*Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius*, Der Rechts- und der Demokratietheoretiker Hans Kelsen – Eine Einführung, in: Hans Kelsen, Verteidigung der Demokratie, hrsg. von Matthias Jestaedt und Oliver Lepsius, Tübingen 2006, S. VII–XXIX [XVII]) zu betreiben. In diesem Sinne schließt die Charakterisierung Sanders als ‚absoluter Po-

fluss von der Rechtskonstruktion à la Begriffsjurisprudenz[232] oder anderen dem Recht fremden Erkenntnissystemen sollte das Unterfangen gelingen, das „Faktum des Rechts“[233] als Bezugsfaktum der Rechtstheorie zu determinieren.[234] Das Rechtsverfahren fungiere „in seiner unendlichen, unabgebrochenen Entfaltung“[235] als kontinuitätsstiftend, indem es qua Methode der Reihenbildung von Rechtssätzen und rechtserheblichen Tatbeständen die Stelle des „transzendentalen Schematismus“[236] in der Rechtsphäre einnehme. Mit seiner Theorie des Rechtsverfahrens

---

sitivist‘ nicht die Hervorhebung einiger ‚nachpositivistischen‘ Züge seiner Rechtsauffassung z. B. durch Somek aus, vgl. *Alexander Somek*, Der Gegenstand der Rechtserkenntnis. Epitaph eines juristischen Problems, Baden-Baden 1996, S. 103 (Fn. 584).

[232] Begriffsjurisprudenz gilt hier abreviatorisch für den rechtsschöpferischen „naturrechtliche[n] Drang“ der Rechtsdogmatik, der für Sander darin besteht, den Anspruch zu erheben, über ihre Begriffsbildung das Recht selbst fortzubilden oder sogar die verfahrungsmäßig vollzogene Rechtserzeugung zu korrigieren, vgl. *Sander*, [Buchbesprechung] Dr. Erich Cassirer (Anm. 205), S. 351. Für eine aufklärerische Lesart der sogenannten Begriffsjurisprudenz, die ein komplexeres Bild sowohl des Vorwurfs der Begriffsjurisprudenz als auch der vermeintlich damit kritisierten Denkweise anbietet, vgl. *Hans-Peter Haferkamp*, Die sogenannte Begriffsjurisprudenz im 19. Jahrhundert – „reines Recht“?, in: Otto Depenhauer (Hrsg.), Reinheit des Rechts. Kategorisches Prinzip oder regulative Idee?, Wiesbaden 2010, S. 79–100. Zur Klage darüber, dass trotz aller aufklärenden Bemühungen die veralteten Bilder wie dasjenige herkömmliche Bild über die Begriffsjurisprudenz immer noch massiv im rechtswissenschaftlichen Diskurs zirkulieren vgl. auch *Hans-Peter Haferkamp*, Lernen aus der Rechtsgeschichte? Hermann Kantorowicz und Friedrich Carl v. Savigny, in: JuristenZeitung 74 (2019), S. 901–910 (909 f.).

[233] *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 208), S. 477. Vgl. dazu *Christoph Kletzer*, Kelsen, Sander and the Gegenstandsproblem of Legal Science, in: The German Law Journal 12 (2011), S. 786–810 (792 f.); *Federico Lijoi*, Fritz Sander, in: Enrico Pattaró/Corrado Roversi (Hrsg.), A Treatise in Legal Philosophy and General Jurisprudence, Bd. 12: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World, Cham 2016, S. 124–129 (126).

[234] „Rechtswissenschaft ist nur in reflektiver Beziehung auf das Faktum des Rechtes, als Theorie der Rechtserfahrung möglich“ (*Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? [Anm. 178], S. 598). Vgl. auch: *Sander*, [Buchbesprechung] Sauer, Grundlagen des Prozeßrechtes (Anm. 219), S. 547; *Sander*, [Buchbesprechung] Dr. Max Salomon, Grundlegung zur Rechtsphilosophie (Anm. 209), S. 251.

[235] *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 208), S. 477.

[236] Zur Sanderschen Lesart des Kantschen „transzendentalen Schematismus“ und dem Versuch, diesen in der Rechtswissenschaft fruchtbar zu machen, vgl. *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 208), S. 471–479; *Wilhelm Sauer*, [Besprechung] Fritz Sander (Privatdozent in Wien), Die transzendentale Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919), S. 468–507, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 42 (1921), S. 231–232. Vgl. auch *Immanuel Kant*, Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl. [1787], in: Kants Werke III, hrsg. von der Preußischen Akademie der Wissenschaften, Berlin 1968, S. 130–214; *Henry E. Allison*, Kant’s Transcendental Idealism, New Haven/London 2004, S. 202–228; *Gary Banhan*, Kant’s Transcendental Imagination, New York 2005, S. 154–167. Spezifisch zur (neu)kantischen Dimension des Sanderschen (wie des Kelsenschen) Denkens vgl. *Antonio Banfi*, Il problema epistemologico nella filosofia del diritto e le teorie neokantiane, in: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto 6 (1926), S. 194–251 (230–245); *Helmut Holzhey*, Kelsens Rechts- und Staatslehre in ihrem Verhältnis zum Neukantianismus, in: Stanley L. Paulson/Robert Walter (Hrsg.), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, Wien 1986, S. 167–192 (174 f.); *Stanley Paulson*, Zur neukantianischen Dimension der Reinen Rechtslehre (1987), in: Stanley Paulson (Hrsg.), Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre. Eine Debatte zwischen Sander und Kelsen, Darmstadt 1988, S. 7–22. Aus der jüngeren Literatur vgl. *Carsten Heidemann*, Hans Kelsen’s Normativism, Cambridge 2022, S. 31–52.

beabsichtigt Sander, den „Standpunkt der Transzendenz einer Stufe der Rechtserfahrung allen übrigen Stufen gegenüber“ durch „den Standpunkt der Immanenz aller Rechtsstufen in der Einheit der rechtlichen Erfahrung“[237] zu ersetzen, indem das Recht in seiner durchgängigen Selbsterzeugung ohne die Einschaltung von rechtsdogmatischen Verfälschungen des Gegenstands analysiert wird.

III. Die Dynamisierung der Rechtsbetrachtung: Die Prozessualität des Rechts

Mit der Relationalisierung des Rechtsdenkens und der Beharrung auf der Immanenz des Rechts geht bei der Sanderschen Theorie der Rechtserfahrung die Dynamisierung der rechtstheoretischen Betrachtung einher. Es gilt die rechtsimmanenten wechselseitigen Relationen von Rechtssätzen und rechtserheblichen Tatbeständen zu analysieren. Die Rechtserheblichkeit werde im Entscheidungsverfahren mittels der Inbezugsetzung von Rechtsatz- und Tatbestandsfunktionen durch die Rechtsorgane hergestellt, die ihrerseits bei ihren zuständigen Rechtshandlungen nichts anderes als Tatbestandserfüllung von bestimmten Rechtssätzen im Kontinuum des Rechtsverfahrens darstellen würden.[238] Die Rechtswissenschaft solle lediglich über die im Rechtsverfahren unaufhörlich zu erzeugenden Rechtsurteile reflektieren. Das Rechtsverfahren wird dabei als „Grundfunktion der Dynamik des Rechts“[239] konzipiert. Eine reflexive, dynamische Rechtstheorie beschreibe die im Rechtsverfahren stattfindenden Bezüge „der Rechtsgebilde auf den objektiven Maßstab des Rechtsverfahrens“.[240] Sie beschäftige sich ausschließlich mit Rechtssätzen und deren Funktionen. In dieser dynamischen Perspektive zeige sich dann das Recht eher als ein durchgängiger (Um-)Deutungsprozess der „Wirklichkeit in rechtlich bedeutsamen Begriffen, also eine souveräne Erfahrungssphäre, eine besondere Art der ‚Abschattung‘ der ‚Welt da draußen‘“[241] und eben nicht (primär) als ein Inbegriff von Verpflichtungsnormen. Das Rechtsverfahren wird zur Chiffre für die rechtliche Gestalt des rechtspezifischen interpretativen Umgangs mit der Realität. Es ist der Schlüssel für das Verständnis der rechtlichen Prozes-

---

[237] *Fritz Sander*, Darstellung des deutsch-österreichischen Verfassungsrechts [nicht-publiziertes Typoskript], s. d., 68 S., S. 51, in: UAW, Akademischer Senat, Disziplinfall Hans Kelsen (1923), 7: Erhebungsakt Prof. Löffler/22: Vernehmung Prof. Hans Kelsen von 28.–30. Juni 1923 mit Beilagen A–L/nicht-nummerierte Beilage.

[238] „Selbst eine so verwickelte Erscheinung wie der Mensch ist im Bereich des Rechts lediglich ein Zusammenhang von Verfahrensfunktionen“ (*Sander*, Staat und Recht, Hb. 1 [Anm. 174], S. 442); vgl. auch *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 178), S. 560.

[239] *Sander*, Das Faktum der Revolution (Anm. 59), S. 149.

[240] *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 208), S. 488.

[241] *Fritz Sander*, Das Recht als Sollen und das Recht als Sein. Studie zum Problem des Verhältnisses von Naturrecht und positivem Recht, in: Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 17 (1923/1924), S. 1–52 (47). Zum Begriff der Abschattung, den Sander sich aus der Husserlschen Phänomenologie ausleiht, vgl. *Edmund Husserl*, Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie. Erstes Buch: Allgemeine Einführung in die reine Phänomenologie, hrsg. von Karl Schuhmann, in: Edmund Husserl, Gesammelte Werke (Husserliana), Bd. III/1, Den Haag 1976, S. 85–105; vgl. auch *Hans-Georg Gadamer*, Das Sein und das Nichts, in: Traugott König (Hrsg.), Sartre: ein Kongreß, Frankfurt am Main 1987, S. 37–54 (44 f.).

sierung von Kommunikation, nämlich des *modus*, wie das positive Recht operiert, weg von Konjekturen über ein angebliches Wesen der Rechtsphänomene.

Die belesene Intuition Sanders[242] lokalisiert die Konstitutionsleistung der rechtlichen Erkenntnis im Recht selbst, d. h. in dem Kontinuum der Rechtsverfahren, und eben nicht in der Rechtswissenschaft. In den Urteilen der zuständigen Rechtsorgane werde die rechtliche Relevanz der (um-)weltlichen Tatsachen bestimmt. Rechtliches Wissen sei Wissen des Rechts im Recht durch das Recht.[243] Die (Selbst-)Konstitution der Rechtserheblichkeit im Rechtsverfahren rückt ins Zentrum der Rechtstheorie, indem das Recht als ein Verfahren gedeutet wird, dessen wesentliche Leistung nicht darin besteht, vorzuschreiben, was geschehen soll, sondern rechtskräftig – verbindlich und tendenziell ultimativ – zu entscheiden, was in einer für das Recht selbst relevanten Art und Weise geschehen ist/geschieht. Die Sollensidealität wird als untaugliche Denkmodalität für die Reflexion über das Recht gebrandmarkt.[244] Das Recht der dynamischen Rechtstheorie wird als eine Art *(re)reading*-Mechanismus oder -Maschinerie beschrieben, die immer wieder im Augenblick der authentischen Entscheidungen der Rechtsorgane die rechtserheblichen, rechtskräftigen Interpretationen von Rechtsvorgängen (Ereignissen) schematisiert,[245] indem z. B. Rechtswidriges von Rechtmäßigem unterschieden wird.

Von diesem Standpunkt aus interessiere primär nicht die verhaltenslenkende Funktion des Rechts, die charakteristisch für die statische Betrachtung des Rechts durch die Rechtsdogmatik sei, „da alle […] dogmatisch-statischen Rechtslehren nicht Rechtsfunktionen, sondern Rechtsdinge zum Gegenstand haben, [die] aus dem kontinuierlichen Flusse des Staatsverfahrens Rechtsgebilde nach subjektiven Interessen isolierend herausheben".[246] In der so verstandenen statischen Rechtsbetrachtung tauche das Recht als ein Inbegriff von Normen/Imperativen auf, nach deren verbindlicher Bedeutung die ihre eigene Erkenntniskompetenzen oft überschreitende, beobachtende Rechtswissenschaft frage, indem sie sich mit der Interpretation der autoritativen Rechtstexte (wie etlichen Zeichen und Artefakten) befasse. Eine solche statische Perspektive würde sich durch ein Sich-zwischen-die-rechtlichen-Stufen-Einschieben auszeichnen, das Zäsuren im Rechtsverfahren nach sich ziehe. Die Rechtswissenschaft mäße sich dabei die Aufgabe an, zu bestimmen, wie die Erzeugung der künftigen Rechtserscheinungen aufgrund der gegenwärtigen Rechtserscheinungen durchgeführt werden *sollte*. Eine angebliche imperative Funktion der Rechtsvorschriften, die als Rechtsnormen wahrgenom-

---

[242] Vgl. *Kletzer*, Fritz Sander (Anm. 192), S. 452.

[243] Ähnliche Formulierung bei *Alexander Somek*, Wissen des Rechts, Tübingen 2018, S. 10: „Das Wissen des Rechts ist das Wissen eines Gegenstandes, der auch das Subjekt dieses Wissens ist. Das Recht wird durch etwas gewusst, das ebenfalls Recht ist. Das Wissende und das Gewusste sind ‚eins'".

[244] Vgl. *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 178), S. 526 f.

[245] Vgl. dazu *Christoph Kletzer*, Primitive Law, in: Jurisprudence 4 (2013), S. 263–272 (272), wo das Recht(sverfahren) als ein „interpretations' schematiser" dargestellt wird.

[246] *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 208), S. 488.

men werden, mische sich ins Spiel ein. Die Rechtsbedeutungen wären durch rechtswissenschaftliche Interpretation bzw. Konstruktionen (mit)determiniert; die Rechtswissenschaft habe hauptsächlich die Frage danach aufzuwerfen, was rechtlich gesollt sei, also: Was wie rechtmäßig zu tun bzw. was vom Recht von den Normadressaten gefordert sei. Diese Selbstverständlichkeit über den Status und die Funktion der Rechtswissenschaft möchte Sander verfremden und verändern.

Die statische Rechtslehre konfiguriere sich in diesem Sinn als eine Wissenschaft des menschlichen Verhaltens gegenüber den rechtlichen Maßstäben und nicht als eine Wissenschaft der Rechtsfunktionen.[247] Ihr erscheine das Recht als ein Komplex von Befehlen, Direktiven oder Anforderungen, die sich an das Bewusstsein der Rechtsunterworfenen richten würden. Im Rahmen einer solchen Rechtstheorie werde auf einer Sollendimension des Rechts beharrt und die Operationsweise des Rechts parallel zu der anderer Normativitätsformen – wie die der Moral, der Grammatik, der Religion oder der Etikette – rekonstruiert. Die Eigengesetzlichkeit des Rechts, nämlich der besondere *modus operandi*, durch den sich das Recht als dynamisches Verfahren seine eigene Wirklichkeit mittels einer Sinndeutung (eines *re-reading*) der Umwelt/der Realität schaffe, gehe in den statischen, auf eine angebliche Steuerungsfunktion des Rechts durch Normen fokussierten, rechtstheoretischen Modellen verloren. Die durchgängige Schematisierung der Realität durch die Inbezugsetzung von Rechtssätzen und rechtserheblichen Tatbeständen im Rechtsverfahren gerate außer Betracht.

Die statische Perspektive, identifiziert von Sander auch als normativ auf das Recht gerichtete, sei die typische Herangehensweise der Rechtsdogmatik, die als eine auf die Deutung von Rechtssätzen und die Erschließung von Rechtsfällen ohne Bezug auf die konstitutiven Urteile des Rechts im Rechtsverfahren abzielende „interpretative Praxis“[248] zu verstehen sei.[249] Sie unternehme den Versuch, das künftige Recht aus dem von ihr den vergangenen Rechtserscheinungen zugesprochenen normativen Rechtsanspruch abzuleiten. Sie nehme die Stelle des rechtshandelnden Subjekts ein, sei es des Rechtsunterworfenen, sei es des Rechtsorgans qua Rechtsadressaten, und bemühe sich um die Auslegung der Rechtsvorschriften

---

[247] Vgl. *Sander*, Das Faktum der Revolution (Anm. 59), S. 143 (insb. Fn. 1) und zur Kontrastierung von Dynamik und Statik als Wissenschaft von Rechtsfunktionen und Wissenschaft vom Verhalten der Menschen gegenüber dem Recht vgl. auch S. 148 f.

[248] *Fritz Sander*, Das Verhältnis von Staat und Recht: Eine Grenzauseinandersetzung zwischen allgemeiner Staatslehre, theoretischer Rechtswissenschaft u. interpretativer Rechtsdogmatik, in: Archiv des öffentlichen Rechts 10 (1926), S. 153–227 (226).

[249] Im Zusammenhang der heftigen Auseinandersetzung Sanders mit der Reinen Rechtslehre Kelsenscher und Merklscher Prägung wurde anfänglich von Sander kein eigener Platz für die „Rechtsdogmatik“ im „Stufenbau der Rechtsreflexionen“ gesichert. Die Theorie der Rechtserfahrung wurde schlichtweg als eine Überwindung der Rechtsdogmatik angesehen, vgl. z. B. *Sander*, Der Begriff der Rechtserfahrung (Anm. 180), S. 308. In den reiferen Formulierungen Sanders koexistieren aber Rechtstheorie und Rechtsdogmatik. Ihnen werden unterschiedliche Methodik und Funktion zugeschrieben: Statik und Dynamik müssen sich qua verschiedener Rechtsbetrachtungsweisen nicht gegenseitig annullieren, vgl. vor allem *Sander*, Das Verhältnis von Staat und Recht (Anm. 248). Vgl. dazu unten Dritter Teil, Kap. IX, S. 499–505.

(Teilnehmerperspektive). Diese rechtsdogmatische Auslegung liefere nur entweder „ethisch-politische Postulate oder Idealtypen als heuristische oder pädagogische Fiktionen".[250] Sie zergliedere (qua verschleierte Naturrechtslehre) die „Begriffe einer Rechtssatzstufe ohne Beziehung auf die Erfahrung einer weiteren Rechtssatzstufe mit der Behauptung, dass durch diese Zergliederung ‚Recht' erkannt wird", oder sie erörtere (qua Rechtspolitik) die „Begriffe einer Rechtsstufe zur Gewinnung von Regulativen für das auf Erreichung einer weiteren Rechtsstufe gerichtete Handeln von Menschen".[251] Sie tauge als eine Form isolierender Rechtsschichtendarstellung und versuche dabei, den durch das vergangene Recht präformierten Maßstab – der für die Rechtsverfahrenstheorie nicht mehr als ein möglicher Ansatzpunkt des Rechtsverfahrens ist – für die weitere Entwicklung des Rechtsverfahrens festzulegen oder sogar weiterzubilden.

Die Rechtstheorie könne aber „das wirkliche Recht nur in Reflexion auf Rechtsakte kennenlernen, welche dem Punkte der Gegenwart naheliegen und nur als solches, wie es von diesen Rechtsakten gesetzt wird".[252] Diese – der eigenen Dynamik des Rechtsverfahrens bewusste – reflexive Rechtstheorie zeige das Recht in unendlichen Operationen der Rechtserzeugung und Rechtsvernichtung, d. h. als selbstbezügliche, kontinuierliche Rechtsänderung. Von dieser Perspektive aus kann von einer gewissen „Geltungsanspruchsvergessenheit"[253] gesprochen werden: Es gibt kaum Raum für die Beschäftigung mit etwas anderem als der Rechtserzeugungs- wie der Rechtsvernichtungsfunktion. „Die Dynamik" des Rechtsverfahrens, der souveränen Methodik der Rechtserzeugung „durchströmt lösend die Statik des Systems".[254] Recht erscheint als das Zu-Recht-Erkannte, noch genauer: das Verfahren der „Zu-Recht-Erkenntnis".[255] Alles wird rechtlich, was von den Rechtsorganen im Rechtsverfahren als Recht erkannt wird, als solches anerkannt, genauer: autoritativ bestimmt ist.

„Für die dynamische Rechtsbetrachtung ist das Recht Veränderung. […] Das Recht *ist* Veränderung nicht bloß *in Veränderung*".[256] Das Rechtsverfahren gestaltet sich als eine „wertindifferente Veränderungsreihe"[257] und „soll[te] als Bewegung und Entwicklung erfaßt werden".[258] Dies lässt sich wohl am besten luhmannianisch übersetzen und bedeutet, „die Selbstreproduktion des Rechts vollzieht sich als Rechtsänderung" und „das Recht befindet sich mithin in ständiger Bagatellvariation".[259] „Recht ist nicht nur dynamisch, sondern ist Dynamik" und die

[250] *Fritz Sander*, Staat und Recht als Probleme der Phänomenologie und Ontologie, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 4 (1925), S. 166–191 (189).

[251] Zwei Zitate: *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 208), S. 476 (Fn. 1).

[252] *Sander*, Staat und Recht als Probleme (Anm. 250), S. 189.

[253] *Somek*, Wissen des Rechts (Anm. 243), S. 33.

[254] Zwei Zitate: *Sander*, Das Faktum der Revolution (Anm. 59), S. 150.

[255] *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 178), S. 84.

[256] *Lippold*, Recht und Ordnung (Anm. 48), S. 119.

[257] *Sander*, [Buchbesprechung] Sauer, Grundlagen des Prozeßrechtes (Anm. 219), S. 533.

[258] *Marck*, Substanz- und Funktionsbegriff (Anm. 189), S. 44.

[259] Zwei Zitate: *Niklas Luhmann*, Die Einheit des Rechts, in: Rechtstheorie 14 (1983), S. 129–154 (136). Den mit der Systemtheorie Luhmanns vertrauten Leserinnen und Lesern sind an dieser

rechtlichen Operationen „beschreiben diese Dynamik und konstituieren sie zugleich".[260] Bereits an diesen grundlegenden Zügen der Sanderschen dynamischen Prozessbetrachtung des Rechts lässt sich sehen, dass eine „Reihe hergebrachter Vorstellungen vom Recht verabschiedet werden müssen. Hierzu gehört die Vorstellung, daß das Recht etwas vorschreibt, Pflicht statuiert, zum Bereich des Sollens im engeren Sinn gehört".[261] Die auf das Kontinuum der Rechtsänderung fokussierte Rechtstheorie Sanders will mit dem normativen Vorurteil der Rechtsdogmatik,[262] ja mit dem „Dogma der Normativität des Rechts"[263] brechen. Für die Theorie der Rechtserfahrung qua reine Rechtswissenschaft ist die ganze Rechtstheorie Rechtsverfahrenslehre:[264] „Die Verfahrenslehre ist als Lehre von der Dynamik des Rechtes die Lehre von der Objektivität des Rechtes, als welche [sie] sich nur in den Bewegungen des Rechts darstellen läßt".[265] Das ganze Recht wird als Rechts-Verfahrens-Recht modelliert[266] – „alle Rechtsgesetze (Rechtssätze) sind letztlich Verfahrensgesetze".[267] Einem solchen rechtstheoretischen Verständnis erscheint die Prozessrechtswissenschaft als die zu Unrecht nicht-gekrönte Königin der Rechtswissenschaften.[268]

IV. Der reaktive Denkstil Sanders

Ein Wort muss noch zu dem vielleicht auffälligsten *trait* der Theorie der Rechtserfahrung verloren werden, nämlich zu deren negativem, zerstörendem Impetus. Sander denkt und schreibt oft *gegen*. Nicht nur gegen die tradierte Rechtsdogmatik, sondern auch immer mehr gegen die die herkömmliche Lehre (für ihn grundsätzlich lediglich) reformierende Kelsensche Reine Rechtslehre,[269] mit der er manche Ansprüche deren Wissenschaftsprogramms teilte. Sander und seinem

Stelle vermutlich die Berührungspunkte zwischen Sander und Niklas Luhmann (1927–1998) bereits aufgefallen. Dass Sander in gewissem Sinne als ein ‚Vorfahrer' Luhmanns gelesen werden kann, ist eine Thematik, die einem künftigen Beitrag vorbehalten wird. Somek widmet einige Seiten seiner rechtstheoretischen Einführung zur Darlegung der Strukturaffinität des Sanderschen und Luhmannschen Rechtsmodells, *Alexander Somek*, Rechtstheorie zur Einführung, Hamburg 2017, S. 20, 148–151. Vgl. auch *Somek*, Wissen des Rechts (Anm. 243), S. 20 f. (mit Fn. 39).

260 *Lippold*, Recht und Ordnung (Anm. 48), S. 133.

261 *Lippold*, Recht und Ordnung (Anm. 48), S. 133.

262 Vgl. etwa *Sander*, Allgemeine Staatslehre (Anm. 186), S. 441 (§ 22. Das Norm-Vorurteil der Rechtswissenschaft).

263 Dazu gleich unten unter Zweiter Teil, Kap. V, S. 217 f.

264 „Alle Rechtslehre ist Verfahrenslehre, ist Lehre vom unendlichen, stufenweisen Bezug der Rechtsbegriffe auf [die] Rechtsanschauung" (*Sander*, [Buchbesprechung] Sauer, Grundlagen des Prozeßrechtes [Anm. 219], S. 532).

265 *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 208), S. 480.

266 Vgl. *Sander*, Staat und Recht, Hb. 1 (Anm. 174), S. 436 f.; *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2. (Anm. 196), S. 1209.

267 *Sander*, Staat und Recht, Hb. 1 (Anm. 174), S. 442.

268 *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 208), S. 469, 479.

269 Zu Sanders Einschätzung des Verhältnisses der Reinen Rechtslehre Kelsens zur herkömmlichen Dogmatik vgl. *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 178), S. 523–525.

Lehrer Kelsen, den er bald als solchen nicht mehr anerkannte, ist das ‚reaktive Genie'[270] gemeinsam. Die Sandersche Rechtsverfahrenstheorie, die das Zentrum seiner Rechtslehre besetzt, wurde in konstanter Spannung mit und in kritischer Abgrenzungen zu den Denkgewohnheiten und der Sprache der geläufigen rechtswissenschaftlichen Diskursangebote in der Zwischenkriegszeit ausgearbeitet. Die Unzulänglichkeiten des rechtsdogmatischen Umgangs mit dem positiven Recht führte Sander auf drei Grundvoraussetzungen der ‚Vulgärrechtswissenschaft' zurück, die er als Metajurisprudenz kraft ihrer Verfehlung des eigenen Gegenstands diskreditierte. Diese Grundvoraussetzungen formulierte er in pejorativ gemeinte Dogmen um, die durch eine authentische Reine Rechtslehre bzw. durch seine Rechtsverfahrenstheorie zu überwinden seien. Es gelte, reflexiv zu beschreiben, wie das Recht als positives Recht re-produziert wird und dies geschehe im kontinuierlichen Rechtsverfahren: Es muss um das Wie des Rechtsverfahrens gehen. Wie kann man das Recht erfahren? Nur indem beobachtet wird, wie das Recht verfährt – also wie die Rechtsorgane (welche für die Theorie nur Rechtsfunktionen seien) mit den bestehenden Urteilen des Rechts umgehen, um neue Urteile zu fällen.

1. Das Dogma der Normativität des Rechts

Die Vorstellung des Rechts als ein normativer Kosmos sei das indisputable Gemeingut aller Rechtsdogmatik. Diese komme auf die Gesamtheit ihrer Theoreme und Konstrukte ausgehend von der nicht hinterfragten Prämisse, das Recht sei ein System von Regeln, das als ein Sollenszusammenhang zu fassen sei. Diese von Sander als „Dogma der Normativität des Rechts"[271] rekonstruierte Grundvoraus-

[270] Man denke nur an die Charakterisierung Kelsens durch Kunz: „Kelsen's genious is a fighting genious, not only in that his own theory has been built up by way of the critique of the theories of other writers but also in that he has vigorously replied to attacks made upon his system" (*Josef L. Kunz*, The ‚Vienna School' and international law, in: New York University Law Quarterly Review 11 [1933/1934], S. 370–421 [371 Fn. 6]). Noch früher schrieb Kunz folgendermaßen über diese reaktive Facette der Sanderschen und Kelsenschen Reinen Rechtslehren: „Sanders Lehre ist zunächst eine Abwehr jeglicher Metajurisprudenz. Das ist aber das Leitmotiv der ganzen Lebensarbeit Kelsens; sein Ziel in allen seinen Werken ist die Schaffung einer ‚reinen Rechtslehre', wobei ‚rein' nichts anderes heissen will, als von allen metajuristischen Bestandteilen gereinigt" (*Kunz*, [Buchbesprechung] Sander, Staat und Recht [Anm. 184], S. 262).

[271] Vgl. z. B. *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 178), S. 557 f., 562, 564; *Sander*, Staat und Recht, Hb. 1 (Anm. 174), S. 472 f., 482; *Sander*, Der Begriff der Rechtserfahrung (Anm. 180), S. 286; *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 178), S. 55. Für seine Rekonstruktion des „Dogmas der Normativität des Rechts" beruft sich Sander zum Teil auf die Kritik Ignaz Kornfelds (1846–1921) an den „Normtheorien" des Rechts, ohne aber dessen Auffassung kritiklos zu übernehmen, vgl. *Ignaz Kornfeld*, Soziale Machtverhältnisse. Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Recht auf soziologischer Grundlage, Wien 1911, S. 1–19. In dieser Hinsicht zog er das Urteil von Ross auf sich, seine Theorie des Rechtsverfahrens führe, „was das Verständnis der Positivität des Rechts angeht, nicht über Kornfelds Standpunkt hinaus" (*Alf Ross*, Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen, Leipzig/Wien 1929, S. 228). Zu Sanders Kritikpunkten an Kornfeld vgl. *Sander*, Staat und Recht, Hb. 1 (Anm. 174), S. 875–892; für eine Kritik an den antinormativistischen Ansätzen einiger soziologischer Rechtstheorien wie derjenigen von Kornfeld vgl.

setzung umfasst eine Ansicht über die Elemente eines Rechtssystems und ein Konzept über das Funktionieren des Rechts. Sie äußere sich in der von der Rechtswissenschaft wie der Rechtspraktik geteilten Überzeugung, das Recht sei ein „Inbegriff von Sollsätzen", „welche ihre Forderungen an die Subjektivität von jenen Sollsätzen irgendwie unterworfenen Menschen richten".[272] Was sein Repertoire angeht, werde das Recht dabei als ein Komplex von „Normen, Imperativen, Soll-, Befehl- oder Wunschsätzen"[273] angesehen. Diese Normen würden sich auf die Rechtsadressaten beziehen, indem bestimmte Verhaltensweisen als verboten oder geboten vorgeschrieben werden. Die entsprechende Aufgabe einer Rechtswissenschaft qua Normwissenschaft sei, den Sollensinhalt aus den normativen Vorschriften zur Sprache zu bringen. Über den Weg der Auslegung habe die Rechtswissenschaft zu (re)konstruieren, was gesollt sei. Die leitende Frage des rechtswissenschaftlichen Unternehmens sei nun: ‚Was soll gemäß den Rechtsnormen getan werden?'

Ins Zentrum des rechtswissenschaftlichen Bilds des Rechts rücke die unmittelbare „Beziehung von Normen auf Menschen", die Sander als „Grundproblem der Ethik"[274] qualifiziert. Die Grundannahme, dass das Recht über Normen, die Pflichten auferlegen, etwas von den Rechtsnormadressaten fordere, impliziere eine Auffassung über das Funktionieren des Rechts, die es allzu sehr an die Funktionsweise moralischer Systeme annähere; sie bedeute eine „ethische Umdeutung des Rechts", die mit einer „Verkennung oder Fälschung der Eigengesetzlichkeit"[275] des Rechtsverfahrens einherginge. Ein so rekonstruierter Gegenstand bedinge eine Wissenschaft vom Recht, die nicht imstande sei, das Recht von der Moral und anderen normativen Phänomenen zu differenzieren.[276] Dies wäre für die Ansprüche einer autonomen, reinen Rechtsdisziplin fatal. Die unkritische Akzeptanz des Dogmas der Normativität des Rechts impliziere darüber hinaus eine zu bekämpfende statische Rechtsbetrachtungsweise,[277] genauso wie sie zur Erhebung der interpretativen Rechtsdogmatik als Rechtsquelle führe.[278]

Walter Henrich, Das Sollen als Grundlage der Rechtswissenschaft. Eine Auseinandersetzung mit Gegnern der normativen Jurisprudenz, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1921), S. 131–175.

[272] Zwei Zitate: *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 178), S. 511.

[273] *Sander*, Das Recht als Sollen und das Recht als Sein (Anm. 241), S. 1.

[274] Zwei Zitate: *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 178), S. 523.

[275] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2. (Anm. 196), S. 1094.

[276] „Denn solange ‚Recht' als ‚Norm' aufgefaßt wird, gibt es überhaupt kein spezifisches, von der Moral verschiedenes positives Recht, welches sich von der Moral, der Ethik verschieden nur dann darstellt, wenn es […] einen kontinuierlichen, also objektiven Zusammenhang synthetischer Urteile bedeutet" (*Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? [Anm. 178], S. 547).

[277] Vgl. *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 178), S. 570. In dieser Hinsicht Sander zuzustimmend vgl. *Julius Moór*, Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus, in: Alfred Verdross (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur reinen Rechtslehre. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstage gewidmet, Wien 1931, S. 58–105 (80 Fn. 1).

2. Das Dogma des statischen Charakters des Rechtssystems

Wird das Recht als Konglomerat von Normen verstanden, die von den Rechtssubjekten etwas fordern, dann gelte es nur, die normativen Binnenkommunikationen des Rechts zu entziffern. Die Rechtswissenschaft übernehme als Hauptaufgabe die Auslegung des normativen Gehalts der Rechtserscheinungen. Sie nehme an, dieser Gehalt sei den ‚Rechtsquellen' als vorgegeben zu entnehmen. Die herkömmliche Rechtsdogmatik wende sich dementsprechend den unterschiedlichen Rechtstexten und Rechtspraxen zu und bemühe sich um die Bestimmung des rechtlich Gesollten. Sie isoliere die gerade auszulegenden Rechtserscheinungen aus dem Rechtsverfahren und schalte die konstitutive Vermittlung der Rechtsorgane aus der Rechtsbetrachtung aus. Ihr erscheine das Recht als ein zu ordnendes Sammelsurium von starren, fertigen Rechtsdingen, die nur aufgrund der rechtswissenschaftlichen Auslegung zur Anwendung gebracht werden könnten.

„Der Begriff der Dynamik des Rechts" sei „der Rechtsdogmatik fast vollkommen unbekannt".[279] Die Vorstellung des statischen Charakters des Rechts ließe sich markant und primär im Dogma des „einstufigen, im Gesetz enthaltenen Rechts"[280] einsehen, das den Vorurteilen bzw. der Ideologie des liberalen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts zu verdanken sei.[281] Dieser operiere eine Reduktion des Rechts auf die abstrakt-generellen Rechtserscheinungen, was wiederum die Illusion verstärke, das Recht sei als ein Inbegriff von Imperativen zu erfassen.[282] Statische Überbleibsel haften laut Sander auch angeblich dynamischen Betrachtungsweisen an, solange man den Übergang von einer ‚Stufe' auf die andere des Erzeugungszusammenhangs des Rechts nicht mit den Operationen des Rechtsverfahrens korreliert und somit relativiert, sondern meint, mittels Erkenntnis den Rahmen für die valide Rechtsentstehung bestimmen zu können. Besessen von der Sollensfrage (‚Was soll rechtmäßig geschehen?') ignoriere die Rechtsdogmatik die maßgebliche rechtstheoretische Fragestellung: ‚Wie funktioniert das Recht?' – d. h.

---

[278] Das Implikationsverhältnis zwischen den drei Grundvoraussetzungen der Rechtsdogmatik stellt Sander sich wie folgt vor: „Das Grunddogma der Wissenschaft der Rechtsdogmatik ist das Dogma von der Normativität des Rechts. Kraft dieses Dogmas, welches sich auf Jahrtausende alte Vorurteile stützt, betrachtet die Rechtsdogmatik das Recht als einen Inbegriff von Imperativen, Normen, Soll-, Wunsch- und Befehlssätzen, welchen ideale (‚gesollte') Gegenstände zugeordnet sind. Kraft dieses Dogmas wird das Recht in einen ‚idealen', subjektiven, mentalen Zusammenhang umgedeutet, der keinen Bezug auf reale, transsubjektive, transmentale Gegenstände (‚Tatbestände') in sich birgt. Kraft dieses Dogmas wird aus der Allheit der Rechtssätze (‚Urteile des Rechts') lediglich das ‚Gesetz' herausgehoben, mittelst ethisch-politischer Postulate gedeutet (‚ausgelegt') und in eine von der Rechtswissenschaft gestiftete Sollbeziehung zu den konkreten Rechtssätzen eingespannt" (*Sander*, Kelsens Rechtslehre [Anm. 178], S. 101).

[279] Zwei Zitate: *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 208), S. 468.

[280] Vgl. z. B. *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 178), S. 513 f., 516, 518.

[281] Die Gesetzesfixiertheit der traditionellen Jurisprudenz geriet bekanntlich auch ins Visier Merkls, denn diese wolle, „den gesamten Rechtsstoff in das Prokrustesbett des Gesetzes" pressen, vgl. *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 426 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (230).

[282] Vgl. *Sander*, Das Recht als Sollen und das Recht als Sein (Anm. 241), S. 7.

in diesem Kontext: ‚Wie gehen Rechtsinhalte von einer Rechtssatzform in die andere über?' Eine Rechtsverfahrenstheorie habe sich mit dem zu beschäftigen, was eigentlich zwischen den ‚Stufen' bzw. den unterschiedlichen transitorischen Kondensierungspunkten des unendlichen Rechtsverfahrens getan wird oder geschieht (und eben nicht mit dem, was von der Warte der durch ethisch-politische Postulate angesteckten Rechtsdogmatik aus getan werden sollte).[283] Über diese Fragestellung würde man zum Verständnis kommen, im Rechtsverfahren sei man immer wieder auf die zuständigen Organe angewiesen. Das Organmoment dürfte vom Rechtsdenken nicht ausgeklammert werden.

3. Das Dogma der Rechtswissenschaft als Rechtsquelle

Die die Rechtsschichten isolierende, statische Betrachtungsweise der Rechtsdogmatik schaffe Diskontinuitäten im Rechtsverfahren. Auf dem Weg der dogmatischen Auslegung der Rechtsvorschriften schmuggle die Rechtswissenschaft rechtsfremde, die Meinung des Interpreten über das Gesollt-Sein des Rechts widerspiegelnde Elemente in das positive Recht hinein. Die Rechtsdogmatik beanspruche einen durch die zuständigen entscheidenden Stellen im Rechtsverfahren nicht mediatisierten Zugang zum normativen Gehalt der rechtlichen Urkunden (oder der gewohnheitsrechtlichen wiederholten Verhaltensweisen) und meine mit Bezug auf die noch nicht auf die nächste Stufe des Verfahrens konkretisierten Rechtserscheinungen bestimmen zu können, was rechtlich verboten, geboten oder erlaubt sei. „Da für die Rechtsdogmatik ‚Recht' nicht ein objektives Kontinuum, sondern verschiedene Normgebiete bedeutet, […] muß der ‚Sinn' jener Normen durch formallogische Zergliederung der in den Normen liegenden Begriffe festgestellt werden".[284] Die rechtswissenschaftliche Auslegung diene dazu, die normative Bedeutung aus den Rechtmaterialien herauszulesen. Sie konstituiere sich selbst als eine sinnstiftende Instanz gegenüber dem positiven Recht. Sie mäße sich die Kompetenz an, nicht nur zu sagen, wie die künftigen Rechtserscheinungen nach den Maßgaben des positiven Rechts sein sollten, sondern auch die autoritativen Entscheidungen der Rechtsorgane des Fehlers zu bezichtigen und dementsprechend zu berichtigen.[285] Die Jurisprudenz ermächtige sich selbst als Rechtsquelle[286] und beanspruche, ein Monopol über das Rechtliche zu besitzen.[287] „Das Dogma von der Wissenschaft als Rechtsquelle bedeutet: Daß eben ‚Recht' nicht ein objektiver,

---

[283] Vgl. *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 178), S. 557 f.

[284] *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 178), S. 523.

[285] Vgl. *Sander*, [Buchbesprechung] Erich Cassirer (Anm. 205), S. 347.

[286] Das Dogma der „Wissenschaft als Rechtsquelle" sei das „Grunddogma jeder Naturrechtslehre" (*Sander*, Staat und Recht, Hb. 1 [Anm. 174], S. 428); vgl. auch *Fritz Sander*, [Buchbesprechung] Dr. Hans Kelsen, Professor an der Universität Wien. Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich, 3 Teile, VI und 117S, 150S., VIII und 248 S., Wien und Leipzig, Franz Deuticke, 1919. Dr. Adolf Merkl, Ministerialkonzipist in Deutschösterreich. Ein kritisch-systematischer Grundriß. VIII und 184 S. Wien und Leipzig. Franz Deuticke, 1919, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919), S. 312–318 (317 f.); *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 196), S. 822.

[287] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 196), S. 966.

einen immanenten Sinn entwickelnder Zusammenhang synthetischer Urteile, sondern ein Inbegriff von Normen ist, welche ihren Sinn aus der transzendenten Sphäre“[288] der Rechtsdogmatik bekommen.

Die Adhäsion der herkömmlichen Rechtswissenschaft an diese Dogmen steht ihr, Sander gemäß, zur Erschließung der Eigengesetzlichkeit des Rechts im Weg. Seine Theorie des Rechtsverfahrens soll das Heilmittel für diese Erkrankungen der traditionellen Rechtswissenschaft parat stellen[289] und sie endlich auf ihren eigentlichen Gegenstand verweisen.

B. Die Eigengesetzlichkeit des Rechts: Die Rechtspositivitätsproblematik

Fritz Sander pointiert als Grundproblem der Rechtstheorie das Problem der Beziehung von Kategorien auf mögliche Erfahrungen, also das Problem der Beziehung von Rechtssätzen auf rechtserhebliche Tatbestände.[290] Die feinste Bearbeitung dieser Problematik sieht er in den zu Anfang des 20. Jahrhunderts ausgetragenen prozessrechtswissenschaftlichen Streitigkeiten um die Begriffe des Verfahrens und der Klage. In den Diskussionen der Prozessrechtswissenschaft fänden sich gediegenere Bausteine zu einer Theorie des Rechts, als in den meisten jener – allzuzahlreichen – Werken, die sich in der damaligen Zeit um die Rechtsphilosophie und um die Theorie der Rechtserfahrung bemühten.[291] Während Merkls Rechtskraftlehre die prozessrechtswissenschaftlichen Kategorien rechtstheoretisch in einer Art und Weise verarbeitet, die das Spezifikum der prozessrechtswissenschaftlichen Diskussionen auflöst, durchdringt Sander die rechtstheoretische Grammatik mit spezifisch prozessrechtswissenschaftlichen Begrifflichkeiten, d. h. er dekliniert die Rechtstheorie verfahrensrechtlich durch. Angeregt von der Reinen Rechtslehre

[288] *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 178), S. 523.

[289] Mit einem wesentlichen Teil des Sanderschen Impfpakets gegen das Dogma der Normativität des Rechts, nämlich mit seiner Lehre der Urteile des Rechts als Realurteile, die mit dem Denkmodus des Seins und Rekurs auf unterschiedliche Zeitmodalitäten strukturierbar seien, beschäftigt sich die hiesige Arbeit nicht. Dies ist ein entscheidender Aspekt Sanders Polemik mit Kelsen und nicht so sehr präsent in der Merkl–Sander-Kontroverse, in der sich vielmehr die dynamisch-prozessuale Betrachtungsweise und die Lehre des reflexiven Charakters der Rechtswissenschaft als Antidoten jeweils zur Statik und zum Dogma der Rechtswissenschaft als Rechtsquelle widerspiegeln. Zu Sanders Rechtsurteilslehre vgl. z. B. *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 178), S. 101–141. Zur Konzeptualisierung des Rechts als Seinsphänomen und Verwerfung des Denkmodus des Sollens vgl. *Sander*, Das Recht als Sollen und das Recht als Sein (Anm. 241). Zu den Schwierigkeiten, Rechtswissenschaft unter Verzicht auf die Kategorie des Sollens zu betreiben vgl. *Rudolf Thienel*, Rechtswissenschaft ohne Sollen?, in: Eric Hilgendorf (Hrsg.), Wissenschaft, Religion und Recht. Hans Albert zum 85. Geburtstag am 8. Februar 2006, Berlin 2006, S. 415–438. Vgl. auch *Michael Potacs*, Can We Escape Normativism in Law?, in: Christoph Bezemek/Michael Potacs/Alexander Somek (Hrsg.), Vienna Lectures on Legal Philosophy, Bd. 2: Normativism and Anti-Normativism in Law, Oxford/New York 2020, S. 151–160.

[290] Vgl. *Sander*, [Buchbesprechung] Sauer, Grundlagen des Prozeßrechtes (Anm. 219), S. 542.

[291] Vgl. *Sander*, [Buchbesprechung] Sauer, Grundlagen des Prozeßrechtes (Anm. 219), S. 545.

der Wiener Schule einerseits und von der Prozessrechtswissenschaft, insbesondere von den scharfsinnigen Intuitionen Oskar Bülows,[292] sowie der sogenannten Freirechtsbewegung[293] andererseits, bedient sich Sander der Kategorie des Rechtsverfahrens, um die Eigengesetzlichkeit, die Positivität des Rechts zu begründen. Im Kontinuum des Rechts(entscheidungs)verfahrens würden sich die Rechtssätze und die rechtserheblichen Tatbestände wechselseitig konstituieren, indem sie von den zuständigen Rechtsorganen – nochmals: ihrerseits für die Rechtstheorie nichts anders als Tatbestandsfunktionen – ständig neu in Bezug zueinander gebracht werden würden.

Die Fragestellung der Positivität des Rechts wird erstens als das Problem der Individualisierung des „immanenten Systemprinzips des Rechts“[294] (Recht als souveräner Relationszusammenhang), d. h. der „immanenten Gesetzlichkeit der Rechtserfahrung“[295] und zweitens als das Problem des Wirklichkeitsbezugs der Rechtserscheinungen in der Rechtsverfahrenstheorie Sanders aufgerollt, sodass seine Lehre des Rechtsverfahrens eigentlich (s)eine Lehre der Eigengesetzlichkeit des positiven Rechts darstellt. Das Konzept vom Rechtsverfahren vokalisiert die Sandersche Vision der *differentia specifica* des Rechts, wodurch sich das Recht von anderen menschlichen Erfahrungen differenziere, sich seinen einzigartigen Operationsmodus bzw. seinen spezifizierten Fortgang als *Rechts*phänomen schaffe. Nur dieses soziale Phänomen verfüge kontinuierlich über sein eigenes Fortbeste-

---

[292] Vgl. z. B. *Oskar Bülow*, Civilprozessuale Fiktionen und Wahrheiten, in: Archiv für die zivilistische Praxis 62 (1879), S. 1–96; *Oskar Bülow*, Dispositives Prozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, in: Archiv für die zivilistische Praxis 64 (1881), S. 1–109; *Oskar Bülow*, Absolute Rechtskraft, in: Archiv für die zivilistische Praxis 83 (1894), S. 1–152; *Bülow*, Gesetz und Richteramt (Anm. 106); *Oskar Bülow*, Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Zivilprozessrechts, in: Zeitschrift für deutschen Zivilprozess 27 (1900), S. 201–260; *Oskar Bülow*, Klage und Urteil. Eine Grundfrage des Verhältnisses zwischen Privatrecht und Prozess, in: Zeitschrift für deutschen Zivilprozess 31 (1903), S. 191–270. Hier ist nicht der Ort für eine tiefere Analyse der Rezeption der rechtsverfahrenswissenschaftlichen Literatur durch Fritz Sander, was einer künftigen Arbeit vorbehalten wird. Es sei nur bemerkt, dass Sanders Rechtskonzept sich in Verbindung mit den sogenannten abstrakten Klagetheorien und besonderen Varianten der Theorien des Prozesses als Rechtsverhältnis in Verbindung bringen lässt. Vgl. dazu vor allem *Alexander Plósz*, Beiträge zur Theorie des Klagerechts, Leipzig 1880; *Heinrich Degenkolb*, Die Lehre vom Prozessrechtsverhältnis (Ein Gedenkblatt), in: Archiv für die civilistische Praxis 103 (1908), S. 385–416. Zu einer Einordnung der Reinen Rechtslehre in die prozessrechtswissenschaftliche Debatte vgl. *Peter Böhm*, Prozessidee und Richtermacht. Von der Analyse zur Synthese in der Grundlagentheorie des zivilgerichtlichen Verfahrens, hrsg. von Ena-Marlis Bajons und Alexander Somek, Wien 2019, S. 112–127 (Kelsen und Merkl) und S. 148–154 (Sander).

[293] Zu Sanders Amalgamierung der Reinen Rechtslehre mit der damaligen prozessrechtswissenschaftlichen Literatur vgl. *Felix Kaufmann*, Kriterien des Rechts. Eine Untersuchung über die Prinzipien der juristischen Methodenlehre, Tübingen 1924, S. 143. Zur Nähe einiger Ergebnisse Sanders zur Perspektive mancher Freirechtler vgl. *Ernst von Hippel*, Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts. Beitrag zur Methode einer teleologischen Rechtsauslegung, Berlin 1924, S. 137.

[294] *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 178), S. 534.

[295] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 196), S. 1198.

hen mittels Zuständigkeitsbestimmungen wie -entscheidungen, welche rechtskräftige Erscheinungen produzieren.[296]

Die Option für das Rechtsverfahren als Schlüsselbegriff für die Positivität des Rechts, d. h. für eine Kategorie, die semantisch und bildlich eher die Bewegung betont, verrät die sich tendenziell zur Mutabilität bekennende (Rechts-)Weltanschauung Sanders. Bei der Behandlung dieser Problematik bringt Sander besonders stark den funktionell-dynamisch-immanenten *trait* seiner Rechtstheorie zur Geltung: Die Positivität des Rechts sei „keine dinghafte Eigenschaft, die sich an den Rechtssätzen ein für allemal als statisches Gebilde feststellen ließe, sondern ist die dynamische Grundrelation der fortschreitenden, grundsätzlich niemals abschließbaren Konkretisierung der Rechtsbegriffe, ist nie, wird vielmehr".[297]

I. Die souveräne Methodik der Rechtserzeugung: Das Rechtsverfahren zwischen Sein und Werden des Rechts

Das Rechtsverfahren scheint auf den ersten Blick eine Art (Sandersche) juristische Version des – hier dann bestimmt nach einer philosophischen Vulgata aufgegriffenen – Heraklitschen πάντα ῥεῖ zu sein.[298] Das ist aber nicht die ganze Geschichte. Als „Einheitsband zwischen den Rechtsteilen" dienend beschreibt das Rechtsverfahren das Recht als „ein[en] dynamische[n] Zusammenhang, bedeutet nicht Rechtsdinge, sondern erzeugende Rechtsbewegungen".[299] Die Positivität des Rechts werde in der „durchgängigen verfahrensmäßigen Verwobenheit der immanenten Rechtsrelationen"[300] qua einer fließenden Struktur bestimmt. Das Recht sei nur als ein Kontinuum von Rechtsveränderungen vorhanden. Die Veränderung im Verfahren sei eine rechtsspezifische Art von Existenz. Alles, was sich verändert, sei aber bleibend, nur sein Zustand sei wechselnd. Damit man eine Veränderung wahrnehmen könne, müsste ein einheitliches Schema verfügbar sein, anhand dessen eine bestimmte Erscheinung als ein Fall dessen, was sich bewegt, identifizierbar sei. Während Merkl die entropischen Tendenzen der rechtserzeugenden Dynamik durch die Statik der Rechtserkenntnis in Gestalt der Rückbeziehbarkeit (qua erkenntnismäßig konstatierbare ‚Entsprechung') aller entstehenden Rechtserscheinungen auf schon bestehende, bedingende Rechtserscheinungen im Rechtsdelegationszusammenhang zu stabilisieren versucht, sieht Sander ausgerechnet in den ständigen eigengesetzlichen Bewegungen des Rechtsverfahrens die dynamische Einheit der „Allheit der Rechtserfahrung".[301]

---

[296] Dazu gleich unten Zweiter Teil, Kap. V, S. 226–232.

[297] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 196), S. 1053.

[298] Vgl. *Hermann Diels*, Die Fragmente der Vorsokratiker, Bd. 1 [1903], 9. Aufl., hrsg. von Walther Kranz, Berlin 1960, S. 154 (22B12), 161 (22B49a). „Alles fließt, nichts beharrt" (*Alfred Verdross*, Die Rechtslehre Heraklits, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 22 [1942], S. 498–507 [504]).

[299] Zwei Zitate: *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 208), S. 507.

[300] *Sande*r, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 178), S. 595.

[301] Sander spricht wiederholt von „Allheit des Rechts" und „Allheit der Rechtssätze", vgl. z. B. *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 178), S. 42, 101.

„In dem Augenblick, da von Rechtserscheinungen gesprochen wird, ist bereits das Postulat gesetzt, daß alle diese Erscheinungen […] in einer Erfahrung, nämlich der des Rechts liegen“,[302] wird schon von der Einheit des Rechts ausgegangen. Durch den immer wieder vorgebrachten Bezug von Rechtssätzen auf rechtserhebliche Tatbestände im Rechtsverfahren, das „als kontinuierlich fortschreitende Tatbestandserzeugung, Tatbestandsfunktion“[303] das ganze Recht durchwalte, werde die Einheit des Rechts dynamisch konstruiert und aktualisiert. Die Rechtsmaschinerie stabilisiere sich in und über eigene(r) Bewegung. Die Einheit erweist sich dabei als unendliche Aufgabe der immanenten Rechtsoperationen und wird nicht als Resultat der Ableitbarkeit aller Rechtserscheinungen aus einer Ursprungshypothese konstruiert. Als Symbol dieser Einheit taucht in der Rechtsverfahrenstheorie Sanders die Hypothese des Staates als „Beharrlichkeit des Rechtsverfahrens, die Konstanz der rechtlichen Maß- und Stellenordnung“[304] auf.

Philosophisch gesehen bedeutet das sich daraus ergebende Sandersche Primat des Rechtverfahrens[305] eine Art dialektische und entsubstantialisierende Option. Im Verfahren strukturiere sich die ständige Rechtsänderung. Das Wechselnde im Recht bestimme sich in der Beharrlichkeit der Rechtsverfahren, die eben den Staat ausmache. Parmenides und Heraklit zugleich: Der Fluss ist nie wieder der gleiche, aber es ist immer derselbe Fluss.[306] Sander meint somit einen juristischen Ausweg aus der Antinomie von Sein und Werden, Statik und Dynamik des Rechts in der *Kontinuität des Rechtsverfahrens* gefunden zu haben.[307] Jedes Rechtsverfahren (sei es der Abschluss eines Rechtsvertrags, die Gesetzgebung oder ein konkreter Zivil- oder Strafprozess)[308] werde an anderen empirischen Rechtsverfahren in ununterbrochener Folge gemessen, sodass alle Rechtsbestimmungen nur im Rechtsverfahren erfolgen würden. „Nur das Verfahren selbst erhält sich in den empirischen Einzelverfahren“[309] und diese Beharrlichkeit des Rechtsverfahrens sei der

[302] *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 208), S. 503. Vgl. oben Zweiter Teil, Kap. V, S. 208 (Anm. 216) zur Möglichkeit, diese Vorstellung der Einheit des Rechtssystem als die Sandersche Lesart der Grundnorm qua Grundvoraussetzung des Rechtssystems – und eben nicht der Rechtswissenschaft – zu deuten.

[303] *Sander*, Das Faktum der Revolution (Anm. 59), S. 149.

[304] *Sander*, Das Faktum der Revolution (Anm. 59), S. 149.

[305] Zum Konzept eines „Primats des Rechtsverfahrens“ vgl. unten Zweiter Teil, Kap. VI, S. 303–314.

[306] Eine der Komplexität und Nuancen der Philosophien und Weltanschauungen der Vorsokratiker Rechnung tragende Darstellung ist zu finden in: *Alexander Kojève*, Essai d‘une histoire raisonnée de la philosophie païenne, Bd. 1: Les présocratiques, Paris 1997, S. 141, 203–279; vgl. auch *Karl Reinhardt*, Parmenides und die Geschichte der Griechischen Philosophie, Bonn 1916. Zur Sanderschen Auseinandersetzung mit dem Dictum Heraklits vgl. *Sander*, Staat und Recht, Hb. 1 (Anm. 174), S. 433–442; Sander beschäftigt sich damit freilich nur indirekt, indem er sich mit *Karl Pearson*, The Grammar of Science, Bristol 1892, auseinandersetzt.

[307] *Sander*, Alte und neue Staatsrechtslehre (Anm. 195), S. 229–230.

[308] Zu einer normativistischen Wendung des Begriffs des Rechtsverfahrens im Sinne der Reinen Rechtslehre der Wiener und der Brünner Schulen vgl. *František Weyr*, La notion de « processus juridique » dans la théorie pure du droit, in: Studi Filosofico-Giuridici dedicati a Giorgio del Vecchio nel XXV Anno di Insegnamento (1904–1929), Bd. 2, Modena 1931, S. 415–426.

[309] *Sander*, [Buchbesprechung] Sauer, Grundlagen des Prozeßrechtes (Anm. 219), S. 531.

Staat als sich aus dem Kontinuum aller empirischen Rechtsverfahren entwickelnder „objektiver Maßstab und Erzeugungsweg der Tatbestandsrelationen".[310] Zugespitzt: „Recht bedeutet die kontinuierliche Umwandlung rechtserheblicher Materie kraft der Erhaltung des Rechtsverfahrens".[311]

Wie das positive Recht die Realität mittels des Rechtsverfahrens schematisiert, bzw. wie das Recht macht, was es zu leisten hat,[312] ist die Forschungsfrage, die die Rechtsverfahrenstheorie Sanders leitet.[313] Das Rechtsverfahren qua souveräne Erzeugungsmethodik des Rechts[314] rückt ins Zentrum der dynamischen Rechtsbetrachtung und fungiert als Grundbegriff für die Erschließung der Eigengesetzlichkeit des Rechts,[315] die darin bestehe, „daß [die Rechtsordnung] mittels ihrer ‚Erzeugungsmethodik' des Rechtsverfahrens ein souveränes Relationssystem von Tatbeständen, eine souveräne raumzeitliche Ordnung aufbaut".[316] Ausschließlich filtriert durch das Rechtsverfahren würden menschliche Handlungen und weltliche Vorgänge rechtliche Relevanz erlangen. Die Bedeutungen der rechtserheblichen Tatbestände würden im Rechtsverfahren dergestalt konstituiert werden, dass keine feste Kopplung mit den Ergebnissen der Bedeutungszusprechung aufgrund außerrechtlicher Deutungsschemata notwendig sei. Die rechtliche Signifikation der unterschiedlichen Phänomene könne und würde nicht selten von der laienhaften Kognition dieser Phänomene wie von deren Verarbeitung durch andere Relations- und Validationssysteme abweichen. Im Rechtsverfahren würden ununterbrochen die Elemente des Rechtssystems in ein wechselseitiges Verhältnis zueinander gebracht werden, sodass sie nur im System ihre rechtsrelevante Bedeutung gewinnen würden. Bei der Rechtsverfahrenstheorie handelt es sich um einen Versuch zu beschreiben, wie die Rechtsänderungen Platz greifen, nämlich um einen Versuch, den Rechtsverfahrensmechanismus aufzuschließen.[317]

---

[310] *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 208), S. 487.

[311] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 196), S. 1191.

[312] Das Sandersche Rechtsverfahren übernimmt die rechtstheoretische Stelle, die in der Rekonstruktion der Reinen Rechtslehre durch Christoph Kletzer vom Konzept der „legal technique" besetzt ist, vgl. *Christoph Kletzer*, Decentralisation and the limits of jurisprudence, in: Matthias Jestaedt/Ralf Poscher/Jörg Kammerhofer (Hrsg.), Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand/Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions, Beiheft 163 des ARSP, Stuttgart 2020, S. 63–80 (64).

[313] Wie der Rechtsinhalt zum Rechtsinhalt wird, „wird die ausschlaggebende Frage, denn dies ist der Sinn, mittels welches das Recht seinen Verfahrensmechanismus derart reguliert, daß die vergangene Rechtserfahrung beschrieben, die zukünftige Rechtserfahrung vorausbestimmt werden kann. Das Wie des Rechtsverfahrens ist das Grundproblem der Theorie der Rechtserfahrung" (*Sander*, Staat und Recht, Hb. 1 [Anm. 174], S. 442).

[314] Zum Begriff des Rechtsverfahrens als Chiffre für die eigengesetzliche Erzeugungsmethodik des Rechts vgl. z. B. *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 208), S. 477; *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 178), S. 559, 566, 585; *Sander*, Staat und Recht, Hb. 1 (Anm. 174), S. 437.

[315] „Nur die fortschreitende, immanente Analyse der im Rechtsverfahren sich betätigenden rechtlichen Erzeugungsmethodik führt zur Aufdeckung der ‚spezifischen Differenz' des Rechts" (*Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? [Anm. 178], S. 536).

[316] *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 178), S. 559.

[317] Vgl. *Sander*, Staat und Recht, Hb. 1 (Anm. 174), S. 442.

Das Rechtsverfahren steht im Sanderschen Vokabular für den spezifischen „rechtlichen Nexus“[318] zwischen Rechtssatz- und Tatbestandsfunktionen. Es bezeichnet „die dem Rechte eigentümliche Erzeugungsmechanik“.[319] Mit seiner Rechtsverfahrenslehre wagt Sander eine Art von „Invariantentheorie“,[320] die nach dem unabdinglichen Getriebe des Rechtssystems bei allen konstanten Änderungen fragt. Sie ist die Wirbelsäule seiner eigenen Strukturtheorie des Rechts.

II. Die Axiome der Zuständigkeit und der Rechtskraft

Die Relationsstruktur des positiven Rechts wird im Sanderschen Modell anhand der Kategorien der Zuständigkeit und der Rechtskraft rechtstheoretisch organisiert. Auf der Suche nach der autonomen Gesetzlichkeit der Rechtserfahrung nimmt sich Sander zur Aufgabe, die Singularität des Rechts(gewinnungs)verfahrens zur Sprache zu bringen. Damit bemüht er sich weitgehend um die Konkretisierung seines rechtstheoretischen Programms, indem er den Akzent von einer sterilen Wesenserkundung auf die Funktionsweise des Rechts und deren ‚technische‘ Aspekte verschiebt. Im Kern der Rechtsverfahrenstheorie Sanders steht die Überzeugung: „[D]ie Bestimmung realer Tatbestände nach einer objektiven Rechtsordnung erfolgt unter einem wesentlich anders gearteten Horizonte von Axiomen wie die Bestimmung realer Tatbestände durch ‚Laien‘.“[321] Die Rechtsoperationen würden in einem Koordinatenhorizont prozessiert werden, der durch die sogenannten Axiome (Invarianten) der Kompetenz und der Rechtskraft demarkiert werde, „welche die Rechtsanschauung als solche, und somit die Rechtserfahrung als solche determinieren und auszeichnen“.[322] Die Konstitution von aktueller Rechtsbedeutung wie die weiteren Rechtsbedeutungsverknüpfungen würde sich auf der Grundlage der rechtskräftigen Willensakte zuständiger Entscheidungsträger strukturieren, die ihrerseits als Rechtsorgane fungieren würden. „Jeder Tatbestand ist nur in Korrelation zu bestimmten Urteilsstandpunkten (‚zuständigen Organen‘)“ ein rechtserheblicher Tatbestand.[323] Genauso wie es Rechtsbedeutungen außerhalb der Urteile der Organe nicht gebe, sei es auch unsinnig von rechtlichen Tatsachen an sich losgelöst von der Relation zum Rechtsverfahren zu sprechen.

Die Gesamtheit der Rechtsoperationen, im Verlauf derer Rechtmäßiges von Rechtswidrigen unterschieden wird, ist „auf die Koordinaten ‚zuständiger‘ Organe relativiert“.[324] Das Organmoment belegt in der Rechtsverfahrenslehre das

---

[318] *Alfred Verdross*, Völkerrecht und einheitliches Rechtssystem. Kritische Studie zu den Völkerrechtstheorie von Max Wenzel, Hans Kelsen und Fritz Sander, in: Zeitschrift für Völkerrecht 12 (1923), S. 405–438 (420).

[319] *Verdross*, Völkerrecht und einheitliches Rechtssystem (Anm. 318), S. 420.

[320] Vgl. *Verdross*, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes (Anm. 69), S. 146; *Hans Mokre*, Theorie des Gewohnheitsrechts. Problementwicklung und System, Berlin 1932, S. 181 f.

[321] *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 178), S. 136.

[322] *Fritz Sander*, Zur Methodik der Rechtswissenschaft, in: Kant-Studien 28 (1923), S. 283–310 (309).

[323] *Sander*, Das Recht als Sollen und das Recht als Sein (Anm. 241), S. 34.

[324] *Sander*, Zur Methodik der Rechtswissenschaft (Anm. 322), S. 308.

Zentrum der technisch-prozeduralen Komponente des Rechtsverfahrens qua Operationsmodus des positiven Rechts und liefert den konzeptionellen Schlüssel für die Erfassung des „spezifischen Rechtscharakters der Bedeutungsfunktionen“[325] in einem als ‚Recht‘ individualisierbaren Erfahrungszusammenhang. „Das Recht beruft nicht jedermann, sondern nur gewisse Menschen – Organe – zum Vollzuge der Bedeutungen seiner Sätze und nur die von solchen Menschen vollzogenen Bedeutungen sind Recht“.[326] Rechtskräftige Urteile seien exklusiv das Produkt der Betätigung zuständiger Rechtsorgane, deren Zuständigkeit wiederum ständig aufs Neue im Wechselspiel zwischen den von ihnen im gegenwärtigen Augenblick erlassenen Urteilen und den in der Vergangenheit liegenden und im Zug der in Frage kommenden Entscheidungen neusignifizierten Rechtssätze aktualisiert werde.

Somit wird die Idee eines ‚materiellen Rechts‘, das nicht nur als Maß für die rechtliche Operationen, sondern auch sekundär als Maß für die Handlung von Akteuren, die keine Organe sind, diene, über das Rechtsverfahren rekonstruiert. Erst in dessen Korrelation zu den spezifischen Organfunktionen, d. h. konditioniert und ermöglicht zugleich durch die institutionell-prozedurale Komponente der Rechtsgewinnung, kämen dem sogenannten ‚materiellen Recht‘ eigene rechtlich relevante Bedeutungsfunktionen zu. Nur über den Weg der Vermittlung der Organentscheidungen – die nicht auf richterliche Urteile beschränkt werden – adressiere das ‚materielle Recht‘ die Rechtsunterworfenen mit rechtskräftigen, ihrem Anspruch nach bindenden Anforderungen. Nur in Relation zu den zuständigen Bestimmungen der Rechtsorgane erreiche das Recht für eine konkrete Rechtslage (modulierbare) Gewissheit. Die Zuständigkeit markiere das autoritative, persönliche Moment der Rechtserzeugung, indem einige Individuen als Organ zu rechtsschaffenden Akteuren konstituiert würden, während die anderen von dieser (rechtserzeugenden) Funktion ausgeschlossen seien. Das spezifisch rechtliche Moment der Zuständigkeit individualisiere die Rechtsbedeutung unter den möglichst vielen Interpretationen der Ereignisse, indem die rechtliche Relevanz dadurch auf die konstitutiven Urteile der als solche im Verfahren selbst qualifizierten Rechtsorgane restringiert werde.[327] Die in der Relation Organ–Tatbestand konstituierte rechtliche Bedeutung sei eine „‚koeindeutige Zuordnung‘, da diese Relation dadurch charakterisiert [sei], daß jedem ihrer Hinterglieder (‚Tatbestände‘) ein und nur ein

---

[325] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 196), S. 936.

[326] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 196), S. 936 f.

[327] „Ora, se noi parliamo con fondamento di uno speciale oggetto ‚diritto‘, bisogna che vi sia almeno un momento giuridico generale chi si possa trovare in tutti gli atti giuridici, ma *solo* in atti giuridici. Questo momento giuridico è la *competenza* […]. Il senso della competenza è che, mentre sopra ogni fatto del mondo in un dato momento possono dirigersi molti atti psichici in numero illimitato, per esempio atti scientifici, religiosi, artistici, economici, questo fatto tuttavia in un dato momento può essere colpito da atti giuridici solo in numero limitato: solo l’atto psichico di un organo competente è un atto giuridico, non l’atto psichico di un uomo qualunque“ (*Fritz Sander*, Sui compiti di una Teoria Realistica del Diritto, in: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto 4 [1924], S. 375–381 [378]). Vgl. noch *Sander*, Staat und Recht als Probleme (Anm. 250), S. 176 f.; *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 16), Sp. 30 f.

Vorderglied (‚Organ') zugeordnet [werde], aber derart, daß einem Vorderglied (‚Organ') mehrere Hinterglieder (‚Tatbestände') zugeordnet [werden können]".[328]

Jeder rechtserhebliche Tatbestand zerfalle in eine inhaltliche Komponente – sein Noema – und in eine sinngebende Form – seine Noese: „Die Noese qualifiziert den Tatbestand als rechtlichen, und zwar genügt dazu nicht der Bewußtseinsakt eines beliebigen Ichs, sondern nur der eines besonderen Individuums, des Organs".[329] Die eigentliche rechtliche Tatbestandsbestimmung wie die Konstitution von Rechtsbedeutung hängt in dieser (Re-)Konstruktion Sanders vom Standpunkt des urteilenden Organs ab und wird dementsprechend sozusagen als eine variable Größe in das Nachdenken über das Recht mit einkalkuliert. Damit meint Sander einen Einblick „in die gesetzmäßige Relativität der Rechtserfahrung" gewonnen zu haben: „Kein Tatbestand – z. B. ‚Kauf', ‚Diebstahl' – ist ein Tatbestand an sich, sondern jeder Tatbestand ist nur Tatbestand in Korrelation zu bestimmten ‚Organen'";[330] „[d]ie ‚Zuständigkeit' ist das primäre noetische Axiom des Rechtes, welchem auch die ‚Rechtskraft' untergeordnet ist".[331] Darin, dass die rechtliche Relevanz sich ausschließlich in der „Korrelativierung der rechtlichen Gegenstände auf ein einziges Subjektkorrelat" ereignet, sieht Sander „eine, wenn nicht die souveräne Wesenseigentümlichkeit der Rechtserfahrung".[332]

Die graduierbare Rechts*kraft* bezeichnet ihrerseits im reiferen (allerdings nicht unproblematischen) Vokabular des rechtsverfahrensintegrativen Modells Sanders die verschiedenen Modalitäten der Rechtsurteile und verweist auf die immanente Bewegung der Selbsterzeugung des Rechts.[333] Sie bezieht sich auf den „Fortgang von der Möglichkeit über die Wirklichkeit zur Notwendigkeit"[334] der Verknüp-

[328] *Sander*, Staat und Recht als Probleme (Anm. 250), S. 176–177 (Fn. 1).

[329] *Erich Voegelin*, Reine Rechtslehre und Staatslehre, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 4 (1925), S. 80–131 (94).

[330] Zwei Zitate: *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 178), S. 117.

[331] *Sander*, Zur Methodik der Rechtswissenschaft (Anm. 322), S. 308.

[332] Zwei Zitate: *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 178), S. 140.

[333] In früheren Arbeiten behielt Sander die Rechtskraft für diejenigen Rechtsurteile vor, in denen die Tatbestandsverknüpfung die Modalität der ‚Notwendigkeit' erreicht hat, ohne aber unbemerkt zu lassen, dass diese ‚rechtskräftigen Urteile' auch nur den relativen Abschluss einer Verfahrensreihe ausmachten und kein starres Rechtsding bedeuten, vgl. *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 208), S. 500.

[334] *Sander*, Zur Methodik der Rechtswissenschaft (Anm. 322), S. 308. An dieser Stelle bleibt das präzise Verständnis des Begriffs der „rechtlichen Notwendigkeit" unklar. Wie in der obigen Anm. (Zweiter Teil, Kap. V, S. 228 [Anm. 333]) angedeutet, unterwirft Sander sein Konzept von ‚Rechtskraft' einer Umformulierung. Verstand er früher „Rechtskraft" als einen Ausdruck der rechtlichen Notwendigkeit, dehnte er die semantische Referenz dieses Konzepts in den späteren Arbeiten aus, um mit ihm neben den notwendig gewordenen Verknüpfungen zwischen Rechtsbegriffen und Tatbeständen sowie zwischen Rechtsvoraussetzungen und Rechtsfolgen in den Rechtsurteilen auch die möglichen und die wirklichen erfassen zu können. Sander beruft sich auf die alethischen Modalitäten (Möglichkeit, Wirklichkeit und Notwendigkeit), um die Existenzmodi der rechtskräftigen Rechtsurteile und die in ihnen staatfindenden Verknüpfungen zwischen rechtserheblichen Tatbeständen und Rechtssätzen zu rekonstruieren. Die unterschiedlichen Modi der Rechtsurteile scheinen vom Standpunkt der Betrachtung abzuhängen. Im Kontext betrachtet zeigen sich die sogenannten „notwendigen Tatbestandsverknüpfungen" lediglich als weiterer mögli-

fung zwischen rechtserheblichen Tatbeständen bzw. Rechtsvoraussetzungen und Rechtsfolgen im Rechtsverfahren. Die semantische Referenz der Rechtskraft ist darin die Inbezugsetzung von Rechtssatzformen und Tatbestandsfunktionen durch die in den Rechtssätzen vorgesehene Entscheidung und Handlung der Rechtsorgane. Indem sie sich auf ‚Modalitäten' dieser Verknüpfung bezieht, verweist sie auf ein Verhältnis zwischen Objekt (rechtserheblichen Tatbeständen) und Erkenntnisvermögen (der Rechtsorgane), das das Rechtsverfahren qua eigenständiges Subjekt–Objekt-Verhältnis[335] ausmacht. D. h.: Die Rechtskraft bezeichnet den Existenzmodus der Urteile der Rechtsorgane. Auch durch das Axiom der Rechtskraft wird die Prozessualität und Zeitlichkeit des Rechts im Sanderschen Modell thematisiert. Je nach Standpunkt der Betrachtung signalisieren die Urteile des Rechts Möglichkeiten, Wirklichkeiten oder Notwendigkeiten: „Die Rechtskraft ist die Modalität der Rechtsurteile, ihr immanentes Gewißheitsmoment".[336]

Die Notwendigkeit scheint erst dann erreicht zu werden, wenn eine Rechtsverfahrensreihe sich völlig durch die autoritative Bestimmung der relevanten Tatbestände konkretisiert und relativ gesehen schon deren Wirkungspotenziale erschöpft. Da das Recht erst durch die letzte, nicht mehr verfahrensmäßig änderbare autoritative Entscheidung eines zuständigen Organs (z. B. eines Rechtsvollstreckungsorgans) in einer Verfahrensreihe vollumfänglich bestimmt wird, könne man nur an diesem Realisierungspunkt des Rechts eine absolute Notwendigkeit als gegeben ansehen.[337]

---

cher Anknüpfungspunkt für künftige Rechtserzeugungsverfahren. Sie werden aber im Augenblick ihrer Konstitution durch das zuständige Organ als rechtlich wirklich gesetzt und als solche als Grundlage für die nächsten Rechtsoperationen gehalten. Ein soeben verabschiedetes Gesetz verknüpft autoritativ mit Rechtssätzen wirkliche, rechtserhebliche Tatbestände, die zuvor als bloße Möglichkeiten gekennzeichnet waren: Dies geschieht dadurch, dass das gesetzgebende Organ die in den verfassungsrechtlichen Ermächtigungen gesetzten Bedingungen in der Weise erfüllt, wie es diese auslegt. In deren Verhältnis zu einem künftigen richterlichen Urteil, das auf sie zurückgreift, treten die im Gesetz über Zurechnung verknüpften Tatbestände hingegen wiederum lediglich im Modus der Möglichkeit in Erscheinung, da die rechtlichen Zustände und Positionen, die sie markieren, noch nicht konkretisiert und individualisiert sind und der Betätigung eines zuständigen Organes bedürfen, um verwirklicht zu werden. Notwendigkeit ist einerseits nur dann gegeben, wenn das Rechtsverfahren in einen Vollzugsakt mündet, der nach seinem systematischen Sinn keinen Anknüpfungspunkt für weitere Verfahrensreihen bietet; andererseits könnte alles, was wirklich geworden ist, als notwendig betrachtet werden. In verschiedenen Rechtsurteilen erscheint das Recht in unterschiedlichen Modi. Alle Rechtsurteile verknüpfen rechtserhebliche Tatbestände mit anderen Rechtssätzen und ließen sich zum Teil als (Vor-)Aussagen über die Entscheidungen und Handlungen von Rechtsorganen im Sanderschen Modell umdeuten; gleichzeitig liefern sie eine rechtskonstitutive Deutung der Realität, eine autoritative Beschreibung von Ereignissen. Kritisch zu Sanders Ausführungen zur Rechtskraft vgl. *Hans Kelsen*, Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der Rechtsdogmatik, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1922) S. 103–235 (172–175).

[335] Dazu gleich unten Zweiter Teil, Kap. V, S. 239–242.

[336] *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 16), Sp. 27.

[337] Sander scheint mitunter stillschweigend mit der Idee einer ‚relativen Notwendigkeit' zu arbeiten, die schon dann erreicht wird, wenn im Rechtsverfahren eine in der Gegenwart liegende autoritative Tatbestandsbestimmung als Inhalt eines Urteils des Rechts mit Rückgriff auf in der Vergangenheit liegende Möglichkeiten fixiert wird. Allerdings bleibt es alles andere als einleuchtend, wie die Wirklichkeit und eine so konstruierte relative Notwendigkeit voneinander zu unterschei-

Auch das Ende einer Verfahrenskette sei jedoch im Kontext betrachtet nur ein relativer Haltepunkt und die nach den Maßgaben positiven Rechts vollzogene Tatbestandsbestimmung kann in einem künftigen Urteil anders ausgestaltet werden.[338] Aber nicht nur die in diesem Sinne notwendig gewordenen Tatbestandsbestimmungen seien als rechtskräftig zu behandeln. In Relation zu den in der Vergangenheit liegenden Rechtssätzen lasse sich immer ein Spektrum von Möglichkeiten, die im Rechtsverfahren verwirklicht werden können, anvisieren. Die wirklichen, schon durch Rechtsorganakte aus dem Spektrum des Möglichen selektierten, Rechtsurteile würden vorübergehende Kondensationspunkte im Flow der Rechtskommunikationen darstellen, die wiederum durch rückgreifende Verknüpfung in künftigen Entscheidungen der Rechtsorgane relevant für die Prozessierung der Rechtsoperationen werden können, aber nicht müssen. Der Besitz von Rechtskraft, die als funktionsäquivalenter Begriff zum Begriff der ‚Geltung' zu fungieren scheint, hängt in diesem Modell von der wiederholten Bezugnahme auf das in Frage kommende Organurteil durch die anderen Organe in ihren Urteilen ab. Die Notwendigkeit eines Urteils des Rechts verweise auf ihre vollkommene Bestimmung im Rechtsverfahren, d. h. die nicht mehr kontingente Verknüpfung von in Frage kommendem Rechtssatz und Tatbestand durch die zuständigen Organe innerhalb der in Betracht gezogenen Verfahrensreihe. Ohnehin seien „alle endlichen Rechtserzeugnisse nur vorläufige Haltpunkte des unendlichen Erzeugungsprozesses des Rechts".[339] Da die Rechtskraft auf den pragmatischen Bezug der Organe auf die Urteile angewiesen ist, erweist sie sich als volatil und das Rechtssystem befindet sich somit in konstanter Bewegung.[340]

---

den seien. Die von ihm angegebenen Beispiele sind in dieser Hinsicht nicht besonders hilfreich, vgl. *Sander*, Methodik der Rechtswissenschaft (Anm. 322), S. 308. Hier wird seine Rechtskraftlehre dergestalt rekonstruiert, dass die ‚rechtliche Notwendigkeit' das Ende einer Rechtsverfahrenskette bedeutet, wenn dann eine nicht mehr kontingente bzw. modifizierbare, weil innerhalb der in Frage kommenden Verfahrensreihe ‚vollgestreckte Rechtserscheinung', vervollkommnet wird. Sanders spätere Stellungnahmen wiesen auf eine Deutung von Wirklichkeit und Notwendigkeit als unterschiedliche Wahrscheinlichkeitsgrade einer Anknüpfung künftiger Organakte an die in Frage kommenden Rechtsurteile hin, vgl. *Sander*, Staat und Recht als Probleme (Anm. 250), S. 177; *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 16), Sp. 27–28.

[338] In seinen späteren Versuchen, seine Lehre der Rechtskraft qua Modulierbarkeit des Gewissheitsgrads der Rechtsurteile zu präzisieren, scheint Sander „Notwendigkeit" lediglich als den höchst möglich erreichbaren Grad von Wahrscheinlichkeit einer Tatbestandsbestimmung im Rechtsverfahren zu verstehen: „Der ‚unanfechtbare' Rechtsakt setzt die Gegenstände seiner Voraussagen – z. B. das abweisende Urteil eines anderen Organes wegen ‚entschiedener Streitsache' – nur mit einem höheren Grade der Wahrscheinlichkeit, der ‚Rechtskraft', als der ‚anfechtbare' Rechtsakt" (*Sander*, Staat und Recht als Probleme [Anm. 250], S. 177).

[339] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 1 (Anm. 174), S. 181.

[340] Anders als Merkl scheint Sander den modulierbaren Rechtskraftbegriff als Ersatz für den nicht relativierbaren Geltungsbegriff als Symbol der autoritativen Rechtskommunikationen zu verstehen. Da er diesen Gedankengang aber nicht explizit behandelt, können über das Verhältnis der Rechtskraft zur Rechtsgeltung in der Sanderschen Grammatik des Rechts nur Vermutungen angestellt werden, vgl. *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 16), Sp. 27 – eine Stelle, an der er sich darüber beklagt, dass Merkl Rechtskraft und Rechtsgeltung nicht in Bezug zueinander gesetzt habe. Im Folgenden wird mit Vorbehalt von ‚Geltung' bei der Rekonstruktion der Rechtsverfahrenstheorie Sanders geredet und somit versucht, seine Sprache – der Verständlichkeit halber – hier und da in die der Reinen Rechtslehre Kelsens und Merkls zu übertragen.

Daher gliedere sich „das ganze Recht in Steigerungsreihen der Erfüllung derart, daß z. B. die auf der Verfassungsstufe modo futuro gesetzten Anschauungen rechtserheblicher Tatsachen aller Art allmählich in die modo praeterito gesetzte Anschauung in die vollzogene Vollstreckung feststellenden Urteile übergeht".[341] Lediglich der letzterfüllenden Setzung des vollstreckenden Rechtsorgans fehle eine Synthesis bzw. eine Zusammensetzung zwischen Tatbeständen *modo futuro*, denn bei der völlig konkretisierten Verfahrensreihe sei der (immanente) Verweis auf die Zukunft ausgeschlossen. Die Lehre der Rechtskraft Sanders tritt in Verbindung mit einer Theorie der unterschiedlichen temporalen Modi des Rechts, die wiederum eine weitere Möglichkeit der Strukturierung der Stufen der Rechtsordnung anbietet.[342] Rechtskraft symbolisiert in dieser Lesart die Anschlussfähigkeit eines und jeden Urteils, das Rechtsbedeutungen (auch wenn nur vorübergehend) kondensiert, im Rechtssystem. Wie Sander dies in seiner Auseinandersetzung mit Merkl auf den Punkt bringt: „Alle Rechtsurteile nun sind Realurteile und teilen mit ihnen die Modalität der ‚Wahrscheinlichkeit' verschiedenen Grades".[343]

Die so konstruierte Rechtskraft ist folglich allen Rechtserscheinungen kongenial und verkörpert – ähnlich wie bei Merkl – die (Sandersche) Bekämpfung der Reduktion allen Rechts auf bestimmte akzidentielle Manifestationen (z. B. auf die generell-abstrakten Rechtssätze oder auf unveränderbare letztinstanzliche richterliche Entscheidungen). Sie eignet sich als ein wesentlicher Bestandteil im intendierten Schachzug Sanders gegen „das Dogma vom einstufigen, im Gesetze fertigen Rechte".[344] Gleichzeitig aber reagiert sie auf die Sander vorgeworfene angebliche Umkehrung des herkömmlichen Reduktionismus der Rechtsdogmatik,[345] indem er versucht den Rechtskraftbegriff auf die Gesamtheit der Rechtsurteile als eine graduierbare Bezeichnung ihrer unterschiedlichen Modi auszudehnen.[346] Die Rechtskraft symbolisiere ein Phänomen, das in allen Rechtssätzen beobachtbar sei, indem die konstitutiven Urteile des Rechts einerseits nur das Ergebnis der autoritativen Tatbestandsverknüpfungen durch die zuständigen Rechtsorgane seien und andererseits die Totalität von deren Betätigungen ausmachen würden, gleichgültig wie die konkrete Verknüpfung von Rechtssatzformen und Tatbestandsfunktionen in ihnen inhaltlich aussehe. Sie stellt in dieser Sanderschen Begrifflichkeit das Vehikel der Rechtskommunikationen dar. Das Recht wird über rechtskräftige Urtei-

---

341 *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 178), S. 120.

342 Vgl. *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 178), S. 120.

343 *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 16), Sp. 28. „Jeder adäquate, weil ‚zuständige' (objektive) Rechtsakt – und andere als ‚zuständige' objektive Rechtsakte gibt es nicht – ist […] ‚rechtskräftig', weil jeder solche Akt die Gegenstände seiner Aussagen in einer bestimmten Modalität setzt, die sich aber immer nur – auch im Falle der sogenannten Unanfechtbarkeit – auf der Stufenleiter der Wahrscheinlichkeit bewegt" (*Sander*, Staat und Recht als Probleme [Anm. 250], S. 177).

344 *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 178), S. 516.

345 Vgl. *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 281 f. (Fn. 1). Ausführlicher zu dieser Kritik an der Rechtstheorie Sanders durch Merkl als ein Moment der gegenseitigen Missverständnisse und Karikaturen beider Hauptkontrahenten der hier zu untersuchenden schulimmanenten Kontroverse vgl. unten Dritter Teil, Kap. IX, S. 476–479.

346 Vgl. *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 178), S. 517.

le produziert und reproduziert. Alle konstitutiven Urteile des Rechts haben an der Rechtskraft teil, wenn auch in variierbaren Modi. In ihnen manifestiert sich das Recht in unterschiedlichen Gestalten und mit verschiedenen Bestimmtheitsgraden. Ausgehend von der Beobachtung der bereits vorhandenen Operationen des Rechtssystems könne die reflexive Rechtswissenschaft von unterschiedlichen Verknüpfungen zwischen Tatbeständen und Rechtssätzen sagen, dass sie möglich, wirklich oder notwendig seien, statt sich mit der Geltung oder Nicht-Geltung noch nicht vollzogener Urteile spekulierend kompromittieren zu müssen. So esoterisch wie das alles klingen mag, die Rechtskraftlehre Sanders ist Teil seines Versuches, Kategorien für die Beschreibung des Rechtsverfahrens zu schaffen, die nicht vom Denkmodus des Sollens belastet werden. Auf diese Lehre kommt Sander auf der Suche nach Präzision und möglichste Objektivität.

Als die kontinuierliche Dynamik des Rechtsverfahrens prägende und strukturierende Kategorien eröffnen Kompetenz und Rechtskraft den Blick auf die „unendliche Allheit der Rechtssätze“,[347] denn „sie sind es, welche den unendlichen Gang der Rechtsanschauung, die Typik seines Verfahrens vorschreiben“.[348] Damit meint Sander die spezifischen Struktur- und Bewegungsgesetze des Rechtsverfahrens geknackt zu haben.

III … kein Anfang und kein Ende …

Einerseits gewährleiste das Kontinuum des Rechtsverfahrens die Souveränität des Rechts und die Einheit des Rechtszusammenhangs. Das Recht entstehe und vergehe ausschließlich aus dem Recht, sodass kein Stoß von außen in der Lage sei, Rechtsänderungen zu veranlassen. Die Reihe der stetigen Rechtszurechnungen als Verbindung von Rechtsvoraussetzungen und Rechtsfolgen könne in keinem Punkt durch rechtsverfahrensfremde Elemente durchbrochen werden. Rechtsverfahrenstranszendente Irritationen würden es nur schaffen, Recht zu erzeugen oder zu vernichten, wenn sie durch Rechtsoperationen in das Rechtsverfahren aufgenommen werden. In diesem Augenblick würden sie aber aufhören, rechtsfremde Erscheinungen zu sein und Recht werden. Das Recht konstituiere sich und lege sich gleichzeitig im Kontinuum der Rechtsverfahren ständig selbst aus, sofern die dafür zuständigen Rechtsorgane als Funktionen von Rechtssätzen in ihrer Korrelation mit rechtserheblichen Tatbeständen begriffen werden.[349] Die Entscheidungs-

[347] *Sander*, Zur Methodik der Rechtswissenschaft (Anm. 322), S. 307.

[348] *Sander*, Zur Methodik der Rechtswissenschaft (Anm. 322), S. 308.

[349] Hier soll aus Vorsicht darauf hingewiesen werden, dass „damit nicht etwa ein juristischer Wunderglaube propagiert werden soll, indem an Stelle des rechtsproduktiven Menschen ein juristischer deus ex machina gesetzt werden soll. Die Selbsterzeugung des Rechts drückt nur den Gedanken aus, dass das Recht eben nicht nur wie das ewig statische System eines konsequenten Naturrechts aus Regeln des menschlichen Verhaltens besteht, sondern auch aus *Regeln*, *die die Erzeugung dieser Regeln betreffen*“ (*Ebenstein*, Die rechtsphilosophische Schule der Reinen Rechtslehre [Anm. 8], S. 133; *Ebenstein*, The Pure Theory of Law [Anm. 8], S. 148). Ebenstein bezieht sich an dieser Stelle auf Merkls Stufenbaulehre, vgl. *Merkl*, Prolegomena (Anm. 9), S. 291

träger seien qua Organe ein spezifisches Moment der Rechtsoperationen und könnten sich nur dank des Bezugs auf die zirkulierenden Rechtsprozesse als zuständige Rechtsautoritäten firmieren. Also: Kein Phantom in der Maschinerie.[350] Die Verfahrensreihen des Rechts bestünden nur aus *Rechts*erscheinungen.[351] „[A]lles, was das Recht einmal ‚angefasst hat'", werde zur Rechtsgröße, liege in der Einheit der Rechtserfahrung.[352]

Die Kontinuität des Rechtsverfahrens weist andererseits daraufhin, dass „alle Rechtselemente als fließende, im stetigen Übergange befindliche" Elemente[353] unaufhörlich von den zuständigen Rechtsorganen gesetzt werden. „Es gibt keine starren, abgeschlossenen Rechtserscheinungen, es gibt keinen starren Tatbestand, es gibt keine letzte Setzung"[354] des Rechts, sondern nur kontinuierlichen wechselseitigen Bezug von Rechtssätzen auf Rechtstatbestände im Flow von tendenziell unendlichen Rechtsoperationen. Wenn eine autoritative Entscheidung letzter Instanz in einem bestimmten Rechtsfall getroffen wird, entschließe sich das Recht für diesen Fall zum Abschluss dieses einen Falls und somit neige sich eine Rechtserscheinung der Modalität der Notwendigkeit durch Vollstreckbarkeit zu. Die *res iudicata*, die – im herkömmlichen Sinne – rechtskräftige Rechtserscheinung bedeute aber auch einen möglichen Ausgangspunkt für weitere, künftige Rechtsoperationen. Ob die in Rechtskraft gewachsene Entscheidung im Flow des Rechtsverfahrens wieder aktualisiert und sich als anschlussfähig für neue Rechtserzeugungsverfahren durchsetzen wird, ließe sich von der Warte der Gegenwart aus rechtswissenschaftlich nicht anderes als durch bloße Wahrscheinlichkeitseinschätzungen behaupten. Sie kann sogar ihrem immanenten Sinne zum Trotz eventuell in den künftigen Operationen des Systems verändert werden und die in ihr durchgezogene Verknüpfung zwischen Tatbestand und Rechtssatz nicht mehr als ‚notwendig' behandelt werden.

Die konsequente Aktualisierung der Rechtserscheinungen im Rechtsverfahren stelle die Einheit des Rechts her, indem Recht und Unrecht, rechts(verfahrens)mäßige und rechts(verfahrens)widrige Rechtsvorgänge als solche konstituiert werden würden, und das Recht sich selbst – durch die Entscheidungen der zuständigen Organe – von nicht-rechtlichen Erfahrungen immer aufs Neue abgrenze, sich ausdifferenziere. „Das System bestimmt sich fortschreitend am einzelnen Tatbestand zu immer vollerer Konkretion, der einzelne Tatbestand bestimmt sich am System

---

= Merkl-GS I/1, S. 437–492 (475). Die Sandersche Verfahrenstheorie ist in ihrer Dynamik noch radikaler: Das Recht besteht nicht aus vom Bezug auf Tatbestände isolierten „Regeln": Es ist, wie es „angewandt" wird.

[350] Zur Einführung dieser Metapher („ghost in the machine") in den philosophischen Diskurs vgl. *Gilbert Ryle*, The Concept of Mind [1949], in: Gilbert Ryle, The Concept of Mind, 60th anniversary edition, London/New York 2009, S. 5.

[351] Vgl. *Fritz Sander*, Othmar Spanns „Überwindung" der individualistischen Gesellschaftsauffassung, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 53 (1925), S. 11–80 (68 mit Fn. 15).

[352] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 196), S. 1202 f.

[353] *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 208), S. 492.

[354] *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 208), S. 492.

zu immer reinerer Abstraktion".[355] So bilde sich progressiv ständig eine einheitliche und autonome Sinnsphäre ‚Recht' durch die ununterbrochene wechselseitige Aktualisierung der Rechtserscheinungen in den das Recht augenblicklich bestimmenden Entscheidungen; eine solche Einheitsstiftung zeige sich als eine unendliche Aufgabe des Rechtsverfahrens selbst. Die Bestimmung des Rechtsurteils am System und des Systems am Rechtsurteil sei niemals vollendet: Das Recht realisiere sich als „das unabgebrochene Verfahren, in welchem die Unendlichkeit der Rechtssätze sich zur Endlichkeit der Tatbestände bestimmt".[356] Dieses „Verfahren der Erzeugung des Endlichen aus dem Unendlichen ist unabgebrochen, hat weder Anfang noch Ende".[357]

Die Herstellung der Rechtseinheit als Kontinuität des Rechts sei als ein sich durchgängig durchsetzendes Programm in den Rechtsverfahren zu verstehen. Im Lauf der Zeit stabilisiere die unendliche Sukzession des Endlichen qua ständigem Vorgriff und Rückgriff auf Rechtssätze und rechtserhebliche Tatbestände im Rechtsverfahren das Recht als Koordinatensystem von und für weitere Rechtsoperationen. Die Rechtsverfahrenstheorie Sanders hebt die Zeitstruktur der Rechtserscheinungen/Rechtsentscheidungen als Rechtsereignisse hervor und präsentiert die Einheit des Rechts als eine konstante Leistung des Rechtsverfahrens (und nicht der Rechtsdogmatik oder der Rechtstheorie!). Die fortgängige Bezogenheit von Gesetzlichkeiten auf Gegenständlichkeiten, von Rechtssätzen auf rechtserhebliche Tatbestände wirke einheitsstiftend, sodass die Vorstellungen des Rechts als ein einheitliches fertiges Ganzes verfehlet seien. „Mit der Einsicht in die Verfahrensdynamik des Rechts werden auch die rechtlichen Stufendinge in den unendlichen Verfahrensfluß hineingerißen".[358]

Indem die Theorie der Rechtserfahrung sich darum bemüht, die ununterbrochene „Korrelativität aller Momente des Subjekt–Objektverhältnisses ‚Recht'" aufzuzeigen, meint sie die Unfruchtbarkeit des Projekts zu entlarven, „die ‚ideale'[359]

---

[355] *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 208), S. 496.

[356] Hier möglicherweise die verschleierte Quelle der Lösung von Ross zum Problem der Rechtsquelle, die darin besteht, das Rechtssystem in seinen immanenten Relationen als die Rechtsquelle überhaupt zu bestimmen, vgl. *Ross*, Die Theorie der Rechtsquellen (Anm. 271), S. 288 f. Hierbei zeigt sich wiederum die Berücksichtigung der Wiener Schule als Denkkollektiv als unentbehrlich für die adäquate Erschließung der Denksysteme ihrer verschiedenen Mitglieder: Das Sandersche Legat wirkt subterran in den Ansätzen einiger der Mitstreiter Kelsens weiter. Zum Beitrag Ross' zur Debatte um das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' vgl. unten Zweiter Teil, Kap. VI, S. 350–354.

[357] *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 208), S. 405. Vgl. auch *Sander*, Das Faktum der Revolution (Anm. 59), S. 148.

[358] *Sander*, Zur Methodik der Rechtswissenschaft (Anm. 322), S. 307.

[359] Sander eruiert seine Rechtsverfahrenstheorie in ständiger Kontrastierung zu der Kelsenschen Version der Reinen Rechtslehre, vor allem wie sie im Grundwerk ‚Hauptprobleme' präsentiert wurde. Die Einsicht in die Dynamik des Rechtsverfahrens zerplatze die Hoffnungen einer Eigengesetzlichkeitstheorie des Rechts, die nach der Bestimmung der idealen Formulierung des Rechtssatzes strebt. Diesem Streben hafte eine statische Auffassung des Rechts an. Vgl. *Hans Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 55), S. 237 = HKW 2, S. 21–878 (353), wo die Rede von der „ideale[n] Sprachform des Rechtssatzes" ist. Trotzdem entwickelte Sander seine eigene Lehre der inneren

Formulierung der Bedeutungsfunktionen der Rechtssätze“ herausarbeiten zu können.[360] Da „jeder Rechtssatz in seiner aktuellen Bedeutungs-(Verfahrens)funktion in Beziehung zur Allheit der Rechtssätze steht“, müsste „in die Formulierung jedes einzelnen Rechtssatzes […] die ganze Rechtsordnung aufgenommen werden“.[361] Das Recht differenziere sich durch die ständigen wechselbestimmenden Bezüge der Rechtsurteile aufeinander im Rechtsverfahren aus. Die noetischen Axiome der Kompetenz und der Rechtskraft würden Einordnungsmöglichkeiten schaffen, sie würden den Prozess der durchgängigen Rechtsänderungen gewissermaßen strukturieren und Orientierung für die rechtstheoretische Rekonstruktion der Dynamik des Rechtsverfahrens bieten.

IV. Die Rechtserzeugungsregel: Wechselbestimmung aller Rechtserscheinungen

„Die Rechtsverfahren sind Operationen, in welchen sich Abhängigkeiten zwischen Variablen aufbauen“.[362] Das Rechtsverfahren schaffe *Inter*dependenz zwischen den Rechtserscheinungen. Statt aus der Delegation einer höherrangigen Rechtsstufe durch Geltungsableitung ihre Rechtskraft zu holen, konstituiere die gegenwärtige, im Augenblick der aktuellen Rechtsorganentscheidung gesetzte Rechtserscheinung ihre eigene rechtliche Bedeutung und Relevanz in wechselbezüglichem Verhältnis mit vergangenen Rechtsvorgängen. Nicht ‚auf Grund‘[363] der auf einer höheren Ebene des Stufenbaus der Rechtsordnung liegenden Rechtserscheinung gelte schlichtweg neues Recht, sondern das schon bestehende Recht selbst verdanke seine Existenz (Rechtskraft/‚Geltung‘) der gegenwärtigen zuständigen Entscheidung, die es als Recht aktualisiere und für weitere Rechtserzeugungsverfahren als anschlussfähig bestimme, während dieses gerade als Erkenntnisgrund aktualisierte Recht der neuen Rechtserscheinung gleichzeitig Rechtskraft (*modo preterito*) – wie es scheint: ‚Geltung‘ – verleihe. Das Verhältnis zwischen den Elementen des Rechtsverfahrens sei das einer Wechselbestimmung, nicht das einer unilinearen und ein für alle Male feststehende Hierarchie:

Struktur der Urteile des Rechts als Doppelurteile, auf die hier nicht eingegangen wird, vgl. dazu z. B. *Sander*, Der Begriff der Rechtserfahrung (Anm. 180), S. 296–302. Zu einer didaktischen wie kritischen Reformulierung des Sanderschen Doppelurteils, die noch klarer als die eigene Darstellung Sanders ist, vgl. *Voegelin*, Reine Rechtslehre und Staatslehre (Anm. 329), S. 94–97. Zu den verschiedenen Lehren der Rechtssatzformel innerhalb der Wiener Schule vgl. *Otto Bondy*, Zum Problem der Rechtssatzformulierung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 9 (1930), S. 418–429.

360 *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 178), S. 121.

361 *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 178), S. 121.

362 *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 196), S. 1198.

363 Vgl. z. B. *Ernst Rudolf Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 2, Freiburg/Leipzig/Tübingen 1898, S. 118: „Nach unserem Rechtsgeschäfts-Begriffe ist unter ‚Rechtsgeschäft‘ eine Form der Rechtsbildung, genauer: eine Setzung von Rechtsnormen auf Grundlage irgendwelcher bereits bestehender superordinierter Rechtsnormen zu verstehen“.

„Das Gesetz setzt den künftigen Richterspruch als durch sich – das Gesetz – determiniert, und zwar durch sich – das Gesetz – so determiniert, wie es selbst im Richterspruch rückgreifend gesetzt werden wird. Andererseits setzt der Richterspruch rückgreifend das Gesetz als durch sich – den Richterspruch – determiniert und sich selbst als durch das so gesetzte Gesetz determiniert".[364]

Die zuständigen Rechtsorgane, die sich im jeweiligen Augenblick – in *the singleness of the decision*, wie es Christoph Kletzer ausdrückt[365] – durch Bezugnahme auf bestehende Rechtserzeugungsregeln als solche konstituieren, würden als „Allein-Herrscher im Reiche des Rechts"[366] fungieren. Dies impliziere aber nicht die Auflösung der Rechtserzeugungsregel in die Willkür des zeitgebundenen Rechtsentscheidens. Die Rechtserzeugungsregel fungiert auch in diesem Modell als „Bedingung der Möglichkeit der Entscheidung".[367] Jede Rechtsentscheidung, jeder rechtliche Sinn eines Willensakts, beziehe sich auf einen Komplex von Rechtserscheinungen, diese in der Gegenwart als vorgegeben (voraus)setzend, und bestimme solche Rechtserscheinungen rückgreifend als deren eigene (‚gültige') Rechtserzeugungsregel. Das Rechtsorgan konstituiere in einem gewissen Sinne die Rechtserzeugungsregel, die – auf der anderen Seite – seine Kompetenz als Rechtsorgan konfirmiere. Es könne auf den (pragmatischen) Bezug auf ein zuständigkeitsverleihendes Bündel von Rechtserscheinungen nicht verzichtet werden, auch wenn die Idee eines klar umrissenen Bedeutungsrahmens nicht vonnöten sei.[368]

Die Funktion der Rechtserzeugungsregel als solche sei ihrerseits auf ihre Aktualisierung durch künftige Entscheidungen verwiesen, die sich rückwirkend auf sie beziehen müssten. Die Rechtserzeugungsregel beanspruche aber gleichzeitig, ihre eigene Anwendung durch die künftigen Entscheidungen über die Regelung des Entstehungsweges dieser Entscheidungen zu programmieren. Ein Netz von Rechtserscheinungen „‚A' ist nicht bloß Rechtsvoraussetzung der Rechtsfolge ‚B', es ist vielmehr Rechtsvoraussetzung für die Rechtsfolge ‚B'. Nicht nur ‚B' als Rechtsfolge wird an ‚A' als Rechtsvoraussetzung bestimmt, sondern auch in umgekehrter Richtung bestimmt sich ‚A' als Rechtsvoraussetzung an ‚B' als Rechtsfolge".[369] Allerdings entstehe das Recht auch in Verachtung der Fremdprogrammierung durch die isoliert betrachtete Erzeugungsregel, wie sie von der Rechtsdogmatik verstanden werde; mit der Kategorie der Wechselbestimmung bricht das Sandersche Modell mit der statischen Vorstellung einer inhaltlichen Entsprechung zwischen bedingenden und bedingten Normen. Rechtserzeugungsregel und zu erzeugende Rechtserscheinung würden sich wechselseitig bestimmen und bedingen; so stünden alle Elemente des Rechtsverfahrens „in durchgängiger wech-

[364] *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 16), Sp. 21.
[365] *Kletzer*, The normative Jinx (Anm. 128), S. 8; vgl. noch *Thomas Nagel*, Mortal Questions, Cambridge 1979, S. 128, an den Kletzer sich dabei anlehnt.
[366] *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 178), S. 30.
[367] *Sander*, [Buchbesprechung] Sauer, Grundlagen des Prozeßrechtes (Anm. 219), S. 533.
[368] Zum Rahmentheorem Merkls vgl. oben Zweiter Teil, Kap. IV, S. 187–189.
[369] *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 208), S. 495.

selseitiger" konstitutiver Relation zueinander.[370] Die Verfassungsrechtsakte setzen beispielhaft

„im aktiven Zuständigkeitsmodus künftige Organakte als von ihnen, den Verfassungsakten, anerkannte Akte, sie setzen im passiven Zuständigkeitsmodus künftiger Organakte als sie, die Verfassungsakte, anerkennende Akte. Die rückgreifend auf die Verfassungsakte gerichteten Organakte hingegen setzen im aktiven Zuständigkeitsmodus die vergangenen Verfassungsakte als von ihnen, den rückgreifenden Organakten anerkannte Akte, sie setzen im passiven Zuständigkeitsmodus die vergangenen Verfassungsakte als sie, die rückgreifenden Organakte anerkennende Akte".[371]

Bis in die letzten Konsequenzen durchdacht, impliziert dieser Gedankengang eine Umdeutung der Zeitstruktur des Rechtsverfahrens. Alles was rechtsrelevant in einer bestimmten rechtsgeltungsvermittelnden bzw. rechtsaktualisierenden Relation geschieht, geschieht gleichzeitig. „Alle Rechtserscheinungen, sofern sie im Raume als zugleich wahrgenommen werden können, stehen in wechselseitiger Zurechnungsverknüpfung".[372] Jede Rechtsentscheidung bringe einen ganzen Komplex von Rechtserscheinungen zur ‚Geltung'. Jeder Rechtsakt werde erst durch einen anderen sich auf ihn als Recht beziehenden Akt zum objektiven Recht: Objektives Recht – positives Recht – sei nur ein Ausdruck dafür, dass vergangene Akte einer interindividuellen, intersubjektiven Mannigfaltigkeit von subjektiven Rechtsakten angehören. Objektives Recht bezeichne nur eine Mannigfaltigkeit von gegenwärtig aufeinander bezogenen, sich wechselseitig anerkennenden, subjektiven Rechtsakten.[373] Positives Recht bestimme sich als solches als aktueller Sinn von gegenwärtigen Willensakten (Entscheidungen).[374]

Mit dem Konzept der Wechselbestimmung verabschiedet sich die Rechtstheorie Sanders von dem Bild eines Stufenbaus im Sinn eines fertigen, aus fixierten Etagen bestehenden Rechtsgebäudes zugunsten der Idee der „Verschiedenheit der Richtungen"[375] der Rechtsverfahren. Jede rechtskräftige Rechtserscheinung funktioniere (möglicherweise) als ein weiterer Anknüpfungspunkt im Rechtsverfahren, „stell[e] einen jener Punkte dar, an dem das Gesamtverfahren des reinen Willens zwar nicht unterbrochen, in seiner Richtung abgelenkt w[e]rd[e], sondern von dem aus bei gleichzeitigem Fortgange in der bisherigen Richtung Ver-

370 *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 208), S. 496.

371 *Sander*, Staat und Recht als Probleme (Anm. 250), S. 188.

372 *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 208), S. 495.

373 *Sander*, Othmar Spanns „Überwindung" der individualistischen Gesellschaftsauffassung (Anm. 351), S. 74.

374 „Die Rechtsgesetze sind nicht Normen, sondern Existentialurteile: und was in den Tatbeständen dieser Urteile nicht aufzeigbar ist, ist nicht Recht" (*Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 [Anm. 196], S. 984). Zu einer ähnlichen Formulierung gelangt Verdross, der aber die Rechtswissenschaft anders als Sander noch als Normwissenschaft betrachtet. Für ihn liegt die Positivität des Rechts darin, „daß das Recht eine sich stufenförmig in Organakten entfaltende Ordnung ist". Die positive Rechtsordnung sei „jene, die sich in Organakten aktuell realisiert" (*Verdross*, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes [Anm. 69], S. 80).

375 *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 208), S. 501.

fahren neuer Richtung ausstrahlen könn[t]en".[376] Das positive Recht „ist somit kein Stufenbau, sondern liegt auf der einen Ebene der wechselseitigen Zuständigkeitsbezogenheit. Kraft dieses Wechselbezugs bedeutet das Recht einen einzigen kontinuierlich sich setzenden und gesetztwerdenden Rechtssatz, das Rechtsverfahren".[377] Die zu erzeugende Rechtserscheinung legitimiere sich als Recht, indem sie selbst sich aussuchen würde – selbstredend: in der Entscheidung des Organs –, aus welchen schon bestehenden Rechtssätzen sie erzeugt werde bzw. welche Rechtssätze sie durch ihre Erzeugung aktualisiere. Allerdings könnten die Organentscheidungen es nicht beiseitelassen: Das zu erzeugende Recht brauche das vergangene Recht, unter Berufung auf welches es sich als positives, ‚geltendes' Recht legitimiere.

Im Rechtsverfahren würden sich die Relationen zwischen den Rechtserscheinungen kontingent strukturieren, sodass jede individuelle Rechtserscheinung in ihrem exakten Verhältnis zu den von ihr zu aktualisierenden Rechtssätzen in gewissem Sinne zufällig sei – verschiedene Hierarchien würden durch die konkreten Wechselbezüge zwischen den Elementen des Rechtssystems in den Urteilen der Rechtsorgane auf- und ausgebaut werden. Jedes (rechtskräftige) Rechtsurteil stelle einen mehr oder weniger definitiven Haltepunkt im kontinuierlichen Rechtsverfahren dar, es konstituiere sich als anschlussfähig für weitere Rechtsoperationen und kondensiere in sich frühere Kommunikationen des Systems, die von ihm in der konkreten Anwendungssituation neu gedeutet und als Rechtssätze bestätigt bzw. erkannt werden würden.[378] Das Rechtsverfahren wird dementsprechend als eine radikale Dynamik begriffen, d. h. als eine Praxis der Selbst(rechts)reproduktion durch Redundanz und Variabilität,[379] in der sich das Recht von Situation zu Situation re-identifiziert. Die Struktur und das Funktionieren des Rechts seien folglich „unausweichlich zirkulär".[380] Die Operationen des Rechtssystems würden nicht auf die bloße ‚Anwendung' einer vorgegebenen Rechtsordnung aufbauen[381] und könnten so simpel nicht rekonstruiert werden.

---

376 *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 208), S. 501.

377 *Sander*, Staat und Recht als Probleme (Anm. 250), S. 190.

378 Vgl. die Rekonstruktion der Symbolfunktion der Geltung über die Metapher der Zirkulation bzw. Zirkularität durch *Niklas Luhmann*, Die Geltung des Rechts, in: Rechtstheorie 22 (1991), S. 273–286 (279).

379 Vgl. *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt 1993, S. 358.

380 *Somek*, Rechtstheorie zur Einführung (Anm. 259), S. 150.

381 Für Sanders Rechtsverfahrenstheorie gilt in dieser Hinsicht, was Vesting über die Systemtheorie Luhmanns sagt: „[…] the operation of the legal system is not an ‚application' of an already given order […]" (*Thomas Vesting*, Legal Theory, München 2018, S. 4 [Rn. 8]). Vgl. auch *Thomas Vesting*, Rechtstheorie, 2. Aufl., München 2015, S. 4 (Rn. 7).

C. Das Rechtsverfahren als ein ‚Subjekt–Objekt-Verhältnis': Zwischen Konstitution und Reflexion

Das Sandersche Modell sichert wie kaum ein zweites die Positivität des Rechts in der Gestalt einer Selbstkonstitution der rechtlichen Relevanz (Selbstbestimmung) durch immanente Rechtsoperationen. Ausdruck findet die Treue zur Vollpositivität des Rechts des in diesem Sinne (absolut bzw. radikal) rechtspositivistischen Programms Sanders dementsprechend in der Unterscheidung zwischen reflexiven Urteilen der Rechtswissenschaft und konstitutiven Urteilen des Rechts.[382] Unter „Urteilen des Rechts" fasst Sander die Gesamtheit der Rechtsakte zusammen, genauer die rechtskräftigen Bedeutungen von autoritativen Organakten, in denen die Beziehung von Rechtsbegriffen auf rechtserhebliche Tatbestände in verschiedenen Bestimmtheitsgraden konstituiert wird.[383] Die „Urteile der Rechtswissenschaft" hingegen bezeichnen lediglich Urteile über die Urteile des Rechts und seien das Produkt der regressiven Analyse der im Rechtsverfahren vollzogenen Konstitutionen von Rechtsbedeutungen. Diese Urteile der Rechtswissenschaft seien lediglich rechtsverfahrensbezogen, sie seien aber keinesfalls rechtskonstitutiv.

Das Rechtsverfahren bilde ein souveränes, da nicht aus dem Jenseits des Rechts ableitbares „Subjekt–Objektverhältnis".[384] Rechtsorgane handeln dabei als rechtsschöpfende Subjekte, die rechtserhebliche Tatbestände mit Rechtssätzen immer aufs Neue in Bezug setzen. Die Rechtswissenschaft als reflexive Wissenstätigkeit (Kognition) dürfe sich nicht in die verschiedenen Kondensierungspunkte der Rechtsverfahren mit dem Anspruch einmischen, die ‚richtigen' Rechtsbedeutungen zu bestimmen. „(N)ur in Korrelation zu den Organkoordinaten, nicht in Kor-

---

[382] Sander formuliert diese für seine Theorie der Rechtserfahrung unentbehrliche Unterscheidung als Kritik an der – seiner Meinung nach – Fehlkalibrierung des Verhältnisses zwischen Recht und Rechtswissenschaft durch Kelsen, vgl. *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 178), S. 589 f. Mit der Differenzierung von Urteilen des Rechts und der Rechtswissenschaft formuliert Sander der Intentionalität und Funktion nach die Kelsensche Unterscheidung zwischen (rechtskonstitutiven) Rechtsnormen und (rechtsbeschreibenden) Rechtssätzen vorweg. Vgl. *Hans Kelsen*, The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence, in: Harvard Law Review 55 (1941), S. 44–70 (51), für die – soweit ersichtlich – erste terminologische Isolierung der beiden Phänomene durch Kelsen. Vgl. noch *pars pro toto Kelsen*, RR2 (Anm. 29), S. 73 f./141 f. Zu den systeminternen Entwicklungen bzw. Metamorphosen der Kelsenschen Lehre des Rechtssatzes vgl. *Dias*, Rechtspositivismus und Rechtstheorie (Anm. 171), S. 133 (Fn. 7).

[383] „Unter ‚Rechtsakten', ‚Urteilen des Rechts' verstehen wir ein weites Gebiet von Gebilden, welches ‚völkerrechtliche Verträge', ‚Gesetze', ‚Verordnungen', ‚Prozessurteile', ‚Beschlüsse', u. a. m. umfaßt. Diese Gebilde finden wir – in den häufigsten Fällen in schriftlichen – ‚Ausdrücken' vor. Aber es ist selbstverständlich, daß diese Ausdruckszeichen nicht das ‚Recht' sind, ‚Recht' vielmehr eine souveräne Sphäre von ‚Bedeutungen' darstellt" (*Sander*, Kelsens Rechtslehre [Anm. 178], S. 104). Die Unterscheidung zwischen dem Organakt und dem Sinn dieses Aktes hielt Sander für unentbehrlich und nahm für sich die Vaterschaft dieses Gedankens innerhalb der Wiener Schule in Anspruch, vgl. *Fritz Sander*, In eigener Sache, Prag 1923/1924, S. 2. Kanonisch vgl. *Kelsen*, RR2 (Anm. 29), S. 1 f./22 f.

[384] *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 178), S. 29. Vgl. auch *Sander*, Zur Methodik der Rechtswissenschaft (Anm. 322), S. 309.

relation zu den ‚logischen' Koordinaten der Rechtswissenschaft konstituieren sich Rechtsbedeutungen",[385] sprich:

„Die Dynamik des Rechts bedeutet nicht die rechtswissenschaftlich-logische Ableitung einer Rechtsstufe aus der anderen, sondern die rechtliche (verfahrensmäßige) Synthesis von Existentialurteilen, die sich durch Rechtsbegriffe (durch rechtliche ‚Bedeutungen') auf rechtserhebliche Tatsachen beziehen, bedeutet der Rechtsprozess nicht faktische Vorgänge, denen erst die Urteile der Rechtswissenschaft einen ‚Sinn' verleihen, sondern souveräne Urteilsfunktionen, welche ausschließlich der rechtlichen (nicht rechtswissenschaftlichen) Gesetzlichkeit unterstehen".[386]

Ähnlich – aber nicht identisch – wie die Naturwissenschaften bei der methodologischen Konstitution der Realität als Untersuchungsgegenstand operiere das Rechtsverfahren als Prozess der Erzeugung von Deutungsschemata; es erfülle die Funktion eines spezifischen, dynamischen Systems der Abschattung der ‚Dingwelt':[387] Das Rechtsverfahren sei eine „souveräne Methode der Daseinssetzung",[388] es „interpretiert, beschreibt und faßt [die weltlichen Vorgänge] zusammen" und setze diese in Relation zur „rechtsbegrifflichen Welt".[389]

Im Rechtsverfahren würden die rechtserheblichen Tatbestände erst in ihrer rechtlichen Erheblichkeit bestimmt werden, werde die Welt rechtlich neugelesen, indem unterschiedlichen Vorgängen rechtliche Relevanz von den zuständigen Rechtsorganen durch autoritative Entscheidungen zugerechnet werde. Das Recht selbst prästiere eine Konstitutionsleistung, es konstituiere Tatsachen als rechtserhebliche Tatbestände im Rechtsverfahren. Kraft des Verhältnisses einer Wechselbestimmung zwischen den Rechtserscheinungen fungiere jeder Rechtsakt vollkommen als Anwendung und Erzeugung des Rechts zugleich, sodass man phänomenologisch gesehen einen Erkenntnisanteil von einem Erzeugungsanteil kaum mehr trennen könne.[390] Die sich aufeinander beziehenden Organakte seien qua Rechtserscheinung wechselseitig als Voraussetzung und Nachsetzung rechtfertigend aneinander gebunden.[391] „Das Verfahren (der Prozeß), als kontinuierlich fortschreitende Tatbestandserzeugung, Tatbestandsfunktion, wird zur Grundfunktion der rechtlichen Dynamik" und diese „Grundfunktion durchwaltet das ganze Rechtssystem",[392] sodass die „Statik der endlichen in die Dynamik der unendlichen Funktionen"[393] aufgelöst wird.

---

385 *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 178), S. 30.

386 *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 178), S. 28.

387 Vgl. *Sander*, Zur Methodik der Rechtswissenschaft (Anm. 322), S. 294.

388 *Sander*, Zur Methodik der Rechtswissenschaft (Anm. 322), S. 295.

389 Zwei Zitate: *Sander*, Staat und Recht, Hb. 1 (Anm. 174), S. 437.

390 Vgl. die zutreffende Rekonstruktion bei *Alexander Somek*, The Legal Relation. Legal Theory after Legal Positivism, Cambridge 2017, S. 31 f.: „Every act is both fully law creating and fully law applying. It is fully law creating in that it involves a self-interpretation of what constitutes an application. It is fully law applying owing to lending its own voice to another source".

391 *Sander*, Staat und Recht als Probleme (Anm. 250), S. 190.

392 Zwei Zitate: *Sander*, Das Faktum der Revolution (Anm. 59), S. 149 – Hervorhebung nicht übernommen.

393 *Sander*, Staat und Recht, Hb. 1 (Anm. 174), S. 181.

In der Schematisierung der Rechtserscheinungen als solche taugt das Rechtsverfahren als eine Art Kognitionsverfahren konstitutiven Charakters.[394] Es ‚beschreibt' die Realität rechtlich, indem es bestimmte Machtanwendungen als rechtsverfahrensmäßig, als Ausübung einer rechtlichen Kompetenz erklärt.[395] „Die Rechtswissenschaft aber vollzieht in reflexiver Zuwendung zum konstitutiven Sinne des Rechtsverfahrens deskriptive Analysen der originären Rechtssphäre".[396] Da das Rechtsverfahren schon ein Subjekt–Objekt-Verhältnis darstelle, dürfe sich die reflexiv-deskriptive Rechtswissenschaft nicht anmaßen, an die Stelle des Subjekts (Rechtsorgan) treten zu können und habe nur die im Rechtsverfahren konstituierten Rechtsphänomene *ex post facto* zu analysieren, ohne die konstitutiven Leistungen der Rechtsorgane außer Acht zu lassen.

„[D]ie Aussage über das ‚So-Sein', den ‚aktuellen Sinn' eines Rechtsaktes gehört in die Relation ‚Organ–Tatbestand'", d. h. in das souveräne rechtliche Subjekt–Objekt-Verhältnis und somit „in die Relationsklasse ‚one-many'":[397] Nur die zuständigen Rechtsorgane würden die Rechtlichkeit, d. h. die Rechtskraft unterschiedlicher zu Rechtsurteilen gemachter weltlicher Phänomene determinieren können. Die rechtlichen Relationen seien in das Vokabular der Rechtstheorie als Zuständigkeit übersetzte Machtrelationen (keine primär logischen oder ethischen). Der Hauptirrtum der traditionellen Rechtslehren liegt laut Sander darin, das Organmoment, die ‚noetischen Momente' des Rechts auszuklammern und diese als Konstante zu setzen, indem sie das Recht nicht in Korrelation zu den Rechtsorgankoordinaten analysieren, sondern das Subjekt des Subjekt–Objekt-Verhältnisses (Organ–Tatbestand) ‚Recht' substituieren wollen. Dieser Substitution durch die „Konstantsetzung des Rechtsverfahrens"[398] sei der untaugliche, aber übliche Gebrauch der Kategorie von Rechtsfehlern/Rechtsirrtümern zu verdanken.

Das Ausschalten der konstitutiven Leistungen der Rechtsorgane aus der Rechtsbetrachtung sei eine Fehlerquelle in doppeltem Sinn. Erstens werde die Urteilsstandpunktabhängigkeit der über die rechtserheblichen Tatbestände gefällten Urteile des Rechts invisibilisiert, indem an die Stelle der variablen, sich im konkreten

394 Vgl. *Kletzer*, Kelsen, Sander and the Gegenstandsproblem of Legal Science (Anm. 233), S. 792 f.

395 Vgl. *Sander*, Staat und Recht, Hb. 1 (Anm. 174), S. 439 f.

396 Vgl. *Sander*, Zur Methodik der Rechtswissenschaft (Anm. 322), S. 288.

397 Zwei Zitate: *Sander*, Staat und Recht als Probleme (Anm. 250), S. 189.

398 „Denn alle Tatsachen sind rechtserhebliche Tatsachen nicht in bezug auf beliebige Urteilsstandpunkte, auf konstante logische Koordinaten, sondern lediglich in bezug auf bestimmte Urteilsstandpunkte (der ‚berufenen Organe'), auf variable rechtliche Koordinaten, in bezug auf Rechtsverfahren. Die ‚Tatbestände' sind ausschließlich das intentionale Korrelat von bestimmten Akten, den Rechtsakten, welche nur in Rechtsverfahren (von ‚Organen', nicht von jedem beliebigen ‚Menschen') vollzogen werden können: nur in Rechtsverfahren tritt originär gebende Anschauung rechtserheblicher Tatsachen auf. Mit dieser Erwägung, welche die herrschende Konstantsetzung des ‚formellen' Rechts und die Logisierung des ‚materiellen' Rechts beseitigt, vielmehr alles Recht als Verfahrensrecht, alle rechtserheblichen Tatsachen als unaufhebbare Korrelation zu der Einheit der Rechtsbedingungen, dem Rechtsverfahren, erkennt, ist bereits ein wichtiger Einblick in das Wesen der Rechtserfahrung gewonnen […]" (*Sander*, Der Begriff der Rechtserfahrung [Anm. 180], S. 299 f.).

Rechtsverfahren stetig neukonstituierenden Rechtskoordinaten die Meinung der Rechtswissenschaftler trete. Zweitens werde folglich die Meinung der Rechtswissenschaftler, die sich angeblich objektiv auf die die Rechtsanwendung programmierenden Rechtssätze beziehe, als ausschlaggebender Maßstab für die Evaluierung der Korrektheit der Rechtsvorgänge verwendet. Die übliche Rede von Defekten bei der Rechtserzeugung/Rechtsanwendung basiere auf einer Lesart des Rechts nach dem Muster „many-many“,[399] wobei jeder Rechtsunterworfene, aber insbesondere die Rechtsdogmatik dazu berechtigt sei, zu entscheiden, wie das Recht gestaltet werden sollte. So verkomme die Rechtswissenschaft zu einer naturrechtlichen Metajurisprudenz. Bei dem wissenschaftlichen Umgang mit dem Recht gelänge es somit nicht, sich von der Begrifflichkeit und dem Denkmodus der Ethik abzugrenzen; das Recht werde nach dem Vorbild der Moral gedacht.

Anstatt eine Analyse des kontinuierlichen, augenblicklich und ständig erneut hergestellten Bezugs von Rechtssätzen auf Tatbestände durch das zuständige Rechtsorgan im Rechtsverfahren durchzuführen, isoliere die herkömmliche Rechtslehre die Rechtserscheinungen und schiebe sich zwischen die von ihr als Stufen wahrgenommenen Momente der Rechtserfahrung, mit dem Anspruch hoheitlich deutend festzustellen, was Rechtens sei. Weil aber „alle rechtlichen Tatbestände […] rechtliche Tatbestände lediglich in Korrelation zu bestimmten rechtlichen Bezugssystemen“[400] sind, und „weil die Rechtserfahrung selbst eine Erkenntnisart – das Zu-Recht-Erkennen – ist“,[401] stehe der Rechtswissenschaft ausschließlich eine reflexive Aufgabe zu. Ihr sei keine konstitutive Rolle bezüglich der Bestimmung des rechtmäßigen oder rechtswidrigen Charakters eines Rechtsakts zuzusprechen; sie besitze, anders als sie normalerweise beanspruche, keine Deutungshoheit über die Rechtswidrigkeit oder Fehlerhaftigkeit der Rechtsoperationen. So kommt man über die rechtsverfahrenswissenschaftlich deklinierte Rechtstheorie Sanders auf die Verleugnung der rechtstheoretischen Tauglichkeit der Kategorie der Rechtsfehler.

[399] *Sander*, Staat und Recht als Probleme (Anm. 250), S. 176 f. (Fn. 1).
[400] *Sander*, Der Begriff der Rechtserfahrung (Anm. 180), S. 299 f.
[401] *Sander*, Der Begriff der Rechtserfahrung (Anm. 180), S. 304.

Kapitel VI

Das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts'

A. ‚Rechtswidriges Recht' als rechtswissenschaftlicher Arbeitsauftrag

Wird das Verhältnis zwischen den Rechtserscheinungen im Rechtsgewinnungsverfahren als eines der Abhängigkeit konzipiert, sodass bedingende Rechtsnormen die rechtserzeugenden und rechtsderogierenden Kompetenzen der Rechtsorgane durch die Aufstellung von Rechtsgeltungserfordernissen sowie Rechtmäßigkeitsbedingungen einschränken, ergibt sich ein Modell, laut dem die „Rechtsentwicklung" in der einmal „eingeschlagenen Entwicklungslinie des Rechts"[402] bleiben muss. Die Lehre des Stufenbaus nach der rechtlichen Bedingtheit Merkls besagt, „eine [Rechts-]Norm bezieht ihre Geltung daraus, dass sie gemäß den Vorgaben anderer Normen zustande gekommen ist".[403] Was aber, wenn eine mit dem Anspruch von Rechtlichkeit erlassene Norm die Vorgaben der bedingenden Rechtsnormen nicht beachtet? Basiert die fortgeschrittene Stufe im Prozess der Rechtserzeugung nicht auf der vorangegangenen, wird – theoretisch – kein Recht geschaffen. In so einer Theorie wird die gültige Rechtsschöpfung in einem Bereich des rechtlichen Dürfens[404] (der Rechtmäßigkeit) konfiniert. Die sogenannte „authentische Interpretation" könne „prinzipiell nur innerhalb des Rahmens […], den die intellektuelle Interpretation offen gelassen hat, weiterwirken".[405] Die durch den rechtserkennenden Intellekt vollzogene Konstatierung einer Diskrepanz zwischen der Wirklichkeit der mit der Prätention der Rechtssetzung auftretenden Ergebnisse der Tätigkeit der Rechtsorgane und dem normativen Anspruch der von den bedingenden Normen aufgestellten Kriterien für die rechtmäßige Rechtserzeugung führe – wenigstens *prima facie* – zur Verbannung der in Frage kommenden Erscheinung in die Sphäre des Nicht-Rechts. Der Rechtserzeugungs- bzw. Rechtsvernichtungsversuch würde unter solchen Umständen scheitern.

Die dynamische Struktur positiver, aufgrund sukzessiver Delegationen bzw. Ermächtigungen operierender Rechtserzeugungszusammenhänge impliziert die

---

[402] Zwei Zitate: *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 175 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (116).

[403] *Oliver Lepsius*, Normenhierarchie und Stufenbau der Rechtsordnung, in: JuS 2019, S. 950–954 (951).

[404] Näheres zur Unterscheidung zwischen rechtlichem Dürfen und rechtlichem Können unter: Zweiter Teil, Kap. VI, S. 295–297.

[405] Zwei Zitate: *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 175 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (116). Zum Begriff der ‚authentischen Interpretation' vgl. oben Zweiter Teil, Kap. IV, S. 183 (Anm. 86).

nicht ausschließbare Möglichkeit von außerhalb des erkenntnismäßig ermittelten Rahmens produzierten positiven Rechtsnormen. Die alltägliche Sprache der Rechtspraxis wie der Rechtsdogmatik kennt zahlreiche Ausdrücke für die Bezeichnung solcher möglichen Phänomene – von ‚rechtswidriger Verwaltungsakt' über ‚gesetzwidriger Vertrag' bis hin zu ‚verfassungswidriges Gesetz' oder gar ‚verfassungswidriges Verfassungsrecht' –, welche ungeachtet ihres möglichen Konflikts zu den Erzeugungsregeln keineswegs immer als unwirksam oder ungültig (nichtig) gedeutet werden. Allen diesen nicht seltenen Konstellationen sei – nach Merkl – gemeinsam, „daß etwas, was sich aus der anzuwendenden Rechtsnorm nicht ergibt, sondern für das logische Denken anders, wenn nicht gegenteilig ergeben würde, doch als Rechtsanwendung oder angewandtes Recht gilt".[406] Sie adressieren die Perzeption, eine gewisse Rechtserscheinung sei dergestalt erzeugt worden, dass die einschlägigen normativen Rechtmäßigkeitsbedingungen verfehlt würden. Diese sprachlichen Figuren kommunizieren unter der allgemeinen Rubrik der „rechtswidrigen Organhandlungen"[407] bzw. des „rechtswidrigen Rechtes"[408] das Auseinandergehen von normativen Rechtsansprüchen und wirklichen Rechtsentscheidungen. Dabei wird der faktische, nicht notwendigerweise reflektierte Befund zur Sprache gebracht, dass die zuständigen Rechtsorgane sich bei der Rechtsanwendung über die normativen Vorgaben des Rechts hinwegsetzen können. Dadurch wird ein Auffassungsunterschied zwischen Rechtsanwendern und externen Beobachtern oder möglicherweise sogar von durch die autoritativen Rechtsentscheidungen Betroffenen thematisiert. So pauschal formuliert, machen diese Ausdrucksweisen indes die Standpunktdependenz der Fragestellung nach der Rechtswidrigkeit des Rechts, wie deren Beantwortung, unsichtbar. Sie unterstellen die Existenz eines privilegierten Zugangs zur Feststellung des rechtlichen Status einer autoritativen Entscheidung. Was eine rechtswidrige Entscheidung konkret ausmache, sei trotz möglicher Meinungsunterschiede meistens klar.

Die Kehrseite der als Rechtsrahmen (Deutungsschema und Selektionsschema zugleich) fungierenden bedingenden Rechtsnorm (in Merkls Grammatik und Repertoire) im dynamischen Rechts(erzeugungs)verfahren ist die Markierung der Möglichkeit, einen von der Ermächtigungsnorm nicht gedeckten Willensakt (eine Entscheidung) erkenntnismäßig festzustellen. „Die Rechtsnorm, die das Stadium der Rechtsanwendung passiert", erscheint „wie etwa durch ein Prisma gebrochen": Sie nimmt immer die Richtung, „die ihr der Rechtsanwender gibt".[409] Jenseits der möglichen rechtlichen Fremdprogrammierung eröffnet sich dem Rechtsorgan ein Blankett, im Rahmen dessen die unterschiedlichsten zulässigen Wahlmöglichkei-

[406] *Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege (Anm. 57), S. 510 = Merkl-GS II/1, S. 3–69 (12).
[407] *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 427 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (235).
[408] *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 275.
[409] Drei Zitate: *Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege (Anm. 57), S. 510 = Merkl-GS II/1, S. 3–69 (12). Das Bild des „Prismas" ist eine weitere, in der Literatur wenig berücksichtigte Metapher aus dem Merklschen Fundus, um den Rechtserzeugungs- bzw. Rechtsanwendungsprozess mit Betonung der Entscheidungskomponente bzw. des Erzeugungsanteils darstellen zu können. Zum Repertoire der Merklschen Metaphern vgl. oben Zweiter Teil, Kap. IV, S. 180 (Anm. 67).

ten zur Verfügung stehen. *Welche* der zur Disposition stehenden Möglichkeiten als Recht aktualisiert wird, aber auch *ob* eine innerhalb des Rechtsrahmens zugelassene normative Alternative für die Weitererzeugung des Rechts in Anspruch genommen wird, hängt von einem Willensakt des Rechtsorgans ab.[410] „Jedes Urteil kann einen neuen (vom Gesetz verschiedenen) Inhalt neben den des Gesetzes und der übrigen Urteile stellen", sodass man es mit einem „‚vielgestaltige[n] Rechtsantlitz'"[411] zu tun hat.

Daher verwundert die Erfahrung nicht, dass zuweilen „der Rechtsanwender offenbares Unrecht zum Rechte wandelt".[412] Außerhalb der rechtmäßigen Entscheidungsmöglichkeiten zu agieren, bleibt für das zuständige Rechtsorgan eine nicht zu eliminierende Option, die sich durch die Inanspruchnahme des durch die bedingenden Normen demarkierten Rechtsrahmens als nicht-positiv markierte Möglichkeit identifizieren lässt, d. h. die als deviante, ‚rechtswidrige Entscheidung' mit Rekurs auf die als Deutungsschema fungierende Erzeugungsregel gebrandmarkt werden kann. Hier entsteht der Raum für die leicht laienhaft beladene Semantik der ‚Rechtsfehler', die (meist intuitiv) auf einer Disharmonie aufgebaut wird, nämlich auf der Dissonanz zwischen dem Rechtsplan – wie er von dem Rechtsbetrachter, sei er ein theoretisch oder dogmatisch arbeitender Jurist oder ein am Rechtsspiel gerade teilnehmender Rechtsunterworfener, verstanden wird – und dessen Ausführung durch die Rechtsorgane. Das Signum des ‚Rechtsfehlers' deutet darauf hin, dass der das Recht schaffende autoritative Rechtsinterpret bzw. Rechtsanwender nicht immer als ‚korrekter' Rechtsanwender taugt. „Es gibt also [rechtsnormative] Transformationen, die wirksam werden, ohne [anscheinend] ein Fundament im Erzeugungszusammenhang zu besitzen".[413]

Die tagtägliche Erfahrung des erkennbar außerhalb des Rahmens erzeugten und dennoch als geltend behandelten Rechts fordert die grundlegende Mechanik des Merklschen Stufenbaumodells heraus. Denn sie macht darauf aufmerksam, dass eine strikte Ablehnung der Geltung der wie auch immer ‚fehlerhaft' erzeugten Rechtserscheinung zu einer fragwürdigen Beschreibung der Rechtsstrukturen führt, die einen größeren Teil der aus ihnen entstandenen autoritativen Entscheidungen als Nicht-Recht begreifen (können) will. Das Grundverständnis, dass das Recht nur rechtmäßig entstehen könne, scheint durch unleugbare Ereignisse der Rechtspraxis erschüttert zu werden. Die Reine Rechtslehre reagierte auf diese

---

[410] *Adolf Julius Merkl*, Das kaiserliche Patent vom 26. Juli 1913 und das richterliche Überprüfungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre über den Unterschied von Justiz und Verwaltung, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1915), S. 295–308 (298 Fn. 11) = Merkl-GS III/1, S. 3–17 (7 Fn. 11).

[411] Zwei Zitate: *Wolfgang Schild*, Die Rechtsanwendungstheorie der Reinen Rechtslehre [1977], in: Wolfgang Schild, Die Reine Rechtslehre Kelsens. Zwölf Beiträge, Hamburg 2021, S. 77–86 (80).

[412] *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 447 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (128).

[413] *Otto Pfersmann*, Kelsens Ideologiekritik, in: Nikita Aliprantis/Thomas Olechowski (Hrsg.), Die Aktualität eines großen Rechtswissenschafters und Soziologen des 20. Jahrhunderts, Wien 2014, S. 53–66 (63).

Wahrnehmung und kam über den Weg der Dynamisierung ihrer Rechtsbetrachtung und die Ausarbeitung einer Lehre der Eigengesetzlichkeit des Rechts auf das Problem der Abspaltung von Erkenntnis und Anwendung des Rechts und somit auf die Theorie(n) des „doppelten Boden des Rechts".[414] Es galt diese gefühlte „Doppelheit des Rechts"[415] zu erklären, d. h. (in einer möglichen Reformulierung) die „Antinomie", dass „auf der einen Seite der [Norm-]Text gelten soll, auf der anderen aber die Durchsetzung des [Norm-]Textes durch bestimmte Leute"[416] zu einem mit den Textbedeutungen kontradiktorischen Sinn des geltenden Rechts führen kann. Es stand in Frage, wie sich „eine Verletzung der Rechtsordnung" „legalisieren [lassen] könnte".[417] Also wie eine nach den Maßgaben des positiven Rechtssystems scheinbar revolutionäre Rechtsänderung, die gegebenenfalls ihre eigene Erzeugungsregel unautorisiert zu modifizieren beansprucht, als eine Operation innerhalb dieses Systems verstanden werden kann.[418]

Das durch das Prisma gebrochene Lichtspektrum wieder in dem einheitlichen Validationssystem ‚Recht' unterzubringen, d. h. das Phänomen des ‚rechts(erzeugungsnorm)widrigen Rechts' in einer der Komplexität der Rechtsdynamik Rechnung tragenden Form zu verarbeiten, ist einer der Arbeitsaufträge, die sich die Reine Rechtslehre in ihren Anfangsjahren selbst erteilt hatte. Die Lösungsskizzen wurden dabei mit den Ansätzen von Adolf Julius Merkl und Fritz Sander in einer auf rechtstheoretisch himmelhohem Niveau[419] ausgetragenen Debatte polarisiert. Im Folgenden werden zunächst die grundlegenden Fragestellungen dieser Debatte individualisiert und dann die sich aus der jeweiligen Herangehensweise und den möglichen Lösungsversuchen ergebenden Modelle zum Umgang mit dem Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' rekonstruiert und dergestalt gegenübergestellt, dass die Dissonanzen deutlich in Erscheinung treten können. Die konkreten Modelle Merkls und Sanders werden genealogisch und systematisch unter Einbeziehung von Angriff und Replik innerhalb der Kontroverse präsentiert, sodass die Kritikpunkte des einen gegen das Modell des anderen hervorgehoben werden können. Danach werden noch die Beiträge der anderen Mitglieder der Wiener Schule berücksichtigt und in ihrer Nähe oder Ferne zum Merklschen und Sanderschen Modell eingeordnet. Am Ende gewinnt man eine breite Palette an Lösungsangeboten für ein rechtstheoretisches Problem, das aus geteilten Prämissen erwuchs, die aber von den Anhängern der Reinen Rechtslehre erheblich unterschiedlich ausgeführt wurden.

---

414 *Hans Kelsen*, Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre, in: Juristische Wochenschrift 58 (1929), S. 1723–1726 (1725).

415 *Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege (Anm. 57), S. 511 = Merkl-GS II/1, S. 3–69 (14).

416 *Leonid Pitamic*, Pravo in revolucija [1920], in: Časopis za kritiko znanosti 18 (1990), S. 19–40 (34).

417 *Pitamic*, Pravo (Anm. 416), S. 27.

418 Vgl. die Formulierung des Problems in *Josef L. Kunz*, Revolutionary Creation of Norms of International Law, in: The American Journal of Constitutional Law 41 (1947), S. 119–126 (119 f.).

419 „Ein Reflexionsniveau […], hinter welches der rechtstheoretische Diskurs nicht zurückfallen sollte" (*Jestaedt*, Hans Kelsens Reine Rechtslehre [Anm. 165], S. IX).

B. Die Merkl–Sander-Kontroverse: ‚Datenblatt'

Als Merkl gerade dabei war, seine später zum festen Bestandteil der Reinen Rechtslehre gewordene Stufenbaulehre zu entwickeln,[420] traf seinen Systementwurf die destruktive Kraft des Gegendenkers Sander. Im Jahre 1918 bemängelte Sander schon in einer seiner ersten Publikationen mögliche Inkonsistenzen in der Merklschen Behandlung der Widersprüche zwischen gesetzgeberischer Handlung und dem einschlägigen gesetzlichen Maßstab und löste damit eine Kontroverse aus, die sich publizistisch hauptsächlich in Texten Merkls und Sanders der Jahre 1918 bis 1927 entfaltete und in der Wiener Schule mindestens bis zum Weggang Kelsens aus Wien im Jahre 1930 lebendig blieb.[421] Ausgangspunkt und zentrales Thema der Auseinandersetzung war das Problem der ‚rechtswidrigen Rechtserscheinungen'; die Kontroverse brachte aber – durch die Kollision der jeweiligen Modelle – unterschiedliche Ansätze zur Eigengesetzlichkeit des Rechts und zum Verhältnis zwischen Recht und Rechtswissenschaft zum Ausdruck. Sie erfolgte nicht als eine strukturierte dialektische Debatte, in der einer These eine Replik entgegengebracht und darauf eingehend dann eine Triplik verfasst wurde. Kritikpunkte wie Gegenargumente wurden oft eher diffus an Stellen vorgebracht, die verstreut in Arbeiten zu finden sind, die sich mit anderen Thematiken beschäftigten. Diesem eher verborgenen rechts(wissenschafts)theoretischen Konzentrat gilt es hier mit der Absicht nachzugehen, die damals nicht immer klar ausformulierten Fragestellungen mittels Rekonstruktion offenzulegen.

Eine etwas ausführlichere Zeichnung der Problemsituation ist Voraussetzung für einen akkuraten Einstieg in die Diskussion, von dem das Verständnis der Reibungsflächen bzw. der entscheidenden Streitpunkte abhängt, die zuerst Merkl und Sander rechtstheoretisch auseinanderrissen, langsam aber nahezu das gesamte Denkkollektiv der Wiener Schule in theoretischen ‚Kampfmodus' versetzten.[422]

---

[420] Vgl. *Hans Kelsen*, Adolf Merkl zu seinem siebzigsten Geburtstag, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 10 (1959/1960), S. 313–323 (313); *Hans Aufricht*, Die dialektische Methode und der Stufenbau der Rechtsordnung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 8 (1933), S. 68–103 (76).

[421] Meilensteinen: 1918: *Merkl*, Die Rechtseinheit des österreichischen Staates (Anm. 18); 1927: *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht (Anm. 13); 1931: *Merkl*, Prolegomena (Anm. 9). Sander meldete sich viele Jahre später aber noch ein letztes Mal von Prag aus zum Wort und attackierte die ganze Stufenbaulehre Merkls zu einem Zeitpunkt, in dem manche Mitglieder der Wiener Schule bereits das alte Kontinent verlassen hatten, vgl. *Fritz Sander*, Kritik an der Lehre vom Stufenbau des Rechts, in: Fritz Sander, Verfassungsurkunde und Verfassungszustand der tschechoslowakischen Republik, Brünn/Prag/Leipzig/Wien 1935, S. 169–194. Damals hatte Merkl schon längst aufgehört, Sander als Menschen und Wissenschaftler ernst zu nehmen, vgl. dazu unten Dritter Teil, Kap. IX, S. 475 (Anm. 397).

[422] Es handelt sich um eine tiefgreifende Kontroverse, die bis heute nicht aufgelöst ist, auch weil sie eher selten von den weiteren Generationen der Reinen Rechtslehre reflexiv thematisiert wurde, obwohl sie durch verschiedenste Stellungnahmen zu rechtlichen und rechtswissenschaftlichen Problemen in den verschiedenen Werken der Erben und um Kontinuität bemühten Autorinnen und Autoren der Wiener Schule weiter ausgetragen wird. Vgl. dazu *Johannes Schnizer*, Ein Stück Papier und was uns daran zu denken gibt, in: Robert Walter/Clemens Jabloner (Hrsg.), Strukturprobleme des öffentlichen Rechts, Wien 1995, S. 119–154 (129); *Hans Tessar*, Der Stufenbau nach der rechtlichen Autorität, Wien 2010, S. 260–296; *Heinz Mayer*, Das Fehlerkenntnis

In der schulinternen Debatte der jungösterreichischen Schule der Wiener goldenen Jahre stand zunächst auf dem Spiel, „ob eine logisch fehlerhafte Rechtsanwendung überhaupt Handlung eines Rechtsanwenders sei".[423] Übersetzt in das damalige rechtstheoretische Vokabular bezeichnete eine ‚logisch fehlerhafte Rechtsanwendung' einen Vollzugsakt, der den Rahmen der anzuwendenden Rechtsnorm nicht eingehalten hat. Die Frage nach der ‚Fehlerhaftigkeit' der Rechtsanwendung sei dementsprechend gleichzusetzen mit der Überprüfung, „ob die Rechtsanwendung sich an den im anzuwendenden Recht vorgegebenen Rahmen [ein]gehalten habe".[424] Die anfänglich in der Wiener Schule adressierte Frage lautete folglich in etwa so: Könnte eine neue Rechtserscheinung valid geschaffen werden, wenn die Rechtsanforderungen an die Rechtserzeugung verfehlt wurden? Hierbei stand man vor einer etwas versteckten (Fehler-)Folge-Frage. Was interessierte, waren die Konsequenzen der rechtlichen ‚Fehlerhaftigkeit' eines Aktes: Was passiert, wenn der Rechtsanwender Fehler bei der Anwendung des Rechts begeht?

Diese Problemstellung dient als Vorstufe der eigentlichen Divergenzen, die die Merkl–Sander-Kontroverse ausmacht, auch wenn sie bestimmt schon die Rechtsauffassungen innerhalb der Wiener Schule spaltete.[425] Die bloße Formulierung dieser Fragestellung an sich ist schon reich an Voraussetzungen. Sie erweist sich nur vor dem Hintergrund bestimmter rechts(wissenschafts)theoretischer Annahmen als sinnvoll. Sie setzt z. B. voraus, dass innerhalb des ‚rechtlichen Stufenbaus' bzw. des ‚Rechtsverfahrens' – um die damalige Begrifflichkeit von Merkl und Sander zu verwenden – ‚logische'[426] Beziehungen bestehen, die der (Rechts-)Erkenntnis

---

eines Höchstgerichts – ein Nichtakt?, in: Clemens Jabloner et alii (Hrsg.), Gedenkschrift Robert Walter, Wien 2013, S. 473–485 (473–475).

[423] *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 445 f. = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (239). Diese Frage präsentierte Merkl selbst als eine maßgebliche, eben als „die Frage, die aus allen […] Erwägungen" (S. 445/239), die in diesem Zusammenhang zu Anfang seiner Debatte mit Sander gezogen wurden, spräche. Es handelt sich um eine Frage, die Kelsen dem Sinn nach bereits in seiner frühen Arbeit zum ‚Staatsunrecht' (1913) aufgeworfen hatte, worauf Merkl auch aufmerksam machte. Dazu vgl. oben Erster Teil, Kap. II, S. 117 f.

[424] *Michael Thaler*, Die rechtliche Beurteilung und ihre Artikulierung, in: Bernd-Christian Funk et alii (Hrsg.), Staatsrecht und Staatswissenschaften in Zeiten des Wandels. Festschrift für Ludwig Adamovich zum 60. Geburtstag, Wien/New York 1992, S. 691–701 (692).

[425] So zeigte Merkl eine gewisse Unzufriedenheit mit der früheren Antwort Kelsens auf diese Frage, die von einer ursprünglichen Verneinung letztendlich auf eine Bejahung der Möglichkeit eines logisch fehlerhaften, aber trotzdem geltenden Staatsakts umgekippt sei, vgl. *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 445 f. = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (239).

[426] Den aufmerksamen Leserinnen und Lesern wird auffallen, wie oft sich in den Anfangsjahren der Reinen Rechtslehre Merkl und Kelsen – aber auch Sander – des Wortes ‚logisch' in allerlei Variationen bedienten. Der Rechtsfehlerbegriff bei Merkl wird wiederholt durch Formulierungen wie ‚unableitbar', ‚nicht Übereinstimmung', ‚nicht Entsprechung', ‚Diskrepanz' und ‚Dissonanz' im Vergleich zur Ermächtigungsnorm dargestellt. Am klarsten kommt die Assoziation zwischen Rechtserkenntnis und Rechtsermächtigung, bzw. die Dependenz der vollkommenen Rechtserzeugung von der adäquaten Abbildung der vorhandenen rechtlichen Grundlagen durch die getroffene Rechtsentscheidung in der frühen Lehre Kelsens zum Ausdruck: „[D]ie Grenzen der Rechtslogik sind identisch mit den Grenzen des rechtlichen Könnens" (*Hans Kelsen*, Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt, in: Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 40 [1914],

zugänglich sind und Relevanz für den Erfolg der Operationen des Rechts haben. Mehr noch: Es wird bei der bloßen Fragestellung bereits eine bestimmte Theorie bezüglich des Funktionierens des Rechts vorausgesetzt, der zufolge das neue Recht im Prinzip nur innerhalb eines vom positiven Recht selbst gesteckten Rahmens entstehen dürfte und könnte, was eine argumentativ außerhalb des Rahmens entstandene Erscheinung als problematisch erscheinen lässt. Dass es ‚Rechtsfehler' als Devianz von den ‚logisch-erkennbaren' Maßstäben gäbe und dass diese rechtswissenschaftlich auch gegen die Deutung der Rechtsorgane selbst feststellbar seien, gehörte dabei zu den nicht-verneinbaren Ausgangspunkten der Überlegungen.

Nicht zuletzt über die Berechtigung dieser Ausgangspunkte wurde im Zusammenhang der Merkl–Sander-Kontroverse gestritten. Sander brachte mit seinem Ansatz den Rest der Wiener Schule in Verlegenheit, indem er die der damals brennenden Fragestellung zugrundeliegende Rechtsweltanschauung problematisierte und die beim bloßen Aufwerfen der Frage verwendeten Kategorien als irreführend deklarierte, sodass die von seinen Mitstreitenden als entscheidend wahrgenommene Frage an sich *nonsense* sei. Die Jurisprudenz hatte bis dahin – so die Schilderung Merkls – „an der Annahme der Möglichkeit und Erkennbarkeit" eines „Organirrtums so gut wie ausnahmslos festgehalten".[427] Dann kam Fritz Sander.[428]

Erst Sander hat im Forschungsverbund der Wiener Schule vehement und originell begründet „die bloße Fragestellung nach der Rechtmäßigkeit einer Organhandlung als Grenzüberschreitung der Rechtswissenschaft abgelehnt".[429] Damit sorgte er für Verblüffung wie produktive Verfremdung und zugleich für einen Funken, der ausgehend von der Rechtsfehlerproblematik eine viel breitere, bahnbrechende, weil in ihrem Inhalt und ihren Konturen innovative, Auseinandersetzung

---

S. 1–114 [34] = HKW 3, S. 439–531 [466]). Im Kontext gelesen scheint es plausibel, die Hypothese aufzustellen, dass ‚logisch' dort eher für ‚erkenntnismäßig' als für ‚formale Logik' steht und dass es dementsprechend irreführend wäre, aus der Merkl–Sander-Kontroverse primär eine Debatte über die Anwendbarkeit der Logik auf die rechtlichen Operationen zu machen. Logik und Erkenntnistheorie waren in Wittgensteins Wien (*au fin du siècle*) dergestalt miteinander verbunden, dass Logik oft als Signum für wissenschaftliche Erkenntnis verwendet wurde. Was in der Kontroverse u. a. interessiert, ist – wie oben schon angedeutet – die Möglichkeit, einen von der Ermächtigungsnorm (von der bedingenden Norm in Merkls Grammatik) nicht gedeckten Willensakt (eine Entscheidung) rechts(wissenschafts)theoretisch einzuordnen. ‚Logik' scheint dabei vorwiegend als Oberbegriff für ‚Erkenntnis(lehre)' verwendet zu werden und nicht auf ‚formale Logik' reduziert werden zu können. Vgl. z. B. *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 448 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (130); *Merkl*, [Buchbesprechung] Heck (Anm. 144), S. 392 = Merkl-GS I/1, S. 27–32 (27 f.).

427 *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 281.

428 Die Geschichte der ‚Rechtsfehlerleugnung' in der Rechtswissenschaft beginnt selbstverständlich nicht mit Fritz Sander. Sie kennt aber durch ihn eine herausfordernde und präzedenzlose Begründung der Untauglichkeit der ‚Rechtsfehler' qua rechtstheoretischer Kategorie. Zu einem Überblick über unterschiedliche Ansätze zur Begründung der ‚Unfehlbarkeit' der Rechtsanwender vgl. *Ekkehard Schumman*, Fehlurteil und Rechtskraft, in: Karl August Bettermann/Albrecht Zeuner (Hrsg.), Festschrift für Eduard Bötticher, Berlin 1969, S. 289–320. Vgl. auch *Walter Sax*, Das unrichtige Sachurteil als Zentralproblem der allgemeinen Prozeßrechtslehre. Ein Beitrag zur allgemeinprozessualen Methodik, in: Zeitschrift für Zivilprozess 67 (1954), S. 21–54 (31–33).

429 *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 281.

um die Bestimmung der Eigengesetzlichkeit des Rechts wie der Rechtswissenschaft entzündete. Durch die Infragestellung anscheinend nicht verneinbarer Ausgangspunkte der rechtswissenschaftlichen Behandlung des Rechts wurde ein schulimmanenter Streit ins Leben gerufen, eine Debatte initiiert,[430] die letztendlich die Rolle von Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit im Rechtserzeugungs- und Rechtsanwendungsverfahren hinterfragte und im Widerspruch zu den etablierten Denkgewohnheiten der rechtsdogmatisch herkömmlichen Betrachtungsweisen die rechts(wissenschafts)theoretischen Begrifflichkeiten der Teilnehmenden neujustierte. Alle waren gezwungen, die Beschreibung der Funktionsweise des Rechts durch die Reine Rechtslehre neu zu (be-)denken, um den Umgang mit den ‚Rechtsfehlern' nochmals und präziser rekonstruieren zu können. Thesen über den Operationsmodus der Rechtsmaschinerie wurden auf die Probe gestellt. Die Meinungsunterschiede zur Eigengesetzlichkeit des Rechts hatten auch Folgen für die Rechtswissenschaftstheorie der Reinen Rechtslehre; die Aufgaben der Rechtswissenschaft wie auch der Werkzeugkasten für die Erfüllung dieser Aufgaben wurden zum Thema der Kontroverse. Mit der von Merkl und Sander vertieften Auseinandersetzung um das Problem der (Erkennbarkeit der und der Entscheidbarkeit über die) ‚Rechtsfehler' betrat die Wiener Schule zur damaligen Zeit rechtswissenschaftlich nur sehr grob kartographiertes Neuland.

Fortan wurde bereits um die bloße Fähigkeit gestritten, bei den Operationen des Rechts Richtigkeit von Unrichtigkeit trennen, richtige von fehlerhaften Rechtsakten unterscheiden zu können. Ob in einer rechtswissenschaftlichen Beschreibung des Rechts von ‚Rechtsfehlern' gesprochen werden könne, wurde zum Gegenstand des Forschungsgesprächs in der jungösterreichischen Schule. Ausgerechnet innerhalb der Schule, die mit Arbeiten von Kelsen,[431] Merkl und Verdross[432] bereits die Unbestimmtheit des Rechts groß geschrieben hatte und gut damit leben konnte,[433] dass das Recht unvermeidlich ein Stück weit wie seine Auslegung erschiene,[434] suchte man nach einem Rest an Sicherheit bzw. Objektivität, d. h. nach einem intersubjektiven Maßstab für die Beurteilung der Fehlerhaftigkeit einer Rechtsentscheidung. An solche Überlegungen anknüpfend entstand schließlich die rechtswissenschaftstheoretisch entscheidende *quaestio*, mit der die bis dahin zentrale Frage nach den Folgen von durch Erkenntnis identifizierten Fehlern selbst in Frage

[430] Im Keim war das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' schon in einem früheren publizistischen Austausch zwischen Merkl und Verdross thematisiert, vgl. gleich unten Zweiter Teil, Kap. VI, S. 264–269.

[431] Vgl. *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 55), S. 503–513, 504 = HKW 2, S. 21–878 (651–662, 653).

[432] Vgl. *Verdross*, Das Problem des freien Ermessens (Anm. 106).

[433] Zur Anerkennung der Unbestimmtheit des Rechts als Komponente des Forschungsprogramms der Wiener Schule vgl. oben Erster Teil, Kap. I, S. 81–83.

[434] „Jedes Auslegungsergebnis der Rechtswissenschaft ist *rechtlich* einwandfrei, da das Recht das Antlitz seiner Wissenschaft zur Schau trägt. Wie die Rechtsauslegung, so das Recht" (*Merkl*, Zum Interpretationsproblem [Anm. 86], S. 550 = Merkl-GS I/1, S. 63–84 [77]). Vgl. auch *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 162 f. = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (96 f.).

gestellt wurde: Darf „die Rechtserkenntnis den Vollzugsakt und die durch ihn gesetzte Regel als rechtswidrig qualifizieren"?[435]

Damit war bereits implizit eine ‚Wer-Frage' ins Zentrum der Überlegungen gerückt, deren Beantwortung die Adressierung der ursprünglichen ‚Folge-Frage' bedingte: ‚Wer bestimmt, dass die Rechtserzeugung in einem gewissen Rechtsfall ‚fehlerhaft' betrieben worden ist und mit welchen Konsequenzen?'[436] Und exakt über den rechtswissenschaftlich zu bevorzugenden Standpunkt wurde jenseits der Frage der bloßen Erkennbarkeit eines ‚Rechtsfehlers' als solchem schulintern debattiert. Eine bereits 1913 von Kelsen aufgeworfene Frage, die den Rechtsunterworfenen gegen das Staatsorgan in Bezug auf die Bestimmung der ‚Fehlerhaftigkeit' eines Staatsakts ausspielte,[437] wurde Ende der 1910er Jahre von Sander provokativ neuformuliert, um die damaligen Ergebnisse Merkls herauszufordern: „Wer soll der letzte ‚absolute' Ausleger sein? Der außenstehende Betrachter oder das zur Anwendung des positiven Rechtssatzes positiv berufene Staatsorgan?"[438]

C. Primat der Rechtsanwendung vs. Primat der Rechtserkenntnis?

Einem der Protagonisten der Polemik ist ein Deutungsschema für die Kontroverse zu verdanken. Merkl stilisierte seine Auseinandersetzung mit Sander mittels Rekurses auf die Gegenüberstellung eines „Primat[s] der Rechtserkenntnis" zu einem „Primat der Rechtsanwendung".[439] Er setzte sich für den Ersteren gegen den Letzteren ein und meinte damit, Sanders Rechtstheorie in ihren Grundzügen charakterisieren zu können. Aus den punktuellen Auffassungsunterschieden hinsichtlich verschiedenster Probleme und Themen der Rechts(wissenschafts)theorie machte Merkl eine fundamentalere Kontroverse um die „Erkenntnisaufgaben" und die „Erkenntnismöglichkeiten der Jurisprudenz".[440] Diese Kontroverse wurde von Alfred Verdross, der in der Formationsphase der Wiener Schule auch peripher an der Debatte teilgenommen hatte, mit zeitlicher Distanz Anfang der 1950er Jahre zu

[435] *Thaler*, Die rechtliche Beurteilung (Anm. 424), S. 692.

[436] Vgl. *Thomas Cornides*, Die Rechtspflicht, Unrecht zu ertragen, in: Herbert Miehsler et alii (Hrsg.), Ius humanitatis. Festschrift zum 90. Geburtstag von Alfred Verdross, Berlin 1980, S. 57–66 (57). In der Debatte um die Rechtsfehlerproblematik bezeichnete Marinus Maurits van Praag die Frage, „wer darüber zu entscheiden hat, ob eine von einem obrigkeitlichen Organ festgesetzte Norm gültig ist oder nicht", als die „Quintessenz der Sache" (*Van Praag*, Rechtsfunktionen [Anm. 189], S. 88). Vgl. auch: *Schnizer*, Ein Stück Papier (Anm. 422), S. 135 f.; *Christoph Kletzer*, The Idea of a Pure Theory of Law, London 2018, S. 127.

[437] Vgl. oben Erster Teil, Kap. II, S. 117 f.

[438] *Fritz Sander*, Rechtswissenschaft und Materialismus. Eine Erwiderung auf Stark: Die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft und die naturwissenschaftliche Methode, in: Juristische Blätter 47 (1918), S. 333–335, 350–352 (351). Zur Konstruktion Merkls („Nichtigkeitsprämisse"), die durch die Provokation Sanders in Frage gestellt wurde, vgl. unten Zweiter Teil, Kap. VI, S. 276–278.

[439] Vgl. *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 444, 463 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (235, 244).

[440] Zwei Zitate: *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 281.

einer (bis dahin nicht entschärften, daher immer noch lebendigen) Antinomie der (Reinen) Rechtslehre neu aufgewärmt,[441] welche eben – wird das Begriffsschema von Leonidas Pitamic verwendet,[442] einem anderen Mitglied des Kreises um Kelsen – auf eine Antinomie im Herzen des Rechtssystems selbst hinwies.

Die Beschäftigung mit der Rechtsfehlerproblematik macht in der Merkl–Sander-Kontroverse ihre eigene Pfadabhängigkeit evident, denn die Diskussion ist eine radikale; sie geht an die Wurzeln eines Streitpunkts zurück und fragt nach seiner rechtswissenschaftlichen Berechtigung. In typischer Wiener Manier: Sei das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' nicht ein weiteres „selbst geschaffene[s] Scheinproblem der traditionellen Jurisprudenz"?[443] Die Diskussion bezeugt aber in ihrer Austragung durch manche Unklarheiten einen Experimentier-Charakter und nicht alle entscheidenden Argumentationsstränge werden sauber präsentiert und/oder durch Kritik adressiert. Mitunter hat man aneinander vorbeigeredet. Es wurde aber hinreichende Klarheit darüber erreicht, dass bei der Stilisierung des Streits als Kontrastierung zwischen einem Primat der Erkenntnis und einem Primat der Anwendung das Problem des Standpunkts auf den Punkt gebracht und damit für hilfreiche Orientierung gesorgt wurde.

Von einer ‚Fehler-Folge-Frage' ausgehend, die zunächst je nach Formulierung die mögliche ‚Fehlerhaftigkeit' von Organakten bisweilen als selbstverständlich zu behandeln schien, über vorsichtige Rückschritte auf die ‚Ob-' und ‚Was-Fragen' nach der Möglichkeit und dem genaueren Begriff von ‚Rechtsfehlern', sowie auf die ‚Wie-Frage' nach deren Maßstab und Überprüfbarkeit kamen die Streitenden auf die formelle, die Debatte strukturierende ‚Wer'-Frage, wovon aus die Modelle eines Primats der Erkenntnis und eines Primats der Anwendung konturiert und in oppositionelle Beziehung zueinander gesetzt wurden. Dies ist die Konstellation der Fragestellungen, die den Kreis um Hans Kelsen in den Anfangsjahren der Reinen Rechtslehre beschäftigte und spaltete. Auf sie bezogen sich die nach der Wahrnehmung der Kontrahenten „diametral entgegengesetzten"[444] Ansätze Merkls und Sanders.

Bevor zur Kontroverse übergegangen werden kann und sie so rekonstruiert wird, dass sich daraus eine Charakterisierung der konkurrierenden rechts(wissenschafts)theoretischen Modelle ergibt, müssen die Ideen der Primate der Rechtserkenntnis und der Rechtsanwendung näher umrissen werden, denn Merkls Primat der Rechtswissenschaft und Sanders Primat des Rechtsverfahrens, wie sie im

---

[441] *Alfred Verdross*, Eine Antinomie der Rechtstheorie, in: Juristische Blätter 73 (1951), S. 169–171.

[442] Zur Lesart Pitamics zum Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' vgl. unten Zweiter Teil, Kap. VI, S. 355–358.

[443] *Josef L. Kunz*, Die Rechts- und Staatslehre Léon Duguits, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 1 (1926), S. 140–152 (142) – freilich ohne Bezug auf die hier bearbeitete Problematik.

[444] *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 284. Vgl. bereits *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 465 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (250), wo die Rede vom „offenen Gegensatz zu Sanders entscheidender Aufstellung" ist.

Folgenden präsentiert werden, sind bereits Variationen der von Merkl einander gegenübergestellten Grundmodelle. Die Idee der Primate wurde von Merkl dort eingeführt, wo das Recht durch die Brille der Rechtserkenntnis anders als durch die Brille der Rechtsanwendung auszusehen scheint. Fallen das Erkenntnissystem und die Anwendungspraxis auseinander, ist zu fragen: Was ist eigentlich Recht bzw. Wer hat Recht?[445]

I. Primat der Rechtserkenntnis: Wie die Rechtserkenntnis, so das Recht

Der Ausdruck ‚Primat der Rechtserkenntnis' suggeriert einen Vorrang des Rechtsbilds, das sich aus der Erkenntnis des vorgegebenen Rechts zur Zeit der zu betrachtenden Entscheidung der Rechtsanwendung ergibt, zulasten der ‚Rechts'-Anwendung selbst. Das Recht sei, was durch Erkenntnis als solches bestimmt wird – und das unabhängig von gegenteiligen Entscheidungen der Organe. Einer solchen Auffassung liegt die Überzeugung zugrunde, dass die Erkenntnis die geltenden Rechtserscheinungen abbilden kann, bevor sie autoritativ verwirklicht werden. Es gilt bei einem solchen Modell, ‚wie die Rechtserkenntnis, so das Recht' nur, weil diese Erkenntnis das Recht, wie es bereits ist (unabhängig von der Anwendung), wiedergebe. Wird die Anerkennung der Unvollständigkeit der Determinierung des Rechts durch die Wiener Schule mit einbezogen, wird die Sache dennoch etwas komplizierter.[446]

Ein Primat der Rechtserkenntnis[447] zeichnet sich zunächst dadurch aus, dass von der Bestimmbarkeit erkenntnismäßig festzustellender Grenzen für die rechtmäßige Rechtsanwendung wie Rechtserzeugung ausgegangen wird. Die Selbsterzeugung des Rechts operiere so, dass außerhalb des durch Erkenntnisbemühungen zu ermittelnden Rahmens, der durch die anzuwendenden bedingenden Rechtsnormen vorgezeichnet wird, keine rechtmäßige (und möglicherweise keine wirksame) Rechts-

---

[445] Vgl. *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. (427) = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (235).

[446] Die vorliegende Modellierung der Primate der Rechtserkenntnis und der Rechtsanwendung orientiert sich dem Erkenntnisinteresse dieser Dissertation gemäß an den Diskursangeboten innerhalb der Wiener Schule, in der ein grundlegendes – positivistisches – Modell über das Funktionieren des Rechts weitgehend geteilt wurde. Ein Primat der Rechtserkenntnis ist aber nicht auf die Idee von einer dem positiven Recht immanenten Rahmenziehung durch die Rechtsnormen beschränkt. Nicht nur andere Begriffsbildungen jenseits des Bilds des zu ermittelnden Rahmens ließen sich unter ein Primat der Erkenntnis subsumieren, sondern auch Ansätze, die die Maßstäbe für die ‚Richtigkeit' der Rechtsoperationen jenseits der positiven Rechtsnormen suchen – wie etwa sich zur Naturrechtslehre bekennende Positionen –, könnten anhand des Modells eines Primats der Erkenntnis rekonstruiert werden. Zu Beispielen von Rechtsgewinnungsverständnissen, die mit strengeren Richtigkeitsvorstellungen arbeiten als das Modell des Rahmens vgl. *Pierluigi Chiassoni*, Interpretation without Truth. A Realistic Enquiry, Cham 2019, S. 103–124.

[447] Vgl. die Rekonstruktionen eines Primats der Rechtserkenntnis in *Schnizer*, Ein Stück Papier (Anm. 422), S. 129–139; *Thaler*, Die rechtliche Beurteilung und ihre Artikulierung (Anm. 424), S. 691–694; *Tessar*, Der Stufenbau nach der rechtlichen Autorität (Anm. 422), S. 260–262; *Alexander Somek*, Rechtssystem und Republik. Über die politische Funktion des systematischen Rechtsdenkens, Wien/New York 1992, S. 484–494.

gewinnung stattfinde. Die Rechtserscheinungen lägen nicht fertig außerhalb des Rechtsgewinnungsverfahrens vor und würden nicht nur darauf warten, dass sie ‚richtig' angewandt werden, aber es ließen sich Schranken erkennen. Mit der Vorstellung eines normativen Rechtsrahmens entsteht die Denkbarkeit des ‚Rechtsfehlers' – für die ‚Ob-' und die ‚Was-Frage' nach der Fehlerhaftigkeit der Rechtserscheinungen werden Antworten gefunden. Ausgehend von diesen Prämissen kann von einem Primat der Rechtserkenntnis auf zwei Ebenen gesprochen werden, nämlich auf der Ebene einer epistemischen Deutungshoheit über die Rechtsrichtigkeit und auf der Ebene der Rechtsgeltung bzw. konstitutiven Entscheidungshoheit.

Wird nach dem ‚Wer' des Subjekts der Erkenntnis gefragt, bieten sich innerhalb des Spektrums eines unterschiedlich zu kalibrierenden Primats der Rechtserkenntnis in Abgrenzung zu den Rechtsorganen wenigstens zwei Alternativen als Antwort: Entweder kann jedermann oder (insbesondere) die Rechtswissenschaft, „objektiv feststellen, ob ein angeblicher Rechtsakt wirklich ein Rechtsakt" ist;[448] entweder hat die individuelle, autonome Vernunft der Rechtsunterworfenen oder die gemeinsame Vernunft der professionellen Zunft der Juristen bei der Beurteilung der Richtigkeit der Rechtsvollziehung den Hut auf. Diese Feststellung bzw. Beurteilung ließe sich nun durch eine Art von intellektuellem Vergleich zwischen dem in Frage kommenden Akt und den Bedingungen, die die Rechtsordnung für das Zustandekommen eines solchen Akts als Rechtsakt aufgestellt habe, durchführen. In einem Primat der individuellen Vernunft müsste man von der „Allgemeinverständlichkeit"[449] der rechtlich relevanten Bedeutungsgehalte der Rechtsnormen ausgehen; in einem Primat der Rechtswissenschaft erhält – der Tendenz nach – die systematische Durchdringung des Rechts durch die Rechtsdogmatik eine Art Deutungshoheit über die Rechtssprache und die Rechtsbegriffe.

Auf der Ebene der Deutungshoheit über die ‚Rechtsrichtigkeit' könnte bereits ein Primat der Rechtserkenntnis so definiert werden, dass dies zunächst einfach bedeuten würde, die Möglichkeit der Identifizierung von rechtlichen Fehlern der Rechtsanwender/Rechtserzeuger mittels Interpretation zu affirmieren, oder umgekehrt: Es wäre möglich, den verbindlichen Rechtsrahmen vor der Entscheidung der Organe zu erkennen. Die Überschreitung der Grenzen der bedingenden Normen bleibe dementsprechend „stets – gemessen am geltenden Recht – fehlerhaft", sie vermöge „die Geltung der Ermächtigungsnorm nicht aufzuheben".[450] Wird ein Primat der individuellen Vernunft beiseitegelassen und – mit Blick auf die Merkl–Sander-Kontroverse – von dem Primat der Rechtswissenschaft ausgegangen, bedeutet dies, dass es, ohne die Grenzen einer wissenschaftlichen Beschäftigung mit dem Recht zu überschreiten, innerhalb des Validationssystems der Rechtsdogma-

[448] *Cornides*, Rechtspflicht (Anm. 436), S. 58.

[449] Vgl. *Kyriakos Kotsoglou*, Strafrechtsdogmatik und Allgemeinverständlichkeit. Wer hat die Deutungshoheit über die Rechtsbegriffe?, in: Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik 5 (2017), S. 257–263, für eine Diskussion der Plausibilität einer solchen Annahme.

[450] Zwei Zitate: *Rainer Lippold*, Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin. Zur Theorienstruktur in der Rechtswissenschaft am Beispiel der Allgemeinen Strafrechtslehre, Wien/New York 1989, S. 151.

tik möglich wäre, ‚Rechtserzeugungs- bzw. Rechtsanwendungsfehler' gemessen an den durch die Rechtserkenntnis gedeuteten Maßgaben des Rechts als solche zu erkennen und zu behandeln.

Für ein so konstruiertes Primat der Rechterkenntnis seien ‚Rechtsfehler' *rechtswissenschaftlich* erkennbar; der wissenschaftliche Diskurs über das Recht sei diesbezüglich nicht an die autoritativen Entscheidungen der Organe gebunden, die sie (als Normen) zu beschreiben habe. Die Rechtswissenschaft könnte das geltende Recht akkurater erfasst haben, als die Entscheidungsträger es getan haben. Streitpunkt, bei dem die möglichen Ansätze auseinandergehen würden, wäre dann das bloße ‚Ob' der Erkennbarkeit von Fehlleistungen der Rechtsorgane durch die Rechtswissenschaft. Ein Primat der Rechtserkenntnis stünde einem Primat der Rechtsanwendung gegenüber, soweit jener auf der epistemischen Möglichkeit der Brandmarkung gewisser autoritativer Rechtsentscheidungen als mangelhaft beharre. Auf diesem Pfad schien Merkl den wissenschaftlichen Disput mit Sander ursprünglich präsentieren zu wollen, als er mit einer Art schockierter Skepsis die Hinterfragung der Kompetenzen der Rechtswissenschaft durch seinen Habilitationsbruder mit seiner eigenen Position kontrastierte.[451]

Eine denkbare, stärkere (und erkenntnistheoretisch deutlich spannendere), aber keinesfalls notwendige, Erscheinungsform dieses Primats der Rechtserkenntnis wäre, die Juridizität einer – laut den Auslegungsleistungen der „rechtstheoretischen Vernunft"[452] oder des individuellen Verständnisvermögens – fehlerhaften Rechtserscheinung', d. h. des ‚rechtswidrigen Rechts', ausgerechnet aufgrund der erkenntnismäßigen Unableitbarkeit aus den ‚höherrangigen' Rechtserscheinungen zu negieren. In einer solchen Konstellation würde davon ausgegangen, dass wenigstens unter gewissen Umständen die Erkenntnis verbindlich bestimmen kann, wie breit der Rechtsrahmen ist und was demensprechend als Recht (nicht) gilt. Ein Primat des Erkenntnisvermögens des Individuums auf der Deutungs- wie auf der Geltungsebene führe zur vollkommenen Dezentralisierung der rechtlichen Funktionen, denn jeder dürfe erkennen und entscheiden, was als Recht gilt; ein Primat der Erkenntnis der Rechtswissenschaft ermächtige die Rechtswissenschaft zur Wächterin der Rechtmäßigkeit bzw. der Rechtlichkeit – was in etwa eine Opposition der Art ‚Priestertum aller Gläubigen' vs. ‚Priestertum einer Expertenzunft' innerhalb des Modells des Primats der Erkenntnis bedeuten würde.[453]

---

[451] Vgl. *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 281; *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 444–446 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (235–243). Vgl. auch *Adolf Julius Merkl*, Justizirrtum und Rechtswahrheit, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 45 (1925), S. 452–465 (456 Fn. 2) = Merkl-GS I/1, S. 369–384 (374 Fn. 2).

[452] Dies ist ein aus der Perspektive der ‚konsolidierten' Version der Reinen Rechtslehre Kelsens gesehen erstaunlicherweise von Kelsen selbst im Jahr 1925 eingefügter Begriff, vgl. *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Anm. 24), S. 278. Vgl. dazu unten Zweiter Teil, Kap. VI, S. 360–364.

[453] Die Analyse der äußerst spannenden Parallele zwischen der Behandlung des Problems der Theodizee durch die Theologie und des Problems des Rechtsfehlers durch die Rechtswissenschaft muss einer anderen Gelegenheit vorbehalten werden. Es sei nur angemerkt, dass diese Parallele ursprünglich einen breiten Rahmen in der Debatte um die Fehlerproblematik innerhalb der Wiener Schule der Rechtstheorie bildete, vgl. oben Erster Teil, Kap. II, S. 108–110.

Bei der ersten Variante wäre der Gemeingebrauch der Vernunft durch die Individuen qua Rechtsunterworfene in der Lage, Abirrungen des Rechtsanwenders vom Rechtsplan als Scheinrecht bzw. Pseudo-Organhandlung aus dem Rechtssystem auszuweisen. Die Nutzer des Systems hätten das Sagen: Sie würden ausgehend von eigenem Urteilsvermögen und eigenen Überzeugungen bestimmen, was als Recht gilt. Hier würde die Idee eines *ius resistendi* Zentralität gewinnen.[454] Die Praktikabilität eines solchen Modells wäre denkbar gering, ihm entbehrt jedoch nicht eine Rest-Wahrheit: Man denke nur an die Situation einer revolutionären Änderung der Rechtsordnung. Weigern sich die Normadressaten die entsprechenden, von ihnen für fehlerhaft gehaltenen, Normen systematisch als Recht anzuwenden und zu befolgen, wird die Autorität des Rechtssystems dekonfirmiert bzw. dekonstituiert.[455] Das so verstandene Recht fordert und fördert eine konsequente „protestantische Attitüde"[456] der Normadressaten, die die Verantwortung der interpretativen Prüfung und autoritativen Bestimmung der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Organakte übernehmen – eine Attitüde die, was ihre interpretative Komponente angeht, sich ab und an deutlich in aus der sozialen Wahrnehmung der Fehlerhaftigkeit von Rechtsentscheidungen ergebenden Skandalisierungskontexten manifestiert.[457]

Als Primat der Rechtswissenschaft hingegen spräche das Primat der Rechtserkenntnis einer strengeren Wissensform eines Kollektivs von Experten die Aufgabe zu, Missgriffe der (scheinbaren) Rechtsorgane der Rechtlichkeit zu entziehen. Obwohl sich diese Variante eher schwer mit einer rein deskriptiven Rechtstheorie verträgt, dockt sie an einen (soziologisch zu konstatierenden) Befund der Rechtspraxis an: Die Anwendung und Erzeugung der Rechtsnormen wird in der Sprache der Rechtsdogmatik begründet, welche Bedingungen für die Entscheidbarkeit von Rechtsproblemen schafft.[458] Soziologisch betrachtet fungiert die Rechtsdogmatik als Kommunikationsmittel der Rechtspraxis, sodass die Rechtsnormen mit-

[454] Zum historischen Konnex zwischen der Vorstellung der Nichtigkeit von Staatsakten und der (naturrechtlichen) Idee eines Widerstandsrechts vgl. *René Marcic*, Verfassung und Verfassungsgericht, Wien 1963, S. 61; *Gerald Stourzh*, Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit: Zum Problem der Verfassungswidrigkeit im 18. Jahrhundert, Graz 1974.

[455] Vgl. etwa *Tercio Sampaio Ferraz Jr.*, Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação, 4. Aufl., São Paulo 2003, S. 183 f.

[456] *Ronald Dworkin*, Law's Empire [1986], Oxford 1998, S. 413.

[457] Vgl. *Pedro Henrique Ribeiro*, Das Recht im Skandal seiner Irrtümer. Der Skandal als eine Plausibilisierungsform der Rechtsfehlersemantik aus einer soziologischen, systemtheoretischen Perspektive, in: Ruwen Fritsche et alii (Hrsg.), Unsicherheiten des Rechts. Von den sicherheitspolitischen Herausforderungen für die freiheitliche Gesellschaft bis zu den Fehlern und Irrtümern in Recht und Rechtswissenschaft, Beiheft 162 des ARSP, Stuttgart 2020, S. 309–320.

[458] „Die Rechtsdogmatik definiert […] die *Bedingungen des juristisch Möglichen*, nämlich die Möglichkeiten juristischer Konstruktion von Rechtsfällen. […] Die Rechtsdogmatik bildet demnach die höchste und abstrakteste Ebene möglicher Sinnbestimmungen des Rechts im Rechtssystem selbst" (*Niklas Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1974, S. 19). Freilich wird einerseits Sander bestreiten, dass die Urteile der Rechtsdogmatik Urteile im Rechtssystem sind und Merkl wird andererseits nur *ultima ratio* eingestehen, dass sich aus der wissenschaftlichen Rechtserkenntnis etwas für die Geltung der ‚fehlerhaften Rechtserscheinungen' ergibt: Auf jeden Fall scheint die Rechtserkenntnistheorie Merkls mehr als das ansonsten gut in Luhmannsche Kategorien zu übersetzende Rechtsverfahren Sanders mit der Verortung der

tels dogmatischer Figuren und Konstruktionen in ihrer Bedeutung stabilisiert werden;[459] ihre Anwendung wird mit Hilfe der sogenannten ‚juristischen Methoden' rechtfertigt und in der Binnenlogik der Rechtsdogmatik wie der sogenannten Methodenlehre wird über Rechtsanwendungsvorgänge gestritten, sodass sich das positive Recht selbst in einem gewissen Sinne praktischen Formen des dogmatischen Wissens über das Recht verdankt.[460] Ein starkes Primat der Rechtserkenntnis als Primat der Rechtswissenschaft ginge aber noch ein Stück weiter: Besteht die überprüfte Rechtserscheinung den von der Rechtswissenschaft durchgeführten „*pedigree test*"[461] nicht, stünde man vor einem rechtlichen Nicht-Akt. Aus der erkenntnismäßig zu konstatierenden ‚Fehlerhaftigkeit' folge der nicht-rechtliche Charakter eines Akts; die Rechtswissenschaft ziehe die Grenze des Rechtssystems – und eben nicht die Rechtsanwendung selbst, die unter die Kontrolle der Rechtswissenschaft gestellt wird. Auf diesen Pfad wird die Merkl–Sander-Kontroverse durch Sanders Vorwurf gelenkt, Merkl habe die Rechtswissenschaft zur Rechtsquelle erhoben.[462]

Starkes Primat der Erkenntnis / *Fragestellungen*	*Variante 1 Individuelle Vernunft der Rechtsunterworfenen*	*Variante 2 Theoretische Vernunft der Rechtswissenschaft*
Ebene der Deutungshoheit: Kann die Erkenntnis ‚Rechtsfehler' bei der Rechtsanwendung identifizieren?	Ja.	Ja.
Ebene der Entscheidungshoheit: Ergibt sich aus der Erkenntnis der ‚Fehlerhaftigkeit' der Rechtsanwendung' die Bestreitung ihres Rechtscharakters?	Ja.	Ja.

Modellierung möglicher Varianten eines starken Primats der Rechtserkenntnis

Rechtsdogmatik als wissenschaftliche Kommunikation über das Recht im Rechtssystem anfangen zu können.

[459] Zur Funktion der Rechtsdogmatik als Rechtserkenntnisquelle und ihren gar nicht seltenen Behandlung als konstitutive Rechtsquelle durch die Fachliteratur vgl. *Alexander Stark*, Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik, Tübingen 2020, S. 99–103.

[460] Vgl. *Hans Castorp* [Pseudonym von Alexander Somek], Wittgensteinsche Einleitung in das Grundlagenfach Rechtsphilosophie, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 76 (2021), S. 491–500 (497), der die ‚juristische Methode' als eine Gestalt des Rechtswissens und dementsprechend als Rechtsquelle versteht. Vgl. auch *Hans Castorp* [Pseudonym von Alexander Somek], Rechtswissenschaft: Ein Nachwort zur Wittgensteinschen Einleitung in das Grundlagenfach Rechtsphilosophie, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 77 (2022), S. 219–237 (222): „Den Zugang zum wirklichen Recht vermittelt die juristische Methode. Ohne sie gäbe es keine Erkennbarkeit, und ohne Erkennbarkeit gäbe es kein Recht".

[461] Begriff kanonisch verwendet in: *Ronald Dworkin*, Taking rights seriously, Cambridge 1977, S. 17 – freilich nicht um Positionen zu charakterisieren, die auf einen Primat der Erkenntnis hinauslaufen, sondern um das zu bestimmen, was Ronald Dworkin (1931–2013) als Rechtspositivismus versteht.

[462] Dazu unten Zweiter Teil, Kap. VI, S. 315–317.

Selbstredend können die zur Debatte stehenden Begriffe streng und dergestalt abgebildet werden, dass ‚das' Primat der Rechtserkenntnis – um als solches bezeichnet werden zu können – zwar impliziert, dass ‚fehlerhafte Rechtserscheinungen' notwendig als Scheinrecht (also: als Nicht-Recht) gelten sollen: „Unrecht bleibt Unrecht"[463] – auch wenn die Rechtsorgane es für Recht erklären. Jeder zu konstatierende Mangel bei der Rechtserzeugung würde dann ein „Sanktionshindernis für die erkennende Vernunft [darstellen], die sagen soll, ob Gesetzesmäßigkeit erfüllt und damit Staats- und Rechtscharakter gegeben ist oder nicht".[464] Die relevanten Fragestellungen können aber auch entkoppelt werden und das Primat der Erkenntnis in Kontrast zum Primat der Rechtsanwendung so modelliert werden, dass sich bereits bei der Frage der epistemischen Deutungshoheit Unterschiede feststellen lassen und ein Primat der Erkenntnis bei der Geltungsfrage (Ebene der Entscheidungshoheit) keine notwendige Erscheinungsform eines solchen Primats ist. Daher ist es wohl möglich, von einem moderaten Primat der Rechtserkenntnis zu sprechen, das auf der Kategorie der ‚Rechtsfehler' beharrt, ohne irgendeinen Anspruch auf der Geltungsebene der systemimmanenten Operationen des Rechts zu erheben, und sich schon dadurch hinreichend von einem radikalen Primat der Rechtsanwendung absetzt.

Moderates Primat der Erkenntnis / *Fragestellungen*	*Variante 1 Individuelle Vernunft der Rechtsunterworfenen*	*Variante 2 Theoretische Vernunft der Rechtswissenschaft*
Ebene der Deutungshoheit: Kann die Erkenntnis ‚Rechtsfehler' bei der Rechtsanwendung identifizieren?	Ja.	Ja.
Ebene der Entscheidungshoheit: Ergibt sich aus der Erkenntnis der ‚Fehlerhaftigkeit' der Rechtsanwendung' die Bestreitung ihres Rechtscharakters?	Nein.	Nein.

Modellierung möglicher Varianten eines moderaten Primats der Rechtserkenntnis

Die radikalere Erscheinungsform eines (starken) Primats der Rechtserkenntnis vermengt zwei grundlegende Ebenen der relevanten Fragestellungen. Sie vermischt die Existenz bzw. die Erkennbarkeit eines Rechtsfehlers im rechtlichen Herstellungsprozess mit der Konsequenz der (dem Anspruch nach: objektiven) Feststellung dieses Mankos in der Rechtsgewinnung durch einen qualifizierten Beobachter (vor allem die Rechtswissenschaft). Aus dem erkenntnismäßig bestimmten, fehlerhaften Charakter einer Rechtserscheinung folge das Bestreiten der rechtlichen

[463] *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 450 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (133).

[464] *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 445 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (126).

Qualität einer Schein-Rechtserscheinung bzw. ihre Disqualifikation als Rechtsphänomen. Aus der Deutungshoheit über die ‚Richtigkeit' bzw. ‚Rechtsmäßigkeitsfrage' wird damit ein Geltungsprimat der Rechtswissenschaft.

Das Spannende bei dem Modell Merkls ist, wie er in Auseinandersetzung mit Fritz Sander bei einer gewissen Variante des Primats der Rechtswissenschaft gelandet ist, nämlich wie er eingehend auf die Kritik Sanders sein eigenes „Modell wissenschaftlich kontrollierter Rechtsverwirklichung"[465] kalibriert hat. Denn er entwickelte ein originelles Konzept zur Beschreibung des Umgangs des positiven Rechts mit ‚Rechtsfehlern', das die Einordnung seines eigenen Modells als ein pauschales Primat der Rechtserkenntnis verkomplizierte: das Konzept des Fehlerkalküls.[466]

II. Primat der Rechtsanwendung: Wie die Rechtsentscheidung, so das Recht

Bei einem Primat der Rechtsanwendung werden die Organe als Subjekte der Rechtserkenntnis verstanden: „[E]chtes rechtliches Wissen"[467] wird auf den Anwendungskontext selbst restringiert. Als Gegenkonzept zum Primat der Rechtserkenntnis ist in einem ersten Szenario das Primat der Rechtsanwendung[468] so zu verstehen, dass Recht sei, was verfahrensmäßig als solches durch das dafür zuständige Rechtsorgan erzeugt wird, und dass über die ‚Richtigkeit' bzw. ‚Rechtmäßigkeit' der Operationen des Rechtssystems ausschließlich im Rechtsverfahren entschieden wird. Daher wäre kein sinnvoller Diskurs über ‚Rechtsfehler' in Abweichung von und außerhalb der Praxis der Organe denkbar, da es kein als solches zu adressierendes, rechtliches Phänomen zu beschreiben gäbe. Denn Rechtsfragen inklusive Rechtserkenntnisfragen wären als Kompetenzfragen durch Autorität zu erledigen. Aus dem Geltungsprimat der Rechtsanwendung ergebe sich auch die Deutungshoheit der Rechtsorgane. Die Anwendung konstituiere die rechtsrelevante Bedeutung der Rechtserscheinungen immer aufs Neue.

In diesem Szenario wird die Plausibilität der ‚Rechtsfehler' qua wissenschaftliches Konstrukt bestritten. Dabei entlarve sich die Rede über ‚fehlerhafte Rechtsentscheidungen' entweder als eine bloße philosophische Pedanterie,[469] oder als das für die Maschinerie des Rechts irrelevante Ergebnis der Ausübung des Urteilsvermögens von verschiedenen „Herr[en] Jedermann".[470] Diese Redeweise

---

[465] *Somek*, Rechtssystem und Republik (Anm. 447), S. 484.

[466] Vgl. dazu unten Zweiter Teil, Kap. VI, S. 283–303.

[467] *Somek*, Wissen des Rechts (Anm. 243), S. 20.

[468] Elemente für eine Rekonstruktion des Primats der Rechtsanwendung finden sich in *Kletzer*, The Idea of a Pure Theory of Law (Anm. 436), S. 129 f.; *Tessar*, Stufenbau nach der rechtlichen Autorität (Anm. 422), S. 280–296; *Somek*, Rechtssystem und Republik (Anm. 447), S. 475–479.

[469] Vgl. *Hart*, The Concept of Law (Anm. 23), S. 138; *Hart*, The Concept of Law, 2. Aufl. (Anm. 23), S. 141, der anders als beim hier skizzierten radikalen ‚Primat der Rechtsanwendung' für die Unterscheidung zwischen Unveränderlichkeit (finality) und Unfehlbarkeit (infallibility) der letztinstanzlichen Entscheidungen eingetreten ist.

[470] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 426), S. 93 = HKW3, S. 439–531 (514).

verkenne das Getriebe des Rechtsverfahrens. Als Recht gelte unumstritten, was als Recht durch einen zuständigen Entscheider bestimmt worden ist; das Recht wird angewandt, wie es von den Organen erkannt ist. Rechtswissenschaftlich sei keine Abweichung des Rechts von sich selbst zu konstatieren. Die Kategorie eines ‚Rechtsfehlers' habe dementsprechend im rechtswissenschaftlichen bzw. rechtstheoretischen Vokabular keinen Platz, denn ihr entbehre jede Rechtserheblichkeit; ihr fehle eine rechtliche semantische Referenz. Sie verkörpere nur Wünsche oder Vermutungen des rechtlich nicht autorisierten externen Betrachters. ‚Rechtsfehler' seien rechts*wissenschaftlich* nicht erkennbar, denn: Wie die Rechtsmaßstäbe *rechtlich* aussehen, werde im Rechtsverfahren und nur dort festgelegt. Die Rechtswissenschaft habe lediglich eine reflexive Rekonstruktion der Operationen des Rechtsverfahrens zu leisten. Den Privatpersonen sei es damit selbstverständlich vorbehalten, sozusagen als schlechte Verlierer die Rechtlichkeit eines Rechtsurteils, d. h. einer von dem betroffenen Individuum als rechtswidrig wahrgenommenen Organhandlung in einer rechtsunerheblichen Weise zu verneinen oder einen Diskurs über angeblich fehlerhafte bürokratische Entscheidungen zu pflegen. Dabei würde aber das Funktionieren des Rechts nicht adäquat erfasst werden, sondern würden Meinungen über gewünschte Verfahrensergebnisse kommuniziert. Der Rechtswissenschaft stünde jedenfalls ein solches Verdikt über die Rechtspraxis nicht zu, wolle sie wissenschaftlich bleiben.

Es ließe sich aber noch ein weiteres, milderes Design für das Primat der Rechtsanwendung konzipieren, das sich ausschließlich als Geltungsprimat präsentieren würde. Die Rechtswissenschaft könnte in diesem hypothetischen Szenario einen Diskurs über die Kompetenzüberschreitungen der Rechtsorgane führen, indem sie sich ausschließlich auf die bestehenden Rechtserzeugungsregeln berufe. Dass dies aber Konsequenzen für die Rechtspraxis bewerkstelligen würde, werde geleugnet. Wichtig wäre es, einen Deskonnex zwischen Erkennbarkeit von Rechtsfehlern (als Interpretationsproblem) und Rechtsfolgen (als Kompetenzfrage) zu garantieren, der in keinem Punkt der Rechtsanwendungskette wieder zu einer Kopplung umgedeutet werden könnte. Rechtswidrigkeiten im Rechtsverfahren wären dann zu konstatieren, auch wenn sie im Rechtsverfahren durch die zuständige Autorität nicht erkannt wurden. Der Streitpunkt gegenüber bestimmten Varianten des Primats der Rechtserkenntnis würde hauptsächlich die ‚(Fehler-)Folgen-Frage' betreffen, die für einen Primat der Rechtsanwendung, wie auch immer im Detail kalibriert, unverhandelbar bleibt: Aus der Erkenntnis des Fehlers durch nicht rechtsverfahrensmäßig zuständige Individuen an sich würde für das Rechtssystem gar nichts folgen.

Diese Abschwächung des Primats der Rechtsanwendung ist eher uninteressant, da die Kontrastierung mit der schwächeren Form eines Primats der Rechtserkenntnis verloren geht. Genauer: Bei der Zulassung der rechtswissenschaftlichen Verwendung der Kategorie des ‚Rechtsfehlers' würden sich die hypothetischen moderateren Formen der Primat-Konstruktionen treffen bzw. decken. Darüber hinaus setzt diese Abmilderung voraus, dass das Primat der Rechtsanwendung sich aus einem rechtstheoretischen Ansatz ergibt, demzufolge das Recht auch so funktio-

niert, dass bedingende Normen für einen Rahmen für die Rechtsanwendung bzw. Rechtserzeugung sorgen. Das Problem dabei ist, dass dies von einem der Protagonisten der Kontroverse, Fritz Sander, bestritten wird. In der Merkl–Sander-Kontroverse drehte sich der Streit um die Rolle der Rechtswissenschaft, sodass für die Charakterisierung eines Primats der Rechtsanwendung die negative Antwort auf die Frage nach der rechtswissenschaftlichen Erkennbarkeit von Rechtsfehlern der Anwender entscheidend ist. Daher wird hier nicht von einem milderen Primat der Rechtsanwendung geredet und es wird nur einem moderaten Primat der Rechtserkenntnis Platz eingeräumt – dies ließe sich freilich in anderen Kontexten aus Opportunitätsgründen unterschiedlich gestalten.

Auf den ersten Blick sollte das Primat der Rechtsanwendung, um diese Bezeichnung zu verdienen, die Frage nach der Existenz und Erkennbarkeit von ‚Rechtsfehlern' mit einer pauschalen negativen Antwort versehen. Die Lage verkompliziert sich, sobald man sich an das Problem über die oben deklinierte ‚Wer-Frage' annähert: Wer erkennt bzw. entscheidet, was rechtens ist? Dann wird deutlich, dass für das Primat der Rechtsanwendung doch eine positive Antwort auf die Frage der Erkennbarkeit möglich ist, solange das Erkenntnissubjekt das Rechtsorgan ist, bzw. die Rechtsanwender: Das Erkennen und die Konstitution der ‚Fehlerhaftigkeit' bzw. ‚Rechtswidrigkeit' einer Rechtserscheinung geschieht im Rechtsverfahren. Es wäre denkbar, die Kategorie der ‚Rechtsfehler' mit bloß beschreibender Intentionalität in die Reflexion über das Rechtsverfahren zu integrieren. Sie habe die mögliche Verwendung der Semantik der ‚Richtigkeit' nach dem positiven Recht(sverfahren) selbst zu rekonstruieren, ohne Anspruch auf Korrektur der Urteile des Rechts erheben zu können.[471]

Primat der Rechtsanwendung

Wessen Meinung ist für die ‚Rechtsrichtigkeit' ausschlaggebend?	Die Meinung, die sich in den autoritativen Urteilen der Organe manifestiert.
Ebene der Deutungshoheit: Kann die Rechtswissenschaft ‚Rechtsfehler' bei der Rechtsanwendung erkennen?	Nein.
Ebene der Entscheidungshoheit: Ergibt sich aus der Erkenntnis der ‚Fehlerhaftigkeit' der Rechtsanwendung' die Bestreitung ihres Rechtscharakters?	Nein. Genauer: Diese Frage stellt sich nicht in Rahmen der Rechtstheorie; sie bezeuge Unwissenschaftlichkeit.

Modellierung eines Primats der Rechtsanwendung

Das Spannende bei Sander ist, wie er aus einer Theorie der Eigengesetzlichkeit des Rechts, d. h. über die Funktionsweise des Rechtsverfahrens sein Primat des Rechtsverfahrens modelliert und die Leugnung der herkömmlichen Verwendung der Kategorie der ‚Rechtsfehler' begründet. Seine Bestreitung der Tauglichkeit

[471] Vgl. z. B. *Sander*, Staat und Recht als Probleme (Anm. 250), S. 187 (mit Fn. 1).

dieser Kategorie hängt mit seiner Ansicht zum Verhältnis zwischen den Rechtserscheinungen im Rechtsverfahren zusammen; sie stützt sich auch auf ein restriktives Verständnis der ausschließlich deskriptiven Aufgaben der Rechtswissenschaft bzw. der Rechts(verfahrens)theorie. Es gilt zu verstehen, wie er bei einem Modell des „rechtlich autorisiert[en] Wissen[s]“[472] landet.

D. Das Merklsche Primat der Rechtswissenschaft

I. Konstante und Variable

Die Behandlung des rechtlichen Umgangs mit Fehlern erfährt bei Merkl im Laufe seines wissenschaftlichen Schaffens manche Wandlung. Diese Mutationen, die sich mitunter als bloße Akzentverschiebungen deuten lassen, entstanden und wurden oft im Austausch mit den Mitstreitenden der Wiener Schule dargestellt, sie gingen aus der Verarbeitung von Anregungen und der Reaktion auf Kritikpunkte hervor, die nicht zuletzt schulimmanent auf Merkls Rechtstheorie zukamen. Ursprünglich schien Merkl der Fehlerhaftigkeit einer Rechtserscheinung keine Auflösungskraft bezüglich der rechtlichen Eigenschaft dieser Erscheinung zuzuschreiben.[473] Diese Auflösungskraft für die Anerkennung des Mankos bei der Rechtserzeugung durch das intellektuelle Vermögen der Rechtswissenschaft nahm er zwar konsequent und (relativ) deutlich erst ab Anfang der 1920er Jahre mit der Konzeptualisierung seines „Irrtumskalkül[s]“[474] in Anspruch, aber schon in früheren Arbeiten insinuierte er ein starkes Primat der Rechtserkenntnis (Stichwort: „Unrecht bleibt Unrecht“).[475] Im Bewusstsein der Schwierigkeiten, die ein solches Primat für das Rechtserkenntnis und Rechtserzeugung scharf trennende Programm der Reinen Rechtslehre bereiten würde, bemühte sich Merkl trotz der Anerkennung der Fehleranfälligkeit der Rechtsgewinnung doch darum, die Geltung der nach der Rechtswissenschaft mangelhaften Erscheinungen mittels des Fehlerkalküls zu plausibilisieren. Er er-

---

[472] *Somek*, Wissen des Rechts (Anm. 243), S. 21.

[473] In seinen ersten Stellungnahmen zum hiesigen Problem scheint Merkl einem Primat der Rechtsanwendung das Wort reden zu wollen, indem er den „Standpunkt des Rechtsanwenders“ als den „juristisch maßgebende[n] Standpunkt“ bezeichnet, vgl. *Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege (Anm. 57), S. 375 = Merkl-GS II/1, S. 3–69 (4). Wenn aber berücksichtigt wird, wofür er sich schon damals engagierte, nämlich für die Offenhaltung der Möglichkeit einer autoritativen rechtskräftigen Entscheidung der zuständigen Instanzen, die endlich das System der Rechtserkenntnis mit dem System der Rechtserzeugung versöhnen würde, indem, was ‚wirklich‘ rechtswidrig sei, für rechtswidrig erklärt werde, dann ist der spätere Fehlerkalkül-Theoretiker zu erkennen; der Ritter der Rechtserkenntnis, der für Ross einem merkwürdigen Don Quijote ähnelte, der nicht gegen die Mühlen kämpft, sondern für sie. Vgl. *Ross*, Die Theorie der Rechtsquellen (Anm. 271), S. 329. Zur Kritik Ross vgl. unten Dritter Teil, Kap. VI, S. 350–354.

[474] Vgl. *Merkl*, Prüfung von Gesetzen und Verordnungen (Anm. 91), S. 607 = Merkl-GS II/1, S. 393–438 (435), wo der Begriff eines „Irrtumskalküls“ im Werk Merkls zum ersten Mal auftaucht.

[475] „[…] auch in der Hand des gewohnten Rechtsanwenders“ (*Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung [Anm. 35], Sp. 450 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 [133]).

sann einen Weg, rechtspositivistisch die Endgültigkeit von der Unfehlbarkeit einer Entscheidung unterscheiden zu können.[476] Sein Modell scheint aber unterschiedliche Akzente zu bekommen, je nach Kommunikationskontext und Ansprechpartner oder Opponenten: In der Kontroverse mit Sander wurden die kritischen Aufgaben der Rechtswissenschaft gegenüber der Rechtsanwendung mit starker Feder gezeichnet und die Fahne eines Primats der Rechtswissenschaft hochgehalten; gegenüber Vertretern der herkömmlichen Rechtsdogmatik hingegen wurden die Überschreitungen der rechtswissenschaftlichen kognitiven Kompetenzen mittels der sogenannten Rechtsfortbildung angemahnt und methodologisches *self-restraint* gepredigt.[477] Dieser Kampf an unterschiedlichen Fronten verkompliziert die Aufgabe des Interpreten der Merklschen Modells.

Bei Merkl lässt sich zur Thematik des ‚rechtswidrigen Rechts' wenigstens eine Konstante in seinen zahlreichen Variablen finden. Er hat von Anfang an darauf beharrt, dass Fehler bei der Rechtserzeugung stattfinden können und dass diese Fehler durch die Vernunft, sei es die normale individuelle, sei es die rechts(wissenschafts)theoretische, erkannt und anerkannt werden könnten. Die Möglichkeit von Fehlern sah er eigentlich als ein Korollar der Dynamisierung der Rechtsordnung.[478] Die Delegation der Rechtserzeugung im Stufenbau der Rechtsordnung ziehe die Fehleranfälligkeit der Organhandlungen nach sich. Mit Abweichungen von der Fremdprogrammierung der Normen durch die Eigenprogrammierung des Organs sei zu rechnen.

Eine Variable besteht darin, dass Merkl mit der Erkenntnis eines rechtlichen Fehlers unterschiedliche Folgen verknüpft hat. Auch das Subjekt dieser Erkenntnis war nicht immer unzweideutig benannt: Ob ein Primat der individuellen, autonomen Vernunft, oder der ‚kollektiven', wissenschaftlichen Vernunft zusteht, ist in frühen Schriften Merkls nicht immer einfach zu bestimmen. Die „neutrale Rechtswissenschaft"[479] wird 1918 als Protagonistin eingeführt. Er bedient sich außerdem im Laufe der Jahre verschiedener Strategien bei der Unterbringung des rechtswidrigen Rechts im einheitlichen Validationssystem des Rechts.[480] Der Standpunkt der

---

[476] Ein rechtstheoretisches Manöver, das im angelsächsischen Rechtspositivismus à la Hart in der Unterscheidung zwischen „finality" und „infallibility" eine Art von (unterkomplexen) Funktionsäquivalenten findet, vgl. *Hart*, The Concept of Law (Anm. 23), S. 138–144; *Hart*, The Concept of Law, 2. Aufl. (Anm. 23), S. 141–147. Vgl. dazu *Andrej Kristan*, A Paradox of Hart's Fallible Finality, in: Analisi e Diritto 2016, S. 339–345.

[477] Vgl. z. B. *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 163 f., 166 f., 171 f. = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (97 f., 102 f., 110 f.); *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 464 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (247).

[478] Vgl. z. B. *Merkl*, Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung (Anm. 38), S. 466 = Merkl-GS I/1, S. 268–279 (278). Dazu auch oben Zweiter Teil, Kap. IV, S. 197–200.

[479] *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 463 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (245).

[480] Die folgende Darstellung versteht sich nicht als strikt chronologischer Überblick. Es handelt sich vielmehr um einen ersten Versuch, unterschiedliche rechtstheoretische Leitgedanken in Merkls Werken zu rekonstruieren, ‚fehlerhafte Rechtsakte' im Rechtssystem unterzubringen. Manche Argumente tauchen sogar in ein und derselben Arbeit auf, ohne dass immer klar wird, ob sie als notwendige Schritte einer umfassenderen Strategie konzipiert sind oder nicht. Es scheint

Betrachtung scheint dabei auch leicht zu oszillieren. Insbesondere variiert das Instrumentarium, dessen er sich bedient, um die Anwendung der Codierung Recht/Unrecht für und angewandt auf die rechtliche Kommunikation selbst zu konstruieren und die Widerspruchsmöglichkeiten zwischen den Stufen der Rechtserzeugung zu entschärfen. Er gab sich die Mühe, eine Lösung für das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' auszuarbeiten, die nicht zur vollständigen Revidierung der Prämissen seiner Rechtskraft- und Stufenbaulehre führen musste, laut denen von der Rechtsordnung nicht autorisierte Rechtsänderungen nicht vorkommen können und daher als bloß gescheiterte, nicht-rechtliche Versuche zu deuten seien (Nichtigkeitsprämisse). Als Schüler Kelsens konnte er sich bei allen ungehemmt zur Sprache gebrachten Meinungsunterschieden nominell nicht von der Idee der selbstwidersprüchlichen Qualität der Vorstellung des ‚rechtswidrigen Rechts' befreien.[481]

II. Merkls variierbarer Umgang mit dem Problem der ‚Rechtsfehler'

1. Auf der Suche nach einem juristischen Standpunkt: Der Austausch mit Verdross

Bereits in seinen Lehrlingsschriften beschäftigte sich Merkl mit dem hier zum Phänomen des ‚rechtswidrigen Rechts' umformulierten Problem der „Widerspruchsmöglichkeiten" zwischen dem Rang nach nicht-koordinierten Rechtserscheinungen, d. h. mit dem Befund von Rechtsorgan-Anordnungen, die nicht in Einklang mit denjenigen des „allen Staatsorganen übergeordneten Gesetzesrechtes"[482] stehen. Ein Problem, das er aus der Perspektive der „Grenzen der Gehorsamspflicht"[483] der Rechtsorgane zu betrachten schien, die er bald als den „Standpunkt des Rechtsanwenders" als „juristisch[…] maßgebende[n] Standpunkt"[484] bestimmen würde. Relevant sei die Determinierung der bindenden Kraft der Rechtserscheinung, die von dem zuständigen Rechtsanwender weiter konkretisiert und individualisiert werden solle: Der maßgebliche Standpunkt sei derjenige des Rechtsanwenders, der sich fragt, was die bindenden Rechtsmaßstäbe seien. Dabei stellte sich schon die Frage nach der Zuständigkeit der rechtsvollziehenden Organe zur Beurteilung der ‚Rechtmäßigkeit' – die hier noch weitgehend mit der ‚Gültigkeit' gleichgestellt, da eng mit ihr gekoppelt, wurde,[485] aber von der Tendenz her schon als von ihr differenzierbar emergierte – der anzuwendenden Rechtserscheinungen. Die Thematik

---

aber möglich, die im Folgenden dargelegten Schritte der Argumentation Merkls als relativ autonome Lösungen zu betrachten, auch wenn er selbst dies möglicherweise nicht so gesehen hat.

[481] Zu Kelsens früher Begründung der Widersprüchlichkeit der Idee des ‚rechtswidrigen Rechts' vgl. oben Erster Teil, Kap. II, S. 118 f.

[482] Zwei Zitate: *Merkl*, Das kaiserliche Patent vom 26. Juli 1913 (Anm. 410), S. 297 = Merkl-GS III/1, S. 3–17 (6).

[483] *Merkl*, Das kaiserliche Patent vom 26. Juli 1913 (Anm. 410), S. 299 = Merkl-GS III/1, S. 3–17 (6).

[484] Zwei Zitate: *Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege (Anm. 57), S. 375 = Merkl-GS II/1, S. 3–69 (4).

[485] Vgl. z. B. *Merkl*, Das kaiserliche Patent vom 26. Juli 1913 (Anm. 410), S. 298 f. = Merkl-GS III/1, S. 3–17 (7).

des Prüfungsrechts des Rechtsanwenders wurde von Merkl prominent behandelt und diente als Einstieg in die tieferen Überlegungen über das Verhältnis von Rechtmäßigkeit und Geltung, Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit. Das kaiserliche Patent vom 26. Juli 1913[486] sei wegen Weisungsgebundenheit und Ausschluss des Prüfungsrechts von den Verwaltungsorganen kritiklos anzuwenden; die Richter hingegen hätten das Patent auf dessen Rechtmäßigkeit zu prüfen – denn es handle sich weder um ein Gesetz noch um eine gesetzkräftige Rechtsquelle[487] –, und es wäre zu erwarten, dass sie dabei zum Ergebnis kommen würden, hier liege außergesetzliches Nichtrecht vor. Aus der Argumentation Merkls folgt: Mangels Überprüfungsrechts gelten in einer gegebenen Rechtsordnung für das Vollzugsorgan – sei es ein Richter, sei es ein Verwaltungsorgan – auch diejenigen Rechtsnormen als rechtmäßig, die es eventuell – wenn auch mit guten Gründen – für rechtswidrig hält.

Bei der Analyse der Verfassungsmäßigkeit einer kaiserlichen Verordnung[488] – einer sogenannten ‚§14-Verodnung'[489] –, die sich auf §14 des Staatsgrundgesetzes vom 21. Dezember 1867 berief,[490] um die Einstellung der Geschworenengerichte

[486] Das kaiserliche Patent vom 26. Juli 1913, betreffend die Fortführung der Landesverwaltung des Königreiches Böhmen, L.G.Bl. 36/1913. Hans Kelsen hat sich – allerdings anonym – auch zu diesem Patent geäußert, vgl. *Hans Kelsen*, Die böhmische Verwaltungskommission vor dem Verwaltungsgerichtshof, in: Neue Freie Presse Nr. 17673 vom 5. November 1913 [Abendblatt], S. 3 = HKW 3, S. 105–111. Den Schleier der Anonymität Kelsens hat Merkl aufgehoben, vgl. *Merkl*, Das kaiserliche Patent vom 26. Juli 1913 (Anm. 410), S. 301 = Merkl-GS III/1, S. 3–17 (9 f.).

[487] Art. 7 des Staatsgrundgesetzes vom 21. Dezember 1867, über die richterliche Gewalt, R.G.Bl. 1867/144 (im Folgenden: StGG richterliche Gewalt 1867) schloss die Prüfung der Gültigkeit angemessen kundgemachter Gesetze durch die Gerichte aus (Art. 7, Satz 1), während sie dazu ermächtigt wurden, über die Gültigkeit von Verordnungen im gesetzlichen Instanzenzug zu entscheiden (Art. 7, Satz 2).

[488] Es handelte sich um: Kaiserliche Verordnung vom 7. Juli 1915 über die zeitweilige Einstellung der Wirksamkeit der Geschworenengerichte, R.G.Bl. 1915/189.

[489] Vgl. *Edmund Bernatzik*, Gegen die unberechtigte Anwendung des Paragraph Vierzehn, in: Neue Freie Presse Nr. 1721 vom 25. Dezember 1913, S. 7; *Helmut Gebhardt*, Die Praxis des §14-Notverordnungsrechts von 1868 bis 1914, in: Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs 2018, S. 247–258.

[490] §14 des Gesetzes vom 21. Dezember 1867, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert wird, R.G.Bl. 1867/141 (im Folgenden: StGG Reichsvertretung 1867): „§ 14. Wenn sich die dringliche Nothwendigkeit solcher Anordnungen, zu welchen verfassungsmäßig die Zustimmung des Reichsrathes erforderlich ist, zu einer Zeit herausstellt, wo dieser nicht versammelt ist, so können dieselben unter Verantwortung des Gesammtministeriums durch kaiserliche Verordnung erlassen werden, in soferne solche keine Abänderung des Staatsgrundgesetzes bezwecken, keine dauernde Belastung des Staatsschatzes und keine Veräußerung von Staatsgut betreffen. Solche Verordnungen haben provisorische Gesetzeskraft, wenn sie von sämmtlichen Ministern unterzeichnet sind und mit ausdrücklicher Beziehung auf diese Bestimmung des Staatsgrundgesetzes kundgemacht werden. Die Gesetzeskraft dieser Verordnungen erlischt, wenn die Regierung unterlassen hat, dieselben dem nächsten nach deren Kundmachung zusammentretenden Reichsrathe, und zwar zuvörderst dem Hause der Abgeordneten binnen vier Wochen nach diesem Zusammentritte zur Genehmigung vorzulegen, oder wenn dieselben die Genehmigung eines der beiden Häuser des Reichsrathes nicht erhalten. Das Gesamtministerium ist dafür verantwortlich, daß solche Verordnungen, sobald sie ihre provisorische Gesetzeskraft verloren haben, sofort außer Wirksamkeit gesetzt werden". Für die geläufige Nutzung von ‚§14-Ver-

über die (staatsgrund)gesetzlich zulässige Dauer von einem Jahr zu erstrecken,[491] kam Merkl zu der Schlussfolgerung der Unwirksamkeit der in Frage kommenden, die rechtlichen Schranken überstrapazierenden, Maßregel. Von der durch den erkennenden Intellekt konstatierbaren Diskrepanz zwischen der rechtlichen Grundlage und der sich darauf berufenden staatlichen Handlungsform schloss Merkl auf die Negation der Wirksamkeit der ‚§14-Verordnung', der lediglich der Schein von Gesetzmäßigkeit zuzusprechen sei.[492] Damit verquickte Merkl nicht nur rein terminologisch, sondern auch im Ergebnis seiner Untersuchung die Ebenen der Rechtmäßigkeit und der Rechtsgültigkeit, die Erkennbarkeit und die Entscheidungsfrage über die Rechtswidrigkeit von Rechtserscheinungen. Ausgerechnet diese Vermengung, die vielleicht im Kontext nichts anderes als einen kleinen Formulierungspatzer bedeutete, setzte ihn der Kritik eines anderen Teilnehmers des damaligen Privatseminars Kelsens und Merkls ehemaligen Studienkommilitonen aus: Alfred Verdross.

Verdross hielt gegen den Schluss Merkls der Unwirksamkeit einer ‚rechtswidrigen Rechtserscheinung' (*in concreto*: der ‚§14-Verordnung' zur zeitweiligen Einstellung der Geschworenengerichte), skizzierte dabei bereits eine rudimentäre Theorie der formellen Einheit des Rechtssystems und warf Merkl zwischen den Zeilen Inkonsequenz zu dessen eigenem Ansatz der Gehorsamspflicht für Verwaltungsorgane vor, demnach diese Organe die von ihnen für rechtswidrig gehaltenen Bestimmungen vorgesetzter Organe anzuwenden hätten, sowie zu dessen früheren Überlegungen zum rechtskräftigen Charakter „rechtsirrige[r] richterliche[r] Entscheidungen":[493] Merkl selber hatte bereits gelehrt, dass die Unüberprüfbarkeit rechtlicher Akte ihre Gültigkeit trotz Mangelhaftigkeit nach sich zieht. Den Vollzugsorganen stünde, laut Verdross, nach der österreichischen Rechtsordnung nicht zu, die Rechtlichkeit oder Nicht-Rechtlichkeit der anzuwendenden, ‚gesetzeskräftigen' Norm zu überprüfen bzw. zu bestimmen;[494] da die „§14-Verordnung" ‚ge-

---

ordnungen' für sukzessive Suspensionen von Geschworenengerichten in der Habsburgermonarchie vgl. *Hans Hautmann*, Geschworenengerichte auf Abruf. Wie man den Ausnahmezustand im alten Österreich rechtlich regelte und praktisch handhabte, in: Justiz und Erinnerung 11 (2005), S. 19–25.

[491] Vgl. Gesetz vom 23. Mai 1873, betreffend die zeitweise Einstellung der Geschworenengerichte, R.G.Bl. 120/1873. Mit diesem Gesetz wurde der Art. 11 des „StGG richterliche Gewalt 1867" ergänzt: „§1 Die Wirksamkeit der Geschworenengerichte kann hinsichtlich aller ihnen zugewiesenen strafbaren Handlungen oder einzelner Arten derselben zeitweilig, und zwar längstens auf die Dauer eines Jahres für ein bestimmtes Gebiet eingestellt werden, wenn daselbst Thatsachen hervorgetreten sind, welche dieß zur Sicherung einer unparteilichen und unabhängigen Rechtsprechung als notwendig erscheinen lassen".

[492] „Bis einschließlich 28. August hätte also allenfalls die Einstellung der Geschworenengerichte verlängert werden können – bis dahin mag man auch der am 7. Juli ergangenen ‚§14-Verordnung' Wirkung einräumen. Darüber hinaus tritt aber wieder das Staatsgrundgesetz in seine Rechte und verlangt Beachtung seiner eigenen Direktiven für Abänderung" (*Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege [Anm. 57], S. 376 = Merkl-GS II/1, S. 3–69 [7]).

[493] *Merkl*, Das kaiserliche Patent vom 26. Juli 1913 (Anm. 410), S. 296 = Merkl-GS III/1, S. 3–17 (4).

[494] Vgl. Art. 7, Satz 1 StGG richterliche Gewalt 1867 (Anm. 487).

setzeskräftig'[495] und dementsprechend richterlich unüberprüfbar sei, gelte sie trotz eventueller Rechtswidrigkeit.

In Rechtskraft, im Sinne von Unanfechtbarkeit und Unveränderbarkeit, erwachse eine Rechtserscheinung, auch wenn sie von der „autonome[n] Vernunft"[496] für irrig gehalten werde. Die Rechtskonkretisierung funktioniere im „allgemeinen Mechanismus des Staatsapparates" dergestalt, dass im Übergang von einem Organ zum anderen in einer Rechtsermächtigungskette „von den ursprünglichen Vorschriften der Rechtsordnung immer mehr aufgegeben wird, so daß das rechtliche Sollen in seiner Wandlung von der Idee zur Realität immer mehr vom Ursprünglichen abbiegt".[497] Die Einheit der Rechtsordnung sei daher formell als Delegationszusammenhang und nicht als materielle Widerspruchslosigkeit zu fassen. Das „allgemein geltende[] Rechtskraftprinzip" bewirke, dass, mangels positiv-rechtlich gewährleisteten Überprüfungsrechts der rechtsanwendenden Stelle, „an den A der Befehl geht, so zu entscheiden und an den B, [A] zu gehorchen, wenn auch anders [von A] geurteilt wurde".[498] Die Geltung der erkenntnisgemäß als rechtswidrig zu behandelnden Rechtserscheinung entspringe den Rechtsnormen, die die Rechtskraft unüberprüfbarer bzw. nicht mehr appellierbarer Rechtsentscheidungen anordneten. Die Rechtskraftnormen würden eine Art Zäsur zwischen materieller und formeller Rechtmäßigkeit markieren, wobei die Beachtung der letzteren hinreichend sei, um die Wirksamkeit einer Rechtserscheinung zu sichern. Eine materiell verfassungswidrige Rechtsnorm möge z. B. gelten. Hierin sah Verdross damals anders als sein Lehrer, Hans Kelsen, keine *contradictio in adjecto*.[499]

Verdross bezichtigte Merkl einer Art ‚Primat der autonomen Vernunft',[500] der mit den Prämissen des von beiden geteilten Forschungsprogramms unverträglich sei. Denn gewünschtes Recht sei bei einem solchen Manöver – der ‚§14-Verordnung' die Geltung abzustreiten und hinzu deren Überprüfbarkeit durch die Richter

---

[495] Vgl. §14 StGG Reichsvertretung 1867 (Anm. 490).

[496] *Alfred Verdross*, Die Rechtskraft der kais. Verordnung vom 7. Juli 1915 Nr. 189 R.G.Bl. über die zeitweilige Einstellung der Geschworenengerichte. Eine Replik, in: Juristische Blätter 44 (1915), S. 426–427 (426).

[497] Zwei Zitate: *Verdross*, Die Rechtskraft der kais. Verordnung vom 7. Juli 1915 (Anm. 496), S. 427.

[498] Zwei Zitate: *Verdross*, Die Rechtskraft der kais. Verordnung vom 7. Juli 1915 (Anm. 496), S. 427.

[499] Zur frühen Lehre Kelsens über die Fehlerhaftigkeit der (Staats-)Organakte vgl. oben Erster Teil, Kap. II, S. 116–118. In der zu einer Art Primat der Rechtsanwendung (auf der Geltungsebene) neigenden Konstruktion von Verdross enthüllt sich die Möglichkeit einer prekären Entkopplung von Rechtswidrigkeit und Ungültigkeit, wie von Rechtmäßigkeit und Rechtswirksamkeit, wie sie von der Fehlerkalkültheorie Merkls erst später in größerer Feinheit ermöglicht wird. Der Kern der Lösung von Verdross besteht aber eher in der Unterscheidung von formeller und materieller Rechtswidrigkeit, die immer noch Rechtsgeltung mit einer bestimmten Gestalt von Rechtmäßigkeit verkoppelt. Vgl. *Verdross*, Die Rechtskraft der kais. Verordnung vom 7. Juli (Anm. 496), S. 427.

[500] „Er [A. J. Merkl] versagt dem formell vom zuständigen Organe als Recht Festgestelltem die Rechtswirksamkeit zugunsten dessen, was eigentlich aus der unmittelbaren Verfassung die autonome Vernunft deduziert hätte" (*Verdross*, Die Rechtskraft der kais. Verordnung vom 7. Juli 1915 [Anm. 496], S. 427).

als „im Geiste der Verfassung“[501] stehend zu behaupten – an die Stelle des positiven Rechts gestellt worden. Aus heutiger Sicht erscheinen die damaligen Ausführungen Merkls zur Verfassungswidrigkeit der in Frage kommenden ‚§14-Verordnung‘ als konventionell dogmatisch. Die zu analysierende Rechtserscheinung wird dabei mit dem als Kriterium der Rechtmäßigkeit dienenden Rechtsmaßstab konfrontiert und es wird nach der Entsprechung oder Abweichung zwischen den beiden gefragt. Da Merkl von der Rechtswidrigkeit der die Bedingungen für ihre Erzeugung nicht beachtenden ‚§14-Verordnung‘ überzeugt war, räumte er ihr ohne weitere *caveats* keine Rechtswirksamkeit ein. Aus den Einwänden von Verdross liest sich heraus: So einfach ist es rechtstheoretisch nicht.

Allerdings hatte Merkl zu diesem frühen Zeitpunkt noch keine umfassende Theorie zu den Relationen zwischen den Rechtserscheinungen elaboriert, wie dies dann später mit der Stufenbaulehre geschah; obwohl er das Recht tendenziell schon dynamisch betrachtete, verfügte er noch nicht über eine Theorie der Struktur des Rechts dafür. Die Relevanz der Standpunktbestimmung für die Analyse des Problems des ‚rechtswidrigen Rechts‘ – ein Aspekt, der seine Kontroverse mit Sander prägen wird – schien er aber bereits zu spüren. Dass „vom Standpunkt der Partei und jedem anderen außergerichtlichen, so insbesondere kritisch-wissenschaftliche[n] Standpunkt aus“[502] das Recht anders aussehen kann als bei seiner konkreten Verwirklichung durch die Rechtsanwender, war schon hinreichend klar und wurde bei Merkl zum Ausgangspunkt weiterer Reflexionen, ohne dass in diesem anfänglichen Stadium der Standpunkt der Rechtswissenschaft bewusst privilegiert wurde oder dass über die Konsequenzen einer solchen Privilegierung reflektiert wurde.

Was Merkl übrigens als „Standpunkt des Rechtsanwenders“ definierte, darf nicht mit der von Sander später eingenommenen Perspektive der Rechtsanwendung bzw. des Rechtsverfahrens verwechselt werden, die Merkl als Primat der Anwendung abstempelte. Der Gedankengang Merkls forderte den Rechtsbetrachter auf, sich in die Rolle des Rechtsanwenders zu versetzen, dem sich die Frage aufdränge, wie er aufgrund des bestehenden positiven Rechts handeln sollte. Es handelte sich dabei noch nicht um das vollständig reflektierte Bemühen um die Gewinnung eines rechtsinternen, normativen *point of view*, wie es bei Kelsen um die Zeit schon wahrgenommen werden kann.[503] Doch insinuiert sich hier bereits die von Merkl in seinen späteren Schriften privilegierte Perspektive des „anzuwendenden

[501] *Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege (Anm. 57), S. 376 = Merkl-GS II/1, S. 3–69 (8).

[502] *Merkl*, Das kaiserliche Patent vom 26. Juli 1913 (Anm. 410), S. 296 = Merkl-GS III/1, S. 3–17 (4).

[503] Das Kelsensche Ringen um einen binnennormativen Standpunkt spiegelt sich in seiner damals gerade im Entstehung begriffenen Lehre der Grundnorm bzw. Ursprungsnorm wider, vgl. *Robert Walter*, Entstehung und Entwicklung des Gedankens der Grundnorm, in: Robert Walter (Hrsg.), Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre, Wien 1992, S. 47–60; *Stanley Paulson*, The Basic Norm, in: Christoph Bezemek/Michael Potacs/Alexander Somek (Hrsg.), Vienna Lectures on Legal Philosophy, Bd. 2: Normativism and Anti-Normativism in Law, Oxford 2020, S. 41–90.

Recht[s]",[504] die für eine Versöhnung der normativen Statik mit dem dynamischen Delegationsmechanismus des Rechts eintreten würde: Indem man sich die Schuhe des Rechtsanwenders anzieht, begibt man sich auch in die Perspektive der bedingenden Norm, um mittels Auslegung die Anforderungen an die Rechtserzeugung zu bestimmen.

Die Provokation und Kritik von Verdross, der die ungeschickten Formulierungen Merkls zur ‚§14-Verordnung' beim Wort nahm, zwangen diesen, das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' – freilich noch nicht mit diesem Begriff – in den Fokus seiner publizistischen Aufmerksamkeit zu rücken und boten Anlass zur Entwicklung einiger Bausteine seiner Rechtskraftlehre als eine Lehre der relativen Unveränderlichkeit des Rechts.

2. Die Rechtskraft als Allheilmittel?

In einem nächsten Schritt operierte bei Merkl die positivrechtlich gestaltete Rechtskraft,[505] um das ‚Wunder' zu bewirken und Unrecht *a priori* in Recht *a posteriori* zu transformieren.[506] Er teilte ursprünglich die verbreitete, später von ihm selbst kritisierte Annahme der deutschsprachigen Rechtskraftlehre, es sei Funktion des Instituts der Rechtskraft, defekte Entscheidungen der Rechtsorgane entweder rechtmäßig zu machen oder ihre Rechtmäßigkeit zu fingieren. Der ‚richtigen', wie der ‚falschen' Entscheidung käme Rechtskraft zu.[507] Schon auf einen möglichen Riss im Rechtssystem hindeutend, stellte Merkl der „idealen Rechtsordnung des Gesetzes" die „reelle Rechtsordnung der Rechtsanwendung" gegenüber, „welche in allen ihren logischen Abweichungen vom Gesetz doch wieder durch das Gesetz – eben vermittels des Institutes der Rechtskraft – sanktioniert wird".[508]

Die positivrechtliche Unanfechtbarkeit bzw. Unabänderbarkeit einer Rechtserscheinung impliziere, so Merkl, die Sanierung eventueller Rechtserkenntnisfehler bei der Rechtserzeugung. Durch die Normierung der Rechtskraft qua Nicht-Weitermodifizierbarkeit der gesetzten Rechtsnorm verzichte das positive Recht auf die inhaltliche Rechtsbindung. „Rechtserscheinungen untergeordneter Natur, welche durch solche übergeordneter Natur rechtlich determiniert sind", hätten als

---

[504] Vgl. etwa *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 450 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (134).

[505] Bei diesem Lösungsversuch behandelte Merkl Rechtskraft noch nicht konsequent als eine Eigenschaft jeder Rechtsnorm, wie dies ab der Monographie zur Rechtskraft der Fall ist (vgl. *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft [Anm. 10]). Die Rechtskraftlehre als Umgang mit der Zeitlichkeit des Rechts bzw. mit dem Problem der Geltungsdauer der Rechtserscheinungen war auch noch nicht zu Ende durchdacht. Trotzdem war Merkl schon auf dem Weg zu einer allgemeinen Theorie, denn er behält Rechtskraft nicht den gerichtlichen Rechtserscheinungen vor. Zu Merkls Lehre der Rechtskraft vgl. oben Zweiter Teil, Kap. IV, S. 170–175.

[506] Vgl. *Merkl*, Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung (Anm. 38), S. 467 = Merkl-GS I/1, S. 268–279 (279).

[507] Vgl. *Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege (Anm. 57), S. 511 = Merkl-GS II/1, S. 3–69 (13).

[508] Drei Zitate: *Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege (Anm. 57), S. 511 = Merkl-GS II/1, S. 3–69 (14) – Hervorhebung nicht übernommen.

Recht zu gelten, „ohne Rücksicht darauf, ob sie durch jene faktisch determiniert waren".[509]

In der Auseinandersetzung mit Verdross machte Merkl die ersten entschiedenen Bewegungen in Richtung einer Dynamisierung der Rechtsbetrachtung, indem er meinte, eine relative Rechtskraft von einer absoluten Rechtskraft unterscheiden zu können. Nur der den „Maximalpunkt" in der „Konkretisierungsskala" erreichenden Rechtserscheinung sei „absolute Rechtskraft"[510] im Sinne von Unabänderlichkeit, Immunität gegen weitere Veränderungen, zuzuschreiben. Bis dahin hätten alle Rechtserscheinungen lediglich mit einer „relative[n], von der weiteren Konkretisierung bedingte[n] Rechtskraft"[511] zu rechnen, was sich aus der im Horizont der Rechtsanwendung liegenden Unvermeidbarkeit eines letzten Akts ergebe, der den Rechtsinhalt anders gestalten könnte, als es in den intermediären Rechtskonkretisierungsstadien der Rechtsanwendung determiniert wird.

Das „Rechtskraftprinzip"[512] erklärt nach Merkl die „Doppelheit des Rechts"[513] und holt sie in die Einheit der Rechtsordnung zurück. „Die Einrichtung, daß de iure die Möglichkeit, besser die Zuläßigkeit der Abweichung vom Gesetz, ohne daß damit die Gesetzmäßigkeit genommen wäre, gegeben ist",[514] bringt in Merkls Konzept eine für ihn anders nicht zu rechtfertigende Abkopplung von juristischer und erkenntnisbedingter, logischer Korrektheit mit sich.[515] Hierbei lassen sich schon die erst später von Merkl als das doppelte Rechtsantlitz formulierten Systeme der Rechtserkenntnis und der Rechtsanwendung erblicken, deren Verhältnis zueinander er noch als eine Spannung zwischen idealer und reeller Rechtsordnung deutete, ohne sich an dieser Stelle selbst Klarheit über den Standpunkt der eigenen Betrachtung verschafft zu haben oder genauer: ohne die Standpunktdependenz der Erkenntnis der sogenannten Doppelheit des Rechts zu thematisieren. Thematisiert wird aber die Relativität der Gesetzesbindung und Merkl stellt fest, „daß das Gesetz für andere Personen und andere Zeitpunkte anderes"[516] aussieht und vor allem letztinstanzlichen Entscheidungsorganen gegenüber Inhaltsdeterminierung aufgibt.

Die Irritation durch Verdross provozierte eine Reaktion, die sich in der Tat als eine Form des Primats der Rechtsanwendung (unzweifelhaft auf der Geltungsebe-

---

[509] Zwei Zitate: *Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege (Anm. 57), S. 510 = Merkl-GS II/1, S. 3–69 (10).

[510] Drei Zitate: *Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege (Anm. 57), S. 511 = Merkl-GS II/1, S. 3–69 (15).

[511] *Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege (Anm. 57), S. 511 = Merkl-GS II/1, S. 3–69 (15).

[512] *Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege (Anm. 57), S. 510 = Merkl-GS II/1, S. 3–69 (10).

[513] *Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege (Anm. 57), S. 511 = Merkl-GS II/1, S. 3–69 (14).

[514] *Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege (Anm. 57), S. 511 = Merkl-GS II/1, S. 3–69 (14).

[515] „[D]er vergleichende Intellekt […] zwingt uns zur Erkenntnis, daß diese bestimmte Entscheidung [die dem Gesetz nicht entspricht] logisch falsch ist, und würde damit auch das Urteil einer juristischen Inkorrektheit bedingen – wenn eben dieser Konsequenz die Erscheinung der Rechtskraft nicht entgegenstünde" (*Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege [Anm. 57], S. 511 = Merkl-GS II/1, S. 3–69 [13]); vgl. auch S. 510 (Fn. 8) für die bedingte Entkopplung zwischen juristischer und außerjuristischer Korrektheit = Merkl-GS II/1, S. 3–69 (11 Fn. 17).

[516] *Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege (Anm. 57), S. 511 = Merkl-GS II/1, S. 3–69 (13).

ne) modellieren ließe, die sich aber, durch Merkls eigene Brille bzw. Deutungsschema gelesen, aufgrund des Beharrens auf der Unrichtigkeit der rechtskräftigen Rechtsanwendung besser als (eine Art moderates) Primat der Rechtserkenntnis verstehen lässt.[517] Der Rechtstheoretiker müsse erkennen, dass „das letzte Wort des Rechtsanwenders im Sinne des delegierenden Gesetzes nicht unter Umständen bloß ein unjuristisches Faktum, sondern stets ein juristisches Diktum ist".[518] Das Anzeigen und die Bezeichnung der Inkorrektheit der rechtskräftigen Erscheinung sollte der Rechtstheoretiker aber nicht aufgeben.

Die den Fehlerkalkül prägende Semantik der Rechtsfehler, die – gemessen an den Maßgaben des Rechts selbst – richtige von unrichtiger Rechtsanwendung abgrenzt, wird schon in dieser frühen Etappe der Ausarbeitung einer rechtstheoretischen Lesart des Problems des ‚rechtswidrigen Rechts' in Anspruch genommen. Die Tendenz des späteren Ansatzes, die Rechtswissenschaft bei der Frage nach den minimalen wie maximalen Bedingungen der Rechtserzeugung auf das positive Recht zu verweisen,[519] zeigt sich schon deutlich. Die Methode der Strukturanalyse kennzeichnet bereits diesen frühen Ansatz, indem die behauptete „Allmacht des Rechtsanwenders gewissermaßen"[520] aus einer strukturell notwendigen Ohnmacht des Rechtssetzers abgeleitet wird. Nur ist bei diesem, im Austausch mit Verdross entfalteten, ersten Versuch Merkls die noch eher traditionell verstandene Rechtskraft die positiv-rechtliche Einrichtung, die die Erklärung der Möglichkeit der nicht zur Nichtigkeit führenden Diskrepanzen zwischen den Rechtserscheinungen leistet.

Eine gewisse Skepsis gegenüber diesem (eigenen) Lösungsversuch bricht zwischen den Zeilen aber schon durch. Ein Nebeneffekt der das Ende einer Rechtserzeugungs- bzw. Rechtsanwendungsreihe signalisierenden absoluten Rechtskraft sei, den Anschein zu erwecken, das Recht verleihe dem höchsten Rechtsorgan eine

---

[517] Da aber, konsequent gedacht, die Rechtskraft die logische von der juristischen Richtigkeit entkoppelt (vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 270 [Anm. 515]), landet diese frühe Rekonstruktion Merkls – im Ergebnis – nah an der Leugnung der Eignung der Kategorie der ‚Rechtsfehler' bzw. der ‚rechtlich fehlerhaften', aber doch geltenden Rechtserscheinungen. Merkl kämpfte hier noch um die adäquate Formulierung seiner Thesen. Er scheint bei der Verwendung des Begriffspaars ‚korrekt und inkorrekt' bzw. ‚richtig und falsch' nicht konsequent gewesen zu sein, sodass nicht immer klar ist, ob er sich schon damals vorstellen konnte, dass eine *juristisch* falsche Entscheidung auch rechtswirksam sein könnte, wie das erst durch das Fehlerkalkül-Konstrukt denkbar wird, obwohl er, wie schon bemerkt, tatsächlich ‚logische' von ‚juristischer' Unrichtigkeit unterscheidet. Diese Unterscheidung scheint im Kontext aber so vorgenommen zu werden, dass die Rechtskraft die juristische Korrektheit wiederherstellt, die ansonsten mit der logischen (Un-) Richtigkeit zusammenfallen würde. Die rechtskräftige Entscheidung könnte nun nicht das Prädikat ‚unrichtig' tragen, wenn damit ‚unrechtmäßig' gemeint wäre: „Eine Entscheidung, der die Eigenschaft der Rechtskraft zukommt, kann nie Unrecht beinhalten" (*Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege [Anm. 57], S. 509 f. = Merkl-GS II/1, S. 3–69 [14]).

[518] *Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege (Anm. 57), S. 509 f.= Merkl-GS II/1, S. 3–69 (13).

[519] Zu dieser Unterscheidung zwischen minimalen und maximalen Bedingungen vgl. unten Zweiter Teil, Kap. VI, S. 290–294.

[520] *Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege (Anm. 57), S. 511 (Fn. 12) = Merkl-GS II/1, S. 3–69 (14 Fn. 21).

„Blankettvollmacht", „eine Erlaubnis zum judizieren contra legem, das sich aber insoferne, als es erlaubt ist, – und diese Erlaubnis ist eben aus der Rechtskraft zu erschließen, – zu einem Judizieren ex lege wandelt".[521] Merkl geht so weit, zu behaupten, die Rechtsdeterminierung ließe sich gegenüber dem letzten Entscheidungsorgan auf einen Satz mit dem Inhalt beschränken: „Recht soll sein, wovon der Rechtsanwender will, daß es Recht sei".[522] Auch wegen dieses an Kelsens spätere Lösung erinnernden (Alternativ-)Erlaubnis-Effekts des Rechtskraftprinzips sollte dieses nicht über das zulässige Maß hinaus ausgedehnt bzw. überspannt werden.[523]

3. Auf dem Weg zur Rechtskraft als normlogisches Erfordernis: Die Auseinandersetzung mit Weyr

Noch ein weiteres Stück Weg von der Lösung des Problems des ‚rechtswidrigen Rechts' über das positivrechtliche Institut der Rechtskraft entfernte sich Merkl im Rahmen seiner Auseinandersetzung mit Franz Weyr, in die er zu einem Zeitpunkt einstieg, als Weyr bereits mit Verdross in eine Debatte um die Möglichkeit der Bindung der gesetzgeberischen Funktion durch das positive Recht verwickelt war. Diese Debatte entstand Ende 1915 aus Anlass eines Kommentars von Verdross zur damaligen Neuregelung der Wappen und Fahnen der Österreichisch-Ungarischen Monarchie,[524] die die „unlösliche Verbindung zwischen Österreich und Ungarn […] bildlich in […] Erscheinung"[525] treten ließ – und zwar dergestalt, dass „die nebeneinander bestehenden Wappen von Österreich und Ungarn durch das Hauswappen des Allerhöchsten Herrscherhauses verbunden und vom Devisenban-

---

[521] Zwei Zitate: *Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege (Anm. 57), S. 511 = Merkl-GS II/1, S. 3–69 (14).

[522] *Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege (Anm. 57), S. 511 = Merkl-GS II/1, S. 3–69 (14).

[523] Vgl. *Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege (Anm. 57), S. 510 = Merkl-GS II/1, S. 3–69 (18 f.). Diese Skepsis gewinnt in der Auseinandersetzung mit Fritz Sander deutlichere Konturen: „Es ist hier nicht der Platz, zu dem Problem der Rechtskraft, daß, wie mir scheint, mit unserem Thema nur in losem Zusammenhang steht, ex professo Stellung zu nehmen. Nur so viel möchte ich an dieser Stelle feststellen, daß der Rechtskraftgedanke im Dienste der Sanktionierung unrichtigen Rechts, fehlerhafter Staatsakte, im Dienste der Legitimierung irrender Staatsorgane nach meinem Eindruck beiweitem überspannt wird" (*Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz [Anm. 67], S. 446 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 [241]); vgl. auch S. 445 (Fn. 15)/236 (Fn. 15). Mit der Entwicklung der Fehlerkalkültheorie bekämpfte Merkl dann die Lösung des Problems des ‚rechtswidrigen Rechts' via Rechtskraft – und widerlegte somit seinen eigenen früheren Versuch, vgl. *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 277.

[524] Vgl. Kundmachung des k. k. Ministerpräsidenten vom 3. November 1915, betreffend die Festsetzung und Beschreibung des Wappens der österreichischen Länder, RGBl. 1915/327; Kundmachung des k. k. Ministerpräsidenten vom 3. November 1915 betreffend das Gesetz für den Gebrauch bei den gemeinsamen Einrichtungen der österreichisch-ungarischen Monarchie bestimmte Wappen, RGBl. 1915/328. Vgl. auch in: Wiener Zeitung Nr. 236 vom 12. Dezember 1915, S. 1–3.

[525] *Alfred Verdross*, Die Neuordnung der gemeinsamen Wappen und Fahnen in ihrer Bedeutung für die rechtliche Gestalt der österreichisch-ungarischen Monarchie, in: Juristische Blätter 45 (1916), S. 121–123, 134–137 (135).

de ‚invisibiliter ac inseparabiliter' umschlungen"[526] wurden. Verdross untersuchte am Beispiel der in Frage kommenden Neuregelung das allgemeinere Problem der Selbstbindung des Staates. Er meinte dabei, eine „gegenseitige dauernde Verbindung zwischen zwei Staaten" könne „nicht nur dadurch erreicht werden, dass ein über beiden Staaten bestehendes Grundgesetz errichtet wird".[527] Diese „Bindung" müsse auch nicht „in einem Staatsvertrage zwischen beiden" Staaten festgelegt werden.[528] Eine „Selbstbindung der beiden Legislativen" wäre dadurch denkbar, dass die „Legislatoren zweier oder mehrerer Staaten je in einem Rechtsatze bestimmten", „die eigene Rechtsordnung" könne „in gewisser Hinsicht nur dann geändert werden", „wenn der andere Staat auch mit der Aufhebung der alten und mit der Setzung einer neuen Ordnung einverstanden ist".[529] Rechtstheoretisch auf den Punkt gebracht, bedeutet dies, ein „Gesetz kann […] bestimmen, daß in Hinkunft seine Änderung nur unter Bedingungen möglich sei, die zum Zustandekommen nicht nötig waren".[530] „Ein Rechtssatz" könne „auch noch andere Bedingungen zu seiner Abänderung aufstellen […], als jene, die zu seiner Entstehung nötig waren",[531] was dann die Selbstbindung eines Staates erkläre, dessen Rechtsordnung vorsieht, gewisse Rechtsnormen können nur durch die Zustimmung eines anderen Staates abgeändert werden.

Weyr hielt dem Räsonnement von Verdross entgegen: Somit wäre dann auch denkbar, „daß ein Gesetz bestimmt, daß seine Änderung unter keiner Bedingung möglich sei".[532] In einer solchen Konstellation sei „die Willensäußerung eines als souverän vorausgesetzten Gesetzgebers, wonach seine späteren, den früheren inhaltlich entgegengesetzten Willensäußerungen von vornherein als rechtlich ungültig erklärt werden".[533] Diese Vorstellung der Selbstbindung der Legislativen bezeichnete Weyr „unter Voraussetzung der Souveränität dieser Legislativen" als „rechtslogisch unrichtig", denn „Selbstbindung und […] Souveränität vertragen sich nicht".[534] Souveränität impliziere für den Gesetzgeber „nichts anderes als: Alles, was ich will, gilt, weil ich es will".[535] Somit wird das rechtstheoretische Problem der „Möglichkeit von rechtlich unabänderlichen Rechtssätzen"[536] ins Zentrum der Diskussion gerückt. Weyr warf Verdross vor, eine dynamische Betrach-

---

[526] *Verdross*, Neuordnung der gemeinsamen Wappen und Fahnen (Anm. 525), S. 135.
[527] Zwei Zitate: *Verdross*, Neuordnung der gemeinsamen Wappen und Fahnen (Anm. 525), S. 135.
[528] Zwei Zitate: *Verdross*, Neuordnung der gemeinsamen Wappen und Fahnen (Anm. 525), S. 135.
[529] Alle Zitate: *Verdross*, Neuordnung der gemeinsamen Wappen und Fahnen (Anm. 525), S. 135.
[530] *Verdross*, Neuordnung der gemeinsamen Wappen und Fahnen (Anm. 525), S. 135.
[531] *Verdross*, Neuordnung der gemeinsamen Wappen und Fahnen (Anm. 525), S. 135.
[532] *František Weyr*, Zur Frage der Unabänderlichkeit von Rechtssätzen, in: Juristische Blätter 45 (1916), S. 387–389 (388).
[533] *Weyr*, Zur Frage der Unabänderlichkeit von Rechtssätzen (Anm. 532), S. 388.
[534] *Weyr*, Zur Frage der Unabänderlichkeit von Rechtssätzen (Anm. 532), S. 388.
[535] *Weyr*, Zur Frage der Unabänderlichkeit von Rechtssätzen (Anm. 532), S. 388.
[536] Zwei Zitate: *Weyr*, Zur Frage der Unabänderlichkeit von Rechtssätzen (Anm. 532), S. 389.

tungsweise „unter den statischen, also eigentlichen normativen Gesichtspunkt“ bringen zu wollen. Seine Konstruktion wolle „den Staat auch dort als Pflichtsubjekt auffassen, wo er notwendigerweise normsetzend und souverän ist“.[537]

En passant entfaltete Weyr somit etwas ausführlicher einen Topos, den Kelsen bereits beiläufig berührt hatte: Die Unterscheidung von statischer und dynamischer Betrachtungsweise.[538] Er hielt daran fest, die normbezogene Perspektive einer reinen Rechtswissenschaft sei notwendig statisch und gewissermaßen „zeitlos“, indem sie sich mit der Rechtsordnung beschäftige, „die für den gewählten Zeitpunkt der Betrachtung prinzipiell ‚unabänderlich‘ erscheint“.[539] Die dynamische Perspektive hingegen habe mit der „Veränderung, respektive Aufhebung von Rechtssätzen im allgemeinen und Rechtsnormen im besonderen zu tun“.[540] Beide Betrachtungsweisen müssten auseinandergehalten werden und eine konsequente Rechtswissenschaft als Normdisziplin habe sich bewusst den statischen Standpunkt anzueignen, vom dem aus die Rechtsnormen, die Pflichten auferlegen, den (Haupt-)Gegenstand der wissenschaftlichen Betrachtung ausmachen. Wie er später formulierte: „[…] für die normative Erkenntnis des Rechts“ erscheint die Rechtsordnung „als etwas Fertiges, Erstarrtes, das keine Veränderung kennt und keine kennen kann“.[541] Dies hieße aber nicht, dass das Rechtssystem an sich unveränderbar ist. Ganz im Gegenteil. Weyr argumentiert, dass das Rechtssystem selbst die Bedingungen statuieren muss, unter denen eine Norm als Bestandteil dieses Systems zu handhaben sei; dabei regle das System unausweichlich seine Mutabilität. Das System wird sich ändern, aber die Rechtswissenschaft betrachtet nur das Ergebnis der Änderungen, d. h. das konstituierte Rechtssystem im Ruhezustand und eben nicht die Änderungsprozesse, welche eher in den Aufgabenbereich der historischen und soziologischen Untersuchung rücken würden.[542] Dass der souveräne Gesetzgeber die künftige Änderbarkeit der Gesetze vollumfänglich versperre, sei allerdings aufgrund der Prämisse der Souveränität des Gesetzgebers ein Ding der Unmöglichkeit:

„Wenn ein Gesetz erklärt, daß es nur mit Zustimmung eines anderen Faktors als des normsetzenden Subjekts (also etwa eines anderen Staates) aufgehoben oder geändert werden kann, so muß man sehr wohl zwischen dem konkreten Inhalt dieses Gesetzes (‚diese oder jenes soll oder soll nicht sein‘ usw.) und jenem formalen Prinzipe unterscheiden. Insolange dieses Prinzip gilt, kann allerdings jener Inhalt rechtlich nicht anders geändert werden, als mit Hilfe dieses Prinzipes (z. B. Zustimmung eines anderen Gesetzgebers); die Abänderlichkeit des Prinzipes selbst unterliegt jedoch logisch nicht diesem Prinzipe“.[543]

---

[537] Zwei Zitate: *Weyr*, Zur Frage der Unabänderlichkeit von Rechtssätzen (Anm. 532), S. 389.
[538] Vgl. oben Erster Teil, Kap. I, S. 92 f.
[539] Zwei Zitate: *Weyr*, Zur Frage der Unabänderlichkeit von Rechtssätzen (Anm. 532), S. 388.
[540] *Weyr*, Zur Frage der Unabänderlichkeit von Rechtssätzen (Anm. 532), S. 388.
[541] *František Weyr*, Die Begriffe der Pflicht und des Rechts [1920], in: Vladimír Kubeš/Ota Weinberger (Hrsg.), Die Brünner Rechtstheoretische Schule, Wien 1980, S. 70–88 (71) – Hervorhebungen nicht übernommen.
[542] Vgl. *Weyr*, Die Begriffe der Pflicht und des Rechts (Anm. 541), S. 71.
[543] *Weyr*, Zur Frage der Unabänderlichkeit von Rechtssätzen (Anm. 532), S. 389.

Verdross vertrat hingegen die Möglichkeit, dass Verfassungsnormen die Verfassung unabänderlich machen und somit dem (Weyrschen souveränen) Gesetzgeber in einer positiven Rechtsordnung ein engerer Spielraum vorgesehen wird. Dies sei eine positivrechtliche Kontingenz und die Rechtswissenschaft habe die gegebenen Rechtsinhalte und Rechtsformen als ihren Stoff hinzunehmen, anstatt sich unwissenschaftlich verhaltend „den Rechtsstoff durch […] ein metarechtliches Prinzip"[544] wie das der staatlichen Souveränität verbessern zu wollen. Rechtstheoretisch richtig verstanden bedeute das Souveränitätsprinzip dem Rechtsbeobachter eine Verwehrung, „die auf Grund der Verfassung entwickelte Rechtsordnung aus einer anderen Ordnung rechtlich-normativ abzuleiten".[545] Der „Rechtserkenner"[546] habe sein Wissen an das positive Recht anzupassen und eben nicht dieses – orientiert an seinen politischen Wünschen – neu zu gestalten. Just dies mache aber die Weyrsche Deutung des Souveränitätsprinzips.

Weyr habe sich durch das Wort „normsetzend" beirren lassen. „Denn im materiell-inhaltlichen Sinne ist ja nicht nur der Gesetzgeber normsetzend, sondern jedes Organ, das das ihm gegebene Blankett mit neuen inhaltlichen Bestimmungen ausfüllt".[547] Formal betrachtet sei allerdings derselbe Gesetzgeber auch normgebunden – und nicht rein normsetzend –, denn „seine ursprüngliche Rechtsmacht" müsste „aus der aus Rechtsnormen bestehenden Verfassungsordnung" hergeleitet werden.[548] „Es muss daher je an der Hand einer konkreten Verfassung geprüft werden, welche Rechtsmacht die Verfassungsordnung dem Gesetzgeber einräumt", sodass für die Frage nach der „Bindungs-" wie nach der „Lösungsbefugnis des Gesetzgebers" nur die Verfassung als Referenzsystem ausschlaggebend sei – eine solche Frage könne „niemals mit rechtslogischen Mitteln, sondern stets rein positiv rechtlich" beantwortet werden.[549]

Genau an dieser Stelle intervenierte dann Merkl. Verdross ginge von der positivrechtlichen Möglichkeit aus, dass bestimmte Rechtserscheinungen ihre eigene Unabänderlichkeit statuierten, während Weyr vor allen dem Gesetz gegenüber dem Gesetzgeber souveränitätstheoretisch begründend diese Fähigkeit entzöge. Merkl behauptete seinerseits, „daß sich gerade die Unabänderlichkeit von selbst verstehe und die Abänderbarkeit ausdrücklich gesetzt sein müsste".[550] „Das Prinzip des Einfürallemalgegebenseins gilt nicht bloß für die Verfassung, sondern auch für das

---

[544] *Alfred Verdross*, Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers, in: Juristische Blätter 45 (1916), S. 471–473, 483–486 (472).

[545] *Verdross*, Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers (Anm. 544), S. 473.

[546] *Verdross*, Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers (Anm. 544), S. 473.

[547] Zwei Zitate: *Verdross*, Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers (Anm. 544), S. 483.

[548] Zwei Zitate: *Verdross*, Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers (Anm. 544), S. 483.

[549] Vier Zitate: *Verdross*, Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers (Anm. 544), S. 484.

[550] *Merkl*, Die Unveränderlichkeit von Gesetzen (Anm. 15), S. 110 = Merkl-GS I/1, S. 155–168 (165).

von der Verfassung legitimierte gewöhnliche Gesetz“:[551] Somit nähert sich Merkl entschieden seiner späten Formulierung der Rechtskraft als normlogisches Erfordernis an, was sich auf seine Lösungsversuche des Problems des ‚rechtswidrigen Rechts‘ auswirken wird – mangels expliziter „Statuierung der Abänderbarkeit“[552] durch die Verfassung wird z. B. jeder Versuch, die Verfassung zu ändern, Normwidrigkeit bedeuten. Jede Rechtserscheinung sei im Prinzip unabänderlich, es sei denn das positive Recht die Rechtsorgane zur Änderung des Rechtszustands ermächtigt.

4. Die Nichtigkeitsprämisse: Merkl trifft Sander

Ein bemerkbares Pauschalisieren– zurück in die Stellungnahme zur Thematik, die die Kritik von Verdross auslöste – zeigt sich in der Arbeit zur Einheit der Rechtsordnung und zum Problem der Revolution aus dem Jahre 1918,[553] die im Zusammenhang mit den Auseinandersetzungen Merkls mit Weyr und Verdross zum Fragenkomplex der Verwendung der Maxime der *lex posterior* als Normenkonfliktlösung gelesen werden soll: Dort entzog Merkl nichtnuanciert den ‚fehlerhaften Rechtserscheinungen‘ ihre Rechtswirksamkeit.[554] Es ist wohl klar, dass Merkl dabei eher das Problem umriss, als eine Lösung wagte, da ihn in dieser Arbeit ein anderer Aspekt eines breiteren Themenspektrums interessierte – nämlich der Status und die Anwendbarkeit des Grundsatzes der *lex posterior*. Dabei ging es darum, diesen Grundsatz als kontingenten Inhalt positivrechtlicher Normen darzustellen und dessen verbreiteter Status der logischen Notwendigkeit zu bestreiten.[555] Man könnte vertreten, es handele sich bei der Behauptung der Unwirksamkeit eines neuen Gesetzes, das dem bestehenden Recht widerspricht, um eine eher oberflächliche Darlegung der Lage und nicht um eine Meinungsschwankung bezüglich seiner Lehre der Rechtsfehler. Die Konsequenzen des sich damals im Entstehen befindenden

---

[551] *Merkl*, Die Unveränderlichkeit von Gesetzen (Anm. 15), S. 109 = Merkl-GS I/1, S. 155–168 (163).

[552] *Merkl*, Die Unveränderlichkeit von Gesetzen (Anm. 15), S. 110 = Merkl-GS I/1, S. 155–168 (165).

[553] Vgl. *Merkl*, Die Rechtseinheit des österreichischen Staates (Anm. 18) = Merkl-GS I/1, S. 169–225. Obgleich erst 1918 publiziert, lag dieser Aufsatz Merkls bereits am 20. Mai 1916 zur Publikation vor, sodass er im Großen und Ganzen ein früheres Stadium der Überlegungen Merkls dokumentiert, als vom Erscheinungsdatum suggeriert wird, vgl. Brief von Hans Kelsen an J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) vom 20. Mai 1916. Diesen Aufsatz verstand Merkl als eine „Nutzanwendung auf positivrechtliche Verhältnisse“ seiner These der „Bindung der Legislative an die Verfassung“ (*Merkl*, Die Unveränderlichkeit von Gesetzen [Anm. 15] = Merkl-GS I/1, S. 155–168 [157 mit Fn. 4]).

[554] „An dieser Stelle wird wohl zum erstenmal behauptet, daß der Gesetzgeber im Zweifel nicht ein beliebiges neues, daß er nur ein solches Gesetz schaffen könne, das zu einem bestehenden Gesetz nicht in Widerspruch tritt. Und wenn er es – außer es liegt der häufige Fall seiner ausdrücklichen Ermächtigung vor – wenn er es also doch tut? Nun, dann ist seine Handlung rechtlich unwirksam“ (*Merkl*, Die Rechtseinheit des österreichischen Staates [Anm. 18], S. 79 = Merkl-GS I/1, S. 169–225 [189]).

[555] Vgl. *Merkl*, Die Rechtseinheit des österreichischen Staates (Anm. 18), S. 83 = Merkl-GS I/1, S. 169–225 (192).

Stufenbaumodells wie der noch nicht zu Ende durchdachten Rechtskraftlehre hinsichtlich der ‚fehlerhaften Rechtserzeugung' wurden nur nebenbei präsentiert. Im Vordergrund stand aber bereits die Dimension der eigengesetzlichen Programmierung der Rechtserzeugung durch das Recht selbst.

Der Beitrag widmete sich (auch) dem Problem der rechtlichen Revolution und fragte nach der Bindung des nicht-originären Verfassungsgebers an die Verfassungsbestimmungen. Die juristische Unmöglichkeit einer nicht durch das (Verfassungs-)Recht vorgesehenen (Verfassungs-)Rechtsänderung wurde dabei stark betont. Es kam darauf an, den logisch-notwendigen Charakter des Grundsatzes des *lex posterior* auszuschließen. Eine spätere Verfassungsnorm dürfe die bestehende Verfassung im Fall einer Kollision nur dann ändern, wenn der Grundsatz der *lex posterior* explizit als Regel der Konfliktlösung zwischen Verfassungsbestimmungen gesetzt wäre. Ansonsten, könnte man sagen, handle es sich um eine fehlerhaft, da nicht ermächtigte, erzeugte Norm, die – so der Schluss Merkls – keinen Eingang in die Rechtsordnung finde.[556] So lassen sich das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' und die Überlegungen über die Anwendbarkeit der *lex posterior* in Verbindung bringen.

Normativ sei zukünftiges Recht in der Tendenz dem vorgegebenen Recht unterworfen und nicht umgekehrt; das positive Recht neige zur Permanenz und nicht zur (unstrukturierten) Beweglichkeit. Das Entscheidende dabei ist freilich nicht die Anteriorität an sich,[557] sondern die Existenz oder Abwesenheit von Ermächtigungsnormen, die die Änderung des bestehenden Rechts ermöglichen: Spätere Rechtserscheinungen, die mit dem Anspruch erlassen werden, das positiv bestehende Recht zu ändern, ohne dazu ausdrücklich ermächtigt zu sein, würden keine Rechtsgeltung erlangen. Die Verfassung zeichne dem Rechtserzeuger die „ihm mitunter peinlich[] enge[n] Linien seiner Gesetzgebungsfunktion [vor], nach denen sich seine Tätigkeit in Recht und Nichtrecht scheidet".[558] Würde der Rechtserzeuger versuchen, „das […] [rechtmäßig] gesetzte Recht ohne Ermächtigung der Verfassung abzuändern", setze er „ein juristisches Nichts",[559] fungiere also nicht mehr als zuständige Rechtserzeugungsstelle. Die prätendierte Änderung des Rechts werde in solchen Fällen „den Boden der bestimmten Rechtsordnung verlassen".[560] Der Lösung Merkls liegt eine Nichtigkeitsprämisse zugrunde: Fehler bei der Rechtserzeugung, -änderung oder -vernichtung verhindern die Erlangung

---

556 „Fehlt die verfassungsmäßige Veränderungsmöglichkeit, dann handelt es sich in allen Fällen, die sich prima facie als Verfassungsänderungen darstellen, um Verfassungsbrüche" (*Merkl*, Die Rechtseinheit des österreichischen Staates [Anm. 18], S. 87 = Merkl-GS I/1, S. 169–225 [195]).

557 Vgl. *Merkl*, Die Rechtseinheit des österreichischen Staates (Anm. 18), S. 80 = Merkl-GS I/1, S. 169–225 (190).

558 *Merkl*, Die Unveränderlichkeit von Gesetzen (Anm. 15) = Merkl-GS I/1, S. 155–168 (158).

559 Zwei Zitate: *Merkl*, Die Rechtseinheit des österreichischen Staates (Anm. 18), S. 80 = Merkl-GS I/1, S. 169–225 (190).

560 *Merkl*, Die Rechtseinheit des österreichischen Staates (Anm. 18), S. 82 = Merkl-GS I/1, S. 169–225 (191).

der Rechtsgeltung. Von einer Sanierungswirkung des Rechtskraftprinzips wird hier nicht mehr geredet.

Daran, d. h. an diesem vermutlich weiteren Darstellungsmissgeschick Merkls, wobei er die Wirkung des Rechtskraftprinzips und funktionsäquivalenten Mechanismen ausblendete, setzte 1918 Sander an und entzündete die Auseinandersetzung um das ‚rechtswidrige Recht'. Er machte den Kelsen-Kreis „in ausdrücklicher Polemik gegen Merkl"[561] darauf aufmerksam, dass man mit Merkls Konstruktion immer noch der Naturrechtslehre einen Tribut zolle, indem man meine, dem durchgesetzten Recht ohne Weiteres die Rechtlichkeit absprechen zu können, nur weil laut rechtswissenschaftlichen Stellungnahmen eine angebliche Diskrepanz zwischen bedingenden und bedingten Norm konstatiert werden könne bzw. müsse.[562] Auf eine ähnliche, spätere Anmerkung Merkls, die bestreitet, eine Ermächtigung zur Rechtserzeugung sei mit einer Ermächtigung zur Änderung bestehender positiver Rechtsnormen gleichzusetzen,[563] ging Sander dann nochmals mit identisch kritischer Absicht ein, um den Ansatz Merkls bereits als Symptom eines Verständnis anzuprangern, das aus der Rechtswissenschaft eine Rechtsquelle mache. Damit stand die Nichtigkeitsprämisse des rechtstheoretischen Systems Merkls unter Beschuss: Den nach Meinung der Rechtswissenschaft nicht rechtskonform erzeugten Normen die Rechtsgeltung zu verweigern, entlarvte Sander als „dogmatische Rechtsmetaphysik"[564] bzw. Naturrecht.

5. Ein formelles Recht auf Nicht-Anwendung des Rechts

In der zeitlichen Umgebung der Kritik von und der Debatte mit Sander – eventuell bereits unter dem direkten Einfluss der im Privatseminar und in persönlichen Gesprächen geäußerten Bedenken seines Kollegen? – unternahm Merkl zwischen 1916 und 1919 einen Lösungsversuch – die Dissonanz des doppelten Rechts in die Konkordanz der Rechtseinheit zu überführen –, der in Formulierung und Argumentstruktur der späten „Alternativbestimmung" bzw. „Alternativermächtigung"[565] Kelsens ähnelte. Der rechtliche Charakter der fehlerhaften Rechtserscheinungen beruhe auf einem „Recht auf Nichtanwendung"[566] des Rechts seitens des

---

[561] *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 178), S. 9.

[562] „Die jungösterreichische Schule bedarf keiner Belehrung darüber, dass jeder Rechtssatz einen Rahmen von Möglichkeiten spannt, welchen erst das zur Anwendung berufene Organ Kraft ‚freien Ermessens' ausfüllt. Wohl aber nimmt Merkl an, dass jedem Rechtssatze ein fester Bedeutungsrahmen entspricht, so dass, wenn das anwendende Organ eine der nicht in diesem Rahmen liegenden Möglichkeiten wählt, ‚Nichtrecht', ‚Unrecht' vorliegt. Aber auch auf diese Weise gelangen wir zu keiner scharfen Abgrenzung des Naturrechts vom positiven Rechte […]" (*Sander*, Rechtswissenschaft und Materialismus [Anm. 438] S. 351).

[563] Vgl. *Merkl*, Die Verfassung der Republik Deutschösterreich (Anm. 13), S. 60.

[564] *Sander*, [Buchbesprechung] Kelsen, Verfassungsgesetze; Merkl, Verfassung (Anm. 286), S. 318.

[565] Zur Alternativermächtigung vgl. unten Dritter Teil, Kap. VII, S. 374–415.

[566] *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 450 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (133).

Rechtsorgans. Mit dieser Strategie ist eine an anderen Stellen von Merkl selbst diskreditierten Trennung von materiellem und formellem Recht verbunden,[567] wobei er sich kreativ der Ausdifferenzierung von Verdross zwischen materieller und formeller Rechtswidrigkeit bedient.[568] Der Rechtsanwender verfüge über ein formelles Recht zur „Nichtbeachtung des Gesetzesplanes".[569]

Ob dieses Recht eine Verankerung im positiven Recht braucht oder nicht, ist etwas, worüber Merkl zu diesem Zeitpunkt schweigt. Es scheint eher aus der von ihm wiederholt behaupteten Ohnmacht des Rechtssetzers in seinem Verhältnis zum Rechtsanwender herauszulesen sein und somit ein rechtsstrukturell notwendiges Merkmal dynamischer Rechtserzeugungsverfahren darzustellen.[570] Der ‚fehlerhaft' Recht schöpfende Rechtsanwender habe Recht, „nicht auf Grund eines Kennens, sondern eines Könnens".[571] Die Aufgabe der Rechtstheorie sei nun, „die Resultate dieses Könnens mit den apriorischen [durch den Rechtsrahmen vorgegebenen] Möglichkeiten in Einklang zu bringen",[572] sodass sie bei den „scheinbaren Abweichungen vom Gesetze eine Gesetzanwendung annimmt"[573] und zwar in der Form der Anwendung einer prozessrechtlich verankerten „Blankettvollmacht zur Vernachlässigung"[574] der materiellen Rechtsbestimmungen.

Im Zusammenhang gelesen, hebt Merkl in gewisser Weise die strukturellen Nebenwirkungen bestimmter rechtlicher Fehlerkontrollarchitekturen hervor, die er in dieser Entwicklungsphase als eine Verbindung der Positivierung von Rechtsmitteln mit der Einrichtung der Rechtskraft bezeichnet und thematisiert.

6. Rechtsmittel in Verbindung mit der Rechtskraft: Ein Proto-Fehlerkalkül mit Ratihabierungswirkung

Auf dem Weg zur Konzeptualisierung seiner prägnantesten Lösung zur vorliegenden Problematik – die des ‚Fehlerkalküls' – sah Merkl „im Institut des Rechtsmittels in Verbindung mit der Rechtskraft"[575] die positivrechtliche Sanktionierungs-

---

[567] Für die Zurückweisung der Entkopplung von formellem und materiellem Recht als theoretischer Trick, vgl. *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 283 (Fn. 1); *Merkl*, Justizirrtum und Rechtswahrheit (Anm. 451), S. 455 = Merkl-GS I/1, S. 369–384 (372 f.).

[568] Vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 266–268.

[569] *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 450 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (134).

[570] Merkl spricht z. B. von „Richterfreiheit" als einer „rechtslogische[n] Notwendigkeit" (*Merkl*, Freirecht und Richterfreiheit [Anm. 103], S. 268 = Merkl-GS I/1, S. 259–266 [265]).

[571] *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 450 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (133).

[572] *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 450 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (133).

[573] *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 450 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (133).

[574] *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 450 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (133).

[575] *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 446 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (125). Später unterschied Merkl ausdrücklich die Figuren der Rechtskraft und des Fehlerkal-

möglichkeit der Abweichungen der Rechtsorganhandlungen von den bedingenden Normen. Der Kombination dieser beiden Figuren spricht Merkl „Heilkraft" hinsichtlich der fehlerhaften Rechtserzeugung zu. Es handle sich um ein „radikale[s] Allheilmittel",[576] dessen „höchst sonderbare Funktion"[577] auf der Seite des Rechtsmittels nicht darin bestehe, „einen gegebenen, ‚fehlerhaften' Staatsakt (ein logisches Unding) aus der Welt" zu schaffen, „sondern […] einem nichtigen Staatsakt das Leben [zu] schenk[en]".[578] Hierbei scheint die durch die Rechtsmittel eröffnete Korrektur-Möglichkeit der Kern der Erklärung der Geltung rechtswidriger Erscheinungen zu sein. Aufgrund der Einrichtung der Rechtskraft werden aber nicht fristgemäß beseitigte ‚fehlerhafte' Rechtserscheinungen genau wie diejenigen, die trotz der konkreten Handhabung der Rechtsmittel nicht aufgehoben wurden, zum festen Bestandteil des positiven Rechts. Die Rechtskraft bewirke einen nachträglichen „Verzicht auf gewisse gesetzliche Erfordernisse"[579] – ein rechtstheoretisches Manöver, das wiederum den ursprünglichen Lösungsversuch von Verdross (kreativ) aufnimmt.[580]

Die eigentümliche Verbindung von Rechtkraft und Rechtsmitteln lagere die Möglichkeit ‚rechtswidriger, aber rechtskräftiger Rechtsakte' im Rechtsplan im Voraus ein: „Es werden also ungültige Akte, die sich in gewisser Weise den gültigen Akten annähern […] unter gewissen Bedingungen nachträglich ratihabiert".[581] Die Rechtskraft versehe rückwirkend a priori ungültigen Normen mit Rechtmäßigkeit. Das positive Recht sehe die Möglichkeit der Abweichung vom Rechtsplan durch autoritative Entscheidungen vor und spreche sich selbst dabei für die Duldung einiger dieser Abweichungen aus: Diese wären diejenigen, die im Rahmen der vorgesehenen Vernichtungsmöglichkeiten und innerhalb der jeweiligen Fristen nicht aufgehoben wurden.

Der Kennerin und dem Kenner der Rechtstheorie Merkls wird schnell klar, dass hier schon die Bausteine bzw. die Zutaten zusammengetragen werden, die die reife Version des Irrtumskalküls ausmachen. Man kann in dieser früheren Konstruktion schon mehr als nur die Rudimente des Fehlerkalküls sehen. Das Rezept ist aber noch nicht final: Die Verbindung von Rechtsmitteln und Rechtskraft wird noch ausdrücklich als kontingent konstruiert werden, das Rechtsmittel wird zur beliebigen, nicht notwendigen Erscheinungsform des positiv-rechtlichen Mechanismus

küls und deren Funktionen. Zwischen den beiden bestehe aber „ein[] dunkle[r] Konnex" in der herrschenden Lehre (*Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft [Anm. 10], S. 300).

[576] Zwei Zitate: *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 444 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (124).

[577] *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 445 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (125).

[578] *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 445 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (125).

[579] *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 446 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (126).

[580] Vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 267 (mit Anm. 499).

[581] *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 446 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (127).

zum Umgang mit ‚Rechtsfehlern' konzeptionell umgewandelt werden. Die Sanierungsrichtung, die immer noch die einer nachträglichen, *a posteriori* Ratihabierung der Rechtsfehler bzw. der *a priori* rechtswidrigen Erscheinung war (Ratihabierungsformel), wird verändert werden. Eine klarere Unterscheidung zwischen minimalen und maximalen Bedingungen für die valide bzw. rechtmäßige Rechtserzeugung mit Verankerung im positiven Recht wird noch gezogen und damit Raum für eine Differenzierung zwischen Rechtskönnen und Rechtsdürfen geschaffen werden müssen.

7. Der dunkle Konnex von Irrtumskalkül und Primat der Rechtserkenntnis

Das ultimative rechts(erkenntnis)theoretische Instrumentarium für die Bewältigung des Problems des ‚rechtswidrigen Rechts' ist eben der von Merkl maskulin formulierte, sogenannte Fehlerkalkül, genauer: die Rekonstruktion des positivrechtlichen Umgangs mit Rechts(erkenntnis)fehlern über die Figur eines Irrtumskalküls. In der Handhabung dieser Strategie durch Merkl gewinnt eine radikale, aber sehr raffinierte Gestalt des Primats der Rechtserkenntnis qua Primat der Rechtswissenschaft klare Konturen.

Die Rechtskraft ist in der konsolidierten Fassung Merkls ein begriffliches Merkmal aller Rechtserscheinungen.[582] Sie kann deshalb nicht diejenige Devise sein, die die Unterbringung von ‚rechtswidrigem Recht' im System der einheitlichen Rechtsordnung zu leisten vermag. Was in Frage steht, ist ausgerechnet, zu bestimmen, welcher rechtliche Mechanismus zu verantworten hat, dass fehlerhafte Rechtserscheinungen doch an der Rechtskraft teilhaben. Die Rechtskraft wird laut Merkl aber allzu oft als „bequemes, nur leider untaugliches Mittel [verwendet], pseudorechtliches Geschehen, das sich gleichwohl durchsetzt, dem Rechte zu assimilieren".[583] Gegen diese Überspannung der Potenziale der Rechtskraft – nicht zuletzt in der Form, die sich laut Merkl in der Rechtstheorie Sanders manifestiert – wird die Lehre des Fehlerkalküls ausgearbeitet.

Nicht die begrifflich-notwendige, rechtsimmanent gesteuerte Abänderbarkeit des Rechts – sprich: die relative Unveränderlichkeit rechtskräftiger Rechtserscheinungen – und auch nicht die Regelung der Unabänderbarkeit gewisser Normen ab bestimmter Stadien des Rechtsverfahrens wie beim Institut der *res iudicata* allein würden die Geltung des nicht-rechtmäßig erzeugten Rechts erklären, sondern die positivrechtlich vorgesehenen Fehlerreaktionsmöglichkeiten sowie Fehlervorsorgemaßnahmen würden für die Sanierung des (laut der rechtswissenschaftlichen Vernunft) ‚rechtswidrigen' Rechts sorgen. Der Irrtumskalkül, der zu den Rechtserzeugungsregeln eine weitere Ebene addiere, liefere die Erklärung für die Möglichkeit des gültigen aber „rechtswidrigen Rechts". Im Rahmen dieses Konstrukts fungiert das Institut der Rechtsmittel als eine zufällige, das Repertoire des positiven Rechts zum Fehlerumgang nicht erschöpfende Gestalt, auch wenn die Rechts-

[582] Zur Merkls Rechtskraftlehre vgl. oben Zweiter Teil, Kap. IV, S. 170–175.
[583] *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 446 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (241).

mittel wohl die typischste Form des positiv-rechtlichen Fehlerkalküls seien. Merkl gewann Einsicht in die Vielgestaltigkeit und Ausdifferenziertheit des Umgangs des positiven Rechts mit Fehlern, der sich nicht auf die Verbindung von Rechtskraft und Rechtsmittel beschränkt.

Die Rechtskraftbestimmungen über die Unveränderlichkeit der Rechtserscheinungen stünden rechtstechnisch möglicherweise, aber nicht notwendig, in Verbindung mit weiteren Rechtsgestalten, die in einer bestimmten Rechtsordnung für Fehlertoleranz sorgten. Allein würden sie aber nicht jede nur denkbare Abweichung vom Rahmen der bedingenden Normen auffangen. Die Transformation von ‚Unrecht' in ‚Recht' ist in der reiferen Rechtslehre Merkls nicht mehr der Job der Rechtskraftbestimmungen, vielmehr ist die Rechtskraft ‚fehlerhafter' Rechtserscheinungen durch das positivrechtliche Irrtumskalkül bedingt.[584] Die Rechtskraft ‚rechtswidrigen Rechts' ist das zu erklärende Phänomen. Der Fehlerkalkül habe in diesem Zusammenhang seine Leistung zu erbringen; er ist das fehlende Bindeglied zwischen der ‚rechtswidrigen Rechtserzeugung' und der Rechtskraft der ‚fehlerhaften Rechtsakte' und hat deren Geltung zu erklären. Da aber „ein Akt, der kraft positivrechtlicher Normierung der Rechtskraft ‚in Rechtskraft erwächst', […] immer noch als Anwendung des Rechts zu gelten"[585] habe, fragt sich, was der Rechtsstatus von ‚fehlerhaften' Rechtserscheinungen ist, die von keinem weiteren Fehlerkalkül gedeckt sind – wie z. B. im Fall einer nicht durch Kognition auf den Rechtsrahmen zurückzuführenden Entscheidung letzter Instanz bzw. eines Höchstgerichts.

Die Fragestellung Sanders, „wer soll der letzte ‚absolute' Ausleger sein? Der außenstehende Betrachter oder das zur Anwendung des positiven Rechtssatzes positiv berufene Staatsorgan?",[586] die mit den frühen Überlegungen Kelsens im Dialog stand, schrieb Merkl so um, dass er eine dritte Kandidatin für die Stelle der Deutungshoheit über die Geltung bzw. Rechtsmäßigkeitsfrage in die Debatte einführte: die „neutrale Rechtswissenschaft".[587] In Kombination mit – oder eben: als Ergebnis – der Fehlerkalkültheorie wird das Primat der Rechtserkenntnis präziser umrissen und Klarheit darüber geschaffen, wann die den Rechtsanwender richtigstellende Rechtswissenschaft aktiviert werden solle. Unmittelbar und explizit gegen Sander gewendet, wird zunächst ein Primat der autonomen Vernunft – das sich dann als Primat der Rechtswissenschaft erweist – bei der Kontrastierung zwi-

---

584 *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 277. Vgl. dazu *Clemens Jabloner*, „Rechtskraft" – Funktion und theoretische Begründung eines Instituts [2007], in: Thomas Olechowski/Klaus Zeleny (Hrsg.), Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt. Aufsätze zur Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte, Wien 2013, S. 307–315 (313).

585 *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 446 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (242).

586 *Sander*, Rechtswissenschaft und Materialismus (Anm. 438), S. 351.

587 *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 463 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (252). Woanders wird der in Frage kommende Konflikt als ein Konflikt zwischen dem „rechtliche[n] Praktiker" und dem „Rechtstheoretiker" als „Kritiker des Richters" bezüglich der Verfügung über die „rechtliche Wahrheit" dargestellt (*Merkl*, Justizirrtum und Rechtswahrheit [Anm. 451], S. 456 = Merkl-GS I/1, S. 369–384 [374]).

schen der „Idealität des logisch richtigen Rechts"[588] und des fehlerhaften wirklichen Rechts im rechtstheoretisch virtuosen Beitrag zur doppelartigen Natur des Rechts ins Leben gerufen und postuliert.

III. Der Fehlerkalkül

Der Fehlerkalkül[589] verkörpert den Versuch Merkls,[590] eine dem ‚kritischen Rechtspositivismus' der Wiener Schule getreue Lösung zu prästieren und somit dem Dilemma Sanders[591] eine klare Antwort entgegenzustellen: ‚Kann man noch sinnvoll rechtswissenschaftlich von rechtlichen Fehlern des Rechtsanwenders

[588] *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 465 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (242).

[589] Aus der Sekundärliteratur zum Konzept des Fehlerkalküls vgl. auf Englisch: *Christoph Kletzer*, Kelsen's Development of the Fehlerkalkül-Theory, in: Ratio Juris 18 (2005), S. 46–63; *Paul Gragl*, Legal Monism: Law, Philosophy and Politics, Oxford 2018, S. 78–98; auf Französisch: *Pfersmann*, Production des normes (Anm. 46), S. 482–528; *Thomas Hochmann*, Protéger les violations de la Constitution: Le Fehlerkalkül d'Adolf Merkl, in: Arnaud le Pillouer (Hrsg.), La protection de la Constitution: Finalités, mécanismes, justifications, Poitiers 2018, S. 115–126; auf Italienisch: *Angelo Abignente*, La Dottrina del Diritto tra dinamicità e purezza. Studio su Adolf Julius Merkl, Napoli, 1990, S. 133–135; auf Portugiesisch: *Matheus Pelegrino da Silva*, Contribuições de Merkl à Teoria Pura do Direito, in: Revista Direito e Práxis 20 (2019), S. 1–29; auf Spanisch: *José Juan Moreso Mateos*, Sobre Normas Inconstitucionales, in: Revista Española de Derecho Constitucional 38 (1993), S. 91–115; *Patricia Cuenca Gómez*, Aspectos Clave de la Teoría del Derecho de Adolf J. Merkl, in: Revista Telemática de Filosofía del Derecho 17 (2014), S. 167–202 (189–198). Aus der deutschsprachigen Literatur seien nachdrücklich empfohlen: *Rainer Lippold*, Gilt im deutschen Recht ein Fehlerkalkül für Gesetze?, in: Der Staat 29 (1990), S. 185–208; *Wiederin*, Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkls (Anm. 80), S. 122–129; *Phillip Reimer*, Die Unabhängigkeit von Rechtswirksamkeit und Rechtmäßigkeit. Ein Beitrag zur Lehre vom Fehlerkalkül, in: Rechtstheorie 45 (2014), S. 383–414. Vgl. auch: *Lucas Hartmann*, Fehlerfolgen: Ist die verfassungsgerichtliche Ultra-vires- und Identitätskontrolle aus verfassungsrechtlichen Gründen rechtlich wirkungslos? Rechtstheoretische Analyse eines Scheinriesen, in: Der Staat 60 (2021), S. 387–431. Der Fehlerkalkül gilt als ein – z. B. im Vergleich zur Grundnorm oder dem Stufenbau an sich – relativ wenig untersuchter Themenkreis in der Forschung der Reinen Rechtslehre. Auffällig ist, dass Merkl selbst in der bibliographischen Übersicht seiner eigenen Schriften bei seiner Selbstdarstellung kein Wort zu dem Konzept des Fehlerkalküls verlor, vgl. *Merkl*, [Selbstdarstellung] Adolf Julius Merkl (Anm. 163). Umso mehr darf mit Spannung die Monographie von Jakob Faig zu diesem Thema erwartet werden, die gerade als Doktorarbeit unter der Betreuung von Matthias Jestaedt (Freiburg) entsteht – die Arbeit trägt im Augenblick (Ende 2023) den vorläufigen Titel ‚Das Fehlerkalkül'. Vgl. auch die vor Kurzen erschienene Doktorarbeit von *Luka Samonig*, Fehlerkalkül, Alternativermächtigung, Revolution. Zur Geltung fehlerhafter letztinstanzlicher Entscheidungen, Wien 2022 – betreut wurde die Arbeit in Wien von Ewald Wiederin.

[590] Es ist wohl nicht mehr zu ermitteln, woher Merkl sich den Terminus ‚Fehlerkalkül' ausgeliehen hat, dessen Konzept zuerst 1921 als ‚Irrtumskalkül' bei ihm vorkommt (vgl. dazu oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 262 [Anm. 474]). Kletzer zieht einen Begriffstransfer zwischen Rechtswissenschaft und Mathematik in Erwägung, vgl. *Kletzer*, Kelsen's Development of the Fehlerkalkül-Theory (Anm. 589), S. 48 (Fn. 3). Bemerkt sei aber, dass Fritz Sander bereits 1919 im Zusammenhang der Rechtserzeugung von „empirischem Kalkül der Rechtsveränderungen" gesprochen hatte, vgl. *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 208), S. 487. In *Sander*, Das Faktum der Revolution (Anm. 59), S. 152 war noch die Rede vom „empirischen Kalkül der Rechtswissenschaft". Die Sandersche sprachliche Figur mag wohl als Anregung für Merkls Konzept gedient haben.

[591] Vgl. *Verdross*, Eine Antinomie der Rechtstheorie (Anm. 441). Merkl meinte, wie oben in

reden, ohne auf dem Terrain der Naturrechtslehre zu landen? Wie beschreibt man die Rechtspraxis in einer dem Gegenstand adäquaten, dynamischen Weise, ohne den Begriff der Rechts*anwendung* aufgeben zu müssen?'[592] Durch die Theorie des Fehlerkalküls integriert Merkl ein Stück weit seine ursprüngliche Vorstellung der „doppelten Rechtsordnung"[593] in die Immanenz des positiven Rechts, indem die Geltung der ‚fehlerhaften Rechtserscheinung" explizit in einem Komplex von positivrechtlichen Normen verankert wird. Mit dem Fehlerkalkül, nämlich der Möglichkeit der Fehlerkorrektur oder ihres positiv-rechtlichen Ausschlusses – genauer: dank der positivrechtlichen Regulierung von Sanktionierungsmöglichkeiten abweichender Rechtsakte – wird anders als in der frühen Lösung über den Weg des positivrechtlichen Instituts der Rechtskraft (Ratihabierungsformel) erst im Moment der Fehlerfestlegung durch das zuständige Rechtsorgan das *a priori* rechtmäßige Recht *a posteriori* zum rechtswidrigen Recht.[594] Oder noch genauer und ohne Rechtmäßigkeit mit Geltung zu vermischen: Dank des Fehlerkalküls werden fehlerhafte Erscheinungen von Geburt an (geltendes) Recht und es sollte konsequent nicht mehr die Rede von *a priori* Nichtigkeit, die durch die Rechtskraft in Rechtlichkeit umgewandelt werde, und desgleichen sein.[595] Die Negation der Rechtlichkeit einer Rechtserscheinung durch eine authentische Entscheidung der Kontrollinstanz wirkt als nachträgliche Re-Affirmation des bisherigen rechtlichen Charakters der gerade kassierten, weil fehlerhaften, Erscheinung des Rechts. Schon die bloße Möglichkeit einer vom positiven Recht vorgesehenen Entscheidung über die Fehlerhaftigkeit der Rechtserscheinungen attestiert den der bedingenden Norm nicht entsprechenden Ergebnissen des rechtserzeugenden Verfahrens *in radice* ihre Geltung.

---

der Einleitung zu diesem Kapitel angedeutet, sein Konzept bewusst „im diametralsten Gegensatz zu Sander" zu entwerfen: *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 284.

[592] Vgl. *Sander*, Rechtswissenschaft und Materialismus (Anm. 438), S. 351; *Sander*, [Buchbesprechung] Kelsen, Verfassungsgesetze; Merkl, Verfassung (Anm. 286), S. 317 f.

[593] *Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege (Anm. 57), S. 511 = Merkl-GS II/1, S. 3–69 (13). Vgl. oben Zweiter Teil, Kap. IV, S. 197–200; Kap. VI, S. 270 f.

[594] Vgl. *Merkl*, Justizirrtum und Rechtswahrheit (Anm. 451), S. 458 = Merkl-GS I/1, S. 369–384 (376). Vgl. auch *Merkl*, Prüfung von Gesetzen und Verordnungen (Anm. 91), S. 578 = Merkl-GS II/1, S. 393–438 (403).

[595] Merkl bleibt bei seiner Darstellung allerdings nicht immer konsequent und spricht mitunter vom „Unrecht von Scheinorganen", das vom Staat (als Symbol der Einheit der Rechtsordnung) „nachträglich durch den Fehlerkalkül" auf sich genommen wird (*Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft [Anm. 10], S. 283 f. [Fn. 1]). Vgl. auch *Merkl*, Justizirrtum und Rechtswahrheit (Anm. 451), S. 461 f. = Merkl-GS I/1, S. 369–384 (380). So beschrieben und verstanden würde sich aber der Fehlerkalkül kaum von der Lösung über das Institut der Rechtskraft unterscheiden, die Merkl durch die Einführung des Fehlerkalküls korrigieren zu wollen schien. Da der Fehlerkalkül bereits zum Zeitpunkt der Setzung des ‚fehlerhaften Akts' normiert sein muss, scheint nicht glücklich zu sein, dessen Wirkungsweise als eine ‚nachträgliche' oder ‚*a posteriori*' Sanierung der Fehler zu beschreiben: Was Merkl zu meinen scheint, ist keine temporale Dimension des Problems, sondern lediglich, dass ohne Fehlerkalkül die in Frage kommende fehlerhafte Entscheidung nichtig wäre. In diesem Sinn stellt er dieser denkbar ‚a priori' Nichtigkeit kontrastierend eine ‚a posteriori' Geltung aufgrund des Fehlerkalküls gegenüber.

Merkl definiert den Fehlerkalkül kanonisch als „jene positivrechtliche Bestimmung, die es juristisch ermöglicht, dem Staat solche Akte zuzurechnen, die nicht die Summe der anderweitig positivrechtlich aufgestellten Voraussetzungen ihrer Entstehung und damit ihrer Geltung erfüllen, die es erlaubt, solche Akte trotz jenes Mangels als Recht zu erkennen".[596] Dieser Fehlerkalkül übernimmt die konstruktive Aufgabe, mangelhafte Organhandlungen wieder in der Einheit der Rechtsordnung unterzubringen, sodass ‚rechtswidriges Recht' strenggenommen im Rechtssystem nicht erscheint; trotz erkenntnismäßig konstatierbarer Fehler bei der Rechtserzeugung würden dank des positiv-rechtlichen Fehlerkalküls fehlerhafte Rechtserscheinungen vom Rechtssystem selbst als rechtlich und sogar rechtmäßig hingenommen werden. Wie noch thematisiert wird, hatte Merkl – die Pfade Kelsens beschreitend – seine Schwierigkeiten mit der Vorstellung der Rechtswidrigkeit von Rechtserscheinungen.[597] Ausgerechnet das Konstrukt des Fehlerkalküls wird aber die Möglichkeit der Anwendung der Kodizes der Rechtswidrigkeit auf die normativen Operationen des Rechtsverfahrens aufdecken, auch wenn Merkl letztendlich durch seine eigene Lesart des Fehlerkalküls bei der ‚Rechtmäßigkeit' aller geltenden Rechtserscheinungen gelandet ist. ‚Rechtswidriges Recht' blieb qua Selbstwiderspruch in seiner authentischen Lesart bloßer Arbeitsauftrag und wurde begrifflich lediglich als Hilfsvorstellung gehandhabt.

1. Der Begriff des Rechtfehlers: Rechtmäßigkeit als rechtliche Richtigkeit

Als Rechtsfehler begreift Merkl die Nicht-Entsprechung zwischen einem mit dem Prätext der Rechtlichkeit manifestierten Willensakt und der Gesamtheit der Anforderungen der bedingenden Normen:[598] Ein Rechtsfehler bezeichnet einen Fall feststellbarer ‚Unrechtmäßigkeit' bzw. ‚Rechtswidrigkeit' eines Rechtsakts. Es handelt sich um einen Normerzeugungs- oder Normvernichtungsversuch, der außerhalb des Rahmens der höherrangigen, bedingenden Normen erfolgt. Die Fehlerproblematik wird somit als Problem von Kompetenzüberschreitungen umfor-

---

[596] *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 293. Vgl. auch *Merkl*, Prüfung von Gesetzen und Verordnungen (Anm. 91), S. 606 f. = Merkl-GS II/1, S. 393–438 (434 f.); *Merkl*, Justizirrtum und Rechtswahrheit (Anm. 451), S. 458 = Merkl-GS I/1, S. 369–384 (373 f.); *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht (Anm. 13), S. 196 f.; *Merkl*, Prolegomena (Anm. 9), S. 293 f. = Merkl-GS I/1 S. 437–492 (491 f.).

[597] Vgl. unten Zweiter Teil, Kap. VI, S. 302 f.

[598] Besonders deutlich so in: *Merkl*, Prüfung von Gesetzen und Verordnungen (Anm. 91), S. 603 f. = Merkl-GS II/1, S. 393–438 (431 f.). Mit der rechtstheoretischen Fragestellung des Begriffs vom Rechtsfehler setzt sich die Literatur eher selten auseinander. Dabei setzt aber die oben erwähnte, gerade im Entstehen befindliche, Doktorarbeit aus der Feder von Faig zum Thema „Das Fehlerkalkül" an (vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 283 [Anm. 589]). Das Konzept eines Rechtsfehlers verbindet sich nicht zuletzt mit der tagtäglichen Situation eines Meinungsunterschieds zwischen Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, „dass sich [nämlich] das Recht, mit dem Auge der Rechtswissenschaft und der Rechtsanwendung gesehen, verschieden ausnimmt" (*Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz [Anm. 67], S. 463 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 [246]). Diesen Befund verarbeitend, konstruiert Faig den Fehlerbegriff als die Designation unterschiedlicher, widerstreitender Auffassungen bezüglich der Rechtmäßigkeit wie Rechtlichkeit eines Willensaktes.

muliert. ‚Rechtsfehler' wird zum Signum für die „Digressionen von der Linie des Rechts"[599] durch die Rechtsorgane. Die „Totalität der Erscheinung"[600] bzw. der bedingenden Rechtserscheinung diene als Maßstab für die Prüfung der juristischen Richtigkeit (d. h.: der Rechtmäßigkeit) eines Akts. *Prima facie* würden alle Fehler, betreffen sie die Missachtung von rechtsformalen oder von rechtsmaterialen Anforderungen, zum Scheitern des Rechtserzeugungs- oder Rechtsvernichtungsversuchs führen. Der Begriff des ‚Rechtsfehlers' bezeichnet folglich eine Differenz zwischen den Ansprüchen der bedingenden Normen und der wirklichen bedingten Erscheinung, wie sie gesetzt wurde. Eine Differenz, die eine Art vom Glauben an einen objektiven Standpunkt der Betrachtung voraussetzt und die Implikationen für die Rechtserzeugung oder Rechtsvernichtung haben kann.

Der Fehlerkalkül inkorporiert in diesem Zusammenhang einerseits ein Zugeständnis der normativen Ansprüche des positiven Rechts an die dynamische Funktionsweise des Rechtsgewinnungsverfahrens. Im (Stufen-Bau-)Plan des Rechts werde schon mit möglichen Missgriffen des Rechtsanwenders in Bezug auf die Rechtmäßigkeitsanforderungen gerechnet. Auf diese Weise gehe das positive Recht mit der Tatsache um, dass „es […] stets nicht nur vom guten Willen des Rechtsanwenders abhängt, ob er ein Gesetz anwendet, sondern auch von seiner freien Wahl, welches und wie er es anwendet".[601] Ausgehend von der Rechtskraftlehre Merkls und der Einsicht in das Abhängigkeitsverhältnis zwischen den Rechtserscheinungen im Prozess der Rechtsgestaltung eröffnet sich der Blick auf die dynamische Bedeutung der „Gleichwertigkeit sämtlicher rechtlichen Erfordernisse".[602] Nur nach den Maßgaben des Rechts dürfe Recht erzeugt, verändert oder vernichtet werden. Schweigt das positive Recht über andersartige Folgen, impliziere jeder durch die erkennende Vernunft festgestellte Verstoß gegen die bedingenden Normen ein Scheitern bei der prätendierten Rechtserzeugung oder -vernichtung. Die Menschlichkeit der Rechtsanwender berücksichtigend, d. h. das positive Recht in seiner Positivität als Produkt menschlicher Entscheidungen ernstnehmend,[603] spanne das Recht selbst aber eine tolerierbare „Fehlerlati-

[599] *Merkl*, Prüfung von Gesetzen und Verordnungen (Anm. 91), S. 573 = Merkl-GS II/1, S. 393–438 (397).

[600] *Merkl*, Prüfung von Gesetzen und Verordnungen (Anm. 91), S. 591 = Merkl-GS II/1, S. 393–438 (417).

[601] *Merkl*, Das kaiserliche Patent vom 26. Juli 1913 (Anm. 410), S. 298 = Merkl-GS III/1, S. 3–17 (7).

[602] *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 446 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (240). Vgl. auch *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 450 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (126); *Merkl*, Prüfung von Gesetzen und Verordnungen (Anm. 91), S. 591 = Merkl-GS II/1, S. 393–438 (417). Dabei baut Merkl explizit auf Kelsens früherer Lehre des fehlerhaften Staatsakts auf, vgl. Erster Teil, Kap. II., S. 111 f., wie es Merkl selber nicht verdeckt, vgl. z. B. *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht (Anm. 13), S. 195. Vgl. dazu auch *Johannes Hengschläger*, Kundmachungsmangel und absolute Nichtigkeit von Gesetzen, in: Michael Fischer et alii (Hrsg.), Dimensionen des Rechts. Gedächtnisschrift für René Marcic, Bd. 2, Berlin 1974, S. 759–775 (759 f.).

[603] „The law is a tool created by humans for humans, and it is therefore not surprising that it takes account of their fallibility" (*Thomas Hochmann*, Faulty Norms [Fehlerkalkül], in: Mortimer Sellers/Stephan Kirste [Hrsg.], Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy,

tüde",[604] indem ausdifferenzierte Fehlerreaktionsmechanismen vorgesehen würden, die am Maß der bedingenden Norm gemessen für die Geltung bzw. rechtliche Wirksamkeit defizitärer Rechtserscheinungen sorgten.

Andererseits erweist sich der Fehlerkalkül aufgrund des bloßen Insistierens auf der Erkennbarkeit von ‚Rechtsfehlern' bei den intrasystemischen Rechtsoperationen, die laut diesem Schema von den vorgegebenen Programmen des Rechtssystems abweichen können, als ein Erinnerungsmarker für die Normativität des Rechts. Die durch den Fehlerkalkül implizierte Spaltung des Rechtsgeschehens auf jeder Stufe der Rechtskonkretisierung und -individualisierung in eine, normative Anforderungen enthaltende, ideelle Ordnung und in eine durchgesetzte, reelle Entscheidung, deren Form und Inhalt in Diskrepanz mit den präexistenten Maßstäben des Rechts stehen können, hebt die Sollen-Dimension des Rechts wieder hoch und verweigert die Reduktion der Legitimität auf die Effektivität, des objektiven Sinns auf die subjektive Selbstdeutung eines Rechtsakts. Der Fehlerkalkül verweist die Entscheidungen der Rechtsautoritäten, auf die die Rechtsverwirklichung ihrerseits unvermeidbar verwiesen ist, zurück auf den Rechtsrahmen. Das Konzept erkennt die Fehleranfälligkeit der Rechtserzeugung als solche an und thematisiert sie, es nennt die Fehler beim Namen und versucht, dafür ausschließlich rechtsimmanente Kriterien zu bestimmen. Es verfeinert und vollendet damit die Eigengesetzlichkeitstheorie Merkls.

Das positive Recht selbst determiniere durch negative Selektion, was von Rechtswegen als fehlerhaft anzusehen sei. Indem es sich darauf als Rechtsfehler beziehe, verleihe es ihnen Rechtscharakter. Aus dem positivrechtlichen Bezug auf bestimmte Phänomene als fehlerhafte *Recht*serscheinungen wird in diesem Konstrukt Merkls die Geltung dieser Erscheinungen gefolgert, denn mit diesem Bezug ginge eine Ergänzung der Erzeugungsregel einher.

2. Die eigengesetzliche Fehlerhaftigkeit der Rechtsentscheidungen

Die Eigengesetzlichkeit des Rechts in der Lesart Merkls spiegelt sich exemplarisch in seiner Rekonstruktion des Umgangs des positiven Rechts mit Fehlern wider. Indem die bedingenden Rechtsnormen die Anwendung und Erzeugung des Rechts bestimmen, grenzen sie das Recht vom Nicht-Recht ab.[605] Die Kehrseite der Selbstbestimmung der Rechtlichkeit menschlicher Entscheidungen durch das positive Recht ist (mangels Fehlerkalküls) die Ausgrenzung fehlerhaft erzeugter Normen aus dem Bereich des gültigen Rechts. Auch was als Rechtsfehler zu erkennen ist, wird als solcher nach den Maßgaben des Rechts bestimmt. Die ‚Rechtsrichtigkeit' wird systemintern als Rechtmäßigkeit verarbeitet. Das Rechtsverfahren liest die eventuell auftauchenden Rechtsfehler als (In-)Konsistenzprobleme

---

Dordrecht 2019, S. 1–5 [2] [abrufbar unter: https://doi.org/10.1007/978-94-007-6730-0_168-2 – letzter Abruf am 15. Januar 2023]).

[604] *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 298.

[605] Vgl. *Marcic*, Die bedingte Natur des positiven Rechts (Anm. 39), S. 200.

neu. Fehlerhaftigkeit erscheint als ‚Rechtswidrigkeit' bei der Rechtsanwendung/Rechtserzeugung oder Rechtsvernichtung.[606]

Nach außen gewendet immunisiert die Eigengesetzlichkeit des Rechts die positiv-rechtlichen Operationen gegen die Anmaßungen außerrechtlicher Normativitätsformen.[607] Die (Un-)Vollkommenheit der Rechtserscheinungen lässt sich nicht aufgrund systemexterner Maßstäbe beurteilen. Logische Fehlschlüsse, moralische Fehler, Ungerechtigkeiten, strategische Irrtümer, politische Ungeschicktheiten u.s.w. sind in der Grammatik des Rechts nicht ohne weiteres als Rechtsfehler zu verstehen. Außerrechtliche Kriterien für die Evaluierung der ‚Korrektheit' und Gültigkeit der erlassenen Rechtserscheinungen müssen „durch das Nadelöhr positivrechtlicher Erzeugungsvoraussetzungen geführt werden",[608] um rechtlich relevant bzw. um maßgeblich für die Beantwortung der Frage nach der ‚Rechtsfehlerhaftigkeit' einer Rechtserscheinung werden zu können. Der sogenannte fehlerhafte Rechtsakt weist rechtliche Mängel auf, „nur seine Unrechtmäßigkeit, nicht der Widerspruch zu jedem beliebigen Wertsystem, nur der Widerspruch zum Rechtswertsystem, zur Rechtsordnung, macht einen Staatsakt in technischem Sinne zum ‚fehlerhaften'".[609] Nach innen gewendet, deckt die Eigengesetzlichkeit des Rechts die möglichst ausdifferenzierte Regulierungsgestaltung der Rechtsfehlerfolgen auf. Sie sorgt je nach positiver Rechtsordnung für unterschiedlich ausgefeilte und komplexe „Rechtswidrigkeitsregime".[610] Nicht nur was als Rechtsfehler zu qualifizieren ist, sondern auch wie gravierend jeder Rechtsfehler in Bezug auf die valide Entstehung einer Rechtserscheinung zu wirken hat, wird lediglich mit Rekurs auf die Rechtsnormen qua Selektionsschema entschieden werden können. Welche Rechtsfehler zu welcher Reaktion einer Myriade möglicher Umgangsstrategien gehören, selektiert und sortiert das positive Recht selbst aus.

Die Vorstellung der Grundstruktur des Rechtssystems qua Abhängigkeitsbeziehung zwischen bedingenden und bedingten Rechtserscheinungen hebt die Funktion der Rechtserzeugungsregel als Erkenntnisgrund weiterer Rechtsgestalten hervor. So gesehen stellt die Stufenbaulehre ein „Deutungsmodell der Fehlerhaftigkeit"[611]

---

606 Vgl. *Roger Bonnard*, La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl, in: Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger 45 (1928), S. 668–696 (689).

607 So lässt sich die Theorie des Fehlerkalküls auch als eine Theorie des Verhältnisses zwischen Recht und Moral verstehen, vgl. z. B. *Jakob Faig*, Beziehungsprobleme. Überlegungen zur Theorie des Fehlerkalküls, in: Ruwen Fritsche et alii (Hrsg.), Unsicherheiten des Rechts. Von den sicherheitspolitischen Herausforderungen für die freiheitliche Gesellschaft bis zu den Fehlern und Irrtümern in Recht und Rechtswissenschaft, Beiheft 162 des ARSP, Stuttgart 2020, S. 209–222 (221); *Kletzer*, The normative Jinx (Anm. 128), S. 11 f.

608 *Matthias Jestaedt*, Die Eigengesetzlichkeit des Rechts. Normativität, Kausalität und die Antwort der Verfassung, in: Joachim Rückert/Lutz Raphael (Hrsg.), Autonomie des Rechts nach 1945, Tübingen 2020, S. 1–24 (11).

609 *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht (Anm. 13), S. 192.

610 *Matthias Jestaedt*, Selbstand und Offenheit der Verfassung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XII: Normativität und Schutz der Verfassung, Heidelberg 2014, S. 327–382 (352).

611 *Richard Novak*, Die Fehlerhaftigkeit von Gesetzen und Verordnungen. Zugleich ein Bei-

der Rechtserscheinungen dar. Die Überprüfung der ‚Rechtswidrigkeit' der Rechtserzeugung setzt die Unterscheidung von Ranghöherem und Rangniedrigerem, von Form und Formmangel,[612] voraus und wird durch die Erkenntnis des rechtlichen Deutungsschemas konditioniert. Das erkennende Subjekt konfrontiert den mit dem Anspruch auf Rechtserzeugung auftretenden Willensakt mit dem Komplex bedingender Rechtsnormen, die institutionelles Setting, Kompetenzen, Verfahren und möglicherweise auch den Inhalt der künftigen Rechtsnormen mitzubestimmen versuchen. Gesucht wird nach der ‚Entsprechung' zwischen Anspruch und Wirklichkeit, bedingender und bedingter Erscheinung, sodass man von einer mehr oder weniger statischen Komponente des „Norm-Norm-Ableitungszusammenhang[s]"[613] reden könnte. Ist die gesuchte Entsprechung – freilich bei Berücksichtigung aller Unbestimmtheit des Rechtsrahmens – erkannt bzw. kann die bedingte Rechtserscheinung auf das von den bedingenden Normen demarkierte Bedeutungsspektrum zurückgeführt werden, sei die Semantik der Rechtsfehler ausgeschlossen. Die Fehlerhaftigkeit einer Rechtserscheinung liege exakt in der „Nichtentsprechung im Bedingungszusammenhang der Rechtserzeugung".[614]

Die Dynamisierung des Rechtserzeugungsverfahrens über die sukzessiven Ermächtigungen zur Schaffung von neuem Recht und zur Anwendung von rechtlichen Sanktionen durch die Rechtsorgane, sowie die arbeitsteilige Struktur und das Funktionieren der Rechtsmaschinerie bringen die Möglichkeit von „Nicht-Entsprechung"[615] zwischen bedingenden und bedingten Rechtserscheinungen mit sich. Das erkenntnismäßig feststellbare Auseinanderfallen von Rechtserkenntnis und Rechtserzeugung plausibilisiert im Modell Merkls die Handhabe der Kategorie Rechtsfehler – als Symbol für die Abweichung zwischen dem durch die Rechtswissenschaft konstruierten Rahmen für die rechtmäßige Rechtserzeugung und dem Produkt der autoritativen Entscheidung des zuständigen Rechtsanwenders. Die ‚Rechtsfehler' besetzen die Stelle eines Anzeigers des Abdockens der Rechtsordnung laut Rechtserkenntnis von der Rechtsordnung laut Rechtserzeugung, weshalb sich Merkls Bezeichnung der doppelten Rechtsordnung als passend erweist.[616]

Das Konzept Merkls der Eigengesetzlichkeit mit seinem Reflex der eigengesetzlichen Fehlerhaftigkeit des Rechts bzw. mitsamt der „Strukturierung der Rechts-

---

trag zur Gesetzes- und Verordnungskontrolle durch den Verfassungsgerichtshof, Wien/New York 1967, S. 2.

612 Vgl. *René Marcic*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Reine Rechtslehre, Wien 1966, S. 29.

613 Konzept in *Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein (Anm. 118), S. 42.

614 *Novak*, Die Fehlerhaftigkeit von Gesetzen und Verordnungen (Anm. 611), S. 4.

615 Die Figur der ‚Entsprechung' (wie etliche ihrer Funktionsäquivalente) spielt im Stufenbaumodell Merkls, wie oben schon festgestellt, eine zentrale Rolle bei der Ausarbeitung des Abhängigkeitsverhältnisses zwischen den Rechtserscheinungen und der Einheitsstiftung. An dieser Stelle wird die Kritik Sanders ansetzen, die sich in der Kategorie der Wechselbestimmung artikuliert. Ausführlicher dazu unten Zweiter Teil, Kap. VI, S. 299–301. Die Verwendung dieser sprachlichen Figur hat oft den irreführenden Eindruck erweckt, es handle sich um eine Subsumption im Sinn der formalen Logik.

616 *Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege (Anm. 57), S. 511 = Merkl-GS II/1, S. 3–69 (13 f.). Zu Merkls Lehre der „doppelten Rechtsordnung" vgl. oben Zweiter Teil, Kap. IV, S. 197–200.

operationen qua ‚Fehlerkalkül'"[617] wirkt enttabuisierend und bringt schnörkellos zur Kenntnis, dass in der dynamischen Rechtserzeugung die Möglichkeit von Fehlern überall vorhanden ist. Andererseits, und exakt auf Grund der eigengesetzlichen Bestimmung dessen, was rechtlich als fehlerhaft gilt, ist der Raum der Fehlerhaftigkeit denkbar beschränkt. Denn rechtlich fehlerhaft seien die Rechtserscheinungen nur, wenn sie die Maßgaben des positiven Rechts verfehlen, d. h., wenn sie den durch das positive Recht gesteckte Rahmen gesprengt haben. Und dieser Rahmen ist das Zeichen für die relative Unvollständigkeit der Determinierung der bedingten durch die bedingenden Normen, sodass sich innerhalb des Rahmens oft eine Mehrzahl an gleichwertigen positiv-rechtlichen Entscheidungen treffen lässt. Die Kategorie des Fehlers kommuniziert (ausschließlich) die Inanspruchnahme einer Möglichkeit, die sich „selbst bei der schlimmsten logischen Pressung"[618] nicht auf den Rahmen zurückführen lässt. Mit dieser Devianz-Möglichkeit rechne, ja kalkuliere das positive Recht.

3. Wesen und Wert des Fehlerkalküls

Merkls Fehlerkalkültheorie verarbeitet die Positivität des Rechts als Menschlichkeit des Rechts in doppeltem Sinne. Erstens macht sie im Zusammenhang mit der Stufenbaulehre die dynamische Komponente der Rechtserzeugung deutlich, indem die konkrete Gestaltung des Rechts durchgängig auf autoritative menschliche Entscheidungen jenseits von Ableitbarkeitsvorstellungen verweist. Zweitens eskamotiert sie die Fehlbarkeit der rechtlichen Akteure nicht und integriert sie in die Gesamtheit einer dynamischen Rechtsbetrachtung. Dass das positive Recht Menschenwerk ist und wie dieses Menschenwerk selbst mit seiner eigenen Fehleranfälligkeit umgeht, erkennt und erklärt Merkl mit dem Fehlerkalkül. Mit seiner in der Lehre des Fehlerkalküls materialisierten „Problembehandlung" des Phänomens der „Rechtskraft rechtswidrigen Rechts" schlägt er nach seiner – durch kritische Überprüfung noch zu bestätigenden[619] – Selbstwahrnehmung „unbetretene Bahnen" ein.[620]

---

[617] *Jestaedt*, Eigengesetzlichkeit des Rechts (Anm. 608), S. 16.

[618] *Merkl*, Verordnungsgewalt im Kriege (Anm. 57), S. 511 = Merkl-GS II/1, S. 3–69 (13).

[619] Eine ideengeschichtliche Einordnung der Theorie des Fehlerkalküls, die dieses Konstrukt entwicklungsgeschichtlich auch außerhalb der Grenzen der Wiener Schule betrachtet und es in Verbindung mit früheren rechtswissenschaftlichen Modellen zum Umgang mit Rechtsfehlern bringt, um Kontinuität und Innovation auszusortieren, muss einer anderen Gelegenheit vorbehalten werden. Soviel sei aber angemerkt, dass zur Zeit der Ausarbeitung des Fehlerkalküls etwas essentialistisch beladene ‚Schweretheorien' dominant waren, die die Folgen der Fehler nach deren Gewicht einzuordnen versuchten, vgl. z. B. die bereits sehr ausdifferenzierte Mangellehre von *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 2 (Anm. 363), § 25, S. 275–290. Dass überhaupt die Idee von rechtlich fehlerhaften Entscheidungen aufkam, ist Ergebnis eines historischen Prozesses, der mit den Evolutionen des institutionellen Verfahrens (wie etwa die Einführung einer Begründungspflicht) zusammenhängt, dazu vgl. z. B. *Alejandro Nieto*, El arbitrio judicial, Barcelona 2000; *Peter Oestmann*, Wege der Rechtsgeschichte. Gerichtsbarkeit und Verfahren, Köln/Weimar/Wien 2015; *Peter Oestmann*, Die Entwicklung moderner Instanzenzüge und Rechtsmittel, in: Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe. Jahresband 2015, Heidelberg 2016, S. 103–126.

[620] Drei Zitate: *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 278 (Fn. 1).

Zum Wesen des Fehlerkalküls gehört die „Verbindlichmachung solcher potentiell rechtswidriger Staatswillensäußerungen" durch die kontingent vom positiven Recht auszugestaltende – vorübergehende oder definitive – „Gutmachung des Fehlers".[621] Es handelt sich um ein positivrechtliches Instrumentarium zur Widerspruchsbehebung,[622] das für erkenntnismäßig nicht mehr auf einen Komplex von bedingenden Rechtsnormen rückbeziehbare – weil außerhalb des Rahmens erzeugte – bedingte Rechtserscheinungen Eingang in den einheitlichen Rechtsgeltungszusammenhang gewährt. In gewissem Sinne modifiziert der Fehlerkalkül die Rechtserzeugungsregel, ja das anzuwendende Recht, ohne sich aber in die jeweilige Ermächtigungsnorm auflösen zu lassen. Er reduziert das intendierte Abhängigkeitsverhältnis zwischen den Rechtserscheinungen auf ein Minimum und sorgt für eine Art von *Interdependenzunterbrechung*. Als wesentliche Operation des Fehlerkalküls gilt die Herabsetzung der Erfordernisse für eine erfolgreiche Rechtserzeugung unter „das der Rechtsordnung ansonsten entnehmbare Maß".[623] Indem das positive Recht Bezug auf bestimmte, mögliche Diskrepanzen zwischen den Rechtmäßigkeitsanforderungen und den Organakten als Rechtsfehler nimmt, verschafft es den fehlerhaften, ansonsten nicht-rechtlichen Erscheinungen Geltung.

Der Fehlerkalkül bringt die Duldung gewisser Abweichungen vom Rechtsplan durch den Rechtssetzer mittels positiv-rechtlicher Einrichtungen zum Ausdruck. Sind die sogenannten Rechtsmittel die typischste Gestalt des Fehlerkalküls,[624] schöpfen sie den Umgang des positiven Rechts mit Fehlern der Rechtsorgane mittels Antizipation, Vorbeugung und Reaktion auf Missgriffe der Rechtsanwender nicht vollumfänglich aus, sodass sich der Fehlerkalkül reicher Variationen fähig erweist.[625] Rechtstechnisch pflegt der Fehlerkalkül in konkreten rechtlichen Valida-

---

[621] Zwei Zitate: *Adolf Julius Merkl*, Individualismus und Universalismus als staatliche Baugesetze, in: Revue Internationale der Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 8 (1934), S. 243–265 (254) = Merkl-GS I/2, S. 85–144 (100).

[622] „Die positivrechtliche Form solcher Fehlerkalküle ist ungeheuer mannigfaltig – gemeinsam ist ihnen die Funktion, Widersprüche zwischen Rechtserscheinungen verschiedener Stufen, namentlich zwischen dem Gesetzesrecht und solchen Akten, die mit dem Anspruche, das Gesetz anzuwenden, auftreten, zu beheben" (*Merkl*, Justizirrtum und Rechtswahrheit [Anm. 451], S. 456 = Merkl-GS I/1, S. 369–384 [376]).

[623] *Merkl*, Prolegomena (Anm. 9), S. 293 f. = Merkl-GS I/1, S. 437–492 (491).

[624] Vgl. *Merkl*, Justizirrtum und Rechtswahrheit (Anm. 451), S. 458 = Merkl-GS I/1, S. 369–384 (376). Vgl. dazu *Hochmann*, Protéger les violations de la Constitution (Anm. 589), S. 120.

[625] Zur Charakterisierung des Fehlerkalküls als ein „sehr gestaltungsfähige[r]" Mechanismus vgl. *Merkl*, [Buchbesprechung] Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 21), S. 27 = Merkl-GS I/1, S. 365–368 (367). Zur Facette des Fehlerkalküls als Fehlervorsorge mittels der Figur des „subjektiven Rechts" vgl. *Johannes Buchheim*, Subjektive Rechte als Fehlerkalkül, in: Ruwen Fritsche et alii (Hrsg.), Unsicherheiten des Rechts. Von den sicherheitspolitischen Herausforderungen für die freiheitliche Gesellschaft bis zu den Fehlern und Irrtümern in Recht und Rechtswissenschaft, Beiheft 162 des ARSP, Stuttgart 2020, S. 223–236. Eine in der Sekundärliteratur weniger untersuchte Gestalt des Fehlerkalküls ist die des positivierten ‚Widerstandsrechts'. „Freilich nicht von der Art, daß es den Fehler endgültig sanieren würde, sondern daß es den Fehler dauernd aufs schärfste disqualifiziert, und mit der Maßgabe, daß jeder Adressat des Aktes oder wenigstens qualifizierte Adressaten des Aktes zur Prüfung und in der Folge zum Ungehorsam gegen den Akt, ja geradezu zur Auflehnung gegen den Urheber des Aktes legitimiert werden" (*Merkl*, Individualismus und

tionssystemen auch mit an sich variationsreichen Rechtskraftbestimmungen in Verbindung gebracht zu werden – dieser Konnex ist aber nicht wesensnotwendig.[626]

Die bedingte Rechtserscheinung müsse „bis zu einem gewissen Minimum von Bedingungen der rechtlichen Erzeugungsregel entsprechen“,[627] sie könne aber je nach positivrechtlicher Konfiguration als fehlerhafte, unvollkommene Rechtserscheinung bestehen bleiben, ohne dem Maximum der Bestimmungen zur Form und zum Inhalt zu entsprechen. In dieser Konstruktion ist ein Mindestmaß an Rechts*anwendung* nicht verhandelbar, denn „in der nächsttieferen – wenn man will: nächsthöheren – Rechtsschichte muß sich nun die objektive Komponente [des Rechtsgewinnungsverfahrens] unverändert wiederfinden“,[628] damit man für die in Frage kommende Rechtserscheinung noch einen Erkenntnisgrund parat hat. Nur die Rechtsnormen können über dieses Minimum an Rechtsanforderungen für die geltende Rechtserzeugung oder -Vernichtung disponieren: „Wo das positive Recht nicht selbst den Fehlerkalkül vorsieht, ist die Summe der eine Norm determinierenden Bestimmungen, das *Maximum* also *zugleich* das *Minimum*“.[629]

Statt bloß ideales (gewünschtes) Recht und wirkliches (positives) Recht in einer der üblichen Lesarten des Naturrechts gegeneinander auszuspielen, verarbeitet der Fehlerkalkül den Richtigkeitsanspruch als Rechtmäßigkeitsanspruch und beschreibt die Spannung zwischen dem Normativitätsanspruch der Rechtserscheinungen und der Positivität/Wirklichkeit der Rechtsentscheidungen durch die zuständigen Organe als eine dem Recht immanente Konstante, die sich bei jeder Stufe der Rechtskonkretisierung aufs Neue wiederholt. Das positive Recht trage dem Rechnung, indem es mit ‚Unrechtmäßigkeit‘ bei den Rechtsoperationen kalkuliere und einige fehlerhafte Rechtserscheinungen gelten lasse. Bis zur Entscheidung einer letzten rechtlichen Instanz – bei Merkl: bis zum Erreichen einer positiv-rechtlich nicht weiter gestaltbaren, unveränderbaren Rechtserscheinung – entkoppelt somit der Fehlerkalkül Rechtmäßigkeit und Geltung,[630] versöhnt durch Entkopplung (rechtliche) Wahrheit und Autorität. Damit wird ‚rechtswidriges Recht‘ denkbar,

---

Universalismus [Anm. 621], S. 254 f. = Merkl-GS I/2, S. 85–144 [100]). Vgl. auch *Wolf-Dietrich Grussmann*, Das Widerstandsrecht im Lichte der Reinen Rechtslehre, in: Johann J. Hagen/Peter Mader (Hrsg.), Gewalt und Recht. Ringvorlesung zum 30jährigen Bestehen der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Salzburg, Frankfurt 1997, S. 211–229.

[626] Zu einem ersten, knappen Versuch einer Typologie der Fehlerkalküle in Einrichtungen, die einerseits zur Sanierung des Fehlers dienen und andererseits zur Aufhebung der Fehler verhelfen sollen, vgl. *Ebenstein*, Die rechtsphilosophische Schule der Reinen Rechtslehre (Anm. 8), S. 118. Zu einer Kartierung der positivrechtlichen Fehlerkalküle im deutschen Recht vgl. z. B. *Ulrike Lembke*, Einheit aus Erkenntnis. Zur Unzulässigkeit der verfassungskonformen Gesetzesauslegung als Methode der Normkompatibilisierung durch Interpretation, Berlin 2009, S. 185–193. Zu einem ähnlichen Kartierungsversuch auf EU-Rechtsebene vgl. *Claudia Annacker*, Der fehlerhafte Rechtsakt im Gemeinschafts- und Unionsrecht, Wien/New York 2001, S. 102–191.

[627] *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht (Anm. 13), S. 192.

[628] *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 427 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (234).

[629] *Ebenstein*, Die rechtsphilosophische Schule der Reinen Rechtslehre (Anm. 8), S. 118; *Ebenstein*, The Pure Theory of Law (Anm. 8), S. 130.

[630] Für diese Unterscheidung bzw. Entkopplung zwischen „validité“ und „conformité“ vgl. *Pfersmann*, Production des normes (Anm. 46), S. 496.

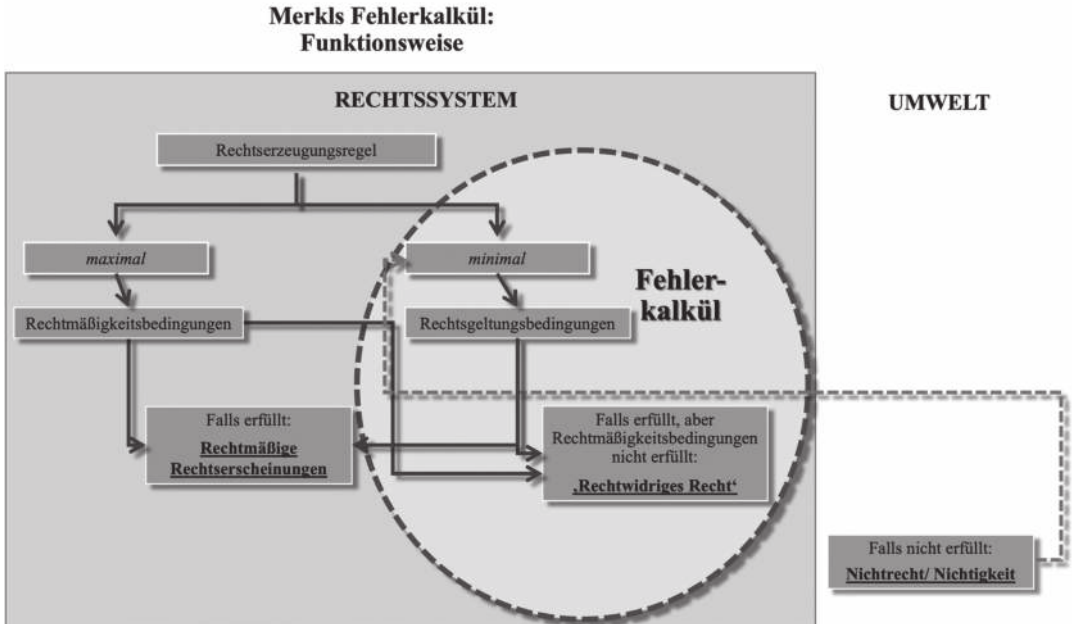

Abbildung 2: Der Fehlerkalkül

einerseits in der (rechts)theoretischen Reflexion über die Struktur des Rechtserzeugungszusammenhangs, andererseits aber auch als Gegenstand und Folge positiver Normierung, also des rechtlichen Umgangs mit Rechtsfehlern. Eine Rechtserscheinung kann gelten, auch wenn ihr Erzeugen die durch die bedingenden Rechtsnormen gestellten Maßstäbe für ihr rechtmäßiges Zustandekommen nicht beachtet. Der Wert des Fehlerkalküls liegt darin, ‚rechtswidriges Recht' in einem rechtstheoretisch runden Strukturzusammenhang operationalisierbar zu machen.[631]

Dadurch erweist sich der Fehlerkalkül als eine Versöhnungsstrategie, die Spannungsverhältnisse in der Rechtsgewinnung mittels kontingenter, positiv-rechtlich nachweisbarer Entkopplungen entschärft und verarbeitet:

– Er versöhnt die in der Erzeugungsregel verkörperte Normativitätsdimension des Rechts mit der Wirklichkeit der Rechtsdurchsetzung durch Rechtsmachtdelegation im Rechtsgewinnungsverfahren.
– Versöhnt werden auch Statik und Dynamik, Erkenntnis- und Entscheidungskomponenten von Struktur und Prozess des Rechts, sodass die Erkenntnis der Fehlerhaftigkeit der trotzdem geltenden Rechtserscheinungen und die Abhängigkeitsbeziehung der Elemente des Rechtssystems in Einklang gebracht wer-

631 Vgl. *Pfersmann*, Production des normes (Anm. 46), S. 499 für die Plausibilisierung des Begriffs einer „fehlerhaften Norm" („norme fautive") durch den Fehlerkalkül. Dass Merkl selbst sich geweigert hat, ‚rechtswidriges Recht' als eine angemessene rechtstheoretische Kategorie für die Bezeichnung und Rekonstruktion einer tatsächlichen Erscheinung im Rechtssystem zu gebrauchen, minimiert nicht die Potenziale dieses Konstrukts für die rechtstheoretische und rechtsdogmatische Anknüpfung. Zu Merkls Problemen mit der Kategorie des ‚rechtswidrigen Rechts' vgl. unten Zweiter Teil, Kap. VI, S. 302 f.

den und in gewissem Sinne normativ die radikale Auflösung des Rechtszusammenhangs durch die Dynamisierung der Rechtserzeugung eingebremst wird.
– Er vermittelt nicht zuletzt zwischen Autorität und Wahrheit, indem er die erkenntnismäßig zu determinierenden *constraints* an die Rechtserzeugung anhebt, ohne unbedingt dem Recht seine Geltung bzw. Autorität mangels Konformität mit den Rechtmäßigkeitsanforderungen zu entziehen.

Diese Versöhnungen sind Funktionen von Entkopplungen, mit denen der Fehlerkalkül operiert. Ein Übertreten der maßgeblichen Rechtserzeugungsregel präjudiziert nicht notwendig die Geltung einer gerade zu schaffenden Rechtserscheinung: Rechtmäßigkeit und Geltung, Nichtigkeit und Rechtswidrigkeit werden voneinander entkoppelt, indem minimal-notwendige von maximal-verfügbaren Bedingungen der Rechtserzeugung wie -vernichtung positivrechtlich unterschieden werden.[632] Nicht einmal die Frage nach der Fehlerhaftigkeit der so entstandenen Rechterscheinung wird rechtserheblich automatisch aufgeworfen: Der Fehlerkalkül entkoppelt grundlegend Rechtsfehler von Fehlerfolgen. Ob Fehler bei der Rechtserzeugung relevant für die Weitergeltung einer Rechtsnorm sind und wie die Fehlerfolgen auszusehen haben, ist Sache des vorhandenen positivrechtlichen Fehlerkalküls – also keine bloß Erkenntnis- bzw. Methodenfrage, sondern wiederum eine Kompetenzfrage – und darüber muss autoritativ entschieden werden. Alles in allem disjunktioniert der Fehlerkalkül somit potenziell Rechtmäßigkeit, die durch Erkenntnismittel hinterfragt werden kann und für die die maximalen Bedingungen der Rechtserzeugung stehen, und Rechtsgeltung, die letztendlich Willensfunktion ist und sich bereits bei der Erfüllung minimaler Bedingungen in einem komplexen institutionellen Setting, das die Aufhebung fehlerhafter Erscheinungen von zuständigen Entscheidungen abhängig macht, vervollständigt. Oder wie es die jüngere in der Tradition der Reinen Rechtslehre denkende Literatur gerne beschreibt:[633] Durch den Fehlerkalkül werden rechtliches Dürfen und rechtliches Können unterschieden und willkürlich, je nach positiver Rechtsordnung, verkoppelt.[634]

---

[632] Vgl. *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht (Anm. 13), S. 195 f., allerdings kritisch zur herkömmlichen Unterscheidung zwischen minimalen und maximalen Bedingungen der Rechtserzeugung; vgl. auch *Kletzer*, Kelsen's Development of the Fehlerkalkül-Theory (Anm. 589), S. 48–51; *Kammerhofer*, Uncertainty in international law (Anm. 106), S. 188 f.; *Reimer*, Die Unabhängigkeit von Rechtswirksamkeit und Rechtmäßigkeit (Anm. 589), S. 388 f.

[633] Vgl. vor allem *Phillip Reimer*, Können und Dürfen. Zur rechtstheoretischen Zentralität eines unterschätzten Begriffspaars, in: Rechtstheorie 48 (2017), S. 5–27; *Reimer*, Die Unabhängigkeit von Rechtswirksamkeit und Rechtmäßigkeit (Anm. 589); *Matthias Jestaedt*, Verfassungskonforme Auslegung – Kollisionsvermeidung durch Konformauslegung, in: Juristische Studiengesellschaft. Jahresband 2016, S. 1–24 (16–18); *Jestaedt*, Selbstand und Offenheit der Verfassung (Anm. 610), S. 352 f. Vgl. auch *Heiko Sauer*, Öffentliches Reaktionsrecht. Theorie und Dogmatik der Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen, Tübingen 2021, S. 179–186; *Lucas Hartmann*, Die Aufhebung rechtmäßiger Urteile wegen Rechtswidrigkeit, in: JuristenZeitung 15/16 (2022), S. 759–766 (762 f.).

[634] Eine Unterscheidung zwischen rechtlichem Dürfen und rechtlichem Können skizzierend, vgl. bereits *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 450 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (133 f.).

4. Rechtliches Dürfen und rechtliches Können

Aus dem Stufenbaumodell ergibt sich mittels der vom Fehlerkalkül aufbereiteten Ergänzung der dynamischen Rechtsbetrachtung die Möglichkeit, die normativen Anforderungen an die weitere Rechtserzeugung wie Rechtsvernichtung je nach – wohl gemerkt: vom positiven Recht selbst bestimmter – Relevanz für die Erlangung der Rechtlichkeit zu unterteilen. Die Zusammenstellung von Erzeugungsregeln und Fehlerkalkül-Bestimmungen sorgt für verschiedene Rechtmäßigkeits- und Geltungsarrangements. Im Rechtsverfahren zeichnen die bedingenden Normen inhaltliche wie formale Maßgaben vor, die die Rechtsgewinnung dergestalt strukturieren, dass neu zu schaffende Rechtserscheinungen „in anderer als der vorgezeichneten Weise entweder nicht zustandekommen *können* oder *dürfen*".[635]

Das rechtliche Dürfen qualifiziert den Raum der Rechtmäßigkeit, in dem sich das zuständige Rechtsorgan bei seinen rechtlich-normativen Operationen bewegen soll. Es kennzeichnet das Recht in seiner Verhaltenssteuerungsfunktion, wodurch ein rechtlich handelndes Subjekt unmittelbar adressiert wird. Was ein Rechtsorgan – aber auch ein (anderer) Rechtsunterworfener – machen darf und wie es das vollziehen soll, determiniert der Komplex von sogenannten bedingenden Normen durch das Aufstellen von Erfordernissen an die zuständige rechtserzeugende oder rechtsderogierende Stelle. Das rechtliche Dürfen korreliert mit der Stabilisierung von Erwartungen durch die rechtliche Normativität, indem es ein Handlungsmöglichkeitsspektrum demarkiert, das durch das positive Recht selbst als zulässig vorselektioniert wurde und innerhalb dessen sich die Normadressaten zu bewegen haben.[636] Es äußert sozusagen den präformierten Willen des positiven Rechts bezüglich der Gestalt des zu erzeugenden Rechts. Es grenzt einen vom Recht zugelassenen Entscheidungsbereich ab und diktiert eine Entwicklungslinie, an der entlang sich die menschlichen Handlungen, sei es rechtsbefolgend oder rechtsanwendend,

---

635 *Merkl*, Prolegomena (Anm. 9), S. 275 = Merkl-GS I/1, S. 437–492 (467) – Hervorhebung nicht im Original.

636 Reimer kennzeichnet die bedingenden Normen in ihrer verhaltenslenkenden Funktion als „Zulässigkeitsnormen", die er von der anderen Gestalt bedingender Normen (*stricto sensu*) unterscheidet, die über die Geltung/Wirksamkeit der bedingten Normen verfügen: die „Wirkungsnormen" oder „Ermächtigungsnormen im rechtstheoretischen Sinne", vgl. *Reimer*, Können und Dürfen (Anm. 633), S. 422 f. Ob „Können und Dürfen" die „subjektive Kehrseite zwei(er) unterschiedliche(r) Normkategorien", wie Reimer es will, darstellen, oder eher unterschiedliche Dimensionen bzw. normative Funktionen des gleichen Normkomplexes sind, mag hier dahingestellt bleiben. Jestaedt bezieht die Ermächtigungsnormen seinerseits auf das rechtliche Dürfen, denn sie trennen die autorisierten Handlungen der Organe von den nicht autorisierten, vgl. *Jestaedt*, Verfassungskonforme Auslegung (Anm. 633), S. 16. Die Rekonstruktion von Jestaedt würde in der Reformulierung der Ermächtigungsnormen durch Pfersmann eine Bestätigung finden können: „Power conferring norms are by hypothesis *closed* […]. To suggest the contrary implies undetermined arbitrariness" (*Otto Pfersmann*, Comparative Hermeneutics of Constitutional Revision Clauses and the Question of Structural Closure of Legal Systems, in: Comparative Law Review 40 [2019], S. 3191–3216 [3215]). Wie oft in der Tradition der Reinen Rechtslehre sind sich die Mitstreiter *en détail* nicht unbedingt einig. Eine genauere Rekonstruktion des Dürfens und des Könnens ist immerhin noch *work in progress*.

rechtskonform betätigen sollen. Die Rechtmäßigkeit einer Rechtserscheinung ist dementsprechend eine Funktion seiner Korrespondenz mit sämtlichen Rechtserzeugungs- und Rechtsvernichtungsanforderungen. Sie bezeichnet einen Zustand, in dem die maximalen Anforderungen des Rechts durch die in Frage kommende Handlung erfüllt wurden und symbolisiert prominent die *Demand*-Dimension der Rechtsnormen. Sie konditioniert aber nicht notwendig die Geltung bzw. rechtliche Wirksamkeit (sprich: Rechtlichkeit) als solche, denn das positive Recht kann die Geltungsbedingungen durch den Fehlerkalkül auf ein Minimum beschränken. Die bedingenden Normen können mehr fordern, als für die Erlangung der Rechtsautorität laut dem positivem Recht selbst erforderlich ist. Nicht alle Rechtsmäßigkeitsanforderungen fungieren notwendigerweise als „Erzeugungsvoraussetzungen“[637] bzw. als Entstehungs- oder Geltungsbedingungen.

Jenseits des rechtlichen Dürfens, aber immer noch innerhalb der Rechtssphäre, handelt das Rechtsorgan gedeckt durch das rechtliche Können, solange ein (kontingentes) Minimum an Geltungsbedingungen erfüllt wird. Was durch das rechtliche Können umfasst wird, wird in die Rechtsordnung als geltendes Recht eingeholt.[638] Hier gerät eher die dynamische Selbstreferenzialität des Rechtsverfahrens in den Blick und es interessiert, die Selbsterzeugung des Rechts durch das ‚autorisierte‘ Handeln der Rechtsorgane – auch im Fall von Devianz dieses Handelns von dem durch das rechtliche Dürfen gezogenen Rahmen – zu rekonstruieren. Das Überstrapazieren der Grenzen des rechtlichen Dürfens durch die Nicht- oder unvollständige Erfüllung der Rechtmäßigkeitsbedingungen zieht nicht unmittelbar die Nicht-Existenz einer Rechtserscheinung nach sich, da das positivrechtliche Instrumentarium für „Kollisionsbereinigung“[639] unendlich komplex kalibriert sein/werden kann. Zahlreiche Reaktionsmöglichkeiten können für die Fälle rechtswidriger Rechtserzeugung vorgesehen werden.

Dynamisch betrachtet ermöglicht das rechtliche Dürfen die Qualifizierung bzw. Differenzierung der im Bereich des rechtlichen Könnens produzierten Rechtserscheinungen in rechtswidrige oder rechtmäßige und begründet die Rede vom ‚rechtswidrigen Recht‘. Das rechtliche Können versprachlicht den Anspruch, das Recht vom Nicht-Recht normativ zu trennen, auch wenn es die untere Schwelle des Rechts noch niedrig(er) legt. Ein Minimum an Bedingungen muss erfüllt werden, damit das Organ sich im Bereich des Könnens bewegt und dieses Minimum sei der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis zugänglich. Das rechtliche Dürfen redet dem systeminternen Anspruch das Wort, dass die Rechtsakte zustande kommen, wie es in den Rechtserzeugungsregeln vorgesehen ist/wird. Ein Akt kann als ein Rechts-

---

637 *Sauer*, Öffentliches Reaktionsrecht (Anm. 633), S. 180.

638 Wenn ein Akteur „über die Rechtsposition eines entsprechenden *rechtlichen Könnens* verfügt, dann wird der Inhalt seines geäußerten Regelungswillens auch wirklich als rechtliche Regelung betrachtet, eben als neue Rechtsnorm. Diese neue *Rechtsnorm* steht also in einem genetischen Zusammenhang mit dem rechtlichen Können des Akteurs“ (*Philipp Reimer*, Rechtstheorie: Einführung, Baden-Baden 2022, S. 80).

639 *Jestaedt*, Verfassungskonforme Auslegung (Anm. 633), S. 17.

akt gelten, ohne die Grenzen des rechtlichen Dürfens eingehalten zu haben. Mangels Fehlerkalküls decken sich aber Dürfen und Können und ein Rechtsmangel, auch wenn als solcher nicht im Rechtsverfahren autoritativ festgelegt, bedinge den Scheinrechts-Charakter des in Frage kommenden Akts.

5. Der Fehlerkalkül als verkapptes Ermessen

Ein Nebeneffekt der positiv-rechtlichen Regulierung des Fehlerkalküls ist, laut Merkl, die Eröffnung von verschleierten Ermessensspielräumen in der Rechtsgewinnungsstruktur. Die sozusagen faktische Herabminderung der Rechtsgeltungserfordernisse über den Irrtumskalkül modifiziere einen Teil der normativen Anforderungen an den Rechtsanwender „zu bloßen Wünschen bezüglich der Entstehung"[640] neuen Rechts.[641] „Die Erfüllung der ganzen Summe rechtlicher Anforderungen" stelle „das rechtliche Ideal" dar, bedinge aber wegen der Neukonfiguration der Erzeugungsregel durch den Fehlerkalkül – bzw. ihrer vollständigen, um den Fehlerkalkül ergänzten Konfiguration – nicht die Geltung der Rechtserscheinungen und rechtfertige auch keinen offiziellen Ungehorsam. Je nach Ausgestaltung des positiv-rechtlichen Umgangs mit den „in gewissem Umfang immer wieder unvermeidlichen Organfehlern" bzw. je nach Kopplung von Rechtsfehlern und Fehlerfolgen, würden bestimmte Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen zu bloßem „*ius dispositivum*"[642] degradiert. Mit der Befolgung – wie Anwendung – der anordnenden Direktiven des Rechts zur eigenen Erzeugung sei dem Rechtsanwender via Fehlerkalkül „ein mehr oder minder weites Blankett zu abweichenden"[643] Routen eingeräumt. Aus der beliebig komplexen Fehlerkontroll- wie Fehlervorsorgearchitektur des Rechtssystems folge eine „stillschweigende Ermächtigung zu Akten",[644] die den Rechtsrahmen sprengen. Aus den als Garantien der Rechtmäßigkeit eingeführten Einrichtungen folge die – auch wenn nur provisorische – Geltung der Rechtserscheinungen, die die Anforderungen der Rechtmäßigkeit verfehlten.

Die mittels der Kategorie des rechtlichen Dürfens rekonstruierbare Verhaltenssteuerungsdimension des Rechts werde somit praktisch zur Disposition der Entscheidungsträger gestellt. Dem Rechtsorgan präsentieren sich durch den Fehlerkalkül in den Rechtsplan geholte Wahlmöglichkeiten: Es sollte nur so entscheiden, wie es gemessen an den Maßgaben der Erzeugungsregel entscheiden dürfe bzw. es dürfe nur die vom positiven Recht zugelassenen Optionen als geltendes Recht aktualisieren; es könne aber selbst neue Handlungsalternativen schaffen und sie au-

---

640 *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 295.

641 Vgl. *Ebenstein*, Die rechtsphilosophische Schule der Reinen Rechtslehre (Anm. 8), S. 117 f.; *Ebenstein*, The Pure Theory of Law (Anm. 8), S. 129 f.

642 Zwei Zitate: *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht (Anm. 13), S. 196; vgl. auch *Merkl*, Justizirrtum und Rechtswahrheit (Anm. 451), S. 460 = Merkl-GS I/1, S. 369–384 (379).

643 Zwei Zitate: *Merkl*, Justizirrtum und Rechtswahrheit (Anm. 451), S. 460 = Merkl-GS I/1, S. 369–384 (378).

644 *Merkl*, Justizirrtum und Rechtswahrheit (Anm. 451), S. 460 = Merkl-GS I/1, S. 369–384 (378).

toritativ zu Recht machen. Von dem Standpunkt der Rechtsbindung aus gedacht, schlägt der Fehlerkalkül gewissermaßen fehl, denn er wirkt in dieser Hinsicht, als ob das positive Recht dem Rechtsorgan „einen Freibrief zur Rechtswidrigkeit“[645] erteilen würde. Das Dürfen tauge lediglich als Anreiz.

Der Fehlerkalkül bildet eine Konzession des normativen Anspruchs des Rechts an die Wirklichkeit, er „schafft nur die Möglichkeit eines von seinen Absichten abweichenden Aktes, weil es unvermeidlich ist“, dass der Rechtsanwender „so vorgeht, als ob er von Rechts wegen auch anders könnte“.[646] Merkl merkt an, die Rechtsanwender sollen sich des durch den Fehlerkalkül eingeräumten, verklausulierten Ermessensspielraums eher nicht bewusst werden und „nur glauben, durch eine zwingende Vorschrift gebunden zu sein“.[647] „Daß das Recht von diesen [seinen] Anforderungen auch nur das Geringste preisgibt und daß es – das Organ – infolgedessen auch anders könne“[648] als es rechtmäßig darf, sei durch das Recht selbst nicht explizit zu kommunizieren und habe dementsprechend unter dem Radar der Rechtsanwender zu bleiben. Idealerweise decken sich Anspruch und Wirklichkeit, stützt sich die Autorität der Rechtsentscheidungen auf die Wahrheit der Rechtserscheinungen.

6. Autorität und Wahrheit: Die rechtswissenschaftliche Vernunft

Die positiv-rechtlich vorgesehene Möglichkeit der Korrektur eines Fehlers oder die explizite Duldung dieses Fehlers durch gegebene Normen saniert die rechtserzeugungsverhindernde Fehlerhaftigkeit der unvollkommenen Rechtserscheinungen, die doch gelten, obwohl sie laut der sich ausschließlich an den Maßgaben der bedingenden Rechtsnormen orientierenden rechtswissenschaftlichen Vernunft nicht rechtmäßig sind. Das rechtliche Können erklärt die Geltung eines unzulässigen, weil außerhalb des (Rechtmäßigkeits-)Bereichs des Dürfens erzeugten, Rechtsakts. Wenn der Bogen des Könnens angesichts der „rechtserzeugende[n] Rechtserkenntnisfehler“[649] nur so weit gespannt werden kann, wie man noch mit positivrechtlich vorgesehenen Reaktionschancen auf die Fehler antworten kann bzw. solange man sich auf den expliziten Bezug des positiven Rechts auf den Fehler als Rechtsfehler verlassen kann, stößt dieses Spiel bei der Entscheidung einer letzten Instanz, die der Rechtskontrolle nicht mehr unterworfen ist und die selten mit einer expliziten Tolerierungsklausel bezüglich ihrer Fehler rechnet, an seine Grenzen.[650]

---

[645] Wendung in: *Buchheim*, Subjektive Rechte als Fehlerkalkül (Anm. 625), S. 235.

[646] *Merkl*, Justizirrtum und Rechtswahrheit (Anm. 451), S. 460 = Merkl-GS I/1, S. 369–384 (378).

[647] *Merkl*, Justizirrtum und Rechtswahrheit (Anm. 451), S. 460 = Merkl-GS I/1, S. 369–384 (379). Vgl. auch *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 296.

[648] *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 296.

[649] Vgl. *Jestaedt*, Wirken und Wirkungen höchstrichterlicher Judikatur (Anm. 16), S. 29.

[650] Vgl. *Kletzer*, Kelsen’s Development of the Fehlerkalkül-Theory (Anm. 589), S. 49, 51; *Kammerhofer*, Uncertainty in international law (Anm. 106), S. 188 f.; *Mayer*, Das Fehlerkenntnis eines Höchstgerichts (Anm. 422), S. 480–485; *Hochmann*, Protéger les violations de la Constitution (Anm. 589), S. 120 f.

Erst an dieser Stelle wird das starke Primat der Rechtswissenschaft (d. h.: auch auf der Geltungsebene) von Merkl aktiviert: Es sei die Aufgabe der Rechtstheoretiker, mangels Fehlerkalküls die Rechtmäßigkeit der Rechtserzeugung zu überprüfen und der fehlerhaften ‚Rechtserscheinung' die Geltung abzusprechen; also Inkongruenzen zwischen bedingenden und bedingten Rechtserscheinungen als solche (an-)zuerkennen und dementsprechend diese in die Domäne des Nicht-Rechts zu verweisen.[651] Die durch den Fehlerkalkül aufgehobene Nichtigkeitsprämisse wird nach einem langen Weg widerhergestellt.

Hier werden in Merkls Modell Wahrheit und Autorität verkoppelt. Eine ‚fehlerhafte Rechtserscheinung' dürfe nicht gelten. Die Autorität der Rechtswissenschaft durch Wissen empört sich über die angebliche Unfehlbarkeit des Rechtsanwenders und markiert seine fehlerhaften Entscheidungen als dem Recht fremde Willensakte (als bloßes Scheinrecht). Die Rechtswissenschaft fungiere bei positivrechtlich nicht weiter überprüfbaren Rechtserscheinungen – in Fällen, in denen das Recht keinen Fehlerreaktionsmechanismus vorschreibt – als Kontrollinstanz der Rechtspraxis. „Um wirklich Recht zu sein" bedarf ein „auf seine Rechtsnatur" Anspruch erhebender Akt „der Inthronisation" durch die Rechtswissenschaft.[652]

Obwohl Merkl behauptet, dass es ihm in diesem Meinungsstreit fern liegt, für die Theorie und gegen die Praxis Partei zu ergreifen,[653] muss auf die Kluft zwischen Dictum und Factum, Absicht und Gestus aufmerksam gemacht werden. Schon bei der Veranschaulichung seines Irrtumskalküls kommt Merkl zu dem Ergebnis, dass eine rechtlich ‚fehlerhafte' letztinstanzliche Entscheidung, die ein in der Wirklichkeit (wie auch immer man Schein von Wirklichkeit unterscheidet!) verfassungsmäßiges Gesetz für verfassungswidrig erklärt, kein geltendes richterliches Urteil ist:

„Äußert sich der Irrtum in entgegengesetzter Richtung, indem ein verfassungsmäßiges Gesetz oder eine gesetzmäßige Verordnung wegen vermeintlicher Rechtswidrigkeit für aufgehoben erklärt wird, so schafft auch dieses Fehlerkenntnis nicht Recht; das bedeutet nun aber: es braucht vom Bundespräsidenten nicht exequiert, es braucht auch von der ‚zuständigen' Behörde nicht als aufgehoben kundgemacht zu werden, ja es darf dies im Grunde gar nicht".[654]

Eine ähnliche Dissonanz zwischen angemessener Ankündigung einer These und realer Radikalität bei der Lieferung ist in Merkls Monographie zur Rechtskraft zu finden, in dem das Primat der Rechtswissenschaft im Zusammenhang mit der

[651] „Das führt nun zu der unbedachten Konsequenz, daß gerade die prominentesten Organe – gerade deren Akte pflegen nämlich unüberprüfbar zu sein –[,] richtiger die Menschen, die diese Organe konstituieren, von Rechts wegen viel eher der Gefahr, nichtige Akte zu setzen, ausgesetzt sind, als andere, in der Organhierarchie viel tiefer stehende Organe, hinsichtlich derer dieser Gefahr in weitem Umfang durch den Fehlerkalkül vorgebeugt ist" (*Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft [Anm. 10], S. 299).

[652] Drei Zitate: *Merkl*, Zum Interpretationsproblem (Anm. 86), S. 537 = Merkl-GS I/1, S. 63–84 (65).

[653] *Merkl*, Prüfung von Gesetzen und Verordnungen (Anm. 91), S. 606 = Merkl-GS II/1, S. 393–438 (434).

[654] *Merkl*, Prüfung von Gesetzen und Verordnungen (Anm. 91), S. 608 = Merkl-GS II/1, S. 393–438 (436).

Merkl–Sander-Kontroverse gelegentlich unzweideutig[655] auftaucht. Zunächst macht Merkl dabei geltend:

„Bis zu einem gewissen Punkte pflichte ich Sanders Auffassung bei, zumal da ich schon vorher in ähnlichem Sinne typische Grenzüberschreitungen der Rechtswissenschaft auf jenem breiten Gebiete (des sog. freien Ermessens) festgestellt hatte, wo eine ‚Rechtswissenschaft … als Recht all das sanktionieren muß, was der Richter in seinem ‚Erkenntnisse' als Recht erkennt'. ‚Die Rechtserkenntnis ist in diesen Fällen materiell durch des Richters Erkenntnis über das Recht bedingt. Er selbst trifft hierbei nur den einen Satz vor: Recht ist was du Richter als Recht erkennst'".[656]

Kaum zehn Seiten danach aber krönt Merkl die Wissenschaft zur Autorität über die Rechtspraxis, was durch den einführenden Vorbehalt im obigen Satz gewissermaßen angekündigt war, und spricht aus: „Recht ist, was die Rechtswissenschaft als wahr erkennt".[657] Mit dem dergestalt vertretenen Primat der Rechtswissenschaft instituiert Merkl die Rechtswissenschaft in die Rolle der Überwachung der logischen und sprachlichen Richtigkeit der Ergebnisse des Rechtsverfahrens, indem er die Rechtmäßigkeit vom Denk- und Sprachgesetz[658] abhängig macht und mangels Korrekturmöglichkeiten oder ausdrücklicher Fehlerduldung bei nicht weiter überprüfbaren Entscheidungen ‚rechtswidrigen' Erscheinungen die Rechtlichkeit entzieht. Die Rechtswissenschaft wird in dieser Hinsicht zur „einzig kompetente[n] Autorität" erhoben.[659] Ausgehend vom Richterstuhl der Rechtswissenschaft soll

[655] Die bildliche, metaphernreiche Sprache Merkls lässt allerdings hinreichenden Raum für eine systematische Rekonstruktion seiner Lehre, die von einem Primat der Rechtswissenschaft auf der Ebene der Entscheidungshoheit – d. h. von einem starken Primat der Rechtserkenntnis – absieht: Die rechtswissenschaftliche Kontrollfunktion wäre lediglich eine epistemische und keinesfalls eine rechts(de)konstitutive. Eine solche vertretbare (Re-)Interpretation liefert z. B. *Thomas Hochmann*, Welche Rolle für die Rechtswissenschaft? Zu einer Debatte innerhalb der Wiener rechtstheoretischen Schule, in: Matthias Jestaedt/Ralf Poscher/Jörg Kammerhofer (Hrsg.), Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand/Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions, Beiheft 163 des ARSP, Stuttgart 2020, S. 161–175 (168 f.). Ausgerechnet der Kontext der Merkl–Sander-Kontroverse plausibilisiert aber die Annahme, dass Merkl tatsächlich meinte, was er sagte und wie er es sagte, und dass er unter Umständen bereit war, die Geltung der von der Rechtswissenschaft als fehlerhafte Rechtserscheinungen anerkannten Scheinakte zu negieren. Die von Merkl ansonsten mit großem Erfolg gepflegte Kunst der sprachlichen Bilder und Figuren (vgl. dazu *Clemens Jabloner*, Einige Austriaca der Reinen Rechtslehre, in: Clemens Jabloner et alii [Hrsg.], Scharfsinn im Recht. Liber Amicorum Michael Thaler zum 70. Geburtstag, Wien 2019, S. 3–18 [5]) steht in der Behandlung des Problems des ‚rechtswidrigen Rechts' indes tatsächlich mitunter bei entscheidenden Punkten der Verständlichkeit seiner Überlegungen im Weg.

[656] *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 281. Die von Merkl selbst wiedergegebenen Zitate tauchen ursprünglich auf in: *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 162 f. = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (97).

[657] *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 290.

[658] Vgl. *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 464 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (249); *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 287. Zu Merkls Rekurs auf die Denk- und Sprachgesetze bei der Bestimmung des Rechtsrahmens vgl. unten Zweiter Teil, Kap. VI, S. 327–329.

[659] *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10). S. 286. Vgl. dazu auch *Hermann Heller*, Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts, Berlin/Leipzig 1927, S. 108 = Heller-GS II, S. 31–202 (131).

entschieden werden, was als Recht zu gelten habe.[660] Die Trennung von Recht und Nicht-Recht sei letztendlich eine Aufgabe der rechtswissenschaftlichen Vernunft, denn „[d]ie Funktion der Jurisprudenz gegenüber dem sogenannten Justizirrtum ist nicht nur[, …] ihn zu erkennen, sondern auch[, …] den mit dem Justizirrtum behafteten scheinbaren Justizakt aus dem Bereiche der Justiz zu verweisen".[661] In Bezug auf den Rechtserkenntnisanteil der Rechtsgewinnung könne der Rechtsanwender von der Rechtswissenschaft „kontrolliert und ins Unrecht gesetzt werden".[662] Einzig die Rechtswissenschaft ziehe – wenn der Fehlerkalkül nicht mehr weiterhelfe – die Grenzen des Rechtlichen.

Der positiv-rechtliche Fehlerkalkül sorgt bis zum Grenzfall letztinstanzlicher Entscheidungen für eine Entkopplung von Rechtsautorität und Rechtswahrheit und thematisiert dabei auch das permanente Spannungsverhältnis zwischen *voluntas* und *ratio* im Rechtsverfahren, indem er die Abweichungen der autoritativen Entscheidungen von der rechtlichen Richtlinie[663] mittels des Rechtsfehlerbegriffs zur Sprache bringt. So gelesen ist die „Kernfunktion" des Fehlerkalküls, „zwischen Wahrheit und Autorität zu vermitteln".[664] „Denn der Zweck dieser ergänzenden Bestimmungen [des Fehlerkalküls] ist eben die – in ihrer Abwesenheit – unvermeidliche Konsequenz der Fehlerhaftigkeit und Nichtigkeit von Rechtsanwendungsakten zu vermeiden".[665] Mangels Fehlerkalküls treffen sich Fehlerhaftigkeit und Nichtigkeit wieder, bedingt die (rechtswissenschaftlich zugängliche) Rechtswahrheit die Autorität der in Frage kommenden Rechtserscheinung. Indem klar gemacht wird, dass Wahrheit und Autorität sich nicht decken, drückt die Rechtstheorie dem Individuum ein mächtiges Kritikinstrument in die Hand, mittels dessen sich das Individuum immer der rechtswissenschaftlichen Sprache bei der Kritik der rechtlichen Autorität bedienen kann.[666]

Mit dem Fehlerkalkül ist ein Modell vorhanden, nach dem die höchsten Organe in einem gewissene Sinn unfehlbar sind: Sie irren nicht rechtskräftig, denn wenn sie irren, handeln sie nicht als Rechtsorgane, erzeugen sie kein Recht.[667]

---

[660] *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 286. Vgl. auch *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 449 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (132), wo von „Richterstuhl der Wahrheit" die Rede ist.

[661] *Merkl*, Justizirrtum und Rechtswahrheit (Anm. 451), S. 457 = Merkl-GS I/1, S. 369–384 (375).

[662] *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 172 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (110 f.).

[663] Vgl. *Merkl*, Justizirrtum und Rechtswahrheit (Anm. 451), S. 455 = Merkl-GS I/1, S. 369–384 (378).

[664] *Faig*, Beziehungsprobleme (Anm. 607). Inwieweit die Merklsche Lesart des Fehlerkalküls dieser ihm zuzusprechenden Kernfunktion der Vermittlung zwischen Autorität und Wahrheit im Rechtskontext Rechnung trägt, wird ausführlicher in der sich in Vorbereitung befindenden Dissertation von Jakob Faig betitelt mit „Das Fehlerkalkül" behandelt (vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 283 [Anm. 589]).

[665] *Merkl*, Prolegomena (Anm. 9), S. 293 = Merkl-GS I/1, S. 437–492 (491).

[666] Zur politischen Weltanschauung, die dem Fehlerkalkül zugrunde zu liegen scheint, vgl. unten Dritter Teil, Kap. VIII, S. 457–460.

[667] Vgl. *Merkl*, Prüfung von Gesetzen und Verordnungen (Anm. 91), S. 604 f. = Merkl-GS II/1, S. 393–438 (432 f.).

7. ‚Rechtswidriges Recht' als Selbstwiderspruch: Die Unfehlbarkeit der Rechtsorgane

Auf die Anregungen und Kritik von Verdross, Sander und anderen Mitgliedern der Wiener Schule wie auch von Weyr eingehend, entwickelte Merkl sein Konzept des Fehlerkalküls, um das sich aus seiner Rechtskraft- und Stufenbaulehre ergebende Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' in einer dem grundlegenden Postulat der Reinen Rechtslehre – das der Relation zum Rechtssatz[668] – treuen Weise zu behandeln. Der Fehlerkalkül verweist den Rechtstheoretiker bei der Frage nach dem Maßstab der rechtlichen Richtigkeit, wie nach den Konsequenzen der Fehlerhaftigkeit von Rechtserscheinungen, auf das positive Recht. Merkl zeichnet damit einen Weg auf, die Problemstellung weitgehend rechtsimmanent aufzulösen. Das Recht selbst berücksichtige die Fehleranfälligkeit der Rechtsorgane und rechne mit der Möglichkeit defektiver Rechtsgewinnung, wofür es Vorkehrungen treffe. „Die Leistung des Fehlerkalküls ist es ja, einen Akt, der andernfalls unter der Schwelle des Rechts bliebe, weil er den Minimalerfordernissen eines Organaktes nicht entspricht, über diese Schwelle zu heben":[669] Der Fehlerkalkül verinnerlicht die Fallibilität des Menschenwerks ‚Recht'.

Es ist ein langer Begründungsweg, um die Denkbarkeit des Oxymorons ‚rechtswidrigen Rechts' darzulegen und dieses durch die Entkopplung von Fehlern und Fehlerfolgen, Rechtmäßigkeit und Rechtsgeltung wie Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit, Dürfen und Können, Wahrheit und Autorität weitgehend plausibel zu machen. Gegen Sander betonte Merkl auf dem Weg der rechtstheoretischen Aufrüstung des Fehlerkalküls ausgerechnet die Erkennbarkeit und Benennbarkeit von Rechts(erkenntnis)fehlern der Rechtsanwender durch die Rechtswissenschaft. Die Einwände von Sander verarbeitend und auch antizipierend, wie auf frühere *insights* von Kelsen aufbauend, weigerte er sich aber, ‚rechtswidriges Recht' als etwas anderes als eine „vorläufige Hilfsvorstellung"[670] zu behandeln. Aus der zutreffenden Einsicht, dass, „was immer das Organ in dem durch den Fehlerkalkül gedeckten Bereich tut, [es] Recht schafft",[671] geht für Merkl die notwendige Rechtmäßigkeit allen Rechts hervor. Er leugnete wiederholt die Vorstellung von ‚rechtswidrigen Erscheinungen' als selbstwidersprüchlich,[672] assoziierte jedoch durchgängig

---

668 Dazu vgl. oben Erster Teil, Kap. I, S. 75–78, 84 f.

669 *Merkl*, Justizirrtum und Rechtswahrheit (Anm. 451), S. 461 = Merkl-GS I/1, S. 369–384 (379).

670 *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 278; auch von „vorläufiger Hilfsbegriff" ist die Rede (S. 279).

671 *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 297.

672 „In der Tat ist der Begriff des rechtswidrigen Rechtes in sich widerspruchsvoll und darf in der rechtswissenschaftlich gestalteten Rechtswelt keinesfalls aufscheinen" (*Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft, [Anm. 10], S. 278). Als „Pleonasmus" und „*contradictio in adjecto*" werden von Merkl oft auch jeweils die Begriffe „rechtmäßiges Recht" und „rechtswidriges Recht" abgestempelt, vgl. *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 278; *Merkl*, Prüfung von Gesetzen und Verordnungen (Anm. 91), S. 603 = Merkl-GS II/1, S. 393–438 (431); *Merkl*, Justizirrtum und Rechtswahrheit (Anm. 451), S. 455 = Merkl-GS I/1, S. 369–384 (373). Vgl. auch *Ebenstein*, Die

Rechtsfehler mit der Idee eines unrichtigen Scheinrechts. Mangels Fehlerkalküls impliziere jedes Manko bei der tentativen Rechtserzeugung oder Rechtsvernichtung die rechtliche Irrelevanz bzw. die rechtliche Inexistenz des in Frage kommenden Willensakts. Es sei die unendliche Aufgabe der Rechtswissenschaft, an dieser Stelle Recht von Nicht-Recht zu unterscheiden. Gedeckt durch den positivrechtlichen Fehlerkalkül seien – etwas paradoxerweise[673] – die Rechtsorgane aber rechtlich ‚unfehlbar'.[674]

Die etwas ungeschickte Zuspitzung der Problematik durch die Ablehnung der Tauglichkeit der ausgerechnet durch den Fehlerkalkül begründbaren Möglichkeit von ‚rechtswidrigem Recht' versperrt für Merkl selbst eine robuste Ausdifferenzierung von Rechtsgeltung und Rechtmäßigkeit – welche von seinem ganzen Begründungsweg suggeriert wird und latent in seinem Modell vorhanden bleibt –, erschöpft aber nicht die Potenziale seines Konstrukts, das sich als entwicklungsoffen erweist. Seine eigene Konturierung der Thematik legte gelegentlich nahe, Rechtsfehler von ‚Rechtswidrigkeiten der Rechtserscheinungen' zu unterscheiden, auch wenn Merkl diese Begrifflichkeit nicht konsequent ausgearbeitet hat: Von Fehlern dürfe man sprechen, wenn die rechtsbedingenden Normen als den Denk- und Sprachgesetzen konform zu interpretierenden Maßstab verwendet werden; der Fehlerkalkül rette aber die Rechtmäßigkeit der fehlerhaften Rechtserscheinung. Unter dem Freundbeschuss Sanders scheint Merkl gezögert zu haben, die kritischen Potenziale einer unter den Auspizien der Reinen Rechtslehre zu betreibenden Rechtsdogmatik weiter ausbauen zu wollen. In den äußeren Konturen konnte er somit auch bei der bis dahin vertretenen These Kelsens bleiben, ‚rechtswidriges Recht' sei eine unsinnige Kategorie.[675]

E. Das Sandersche Primat des Rechtsverfahrens

Fritz Sander hat in der rechtstheoretischen Community seiner Zeit für Furore gesorgt. Als so gut wie alle Welt sich – salopp gesagt – fragte, was passiert, wenn Rechtsorgane ‚falsch' entscheiden bzw. wie damit umzugehen sei, stellte San-

---

rechtsphilosophische Schule der Reinen Rechtslehre (Anm. 8), S. 115; *Ebenstein*, The Pure Theory of Law (Anm. 8), S. 126. Diesen Aspekt der Fehlerkalkültheorie Merkls betonend, vereinigt die Lesart von Peter Böhm (1943–2012) die Ansätze von Merkl, Kelsen und Sander unter der Rubrik der „Leugnung des rechtswidrigen Rechts", vgl. *Böhm*, Prozessidee und Richtermacht (Anm. 292), S. 122; er sieht aber auch, dass der Ansatz Merkls anders als die Modelle Sanders und Kelsens einen privilegierten Platz für die Kategorie der ‚Rechtsfehler' vorsieht (S. 122).

673 Denn man habe damit einen Mechanismus, der mit Fehlern rechnet, sie als solche adressiert und damit ihr das ‚Fehlerdasein' entzieht. Gemeint ist nur, dass das fehlerhaft erzeugte Recht genauso wie das nicht-fehlerhaft erzeugte gelte, wenn der Fehlerkalkül eingreift: Es gelte also als rechtmäßiges Recht.

674 Merkl zog gelegentlich eine Parallele zwischen dem kirchlichen Dogma der Infallibilität des Papsts und der Unfehlbarkeit der durch den Fehlerkalkül gedeckten Rechtsorgane, vgl. *Merkl*, Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung (Anm. 38), S. 467 = Merkl-GS I/1, S. 268–279 (278 f.); *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 297.

675 Vgl. oben Erster Teil, Kap. II, S. 118 f.

der diese Fragestellung an sich in Frage. Er hat die bloße Möglichkeit der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis von ‚Rechtsfehlern'[676] als solche zur Diskussion gebracht und daran anknüpfend sofort eine weitere, so einleuchtende wie unterthematisierte Frage aufgeworfen, nämlich die nach dem (rechtsimmanenten) Kriterium der Richtigkeit eines rechtlichen Urteils bzw. der Konstatierung der Nicht-Entsprechung von bedingenden und bedingten Normen.[677] Auf die erste von ihm aufgeworfene Frage nach der Fähigkeit der Rechtswissenschaft, ‚Rechtsfehlern' zu erkennen, artikulierte er ein dezidiertes ‚Nein' als Antwort:[678] Die Rechtswissenschaft könne und dürfe nicht nach der Richtigkeit der Rechtsentscheidungen fragen. Er machte als Pionier unter seinesgleichen – innerhalb der Wiener Schule – aus einer rechtsdogmatischen Selbstverständlichkeit ein erkenntnistheoretisches Problem. Und das nicht, weil er irgendeine Variante von Regelskeptizismus verteidigte,[679] wie man geneigt ist, ihm zu unterstellen. Seine Argumentation stützte sich vielmehr einerseits auf seine Vorstellung der Einheit der Rechtserfahrung – insbesondere der Einheit von materiellem und Prozessrecht, deren Dichotomie er auflöste, um das ganze Recht als Verfahrensrecht erscheinen zu lassen. Andererseits stützte sie sich auf das Schema des Rechtsverfahrens als ein ‚Subjekt–Objekt-Verhältnis', das sich als ein kontinuierlicher Prozess der ‚Zu-Recht-Erkenntnis' herausstelle.[680] Er blieb aber nicht dabei, seine negative Antwort auf die Frage nach der rechtswissenschaftlichen Erkennbarkeit von ‚Rechtsfehlern' zu begründen, sondern begann die Versuche innerhalb der Wiener Schule zu kritisieren, die Kriterien für die ‚Richtigkeit' der Rechtsentscheidungen bestimmen wollten, und beharrte darauf, dass sie häufig auf Verkennung der rechtsimmanenten Relationen hinausliefen. Die Divergenzen in Bezug auf die Begriffsbildung in der Rechtswissenschaft, wie sie in der Merkl–Sander-Kontroverse vorkommen, hängen mit unterschiedlichen Theorien der Eigengesetzlichkeit des Rechts zusammen.

Sander entwickelte sein (Rechts-)Konzept angeregt durch den Austausch innerhalb des Kreises um Kelsen, aber auch in ständiger Spannung mit den Auffassungen von dessen Mitgliedern. Dabei rief er der jungösterreichischen Schu-

676 Vgl. die Darstellung der relevanten Fragestellungen der Merkl–Sander-Kontroverse oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 331–335.

677 Vgl. zunächst die vorsichtige Formulierung des Problems in *Sander*, Rechtswissenschaft und Materialismus (Anm. 438), S. 351. Die Leugnung der Tauglichkeit des Begriffs ‚Rechtsfehler' als Kategorie kommt u. a. besonders deutlich in Sanders Auseinandersetzung mit Merkls Rechtslehre zum Ausdruck, in *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 196), S. 1181–1210.

678 Vgl. nur wie Merkl mit Erstaunen seine Auseinandersetzung mit dem Sanderschen Ansatz kontextualisierte oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 255 f.

679 Merkl karikierte Sander aber als Vertreter einer Art von (inkonsequentem) Regelskeptizismus, als ob für ihn das Problem darin liegen würde, dass die Regeln des materiellen Rechts die Entscheidungen der Rechtsorgane nicht hinreichend programmieren könnten, während die Kompetenznormen – die von Sander unter der Idee seines Axioms der Zuständigkeit privilegiert werden würden – in ihren Bestimmungen einfach zugänglich seien. Dieser Vorwurf Merkls, Sanders Position sei Produkt eines unerklärlich gespaltenen Regelskeptizismus, wird unten etwas ausführlicher im Zusammenhang mit den gegenseitigen Missverständnissen und Karikierungen in der Merkl–Sander-Kontroverse behandelt, Dritter Teil, Kap. IX, S. 479–485.

680 Vgl. dazu oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 309–314.

le potenzielle Inkonsistenzen bei der Durchführung ihres Forschungsprogramms ins Bewusstsein. Er arbeitete von Beginn an, in kritischer Auseinandersetzung mit dem Ansatz Merkls, zwei auf den ersten Blick nicht unmittelbar verbundene Problemkonstellationen als Nagelproben für eine konsequente rechtspositivistische Rechtstheorie aus. Es handelte sich um das Problem der „‚Verfassung'" bzw. des Verfassungsbruchs und um das Problem der „(prozessualen) ‚Rechtskraft'".[681] Im Zentrum beider Themenkreise stellte sich die Frage nach der rechtswissenschaftlichen Behandlung von ‚fehlerhaften' Entscheidungen der Rechtsorgane, wobei sich – laut Sander – unterschwellige Einbrüche von Naturrechtskonzeptionen auch in autoproklamierten anti-metaphysischen rechtstheoretischen Modellen – wie das der Reinen Rechtslehre – bemerken ließen. Besonders heftig wendete er sich gegen ein starkes Primat der Rechtswissenschaft (auf der Ebene der Entscheidungshoheit), das er bei Merkl auftreten sah, und das seiner Auffassung nach aus der Rechtswissenschaft eine Rechtsquelle mache.

I. Die Sanderschen Stachel

Sander sagt, die nicht zu Ende durchdachte Kalibrierung des sich als rechtspositivistisch bekennenden Modells Merkls komme bei der Behauptung von Verfassungsbrüchen da an ihre Grenzen, wo die von den verfassungsrechtlich bedingenden Normen angestellten Rechtmäßigkeitsanforderungen bei der Erlassung von prätendierten verfassungsändernden Rechtsakten dem sogenannten gesunden Menschenverstand oder der Rechtsdogmatik gemäß nicht in Erfüllung gegangen seien.[682] Es fehle bei Merkl ein rechtsimmanentes, vom Rechtsverfahren nicht losgelöstes Kriterium für die Aussortierung von ‚legaler' und ‚illegaler Verfassungsänderung'. Der Gedankengang Merkls laufe auf die Idee eines „fest[en] [rechtlichen] Bedeutungsrahmens"[683] hinaus, der vom propositionalen Gehalt der bedingenden

[681] Zwei Zitate: *Sander*, Rechtswissenschaft und Materialismus (Anm. 438), S. 350. Sander bezeichnete das Problem der Rechtskraft allerdings als das Hauptproblem der Rechtstheorie, vgl. *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 16), Sp. 15.

[682] Die inaugurale Kritik Sanders hinterfragte die Merklsche Deutung des Verfassungsbruchs als Revolution im juristischen Sinne und insbesondere die dem Ansatz Merkls zugrundeliegende Nichtigkeitsprämisse, vgl. *Merkl*, Die Rechtseinheit des österreichischen Staates (Anm. 18) = Merkl-GS I/1, S. 169–225. In diesem Text hatte Merkl die Notion eines Primats der Rechtserkenntnis bzw. der Rechtswissenschaft noch nicht ausformuliert, die Züge seiner Argumentation lassen sich aber als Formen dieses Primats interpretieren. Seinen ersten Gegenentwurf zu Merkls Lesart des Revolutionsproblems präsentierte Sander in: *Sander*, Das Faktum der Revolution (Anm. 59), wo er begann, sein Konzept des Rechts als kontinuierliche Rechtsänderung zu konturieren.

[683] *Sander*, Rechtswissenschaft und Materialismus (Anm. 438), S. 351. Vgl. auch *Sander*, [Buchbesprechung] Kelsen, Verfassungsgesetze. Merkl, Verfassung (Anm. 286), S. 317 f. Die radikaldynamisch artikulierte Kritik Sanders deckt sich ungefähr mit der Rekonstruktion Jouanjans des dynamischen Rechtssystems der Reinen Rechtslehre: „Si la norme juridique est la signification objective, c'est-à-dire conforme à une norme supérieure, d'un acte de volonté, il faut que la norme supérieure dispose elle-même d'une signification stable et donnée d'avance pour pouvoir garantir cette objectivité qu'elle est censé accorder aux normes inférieures. Et puisque le droit fait système, que toute norme appartenant au système est susceptible de conférer (ou refuser) sa signification

Rechtsnormen demarkiert sei. Die Festigkeit des Rahmens verlasse sich auf die von Merkl so genannten Denk- und Sprachgesetze, die die Konstitution rechtlicher Bedeutungen bedinge.[684] Anhand des Rahmens sei es – so Merkl – möglich zu bestimmen, dass gewisse Entscheidungen unrichtig seien.[685] Die Entscheidungen der Rechtsorgane, die keine der vom Rahmen gespannten Rechtsmöglichkeiten in Anspruch genommen hätten, seien als Konsequenz des Ansatzes Merkls vom Betrachter, d. h. von der Rechtswissenschaft, in den Bereich des Unrechts bzw. des Nicht-Rechts zu verbannen, denn sie entsprächen den Maßgaben des Rechts nicht. Solche Rekonstruktion der Rechtsdynamik ermögliche – so Sander – keine „scharfe Abgrenzung des Naturrechts vom positiven Recht".[686]

Die Deutung der angeblich illegalen, weil nicht in der Form der als Zentrum des geltenden Validationssystems dienenden Verfassung vor sich gegangenen Verfassungsänderung als entweder unwirksamer Scheinakt oder als Revolution im juristischen Sinne („Riß im Rechtssysteme"[687]) liefere ein Beispiel für das Einschleichen der rechtswissenschaftlichen Interpretation zwischen die unterschiedlichen Momente des kontinuierlichen Rechtsverfahrens. Der Versuch einer immanenten Beschreibung des dynamischen Rechtserzeugungs- wie Rechtvernichtungsprozesses habe zu kurz gegriffen, denn man projektiere metarechtliche Maßstäbe in das Rechtsverfahren hinein, immer wenn man ohne Bezug auf die wechselbezüglichen Urteile der Rechtsorgane die Rechtswidrigkeit einer Verfassungsänderung meint bestimmen zu können. Ob ein rechtswidriger, nicht gelungener Versuch eines rechtserzeugenden Stoßes von außen, eine weitere, rechtmäßige Operation innerhalb desselben Systems oder eher eine das ältere Validationssystem überholende revolutionäre Neugründung des staatlichen Rechtssystems stattgefunden habe, ließe sich ausschließlich aufgrund der weiteren Operationen des staatlichen oder des völkerrechtlichen Rechtsverfahrens konstatieren. Die juristische Revolution sei darüber hinaus in dieser Sanderschen Lesart nichts anderes als ein rechtserheblicher Tatbestand, d. h. der Anreiz für ein völkerrechtliches Staatsanerkennungsverfahren.[688] Es sei kein echter Bruch im Rechtssystem erkennbar, wenn man das

---

juridique objective à un acte (ou un fait), cela doit valoir pour toute norme de ce système. La dynamique du droit suppose un système fixe, statique de significations" (*Olivier Jouanjan*, Faillible Droit, in: Revue européenne des sciences sociales 38 [2000], S. 65–78 [70]). Vgl. auch *Olivier Jouanjan*, D'un Retour de l'Acteur dans la Théorie Juridique, in: Revue européenne des sciences sociales 121 (2001), S. 55–64 (57 f.).

[684] Vgl. z. B. *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 447 f. = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (129 f.); *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 464 f. = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (249 f.).

[685] „Die Rechtswissenschaft kann wohl auch gegenüber dieser Einzellösung zu der Erkenntnis kommen, daß sie falsch, mit anderen Worten, daß sie aus der abstrakten und generellen Norm unableitbar sei. So z. B. kann an der Hand des Gesetzes die Erkenntnis möglich werden, daß die Lösung *n*, weil unter den Lösungsmöglichkeiten *a* bis *m* nicht enthalten, unrichtig sei" (*Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung [Anm. 35], Sp. 171 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 [109]).

[686] *Sander*, Rechtswissenschaft und Materialismus (Anm. 438), S. 351.

[687] *Merkl*, Die Rechtseinheit des österreichischen Staates (Anm. 18), S. 67 = Merkl-GS I/1, S. 169–225 (179).

[688] *Sander*, Das Faktum der Revolution (Anm. 59), S. 163. Vgl. zur Revolutionstheorie San-

Völkerrecht in die rechtstheoretische Beschreibung des Rechtsverfahrens integriere – was Merkl zugegebenermaßen nicht getan hatte.[689]

Eine strukturverwandte Schwierigkeit identifizierte Sander in der rechtsdogmatischen Beschäftigung mit dem positivrechtlichen Institut der *res iudicata*. Hier ist oft auch von ‚Rechtsfehlern' bzw. von ‚unrichtigen Rechtsurteilen' die Rede. Die prozessrechtliche Regelung der Rechtskraft trivialisiere das Auseinanderfallen von materiellem Recht und verfahrensmäßig nicht mehr änderbaren richterlichen Entscheidungen. ‚Unrichtige Urteile' seien durch die Rechtskraft als verbindliche Rechtserscheinungen perpetuiert. Das materielle Recht gebiete bestimmte Lösungen für Rechtsfälle. Dank der Rechtskraftbestimmungen würde aber nach Erschöpfung der Rechtsmittel jeden denkbaren Entscheidungen unbestreitbare Rechtsqualität verliehen werden, auch wenn sie die ihre Form und ihren Inhalt regulierenden Maßgaben des positiven Rechts verdrehten. Im Hintergrund dieser gängigen Denkweise stünde laut Sander eine Fehlkalibrierung des Verhältnisses zwischen dem sogenannten materiellen und dem Prozessrecht, die als zwei isolierte Rechtsnormkomplexe dergestalt gedeutet werden, dass der letztere lediglich dem Schutz und der Verwirklichung des ersteren diene,[690] und eben als „subsidiäre Schutzanstalt"[691] zu begreifen sei. Gemessen an dem materiellen Recht könn-

---

ders kritisch *Verdross*, Die Einheit des rechtlichen Weltbilds (Anm. 320), S. 90–97. Merkl setzt kritisch an dem von Sanders Theorie nahegelegten notwendigen rechtswissenschaftlichen Primat des Völkerrechts an, vgl. *Adolf Julius Merkl*, Hans Kelsens System einer reinen Rechtstheorie, in: Archiv des öffentlichen Rechts 41 (1921), S. 171–201 (200 f.) = Merkl-GS I/1, S. 291–316 (315 f.); für die Rezeption der Sanderschen Gedanken durch Kelsen vgl. *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Anm. 24), S. 128 f. Bezüglich Reaktionen und Verarbeitungen dieser Irritationen Sanders *in puncto* Theorie der Revolution und Völkerrechtslehre, sie in Verbindung mit den Ansätzen der anderen Mitglieder der Wiener Schule bringend, vgl. *Sigmund Rohatyn*, Die juristische Theorie der Revolution, in: Revue Internationale der Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 4 (1929/1930), S. 193–227; *Horst Dreier*, Revolution und Recht, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 69 (2014), S. 805–853.

689 Vgl. *Merkl*, Hans Kelsens System (Anm. 688), S. 188 (Fn. 10) = Merkl-GS I/1, S. 291–316 (305 Fn. 10).

690 Für Sander sei „die Rechtsdogmatik überhaupt von dem durchaus naturrechtlichen Gedanken erfüllt. Dass die Rechtsordnung in zwei Teile zerfällt, von denen der eine – die Institute des Schutzes, der Garantie – dazu bestimmt sei den anderen – das objektive, das absolute, das Recht an sich – zu schützen" (*Fritz Sander*, Die Verfassung als Gegenstand der Staatsrechtslehre. Kritische Bemerkungen zur rechtsdogmatischen Methode [nicht-publiziertes Typoskript], s. d., 73 S., S. 31, in: UAW, Akademischer Senat, Disziplinfall Hans Kelsen [1923], 7: Erhebungsakt Prof. Löffler/22: Vernehmung Prof. Hans Kelsen von 28.–30. Juni 1923 mit Beilagen A–L/nicht-nummerierte Beilage).

691 *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 208), S. 469. Zur heute immer noch verbreiteten Annahme, das Prozessrecht sei lediglich technisches, instrumentelles, dem materiellen Recht gegenüber sekundäres Recht, vgl. *Philipp Reimer*, Verfahrenstheorie. Ein Versuch zur Kartierung der Beschreibungsangebote für rechtliche Verfahrensordnungen, Tübingen 2015, § 9, S. 82–90; vgl. auch zum Verhältnis zwischen materiellem Recht und Prozessrecht im Bereich der Verwaltungsrechtswissenschaften *Johannes Buchheim*, Actio, Anspruch, Subjektives Recht. Eine aktionenrechtliche Rekonstruktion des Verwaltungsrechts, Tübingen 2018, S. 120–135. Insbesondere zur nach wie vor anzutreffenden Idee einer „nur dienende[n] Funktion" des Verwaltungsverfahrens, vgl. kritisch *Patrick Hilbert*, Erkenntnisfunktion und Richtigkeitsgewahr von Verwaltungsverfahren, in: Die Verwaltung 51 (2018), S. 313–350 (332–334).

ten dann die im Verfahren produzierten Rechtsergebnisse als rechtlich ‚fehlerhaft' gedeutet werden. Die so vorherrschend ausgearbeitete Trennung zwischen Recht und Prozess, Recht und Rechtsschutz, materiellem und formellem Recht sei naturrechtlich beladen[692] und „durchwalte[] ausgesprochen oder unausgesprochen die gesamte Rechtstheorie".[693] Dies gelte auch für die Rechtstheorie Merkls.

Die materiell-rechtlichen Programmierungen der künftigen Rechtsurteile seien – so sah Sander das von ihm kritisierte Modell Merkls – schon unabhängig von der Filtrierung durch die empirischen Rechtsverfahren bei aller eigentümlichen „Indeterminiertheit"[694] hinreichend verdichtet und determiniert. Durch unmittelbaren intellektuellen Zugang sei dem Rechtswissenschaftler gestattet, festzulegen, wie die rechtskräftige Entscheidung laut dem materiellen Recht eigentlich aussehen sollte, auch wenn sie nicht nach allen Richtungen hin determiniert sei. Das so rekonstruierte materielle Recht werde zum einzigen Koordinatensystem für die Bestimmung der ‚Rechtsrichtigkeit' erhoben, das nun allein von der Rechtswissenschaft zu decodieren sei. Abweichungen durch die richterlichen Entscheidungen von dem rechtswissenschaftlich gesetzten Standard qualifizieren ‚Fehler' bei der Rechtsanwendung. Die entsprechenden Entscheidungen würden sich zwar kraft der prozessrechtlichen Normierungen der *res iudicata* als ‚fehlerhafte', aber autoritative Rechtserscheinungen durchsetzen. Dies wollte Sander so nicht gelten lassen, denn diese Rekonstruktion stelle materielles und Prozessrecht lediglich als unkorrelierte Größen nebeneinander. Rechtstheoretisch könne – so das Modell Sanders – kein aktuelles materielles Recht erkannt werden, das in Korrelation zum sogenannten formellen Recht im Rechtsverfahren als positives Recht nicht konstituiert würde.[695]

---

[692] Vgl. z. B. *Sander*, Das Faktum der Revolution (Anm. 59), S. 149 (Fn. 1); *Sander*, [Buchbesprechung] Sauer, Grundlagen des Prozeßrechtes (Anm. 219), 532 f.

[693] *Sander*, Darstellung (Anm. 237), S. 59. Sander versucht Gründe für die Erklärung der für ihn so verwerflichen Konstantsetzung bzw. Ausklammerung der Verfahrenskomponente des Rechts durch die tradierten Rechtslehre zu finden, vgl. *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2. (Anm. 196), S. 952–954.

[694] *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 166 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (102).

[695] Sander beruft sich bei seiner Kritik an dem Dualismus von Recht und Prozess u. a. auf Julius Binders (1870–1939) Identitätsthese – ohne dessen Theorie unverändert zu rezipieren – und Bülows Ansatz zum Verhältnis zwischen Gesetz und Urteil und tritt damit in Dialog mit der prozessrechtswissenschaftlichen Literatur seiner Zeit, vgl. *Julius Binder*, Rechtsnorm und Rechtspflicht, Leipzig 1912; *Julius Binder*, Rechtsbegriff und Rechtsidee, Leipzig 1915; *Bülow*, Gesetz und Richteramt (Anm. 106). Zu einer konzisen rechtstheoretischen Rekonstruktion der Dualismenkritik in der Prozessrechtswissenschaft in Zusammenhang mit dem Modell des Primats der Rechtsanwendung vgl. *Somek*, Rechtssystem und Republik (Anm. 447), S. 479–481. Ähnlich wie Goldschmidt sieht Sander die Prozessrechtsbetrachtung als die dynamische Betrachtung des Rechts und wirft dann eigenartigerweise der Rechtsdogmatik vor, aufgrund ihrer Fixierung auf das materielle Recht eine Wissenschaft der Statik zu sein, vgl. *Goldschmidt*, Der Prozess als Rechtslage (Anm. 144), S. 227–252. Zur Beziehung zwischen materiellem und formellem Recht in ideengeschichtlicher Perspektive vgl. z. B. *Wilhelm Simshäuser*, Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozeßrecht seit Savigny. Eine Untersuchung am Beispiel rechtsfremder Klagen, Bielefeld 1965.

Relativ kontraintuitiv sieht Sander am Anfang (Problem der Verfassungsänderung) wie am Ende (Problem der Rechtskraft) der durch das Stufenbaumodell Merkls demarkierten Kette der Rechtserzeugung wie Rechtsanwendung die Wiederholung eines identischen Konstruktionsproblems. „Hier wie dort wird dem geltenden Rechtsnormensystem ein wesensfremdes Normensystem eingeimpft".[696] Eine subtilere Gestalt des Naturrechts qua Verweis auf ein rechtswissenschaftliches rechtssinnstiftendes (Erkenntnis)System nehme bei der Behandlung der Rechtsfehlerproblematik ihre Zuflucht. Die (spätere) Kritik Sanders an dem Merklschen Fehlerkalkül will das Hintertürchen für das Naturrecht, das laut ihm durch das schon bei den ersten Versuchen Merkls identifizierbare Primat der Rechtswissenshaft geöffnet wurde, sperrangelweit aufreißen, sodass man klar sieht, was alles an ‚Naturrechtlerei' zugelassen werde, wenn der Rechtswissenschaft die Trennung von rechtmäßigen und rechtswidrigen Rechtserscheinungen überantwortet werde.

II. Das Rechtsverfahren als ein Zu-Recht-Erkenntnisprozess

Im Sanderschen Verfahrensprimat-Modell gibt es keine vorprozessuale Rechtserscheinung. Hier lässt sich die Funktionalisierung und Dynamisierung des Rechtsdenkens, die sich Sander zum Motto gemacht hat, deutlich sehen. Nur im Rechtsverfahren und durch das Rechtsverfahren konstituiere sich das Recht;[697] nur in Relation zum Rechtsverfahren seien rechtstheoretische Urteile über den Inhalt des positiven Rechts sinnvoll und wissenschaftlich möglich. Das bedeutet: Formelles wie materielles Recht werden erst in den wechselbezüglichen Operationen des Systems, in den Urteilen der Organe konstituiert. Eine isolierte Betrachtung der bereits erzeugten Rechtssätze, die deren aktuelle Funktionen im Rechtsverfahren ausklammere, könne lediglich Möglichkeiten aufdecken und dies dürfte nicht aus dem Sinne verloren gehen: „Die Rechtssätze vor dem Verfahren sind abstrakt-hypothetischer Natur, eine Rechts-erkenntnis auf Grund dieser abstrakt-hypothetischen Regeln stellt bloße Möglichkeiten dar".[698] Ausgehend vom Faktum des Rechts –

---

[696] *Sander*, Rechtswissenschaft und Materialismus (Anm. 438), S. 351.

[697] Hier ist das Rechtsverfahren im rechtstheoretischen Sinne gemeint und nicht im Sinn von Zivil-, Straf- oder Verwaltungsprozess, die wiederum aber empirische, institutionalisierte Momente des Rechtsverfahrens darstellen. Wie oben dargelegt, bezeichnet das Rechtsverfahren im Sanderschen Modell die konkrete Schematisierung von rechtserheblichen Tatbeständen durch die Rechtssätze in den zuständigen Entscheidungen der Rechtsorgane, nämlich das In-Bezug-Setzen von Rechtsbegriffen und Rechtsanschauungen ähnlich wie bei dem Kantischen Schematismus der Einbildungskraft; es handelt sich um den kontinuierlichen Prozess der Konstitution von weltlichen Phänomen zu Rechtserscheinungen und das Wie dieses Verfahrens besetzt das Zentrum der Sanderschen Rechtstheorie, vgl. oben Zweiter Teil, Kap. V, S. 221–226. Die Theorie des Rechtsverfahrens bildet eine Stufenbaulehre – so die Merklsche Grammatik – Sanderscher Art, nämlich einen radikalen Versuch, die Dynamik der Rechtserfahrung immanent – ohne Verweis auf das Jenseits des Rechts – und einheitlich – sodass die Rechtsakte in direktem Zusammenhang miteinander stehen – zu betrachten: Mit ihr hat man eine andere Theorie der Eigengesetzlichkeit des Rechts als die Merklsche. Zur Äquivokationsfalle des Konzepts der ‚Vorprozessualität' in der Merkl–Sander-Kontroverse siehe unten Dritter Teil, Kap. IX, S. 476–479.

[698] *Sander*, Das Faktum der Revolution (Anm. 59), S. 148.

und nicht der Rechtswissenschaft![699] – sollte die Rechtstheorie phänomenologisch eine *Ex-post-facto*-Struktur- und Verfahrensanalyse des Werdegangs des Rechts leisten,[700] die das reale Funktionieren des Rechts reflektiere. Außerhalb der aktuellen Verknüpfungen von Rechtssätzen und Tatbeständen entstehe keine ‚valide', rechtsrelevante Bedeutung. Die in der Vergangenheit liegenden, schon vollzogenen rechtskräftigen Verknüpfungen bildeten nichts als mögliche, mehr oder weniger wahrscheinlich konkretisierbare Anknüpfungspunkte für weitere Kommunikationen bzw. Operationen im Rechtssystem; je nach Fall würden sie ihrem Sinne nach den notwendigen, der Änderung widerstehenden Endpunkt einer Verfahrenskette ausmachen. Als wirkliches positives Recht müssten sie in ihrer Bedeutung in den neuen Operationen des Systems wieder abgerufen werden. Dies würden die Theorien der ‚Unrichtigkeit' der Rechtsakte übersehen.

Das Rechtsverfahren sei ein unaufhörlicher Prozess der „Zu-Recht-Erkenntnis", „eine kontinuierliche Zusammensetzung"[701] von Rechtsfunktionen, die ihre eigenen Differenzierungen zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Vorgängen ziehe. Daher stellt für die Sandersche Rechtstheorie das Rechtsverfahren eine „souveräne Methode der Beschreibung von Tatbeständen"[702] dar, sodass im Rechtsverfahren die Wirklichkeit rechtlich strukturiert und qualifiziert wird, d. h. die Rechtsbedeutungen konstituiert und durch wiederholten operativen Bezug kondensiert werden würden. Die Umwandlung von sozialer Materie in Rechtsmaterie finde ausschließlich im Rechtsverfahren statt, indem die rechtlichen Deutungsschemata von den zuständigen Organen in Bezug mit den Tatbeständen gebracht würden und die Welt nicht abgebildet, sondern rechtlich neugelesen werde.[703] Dadurch erst würden die rechtserheblichen Bedeutungsfunktionen generiert werden.

So gesehen ließe sich die „Allheit der rechtserheblichen Tatsachen"[704] in zwei große Gruppen einteilen. Ausschlaggebend für die Konstitution von Rechtsbedeutungen seien die sogenannten Organfunktionen, die bald als Noesis (Subjektdimension), bald als Noema (Objektdimension) im Rechtsverfahren fungieren würden.[705] Das von einem zuständigen Rechtsorgan gefällte Urteil könne z. B. Gegenstand eines Vernichtungsverfahrens werden, das von einem anderen Rechtsorgan geleitet werde, wobei Noesis zum Noema werden würde. Die restlichen Elemente würden als Tatbestände, die niemals „auf der noetischen Seite des Rechts stehen können", fungieren und daher als „rein noematische Rechtstatbestände"[706] bezeichnet wer-

---

699 Vgl. oben Zweiter Teil, Kap. V, S. 207–212.

700 Vgl. *Sander*, Staat und Recht als Probleme (Anm. 250), S. 178 (Fn. 1), wo Sander seine Theorie der Rechtserfahrung bis dato als eine Phänomenologie der Organakte darstellte, die noch um eine Phänomenologie der Nicht-Organakte im Recht zu ergänzen wäre.

701 Zwei Zitate *Sander*: Kelsens Rechtslehre (Anm. 178), S. 121 – Hervorhebung nicht übernommen.

702 *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 178), S. 127.

703 Vgl. *Sander*, Staat und Recht, Hb. 1 (Anm. 174), S. 440 f.

704 *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 178), S. 120.

705 Vgl. bereits oben Zweiter Teil, Kap. V, S. 228.

706 *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 178), S. 121.

den. Im Recht gehe ein Prozess vor sich – das Recht sei dieser Prozess! –, der „eine kontinuierliche Transformation von Noesis in Noema, von Noema in Noesis"[707] aufzeige und die „Korrelativität aller Momente des Subjekt–Objektverhältnisses ‚Recht'"[708] bedinge. Wie Sander sich ausdrückt: „‚Organakte' und ‚Nicht-Organakte' sind eben die beiden Bedeutungshemisphären der Region ‚Recht'".[709]

In diesem Modell wäre jeder Versuch, die Rechtswidrigkeit der effektiven Rechtserzeugung – gegen die Urteile des Rechtsverfahrens selbst – zu konstatieren, fehl am Platz, weil er sich außerhalb der Erkenntnistätigkeiten und Kapazitäten der Rechtstheorie bewegen und den *modus operandi* des Rechts schief verarbeiten würde. ‚Richtigkeit' und ‚Fehlerhaftigkeit' wären (wenn überhaupt) rechtsverfahrensinterne Kategorien.[710] Die Rechtstheorie müsste ihren Gebrauch im Rechtsverfahren analytisch rekonstruieren, statt der Versuchung zu erlegen, ihre eigenen Grenzen überschreitend dem Rechtsanwender Korrekturen zuzumuten. Die Rechtssätze *in abstracto* wären nicht allein der Gegenstand der Rechtstheorie, sie müssten dynamisch in ihren Wechselbestimmungen zueinander betrachtet werden. Die verfahrensmäßige Verknüpfung von Rechtssätzen und rechtserheblichen Tatbeständen würde, wie oben dargestellt, ein Subjekt–Objekt-Verhältnis bilden,[711] das durch die Rechtstheorie reflexiv rekonstruiert werden müsste. Der Rechtstheorie stünde Reflexion und nicht Konstitution zu. Die Rechtstheorie lediglich auf isolierte Rechtssätze oder auf eine Summe von ihnen zu beschränken, würde heißen, den Gegenstand der reflexiven Rechtswissenschaft zu verfehlen.[712]

Durch dieses Sandersche Manöver, die Konstitution der Rechtsbedeutungen im Recht selbst zu verorten, gewinnt sein Primat des Rechtsverfahrens, das eine rechts- und eine rechtswissenschaftstheoretische Dimension umfasst, langsam Form.

(a) *Rechtstheoretisch*: Die Rechtswahrheitseinheit sei das Rechtsverfahren (als eine Art eigengesetzlicher Schematisierung weltlicher Ereignisse als Recht), d. h. die Erkenntnis über das Recht könne nur gewonnen werden, indem das Verfahren in seinen aktuellen Operationen immanent betrachtet werde und eben nicht durch Analyse von Rechtsbegriffen oder isolierten Urteilen des Rechts. Rechtsphänomene würden nur in Relation zu den Rechtsverfahren existieren, wären nur in dieser Relation erkennbar und die Rechtsverfahren würden als ein souveräner Urteilszusammenhang, d. h. ein autonomes, nicht von der Moral, der Logik, der Politik oder der wie auch immer gearteten Rechtswissenschaft her ableitbares, Rechtskontinuum gelten. In der Eigengesetzlichkeit des Rechtsverfahrens bestimmen sich die

---

[707] *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 178), S. 120.
[708] *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 178), S. 121.
[709] *Sander*, Staat und Recht als Probleme (Anm. 250), S. 179.
[710] Vgl. z. B. *Sander*, Staat und Recht als Probleme (Anm. 250), S. 187 (mit Fn. 1).
[711] Vgl. oben Zweiter Teil, Kap. V, S. 239–242.
[712] Mit seinem Konzept des Rechtsverfahrens meint Sander mit der Merklschen Vorstellung der Rechtsordnung als einer bloßen „Summe von Rechtssätzen" zu brechen, vgl. z. B. *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 202.

Rechtserscheinungen wechselseitig, die vergangenen Rechtssätze bestimmen die ‚Richtigkeit' der künftigen Urteile nicht einseitig.

(b) *Rechtswissenschaftstheoretisch*: Die Rechtsverfahren sollten das Bezugsfaktum der Rechtstheorie ausmachen, deren Aufgabe darin bestünde, die progressive Synthese der Urteile des Rechts regressiv zu analysieren. Die Rechtswissenschaft bzw. Rechts(verfahrens)theorie, die sich als philosophische Disziplin zu artikulieren habe, sei ausschließlich eine Reflexionsinstanz, deren Denkoperationen keinesfalls die Operationen des Rechtssystems mitgestalten und deren Kategorien lediglich das Funktionieren des Rechtsverfahrens realistisch beschreiben sollten.

Zusammenfassend bedeutet das Primat des Rechtsverfahrens für die Rechtstheorie, dass das anzuwendende Recht im Lichte der Rechtsanwendung zu betrachten sei, die ihrerseits schon durch ihre eigene Vorgehensweise ihre Trennung und Isolierung von der Rechtserzeugung verunmögliche. Rechtliches Wissen in *sensu proprio* sei Wissen des Rechts im Recht durch das Recht: Das Recht werde angewandt, wie es im Verfahren gewusst sei.[713] Recht werde dynamisch im Rechtsverfahren zu Recht erkannt und als solches qua Sinn der aktuellen zuständigen Entscheidungen der Rechtorgane konstituiert. Die Rechtsdogmatik vermöge, „einen Rechtssatzausdruck vorzunehmen und ihm Bedeutungen von Begriffen zu verleihen: Aber jene Bedeutungen sind niemals rechtliche Bedeutungen, welche nur von den ‚Organfunktionen' mitkonstituiert sein müßten, sondern ethisch-politische oder logische Bedeutungen",[714] die in allen Fällen, insolange sie nicht im Rechtsverfahren selbst aufgenommen werden, lediglich metarechtliche Bedeutungen darstellen würden. Die Rechtstheorie gehe den konstitutiven Entscheidungen der Rechtsorganen nach. Nicht um sie nachzuerzählen,[715] sondern um davon ausgehend Strukturen zu identifizieren, Bewegungsgesetze nachvollziehen zu können.

Aus diesem Modell ergibt sich eine komplexe Arbeitsteilung nicht nur zwischen Recht und Rechtstheorie, sondern auch zwischen den rechtlichen Disziplinen (also: den Rechtswissenschaften), wobei Sander die strikt reflexive Rechtstheorie relativ deutlich von der Rechtsdogmatik als einer „interpretativen Praxis" unterscheidet,[716] im Rahmen derer die Interpretation des Rechts die Konturen eines

---

[713] Vgl. z. B. *Somek*, Wissen des Rechts (Anm. 243), S. 33; *Somek*, Rechtstheorie zur Einführung (Anm. 259), S. 12. „Das Recht, das die Rechtsanwendung zu Gesicht bekommt, ist immer schon durch sie selbst produziert; oder, abermals in Anlehnung an die Grundfigur der klassischen deutschen Philosophie: Die Rechtsanwendung ist ein sich selbst zum Objekt werdendes Produzieren" (*Alexander Somek*, Rechtliches Wissen, Frankfurt am Main 2006, S. 133).

[714] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 196), S. 937.

[715] „Es wäre […] wahrlich hoch an der Zeit, Paraphrasen von Gesetzestexten, die höchstens der besseren ‚Memorierung' jener Text dienen oder bloß im Hinblicke auf solche Gesetzestexte zusammengeraffte ‚theoretische Konstruktionen' nicht mehr mit dem Namen ‚Wissenschaft' zu belegen" (*Sander*, Die Pflicht [Anm. 188], S. 99) – dasselbe gilt nach Sander für die Nacherzählung von richterlichen Urteilen.

[716] Zur Charakterisierung der Dogmatik als „interpretative Praxis" vgl. oben Zweiter Teil, Kap. V, S. 214. Zur Diskussion der interdisziplinären Arbeitsteilung innerhalb des Forschungsprogramms der Reinen Rechtslehre, die von der Wiener Schule der ersten Generationen eher vernachlässigt wurde, vgl. unten Dritter Teil, Kap. IX, S. 499–505.

rechtspolitischen Problems gewinnt:[717] Diese Rechtsdogmatik wollte er anfangs vernichten[718] und räumte ihr erst später einen Platz im Spektrum der Rechtswissenschaften ein. Die Rechtstheorie habe lediglich die im Rechtsverfahren durchgeführten Sinnbildungen reflexiv zu rekonstruieren. Das Rechtsverfahren bilde die primäre objektive Sphäre des Rechts, zu der die durch die Rechtstheorie vollzogene Reflexion über das Recht nicht gehöre. Auf dem Gebiet des Rechts könnten die Urphänomene nur an den Urteilen des Rechts, an den Produkten der Entscheidungen der Rechtsorgane aufgezeigt werden, „während die sekundären rechtlichen Bemächtigungsphänomene der Sphäre des Denkens über das Recht angehören".[719] In den Urteilen des Rechts würden sich die Rechtserscheinungen wechselseitig und positivrechtlich bezogen konstituieren. Die Urteile der Rechtswissenschaft (genauer: der Rechtstheorie) würden sich durch ihre reflexive Tendenz auszeichnen. Sie würden kein Recht erzeugen, sondern die Wege des Rechtsverfahrens durch die Analyse der Urteile des Rechts rekonstruieren. Sie hätten das Recht in seiner Eigendynamik aufzudecken.

Das Primat des Rechtsverfahrens erweist sich als die Sandersche Strategie für die Bewahrung der Positivität des Rechts als aktueller Sinn von gegenwärtigen Willensakten (Entscheidungen). „Rechtsänderungen sind (nur) in der Form des Verfahrens möglich",[720] sprich: „Die Richtschnur des Rechtszusammenhanges bestimmt das Rechtsverfahren in seinen Verknüpfungen",[721] sodass es keine Divergenz zwischen ‚Recht' und ‚Rechtsverfahren' geben könne. Die materiellrechtlichen Rechtsbedeutungen dürften rechtstheoretisch nicht von den prozessrechtlichen Filtrierungen und Kondensierungen isoliert werden. Die Programmierungen des Rechts setzten sich mit den im aktuellen Rechtsverfahren gewonnenen Bedeutungsbestimmungen durch, sodass materielles und Prozessrecht wechselseitig korrelieren. Das alles verweist nicht auf einen angeblichen „Triumph über das materielle Recht"[722] seitens des Prozesses, sondern auf die Einheit des Rechtsverfahrens.[723] „Denn alles Recht ist eine Einheitsfunktion sog. ‚formellen' und

---

[717] Vgl. *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 178), S. 523, 652; *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 208), S. 476 (Fn. 1). Vgl. auch *Sander*, Das Faktum der Revolution (Anm. 59), S. 143 f., wo das Problem der Interpretation als ein Problem der Psychologie des Rechts abgestempelt wird. Die Rechtspsychologie ihrerseits betrachtet Sander später als eine berechtigte Komponente einer realistischen Rechtswissenschaft neben der Rechtstheorie und der Rechtsgeschichte, vgl. *Sander*, Compiti di una Teoria Realistica (Anm. 327), S. 380 f.

[718] Vgl. *Josef Dobretsberger*, Der Staatsbegriff der Reinen Rechtslehre als logisches Problem. Ein Lösungsversuch auf phänomenologischer Grundlage. Inaugural Dissertation zur Erlangung des Doktorates der Staatswissenschaften an der Universität in Wien, Wien 1925, S. 70 f.

[719] *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 178), S. 576.

[720] *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 208), S. 469.

[721] *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 178), S. 123–124.

[722] *Ulfrid Neumann*, Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 101 (1989), S. 52–74 (56). Neumann fährt fort: „Die Verbindlichkeit des prozeßordnungsgemäß zustande gekommenen, aber mit dem materiellen Recht unvereinbaren Fehlurteils bedeutet einen Sieg des Verfahrens über das Strafgesetz".

[723] Vgl. *Kyriakos Kotsoglou*, Das Fehlurteil gibt es nicht, in: JuristenZeitung 3 (2017), S. 123–132 (126).

sog. ‚materiellen' Rechtes […], alle Tatsachen sind im Rechte auf ‚Organkoordinaten' relativiert, geben sich als rechtserhebliche Tatsachen in einer souveränen Art und Weise".[724] Voilà: die Rudimente eines rechtsverfahrensintegrativen Rechtsdenkens, das vehement die Existenz von Rechtsbedeutungen ‚an sich' ablehnt und diese immer auf die zuständige Entscheidung autoritativer Instanzen zurückbezieht, d. h. auf das Rechtsorgankoordinatensystem. Es komme allerdings nicht so sehr auf einzelne Entscheidungen an, sondern der „Summe aller Rechtsanwender", bzw. deren kontinuierlicher Praxis des Entscheidens komme „das letzte Wort über die Rechtsanwendung" zu, das im „Rechtsanwendungsprozeß"[725] emergiere: Das Recht wird zum Recht im Prozess seiner Selbstkonstituierung in den Entscheidungen der zuständigen Organe. Dieser ununterbrochene Prozess ist, was Sander das Rechtsverfahren nennt.

Ausgehend von diesen Grundsteinen erarbeitete Sander seine Provokationen und Kritik an dem Umgang Merkls mit der Problematik des ‚rechtswidrigen Rechts' und nutzte diese intensive Auseinandersetzung für die ständige Verfeinerung, ja Zähmung seiner wilden Lehre, deren Routen er häufig in kürzester Zeit neu kalkulierte.

III. Sanders Plausibilitätsprüfung des Merklschen Fehlerkalküls

Der Schlüssel für das Verständnis der Kritik Sanders an dem rechtstheoretischen Konzept Merkls über den rechtlichen Umgang mit Fehlern liegt in deren unterschiedlichen Konzepten der Eigengesetzlichkeit des Rechts und entsprechenden voneinander abweichenden Auffassungen zum Verhältnis zwischen Recht und Rechtswissenschaft. Bei Sander ergibt sich die Dimensionierung dieses Verhältnisses aus der Vorstellung der Souveränität des Rechtsverfahrens als der „Erzeugungsmethodik des Rechts".[726] „Nur im Rechtsverfahren finden Zuordnungen von Rechtsgrößen statt",[727] sodass das Zusprechen von ‚Richtigkeit' oder ‚Fehlerhaftigkeit' von Rechtserscheinungen seitens der Rechtswissenschaft nicht zulässig sei. „Die rechtlichen Bedeutungskomplexe" würden sich von allen anderen Bedeutungskomplexen (oder: Validationssystemen) durch den Auftritt der „Organvariable[n]"[728] als Bestimmungsvariable unterscheiden. Die Bestimmung rechtserheblicher Tatbestände nach dem Rechtsverfahren erfolge unter einem wesentlich anders gearteten Signifikationshorizont als das Zusprechen von Bedeutung und die Bestimmung von realen Tatbeständen durch Laien oder eben durch die Rechtsdog-

---

[724] *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 178), S. 138.

[725] Drei Zitate: *Michael Thaler*, Kreationismus, konstitutive Regel und Recht, in: Josef Walter Aichlreiter (Hrsg.), Recht (v)ermessen. Festschrift für Herbert Hofer-Zeni zum 60. Geburtstag, Wien 1998, S. 253–265 (255).

[726] Begriff u. a. in *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 178), S. 536. Ausführlicher dazu oben Zweiter Teil, Kap. V, S. 223–226.

[727] *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 178), S. 126.

[728] Zwei Zitate: *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 178), S. 136.

matik.[729] Im Recht könne nur die zuständige Autorität im Verlauf des Rechtsverfahrens rechtskräftige, den Inhalt des Rechts determinierende Urteile fällen. Werde das Organmoment des Rechts bei der wissenschaftlichen Betrachtung ausgeschaltet, werde die „Eigengesetzlichkeit des Rechtsverfahrens"[730] verkannt.

Die Kritik Sanders an Merkls verschiedenen Versuchen, das Problem der ‚Rechtsfehler' in seinem rechtswissenschaftlichen System zu akkommodieren, ist häufig fragmentiert und voraussetzungsreich – sie wird vorgebracht, ohne dass alle Denkschritte sauber präsentiert werden. Im Folgenden werden die unterschiedlichen Kritikpunkte, die sich aus dem zu Ende gedachten Modell Sanders ergeben, systematisch zusammengebracht, auch wenn sie historisch in dieser Form von ihm selbst nie zusammenhängend dargestellt wurden.

1. Rechtwissenschaft als Unrechtsquelle

Der Merklsche Ausweg über die Behauptung der rechtlichen Immanenz der Denk- und Sprachgesetze als Kriterien für die rechtswissenschaftliche Ermittlung bzw. Überprüfung der Zurechnung von Rechtsbedeutungen durch die Rechtsorgane stelle eine Umkehrung des naturrechtlichen Dogmas der Rechtswissenschaft als Rechtsquelle in das Dogma der Rechtswissenschaft als *Unrechts*quelle dar.[731] Die Rechtswissenschaft bemächtige sich der Prärogative des Rechtsverfahrens, rechtliche Relevanz zu schaffen, und ersetze dies durch sich selbst, indem laut Merkl letztendlich ihr das Primat bei der Aufgabe der Zu-Recht-Erkenntnis zuzusprechen sei. In der (reinen) Rechtswissenschaft sei aber keine „transmutatio dogmatica"[732] von (Unrechts)Begriffen in rechtliche Größen zulässig. Angeblich defektive Rechtserscheinungen in die Domäne des Nicht-Rechts zu verbannen, sei nicht mit dem Status der Rechtstheorie als einer philosophischen, reflexiven Wissenschaft kompatibel. Noch weniger sei dies mit dem Programm der Reinen Rechtslehre verträglich, die eine immanente Strukturanalyse des positiven Rechts liefern wolle, da in der Merklschen Konstruktion die Rechtswissenschaft ihren Gegenstand in gewissem Sinne mitgestalte, ja laut eigener Richtigkeitsvorstellungen korrigiere.

Das von Merkl behauptete Primat der Rechtswissenschaft breche mit der Kontinuität des Rechtsverfahrens. Dies sei laut Sander nicht nur dann der Fall, wenn die Rechtswissenschaft ‚rechtswidrigen letztinstanzlichen Entscheidungen' die Rechtsgeltung abstreite (Ebene der Entscheidungshoheit), sondern auch durchgängig bei der lediglich durch die Begrifflichkeit des Fehlerkalküls nahegelegte Suggestion der Fehlerhaftigkeit von Rechtserscheinungen (Ebene der Deutungshoheit), die von zuständigen Rechtsorganen nicht als rechtswidrig prädiziert wur-

---

729 Vgl. *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 178), S. 136.

730 *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 196), S. 1199.

731 Vgl. *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 196), S. 1200.

732 Begriff in: *Matthias Jestaedt*, Wissenschaftliches Recht. Rechtsdogmatik als gemeinsames *Kommunikationsformat* von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 117–136 (124).

den. Zwischen die (Merklschen) Stufen der Rechtserzeugung/Rechtsanwendung mische sich hier und da die Rechtswissenschaft als eine dem Recht fremde Instanz, die sich die Kompetenz anmaße, zu bestimmen, was rechtens sei. Die Rechtstheorie könne sich nach Sanders Ansatz aber nicht zur Aufgabe machen, eine „‚positiv-rechtliche Einrichtung', also Rechtssätze, ‚im Rechtsgebäude unterzubringen, auf passendem Platz zurechtzurücken'",[733] wie es Merkl will,[734] „sondern [habe] lediglich die [Aufgabe], die ‚positiv-rechtliche[n] Institute' an jenem Platz, welche Ihnen durch Rechtsverfahren in der Rechtserfahrung angewiesen ist, zu analysieren".[735] Die Idee von ‚fehlerhaften Rechtserscheinungen', die aber doch gelten, bedeute bereits eine Überschreitung der kognitiven Kompetenzen der Rechtswissenschaft, denn sie beanspruche, über die ‚Richtigkeit' der Rechtsoperationen zu verfügen. Sie und nicht die Organe im Rechtsverfahren würde bestimmen, welche die rechtsrelevanten Bedeutungen bzw. die rechtlichen Maßstäbe für die Rechtsgewinnung seien.

Merkls Gedankengang laufe „eben auf die *naturrechtliche* Spekulation hinaus, dass es ‚Recht' gebe, welches […] seine ‚Geltung' nur aus der logischen [erkenntnismäßigen] Anerkennung durch die Rechtswissenschaft schöpfe".[736] In seinem Modell werde die Rechtswissenschaft mit der Aufgabe beauftragt, zulässige und unzulässige Verknüpfungen von Rechtsbedeutungen mit Blick auf die lediglich Möglichkeiten ausdrückenden Rechtssätze zu unterscheiden und somit eine Art Gebietsgrenze für die gültigen Rechtsoperationen aus den Rechtssatzfunktionen herauszuholen. Indem die so betriebene Rechtswissenschaft die Grenze der Rechtsrelevanz da abstecke, wo die ausgehend von den Rechtssätzen konstruierbaren Möglichkeiten für die Rechtserzeugung erschöpft seien, entscheide sie darüber, welchen Rechtsorganbetätigungen es gelinge, Recht tatsächlich zu erzeugen. Sie isoliere gewisse Begriffe, die in den schon erlassenen Rechtssätzen vorgefunden seien, und grenze hierauf das Gebiet der von diesen Rechtssätzen demarkierten Bedeutungsfunktionen ab. Sie verwende dann die so gewonnenen Maßstäbe, um „die in der Rechtserfahrung sich vollziehenden konkreten Bedeutungsfunktionen" zu messen und „gewisse jener konkreten Bedeutungsfunktionen als ‚Recht' (als rechtlichen Sinn), andere hingegen als ‚Unrecht' (rechtlichen Unsinn)"[737] zu definieren. Die Rechtswissenschaft werde damit negativ zur Rechtsquelle bzw. werde zu einer Art „negativer Gesetzgeber",[738] da „sie a priori die Gebietsgrenzen jener

[733] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 196), S. 1204.

[734] Vgl. *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 445 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (125).

[735] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 196), S. 1204.

[736] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 196), S. 1201.

[737] Zwei Zitate: *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 196), S. 935.

[738] Zur Kelsenschen Figur der Verfassungsgerichtsbarkeit als „negativer Gesetzgeber" vgl. *Hans Kelsen*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 5 (1929), S. 30–88 (56). Dazu noch *Gabriel Nogueira Dias*, „Negative Legislator" in Hans Kelsen's work: origin, foundations and limits in the light of the Reine Rechtslehre, in: Clemens Jabloner et alii (Hrsg.), Gedenkschrift Robert Walter, Wien 2013, S. 79–100.

Bedeutungsfunktionen aufzeigt und darüber entscheidet, ob das Recht a posteriori jene Gebietsgrenzen überschritten hat, indem sie also a priori Unrecht setzt".[739] Das positive Recht hänge also letztendlich von „Gnaden der Rechtsdogmatik"[740] ab.

2. Die zu vermeidende Verdopplung der Rechtsordnung

Der Versuch, auf den die reifere Figur des Fehlerkalküls hinausläuft, der aber bereits von den frühen Lösungen Merkls zum Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' angedeutet wurde, Rechtmäßigkeitserfordernisse und Geltungsbedingungen auszusortieren, sodass gewisse normative Anforderungen (rechtliches Dürfen) der Rechtserzeugung ‚Schranken' auferlegen, über die das positive Recht disponiere, bilde eine unzulässige Verdoppelung der Rechtsordnung. Der Wirklichkeit des durchgesetzten Rechts werde der Anspruch eines gesollten, wenn auch nicht realisierten Rechts entgegengestellt. Unter dem Mantel der Rechtmäßigkeit werde qua „rechtlicher Richtigkeit" eine „rechtswissenschaftliche Richtigkeit" in das Rechtsverfahren hineingeschmuggelt.[741] Einmal arbeite Merkl mit dem Begriff eines „logisch" – erkenntnismäßig – richtigen, durch Erkenntnis „positivierten" Rechts, das andere Mal mit dem Begriff eines „rechtskräftigen", durch das Rechtsverfahren positivierten Rechts: „Das ‚logisch' richtige Recht entpuppt sich aber doch als das ‚zeckmäßige', auf ethisch-politische Postulate bezogene Recht".[742] Es entspreche den Wünschen einiger Rechtswissenschaftler, die Rechtserzeugung zähmen bzw. sie auf gewisse vorausbestimmte Möglichkeiten beschränken zu wollen. Das von Merkl behauptete Auseinanderfallen einer Rechtsordnung der Rechtserkenntnis und einer Rechtsordnung der Rechtsanwendung[743] sei nichts als eine etwas feiner justierte Kontrastierung zwischen Naturrecht, d. h. gewünschtem Recht, und positivem Recht. Denn es sei das Ergebnis einer Denkoperation, in der die Rechtswissenschaft „isolierte Rechtsmomente unter der Leitung ethisch-politischer Postulate idealtypisch ausspinnt und dann ihre eigenen Denkgeschöpfe dem wirklichen Rechte einlegt, ja sogar zu einem normativen Rechte über dem Rechte hypostasiert".[744]

Der gängigen Handhabe der Kategorie der ‚fehlerhaften Rechtsurteile' liege die Konfrontation der Operationen des Rechts mit den dem positiven Recht fremden, von der Rechtswissenschaft entwickelten Kriterien für die valide Rechtserzeugung zugrunde, die aber als vom Recht selbst statuierte, dem Rechtsverfahren immanente Maßgaben präsentiert werden. Nur anhand solcher metarechtlichen, als materiellrechtlich ausgegebenen Bestimmungen gelange man zur Behauptung der Berichtigung unrichtiger Urteile durch die *res iudicata* oder eben den Fehlerkalkül. In

739 *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 196), S. 935.
740 *Sander*, Das Verhältnis von Staat und Recht (Anm. 248), S. 224.
741 Zwei Zitate: *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 196), S. 1207.
742 Alle Zitate: *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 196), S. 1203.
743 Vgl. oben Zweiter Teil, Kap. IV, S. 198.
744 *Sander*, Staat und Recht als Probleme (Anm. 250), S. 183.

diesem Denkmuster finde die Vorstellung Platz, dass die materiellrechtlichen Bedeutungen „im Gebiete des Rechts in der Nähe der ‚Rechtskraft' Abbiegungen erleiden, die dann als ‚unrichtig' bezeichnet werden".[745] Ähnliches passiere mit der Vorstellung eines Fehlerkalküls, der die Geltung bestimmter Rechtserscheinungen rette, die die Gesamtheit der Anforderungen an die Rechtserzeugung nicht erfüllten und deswegen als fehlerhaft zu betrachten seien.

In Sanders Modell gilt: „‚Die Erfüllung' positiv-rechtlicher Erfordernisse vollzieht sich nicht kraft der ‚erkennenden Vernunft', sondern immer wieder nur kraft positiven Rechts".[746] *In abstracto* würden übrigens weder Merkl noch Kelsen dies bestreiten. Die Merklsche Konturierung des Rahmentheorems stellt laut Sander aber im Zusammenhang mit dem Beharren darauf, die Rechtswissenschaft solle prüfen, ob versuchte Rechtsakte über ihren Schein hinaus eigentlich Rechtsakte seien, eine Variation der klassischen naturrechtlichen Verdoppelungsstrategie dar, das positive Recht an einem richtigen Recht messen zu lassen.[747] Es ist so, als ob die positivrechtlichen, rechtskräftigen Urteile, die laut der Rechtswissenschaft vom materiellen Recht abweichen, eine zweite, imperfekte Rechtsordnung schaffen würden. Gemessen an diesem rechtswissenschaftlich eruierten materiellen Recht stellen sie eine unrichtige Rechtsverwirklichung dar. Im positivrechtlich nicht mehr lösbaren Konfliktfall gehe die materiellrechtliche Ordnung vor, wie sie durch die Brille der Rechtswissenschaft gesehen und gedeutet wird – und sei es nur begrifflich (wie wenn der Fehlerkalkül eingreift). Für die radikal immanente Rechtsverfahrenstheorie Sanders aber gilt: „innerhalb des Rechts gibt es keine Abweichungen vom Rechte".[748]

3. Merkls Ansatz als Verzichtstheorie

Auf diese Verdoppelungsstrategie, die Sander als Zeichen logischen Naturrechts[749] wahrnimmt, sei auch die sowohl als Grundstruktur der frühen Merklschen Versuche identifizierbare als auch sich im Kern des Fehlerkalküls befindende „‚Verzicht'theorie"[750] Merkls zurückzuführen. Die Rechtswissenschaft stelle – das

---

[745] *Sander*, Zur Methodik der Rechtswissenschaft (Anm. 322), S. 309.

[746] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 196), S. 1204.

[747] Vgl. *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 16), Sp. 30. Dem Merklschen ultimativen Primat der Rechtswissenschaft als Arrondierung seines Fehlerkalküls attestiert auch Kunz naturrechtliche Züge, vgl. unten Zweiter Teil, Kap. VI, S. 345 f.

[748] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 196), S. 1204; „Wird von der Rechtswissenschaft richtig geurteilt, daß ein Rechtsakt richtig sei, so bedeutet das nichts anderes als das Urteil, daß ein Rechtsakt existiert, weil ‚richtiger Rechtsakt' und ‚Rechtsakt' für die Rechtswissenschaft äquivalente Begriffe sind" (*Sander*, Staat und Recht als Probleme [Anm. 250], S. 187).

[749] Der Begriff des ‚logischen Naturrechts' taucht häufig in Sanders Kritik an Kelsen auf, vgl. etwa *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 178), S. 542, 564, 615.

[750] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2, (Anm. 196), S. 1205. Eine Art von Verzichtstheorie, wie oben gezeigt, war früher schon von Verdross entwickelt und verteidigt worden, vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 264–269; zur Weiterentwicklung des Ansatzes von Verdross zum Problem der ‚Rechtsfehler' wie zum Verhältnis zwischen Rechtswissenschaft und Recht vgl. unten Zweiter Teil, Kap. VI, S. 346–348.

positive Recht vermeintlich bloß interpretierend – Erfordernisse für die Rechtserzeugung auf, die laut jener durch diese nun eventuell nicht erfüllt werden. Daher der angeblich unvermeidbare ‚logische Konflikt' innerhalb des Rechts: „Der Konflikt zwischen dem gesetzten Recht und dem Recht wie es uns in der Anwendung entgegentritt".[751] Als Konfliktbewältigungsmaßnahme spanne das Recht selbst einen Bogen innerhalb dessen Rechtserzeugungsfehler die Geltung der Rechtserscheinungen nicht beschädigen würden. Es verzichte also auf von ihm selbst gestellte Rechtmäßigkeitsanforderungen.

Dass das Recht dem eigenen Rechtsmaßstab wiederholt nicht genüge, ist laut Sander aber eine unnötige Fiktion der die Rolle der (Un)Rechtsquelle beanspruchenden Rechtswissenschaft. Es könne so etwas wie „a priori rechtswidriges Recht" nicht geben: „Nur wenn man a priori dem Rechte ‚logische' Postulate der Rechtswissenschaft entgegenhält, kann man bei Nichterfüllung dieser metarechtlichen Postulate behaupten, daß das ‚logisch-falsche' Recht a posteriori"[752] durch die Verbindung der Rechtskraft mit dem Institut der Rechtsmittel [Proto-Fehlerkalkül] zum Recht werde. „Alles Recht wird Recht nur ‚a posteriori' kraft der Gesamtheit der Rechtsbedingungen", d. h. „die rechtliche ‚Ableitung' des Rechtes vollzieht sich kraft der Einheit der in Rechtssätzen formulierten Rechtsbedingungen";[753] die in der Vergangenheit demarkierten Bedingungen für die Entstehung eines künftigen Rechtsakts würden erst durch den auf sie rückgreifenden Bezug dieses aktuellen, konkreten Rechtsakts qua rechtlicher Bedingungen vergegenwärtigt. Das Rechtsverfahren sei „kein mangelhafter Maßstab zur Bestimmung rechtlicher Größen. Sondern jede Rechtsbestimmung im Rechtsverfahren erfolgt nach rechtlicher Gesetzlichkeit".[754] Rechtstheoretisch betrachtet gäbe es keinen Grund dafür, dass der Standpunkt einer in der Vergangenheit liegenden Rechtserscheinung privilegiert werde, um an ihr gemessen behaupten zu können, der gerade vom zuständigen Rechtsorgan erzeugte Rechtsakt sei defekt, denn zu den Rechtserscheinungen gehöre (immanent, begriffsnotwendig) der Verweis auf ihre Konkretisierung durch ein Rechtsorgan.[755] Die anscheinend mangelhafte Rechtserscheinung sei genau wie die, den Anspruch als Maßstab für künftige Rechtserscheinungen erhebende ‚bedingende Norm' – je nach Praxis des wiederholten Bezugs auf sie als solche – positives Recht und werde – je nach Stadium des Rechtsverfahrens und Standpunkt der Betrachtung – zum möglichen Anhaltspunkt für weitere Rechtsverfahren. Die angebliche ‚bedingende Norm' gelte als Rechtserzeugungsregel in dem Umfang und der Gestalt, die ihr durch den rückgreifenden Bezug des Rechts-

[751] *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 448 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (130).

[752] Zwei Zitate: *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 196), S. 1201.

[753] Zwei Zitate: *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 196), S. 1201.

[754] *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 178), S. 126.

[755] Diese Sichtweise baute Sander in seine eigene Theorie der Struktur der Rechtsurteile als ‚Doppelurteile' ein, wodurch das Organmoment des Rechtsverfahrens bei der rechtswissenschaftlichen Formulierung der Rechts(aussage)sätze mitgedacht wird, vgl. *Sander*, Der Begriff der Rechtserfahrung (Anm. 180), S. 296–302.

organs verliehen wird; sie könne in unterschiedlichen Organurteilen unterschiedliche rechtliche Gestalten gewinnen. In Sanders Modell kann die Rechtsrealisierung auch nicht (der Idee) einer Erzeugungsregel entbehren; die rechtsrelevante Bedeutung einer solchen Regel wird aber durch den pragmatischen Bezug der Organe auf sie immer auf das Neue bestimmt.

Ein ‚rechtswidriger Akt' kann dem Sanderschen Vokabular entsprechend nur ein im Rechtsverfahren als rechtswidrig konstituierter Rechtsakt sein: „‚Rechtswidrigkeit' als Gegenstand der Rechtswissenschaft ist nur innerhalb des Rechtes, als besondere Art des Rechtes zu finden".[756] Da außerdem die Idee eines Verzichts nur die Rechtsgeltung sogenannter „a priori rechtswidrige[r] Rechtserscheinungen" erkläre – während die Rechtskraft anderer Akte in Merkls Modell nicht von solchem Verzicht abhängt –, sei der einheitliche Charakter der Merklschen Lösung beschädigt, sein hybrides Gesicht entblößt. Merkl müsse, „um seine Ansicht zu fundieren, ‚diese interessante Erscheinung der Rechtsanwendung' zeigen, daß nämlich jemals die Rechtserzeugung ihre Schranken nicht übersteigt, d. h. daß irgend etwas ohne Rücksicht auf die Rechtssätze über Rechtskraft nur kraft seiner ‚logischen Richtigkeit' Recht wird".[757] Kann die Rechtswissenschaft keine Rechtsquelle im positiven Sinne sein, was Merkl auch anerkennt, könne sie auf keinen Fall die Rechtsurteile der zuständigen Rechtsorgane als ‚Unrecht', weil ‚unrichtig', disqualifizieren und dabei gleichzeitig wissenschaftlich bleiben. Die in dem Primat der Rechtswissenschaft – auch auf der Geltungsebene – kulminierende Strategie Merkls zeige sich dementsprechend als eine untaugliche Lösung für ein nicht-existierendes Problem. „Die Rechtserzeugung kann niemals ihre Schranken, d. h. ihre Rechtsbedingungen überschreiten, weil sie sich ja nur kraft der Einheit dieser Rechtsbedingungen als Rechtserzeugung vollzieht".[758] Alles, was Recht werde, sei recht(sverfahrens)mäßig; und rechtswissenschaftlich sei nicht von Fehlern zu reden, die nicht im Rechtsverfahren als solche konstituiert wurden. Probleme erweisen sich daher aber bereits auf der Ebene der bloßen Deutungshoheit und Merkl müsse, um konsequent zu sein, anerkennen, dass, genau wie die Rechtswissenschaft nicht zu sagen habe, was für eine Entscheidung getroffen werden solle, sie auch nicht beanspruchen könne, die getroffenen Entscheidungen als ‚fehlerhaft' aufdecken zu können. Ihre Aufgabe als spezifische Rechtstheorie sei, das Wie der Konstitution von Rechtsbedeutungen im Rechtsverfahren zu erklären und nicht das Was angeblicher Rechtsanforderungen unabhängig von den Urteilen der Organe zu bestimmen.

---

[756] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 196), S. 1206.

[757] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 196), S. 1201 f.

[758] Er fährt fort: „Die Rechtssätze über Rechtskraft aber sind ‚Bedingungen' der Rechtserzeugung wie alle anderen und durchaus kein Mittel, jene Schranken zu übersteigen" (*Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 [Anm. 196], S. 1201).

4. Im Auge des Orkans: Überbleibsel von Abbildtheorien im Relationalisierungsversuch der Merklschen Reinen Rechtslehre

Die Aufspaltung des Rechtsverfahrens durch die Strategie der Verdoppelung des Rechts in einen Stufenbau der Rechtserkenntnis und einen Stufenbau der Rechtsanwendung bzw. Rechtswirklichkeit verbindet sich nach Sander mit dem Überbleibsel einer Art von rechtswissenschaftlicher „Abbildtheorie",[759] die sich in der (damals) herkömmlichen Dogmatik deutlich zeige und sich in gewissem Sinne in der bei Merkl allgegenwärtigen Rede der ‚Ableitbarkeit' der Geltung einer Rechtserscheinung von der anderen oder der ‚Entsprechung' zwischen den Inhalten bedingender und bedingter Rechtserscheinungen widerspiegele. Es gebe vor der konkreten Schematisierung der Rechtsvorgänge im Rechtsverfahren die anzuwendende Norm ‚an sich', die der erkennenden rechtstheoretischen Vernunft zugänglich sei,[760] auch wenn jene ihrerseits niemals in der Lage sei, die Rechtserzeugung vollständig vorprogrammieren zu können, und sich ein Minimum an Ermessen nicht eliminieren lasse. Es sei dem Anspruch des Merklschen Modells nach aber doch möglich – sogar notwendig[761] –, rechtswissenschaftlich zulässige von unzulässigen Rechtsanwendungsoperationen auszudifferenzieren und dabei im Rahmen des deskriptiven Programms der Reinen Rechtslehre zu bleiben.

Die Rechtswissenschaft interponiere sich – so die Kritik Sanders – durch Auslegung zwischen die Rechtsstufen und besage, welches das geltende materielle

---

[759] Die Kritik an den erkenntnistheoretischen Abbildmodellen, die meistens unbewusst von der Allgemeinen Staatslehre bei der Rekonstruktion ihres Gegenstands in Kauf genommen werden würden, besetzte eine prominente Stelle in den ersten Schriften Sanders und rückte bald auch ins Zentrum seiner Plagiatsaffäre mit Kelsen, da Sander meinte, Kelsens Dekonstruktion der Zweiseitenlehre Georg Jellineks (1851–1911) stütze sich auf Sanders Implosion der Abbildtheorien, vgl. *Sander*, [Buchbesprechung] Rudolf Kjellén (Anm. 204), S. 340; *Sander*, Das Faktum der Revolution (Anm. 59), S. 138 f.; *Sander*, Alte und Neue Staatsrechtslehre (Anm. 195), S. 195 f. Vgl. noch *Sander*, In eigener Sache (Anm. 383), S. 2, für Sanders Vindizierung der Originalität seiner Kritik an der Abbildtheorie und für den Vorwurf der stillschweigenden Integration dieser Kritik in das Theoriegebäude der Kelsenschen Reinen Rechtslehre. Zu einer wissenschaftstheoretischen aufgeklärten Auseinandersetzung mit den Abbildtheorien (Korrespondenztheorien) im Bereich der Rechtswissenschaften vgl. *Kyriakos Kotsoglou*, Forensische Erkenntnistheorie, Berlin 2015, S. 76–82, 116–123 (dort mit Bezug auf das Thema ‚Fehlurteile').

[760] Sander warf Merkl selbstredend nicht vor, über die Unbestimmtheit des anzuwendenden Rechts oder das strukturnotwendige Entscheidungsermessen des Rechtsanwenders, d. h. über den „unbestritten schwankenden Boden des geschriebenen Rechts" (*Adolf Julius Merkl*, [Buchbesprechung] Dr. phil. Otto, Oberlandesgerichtsrat, Die Gewißheit des Richterspruchs, Hannover 1915, Helwingsche Verlagsbuchhandlung, 86 Seiten, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 3 [1918], S. 603–605 [603]) belehrt werden zu müssen. Sondern er meinte, dass das, was die Merklsche Lehre durch die Hauptpforte aus ihrem System ausgewiesen hätte, durch die Hintertür wieder zugelassen würde: Sander sah im Fehlerkalkül den Versuch Merkls, nachdem er die Konsequenzen der Dynamisierung der Rechtsbetrachtung in den Blick genommen hatte, sie mit dem Naturrecht in Einklang zu bringen bzw. rechtswissenschaftliche Wahrheit mit rechtlicher Autorität zugunsten der Ersteren zu versöhnen, vgl. gleich unten Zweiter Teil, Kap. VI, S. 329–331.

[761] Zum Konnex zwischen der Prüfungsaufgabe der Rechtswissenschaft und deren Existenzberechtigung im Merklschen Modell vgl. unten Dritter Teil, Kap. VIII, S. 427–431.

Recht sei, das durch den Prozess angewendet werden solle,[762] ohne aber den Anspruch aufzugeben, die konkretisierende und individualisierende Rolle der unterschiedlichen Rechtsstufen zu berücksichtigen. Somit würde sich die Rechtswissenschaft die Prärogative anmaßen, die Beziehung zwischen den Rechtsstufen vermitteln zu können; mit dem Ergebnis, dass die Kontinuität des Rechtsverfahrens von der Rechtswissenschaft unterbrochen werde. Die Beziehung zwischen den Rechtserscheinungen bedürfe der erkenntnismäßigen Ableitung durch die wissenschaftliche Auslegung.[763] Diese Rechtswissenschaft erhebt sich, wie oben ausgeführt, in Merkls Modell über die Rechtsanwendung und verfügt über die Kompetenz, sie zu berichtigen, wenn das positive Recht nicht weiter mit Fehlerreaktionsmöglichkeiten kalkulieren kann. Ähnlich wie bei den typischen Naturrechtslehren scheide, laut Sander, das unter dem Primat der Rechtswissenschaft formulierte Modell Merkls das ganze Recht in zwei Systeme, „das Recht an sich, aus welchem Erkenntnisakte der Auslegung Abbilder transzendenter Imperative gewinnt, und das ‚angewendete Recht', welches sich der Kritik der transzendenten Imperative, d. h. der Auslegung, zu unterwerfen hat".[764]

Das Recht der unteren Stufe müsse mit dem Recht der oberen Stufe zu einem durch das positive Recht selbst bestimmten Minimum korrespondieren. Man könne rechtswissenschaftlich *wirklich* rechtmäßige Rechtsakte von Scheinakten, die trotzdem wirksam geworden sind, unterscheiden:[765] in der Anwesenheit des

[762] Wie Bernatzik schon formulierte, liege dieser Auffassung „der Gesichtspunkt zugrunde, dass gewissermassen ein ausserhalb der Rechtsordnung Stehender den Schluss des Richtenden nach seiner Richtigkeit prüfen, mit der Wahrheit vergleichen kann". Bernatzik hatte übrigens den Kerngedanken eines konsequenten Fehlerkalküls ohne Primat der Rechtswissenschaft geäußert: „Ob der so geschützte Schluss des Richtenden wahr oder falsch ist, ist insolange irrelevant, als die Rechtsordnung nicht selbst an gewisse Merkmale die Vernichtungsmöglichkeit knüpft" (*Edmund Bernatzik*, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Wien 1886, S. 115). Ironischerweise ähnelt das Sandersche Modell der Lehre Bernatziks in dieser Hinsicht – d. h. was die Kalibrierung des Verhältnisses zwischen Wahrheit und Autorität angeht – vielmehr als die Lehre seines Schülers Adolf Merkl, der 1923 Bernatzik (In Memoriam) sein Buch zur Rechtskraft widmete, vgl. *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), [Widmungsblatt].

[763] Vgl. *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 178), S. 520–522 (Fn. 1).

[764] *Sander*, Die Verfassung als Gegenstand der Staatsrechtslehre (Anm. 690), S. 11.

[765] Das Sich-Berufen auf die Idee einer in der Tat richtigen Entscheidung im Gegensatz zur durchgesetzten Entscheidung der zuständigen Rechtsautorität kommt besonders deutlich vor in *Merkl*, Prüfung von Gesetzen und Verordnungen (Anm. 91), S. 605 = Merkl-GS II/1, S. 393–438 (433): „Es ist durchaus zutreffend, zu behaupten, daß das einzelne Staatsorgan, dem die Rechtsordnung das letzte Wort erteilt, nicht irren könne; das heißt aber nicht, daß der Akt, der sich als rechtswidrig darzustellen scheint, trotz dieses Scheins ein *wirklicher* Staatsakt, eine richtige Rechtserscheinung sei, sondern nur, daß der wirklich unrichtige, rechtswidrige Akt gar nicht als Akt jenes Organs anzusprechen ist, als dessen Akt er prima facie erscheint. Und wenn man sich etwa dahin ausspricht, der VerfGH könne nicht irren, so bedeutet dies nicht etwa, daß jeder Akt, der sich als solcher des VerfGH gibt, mag er der juristischen Einsicht auch noch so widersprechen, rechtlich richtig sei, sondern nur, daß sich in jenem unrichtig erkannten Akte, mag er auch jenes Kollegium zum Autor haben, das wir als VerfGH anzusprechen gewohnt sind, *in Wirklichkeit* gar nicht der VerfGH manifestiert habe" – Hervorhebungen bei „wirklicher" und „in Wirklichkeit" nicht in Original.

Fehlerkalküls seien diese Akte fehlerhaft, aber rechtlich, mangels Fehlerkalküls, würden sie Nichtakten gleichen. Diese Unterscheidung könne man ausschließlich mit Rekurs auf die den bedingenden Rechtsnormen innewohnenden Bestimmungen durchführen. Ein rechtliches Richtigkeitskriterium zur Ermittlung dieser Korrespondenz fehle aber, und der Eigenrationalität des Sanderschen Modells nach könne dieses nur fehlen. Merkl verwechsle die durch die schon durchgeführten Rechtsbedeutungsverknüpfungen eröffneten Möglichkeiten mit den aktuellen, im Rechtsverfahren konstituierten Rechtsbedeutungen und priorisiere ungerechtfertigterweise den Standpunkt der vor den weiteren Rechtsoperationen stehenden, anzuwendenden, bedingenden Normen. Genauso wie aber außerhalb des rechtlichen Urteilzusammenhangs keine rechtliche Tatsache ‚an sich' erkennbar sei, könne auch nicht von rechtlichen Bedeutungen der Rechtssätze unabhängig von den konkreten, im Rechtsverfahren hergestellten rechtlichen Relationen gesprochen werden. Sander sah im Merklschen wiederholten Appell an die *in Wirklichkeit* richtigen Rechtserscheinungen im Gegensatz zu den defekten Scheinakten der Rechtsorgane einen Verfall in die Abbildtheorie, die sich dann bei der Idee der Doppelheit der Rechtsordnung in Erkenntnissystem und Anwendungssystem deutlich manifestiere. Es gäbe ein ‚richtiges Recht' jenseits des kontinuierlichen Rechtsverfahrens. Da aber kein rechtliches Richtigkeitskriterium im Verfahren auffindbar sei, lande der Anspruch, ‚richtiges' Recht von ‚fehlerhaftem' Recht zu scheiden, in der Erhebung der Rechtswissenschaft zur Quelle dieser Richtigkeit, die sich allerdings von außerrechtlichen Kriterien – wie der Logik oder der Grammatik – speisen müsse: „Zu welchen Auslegungsergebnissen man gelangt in der Jurisprudenz hängt davon ab, welcher Metjurisprudenz man huldigt".[766]

Die Ablehnung der Abbildtheorien ergibt sich für Sander „aus der Souveränität der strengen Korrelation zwischen Rechtsverfahren (‚Organakt') und Tatbestand",[767] d. h. aus der notwendigen Berücksichtigung des Organmoments bei der Beschreibung des Rechtsverfahrens. Die ‚Geltung' jeder Rechtserscheinung erweist sich im Sanderschen Modell als Hin-Geltung:[768] Sie ‚gelten' für und in den

[766] *Sander*, Die Verfassung als Gegenstand der Staatsrechtslehre (Anm. 690), S. 11.

[767] *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 178), S. 51. Dies machte Sander im Zusammenhang seiner Polemik mit Kelsen geltend.

[768] Sander beruft sich wiederholt auf die protophänomenologischen, aber immer noch um das Gravitationsfeld des Neukantianismus kreisenden Arbeiten von Emil Lask (1875–1915), um die Wechselbestimmung als eine „objektive Korrelativität" zwischen den Rechtserscheinungen (Rechtssätzen und rechtserheblichen Tatbeständen) „innerhalb der Rechtserfahrung" zu begründen: „Es gibt kein Gelten, das nicht ein Gelten *betreffs*, ein Gelten *hinsichtlich*, ein Hingelten wäre; es gibt nicht eine sich selbst genügende, selbständige, nicht anlehnungsbedürftige, auf nichts außer sich angewiesene, zugeschnittene, berechnete Region von eitel Geltungsgehalt. Man kann diese Unselbständigkeit, diese Unerläßlichkeit, an einem andern und für ein anderes zu sein, einer Terminologie entsprechend, den Formcharakter des Geltens nennen. Geltungsgehalt ist bloß leere, der Erfüllung mit ‚Material' oder ‚Inhalt' harrende Form. Alles Geltende ist eine inhaltliche Erfüllung erwartendes Hingeltendes, ein etwas anderes Betreffendes und bedarf eines Materials als des Betroffenen" (*Emil Lask*, Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre, Tübingen 1911, S. 31). Die philosophischen Voraussetzungen bzw. Stützungen der Sanderschen Rechtstheorie, die sich von Immanuel Kant über Emil Lask und Hermann Cohen (1842–1918) bis zu Edmund Hus-

weiteren Rechtserscheinungen, wodurch sie zur Erfahrung gebracht werden. Die Beziehung zwischen den Rechtserscheinungen – Stufen in Merklscher Terminologie – wird dabei im Rechtsverfahren wechselseitig und nicht durch die Rechtswissenschaft bestimmt. „Das einfache Gesetzgebungsverfahren", z. B., „schematisiert, realisiert und restringiert die ‚Begriffe' der Verfassungsgesetze durch verschmelzende Beziehung auf ‚rechtserhebliche Tatsachen'",[769] sodass sich die Gesetzlichkeit der Verfassungsgesetze im Material der einfachen Gesetze darstellen lasse. „Die Reine Rechtslehre darf nicht mehr das Rechtsverfahren […] als ein Etwas betrachten, das zu dem Rechte ‚an sich' von außen als ‚Zwang' oder ‚Schutz' hinzutritt, sondern muss das Verfahren als das Schema anerkennen, durch das allein das Recht Gültigkeit, Realität erlangt",[770] denn die „Beiseitestellung des Verfahrens, die Zerreissung ‚formellen' und ‚materiellen' Rechtes ist die stärkste Wurzel des Naturrechts".[771]

5. Kein Mittelweg: Sander kontert Merkls Replik

Dem Sanderschen Primat des Rechtsverfahrens hält Merkl entgegen, es bringe das Konzept von Rechts*anwendung* zum Kollaps.[772] Die Rechtsverfahrenstheorie Sanders überlasse dem Rechtsorgan das rechtliche Wissen. Die Rechtswissenschaft, die eigentlich diesen Namen nicht mehr verdiene, werde Geisel der Rechtspraxis. Sie kapituliere vor der alleinherrschenden Macht der zuständigen Entscheider. Durch das über-restriktive Rechtswissenschaftsverständnis Sanders würde die Rechtswissenschaft sich selbst aus dem Spiel nehmen bzw. canceln. Zugespitzt operiere die Rekonstruktion Sanders mit der Idee einer in sich widersprüchlichen Selbstautorisierung der Rechtsorgane, die den Stufenbau der Rechtsordnung implodiere: „Es müßte auf jede Rechtserkenntnis aus höherem Recht verzichtet werden, auch auf die der Funktion des Rechtsanwenders. Die sogenannten Rechtsanwender wären das, was ihr Name sagt, gewissermaßen aus eigenem Recht".[773] Die Idee einer Selbstermächtigung sei unsinnig, sodass ohne eine heteronome Ermächtigung keine Rechtserscheinung erkennbar sei. Das Sandersche Primat der Rechtsanwendung – wie Merkl es nennt – verunmögliche die Deutung von Entscheidungen bestimmter Individuen als Anwendung des Rechts überhaupt.

---

serl (1859–1938) erstrecken, können hier nicht weiter erörtert werden. Sander bestritt vehement, er habe sich eines einzigen philosophischen Systems bei der Fundierung seiner Rechtstheorie dogmatisch bedient und sah sich nicht als von ‚Playbook' des Neukantianismus abhängig, vgl. *Fritz Sander*, [Buchbesprechung] Josef L. Kunz, Völkerrechtswissenschaft und Reine Rechtslehre, Wiener staatswissenschaftliche Studien, Neue Folge, Band 3, 1923, 86 S., in: Archiv des öffentlichen Rechts 45 (1924), S. 261–263 (262).

769 *Sander*, Darstellung des deutsch-österreichischen Verfassungsrechtes (Anm. 237), S. 50.

770 *Sander*, Darstellung des deutsch-österreichischen Verfassungsrechtes (Anm. 237), S. 59.

771 *Sander*, Darstellung des deutsch-österreichischen Verfassungsrechtes (Anm. 237), S. 60.

772 Vgl. *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 444 f. = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (243 f.).

773 *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 445 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (238).

Dabei malt Merkl aber ein Zerrbild der Sanderschen Auffassung, indem er sie mit dem Rechtsurteilssolipsismus einiger Anhänger der Freirechtsbewegung assoziiert,[774] deren Thesen von Sander in dieser Hinsicht ausdrücklich bekämpft werden.[775] Da Sander das Verhältnis zwischen den Rechtserscheinungen als eines der Wechselbestimmung rekonstruiert, elaboriert er deren ‚Geltung' als Hin-Geltung, verleiht ihr eine gewissermaßen zirkuläre Relationsstruktur und bricht bewusst mit dem Schema einer notwendigen Über- und Unterordnung der Etappen des Rechtsverfahrens in höhere und niedere Stufen. Bei seiner Gegen-Kritik verkenne Merkl – so Sander –, dass der Rationalismus keine Alternative zum Empirismus (eines faktizistischen Positivismus oder bestimmter Varianten der Freirechtsbewegung) sei, dass diese Scheinalternative durch den Versuch eines juristischen transzendentalen Idealismus aufgehoben werden sollte, der den Blick auf den immanenten Zusammenhang des Rechtsverfahrens aufschließe.[776] Merkl steige mit seiner Idee eines Systems der Rechtserkenntnis, die das logisch-richtige Recht als ein Gegenüber zum Recht der Rechtsanwendung darstelle, wieder in ein durch die Reine Rechtslehre überwunden geglaubtes idealistisches Rechtsbild ein. Das Stufenbaumodell, das das Rechtsverfahren theoretisch zu rekonstruieren habe, werde zum eigentlichen Gegenstand der Betrachtung und Merkl sehe folglich als imperfekte, fehlerhafte Rechtserscheinungen diejenigen Rechtsentscheidungen, die der ideellen Struktur des Modells nach der ‚bedingenden Normen' nicht entsprächen. Durch den wechselseitigen Bezug der Rechtserscheinungen aufeinander konstituiere sich laut Sander das Recht im Rechtsverfahren durchgängig aufs Neue – möglicherweise, aber nicht notwendigerweise, hierarchische Verhältnisse zwischen den Elementen des Rechtssystems schaffend. Die Behauptung einer immanenten Hierarchie des Rechts sei eine Extrapolation des Stufenbaumodells. Merkl habe übersehen,

„dass die Rechtsakte (z. B. Gesetz und Richterspruch als Gegenstand des Gesetzes) einander wechselseitig determinieren, daß z. B. das Gesetz nach seiner eigenen Meinung nur in jenem

---

[774] *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 283. Zu dieser weiteren Karikierung der Rechtsverfahrenstheorie Sanders durch Merkl siehe unten Dritter Teil, Kap. IX, S. 479–485.

[775] „Die Freirechts-Schule […] stellt als empirischer Rechtsskeptizismus die natürliche Reaktion gegen den dogmatischen Rechtsrationalismus dar, nicht aber dessen Überwindung. Auch die konsequenten Freirechtler arbeiten nur mit einer Rechtsstufe, nur dass eben diese Stufe nicht das Gesetz, sondern das Urteil ist" (*Sander*, Die Verfassung als Gegenstand der Staatsrechtslehre [Anm. 690], S. 29).

[776] Fritz Sander meinte allerdings nicht, einen dritten Weg zwischen Rationalismus und Empirismus zu beschreiten, noch weniger eine bloß empiristische Rechtswissenschaftstheorie zu entwickeln. Er diskreditierte im gleichen Zuge die beiden erkenntnistheoretischen Modelle, die er im Bereich der Rechtswissenschaft – nicht ohne Vorbehalte – u. a. mit der Merklschen Auffassung einerseits und mit der Auffassung einiger Freirechtler andererseits verband, da sowohl die eine als auch die andere die Rechtsoperationen auf das Jenseits des Rechts verweisen, sie von dem Jenseits des Rechts her strukturieren würden, und daher nicht in der Lage wären, eine immanente Rechtsbetrachtung zu prästieren. Vgl. die Triplik Sanders zu Merkl in: *Sander*, Darstellung des deutsch-österreichischen Verfassungsrechtes (Anm. 237), S. 18 (Fn. 1), 57 (Fn. 1). In der Wiener Schule der Rechtstheorie war Sander mit der Kritik an der erkenntnistheoretischen Unterkomplexität der Merklschen Konstruktion der Stufenbaulehre nicht allein, vgl. dazu z. B. *Kaufmann*, Kriterien des Rechts (Anm. 293), S. 137.

‚Sinne' den Richterspruch determiniert, in welchem es vom Richterspruche rückgreifend gesetzt wird, daß nicht, wie Merkl meint, die Rechtswissenschaft, sondern wieder nur andere Rechtsakte in ‚anerkennender' Bezugnahme ‚prüfen', ob ein ‚Versuch' von Recht wirklich Recht ist, d. h. ob ein ‚problematisches' Recht (z. B. revolutionäre Verfassung) als ‚assertorisches' Recht gesetzt wird".[777]

Ähnlich wie bei dem üblichen Diktum zur Jazzmusik, nach dem erst die nächste Note durchklingen lasse, ob man bei der gerade gespielten Note falsch gelandet sei, könne nur in der Erfahrung der ‚unteren Rechtsstufe' – um Merkls Partitur ‚sandersch' zu deuten – die Rechtsbedeutung der höheren Stufe dargestellt werden.[778] Man bedürfe der Restriktion durch die Erfahrung, um auf reflexive, wissenschaftliche Urteile über das Recht zu gelangen. Ein festes Bedingtheitsverhältnis zwischen den Elementen des Systems könne nicht *ex ante* von der Warte der Rechtstheorie aus bestimmt werden, denn man könne im Vornhinein nicht wissen, welche Rechtserscheinungen mit welchen Bedeutungen für welche Operationen des Systems in den Urteilen der zuständigen Organe herangezogen werden. Die aktuelle, ‚geltende' Rechtsbedeutung der Rechtssätze und somit auch ihre Beziehungen zu anderen Rechtssätzen könne sich bei der progressiven Erzeugung des Rechts im Rechtsverfahren verändert werden,[779] was von einer Struktur- bzw. Verfahrensanalyse des Rechts berücksichtigt werden müsse.

Die Verwendung des Stufenbaumodells als Schema für die Überprüfung der ‚Fehlerhaftigkeit' der Rechtserscheinungen sei eine Verfehlung der beschreibenden Aufgabe der Rechtswissenschaft, denn der Stufenbau werde dabei zum ideellen Vorbild für die wirkliche Rechtserzeugung gemacht. Statt das Schema der Stufenbaulehre zu benutzen, um die Rechtsoperationen, wie sie geschehen, zu rekonstruieren, werde der Stufenbau als Richtigkeitsmuster verwendet und bald das Ordnungsprinzip der rechtlichen Bedingtheit als Selektionskriterium für die Rechtlichkeit: Entsprechen die Rechtsentscheidungen nicht dem Modell, können sie nicht als Recht gelten. Merkl trete durch das Einschalten der Rechtswissenschaft als Richtigkeits- bzw. Rechtmäßigkeits-Kontrollinstanz im Rechtsverfahren aus dem richtigen Kern seiner Rechtskraftlehre heraus, in dem die Erkenntnis des Selbsterzeugungsprozesses des Rechts zu Tage gefördert wurde. Die Rechtswissenschaft beanspruche, der Rechtspraxis eine bestimmte Aus- und Aufführung des Rechtsprogramms – sprich: der durch die Rechtserzeugungsregel als Möglichkeiten vorgelegten Noten – auferlegen zu können. Die durch die bloße Vorstellung des positiven Rechts als dynamischer Delegationszusammenhang gerufenen Geister bzw. fehlerhaften Rechtserscheinungen will Merkl am oberen Ende des Fehlerkalküls mit der Fackel der rechtstheoretischen Vernunft wieder verbannen können.

---

[777] *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 16), Sp. 30 f.

[778] Vgl. *Sander*, Darstellung des deutsch-österreichischen Verfassungsrechtes (Anm. 237) S. 66.

[779] Vgl. *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 16), Sp. 22.

6. Das Hintertürchen des Naturrechts: Merkls Rekurs auf die Denk- und Sprachgesetze

Sander denunziert zu einem relativen frühen Zeitpunkt den „naturrechtlichen Hang"[780] der Merklschen Lösung des Problems des ‚rechtswidrigen Rechts'. Diese gehe zugespitzt von der Vorstellung aus, die Rechtsbedeutungen seien schon vor den Betätigungen der Rechtsorgane (relativ) determiniert und würden nicht als bloße Möglichkeiten wahrgenommen. Somit würden rechtsfremde, rechtswissenschaftlich zurechtgebogene Normensysteme eingesetzt, um die Auslegung der Rechtserscheinungen zu stabilisieren. Die zur Idee eines Rechtsrahmens führende Konstruktion Merkls, die dann die durch rechtswissenschaftliche Erkenntnis nicht auf diesen Rahmen rückbeziehbaren Entscheidungen der Rechtsorgane als rechtswidrige abstempeln und gegebenenfalls als lediglich scheinbar rechtliche Phänomene aus dem Bereich des Rechtlichen ausgrenzen wolle, basiere auf einer „Zergliederung der Rechtsbegriffe" aus dem Rechtsverfahren heraus und bedeute die „Abweisung der durchgängigen Beziehung auf die Erfahrung der Rechtssatzformen, die in der kontinuierlichen Synthesis des Rechtsverfahrens, nicht in der Analytik der Interpretation erzeugt wird".[781] „Zwar erhebt die Rechtswissenschaft den Anspruch, selbstherrlich ‚Rechtsobjektivationen' zu vollziehen, die vom ‚Rechte' vollzogenen Objektivationen einer Kritik zu unterwerfen."[782] Man solle „sich vom Banne jener Denkgewohnheiten und Erkenntnisansprüchen, welche der Rechtswissenschaft seit Jahrhunderten liebgeworden sind",[783] jedoch losreißen, um die Prätentionen der Rechtsdogmatik, die Rechtspraxis zu berichtigen, beim Namen nennen zu können: „Ist die Lehre vom ‚ethisch-richtigen' Rechte blankes Naturrecht, weil das Staatsorgan nicht nach ethischen Normen, sondern positiven […] Rechtnormen zu handeln hat; so ist es auch die Lehre vom ‚logisch-richtigen' Rechte, weil das Staatsorgan nicht nach logischen Normen zu handeln hat".[784]

Die Reduzierung des Spektrums der rechtlichen Relevanz durch Merkl auf die ‚sprachliche' und die ‚logische' Richtigkeit, die nun die Festlegung des durch die rechtlichen Maßstäbe gezogenen Raums der Rechtmäßigkeit bedingen würden, sei das Hintertürchen, durch das das Naturrecht wieder in der Grammatik des Rechts willkommen geheißen werde. Merkl verfechte widerwillig eine Form von relativem bzw. interstitiellem Naturrecht, indem er keine außerrechtliche Begründung für die Geltung des Rechtssystems suche, sondern rechtsdogmatische Richtigkeitsvorstellungen in die Rechtserscheinungen hineinprojiziere. Fehlerhafte Rechtserscheinungen seien dann diejenigen, die den rechtswissenschaftlich eruierten Rechtsmäßigkeitskriterien nicht gerecht werden.

---

[780] *Sander*, [Buchbesprechung] Cassirer, Natur und Völkerrecht (Anm. 205), S. 347.

[781] Zwei Zitate: *Sander*, [Buchbesprechung] Kelsen, Verfassungsgesetze. Merkl, Verfassung (Anm. 286), S. 317.

[782] *Sander*, [Buchbesprechung] Cassirer, Natur und Völkerrecht (Anm. 205), S. 347.

[783] *Sander*, [Buchbesprechung] Cassirer, Natur und Völkerrecht (Anm. 205), S. 347.

[784] *Sander*, Rechtswissenschaft und Materialismus (Anm. 438), S. 351. Vgl. vor allem *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 35), Sp. 447 f. = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (128 f.).

Eingehend auf die Kritik Sanders, die Operationen des Rechtsverfahrens rechtswissenschaftlich ohne rechtsimmanente Maßstäbe als ‚fehlerhaft' zu deuten, besteht der ingeniöse Trick Merkls darin, die von ihm identifizierten Kriterien der Rechtsrichtigkeit qua Rechtmäßigkeit in die Struktur der Rechtsordnung einzubauen. Da Recht nur in Kommunikation und als spezifische Kommunikationsform erkennbar sei, würden die Regeln der Sprache, die das gegenseitige Verständnis zwischen Sender und Empfänger bedingten, das Rechtsverfahren mitstrukturieren, genauso wie basale Denkgesetze, die eine sinnvolle, nicht selbstwidersprüchliche Deutung der Rechtsvorschriften erst ermöglichen würden, in das Sinngefüge der Rechtserscheinungen eingelegt würden. Ohne die Annahme der Anwendbarkeit der Regeln der Sprache und des stringenten Denkens seien die Rechtsnormen schlichtweg nicht verständlich und daher auch funktionslos. Das Recht sei – so könnte Merkls Objektivierungsversuch rekonstruiert werden – als Validationssystem in gewissem Sinne strukturell-notwendig an die Sinnsysteme ‚Sprache' und ‚Logik' gekoppelt, oder eben: Diese seien Vorbedingungen des Rechts als normatives Phänomen. Daher würden die Denk- und Sprachgesetze (sowohl syntaktische und semantische als auch pragmatische Regeln) den Rechtmäßigkeitsbegriff mitprägen.[785] Der durch die anzuwendenden, rechtsbedingenden Erscheinungen gesteckte Rechtsrahmen sei jenseits der Gesetzlichkeiten der Sprache und der Logik undenkbar. „Die Sprache ist […] doch wohl kaum solch ein verbotenes Hinterpförtchen, durch das sich das Naturrecht hereinstiehlt – sie ist vielmehr die breite Pforte, durch die das gesamte Recht ins menschliche Bewusstsein tritt",[786] und darüber hinaus: „Solange das Recht in die Denkform gekleidet ist […], bleibt das Denkgesetz dem Rechtsgesetze immanent".[787]

Merkl resigniert nicht vor dem ‚Naturrechtlerei'-Vorwurf[788] Sanders. Er justiert sein Modell weiter. Mit dem Fehlerkalkül verschiebt er nun aber deutlich den korrigierenden Einsatz der Rechtswissenschaft auf den Endpunkt einer Rechtsverfahrensreihe, wenn es rechts(verfahrens)immanent keine Reaktionsmöglichkeit gegenüber autoritativen Entscheidungen mehr gibt, die am Maßstab der durch die Denk- und Sprachgesetze bedingten Rechtsmäßigkeit gemessen nicht als wahre

---

785 Vgl. *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 287.

786 *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 464 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (249).

787 *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 465 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (249 f.). „Es ist insbesondere eine ganz unmögliche Vorstellung, daß Recht und Staat den sozusagen grundsätzlich auch für sie verbindlichen Geboten der Logik zeitweilig untreu werden können oder dürfen, um der gewissermaßen höheren Pflicht der Wahrung des Gemeinwohles zu genügen. Zwar kann in diesem Rahmen das weitwendige Problem des Verhältnisses zwischen Denkgesetz und Rechtsgesetz in seiner Tiefe nicht aufgerollt werden, doch sei nur so viel angedeutet, daß die Logik als die Denkordnung der Rechtsordnung wie irgend ein anderes Normensystem zwar grundsätzlich transzendent ist, soweit aber die Rechtsfunktion Denkfunktionen voraussetzt – was bei sämtlichen Erscheinungsformen der Rechtsanwendung zutrifft – ihr wie irgend eine andere delegierte oder rezipierte Ordnung immanent wird, freilich sozusagen denaturiert, zur Rechtsnorm transformiert" (*Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft [Anm. 10], S. 118 f.).

788 Vgl. *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 465 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (250).

Rechtserscheinungen zu handhaben sind. Auf die Semantik des Fehlers verzichtet er keineswegs. Der Rechtswissenschaft bleibt durch und durch die epistemische Deutungshoheit gewährt. Wenn die Selbstkorrekturmechanismen des Rechts selbst versagen, springt die Rechtswissenschaft auch zur Verteidigung der Normativität wie zur Bekämpfung der Fehlerhaftigkeit und beansprucht, Recht von Nicht-Recht zu unterscheiden.

7. Autorität und Wahrheit: Das Recht kalkuliert nie mit Fehlern

Der in Spannung und Auseinandersetzung mit Sanders Kritik und dessen rechtstheoretischem Modell entwickelte Fehlerkalkül reformuliert Merkls früheres Konzept einer doppelten Rechtsordnung[789] und gibt ihm einen neuen Ausdruck. Die Friktion zwischen Rechtserkenntnis und Rechtserzeugung, Rechtswahrheit und Rechtsautorität wird weitgehend rechtsordnungsimmanent behandelt, indem die kontingenten institutionellen Arrangements berücksichtigt werden, durch die das positive Recht schon mit eigenwilligen, vom Rechtsrahmen abweichenden Entscheidungen der Rechtsorganen rechnet, diesbezüglich Vorkehrungen trifft sowie Reaktionsmöglichkeiten vorsieht. Die Rechtmäßigkeit als Maßstab nutzend hält Merkl die Rechtswahrheit im Fluss der Rechtsdynamik hoch, denn er kann mit seinem Modell von ‚fehlerhaften', die Rechtsbindungsmaßstäbe nicht beachtenden Rechtserscheinungen reden und sie rechtswissenschaftlich nachweisen, ohne unmittelbar ihre Rechtsautorität in Frage zu stellen.

Von ‚Rechtsfehlern' kann aber nur sinnvoll gesprochen werden, wenn Kriterien für die Korrektheit zur Verfügung stehen. Merkl will die autoritativen Rechtsentscheidungen der Rechtsorgane an der Wahrheit der formellen und materiellen Anforderungen der bedingenden Normen messen können. Unentrinnbar seien für die Deutung der normativen Programmierungen der bedingenden Rechtserscheinung die Denk- und Sprachgesetze, die die bloße Möglichkeit der rechtlichen Kommunikation strukturierten. In diesem Versöhnungsversuch zwischen Wahrheit und Autorität sieht Sander ein nicht gelungenes Bestreben Merkls, die Folgen seines (ursprünglichen) Ansatzes abzuschwächen, die aus der Rechtswissenschaft eine Unrechtsquelle machen würden.[790]

Trotz aller Abmilderungsbemühungen in Form der immanenten Verarbeitung des rechtlichen Umgangs mit Fehlern im Fortgang der Rechtsoperationen in der Rechtsmaschinerie sei bei einer Merkls eigenen Prämissen treuen Behandlung des Problems der ‚rechtswidrigen Entscheidungen' letztinstanzlicher Organe die Umwandlung der Rechtswissenschaft in eine Rechts(erzeugungs)quelle zwingend zu konstatieren. Die Rechtswissenschaft kontrolliert laut Merkl selbst die Rechtspraxis, da ihr es zusteht, zu prüfen, ob die „in der ‚Erfahrung' des Rechtes […] gegebenen Rechtsakte (richtiger: gleichfalls nur Versuche von solchen) logisch und

---

789 Vgl. oben Zweiter Teil, Kap. IV, S. 197–200.

790 Vgl. *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 16), Sp. 30.

zugleich juristisch richtig sind".[791] Irrende letztinstanzliche Organe handeln dementsprechend außerhalb der durch die Rechtswissenschaft gesteckten Grenzen des Rechts. Im nicht mehr korrigierbaren oder von Recht im Vornhinein nicht ausdrücklich für tolerierbar erklärten Irrtum kann kein Recht gelten.

Dieser Auffassung entgegen bringt das Modell Sanders den Gedanken, es sei nur zu fragen, in welcher Realitätssphäre eine laut der Rechtswissenschaft richtige, aber nicht aktualisierte Entscheidung, wie z. B. ein vom zuständigen Organ unrichtig aberkannter Anspruch, rechtliche Existenz haben solle. Sanders Modell bestreitet die Tauglichkeit der rechtstheoretischen Fehlersemantik als Instrument für die reflexive Rekonstruktion des Rechtsverfahrens. Die Verwendung einer solchen Semantik sei nur ein weiterer Reflex der Ausschaltung des Organmoments aus dem rechtswissenschaftlichen Rechtsbild bzw. der Ignorierung des spezifischen Operationsmodus des Rechtsverfahrens, in dem der rechtsrelevante Blick auf die Rechtsereignisse ausschließlich derjenige des zuständigen Rechtsorgans sei. Für die reine Rechtstheorie könne es keine Rechtswahrheit jenseits und außerhalb der Operationen des Rechtsverfahrens geben. „Wenn die Entscheidung [des zuständigen Rechtsorgans] konkretisiertes objektives Recht ist, kann sie vom objektiven Rechte, das sie ja eben konkretisiert, nicht abweichen, sondern nur ein Mehr, nämlich den ‚Zusatz' der Erfahrung erhalten".[792]

Das Konstrukt des Fehlerkalküls *in concreto* sei nichts als das Produkt einer dem Rechtsverfahren nicht adäquaten Vorstellung, die die Wechselbezüglichkeit als Relationsmodus der Rechtserscheinungen zueinander nicht erfasse, bestimmte, in der Vergangenheit liegende Momente des Rechtsverfahrens aufgrund von rechtswissenschaftlich konstruierten normativen Ansprüchen priorisiere und das Verhältnis zwischen Rechtswissenschaft und positivem Recht zu kurz fasse. Die Widerlegung des Merklschen Modells durch Sander kulminiert in der Vergewisserung, „das Recht kalkuliert nicht mit Fehlern, welche die Rechtswissenschaft macht[,] und es kalkuliert nicht mit eigenen Fehlern, welche niemals vorhanden sind, weil das Recht vom Grundaxiom der Zuständigkeit beherrscht ist".[793] Das Rechtsverfahren richte sich nicht unbedingt an den Denk- und Sprachgesetzen aus und orientiere sich auch nicht notwendig an irgendeinem anderen Validationssystem, das sich unabhängig von den Entscheidungen der Rechtsorgane konstituiere. Das Rechtsverfahren lese die weltlichen Ereignisse neu, indem es Rechtssätze und rechtserhebliche Tatbestände in autoritativen Urteilen der zuständigen Rechtsorgane verknüpfe und Rechtsbedeutungen konstituiere, die durch weitere Anknüpfungen stabilisiert werden könnten. Das Recht differenziere sich als souveräne, autonome Sinnsphäre aus, indem es autoritativ seine eigenen Bedeutungen durch zuständige Urteile der Rechtsorgane, ja seine eigene für sich selbst relevante Wahrheit schaffe, die durchgängig im Rechtsverfahren neu aktualisiert und zum Ausdruck gebracht würde, damit wiederum Macht in der Gesellschaft rechtlich

[791] *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 287.
[792] *Sander*, [Buchbesprechung] Sauer, Grundlagen des Prozeßrechtes. (Anm. 219), S. 543.
[793] *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 16), Sp. 31.

strukturiere und verteile, indem sie rechtlich interpretiert und schematisiert werde. „‚Zuständigkeit' ist das rechtsbegriffliche Symbol der metarechtlichen ‚Macht', das Recht richtet sich nicht auf ‚logische Richtigkeit', sondern auf ‚Macht', es ist kein Phänomen der ‚Logik', sondern ein Phänomen der ‚Macht'".[794]

F. Primat der Rechtswissenschaft vs. Primat des Rechtsverfahrens

Die Merkl–Sander-Kontroverse ist insbesondere durch ein Argumentationsmanöver Merkls charakterisiert, das die Frage des ‚Ob' der ‚Rechtsfehler' mit der ‚Wer-Frage' nach dem Erkenntnissubjekt fusioniert und die ganze Rechtsfehlerproblematik über den Weg des Verhältnisses der Rechtswissenschaft zum positiven Recht auf eine besondere Weise aufrollt. Denn auf die Provokation Sanders über den „absolute[n]" Ausleger"[795] der Rechtsanforderungen reagierte Merkl mit seinem Plädoyer für eine qualifizierte Form der Rechtserkenntnis: Der Rechtswissenschaft gebühre die Deutungshoheit über die ‚Richtigkeit' bzw. ‚Rechtsmäßigkeit' der Rechtserscheinungen; dies habe Sander überraschend und unverständlicherweise bestritten. Die (erste) entscheidende Fragestellung der Debatte lag dementsprechend nicht in der bloßen Erkennbarkeit der Rechtsfehler, sondern in der *rechtswissenschaftlichen* Erkennbarkeit. Die Merklsche Gegenüberstellung des Primats der Erkenntnis zu dem Primat der Rechtsanwendung ist die Gegenüberstellung der rechtswissenschaftlichen Interpretation des Rechtsrahmens zu den Rechtsentscheidungen der Organe im Rechtsverfahren. Und dies mitunter auch auf der Ebene der Rechtsgeltung, denn Merkl bemühte sich darum, der „staunenswerte[n] Entschiedenheit"[796] entgegenzuwirken, mit der Sander zu meinen schien, dass jeder Anwendungsakt eines Organes mit der Rechtskraft versehen werden könnte.[797]

Die Opposition zwischen den Modellen eines Primats der Rechtswissenschaft à la Merkl und eines Primats des Rechtsverfahrens à la Sander lässt sich zusammenfassend anhand von zwei unterschiedlichen Fragestellungen auf den Punkt bringen:

– Die Frage der epistemischen Deutungshoheit: Ist es möglich, *rechtswissenschaftlich* sinnvoll von ‚rechtlichen Fehlern', ‚mangelhaften Rechtserscheinungen' und dergleichen zu reden? Anders gewendet: Kann die Rechtswissenschaft losgelöst vom Rechtsverfahren ‚Rechtsfehler' der Organe erkennen? Diese

[794] *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 16), Sp. 31. Vgl. *Kletzer*, Primitive Law (Anm. 245). S. 272; *Christoph Kletzer*, The Germ of Law, in: Christoph Bezemek/Michael Potacs/Alexander Somek (Hrsg.), Vienna Lectures on Legal Philosophy, V. 1: Legal Positivism, Institutionalism and Globalisation, Oxford/London/New York/New Delhi/Sidney, S. 1–21 (17).

[795] *Sander*, Rechtswissenschaft und Materialismus (Anm. 438), S. 351. Zur Konstruktion Merkls, die durch die Provokation Sanders in Frage gestellt wurde, vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 276–278, 285–287.

[796] *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 446 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (241).

[797] Vgl. *Sander*, Rechtswissenschaft und Materialismus (Anm. 438), S. 351.

erste Perplexität betrifft das Repertoire der zulässigen, weil geeigneten, rechtswissenschaftlichen Kategorien für die Beschreibung von Struktur und Dynamik des Rechts und wirft die Frage der Zugehörigkeit des Begriffs der ‚Rechtsfehler' zu diesem Repertoire auf. Mit dieser Frage geht die notwendige Festlegung von Kriterien einher, anhand derer ‚Fehler' des Rechtsanwenders/Rechtsorgans erkannt werden können. Sie erfordert zugleich eine mehr oder weniger umfassende Kartierung der Rechtsfehlerhypothesen, sowie einen hinreichend präzisen und brauchbaren Rechtsfehlerbegriff. Anders gesagt: Wird die Frage nach der rechtswissenschaftlichen Erkennbarkeit von ‚Rechtsfehlern' aufgeworfen, muss die Bestimmung des ‚Was' und ‚Wie' der Rechtserkenntnis eindeutig geklärt werden.

– Die ‚Fehler-Folgen-Frage' bzw. die Frage der konstitutiven Entscheidungshoheit: Was folgt aus der *rechtswissenschaftlichen* Erkenntnis, bei der Rechtserzeugung bzw. Rechtsanwendung seien von dem zuständigen Rechtsorgan ‚Rechtsfehler' begangen worden? Diese Frage adressiert die Konsequenzen der intellektuellen Feststellung der wie auch immer zu bestimmenden ‚Fehlerhaftigkeit' eines Akts, der mit der Prätention der Rechtlichkeit bzw. wenigstens nach seiner Selbstdeutung als *Rechts*akt gesetzt wurde. Zu wissen, ob die erkenntnismäßige Bestimmung der (teilweisen oder vollständigen) ‚Unrichtigkeit' bzw. ‚Rechtswidrigkeit' eines Akts dessen Geltung kompromittiert und unter welchen Umständen, wird auf dieser Ebene diskutiert.

Die Idee eines Primats, wie sie in der Merkl–Sander-Kontroverse durchdekliniert wurde, bezieht sich also letztendlich auf die Bestimmung der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Rechtserscheinung und damit sowohl auf die Erkenntnisebene als auch auf die rechtskonstitutive Ebene der Entscheidung über Rechtsmäßigkeit/Rechtwidrigkeit und Geltung. In letzter Radikalität betrifft die Kontrastierung der Primate die Macht des definitiven autoritativen Worts zu Rechtsgeltungsfragen und es kommt dabei auf die rechtskräftige Determinierung der rechtlichen ‚Fehlerhaftigkeit' oder der ‚Richtigkeit' der Rechtsoperationen (Erzeugung, Anwendung oder Vernichtung) an. Aber schon auf der Ebene der Beschreibbarkeit von bestimmten Rechtsoperationen als ‚fehlerhaft' entfachte sich ein nicht weniger virulenter Streitpunkt.

Mit seiner Theorie des Stufenbaus strukturierte Merkl seine Ansicht über die Eigengesetzlichkeit des Rechts, laut der das Rechtssystem seine eigene Erzeugung (mittels Ermächtigungsnormen) und Änderung bzw. Aufhebung (mittels Derogationsnormen) regelt und aus der Beharrungstendenz (Rechtskraftlehre) geregelte Beweglichkeit wird. Mit der Stufenbaulehre kam er auch auf das Problem der Rechtserscheinungen, welche die Bedingungen für ihre Erzeugung oder Vernichtung nicht erfüllen, und in dieser Lehre fand er dann ein Schema für die Beschreibung der ‚Rechtsfehler' als Formen der Rechtserzeugungswidrigkeit oder Rechtsänderungswidrigkeit. Maßstab dafür seien die systeminternen Erzeugungsregeln, die mit Bezug auf die Sprach- und Denkgesetze rechtswissenschaftlich zu

interpretieren seien. Die Funktionsweise des Rechts lege es nahe, dass die Organe rechtlich irren könnten und dies habe die Rechtswissenschaft zu beschreiben: Die bedingenden Normen legten „die Grenzen fest, ab welcher eine Zeichenfolge als Norm gedeutet werden soll" und dabei legen sie ebenso „das Intervall fest, innerhalb dessen Normen zunächst als erzeugt gelten",[798] aber aufgrund der Nicht-Erfüllung bestimmter (Rechtmäßigkeits-)Anforderungen von der Rechtwissenschaft als ‚fehlerhaft' zu bezeichnen seien. Für die Geltung dieser ‚fehlerhaften' Rechtserscheinungen sorge der positivrechtliche Fehlerkalkül. Mit diesem Konstrukt eines Primats der Rechtswissenschaft gegenüber der Rechtsanwendung meinte Merkl, für das „wahre richtige Recht"[799] Partei zu ergreifen. Zunächst bloß auf der epistemischen Ebene durch rechtswissenschaftliche Benennung und Behandlung der ‚Rechtsfehler' als solche. Innerhalb der durch den Fehlerkalkül gezogenen Fehlertoleranz wird den vom positiven Recht zur Rechtsanwendung berufenen Akteuren in voller Konsonanz mit dem Forschungsprogramm der Reinen Rechtslehre weitgehend die Entscheidungshoheit über die Rechtlichkeit der Rechtserscheinungen zugesprochen. Bei Ausschöpfung des Fehlerkalküls aber wird bestimmten Entscheidungen der Organe von der Rechtswissenschaft die rechtliche Qualität negiert. Unter gewissen Umständen fordert die Rechtswissenschaft ihr Primat auch auf der Geltungsebene ein.

Sander machte seinerseits durch immanente Kritik auf die Inkonsistenzen von Merkls Eigengesetzlichkeitslehre aufmerksam und bezichtigte die Deutung der laut der Rechtsdogmatik außerhalb des Bedeutungsrahmens der bedingenden Normen getroffenen Organentscheidungen als unwirksam der ‚Naturrechtlerei'. Bald bemühte er sich um die Entwicklung einer eigenen Theorie der Eigengesetzlichkeit, die das Entsprechungsdenken bzw. den „Ableitungsgedanken"[800] von Merkls Modell durch die Wechselbestimmung als Modus der Verhältnisse der Rechtserscheinungen zueinander ersetzt und die Funktionsweise des Rechts anders begreift. Dabei arbeitet Sander sein Modell des Rechts als ein Zu-Recht-Erkenntnisverfahren aus – das Recht sei ein spezifischer (Deutungs-)Mechanismus der Abschattung der Welt, im Rahmen dessen die rechtliche Relevanz von Operationen konstituiert wird. Die Rechtswissenschaft habe als Rechts(verfahrens)theorie über diese Operationen lediglich zu reflektieren. Die Frage nach der ‚Fehlerhaftigkeit' der Organentscheidungen stellt sich dabei nicht. Die Begrifflichkeit Merkls bezeuge die Ausschaltung des Organmoments des Rechtsverfahrens. Er gehe durchgängig von der Möglichkeit aus, rechtswissenschaftlich den verbindlichen Rechtsrahmen unabhängig von den Organkoordinaten zu bestimmen und bejahe damit letztendlich

---

[798] Zwei Zitate: *Otto Pfersmann*, Das Problem eines normativen Empirismus, in: Friedrich Koja/Otto Pfersmann (Hrsg.), Frankreich–Österreich. Wechselseitige Wahrnehmung und wechselseitiger Einfluß seit 1918, Wien/Köln/Graz 1994, S. 159–181 (168).

[799] *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 463 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (246).

[800] Begriff in: *András Jakab*, Probleme der Stufenbaulehre. Das Scheitern des Ableitungsgedankens und die Aussichten der Reinen Rechtslehre, in: Archiv für Rechts und Sozialphilosophie 91 (2005), S. 333–365.

die Bestimmung der Rechtsgrenzen durch die Rechtswissenschaft. Die Vorstellung der ‚Rechtsfehler' sei nur ein weiteres Kapitel der dogmatischen „Rechtsmythologie",[801] denn sie sei auf die Spaltung des Rechts in eine ideelle, naturrechtliche Ordnung der Rechtserkenntnis und eine defektive positivrechtliche Ordnung der Anwendung zurückzuführen – der Ersteren stünde ein Primat über die Letztere zu. Die Negation des Rechtscharakters der von Merkl selbsterfundenem Fehlerkalkül nicht gedeckten Rechtserscheinungen bedeute die Einsetzung der Rechtswissenschaft als Rechtsquelle, wiederum: Naturrecht.

Eine schematische Darstellung der konkurrierenden Modelle ausgehend von den Diskursangeboten, wie sie in der Merkl–Sander-Kontroverse formuliert wurden, könnte so aussehen:

Primat-Modelle / *Fragestellungen*	*Merkls Primat der Rechtswissenschaft*	*Sanders Primat des Rechtsverfahrens*
Tauglichkeit von ‚fehlerhafter Rechtserscheinung' bzw. ‚rechtswidrigem Recht' als *rechtswissenschaftliche* Kategorie	Ja.	Nein.
Rechtlichkeit bzw. Geltung einer – laut der *rechtswissenschaftlichen* Vernunft – ‚fehlerhaften Entscheidung'/des ‚rechtswidrigen Rechts'	Jein. (Denn: Fehlerkalkül)	Ja.[802]

Primat der Rechtswissenschaft vs. Primat des Rechtsverfahrens

Die durch das ‚Jein' in der obigen Darstellung vermittelte Zögerung soll auf die Unmöglichkeit einer pauschalen Antwort auf die einschlägige Fragestellung bei der Rekonstruktion desjenigen Modells hinweisen, das für sich selbst zunächst die Bezeichnung eines „Primats der Rechtswissenschaft" ausgesucht hat – das Modell Merkls.[803] Durch die Einführung des ‚Fehlerkalküls' schob Merkl die negative Antwort auf die Frage nach der Rechtlichkeit eines objektiv durch die Rechtswissenschaft als solchen erkannten ‚fehlerhaften Akts' vorübergehend beiseite. Gedeckt durch den Fehlerkalkül gelte auch der Rechtsakt, dessen ‚Fehlerhaftigkeit' von der Rechtswissenschaft gegen die Deutung durch die Rechtsorgane behauptet wird.

Die Schematisierung der Modelle anhand der obigen Fragestellungsmatrix versucht Ordnung zu stiften und damit Klarheit zu schaffen, wo sie ursprünglich nicht unbedingt vorhanden waren. Im Eifer des Gefechts wurden Kritik und Gegenkri-

[801] Begriff in: *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 196), S. 608.

[802] Wobei radikal gesehen, innerhalb eines zu Ende gedachten Primats des Rechtverfahrens, diese Fragestellung nicht einmal sinnvoll formuliert werden könnte, denn es wäre keine sinnvolle rechtswissenschaftliche Erkenntnis über ‚Rechtsfehler' möglich, die das im Rechtsverfahren produzierte Wissen des Rechts konterkarieren könnte.

[803] Vgl. *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 463–465 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (243–252). Vgl. auch *Verdross*, Antinomie (Anm. 441), S. 169 f.

tik nicht immer differenziert genug artikuliert und die verschiedenen Ebenen der Problematik nicht konsequent auseinandergehalten, was hier und da gegenseitige Karikierungen förderte, die in ungeschickten, eher verschleiernden Formulierungen den Kern der jeweils gegnerischen Positionen ausmachen wollten. Je mehr die Debatte an Virulenz gewann und in Polemik entartete, desto weniger wohlwollend bzw. charitativ haben sich die Kontrahenten gegenseitig interpretiert. Innerhalb der Wiener Schule wurde ein zum Teil hochspezialisierter Diskurs geführt, der nicht ohne weiteres zugänglich war bzw. nicht immer zum Zugang eingeladen hat;[804] die Rekonstruktion der Streitpunkte anhand der Gegenüberstellung der Primatenmodelle bezweckt, die Debatte zu strukturieren, kann und darf aber nicht der Versuchung erliegen, die Positionen der Kontrahenten in die jeweiligen Modelle hinein pressen zu wollen.

Bei der Kontrastierung der Modelle Merkls und Sanders wurde bei der jeweiligen Begründungsstrategie angesetzt, die die Behauptung oder Leugnung der Tauglichkeit des Begriffs ‚Rechtsfehler' als rechtswissenschaftliche Kategorie plausibilisiert. Dabei sollte deutlich geworden sein, dass sich die unterschiedlichen Modelle auf verschiedene Einsichten über das Funktionieren des Rechts stützen. Die jeweiligen Eigengesetzlichkeitstheorien haben Implikationen für die rechtswissenschaftliche Begriffsbildung, die sich dann in den Ideen der unterschiedlichen Primatenmodelle manifestierten, die wiederum das Verhältnis zwischen Rechtswissenschaft und Recht thematisierten. Hier interessierten insbesondere die Strategien der jeweiligen Rechtstheorien Merkls und Sanders zum Umgang mit dem Problem der ‚Rechtsfehler' – der Merklsche Fehlerkalkül und die Sandersche Wechselbestimmung.

Dem Credo der Wiener Schule der Rechtstheorie war es inhärent, dass die lediglich Erkenntnisfunktion leistende Rechtswissenschaft kein Recht anwenden bzw. erzeugen könne. Das Problem der ‚Rechtsfehler' stellte aber eine Herausforderung an die konsequente Ausführung des allen gemeinsamen Forschungsprogramms dar. Unumstrittene Prämissen wurden im Zusammenhang einer schulimmanenten Kontroverse mit erheblich unterschiedlichen Auffassungen durchdekliniert. Merkl und Sander waren nicht die einzigen, die sich dazu gemeldet haben.

G. Die Ausstrahlung der Kontroverse

Die Merkl–Sander-Kontroverse um das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' steckte nahezu die ganze Wiener Schule aus der Zeit Kelsens in Wien an. Alle seine Habilitanden und manche anderen Mitglieder seines Kreises bezogen Stellung zu diesem Themenkomplex, wenn auch nicht notwendig zeitnah in der heißen Phase

[804] Wie nicht selten in ‚schulinternen' Debatten! Vgl. etwa *Andreas Funke*, Varianten sprachpragmatischer Rechtsphilosophie, in: Martin Borowski/Stanley L. Paulson/Jan-Reinhard Sieckmann (Hrsg.), Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System, Tübingen 2017, S. 239–262 (239).

Anfang der 1920er Jahre und auch nicht immer mit einer deutlichen Stellungnahme für oder gegen die von Merkl oder Sander vertretenen Ansichten. Einige positionierten sich ausdrücklich zur Kontroverse als solcher, andere beschäftigten sich ausschließlich und individuell mit den Thesen Merkls[805] unter Vernachlässigung des Beitrags von Sander – oder umgekehrt, das aber eher selten –, und in manchen Fällen wurde das Thema der Kontroverse aufgegriffen, ohne dass die Kontroverse an sich thematisiert wurde.

Die schulimmanente Schlacht wird ohnehin überwiegend innerhalb der von Merkl und Sander gesetzten Grenzen ausgefochten.[806] Sich – wenn auch stillschweigend – auf die Sandersche Herausforderung einlassend, eine rechtspositivistische Lösung für das Problem der theoretischen Deutung jener Rechtsänderungen zu denken, die sich anscheinend nicht entsprechend den Maßgaben des Rechts ereignen, treffen bzw. spalten sich die verschiedenen Ansätze auf dem „Hauptkriegsschauplatz“: „das Verhältnis von Recht und Rechtswissenschaft“.[807] Die Diskussion drehte sich dabei hauptsächlich um die Möglichkeit einer rechtswissenschaftlichen Überprüfung der Geltung und Rechtmäßigkeit von Entscheidungen der Organe (Ebene der Deutungshoheit), um dann die Konsequenzen einer solchen Überprüfung zu problematisieren (Ebene der Entscheidungshoheit). Weniger oft versuchten einige der am Diskurs Teilnehmenden eigene Lesearten des Umgangs des positiven Rechts mit ‚fehlerhaften Rechtserscheinungen‘ anzubieten.

Die Umsetzung des für die Wiener Schule typischen „rechtskritischen Motiv[s] der Abwehr pseudowissenschaftlicher Grenzüberschreitungen seitens der Rechtsgelehrten“[808] sorgte für Unstimmigkeiten nicht nur zwischen Sander und Merkl. Nicht immer wurde wenigstens eine minimale Klarheit darüber erreicht, was eigentlich zur Debatte stand, wenn um das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts‘ bzw. der ‚fehlerhaften Organhandlungen‘ gestritten wurde. Einige der Teilnehmenden

---

[805] Vgl. z. B. *Walter Henrich*, Zur Theorie der Rechtskraft. Auseinandersetzung mit Adolf Merkls Lehre von der Rechtskraft, in: Archiv des öffentlichen Rechts 46 (1924), S. 329–350; *Walter Henrich*, Dr. Adolf Merkl, a. ö. Professor an der Universität in Wien, Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung (Wiener Staatswissenschaftliche Studien. Begründet von E. Bernatzik und E. Philippovich. Herausgegeben in Verbindung mit Friedrich Wieser und Othmar Spann von Hans Kelsen. 15. Band, 2. Heft [Schluss der alten Folge], Leipzig und Wien, Verlag Franz Deuticke, 1923), in: Gerichts-Zeitung 75 (1924), S. 14–15. Vgl. auch *Leonidas Pitamic*, Zur neuesten Rechtskraftlehre, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 4 (1924), S. 160–164, der sich mit der Rechtskraftlehre Merkls beschäftigt und dabei die Theorie des Fehlerkalküls ausblendet.

[806] Die nachstehenden Seiten bemühen sich ausschließlich um eine Rekonstruktion und Einordnung der Positionen einiger Schüler Kelsens zum Themenkreis der Merkl–Sander-Kontroverse; von einer systematische Darstellung der jeweiligen Positionen im Kontext der eigenen rechtstheoretischen Modelle dieser weiteren Debattenteilnehmer wird bewusst abgesehen. Die verschiedenen Schüler-Beiträge werden vor dem Hintergrund des Forschungsprogramms der Wiener Schule gelesen.

[807] Zwei Zitate: *Emanuel Winternitz*, Zum Gegenstandsproblem der Rechtstheorie. Kritische Bemerkungen zu Fritz Sanders „Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz: Kelsens Rechtslehre“, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1922/1923), S. 684–698 (690).

[808] *Kaufmann*, Kriterien des Rechts (Anm. 293), S. 147.

an diesem Forschungsgespräch gaben die Rolle des engagierten Beobachters und bemühten sich um Systematisierung,[809] manchmal schon ohne Erfolg bei der Isolierung der Streitfragen. Wiewohl sich manche der Debattierenden eigene originelle Auswege zu Sanders Vexierfrage erdacht haben, lassen sich mit Vorsicht einige dieser Lösungen mittels des Merklschen Schemas[810] entweder als Befürwortung eines Primats der Rechtserkenntnis oder eines Primats der Rechtsanwendung einsortieren, bzw. sich innerhalb des Spektrums extremerer Varianten dieser Primate platzieren. Mit der Einführung der Rechtswissenschaft als wählbare Kandidatin in dem Disput um die Deutungshoheit und Entscheidungshoheit über die Fehlerhaftigkeit der Rechtsoperationen durch Merkl entfaltete sich die Kontroverse im Wesentlichen um deren Rolle: Ob und inwieweit die Rechtswissenschaft diesbezüglich etwas zu melden hat, wurde zur Leitfrage der Debatte.

I. Variationen eines Primats der Rechtserkenntnis

Einzigartige Auswege für das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' finden sich in den Ausführungen von Elisabeth Ephrussi und Felix Kaufmann, die trotz Ähnlichkeiten in der Tendenz doch voneinander abwichen – nicht zuletzt hinsichtlich der philosophischen Ausrichtung. Erstere setzte sich ausschließlich mit der Rechtslehre Merkls auseinander, während Letzterer sich ausdrücklich und ausführlich mit der Merkl–Sander-Kontroverse befasste. Beide votierten für eine Form des Primats der Rechtserkenntnis, unterließen es aber nicht, auf Inkongruenzen und Schwächen des Ansatzes[811] von Merkl hinzuweisen. Die unterschiedlich begründeten Lösungen der beiden Kelsen-Schüler scheinen sich auf eine Differenzierung zwischen der Frage nach der Erkennbarkeit der Rechtsfehler durch die Rechtswissenschaft und die Entscheidbarkeit der Folgen dieser Erkenntnis zu konzentrieren. Dieser Strategie bediente sich etwas später auch Marinus Maurits van Praag, der sich vorwiegend um eine Systematisierung der Debatte um das Problem der ‚fehlerhaften Organhandlungen' innerhalb der Wiener Schule bemühte, sich aber auch nicht davor scheute, Kritik an den Positionen Kelsens, Merkls und Sanders zu üben und hier und da eigene Ansichten darzulegen. Van Praags Ansatz ist jedoch etwas schwerer einzuordnen, da seine Argumentation Züge beider Primate aufzuweisen scheint.

---

[809] So z. B. zeitnah zur Merkl–Sander-Kontroverse *van Praag*, Rechtsfunktionen (Anm. 189), S. 71–97. Vgl. auch die viel später erschienene, in dieser Arbeit schon berücksichtigte Kurzschrift von *Verdross*, Antinomie (Anm. 441).

[810] Wie in dieser Dissertation ausgearbeitet, d. h. die unterschiedlichen Fragestellungen und Ebenen der Debatte berücksichtigend, vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 251–253, 331–335.

[811] Genauer betrachtet könnte hier von Ansätzen Merkls gesprochen werden, denn Ephrussi und Kaufmann beschäftigen sich mit unterschiedlichen Stadien der Rechtslehre Merkls: Ephrussi hatte die Beiträge Merkls zur Auslegungslehre ins Visier genommen, und zwar wie sie in einem Moment entwickelt wurden, als das Konzept des Fehlerkalküls noch nicht ausgearbeitet war; Kaufmann hingegen setzte sich explizit mit der Theorie des Fehlerkalküls auseinander.

1. Primat der Rechtserkenntnis als Primat der individuellen Vernunft?

In Auseinandersetzung mit den „Jugendschriften“[812] Kelsens erklärte Van Praag die Vorstellung einer von der Fehlerhaftigkeit an sich veranlassten „Nichtigkeit eines normsetzenden Organsaktes [sic] […] ohne neuen Organsakt [sic]“ für einen „Wahnbegriff“.[813] Bei der Frage nach der Fehlerhaftigkeit eines Organakts würden sich „die Wege der Rechtsanwendung und der Rechtswissenschaft“ trennen, sodass „Nichtigkeit“ ausschließlich als ein „Begriff der Rechtswissenschaft“ sinnvoll sei, während „die Rechtsanwendung […] nur den Begriff der Vernichtbarkeit“ kenne.[814] Nichtigkeit sei lediglich der Ausdruck der durch die Erkenntnis zu ermittelnden Dissonanz zwischen einer prätendierten rechtsetzenden Handlung und dem Komplex der sie bestimmenden Rechtsnormen. Vernichtbarkeit hingegen existiere als Prädikat in Funktion von kontingenten Rechtswidrigkeitsregimen, sie deute auf das Bestehen der „juristischen Kontrolle“[815] hin. Wann und mit welchen Folgen ein Organakt vernichtbar sei, stelle „eine Frage der positivrechtlichen Regelung“[816] dar und liege nicht am Grad der Fehlerhaftigkeit des Akts.[817]

In real operierenden Rechtsordnungen könne von Nichtigkeit keine Rede sein, sondern nur von Vernichtbarkeit.[818] Aus der erkenntnismäßigen Konstatierung der Fehlerhaftigkeit folge für den Rechtscharakter eines Organakts nichts. Hier stünde man vor der Frage einer ermächtigten Entscheidung und nicht bloß vor einer Erkenntnisfrage. Die Gültigkeit einer Rechtsnorm hänge tatsächlich von ihrer Entsprechung zu sämtlichen Rechtserzeugungsbedingungen ab. Die „Kardinalfrage hierbei ist aber, wer diesen Massstab [sic] hantieren soll“.[819] Über die Kompetenzüberschreitungen der Rechtsorgane könne nur das durch das positive Recht dazu berufene Organe rechtserheblich entscheiden; da die Rechtsnorm „eine Emanation des Rechtsorganes ist, so ist Recht all dasjenige, was dieses Organ als solches setzt“.[820] Eventuell wird die Rechtmäßigkeit der Betätigung des zuständigen Organs von einem weiteren Organ überprüft werden können. „Jede Rechtsordnung muss [aber] notwendigerweise ein letztes ‚Organ‘ anweisen, das über seine eigne [sic] Kompetenz autoritativ entscheidet“.[821] Letztinstanzliche Rechtsakte werden

---

[812] *Van Praag*, Rechtsfunktionen (Anm. 189), S. 88. Vgl. zur früheren Auffassung Kelsens zum Problem des ‚fehlerhaften Staatsaktes‘ sowie des ‚Staatsunrechts‘ oben Erster Teil, Kap. II, S. 105–119.

[813] Zwei Zitate: *Van Praag*, Rechtsfunktionen (Anm. 189), S. 91.

[814] Vier Zitate: *Van Praag*, Rechtsfunktionen (Anm. 189), S. 91.

[815] *Van Praag*, Rechtsfunktionen (Anm. 189), S. 91.

[816] *Van Praag*, Rechtsfunktionen (Anm. 189), S. 91.

[817] Für eine ähnliche, im Grunde genommen ‚Wiener‘ Auffassung zur Unabhängigkeit der Fehlerfolge von der Schwere der Fehler in Auseinandersetzung mit traditionelleren Ansätzen vgl. *Reimer*, Unabhängigkeit von Rechtswirksamkeit und Rechtmäßigkeit (Anm. 633), S. 384–390.

[818] Dabei baut Van Praag auf den Überlegungen Kelsens auf, wie sie in der ‚Allgemeine[n] Staatslehre‘ im Jahre 1925 präsentiert wurden; vgl. unten Zweiter Teil, Kap. VI, S. 360–364.

Van Praag, Rechtsfunktionen (Anm. 189), S. 91.

[819] *Van Praag*, Rechtsfunktionen (Anm. 189), S. 86.

[820] *Van Praag*, Rechtsfunktionen (Anm. 189), S. 94.

[821] *Van Praag*, Rechtsfunktionen (Anm. 189), S. 90.

per definitionem nicht mehr kontrolliert, sodass ab „diesem Stadium die Frage, ob der Organakt [sic] richtig ist, von dem positiven Recht nicht mehr gestellt wird".[822]

Nach alldem gäbe es gute Gründe, um Van Praag als Vertreter eines Primats der Rechtsanwendung zu verbuchen. Dazu kommt noch seine Kritik an Merkls Theorie des Fehlerkalküls. Einerseits verschiebe sie nur die Schwierigkeit, indem sie von einer Modifikation der Rechtserzeugungsregel durch die Bestimmungen des Fehlerkalküls ausginge, denn es müsse immer noch entschieden werden, ob die Minimalbedingungen der Rechtserzeugung erfüllt worden seien oder nicht. Andererseits sei das Konzept eines *Selbst-Canceling* einiger Anforderungen an die Rechtserzeugung durch andere Rechtsnormen derselben Rechtsordnung unvereinbar mit der „Grundwahrheit der Widerspruchslosigkeit"[823] eines Rechtssystems.

Van Praag beharrt indes darauf, dass die Frage nach der Rechtmäßigkeit einer rechtskräftigen Rechtserscheinung „vernünftigerweise" wohl gestellt werden dürfe. Nicht nur die „Wissenschaft kann selbstverständlich an […] Hand der ihr zu Gebote stehenden Kriterien in dieser Angelegenheit urteilen",[824] sondern die Frage wird „nach der Rechtsmäßigkeit jeder Rechtsnorm, auf welcher Stufe es auch sei, […] durch die Vernunft des urteilenden Individuums, das diese Norm angeht, entschieden".[825] Auf die „die Quintessenz der Sache" ausmachende Fragestellung, „wer zu entscheiden hat, ob eine von einem obrigkeitlichen Organ festgesetzte Norm gültig ist oder nicht",[826] scheint Van Praag in einem letzten Kniff – nach einigen, sich deutlich zu einem wenig nuancierten Primat der Rechtsanwendung neigenden Überlegungen – mit einem unerwarteten „jeder" zu antworten: Jeder hat zu eigenem Nutzen und Lasten zu entscheiden, ob ein mit der Prätention der Rechtlichkeit auftauchender Akt dem Rechtssystem nach ein Rechtsakt ist. Darin sieht er den wahren, zuzustimmenden Kern des Merklschen Primats der Rechtserkenntnis.[827] Den radikalen letzten Schritt Merkls, eine außerhalb des Rechtsverfahrens liegende Instanz mangels Fehlerkalküls zur Normverwerfung zu ermächtigen, macht Van Praag allerdings nicht mit. Weder die individuelle Entscheidung noch die rechtswissenschaftliche Untersuchung könne sich an die Stelle des zuständigen Rechtsorgans setzen. Seine hin und her wandernden Überlegungen zur Deutungshoheit der individuellen Vernunft bergen in sich die Möglichkeit radikaler Dezentralisierung der Rechtskompetenzen, denn das allumfassende Unwirksam-Werden der von den Rechtsunterworfenen als ‚fehlerhaft' beurteilten Organentscheidungen vermöge, ihre Geltung in Frage zu stellen.

In Bezug auf die Frage nach der Tauglichkeit der rechtswissenschaftlichen Kategorie der Rechtsfehler reiht sich Van Praag bei denjenigen ein, die einen kri-

---

822 *Van Praag*, Rechtsfunktionen (Anm. 189), S. 93.
823 *Van Praag*, Rechtsfunktionen (Anm. 189), S. 85.
824 Zwei Zitate; *Van Praag*, Rechtsfunktionen (Anm. 189), S. 94 f.
825 *Van Praag*, Rechtsfunktionen (Anm. 189), S. 96 f.
826 *Van Praag*, Rechtsfunktionen (Anm. 189), S. 88.
827 Vgl. *Van Praag*, Rechtsfunktionen (Anm. 189), S. 96 f. Eine ähnliche Rekonstruktion des Fehlerkalküls – freilich ohne Bezug auf den Beitrag Van Praags – findet sich in *Faig*, Beziehungsprobleme (Anm. 607), S. 220.

tischen wissenschaftlichen Diskurs über die Rechtmäßigkeit der Organakte für berechtigt halten. Er führt die Unterscheidung zwischen Nichtigkeit und Vernichtbarkeit als Marker einer Unterscheidung zwischen Rechtserkenntnis bzw. Rechtswissenschaft und Rechtserzeugung bzw. Rechtsanwendung ein. Auf dieser Ebene der Problematik lässt sich seine Auffassung dementsprechend im Kontrast zu Sanders Fehlerleugnung als eine moderate Variante des Primats der Rechtserkenntnis deuten, womit er Ephrussi und Kaufmann Begleitung leistet.

2. (Moderates) Primat der Rechtserkenntnis als Primat der Rechtswissenschaft

a) Die Rolle der Rechtswissenschaft

Im Zentrum des rechtstheoretischen Denkens von Ephrussi steht die Auslegungslehre, denn sie teilt mit Merkl die Ansicht, die prononciertere Funktion der Jurisprudenz sei die Interpretation des positiven Rechts.[828] „Die Rechtswissenschaft ist in sich, in ihrer Funktion und Methode immer interpretierend und das Recht ist in allen seinen Erscheinungen […] immer interpretiert".[829] Dabei sei die Rechtswissenschaft „das Logisch-Primäre und Konstituierende – das Recht das Sekundäre und Konstituierte".[830]

Bei seiner (inzipienten, frühen) Begründung des Primats der Rechtswissenschaft verwechsle Merkl – so Ephrussi – aber gewissermaßen das Verhältnis zwischen Rechtswissenschaft und Recht mit dem innerhalb des Rechtserzeugungszusammenhangs funktionierenden eigengesetzlichen Delegationsmechanismus, d. h. mit den rechtsimmanenten Beziehungen zwischen den Normen und Entscheidungen qua normsetzender Akte. Dies weil er meine, bei der Frage nach der rechtswissenschaftlichen Auslegung des Rechts die Präzedenz der grammatischen und logischen Auslegung gegenüber allen anderen Auslegungsmitteln „kraft einer Verweisung des Gesetzes"[831] auf die Denk- und Sprachgesetze rechtfertigen zu können. „Vor und außer aller Delegation"[832] ist nach Ephrussi indes die Auslegung eine Erkenntnisfunktion und als solche *par excellence* eine Aufgabe der Rechtswissenschaft. Dabei präzisiert sie Merkls Rede eines Primats der Rechtserkenntnis – so könnte man es lesen – dahingehend, dass sie die Rechtswissenschaft als eine „ideale Einheit der fortschreitenden Erkenntnis, in der sich das Recht darstellt",[833] begreift, und jene als Subjekt dieser Erkenntnis behandelt. Es geht somit nicht um „die Meinung eines, noch auch einer Mehrheit von Gelehrten",[834] sondern um die unendliche Aufgabe der kognitiven Erschließung des Inhalts des geltenden

---

[828] Vgl. *Merkl*, Interpretationsproblem (Anm. 434), S. 537, 540 = Merkl-GS I/1, S. 63–84 (64, 67).

[829] *Elisabeth Ephrussi*, Interpretation und Analogie, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 4 (1924), S. 132–159 (132).

[830] *Ephrussi*, Interpretation und Analogie (Anm. 829), S. 132.

[831] *Merkl*, Interpretationsproblem (Anm. 434), S. 552 = Merkl-GS I/1, S. 63–84 (79).

[832] *Ephrussi*, Interpretation und Analogie (Anm. 829), S. 133.

[833] *Ephrussi*, Interpretation und Analogie (Anm. 829), S. 134.

[834] *Ephrussi*, Interpretation und Analogie (Anm. 829), S. 134.

Rechts.[835] Diese Aufgabe sei hermeneutisch konstitutiv,[836] was nichts anderes bedeutet, als dass sie ihren Gegenstand – die Rechtserscheinungen – kontinuierlich als ein in dieser Form vorher nicht gegebenes einheitliches System ‚erzeugt'.[837] Besonders kritisch wendet sich Ephrussi in diesem Zusammenhang gegen die typisch Merklsche Metaphorik, welche wichtige Erkenntnisschritte vernebeln würde. Es sei nicht unmittelbar zu erschließen, was eigentlich mit einer ‚Geltung der Denk- und Sprachgesetze kraft Verweisung' gemeint sei.[838] Die Missverständnis trächtige Formulierung erlaube den Vorwurf der Verwechslung der Rechtserkenntnis- mit der Rechtserzeugungsebene. Ein Vorwurf, den Sander tatsächlich mit der Figur der „Rechtswissenschaft als (Un-)Rechtsquelle"[839] – in die andere Richtung gewendet – erhoben hat.

Einen Diskurs über die Erfüllung oder Nicht-Erfüllung der Rechtserzeugungsregeln durch die zuständigen Organe habe für Ephrussi und Kaufmann wie für Merkl die Rechtswissenschaft zu führen, denn die Frage nach der Entsprechung zwischen bedingenden und bedingten Normen sei eine Erkenntnisfrage. „Die Unmöglichkeit" dabei zu einer „‚endgültigen' exakten Entscheidung zu gelangen"[840] ist nach Kaufmann allen Erfahrungswissenschaften gemeinsam und keine Besonderheit der Rechtswissenschaften;[841] daher könne sie nicht als Grund für die Bestreitung der Überprüfung der Richtigkeit durch die Jurisprudenz angeführt werden. Keiner von den beiden ist aber bereit, den nächsten Schritt von Merkl mitzugehen und der Rechtswissenschaft in Grenzfällen eine rechtskonstitutive bzw. deskonstituierende Funktion zuzusprechen. Sie bemühen sich um eine Unterscheidung, die bei Merkl nicht hinreichend klar vorkommt und die er bewusst nicht auf letztinstanzliche Entscheidungen angewendet hat.

---

[835] „Kein Gesetz hat einen Sinn außer und vor seiner Auffassung – es hat nur insoferne es aufgefaßt, interpretiert ist, Sinn" (*Ephrussi*, Interpretation und Analogie [Anm. 829], S. 136).

[836] Zur rechtstheoretischen Auffassung Ephrussis und deren hermeneutischen Konturen vgl. *Clemens Jabloner*, Frühe Autorinnen der Zeitschrift für öffentliches Recht, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 69 (2014), S. 637–654 (640–646); *Jan Schröder*, Elisabeth Ephrussi – die erste juristische Hermeneutikerin, in: Luigi Cataldi Madonna (Hrsg.), Naturalistische Hermeneutik. Ein neues Paradigma des Verstehens und Interpretierens, Würzburg 2013, S. 93–109.

[837] Zur epistemischen Konstitution des Auslegungsgegenstands im Gegensatz zu den rechtsgeltungskonstitutiven Entscheidungen der Organe vgl. in ähnlicher Form *Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein (Anm. 118), S. 47–49.

[838] *Ephrussi*, Interpretation und Analogie (Anm. 829), S. 135.

[839] Vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 315–317.

[840] *Kaufmann*, Kriterien des Rechts (Anm. 293), S. 154.

[841] Anders als Ephrussi sieht Kaufmann die Rechtswissenschaft nicht als eine hermeneutische Disziplin schlechthin, sondern gliedert die rechtswissenschaftliche Beschäftigung mit dem Recht differenziert in (reine) Wesenslehre und dogmatische Erfahrungswissenschaft und versucht die Rechtswissenschaften phänomenologisch zu fundieren. Zum Rechtswissenschaftsverständnis von Kaufmann vgl. *Giuliana Stella*, I giuristi di Husserl. L'interpretazione fenomenologica del diritto, Milano 1990. Kritisch: *Gustav Adolf Walz*, Kritik der phänomenologischen reinen Rechtslehre Felix Kaufmanns. Aphorismen zur Rechtstheorie, Stuttgart 1928.

b) Erkennbarkeit und Entscheidbarkeit

Die Rechtserkenntnis bedürfe keiner Sanktionierung durch das positive Recht, sie vermöge aber auch nicht die positivrechtliche Geltung zu beeinflussen – darauf scheinen die Ausführungen von Ephrussi wie von Kaufmann hinauszulaufen. Für das Problem der ‚fehlerhaften Rechtserzeugung' bedeutet dies konkret, dass die Rechtswissenschaft z. B. in Bezug auf das Verhältnis zwischen Gesetz und richterlicher Entscheidung „über den Einklang von Gesetzessinn und Urteilssinn"[842] urteilen könne. Ein eventuelles „Urteil der Nichtübereinstimmung bedeutet aber noch nicht das Urteil der Nichtgeltung".[843] Eine Erkenntnisoperation sei nicht in der Lage, Veränderungen des Erkenntnisgegenstands zu veranlassen. Die nicht zu bestreitende Existenz von Antinomien innerhalb der Rechtsordnung beeinträchtige nicht die Sinneinheit des Rechts, die nicht als logische Widerspruchsfreiheit zu verstehen, sondern als dynamische Erzeugung aus einem gemeinsamen Ursprung zu erfassen sei. Der Widerstreit zwischen Rechtsnormen setze die Einheit des Validationssystems voraus und sei nur innerhalb eines durch dieses einheitliche System gesteckten Rahmens erkennbar. Die gleichzeitige Zugehörigkeit verschiedener Normen „zum selben Rechtssystem braucht nicht übereinzustimmen mit ihrer logischen Widerspruchslosigkeit untereinander, vielmehr bleibt eine mögliche Divergenz für die Wissenschaft prinzipiell erkennbar".[844]

Die Rechtswissenschaft ‚erzeuge', wie ausgeführt, das Recht lediglich hermeneutisch, d. h. sie konstituiere das Recht nur im epistemischen Sinne; der Praxis stehe die Erzeugung wie die Derogation des Rechts im eigentlichen Sinne zu. Nur die Entscheidungen der zuständigen Organe verfügten über die Rechtsfolgen eines Tatbestands. Dies verhindere aber nicht, dass gemessen an der durch die Rechtswissenschaft aufgrund der Rechtsmaterialen abgesteckten Grenzen für die Rechtserzeugung ‚Rechtsfehler' identifiziert werden könnten. Für die „Übereinstimmung" zwischen bedingenden und bedingten Rechtserscheinungen gebe es „keine apriorische Gewähr" und die „Feststellung ihres Vorhandenseins fällt ganz in den Bereich der Erkenntnis".[845] Die erkenntnismäßig konstatierten Widersprüche seien aber nicht rechtlich, sie würden die Einheit des Systems nicht tangieren. Ephrussi

[842] *Ephrussi*, Interpretation und Analogie (Anm. 829), S. 142.

[843] *Ephrussi*, Interpretation und Analogie (Anm. 829), S. 142.

[844] *Ephrussi*, Interpretation und Analogie (Anm. 829), S. 150. Somit antizipierte Ephrussi die spätere Wandlung der Auffassung Kelsens (spätestens ab 1962 mit *Hans Kelsen*, Derogation, in: Essays in Honor of Roscoe Pound, Indianapolis/New York 1962, S. 339–361) zu den Normkonflikten, wenn er deren eigentliche Existenz nicht länger bestreitet, um die gleichzeitige Geltung von konfligierenden Normen als Voraussetzung für die Erkennbarkeit des Konflikts zu bestimmen. Ephrussi scheint aber doch den Konflikt zwischen Rechtsnormen als *logischen* Widerspruch zu verstehen. Vgl. auch *Hans Kelsen*, Die Grundlage des Naturrechts, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 13 (1963), S. 1–37 (2); *Hans Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, Wien 1979, S. 99–103, 136–220. Zu den Evolutionen des Kelsenschen Ansatzes zu Normkonflikten vgl. *Stanley Paulson*, Zum Problem der Normenkonflikte, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 66 (1980), S. 487–506; zur späten Lehre Kelsens zu Normkonflikten vgl. *Robert Walter*, Logik und Recht, in: Neues Forum 13 (1966), S. 582–585.

[845] Drei Zitate: *Ephrussi*, Interpretation und Analogie (Anm. 829), S. 156.

scheint mit Kelsen und – dem Nominalwert nach – Merkl ‚rechtswidriges Recht' als eine ungeeignete rechtstheoretische Kategorie zu verwerfen.[846] Ähnlich wie Merkl scheint sie aber mit der rechtstheoretischen Kategorie der ‚Rechtsfehler' trotz mangelnder deutlicher Stellungnahme kein Problem zu haben. Noch klarer als die beiden Hauptarchitekten beim Aufbau einer Reinen Rechtslehre – Kelsen und Merkl – hat sie bereits 1920 die Autonomie des positiven Rechts qua Validationssystem gegenüber der Logik auf den Punkt gebracht: „Es können sich geltendes Gesetz und geltendes Urteil wohl logisch, nicht aber rechtlich widersprechen".[847] Logische Widersprüche seien nicht gleichzusetzen mit rechtlichen. Zu Ende gedacht, lösen logische Fehler unmittelbar keine rechtlichen Konsequenzen aus.

Damit entschärft Ephrussi teilweise die Merkl–Sander-Kontroverse – ohne direkt Bezug darauf zu nehmen –, indem sie einen Ausweg bei der Unterscheidung zwischen Erkennbarkeit und Entscheidungsfähigkeit anbietet, der nicht so frontal der Kritik Sanders ausgeliefert ist, dass die Rechtswissenschaft sich durch die prätendierte Überprüfung der Rechtmäßigkeit und Geltung der Rechtsakte zur Rechtsquelle erheben würde. Noch expliziter als Ephrussi und in Auseinandersetzung mit den Thesen Merkls und Sanders verfährt Kaufmann. Sander sei demnach beizupflichten, wenn er insistiert, „[d]as ‚reflektive' Verfahren der Rechtswissenschaft sei wesensverschieden von dem ‚konstitutiven' Verfahren des Rechts und könne daher dessen Ergebnisse in keiner Weise modifizieren".[848] Sanders Polemik gegen die Rechtslehre Merkls insbesondere und die rechtstheoretische Verwendung der Kategorie der Rechtsfehler im Allgemeinen schieße weit über das Ziel hinaus. Denn „die Aussage, daß ein Judikat einen Justizirrtum bedeute, besagt noch gar nicht, daß die Partei an dieses Urteil nicht gebunden sei".[849] Die Kategorie der Rechtsfehler weise lediglich auf erkenntnismäßig bestimmbare „Kompetenzüberschreitungen"[850] hin.[851]

---

[846] Zu den Ausführungen Merkls über die Idee des ‚rechtswidrigen Rechts' als bloße Hilfsvorstellung bzw. als Denkbehelf vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 302 f.; zu den Kelsenschen Ansätzen vgl. oben Erster Teil, Kap. II, S. 100–131 und unten Dritter Teil, Kap. VII, S. 374–415. Merkl bestreitet die Plausibilität der Kategorie ‚rechtswidriges Recht', vermischt aber weitgehend ‚logische', rechtswissenschaftliche Richtigkeit mit rechtlicher Richtigkeit: Mangels Fehlerkalküls hat die Rechtswissenschaft anhand der Denk- und Sprachgesetze die Richtigkeit der Rechtsentscheidungen zu überprüfen und Unrichtigkeiten aus dem Rechtsbereich auszuweisen. Kelsen lehnt die Kontrollfunktion der Rechtswissenschaft – mit der Lehre der Alternativermächtigung auch auf der rein epistemischen Ebene – ab, versteht aber ‚rechtswidriges Recht' konsequent als ein Oxymoron und beharrt – auch wenn mit anderen Begründungen und Intentionalität als Merkl – lange Zeit auf der Widerspruchsfreiheit des Rechtssystems.

[847] *Ephrussi*, Interpretation und Analogie (Anm. 829), S. 142; vgl. aber bereits *Hans Kelsen*, Eugen Hubers Lehre vom Wesen des Rechts, in: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 34 (1921), S. 217–246 (235 f.) = HKW 6, S. 261–289 (280 f.).

[848] *Kaufmann*, Kriterien des Rechts (Anm. 293), S. 145.

[849] *Kaufmann*, Kriterien des Rechts (Anm. 293), S. 146 – exakt das scheint aber Merkl an manchen Stellen zu meinen: mangels Fehlerkalküls seien ‚fehlerhafte Rechtserscheinungen' nicht bindend, vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 298–301.

[850] *Kaufmann*, Kriterien des Rechts (Anm. 293), S. 143.

[851] Dies reicht als Gegenargument zu Sanders These nicht aus, denn Sander bestreitet die

Es handle sich bei der rechtswissenschaftlichen Kontrolle der Richtigkeit der autoritativen Entscheidungen keinesfalls um eine „angebliche Bevormundung des Richters durch die Rechtswissenschaft".[852] Dabei ginge es erstens um eine rein epistemische Geltungsprüfung, nämlich „ob ein scheinbarer Rechtsakt in Wahrheit Rechtsakt" sei, und zweitens um eine Rechtmäßigkeitsprüfung, also ob „der Inhalt" eines Rechtsakts „abgesehen von seinem ‚Rechtscharakter', den Vorschriften bestimmter übergeordneter Normen angemessen ist oder nicht".[853] Das Ergebnis solcher Prüfungen beeinträchtige allerdings das Funktionieren der Rechtsmaschinerie nicht, es ziehe keine Rechtsfolgen nach sich. In dieser Gestalt und innerhalb dieser Grenzen seien auf die Richtigkeit der Rechtsakte gerichtete, rechtswissenschaftliche Untersuchungen „durchaus sinnvoll und berechtigt".[854]

Kaufmann sieht die Wurzel des Sanderschen „Kampf[s] gegen die Prüfung von Organakten durch die Wissenschaft" in einer „spezifische[n] Erkenntnisrichtung".[855] Es sei ein Zeichen erkenntnistheoretischen Empirismus, dass man eine ermittelbare Spannung zwischen Sein und Sollen bei der Behandlung der Frage der Richtigkeit bzw. Rechtmäßigkeit der Rechtsentscheidungen und damit die Möglichkeit von Rechtsfehlern leugne. Dass die Rechtsmaschinerie „angesichts des irrigen Judikats in gleicher Weise funktioniert wie angesichts des richtigen" sei kein Grund, die Frage der Richtigkeit als „empirisch belanglos" aus dem Repertoire der Rechtswissenschaft zu streichen.[856] Dies aber tue Fritz Sander und mit ihm eine Reihe von Juristen, die ihre juridischen Weltanschauungen bewusst oder unbewusst auf einer empiristischen Erkenntnistheorie gründeten. Die Anwendung von Normen führt laut Kaufmann zu richtigem oder falschem Resultat und darauf zu beharren, „dass es juristische Wahrheit jenseits des rechtskräftigen Urteils nicht gibt", sei ein Ausdruck von erkenntnistheoretischem „Solipsismus".[857] Erst die „prinzipielle Einsicht" der Autonomie des Sollens gegenüber dem Sein und der Impermeabilität der Wertsphäre durch die Sphäre der Tatsachen eröffne „die Pforte zu allen rechtstheoretischen Untersuchungen".[858] Exakt diese so geschnitzte Pforte, durch die ethisch-politischen Postulate in das positive Recht in der Form der

---

Adäquanz einer rechtlichen Kategorie der ‚Rechtsfehler' ausgerechnet wegen ihrer Irrelevanz: Mit ihr würden keine zu beschreibenden Operationen des Rechts benannt, sodass einer reflexiven Rechtswissenschaft diese Kategorie entbehrlich sei. Darüber hinaus ging es ihm darum, die naturrechtlichen Reminiszenzen des dogmatischen Diskurses zu entlarven. So betrachtet redet Kaufmann an der Kritik Sanders vorbei, wenn er ihm unterstellt, bloß die Redeweise der Rechtsdogmatik *ad absurdum* zu führen. Auch wenn die Rechtsdogmatik mit Figuren wie derjenigen des ‚rechtswidrigen Rechts' nicht meint, dem positiven Recht autoritativ Geltung absprechen zu dürfen, haben Sanders Bedenken, wie sie artikuliert wurden, ihre Berechtigung – was nicht bedeutet, dass ihnen zuzustimmen ist.

[852] *Kaufmann*, Kriterien des Rechts (Anm. 293), S. 147.
[853] Drei Zitate: *Kaufmann*, Kriterien des Rechts (Anm. 293), S. 146.
[854] *Kaufmann*, Kriterien des Rechts (Anm. 293), S. 146.
[855] Zwei Zitate: *Kaufmann*, Kriterien des Rechts (Anm. 293), S. 146 f.
[856] Zwei Zitate: *Kaufmann*, Kriterien des Rechts (Anm. 293), S. 147.
[857] Zwei Zitate: *Kaufmann*, Kriterien des Rechts (Anm. 293), S. 154.
[858] *Kaufmann*, Kriterien des Rechts (Anm. 293), S. 147.

Beurteilung der Fehlerhaftigkeit der Rechtsentscheidungen hineinprojiziert werden würden, will Sander – und mit ihm andere Mitglieder der Wiener Schule – als Hintertürchen des Naturrechts versiegelt bekommen, nachdem er auf dessen Existenz in Merkls Lehre plakativ hingewiesen hat.

II. Primat der Rechtsanwendung

1. Die naturrechtliche Prägung des Primats der Rechtswissenschaft

Sowohl auf der Ebene der Diskussion um die Tauglichkeit der ‚Rechtsfehler' als rechtstheoretische Kategorie bzw. um die Adäquanz einer Richtigkeitssemantik innerhalb des rechtswissenschaftlichen Diskurses, als auch auf der Ebene der Geltungsfrage sprachen sich einige weitere Schüler Kelsens entschieden gegen das Merklsche Primat der Rechtswissenschaft aus. Im Rahmen einer expliziten Auseinandersetzung mit der Merkl–Sander-Kontroverse geschieht dies prägnant in den Arbeiten der Völkerrechtswissenschaftler der Wiener Schule, Josef Kunz und Alfred Verdross. Erster bezog klare Stellung zu beiden Diskussionsebenen, letzterer konzentrierte sich auf die zweite – wobei seine diesbezügliche Argumentation Rückschlüsse auf die erste Ebene erlaubt. Beide bestritten die Verträglichkeit mit einem rechtspositivistischen Forschungsprogramm derjenigen Auffassung Merkls, nach welcher die Rechtswissenschaft jenen Akten deren Rechtsgeltung abzuerkennen habe, die nicht „durch das delegierende höhere Recht tatsächlich determiniert"[859] sind. Mit einem solchen Konzept habe man schon die Grenze einer positivistisch arbeitenden Rechtswissenschaft gesprengt.

Zunächst polemisierte Kunz gegen die Ausführungen Merkls zur Unfehlbarkeit der Rechtswissenschaft, die darauf hinausliefen, dass „die Rechtswissenschaft […] im irrenden Rechtstheoretiker ebensowenig einen Repräsentanten hat, wie die Staatsordnung im irrenden Rechtspraktiker ein Organ hat".[860] Kunz meinte, den nichtssagenden Charakter dieser Konstruktion enthüllen zu können, indem er provokativ fragte, wenn nicht die Rechtstheoretiker und deren fehleranfälligen Beiträge die Rechtswissenschaft ausmachten, wer oder was dann? Des Weiteren forderte er heraus: „[W]er entscheidet aber, ob der Rechtsgelehrte irrt, ob er kein Repräsentant der Rechtswissenschaft ist"?[861] Die Lösung des Primats einer entpersonifizierten rechtswissenschaftlichen Vernunft – Merkl spricht, wie oben erläutert, von der „neutrale[n] Rechtswissenschaft"[862] – sei nicht zuletzt schon wegen der Sinnlosigkeit dieser Vorstellung abzulehnen. Das Konzept einer rechtsverbindlichen Überprüfbarkeit der Rechtsakte durch die Rechtswissenschaft erinnere außerdem „stark

---

[859] *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 287.

[860] *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 290.

[861] *Josef Laurenz Kunz*, [Buchbesprechung] Adolf Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft. Entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung. Wiener Staatswissenschaftliche Studien. Alte Folge. XV. Bd., 2. Heft. Leipzig und Wien. F. Deuticke, 1923, 302. S., in: Zeitschrift für öffentliches Recht 4 (1924/1925), S. 355–362 (361).

[862] Vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 263, 282.

an die naturrechtliche Lehre vom positiven Recht als bloßem Versuch des richtigen Rechts“,[863] denn die Rechtswissenschaft habe zu prüfen, ob die Rechtsakte „logisch und zugleich juristisch (?) richtig“[864] seien. Diejenigen Akte, die bei dieser Prüfung durchfielen, seien als nichts anderes als Scheinakte zu brandmarken.

Nicht nur die Diskreditierung des starken Merklschen Primats der Rechtswissenschaft als eine Form der ‚Naturrechtlerei‘ teilte Kunz mit Sander.[865] Die in Begriffen wie „‚Fehlurteil‘“ und „‚Justizmord‘“ materialisierte Richtigkeitsvorstellung stütze keine „rechtstheoretische Kategorie“, sondern führe zu „rechtspolitische[n], ethische[n] usw. dem Recht gegenüber transzendente[n] Wertung[en]“.[866] Eine Rechtserscheinung könne ausschließlich innerhalb des Rechtsverfahrens als ‚Fehlurteil‘ konstituiert werden. Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit seien Prädikate, deren Zuschreibung zu einem Rechtsakt nicht unabhängig von der Betätigung der zuständigen Organe geschehen könne. Die Beurteilungen der Rechtswissenschaftler über die ‚Fehlerhaftigkeit‘ der Rechtsanwendungsakte würden sich als rechtlich irrelevante Subsumtionsübungen erweisen.[867] Es sei im Sinne Sanders, dem Kunz an dieser Stelle zustimmt, „eine Anmaßung der Jurisprudenz, wenn sie z. B. das nicht mehr durch ein Rechtsmittel anfechtbare Urteil eines höchsten Gerichtes als ‚offenbares Fehlurteil‘ bezeichnet, soweit sie dem rechtliche Bedeutung beimißt und nicht hierin lediglich eine transzendente Wertung, z. B. eine ethische oder rechtspolitische sieht“.[868] Das Primat der Rechtswissenschaft Merkls gleite ins „Rechtspolitische“, wenn er die Rechtswissenschaft zur Hüterin der Freiheit des Individuums gegen die seine Kompetenzen überschreitenden Rechtsorgane beruft. „[H]ier schlägt trotz allem die liberale politische Anschauung dem Rechtstheoretiker Merkl ein Schnippchen“.[869] An dieser Stelle habe er das Terrain einer Reinen Rechtslehre verlassen.

Auf die naturrechtliche Abhängigkeit des Primats der Rechtswissenschaft, wie er von Merkl ausgefeilt wurde, machte auch Alfred Verdross aufmerksam, der Anfang der 1950er Jahre die Merkl–Sander-Kontroverse nachträglich systematisierend als einen Streit über die Deutungs- und Entscheidungshoheit, über die Richtigkeit bzw. Fehlerhaftigkeit der Organakte auf den Punkt brachte: Wer entscheidet, sei die entscheidende Frage.[870] Die Kontroverse zeige die Unmöglichkeit einer rein rechtstheoretischen Lösung dieser Fragestellung, denn beide gegenläufigen Alternativen seien auf das Jenseits der Rechtsordnung verwiesen: die Merklsche

---

[863] *Kunz*, [Buchbesprechung] Merkl, Rechtskraft (Anm. 861), S. 361.

[864] *Kunz*, [Buchbesprechung] Merkl, Rechtskraft (Anm. 861), S. 361; vgl. *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 290.

[865] Vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 327–331.

[866] Vier Zitate: *Kunz*, [Buchbesprechung] Merkl, Rechtskraft (Anm. 861), S. 361.

[867] Vgl. *Kunz*, [Buchbesprechung] Merkl, Rechtskraft (Anm. 861), S. 361; *Kunz*, [Buchbesprechung] Sander, Staat und Recht (Anm. 189), S. 267.

[868] *Kunz*, [Buchbesprechung] Sander, Staat und Recht (Anm. 189), S. 267. Zur dem Fehlerkalkül zugrunde liegenden Weltanschauung vgl. unten Dritter Teil, Kap. VIII, S. 457–460.

[869] Zwei Zitate: *Kunz*, [Buchbesprechung] Merkl, Rechtskraft (Anm. 861), S. 361.

[870] Vgl. *Verdross*, Antinomie (Anm. 441), S. 169.

Lösung auf die Rechtswissenschaft, die Sandersche – die laut Verdross auch die Kelsensche sei[871] – auf die Effektivität der Entscheidungen der Organe.[872] Angesichts des tatsächlichen Rechtsgeschehens, dass Rechtsakte, die die Kompetenzen der sie erzeugenden Organe überschritten, trotzdem „vom nachfolgenden Rechtsverfahren als verbindliche Akte"[873] behandelt und dementsprechend in die Rechtsordnung eingegliedert werden könnten, bliebe der Merklschen Theorie nichts übrig als die „Einführung eines naturrechtlichen Kriteriums in der Weise […], daß der Wortlaut der positivrechtlichen Normen durch eine höhere Normenordnung als absolut verbindlich erklärt werden könne".[874] Ohne eine solche Annahme hätte das Festhalten an der ‚Fehlerhaftigkeit' der rechtsgültig gewordenen Rechtsordnung keinen rechtswissenschaftlichen Sinn.

Die Inkompatibilität der frühen Lösungen Merkls zum Problem der fehlerhaften Rechtserscheinungen mit dessen eigenem, selbstproklamierten rechtspositivistischem Credo hatte Verdross bereits vor der reiferen Konzeptionalisierung des Fehlerkalküls und dem Beginn der Merkl–Sander-Kontroverse bemerkt.[875] Das damalige Zögern Merkls, einer nach der Rechtserkenntnis rechtswidrig entstandenen Verordnung Rechtsgeltung zu attestieren, sei Zeichen einer Privilegierung der „autonome[n] Vernunft" gegenüber dem „zuständigen Organe" bzw. einer Privilegierung des von der Vernunft unmittelbar aus der Verfassung Deduzierten zulasten des vom zuständigen Organe „als Recht Festgestellte[n]".[876] Dies bezeuge nicht nur eine Verkennung des „allgemeinen Mechanismus des Staatsapparates"[877] bzw. der Eigendynamik der Rechtsordnung, die dergestalt operiere, dass das Recht im über autoritative Willensakte vermittelten Übergang von Stufe zu Stufe auf gewisse normative Anforderungen verzichte. In dem Moment, in dem Merkl einer angeblich rechtswidrig entstandenen Rechtserscheinung die „bindende Kraft" absprach, um in ihr nur noch „den Schein der Gesetzlichkeit" zu sehen, sei er darüber hinaus „seiner eigenen rechtstheoretischen Grundlage untreu geworden".[878] Zu diesem Schluss könne man ausgehend von einer „politisch farblosen Rechtstheorie"[879] nicht kommen; Merkl habe Präferenzen unter der Hand seine Beschreibung trüben lassen.

Verdross schloss sich der Sanderschen Ansicht an, als positives Recht seien jene Rechtserscheinungen anzusehen, die „sich in Organakten aktuell realisier[en]",[880]

---

[871] Zu den Unterschieden zwischen den Ansätzen Kelsens und Sanders zum Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' vgl. unten Dritter Teil, Kap. VIII, S. 416–465.

[872] Vgl. *Verdross*, Antinomie (Anm. 441), S. 170.

[873] Vgl. *Verdross*, Antinomie (Anm. 441), S. 170.

[874] Vgl. *Verdross*, Antinomie (Anm. 441), S. 171.

[875] Vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 264–269.

[876] Drei Zitate: *Verdross*, Die Rechtskraft der kais. Verordnung vom 7. Juli 1915 (Anm. 496), S. 427.

[877] *Verdross*, Die Rechtskraft der kais. Verordnung vom 7. Juli (Anm. 496), S. 427.

[878] Drei Zitate: *Verdross*, Die Rechtskraft der kais. Verordnung vom 7. Juli 1915 (Anm. 496), S. 426.

[879] *Verdross*, Die Rechtskraft der kais. Verordnung vom 7. Juli 1915 (Anm. 496), S. 426.

[880] *Verdross*, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes (Anm. 69), S. 80.

„denn ‚das positive Recht' erschöpft sich im Gegensatze zum Naturrecht nicht in allgemeinen Regeln, diese sind nur ein Teil desselben, sind nur dann und nur insoferne positivrechtliche Regeln, als sie sich letztlich in der Setzung individueller Entscheidungen und Vollzugsakte aktualisieren".[881] Bei seiner eigenen Lösung zum Dilemma der Merkl–Sander-Kontroverse, ob die Rechtswissenschaft oder die Rechtsorgane über die Fehlerhaftigkeit oder Rechtswidrigkeit eines Akts zu entscheiden hätten, scheint er aber daran zu glauben, vom Sanderschen Primat des Rechtsverfahrens einen gewissen Abstand nehmen zu müssen.[882] Verdross kalibriert seinen Primat der Rechtsanwendung leicht anders bzw. er dekliniert ihn nach seiner Selbstwahrnehmung mit einem anderen Akzent als Sander. Sein Ausweg suggeriert, dass weder die Rechtsordnung mittels der zuständigen Organe noch die Rechtswissenschaft aufgrund der Rechtsordnung in der Lage seien – vor allem in Fällen von außerhalb des Rahmens erzeugten Normen –, zu bestimmen, was augenblicklich als Recht gelte. Dabei sei die Effektivität bzw. die Anschlussfähigkeit der getroffenen Entscheidungen für weitere Rechtsentscheidungen sowie die Inanspruchnahme jener durch diese im Rechtsverfahren ausschlaggebend. Diese Effektivität könne nur mittels soziologischer Kriterien untersucht und festgestellt werden. Der Streit zwischen den Modellen Merkls und Sanders sowie Kelsens sei – so die Lesart von Verdross – „durch die Soziologie" zugunsten eines Primats der Rechtsanwendung deshalb zu verwirklichen, weil der positivrechtliche Charakter eines Organakts „nur durch die das tatsächliche soziale Geschehen betrachtenden Gesellschaftslehre erkannt werden"[883] könne.[884] Dadurch wird nahegelegt, der Rechtswissenschaft als (normative) Rechtstheorie stehe die Festlegung der Richtigkeit oder Fehlerhaftigkeit der Organakte nicht zu, denn sie sei dafür nicht hinreichend ausgestattet, sie verfüge nicht über das notwendige Erkenntnisinstrumentarium. Für Sander ist allerdings die Rechtswissenschaft eine Erfahrungs- und keine Normwissenschaft und die Integration der Praxis der Organurteile in die rechtswissenschaftliche Analyse wäre für ihn keine Herausforderung.[885]

---

[881] *Verdross*, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes (Anm. 69), S. 81.

[882] Kletzer liest den Ausweg von Verdross als ein drittes – der Tendenz nach Hartsches –, autonomes Lösungsangebot zum Merkl–Sander-Dilemma, vgl. *Kletzer*, The Idea of a Pure Theory of Law (Anm. 436), S. 128 f. Vgl. *Hart*, The Concept of Law (Anm. 23), S. 113 f.; *Hart*, The Concept of Law, 2. Aufl. (Anm. 23), S. 117.

[883] Zwei Zitate: *Verdross*, Antinomie (Anm. 441), S. 171.

[884] Der Verweis auf die Effektivität qua Anschlussfähigkeit im Rechtsverfahren als ein dem Recht externes Phänomen scheint nicht nur mit dem Sanderschen Rechtskonzept, sondern auch mit Verdross' eigener frühen Rekonstruktion der Positivität des Rechts wenig konsistent zu sein, denn die so verstandene Effektivität schien früher Element des Rechtsbegriffs zu sein; andererseits weicht die von ihm nahegelegte strikte Trennung zwischen Gesellschaftslehre und Rechtstheorie von der disziplinären Einordnung der Rechtstheorie durch (den späten) Sander kurz nach dem Apex seiner Kontroverse mit Merkl ab. Die Rechtstheorie sei dementsprechend ein Spezialfall der Gesellschaftstheorie: eine theoretische Rechtswissenschaft sei nur als Rechtssoziologie praktikabel, vgl. *Fritz Sander*, Zum Problem der Soziologie des Rechts, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 55 (1926), S. 800–818 (801).

[885] Vgl. z. B. *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 16), Sp. 20, 24, 26.

Die Bevorzugung eines Primats der Rechtsanwendung in der Perspektive der Rechtswissenschaft schließt merkwürdigerweise weder bei Kunz noch bei Verdross eine mehr oder weniger prononcierte Sympathie für die Idee des Naturrechts aus – auch wenn sie nicht unbedingt in der Rechtstheorie ihren Platz haben muss.[886] Die Ausweisung der Fehlersemantik aus dem Bereich der Rechtstheorie fordert bei ihnen nicht die vollständige Verwerfung dieser Kategorie aus der wissenschaftlichen Beschäftigung mit dem Recht. Die Verneinung der derogatorischen Kraft der Erkenntnis der Fehlerhaftigkeit von Rechtsentscheidungen – gemessen an rechtstranszendenten Werten – wird nicht von der Verneinung der Existenz von objektiven – außerpositivrechtlichen – Maßstäben für Korrektheit der Rechtsakte begleitet. Kunz und Verdross scheinen die Merkl–Sander-Kontroverse, die auf eine ‚Antinomie in der Rechtstheorie' hinwies, um die Ergänzungsbedürftigkeit der Rechtswissenschaft durch andere Disziplinen zu plausibilisieren. Verdross ging bekanntlich noch weiter und behauptete die Abhängigkeit der Geltung des Rechtssystems von der moralischen Pflicht der Grenzorgane, „die Rechtsordnung nach bestem Wissen und Gewissen zu beobachten". Daher seien Recht und Moral „*notwendigerweise* verknüpft",[887] denn ohne diese moralische Pflicht gäbe es keine juristische Pflicht, dass die Grenzorgane nur innerhalb der Grenzen der Ermächtigungsnormen entscheiden. Dies sei eine Konsequenz der Tatsache, dass die Ausübung oder Missachtung der Kompetenzen durch letztinstanzliche Organe positivrechtlich unsanktioniert bleiben müsste.[888]

Auf den unsanktionierbaren Charakter der letztinstanzlichen Rechtserzeugung machte auch Erich Voegelin aufmerksam. Ähnlich wie Verdross verwies er dabei auf die Angewiesenheit des Rechtssystems auf andere Normsystemen; zunächst stützte er aber – wenn auch eher nebenbei – das Primat der Rechtsanwendung

---

[886] Zur zögerlichen Stellungnahme von Kunz zur Frage des Naturrechts vgl. *Jörg Kammerhofer*, Josef Kunz, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Der Kreis um Hans Kelsen, die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre, Wien 2008, S. 243–259 (253–256). Zu den Spannungen zwischen Kelsens Reiner Rechtslehre und dem Ansatz von Verdross betreffend die Idee des Naturrechts vgl. *Franz Leander Fillafer/Johannes Feichtinger*, Natural Law and the Vienna School: Hans Kelsen, Alfred Verdross and Eric Voegelin, in: Peter Langford/Ian Bryan/John Macgarry (Hrsg.), Hans Kelsen and the Natural Law Tradition, Leiden/Boston 2019, S. 425–461.

[887] Zwei Zitate: *Alfred Verdross*, Die systematische Verknüpfung von Recht und Moral, in: Ernst Sauer (Hrsg.), Forum der Rechtsphilosophie, Köln 1950, S. 9–19 (10 f.). Zu einer knappen Einsicht in die Verdross'sche Vorstellung der Verträglichkeit zwischen einer dynamischen Auffassung des Rechts und des Menschen mit der Naturrechtslehre vgl. auch *Alfred Verdross*, Was ist Recht, Die Krise des Rechtspositivismus und das Naturrecht, in: Werner Maihofer (Hrsg.), Naturrecht oder Rechtspositivismus, Darmstadt 1962, S. 309–321.

[888] Inwieweit die punktuelle, ein Primat der Rechtsanwendung vermutende Stellungnahme von Verdross zur Merkl–Sander-Kontroverse nicht durch sein Bekenntnis zur Naturrechtslehre letztendlich in eine Form von Primat der Rechtserkenntnis qua Primat der autonomen Vernunft kippt, muss hier dahingestellt bleiben. Jedenfalls eröffnet sich an dieser Stelle ein interessantes Untersuchungsfeld zum ansonsten in der Literatur schon nach allen Richtungen hin beleuchteten Verhältnis zwischen den Rechtspositivismen und Naturrechtslehren. Eine solche Studie zum Verhältnis zwischen ‚Rechtspositivismen' und ‚Naturrechtslehren' hat Eduardo Kronbauer unter der Betreuung von Matthias Jestaedt (Freiburg) in Vorbereitung.

(auf der Rechtsgeltungsebene) auf seine Überlegungen zu den Entscheidungen der höchsten Organe und trug zur präziseren Justierung der rechtswissenschaftlichen Fehlersemantik in Bezug auf die Operationen des Systems bei. „Die Tätigkeit der Gerichte ist dem Wesen der Interpretation von Rechtssätzen gemäß so geartet, daß eine erschöpfende Sanktion technisch überhaupt unmöglich ist".[889] Die Meinung eines höchsten Organs müsse als die letzte und einzige rechtlich relevante hingenommen werden, denn man könne die (rechtliche) Richtigkeitsfrage nicht anders neu stellen, als sie entweder in einem neuen Verfahren von einem anderen, dadurch zu einem echten Grenzorgan werdenden Organ, oder vom Grenzorgan selbst aufs Neue gestellt würde. Daher könne „die grundsätzlich nicht sanktionierbare Entscheidung einer letzten Instanz […] neues Recht auch gegen das Gesetz schaffen, zu dessen Anwendung das betreffende Gericht berufen ist, und tut dies auch häufig".[890] Man könnte sagen, das Organ habe die anzuwendende Norm verletzt, „wenn nicht eben die ‚Richtigkeit' des Urteils unsanktioniert bliebe, weil sie nicht sanktioniert werden kann".[891] Gäbe es noch Sanktionsmöglichkeiten, wäre dann eine Fehlersemantik nicht fehl am Platz, sodass man davon ausgehen kann, Voegelin habe mit der rechtswissenschaftlichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit kein Problem, wenn im Rechtssystem Kontrollmechanismen zur Verfügung stehen. Anders im Fall der letztinstanzlichen Entscheidungen: Am Ende blieben Meinung gegen Meinung, z. B. die Meinung eines guten Juristen gegen die Meinung eines sanktionierenden Richters; nur die letzte erweise sich als rechtsverbindlich. Dass es so ist, könnte auch für Voegelin nicht ausschließlich durch den Verweis auf den formalen Rechtserzeugungszusammenhang begründet werden. Die Geschlossenheit des Rechtssystems erfordere das Miteinbeziehen eines weiteren normativen Sinnzusammenhangs, der die Einheit des formalen Zusammenhangs „vorwissenschaftlich" bestimme.[892] Die normative Eigengesetzlichkeit des Rechts könne der „Eigenkonstitution" des Staatslebens nicht entbehren, sodass die rechtswissenschaftliche „Gegenstandsbildung nicht selbständig nur nach ihren eigenen Prinzipien vollzogen werden" könne, „sondern ein Nachbild des Vor-Bildes im Stoffe zu sein" habe.[893]

2. Das Primat des Rechtssystems

Die Differenzen zwischen den Ansätzen von Merkl und Verdross ignorierend entwickelte Alf Ross seine eigene Lösung für das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' nicht zuletzt in kritischer Auseinandersetzung mit diesen beiden Repräsen-

889 *Voegelin*, Einheit des Rechtes (Anm. 133), S. 75.
890 *Voegelin*, Einheit des Rechtes (Anm. 133), S. 75.
891 *Voegelin*, Einheit des Rechtes (Anm. 133), S. 75.
892 Vgl. *Voegelin*, Einheit des Rechtes (Anm. 133), S. 76–81.
893 Drei Zitate: *Erich Voegelin*, Die Verfassungslehre von Carl Schmitt. Versuch einer konstruktiven Analyse ihrer staatstheoretischen Prinzipien, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 11 (1931), S. 89–109 (91).

tanten einer „normativen Jurisprudenz".[894] Bei aller Anerkennung der Verdienste der normativen Jurisprudenz, den Positivismus auf kritischer Grundlage weitergeführt zu haben,[895] vermerkt Ross naturrechtliche Komponenten in deren positivrechtlicher Methode. Dies sei auf eine, auf der Hälfte des Weges steckengebliebene Durchführung des Programms eines kritischen Positivismus zurückzuführen, die Einbrüche des zu überwindenden dogmatischen Positivismus genehmigte.

Den Fokus seiner Kritik legte Ross auf die Konsequenzen des Verdross- und des Merklschen Rahmentheorems für die Bestimmung der Geltung von Rechtserscheinungen. Der „logisch-grammatische Rahmen", der von den bedingenden Normen vorgezeichnet wird, bilde eine „absolute Grenze",[896] über die die Rechtserzeuger/Rechtsanwender nicht hinausgehen dürften – und mangels Fehlerkalküls auch nicht könnten. Wiewohl die höhere Norm lediglich einen Rahmen demarkieren könne, innerhalb dessen die zuständige Autorität von Rechts wegen Ermessen ausübe, dürfe das Organ außerhalb des „Rahmenintervall[s]"[897] kein valides Recht schaffen. Eine bloße Verschiebung des Problems erlaube die Merklsche Lehre des Fehlerkalküls. Da der Fehlerkalkül eine positiv-rechtliche Verankerung benötige, sei man gezwungen „die absurden Konsequenzen auf sich zu nehmen, die aus der Merklschen Lehre für den – gewöhnlichen – Fall folgen, daß sich im Gesetz nicht ein solcher Fehlerkalkülparagraph findet".[898] Mangels Fehlerkalküls decken sich, wie oben ausgeführt, Rechtsdürfen und Rechtskönnen. Jenseits des dann mit dem Können koinzidierenden Dürfens liegt nach Merkls Modell Nicht-Recht vor.[899]

Darin sieht Ross bei der Rekonstruktion der Verhältnisse zwischen den Rechtserscheinungen eine positivrechtlich bzw. erfahrungsgemäß nicht begründete Privilegierung einer Rechtsquelle zulasten anderer. Dies sei mit einem „rudimentären Überrest der dogmatischen Auffassung verbunden", nach der das Gesetz bloß ein „Ausdruck für einen hinter diesem liegenden Willen ist".[900] Ein solcher Überrest zeige sich auch in der Merklschen Auslegungslehre, die die Sprach- und Denkgesetze als dem Recht immanente Gesetzlichkeiten versteht. Die Merklsche Konstruktion zwinge „zu der Annahme, dass das Gesetz als delegierende Instanz vor

---

894 Vgl. *Ross*, Theorie der Rechtsquellen (Anm. 271), S. 326–333. Freilich waren die Differenzen und Divergenzen zwischen Merkl und Verdross zum Zeitpunkt des Verfassens des Werks von Ross noch nicht mit aller Klarheit von ihnen selbst thematisiert, wie sie dann in Verdross' Beitrag aus den 1950er Jahren (*Verdross*, Antinomie [Anm. 441]) herausgearbeitet wurden. Ross stellte zwar fest, ihm seien Meinungsänderungen von Verdross – ob bezüglich des Problems des ‚rechtswidrigen Rechts' oder nicht, lässt sich dieser Aussage von Ross nicht entnehmen – aufgrund der „persönliche[n] Bekanntschaft" bewusst, er könne aber wissenschaftlich lediglich die publizierten Ansichten seines Kollegen berücksichtigen (*Ross*, Theorie der Rechtsquellen [Anm. 271], S. 326 [Fn. 26]). Diese Art von Anmerkungen verstärkt das Bild eines intensiven wissenschaftlichen Austauschs innerhalb des Kelsen Kreises, wie es oben im Ersten Teil, Kap. I, S. 27–35, 84–99 gezeichnet wurde.

895 *Ross*, Theorie der Rechtsquellen (Anm. 271), S. 325.

896 Zwei Zitate: *Ross*, Theorie der Rechtsquellen (Anm. 271), S. 329.

897 *Ross*, Theorie der Rechtsquellen (Anm. 271), S. 328.

898 *Ross*, Theorie der Rechtsquellen (Anm. 271), S. 328.

899 Zum Begriffspaar „Können" und „Dürfen" vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 295–297.

900 Zwei Zitate: *Ross*, Theorie der Rechtsquellen (Anm. 271), S. 329.

seinem logisch-grammatischen Wort existiert – als ein ‚tieferer' Wille".[901] Dieser Wille übernehme stillschweigend die Denk- und Sprachgesetze als Teil von sich selbst, wenn er sich des Gesetzes als Ausdrucksmittel bedient. Daher – so könnte Ross verstanden werden – die Bestimmung dieser Gesetze als rechtsendogene Korrektionskriterien durch Merkl. Das ganze Paket stempelt Ross als „Kryptodogmatismus, eine dogmatische Gesetzvergötterung"[902] ab.

Dieser Rückfall in den Gesetzespositivismus bedinge die – von anderen Mitgliedern der Wiener Schule als naturrechtslastig empfundene – Hinwendung Merkls zu dem Primat der Rechtswissenschaft. Die Unermüdlichkeit, ja die „heroische Unerschrockenheit" Merkls, „mit doktrinärer Konsequenz das von der Wissenschaft erkannte Recht trotz jeder sozialen Wirklichkeit zu behaupten",[903] mache aus ihm ein „Don Quichote der normativen Jurisprudenz, der nicht gegen, sondern für Windmühlen kämpft".[904] „‚[D]as positive Gesetz'", genauer und auf die hiesige Problematik gewendet, die Idee, für die sich Merkl einsetze – eines außerhalb der Entscheidungen der Organe liegenden Maßstabs für die Rechtmäßigkeit und Rechtlichkeit der autoritativen Willensakte, deren Verfehlung den ‚fehlerhaften Akt' als Scheinakt (dis)qualifiziere –, stelle ein „Gespenst, dogmatisches Idol"[905] dar.[906]

Die eigene Lösung von Alf Ross zum Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' ließe sich unschwer in Sandersche Kategorien übersetzen, auch wenn er selbst bei der positiven Ausformulierung seiner Rechtstheorie Sander unerwähnt lässt.[907] Entscheidend für seine Rechtstheorie ist der Gedanke, das System bzw. die „gegenseitige Zusammenordnung" der Rechtsquellen sei der „Erkenntnisgrund für etwas als Recht"[908] und nicht etwa die isoliert betrachtete bedingende Norm. Der Rechts-

---

[901] *Ross*, Theorie der Rechtsquellen (Anm. 271), S. 329.

[902] *Ross*, Theorie der Rechtsquellen (Anm. 271), S. 329.

[903] Zwei Zitate: *Ross*, Theorie der Rechtsquellen (Anm. 271), S. 329.

[904] *Ross*, Theorie der Rechtsquellen (Anm. 271), S. 329.

[905] *Ross*, Theorie der Rechtsquellen (Anm. 271), S. 329.

[906] In diesem Zusammenhang machte Hans Mokre (1901–1981), der im weiteren Sinn auch zum Kreis um Kelsen gehörte, auf eine angebliche Inkonsistenz der Kritik von Ross aufmerksam. Es stimme zwar, dass in der Lehre Merkls lediglich „systembezogene Normen positives Recht sein können". Mangels positivrechtlicher Ermächtigung könnten Gewohnheitsrecht und mangels Fehlerkalküls ‚rechtswidrige' Normen nicht valide entstehen. Das „übersteigerte[] Positivitätsbedürfnis" der Lehre Merkls markiere aber keinen so großen Unterschied gegenüber der Lehre Kelsens, „daß man diesen loben, Merkl aber mit so beißendem Spott übergießen könnte, wie dies Alf Ross an mehreren Stellen seines Werkes tut" (*Hans Mokre*, Zur Theorie des Gewohnheitsrechts, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 12 [1932], S. 386–451 [457 mit Fn. 5]). Zu den Differenzen zwischen Kelsens und Merkls Ansätzen vgl. unten Dritter Teil, Kap. VIII, S. 416–465.

[907] Ross beruft sich indes auf Sander, u. a. um die naturrechtliche Vermischung von Rechtswissenschaft und Rechtspolitik bei der herrschenden Rechtsdogmatik (auch bei einigen Rechtspositivisten) zu entlarven, vgl. *Ross*, Theorie der Rechtsquellen (Anm. 271), S. 182.

[908] Zwei Zitate: *Ross*, Theorie der Rechtsquellen (Anm. 271), S. 331. Vgl. mit *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 196), S. 865: „Das ‚System des Rechtes' bedeutet: daß alle Rechtssätze nur in Rechtsverfahren zur Erzeugung gelangen und kraft der Erhaltung des Rechtsverfahrens einen eindeutigen Bezug auf ein erzeugendes Grundverfahren als letzte Invariante des Rechtes gewinnen".

charkater einer – in der Begrifflichkeit der Stufenbaulehre Merkls – niederen, bedingten Norm sei nicht ausschließlich auf der höheren, bedingenden Norm unidirektional begründet und mit deren Grenzen abschließend begrenzt. Das Verhältnis zwischen den Rechtsstufen reformuliert Ross als eine Art zirkuläre Systembeziehung, die unproblematisch mit der Wechselbestimmung Sander auf den Punkt gebracht werden kann:

„Ebenso wie [es] berechtigt ist, zu sagen, daß Praxis Recht ist, weil sie auf dem Gesetz beruht, kann man sagen, daß Gesetz Recht ist, weil – es in der Praxis angewendet wird. Mit demselben Rechte, mit dem man behaupten kann, daß die Stellung des Richters auf einer Delegation vom Gesetzgeber beruht, kann man umgekehrt behaupten, daß die Macht des Gesetzgebers auf einer Rezeption bei dem Richter beruht. Keiner von ihnen ist ‚der Erste' in absolutem Sinne. Die Stellung beider beruht in letzter Instanz auf dem System".[909]

So gesehen sei Über- und Unterordnung zwischen den Rechtserscheinungen kein strukturell-notwendiges Merkmal eines Rechtssystems, sondern ein kontingentes. Akkurater wäre es, rechtswissenschaftlich von einem „Beiordnungsverhältnis"[910] zu sprechen. Auf diese – in verwandter Form auch bei Sander aufzufindende Schlussfolgerung[911] – kommt Ross freilich mit eigenen erkenntnistheoretischen Werkzeugen. Er meint, die von der Stufenbaulehre angeblich nahegelegte deduktive Betrachtungsweise durch eine induktive ergänzen zu müssen. Der Konflikt zwischen den sogenannten bedingenden und bedingten Normen führe keineswegs zum Ausschluss des Rechtscharakters der außerhalb des Rahmens liegenden Norm als notwendigem Schluss; der entgegengesetzte Schluss sei genauso berechtigt. „Das entscheidende ist, welche der Lösungen die Systemeinheit zum Ausdruck bringt".[912]

Das System könne Normen assimilieren, die deduktiv betrachtet unrechtmäßig erzeugt wurden, indem sie als Ausgangspunkt für „eine Reihe anderer Normen unter Voraussetzung ihres Rechtscharakters"[913] von den zuständigen Organen verwendet werden. Stets liege die Möglichkeit vor, dass das Organ „*auch außerhalb* der abstrakten Grenzen des Gesetzes",[914] aber dennoch systemimmanent rechtmäßig rechtsschaffend wirke. Die konkrete Bestimmung dieser Möglichkeit sei – ähnlich wie bei Verdross – eine „faktisch-soziologische Frage".[915] Für Ross gilt:

---

[909] *Ross*, Theorie der Rechtsquellen (Anm. 271), S. 331.Vgl. *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 208), S. 495; zur Wechselbestimmung als Modus der Beziehung zwischen den Rechtserscheinungen im Rechtsverfahren nach Sander siehe oben Zweiter Teil, Kap. V, S. 235–238.

[910] *Ross*, Theorie der Rechtsquellen (Anm. 271), S. 332.

[911] Vgl. *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 16), Sp. 21 f.

[912] *Ross*, Theorie der Rechtsquellen (Anm. 271), S. 332.

[913] *Ross*, Theorie der Rechtsquellen (Anm. 271), S. 332.

[914] *Ross*, Theorie der Rechtsquellen (Anm. 271), S. 332.

[915] *Ross*, Theorie der Rechtsquellen (Anm. 271), S. 333. Somit ist aber für Ross anders als für Verdross die Frage nicht aus dem Bereich der Rechtswissenschaft ausgewiesen und auf eine Fremddisziplin verwiesen, denn die Rechtswissenschaft à la Ross ist bereits ein soziologisch-psychologisches Unternehmen. Zum hier nicht weiter zu vertiefenden Ross'schen Projekt für die Rechtswissenschaft siehe *Jakob v. H. Holtermann*, Introduction, in: Alf Ross, On Law and Justice, hrsg. von Jakob Holtermann und übersetzt von Uta Bindreiter, Oxford 2019, S. XV–LV. Ross

„Die juristische Wahrheit liegt in der Zusammenordnung."[916] Seine Lesart des Problems des ‚rechtswidrigen Rechts' ließe sich als Primat des Rechtssystems umschreiben und als eine Variation des Sanderschen Primats des Rechtsverfahrens lesen, die auch die Rechtswahrheit auf die Koordinaten der Organe relativiert.

In der Rossschen Rechtslehre scheint darüber hinaus die Semantik der Fehlerhaftigkeit nur sinnvoll von der Rechtswissenschaft verwendet werden zu können, wenn dies nichts anderes als eine erhebliche Unwahrscheinlichkeit bedeutet, dass künftig die zuständigen Autoritäten die in Frage kommenden Normen nicht befolgen bzw. nicht weiter anwenden werden.[917] Also: Eine ‚fehlerhafte Entscheidung' im Sinne der Nicht-Entsprechung zur Erzeugungsregel sei lediglich eine, die – je nach faktischer Lage – sehr wahrscheinlich im weiteren Rechtsverfahren von den zuständigen Organen nicht als geltendes Recht aufgenommen werde. Sobald sich eine Praxis der Anknüpfung an die angeblich fehlerhafte Entscheidung durch die Organe etabliere, verliere die Rechtswissenschaft die Grundlage für die Beschreibung der in Frage kommenden Entscheidung als fehlerhaft.

III. Originelle Ansätze zum Problem des ‚rechtswidrigen Rechts'

Einige Mitglieder des Kreises um Kelsen investierten intellektuelle Energie bei der Ausarbeitung eigener Ansätze zum Umgang des positiven Rechts mit Entscheidungen, die sich schwer mit dem Inhalt der bedingenden Normen – in Merkls *parlance* – vertragen, anstatt Farbe in der Merkl–Sander-Kontroverse zu bekennen. Sie beschäftigten sich unmittelbar mit dem rechtlichen Getriebe, durch das die sogenannten rechtswidrigen Entscheidungen prozessiert werden und dachten sich Entparadoxisierungsstrategien für die Erklärung der Gültigkeit von solchen Entscheidungen aus, sprich: von Entscheidungen, die nach den Maßgaben des positiven Rechts nicht valid entstehen dürften. Daher lässt sich eine Einordnung dieser Lösungsangebote noch schwerer in die Unterscheidung ‚Primat der Rechtserkenntnis' oder ‚Primat der Rechtsanwendung' vornehmen. Akzente in die eine oder die andere Richtung können trotzdem festgestellt werden.

---

entwickelte eine eigene, in manchen Punkten auf anderen Voraussetzungen als die der Reinen Rechtslehre der Wiener Schule gestützte Rechtstheorie, sein Ansatz zum Problem der ‚fehlerhaften Rechtserscheinungen' wurde hier trotzdem wegen der ideen- und intellektuell-geschichtlichen Umstände seiner Entstehung im Rahmen einer Auseinandersetzung mit der Wiener Schule untersucht. Zur Selbstwahrnehmung von Ross über sein Verhältnis zur Wiener Schule vgl. Brief von Alf Ross an Alfred Verdross vom 18. Februar 1946, in: Det Kongelige Bibliotek (Kopenhagen), Alf Ross Brevarkiv, Registrant Brief Nr. 1031.

[916] *Ross*, Theorie der Rechtsquellen (Anm. 271), S. 331.

[917] Vgl. *Alf Ross*, On Law and Justice, London 1958, S. 50; *Alf Ross*, On Law and Justice, hrsg. von Jakob Holtermann und übersetzt von Uta Bindreiter, Oxford 2019, S. 110.

1. Das Recht als Text und das Recht als Entscheidung

Bereits 1920 machte Leonidas Pitamic geltend, eine Antinomie wohne dem Herzen eines jeden Rechtssystems inne, nämlich die Antinomie[918] zwischen dem Recht als Text und dem Recht als Prozess der Rechtsanwendung.[919] Das Recht sei mitnichten lediglich ein Regelsystem. Neben der (normativen) Abstufung der Rechtsnormen sei auch eine (praktische) Abstufung der Organe zu erkennen, sodass das Recht auch als ein Prozess der Anwendung jener Regeln zu verstehen sei, d. h. als eine Praxis von Entscheidungen. Daher sei es nicht verwunderlich, dass jede Rechtsordnung sich selbst an gewissen Stellen negieren könne. Das Organ, das letztendlich für die autoritative Interpretation und Anwendung des Rechts zuständig ist, habe auch ein formales Recht auf die Revolutionierung der Grundlagen des positiven Rechts.[920] Das Recht als Entscheidung könne in Konflikt mit dem Recht als Text geraten, ohne dass dadurch die den Regeln nicht entsprechende Entscheidung in ihrer Geltung notwendig disqualifiziert werde. Die Ermächtigung zur autoritativen Interpretation sei den Organen durch das positive Recht – z. B. von der Verfassung zum Schutz des Rechts, gegebenenfalls der Verfassung selbst – erteilt, „doch das Schwert, das dem Richter in die Hand gegeben ist, kann sich gegen die Verfassung wenden und sie vernichten, zumindest in den Augen derer, die keine Richter sind".[921] Positive Rechtsordnungen können somit durchgängig von ihren eigenen Rechtsorganen revolutioniert werden.

Die adäquate Konzeptionalisierung dieser grundlegenden Antinomie ermögliche das Verständnis des Verhältnisses zwischen der „Idealität des Rechts als eines Systems von Normen" und „dessen Realität in der Tätigkeit der Staatsorgane".[922] Die „Teilung der Kompetenzen" zwischen den Organen einer Rechtsordnung korreliere gewöhnlich mit dem „Kontrollprinzip".[923] Die kontrollierenden Organe würden nur eventuell und nachträglich in Aktion treten, denn ihre Betätigung setze die Ausübung der Kompetenz der zu kontrollierenden Organe voraus. Bis dahin würden die von den zuständigen Organen erlassenen Normen innerhalb deren Wirkungssphäre gelten: Was ein Organ im Rahmen dieser Sphäre tue, sei für die anderen Organe, die nicht ermächtigt sind, die in Frage kommenden Akte zu kon-

---

[918] Vgl. *Leonid Pitamic*, Pravo (Anm. 416), S. 27, 32, 34, 36; es handelt sich um eine von Pitamic am 15. April 1920 bei der Gründung der Juristischen Fakultät in Ljubljana gehaltene Eröffnungsvorlesung, vgl. *Marijan Pavčnik*, Pitamic, Klassiker der slowenischen Rechtswissenschaft, in: Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs 2014, S. 266–275 (267).

[919] Vgl. *Pitamic*, Pravo (Anm. 416), S. 40.

[920] Vgl. *Pitamic*, Pravo (Anm. 416), S. 40.

[921] *Pitamic*, Pravo (Anm. 416), S. 32. An dieser Stelle kommentiert Pitamic die Rechtslage, die durch die nordamerikanische Verfassung geschaffen wurde, um danach bestimmte Differenzen in Bezug auf die europäischen Rechtssysteme zu einem Zeitpunkt zu erläutern, in dem die Verfassungsgerichtsbarkeit kaum bzw. noch nicht eingeführt war.

[922] Zwei Zitate: *Leonidas Pitamic*, Zur Lehre von der richterlichen Funktion, in: Alfred Verdross (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstage gewidmet, Wien 1931, S. 295–308 (308).

[923] Zwei Zitate: *Pitamic*, Zur Lehre von der richterlichen Funktion (Anm. 922), S. 307.

trollieren, bindend. „Ist jedoch keine Möglichkeit der Überprüfung vorgesehen, dann wandelt sich das Prinzip von der Teilung der Kompetenzen in das Prinzip der Rechtskraft".[924] In diesem Prinzip liege der Grund dafür, dass niedere Normen, die „mit der höheren Norm [nicht] im Einklang stehen",[925] trotzdem gelten und durchgesetzt werden sollten, auch wenn sie die normativen Grenzen des jeweiligen Wirkungskreises nicht einhielten. Nur die Einsicht in diese, möglicherweise in einer Antinomie gipfelnden Dualität der Rechtsordnung als „System von Normen" und „Organisation"[926] vermöge zu erklären, wie eine gemessen an den Rechtsregeln rechtswidrige Norm als eine Norm des Rechtssystems gelten könne.

Die originelle, sehr modern anmutende Aufmachung des Problems durch Pitamic formuliert Merkls Lehre vom doppelten Rechtsantlitz, wonach das Recht der Rechtsanwendung vom Recht der Rechtserkenntnis bzw. der Rechtswissenschaft abweichen könnte, in neuer Gestalt: Die Textualität des Rechts könne dementsprechend anders aussehen als die Interpretation/Anwendung der Rechtstexte. Dem Anschein nach meinte Pitamic damit, den interpretativen Charakter des Rechtsphänomens bzw. der Verwirklichung des Rechts auf den Punkt bringen zu können. Als Text sei das Recht jedem zugänglich;[927] dennoch könnten nur bestimmte, als Organe vom Recht selbst qualifizierte Individuen rechtskräftig entscheiden, was das Recht anordnet. „Nur ihre Entscheidung kann die Rechtskraft erlangen. Das Recht ohne die Rechtskraft ist kein Recht".[928] Ähnlich wie bei Merkl habe das Recht dementsprechend ein „Doppelgesicht", das in der Reformulierung von Pitamic mit der Unterscheidung zwischen formellem und materiellem Recht korreliert. „Das eine Gesicht meldet uns die Regeln des menschlichen Tuns und Unterlassung. Das andere kündigt uns die Formen und die Personen an, nach denen diese Regeln Geltung erlangen".[929] Diese Personen würden unausweichlich über den Umfang ihrer eigenen Kompetenzen entscheiden können: „Wer das Recht auf Interpretation hat, hat die Macht über das Recht".[930]

Der Lösungsversuch Pitamics für die Antinomie zwischen Text und Entscheidung beharrt allerdings auf dem positivrechtlichen Institut der Rechtskraft und beschreitet damit einen Weg, den Merkl mit seiner Lehre des Fehlerkalküls ausdrücklich abgelehnt hat.[931] Eine Einordnung unter Primat der Erkenntnis oder Primat der

---

924 *Pitamic*, Zur Lehre von der richterlichen Funktion (Anm. 922), S. 307.

925 *Pitamic*, Zur Lehre von der richterlichen Funktion (Anm. 922), S. 308.

926 *Pitamic*, Zur Lehre von der richterlichen Funktion (Anm. 922), S. 308.

927 „Das Recht ist also einerseits ein Text, der wie jedes andere Buch jedem zur Einsicht und wissenschaftlicher Forschung offensteht. Diese Forschung, ‚für jeden' zur Verfügung stehend, und die logischen Ergebnisse, die daraus resultieren, sind nicht mit jenen Folgen verbunden, die die zweite Seite des Rechts bestimmt, das sogenannte formelle Recht" (*Pitamic*, Pravo [Anm. 416], S. 28).

928 *Pitamic*, Pravo (Anm. 416), S. 28.

929 Zwei Zitate: *Pitamic*, Pravo (Anm. 416), S. 29.

930 *Pitamic*, Pravo (Anm. 416), S. 29.

931 Vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 281–283. Vgl. auch *Henrich*, Zur Theorie der Rechtskraft (Anm. 805), S. 329 – zu einer Rekonstruktion dieser für Merkl relevanten Unterscheidung zwischen Rechtskraft und Fehlerkalkül.

Anwendung lässt sich schwer vornehmen, da die Verwendung der Kategorien ‚fehlerhafter' oder ‚rechtswidriger' Rechtsentscheidungen – soweit ersichtlich – von Pitamic nicht problematisiert wird. Somit wird eine (wichtige) Ebene der Merkl–Sander-Debatte weitgehend ausgeblendet. Da Pitamic aber diese Kategorien selbst verwendet und die textuelle Dimension des Rechts als dem Verständnis aller zugänglich begreift, hätte man Indizien für eine Verbuchung seines Ansatzes unter einem moderaten Primat der Rechtserkenntnis. Er schien nicht bereit zu sein, im Namen des Rechtstextes die Geltung einer devianten Entscheidung der Organe zu negieren und sich wie Merkl, die „Idealität des logisch richtigen Rechts"[932] hochhaltend, für die Rechtserkenntnis zulasten der Rechtsanwendung – mangels Fehlerkalküls – auszusprechen, denn die Rechtskraft leiste möglicherweise die Verarbeitung dieser Entscheidung im System. Anders als Sander verwirft er jedoch nicht die Dualität bzw. den „Dualismus zweier Rechte"[933] als Ergebnis einer naturrechtlichen Verdoppelung des Gegenstands, sondert nimmt sie im Herzen des Rechtsystems auf. Nochmals verkompliziert wird die Lage durch seinen (affirmativen) Bezug auf naturrechtliche Elemente.

Der Rechtsbegriff verarbeite zwei möglicherweise in Spannung stehende Elemente, meint Pitamic, nämlich das Ordnungsprinzip und das Prinzip der Menschlichkeit. Dem Rechtsbegriff kongenial sei die Idee der Ordnung; ohne Ordnung, kein Recht. Rechtsnormen würden „ihrer Geltung" verlustig werden, wenn sie durchgängig unwirksam werden würden, weil dann die „Verbindung mit der Idee der Ordnung"[934] verlorengehe und damit das Recht funktionslos, bzw. denaturiert werde. „Um Recht zu bleiben", dürfe das Recht aber kein „‚unmenschliches Verhalten' […] anordnen und zulassen".[935] Die Ordnungsansprüche des Rechts dürften nicht so weit gehen, dass die nötige, ethisch beladene ‚Menschlichkeit' des Rechtsinhalts verdrängt werde. Die Spannung zwischen den zwei wesentlichen Elementen des Rechtsbegriffs dürfe ein bestimmtes Maximum nicht überstrapazieren, ohne dass das Recht dadurch zunichte gemacht werde.[936] So setze zunächst „der Ordnungsgedanke" in der Konstellation ‚rechtswidriger' aber rechtskräftiger bzw. bindender Rechtsentscheidungen „dem Forschen nach der Rechtmäßigkeit Schranken".[937] Dennoch dürfe auch dabei die „Widerrechtlichkeit ein gewisses Maß nicht übersteigen, […] um – der Ordnung zuliebe – noch als Recht angesehen werden zu müssen".[938] Darüber hinaus könne auch eine rechtmäßig letztinstanzliche Entscheidung dermaßen „zu Ungunsten der Menschlichkeit" des Rechts

---

[932] *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 67), S. 465 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (252); vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 282 f., 298–301.

[933] *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 178), S. 593. Vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 317 f.

[934] Zwei Zitate: *Leonidas Pitamic*, Naturrecht und Natur des Rechts, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 7 (1956), S. 190–207 (192).

[935] *Pitamic*, Naturrecht und Natur des Rechts (Anm. 934), S. 194.

[936] Vgl. *Pitamic*, Naturrecht und Natur des Rechts (Anm. 934), S. 199–200.

[937] Zwei Zitate: *Pitamic*, Naturrecht und Natur des Rechts (Anm. 934), S. 193.

[938] *Pitamic*, Naturrecht und Natur des Rechts (Anm. 934), S. 199.

wirken, dass sie „rechtszerstörend“[939] wirke. Mangels positivrechtlicher Reaktionsmöglichkeiten sei das Recht durch eine eventuelle „grobe Störung in seinem Wesen derart denaturiert, daß es als Recht nicht mehr besteht“.[940]

Es handle sich dabei nicht so sehr um eine Verletzung des Naturrechts, sondern vielmehr um eine Verletzung der Natur des Rechts. Aus dem Rechtsbegriff würden einige Anforderungen an das positive Recht folgen.[941] Dabei spiele das Kontingente an der Struktur der positiven Rechtsordnung, d. h. die Über- und Unterordnungsbeziehungen innerhalb des Stufenbaus der Rechtsnormen keine Rolle, denn alle Stufen der Rechtsordnungen müssten der Natur des Rechts entsprechen, „um als Recht qualifiziert werden zu können“.[942] Nebelhaft bleibt, wer letztendlich über die Verletzung der Natur des Rechts entscheidet, denn, wie Pitamic selbst feststellt, bei allen diesen Ausführungen wird die Erkenntnis dieser (Natur)Rechtswidrigkeit des Rechts vorausgesetzt.[943] Auf dieser Ebene der Argumentation gewinnt Pitamics Lehre die Konturen eines Primats der autonomen Vernunft, der dann in Verbindung mit Überlegungen zum *ius resistendi* gebracht wird.

2. Die Rechtskraft als begrifflicher Schlüssel: Das Konzept einer „doppelten Norm“

Fritz Schreier rezipierte die Merklsche Stufenbaulehre als schlüssige Erklärung für die Beziehungen zwischen den Rechtserscheinungen im Rechtserzeugungszusammenhang. Das „selbständige und eigenartige“, „weitaus bedeutsamste“ Sinnverhältnis zwischen den unterschiedlichen Rechtsstufen bestünde darin, „daß der Sinn der niederen Stufe nicht über den ihr von der höheren vorgeschriebenen Rahmen hinausgehen darf, wenn nämlich die niedere Stufe Giltigkeit beanspruchen will“.[944] Überschreitet die Norm niederer Stufe den ihr vorgezeichneten Rahmen, erlange sie keine Geltung, finde sie keinen Eingang in die Rechtsordnung. Diese Frage nach der Geltung bzw. nach der Rechtmäßigkeit der Rechtsnorm als solche sei aber von der Frage danach, „ob der Tatbestand der Normsetzung nicht von irgendeiner Rechtsfolge begleitet ist“,[945] getrennt zu behandeln. Es sei unschwer denkbar, dass die betreffende Rechtsordnung über eine Regelung verfügt, die dem „Setzungstatbestand, dessen Sinn die ihm durch die Norm höherer Stufe gezogene Grenze überschreitet, genau dieselben Rechtsfolgen zuteilt“,[946] die ihm zukommen würden, hätte er den Rahmen nicht überschritten. Diese Art von Regelung, die den Setzungstatbestand einer „ungiltigen“, weil außerhalb des Rahmens erzeugten Norm,

[939] Zwei Zitate: *Pitamic*, Naturrecht und Natur des Rechts (Anm. 934), S. 199.
[940] *Pitamic*, Naturrecht und Natur des Rechts (Anm. 934), S. 199.
[941] *Pitamic*, Naturrecht und Natur des Rechts (Anm. 934), S. 199.
[942] *Pitamic*, Naturrecht und Natur des Rechts (Anm. 934), S. 314.
[943] Vgl. *Pitamic*, Naturrecht und Natur des Rechts (Anm. 934), S. 313.
[944] Drei Zitate: *Fritz Schreier*, Grundbegriffe und Grundformen des Rechts. Entwurf einer phänomenologisch begründeten formalen Rechts- und Staatslehre, Leipzig/Wien 1924, S. 182. Im Original verwendet Schreier „Giltigkeit“ statt „Gültigkeit“, wie „giltig“ statt „gültig“.
[945] *Schreier*, Grundbegriffe (Anm. 944), S. 183.
[946] *Schreier*, Grundbegriffe (Anm. 944), S. 183.

mit dem Setzungstatbestand einer „giltigen", weil rechtmäßigen, Norm gleichstellt, und die systeminterne Anschlussfähigkeit der ungültigen Norm ermöglicht, als „ob sie giltige Norm" wäre, nennt Schreier „Rechtskraftnorm[en]".[947]

Die durch solche Rechtskraftnormen geschaffene Rechtslage sei dergestalt zu verstehen, dass eine „zunächst ungültige Norm auf einem Umwege […] in das betreffende positive Recht" eingehe, d. h. gültig werde. Die Rechtskraftnormen würden fehlerhaft erzeugten Normen eine Art Geburtshilfe leisten.[948] Jede ‚unrechtmäßig' rechtskräftige Norm stehe unter der Wirkung einer „doppelte[n] Norm".[949] In Bezug auf die höhere, bedingende Norm sei der Sinn der den Rahmen überschreitenden niederen Norm derjenige einer ungültigen Norm; dank der Rechtskraftnorm werde ihr aber trotzdem Gültigkeit innerhalb des Rechtssystems verschafft. Die scheinbar ‚rechtswidrige Norm' stünde lediglich im Widerspruch zum Sinn und Inhalt bestimmter Normen der höheren Stufe, sie sei aber in ihrer Geltung durch die Rechtskraftnorm gedeckt und gerate dadurch nicht in Konflikt mit der Rechtserzeugungsregelung der jeweiligen Rechtsordnung. Die durch die Rechtskraftnormen veranlasste Abweichungstoleranz hinsichtlich der höheren Norm sei graduierbar, sodass man „stärkere" von „schwächeren" Formen jener Normen unterscheiden könne, je nach Gewicht der Anforderungen, die erfüllt werden müssten, damit Rechtskraft vorliege.[950]

Die Lösung Schreiers über den Weg der Rechtskraftnorm distanziert sich einerseits – ähnlich wie bei Pitamics Gedanken – schon auf der terminologischen Ebene vom reiferen Merklschen Modell, insoweit Merkl darauf beharrt, es stehe der Rechtskraft die Funktion nicht zu, rechtswidrige Akte rechtmäßig zu machen, denn dies sei vielmehr eine Funktion des von der Rechtskraft unterschiedlichen Instituts des Fehlerkalküls.[951] Andererseits spiegelt die Graduierbarkeit der Duldung der Rahmenüberschreitungen durch die Rechtskraftnorm die Lehre Merkls über die Variationsmöglichkeiten der Fehlerkalkülbestimmungen, die sich in der Unterscheidung zwischen minimalen und maximalen Bedingungen der rechtsgültigen Rechtserzeugung materialisiert.[952] Schreier scheint sich aber ausgerechnet gegen das radikale Primat der Rechtswissenschaft Merkls auszusprechen, wenn er anmerkt, dass die Versuche, „gewisse materiale Tatbestände ausfindig zu machen, die von der Rechtskraft nicht ergriffen werden können",[953] nicht mehr vom Natur-

947 Vier Zitate: *Schreier*, Grundbegriffe (Anm. 944), S. 183.

948 Um hier nochmals die plastische Formulierung von Hilbert auszunutzen, vgl. *Hilbert*, Fehlerkalkül oder Alternativbestimmungen (Anm. 44).

949 Zwei Zitate: *Schreier*, Grundbegriffe (Anm. 944), S. 184.

950 Vgl. *Schreier*, Grundbegriffe (Anm. 944), S. 184 f.

951 Vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 281–285, 290–294.

952 Vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 292–294.

953 *Schreier*, Grundbegriffe (Anm. 944), S. 185 f. Schreier setzt sich nicht explizit mit der Rechtskraftlehre Merkls auseinander, denn das Werk Merkls ist erst erschienen, als die Arbeit von Schreier schon abgeschlossen war. Er merkte aber an, die „Grundzüge" der Lehre Merkls aus „Vorträgen und Diskussionen" schon hinreichend zu kennen, vgl. *Schreier*, Grundbegriffe (Anm. 944), S. 185 f. (Fn. 187). Dies deutet nochmals auf den intensiven wissenschaftlichen Austausch innerhalb der Wiener Schule hin, der oben im Ersten Teil, Kap. I thematisiert wurde.

recht zu differenzieren seien. Ausschließlich das positive Recht könne Rechtskraft verleihen und der Rechtswissenschaft komme es nicht zu, der positivrechtlich erworbenen Rechtskraft Grenzen bzw. Schranken zu setzen. Die Formulierung einer ‚Doppelnorm' als Begründung der Geltung der außerhalb des Rahmens erzeugten Norm findet darüber hinaus Widerhall im Kelsens Rede des Alternativcharakters der Ermächtigungsnorm.[954]

IV. An den Grenzen des Rechtssystems: Kelsens rechtstheoretische Vernunft

Konkret in puncto ‚rechtswidriges Recht' nahm Kelsen nicht ausdrücklich Stellung zur Merkl–Sander-Kontroverse als solche,[955] er bezog sich aber relativ ausführlich auf deren Themenkreis, als die Kontroverse noch lebendig durch die Wiener Schule wanderte. Im Zusammenhang mit seiner eigenen Polemik mit Sander, die im Mai 1923 ihren Apex erfuhr, vermied Kelsen – vermutlich bewusst – die Eröffnung einer weiteren Kampffront. An einer unerwarteten Stelle seines im März 1923 erschienenen Beitrags zur Parallele Gott–Staat bezog er sich affirmativ auf die Analogie Merkls zwischen dem Institut der Rechtskraft und dem kirchlichen Dogma der päpstlichen Unfehlbarkeit, um im gleichen Zuge die rechtswissenschaftliche Adäquanz der Vorstellung eines „Justizirrtums" zu bestreiten, ohne dabei aber Merkls Konstrukt des Fehlerkalküls zu berücksichtigen.[956] Er konnte während der sich innerhalb seines Kreises ausbreitenden Turbulenzen weitgehend die Rolle des reflektierenden Beobachters einnehmen und damit seinen eigenen Ansatz – wenn nicht auf der Ebene des Rechtfertigungs-, bestimmt auf der des Entdeckungszusammenhangs – durch die Perspektiven seiner Schüler bereichern. Dabei sichtete er 1925 nuanciert Vorteile und Nachteile des Merklschen Primats der Rechtswissenschaft und des Sanderschen Primats des Rechtsverfahrens in seiner ‚Allgemeine Staatslehre', freilich ohne sie zu benennen, und bediente sich unzweideutig der Begrifflichkeit der schulimmanenten Debatte um seine eigene Lehre der ‚fehlerhaften

---

954 Vgl. unten Dritter Teil, Kap. VII, S. 384–388.

955 Zu bestimmten Aspekten der allgemeinen Kontroverse nahm Kelsen, im Rahmen seiner eigenen Auseinandersetzung mit Sander, Merkl in Schutz nehmend, doch Bezug. Vor allem äußerte er sich zu Sanders Vorstellung der Rechtsdynamik und machte aus der Sanderschen Kritik an dem statischen Charakter der Stufenbaulehre Merkls einen Prioritätenstreit, den er meinte, zugunsten Merkls beilegen zu können: „Sander ist in keinem Punkte auch nur um Haaresbreite über Merkls Theorie hinausgegangen, die in eine prätentiöse, Sinn und Quelle verdunkelnde Terminologie einzukleiden, seine ausschließliche Errungenschaft ist" (vgl. *Kelsen*, Rechtswissenschaft und Recht [Anm. 334], S. 224, vgl. noch S. 219–224).

956 Vgl. *Hans Kelsen*, Gott und Staat, in: Logos 11 (1923), S. 261–284 (281) = HKW 7, S. 435–458 (455 f.); *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 10), S. 297. Kelsen verweist damit auf ein Werk Merkls, das zu diesem Zeitpunkt noch nicht erschienen war, mit dessen Manuskript er aber als Herausgeber der ‚Wiener Staatswissenschaftlichen Studien' und Lehrer Merkls bestens vertraut war. Dass Kelsen aus einem Manuskript seines Schülers zitiert, ist wiederum ein Zeichen der Austauschdynamik innerhalb der Wiener Schule, wie sie im Ersten Teil, Kap. I präsentiert wurde.

Staatsakte', die zunächst als Anregung für die Schüler gedient hatte, ausgestattet mit den neugewonnenen Einsichten der Rechtsdynamik, fortzusetzen.[957]

Verfeinert werden Sinn und Verortung der Unterscheidung zwischen Nichtigkeit und Vernichtbarkeit, die von der Rechtswissenschaft nicht als „absolute Gegensätze"[958] zu verstehen seien. Nichtigkeit könne als solche genauso wie Vernichtbarkeit nur im Rechtssystem durch die Betätigung von den zuständigen Organen im vom positiven Recht vorgesehenen Verfahren konstituiert werden. Nichts als „Selbsttäuschung" wäre es, diese Kategorien so zu verwenden, dass der Nichtigkeitserklärung eine rein „deklaratorische Bedeutung"[959] zugesprochen würde. Innerhalb des Rechtsystems seien die Rechtsakte immer konstitutiv, ihre rechtliche Bedeutung immer auf das Neue durch Operationen des Systems bestimmt. Was nicht juristisch im System konstituiert werde, sei rechtlich irrelevant. Genauer betrachtet, ließe sich innerhalb einer arbeitsteilig funktionierenden Rechtsordnung lediglich von Vernichtbarkeit reden.

Die Rechtswissenschaft könne ihrerseits aber nicht auf die Vorstellung einer „*absoluten* Nichtigkeit" als „Grenzbegriff"[960] verzichten. Einerseits könne das Rechtssystem das Problem eines juristischen Nicht-Seins nicht anders als durch dessen Verrechtlichung thematisieren. In dem Augenblick, in dem Nichtigkeitshypothesen geregelt werden, würden sie zum Inhalt von autoritativen, konstitutiven Rechtsentscheidungen; sie würden aufhören, absolut nichtige Konstellationen zu demarkieren, um unterschiedliche Grade der Vernichtbarkeit anzunehmen. Da die Ermächtigungskette der Rechtmäßigkeitsprüfung nicht *ad infinitum* ausgedehnt werden könne, müsse die Möglichkeit der rechtssysteminternen Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Rechtsakte an einer bestimmten Stelle des Rechtsverfahrens ausfallen und die „Rechts- oder Staatstheorie"[961] dann voraussetzen, dass letztinstanzliche Akte gültig (und rechtmäßig) seien. Und zwar auch dann, wenn diese Akte den Rahmen der anzuwendenden Normen nach rechtswissenschaftlich vertretbarer Auffassung nicht beachtet hätten.

Andererseits dürfe die Rechtswissenschaft sich nicht vor ihrer Aufgabe scheuen, „solche an der Grenze des Systems der Rechtsakte stehende[n] Tatbestände als Akte zu charakterisieren, *die im Widerspruch zu dem Sinn*, *den sie beanspruchen*, *nicht Rechtsakte*, d. h. *nichtige Akte* sind".[962] Die absolute Nichtigkeit scheint dabei als Signum dafür herzuhalten, dass die Rechtswissenschaft nicht sprachlos vor den kompetenzüberschreitenden Operationen stehe oder schweigend alles als

---

957 Zur frühen Lehre Kelsens und deren statischem Charakter vgl. oben Erster Teil, Kap. II, S. 124–129.

958 *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Anm. 24), S. 277.

959 Zwei Zitate: *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Anm. 24), S. 277. In seiner frühen Lehre der ‚fehlerhaften Staatsakte' ging Kelsen noch vom deklaratorischen Charakter der Nichtigkeitserklärung aus, die allen Rechtsunterworfenen als Erkenntnisakt zustehe, vgl. *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 426), S. 86 = HKW3, S. 439–531 (509).

960 Zwei Zitate: *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Anm. 24), S. 278.

961 *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Anm. 24), S. 277.

962 *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Anm. 24), S. 278.

rechtmäßiges Recht hinnehme, das sich als solches ausgebe. So gelesen würde der Ansatz Kelsens in ‚Allgemeine Staatslehre' ein moderates Primat der Erkenntnis fördern. Eine noch radikalere Wende kommt jedoch – etwas überraschend[963] – kurz danach:

„Ob ein Befehl, den ein Mensch einem anderen erteilt, wirklich auch ein Befehl, d. h. eine Norm im Sinne des Rechts ist, das hängt davon ab, ob der Befehlende wirklich die Bedingungen erfüllt, die die betreffende Rechtsnorm vorschreibt, und die der Befehlende – indem er einen Gehorsam heischenden Rechtsbefehl erteilt – zu erfüllen behauptet. Die Legitimierung des subjektiven Sinns dieses Aktes erfolgt freilich wieder durch einen solchen Akt. Und *das positive Recht hat die Tendenz*, *die Legitimierung innerhalb des Rechtsapparates selbst zu halten.* Ob ein Urteil rechtmäßig war oder nicht, kann nicht die Rechtswissenschaft, kann nur das Gericht höherer Instanz entscheiden. Ein voreiliges Eingreifen des rechts*wissenschaftlichen* Urteils wäre tatsächlich Naturrecht, hieße tatsächlich[,] die Rechtswissenschaft zur Rechtsquelle [zu] machen. Allein das Prinzip der Selbstlegitimation der Rechtsakte hat seine Grenzen. *Letzten Endes* ist es doch die rechtstheoretische Vernunft, die den auf Grund ihrer Hypothesis zum einheitlichen System zusammengeschlossenen Tatbeständen ihren rechtlichen Sinn, ihre spezifische Bedeutung verleiht".[964]

Mit diesen Ausführungen bliebe Kelsen einerseits in den von Sander kritisierten Abbildtheorien gefangen, indem er zunächst die Rechtmäßigkeit und Geltung eines Rechtsakts abhängig von der ‚wirklichen' Erfüllung der Rechtsbedingungen zu machen scheint, als ob eine definitive Bestimmung dieser Korrespondenz außerhalb des Verfahrens und losgelöst von dessen Ungewissheitsumständen nicht nur möglich, sondern auch rechtlich relevant wäre.[965] Andererseits redet er fast im gleichen Zuge einem Primat der Rechtsanwendung das Wort, wenn er die Selbstlegitimierungstendenz des Rechtsverfahrens völlig im Sinne Sanders betont und die

[963] Topographisch betrachtet kommt diese entscheidende Passage an einem unerwarteten, ansonsten eher unspektakulären Abschnitt des Kompendiums zur ‚Allgemeinen Staatslehre' am Ende der Überlegungen zum „Rechtsinhaltsbegriff des Staatsorgans" (§39) in dem „Behörde[n]" gewidmeten Unterabsatz (F.) vor, d. h. an einer Stelle, an der man schlicht nicht mehr mit den tiefsten rechtstheoretischen Digressionen rechnen würde. Ob diese Passage der damals noch fehlenden Ergänzung im Manuskript betreffend das Problem der Staatsorgane entspricht, die Kelsen in seiner Korrespondenz mit dem Verlag erwähnte, kann nur spekuliert werden: „Das Manuskript meiner ‚Allgemeinen Staatslehre' ist nahezu fertiggestellt. Es fehlt nur mehr das Schlußkapitel (Staatenverbindungen) und eine kleine Ergänzung über ‚Staatsorgane'. Ich hoffe die Arbeit in den nächsten Wochen abzuschließen" (Brief von Hans Kelsen an den Julius Springer Verlag vom 7. Juli 1923). Angesichts des Inhalts der sich zu diesem Zeitpunkt entfaltenden Merkl–Sander-Kontroverse, sowie der Art von Kritik, die Kelsen damals von Sander bekam, ist nicht vollkommen unplausibel, dass Kelsen an dieser Stelle eine ursprünglich nicht geplante, eher verdeckte Stellungnahme zur schulimmanenten Debatte platzierte.

[964] *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Anm. 24), S. 278.

[965] Eine solche Lesart dieser Passage würde Kelsens Position in Kollision mit seiner Stellungnahme zum Problem der Rechtskraft und dessen Implikationen zur Formulierung des Rechtssatzes durch die Rechtswissenschaft bringen, als er schrieb, man dürfe „den Rechtssatz nicht eigentlich lauten lassen: Wenn jemand stiehlt, mordet usw., soll er bestraft werden – denn wie sollte die absolute Wahrheit darüber, ob jemand eine Tat begangen [hat], ergründet werden? – sondern: Wenn von jemandem in einem bestimmten Verfahren in letzter Instanz angenommen wird, daß er gestohlen, gemordet usw. hat, dann soll er bestraft werden" (*Kelsen*, Gott und Staat [Anm. 956], S. 281 f. = HKW 7, S. 435–458 [455]).

Sandersche Kritik zurechtrückt. Er weigert sich dennoch, mit Sander diese Selbstlegitimierung mit allen Konsequenzen hinzunehmen und öffnet sich für den Ansatz Merkls. Durch die ledigliche Inanspruchnahme von Sanders Jargon und Kritik und ohne dies groß deutlich zu machen, gibt Kelsen nach: Bis zur Erschöpfung der rechtlichen Verfahrenskette habe sich die Rechtswissenschaft zurückzuhalten, um auf den autoritativen Output des Rechtsverfahrens zu warten; „ein voreiliges Eingreifen" wäre [*nota bene*: wie Sander es sagte[966]], die „Rechtswissenschaft als Rechtsquelle"[967] zu behandeln. Trotzdem sei letztendlich doch die „rechtstheoretische Vernunft"[968] diejenige, die einem im Rechtsverfahren erzeugten Akt ihre rechtliche Bedeutung verleihe. Der Frage danach, wessen Entscheidung zählt, beantwortet Kelsen kompakt aber differenziert: Normalerweise, bei den tagtäglichen Operationen der Rechtsmaschinerie, die Organe; ab der letztinstanzlichen Rechtserzeugung dennoch – wenn man seine etwas metaphorische Stellungnahme so lesen darf – unausweichlich die Rechtswissenschaft.

Damit deutet Kelsen an, dass er in der Sanderschen Kritik eine Berechtigung sah. Die Rechtswissenschaft dürfe nicht zur Rechtsquelle erhoben bzw. zur Kontrollinstanz der Rechtspraxis ermächtigt werden – was eigentlich dem Forschungsprogramm gemäß *in abstracto* von der gesamten Wiener Schule angenommen werden müsste. Andererseits vernebelt er seine Stellungnahme zur Merkl–Sander-Kontroverse durch die so auffällige wie unscharfe Formulierung einer ‚rechtstheoretischen Vernunft'. Wie dies zu verstehen sei, wird nicht klar herausgearbeitet. Ob es wie bei dem Ansatz Merkls so ist, dass die Rechtswissenschaft doch letztinstanzlichen Entscheidungen die Geltung absprechen darf – und dies sogar mit solcher Radikalität, dass, wenn sie den Rahmen nicht eingehalten haben, sie nicht zu befolgen seien –, lässt sich kaum im Kontext präzisieren. Der Abschnitt scheint sowohl eine Deutung zu erlauben, die (gegen Sander) bloß die Berechtigung einer epistemischen Kontrolle des Rechtsverfahrens durch die Rechtswissenschaft eingesteht, als auch, auf der anderen Seite, eine stärkere Lesart, die die Geltung ‚fehlerhaft' erzeugter, letztinstanzlicher Akte verneint und unter Umständen der Rechtswissenschaft die Entscheidungshoheit übergibt. An der Grenze des Rechtssystems würde im letzten Fall die Rechtswissenschaft doch eingreifen, wenn das Spiel der Selbstlegitimierung der Rechtsakte durch weitere Rechtsakte an dieser Stelle sein Ende kenne.

Mit dieser Konstruktion macht Kelsen jedenfalls (nochmals) auf die Frage nach der konzeptuellen Demarkierung der Systemgrenzen aufmerksam. Ohne ein rechtswissenschaftliches Kriterium für die Geltung und Rechtmäßigkeit der normativen Funktionen des Systems müsse man jede „Köpenickiade"[969] als objekti-

[966] Sander äußert diese Kritik der Erhebung der Rechtswissenschaft zur Rechtsquelle in unterschiedlichen Kontexten und in Bezug auf verschiedene Argumentationsstrukturen sowohl gegenüber Kelsen als auch gegenüber Merkl, vgl. *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 178), S. 553–554, 600 f. (zur Kritik an Kelsen); 520–522 (Fn. 1) (zur Kritik an Merkl). Des Weiteren zur Kritik an Merkl vgl. ausführlich oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 314–331.

[967] *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Anm. 24), S. 278.

[968] *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Anm. 24), S. 278.

[969] Begriff in: *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 426), S. 91 = HKW3, S. 439–531 (512).

ves, systemisches Recht handhaben. Diese Sorgen scheinen aber später aus dem Zentrum seines Ansatzes gerückt zu sein, auch wenn sie seinen Schülern weitere Anregungen boten. Kelsen selbst würde bald seine Lehre der Alternativermächtigung ins Spiel bringen und damit das Pendel näher zum Sanderschen Ansatz schlagen lassen.

H. Zwischenfazit des Zweiten Teils

Merkl und Sander vertreten zwei unterschiedliche Versionen einer Lehre der Eigengesetzlichkeit des Rechts. Merkl errichtete seine Eigengesetzlichkeitstheorie auf seiner Lehre der Rechtskraft, die eine Tendenz zur Permanenz in allen Rechtserscheinungen sieht und die Unveränderbarkeit als den Default-Modus des Rechtlichen begreift. Schweigt das positive Recht über die Änderbarkeit der Rechtserscheinungen, werden diese systemintern als unabänderlich gedeutet. Sobald das positive Recht Rechtserzeugungs-, Rechtsänderungs- oder Rechtsvernichtungswege eröffnet, differenzieren sich die Rechtserscheinungen in bedingende und bedingte aus. Insofern könne von einem Rangverhältnis zwischen den Elementen des Rechtssystems gesprochen werden: Die bedingenden Normen seien der rechtliche Erkenntnisgrund für die Deutung der bedingten Erscheinungen als *Rechts*erscheinungen. Didaktisch wird dies mit Rekurs auf die Idee eines Stufenbaus dargestellt. Von der Tendenz zur Permanenz des Rechts ausgehend gewinnt Merkls Modell somit die Möglichkeit, das Recht in Bewegung zu betrachten, denn Rechtserzeugung, Rechtsänderung und Rechtsvernichtung erweisen sich als normative Funktionen und werden als solche vom positiven Recht selbst reguliert.

Die bedingenden Normen erheben den Anspruch, ihre eigene Anwendung und damit die Erzeugung weiterer Rechtserscheinungen zu bestimmen. Die Rechtserzeugung erfolge auf der Grundlage der Anwendung der bedingenden Normen, d. h. Recht entstehe nach den (formellen wie materiellen) Maßgaben des Rechts selbst. Eine vollumfängliche Bestimmung der Rechtserzeugung sei aber aus unterschiedlichen Gründen nie zu erreichen, sodass die Gesamtheit der Zwischenglieder einer Rechtserzeugungskette sich je nach Blickrichtung entweder als Rechtsanwendung oder Rechtserzeugung erweise und dem zuständigen Rechtserzeugungsorgan stets ein größerer oder kleinerer, strukturell notwendiger Ermessensspielraum zustünde. Daher die Rede von einem doppelten Rechtsantlitz – die mindestens eine doppelte Bedeutung aufweist. Nicht nur fungieren die Rechtserscheinungen je nach Perspektive als bedingende und bedingte, sondern auch sei bei jedem Rechtsakt ein Rechtserkenntnis- von einem Rechtserzeugungsanteil zu unterscheiden. Dies plausibilisiert die Vorstellung der bedingenden, anzuwendenden Norm als Rechtsrahmen, innerhalb dessen das zuständige Organ zwischen rechtlich gleichwertigen, durch rechtswissenschaftliche Interpretation zu ermittelnden Wahlmöglichkeiten zu entscheiden habe, außerhalb dessen Grenzen aber kein Recht valid erzeugt werden könne. Wird der Rechtsrahmen verpasst, könne man die getroffene Entschei-

dung nicht als eine rechtliche deuten. Die bedingte Rechtserscheinung habe den bedingenden Normen in einem Mindestmaß zu entsprechen.

Die Rechtsordnung wird dabei als ein Rechtserzeugungszusammenhang und das Rechterzeugungsverfahren somit als eine dynamische Delegationskette erfasst, der entlang Macht zur Rechtserzeugung innerhalb von bestimmten Schranken verteilt wird. Sobald aber die Macht zur Rechtserzeugung delegiert wird, zeichne sich die Möglichkeit ab, dass das zur Rechtsanwendung/Rechtserzeugung berufene Organ außerhalb des Rahmens der bedingenden Normen entscheidet. Rechtserkenntnis und Rechtsanwendung fallen möglicherweise auseinander. In diesem Bereich stellt sich das Problem der ‚fehlerhaften Rechtsanwendung' bzw. ‚fehlerhaften Rechtserzeugung' als eine Herausforderung für die Merklsche Rechtstheorie dar und dort findet die Kategorie der ‚Rechtsfehler' ihre Wurzeln wie ihre Berechtigung.

Anders sieht die Lage von der Warte der Rechtsverfahrenstheorie des Gegendenkers Fritz Sander aus. Einerseits radikalisiert Sander die Funktionalisierungs- und Relationierungstendenzen der Reinen Rechtslehre Kelsens, andererseits wendet er sich vehement gegen die Grunddogmen der herkömmlichen Rechtswissenschaft, die er unter der Rubrik der Rechtsdogmatik angreift und zu überwinden beansprucht, als deren Anhänger er im Laufe der Zeit auch Merkl und Kelsen sieht. Sander dagegen radikalisiert einerseits die Funktionalisierungs- und Relationierungstendenzen der Reinen Rechtslehre Kelsens und wendet sich andererseits vehement gegen die Grunddogmen der herkömmlichen Rechtswissenschaft, die er unter der Rubrik der Rechtsdogmatik angreift und zu überwinden beansprucht, als deren Anhänger er im Laufe der Zeit auch Merkl und Kelsen sieht. Dabei ging es nicht um Petitessen: In Frage gestellt wurden von Sander die Vorstellung des Rechts als ein Sollens-Phänomen und die statische Betrachtung dieses Phänomens als ein System von anzuwendenden Rechtsnormen. Vor allem aber die Ansprüche der Rechtsdogmatik, entweder das Recht fortzubilden oder die Rechtsurteile der Organe korrigieren zu können, bekämpfte er vehement. Die kritisierten Ansprüche verpackte Sander in der Rede vom ‚Dogma der Rechtswissenschaft als Rechtsquelle' und sah darin die Grundannahme aller Naturrechtslehren, die das Recht als Derivat von etwas anderem begreifen und sich auf das Jenseits des Rechts berufen würden, um das positive Recht zu erklären. Das Ergebnis der Radikalisierungen Sanders ist eine besonders dynamische Auffassung des Funktionsmodus des Rechts, die sich zur Aufgabe macht, die Eigengesetzlichkeit des Rechts als dessen ureigenste Erzeugungsmethodik zu beschreiben.

Einer spezifisch juristischen Rechtstheorie wie der Theorie des Rechtsverfahrens, die sich reflexiv der Analyse der immanenten Operationen des Rechtsverfahrens zu widmen habe, zeige sich das Recht als eine Art Re-Reading-Mechanismus: Die Realität werde in den Urteilen der zuständigen Organe neugelesen und bestimmte Vorgänge würden rechtskräftig in diesen Urteilen als rechtlich relevant konstituiert, wobei auch über Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der Operationen des Systems entschieden wird. Das Recht stelle ein autonomes ‚Subjekt–Objekt-Verhältnis' dar, in dem sich wechselbezüglich die Rechtserzeugungs-

regeln und die zuständigen Rechtorgane in den autoritativen Urteilen der Letzteren affirmieren, die dann – mit unterschiedlichen Graden von Wahrscheinlichkeit – als Anknüpfungspunkte für weitere Operationen des Systems fungieren würden. Rechtmäßiges von Rechtswidrigem zu unterscheiden sei eine Aufgabe des Rechtsverfahrens. So wird das Recht als ein Zu-Recht-Erkenntnisverfahren verstanden, in dem weltliche Phänomene als rechtlich gedeutet werden, vor allem dadurch, dass bestimmte Entscheidungen als autoritativ bzw. als Ausübung von rechtlicher Zuständigkeit herausgefiltert werden und mit Bezug auf den Inhalt dieser zuständigen Entscheidungen klar wird, was rechtens ist. Ausschließlich in Korrelation zu den Organkoordinaten würden sich Rechtsbedeutungen konstituieren und eine wissenschaftliche Rechtstheorie habe die Selbstkonstitution der Rechtsbedeutungen zu analysieren, um die grundlegenden Rechtsstrukturen identifizieren zu können, die das Rechtsverfahren als solches individualisieren.

Der Hauptfehler der tradierten Rechtswissenschaft bestünde in der Ausschaltung des Organmoments des Rechtsverfahrens, an wessen Stelle sie sich einzuschalten versuche. Die interpretative Rechtsdogmatik ersetze bei ihrer gewöhnlichen Herangehensweise die konstitutiven Entscheidungen der Organe und beharre dabei auf einer unmittelbaren Erkennbarkeit der Rechtsanforderungen, die losgelöst vom Rechtsverfahren ausgelegt werden würden, sodass die erkenntnismäßig eruierten Maßstäbe den autoritativen Organakten als rechtliche Regel für die prospektive Rechtserzeugung gegenübergestellt werden. ‚Fehlerhafte Rechtsentscheidungen' bzw. ‚rechtswidrige Rechtserscheinungen' seien häufig lediglich das Ergebnis des Vergleichs des positiven Rechts des Rechtsverfahrens mit dem Recht der Rechtsdogmatik. Im Modell Sanders kann die Rechtswissenschaft jedoch nur dann von ‚rechtswidrigem Recht' reden, wenn dieses sich als Ergebnis der bereits vorliegenden Operationen des Rechtsverfahrens als solches zur Beschreibung zeigt. Die Kategorie der ‚Rechtsfehler' – gewöhnlich zur Anzeige von Defekten bei der Rechtserzeugung gebraucht – wird als Zeichen der unzulässigen Substitution der Organe als Subjekte des ‚Subjekt–Objekt-Verhältnisses' ‚Recht' durch die Rechtsdogmatik gelesen. Die bloße Fragestellung nach der Fehlerhaftigkeit der Rechtsurteile zeuge nicht zuletzt von Missverständnissen über der Funktionsweise des Rechtsverfahrens und stehe für Kompetenzüberschreitungen der Rechtswissenschaft.

Die unterschiedlich kalibrierten Modelle von Merkl und Sander, die sich als Ausführung des gleichen rechtspositivistischen Forschungsprogramms verstanden, gerieten in Kollision. Die frühe Ansicht Merkls, dass die Verfehlung des Rahmens der bedingenden Normen durch die bedingte Erscheinung die valide Entstehung der Letzteren im Rechtssystem verhindere (‚Nichtigkeitsprämisse'), sei nach Sander schwer von einer naturrechtlichen Auffassung zu unterscheiden. Sie setze einen festen rechtlichen Bedeutungsrahmen voraus, der sich rechtsdogmatisch losgelöst von den aktuellen Operationen des Rechtsverfahrens ermitteln lasse, und erfordere Kriterien für die Rahmenermittlung, die Merkl nicht angegeben habe. Sie impliziere letztlich die Privilegierung des Standpunkts der Rechtswissenschaft zulasten der reellen Rechtsanwendung, welche durch die Brille einer ideellen Rechts-

ordnung der Rechtserkenntnis als ‚fehlerhaft' erscheine – ein Kritikpunkt, der in ähnlicher Form bereits von Alfred Verdross geltend gemacht worden war. Die Merkl–Sander-Kontroverse um das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' (konzentriert in der Zeitspanne 1918–1926) führte, ausgehend von einer Debatte über die Tauglichkeit der Kategorie der ‚Rechtsfehler', zur Ausarbeitung von unterschiedlichen Eigengesetzlichkeitslehren und zu einer tieferen Auseinandersetzung mit den Aufgaben der Rechtswissenschaft und ihr Verhältnis zum Recht. Die in *clash* geratenen rechtlichen Weltanschauungsdifferenzen versuchte Merkl mit der Opposition zwischen einem Primat der Rechtserkenntnis und einem Primat der Rechtsanwendung auf den Punkt zu bringen. Zur Debatte stand: Wer entscheidet letztlich über die ‚Richtigkeit' oder die ‚Fehlerhaftigkeit' bzw. die Rechtmäßigkeit oder die Rechtswidrigkeit der Rechtsentscheidungen und was ist aus dieser Entscheidung zu folgern?

Die Sandersche Rechts(verfahrens)theorie bedeute nach Merkl eine Entstufung der Rechtsordnung und eine Entleerung des Konzepts der Rechts*anwendung* wie der rechtlichen Ermächtigung überhaupt, die zur Selbstermächtigung der Organe werde, die als Alleinherrscher über das Recht auftauchen würden. Die Infragestellung der ‚Nichtigkeitsprämisse' anerkennend, begab sich Merkl an die Ausarbeitung überzeugenderer Lösungen für die Integrierung des Phänomens der ‚fehlerhaften Entscheidungen' in sein rechtstheoretisches Modell. Er kam über diesen Weg nach verschiedenen Versuchen zu einem originellen Beschreibungsversuch des Umgangs des positiven Rechts mit ‚Fehlern': der Lehre des Fehlerkalküls. Das positive Recht rechne gewöhnlich mit Fehlern der Rechtsanwendern, indem es Vorbeugungs- wie Reaktionsmechanismen vorsehe und dadurch für die – wenigstens vorübergehende – Geltung von Rechtserscheinungen sorge, die nicht die ganze Summe der in den bedingenden Normen niedergelegten Anforderungen für ihre Erzeugung erfüllt haben. Das Recht operiere valid innerhalb einer von ihm selbst demarkierten Fehlerlatitüde. Damit wäre für die Rechtswissenschaft die Möglichkeit gewonnen, ‚Rechtsfehler' beim Namen zu nennen, ohne dass die Geltung der ‚fehlerhaften Rechtserscheinungen' bestritten wird. Bei mangelndem Fehlerkalkül dürfe und könne aber kein ‚rechtswidriges Recht' gelten und es stünde der Rechtswissenschaft zu, die ‚fehlerhaften Erscheinungen' in den Bereich des Nicht-Rechts zu verweisen. Letztendlich sei Recht, was die Rechtswissenschaft als solches (an-)erkenne.

Dem Merklschen Modell hält Sander konsequent den Vorwurf der ‚Rechtswissenschaft als (Un-)Rechtsquelle' entgegen. Er tut dies auf zwei unterschiedlichen Ebenen, die er nicht immer klar auseinanderhält. Die bloße Semantik der Rechtsfehler sei rechtswissenschaftlich unzulässig, wenn sie nicht auf die Operationen des Systems selbst und auf die konstitutiven Entscheidungen der Organe relativiert wird. Die Rechtsbedeutungen würden sich ausschließlich im Rechtsverfahren konstituieren, wobei Rechtserzeugungsregel und gerade zu treffende Entscheidung der zuständigen Organe sich wechselseitig bestimmen: Das Organ beziehe sich auf einen Komplex von Rechtssätzen als für die zu erzeugenden Rechtserscheinun-

gen relevant, die auf einen bestehenden Rechtssatz gestützt werden müssen, damit sie sich als positives Recht systemimmanent legitimieren; damit werde dann die Rechtserzeugungsregel in ihrer rechtlich relevanten Bedeutung aktualisiert. Dabei komme es nicht auf eine wie auch immer konzipierte Entsprechung an, sondern vielmehr auf pragmatischen Bezug. Das Rechtsverfahren könne ohnehin von sich selbst nicht abweichen. Merkls Rahmentheorem und die Rede der ‚fehlerhaften Rechtsanwendung' seien noch naturrechtlich belastet, denn man messe das Recht an dem Rechtsverfahren fremden Maßstäben, d. h. an Maßstäben, die aktuell noch nicht durch die Filter des Rechtsverfahrens gegangen seien und dies laufe auf eine unnötige wie verwerfliche Verdoppelung der Rechtsordnung hinaus – ein Recht der (Natur-)Rechtserkenntnis werde einem Recht der Rechtsanwendung gegenübergestellt. Viel gravierender sei das von Merkl affirmierte Primat der Rechtswissenschaft aber da, wo nach seinem Konstrukt kein Fehlerkalkül mehr (ein)greift. Denn dort würde die Rechtsdogmatik zur Kontrollinstanz der Rechtspraxis ermächtigt und deutlich zur Unrechtsquelle gemacht. Das Merklsche Modell begehe auch den Fehler der Ausschaltung des Organmoments bei der Beschreibung der Funktionsweise des Rechts. Der Fehlerkalkül verschiebe nur eine Konsequenz, die dem Ansatz Merkls innewohne und darin bestünde, einem ideellen Recht der Rechtswissenschaft den Primat gegenüber dem einzigen existierenden Recht des Rechtsverfahrens zu geben.

Die Kontroverse zwang Merkl und Sander zur ständigen Verfeinerung ihrer Formulierungen und Theoreme. Der Fehlerkalkül arrondiert die Lehre Merkls der Eigengesetzlichkeit des Rechts, indem er die Fehleranfälligkeit der Organe konzeptionell bei der Beschreibung des *modus operandi* der Rechtsordnung berücksichtigt. Er ergänzt die Merklsche Dynamik und bemüht sich um eine Versöhnung zwischen den normativen Ansprüchen des Rechts und der Wirklichkeit der Rechtserzeugung- bzw. Rechtsanwendung, ohne die Spannung zu verschleiern. Da die Semantik der Fehler eine Vorstellung der Richtigkeit voraussetzt, versuchte Merkl die Sprach- und Denkgesetze als dem Recht immanente Kriterien für die Auslegung des durch die bedingenden Normen gesteckten Rahmens zu konstruieren und sah sich dabei wiederum dem Sanderschen Vorwurf des (logischen) Naturrechts ausgesetzt. Als Streben nach einer Reinen Rechtslehre sei die Merklsche Rechtstheorie gescheitert, denn sie stelle sich die Relationen zwischen den Rechtserscheinungen als dem Recht äußerlich vor: Sie bedürfen der Vermittlung der Rechtswissenschaft. Merkl gab – nicht ohne Ironie – zu, seine Konstruktion der Rechtmäßigkeit über den Weg der Regeln der Sprache und des gesunden Menschenverstands könnte zwar als Naturrecht gedeutet werden, es handle sich dabei aber schlimmstenfalls um Naturrecht zweiter Potenz. Sanders Modell hingegen, welches alles als rechtmäßig hinnehme, was sich als Output des Rechtsverfahrens, d. h. der Urteilspraxis der Organe präsentiere, verunmögliche die Individualisierung des Rechts als Gegenstand einer autonomen Rechtswissenschaft: Man verfüge dabei über kein Kriterium, um ein Individuum als zuständiges Rechtsorgan und seine Entscheidungen als rechtskräftige Urteile objektiv zu erkennen.

Die Merkl–Sander-Kontroverse geriet in eine Sackgasse und die beiden Kontrahenten vermochten sich nicht mehr von der Korrektheit ihrer Auffassungen zu überzeugen, ja sie beriefen sich – wie im dritten Teil zu sehen sein wird – auf Zerrbilder, um die jeweiligen Gegenmeinungen und Vorwürfe zu entschärfen. Die Debatte strahlte auf die ganze Wiener Schule aus und die Positionen der unterschiedlichen Mitglieder können je nach Akzent als Variationen des Primats der Rechtserkenntnis oder des Primats der Rechtsanwendung eingeordnet werden – sie bewegen sich aber alle auf dem von Merkl und Sander demarkierten Feld.

Schaut man sich die ganze schulimmanente Auseinandersetzung an, hat man mit unterschiedlichen Antworten auf zwei entscheidende Thematiken zu tun: Auf dem Spiel standen die epistemische Deutungshoheit und die konstitutive Entscheidungshoheit über die Fehlerhaftigkeit bzw. Rechtswidrigkeit der Rechtserzeugung. Sanders Primat des Rechtsverfahrens erlaubt keine Korrekturansprüche der Rechtswissenschaft gegenüber dem positiven Recht und relativiert das ‚geltende' Recht radikal auf die aktuellen Urteile der Organe, welche von der reflexiven Rechtswissenschaft retrospektiv zu rekonstruieren sind – Rechtswissenschaft ist eine Reflexion über das im und vom Rechtsverfahren ‚autorisierte' Wissen des Rechts. Merkl sprach durchgängig der Rechtswissenschaft der Deutungshoheit zu und scheute nicht davor, mangels Fehlerkalküls der Rechtswissenschaft konsequent auch Entscheidungshoheit zukommen zu lassen. Die Rechtsanwendung ist rechtserkenntnisbasiert und wird rechtswissenschaftlich kontrolliert.

Soweit ersichtlich, war außer Merkl keiner der Schüler Kelsens bereit, unter bestimmten Umständen die Nichtigkeit der von der Rechtswissenschaft bloß wegen Verfehlung der positivrechtlichen Maßstäbe als fehlerhaft erkannte Entscheidungen in Kauf zu nehmen (starkes Primat der Rechtswissenschaft), einige haben sich aber gegen Sander für die Zulässigkeit einer rechtswissenschaftlichen Semantik eingesetzt (wie Ephrussi dem Sinne nach und noch deutlicher Kaufmann). Einige kritisierten den Merklschen Fehlerkalkül frontal (wie Kunz und van Praag). Ross lieferte eine eigene Version des Primats der Rechtsanwendung als Primat des Rechtssystems und landete in der Nähe Sanders. Andere redeten vorübergehend einem systeminternen Primat der Rechtsanwendung das Wort, um aber anhand der Problematik der Rechtsfehler auf die Insuffizienzen und Grenzen einer Strukturanalyse des Rechts wie die der Reinen Rechtslehre aufmerksam zu machen und das Rechtssystem mit anderen normativen Systemen wie dem der Moral zu verkoppeln (wie etwa Verdross oder Voegelin). Es gab aber auch Raum für weitere kreative und originelle Lösungsversuche, wie die einer ‚doppelten Norm' Schreiers und diejenige der Unterscheidung Pitamics zwischen Recht als Text und Recht als Entscheidung, die die Vorstellung von fehlerhaften, aber autoritativen Rechtserscheinungen zu plausibilisieren scheint. Kelsen selbst übernahm zunächst eine beobachtende Rolle, um sich dann – ohne die Kontroverse als solche zu thematisieren – zu den Grenzen der Selbstlegitimierung des Rechts zu äußern und der ‚rechtstheoretischen Vernunft' das letzte Wort über die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Rechtsakte zusprechen zu wollen, ohne aber genau zu präzisieren, wie das zu verstehen sei.

Dieses war aber nicht das letzte Wort der Wiener Schule zum Problem des ‚rechtswidrigen Rechts': Kelsen würde in der *aftermath* der Merkl–Sander-Kontroverse noch seine Lehre der Alternativermächtigung ausarbeiten.

Dritter Teil: Auswirkung und Abwicklung

Aftermath: Nachtrag zur Merkl–Sander-Kontroverse

Wie ging es nun weiter? Da die Kontroverse fundamentale Fragen berührte, ist es naheliegend, dass die Auseinandersetzung in irgendeiner Form eine Fortsetzung fand – auch wenn eher subkutan. Die Frage nach den Auswirkungen steht im Raum und damit auch die Hoffnung auf eine rechts(wissenschafts)theoretische ‚Abwicklung'. Auswirkungen sind – wenn auch versteckt – nachweisbar und ihnen kann nachgegangen werden. Eine ‚Abwicklung' ist weder damals in den ersten Generationen der Wiener Schule versucht worden noch in der Zeit danach. Daher soll zum Abschluss dieser Dissertation (analytische) Ordnung geschaffen werden – ohne übertriebene Komplexitätsreduktion –, damit künftigen Forschungen Wege aufgezeigt werden können. Über eine Kartierung der Auswirkungen, die Hervorhebung wie Neuinterpretation einiger zentraler Fluchtpunkte der Kontroverse, das Bemühen um eine Errata und bis zu Hinweisen auf ungelöst gebliebene Fragen und mögliche Fortführungen geht es im letzten Teil des hier angebotenen Triptychons, der der *aftermath* der Merkl–Sander-Kontroverse gewidmet ist.

Im Kapitel VII wird zunächst die Lösung Kelsens zum Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' untersucht, die als Kelsenscher Nachtrag zur Kontroverse zwischen seinen Schülern gedeutet wird. Die Lehre der Alternativermächtigung wird in einem ersten Schritt systematisch und Kelsen beim Wort nehmend rekonstruiert. Hierbei wird deutlich werden, wie sehr Kelsen Lösungsversuche anderer Mitglieder der Wiener Schule in sein eigenes Denken integrierte. Die Neigung zu Sanders radikal dynamischer Reformulierung des Rechtsgewinnungsverfahrens wird dabei beleuchtet und als Stachel im Fleisch der Alternativermächtigung identifiziert. Seine Provokationen gegenüber der Merklschen Rechtslehre, den Problemen der Verfassungsänderung und der prozessualen Rechtskraft erweisen sich als Nagelprobe für die positivistische Lesart des rechtlichen Phänomens durch die Reine Rechtslehre. Eine alternative Lesart der Alternativermächtigung, die sich als der Matrix des Kelsenschen Denkens treu versteht, wird angeboten.

Das Kapitel VIII bemüht sich um eine erste Abwicklung: Die Divergenzen der konkurrierenden Modelle Merkls, Sanders und Kelsens werden vor dem Hintergrund ihrer jeweiligen rechts(wissenschafts)theoretischen Perspektiven zum Ausdruck gebracht, damit die zentralen Streitpunkte der Merkl–Sander-Kontroverse verständlicher werden. Die Kontroverse wird nochmals aufgegriffen und die Modelle eines Primats der Rechtswissenschaft und eines Primats des Rechtsverfahrens werden auf der Ebene der philosophischen wie der rechtserkenntnistheoretischen Annahmen und der rechtstheoretischen Implikationen nicht nur miteinander kon-

trastiert, sondern auch in Verhältnis zum Primat der Rechtserzeugung, das sich aus der Alternativermächtigung Kelsens zu ergeben scheint, in Bezug gesetzt. Hierbei setzt die analytische Klärungsarbeit an und man bringt die Angebote Merkls, Sanders und Kelsens in Relation zueinander, wie sie von ihnen selbst weder aufeinander bezogen noch voneinander grundlegend scharf abgegrenzt worden sind. Gefragt wird nach der Möglichkeit, alle drei in manchen relevanten Aspekten unterschiedlichen Modelle zum Umgang mit der Fehlerproblematik als Varianten eines und desselben Forschungsprogramms zu deuten. Dabei wird ein weiterer Blick auf das Plurale der Wiener Schule und die Mannigfaltigkeit in der Einheit der Reinen Rechtslehre geworfen: Systematisch wird auf den interessanten Befund des zweiten Teils näher eingegangen, „daß Diskussionen, die sonst zwischen verschiedenen Rechtstheorien entstehen, in diesem Fall innerhalb einer Rechtstheorie ausgetragen werden".[1]

Als letzte Szene der letzten Tafel des Triptychons wird das Bemühen um eine Therapie der Debatte erscheinen, die in Form eines dreifachen Erratums gestaltet ist. Das Vorgehen im letzten Kapitel bedeutet aber nicht, dass das zur Debatte stehende Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' neu adressiert und dass eine eigene Lösung angestrebt wird,[2] sondern dass der Versuch unternommen wird, die Kontroverse an sich therapeutisch aufzuarbeiten, nachdem im Kapitel VIII die Meinungsunterschiede in einer Art und Weise auf ihre Wurzeln zurückgeführt worden sind, die sie thematisiert, wie sie von den Kontrahenten selbst ursprünglich nicht reflektiert wurden. Zunächst werden im Kapitel IX entscheidende Korrekturen der Rechtstheorien bzw. der Eigengesetzlichkeitslehren Merkls und Sanders herausgehoben, die auf die Kontroverse zurückzuführen sind, um die Rolle der schulinternen Debatte als Katalysator der Entwicklung der Reinen Rechtslehre nachweisen und exemplifizieren zu können. Danach werden ausgewählte Schwerpunkte der Kontroverse zur Sprache gebracht, bei denen Merkl und Sander sich gegenseitig dergestalt karikiert haben, dass sie aneinander vorbeiredeten und Potenziale weiterer Entwicklungen innerhalb der Wiener Schule nicht ausgeschöpft werden konnten. Abschließend wird die Frage nach dem Erkenntnisgewinn der durch-

[1] *Michael Thaler*, Kreationismus und Evolutionismus in der Theorie der Rechtsschöpfung, in: Robert Walter/Clemens Jabloner (Hrsg.), Hans Kelsens Wege sozialphilosophischer Forschung, Wien 1997, S. 109–128 (110).

[2] Einen innovativen Lösungsversuch für das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' innerhalb der Tradition der Reinen Rechtslehre bietet *Luka Samonig*, Fehlerkalkül, Alternativermächtigung, Revolution. Zur Geltung fehlerhafter letztinstanzlicher Entscheidungen, Wien 2022. Begriffliche Neukalibrierungen und Justierungen in Bezug auf die Lehre der Alternativermächtigung versuchte bereits *Jörg Kammerhofer*, Uncertainty in international law. A Kelsenian Perspective, London 2011, S. 191–194; vgl. auch *Jörg Kammerhofer*, Fehlerkalkül ohne Fehler. Die Nomomechanik des Derogationsstufenbaus bei IGH Auslegungsurteilen, in: Clemens Jabloner/Thomas Olechowski/Klaus Zeleny (Hrsg.), Der Stufenbau des Rechts auf dem Prüfstand, Wien 2022, S. 135–171. In Bezug auf die Lehre des Fehlerkalküls wurden Verfeinerungsversuche unternommen von *Phillip Reimer*, Können und Dürfen. Zur rechtstheoretischen Zentralität eines unterschätzten Begriffspaars, in: Rechtstheorie 48 (2017), S. 5–27.

geführten ‚Polemographie' aufgeworfen: Was kann aus den Fehlstellen der Debatte wie den blinden Flecken der konkurrierenden Modelle und aus den unterschiedlichen Lösungsversuchen zum Problem der ‚fehlerhaften Rechtsentscheidungen' gelernt werden? Nach einer Aufklärung dieser schulimmanenten Geschichte wird nach weiteren möglichen (Aus-)Wirkungen geschaut.

Kapitel VII

Die Alternativermächtigung

A. Die doppelte Kelsensche Ansicht?

Kelsens eigene Strategie zur rechtstheoretischen Behandlung des faktischen Befunds der Sprengung des Rahmens der anzuwendenden Rechtsnormen durch autoritative Willensakte zuständiger Entscheidungsträger mündet im Konzept der sogenannten Alternativermächtigung.[3] Es handelt sich um eine diffizile These,[4] die vorwiegend auf prompte Ablehnung in der spezialisierten wissenschaftlichen Debatte gestoßen ist[5] und nicht selten dem rechtstheoretischen Modell Kelsens den

[3] Kelsen selbst verwendet den Begriff nicht, er stammt aus der Sekundärliteratur; es ist aber unklar, wer ihn eingeführt hat und wann er zum ersten Mal verwendet wurde. Vgl. z. B. bereits *Theodor Schilling*, Artikel 24 Absatz 1 des Grundgesetzes, Artikel 177 des EWG-Vertrags und die Einheit der Rechtsordnung, in: Der Staat 29 (1990), S. 161–183 (168). International wird das Thema häufig behandelt unter der Rubrik „tacit alternative clause" (auf Französisch: „habilitation alternative"; auf Italienisch: „clausola alternativa tacita"; auf Portugiesisch sowie auf Spanisch: „cláusula alternativa tácita"). Zur Terminologie Kelsens vgl. unten Dritter Teil, Kap. VII, S. 385 (Anm. 51).

[4] Vgl. die variierenden Ausdrücke der durch die Alternativermächtigung veranlassten Verlegenheit z. B. in: *José Manuel Cabra Apalategui*, Validity and Correctness in Kelsen's Theory of Legal Interpretation, in: Peter Langford/Ian Bryan/John McGarry (Hrsg.), Kelsenian Legal Science and the Nature of Law, Cham 2017, S. 153–172 (163); *Luigi Ferrajoli*, La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen, Roma-Bari 2016, S. 75; *Richard Tur*, The Alternative Character of the Legal Norm: Kelsen as a Defeasibilist?, in: Luis Duarte d'Almeida/John Gardner/Leslie Green (Hrsg.), Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law, Oxford 2013, S. 245–258 (245); *Kammerhofer*, Uncertainty in international law (Anm. 2), S. 189; *Riccardo Guastini*, Le Fonti del Diritto. Fondamenti Teorici, Mailand 2010, S. 267 (Fn. 12); *Stanley Paulson*, Formalism, „Free Law", and the „Cognition" Quandary: Hans Kelsen's Approaches to Legal Interpretation, in: University of Queensland Law Journal 27 (2008), S. 7–37 (35); *Carlos Santiago Nino*, Introducción al análisis del derecho, Buenos Aires 2003, S. 156; *Michel Troper*, The logic of justification of constitutional review, in: I.CON 1 (2003), S. 99–121 (96); *Letizia Gianformaggio/Stanley Paulson*, Preface, in: Letizia Gianformaggio/Stanley Paulson (Hrsg.), Cognition and Interpretation of Law, Torino 1995, S. 7–10 (8); *Juan Ruiz Manero*, Jurisdicción y normas: dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del derecho, Madrid 1990, S. 67; *James Harris*, Kelsen's Concept of Authority, in: Cambridge Law Journal 36 (1977), S. 353–363 (358).

[5] Allen voran vgl. die harten Anmerkungen von Eugenio Bulygin (1931–2021) zur Theorie der Alternativermächtigung: „There can be little doubt that the doctrine of the tacit alternative clause is not just erroneous, but plainly disastrous" (*Eugenio Bulygin*, Cognition and Interpretation of Law, in: Letizia Gianformaggio/Stanley Paulson [Hrsg.], Cognition and Interpretation of Law, Torino 1995, S. 11–35 [17]). Vgl. auch jüngst *Thomas Hochmann*, Welche Rolle für die Rechtswissenschaft? Zu einer Debatte innerhalb der Wiener rechtstheoretischen Schule, in: Matthias Jestaedt/Ralf Poscher/Jörg Kammerhofer (Hrsg.), Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand/Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions, Beiheft 163 des ARSP, Stuttgart

Stempel des Irrationalismus einbrachte.[6] Im systematischen Kontext und entwicklungsgeschichtlich betrachtet, erweist sich die Alternativermächtigung als Ergebnis der nicht immer konsequenten Amalgamierung eigener Thesen Kelsens mit Elementen der Lösungsversuche seiner Schüler – allen voran Merkl und Sander – zur Problematik des ‚rechtswidrigen Rechts'. In ihrer feinsten Kalibrierung verarbeitet die Lehre der „normativen Alternativen"[7] kreativ die hier rekonstruierte schulimmanente Kontroverse, auch wenn Kelsen sich nicht explizit auf sie bezieht und seine diesbezüglichen Theoreme ohne die Erwähnung der Leistungen anderer Mitglieder der Wiener Schule der Rechtstheorie ausfeilt.

Die Alternativermächtigung deckt die Oszillation Kelsens zwischen dem Merklschen Versuch, Statik und Dynamik des Rechts über die Theorie des Fehlerkalküls zu versöhnen, und der Sanderschen Radikalisierung der dynamischen Betrachtungsweise auf dem Weg zu seiner eigenen Rechtsverfahrenstheorie auf. Derselbe Kelsen, der unter unverkennbaren Merklschen Auspizien Mitte der 1920er Jahre der Rechtswissenschaft eine konstitutive Rolle bei der Frage nach den Grenzen des Rechts und der Fundierung der Rechtserheblichkeit zuzusprechen schien und zugab, „letzten Endes ist es doch die rechtstheoretische Vernunft, die den Tatbeständen ihren rechtlichen Sinn, ihre spezifische Bedeutung verleiht, ihren subjektiven Sinn objektiv legitimiert",[8] ist derjenige, der Sandersches Oxygen atmend vom US-amerikanischen Exil aus geltend machte, „das spezifisch juristische Problem, ob ein bestimmter Akt ein Rechtsakt ist, ist gar nicht eine auf eine bloß logische Subsumption abzielende Frage".[9] Worauf es ankomme, sei „eine authentische, konstitutive, rechtsverbindliche Entscheidung" und überhaupt keine Funktion der Vernunft, sodass „weder die Rechtswissenschaft noch irgendeine andere Wissen-

---

2020, S. 161–175 (174–175), der die Lehre von der Alternativermächtigung als eine „Regression" im Kelsenschen System der Reinen Rechtslehre einstuft. Die Intensität der Kritik scheint oft mit dem Rechtsverständnis der jeweiligen Kritikerinnen und Kritiker zusammen zu hängen. Chahuán Zedan bietet eine Einordnung der unterschiedlichen Reaktionen auf die Lehre von der Alternativermächtigung nach der juridischen Weltanschauung der jeweiligen Interpretinnen und Interpreten in: *Marcela Chahuán Zedan*, Sobre la tesis de la cláusula alternativa tácita. Aspectos realistas que rescatar, in: Analisi e Diritto (2017), S. 257–299.

[6] Vgl. *Bernard Jackson*, Kelsen Between Formalism and Realism, in: Liverpool Law Review 7 (1985), S. 79–93 (79); *Tur*, The Alternative Character of the Legal Norm (Anm. 4), S. 250. Zu dem Eindruck des Irrationalismus vgl. *Matthias Jestaedt*, Methoden(r)einheit und Disziplinvielheit. Das unvollendete Verwissenschaftlichungskonzept der Reinen Rechtslehre, in: Clemens Jabloner et alii (Hrsg.), Gedenkschrift Robert Walter, Wien 2013, S. 219–236 (230).

[7] *Stanley Paulson*, Verfassungsmäßigkeit und „normative Alternativen", in: Clemens Jabloner et alii (Hrsg.), Staatsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Robert Walter zum 60. Geburtstag, Wien 1991, S. 535–548; *Stanley Paulson*, What Counts as „Constitutional"? One Aspect of Kelsen's View, in: Werner Krawietz/Ernesto Garzón Valdés/Agustín Squella (Hrsg.), Politische Herrschaftsstrukturen und Neuer Konstitutionalismus – Iberoamerika und Europa in theorievergleichender Perspektive, Rechtstheorie, Beiheft 13, Berlin 2000, S. 245–257. Vgl. auch *Stanley L. Paulson*, Stellt die „Allgemeine Theorie der Normen" einen Bruch in Kelsens Lehre dar?, in: Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion, Wien 1982, S. 121–141 (137–140).

[8] *Hans Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, S. 278.

[9] *Hans Kelsen*, Was ist ein Rechtsakt?, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 4 (1952), S. 263–274 (265).

schaft fähig [sei],[10] diese Entscheidung zu treffen".[11] Diese auf den ersten Blick inkompatiblen Perspektiven, die einen theoretischen Zick-Zack-Kurs anmuten lassen, finden fragmentiert Eingang in die reifere Formulierung der Kelsenschen Alternativermächtigung, die als eine Art Mosaik verstanden werden kann, das nicht unbedingt zu einander passende Bausteine kombiniert.[12] Zieht man die Struktur und Dynamik der Wiener Schule als Denkkollektiv in Erwägung und fragt man nach den Bausteinen bzw. Puzzleteilen dieses etwas verblüffenden Konzepts, wird man intellektuell- und ideengeschichtlich sozusagen auf das doppelte, in Kelsens Brust schlagende Herz hingewiesen: ein Herz, das zwischen dem rebellischen und dem loyalsten Schüler gespalten erscheint. Rechtstheoretisch formuliert: Es handelt sich bei der Alternativermächtigung um eine Lehre, die sich von Elementen aus Lösungsversuchen bedient, die aus unterschiedlichen Standpunkten und diver-

[10] Hier widersprach Kelsen der These von Alfred Verdross, wonach man sich auf soziologische Erkenntnisse stützen müsse, um die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Rechtshandlung zu bestimmen, vgl. *Alfred Verdross*, Eine Antinomie der Rechtstheorie, in: Juristische Blätter 73 (1951), S. 169–171. Siehe dazu oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 346–350.

[11] Zwei Zitate: *Kelsen*, Was ist ein Rechtsakt? (Anm. 9), S. 265.

[12] Dazu gleich unten Dritter Teil, Kap. VII, S. 395–406. Wie es übrigens ganz allgemein mit der gesamten Rechtstheorie Sanders geschieht, werden seine Irritationen und Beiträge zum rechtswissenschaftlichen Umgang mit der Themenkonstellation des ‚rechtswidrigen Rechts' im rechtswissenschaftshistorischen Diskurs nahezu vollkommen ausgeblendet. Viel öfter werden das Merklsche und das Kelsensche Modell ins Verhältnis gesetzt. Entwicklungsgeschichtlich vgl. *Matheus Pelegrino da Silva*, A teoria da atribuição alternativa de poder: o resultado de uma colaboração entre Kelsen e Merkl, in: Revista da Faculdade de Direito – PUC Minas 23 (2020), S. 411–430. Die ‚temps logique' der unterschiedlichen rechts(erkenntnis)theoretischen Devisen Merkls, Sanders und Kelsens untersuchend vgl. *Alexander Somek*, Rechtstheorie zur Einführung, Hamburg 2017, S. 127–142; *Christoph Kletzer*, The Idea of a Pure Theory of Law, London 2018, S. 127–134, der Sander eher hintergründig verarbeitet, um Verdross als Protagonisten der schulinternen Debatte zu behandeln. Die Rolle des Ansatzes Sanders bei der Ausarbeitung der Position Kelsens erinnernd vgl. *Thaler*, Kreationismus und Evolutionismus (Anm. 1), S. 110. Die Lehre der Alternativermächtigung als die Kelsensche Version des Merklschen Fehlerkalküls darstellend vgl. *Rainer Lippold*, Recht und Ordnung. Statik und Dynamik der Rechtsordnung, Wien 2000, S. 415; Hochmann spricht von einer „reformulation maladroite" der Lehre des Fehlerkalküls, vgl. *Thomas Hochmann*, Protéger les violations de la Constitution: Le Fehlerkalkül d'Adolf Merkl, in: Arnaud le Pillouer (Hrsg.), La protection de la Constitution. Finalités, mécanismes, justifications, Poitiers 2018, S. 115–126 (121 Fn. 49); *Thomas Hochmann*, Les théories de la „prise en compte des défauts" et de l'"habilitation alternative", in: Thomas Hochmann/Xavier Magnon/Régis Ponsard (Hrsg.), Un classique méconnu: Hans Kelsen, Paris 2019, S. 333–358 (344). ‚Alternativermächtigung' und ‚Fehlerkalkül' werden als (fast) ein und dieselbe Fehlerbewältigungsstrategie behandelt in: *Robert Walter*, Einige Aspekte der absoluten und relativen Nichtigkeit von Erkenntnissen des Verfassungsgerichtshofs, in: Clemens Jabloner/Otto Lucius/Alfred Schramm (Hrsg.), Theorie und Praxis des Wirtschaftsrechts. Festschrift für H. René Laurer, Wien 2009, S. 105–117 (105 f.); *Rudolf Thienel*, [Buchbesprechung] Der fehlerhafte Rechtsakt im Gemeinschafts- und Unionsrecht. Von Claudia Annacker. Springer, Wien – New York, 1998. XVI, 310 Seiten, in: Zeitschrift für Verwaltung 26 (2001), S. 583–584. Klinghoffer behauptet seinerseits, Kelsen habe die „Erkenntnis vom Alternativcharakter der die niedere Norm bestimmenden höheren Norm" von Merkl übernommen, vgl. *Hans Klinghoffer*, Kelsens Beitrag zur Lehre vom Verwaltungsrecht, in: Salo Engel/Rudolf Aladár Métall (Hrsg.), Law, State, and International Legal Order, Knoxville 1964, S. 139–152 (148).

gierenden Ansichten über die Nomomechanik sowie mit miteinander kollidierenden Absichten (innerhalb einer Polemik) unternommen wurden.

Im Folgenden wird zunächst die Funktionsweise der Alternativermächtigung systematisch dargelegt, wie sie von Kelsen präsentiert wurde, um in einem zweiten Schritt diese Lehre entwicklungsgeschichtlich vor dem Hintergrund der Merkl–Sander-Kontroverse als eine Amalgamierung von verschiedenen rechtstheoretischen Elementen zu deuten, die von der Lösung Kelsens zum Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' kreativ – aber nicht unbedingt konsistent – kombiniert werden. Die Berücksichtigung des Entwicklungskontexts soll abschließend dazu dienen, eine Deutung der Lehre der Alternativermächtigung anzubieten, die die von den Kritikern häufig verbalisierte Absurdität etwas entschärft und sich darum bemüht, ihren Standort und ihre Funktion im rechtstheoretischen System Kelsens zu erhellen, damit künftige Kritik das Konzept an dem messen kann, was es zu leisten beabsichtigt und nicht an der Oberfläche einer irreführenden Formulierung steckenbleibt.

B. Die Funktionsweise der Alternativermächtigung

I. Denken von der Kompetenz her

Während Merkl das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' letztendlich als Problem der fehlerhaften Rechtserscheinungen darlegt, auf der Erkennbarkeit der Fehler beharrt und unter anderem nach der substanziellen Bestimmung der Rechtswahrheit fragt, die er über Umwege formell der Rechtswissenschaft zuspricht, schildert Kelsen diese Problematik primär als diejenige des Normenkonflikts zwischen Normen unterschiedlicher Ränge.[13] Ausgangspunkt und Horizont der Fragestellung ist die Einheit der Rechtsordnung.[14] Fragt sich Merkl in diesem Zusammenhang „Was ist Wahrheit?"[15] und weist auf die Rechtmäßigkeit als Maß bzw. Kriterium für die Behandlung dieser Fragestellung genauso wie auf die Rechtswissenschaft als mit der Antwort beauftragte Instanz hin, wirft Kelsen unmittelbar die Frage nach der Entscheidungsmacht auf und arbeitet diese Irritation systemimmanent als

[13] Vgl. *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Wien 1934 [fortan: RR1], S. 84–89/93–99, wo das Problem des Normenkonflikts als „Problem der normwidrigen Norm" dargestellt wird; vgl. auch *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2. Aufl., Wien 1960 [fortan: RR2], S. 271–280/479–487 – die Seiten werden so zitiert, dass vor dem Schrägstrich die Paginierung der Original- und danach die Fundstelle in der von Matthias Jestaedt herausgegebenen Studienausgaben angegeben wird.

[14] So schon deutlich in den frühesten Thematisierungen der Alternativermächtigung, wenn auch mit einem noch etwas mehr substanzialistisch beladenen Verständnis der Einheit als Widerspruchslosigkeit, vgl. *Hans Kelsen*, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburg 1928, S. 22.

[15] *Adolf Julius Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung, in: Deutsche Richterzeitung 8 (1916), Sp. 584–592; 9 (1917), Sp. 162–176, 394–398, 443–450; 11 (1919), Sp. 290–298 (448) = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (130).

eine Kompetenzangelegenheit aus. Die Frage, „ob eine von einem Rechtsorgan erzeugte Norm der ihre Erzeugung oder auch ihren Inhalt bestimmenden höheren Norm entspricht", kann nicht von der Frage getrennt werden, „wer zur Entscheidung der vorangehenden Frage von der Rechtsordnung ermächtigt ist".[16] Ins Zentrum der Betrachtung wird das jeweilige positivrechtlich kontingente institutionelle Setting gerückt, indem der Umgang mit behaupteten Rechtsfehlern als Reflex und Funktion der Rechtswidrigkeitskontrollarchitektur behandelt wird. ‚Rechtswidriges Recht' ist daher der Anlass zur Ausarbeitung einer Ermächtigungstheorie bzw. einer Theorie des rechtlichen Könnens,[17] die aber mit einer Theorie des rechtlichen Dürfens nicht konsequent in Verbindung gesetzt wird. In Abgrenzung zum Ansatz des kongenialen Mitbegründers der Reinen Rechtslehre, Adolf Julius Merkl, erarbeitet Kelsen ein an das Sandersche Axiom der Rechtszuständigkeit[18] erinnerndes Framing für die Fragestellung der irregulär erzeugten Rechtsnormen. Das juristische Denken wird als eine an den Ermächtigungsnormen qua rechtserheblichem Deutungsschema orientierte Denkweise dekliniert. „Die erste Frage des Juristen" müsste sein: „Welches Rechtsorgan ist nach der Rechtsordnung kompetent?"[19]

Bei der Behandlung des Problems des ‚rechtswidrigen Rechts' wird in den späteren Werken Kelsens – vermutlich bewusst! – die Semantik der ‚Rechtsfehler' eher vermieden.[20] Genau wie Merkl sieht Kelsen zwar im dynamischen Operationsmodus des positiven Rechts, dessen selbstreferentielle Anwendung bzw. Weitererzeugung auf die Entscheidung autoritativer Instanzen angewiesen ist, eine strukturelle, von der Rechtsverwirklichung nicht weg zu definierende Rechtsfehlerquelle. Sobald Rechtsmacht für die Rechtsanwendung und Rechtserzeugung delegiert wird, entsteht die nicht eliminierbare Möglichkeit autoritativer Rechtsentscheidungen, die sich durch Rechtserkenntnis nicht auf den Rahmen der anzuwendenden Rechtsnormen zurückführen lassen. Anders als Merkl löst Kelsen diese Problematik aber rechtstheoretisch in der Eigendynamik des Rechts selbst, indem er die rechtlichen Fragen primär als Ermächtigungsfragen rekonstruiert und aus der Rechtsfehler- bzw. Fehlerfolgenfrage eine Kompetenzfrage macht und das

---

[16] Zwei Zitate: *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 272/473.

[17] Zur Prominenz der Ermächtigung (in Kelsenscher Lesart: des rechtlichen Könnens) bei der Strukturierung der Rechtsdynamik in der Reinen Rechtslehre sei auf *Stanley Paulson*, Ermächtigung. Grundmodalität der Reinen Rechtslehre, in: Erich Schweighofer et alii (Hrsg.), Zeichen und Zauber des Rechts. Festschrift für Friedrich Lachmayer, Bern 2014, S. 21–34, verwiesen. Noch früher: *Stanley Paulson*, An Empowerment Theory of Legal Norms, in: Ratio Juris 1 (1988), S. 58–72; *Stanley Paulson*, On ideal Form, Empowering Norms, and „Normative Functions", in: Ratio Juris 3 (1990), S. 84–88.

[18] Vgl. oben Zweiter Teil, Kap. V, S. 226–232.

[19] Zwei Zitate: *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 244/427.

[20] Anders ist die Lage freilich in den früheren Schriften. Pars pro toto: „Darin, daß die ‚normwidrige' Norm aufgehoben werden kann oder daß ein Organ ihretwegen bestraft werden soll, liegt dasjenige, was man besser als mit ‚Normwidrigkeit' (‚Verfassungswidrigkeit', ‚Gesetzeswidrigkeit'), mit ‚Mangel', oder ‚Fehlerhaftigkeit' der Norm bezeichnet" (*Kelsen*, RR1 [Anm. 13], S. 87/96). Vgl. auch oben Erster Teil, Kap. II, S. 110 f.

rechtswissenschaftliche Vokabular von einer Fehlersemantik zu bereinigen scheint. Die Quelle des Problems ist auch die Quelle seiner Lösung. Das Gift wird zum Antidot. Die Nichtigkeitsprämisse von Merkls Modell eines Primats der Rechtswissenschaft weicht dem Verweis auf die Vernichtbarkeit je nach Design der positiven Rechtsordnung aus.

Kelsens Beitrag zum Verständnis des vor dem Hintergrund der Merklschen Prämissen rätselhaften Phänomens[21] der ‚rechtswidrigen Rechtserscheinungen' fokussiert auf die „eigentümliche Mechanik der Beziehung"[22] des Rechts zur Faktizität bzw. zu seiner Umwelt. Wie das Recht über neue Deutungsschemata schaffende autoritative Entscheidungen die Realität eigengesetzlich filtert und rechtliche Informationen und Kommunikationen weiter prozessiert und ermöglicht – kurz: wie das Recht eigentlich funktioniert –, ist auch in puncto ‚rechtswidriges Recht' das Kernanliegen der Reflexionen Kelsens. Die Beschreibung des Rechts als Ermächtigungs- bzw. Entscheidungszusammenhang stellt auf das positive Recht der Rechtsanwendung(spraxis) ab, ohne diese hinsichtlich Rechtmäßigkeit und Geltung an einem typisierten bzw. idealisierten Recht der Rechtswissenschaft messen zu wollen. Im Vordergrund der Betrachtung steht die immanente Produktion und Reproduktion des Rechtssystems mittels der Grundoperation(en) der normativen Ermächtigung.[23] Die rechtlichen Probleme werden von der Kompetenz her gedacht, d. h. von der normativen Macht bzw. „Fähigkeit, durch ein bestimmtes Verhalten gewisse Rechtswirkungen zu erzielen".[24] Rechtswirkungen erzielt das Recht mittels Ermächtigung bzw. Verteilung von Rechtsmacht, Rechtsnormen zu erzeugen und/oder anzuwenden, aber auch zu vernichten.[25] „Da das Recht seine eigene Erzeugung regelt, ist die Ermächtigung zur Rechtserzeugung eine der bedeutsamsten Rechtsfunktionen"[26] und sie wird von Kelsen ins Zentrum seiner dynamischen Auffassung des Rechts gestellt.[27] Die Berücksichtigung der das Rechtsverfahren

---

[21] Merkl sprach vom „Mysterium der Rechtskraft des *rechtswidrigen Rechts*" und fragte sich nach der Erklärung der „Wunderwirkung" der „*Transformation* von *Unrecht* zum *Rechte*" (*Adolf Julius Merkl*, Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 [1919/1920], S. 456–467 [467] = Merkl-GS I/1, S. 268–279 [279]).

[22] Vgl. *Christoph Kletzer*, Decentralization and the limits of Jurisprudence, in: Matthias Jestaedt/Ralf Poscher/Jörg Kammerhofer (Hrsg.), Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand/Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions, Beiheft 163 des ARSP, Stuttgart 2020, S. 63–80 (64), „the peculiar mechanics of the relationship".

[23] Vgl. *Stanley Paulson*, Constraints on Legal Norms: Kelsen's View in the Essays, in: The University of Chicago Law Review 42 (1975), S. 768–786 (777).

[24] *Hans Kelsen*, Recht und Kompetenz. Kritische Bemerkungen zur Völkerrechtstheorie George Scelles, in: Hans Kelsen, Auseinandersetzungen zur Reinen Rechtslehre. Kritische Bemerkungen zu Georges Scelles und Michel Virally, hrsg. von Kurt Ringhofer und Robert Walter, Wien/New York 1987, S. 1–110 (72).

[25] Vgl. *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 15/44 f.; *Hans Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, Wien 1979, S. 82.

[26] *Hans Kelsen*, Vom Geltungsgrund des Rechts, in: Friedrich August von der Heydte et alii (Hrsg.), Völkerrecht und Rechtliches Weltbild. Festschrift für Alfred Verdross, Wien 1960, S. 157–165 (157). Vgl. auch *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen (Anm. 25), S. 82.

[27] „Während es für eine statische Betrachtung des Rechts genügt (und genügen muß), Gebo-

strukturierenden Leistung der Ermächtigung trennt in der Vorstellungswelt der Reinen Rechtslehre (vor allem Kelsenscher und Sanderscher Art) ein laienhaftes Nachdenken über das Recht von dem spezifischen rechtswissenschaftlichen Zugang zu den Rechtsphänomenen.[28]

II. Die Eigengesetzlichkeit des Rechts: Einen anderen entscheiden lassen

Die Eigengesetzlichkeit des Rechts qua *differentia specifica* des (modernen) positiven Rechts manifestiert sich – in der Grundmelodie der Reinen Rechtslehre Kelsens – nicht zuletzt in seinem Gerichtsrecht-Charakter.[29] Im sich dynamisch in Gestalt eines Entscheidungsnetzes bzw. einer Entscheidungsordnung strukturierenden positiven Rechtssystem wird der Rechtsindividualisierungs- wie Rechtskonkretisierungsakt typischerweise auf jeder Ebene des Rechtsgewinnungsverfahrens durch ein „von dem Verpflichteten verschiedenes, objektives ‚Organ' besorgt".[30] Die Einsicht in diese Facette der Positivität des Rechts – „Kein Recht ohne Gericht!"[31] – ist zugleich das, was die Möglichkeit der Meinungsunterschiede zwischen den Parteien eines Rechtsstreits, der Lesart der rechtlichen Lage durch die Rechtswissenschaft und der diesbezüglichen Entscheidung eines Rechtsorgans besonders prägnant erkennbar macht und was die Fehlerhaftigkeit der Rechtsentscheidungen als solche gewissermaßen wieder invisibilisiert, indem die Meinung des Rechtsanwenders als die einzige rechtserhebliche, ausschlaggebende Meinung wahrgenommen wird.[32] Die in autoritativen Entscheidungen manifestierten ‚Mei-

---

te, Verbote und Erlaubnisse zu isolieren, kann für Zwecke einer dynamischen Rechtsbetrachtung auf Ermächtigungsnormen nicht verzichtet werden" (*Ewald Wiederin*, Was ist und welche Konsequenzen hat ein Normenkonflikt, in: Rechtstheorie 21 [1990], S. 311–333 [325]).

[28] Vgl. *Hans Kelsen*, The law as a specific social technique, in: University of Chicago Law Review 9 (1941), S. 75–97 (94); *Hans Kelsen*, General Theory of Law and State, Cambridge 1945, S. 136. Zum Unterschied zwischen den Laienurteilen über das Recht, den rechtswissenschaftlichen Aussagen („Urteile der Rechtswissenschaft") und den rechtlichen Operationen („Urteile des Rechts") vgl. bereits *Fritz Sander*, Kelsens Rechtslehre. Eine Kampfschrift gegen die normative Jurisprudenz, Tübingen 1923, S. 134–139.

[29] Vgl. *Hans Kelsen*, Die Idee des Naturrechts, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 7 (1927/1928), S. 221–250 (239).

[30] *Kelsen*, Die Idee des Naturrechts (Anm. 29), S. 237. Vgl. noch *Fritz Sander*, Zum Problem der Soziologie des Rechts, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 55 (1926), S. 801–818 (802 mit Fn. 1), wo die Einsetzung „dritte[r] Personen" als rechtsspezifisches Moment der gesellschaftlichen Akte, die die Rechtserfahrung ausmachen, begriffen wird.

[31] *Hans Kelsen*, Die Hauptprobleme der Staatsrechtlehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtsatze, Tübingen 1911, S. 35 = HKW 2, 21–878 (120).

[32] *Kelsen*, General Theory of Law and State (Anm. 28), S. 154: „Just as the existence of a fact to which a legal norm attaches certain consequences can be ascertained only by an organ in a certain procedure (both determined by the legal order), the question whether a lower norm corresponds to a higher norm can be decided only by an organ in a certain procedure (both determined by the legal order). The opinion of any other individual is legally irrelevant"; *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 245/428: „Vom Standpunkt der durch Menschen anzuwendenden Rechtsordnung kommen nur Meinungen von Menschen darüber in Betracht, ob ein bestimmter Mensch einen bestimmten Mord begangen hat. […] Wenn die generelle Rechtsnorm angewendet werden soll, kann nur *eine* Meinung gelten. Welche, das muß durch die Rechtsordnung bestimmt werden. Es ist die Meinung, die

nungen‘ der Rechtsorgane werden im dynamischen Rechtsverfahren (immer wieder aufs Neue) zum geltenden Recht, sodass zur Grundmechanik des positiven, menschlichen Rechts gehört, einen anderen über die Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit eines Aktes entscheiden zu lassen.[33]

Das Ausblenden des Organmoments[34] bei der Auseinandersetzung mit Rechtsproblemen weise auf ein Überbleibsel der Naturrechtslehre hin,[35] genauer: auf ein ethisierendes Rechtsverständnis beim Umgang mit rechtlichen Problemen.[36] Typisch für diese Rechtsauffassungen sei – so Sander – die Vorstellung eines unmittelbaren, rechtsrelevanten Zugangs der individuellen, autonomen Vernunft zu den rechtlichen Vorgaben.[37] Die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit einer menschlichen Handlung werde (unterschwellig) dezentralisiert oder gar entmonopolisiert bzw. nicht als durch die Interposition einer Autorität mediatisiert gedeutet. Im sich aus dieser Lesart ergebenden Modell fordert das Recht von den handelnden Rechtssubjekten ein bestimmtes Verhalten, das durch Interpretation zu bestimmen sei.[38] Die Rechtsnormen sprächen das Individuum unmit-

---

in der Entscheidung des Gerichtes zum Ausdruck kommt“. Vgl. auch *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen (Anm. 25), S. 42 f.

[33] In dieser Denkweise lassen sich möglicherweise Echos der Hobbeschen Rekonstruktion und Begründung des positiven Rechts qua „Civil Laws“ vernehmen: Das positive Recht befasst sich mit dem Problem widersprüchlicher Ergebnisse des Urteilsvermögens der Bürger und minimiert die Unordnung widersprüchlicher Ansichten über die Maßstäbe für soziales Handeln, vgl. *Thomas Hobbes*, Leviathan, hrsg. von J. C. A. Gaskin, Oxford 1998, Kap. 26. Vgl. auch *Jakob Faig*, Beziehungsprobleme – Überlegungen zur Theorie des Fehlerkalküls, in: Ruwen Fritsche et alii (Hrsg.), Unsicherheiten des Rechts. Von den sicherheitspolitischen Herausforderungen für die freiheitliche Gesellschaft bis zu den Fehlern und Irrtümern in Recht und Rechtswissenschaft, Beiheft 162 des ARSP, Stuttgart 2020, S. 209–222 (216).

[34] Dies in der Entstehungsgeschichte der Reinen Rechtslehre hervorgehoben zu haben, ist das bleibende Verdienst von Fritz Sander, vgl. z. B. *Fritz Sander*, Der Begriff der Rechtserfahrung, in: Logos 11 (1922/1923), S. 285–308 (299 f.). Dabei radikalisiert und vertieft Sander, wie er nicht verschleiert, bestimmte Intuitionen Kelsens. Voegelin geht diesbezüglich – und die Theorienentwicklungen durch die Schüler Kelsens innerhalb der Wiener Schule berücksichtigend – so weit zu behaupten: „Die Bestimmung des Wesens des Rechts hat seit Kelsens Konstruktion der ‚Reinen Rechtslehre‘ nicht den geringsten Fortschritt gemacht, so wertvoll auch vom systematischen Standpunkt aus die Durcharbeitung und Reinigung der normlogischen Sphäre sein mag“ (*Erich Voegelin*, Reine Rechtslehre und Staatslehre, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 4 [1925], S. 80–131 [96 f.]).

[35] Vgl. *Karl Olivecrona*, Law as a fact, 2. Aufl., London 1971, S. 268 f.

[36] „Fast die gesamte herrschende Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft fußt auf dem uralten Dogma von der Normativität des Rechtes: Recht ist ihr ein Inbegriff von Normen, Imperativen, Vorschriften, Willensäußerungen, Wunsch- und Befehlsätzen, ein Komplex von Bedeutungen, der in nahem Zusammenhang mit der Ethik steht, also ein Sollen, das über jedes Sein hinausgreift“ (*Sander*, Der Begriff der Rechtserfahrung [Anm. 34], S. 286).

[37] „Nur eine Rechtslehre, welche am Dogma von der Normativität des Rechtes festhält, richtet ihren Blick nicht auf in Rechtsverfahren aktuelle, sondern in Rechtssätzen potentielle Norminhalte, sucht den Umgang dieses potentiellen Norminhaltes durch die formallogischen Mittel der ethisch-politischen Postulate folgenden Auslegung zu ermitteln“ (*Fritz Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 2 [1920/1921], S. 511–670 [557 f.]).

[38] Vgl. *Kletzer*, The Idea of a Pure Theory of Law (Anm. 12), S. 16–20.

telbar und ohne Weiteres an,[39] sodass Herr Jedermann auch dazu berufen sei, zu ‚entscheiden', was rechtens ist. Das hieße auch, Recht von Schein-Recht zu unterscheiden, und zwar mit dem (auch wenn nicht deutlich artikulierten) Anspruch, die auf Erkenntnis basierte Entscheidung mit Rechtsbindung auszustatten: Die mittels Erkenntnis bestimmte, korrekte Auslegung ziehe die Grenzen für die rechtmäßige und gar valide Rechtsentscheidung. Durch eine solche Rekonstruktion des Funktionsmodus des Rechts werde nach dem Vorbild der Moral unter der Hand eine Art universalistisches Beurteilungs- wie Anwendungsprinzip in Anspruch genommen, das jeden Beobachter dazu ermächtige, die Anforderungen des Rechts an die Rechtserzeugung zu bestimmen. Denn das Recht bestünde ja wie die Moral aus normativen Anforderungen an Subjekte.[40]

Daraus ergibt sich in der Tat ein statisches, vorwiegend a-institutionelles Rechtsbild. Der normative Gehalt der Rechtserscheinungen macht dabei den Kern des an das Recht gerichteten Erkenntnisinteresses aus, ohne dass das institutionelle Setting, die Verfahrens- und Zuständigkeitsbestimmungen, die die Verdichtung der normativen Kommunikation bzw. die konkrete rechtliche Maßstabsbildung bedingen, ähnlich stark miteinbezogen werden. „Die Betrachtungsweise, die das Recht als etwas Statisches erfaßt, entspricht dem moralischen Denken und damit einer Sichtweise, die uns hinsichtlich unseres eigenen Verhaltens als natürlich, weil zwangsläufig erscheint".[41] Hier wird intuitiv auf die Vorstellung eines das menschliche Verhalten unmittelbar steuernden Sollens zu(rück)gegriffen. In diesem Gedankengang findet die Idee der ‚Fehlerhaftigkeit' der Rechtsakte, sowie die Redeweise der ‚Rechtsfehler' ihren Raum. In dieser Denkweise neigt die idealisierte Normativität der Rechtsmaßstäbe dazu, sich von den konkreten Entscheidungen der Organe zu autonomisieren bzw. loszulösen. Darin liegen die tiefen Wurzeln der herkömmlichen rechtswissenschaftlichen, eher statisch gefassten und materiell beladenen Behandlung der Rechtsfehlerproblematik, gegen die sich die Reine Rechtslehre Kelsens, der Intuition Fritz Sanders folgend, wendet, ohne aber komplett mit einer statischen Betrachtung und mit der Vorstellung von statischen Erkenntnismomenten bei der Rechtsgewinnung brechen zu wollen.

Ausschlaggebend wird hier wiederum die Einsicht in die „höchst bedeutende Eigentümlichkeit des Rechts",[42] seine eigene Anwendung wie Erzeugung und Ver-

[39] Sander bezeichnet als „Grundvoraussetzung" der von ihm bekämpften „Rechtsdogmatik" die Auffassung, „daß das ‚Recht' an die menschliche Subjektivität [der Rechtsunterworfenen] gerichtete Normen oder Imperative bedeute[t]" (*Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? [Anm. 37], S. 519).

[40] Dies ist in gewissem Sinne, was Kletzer „*moralistic* attitude towards the law" nennt, vgl. *Kletzer*, The Idea of a Pure Theory of Law (Anm. 12), S. 21 f. – Hervorhebung nicht im Original; *Christoph Kletzer*, The Germ of Law, in: Christoph Bezemek/Michael Potacs/Alexander Somek (Hrsg.), Vienna Lectures on Legal Philosophy, V. 1: Legal Positivism, Institutionalism and Globalisation, Oxford/London/New York/New Delhi/Sidney 2018, S. 1–21 (1).

[41] *Lippold*, Recht und Ordnung (Anm. 12), S. 142.

[42] *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 73/140. Vgl. auch *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Anm. 8), S. 98; *Kelsen*, RR1 (Anm. 13), S. 73 f./84; *Kelsen*, General Theory of Law and State (Anm. 28), S. 39.

nichtung mittels Ermächtigungsnormen zu bestimmen.[43] Genauso wie das Recht selbstreferenziell bestimmt, was rechtens ist, wird Rechtswidrigkeit ausschließlich als Resultat rechtsimmanenter Operationen im Rechtsverfahren konstituiert.

III. Die Differenzierung von Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit als Aufgabe des positiven Rechts

Im Validationssystem der Reinen Rechtslehre Kelsens gibt es keinen Raum für Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit ‚an sich'. Berücksichtigt man das eigengesetzliche Funktionieren der Rechtsmaschinerie, ergibt die Rede über eine solche Rechtswidrigkeit keinen Sinn.[44] Die Rechtmäßigkeit wird in Relation zum Inhalt der Entscheidung des zuständigen Rechtsorgans konstituiert. Rechtsindividualisierung und -konkretisierung ereignen sich im Verlauf eines Verfahrens, in dem eine Kette von sukzessiven Entscheidungskompetenzen sichtbar wird. Will man erfahren, was rechtens ist, muss man bei jeder Stufe des Rechtsgewinnungsverfahrens auf die Bestimmungskraft der zuständigen Rechtsanwender warten. „Im juristischen Denken tritt an Stelle" der aufgrund von Denkoperationen konstruierbaren ‚Unrichtigkeit' „die verfahrensmäßig festgestellte"[45] Rechtswidrigkeit.

‚Rechtswidriges Recht' und ‚normwidrige Rechtsnorm' erweisen sich in dieser Variante der Reinen Rechtslehre als Selbstwidersprüche. Alles, was in Bezug auf das Koordinatensystem des Rechtserzeugungs- wie des Rechtsvernichtungszusammenhangs von einem zuständigen Rechtsorgan als Recht bestimmt wird, ist rechtmäßig. Es gibt keinen privilegierten, dem Rechtsverfahren externen Standpunkt, von dem aus rechtmäßige von rechtswidrigen Organentscheidungen getrennt werden könnten. Mit einer dem Fehlerkalkül Merkls ähnlichen Begrifflichkeit macht Kelsen zunächst geltend, das positive Recht „rechnet mit rechtswidrigem Recht und bestätigt dessen Existenz gerade dadurch, daß es mannigfache Vorkehrungen trifft, es zu verhindern und einzuschränken".[46] Im gleichen Zuge, in dem es „unerwünschte Normen gelten läßt, nimmt es diesen [aber] den eigentlichen Charakter der Rechtswidrigkeit".[47] Die Kategorie des ‚Rechtsfehlers' wie die des ‚rechtswidrigen Rechts' scheint im rein rechtstheoretischen Wortschatz keinen sinnvollen Gebrauch finden zu können, es sei denn als Rekonstruktion von im Rechtsverfah-

---

[43] „De acuerdo al paradigma nomodinámico, por decirlo brevemente, es característica saliente del Derecho la institución de poderes normativos: poderes, instituidos, y disciplinados por normas, de producción o aplicación de normas" (*Bruno Celano*, Justicia Procedimental Pura y Teoría del Derecho, in: Doxa 24 [2011], S. 407–427 [407]).

[44] Vgl. *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 274/477 f. Ähnlich wie es keine Rechtsfakten an sich gibt und die rechtserheblichen Tatbestände erst mit der autoritativen Entscheidung der Organe in ihrer Rechtsbedeutung konstituiert werden, muss die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Rechtsakte oder der Rechtsnormen im Rechtsverfahren bestimmt werden, vgl. *Hans Kelsen*, The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization, in: The Yale Law Journal 53 (1944), S. 207–220 (218).

[45] Zwei Zitate: *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 247/431.

[46] *Kelsen*, RR1 (Anm. 13), S. 84/94. Vgl. auch *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 271/472.

[47] *Kelsen*, RR1 (Anm. 13), S. 84 f./94.

ren bereits getroffenen autoritativen Entscheidungen – ihre Deutung des positiven Rechts berücksichtigend. Der Rechtswissenschaft steht ähnlich wie bei Sander die Aufgabe zu, die Maschinerie der Rechtserzeugung und Rechtsvernichtung *in action* reflexiv zu rekonstruieren. Die zuständigen, dazu ermächtigten, Rechtsorgane und nicht die Rechtswissenschaft(lerinnen) entscheiden, was rechtmäßig und was rechtswidrig ist.[48] Die Rechtswissenschaft darf sich die Berichtigung der angeblichen ‚Rechtsfehler' der Rechtsanwender nicht anmaßen, will sie ihre das Recht lediglich beschreibenden Kompetenzen nicht überschreiten. Ihr bleibt eine regressive Strukturanalyse des dynamischen Rechtsverfahrens übrig. Die valide Rechtserzeugung und Rechtsderogierung können rechtswissenschaftlich ohne Rekurs auf die Notion von ‚Rechtsfehlern' beschrieben werden, denn Recht entsteht und vergeht auch jenseits des rechtswissenschaftlich mittels Interpretation eruierten Rahmens. Um dies rechtstheoretisch zu berücksichtigen, dachte sich Kelsen die sogenannte Alternativermächtigung aus.

IV. Der Alternativcharakter der Ermächtigungsnormen

Die Zentralisierung der Entscheidungsbefugnisse über Ermächtigungsnormen schafft selbstverständlich nicht das Erkenntnis- bzw. Urteilsvermögen der in der Rolle der Rechtswissenschaftler agierenden Individuen aus der Welt. Bei der Betrachtung der dynamischen, durchgängig selbstreferenziellen Erzeugung und Vernichtung des positiven Rechts macht man immer wieder die Erfahrung, dass in unterschiedlichem Maß rechtliche Determinierung auf dem Weg der Rechtskonkretisierung verloren gehen kann und zum großen Teil auch verloren geht.[49] Abweichungen unterschiedlicher Natur sind zwischen bedingenden Normen und bedingten Rechtserscheinungen, zwischen Rechtsrahmen und Rechtsentscheidung zu konstatieren. Die Lehre von der Alternativermächtigung ist die von Kelsen konzipierte Lösung für die rechtswissenschaftliche Beschreibung der Entstehung (und Derogierung) geltenden Rechts in solchen Situationen. Es kommt also darauf an, die eigengesetzlichen Rechtsoperationen zu rekonstruieren. Wie die Rechtstheorie den alltäglichen Befund von (laut der Rechtsdogmatik oder der in eine Rechtsstreitigkeit verwickelten Parteien) außerhalb des rechtmäßigen Rahmens liegenden Entscheidungen auseinanderdröseln kann, steht dabei im Fokus. „Das peinliche Faktum eines ‚doppelten Rechtsbodens'"[50] kann nicht vermieden werden. Die Rechtstheorie hat damit umzugehen.

Beobachtet man, dass sich Rechtsnormen in einer konkreten Rechtserfahrung als solche durchsetzen, die durch die autonome Vernunft, sei es die individuelle oder die kollektiv-rechtswissenschaftliche, nicht auf den durch den anzuwendenden Rechtsnormenkomplex demarkierten Rahmen zurückzuführen sind, sei davon auszugehen, dass die als Deutungsschemata fungierenden Ermächtigungs-

[48] Vgl. *Kelsen*, Was ist ein Rechtsakt? (Anm. 9), S. 265, 268.
[49] *Kelsen*, Die Idee des Naturrechts (Anm. 29), S. 248.
[50] *Kelsen*, Die Idee des Naturrechts (Anm. 29), S. 248.

normen einen Alternativcharakter besitzen.[51] Das zur Anwendung des Rechts berufene Rechtsorgan könne *entweder* die durch die bedingenden Rechtsnormen vorselektionierten möglichen Rechtsinhalte in der durch den vorgegebenen Komplex geltender Normen beanspruchten Form konkretisieren, *oder* eine neue Rechtsnorm zur Geltung bringen, die keine der durch den Rechtsrahmen positiv markierten Möglichkeiten aktualisiert. Der durch die höherrangigen Rechtsnormen vorgegebene Weg für die künftige Rechtserzeugung fungiere in so einer Konstellation beobachtbarer, als geltendes Recht hingenommener, ‚rechtswidriger Rechtsentscheidung' nicht als eine eindeutige Bestimmung, sondern müsse im Sinn einer „Alternation" verstanden werden: „[E]ntweder so, aber wenn nicht, dann auch – beinahe beliebig – anders"[52] könne die Rechtserzeugung rechtmäßig stattfinden. Die höherrangigen Rechtsvorschriften, die das Verfahren der Rechtserzeugung und den Inhalt künftiger Rechtserscheinungen in solcher Situation programmieren sollen, könnten so beschrieben werden, dass sie eine Art Bifurkation darstellen. Neue Rechtserscheinungen könnten nicht nur mit dem vorprogrammierten Inhalt und durch den positivrechtlich vorgezeichneten Weg gültig erzeugt werden, sondern die Rechtsorgane seien dazu ermächtigt, bis auf ein gewisses Minimum die *constraints* an die Rechtserzeugung zu ignorieren.[53]

Das Konstrukt der Alternativermächtigung ermöglicht die Unterbringung von durch die kognitiven Fähigkeiten des Beobachters konstatierten ‚Rechtswidrigkeiten' in der formellen Einheit der Rechtsordnung. So gesehen, stehen die bestimmte rechtliche Anforderungen an die valide Rechtserzeugung verletzenden Rechtserscheinungen nicht in Konflikt mit dem entscheidenden Rechtsvalidationssystem. Sie lassen zwar einen Teil der Ermächtigungsnormen unangewendet, sie entstehen aber trotzdem gültig, gedeckt durch eine vom positiven Recht indirekt und implizit vorgesehene alternative Route zur Rechtserzeugung. Will man die Rahmenbedingungen für die gültige Fortsetzung des Rechts beschreiben, muss man die

[51] Kelsen verwendet leicht unterschiedliche Begriffe für die Bezeichnung des in der Lehre der Alternativermächtigung beschriebenen Phänomens: „Alternation" (*Hans Kelsen*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 5 [1929], S. 30–88 [79]); „Alternativ-Bestimmung" (*Kelsen*, RR1 [Anm. 13], S. 86/96) und „Alternativ-Vorschrift" (*Kelsen*, RR1 [Anm. 13], S. 88/98); in der unter der Betreuung Kelsens aus dem deutschen Manuskript in die englische Sprache übersetzten ‚General Theory of Law and State' heißt es „alternative prescription" (*Kelsen*, General Theory of Law and State [Anm. 28], S. 159); im teilweise auf Deutsch verfasste Manuskript der GTLS, das im Hans Kelsen-Institut (Wien) aufbewahrt ist, liest man „Alternative-Bestimmungen" wie „Alternativ-Vorschriften" (*Hans Kelsen*, Law and State, s. d., 587 S. [Typoskript, in: Hans Kelsen-Institut, Nachlass Hans Kelsen], jeweils S. 215 und 220); in der auch von Kelsen betreuten französischen Übersetzung der ersten Auflage der Reinen Rechtslehre liest man „dispositions alternatives" (*Hans Kelsen*, Théorie Pure du Droit. Introduction à la Science du Droit, übersetzt von Henri Thévenaz, Paris 1953, S. 131) – vgl. auch *Hans Kelsen*, La garantie juridictionelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle), in: Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à L'Étranger 1928, S. 197–257 (251). Die sozusagen kanonische Formulierung befindet sich in: *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 273/475 f. und 277/482, wo von „Alternativbestimmungen" die Rede ist. Siehe noch *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen (Anm. 25), S. 200.

[52] *Kelsen*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit (Anm. 51), S. 79.

[53] Vgl. *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 241/421.

Ermächtigung als eine „alternativ gestaltete Gesamtnorm“[54] rekonstruieren, die ermöglicht, einen bevorzugten, auf den propositionalen Gehalt der Erzeugungsregel rückbeziehbaren Rechtserzeugungsweg neben einem möglicherweise minderwertigen Track zur Rechtserzeugung als rechtmäßig zu behandeln. Rechtmäßig ist dementsprechend alles, was sich als Recht im Gang des Rechtsverfahrens durchsetzt.[55] Das Effektivitätsprinzip, wie Kelsen sich hier ausdrückt, begrenzt (eigentlich: überlagert) das Legitimitätsprinzip.[56]

Vom Standpunkt der Rechtsbindung aus gleichwertig, unterscheiden sich die durch die direkte Ermächtigung gedeckten Rechtsnormen von denen, deren Geltung sich auf die Alternativermächtigung berufen muss, lediglich dergestalt, dass den Ersteren durch das vorgegebene geltende Recht kontingent eine Art Präferenz geschenkt werden kann und häufig wird.[57] Der bestehende Rechtsrahmen markiert positiv eine Fülle von Möglichkeiten der Rechtserzeugung.[58] Er äußert einen rechtlichen Vorzug,[59] der sich des Weiteren darin materialisieren kann, dass das positive Recht die ‚rechtswidrige Rechtserzeugung‘ als Vernichtbarkeitsgrund reguliert oder die Verantwortlichkeit des Rechtsorgans dafür vorsieht. Dass eine Rechtserscheinung durch eine andere als die von der direkten Ermächtigung vorgesehene Art und Weise produziert wurde, mag neben Derogation aus Opportunitätsgründen und *desuetudo*[60] zu einem weiteren Anlass zur Geltungsbeseitigung dieser Erscheinung – mittels Vernichtung – im System des positiven Rechts gemacht wer-

---

[54] *Kelsen*, RR1 (Anm. 13), S. 88/98; vgl. auch *Kelsen*, RR 2 (Anm. 13), S. 280/487.

[55] Vgl. *José Delgado Pinto*, El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del ordén jurídico como un sistema normativo dinámico [1977], in: Gonzalo A. Ramírez Cleves (Hrsg.), Ecos de Kelsen: Vida, Obra y Controversias, Bogotá 2012, S. 187–222 (215).

[56] *Kelsen*, RR 2 (Anm. 13), S. 280/487. Diese Auffassung unterscheidet sich von früheren Stellungnahmen Kelsens zu der Rechtsfehlerproblematik, wie oben schon angedeutet: „Allein das Prinzip der Selbstlegitimation der Rechtsakte hat seine Grenzen: *Letzten Endes* ist es doch die rechtstheoretische Vernunft, die den auf Grund ihrer Hypothesis zum einheitlichen System zusammengeschlossenen Tatbeständen ihren rechtlichen Sinn, ihre spezifische Bedeutung verleiht […]“ (*Kelsen*, Allgemeine Staatslehre [Anm. 8], S. 278).

[57] *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 278/484. In der ersten Ausgabe der RR war von einer Disqualifikation der über den Weg der ‚Alternativ-Bestimmung‘ erzeugten Rechtsnorm gegenüber der durch die direkte Regelung der Ermächtigungsnorm gedeckten Rechtserscheinung die Rede, vgl. *Kelsen*, RR1 (Anm. 13), S. 87/96 f. Vgl. noch *Kelsen*, General Theory of Law and State (Anm. 28), S. 157 und *Kelsen*, Law and State (Anm. 51), S. 216–217, wo die Rede vom „Vorzug“ der durch die direkte Ermächtigung gedeckte Rechtserscheinung gegenüber denjenigen, deren Geltung mit Rekurs auf die Alternativermächtigung begründet werden muss, ist.

[58] Vgl. *Christoph Möllers*, Über die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität, Berlin 2015, S. 13 f., 125, 155–157.

[59] Kritisch dazu vgl. z. B. *Michel Troper*, Kelsen et le contrôle de constitutionnalité, in: Michel Troper, La Théorie du Droit, Le Droit, L’État, Paris 2001, S. 173–193 (182 f.). Vgl. auch *Jorge Luis Rodríguez*, Teoría Analítica del Derecho, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo 2021, S. 426–432.

[60] Vgl. *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 216/379 f. Zur wackeligen, sich in den späten Werken ändernden Lehre Kelsens zur Rolle der *desuetudo* bzw. des Wirksamkeitsverlusts bei der Geltungsbeendigung von Rechtsnormen innerhalb eines im Großen und Ganzen wirksamen Rechtssystems vgl. kritisch und nuanciert *Gabriel Nogueira Dias*, Rechtspositivismus und Rechtstheorie. Das Verhältnis beider im Werke Hans Kelsens, Tübingen 2005, S. 254 f.

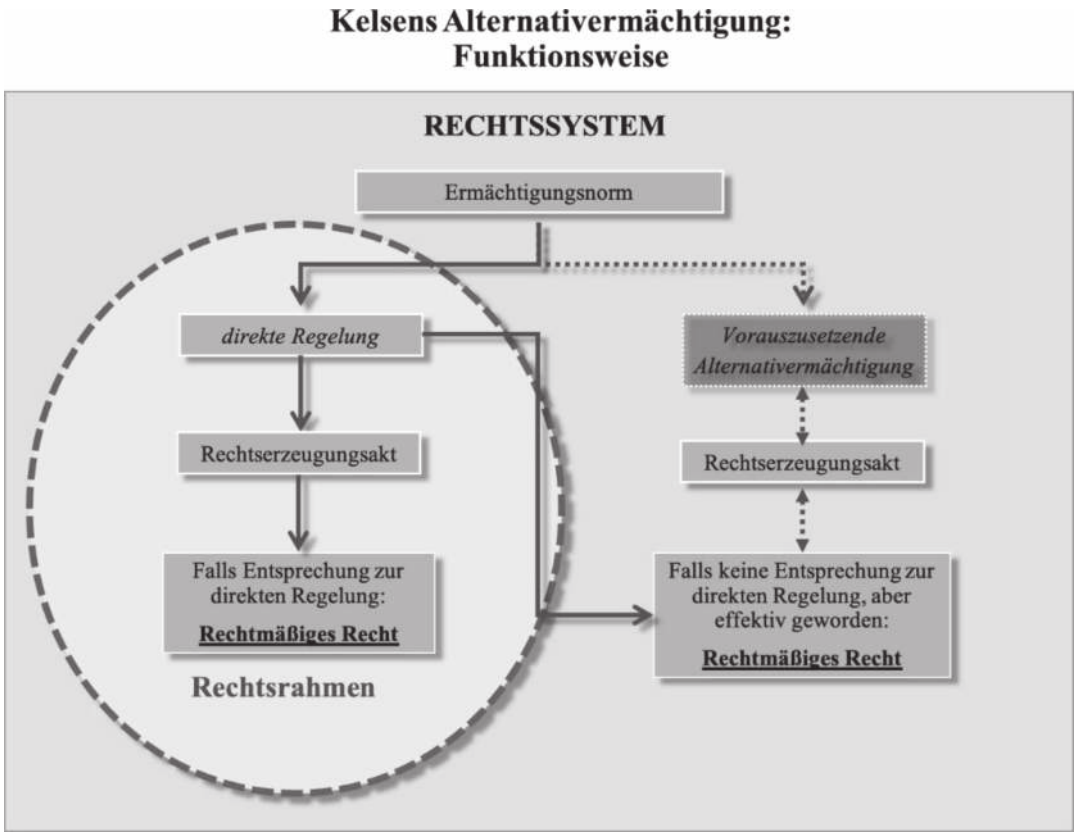

Abbildung 3: Die Alternativermächtigung

den. Kumulativ oder alternativ kann dies auch als ein Unrechtstatbestand reguliert werden, sodass eine Sanktion als Rechtsfolge der ‚rechtswidrigen Rechtserzeugung' vorgesehen wird, die dem entsprechenden Organ aufzuerlegen ist. Bis zu ihrer eventuellen Aufhebung gilt aber die Rechtserscheinung, von der rechtlich nicht zuständige Individuen behaupten, sie sei rechtswidrig, als rechtmäßig.

In der nicht hinreichend ausdifferenzierten Begrifflichkeit der Kelsenschen Lesart des Problems steht Rechtmäßigkeit für den Bezug auf das Rechtserzeugungsverfahren und wird nicht sauber von der Rechtsgeltung unterschieden. Sie referiert eher die Verbindlichkeit des Rechts nach außen als die Konformität zur Erzeugungsregel. Soweit in diese aber auch eine Alternativbestimmung integriert wird,[61] fehlt im Repertoire der Reinen Rechtslehre Kelsens ein Signum für die Rechtswidrigkeit der Rechtserzeugung, da die allumfassende rechtliche Ermächtigung alles verrechtlicht. Es gibt kein rechtswidriges Recht mehr, nur noch Alternativen zur Rechtserzeugung, die das rechtschöpfende Tun der Rechtsorgane so oder so auffangen.

[61] „Diese beiden Normen bilden eine Einheit" (*Kelsen*, RR2 [Anm. 13], S. 273/475); ähnlich bereits in *Kelsen*, RR1 (Anm. 13), S. 86/96.

V. Der mangelnde Fehlerbegriff oder: Das Primat der Rechtserzeugung

Die Alternativermächtigung läuft daher auf ein (Fehler-)Kalkül ohne Fehler hinaus.[62] Dies mag für eine verblüffende und in Verlegenheit setzende Beschreibung rechtlicher Phänomene sorgen, ist aber immanent betrachtet kein Fehler, sondern Programm in der Matrix der Reinen Rechtslehre Kelsenscher Art. Sogar die ‚Gesetzwidrigkeit' einer Entscheidung oder die ‚Verfassungswidrigkeit' eines Gesetzes werden dabei in Anführungszeichen gesetzt. In ihrem rechtswissenschaftlich kritischen Potenzial werden diese Kategorien als Meinungsunterschiede zwischen der rechtsrelevanten autoritativen Entscheidung und den nicht rechtsverbindlichen Interpretationen anderer entschärft. „Von der Interpretation durch die Rechtsautorität zu sagen, sie sei richtig oder falsch, ist juristisch sinnlos; denn selbst wenn sie vom Standpunkt reiner Erkenntnis falsch wäre, ist sie doch Recht, d. h. Norm, und als solche weder wahr noch falsch […]".[63] Es lässt sich kein Bezugspunkt außerhalb des Rechtsverfahrens finden, aufgrund dessen die Rechtswahrheitsfrage beantwortet werden könnte.[64] Dort wo Fehler der Rechtsanwender behauptet werden, steht man lediglich vor einer Meinungsdifferenz, die durch das positive Recht selber dergestalt (auf)gelöst wird, dass der über autoritative Entscheidungen kommunizierten Meinung des Rechtsorgans alleine rechtsverbindliche Bedeutung verliehen wird.[65] Anders ist es bei Merkl, der zwar die Rechtsfehlerproblematik auch als Platzhalter für Meinungsverschiedenheiten rekonstruiert,[66] aber meint, den Standpunkt der Rechtswissenschaft als repräsentativ für die einzig objektiv fundierte Meinung definieren zu können.[67]

---

[62] Vgl. *Johannes Buchheim*, Fehlerkalkül als Ermächtigung? in: Rechtstheorie 45 (2014), S. 59–78 (70).

[63] *Hans Kelsen*, Was ist die Reine Rechtslehre?, in: Demokratie und Rechtsstaat. Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti, Zürich 1953, S. 143–162 (150 f.). Diese punktuelle Ansicht Kelsens hängt mit seiner Auffassung zusammen, dass normative Sätze nicht wahrheitsfähig seien. Dies kann und braucht hier nicht vertieft werden, denn das ist nicht der Kern des Konstrukts der Alternativermächtigung.

[64] „[…] denn wie sollte die absolute Wahrheit darüber […] ergründet werden?" (*Hans Kelsen*, Gott und Staat, in: Logos 11 [1922/1923], S. 261–284 [280] = HKW 7, S. 435–458 [455]).

[65] Vgl. *Alexander Somek*, A Pure Theory with a Naturalistic Fallacy? A Critique of Kletzer's Reformulation, in: The American Journal of Jurisprudence 66 (2021), S. 321–337 (333).

[66] „Man kann vielleicht nicht nur nicht einem Jedermann, sondern nicht einmal dem anerkannten Juristen die Fähigkeit zubilligen, besser zu wissen, was Rechtens ist. Es erhebt sich hier wiederum die Wahrheitsfrage in der besonderen Ausprägung: Haben die Praktiker des Rechts recht, deren richtige Erkenntnis sich in einem Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofs äußert, oder haben ihre Kritiker recht, die ihre Erkenntnisse nicht teilen und diesen folgerichtig auch die Eignung absprechen müssen, die Grundlage für Erkenntnisse des VerGH zu bilden. Es steht hier Meinung gegen Meinung und die Wahrheit mag unentschieden bleiben" (*Adolf Julius Merkl*, Die gerichtliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen, in: Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis 39 [1921], S. 569–609 [606] = Merkl-GS II/1, S. 393–438 [434]).

[67] „Das Staatsorgan und der Untertan, aber auch der Rechtstheoretiker können darüber, was Recht ist, irren; wer aber darüber nicht irren kann, ist die Rechtswissenschaft, die übrigens im irrenden Rechtstheoretiker ebensowenig einen Repräsentanten, wie die Staats- und Rechtsordnung im irrenden Rechtspraktiker ein Organ hat" (*Adolf Julius Merkl*, Die Lehre von der Rechts-

Die Lehre von der Alternativermächtigung ist prägnanter Ausdruck eines Primats der Rechtserzeugung in der Reinen Rechtslehre Kelsens, in dem der Standpunkt des autorisierten Rechtsanwenders (als *der* Standpunkt des positiven Rechts) eingenommen und privilegiert wird. „Wenn ein gültiger Akt des rechtsanwendenden Organs keine der vom Standpunkt der Rechtswissenschaft möglichen Deutungen der anzuwendenden Rechtsnorm darstellt, kann der wissenschaftliche Jurist nur feststellen, daß durch diesen Akt neues Recht […] erzeugt wurde".[68] Alles, was von einem Organ, das als solches mit Bezug auf die Rechtsordnung als breitere Referenzordnung erkennbar ist und im Rechtsverfahren als solches behandelt wird, als Recht gesetzt wird, wird von der Rechtstheorie als Recht beobachtet, und zwar als fehlerfreies; eine Rechtserscheinung hört erst dann auf, als Recht beschreibbar zu werden, wenn sie im Rechtsverfahren derogiert bzw. vernichtet wird – oder eben jenseits eines bestimmten Ausmaßes unwirksam geworden ist. Die Alternativermächtigung holt auch die durch die explizite Rechtserzeugungsregel – wie sie von der dogmatischen Rechtswissenschaft interpretiert wird – nicht zugelassenen Möglichkeiten unter das Dach der Rechtmäßigkeit, sodass auch sie aktuelles, positives Recht ausmachen, sobald sie von Rechtsorganen in ihren Entscheidungen als Recht erzeugt/angewandt werden. Die Alternativermächtigung passt sich an die Rechtsgeschehnisse an und bietet der Rechtstheorie ein Instrumentarium, das realisierte Recht, wie es geworden ist und werden wird, möglichst vollständig zu beschreiben. Mit der Lehre von der Alternativermächtigung arbeitet Kelsen sein rechtswissenschaftliches Programm weiter aus, um eine Theorie des möglichen Rechts anzubieten,[69] deren Design so deflationiert ist, dass auch die angeblich, mit rechtsdogmatischen Mittel als solche erkennbaren, ‚rechtswidrigen Rechtserscheinungen', die den Maßgaben des eigenen positiven Rechts nicht entsprechen, von der Beschreibung nicht ausgeklammert werden (können) – sie werden nicht mal als defekte Rechtserscheinungen wahrgenommen.

Mangels präziser Formulierungen und Arrondierungen des Konzepts kulminiert die Alternativermächtigung in einer Art Selbstermächtigung der in ihrer Stellung als autorisierte Rechtsanwender kraft Einfügung in ein gewisses institutionelles Setting stabilisierten Rechtsorgane. Auch außerhalb des Rahmens der anzuwendenden Normen liegende Entscheidungen schaffen geltendes und rechtmäßiges Recht, das letztendlich als solches von den eigenen rechtserzeugenden Organen bestimmt wird: Nicht nur vom Organ, das gerade eine durch die alternative Autorisierung gedeckte Entscheidung trifft, sondern auch von den anderen Organen, die sich auf den Sinn der getroffenen Entscheidung als valide Rechtsnorm beziehen und von ihr im Rechtssystem Gebrauch machen. Die rechtsschöpferischen Betätigungen der Rechtsorgane sind über den Weg der Alternativbestimmungen dann vom Mantel der Rechtmäßig-

---

kraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff, Tübingen 1923, S. 290). Vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 298–301.

[68] *Kelsen*, Was ist die Reine Rechtslehre? (Anm. 63), S. 151.

[69] Vgl. *Hans Kelsen*, Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre, in: Juristische Wochenschrift 58 (1929), S. 1723–1726 (1723).

keit gedeckt. Die Rede von ‚Fehlern' ist folglich nichts als der Ausdruck eines dem Rechtsverfahren fremden Standpunkts. Als rechtstheoretische Kategorie ist die Notion von ‚Rechtsfehlern' in diesem Modell nicht nur entbehrlich, ja sie taugt einfach nicht als „Rechtswesensbegriff"[70]. Die valide Rechtserzeugung wie die Rechtsvernichtung lässt sich ohne Berufung auf Fehlerhaftigkeitsvorstellungen beschreiben, sodass eine elegante und präzise wissenschaftliche Systematik auf sie verzichten könne.[71] Die Rechtsorgane „irren daher nicht rechtskräftig […], sie irren – juristisch betrachtet – überhaupt nicht";[72] sie können kein ‚rechtswidriges Recht' setzen.

VI. Der Entzauberungstrick der Alternativermächtigung

Die Lehre von der Alternativermächtigung spiegelt und verarbeitet die deskriptiven Ansprüche des Forschungsprogramms der Reinen Rechtslehre. Es gilt das Recht, wie es ist und operiert, und die Rechtswerdung wie sie sich ereignet, ausschließlich und allein von einer strukturanalytischen Perspektive aus reflexiv zu rekonstruieren – also im Bewusstsein der Rahmenbedingungen, Limitationen wie Voraussetzungen eines solchen Unternehmens, zu beschreiben.[73] Den Standpunkt des positiven Rechts einnehmend, von der Warte der Rechtsanwendung und Rechtserzeugung bewirkenden Organe aus, das Funktionieren des Rechts lediglich beobachtend, soll das Rechtsgeschehen ohne Zensuren und Zäsuren realistisch – realitätsorientiert – in dessen Struktureigentümlichkeiten und seiner Prozessualität in ein rechtstheoretisches Modell integriert werden. Worauf es ankommt, ist eine wertindifferente Theorie erfolgreicher, im Großen und Ganzen wirksamen Zwangsordnungen bzw. Entscheidungsordnungen als normative Rechtsordnungen anzubieten,[74] die in der Lage ist, kontingente und komplexe Rechtserfahrungen, möglichst unabhängig von (normatisierenden) Idealisierungen und fern von (faktizistischen) Reduktionismen, in deren Eigengesetzlichkeit zu erfassen. Just dazu

[70] *Felix Somló*, Juristische Grundlehre, Leipzig 1917, § 10, S. 26 f.; vgl. auch *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Anm. 8), S. 18 mit 375 f.

[71] Zur Ambition der Reinen Rechtslehre, das Repertoire der Rechtstheorie auf für die Deskription des positiven Rechts strukturell-notwendige Kategorien zu reduzieren vgl. *Otto Pfersmann*, Un programme de recherche ouvert, contesté, inachevé, in: Thomas Hochmann/Xavier Magnon/Régis Ponsard (Hrsg.), Un classique méconnu: Hans Kelsen, Paris 2019, S. 59–85 (67–68).

[72] *Thomas Elsner*, Das Ermessen im Lichte der Reinen Rechtslehre. Rechtsstrukturtheoretische Überlegungen zur Rechtsbindung und zur Letztentscheidungskompetenz des Rechtsanwenders, Berlin 2011, S. 152 (Fn. 419).

[73] Mit der Wiener Schule „wandelt sich der naive Rechtspositivismus in einen, seine eigenen Schranken erkennenden, daher kritischen Rechtspositivismus" (*Alfred Verdross*, Die Rechtstheorie Hans Kelsens, in: Juristische Blätter 59 [1930], S. 421–423 [422]). Zum Topos eines „kritischen Rechtspositivismus" vgl. *Robert Walter*, Der gegenwärtige Stand der Reinen Rechtslehre, in: Rechtstheorie 1 (1970), S. 69–95 (74 f.).

[74] Zur Wirksamkeit als Moment des Rechtsbegriffs der Reinen Rechtslehre der Wiener Schule vgl. *Rudolf Thienel*, Der Rechtsbegriff der Reinen Rechtslehre – Eine Standortbestimmung, in: Heinz Schäffer et alii (Hrsg.), Staat – Verfassung – Verwaltung. Festschrift anläßlich des 65. Geburtstages von Prof. DDr. DDr. h.c. Friedrich Koja, New York 1998, S. 161–200 (194 f.); *Clemens Jabloner*, Der Rechtsbegriff bei Hans Kelsen, in: Stephan Griller/Heinz Peter Rill (Hrsg.), Rechtstheorie. Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung, Wien 2011, S. 21–39 (29 f.).

trägt das irritierende Konzept der Alternativermächtigung bei, indem sie mit dem „peinlichen Faktum“[75] der außerhalb des Rahmens der anzuwendenden Normen liegenden autoritativen Rechtsentscheidungen umgeht und dies als eine Trivialität im Rechtsgewinnungsverfahren entlarvt. Hierbei äußert sich plastisch und unverschämt der entmystifizierende Kunstgriff Kelsens.[76]

Die Alternativermächtigung dient als Chiffre für die Entscheidungsabhängigkeit der Rechtsgewinnung. Die Entscheidungsdependenz des Rechts wird als nicht-eliminierbare Gegebenheit in die dynamische Rekonstruktion des Rechtserzeugungs- wie des Rechtsvernichtungszusammenhangs aufgenommen. Mit der Alternativermächtigung macht Kelsen die Rechtstheorie auf die Möglichkeit der Abweichung der Rechtsorgane von den präselektierten Optionen des positiven Rechts für die systeminterne Rechtsentwicklung aufmerksam,[77] genauso wie auf die beschränkte Bindungskraft der Rechtsnormen.[78] Er thematisiert Kompetenzüberschreitungen in der Rechtspraxis weitgehend als *business as usual*. „Entsprechendes Kritikpotential entfaltet sich gerade durch die Offenlegung der beim Interpretationsakt wirksamen volitiven und dezisionistischen, jedenfalls objektiv-rational nicht eingrenzbaren oder steuerbaren Gehalte“.[79] Die Lehre von der Alternativermächtigung führt so gesehen zu einem weiteren Tabubruch gemäß dem Wissenschaftsprogramm der Reinen Rechtslehre,[80] indem sie die Nicht-Entsprechung zwischen autoritativen Entscheidungen und programmierenden Rechtsvorschriften als routinemäßig versteht und somit Kränkungspotenzial[81] entfaltet: Die anzuwendende

---

[75] *Kelsen*, Die Idee des Naturrechts (Anm. 29), S. 248.

[76] Zum entmystifizierenden Touch der rechtstheoretischen Familie der Rechtspositivismen vgl. *Alexander Somek*, The Demystification Impasse: Legal Positivism Divided Against Itself, in: Matthias Jestaedt/Ralf Poscher/Jörg Kammerhofer (Hrsg.), Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand/Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions, Beiheft 163 des ARSP, Stuttgart 2020, S. 45–62. Siehe auch zur Entmystifizierung als Konstante des Forschungsprogramms der Reinen Rechtslehre, die sich schon im von Kelsen gesetzten Grundstein – in seinen ‚Hauptprobleme' – deutlich sichten lässt, *Matthias Jestaedt*, Die „Entzauberung“ des Rechtsdenkens – Hans Kelsens „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ aus dem Jahre 1911, in: Catherine Haguenau-Moizard et alii (Hrsg.), L'Autriche-Hongrie des années 1866–1918: une contribution exceptionnelle à la protection des droits de l'Homme/Das Österreich-Ungarn der Jahre 1866–1918: Ein herausragender Beitrag zum Schutz der Menschenrechte, Nijmegen 2020, S. 85–100. Spezifisch zur Entzauberung als Komponente des Forschungsprogramms der Reinen Rechtslehre siehe oben Erster Teil, Kap. I, S. 75–78.

[77] Vgl. *Pierluigi Chiassoni*, Logica del diritto ed egemonia culturale, in: Paolo di Lucia/Lorenzo Passerini Glazel (Hrsg.), Il Dover Essere del Diritto. Un dibattito teorico sul diritto illegittimo a partire da Kelsen, Torino 2020, S. 43–61 (61).

[78] Vgl. *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 274/476 f.

[79] *Horst Dreier*, Hans Kelsens Wissenschaftsprogramm, in: Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung, Beiheft 7, Berlin 2007, S. 81–114 (112). Zum Kritikpotenzial der Kelsenschen Rechtsdynamik vgl. auch *Alexander Somek*, Was ist nachpositivistisches Rechtsdenken? [Typoskript 2020], 26 S., S. 13 f.; *Alexander Somek*, Über die Subjektivität des Rechts, in: JuristenZeitung 76 (2021), S. 1–7 (4).

[80] Zu den durch die Reine Rechtslehre vorangetriebenen Enttabuisierungen vgl. *Matthias Jestaedt*, Einleitung, in: Hans Kelsen im Selbstzeugnis, Tübingen 2006, S. 1–19 (2).

[81] Zur Verwendung der Figur der Krängung zur Erläuterung der Entzauberungsfacette der Reinen Rechtslehre vgl. *Matthias Jestaedt*, Das Postulat einer streng wissenschaftlichen Erkenntnis

Norm spiegelt sich nicht notwendig inhaltlich in der sie angeblich anwendenden Entscheidung wider. Rechtsanwendung ist nicht unbedingt erkenntnisbasierte Willensfunktion.[82] Außerhalb wie innerhalb des Rahmens der anzuwendenden Norm liegende Entscheidungen taugen erfahrungsgemäß uneingeschränkt als weitere mögliche Anknüpfungspunkte für die kontinuierliche Prozessierung rechtlicher Operationen im Rechtsverfahren. Hinsichtlich der Rechtsbindung könne die Myriade möglicher Rechtsentscheidungen rein rechtstheoretisch nicht sinnvoll ausdifferenziert werden. Alles ist positives Recht gleicher Art.

Die mit dem Anspruch der Steuerung der Rechtserzeugung (oder der Rechtsderogierung) erlassenen, zum Zeitpunkt aktueller Entscheidungen (in der Regel) schon in der Vergangenheit angesiedelten, bedingenden Normen stellen kein notwendig mehrwertiges positives Recht im Vergleich zu den gegenwärtig autoritativ gesetzten Rechtsnormen dar. Die „Möglichkeit einer Diskrepanz“[83] wohnt der Normativität als solcher inne.[84] Die normativen Ansprüche des Rechts sind selbstredend nicht imstande, die Wirklichkeit der den Rechtsrahmen sprengenden Entscheidungen aus dem alltäglichen Rechtsleben zu verbannen.[85] Die Institutionalität der relativ zentralisierten Verwirklichung modernen positiven Rechts bedingt die Aufnahme von, vom Standpunkt der bedingenden Normen aus gesehen – wie sie von der Dogmatik interpretierbar sind –, diskrepanten Rechtsentscheidungen in die Sphäre geltenden Rechts. Bis zur eventuellen rechtsverfahrensbezogenen Änderung, Derogation oder Vernichtung wirkt bzw. gilt die nicht in Konformität mit den bedingenden Rechtsnormen erzeugte Rechtserscheinung weiter; aufgrund der Figur der Alternativermächtigung gilt sie auch als rechtmäßig. Dies bedeutet: Die angebliche Diskonformität ist lediglich das Produkt einer außerrechtlichen Denkoperation, die keine rechtsrelevante Transformation veranlassen kann. Sie stellt das Produkt der Urteile der dogmatisch arbeitenden Rechtswissenschaftler dar oder ist lediglich die Ansicht eines rechtlich nicht zuständigen Individuums. Der Rechtstheorie bleibe nichts übrig – unter den von der Reinen Rechtslehre vorausgesetzten Prämissen –, als diese besondere Mechanik des Funktionierens des Rechts auf eine plausible Weise zur Sprache zu bringen. Dank der Alternativermächtigung schafft es die wissenschaftliche Beobachtung des Rechts, den Schwingungen des Rechts-

---

des Rechts in: Nikitas Aliprantis/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Die Aktualität eines großen Rechtswissenschafters und Soziologien des 20. Jahrhunderts, Wien 2014, S. 3–12 (11); *Horst Dreier*, Der Preis der Moderne – Hans Kelsens Rechts- und Sozialtheorie, in: Elif Özmen (Hrsg.), Hans Kelsens Politische Philosophie, Tübingen 2017, S. 3–27 (21 f.). Vgl. auch *Sigmund Freud*, Eine Schwierigkeit der Psychoanalyse, in: Imago. Zeitschrift für Anwendung der Psychoanalyse auf die Geisteswissenschaften 5 (1917), S. 1–7.

[82] Vgl. dazu unten Dritter Teil, Kap. VIII, S. 423–426.

[83] *Kelsen*, RR1 (Anm. 13), S. 68/79. Vgl. auch *Möllers*, Über die Möglichkeit der Normen (Anm. 58), S. 161: „Für eine Theorie des Normativen“ ist die „Möglichkeit der Übertretung zentral“.

[84] Vgl. *Lippold*, Recht und Ordnung (Anm. 12), S. 419.

[85] Vgl. *Stanley Paulson*, Material and Formal Authorisation in Kelsen’s Pure Theory, in: The Cambridge Law Journal 39 (1980), S. 172–193 (192): „The constitution cannot exclude the second path because *errata* are a fact of legal life“.

phänomens als Gegenstand einer spezifischen juristischen Disziplin Rechnung zu tragen. Die Rechtsvorgänge können – von außen betrachtet – die eigenen rechtlichen Maßstäbe verfehlen.

Darum geht es bei der Alternativermächtigung: Bestehende Phänomene der Rechtsgewinnungspraxis akkurat zu modellieren, „eine objektive Beschreibung der Rechtslage“[86] zu besorgen. Dass irregulär gesetzte, rechtserzeugende oder rechtsderogierende Rechtsnormen trotz der Nicht-Entsprechung zur ausschlaggebenden Erzeugungsregel doch genauso wirken können, wie es ihrem subjektiven, immanenten Sinn nach gemeint war, sei allerdings eine Konsequenz bestimmter positivrechtlicher Einrichtungen und nicht eine rein erfinderische Postulation der Theorie. Das positivrechtliche Institut der Rechtskraft sorge so beispielhaft für die rechtliche Unveränderbarkeit der Rechtsnormen, auch wenn sie sich über die Rechtmäßigkeitsanforderungen bei ihrer Erzeugung hinweggesetzt haben.[87] Ab einem gewissen Stadium der Rechtskonkretisierung werden die Chancen der Rechtsgestaltung im Rechtsverfahren versperrt. Faktisch setzt sich eine rechtlich nicht mehr hinterfragbare Entscheidung als eine Erscheinung des Rechts durch. Bis dahin mögen die über einen anderen Weg als denjenigen, der durch die direkte Ermächtigungsnorm vorgesehen ist, zustande gekommenen Rechtsnormen beliebig von den konkreten Rechtswidrigkeitsregimen der unterschiedlichen Rechtsordnungen für aufhebbar bzw. vernichtbar erklärt werden. „Wenn die Rechtsordnung eine Norm [jedoch] aus irgendeinem Grund vernichten läßt, muß sie diese Norm […] vorerst als objektiv gültige, das heißt rechtmäßige Rechtsnorm gelten lassen“.[88] Die Frage der Vernichtbarkeit mag wohl nie im Rechtsverfahren thematisiert werden, sodass die positivrechtlich aufhebbare Norm unproblematisch weiter gelten könne. Sie etabliere sich dann als verwendbarer Anknüpfungspunkt für die normative Kommunikation im Rechtssystem – ohne unbedingt die von ihr nichtbeachteten Erzeugungsregeln verdrängt zu haben. Die nicht aktualisierte bedingende Norm und die von ihr abweichende, alternativ erzeugte Norm gelten möglicherweise gleichzeitig.

Im Ergebnis erlaubt die Verwendung der Alternativermächtigung eine umfassende Re-Deskription der Praxis der Zuschreibung von Rechtsgeltung aufgrund autoritativer Deutungsschemata. Eine Norm gelte in arbeitsteilig funktionierenden Rechtssystemen, wenn sie entweder (a) regulär erzeugt – und noch nicht derogiert – wurde, oder (b) solange sie trotz der vertretbaren Anwesenheit von Vernichtungsgründen im Rechtsverfahren durch die Entscheidung der zuständigen und dazu tatsächlich provozierten Rechtsorgane nicht vernichtet wurde, oder (c) wenn sie den nicht mehr rechtmäßig änderbaren Sinn eines autoritativen Willensaktes ausmacht – auch in dem Fall, in dem sie trotz ihrer Vernichtbarkeit vom zuständigen Rechts-

---

[86] *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 277/482.

[87] Vgl. *Kelsen*, General Theory of Law and State (Anm. 28), S. 188 f.; *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 274 f./476 f.; *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen (Anm. 25), S. 303 (Fn. 128).

[88] *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 272/473; vgl. auch *Kelsen*, General Theory of Law and State (Anm. 28), S. 161; *Kelsen*, RR1 (Anm. 13), S. 89/98.

organ für rechtmäßig erklärt wird.[89] In allen Fällen kommt in der späten Gestalt des Kelsenschen Modells noch ein erforderliches Minimum an Wirksamkeit hinzu.[90] Eine Erklärung für den rechtsbindenden Charakter so disparat zustande gekommener Rechtsgestalten, die diese unterschiedlichen Ereignisse mit den normativen Ansprüchen der Rechtserzeugungsregelungen wieder vereint, soll auch die Lehre von der Alternativermächtigung liefern.

Es ist diese variationsreiche Konstellation möglicher Aufnahmen irregulär hergestellter Normen als gültige Rechtserscheinungen durch die reellen Rechtsmaschinerien, die Kelsen mittels des Konstrukts der Alternativermächtigung sinnvoll zu erfassen versucht. Dazu soll die begriffliche Spaltung der Ermächtigungsnormen in eine direkte/eigentliche und eine indirekte/alternative Ermächtigung dienen. Die positivrechtlich unverzichtbare – dem positiven Recht immanente – Bestimmung der Rechtskraft als letzter Stopp-Marker für eine gewisse Rechtsänderungs- bzw. Rechtserzeugungskette[91] müsste in diesem Zusammenhang schon bei der Formulierung der rechtsbeschreibenden Aussagesätze der Rechtswissenschaft berücksichtigt werden. ‚Rechtswidrige', aber rechtskräftige Entscheidungen gehören zum Repertoire positiver Rechtsordnungen. Folglich müssten auch sie ihre Geltung im positiven Recht verankert haben. Daraus geht die Vorstellung der Struktur der Ermächtigungsnorm als eine „Doppelnorm"[92] hervor, die den Bereich des Rechtskönnens, die Überschreitung des eigentlichen Rahmens des Rechtsdürfens durch den autorisierten Entscheidungsträger schon berücksichtigend, demarkiert. „Unter gewissen Bedingungen soll ein Rechtsakt gesetzt werden; ist ein Rechtsakt trotz Nichtvorliegens dieser Bedingungen gesetzt worden, gilt er als gesollt, sofern er nicht in einem bestimmten Verfahren – falls ein solches vorgesehen ist – wegen seiner Fehlerhaftigkeit aufgehoben wird".[93] Die Alternativermächtigung macht sogar die Vorstellung dieser Fehlerhaftigkeit bis zur Vernichtung entbehrlich, weil sie vor

---

[89] Vgl. die Rekonstruktion unterschiedlicher Rechtsgeltungsszenarien in *Giovanni Battista Ratti*, Un poco de realismo sobre inconstitucionalidad y derogación, in: Discussiones 14 (2014), S. 253–276 (257).

[90] Zum Verhältnis zwischen Geltung und Wirksamkeit in der Reinen Rechtslehre in ihren verschiedenen Entwicklungsstadien vgl. *Robert Walter*, Wirksamkeit und Geltung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 11 (1961), S. 531–541; *Mario G. Losano*, Das Verhältnis von Wirksamkeit und Geltung in der Reinen Rechtslehre, in: Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion, Wien 1982, S. 82–96; *Rudolf Thienel*, Geltung und Wirksamkeit, in: Stanley Paulson/Robert Walter (Hrsg.), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, Wien 1986, S. 20–50. Dazu noch *Hans Kelsen*, Geltung und Wirksamkeit des Rechts, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Hans Kelsens stete Aktualität, Wien 2003, S. 5–21.

[91] Mangels Rechtskraftbestimmungen könnte ein *regressus ad infinitum* mittels Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Rechtsakten nicht vermieden werden: „Es muß höchste Organe geben, über deren Zuständigkeit nicht mehr durch höhere Organe entscheiden werden, deren Charakter als höchste Gesetzgebungs-, Regierungs-(Verwaltungs-), Gerichts-Organe nicht mehr in Frage gestellt werden kann. Sie erweisen sich als höchste Organe dadurch, daß die von ihnen gesetzten Normen im großen und ganzen wirksam sind" (*Kelsen* RR2 [Anm. 13], S. 280/487).

[92] *Carsten Heidemann*, Die Norm als Tatsache. Zur Normentheorie Hans Kelsens, Baden-Baden 1997, S. 130.

[93] *Heidemann*, Die Norm als Tatsache (Anm. 92), S. 70.

der Vernichtung alle geltenden Rechtserscheinungen rechtstheoretisch als rechtmäßige behandelt.

Die Doktrin der Alternativermächtigung zoomt die Betrachtung auf die Konsequenzen bestimmter kontingenter institutioneller Rechtsarrangements für die durch das positive Recht teilweise vorprogrammierte Entstehung neuen gültigen Rechts.[94] Will man rechtswissenschaftlich darstellen, wie Rechtserscheinungen verschiedenster Gestalten in einer konkreten Rechtserfahrung valide entstehen können, muss man laut Kelsen schon bei der Rekonstruktion der Ermächtigungsnormen durch Rechts(aussage)sätze die von derselben Rechtsordnung vorgesehenen Normenverletzungsreaktionsmechanismen miteinbeziehen. „Man kann den Sinn der Norm höherer Stufe, die die Erzeugung und den Inhalt einer Norm niederer Stufe bestimmt, nicht ohne weitere Bestimmung erfassen, die die Norm höherer Stufe für den Fall trifft, daß die erste Bestimmung verletzt wird".[95] Kelsen bemüht sich darum, das ganze positivrechtliche Konvolut von Rechtserscheinungen und den Konnex von Rechtskraft- und Rechtsmittelbestimmungen, die Merkl mittels seines Konzepts des Fehlerkalküls zu artikulieren pflegt, schon in die Struktur und Formulierung der Ermächtigungsnorm einzugliedern. In dem Augenblick aber, in dem er den Kerngehalt der Lehre von der Alternativermächtigung als Norm ‚in Stein zu meißeln' versucht, scheint sein Entzauberungsmanöver fehlzuschlagen. Denn als Sinn existenter Willensakte, die sich an künftige Entscheidungen mit dem Anspruch wenden, deren Form und Inhalt relativ vorauszubestimmen, lässt sich die sogenannte indirekte Ermächtigung nicht nachweisen. Sie muss (kontrafaktisch und kontraintuitiv) vorausgesetzt (oder: fingiert?) werden.

C. Mosaik Alternativermächtigung

Im Nachtrag zu der hier zur Merkl–Sander-Kontroverse stilisierten schulimmanenten Debatte um die Rechtskraft ‚rechtswidrigen Rechts', zu der er durch seine grundlegenden Beiträge zum Themenkreis des ‚Staatsunrechts' und der ‚fehlerhaften Staatsakte' die ersten Anstöße und Anregungen gegeben hatte,[96] feilte Kelsen sein eigenes Instrumentarium zur Behandlung der Rechtsfehlerproblematik unter dem Stichwort der Alternativbestimmung aus.[97] Dabei bedient

[94] Die Plausibilität der Beschreibung der erfolgreichen ‚rechtswidrigen Rechtserzeugung' als Reflex verschiedener positivrechtlicher Einrichtungen mit Rekurs auf die Figur der Alternativermächtigung ist wohl das, was Pelegrino unter der Rubrik „Positivität der Alternativermächtigung" mit Erkenntnisgewinn untersucht, in: *Matheus Pelegrino da Silva*, Kelsens Theorie der Rechtserkenntnis. Zugleich eine kritische Betrachtung der Positivität als Eigenschaft des Rechts, Berlin 2019, S. 82–100. Vgl. auch: *Matheus Pelegrino da Silva*, Positive oder vorausgesetzte alternative Ermächtigung. Kelsens Lehre der alternativen Ermächtigung und die Bedingungen der Zuschreibung der rechtlichen Bedeutung für einen Akt, in: Rechtstheorie 49 (2018), S. 371–388.

[95] *Kelsen*, RR1 (Anm. 13), S. 88/97, vgl. noch. S. 86/95 f.

[96] Dazu ausführlicher oben Erster Teil, Kap. II, S. 121 f.

[97] Entwicklungsgeschichtlich und den Erfindungskontext betreffend dürften die Auseinandersetzungen Kelsens – als Verfassungsrechtslehrer und Verfassungsrichter – mit der durch das öster-

er sich der Einsichten und Einfälle seiner Schüler, sodass sich im Konstrukt der Alternativermächtigung Züge des Fehlerkalküls Merkls wie der Leugnung der Rechtsfehler durch die Verfahrenstheorie Sanders sichten lassen. Beruft sich Kelsen einerseits explizit auf die Stufenbaulehre Merkls, um seine eigene rechtswissenschaftliche Betrachtungsweise zu dynamisieren, färbt er die innere Rechtsdynamik mit den radikaleren Tönen der Sanderschen Rechtstheorie, der meinte, das statische Rechtsanforderungsmodell der herkömmlichen Rechtsdogmatik vollständig beseitigen zu müssen und zu können.[98] Bei einem so intensiven wissenschaftlichen Austausch wie demjenigen, der innerhalb der Wiener Schule gepflegt wurde,[99] ist es nahezu unmöglich den exakten Beitrag aller Diskussionsteilnehmer zu individualisieren. Das Bild einer mosaikartigen Entstehung scheint im Zusammenhang des Zusammenbastelns der Alternativermächtigung durch Kelsen an Plausibilität zu gewinnen. Er baut in sein, sich in Entwicklung befindendes System Stücke der Rechtskonzepte seiner Schüler ein, die sich nicht ohne Anpassung bzw. weitere Lapidierung in seinem eigenen theoretischen Gebäude unterbringen lassen, auch wenn sie ihrerseits ihre eigene Entstehung den Anregungen Kelsens und dessen Theoremen verdanken. Mit einem (adaptierten) brasilianischen Sprichwort ausgedrückt: Kelsen zauberte mit fremden Gewürzen ein eigenes Spezialgericht.[100]

---

reichische Bundes-Verfassungsgesetz von 1920 eingeführten Einrichtung der Verfassungsgerichtsbarkeit für die Ausarbeitung der Lehre von der Alternativermächtigung maßgeblich gewesen sein. Es verwundert nicht, dass die erste konkretere Formulierung dieser Lehre ausgerechnet im Referat Kelsens zur Verfassungsgerichtsbarkeit in der Wiener Tagung der Staatsrechtslehrervereinigung (April 1928) vorgetragen wurde, vgl. *Kelsen*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit (Anm. 51); *Kelsen*, La garantie juridictionelle de la Constitution (Anm. 51). Vgl. auch *Ewald Wiederin*, Der österreichische Verfassungsgerichtshof als Schöpfung Hans Kelsens und sein Modellcharakter als eigenständiges Verfassungsrecht, in: Thomas Simon/Johannes Kalwoda (Hrsg.), Schutz der Verfassung, Normen, Institutionen, Höchst- und Verfassungsgericht, Der Staat, Beiheft 22, Berlin 2014, S. 283–306 (302 f.). Jabloner rekonstruiert die „Geburtsstunde der Alternativermächtigung" überzeugend im Zusammenhang mit dem in Art. 7 des Staatsgrundgesetzes vom 21. Dezember 1867, Über die richterliche Gewalt, R.G.Bl. 1867/144, verankerten Ausschluss der richterlichen Prüfung der Gültigkeit kundgemachter Gesetze, vgl. *Clemens Jabloner*, Einige Austriaca der Reinen Rechtslehre, in: Clemens Jabloner et alii (Hrsg.), Scharfsinn im Recht. Liber Amicorum Michael Thaler zum 70. Geburtstag, Wien 2019, S. 3–18 (6 f.). Zum Wechselspiel zwischen Kelsens Tätigkeit als Verfassungsrichter und der Entwicklung der Reinen Rechtslehre vgl. *Péter Techet*, Hans Kelsen als Verfassungsrichter in der Ersten Republik. Verflechtungen und Widersprüche zwischen der Verfassungsgerichtsbarkeit und der „Reinen Rechtslehre", in: Rodrigo Cadore/Fernando Menezes/Matthias Jestaedt (Hrsg.), A Teoria Pura do Direito da Escola Jurídica de Viena [Typoskript, im Erscheinen: São Paulo 2024].

98 Vgl. dazu oben Zweiter Teil, Kap. V, S. 205–221.

99 Vgl. dazu oben Erster Teil, Kap. I, S. 15–99.

100 Vgl. *Machado de Assis*, Antonio José e Molière, in: Revista Brazileira 1 (1879), S. 225–235 (232): „[…] pode ir buscar a especiaria alheia, mas há de ser para temperá-la com o molho da sua fábrica" („[…] man darf sich jede beliebige bekannte Spezialität aussuchen, aber man muss sie mit einer Soße aus eigener Produktion würzen").

I. Die Figur der Entsprechung

Bei aller Betonung der aktenmäßigen Erzeugungsmomente als strukturell-notwendige Entscheidungsanteile im Rechtsgewinnungsverfahren verzichtete Kelsen nie auf die Merklsche Figur der Entsprechung[101] als Begriffsschlüssel für die Erklärung der intrasystemischen, dynamischen Relationen zwischen den Rechtsnormen. Die Geltungsbegründung im Rechtserzeugungszusammenhang wird als eine „Entsprechungsbeziehung“[102] zwischen höherrangigen und niederrangigen Rechtsnormen konzipiert. Die Entsprechung bildet den „Nerv“[103] des Denkvorgangs, mittels dessen dem immanenten Sinn eines Willensaktes rechtsverbindlicher Charakter attestiert werden kann, bzw. sich die Rechtssystemzugehörigkeit einer Norm konstatieren lässt. Der höherrangige anzuwendende Normkomplex setzt die Erzeugungsbedingungen, die durch die zu erlassene Norm beachtet werden sollen, und exakt dadurch wird die Einheit im Rechtserzeugungszusammenhang hergestellt, dass die niederrangige Rechtserscheinung aufgrund ihrer Entsprechung zu den vom positiven Recht aufgestellten Rechtserzeugungsbedingungen im fraglichen Validationssystem Rechtsgeltung erlangt. Noch statisch gedacht: „Fehlt es an dieser Entsprechung, so ist der betreffende Akt nicht ‚nur‘ rechtswidrig, sondern er ist, da ihm jegliche systematische Verankerung in der Rechtsordnung fehlt, ein rechtliches nullum; er ist nichtig“.[104] Daher zunächst die Verlegenheit, in die das Modell gerät, wenn im konkreten, dynamisch zu erfassenden Rechtsverfahren Rechtserscheinungen Geltung zugeschrieben wird, die der Rechtserzeugungsregel nicht entsprechen. Auf die Idee einer Alternativermächtigung kommt Kelsen auch dadurch, dass er mit ihr für eine (notwendige) Erklärung für die Geltung der ansonsten ‚rechtswidrig‘ erzeugten Rechtsnormen sorgt, ohne auf den Grundgedanken der Entsprechung verzichten zu müssen. Die außerhalb des Rahmens – *nota bene*: der Entsprechungsgedanke hängt eng mit dem Rahmentheorem Merklscher Provenienz[105] zusammen – der direkten Ermächtigungsnorm getroffene Rechtsentscheidung entspricht immer noch dem anzuwendenden Recht, indem sie von der vorauszusetzenden indirekten Autorisierung gedeckt wird. Um sich nicht von einer Kernthese der Merklschen Dynamik über die Entstehung geltenden Rechts verabschieden zu müssen, ohne aber weiterhin die problematische Fehlersemantik in Kauf nehmen zu wollen, erweiterte Kelsen den Gürtel der auxiliaren Hypothesen der Reinen Rechtslehre um den Alternativcharakter der Ermächtigungsnormen.[106]

---

[101] Vgl. oben die Darstellung der Merklschen Stufentheorie im Zweiten Teil, Kap. IV, S. 175–196.

[102] Vgl. *Rainer Lippold*, Um die Grundlagen der Normenlogik, in: Robert Walter (Hrsg.), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II, Wien 1988, S. 146–192 (155).

[103] *Ota Weinberger*, Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik, Berlin 1981, 108, der im Übrigen eine gut informierte kritische Diskussion des Topos der Entsprechung im Geltungsbegründungszusammenhang anbietet.

[104] *Michael Pawlik*, Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts. Ein kritischer Vergleich, Berlin 1993, S. 118.

[105] Zu Merkls Rahmentheorem vgl. oben Zweiter Teil, Kap. IV, S. 187–189.

[106] Vgl. *Imre Lakatos*, Falsification and the Methodology of Scientific Research Programmes

II. Das Überbleibsel der Systemeinheit als Widerspruchslosigkeit

Der Topos der ‚*contradictio in adjecto*' als Hinweis auf den Status ‚rechtswidrigen Rechts' durchzieht das ganze Œuvre Kelsens.[107] Ohne Bezug auf eine bestehende Ermächtigung kann keine Rechtsnorm entstehen. Die Normativität der rechtlichen Deutungsschemata schließt den Sinn von Willensakten, die der Ermächtigungsnorm nicht entsprechen, aus der Sphäre geltenden Rechts aus. Jenseits der Entsprechung zur Ermächtigung ist die Zusprechung von Rechtsgeltung – früher von Kelsen als Zusprechung eines Aktes zum Staat thematisiert[108] – unmöglich. ‚Rechtswidrige Rechtsoperationen' sind dem Rechtssystem fremd und können durch die Rechtsmaschinerie nicht prozessiert werden. Dass eine Rechtsnorm Normen des Rechtssystems, zu dem sie gehört, zuwiderlaufe, sei ein sinnfreier Selbstwiderspruch. Die Existenz ‚rechtswidrigen Rechts' beeinträchtige die Einheit des Rechtssystems, die in früheren Stadien des rechtstheoretischen Modells die Konfliktfreiheit zwischen den Systemelementen forderte.[109] Ein System, dessen Elemente sich widersprechen, sei unsinnig.[110]

Die Anerkennung rechtswidriger Rechtserscheinungen erscheint Kelsen als eine Art von Bekenntnis zu „*Ghost[s] in the machine*",[111] weil dabei mit dem Postulat der Relation zum Rechtssatz[112] gebrochen werde. Die Geltung einer rechtswidrig erzeugten Rechtsnorm könne dann ohne Berufung auf eine ‚*Deus-ex-machina*'-Not-

[1970], in: Imre Lakatos, The Methodology of Scientific Research Programmes. Philosophical Papers Volume 1, Cambridge 1978, S. 8–101 (48–52).

[107] Vgl. *Hans Kelsen*, Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt, in: Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 40 (1914), S. 1–114 (16 f.) = HKW 3, S. 439–531 (452 f.), wo die Rede auch von „logische[r] Antinomie" ist; *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Anm. 8), S. 286 („contradictio in adjecto"); *Kelsen*, RR1 (Anm. 13), S. 84–86/94–96; *Kelsen*, General Theory of Law and State (Anm. 28), S. 155 („contradiction in terms"); *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 271/473 („Selbstwiderspruch") und 275/478 („*contradictio in adjecto*"); *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen (Anm. 25), S. 136. Die positive Kehrseite dieser Vorstellung ist die Überzeugung vom pleonastischen Charakter des Ausdrucks ‚rechtmäßiges Recht'.

[108] Vgl. oben Erster Teil, Kap. II, S. 101.

[109] „[…] bedeutete das als normwidrige Norm bezeichnet Phänomen, das verfassungswidrige Gesetz, das gesetzwidrige Urteil usw. wirklich einen logischen Widerspruch zwischen einer Norm höherer und einer Norm niederer Stufe, dann wäre es um die Einheit der Rechtsordnung geschehen" (*Kelsen*, RR1 [Anm. 13], S. 85/94 f.). Vgl. noch *Kelsen*, General Theory of Law and State (Anm. 28), S. 162; *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 271/472 f. Zur Widerspruchslosigkeit als „negatives Kriterium" der Einheit siehe *Kelsen*, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus (Anm. 14), S. 22–25; *Hans Kelsen*, Diskussionsrede: Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: VVDStRL 4 (1928), S. 168–180 (174); *Kelsen*, RR1 (Anm. 13), S. 136 f./144 f.; *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 329 f./567 f.

[110] „Da aber die Erkenntnis des Rechts – wie jede Erkenntnis – ihren Gegenstand als sinnvolles Ganze[s] zu begreifen und in widerspruchslosen Sätzen zu beschreiben sucht, geht sie von der Annahme aus, daß Normenkonflikte innerhalb des ihr gegebenen – richtiger, aufgegebenen – Normenmaterials im Wege der Interpretation gelöst werden können und gelöst werden müssen" (*Kelsen*, RR2 [Anm. 13], S. 210/369). Vgl. auch *Kelsen*, Diskussionsrede (Anm. 109), S. 175 f.

[111] Begriffsprägung bei *Gilbert Ryle*, The Concept of Mind [1949], in: Gilbert Ryle, The Concept of Mind, 60th anniversary edition, London/New York 2009, S. 5.

[112] Zu diesem Postulat vgl. oben Erster Teil, Kap. I, S. 84 f.; Erster Teil, Kap. II, 100 f.

lösung nicht konsistent erklärt werden. Rechtsoperationen müssten per Definition rechtmäßig zustande kommen. Die Rechtmäßigkeit der Rechtserzeugung hänge von ihrer Entsprechung zu den bedingenden Normen ab; die Einheit des Rechts hänge mit der Ableitbarkeit der Geltung aller Rechtserscheinungen voneinander zusammen. Ausgerechnet dieses Bedürfnis nach einer durch Widerspruchsfreiheit ausgezeichneten Einheit des Rechtssystems mag Kelsen rechts(wissenschafts)theoretisch zum Konzept der Alternativermächtigung geführt haben. Die Modifizierung bzw. die Ausdehnung der Ermächtigungsgrundlagen über deren expliziten propositionalen Gehalt hinaus sichert die Entsprechung der – gemessen an der direkten Ermächtigung – ‚rechtswidrigen Rechtserscheinung' mit der Rechtserzeugungsregel und autorisiert bzw. begründet das rechtstheoretische Urteil über deren Rechtmäßigkeit.[113] Der Zuschnitt der Alternativbestimmung erinnert an das Konstrukt Schreiers, der die Geltung jeder ‚unrechtmäßig' erzeugten, aber rechtskräftig gewordenen Rechtsnorm mit Bezug auf die Idee einer „doppelte[n] Norm" erklärte.[114] Die Einheit des Systems schien Kelsen dadurch gerettet werden zu können und sogar zu müssen.[115] Die indirekte Ermächtigung autorisiert Entscheidungen, die von der direkten Ermächtigung nicht gedeckt sind. Alles Recht entsteht somit rechtmäßig. Die Erklärungsmacht der reinen Rechtstheorie wird gesteigert – ohne Einbußen bei der Systemeinheit zu erleiden.

Bekanntermaßen hat Kelsen in seinem Spätwerk seine Ansichten zur Anwendbarkeit logischer Maxime auf das positive Recht und die sie beschreibenden Rechts(aussage)sätze geändert – inklusive der rechtstheoretischen Behandlung von Rechtsnormenkonflikten.[116] Diese spezifische Meinungsänderung spiegelt

[113] „Durch den Alternativcharakter der die niedere Norm bestimmenden höheren Norm wird ausgeschlossen, daß die niedere zu der höheren in einen wirklichen logischen Widerspruch tritt; denn ein Widerspruch zu der ersten der beiden Alternativ-Vorschriften, in die sich die Gesamtnorm höherer Stufe gliedert, ist kein Widerspruch zu der alternativ gestalteten Gesamtnorm" (*Kelsen*, RR1 [Anm. 13], S. 88/98); „The alternative character of the higher norm determining the lower norm precludes any real contradiction between the higher and the lower norm. A contradiction with the first of the two alternative prescriptions of the higher norm is no contradiction with the higher norm itself" (*Kelsen*, General Theory of Law and State [Anm. 28], S. 161).

[114] Vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 358–360.

[115] Für eine aufschlussreiche Lesart der Rolle des Postulats der Erkenntniseinheit bei der Konzeptionalisierung der Lehre von der Alternativermächtigung vgl. *Chahuán Zedan*, Sobre la tesis de la cláusula alternativa tácita (Anm. 5).

[116] Vgl. *Stanley Paulson*, Zum Problem der Normenkonflikte, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 66 (1980), S. 487–506; *Stanley Paulson*, On the status of the *Lex Posterior* derogating rule, in: Richard Tur/William Twining (Hrsg.), Essays on Kelsen, Oxford 1986, S. 229–247; *Mario Losano*, La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo, in: Hans Kelsen, Teoria Generale delle Norme, Torino 1985, S. XVII–LXI. Unter den Arbeiten, die das sogenannte Spätwerk Kelsens ausmachen, vgl. zum Themenkreis der Normenkonflikte *Hans Kelsen*, Derogation, in: Essays in Honor of Roscoe Pound, Indianapolis/New York 1962, S. 339–361; *Hans Kelsen*, Die Funktion der Verfassung, in: Verhandlungen des Zweiten Österreichischen Juristentages Wien 1964, Band 2, 7. Teil, Wien 1965, S. 65–76; *Hans Kelsen*, Recht und Logik, in: Forum 12 (1965), S. 421–425, 495–500, 579; *Hans Kelsen*, Zur Frage des praktischen Syllogismus, in: Neues Forum 15 (1968), S. 333–334; *Hans Kelsen*, Nochmals: Recht und Logik. Zur Frage der Anwendbarkeit logischer Prinzipien auf Rechtsnormen, in: Neues Forum 14 (1967), S. 39–40.

sich aber, soweit ersichtlich, bei der Thematisierung des Phänomens des ‚rechtswidrigen Rechts' nicht in der Lehre von der Alternativermächtigung wider. Es lässt sich die Hypothese aufstellen, dass die Formulierung und Kalibrierung der Alternativermächtigung noch an einem Überbleibsel des relativ stark beladenen früheren Verständnisses Kelsens bezüglich der Erfordernisse der Systemeinheit qua Widerspruchslosigkeit[117] für die ‚juristische Konstruktion' leidet. Die Alternativermächtigung degradiert Konflikte zwischen Normen unterschiedlicher Stufen zu Scheinkonflikten. Sie taugt folglich (freilich nicht nur) als Devise zur Konsistenzschaffung mittels Widerspruchsvermeidung, die dem frühen Kelsen als notwendiges Attribut eines wissenschaftlich einheitlichen Systems erschien. Mit dem späteren Eingeständnis der Möglichkeit von genuinen Normkonflikten hätte die Lehre der Alternativermächtigung umformuliert werden können (oder müssen). Es bliebe ohnehin der Forschungsauftrag, die Geltung jener Rechtserscheinungen zu erklären, die außerhalb des durch Rechtserkenntnis gezogenen Rahmens erzeugt werden.

III. Alternativermächtigung als verkapptes Ermessen

Eingeengt durch die Rahmenbedingungen, die er sich selbst auferlegt hat, unternimmt Kelsen den Versuch, die Rechtmäßigkeit der irregulär zustande gekommenen Rechtsnormen über die Annahme des Alternativcharakters der Ermächtigungsnormen zu konstruieren. Erkenntnisaufgabe ist dabei u. a. die Einheit des Systems zu bewahren, wofür mit der Figur der Entsprechung zwischen Normen unterschiedlichen Rangs gearbeitet wird. Das Resultat ist eine – nicht zuletzt wegen ihrer konkreten Formulierungen – irreführende Vermengung der kraft der Alterativermächtigung kaum ausdifferenzierbaren Ebenen der Rechtmäßigkeit und der Rechtsgeltung, die dann innerhalb des Rechtsverfahrens die Gesamtheit der *outputs* der Entscheidungen der Rechtsorgane als autorisierte Rechtshandlungen bzw. (rechtsbindungstechnisch) gleichwertig gültige Rechtsnormen neu liest. Stempel und Design der Lehre von der Alternativermächtigung verdunkeln den funktionalen Kern des Konstrukts und lassen das, was von Merkl als Nebeneffekt des kontingent ausgestalteten Rechtswidrigkeitsregimes präsentiert wurde,[118] in den Vordergrund der Diskussion rücken. Mit der Idee einer indirekten und impliziten Ermächtigung, die sich als Reflex bestimmter institutioneller Arrangements rekonstruieren lässt, scheint sich die Verteilung eines verschleierten Ermessens der zuständigen Rechtsorgane zu verbinden, Rechtsnormen rechtswidrig zu erzeugen oder zu derogieren. Sie dürften rechtlich alles, was sie können.

---

[117] Zu den unterschiedlichen Konzeptionen der ‚Rechtseinheit', die im Werk Kelsens zu koexistieren scheinen, nämlich die dynamische Einheit als Identität des Rechtserzeugungsmechanismus einerseits und die eher statisch gefasste Einheit als Widerspruchsfreiheit des Rechtssystems, vgl. *Dias*, Rechtspositivismus und Rechtstheorie (Anm. 60), S. 261–265.

[118] Zur Schaffung von relativ freien Entscheidungsspielräumen als Begleiterscheinung der Rechtsregelungen, die den Fehlerkalkül ausmachen, vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 297 f.

Die Überbetonung der Verrechtlichung der außerhalb des Rechtsrahmens autoritativ getroffenen Rechtsentscheidungen über den Weg der vorausgesetzten Alternativermächtigung scheint die Erkenntnis der Demarkierbarkeit eines kognitiven Rahmens für die Rechtsanwendung zu revidieren. Je nach Lesart geht das auf Kosten der rechtlichen Relevanz des Rahmens bzw. der inneren Normativität des Rechtsverfahrens.[119] Dem zu autoritativer Entscheidungstätigkeit befugten Rechtsorgan wird eine Wahlmöglichkeit eingeräumt: „Es habe die Rechtsmacht, *entweder* eine Rechtsnorm zu erzeugen, die inhaltlich den Vorgaben der übergeordneten Norm entspreche, *oder* aber eine Norm zu setzen, deren Inhalt nicht so vorausbestimmt sei".[120] Indem das von Merkl als möglicher Nebeneffekt behandelte, mit den Fehlerkalkülbestimmungen in Verbindung stehende verkappte Ermessen in Kelsens Konstrukt Zentralität gewinnt, verwandelt sich die Alternativermächtigung dem Ergebnis nach eher in die Sandersche Leugnung der Kategorie der Rechtsfehler. Erkennbarkeit und Entscheidbarkeit von ‚Rechtsmängeln' werden bei der Behandlung der Problematik des ‚rechtswidrigen Rechts' vermischt. Solange ‚Fehler' durch die autoritativen Instanzen als solche nicht konstituiert werden, entbehrt deren Erkenntnis (eigentlich: Behauptung) durch die rechtswissenschaftliche Reflexion jeder Relevanz qua rechtstheoretischer Kategorie. Ihr fehlt eine pragmatische Referenz, denn ihre Behauptung durch die Rechtswissenschaft rekonstruiert keine mit den angeblichen Fehlern verknüpften Folgen in der Rechtsmaschinerie.[121]

IV. Die Rechtsfehlerleugnung

Mit der allmählichen Verfeinerung und Ausarbeitung der Lehre von der Alternativermächtigung avanciert die dem Programm der Reinen Rechtslehre eigene Begriffsreinigung der rechtswissenschaftlichen Sprache. Kelsen scheint bewusst Begrifflichkeiten wie ‚Fehlerhaftigkeit' und ‚Mangelhaftigkeit' bei der Rekonstruktion des Problems des ‚rechtswidrigen Rechts' zu vermeiden. Die Rechtswidrigkeit einer Rechtserscheinung wird erst durch die Entscheidung der zuständigen Rechtsorgane als solche konstituiert. Die Performativität der Rechtserzeugung marschiert in den Brennpunkt des Erkenntnisinteresses ein. Der Standpunkt des positiven Rechts ist der Standpunkt von dessen Anwendungsorganen, von dem aus die Rechtstheorie die Rechtsoperationen reflexiv zu rekonstruieren hat. Die Ka-

---

[119] Vgl. *Theodor Schilling*, Die Gesetzgebung des Richters im Rechtsstaat, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 71 (2016), S. 595–622 (609): „Eine solche Alternativermächtigung, die nur als positiv-rechtliche Regelung denkbar ist, kann zudem schwerlich als alternative Anleitung gedeutet werden, weil sie als Blankoermächtigung inhaltsleer wäre".

[120] *Pawlik*, Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts (Anm. 104), S. 118.

[121] Vgl. *Paolo Comanducci*, Tomando Kelsen en serio: réplica a Bulygin sobre la cláusula alternativa tácita, in: Gonzalo A. Ramirez Cleves (Hrsg.), Ecos de Kelsen: vida, obra y controversias, Bogotá 2012, S. 441–459 (456); *Paolo Comanducci*, Taking Kelsen Seriously, in: Ernesto Garzón Valdés (Hrsg.), Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos Ed. Alchourrón and Eugenio Bulygin, Berlin 1997, S. 165–182 (179).

tegorie der ‚Rechtsfehler' mache eine rechtswissenschaftlich nicht zulässige Anmaßung des Beobachters aus, der sich zwischen das Deutungsschema und seine authentischen Interpretatoren begibt und beansprucht, die Grenzen des Rechtsrahmens abstecken zu können.

Die Stoßrichtung der Betrachtung, die zur Alternativermächtigung führt, ist diejenige einer *Ex-post-facto*-Beobachtung des Rechtsphänomens.[122] Hier wird nicht von dem Deutungsschema auf die Welt, sondern von der Welt auf das Deutungsschema schlussgefolgert.[123] Indem Kelsen versucht, die Hinnahme der – laut individueller Vernunft oder der Rechtsdogmatik – außerhalb des identifizierbaren Normenrahmens liegenden Entscheidungen durch die Verankerung dieser Urteile im vorgegebenen positiven Recht in sein rechtstheoretisches Modell zu integrieren, entleert er weitgehend die normative Spannung zwischen dem Rahmen und der Entscheidung. Anders als Fritz Sander rekonstruiert Kelsen indes das Verhältnis zwischen den in Frage kommenden Normen und Akten als eine Entsprechungsbeziehung und nicht als wechselseitig konstitutives Verhältnis.[124] Entspräche die Entscheidung, deren Rechtscharakter zu erklären ist, dem kognitiv absteckbaren Rahmen nicht, müsse sie eben einer anzunehmenden indirekten Ermächtigung entsprechen. „Die Feststellung dessen, ob diese Entsprechung besteht oder nicht, kann in rechtlich relevanter Weise nur durch eine rechtsanwenderische Entscheidung erfolgen. Diese Feststellung setzt also ein bestimmtes Verfahren eines bestimmten Organs voraus, d. h. sie ist das formalisierte Ergebnis einer rechtlichen Prozedur".[125] Wenn die Alternativermächtigung tatsächlich als eine Norm gedeutet wird, scheint sie oxymoronisch von aller Normativität befreit zu werden, da die Verletzungsmöglichkeiten nicht mehr zu bestehen scheinen.[126] Mit Sander akzentuiert Kelsen die dynamischen Konfigurationen des Rechtsverfahrens. Dies macht er aber mit einem aus der Statik stammenden Instrumentarium. Er bedient sich der Figur einer monodirektionalen Entsprechung, ohne sich die Sandersche Devise der Wechselbestimmung zu eigen zu machen und landet bei Inkonsistenzen.

---

[122] „Die Normen und Rechtsakte, die vom Erkennenden als systemgehörig erfaßt werden sollen, liegen ihm als Rohstoff für seinen Erkenntnisakte schon vor; die Erkenntnis richtet sich bei Kelsen wesentlich auf schon gesetzte Normen, auf die Norm im Präteritum" (*Erich Voegelin*, Die Souveränitätstheorie Dickinsons und die Reine Rechtslehre, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 8 [1929], S. 413–434 [418]).

[123] Vgl. *Kelsen*, RR1 (Anm. 13), S. 85/95.

[124] Zu Sanders Lehre der ‚Wechselbestimmung', vgl. oben Zweiter Teil, Kap. V, S. 235–238.

[125] *Csaba Varga*, Hans Kelsens Rechtsanwendungslehre. Entwicklung, Mehrdeutigkeiten, offene Probleme, Perspektiven, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 76 (1990), S. 348–366 (361).

[126] Zum „tautologischen" Charakter der Alternativermächtigung vgl. *Carlos Santiago Nino*, El concepto de validez y el problema del conflicto entre normas de diferente jerarquía en la Teoría Pura del Derecho, in: Jorge A. Bacque et alii (Hrsg.), Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja, Buenos Aires 1976, S. 131–144 (137); *Ruiz Manero*, Jurisdicción y normas (Anm. 4), S. 94; *Letizia Gianformaggio*, Pure Theory of Law and Tacit Alternative Clause: A Paradox?, in: Letizia Gianformaggio/Stanley Paulson (Hrsg.), Cognition and Interpretation of Law, Torino 1995, S. 257–276 (262 f.).

V. Der sogenannte Midas-Effekt

Wird die Konstitution der Rechtserheblichkeit ausschließlich als eine Leistung der als Tatbestandsfunktionen dienenden Rechtsorgane in der inneren Dynamik des Rechtsverfahrens begriffen, entfernt sich die Rechtstheorie von der, der Tendenz nach, statischen Fragestellung nach den Grenzen, dem Anfang und dem Ende des Rechts bzw. nach der erkenntnismäßigen Trennung von Recht und Nicht-Recht.[127] „Die Rechtstheorie kann diese Frage nicht mit einer allgemeinen Formel beantworten",[128] da das Rechtsverfahren, auf das sie angewiesen ist, sich selber nicht in der Lage zeigt, die Außengrenze des Rechts im Voraus zu bestimmen. „Die Rechtsordnung kann nicht die Bedingungen festsetzen, unter denen etwas, das mit dem Anspruch auftritt, eine Rechtsnorm zu sein, a priori nichtig und nicht als eine Norm zu gelten hat, die in einem von der Rechtsordnung bestimmten Verfahren zu vernichten ist".[129] Die dynamische Betrachtungsweise lenkt die rechtstheoretische Aufmerksamkeit auf die systeminternen Relationen, weg von der Grenzproblematik. „Vom Standpunkt des positiven Rechts, das ist aber: vom Standpunkte der über den angeblich nichtigen Akt entscheidenden Behörde, kommt somit stets nur Vernichtbarkeit in Betracht".[130]

Von der Immanenz der Rechtsoperationen im Rechtssystem aus ist es nicht möglich, sich auf das Jenseits des Rechts zu beziehen.[131] Sobald die Deutungsschemata des Rechts im Flow autoritativer Rechtskommunikationen aktiviert und verwendet werden, wird das in Betracht kommende Phänomen als ein rechtserhebliches erkannt. Das positive Recht selbst entscheidet mittels seiner Rechtsorgane, was rechtswidrig/rechtmäßig ist. Indem sich das positive Recht auf den Sinn eines Willensaktes bezieht, erkennt es diesen als einen Rechtsakt und somit als ein Element des Rechtssystems, auch wenn dies nur mit der Absicht geschieht, dieses rechtliche Etwas kraft Vernichtung zum rechtlichen Nichts zu machen. „Schon im Normieren der Nichtigkeit ist diese als absolute Nichtigkeit aufgehoben".[132] Ein wahrhaft nichtiger Rechtsakt sei rechtswissenschaftlich nicht erfassbar, denn er habe als Fremdkörper im Rechtssystem keinen Platz.[133] Als Nicht-

---

[127] Diese Fragestellung prägte bemerkenswerterweise die ersten Bemühungen Kelsens um das Phänomen der „fehlerhaften Staatsakte", die er von einer statischen Perspektive her unternommen hat. Vgl. dazu ausführlicher oben Erster Teil, Kap. II, S. 123 f.

[128] *Kelsen*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit (Anm. 51), S. 46.

[129] *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 282/490.

[130] *Kelsen*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit (Anm. 51), S. 47.

[131] „Die Grenzen des Rechts sozusagen nach unten können vom Recht selbst nicht determiniert werden, da dafür ein nicht realisierbarer ‚jump out of the system' erforderlich wäre" (*Matthias Jestaedt*, Ein Klassiker der Rechtstheorie. Die „Reine Rechtslehre" aus dem Jahre 1960, in: *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. [1960], Studienausgabe der 2. Auflage 1960, Tübingen 2017, S. XIII–XCV [LIX]).

[132] *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Anm. 8), S. 277.

[133] Dies erlaubt nach Kelsen jedoch nicht den Schluss, dass jede „Köpenickiade" als Rechtsphänomen prozessiert werden wird. Die Idee einer absoluten Nichtigkeit bzw. eines Nicht-Rechts als durch das Recht nicht thematisierbare menschliche Handlung oder Kommunikation, die keine rechtliche Relevanz erlangt, da sie als rechtliche Frage nicht lebendig wird, schien Kelsen vor

Recht liegt er außerhalb der Sphäre der Rechtlichkeit. Und darüber könne die Rechtswissenschaft nicht (mehr) kommunizieren, denn sie sei restringiert auf geltende rechtliche Deutungsschemata. Im Recht kann nur Recht prozessiert werden, sei es in Gestalt der Rechtmäßigkeit oder der Rechtswidrigkeit.[134] Die Rechtswidrigkeit ist keineswegs eine Negation des Rechtlichen, sondern eine der Seiten der rechtlichen Form; sie kann als solche nur als Ergebnis von Operationen des Rechtssystems selbst konstituiert werden. Daher die analoge Verwendung der Parabel vom König Midas,[135] die dem Sinn nach als produktive Verarbeitung der Irritationen der Eigengesetzlichkeitstheorie Fritz Sanders durch Kelsen gelesen werden kann.

Mit der Alternativermächtigung neigt sich die Reine Rechtslehre Kelsens einerseits deutlich dem Sanderschen Primat des Rechtsverfahrens zu, was sich vor allem beim Appell an die Begrenzung der Legitimität durch die Effektivität sehen lässt: Als Recht ‚gilt' das, worauf die Organe pragmatisch als geltendes Recht Bezug nehmen und nur solange diese Organe in Rechtsanwendungsstruktur und -Netzwerk[136] darauf als geltendes Recht Bezug nehmen. Die Nichtigkeitsprämisse Merkls, die nicht zuletzt auf der Kelsenschen, noch statisch konzipierten Grundlage der Gleichwertigkeit aller Rechtsbedingungen für die Rechtserzeugung und -anwendung aufbaut,[137] weicht innerhalb des zu beschreibenden, funktionierenden Rechtssystems dem Default-Modus der Vernichtbarkeit. Die Rechtswissenschaft hat zum Rechtstatus der Entscheidungen der Organe nichts zu melden, denn sie gelten als rechtmäßig, solange sie als solche im System behandelt werden. Andererseits bleibt aber die Fehlerbewältigungsstrategie Kelsens in dem Entsprechungsdenken des Stufenbaumodells Merkls gefangen und bedient sich von Kategorien, die dergestalt gehandhabt werden, dass die Denkart eines Anforderungsmodells

---

allem in seinen frühen Werken für die Rechtswissenschaft nicht verzichtbar zu sein, vgl. *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 107), S. 91 = HKW 3, S. 439–531 (512 f.) – freilich noch aus einer statischen Perspektive; vgl. aber auch *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Anm. 8), S. 277 – auf die Irritationen der hitzigen Sander–Merkl-Polemik eingehend, auch wenn dies im Haupttext nicht explizit erwähnt wird und anhand des Fußnotenapparats mit Schwierigkeiten nachverfolgt werden muss. Vgl. noch *Kelsen*, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus (Anm. 14), S. 23; *Kelsen*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit (Anm. 51), S. 46; *Kelsen*, General Theory of Law and State (Anm. 28), S. 160.

[134] „The law can only speak law. If it intends to define some action as creating non-law, the complexities of the description turn out to be the inverted information of law which is involuntary created; in cases where law does not want to make law, its working becomes homeopathic and its effects are inverted" (*Christoph Kletzer*, Kelsen's Development of the Fehlerkalkül-Theory, in: Ratio Juris 18 [2005], S. 46–63 [56]).

[135] Vgl. z. B. *Kelsen*, General Theory of Law and State (Anm. 28), S. 160; *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 282/490.

[136] Zum Begriff des „Rechtsanwendungsnetzwerk[s]" vgl. *Thaler*, Kreationismus und Evolutionismus (Anm. 1), S. 111 f.; *Michael Thaler*, Die rechtliche Beurteilung und ihre Artikulierung, in: Bernd-Christian Funk et alii (Hrsg.), Staatsrecht und Staatswissenschaften in Zeiten des Wandels. Festschrift für Ludwig Adamovich zum 60. Geburtstag, Wien/New York 1992, S. 691–701 (697 f.).

[137] Vgl. oben Erster Teil, Kap. II, S. 111 f. (für Kelsens frühe Lehre) und Zweiter Teil, Kap. VI, S. 285–287 (für Merkls Lehre).

geweckt wird;[138] man sucht nach einer Norm, die die ‚rechtswidrigen Entscheidungen' autorisiert. Merklsche Sprechweise und Begrifflichkeit werden bei der Lehre der Alternativermächtigung mitunter mit Sanderscher Intentionalität verwendet. Die Lösung Kelsens kombiniert Teile von Rechtstheorien, die ursprünglich in Opposition zueinander (ent)standen. Vor diesem Hintergrund wundert es nicht, dass dieses Konzept Kelsens so häufig für rechtswissenschaftliches Unbehagen sorgt.

VI. Entzauberung durch Verzauberung?

Es lässt sich fragen, ob der Entmystifizierungswurf der Alternativermächtigung (nicht nur) aufgrund der merkwürdigen Formulierung dieses Konstrukts letztendlich nicht fehlschlägt. Um die begrenzten Steuerungspotenziale des Rechts, seine eigene Anwendung, Erzeugung und Vernichtung tatsächlich zu bestimmen und auf die Entscheidungsabhängigkeit des Rechtsgewinnungsverfahrens im Kontext unterschiedlicher institutioneller Settings aufmerksam zu machen, meint Kelsen plausibel von einem Alternativcharakter der Ermächtigungsnorm sprechen zu können. Diese Erweiterung der Ermächtigungsnormen dient zugleich zur Erklärung der Geltung (und Rechtmäßigkeit) von Rechtsentscheidungen, die dem Rahmen der höherrangigen Normen nicht entsprechen. Die Vorstellung, dass die Ermächtigungsnormen mit einem verborgenen Anhängsel ausgestattet vorkommen, wodurch alles, was nicht auf den propositionalen Gehalt der direkten Ermächtigung rückbeziehbar ist, dennoch innerhalb des Rechtskönnens wie Rechtsdürfens platziert wird, sobald es sich als Inhalt einer Rechtsorganhandlung durchsetzt, ließe sich trotz des entzaubernden Impetus als phantasievolle Verzauberung des Rechtsverfahrens selbst entlarven.

Das Konzept einer indirekten Ermächtigung, die vor dem Hintergrund des üblichen Imaginariums der Normativität als „böser Zwilling"[139] der direkten Ermächtigung auftaucht, scheint eben zur Welt der Märchen zu gehören. Um die Rechtswissenschaft(en) auf das triviale Ereignis außerhalb der direkten Ermächtigung liegender autoritativer Entscheidungen aufmerksam zu machen, deren Sinn doch als geltende und rechtmäßige Rechtsnormen zu deuten sei, schmuggelt Kelsen eine weitere Voraussetzung in die dynamische Rechtsbetrachtung ein. Der Betrachter müsste (gegebenenfalls) voraussetzen, dass der Entscheidungsträger durch eine irgendwie vorgegebene, nur implizite Ermächtigungsnorm autorisiert ist. Das gerade entzauberte dynamische Funktionieren des Rechtsverfahrens wird mittels der Vorstellung einer Art Spiegelung bzw. Verdoppelung der Ermächtigungsnormen neuverzaubert. Kelsen versucht, mythologische Probleme mythologisch aufzuklären.[140]

---

[138] Vgl. dazu unten Dritter Teil, Kap. VIII, S. 436–441.

[139] *Patrick Hilbert*, Fehlerkalkül oder Alternativbestimmungen – zu den Strategien der Geburtshilfe im Stufenbau der Rechtsordnung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 72 (2017), S. 549–576 (571).

[140] Vgl. *Niklas Luhmann*, Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts in: Rechtstheorie 19 (1988), S. 11–27 (13).

Doch scheint dies nicht die adäquateste Lesart der Lehre von der Alternativbestimmung zu sein. Irrte Kelsen einerseits, als er die Alternativermächtigung bzw. die implizite, indirekte Seite der Ermächtigungsnormen eben als eine vorausgesetzte Rechts*norm* formulierte, scheint nichtsdestotrotz andererseits eine alternative Lesart dieses Kelsenschen Konstrukts – gelesen im System wie im Kontext (nicht zuletzt der Merkl–Sander-Kontroverse), wenn auch gegen die Kelsensche Darstellungsform selbst – imstande zu sein, den Fehler Kelsens zu minimieren und die Lehre von der Alternativermächtigung als ein Moment in der Beschreibung der Funktionsweise der Prozessierung der Rechtsoperationen durch die Rechtsmaschinerie innerhalb der Reinen Rechtslehre verständlich und rechtstheoretisch überhaupt fruchtbar zu machen. Dies bedeutet nicht, dass dadurch diese Lehre ohne Weiteres gerettet werden kann; sie dürfte aber wohl durch die Einbettung in ihre systematische Problemstellung nachvollziehbarer werden, damit sie dann an dem beurteilt und gemessen werden kann, was sie zu liefern meint.

D. Das grundlegende Getriebe der Alternativermächtigung neu gelesen

I. Was die Lehre der Alternativermächtigung leisten will

Nichts anderes als eine ergänzende Hypothese bei der Beschreibung der Funktionsweise des positiven Rechts durch die Reine Rechtslehre ist die Lehre der Alternativermächtigung. Sie ermöglicht die rechtswissenschaftliche bzw. rechtstheoretische Verarbeitung des Befundes, dass die autoritativen Entscheidungen der Rechtsorgane die rechtlichen Maßstäbe – „nach irgendjemandes Ansicht“[141] – verfehlen können und nicht allzu selten verfehlen (werden). Die Alternativbestimmung ist dementsprechend – ähnlich wie im Fall der sogenannten Grund*norm* – ungeschickt von Kelsen als eine Norm formuliert,[142] denn als positive Norm kann sie kaum verstanden werden. Sinnvoller ließe sie sich als eine weitere Voraussetzung des Rechtsdenkens rekonstruieren,[143] die sich an der Effektivität der als Recht durchgesetzten Entscheidungen der kompetenten Organe ausrichtet. Der Kern dieses Konstrukts besteht darin, die Möglichkeit der Geltung der von den direkten Rechtserzeugungsregeln abweichenden Rechtserscheinungen als Reflex gewisser institutioneller Settings für die Rechtserzeugung und die Rechtsvernichtung zu beschreiben.[144] Dieses Setting wird aber bereits *in action*, d. h. dynamisch betrachtet,

[141] *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 277/481.

[142] Vgl. *Chahuán Zedan*, Sobre la tesis de la cláusula alternativa tácita (Anm. 5), S. 283–285; *Marcela Chahuán Zedan*, Sobre las normas irregulares. Un aspecto de la realidad jurídica, Tesis Doctoral, Universitat de Girona 2016, S. 125–130.

[143] Vgl. *Gianformaggio*, Pure Theory of Law and Tacit Alternative Clause: a Paradox? (Anm. 126), S. 260.

[144] Vgl. *Chahuán Zedan*, Sobre la tesis de la cláusula alternativa tácita (Anm. 5), S. 283, 295; *Marcela Chahuán Zedan*, Algunas observaciones críticas al concepto de aplicabilidad como explicación a la aplicación de normas jurídicas irregulares, in: Revista de Derecho (Valdivia) 32/2

indem die Theorie die zu treffenden autoritativen Entscheidungen miteinzubeziehen versucht und die Effektivität als Moment der Beschreibung der Funktionsweise des Rechts berücksichtigt.

Die Lehre besagt genauer betrachtet nicht so sehr, dass in positiven Rechtsordnungen die Ermächtigungsnormen jedes beliebige Urteil der Rechtsorgane autorisieren; oder dass durch die Ermächtigungsnormen *per definitionem* alle möglichen Entscheidungen eines zuständigen Organs gleichmäßig positiv markiert sind. Verwiesen wird durch die Lehre der Alternativermächtigung vielmehr auf einen praktischen Effekt der typischen Strukturierung von dynamischen, arbeitsteilig funktionierenden Rechtsordnungen und deren üblichen Rechtswidrigkeitsregimen, also auf die nicht wegzudenkende Möglichkeit von rechtlichen Entscheidungen, die die Fremdprogrammierung durch die höherrangigen Normen ignorieren oder verletzen und sich trotzdem als geltendes Recht durchsetzen. Diese Lehre nimmt nicht die Perspektive der anzuwendenden Norm an, um zu versuchen, den Inhalt der von ihr ausgehenden Fremdprogrammierung für die Rechtserzeugung zu bestimmen. Ihr Punkt ist auch nicht, das ganze positive Recht auf den augenblicklichen Inhalt des Willens der Entscheidungsträger schrumpfen zu lassen. Sie leistet dem Rechtsanwendungsorgan auch kein uneingeschränktes Ermessen gewähr, denn als Theorie kann sie dies gar nicht.[145] Sie bemüht sich hingegen darum, die Tatsache der aufgrund der vorgegebenen rechtlichen Deutungsschemata als unzulässig zu interpretierenden Entscheidungen als geltende und rechtmäßige Operationen und Anreiz für weitere Kommunikationen des Rechtssystems im Gedankengebäude der Reinen Rechtslehre unterzubringen. Sie will rechtsimmanent erklären, was zu beobachten ist, nämlich dass häufig Entscheidungen, die die Rechtsdogmatik für ungültig oder unrechtmäßig erklären würde oder erklärt hat, sich in der Praxis des Rechtsurteilens doch als anschlussfähig erweisen (können). Ihrer Aufmachung gemäß fragt die Reine Rechtslehre Kelsens nach den rechtlichen Strukturen, die dies ermöglichen.

Es handelt sich also um eine *Ex-post-facto*-Rekonstruktion des Rechtsgewinnungsverfahrens, die ausgehend von einer Betrachtung der Praxis des Rechtsurteilens – Sander lässt grüßen – die Möglichkeit der rechtlichen Geltung von effektiv gewordenen Entscheidungen, die außerhalb des Rahmens der anzuwendenden Normen getroffen wurden/werden, strukturtheoretisch erklären will. Der Ausgangspunkt der Beschreibung ist die in modernen Rechtsordnungen zu beobachtende

---

(2019), S. 35–51 (51). Nochmals: Nicht von ungefähr wird die Idee einer „Alternation" bei der Ermächtigung zur Rechtserzeugung im Zusammenhang mit den Überlegungen Kelsens zur Funktionsweise der Verfassungsgerichtsbarkeit als Mechanismus der Garantie der Rechtmäßigkeit der Rechtserzeugung, -anwendung und -vernichtung ursprünglich entwickelt, vgl. *Kelsen*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit (Anm. 51); *Kelsen*, La garantie juridictionelle de la Constitution (Anm. 51).

[145] Der Ermessenvorwurf ist vielleicht die typischste Kritik, die an der Lehre der Alternativermächtigung ausgeübt wird, vgl. z. B. *Rodríguez*, Teoría Analítica del Derecho (Anm. 59) S. 431; *Bulygin*, Cognition and Interpretation of Law (Anm. 5), S. 17; *Ruiz Manero*, Jurisdicción y normas (Anm. 4), S. 66 f.

Tatsache, dass Rechtsakten, die – je nach Perspektive – ihren eigenen Rechtserzeugungsregeln nicht Rechnung tragen, doch objektiver Rechtssinn verliehen wird.[146] Ausschlag gibt dabei der Gebrauch dieser, ihrem immanenten Sinn nach normativen, Erscheinungen durch die Rechtsanwender (die „actual practice of the system"[147] in Harts Parlance) in der funktionierenden Rechtsmaschinerie. Da jene Erscheinungen sich häufig tatsächlich als Rechtsnormen durchsetzen und als Anknüpfungspunkte für weitere Rechtsoperationen zur Verfügung stehen, müssen sie von einer positivistisch – realitätsorientiert – betriebenen Rechtswissenschaft als Recht beschrieben werden (können).[148] Zu erklären gilt, wie es dazu kommt, genauer: wo typischerweise die rechtliche Grundlage für die Zugehörigkeit dieser Erscheinungen zum geltenden Rechtssystem liegt. Wenn das Recht eigengesetzlich operiert und seine eigene Erzeugung und Vernichtung steuert, müsste im positiven Recht selbst eine Erklärung für die Geltung ‚rechtswidriger Rechtserscheinungen' auffindbar sein. Die dieses Phänomen ermöglichenden Strukturen bemüht sich die Reine Rechtslehre Kelsens zu rekonstruieren.

Der Rechtsbegriff der Rechtswissenschaft darf im Rahmen einer Reinen Rechtslehre normativ nicht so anspruchsvoll sein, dass wesentliche Phänomene – wie irregulär entstandene Rechtsnormen – nicht mehr als Recht behandelt werden können. Hier steht man ähnlich wie in der Themenkonstellation der Grundnorm vor Überlegungen denkökonomischer Art:[149] Ein normativ allzu sehr beladenes Konzept der Dynamik des Rechts würde weite Bereiche der Rechtserfahrung ausklammern und die so vorgehende Rechtstheorie zur Verfehlung bzw. Verfälschung (oder Verkürzung) ihres eigenen Gegenstands verurteilen.

Es dient der Erweiterung ihrer Erklärungsmacht, dass die Reine Rechtslehre Kelsens sich auf die Lehre der Alternativermächtigung beruft. Ohne diese Lehre – oder eine funktionsäquivalente Devise – würde die Kelsensche Rechtstheorie

---

[146] Mit der Lehre der Alternativermächtigung scheint – à la Sander – die Praxis des Bezugs der anderen Organe auf die autoritativen Entscheidungen, deren Geltung zu erklären ist, relevant für die Konstituierung des objektiven Sinns des in Frage kommenden Willensaktes zu werden. „Darin, daß ‚Sollen' auch der objektive Sinn des Aktes ist, kommt zum Ausdruck, daß das Verhalten, auf das der Akt intentional gerichtet ist, nicht nur vom Standpunkt des den Akt setzenden Individuums, sondern auch vom Standpunkt eines unbeteiligten Dritten als gesollt angesehen wird" (*Kelsen*, RR2 [Anm. 13], S. 7/32). Ein Moment der Institutionalisierung scheint ohnehin schon bei der Formulierung der Bedeutung der rechtlichen Geltung als objektiver Sinn eines Rechtsakts durch Kelsen präsent zu sein; in der Alternativermächtigung kommt dies zum Ausdruck, wenn die Stelle des uninteressierten Dritten mit den in einer Rechtsordnung zuständigen Organen besetzt wird.

[147] *H.L.A. Hart*, The Concept of Law, Oxford 1961, S. 108; *H.L.A. Hart*, The Concept of Law, 2. Aufl., Oxford 1994, S 112.

[148] Es sei daran erinnert, dass die Reine Rechtslehre Kelsens sich doch in diesem Sinn als radikal realistisch versteht, vgl. *Kelsen*, RR1 (Anm. 13), S. 17/29; *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 112/206. Vgl. dazu noch unten Dritter Teil, Kap. VIII, S. 460–465.

[149] Vgl. *Leonidas Pitamic*, Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1917). S. 339–367; *Stanley Paulson*, Mach's Principle of Cognitive Economy as a Means of Evaluating the Normativity Thesis, Typoskript eines Vortrages gehalten im Simposio Internacional – Derecho, Moral y Lógica en homenaje al Dr. Ernesto Garzón Valdés, Córdoba 1992.

tägliche Erscheinungsformen des Rechtslebens nicht als Recht(snormen) erfassen können. Die Alternativermächtigung stiftet darüber hinaus auch da Einheit, wo Kelsen diese durch Normenkonflikte als gefährdet ansah. Die Stoßrichtung der Betrachtung und die Tendenz dieses Denkbehelfs[150] zeigen eine Strukturverwandtschaft mit der umstrittenen Lehre der Grundnorm in gewissen Anwendungskontexten,[151] denn das zu erklärende Phänomen – wie das rechtstheoretisch zu lösende Problem – ist wenigstens teilweise in dem einen und anderen Fall dasselbe: das Auseinanderfallen von Rechtserkenntnisanteil und Rechtserzeugungsanteil bei der Rechtsgewinnung. Diese partielle Deckung der Problematik(en) kommt im Zusammenhang mit der Lehre der Grundnorm dann vor, wenn es darum geht, die revolutionäre Neugründung bzw. Schaffung einer Rechtsordnung zu erklären, sprich: die Rechtsnormativität von revolutionär geschaffenen Verfassungsnormen zu rekonstruieren.[152] Das Problem der Revolution kann als eine Sonderform des allgemeinen Problems des ‚rechtswidrigen Rechts' verstanden werden, d. h. als ein Anwendungsfall dieser Problematik auf der Verfassungsebene. Betrachtet man die Darstellungsform und die Argumentationsweise Kelsens bei der Erläuterung des Problems der Revolution und des Problems der – für ihn selbstwidersprüchlichen – ‚normwidrigen Norm', ergibt sich eine ähnliche Kartographie der Denkschritte.

II. Das Problem der Revolution und das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts'

Eine Revolution ist in der Begrifflichkeit der Reinen Rechtslehre Kelsens ein Verfassungsbruch[153] und damit ein relativer Bruch der Rechtskontinuität;[154] sie bezeichnet einen Prozess der – durch die Brille der zu überwindenden Verfassung(snormen) betrachtet – verfassungswidrigen Verfassungsänderung bzw. -erzeugung. Verfassungsnormen werden dabei in einer Art und Weise erzeugt, verändert oder derogiert, welche die durch die geltende Verfassung vorgezeichnete Entwicklungslinie nicht einhält. Beim besonderen Problem der Revolution, wie beim allgemeinen Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' bzw. des Normkonflikts

---

[150] Die folgenden Überlegungen finden Anregung in der Jestaedtschen Rekonstruktion der Grundnorm als ein „Denkbehelf im Dienste der Selbstreferenz des Rechts" (*Matthias Jestaedt*, Geltung des Systems und Geltung im System. Wozu man die Grundnorm benötigt – und wozu nicht, in: JuristenZeitung 21 [2013], S. 1009–1021 [1021]).

[151] Vgl. *Comanducci*, Tomando Kelsen en serio (Anm. 121), S. 452; *Comanducci*, Taking Kelsen Seriously (Anm. 121), S. 175.

[152] Vgl. *Kelsen*, RR1 (Anm. 13), S. 67 f./78 f.; *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 212–215/373–379.

[153] Die Vorstellung der Revolution als Verfassungsbruch teilte Kelsen mit Merkl. Zum Wiener Modell Kelsens und Merkls zum Umgang mit dem Problem der juristischen Revolution bzw. der rechtlichen (Dis-)Kontinuität vgl. *Horst Dreier*, Recht und Revolution, in: Zeitschrift für öffentliches Recht (2014), S. 805–853 (830 f.); *David Kuch*, Die Kontinuität von Rechtsordnungen. Eine rechtstheoretische Annäherung an die Zeitlichkeit des Rechts, in: Rechtswissenschaft 11/2 (2020), S. 116–144 (124–127).

[154] Vgl. *Hans Kelsen*, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Teil 1, Wien/Leipzig 1919, S. 10 = HKW 5, S. 24–129 (37); *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Anm. 8), S. 128; *Kelsen*, RR1 (Anm. 13), S. 68 f./78 f.; *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 212 f./373 f.

zwischen bedingenden und bedingten Normen, steht man vor der Frage, „ob ein Akt, der mit dem Anspruch auftritt, eine Norm zu erzeugen, der ihre Erzeugung oder auch ihren Inhalt bestimmenden, höheren Norm entspricht".[155] Betrifft die zu betrachtende ‚rechtswidrige Rechtserzeugung' die Verfassungsschicht einer Rechtsordnung, führt der ‚verfassungswidrig Verfassung(snormen) erzeugende Akt' möglicherweise – je nach Effektivitätsrate der revolutionär wirkenden Normen – zu einem Wechsel des Systems; man spricht eben von einer Revolution und wird auf die Lehre der Grundnorm verwiesen. Setzen sich die ‚verfassungswidrig' verfassungsändernden Normen durch, d. h. werden sie als geltendes Recht angewandt und befolgt, vollzieht sich eine rechtliche Revolution: eine revolutionäre, vom betroffenen Rechtssystem nicht so vorgesehene Änderung der Verfassung. Geschieht die ‚rechtswidrige Rechtserzeugung' aber in einem im Großem und Ganzem wirksamen Rechtssystem und verändert die in Frage kommende Norm die Verfassung nicht, ist man vertretbar im Anwendungsbereich der Lehre der Alternativermächtigung.

Ähnlich wie die Voraussetzung der Grundnorm als „normativitätstiftende[s] Axiom"[156] beim besonderen Problem der Revolution kann und will die Lehre der Alternativermächtigung keine *A-priori*-Erklärung für die Geltung der ‚rechtswidrigen Rechtserscheinungen' liefern. Dass bzw. ob eine Revolution es schafft, ein alternatives Netz von Deutungsschemata als Rechtsordnung durch die Verdrängung der Verfassungsschicht der bis dahin geltenden Rechtsordnung zu etablieren, weiß die Rechtswissenschaft erst nachträglich. Die neu vorauszusetzende Grundnorm fungiert als erkenntnistheoretische „Grundvoraussetzung"[157] für die Erklärung der Normativität einer revolutionär in Geltung gesetzten und wirksam gewordenen Entscheidungsordnung; sie expliziert, was die Rechtsorgane ohnehin schon vorausgesetzt haben, wenn sie die gemessen an der früheren Verfassung verfassungswidrig erzeugten, neuen Verfassungsnormen als valide Verfassungsnormen wiederholt anwenden. An dieser Stelle wird das Legitimitätsprinzip, laut dem das Recht nur in inhaltlicher und formeller Konformität mit seinen eigenen Maßgaben entstehen darf, durch das Effektivitätsprinzip beschränkt.[158]

Einen solchen Minerva-Flug unternimmt auch die Lehre der Alternativermächtigung. Von einem Alternativcharakter der Ermächtigungsnormen kann demzufolge nur dann gesprochen werden, wenn diese Rede durch die in Frage kommende Rechtskontrollarchitektur in der jeweils zu beschreibenden Rechtsordnung plausibilisiert wird. Funktioniert die Rechtsmaschinerie bedingt durch das kontingente Design des Rechtswidrigkeitsregimes dergestalt, dass außerhalb des Rahmens der Rechtserzeugungsregel getroffene autoritative Entscheidungen durch die primä-

---

[155] *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 280/486 f.

[156] *Horst Dreier*, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2. Aufl., Baden-Baden 1990, S. 55.

[157] *Rainer Lippold*, Geltung, Wirksamkeit und Verbindlichkeit von Rechtsnormen, in: Rechtstheorie 19 (1988), S. 464–489 (476).

[158] *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 215/377 f.

ren Adressaten des Rechtssystems – nämlich die Organe – als (geltende) Rechtsnormen weiter vollzogen werden, müsste die Spaltung der Ermächtigungsnormen in direkte und indirekte Regelung(en) vorausgesetzt werden. Die vorauszusetzende, sogenannte „indirekte Regelung“[159] der Rechtserzeugung ist nichts als der Reflex der Funktionsweise des Rechtswidrigkeitsregimes arbeitsteilig operierender Rechtsordnungen. Sie hat eine begriffliche Ins-Bewusstsein-Hebung dessen zu leisten, was sich in (modernen) positiven Rechtssystemen laut Kelsen häufig ereignet, dass nämlich bis zu einer minimalen Beachtung der Kompetenzregelungen die Entscheidungen von Organen als rechtmäßiges Recht im Rechtssystem hingenommen werden (können).

Für Erfolg oder Scheitern einer rechtlichen Revolution ist der Gebrauch der neuen Deutungsschemata durch die primären Nutzer bzw. Adressaten der Rechtsnormen entscheidend. Erst aufgrund der weiteren rechtlichen Operationen im sich als solches affirmierenden, neuen Rechtssystem lässt sich sagen, ob die in Frage kommende Verfassungsänderung bzw. -erzeugung die alte Rechtsordnung revolutioniert hat oder nicht; ob sie nach den wirksamen Deutungsschemata als rechtmäßig oder rechtswidrig zu qualifizieren ist, also ob ein neues Rechtssystem Geltung erlangt hat oder nicht. So ist es in einem gewissen Sinne auch im Fall der sogenannten ‚rechtswidrigen Rechtserscheinung‘ innerhalb eines im Großen und Ganzen geltenden Rechtssystems. Erst aufgrund der weiteren Operationen dieses Systems wird die Rechtswidrigkeit oder Rechtmäßigkeit der durch die indirekte Ermächtigung gedeckten Rechtsnormen definitiv bestätigt. Bedingt durch das jeweilige Rechtswidrigkeitsregime wird vor allem im Fall von letztinstanzlichen Entscheidungen die Effektivität das Legitimitätsprinzip begrenzen – hier wie im Szenario der rechtlichen Revolution.[160] Was die Rechtorgane autoritativ entscheiden, wird dann geltendes Recht in einem Kontext, in dem es sich als solches bedingt durch gegebene Rechtstrukturen durchsetzt. Das im Großen und Ganzen wirksame Rechtssystem verleiht den Entscheidungen der rechtserzeugenden Stelle das stabilisierende Signum der Rechtmäßigkeit; die Alternativermächtigung wird in der Beschreibung der Rechtsoperationen durch die Rechtstheorie vorausgesetzt, sodass die normative Eigenschaft der Rechtmäßigkeit systemintern aus einer normativen Grundlage abgleitet werden kann. Die rechtstheoretische Voraussetzung gibt dabei aber nur dem Ausdruck, was im Rechtssystem bereits vorausgesetzt wird: Dass als Reflex bestimmter Kontrollarchitektur einerseits und der stabilisierenden Wirkung der Effektivität des ganzen Rechtssystems andererseits die Organentscheidungen bis auf Weiteres als rechtmäßig gelten bzw. rechtmäßig sind; unabhängig von der

[159] *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 277/482.

[160] Kelsen verwendet bei der Erläuterung der Revolution des Rechtssystems und der ‚rechtswidrigen Rechtserzeugung‘ innerhalb eines Rechtssystems dieselbe Figur der Begrenzung der Legitimität – systeminterne konditionierte Rechtmäßigkeit – durch die Effektivität, vgl. *Kelsen*, General Theory of Law and State (Anm. 28), S. 117–119; *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 212–215/373–379, 280/487. Punktuell beruft sich er auch auf die Idee einer „revolutionären Teiländerung der Verfassung“, um die Lehre der Alternativermächtigung am Beispiel der „verfassungswidrigen Gesetze“ zu veranschaulichen (vgl. *Kelsen*, RR2 [Anm. 13], S. 279 f./486).

Entsprechung oder Nicht-Entsprechung zur direkten Ermächtigung werden Entscheidungen der zuständigen Organe als systemintern rechtmäßig erzeugte Rechtsnormen behandelt.

III. Der enge Kreis der Gedanken

Die Denkschritte bei der Darstellung der Lehre der Grundnorm im Fall der rechtlichen Revolution und der Lehre der Alternativermächtigung im Fall ‚rechtswidriger Rechtserzeugung' – vor allem durch letztinstanzliche Organe – zeigen, wie gerade dargelegt, strukturelle Affinitäten:

- Die Stoßrichtung des Denkens ist *ex post facto*;
- Man steht ursprünglich vor einem – gemessen an dem geltenden Validationssystem – von der Rechtswissenschaft als ‚rechtswidrig' einzustufenden Rechtserzeugungs- oder Rechtsvernichtungsakt, d. h.: vor einem Akt, der der Ermächtigungsnorm nicht entspräche;
- Nicht zuletzt aufgrund der Effektivität wird der vollzogene Erzeugungsakt als rechtmäßig eingeordnet: Das Effektivitätsprinzip begrenzt das Legitimitätsprinzip;
- Man bedient sich einer Voraussetzung, um die Rechtsgeltung der in Frage kommenden Erzeugungsakte zu plausibilisieren, bzw. um deren immanenten Sinn rechtswissenschaftlich als systematisch-objektiven Sinn deuten zu können;
- Die Voraussetzung richtet sich an dem aus, was geschieht;
- Diese Voraussetzung – die Grundnorm oder die Alternativermächtigung – stiftet dann Normativität: Geltung wie Rechtmäßigkeit.

In der besonderen Konstellation einer rechtlichen Revolution, d. h. einer ‚verfassungswidrigen' Normänderung auf der Verfassungsebene, aber auch in der allgemeinen Situation einer autoritativen Entscheidung, die nicht im Rahmen der anzuwendenden Normen vor sich geht, ereignet sich etwas Ähnliches. Ein mit Geltungsanspruch gesetzter Akt wird durch die Rechtswissenschaft als rechtswidrig aussortiert, denn er entspräche nicht der einschlägigen Rechtserzeugungsregel. Etwas, was systemintern nicht gelten dürfte, setzt sich als Recht durch, sei es vorübergehend bis zur Aufhebung, sei es (systemintern) definitiv z. B. durch die Erlangung von Rechtskraft.[161] Die Effektivität bedingt eine Neukalibrierung

[161] Die Sandersche Beschreibung der Mechanik der revolutionären Rechtserzeugung ist an dieser Stelle besonders erhellend: „Setzt jemand revolutionär eine Verfassung, d. h. wirft er sich als verfassungsgebendes Organ auf, so setzt er Urteile über künftige Organaussagen, die sich auf den verfassungsgebenden Akt als Rechtsakt rückbeziehen werden. Der eingliedrige revolutionäre Akt, der zunächst als solcher ein bloß ‚problematischer' Rechtsakt ist, wird in der rückbeziehenden Anerkennung durch einen Organakt ‚assertorisch' als Recht gesetzt. Die Rechtsakte scheinen also im Vorgriff auf künftiges Recht immer ‚problematisch' zu sein, im Rückgriff auf vergangenes Recht hingegen ‚assertorisch'. Als ‚wirkliches' Recht betrachtet man im Allgemeinen nur jenen Rechtsakt, welcher in einem (oder mehreren) sich auf ihn rückbeziehenden Rechtsakte *als Recht* gesetzt wurde" (*Fritz Sander*, Merkls Rechtslehre, in: Prager juristischer Zeitschrift [1924], Sp.

des begrifflichen Apparats für die adäquate Beschreibung des Funktionierens des Rechtssystems: Nicht nur rechtskonform erzeugte Normen gelten als Recht (auch innerhalb eines im Großen und Ganzen, an sich nicht in Frage gestellten Rechtssystems). Diese Möglichkeit muss in der Eigengesetzlichkeit des Rechts selbst begründbar sein. Die Alternativermächtigung holt diese – durch die Brille der Rechtswissenschaft gesehen – ‚defekten' Erscheinungen im rechtlichen Validationssystem ab und ermöglicht ihre Deutung als geltendes und rechtmäßiges Recht. Damit wird dann auch die Widerspruchsfreiheit des Validationssystems Recht, wie es die Rechtstheorie beobachtet, hergestellt, ohne dass die Geltung der in Frage kommenden Normen verneint wird, sei es die nicht aktualisierte eigentliche Erzeugungsregel, sei es die außerhalb deren Rahmens erzeugte Norm. Es wird dabei vorausgesetzt, dass im in Frage kommenden System die Ermächtigungsnormen einen Alternativcharakter haben (können). Diese Voraussetzung wird von der existenten, operierenden und zu beschreibenden Rechtsmaschinerie veranlasst.

Bildlich gesprochen stützt sich die Reine Rechtslehre Kelsens am Anfang wie am Ende des kontinuierlichen Prozesses der Rechtsgewinnung auf einen ähnlichen Denkbehelf, um die revolutionär inaugurierte Geltung des Systems (Grundnorm) und die Geltung der den Erzeugungsregeln nicht entsprechend erzeugten Rechtserscheinungen zu erklären. Der Kreis der (rein) rechtstheoretischen Gedanken scheint viel enger zu sein als geahnt.[162] Die Alternativermächtigung leistet innerhalb des Systems einige der Funktionen, die die Grundnorm in Bezug auf das System selbst zu leisten hat. Sie rettet die Einheit der Rechtsordnung, indem sie Normkonflikte auflöst; sie stiftet Normativität, indem sie den defizitär erzeugten bzw. positiv(iert)en Rechtsakten Geltung verleiht. Stimmt diese Rekonstruktion des Kelsenschen Gedankengangs, wird Sanders frühe Diagnose bekräftigt, nach der das Problem der Revolution und das Problem der Rechtskraft die herausfordernden Stellen bezeichnen, die entscheidende Nagelprobe für eine positivistische Rechtstheorie darstellen.[163]

Nicht nur bei der Grundtendenz beider Konstrukte erweisen sich auffällige Strukturähnlichkeiten, sondern auch bei deren Missverständnisse zulassenden Formulierungen. Die Grundnorm wie die Alternativermächtigung formuliert Kelsen eben als Normen. Damit trägt er nicht unwesentlich zum Unbehagen bei, das beide Lehren flächendeckend auslösen. Im Fall der Alternativermächtigung wird Kelsen zu dieser Formulierung vermutlich durch das Verständnis der Einheit des Rechts als Widerspruchsfreiheit verleitet. Die Hilfshypothese der Alternativermächtigung verschafft ihm außerdem die Möglichkeit, weder auf die Rechtmäßigkeit als Bedingung der validen Rechtserzeugung noch auf die Figur der Entsprechung als Re-

16–31 [24]). Diese Mechanik der rechtlichen Revolution lässt sich, wie es sich aus der obigen Erläuterung ergibt, auf Kelsens Erläuterung der Alternativermächtigung weitgehend übertragen.

[162] „Der Kreis meiner Gedanken ist wahrscheinlich viel enger, als ich ahne" (*Ludwig Wittgenstein*, Vermischte Bemerkungen. Eine Auswahl aus dem Nachlaß. Hrsg. von Georg Henrik von Wright, unter Mitarbeit von Heikki Nyman, in: Ludwig Wittgenstein, Werkausgabe, Bd. 8, Frankfurt am Main 1984, S. 445–573 [539]).

[163] Vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 305–309.

lationsmodus zwischen höherrangigen und niederrangingen Normen verzichten zu müssen. Wie beim Problem der Grundnorm dient die Voraussetzung des Alternativcharakters der Ermächtigungsnorm darüber hinaus auch für die Versöhnung der positivistischen mit der normativistischen Komponente der Reinen Rechtslehre: Die Geltung der außerhalb des Normenrahmens erzeugten Rechtserscheinungen beruhe eben „auf einer ihrer Erzeugung vorangehenden, präexistenten generellen Norm".[164] Die normativtheoretischen Prämissen werden so adjustiert, dass sie das Moment der Effektivität berücksichtigen, ohne dass Kelsen aber die Normativität bzw. die Geltung in die Wirksamkeit vollständig auflöst.[165] Dieser Kompromiss mit der Normativität verdunkelt allerdings den radikal dynamischen Kern der Lehre der Alternativermächtigung und steht der Plausibilisierung derselben schlicht im Weg, denn er legt eine statische Deutung der als Norm formulierten Alternativbestimmung nahe – als ob dies mit der Fragestellung nach dem, was rechtlich gesollt und dementsprechend zu tun sei, noch etwas zu tun haben würde.

Mit seiner Lösung für das Problem des rechtswidrigen Rechts bewegt sich Kelsen – der irreführenden Formulierung zum Trotz – weg von einer statischen Betrachtung des Rechts hin zu einer dynamisch-immanenten Theorie der Prozessierung der Operationen im Rechtssystem. Dies raubt der Lehre der Alternativermächtigung vermutlich das Interesse derjenigen, die von einer Rechtstheorie eine Antwort auf die Frage nach dem rechtmäßigen Handeln der Rechtsorgane bzw. eine (richtige) Antwort auf Interpretationsfragen erwarten. Denn mit seiner derart präsentierten Strukturanalyse des Rechtserzeugungsverfahrens verliert Kelsen einige für die rechtsdogmatische Aufgabe relevante Binnendifferenzierungen. Der Weg zum *re-entry* der Unterscheidung rechtmäßig/rechtwidrig in das Rechtssystem und ihrer Anwendung auf die Kommunikation dieses Systems selbst scheint damit versperrt zu sein. Kelsen glaubt, bei der rechtstheoretischen Beschreibung der Funktionsweise des Rechtssystem bzw. des Entstehens und Vergehens geltender Rechtsnormen mittels der Alternativermächtigung ohne die Idee des ‚rechtswidrigen Rechts' auskommen zu können. Damit entfernt er sich an dieser Stelle vom Merklschen Fehlerkalkül und nähert sich im Ergebnis an die Sandersche Radikaldynamisierung des Rechtsverfahrens an, ohne aber komplett auf die Versöhnung von Normativität und Positivität verzichten zu wollen, deren Koinzidenz[166] die Besonderheit seiner Reinen Rechtslehre ausmacht.

---

[164] *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 273 f./476.

[165] Das zunehmende Einbeziehen der Wirksamkeit bzw. Effektivität in die Behandlung rechtstheoretischer Probleme durch Kelsen lässt sich nicht nur in Bezug auf die Lehre der Alternativermächtigung feststellen, sondern zeigt sich besonders prägnant bei Kelsens – ähnlich problematischer – Anerkennung der *desuetudo* als geltungsbeseitigender Faktor: Zunächst als derogierendes negatives Gewohnheitsrecht (derogierende Norm) und danach lediglich als Ausfluss der Prämisse der Reinen Rechtslehre, welche als Recht zu beschreiben hat, was als Recht gilt und im Großen und Ganzen wirkt, vgl. dazu *Dias*, Rechtspositivismus und Rechtstheorie (Anm. 60), S. 254. Zur Rolle der (Un-)Wirksamkeit bei der Rechtsderogierung vgl. bereits *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 161), Sp. 26.

[166] Vgl. *Jestaedt*, Geltung des Systems und Geltung im System (Anm. 150), S. 1013 f.

Das Verständnis der Abweichungen der Modelle Kelsens, Merkls und Sanders zum Umgang mit dem Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' erfordert eine profundere Untersuchung der Wurzeln der jeweiligen Theorien der Alternativermächtigung, des Fehlerkalküls und der Wechselbestimmung, wie die Bestimmung des jeweiligen Standorts in den respektiven Rechtswissenschaftsauffassungen – genauer in den respektiven Vorstellungen über das Verhältnis zwischen Rechtswissenschaft und Recht.

Kapitel VIII

Reine Rechtslehre(n)? Die Hintergründe der schulimmanenten Divergenzen

Ausgehend von der Konturierung des Merklschen Fehlerkalküls und der Sanderschen Wechselbestimmung als konkurrierende Modelle für die Rekonstruktion des Umgangs des positiven Rechts mit ‚Rechtsfehlern' durch die Rechtswissenschaft(en) lassen sich philosophische, rechtwissenschafts- und rechtstheoretische Annahmen der unterschiedlichen Ansätze identifizieren, die ihrerseits die Verschiedenheit der Betrachtungsweisen bedingen.

Die Divergenzen bezüglich der Fehlerbewältigungsstrategien sind nicht zuletzt durch unterschiedliche Überzeugungen darüber bedingt, wie das geteilte Programm einer Reinen Rechtslehre angesichts des Problems des ‚rechtswidrigen Rechts' ausgeführt werden soll. Die Gegenüberstellung dieser divergierenden Strategien fördert zugleich ein adäquateres Verständnis des eigenartigen Lösungsangebots Kelsens, das sich in der Theorie der Alternativermächtigung äußert und als Lösung des Haupts der Wiener Schule häufig als *die* Lösung der Reinen Rechtslehre überhaupt für das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' porträtiert wird; sie wird im Rahmen der Gegenüberstellung als eine mögliche, keinesfalls aber notwendige Lösung innerhalb der Reinen Rechtslehre kontextualisiert. Sich Klarheit über die Divergenzen der verschiedenen Lösungen und deren Wurzeln zu verschaffen, soll eine nüchternere Einschätzung der Potenziale und Grenzen der unterschiedlichen Lesarten der Rechtsfehlerproblematik innerhalb der Wiener Schule der Rechtstheorie ermöglichen. Dass die eine rechtstheoretische Lösung sieht, was die anderen nicht sehen können, ergibt sich daraus, dass sie unterschiedliche Perspektiven, ja Blickwinkel, für die Annäherung an das Problem wählen. Es soll auch deutlich werden, dass innerhalb der Reinen Rechtslehre verschiedene und sogar konfligierende Lesarten eines zentralen rechtstheoretischen Problems auch jenseits der schon erprobten Versuche gedeihen konnten und noch können. Und obwohl man von Reinen Rechtslehren im Plural reden darf, bleiben die verschiedenen Lösungsversuche Variationen innerhalb eines Forschungsprogramms und erweisen sich in der Tendenz als Produkte eines charakteristischen Denkstils, der sich an der Idee der Eigengesetzlichkeit des Rechts und der Rechtswissenschaft orientiert.

A. Philosophische Annahmen

In den drei originellsten und sich widersprechenden Lösungen der Wiener Schule zum Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' – d. h. in der Merklschen Lösung sowie in der Sanderschen und in der Kelsenschen – können unterschiedliche philosophische Stile in Bezug auf (wenigstens) zwei in der Philosophiegeschichte wiederkehrende Themenkonstellationen wahrgenommen werden: Einerseits handelt es sich um die Tendenz zu Statik oder Dynamik des (Rechts)Seins bzw. um die Betonung der Beharrlichkeit oder der Bewegung bei der Beschreibung eines Phänomens und andererseits um die Akzentuierung der Autorität (damit einhergehend: *voluntas*) oder der Wahrheit (damit einhergehend: *ratio*) bei dem Verständnis von (rechtlichen wie politischen) Entscheidungen.

I. Zwischen Permanenz und Wandelbarkeit, Struktur und Prozess

Der Merklsche Fehlerkalkül fügt sich philosophisch gesehen in ein rechtstheoretisches Gebäude ein, das aufgrund der Annahme relativer Unveränderlichkeit des Rechtlichen (Stichwort: Rechtskraft) eruiert wird.[167] „Das Recht gibt sich als der Umriß zu erkennen, der die Bewegung ermöglicht und erhält".[168] Die Beharrungstendenz wird zur Eigenschaft des Rechtlichen, die allen Rechtsnormen und Rechtserscheinungen gemeinsam ist. Der Sandersche Ansatz, zu dem sich die Rechtskraftlehre Merkls als diametral entgegengesetzt versteht,[169] rekonstruiert das Recht nicht nur in Bewegung, sondern als Bewegung (Recht ist Rechtsänderung).[170] Sieht Merkl in der Rechtskraft das statische Gegengewicht zum dynamischen Prozess der stufenförmigen Rechtskonkretisierung im Delegationszusammenhang,[171] wobei das normative, kontrafaktische Anspruchsmoment der rechtlichen Verhaltensteuerung hervorgehoben wird, radikalisiert Sander die dynamische Betrachtung durch seine Lehre des Verfahrenscharakters allen Rechts und meint, das zu einem statischen rechtlichen Weltbild führende Dogma der Normativität des Rechts überwinden zu müssen.[172] Der herrschende Fokus auf die angeblichen Anforderungen des Rechts an die Subjekte stünde der Erfassung der rechtlichen Eigengesetzlichkeit im Weg, denn man bliebe in moralischen und anderen Sollens-Vorstellungen gefangen. Mit der Wechselbestimmung im Zentrum zeigt der Sandersche Rechtserzeugungszusammenhang nicht primär, was die Organe tun

---

[167] Vgl. oben Zweiter Teil, Kap. IV, S. 170–175.

[168] *René Marcic*, Merkls ontologische Theorie der Rechtskraft, in: Max Imboden et alii (Hrsg.), Festschrift für Adolf Julius Merkl zum 80. Geburtstag, München/Salzburg 1970, S. 223–245 (224).

[169] Vgl. *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 67), S. 284.

[170] Vgl. oben Zweiter Teil, Kap. V, S. 212–216.

[171] Vgl. *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 67), S. VI; vgl. oben Zweiter Teil, Kap. IV, S. 174.

[172] Vgl. *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 37), S. 516 f. Vgl. auch oben Zweiter Teil, Kap. V, S. 217 f.

sollen, sondern wie sie rechtlich bestimmen, was geschehen ist, bzw. wie rechtliche Relevanz konstituiert wird.

Die Alternativermächtigung Kelsens nutzt Elemente beider Konstrukte, die sich auf unterschiedliche philosophische Voraussetzungen stützen, in einem – nicht unproblematischen – Versuch, statische (Kognition) und dynamische Momente (Dezision) von Rechtssystemen neu zu artikulieren und zu vereinbaren. Von seinem eigenen, ursprünglich normativ-statischen Modell aus versucht Kelsen allmählich durch die Integration einer dynamischen Betrachtungsweise das Problem des ‚rechts(erzeugungs)widrigen Rechts' originell auszuarbeiten, ohne einerseits der Sanderschen Auflösung des normativen Moments der Rechtserscheinungen in die aktuellen Rechtsrelationen nachzugeben und ohne andererseits der Rechtswissenschaft eine Kontrollfunktion im Merklschen Sinne zuzusprechen. Denn er schien (wenigstens anfänglich) überzeugt zu sein, die „Auffassung des Rechts, als eines statischen Systems steht durchaus nicht im Widerspruch zu der Erkenntnis einer dynamischen ‚Erzeugung' des Rechtssystems aus einem einheitlichen Ursprung, in einem kontinuierlich von der Hypothesis der Verfassung bis zu dem jeweiligen Akte letzter Konkretisation fortschreitenden Prozeß".[173] Die Dynamik, die laut Sander das ganze Rechtsverfahren durchströme, konterkariere nicht die Sollen-Dimension des positiven Rechts. Kelsen scheint allerdings keine feste Entscheidung über die grundlegende Ausgestaltung seines Systems bezüglich eines strategischen Punkts getroffen zu haben. Anders als Merkl geht er nicht konsequent vom Default-Modus der Unveränderlichkeit und tendenziellen Permanenz des Rechts aus.[174] Er bekennt sich aber auch nicht explizit zur kontinuierlichen Veränderung als Existenzmodus des Rechtlichen.

Vor dem Hintergrund der Merkl–Sander-Kontroverse gewinnt die Rede eines doppelten Systems der Reinen Rechtslehre an Plausibilität[175] und die Entwick-

---

[173] *Hans Kelsen*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen 1920, S. 120 (Fn. 1) = HKW 4, S. 235–572 (383 Fn. 1).

[174] Man denke nur an das Hin und Her der Kelsenschen Stellungnahmen zum Grundsatz der *lex posterior*, das zum Teil als Epiphänomen dieser fehlenden, grundlegenden ‚philosophischen' Entscheidung gedeutet werden kann, vgl. oben Erster Teil, Kap. I, S. 92 f. (Anm. 401).

[175] In diese Richtung übrigens schon die als Vorwurf formulierte Anmerkung Sanders zur Dynamisierung der Kelsenschen Rechtslehre: „Kelsen sucht Schritt für Schritt meine Gedanken in das Gebäude der normativen Jurisprudenz aufzunehmen, ohne bemerken zu wollen, daß er damit sein Gebäude zu einer chaotischen Mengung der heterogenen ‚Stilformen' macht" (*Sander*, Kelsens Rechtslehre [Anm. 28], S. 51). Vgl. zur Idee der Koexistenz zweier unterschiedlicher Denksysteme in der Reinen Rechtslehre Kelsens – nicht unbedingt in Bezug auf die hier in Frage kommende Unterscheidung zwischen Denkstilen, die mal zur Permanenz, mal zur Bewegung neigen, vielmehr aber angeblich unterschiedliche grundliegende philosophische Systeme berücksichtigend, die das rechtstheoretische Gebäude Kelsens formieren würden: *Alf Ross*, Recht und Wirklichkeit, in: Juristische Blätter 12 (1930), S. 245–251 (247); *Wolfgang Schild*, Die zwei Systeme der Reinen Rechtslehre, in: Erich Heintel (Hrsg.), Wiener Jahrbuch für Philosophie 4 (1971), S. 150–194; *Eugenio Bulygin*, An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law, in: Ratio Juris 3 (1990), S. 29–45; *Agostino Carrino*, Die Normenordnung. Staat und Recht in der Lehre Kelsens, Wien/New York 1998, S. 33, 155 f.; *Stanley Paulson*, Hans Kelsen on legal interpretation, legal cognition, and legal science, in: Jurisprudence 10 (2019), S. 188–221. Anders als in der Bandbreite

lungen, die zur Lehre von der Alternativermächtigung führen, dürfen als Kelsens Suche nach der feinst möglichen Kalibrierung des Verhältnisses zwischen Statik und Dynamik gedeutet werden. In diesem Zusammenhang entsteht, und lässt sich emblematisch als solcher sehen, der für die Kelsensche Reine Rechtslehre charakteristische *normativistische* Rechts*positivismus*. Punktuell in Bezug auf die Fehlerbewältigungsstrategie, die sich im Konstrukt der Alternativermächtigung äußert, speist er sich aus Elementen konkurrierender Lösungsangebote, die sich am Ende aber doch beißen.

Das Rahmentheorem[176] ruft im Modell Kelsens z. B. den Norm–Norm-Ableitungszusammenhang in Erinnerung, macht aber zugleich die Entscheidungsdependenz der Rechtserzeugung besonders sichtbar. Verweist die Erkenntnis der Gültigkeit und Rechtmäßigkeit von Rechtsnormen, deren Abstammung sich über den Weg der direkten Regelung durch die höherrangigen Rechtsnormen nicht mehr rekonstruieren lässt, auf die Positivität des (sich immer aufs Neue erzeugenden) Rechts, so beharrt gleichzeitig der Versuch einer Verankerung der außerhalb des Rahmens der expliziten Erzeugungsregel getroffenen Rechtsentscheidung(en) in (der Voraussetzung) einer impliziten, anzuwendenden Ermächtigungsnorm auf dem Normativitätsanspruch des Rechts. Wo es keinen ausdrücklichen Sinngehalt gibt, der zu einer bestimmten, schon gefallenen Entscheidung ermächtigt, die nicht zuletzt durch ihre Anschlussfähigkeit als dem System zugehörig behandelt wird, muss der Alternativcharakter der Ermächtigungsnorm vorausgesetzt werden. Dieses ‚muss' ist aber selbstredend als relativ zu der ausgewählten, normativistisch-positivistischer Lesart rechtlicher Probleme zu sehen. Es ist eine Ergänzung des wissenschaftlichen Schutzgürtels von Hilfshypothesen des Forschungsprogramms der Reinen Rechtslehre, die ihren Erklärungswert steigen lassen soll, ohne weitere interne Inkonsistenzen der Theorie zu veranlassen. Ereignisse, die ausschließlich aufgrund der Vorstellung eines als normatives Deutungsschema dienenden Rechtsrahmens nicht mehr als rechtlich zu erfassen sind, werden dank der Devise der Alternativermächtigung als Rechtsoperationen begreifbar. Die (effektiv gewordene) ‚rechtswidrige Rechtsschöpfung' bleibt in diesem Zusammenhang Rechtsanwendung unter der Voraussetzung einer alternativen Autorisierung. Ihre Geltung beruht genau wie die der rechtmäßigen Rechtserscheinungen auf „einer ihrer Erzeugung

---

dieser Sekundärliteratur bezieht sich hier die Rede des ‚doppelten Systems' ausschließlich auf die mosaikartige Konstruktion der Alternativermächtigung.

[176] Die konsolidierte und kanonisch gewordene Formulierung des Konzepts der anzuwendenden Rechtsnorm als eines Rahmens befindet sich in: *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), 348 f./600 f. Vorher schon so in: *Hans Kelsen*/*Georg Froehlich*/*Adolf Merkl*, Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich. Mit historischen Einleitungen und kritischen Erläuterungen, Teil 5: Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920, Wien/Leipzig, 1922, S. 126 = HKW 8, S. 25–502 (126); *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Anm. 8), S. 243 f.; *Kelsen*, Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre (Anm. 69), S. 1726; *Kelsen*, RR1 (Anm. 13), S. 94 f./104; *Hans Kelsen*, Zur Theorie der Interpretation, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 8 (1934), S. 9–17. Dass das Rahmentheorem Merklscher Provenienz ist, wurde bereits nachgewiesen in Zweiter Teil, Kap. IV, S. 187 (mit Anm. 106).

vorangehenden präexistenten generellen Norm“,[177] die das Rechtsgewinnungsverfahren alternativ regelt. Genau betrachtet, verliert sie im System das Prädikat der Rechtswidrigkeit wie das der Fehlerhaftigkeit. Mit der Alternativermächtigung könne man dann bereits zum Zeitpunkt der rechtserzeugenden Entscheidung (nicht zuletzt aufgrund der Effektivität des ganzen Systems) die dadurch erzeugte, außerhalb des Rahmens fallende Norm als geltendes Recht bezeichnen: Diese Norm setze Maßstäbe für die weitere Rechtserzeugung bzw. Anwendung genauso wie die rechtmäßig erzeugten Normen.[178] Das Instrumentarium für eine normativistische und positivistische Beschreibung des in Frage kommenden Phänomens schien geschaffen zu sein.

Konterkariert Merkl die dem Rechtserzeugungszusammenhang kongeniale Dynamik durch die statische Betonung der kontrafaktischen Ansprüche der bedingenden Normen, die schillernd in der Verwendung einer Fehlersemantik vorkommen und in der Grundlegung einer Nichtigkeitsprämisse die Oberhand über das dynamische Rechtsverfahren gewinnen wollen, dynamisiert Sander den durch die vorausgegangenen Rechtssätze demarkierten Bedeutungsrahmen, indem er die Konstitution der rechtlichen Relevanz aufgrund der Figur der Wechselbestimmung rekonstruiert. Die Festigkeit des Rahmens – ein Rahmen indiziert ja eine finite Menge –, wie die bloße Rahmenmetapher, verschwindet. Die Rechtmäßigkeit wird nicht nur auf die zuständigen Entscheidungen im Rechtsverfahren relativiert, sondern zeitlich dynamisiert und auf den Moment der rechtstheoretischen Bestandsaufnahme restringiert. Was als Recht z. B. für einen Streitfall gilt, wird erst am Ende einer Rechtsverfahrenskette mit relativ größerer Gewissheit (im Modus der Notwendigkeit) bestimmt. Die „Rechtszeit“ als konkrete Rechtsbedingung „zu den übrigen Rechtsbedingungen in unauflöslicher Korrelation stehend“ zu bestimmen, sei Aufgabe für eine „rechtswissenschaftliche Relativitätstheorie“,[179] die im Ergebnis auch den Begriff der ‚Rechtsgeltung‘ als Hin-Geltung dynamisch auffasst.[180] Eine Rechtserscheinung ‚gelte‘ – sei rechtskräftig[181] – nur solange sich aktuelle zuständige Entscheidungen auf sie zurückgreifend als ‚geltendes‘ Recht beziehen.[182] Wie

[177] *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), 273/476.

[178] Vgl. nur die Kritik von Kelsen an Alf Ross, dessen auf die Wirksamkeit ausgelegter Geltungsbegriff nicht in der Lage wäre, die Geltung einer Rechtsnorm zu erklären, die noch nicht angewandt bzw. wirksam wurde: *Hans Kelsen*, ‚Eine Realistische‘ und die Reine Rechtslehre. Bemerkungen zu Alf Ross: On Law and Justice, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 10 (1959/1960), S. 1–25 (19–21). Durch diese Kritik wird nochmals deutlich, warum Kelsen im Zusammenhang mit seiner auch an der Effektivität orientierten Argumentation meint, auf die Voraussetzung einer als Norm formulierten Alternativermächtigung nicht verzichten zu können: Nur sie begründe systemintern die Geltung der sozusagen alternativ erzeugten Norm bereits im Moment der Erzeugung. Ohnehin fügt Kelsen die Effektivität als eine Dimension der Erklärung der Geltung außerhalb des Rahmens erzeugter Normen.

[179] Drei Zitate: *Fritz Sander*, Staat und Recht. Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung, Hb. 2, Wien 1922, S. 1210.

[180] Vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 323 f.

[181] Zum unklaren Verhältnis zwischen den Begriffen ‚Geltung‘ und ‚Rechtskraft‘ bei Sander, vgl. oben Zweiter Teil, Kap. V, S. 230 (Anm. 340).

[182] Vgl. *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 161), Sp. 24.

das ‚geltende' Recht ausschaut, ergibt sich exklusiv aus den immanenten, unaufhörlichen Operationen der Verknüpfung der Rechtssätze und Tatbestände im realen Rechtsverfahren.[183] Nicht sehr weit davon entfernt zeigt sich die späte Kelsenschen Rekonstruktion der Rechtsgeltung als „ein dynamischer Prozess".[184]

Der immanente Sinn eines Willensaktes darf erst als sein definitiver rechtsystematischer Sinn hingenommen werden, wenn der in Frage kommende Akt nach den Maßgaben des positiven Rechts nicht mehr vernichtet werden kann.[185] „Dieser Auffassung zufolge verfügt das Rechtssystem über eine spezifische ideelle Dynamik, deren Triebkraft die rechtliche Rechtsetzung ist",[186] die im Kontext der Alternativermächtigung einen Primat über die Rechtserkenntnis gewinnt. Die objektive Gestalt der geltenden Rechtsnorm – ihr objektiver, systematischer Sinn – vervollkommnet sich erst mit dem Abschluss einer Individualisierungs- und Konkretisierungskette in der „Dynamik des Rechtsverfahrens".[187] Diese Dynamisierung, der Kelsen sein eigenes Rechtskonzept verordnet, bleibt freilich – und möglicherweise bewusst – im Vergleich zur Sanderschen auf der Strecke, auch weil Kelsen die Rekonstruktion des Rechts(gewinnungs)verfahrens über den Weg der Wechselbestimmung nicht übernimmt und auf der Merklschen Figur der Entsprechung als Schlüssel für den Verhältnismodus der Rechtsnormen zueinander beharrt. Im Sanderschen Modell gibt hingegen die pragmatische, selektive Bezugnahme der Organe auf die vorausgegangenen Rechtssätze bzw. Urteile des Rechts den Ausschlag. Ohnehin scheint sich der Sandersche Ansatz auch an anderer Stelle in das Kelsensche Modell eingeschlichen zu haben: Im Zusammenhang mit dem Konstrukt der Alternativermächtigung orientiert sich die Rechtmäßigkeit an der Effektivität, es wird zu rechtmäßiger Rechtserscheinung, was sich als Recht durch Anschlussfähigkeit für die weiteren Verfahrensfunktionen durchsetzt.[188] Ausgerechnet mit der Idee einer Alternativermächtigung verweigert Kelsen aber die Fusion von Geltung und Wirksamkeit, die von seinen eigenen ursprünglichen Prämissen ausgehend zu vermeidender faktizistischer Reduktionismus bedeuten würde; anders als Sander entscheidet er sich nicht für eine Art von modulierbarem Geltungsbegriff. Eine Rechtsnorm gilt oder nicht – dann ist sie überhaupt keine Rechtsnorm – und für die Vorstellung unterschiedlicher Wahrscheinlichkeitsgrade, wie sie in Sanders Begriff der Rechtskraft zum Ausdruck kommt, wird kein Platz eingeräumt; die Existenz bzw. Geltung des Rechts vertrage keine „Gradualisierungen".[189]

---

[183] Vgl. *Fritz* Sander, Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 132–164 (146); *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 179), S. 1209.

[184] *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen (Anm. 25), S. 39.

[185] Schon so in: *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 245–247/427–432.

[186] *Varga*, Hans Kelsens Rechtsanwendungslehre (Anm. 125), S. 363.

[187] Begriff in: *Hans Kelsen*, Der Richter und die Verfassung, in: Das Recht der Arbeit 12 (1962), S. 289–294 (290).

[188] Vgl. oben Dritter Teil, Kap. VII, S. 403–405.

[189] Begriff in: *Alexander Somek*, Rechtssystem und Republik. Über die politische Funktion des systematischen Rechtsdenkens, Wien/New York 1992, S. 484.

Keiner der Wiener Rechtstheoretiker spielt Struktur und Prozess des Rechtssystems gegeneinander aus, oder meint die beiden getrennt behandeln zu können.[190] Obwohl die Merklsche Dynamik mit ihrer Stufenbaulehre die Zeitlichkeit des Rechts – die Rechtswerdung – als einen Prozess relativer Selbsterzeugung thematisiert, betont sie dennoch – mittels seines auf einen Primat der Rechtswissenschaft hinauslaufenden Fehlerkalküls – insbesondere die Konstanz der normativen Strukturen des Rechtsdelegationszusammenhangs und ihre Beharrungstendenz. Die konkreten Rechtserzeugungsprozesse werden von der Rechtsdogmatik an den vorgegebenen Systemprogrammierungen gemessen und als mit ihnen konform oder von ihnen abweichend bestimmt, sprich: als rechtmäßig oder rechtswidrig. Wird die durch die Rechtserzeugung konfigurierenden Strukturen des Rechtssystems vorgezeichnete Entwicklungslinie nicht eingehalten, liegt mangels Fehlerkalkül Scheinrecht bzw. Nicht-Recht vor. Die dynamische Einheit des Systems qua Erzeugungszusammenhang wird noch über die statische, unidirektionale ‚Ableitbarkeit' der Geltung der Rechtserscheinungen gewährleistet.

Die radikalere Sandersche Dynamik hebt ihrerseits die Kontingenz der Strukturen hervor. Die Prozessrelationen werden durch die Axiome der Zuständigkeit und der Rechtskraft strukturiert. Der Bestand einer Rechtserscheinung als geltender Vorgang im Rechtsverfahren hängt von der Wiederholung und der Reproduktion bestimmter Operationen ab. Er (er)fordert Routine. Die Rechtmäßigkeit einer Rechtserscheinung lässt sich nur mit Bezug auf das bestimmen, was sich vor ihr und nach ihr im Rechtsverfahren ereignet. Die gerade zu treffende Entscheidung legitimiert sich rechtlich durch den Rückgriff auf vergangene Rechtssätze. Künftig ist ihre Geltung (und Rechtmäßigkeit) auf die Urteile der zuständigen Organe angewiesen. Dass der Prozess im Wechselspiel von zuständigen Organen und rechtskräftigen Rechtserscheinungen abläuft, steht fest. Welche die zuständigen Organe für die zu entscheidende Angelegenheit sind und welcher der Umfang ihrer Kompetenzen ist, wird genauso wie der Bedeutungsgehalt der rechtskräftigen Erscheinungen immer wieder aufs Neue entschieden. Dass das Recht im wechselseitigen Verhältnis zwischen Rechtssätzen und Tatbeständen in den Urteilen der Organe konstituiert wird, ist allerdings kein Bekenntnis zur Willkür oder Beliebigkeit: Das Recht muss auch in diesem Modell aus dem Recht bzw. in Auseinandersetzung mit den rechtskräftigen Rechtserscheinungen durch die Rechtsorgane erzeugt werden. Nur: Der pragmatische Verweis auf die vergangenen Rechtsnormen ist das Entscheidende und eben nicht die semantische Entsprechung der neuen Rechtserscheinungen zu den bereits bestehenden Rechtsnormen. Mehr oder weniger stabile Strukturen können und werden sich aus der Wiederholung der Urteilspraxis herauskristallisieren und die reflexive Rechtswissenschaft habe sie zu rekonstruieren. Die Einheit wird im Verfahren unaufhörlich dadurch hergestellt, dass die künf-

[190] Zur nicht ratsamen Kontrastierung zwischen Struktur und Wandelbarkeit, die Mutabilität der Strukturen selbst zeigend, und zu den intrikaten Verhältnissen zwischen Prozess und Struktur siehe vor allem *Niklas Luhmann*, Systemtheorie der Gesellschaft, hrsg. von Johannes F. K. Schmidt und André Kieserling, Berlin 2017, S. 59–68.

tigen Rechtsentscheidungen sich auf vergangene Rechtserscheinungen beziehen, sie als Maßstab deuten, gewissermaßen neu setzen und in ihrer Rechtsbindung aktivieren, ohne dass der Inhalt des Maßstabs in seiner rechtlichen Bedeutung als vorgegeben angesehen wird. In der und durch die Bewegung wird das einheitliche System stabilisiert. Die Strukturen bilden sich aus den Funktionen heraus.

Es mag auf den ersten Blick so scheinen, dass sich Kelsen mit der Alternativermächtigung für den Prozess zulasten der Struktur entschieden hat. Was die Akzente des Konstrukts anbelangt, stimmt das sogar. Mittels der Voraussetzung eines Alternativcharakters der Ermächtigungsnormen wird die konstitutive Leistung des Erzeugungsakts im Rechtsdelegationszusammenhang hervorgehoben. Das positive Recht richtet sich dynamisch auf die zuständigen Entscheidungen der Organe. Allerdings fungiert die indirekte (alternative) Erzeugungsregel auch als eine vorgegebene (als vorgegeben vorauszusetzende) Norm, von deren Geltung in gewissem Sinne die Geltung einer außerhalb des rechtswissenschaftlichen Rahmens liegenden, autoritativen Entscheidung ‚abzuleiten' ist. Deduktion und Dezision spielen bei der Geltungsvermittlung entlang der Rechtsgewinnungskette zusammen. „Das statische und das dynamische Prinzip sind in einem und demselben Normensystem vereinigt".[191] Das positive Recht, wie es in arbeitsteilig fungierenden Rechtsgewinnungsstrukturen wie -Prozessen tatsächlich operiert, lässt sich nicht als rein dynamisches System erfassen.[192] Die Prozessierung rechtlicher Information wird aufgrund der Einführung der Hilfshypothese der Alternativermächtigung so rekonstruiert, dass die grundsätzliche normative Struktur der Rechtsmaschinerie im Fall der Nicht-Entsprechung des Erzeugungsakts mit dem Rechtsrahmen ähnlich wie im Fall der Entsprechung beschrieben wird: Alternative wie eigentliche, implizite wie explizite Ermächtigungsnormen regulieren das strukturierte Verfahren der Änderung des Rechts.

II. Autorität und Wahrheit, Wollen und Wissen

Auch bei dem klassischen Thema des Verhältnisses zwischen Autorität und Wahrheit wie zwischen *voluntas* und *ratio* im Recht scheiden sich die Geister innerhalb der Wiener Schule. Entkoppelt der Fehlerkalkül Autorität von Wahrheit, indem erst der Rechtswissenschaft die ‚Kompetenz' zugesprochen wird, fehlerhaften Rechtserscheinungen den Geltungsanspruch abzuerkennen,[193] wo das positive Recht über den Umgang mit Rechtsfehlern schweigt, verschmilzt die Alternativermächtigung die beiden, indem die Rechtswahrheit zum Inhalt der Äußerungen der Rechtsorgane relativiert wird.[194] Eine dem Rechtserzeugungszusammenhang extra-systemi-

[191] *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 200/353.

[192] Vgl. *Carsten Heidemann*, Die Norm als Tatsache (Anm. 92), S. 98 f., 127 f., der seine Auseinandersetzung mit der Reinen Rechtslehre Kelsens – anders als hier – in Phasen organisiert.

[193] Vgl. z. B. *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 67), 286 f.

[194] Zum Verhältnis zwischen Wahrheit und Autorität als Verhältnis zwischen Rechtswissenschaft und Rechtsautorität relativ ausführlich: *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre und Egologische

sche Wahrheit ist dabei nicht relevant, auch wenn ihr Bestand nicht notwendig bestritten wird. Rechtsgröße entsteht bei Kelsen wie bei Sander nur in Relation zum dynamischen Rechtsverfahren. Im Merklschen Modell ergibt die Rede einer rechtlich ‚fehlerhaften' bzw. ‚rechtswidrigen', aber gültigen Rechtserscheinung aufgrund des Fehlerkalküls Sinn, obwohl Merkl selbst letztendlich die Idee eines ‚rechtswidrigen Rechts' für ein Oxymoron hält und sie lediglich als Denkbehelf übernimmt.[195] Bis zur Erschöpfung des Fehlerkalküls gelten fehlerhafte, ‚unwahre' Rechtserscheinungen im System. Die Rechtswissenschaft spricht der durch den positivrechtlichen Fehlerkalkül nicht gedeckten, defektiven Rechtserscheinung ihre Rechtlichkeit ab. Sie sorgt somit dafür, dass sich Rechtsautorität und Rechtswahrheit wieder treffen. Was fehlerhaft ist, darf mangels rechtsimmanenter Duldungs- oder Korrekturmechanismen nicht weiter als Recht gelten.

Der Fehlerkalkül ist Produkt eines Rechtsgewinnungsverständnisses, das rechtliches Wollen und rechtliches Wissen unterscheidet und weitgehend trennt, die authentische Rechtsentscheidung dennoch als eine strukturell-notwendig rechtserkenntnisbasierte, normative Operation im Rechtssystem begreift. Rechtserzeugung ist eine Willensfunktion. Sie bedarf aber der Orientierung durch die Rechtserkenntnis, die sie zur Not zu berichtigen hat. Die Rechtsanwendung dürfe sich (ideell) nur innerhalb des von der Rechtswissenschaft qua Rechtsdogmatik gesteckten Rahmens bewegen. Innerhalb des Rahmens handeln die Rechtsorgane in unterschiedlichem Ausmaß nach Ermessen. Jenseits des Rahmens, da wo kein positivrechtlicher Vorkehrungs- oder Reaktionsmechanismus mehr greift, liegt die von der Rechtswissenschaft als solche zu brandmarkende und zu behandelnde Nichtigkeit. Die Semantik des Fehlers bleibt der jeweiligen ganzen Rechtskonkretisierungskette entlang erhalten, auch wenn die Rechtswidrigkeit der defektiven Rechtserscheinung(en) *sensu proprio* erst mit der Vernichtung durch die zuständige Verfahrensstelle rechtsverbindlich konstituiert wird. Gewiss besteht in Merkls Modell der Akt der Rechtsanwendung nicht ausschließlich aus dem Vollzug von bereits Vorliegendem. Es wird jedoch in den Grenzfällen (mangels Fehlerkalküls) davon ausgegangen, dass die Fortsetzung der Rechtspraxis nur dann als solche begriffen werden darf, wenn sie auf einer korrekten Erkenntnis des Rechtsrahmens beruht. Grundlegender noch: „Ohne minimale Rechtserkenntnis gäbe es demnach keine funktionierende Rechtsordnung".[196]

Die Alternativermächtigung hingegen ergibt sich aus einem Ansatz, der dem Willensmoment im Rechtsgewinnungsprozess nahezu uneingeschränkt den explikativen Vorrang einräumt. Obwohl „die das Recht anwendenden Organe das

---

Theorie. Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 5 (1953), S. 449–482 (476 f.). Vgl. auch *Giovanni Bisogni*, Kelsen e l'interpretazione giuridica: Una prospettiva storico-concettuale, in: Ars interpretandi 2 (2012), S. 95–112 (108).

[195] Dazu siehe oben Zweiter Teil, Kap. IV, S. 302 f.

[196] *Alexander Somek*, Von der Rechtserkenntnis zur interpretativen Praxis. Eine regelskeptische Verteidigung des Regelbegriffs in der Jurisprudenz, in: Rechtstheorie 23 (1992), S. 467–490 (469).

von ihnen anzuwendenden Recht vorerst – gleichsam von innen her – zu erkennen haben",[197] ist „diese Erkenntnis nicht das Wesentliche".[198] Das Rechtsverfahren sei kein Erkenntnisverfahren.[199] Obwohl zwischen Erkenntnis- und Erzeugungsanteil der Rechtsgewinnung im Merklschen Sinne unter Berufung auf die Dichotomie von nicht-authentischer und authentischer Interpretation[200] differenziert wird, betont die Kelsensche Dynamik den kontingenten bzw. akzidentiellen Charakter der tatsächlichen Domestizierung bzw. Determinierung der Rechtsentscheidung durch den Rechtsrahmen.[201] Ohne den Bezug auf den Rechtszusammenhang zu verlieren, entsteht das Recht möglicherweise in Diskrepanz zu den von den Rechtsnormen vorgegebenen Bedingungen. Eine autoritative Entscheidung eines Rechtsorgans erzeugt also auch dann geltendes Recht, wenn sie „keine der vom Standpunkt der Rechtswissenschaft möglichen Deutungen der anzuwendenden Rechtsnorm darstellt".[202] Mit der Lehre der Alternativbestimmungen fügt Kelsen die außerhalb des erkenntnismäßig bestimmbaren Normenrahmens getroffenen Entscheidungen in die Sphäre der Rechtsmäßigkeit ein und verzichtet konsequent auf eine Semantik der Rechtsfehler.[203] Durch die Alternativermächtigung zeigt sich, wie sich die Entscheidung von der anzuwendenden Rechtsnorm absondern kann, und die rechtliche „Autorität beweist, daß sie, um Recht zu schaffen, nicht Recht zu haben braucht".[204] Um wieder Boden unter die Füße bekommen zu

[197] *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 74/143.

[198] *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 74/143.

[199] Vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre und Egologische Theorie (Anm. 194), S. 474–476; *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 247/431. Jedoch sei hier angemerkt, dass Kelsen in der RR2 die von Sander in den 1920er Jahren nahegelegte Analogie zwischen dem Rechtsverfahren und dem wissenschaftlichen Erkenntnisverfahren zubilligt (*Kelsen*, RR2 [Anm. 13], S. 247 f.). In der Hitze der schulimmanenten Kontroverse um das ‚rechtswidrige Recht' lehnte Kelsen dies vorher vehement ab und warf Sander spöttisch vor, aus dem positiven Recht ein wissenschaftliches Unternehmen zu machen, vgl. z. B. *Hans Kelsen*, Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der ‚Rechtsdogmatik', in: Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1921), S. 103–235 (132).

[200] Zu dieser Dichotomie vgl. Zweiter Teil, Kap. IV, S. 183 (Anm. 86).

[201] „Auslegung ist […] für die Rechtsanwendung nicht begriffswesentlich, obwohl sie sie gewöhnlich als paralleler geistiger Vorgang begleitet […]. So ist die Auslegung weder für die Rechtsetzung noch für die Rechtsanwendung rechtslogisch erforderlich und damit überhaupt nicht ein Essentiale des Rechtsverfahrens" (*Hans Klinghoffer*, Über mehrfache Auslegungsmöglichkeiten, in: Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, Neue Folge, 1 [1939], S. 187–203 [192 f.]).

[202] *Kelsen*, Was ist die Reine Rechtslehre (Anm. 63), S. 151.

[203] Freilich verwendet Kelsen in anderen Zusammenhängen unproblematisch den Begriff der Fehlerhaftigkeit oder Unrichtigkeit in Bezug auf Rechtsentscheidungen, um die Perspektive der in einem Rechtsstreit verwickelten Parteien zu beschreiben, denn diese würden häufig behaupten, Rechtsfehler wären von den Organen begangen worden, vgl. z. B. *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 245–247/427–432. Die ‚Fehlerhaftigkeit' wird als Meinungsunterschied zwischen Organen und nicht-authentischen Interpretatoren formuliert; strukturell weist sie auf gewisse typische Rechtseinrichtungen auf. „To say that a norm is defective is to say that it is valid for the time being, but that it can still be overturned in a process of review. It follows that if this process has run its course and not led to a repeal of the norm whose legality was in doubt, the norm is no longer voidable and hence no longer defective" (*Lars Vinx*, Hans Kelsen's Pure Theory of Law. Legality and Legitimacy, Oxford 2007, S. 96 [Fn. 53]).

[204] *Carl Schmitt*, Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, Berlin

können, spricht Kelsen aber anders als Sander von einem möglichen Vorzug der durch den Rechtsrahmen affirmierten Entscheidungsoptionen gegenüber denjenigen, deren Rechtmäßigkeit sich lediglich mit Rekurs auf eine Alternativermächtigung retten lässt.[205]

Das Sandersche Rechtsverfahren fusioniert Interpretation und Anwendung und somit Rechtswahrheit und Rechtsautorität. Das Recht wird angewandt, wie es augenblicklich gewusst wird, denn „es gibt keine ‚Auslegung' ohne ‚Anwendung', d. h. es läßt sich kein Sinn der Rechtsbegriffe ohne ihre Beziehung auf rechtserhebliche Tatsachen feststellen, es gibt aber auch keine ‚Anwendung' ohne ‚Auslegung', d. h. gerade und nur in Beziehung auf rechtserhebliche Tatsachen erschließt sich der Sinn der Rechtsbegriffe".[206] Es handelt sich aber nicht um eine vom Verfahren losgelöste rechtswissenschaftliche Auslegung. Das rechtliche Wissen konstituiert sich auch im Rechtsverfahren. Dabei geht es nicht um die kognitive Abbildung eines vorgegebenen Rahmens, sondern vielmehr um das pragmatische Sich-Beziehen der Rechtsorgane auf die vergangenen Rechtsätze, die durch diesen Bezug als geltendes Recht aktualisiert werden und dann mit dem über die authentische Interpretation geprägten Inhalt einen neuen Anknüpfungspunkt für das Rechtsverfahren bilden. Die einzige für das Funktionieren der Rechtsmaschinerie relevante Wahrheit erschließt sich in den zuständigen, autoritativen Entscheidungen der Organe, wie sie die Geschehnisse rechtlich interpretieren und bestimmen. In dieser Praxis des Urteilens werden menschliche Akte als Recht erkannt. Das Rechtsverfahren sei ein Prozess der „Zu-Recht-Erkenntnis".[207] Die Rechtspraxis vollziehe und konstituiere, immer tatbestandsbezogen, die Rechtssätze, die sie im selben Zug auslegt.[208] Die Rechtswahrheit bildet und erschließt sich in Funktion der Betätigung der autoritativen Entscheidungen im Rechtsverfahren.

1922, S. 19. Vgl. auch *Peter Koslowski*, Gesellschaft und Staat. Ein unvermeidlicher Dualismus, Tübingen 1985, S. 117.

[205] Der Vorzug scheint aber lediglich kontingent zu sein und drückt sich bei der positivrechtlichen Verbindung der Rahmenverfehlung durch das Organ mit Rechtsfolgen aus. Diese Vorstellung verbindet die Lehre der Alternativermächtigung wieder punktuell mit der Theorie des Fehlerkalküls, vgl. *Adolf Julius Merkl*, Justizirrtum und Rechtswahrheit, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 45 (1925), S. 452–465 (461) = Merkl-GS I/1, S. 369–384 (379).

[206] *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 37), S. 515.

[207] Begriff bei: *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 28), S. 84; „Zu-Recht-Erkennen ist rechtliches Bestimmen, rechtliches Registrieren und charakterisieren, ist Ausstatten des rechtlich Nackten mit rechtskategorialen Prädikaten" (S. 109). Ausführlicher dazu oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 309–314.

[208] Vgl. *Alexander Somek*, Rechtliches Wissen, Frankfurt am Main 2006, S. 116.

B. Rechtserkenntnistheoretische Dissonanzen: Die Existenzberechtigung der Rechtswissenschaft

Rechtserkenntnistheoretisch gesehen liegt dem Merklschen Fehlerkalkül eine Rechtswissenschaftsauffassung zugrunde, die der Rechtsdogmatik letztlich eine Kontrollfunktion gegenüber der Rechtspraxis zuspricht: Vom Richterstuhl der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis aus wird determiniert, was rechtens ist.[209] Die Rechtswissenschaft maßt sich die Prärogative an, die ‚Errata' der Rechtspraxis zu schreiben. Wie hoch Merkl den rechtswissenschaftstheoretischen Stellenwert der Frage nach dem adäquaten Umgang mit dem Problem des rechtswidrigen Rechts ansetzt, geht aus der Tatsache hervor, dass er in der kritischen Funktion der Rechtswissenschaft gegenüber der Rechtspraxis die „Existenzberechtigung der Jurisprudenz"[210] sieht. Die Möglichkeit der Erkenntnis von Fehlern des Rechtsanwenders zu bestreiten, würde heißen, die Rechtswissenschaft zu leugnen. Das Primat der Rechtsanwendung Sanders sei demzufolge eine Version von rechts(wissenschafts)theoretischem Nihilismus.[211]

Die Übertragung der definitiven Entscheidung darüber, was rechtens ist, auf die Rechtswissenschaft breche auch mit dem eventuell infiniten Regress, der stattfinden würde, sollten einem Vollstreckungsorgan diese Prärogative zugesprochen werden.[212] Man würde in diesem Fall immer auf eine konkrete Entscheidung des weiteren zuständigen Rechtsanwenders warten müssen, um über die Rechtswidrigkeit einer Rechtserscheinung etwas sagen zu können. Im Grunde genommen

---

[209] Vgl. *Adolf Julius Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts, in: Juristische Blätter 47 (1918), S. 425–427, 444–447, 463–465 (463–465) = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (243–252); *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 15), Sp. 172 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (110 f.); *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 67), S. 286. Vielleicht nirgendwo anders kommt das Merklsche Primat der Rechtswissenschaft klarer zum Ausdruck als in folgendem – oben bereits zitiertem – Satz: „Äußert sich der Irrtum in entgegengesetzter Richtung, indem ein verfassungsmäßiges Gesetz oder eine gesetzmäßige Verordnung wegen vermeintlicher Rechtswidrigkeit für aufgehoben erklärt wird, so schafft auch dieses Fehlerkenntnis nicht Recht; das bedeutet nun aber: es braucht vom Bundespräsidenten nicht exequiert, es braucht auch von der ‚zuständigen' Behörde nicht als aufgehoben kundgemacht zu werden, ja es darf dies im Grunde gar nicht" (*Merkl*, Prüfung von Gesetzen und Verordnungen [Anm. 66], S. 608 = Merkl-GS II/1, S. 393–438 [436]). Damit wird klar, Merkl meint nicht bloß ein epistemisches Primat, eine epistemische Entkonstituierung einer Rechtserscheinung durch die Rechtswissenschaft, sondern tatsächlich eine sich auf der Ebene der Rechtsgeltung auswirkende Disqualifikation der fehlerhaften Akte bzw. eine rechtsvernichtende Entkonstituierung der Geltung, vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 298–301.

[210] *Merkl*, Justizirrtum und Rechtswahrheit (Anm. 205), S. 465 = Merkl-GS I/1, S. 369–384 (374).

[211] Vgl. *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 209), S. 464 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (249); *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 67), S. 282; *Adolf Julius Merkl*, Ein Kampf gegen die normative Jurisprudenz (Zum Streit um Kelsens Rechtslehre), Wien 1924, S. 29 = Merkl-GS I/1, S. 339–364 (364 Fn. 40).

[212] Vgl. dazu *Emanuel Winternitz*, Zum Gegenstandsproblem der Rechtstheorie. Kritische Bemerkungen zu Fritz Sanders „Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz: Kelsens Rechtslehre", in: Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1922/1923), S. 684–698 (695).

bliebe die Frage der Rechtmäßigkeit nahezu permanent in der Schwebe. Darüber hinaus ist es im Merklschen Modell – aufgrund des definitorischen Mangels an Fehlerkalkül – bei letztinstanzlichen Entscheidungen, genauer: bei der nicht mehr auffindbaren positiv-rechtlichen Disponierung über Fehlerreaktionsmöglichkeiten schwer, davon abzusehen, den durch die Rechtswissenschaft als solchen anerkannten rechtlichen Fehlern ‚Derogationskraft' zuzusprechen, da es keine mögliche Ratihabierung/Sanierung dieser Irrtümer durch spätere Korrekturen von durch das Recht autorisierten Interpreten gibt und in der Regel das positive, vorhandene Recht sich nicht mehr auf die letztinstanzliche Entscheidung als fehlerhafte, aber dennoch gültige, Entscheidung bezieht. Irgendwann wird der Punkt erreicht, an dem das positive Recht über Erkenntnisfehler des Rechtsanwenders schweigen muss. Da das positive Recht dann nicht mehr seine eigene Fehlertoleranz regele und keinen Bezug auf die von diesem Punkt an entstandenen fehlerhaften Entscheidungen als fehlerhafte Rechtserscheinungen nehme, verliere diese Rechtserscheinung ihre Geltung – genaugenommen werde sie nie zu einer Erscheinung des Rechts. Die Rechtswissenschaft habe daher die Pseudorechtserscheinungen in ihrer Nichtigkeit zu entlarven. Sie wird somit als eine verbindliche Instanz für die Rechtspraxis eingesetzt.

Mit der Überprüfungsmacht der Rechtswissenschaft hinsichtlich der Übereinstimmung der bedingten Rechtserscheinungen mit den bedingenden Rechtsnormen hängt für Merkl außerdem die rechtstheoretische Affirmation der Hierarchie zwischen den Rechtsstufen zusammen:

„Die Eingliederung in die Rechtshierarchie bedeutet die Unterordnung unter höhere Rechtsgebilde, wobei die Frage, ob das Unterordnungsverhältnis gewahrt ist, sehr wohl eine logische Überprüfung zuzulassen scheint. Die Bestreitung dieser Überprüfungsmöglichkeit [schließt] zugleich den Verzicht auf eine Rechtswissenschaft von irgendwelchem Inhalt in sich [ein]".[213]

Die Behauptung eines Primats des Rechtsverfahrens führe „zur Wandlung aller Rechtsanwendung in Rechtserzeugung"[214] und somit zur Unmöglichkeit der Identifikation von rechtlichen Phänomenen überhaupt. Ohne Rechtswissenschaft als Kontrollinstanz kein hierarchisches Verhältnis zwischen den Rechtserscheinungen,

[213] *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 209), S. 444 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (236). In späteren Arbeiten – vermutlich die Kontroverse mit Sander im Hinterkopf habend – mildert Merkl seine Formulierungen ab, bleibt im Kern aber bei der Funktion der Rechtswissenschaft, Recht von Nicht-Recht trennen zu können/müssen: „Hier wird nicht von der Rechtswissenschaft – unter Überschreitung ihrer mit aller Wissenschaft gemeinsamen bloßen Erkenntnisfunktion – Recht konstruiert, sondern nur erkenntnismäßig überprüft, ob wirklich Rechtserzeugungsorgane an Werke waren und ob sie gemäß den Rechtserzeugungsregeln wirklich Recht erzeugt haben. Der Verzicht auf solche Scheidung von Recht und Nichtrecht wäre ein Abdizieren aller Rechtswissenschaft" (*Adolf Julius Merkl*, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in: Alfred Verdross [Hrsg.], Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstage gewidmet, Wien 1931, S. 252–294 [282] = Merkl-GS I/1, S. 437–492 [476]).

[214] *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 209), S. 444 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (236).

oder schlichtweg: kein Recht als von anderen sozialen Erfahrungen individualisierbares Phänomen. Letztlich hänge die Abgrenzung von Recht und Nicht-Recht von den konstitutiven Erkenntnisleistungen der Rechtswissenschaft ab.

Sander seinerseits hat keine Schwierigkeit bei der Behauptung der Wissenschaftlichkeit einer auf die Rechtsfehlerkategorie verzichtenden Rechtstheorie: Allen philosophischen/reflexiven Wissenschaften sei es gemeinsam, *ex post facto* und rein analytisch zu arbeiten.[215] Die Rechtstheorie sei als eine Art Phänomenologie des Rechts zu gestalten und sie arbeite, wie jede Wissenschaft von „Sinn" und „Bedeutung" mit der Methode der Reflexion[216] – „die Rechtswissenschaft wendet sich in Reflexion dem Subjekt–Objektverhältnisse ‚Recht', die Theorie der Rechtserfahrung insbesondere dem Subjekt–Objektverhältnisse Rechtsverfahren-Tatbestand zu".[217] Deskriptiv gesehen: Alles was im Rechtsverfahren durch das Rechtsverfahren als Rechtserscheinung konstituiert wird, ist (verfahrensmäßig) Recht. Die Konstitution der rechtlichen Relevanz sei eine Leistung des Rechtsverfahrens (und nicht der Rechtstheorie oder der Rechtsdogmatik). Das Reale sei/werde rational.[218] Logik, Ethik oder Grammatik dürften sich in den souveränen rechtserzeugenden Urteilszusammenhang des Rechtsverfahrens nicht einmischen, d. h.: sie dürfen von der Rechtstheorie nicht als Schablone in Anspruch genommen werden, an der die Richtigkeit der Rechtserscheinungen gemessen werden soll. „Die Rechtswissenschaft kann die ‚Wahrheit' des Rechts nicht kraft eigener Regeln erfassen, sondern nur durch Analyse der Urteile des Rechts".[219] Die Rechtstheorie hat in dieser Hinsicht dem positiven Recht nichts zu sagen, „was das Recht nicht von sich aus schon wüsste".[220]

---

[215] Er spricht von „Selbstverleugnung" aller philosophischen Wissenschaften (wie der Rechtstheorie), vgl. *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 179), S. 1198.

[216] Vgl. *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 28), S. 93; *Sander*, Der Begriff der Rechtserfahrung (Anm. 34), S. 307 f.

[217] *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 28), S. 75.

[218] Der Hegelsche Stachel lässt grüßen: „Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig"; „Die Eule der Minerva beginnt erst mit der einbrechenden Dämmerung ihren Flug" (*Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts [1821], in: Georg Friedrich Hegel Werke, Band 7, Frankfurt am Main 1970, S. 24, 28). Zum Hegelschen Diktum vgl. *Michael Pawlik*, Hegel und die Vernünftigkeit des Wirklichen, in: Der Staat 41 (2002), S. 183–212. Es ist nicht klar, ob Sander sich näher mit dem Denken von G. F. Hegel (1770–1831) beschäftigt hat. Das Hegelsche Konzept der Reflexion übergeht er bewusst in: *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 28), S. 145. Hegelianische Züge, die bei seiner Argumentation zu spüren sind, sind wahrscheinlich als Nebeneffekt auf seine Beschäftigung mit einigen Neukantianern wie Hermann Cohen, Heinrich Rickert (1863–1936) und Emil Lask zurückzuführen. Zu Hegelschen Elementen bei bestimmten Versionen des Neukantianismus vgl. *Kurt Sternberg*, Der Neukantianismus und die Forderungen der Gegenwart, in: Kant-Studien 25 (1920), S. 396–410; *Heinrich Levy*, Die Hegel-Renaissance in der deutschen Philosophie: mit besonderer Berücksichtigung des Neukantianismus, Charlottenburg 1927; *Christian Krijnen*, Hegel und der Neukantianismus. Eine systematische Konfrontation, in: Dietmar Heidemann/Christian H. Krijnen (Hrsg.), Hegel und die Geschichte der Philosophie, Darmstadt 2007, S. 301–325; *Frederick Beiser*, Normativity in Neokantianism: Its Rise and Fall, in: International Journal of Philosophical Studies 17 (2009), S. 9–27.

[219] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 179), S. 1208.

[220] *Christoph Kletzer*, Absoluter Rechtspositivismus und Normativer Monismus: Zur Idee

Sander versteht sich aber auf keinen Fall als ein rechts(erkenntnis)theoretischer Annihilator.[221] Ganz im Gegenteil diskreditiert er die Merklsche Lösung des Primats der Rechtserkenntnis[222] als subjektivistisch. Da innerhalb der Rechtswissenschaft auch Meinungsunterschiede zwischen den Dogmatikern und Theoretikern nicht auszuschließen seien, bliebe im Merklschen Modell – gegen seine eigenen Erwartungen – die Frage nach der Rechtlichkeit einer prätendierten Rechtserscheinung fristlos unentschieden.[223] Für Sander – so lässt es sich deuten – hat Merkl im Apex seines fein elaborierten Erkenntnissystems die Tradition des spätrömischen Juristenrechts[224] in Form eines Gelehrtenrechts wiederbelebt und, dem Programm der Reinen Rechtslehre widersprechend, die Rechtswissenschaft zur Rechtsquelle erhoben. Sander bestreitet darüber hinaus, dass sein Modell das Konzept der Rechtsanwendung denaturiert. Er ersetzt jedoch die diesbezüglich herrschende Vorstellung durch das Beziehungsschema des Wechselbezugs, „deshalb ist die Determinierung durch ‚objektives Recht höherer Stufe' kein Wesenszug des Rechts, wohl aber die Determinierung durch die Individualität des Organs und durch den Tatbestand".[225]

Die Alternativbestimmung Kelsens beruht abschließend auf der Zusprechung einer *ex post facto* deskriptiven Intentionalität zur rechtstheoretischen Beschäftigung mit dem Recht: Die Rechtswissenschaft wird bei der Frage nach dem Rechtlichen auf das positive Recht verwiesen, wie es sich konstituiert (hat). Ausschließlich die dazu ermächtigten Rechtsorgane können im vorgesehenen Rechtsverfahren den getroffenen Rechtsentscheidungen ein rechtserhebliches ‚*Erratum*' hinzufügen, bzw. einen von ihnen als rechtswidrig gedeuteten Rechtsakt vernichten, ihm die Geltung absprechen. Für Kelsen liegt die Bedingung der Möglichkeit einer autonomen Rechtswissenschaft woanders als bei Merkl. Der Kelsenschen Reinen Rechtslehre genügt es, dass das Recht als eine souveräne, nicht vom Jenseits des Rechts ableitbare, normative Ordnung vorausgesetzt wird. Eine selbständige

---

einer Reinen Rechtslehre, in: Clemens Jabloner et alii (Hrsg.), Gedenkschrift Robert Walter, Wien 2013, S. 257–270 (265).

221 Ausführlicher zu den hier und da auftauchenden gegenseitigen Karikierungen von Sander und Merkl vgl. unten Dritter Teil, Kap. IX, S. 476–498.

222 „Vor dem Prozesse rechtswissenschaftlicher Erkenntnis gibt es weder Recht noch Nichtrecht oder im besonderen Unrecht, sondern nur den Schein von Recht. Erst mit dem Prozess rechtswissenschaftlicher Erkenntnis weicht dieser Schein der Gewissheit […]" (*Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft [Anm. 67], S. 287).

223 *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 161), Sp. 30.

224 Zum Begriff „Juristenrecht" vgl. *Paul Koschaker*, Europa und das römische Recht, München/Berlin 1947, S. 164–212; *Álvaro d'Ors*, Jus Europaeum?, in: L'Europa e il Diritto Romano: Studi in memoria di Paolo Koschaker, Bd. 1, Milano 1954, S. 449–476; *Arthur Schiller*, Jurist's Law, in: Columbia Law Review 58 (1958), S. 1226–1238.

225 *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 161), Sp. 20. Zu diesem Zeitpunkt äußerte sich auch Kelsen skeptisch gegenüber der Idee der ‚Rechtsanwendung', wie sie sich im Begriff der ‚Rechtsprechung' manifestiert, aufgrund des kreativen, rechtsschöpferischen Charakters der Entscheidungen der Rechtsorgane: „eine […] – vielleicht nicht ohne unbewußte Absicht – verdunkelnde Terminologie" (*Hans Kelsen*, Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 17 [1923/1924], S. 374–408 [381]).

Rechtswissenschaft erfordert eine eigengesetzlich operierende Rechtsnormativität. Ohne Recht als eigengesetzliche Sinnsphäre gibt es „keine Rechtserkenntnis, keine Rechtswissenschaft".[226] Dass diese Eigengesetzlichkeit mit den Gesetzen der Logik bzw. der rationalen Erkenntnis oder gar der Sprache verträglich sein muss, wird von Kelsen in diesem Zusammenhang weder behauptet noch – soweit ersichtlich – suggeriert.[227] Die reine Deskriptivität und die damit verbundene Autonomie der Rechtswissenschaft qua reiner Rechtslehre ist sozusagen der Avers der Eigenreflexivität des Rechtsverfahrens. Rechtserzeugung und Rechtsvernichtung werden dergestalt rechtlich selbstbestimmt, dass das positive Recht selbst dasjenige ist, welches die rechtliche Relevanz der weltlichen Ereignisse bestimmt. Weder die Rechtswissenschaft noch die Erkenntnis- oder die Sprachtheorie und auch nicht die Ethik dürften für sich rechtliche Funktionen evozieren.[228] „Die Rechtsautorität kann mit ihrer Interpretation das Recht ändern; die rechtswissenschaftliche Interpretation kann aber das Recht ebensowenig [ändern] wie die theologische Interpretation die Bibel".[229] Der Rechtswissenschaft stünde nicht zu, das bestehende Recht fortzubilden oder zu korrigieren.

C. Rechtstheoretische Betrachtungsweisen

Auf der Ebene der Rechtstheorie distanzieren sich die Ergebnisse der Betrachtungen von Merkl und Sander nicht zuletzt aufgrund der unterschiedlichen eingenommenen Perspektiven. Der Funktionsmodus des Rechts wird gelegentlich aufgrund verschiedener Fokusse und Akzente anders wahrgenommen und beschrieben. Dieser Unterschied wird aber selten zur Sprache und auf den Punkt gebracht und das

---

[226] *Hans Kelsen*, Vorrede zur zweiten Auflage, in: Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 2. Aufl., Tübingen 1923, S. VII.

[227] „Eine Rechtswissenschaft – als Erkenntnis eines besonderen Objektes – ist nämlich überhaupt nur möglich, wenn man von der Anschauung einer *Souveränität des Rechts* (oder, was dasselbe ist, des Staates) ausgeht, d. h. wenn man die Rechtsordnung als ein selbständiges und daher von keiner höheren Ordnung abgeleitetes Normensystem erkennt" (*Hans Kelsen*, Zur Theorie der juristischen Fiktionen, in: Annalen der Philosophie 1 [1919], S. 630–658 [652] = HKW 4, S. 209–234 [229] – Hervorhebung im Original); „Daß die ‚positive' Rechtsordnung und das System der Moral oder religiösen Normen nicht zugleich als gültig angenommen werden kann, weil sich sonst unlösbare Normkonflikte ergeben, daß der Jurist als solcher von der Moral (so wie der Moralist als solcher vom Recht) abstrahieren muß, um die Einheit des Standpunktes normativer Erkenntnis zu wahren, das wird von der herrschenden Lehre ausdrücklich oder stillschweigend vorausgesetzt. In dieser Ausschließlichkeit der Geltung der positiven Rechtsordnung liegt, was man bei der Staatsordnung als Souveränität bezeichnet; Positivität des Rechts und Souveränität des Staates bedeutet – in gewissem Sinn – dasselbe. In dieser Positivität oder Souveränität ist die Möglichkeit einer selbständigen, von Ethik und Religionsdogmatik unabhängigen Rechts- und Staatswissenschaft begründet" (*Hans Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, Tübingen 1922, S. 87 = HKW 7, S. 69–350 [187]). Vgl. noch *Kelsen*, Das Problem der Souveränität (Anm. 173), S. 86 f. = HKW 4, S. 263–572 (353 f.).

[228] Vgl. *Christoph Kletzer*, Towards an Inferential Semantics in Jurisprudence, in: Law and Philosophy 10 (2007), S. 104–117 (115).

[229] *Kelsen*, Reine Rechtslehre und Egologische Theorie (Anm. 194), S. 476.

Bewusstsein über die Verschiedenheit der Prämissen scheint bei den Teilnehmenden an der schulimmanenten Debatte um das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' nicht immer vorhanden gewesen zu sein. Terminologische Übereinstimmungen sorgten hie und da für Äquivokationsfallen; mitunter dienten sie zur Invisibilisierung tiefgreifenderer Prämissenunterschiedlichkeit und veranlassten Diskurse, in denen die Kontrahenten aneinander vorbeiredeten. Wenn zwei Mitglieder der Wiener Schule z. B. ‚Dynamik' sagen, meinen sie nicht unbedingt dasselbe. Sander posaunt unaufhörlich die Notwendigkeit einer dynamischen Wende des Rechtsdenkens hinaus und wirft sowohl Kelsen als auch Merkl die Befürwortung einer statischen Sichtweise vor, die er mit der Perspektive der von ihm sogenannten Rechtsdogmatik gleichstellt.[230] Ihm gelingt es aber nur begrenzt, sein eigenes dynamisches Modell und die mit ihm verbundenen rechtstheoretischen Implikationen deutlich und überzeugend zu schildern, sodass die Kritik an der Merklschen und Kelsenschen Statik, wie er sie versteht, klar hervortritt. Es darf aber auch nicht aus dem Auge verloren werden: Die Merkl–Sander-Kontroverse ereignete sich in den Anfangsjahren der Reinen Rechtslehre wie der Wiener Schule und es herrschte damals noch kaum Klarheit über die Konturen und Erkenntnisinteressen einer statischen in Abgrenzung zu einer dynamischen rechtstheoretischen Betrachtungsweise. Es wurde noch um Formulierungen gerungen und manche Einsichten wie Kritikpunkte wurden nicht scharf genug präsentiert.

I. Statik vs. Dynamik

Die Statik wird ursprünglich im Kelsens Kreis mit einer Theorie des Normativen in Verbindung gebracht, nämlich mit einer Fokussierung auf die Sollen-Dimension des Rechtsphänomens, während die Dynamik mit der Beschreibung der Genese und Entwicklung des Rechts als Produkt menschlicher Entscheidungen assoziiert wird.[231] Das Erkennen und Ausarbeiten wie die Kompatibilisierung beider Perspektiven als zulässige Standpunkte für die rechtstheoretische Rekonstruktion des Rechts bildete eine der Herausforderungen der ersten Generationen der Wiener Schule. Nicht nur die Terminologie schwankte, sondern auch das Verständnis der zur Debatte stehenden Aufgabe. ‚Statisch' und ‚dynamisch' qualifizierten als Adjektive mal unterschiedliche Normensysteme (zu betrachtende Gegenstände), die sich nach verschiedenen Relationsprinzipien strukturieren, mal zu unterscheidende

[230] „Der Begriff der Dynamik des Rechts ist der Rechtsdogmatik fast vollkommen unbekannt, von den Rechtsverfahren ist es nur der (Zivil- und Straf-) Prozeß, welchem aus praktischen Gründen eingehende Untersuchungen gewidmet wurden" (*Fritz Sander*, Die transzendentale Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 [1919/1920], S. 468–507 [469]). Vgl. auch *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 28), S. 26 f.

[231] Die Verwertbarkeit einer dynamischen Perspektive für die Beschreibung des Rechts als System von Normen war Gegenstand einer frühen Auseinandersetzung zwischen Verdross und Weyr, vgl. oben Erster Teil, Kap. II, S. 126 (mit Anm. 562). Vgl. auch oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 264–269, 272–276.

Perspektiven (Betrachtungsweisen).[232] Die Verschiedenheit der in Anspruch genommenen Strategien und Ansätze lässt sich am Beispiel der Rechtsfehlerproblematik emblematisch herausdestillieren. Je nach Perspektive sieht das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' anders aus.

Die in der Opposition zwischen Statik und Dynamik artikulierte rechtstheoretische Differenz der Ansätze Merkls und Sanders erweist sich weitgehend als eine Verschiedenheit der Erkenntnisinteressen, die sich dann in Akzentverschiebungen manifestiert. Das Merklsche Modell widmet sich – bei aller Dynamisierung der Rechtsbetrachtung, die die Stufenbaulehre mit sich bringt –, immer noch primär der Maßstabsfunktion des Rechts bzw. der Rechtsbindung. Im Fokus steht die Normativität der rechtlichen Anforderungen, die sich den abweichenden Verhaltensweisen des Normadressaten nicht anpassen, sondern beanspruchen, kontrafaktisch die Handlungen der Rechtsorgane und übrigen Rechtsunterworfenen zu lenken. Für das „regelgeleitete Handeln" ist konstitutiv, „daß es mit Bezug auf etwas als richtig oder falsch beurteilbar ist".[233] Die aus der Handelnden-Perspektive aufgeworfene Frage ‚Was soll ich tun?' wandelt sich nun im Rahmen der Theorie des Fehlerkalküls in eine ‚Hätte-Frage': ‚Was hätte der Handelnde – die rechtserzeugende Stelle – nach den Maßgaben der positivrechtlichen Normen tun sollen oder dürfen?'[234] Die Rechtsdogmatik findet im Konzept des Fehlerkalküls die Möglichkeit, die Rechtsbindung mit der entsprechenden Verhaltensstandardfacette[235] des Rechtlichen hochzuhalten, indem sie sich mangels positivrechtlicher Sanktionen

---

[232] In den späteren Stadien der Reinen Rechtslehre Kelsens wird diese Polysemie beibehalten, vgl. *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 72/140 („Statische und dynamische Rechtstheorie"), S. 198/349 („Das statische und das dynamische Prinzip"). Eine überblickartige Kartographie der Bedeutungen von ‚Rechtsdynamik' im Kelsenschen Corpus ist zu finden in: *Amedeo Giovanni Conte*, Nomostatica e nomodinamica, in: Novissimo Digesto Italiano, Bd. 11, Torino 1965, S. 321–323. Zur Gegenüberstellung zwischen ‚statisch' und ‚dynamisch' als Attribute unterschiedlicher Arten von Normensystemen vgl. *Kazimierz Opałek*, Statisches und dynamisches Normensystem, in: Heinz Mayer (Hrsg.), Staatsrecht in Theorie und Praxis, Wien 1991, S. 507–518. Vgl. noch das Plädoyer für die Beschränkung von ‚statisch' und ‚dynamisch' auf die Unterscheidung von Betrachtungsweisen in: *Ota Weinberger*, Die normenlogische Basis der Rechtsdynamik, in: Ulrich Klug et alii (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozeßrecht. Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig, Berlin/Heidelberg/New York 1978, S. 172–190 (179).

[233] *Ernst Tugendhat*, Drei Vorlesungen über Ethik, in: Ernst Tugendhat, Probleme der Ethik, Stuttgart 1984, S. 57–131 (73).

[234] So spricht Weyr von einem „statischen Standpunkt", von dem aus das grundlegende Problem darin besteht, zu fragen, „quod iuris", d. h. zu fragen, wie es nach dem Recht zu entscheiden sei (vgl. *František Weyr*, Teoria e Prassi del Diritto, in: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto 16 [1936], S. 221–235 [230]). Wie oben dargestellt, drängt sich in einer dynamischen Perspektive die Frage „quis judicabit" ins Zentrum der Betrachtung, vgl. Dritter Teil, Kap. VII, S. 377–380.

[235] Zur Funktion der Rechtsnormen als „standard of conduct" vgl. *Hart*, The Concept of Law (Anm. 147), S. 54–56, 133–135; *Hart*, The Concept of Law, 2. Aufl. (Anm. 147), S. 55–57, 137–138, der sich zur Aufgabe macht, den Gebrauch der Rechtsregeln als normative Verhaltensstandards durch die Rechtsautoritäten („officials") zu beschreiben. Der Hartsche Trick ist ähnlich wie der Merklsche: Beide schauen sich die Funktion der Regeln als Maßstab an und sehen sie u. a. darin konkretisiert, dass das von den Regeln abweichende Verhalten der Kritik unterzogen wird. Bei Merkl übernimmt anders als bei Hart die Rechtswissenschaft die Rolle einer Kontroll- und Kritikinstanz der Rechtspraxis.

oder Reaktionschancen als Kritik meldet, das fehlgeleitete Handeln mit Bezug auf die bedingenden Normen abmahnt und es letztendlich aus dem Rechtsbereich ausweist.

Anhand des Konzepts des Fehlerkalküls versucht Merkl die Statik der Rechtserkenntnis mit der Dynamik der Rechtsentscheidungen vor dem Hintergrund der von ihm postulierten Beharrungstendenz allen Rechts weitgehend zu versöhnen: „Dynamik und Statik, soferne diese jene bedingt, jener Linien gibt, auf daß sie nicht umrißlos in der Flucht zerfließt".[236] Der Fehlerkalkül zeigt sich als Bemühen, die verhaltenslenkende, die Erwartungen der Rechtsunterworfenen stabilisierende Normfunktion des Rechts nicht von einer rechtsdynamischen Betrachtungsweise zu trennen. Man könnte sagen: Die durch die Figur der Entsprechung zu den bedingenden Normen konstruierte Kategorie der Rechtmäßigkeit zeichnet einen Bereich des rechtlichen Dürfens aus, der sich mit dem des rechtlichen Könnens nicht deckt. Nicht alles, was man rechtlich kann, darf man rechtlich auch. Der von Merkl angekündigte Bremsmechanismus, der der Dynamik des Rechtsverfahrens entgegenwirkt, wird geliefert.[237] Der Fehlerkalkül beharrt auf dem Normativitätsanspruch des Rechts schlechthin und weigert sich, sich mit einer ‚*Anything-goes*'-Einstellung den Entscheidungen der Rechtsorgane zu unterwerfen. Ein statisches Minimum an Ableitbarkeit aus den bedingenden Normen muss sein.[238] Das Insistieren auf der Normativität macht die Statik (nach dieser Lesart) unverzichtbar.

Mit dem Fehlerkalkül hat man eine Ingredienz einer dynamischen Betrachtungsweise des Rechts, die sich dem Phänomen der immanenten Rechtsentwicklung und -änderung durch Rechtserzeugung und Rechtsvernichtung widmet und dabei das Verhältnis zwischen Statik als Ableitbarkeit und Dynamik als Entscheidbarkeit eigentümlich (re)konstruiert. Ein je nach Fehlerkalkül variierbares Minimum der Anforderungen an die Rechtserzeugung muss sich konkret in der nächsten Stufe des Rechtsgewinnungsverfahrens wiedererkennen lassen. Die feststellbare Abweichung zwischen den bedingten Rechtserscheinungen und den bedingenden Rechtsnormen plausibilisiert die Rede von ‚Rechtsfehlern', ohne dass der fehlerhafte Charakter der Rechtserscheinung ihre Geltung unmittelbar beeinträchtigt. Sind diese Fehler aber nicht über den Weg des Fehlerkalküls behebbar, bricht eine Art von exogener Statik mit der endogenen Dynamik des Rechts: Die Rechtswissenschaft interveniert zugunsten der normativen Ansprüche des vorausgegangenen positiven Rechts. Die statisch beladene Nichtigkeitsprämisse tritt wieder aufs Feld: Verfehlen die Organe den Rahmen der bedingenden Normen, handeln sie nicht rechtlich, es wird mangels Fehlerkalküls kein Recht erzeugt.

---

[236] *Marcic*, Merkls ontologische Theorie der Rechtskraft (Anm. 168), S. 224.

[237] Vgl. oben Zweiter Teil, Kap. IV, S. 174 f.; Zweiter Teil, Kap. VI, S. 293 f.

[238] Zur statischen Befangenheit der Merklschen Rechtsdynamik vgl.: *Fritz Sander*, Zur Methodik der Rechtswissenschaft, in: Kant-Studien 28 (1923), S. 283–310 (307); *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 28), S. 26; *Josef Kunz*, [Buchbesprechung] Adolf Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung (1923), in: Zeitschrift für öffentliches Recht 4 (1924), S. 354–362 (359). Vgl. auch *Somek*, Rechtssystem und Republik (Anm. 189), S. 488.

Durch die Alternativbestimmung Kelsens wird das Recht zum Kriterium für die Entscheidung der dieses Kriterium autoritativ determinierenden Rechtsorgane, d. h. die autoreferenzielle Rechtserzeugung wird primär in einer Art und Weise thematisiert, die eher an die Radikalisierung der Rechtsdynamik durch das Sandersche Rechtsverfahren erinnert, bei dem sich das Recht nur in Bezug auf das Koordinatensystem der Urteile der zuständigen Rechtserzeuger konstituiert.[239] Es kann hier von einer Normanspruchsvergessenheit[240] gesprochen werden: In den Fokus gerät nicht die Verhaltenssteuerung durch das Recht, sondern geraten die Rechtserzeugungsstrukturen.[241] Die relevante Fragestellung ist nicht mehr die nach dem *Was* der Rechtsanforderungen, d. h. nach den mit Bezug auf die bedingenden Normen zu erwartenden Handlungen der Unterworfenen, sondern die nach dem *Wie* der Prozessierung rechtlicher Informationen in der und durch die Rechtsmaschinerie.

Im Sanderschen Projekt taucht in diesem Zusammenhang der Begriff des Rechtsverfahrens als Schlüssel für das Verständnis der „souveräne[n] Eigengesetzlichkeit“[242] des Rechts als ein spezifischer Mechanismus der Neuschematisierung der Realität auf. Eine radikalpositivistische Rechtstheorie könne nur eine „Lehre von der Positivität, das heißt vom gesetzmäßigen Seinszusammenhange des Rechts“[243] sein. Es gilt dabei, weniger auf das menschliche Verhalten gegenüber den Rechtsanforderungen zu fokussieren,[244] als sich vielmehr auf das Recht als einen „spezifische[n] Funktionszusammenhang“[245] einzulassen. Die Wette auf die Dynamik ist die Wette auf eine spezifische juristische Betrachtung des Rechts. Daher auch die allmählich gewonnene Zentralität der Ermächtigung als Grundmodalität der Kelsenschen Rechtstheorie, weg von einem ursprünglich pflichtzentrierten Ansatz.[246] Denn es geht darum, Struktur und Prozess der eigentümlichen Selbstbestimmung der Rechtsänderungen zu beschreiben. Die Frage nach der rechtskonformen Handlung als solche wird – bei Kelsen sowie bei Sander – sekundär.

Dass das positive Recht die Rechtssubjekte mit Ge- und Verboten genauso wie mit Erlaubnissen adressiert, wird nicht bestritten. Dieser Aspekt der Rechtsnormativität steht aber nicht im Mittelpunkt der Lehre von der Alternativermächtigung. Mit Fokus auf die statische Komponente des Prozesses der Rechtsgewinnung kann

---

239 Vgl. *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 28), S. 130.

240 Vgl. *Alexander Somek*, Wissen des Rechts, Tübingen 2018, S. 33.

241 Zu den Implikationen eines dynamischen Verständnisses des Rechts vgl. *Lippold*, Recht und Ordnung (Anm. 12), S. 133–147.

242 *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 37), S. 594.

243 *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 37), S. 525.

244 Dies ist für Sander die typische Einstellung der Rechtsdogmatik, vgl. *Sander*, Das Faktum der Revolution (Anm. 183), S. 143 (Fn. 1). Vgl. auch *Julius Binder*, Rechtsnorm und Rechtspflicht, Leipzig 1912, S. 47 f.

245 *Sander*, Das Faktum der Revolution (Anm. 183), S. 149 (Fn. 1).

246 Vgl. dazu *Paulson*, Ermächtigung. Grundmodalität der Reinen Rechtslehre (Anm. 17); *Jestaedt*, Ein Klassiker der Rechtstheorie (Anm. 131), S. XXXIX–XLIV, LI–LIII. Kritisch zur Lesart der Reinen Rechtslehre Kelsens, die die Ermächtigung ins Zentrum des rechtstheoretischen Gebäudes stellt, vgl. *Ota Weinberger*, Theory of Legal Dynamics Reconsidered, in: Ratio Juris 4 (1991), S. 18–35 (30–32).

man durch die wesentlich dynamischer ausgerichtete Alternativermächtigung lernen, wie die endogene Dynamik des Rechts die vom positiven Recht selbst aufgestellten Anforderungen an die Rechtserzeugung und Rechtsvernichtung von innen aus cancelt bzw. aufhebt,[247] um diese mit den ihnen von den zuständigen Organen gegebenen, neuen normativen Gehalten an die weiteren Rechtsverfahrensstellen zu vermitteln. Ganz im Sinne des Sanderschen Radikalpositivismus[248] verarbeitet Kelsen via Alternativermächtigung die rechtliche „Institutionalisierung der Beliebigkeit von Rechtsänderungen"[249] durch das arbeitsteilig operierende positive Recht: Einerseits umfasst die Positivierung des Rechts bereits an sich ein gewisses Zugeständnis an Kontingenz bzw. Zufälligkeit der Rechtsinhalte, andererseits ergänzt die Alternativermächtigung dieses Zugeständnis um die Unterbringung von Änderungen, die nicht nach den direkten Maßgaben der Ermächtigungsnormen erfolgen. Die essentiell dynamische Lehre der Alternativermächtigung durch die Brille einer statischen Perspektive zu betrachten, die nach der Verhaltenslenkung durch die bedingenden Normen fragt, wird unvermeidbar für Verlegenheit sorgen.

II. Anforderungsmodell vs. Prozessbetrachtung: Verhaltensteuerung und Rechtserzeugungsstrukturen

Dem Fehlerkalkül haftet eine Sichtweise an, die als „Anforderungsmodell des Rechts"[250] bezeichnet werden könnte, das sich noch sehr für die Frage nach der durch das Recht beanspruchten Handlung der Normadressaten interessiert, wobei das Begriffspaar rechtmäßig/rechtswidrig eine relevante Orientierung liefert. In diesem Modell, das den Standard juristischen Denkens zu prägen scheint,[251] wird das Recht als ein Komplex valider Normen begriffen, die Anforderungen an die Rechtssubjekte stellen. Durch diese tendenziell statische Perspektive betrachtet, taucht das Recht als ein Inbegriff von Befehlen bzw. Anforderungen auf, die bestimmte Verhaltensweisen der Normadressaten erfordern.[252] Genauer: Die

[247] Es handelt sich um eine Art von „self-cancelation" der Normativität durch die Positivität des Rechts selbst, vgl. *Christoph Kletzer*, [Buchbesprechung] Legal Validity: The Fabric of Justice, Maris Köpcke, Hart Publishing, 2019, in: The American Journal of Jurisprudence 64 (2019), S. 275–280 (275 f.).

[248] Dazu gleich unten Dritter Teil, Kap. VIII, S. 446–449.

[249] *Niklas Luhmann*, Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft, in: Niklas Luhmann, Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt 1981, S. 113–153 (143).

[250] Dies wird von Christoph Kletzer brillant rekonstruiert als „demand model of the functioning of law" (vgl. *Kletzer*, The Idea of a Pure Theory of Law [Anm. 12], S. 16–20).

[251] „Daß man in rechtlichen Regelungen etwas anderes sieht als Ermächtigungsvorschriften, gilt als normale juristische Betrachtungsweise. Es ist gerade dies die statische Betrachtungsweise des Rechts" (*Lippold*, Recht und Ordnung [Anm. 12], S. 446).

[252] Im Merkls Nachlass liegt ein nicht publiziertes Manuskript betitelt mit „Probleme des rechtlichen Stufenbaus", das möglicherweise seinem angekündigten, aber nie erschienenen monographischen Werk zur Stufenbaulehre zuzuordnen ist, vgl. *Merkl*, Prolegomena (Anm. 213), S. 294 (Fn. 1) = Merkl-GS I/1, S. 437–492 (492 Fn. 8). In diesem kurzen Text fällt auf, dass Merkl sich

bei der Beschreibung des Rechtsgewinnungsverfahrens beibehaltene Annahme der Verbindlichkeit der rechtsbedingenden Normen impliziert eine latente statische Rechtsbetrachtung.[253] Auf das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' angewandt: Die qua Rechtserzeugungsregel taugenden, bedingenden Rechtsnormen demarkieren die Möglichkeiten der rechtmäßigen Rechtserzeugung; der darauf gerichtete Erkenntnisblick bemüht sich darum, interpretativ Maßstäbe für ein dem Recht konformes Handeln der Rechtsorgane und der Rechtsunterworfenen zu bilden. Die Stufenbaulehre Merkls betont das Abhängigkeitsverhältnis zwischen den Rechtsschichten, erkennt aber zugleich die Entscheidungsdependenz der Rechtskonkretisierung, wobei die Rechtsanwender die Oberhand über die Richtung der Rechtsgewinnung zu gewinnen scheinen. Den nahezu unzähmbaren Willen der zuständigen Rechtsorgane konterkarierend, beharrt die Merklsche Rechtskraftlehre indes auf der Erkennbarkeit von Rechtsfehlern, die als Formen der Unrechtmäßigkeit der Rechtsorganhandlungen gedeutet werden (können). „Die Geltung als pure Verbindlichkeitsannahme von Recht"[254] wird in die dynamische Betrachtungsweise aus dem Imaginarium der Statik importiert.

Für dieses Modell ist es wichtig, die verhaltenssteuernde Funktion des Rechts durch die Rechtsdynamik nicht zu entleeren. Will man sich am Recht orientieren können, müssen dem Rechtmäßigkeitsraum Grenzen gezogen werden. Die ausschlaggebende Perspektive scheint diejenige der anzuwendenden Norm zu sei, wie sie vom Rechtsadressaten (auch wenn dies im Rahmen der Dynamik vorwiegend ein Organ ist) vorgefunden wird, der sich fragt, welches Verhalten positivrechtlich von ihm zu erwarten ist. Dies führt aber auf Umwegen, dank Merkls Mut zur Konsequenz,[255] zur Behauptung einer Hüter-Rolle der Rechtswissenschaft gegenüber der Rechtspraxis, da letztendlich die Rechtswissenschaft rechtskonstitutiv entscheidet, was rechtens ist. Die Rechtswissenschaft nimmt eine distanzierte Stellung gegenüber der noch zu erzeugenden Rechtsnorm ein und investiert in die Demarkierung der rechtszulässigen Möglichkeiten für die Betätigung der Rechtsorgane. Sie schiebt sich zwischen die Rechtsschichten und bemüht sich darum, sozusagen mikro-rechtsanalytisch den normativen Gehalt der Rechtsanforderungen

---

erstens auf die Rechtsnormen durchgängig als „Befehle" bezieht und zweitens die Verhaltenssteuerung durch das Recht ins Zentrum seiner Betrachtung rückt: „Das Recht ist in allen seinen Erscheinungsformen eine mit Zwang ausgestattete bzw. mit einer Zwangsordnung versuchte Motivation von Menschen zu einem bestimmten Verhalten (Handlung oder Unterlassung), also normativ ausgedrückt ein Gebot oder Verbot eines bestimmten Verhaltens" (*Adolf Julius Merkl*, Probleme des rechtlichen Stufenbaus [Nicht-publiziertes Typoskript], s. d., 2 S., S. 1, in: Universitätsarchiv Wien, Nachlass Adolf Julius Merkls).

253 Vgl. *Lippold*, Recht und Ordnung (Anm. 12), S. 447.

254 *Dias*, Rechtspositivismus und Rechtstheorie (Anm. 60), S. 218, der sich freilich im ursprünglichen Zusammenhang der textuellen Stelle, auf die hier verwiesen wird, nicht mit dem Merklschen Fehlerkalkül beschäftigt. Die Begrifflichkeit von Dias lässt sich aber hier mit Gewinn verwenden.

255 „Es wäre ein grotesker Wissenschaftsbetrieb, der sogar in der Hypothese des Muts der Konsequenz ermangelte" (*Merkl*, Prüfung von Gesetzen und Verordnungen [Anm. 66], S. 609 = Merkl-GS II/1, S. 393–438 [438]).

zu bestimmen und das Ergebnis dieser Bestimmungsarbeit in einer systematischen Form zu kommunizieren. Aus einer *Ex-ante*-Perspektive, nämlich vom Standpunkt des mit der anzuwendenden Norm konfrontierten Rechtsunterworfenen und -anwenders aus, werden einerseits die rechtlichen Befolgungs- und Anwendungsansprüche der bedingenden Normen hervorgehoben. Andererseits wendet sich die Rechtswissenschaft qua Rechtsdogmatik *ex post facto* kritisch an die schon positivierten ‚Rechts'-Erscheinungen, deren ‚Rechtlichkeit' (zunächst aber nur deren Rechtmäßigkeit) sie hinterfragen können will. Dies tut sie mittels des Begriffs des Rechtsfehlers und in der Merklschen Rekonstruktion mit Hilfe des Konzepts des Fehlerkalküls.

Die Alternativermächtigung denkt dagegen das Recht von der Kompetenz zur Entscheidung her und fokussiert auf die rechtliche Selbsterzeugung. Nicht das, was vom Recht gefordert wird, sondern wie das Recht die Realität schematisiert, nämlich wie Rechtsrelevanz im Flow des Rechtsverfahrens konstituiert wird, steht – ganz im Sanderschen Sinn – primär auf dem Spiel. Sanders Rechtslehre interessiert sich ihrerseits vorwiegend für die immanenten Operationen des Rechtsverfahrens. Seine radikaldynamische Rechtsverfahrenstheorie befasst sich mit der Selbstreproduktionen des Rechts, ohne nach der Positionierung der Rechtsunterworfenen gegenüber den Rechtserscheinungen zu fragen. Die Verhaltenslenkung durch das Recht sei nicht zentral für eine Eigengesetzlichkeitstheorie des Rechts. Dies bedeutet nicht, dass diese mögliche Funktion des Rechts bestritten wird, wiewohl sie in den Sanderschen polemischen Zuspitzungen untertaucht. An dieser Facette des Rechtsphänomens im Rahmen der (reinen) Rechtstheorie anzusetzen, wäre indes irreführend, weil dadurch das Recht nicht mehr von unterschiedlichen Normativitätsformen differenziert werden könnte.[256] Die Sandersche Auffassung versteht das Recht (primär) nicht als einen Komplex von Imperativen oder Befehlen, sondern als ein Verfahren, eigentlich eine Urteilspraxis, durch die die Realität rechtlich schematisiert und interpretiert wird und in der Geschehnisse kontinuierlich durch die zuständigen Autoritäten rechtskräftig entweder als rechtmäßig oder rechtswidrig bestimmt werden. Der Statik erscheine das Recht als Komplex von Sollnormen. Der Dynamik, der von einer genuinen Reinen Rechtlehre eingenommenen Perspektive, erscheine das Recht hingegen als unendliches Selbsterzeugungsverfahren, d. h. als eine besondere Form der Erfahrung, durch die die Realität in der Wechselbestimmung von gegenwärtigen Organentscheidungen und vergangenen Rechtssätzen im Hinblick auf neue rechtserhebliche Tatbestände reinterpretiert wird. Die Vorstellung des Rechts als Handlungsgrund[257] räumt einer Betrachtung

[256] Vgl. z. B. *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 37), S. 523, 554.

[257] Vgl. *Joseph Raz*, The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of a Legal System, 2. Aufl., Oxford 1980, S. 212; *Joseph Raz*, Practical Reasons and Norms, 2. Aufl. [1990], Oxford 1999, S. 170–177. Ausgerechnet die Projektion des herkömmlichen Anforderungsmodells in die Reine Rechtslehre Kelsens und Sanders kann als einer der Hauptgründe für die häufigen Missverständnisse dieser Rechtstheorien identifiziert werde, denn in ihnen wird gesucht, was sie nicht liefern wollen, nämlich eine Antwort auf die Frage nach der rechtskonformen Handlung:

der Strukturierung und Schematisierung der Wirklichkeit durch wechselbezügliche Operationen des Rechtsverfahrens Platz ein. Was hierbei interessiert, ist die Rechtserfahrung, d. h. das Wissen, das das Recht über sich selbst und von sich aus in Form der Entscheidungen der Organe gewinnt.

Ausgehend davon charakterisiert Sander die üblicherweise als dynamisch *par excellence* wahrgenommene Lehre vom Stufenbau des Rechts à la Merkl als eine „statische Rechtslehre, welche das Recht in die Stufendinge ‚Verfassungsgesetz', ‚einfaches Gesetz', ‚Verordnung', ‚Prozeßurteil', ‚Beschluß' usw. zerfallen ließ, zwischen welchen Stufen die rechtswissenschaftliche Auslegung eine Sinnbrücke schlug".[258] Diese Statik, die sich dann im Appell der Entsprechung zwischen den bedingenden und bedingten Normen manifestiere, verbindet Sander mit der Fokussierung auf eine vermeintliche Normdimension des Rechts. Sie könne als eine ethisierende Betrachtungsweise des Rechts gelesen werden: „Die Rechtsvorschriften werden so betrachtet, als stellten sie Regeln für das Verhalten der Einzelnen auf".[259] Dies meinte Sander zu kritisieren, als er das Dogma der Normativität des Rechts attackierte:[260] Eine in der Tendenz moralische Deutung des Rechtsphäno-

---

‚Was soll man nach dem Recht tun?' Vgl. z. B. die einsichtsvolle Rekonstruktion der hier und da irreführenden Lesart der Reinen Rechtslehre durch einen Joseph Raz (1939–2022) bei *Sylvie Delacroix*, Hart's and Kelsen's Concepts of Normativity Contrasted, in: Ratio Juris 17 (2004), S. 501–520 (517, 518–519). Ähnliche Einfälle werden von Green unter der Rubrik der „Angloamerikanisierung" Kelsens zur Sprache gebracht: Die angelsächsische Rezeption der Reinen Rechtslehre transformiert sie und liest sie neu durch ein ihr fremdes Begriffsraster, d. h. häufig: durch die Brille der moralischen oder der politischen Philosophie, vgl. *Michael Steven Green*, „L'anglo-americanisation de Kelsen", in: Thomas Hochmann/Xavier Magnon/Régis Ponsard (Hrsg.), Un classique méconnu: Hans Kelsen, Paris 2019, S. 106–140. Eine – vom Standpunkt der Rechtstheorie von Raz aus betrachtet – äußerst informative und aufgeklärte Anti-Kritik zur Delacroix-Kritik an der Razschen Lesart des Kelsenschen Projekts findet sich in: *David Kuch*, Die Autorität des Rechts. Zur Rechtsphilosophie von Joseph Raz, Tübingen 2016, S. 313 f.

[258] *Sander*, Zur Methodik der Rechtswissenschaft (Anm. 238), S. 307.

[259] *Lippold*, Recht und Ordnung (Anm. 12), S. 450. Vgl. auch *Dias*, Rechtspositivismus und Rechtstheorie (Anm. 60), S. 218 f., für eine mögliche Rekonstruktion der Statik als Perspektive, die die Rechtsgeltung in der Valenz von „binding force" oder „Verbindlichkeit" in Anspruch nimmt.

[260] Vgl. oben Zweiter Teil, Kap. V, S. 217 f. Dies gilt allerdings als eines der Rätsel der Sanderschen Rechtserfahrungstheorie: „Warum *Sander* darüber hinaus seine Theorie der Rechtserfahrung mit einer Bekämpfung des Dogmas von der normativen Natur des Rechts junktimiert bleibt schleierhaft" (*Christoph Kletzer*, Fritz Sander, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny [Hrsg.], Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre, Wien 2008, S. 445–470 [454]). Die polemische Sprechweise, der sich Sander konsequent bedient, tut dem Verständnis seiner Lehre keinen Gefallen. Die Sandersche Verwerfung des ‚Dogmas der Normativität des Rechts' muss im Zusammenhang mit seinem Bemühen gelesen werden, eine Theorie der Eigengesetzlichkeit des Rechts zu entwickeln. Die Deutung des Rechts als Sollen bzw. als Normenkomplex wird insoweit verworfen, als sie die Erfassung der rechtsspezifischen Funktionsgesetze des Rechtszusammenhangs schwieriger mache. Das Beharren auf der Rekonstruktion des Rechts als Anforderung stünde im Weg einer objektiveren Betrachtung der wechselbezüglichen Operationen des Rechtsverfahrens, im Rahmen derer die Rechtsrelevanz konstituiert und den Rechtsakten wie anderen rechtserheblichen Tatbeständen Rechtsbedeutung zugeschrieben werde. Es handelt sich bei der Kritik an dem ‚Dogma der Normativität' um eine Kritik am herrschenden Anforderungsmodell des Rechts. Diese Kritik ist eine Komponente des Aufbaus einer Eigengesetzlichkeitstheorie, die sich vom Wortschatz und der Denkweise der Ethik – aber auch der Logik – bei der Rekon-

mens, die das Recht als normative Anforderung an die Einzelpersonen rekonstruiert und die *differentia specifica* des Rechts verfehlt.[261]

Die Einnahme dieses statisch-normativen Standpunkts führe oft dazu, dass die Rechtswissenschaft sich sinndeutend als Kontrollinstanz zwischen die Rechtserscheinungen als Ausstrahlpunkte des Rechtsverfahrens schmuggelt, um determinieren zu können, was rechtswidrig und was rechtmäßig ist, ohne sich dafür auf die Organkoordinaten des Rechts beziehen zu müssen. Dieses Sich-Hineinschieben zwischen die Stufen der Rechtskonkretisierung schaffe Diskontinuität, breche das Kontinuum der Rechtsstufen ab, die sich nun nicht mehr rechtlich aufeinander beziehen würden, sondern rechtswissenschaftlich. Das ‚gewünschte Recht' der Naturrechtslehren verwandle sich hierbei in Gelehrtenrecht (interstitielles Naturrecht). Die Rechtswissenschaft ist aber in Sanders Modell „weder positive noch negative Rechtsquelle, sie kann weder ‚Recht' noch ‚Unrecht' hervorbringen".[262] Die Disqualifikationen der Rechtsverfahren, die die Rechtsdogmatik meint bewirken zu können, sind als „rechtlich indifferente(r) Monolog"[263] anzusehen. Eine reine Rechtslehre wie die Theorie des Rechtsverfahrens sei immer auf die objektive Korrelativität der Knoten des Rechtsverfahrens qua Wechselbestimmung von Rechtssätzen und rechtserheblichen Tatbeständen angewiesen. „‚Recht' […] bedeutet [die] ‚Zu-Recht-Erkenntnis' im ‚Tun', in der Funktion des Rechtsverfahrens".[264]

Ein Versuch, dieses Verfahren der ‚Zu-Recht-Erkenntnis' rechtswissenschaftlich zu betrachten, ist die Theorie des Rechtsverfahrens. Ihr Bekenntnis zu einer Prozessbetrachtung des Rechts bzw. zu einer Betrachtung der Prozessierung der Rechtsoperationen manifestiert die Überzeugung, dass sich dadurch ein Maximum an Objektivität erreichen lasse. Der Rechtstheorie stünde es zu, die Korrelativität zwischen der Bedeutung der Rechtssätze und den Entscheidungen der Rechtsorgane, wie sie sich im Rechtsverfahren ereignen, zu rekonstruieren. „Die reine Rechtswissenschaft kennt nur […] objektives Recht, […] sie untersucht nicht die Beziehung von Rechtssätzen zu Menschen, d. h. zu menschlichem Verhalten, sondern nur funktionale Beziehungen zwischen Rechtssätzen".[265] Daher die scharfe Abgrenzung von einem Anforderungsmodell des Rechts in Richtung einer Perspektive, die die Prozessierung der rechtlichen Kommunikation in der Rechtsmaschinerie analysiert und sich dabei darum bemüht, die elementaren Gesetze des rechtseigenen Funktionsmodus zu erfassen. Im Rahmen einer solchen Prozessbetrachtung erweist sich das Recht selbst als eine besondere Form der Erfah-

---

struktion des Rechtsverfahrens zu befreien habe. Sie steht in Verbindung mit dem Sanderschen Manöver, das Rechtsverfahren als Subjekt–Objekt-Verhältnis reflexiv zu beschreiben, ohne die normativen Erwartungen des Beobachters in die Rechtsmaschinerie hineinzuprojizieren.

261 Zur Statik als einer moralischen Umdeutung des Rechts vgl. *Lippold*, Recht und Ordnung (Anm. 12), 445–452; *Kletzer*, The Germ of Law (Anm. 40), S. 17 f.

262 *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 37), S. 523.

263 *Edmund Bernatzik*, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Wien 1886, S. 155.

264 *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 28), S. 177.

265 *Sander*, Das Faktum der Revolution (Anm. 183), S. 143.

rung der Realität. Das Recht sieht weniger nach Befehl oder Imperativ (für Sander: Sollensnorm) aus und mehr nach einem sich selbst mittels eigener Schemata konstituierenden Deutungsverfahren.[266] Mittels der Axiome der Zuständigkeit (bei Sander) und der Rekonstruktion der Ermächtigung als Grundmodalität des rechtlichen Sollens (bei Kelsen) werden „die institutionell-prozedural-kompetenziellen Aspekte der Rechtsgewinnung besonders herausgestrichen".[267] Die Stabilisierung von Erwartungen mittels der normativaufgeladenen Vorstellung der Rechtmäßigkeit (d. h. die Dimension des Rechtsdürfens) gerät aus dem Fokus.

III. Interpretationsfragen und Strukturanalyse

Die Rechtserzeugung wird, wie oben beschrieben, über den Fehlerkalkül zunächst von der anzuwendenden Norm aus betrachtet. Dabei wird nach der rechtmäßigen Handlung in einer *ex-ante*-Perspektive gefragt. Fehlerfragen werden zu Interpretationsangelegenheiten und als solche behandelt. Konfrontiert mit einer Rechtsentscheidung, will man dann rechtswissenschaftlich noch sagen können: Es hätte dem vorgegebenen positiven Recht gemäß anders sein sollen. Daher die Bezeichnung gewisser Rechtserscheinungen als ‚fehlerhaft', die Beibehaltung des ‚Rechtsfehlers' als eine anschlussfähige rechtswissenschaftliche Kategorie. Die Alternativermächtigung kapituliert vor dem Befund der schon außerhalb des Normrahmens getroffenen Entscheidungen und bietet einen Rekurs für deren Deutung als rechtmäßiges Recht. Auch die die Fremdprogrammierung ignorierend geschaffene Norm integriert das positive Recht, gehört zum geltenden Rechtssystem. Was interessiert, ist zu erklären, wie es dazu kommt. Die Pointe dabei ist, die variationsfähigen, möglichen Szenarien der reellen Rechtserzeugung zu beschreiben, in der – durch die Brille nicht-authentischer Interpretation gesehen – ‚rechtswidrige Rechtsnormen' problemlos als Anreiz für weitere Rechtskommunikationen fungieren. Vor diesem Hintergrund gewinnt die in dieser Konstruktion auf das rechtliche Können verweisende Ermächtigung an Bedeutung bei der Beschreibung des positiven Rechts, denn auch rechtmäßige Rechtserscheinungen können von den zuständigen Autoritäten vernichtet werden.[268] Die ‚Mangelhaftigkeit' der Rechtserscheinungen ist nicht das Entscheidende – vor allem nicht diejenige, die von der Rechtswissenschaft unabhängig von den konkreten Operationen des Rechtsverfahrens als solche behauptet wird.

---

[266] So gewinnt die Reformulierung der Rechtsnorm als Deutungsschema an Wichtigkeit, vgl. *Kletzer*, The Idea of a Pure Theory of Law (Anm. 12), S. 87–90. Vgl. auch *Jannis Lennartz*, Dogmatik als Methode, Tübingen 2017, S. 118.

[267] *Matthias Jestaedt*, Institutionalisierung von Normativität bei Hans Kelsen, in: Philosophisches Jahrbuch 118 (2011), S. 312–327 (323), der allerdings die Sandersche Verfahrenstheorie an dieser Stelle nicht im Sinne hatte.

[268] „Der objektive Grund" für die Vernichtbarkeit einer Rechtserscheinung ist, „die von der Rechtsordnung vorgesehene Möglichkeit, in einem dazu bestimmten Verfahren die andere, von der angefochtenen Entscheidung nicht verwirklichte Alternative zu definitiver Geltung zu bringen" – und eben nicht eine angebliche ‚Rechtswidrigkeit' oder ‚Fehlerhaftigkeit' der angefochtenen Rechtserscheinung an sich (vgl. *Kelsen*, RR2 [Anm. 13], S. 273 f./476).

Nicht zufällig sind im Modell Kelsens Interpretationsfragen weitgehend ein rechtspolitisches Problem[269] – so wie es auch bei Sander der Fall ist.[270] Dabei geht es nicht darum, die Grenzen der zulässigen Entscheidungen, den Bereich der Rechtmäßigkeit zu demarkieren, sondern die dem Rechtssystem immanente Konstitution rechtlicher Relevanz bzw. Rechtsbindung einheitlich zu rekonstruieren. Das interpretative Moment, d. h. der Rechtserkenntnis-Anteil im Rechtsgewinnungsverfahren, wird strukturell lokalisiert, ohne dass das *Wie* der interpretativen Betätigung der zuständigen Organe zur relevanten Fragestellung wird. Kelsen übernimmt die vor allem von Merkl – aber auch von Sander – ausgearbeitete Unterscheidung zwischen authentischer und nicht-authentischer Interpretation,[271] liefert aber kein durchdachtes Konzept für die nicht-authentische rechtswissenschaftliche Deutung des positiven Rechts qua Interpretationstheorie. Ihm schien es brennender zu sein, den rechtsschöpfenden Charakter der rechtswissenschaftlichen Interpretation unzweideutig zu verneinen. Wiewohl er von Merkl das Rahmentheorem übernimmt, bemüht sich Kelsen nicht darum, eine Vorstellung zu übermitteln, wie diesen Rahmen rechtswissenschaftlich festzulegen sei.[272]

Anders sieht Merkl den Platz einer Auslegungslehre in der rechtswissenschaftlichen Beschäftigung mit dem positiven Recht, „denn die Resultate der Jurisprudenz sind Ergebnisse der *Auslegung*, die *Interpretation* selbst (und nicht deren Methodenlehre) *ist die Funktion der Jurisprudenz*".[273] Daher bemüht sich Merkl darum, eine minimale methodologische Basis für diese Hauptbetätigung der Wissenschaft vom Recht zu bestimmen. Im Zusammenhang mit seinem Credo, dass

---

[269] *Kelsen*, RR1 (Anm. 13), S. 98/108; *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 350/604. Vgl. auch *Hans Kelsen*, The Law of the United Nations. A Critical Analysis of its Fundamental Problems, London 1950, S. XV. In diesem Zusammenhang erscheint das immer wieder beklagte Desinteresse der Reinen Rechtslehre Kelsens an der Interpretationslehre verständlicher zu sein, vgl. *Robert Walter*, Das Auslegungsproblem im Lichte der Reinen Rechtslehre, in: Günter Kohlmann (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Klug zum 70 Geburtstag, Bd. 1, Köln 1983, S. 187–197 (189). Kelsen thematisiert nahezu ausschließlich die Implikationen des Funktionsmodus des Rechts und dessen Strukturen für die rechtswissenschaftliche wie für die rechtsauthentische Interpretation. Die Kelsensche Reine Rechtslehre fragt sich keineswegs, wie die anzuwendenden Rechtserscheinungen zu interpretieren seien; sie will keine ‚adjucation theory' anbieten: „There is a very good reason for the dearth of positivists developing such theories and for the fact that those who do develop such theories lack positivist credentials" (*Jörg Kammerhofer*, Positivist Approaches and International Adjudication, in: Hélène Ruiz Fabri [Hrsg.], Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law, Oxford 2019, Rn. 1 [online edition]). So gelesen fungiert das sogenannte Rahmentheorem in Kelsens Modell eher als eine weitere Komponente einer Theorie der Struktur der Rechtsordnung als ein Teil einer Auslegungslehre; es lässt sich nicht als Werkzeug im Kasten einer Methodenlehre verstehen.

[270] Vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 312 f.

[271] Vgl. *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 15), Sp. 395 f. = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (115); *Fritz Sander*, Sui compiti di una teoria realistica del diritto, in: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto 4 (1924), S. 375–381 (376 f.); *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 346/596.

[272] Vgl. *Günther Winkler*, Rechtstheorie und Erkenntnislehre, Wien/New York 1990, S. 214 f.

[273] *Adolf Julius Merkl*, Zum Interpretationsproblem, in: Grünhut'sche Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 42 (1916), S. 535–556 (537) = Merkl-GS I/1, S. 63–84 (64) – Hervorhebung im Original; „Die Wissenschaft vom Recht ist Rechtsauslegung" (*Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung [Anm. 15], Sp. 586 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 [88]).

die Denk- und Sprachgesetze dem Recht qua sprachliches Artefakt eigen seien, sieht Merkl die „grammatisch-logische Interpretation" als „das einzige *notwendige* Auslegungsmittel". Der erste Satz jeder Auslegungslehre müsste lauten, „daß *diese* als erstes Auslegungsmittel zu dienen habe".[274] Die Auseinandersetzung Merkls mit den sogenannten Methoden der Rechtsauslegung hält sich nicht an die Grenzen einer Ermittlung der unentrinnbaren Bedingungen der interpretatorischen Aufgabe der Rechtswissenschaft. Er plädiert – vor dem Hintergrund des Programms der Reinen Rechtslehre – unerwartet für die Einsetzung einer objektiven Auslegung in Opposition zur subjektiven, denn der Rechtsanwender dürfe nicht von vornherein zur schlechten Intonierung ungeschickt komponierter Rechtsnoten verurteilt sein.[275] Das Plädoyer weist er aber gebührend als Ergebnis einer ethisch-politischen Überzeugung aus, denn die Frage nach den Methoden der Rechtsauslegung könne nicht streng rechtswissenschaftlich beantwortet werden.[276]

Es mag in einer ersten Annäherung so scheinen, dass die Alternativermächtigung die bloße Idee von Ermächtigung denaturiert. Denn deutet man Kelsens irritierende Hilfshypothese als ein Moment seiner Interpretationslehre vor dem Hintergrund eines vorausgesetzten Anforderungsmodells, dann heißt jede Ermächtigung in etwa: ‚Mach doch, was du, Rechtsanwender, willst: Ich stehe hinter dir!'[277] Im Kontext betrachtet, will die Lehre von der Alternativermächtigung aber keine Auslegungstheorie sein,[278] sondern stellt ein weiteres Element einer Strukturanalyse des Rechtsgewinnungsverfahrens dar; sie erweist sich als ein Beschreibungsversuch der Strukturen des positiven Rechts,[279] die die Verarbeitung des Phänomens

---

[274] Drei Zitate: *Merkl*, Zum Interpretationsproblem (Anm. 273), S. 551 = Merkl-GS I/1, S. 63–84 (78).

[275] *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 15), Sp. 296 f. = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (145). Dieses Bekenntnis Merkls zu einer „objektiven Auslegung" wird selten in der einschlägigen Sekundärliteratur thematisiert, vgl. *Gerhart Wielinger*, Merkls Interpretationslehre, in: Robert Walter (Hrsg.), Adolf. J. Merkl, Werk und Wirksamkeit, Wien 1990, S. 107–115; *Heinz Mayer*, Die Interpretationstheorie der Reinen Rechtslehre, in: Robert Walter (Hrsg.), Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre, Wien 1992, S. 61–70; *Robert Walter*, Die Interpretationslehre im Rahmen der Wiener Schule der Rechtstheorie, in: Anton Pelinka et alii (Hrsg.), Zwischen Austromarxismus und Katholizismus. Festschrift für Norbert Leser, Wien 1993, S. 191–207 (196 f.). Vgl. dazu aber kritisch *Matthias Jestaedt*, Wie das Recht, so die Auslegung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 55 (2000), S. 133–158 (138 f.) und vorsichtig *Matheus Pelegrino da Silva*, Merkls Beitrag zu Kelsens Theorie der Rechtsauslegung, in: Archiv für Rechts und Sozialphilosophie 105 (2019), S. 359–375 (365 mit Fn. 25), der in den Ausführungen Merkls zur objektiven Interpretation kein Plädoyer dafür sieht, sondern lediglich die Anerkennung der sprachlich bedingten Anpassungsfähigkeit des Rechtssystems.

[276] „Subjektive oder objektive Interpretation? – das ist also die Frage; und zwar eine Frage, auf die sich eine juristische Antwort nicht erteilen läßt" (*Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung [Anm. 15], Sp. 292 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 [137]). Ähnlich vgl. *Fritz Schreier*, Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte, Wien 1927, S. 61.

[277] Vgl. z. B. *Elsner*, Das Ermessen im Lichte der Reinen Rechtslehre (Anm. 72), S. 150 f. (Fn. 409).

[278] Vgl. *Comanducci*, Tomando Kelsen en serio (Anm. 121), S. 452; *Comanducci*, Taking Kelsen Seriously (Anm. 121), S. 175.

[279] Vgl. *Riccardo Guastini*, Realismo e antirealismo nella teoria dell'interpretazione, in: Ragi-

des ‚rechtswidrigen Rechts' durch die Rechtsmaschinerie zu erklären und plausibilisieren hat. Die Lehre der Alternativermächtigung enthält keine Anleitungen zur Rechtsanwendung; im Zentrum des Erkenntnisinteresses steht nicht die Frage nach dem, was der Rechtsanwender tun soll. Es kommt darauf an, rechtsstrukturtheoretisch zu erklären, *wie* er eigentlich rechtlich tun kann, *was* er tagtäglich tut. Im Merklschen Modell hingegen wird der Frage nach den Kriterien der rechtlichen Richtigkeit der Rechtsanwendung mehr Platz eingeräumt, die sich im Rahmen der durch die intellektuelle bzw. rechtswissenschaftliche Interpretation eruierten Wahlmöglichkeiten zu vervollkommnen habe. Tut sie dies nicht, mag die sich aus der zuständigen Entscheidung ergebende Norm zwar je nach Fehlerkalkülbestimmungen gelten, diese wird aber von der Rechtswissenschaft als fehlerhafte Rechtserscheinung beim Namen genannt. Denn sie bewege sich außerhalb des Rechtsdürfens und möglicherweise – und allem Anschein zum Trotz – sogar außerhalb der Sphäre des Rechtlichen.

IV. An den Grenzen der Rechtserkenntnis

Beim Setzen des i-Tüpfelchens in den jeweiligen rechtstheoretischen Modellen zum Umgang mit der (Un)Möglichkeit ‚rechtswidrigen Rechts' verweisen die Merklsche und die Kelsensche Variante der Reinen Rechtslehre – beurteilt nach ihrem eigenen Rechtsverständnis – letztendlich auf das Jenseits der rechtlichen Programmierung *sensu stricto*. Der Fehlerkalkül als rechtstheoretisches Konstrukt ermächtigt die Rechtswissenschaft zur Erkenntnis und Entscheidung über das geltende Recht im Namen einer Verstärkung der Normativität bzw. der Anspruchsdimension des Rechtlichen. Scheiden sich die Rechtsordnungen der Rechtserkenntnis und der Rechtserzeugung, bestimmt die das Rechtsverfahren beobachtende Rechtswissenschaft, was rechtens ist, bzw. was durch das vergangene/vorgegebene Recht in Gestalt der bedingenden Normen von den Rechtsanwendern erwartet und gefordert wird. Die Rechtswissenschaft wird zu Teilnehmerin des Rechtsverfahrens, obwohl sie eigentlich vom positiven Recht zur Rechtsderogation nicht ermächtigt wird. Wie bereits festgesellt: Hier bricht die Rechtswissenschaft in die endogene Dynamik des Rechts ein.[280]

Die Alternativermächtigung redet einem Primat der Rechtserzeugung das Wort. Zwischen den konkurrierenden Rechtsdeutungen der in Frage kommenden rechtlichen Deutungsschemata gibt sie der durchgesetzten, der effektiv gewordenen, durch die zuständige Autorität erzeugten Norm den Vorzug. Die Entscheidungsdimension des Rechts bzw. die Rechtspositivität wird im Ergebnis einer dynamischen Betrachtung des Rechts qua Rechtsgewinnungsverfahren auf den Punkt gebracht. In einem im Großen und Ganzen wirksamen Rechtssystem werden die sich selbst immanent als Recht deutenden Entscheidungen der rechtserzeugenden

on pratica 17 (2001), S. 43–52 (48); *Riccardo Guastini*, Réalisme et anti-réalisme dans la théorie de l'interprétation, in: Mélanges Paul Amselek, Bruxelles 2005, S. 432–443 (438).

[280] Vgl. die Kritik Sanders in: *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 28), S. 24–27.

Rechtsorgane zum Recht, sobald sie sich effektiv als anschlussfähig erweisen; dies tun sie in der Regel schon zum Zeitpunkt der Entscheidung eines – innerhalb einer relativ zentralisierten und arbeitsteilig operierenden Rechtsordnung – Organs, sodass vorausgesetzt werden müsste, die Entscheidung und die von ihr erzeugte Norm seien von einer Ermächtigungsnorm gedeckt. Der Sinn der Entscheidung als rechtsrelevante Erscheinungen wird im System bzw. im Minimum an Rechtsanwendung verankert, das darin besteht, dass diese Entscheidung ein institutionelles *output* der als solche regelmäßig nicht problematisch zu identifizierenden Rechtsmaschinerie darstellen. Dynamisch gesehen lässt sich kaum ein Grund dafür finden, dass die vorgegebenen Rechtsnormen zulasten der gerade zu erzeugenden Rechtserscheinungen in einer Beschreibung des geltenden Rechts privilegiert werden. Auch die außerhalb des kognitiv festgestellten Rahmens getroffene Entscheidung gilt als Rechtsnorm.

Letztlich verweist die Reine Rechtslehre Kelsens auf die Effektivität, ja auf die durchgesetzte Macht, die sich selbst mittels ihrer Durchsetzung als *Rechts*macht erklärt. Die Rekonstruktion des Rechts als ein spezifisches Deutungsschema für die Aussortierung der weltlichen Ereignisse ragt im Zusammenhang mit der Theorie der Alternativermächtigung hervor. Der „Sandersche Stachel“[281] scheint Wirkung gezeigt zu haben. In Sanders Modell stehen aber Wirksamkeit und ‚Geltung‘ nicht einander entgegen, sondern werden durch den Begriff der Rechtserfahrung von Anfang an in unzertrennliche Beziehung zueinander gebracht.[282]

Für die Theorie der Rechtserfahrung erweist sich das Recht als ein Verfahren der ‚Zu-Recht-Erkenntnis‘, des wiederholten Bezugs auf vergangene Rechtssätze durch die zuständigen Organe, die dann das geltende Recht in ihren Entscheidungen auf das Neue konstituieren, indem sie autoritativ etwas für Recht erklären. Das Rechtverfahren ist weder eine Rechtssatzordnung, d. h. eine Sammlung aller Rechtssätze, noch eine logisch nackte Entscheidungsaffaire, sondern es wird als Prozess begriffen, in dem die Positivität des Rechts in der Kontinuität der verfahrensmäßigen Rechtsfunktionen gegründet wird. „Denn für die Theorie der Rechtserfahrung handelt es sich immer um die Frage der ‚Geltung‘, das heißt der Realität der einzelnen Rechtssatzerscheinungen innerhalb der Rechtserfahrung – welche in der kontinuierlichen Verwobenheit der einzelnen Rechtssatzerscheinung mit dem All der Rechtserfahrung wurzelt“.[283] Weg von einer Vorstellung des Rechts als Regelsystem bewegt sich die Sandersche Rechtstheorie in die Richtung eines Ver-

[281] Begriff in: *Alexander Somek*, Ermächtigung und Verpflichtung. Ein Versuch über Normativität bei Hans Kelsen, in: Stanley Paulson/Michael Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen, Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005, S. 58–79 (65); „Die Interpretationsfrage – insbesondere die Frage, wie der Ermächtigungsrahmen solcher Organe zu bestimmen ist – entpuppt sich als Effektivitätsfrage“ (S. 67).

[282] „‚Geltung‘ ist nicht die ‚Wirksamkeit‘, sondern die Hypothesis der Wirksamkeit“ (*Fritz Sander*, Rechtswissenschaft und Materialismus. Eine Erwiderung auf Stark: Die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft und die naturwissenschaftliche Methode, in: Juristische Blätter 47 [1918], S. 333–335, 350–352 [352]).

[283] *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 37), S. 549.

ständnisses des Rechts als eine ausdifferenzierte Praxis des Urteilens bzw. als ein besonderes Urteilsverfahren (d. h: ein ausdifferenzierter Kommunikationszusammenhang) und fragt nach den generalisierbaren Strukturen des Rechts ausgehend vom beobachtbaren Rechtsgeschehen. In diesem Modell, das freilich ein Torso geblieben ist, gilt es, den „kontinuierlichen Bezug von Rechtsbegriffen auf Rechtsempfindungen" als „einen kontinuierlichen Zusammenhang synthetischer Urteile"[284] zu betrachten und regressiv-analytisch zu beschreiben. Dabei sticht die Facette der Rechtssätze als Deutungsschemata heraus, denn sie „würden dann nicht mehr Imperative, Normen, Regeln menschlichen Denkens und Handelns, sondern rechtliche Reihengesetze, Funktionsregeln bedeuten".[285] Ein Deutungsschema wird durch seinen Gebrauch in Rechtsanwendungskontexten zu einer geltenden rechtlichen Rechtserscheinung, d. h. durch seine Verwendung als solches in der Entscheidungstätigkeit der zuständigen Organe. Es muss immer wieder als ‚geltendes' Recht aktualisiert werden. Anders gewendet: „[D]as Recht gewinnt an seinen eigenen Operationen (die immer zum System und nicht zur Umwelt gehören) die Gewißheit, daß es Recht ist".[286]

V. Lesarten des Rechtspositivismus?

Die Warnung Sanders, der zufolge sich das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' als Feuerprobe für ein positivistisches Rechtsverständnis erweisen würde, insofern sich dabei die „scharfe Grenzscheidung zwischen Naturrecht und positivem Rechte als schwierig"[287] ergäbe, gewinnt bei genauer Analyse der Lösungsangebote innerhalb der Wiener Schule ihre Berechtigung. Die Amplitude der Herausforderung ist darin zu sehen, dass die Ansätze Merkls, Kelsens und Sanders hinsichtlich der rechtstheoretischen Verarbeitung dieser Problematik derart voneinander abweichen, dass es nicht verfehlt wäre, mit Blick auf die unterschiedlichen Akzente von divergenten Lesarten eines rechtstheoretischen, reflektierten Positivismus[288] zu sprechen. Der Kelsenschen Variante eines normativistischen Positivismus[289] als Kontrastfolie gegenüber kann die Merklsche Lesart des Problems des

---

[284] Zwei Zitate: *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 37), S. 514.

[285] *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 37), S. 519.

[286] *Luhmann*, Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts (Anm. 140), S. 22.

[287] *Sander*, Rechtswissenschaft und Materialismus (Anm. 282), S. 350.

[288] Zur Unterscheidung zwischen theoretischem Rechtspositivismus („theoretical legal positivism") und vulgärem Standardpositivismus („default legal positivism") vgl. *Jörg Kammerhofer*, International Legal Positivist Research Methods, in: Rossana Delplano/Nicholas Tsagourias (Hrsg.), Research Methods in International Law: A Handbook, Cheltenham/Northampton 2021, S. 95–110.

[289] Zur Verwendung der Rubrik des „normativistischen Positivismus" für die Bezeichnung der Spielart des Positivismus der Reinen Rechtslehre Kelsens vgl. *Ota Weinberger*, Zur Idee eines institutionalistischen Rechtspositivismus: Gleichzeitig eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Setzungspositivismus, in: Revue Internationale de Philosophie 35 (1981), S. 487–507 (490 f.) – Kelsens Positivismus ist eben kein idealistischer, sondern ein realistischer Positivismus, der aber

‚rechtswidrigen Rechts' mit positivistischem Normativismus rubriziert werden. Das rechtstheoretische Instrumentarium des Fehlerkalküls betont den verbindlichen Charakter der Rechtsnormen und bezieht ihre verhaltenslenkende Funktion in die Strukturanalyse mit ein. Mangelhafte Rechtserscheinungen mögen gelten, sie werden aber als rechtsfehlerhaft erkannt; die Rechtswissenschaft kommuniziert der Rechtsanwendung, dass Entscheidungen außerhalb des Bereichs des Rechtsdürfens getroffen wurden. Ein mit dem positivrechtlichen Fehlerkalkül nicht mehr behebbarer Abbruch des Norm–Norm-Ableitungszusammenhangs ist qua ‚rechtswidriges Recht' von der Rechtswissenschaft in den Bereich des Nicht-Rechts zu verbannen.[290] Das Moment der Normativität des Rechts drängt sich in den Vordergrund; die Emphase bleibt bei aller Konzession zur Menschlichkeit des Rechts bei der normativen Steuerung der Rechtserzeugung, oder wie Sander es kritisch formulierte: Merkls Lösung neigt zur Verabsolutierung der „legitime[n] Rechtsänderung"[291] als Standard für die Rechtsoperationen. Abweichungen werden mit Einführung des Fehlerkalküls rechtstheoretisch erklär- und tolerierbar, am Ende wacht doch die Nichtigkeitsprämisse über die Rechtmäßigkeit der Rechtsvorgänge. Werden die Anforderungen der Erzeugungsregel nicht erfüllt, kann jenseits des Fehlerkalküls kein Recht entstehen.

Bei der Kelsenschen Alternativermächtigung stehen hingegen – auch wenn beide Varianten der Reinen Rechtslehre sich um die Kombination von normativem Anspruch und Entscheidungsabhängigkeit des Rechts bemühen – eher die Positivität des Rechtserzeugungsakts und der sich aus dessen Verwirklichung ergebenden neuen Norm im Zentrum einer Prozessbetrachtung. So gesehen lässt sich die Rede einer „normlogischen"[292] bzw. „schwachen"[293] Normativität des Rechts, wie sie von der Reinen Rechtslehre Kelsens rekonstruiert wurde und für Verlegenheit

---

die Beschreibung des Rechts als normatives Phänomen nicht aufgibt. Zur Erläuterung der Kelsenschen Spielart des Positivismus als normativistisch vgl. *Matthias Jestaedt*, Hans Kelsens Reine Rechtslehre. Eine Einführung, in: Hans Kelsen, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Studienausgabe der 1. Auflage 1934, hrsg. von Matthias Jestaedt, Tübingen 2007, S. XII–LXVI (XXX–XXXIII).

[290] Ausgerechnet diese Beharrung auf dem normativen Gehalt der bedingenden Normen mit der darauffolgenden Disqualifikation des fehlerhaft erzeugten Rechts durch die Rechtswissenschaft veranlasste die bereits oben erwähnte Tirade von Alf Ross, laut der Merkl einem Don Quijote ähnele, der nicht gegen, sondern für die Windmühlen kämpfe, vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 352.

[291] *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 161), Sp. 26.

[292] Vgl. kritisch dazu *Bruno Celano*, Paulson's Nomological Normativity, Working Paper 2013 [abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2366927 – letzter Abruf am 15. Januar 2023]; *Bruno Celano*, La normatividad nomológica de Paulson, in: Carlos Bernal/Marcelo Porciuncula (Hrsg.), Kelsen para erizos. Ensayos en honor a Stanley L. Paulson, Bogotá 2017, S. 327–336.

[293] Vgl. *Stanley Paulson*, The Weak Reading of Authority in Hans Kelsen's Pure Theory of Law, in: Law and Philosophy 19 (2000), S. 131–171; *Stanley Paulson*, Ralf Dreiers Kelsen, in: Robert Alexy (Hrsg.), Integratives Verstehen. Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers, Tübingen 2005, S. 159–197 (162 f., 193 f.); *Stanley Paulson*, Der Normativismus Hans Kelsens, in: JuristenZeitung 11 (2006), S. 529–580 (533 f.); *Stanley Paulson*, Hans Kelsen and Normative Legal Positivism, in: Thomas Baldwin (Hrsg.), The Cambridge History of Philosophy 1870–1945, Cambridge 2015,

im Diskurs sorgte,[294] besser nachvollziehen. Die Lehre von der Alternativermächtigung rutscht aufgrund ihres Erkenntnisinteresses und ihrer Aufmachung in die Nähe der Sanderschen Rechtsverfahrenstheorie, die von Anfang an als Reaktion auf bzw. Aktion gegen das sogenannte ‚Dogma der Normativität des Rechts' artikuliert wurde. Sie lässt sich vor dem Hintergrund eines Anforderungsmodells des Rechts nicht sinnvoll verstehen, denn sie beschäftigt sich nicht primär mit den in der Erzeugungsregel zu verankernden normativen Erwartungen.[295] Das Phänomen des ‚rechtswidrigen Rechts' wird in diesem Zusammenhang lediglich als Meinungsverschiedenheit in Bezug auf die Rechtmäßigkeit der Rechtserzeugung präsentiert und dergestalt relativiert, dass die Entscheidung des jeweils zuständigen Rechtsorgans als die einzige juridisch relevante Meinung auftaucht. Wer zu entscheiden hat, sei die ausschlaggebende Frage für das juristische Denken.[296] Dass und wie (es dazu kommt) das zuständige Organ anders als durch die Rechtswissenschaft anvisiert entscheiden kann, wird von Kelsens Modell, das seinen eigenen Anforderungen gerecht werden will, beschrieben. Bezweckt wird weder den Spielraum der Rechtsanwender zu erweitern noch zu beschränken, sondern die Gegebenheit des ‚rechtswidrigen Rechts' rechtstheoretisch im Griff zu bekommen. So gesehen, ist es kein Wunder, dass die Lehre von der Alternativermächtigung durch die Brille eines Anforderungsmodells betrachtet, absurd aussieht. Denn dadurch wird in die Reine Rechtslehre Kelsens ein Rechtsverständnis hineinprojiziert, das ihr nicht eigen ist.[297]

Die Neigung zur Sanderschen Lösung erklärt in diesem Zusammenhang ebenfalls die Schwierigkeiten wie die Besonderheiten der Kelsenschen Rekonstruktion der Rechtsnormativität. Der als solches zu apostrophierende Radikalpositivismus[298] Fritz Sanders macht es sich zur Aufgabe, eine Eigengesetzlichkeitstheorie

S. 739–743. Vgl. auch *James W. Harris*, Kelsen's Pallid Normativity, in: Ratio Juris 9 (1996), S. 94–117; *Dias*, Rechtspositivismus und Rechtstheorie (Anm. 60), S. 279–282.

294 Statt vielen siehe die diesbezügliche Anmerkung von Robert Alexy, die als paradigmatisch für die Irritation gelten darf, die das Kompetenz- bzw. Ermächtigungsdenken der Prozessbetrachtung der Kelsenschen Reine Rechtslehre auslöst/auslösen kann: „Kann man wirklich sagen, daß das an den Bürger adressierte Diebstahlsverbot dasselbe ist wie eine Sanktionskompetenz oder Sanktionskompetenzkette, unabhängig davon, ob von diesen Kompetenzen jemals irgendein Gebrauch gemacht wird?" (*Robert Alexy*, Hans Kelsens Begriff des relativen Apriori, in: Robert Alexy et alii [Hrsg.], Neukantianismus und Rechtsphilosophie, Baden-Baden 2002, S. 179–202 [189]). Vgl. auch die eigenartige, verbreitete Interpretation der Normativität des Rechts in der Reinen Rechtslehre Kelsens als „justified normativity" bei *Joseph Raz*, Kelsen's Theory of the Basic Norm, in: Joseph Raz, The Authority of Law. Essays on Law and Morality, Oxford 1979, S. 122–145 (134–139).

295 Wenn die Ausführungen Kelsens durch die Brille des Anforderungsmodells gelesen werden, fällt das Verdikt so aus, dass die Lehre der Alternativermächtigung das Recht „entnormatisiert", vgl. z. B. *Pawlik*, Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts (Anm. 104), S. 122 f.

296 Vgl. oben Dritter Teil, Kap. VII, S. 377–380.

297 Dass Kelsen selbst seinen ‚Schuldanteil' an diesem Missverständnis aufgrund seiner ungeschickten Formulierung und Darstellung der Lehre der Alternativermächtigung hat, wurde oben bereits argumentativ festgelegt, vgl. Dritter Teil, Kap. VII, S. 405 f.

298 Sander selbst verstand seine Rechtstheorie als eine Radikalisierung des Programms der

des Rechts herauszuarbeiten, die das Funktionieren der Rechtsmaschinerie in deren Eigentümlichkeiten erfassen könnte. Dafür müsste das positive Recht als Gegenstand hinreichend vom Vorstellungsraum der Moral abgegrenzt werden, d. h. die Grammatik der Rechtswissenschaft vom Repertoire der Ethik isoliert und abgekoppelt werden. Sander schien der Auffassung des Rechts als ein an die Einzelperson gerichteter Normenkomplex im Weg eines adäquaten, disziplinspezifischen Verständnisses des positiven Rechts zu stehen. In seiner Lesart des Positivismus gilt es, den teilnehmenden Beobachter zu beobachten, bzw. das Recht als ein autonomes Subjekt–Objekt-Verhältnis mit seinen eigenen Kategorien reflexiv zu rekonstruieren und zu beschreiben. Die Rechtswissenschaft dürfe keine Richtigkeitsansprüche auf die Rechtserzeugung projizieren; auch nicht in Form von angeblich dem positiven Recht immanenten Rechtmäßigkeitsanforderungen. Der Radikalpositivismus nimmt das ernst: alle Rechtserzeugungskompetenzen werden dem Recht selbst überlassen, sodass das positive Recht sich selbst als solches in den Urteilen der Organe konstituiert. Denn das Recht selbst schematisiert die Welt bzw. beschreibt die Welt neu, wie es rechtlich sein soll[299] – die Rechtstheorie folgt.

D. Uneinheitliche Rechtsweltbilder, die sich aber doch treffen

Die Merkl–Sander-Kontroverse polarisiert unterschiedliche Auffassungen bezüglich der Erkenntnismöglichkeiten und Erkenntnisaufgaben der Rechtswissenschaft einerseits und der adäquaten Erfassung und Beschreibung der Eigengesetzlichkeit des Rechts andererseits. In der Merklschen Rechtskraftlehre soll mangels der im positiven Rechtswidrigkeitsregime vorgesehenen Fehlerreaktionschancen die Rechtswissenschaft die „Grundfrage" nach der rechtlichen Wahrheit bzw. Rechtmäßigkeit beantworten, was „nie in die Kompetenz des Objektes" fällt, „sondern des Subjekts", „[n]ie Kompetenz der Rechtspraxis, ausschließlich Kompetenz der rechtlichen Theorie"[300] ist. Das Sandersche Modell hingegen schreibt dem Rechtsverfahren die unendliche Aufgabe zu, Recht von Unrecht zu unterscheiden, denn „die Idee des Verfahrens gibt nicht den absoluten Maßstab zur Lösung des Problems, sondern zeigt den nie abgeschlossenen Weg der Bestimmung, sie bedeu-

---

Kelsenschen Reinen Rechtslehre, vgl. z. B. Brief von Fritz Sander an Leonidas Pitamic vom 16. Juli 1921, in: UAW, Akademischer Senat, Disziplinarfall Hans Kelsen (1923), 7: Erhebungsakt Prof. Löffler/6: Rechtfertigungsschrift Prof. Kelsens vom 25. Mai 1923 mit Beilagen A–L/Beilage A (auch abgedruckt in: *Hans Kelsen*, In eigener Sache, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 3 [1922/1923], S. 499–502 [501]).

[299] Die Weiterentwicklung des ‚absoluten Positivismus' der Reinen Rechtslehre durch Kletzer geschieht in diesem Sinne in großer Übereinstimmung mit dem Sanderschen Radikalpositivismus. Vgl. z. B. *Kletzer*, The Idea of a Pure Theory of Law (Anm. 12), S. 138 f. Zur Deutung Sanders als ‚absoluter Positivist' im Sinne Kletzers vgl. oben Dritter Teil, Kap. V, S. 207–212.

[300] Drei Zitate: *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 15), Sp. 447 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (130).

tet nicht das feste Maß, sondern die fließende Messung".[301] Die Grenze zwischen Recht und Nicht-Recht läuft daher im Rechtsverfahren mit den getroffenen Entscheidungen mit. „So liegt primär die rechtliche ‚Wahrheit', das Recht, ausschließlich in der ‚Kompetenz der Rechtspraxis', will sagen, der Urteile des Rechts, niemals in der ‚Kompetenz der rechtlichen Theorie', will sagen, der Urteile der Rechtswissenschaft".[302]

Die Rechtstheorie Sanders strukturiert die rechtliche Welt anders als die Merkls, da vom Standpunkt des Rechtsverfahrens aus die Grenze zwischen Recht und Unrecht bzw. Rechtmäßigem und Rechtswidrigem als verfahrensimmanente Operation kontinuierlich durchgezogen wird, aber die Grenze zwischen Recht und Nicht-Recht als solche kein Gegenstand von rechtlichen Messungen ist.[303] Recht von Nicht-Recht ein für alle Male zu unterscheiden, erfordere einen nicht realisierbaren *jump out of the system*.[304] In Bewegung differenziere sich das Rechtssystem aber von seiner Umwelt, ohne dass diese Ausdifferenzierung im Rechtsverfahren als Selbstzweck thematisiert wird. Hierbei verleiht Sander der späteren These Kelsens vom „König Midas"[305] dergestalt Ausdruck, dass von der Warte des Rechtsverfahrens aus das Nicht-Recht nicht sichtbar ist – alles was das Recht im Rechtsverfahren ‚anfasst', wird Recht, sei es in Form von Rechtmäßigem oder Rechtswidrigem, Recht oder Unrecht.[306] Unrecht stellt nur das Außen des Innen des Rechts dar, genauer: das Außen der inneren Form der Rechtmäßigkeit und nicht eine Domäne der Extra-Juridizität. Die Grenzen des Rechts sind volatil; die Geltung der Rechtserscheinungen ist nicht ein für alle Male durch den Setzungsakt erledigt, sondern das positive Recht reproduziert sich selbstbezüglich in den Urteilen der Organe, indem sie sich auf die bereits vorhandenen Rechtserscheinungen als geltendes Recht beziehen.

---

[301] *Fritz Sander*, [Besprechung] Wilhelm Sauer, Grundlagen des Prozeßrechtes. Verlag von Ferdinand Enke in Stuttgart, 1919, XVI und 644 S., in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 529–548 (531).

[302] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 179), S. 1208.

[303] „Viewed from the inside, there is no reality outside of the law that is independent of the law yet relevant to it" (*Kletzer*, The Idea of a Pure Theory of Law [Anm. 12], S. 136).

[304] Vgl. oben Dritter Teil, Kap. VII, S. 403 (mit Anm. 131).

[305] „Für eine positivistische Betrachtung, die das Recht nicht im Naturrecht verabsolutiert, ist der Staat ein König Midas, dem alles, was er ergreift, zu Recht wird" (*Hans Kelsen*, Justiz und Verwaltung, Wien 1929, S. 4). Vgl. noch *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 282/490. Die Metapher des König Midas nahm 1930 ebenfalls Kelsens Schüler Sigmund Rohatyn wörtlich in Anspruch, um die Geltungsausschließlichkeit normativer Systeme zu beschreiben: „Ein Rechtssystem bleibt durch ein System ästhetischer Normen in seiner Autarkie unberührt, weil der Staat ein ‚König Midas ist, dem alles was er ergreift, zu Recht wird', weil die Kunst für ihn nur in Betracht kommt, sofern es sich um juristische Regelung der Kunstausübung und des Künstlerberufes handelt" (*Sigmund Rohatyn*, Die juristische Theorie der Revolution, in: Revue Internationale der Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 4 [1929/1930], S. 193–227 [211]). Zum Midas-Effekt im Zusammenhang mit der Theorie der Alternativermächtigung vgl. oben Dritter Teil, Kap. VII, S. 403–405.

[306] Vgl. *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 179), S. 1202.

INNEN *Positives Recht*	⟷	*AUSSEN* *Nicht-Recht*
INNEN	*AUSSEN*	
verfahrensmäßig erzeugtes Recht: rechtmäßig	von einem Rechtsorgan für rechtswidrig gehaltene Operation des Rechtsverfahrens: rechtswidrig	noch nicht als rechtlich relevant adressierte Tatbestände

Sandersches Weltbild: Alles Recht ist verfahrensmäßiges Recht

In der Merklschen Grammatik hingegen umfasst das Nicht-Recht als kontradiktorischer Gegensatz von Recht auch dessen konträre Erscheinungen, das Unrecht;[307] ‚rechtswidriges Recht', das eben kein Recht ist, soll durch die Rechtswissenschaft in den Bereich der Außer-Rechtlichkeit verwiesen werden. Gedeckt durch den Fehlerkalkül gelten fehlerhafte, ‚rechtswidrige' Rechtserscheinungen weiter. Werden aber in der Abwesenheit positivrechtlicher Normierung des Fehlerkalküls die durch die rechtswissenschaftliche Interpretation identifizierten Anforderungen an die Rechtserzeugung vom Rechtsorgan verfehlt, kann kein geltendes Recht entstehen und Bestandskraft haben.

INNEN *Positives Recht*		*AUSSEN* *Nicht-Recht*
rechtmäßig, innerhalb des Rahmens erzeugtes Recht	greift der Fehlerkalkül: ‚rechtswidrig' bzw. fehlerhaft, außerhalb des Rahmens erzeugtes Recht	rechtlich irrelevante Phänomene und nichtige Akte, die mangels Fehlerkalküls von der Rechtswissenschaft als solche erkannt werden

Rechtliches Weltbild Merkls mit funktionierenden Fehlerkalkül

INNEN *Positives Recht*	*AUSSEN* *Scheinrecht bzw. Nicht-Recht*	
rechtmäßig, innerhalb des Rahmens erzeugtes Recht	rechtswidrig, außerhalb des Rahmens erzeugtes Recht	rechtlich irrelevante Phänomene

Rechtliches Weltbild Merkls ohne Fehlerkalkül: Primat der Rechtswissenschaft

Kelsen skizziert mit der Alternativermächtigung eine Lösung, die mit Sander die Unterscheidung zwischen Recht und Unrecht, Rechtmäßigem und Rechtswidrigem nur als rechtsverfahrensinterne Einordnung der rechtsrelevanten Phänomene begreift. Anfänglich schien er dennoch auf den Begriff des Nicht-Rechts als Marker nicht verzichten zu wollen. Da das Recht sich auf das Jenseits des Rechts in seinen Operationen nicht beziehen könne, ohne etwas, worauf es Bezug nimmt, in

[307] Vgl. *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 67), S. 291 (Fn. 2).

einem gewissen Sinne zu verrechtlichen, d. h. als Anknüpfungspunkt für die rechtlichen Kommunikationen zu erfassen, drückte Kelsen das Nicht-Recht als Grenzbegriff in die Hände der Rechtstheorie. Die Vorstellung des Nicht-Rechts bilde unvermeidlich ein rechtstheoretisches Vorverständnis, das sich dann im Rechtsbegriff manifestiert, der rechtstheoretisch gehandhabt wird. Um das Rechtsverfahren als solches reflexiv beschreiben zu können, müsste eigentlich schon ein begriffliches Raster bzw. ein Filter vorausgesetzt werden, mit dem im Voraus bestimmt werden kann, welche Phänomene für die wissenschaftliche Betrachtung überhaupt in Frage kommen. Diese Filterfunktion leiste die (in den frühen Formulierungen Kelsens) von der Rechtstheorie vorausgesetzte Grundnorm.[308] In den späteren Formulierungen der Alternativbestimmung gibt dieser Verweis auf das rechtstheoretische Vorverständnis Platz für einen Verweis auf die Effektivität, die Faktizität des rechtlichen Urteilens.[309] Die Grundnorm wird dann so rekonstruiert, dass sie lediglich ins Bewusstsein hebt,[310] dass im Rechtsverfahren von den

[308] Vgl. z. B. *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Anm. 8), S. 278.

[309] Man vergleiche nur zwei entscheidende Passagen der Behandlung des Problems des ‚rechtswidrigen Rechts' im Kelsenschen Œuvre. Zunächst die in dieser Arbeit schon mehr als einmal zitierte Formulierung aus der ‚Allgemeine Staatslehre': „Ob ein Urteil rechtmäßig war oder nicht, kann nicht die Rechtswissenschaft, kann nur das Gericht höherer Instanz entscheiden. Ein voreiliges Eingreifen des rechts*wissenschaftlichen* Urteils wäre tatsächlich Naturrecht, hieße tatsächlich die Rechtswissenschaft zur Rechtsquelle machen. Allein das Prinzip der Selbstlegitimation der Rechtsakte hat seine Grenzen: *Letzten Endes* ist es doch die rechtstheoretische Vernunft, die den auf Grund ihrer Hypothesis zum einheitlichen System zusammengeschlossenen Tatbeständen ihren rechtlichen Sinn, ihre spezifische Bedeutung verleiht, oder in ihrer Tendenz, solches Sinnes teilhaftig zu werden, bestätigt, ihren in dieser Tendenz entstandenen subjektiven Sinn objektiv legitimiert" (*Kelsen*, Allgemeine Staatslehre [Anm. 8], S. 278); und danach die Arrondierung des Konzepts der Alternativermächtigung in der zweiten Auflage der ‚Reine Rechtslehre': „Es muß höchste Organe geben, über deren Zuständigkeit nicht mehr durch höhere Organe entschieden werden, deren Charakter als höchste Gesetzgebungs-, Regierungs-(Verwaltungs-), Gerichts-Organe nicht mehr in Frage gestellt werden kann. Sie erweisen sich als höchste Organe dadurch, daß die von ihnen gesetzten Normen im großen und ganzen wirksam sind. Denn dann wird die sie zur Setzung dieser Normen ermächtigende Norm als gültige Verfassung vorausgesetzt. Das Prinzip, daß eine Norm nur von dem zuständigen, das ist durch eine höhere Norm hiezu ermächtigten Organ zu setzen ist, ist das Legitimitätsprinzip. Es ist, wie schon festgestellt, durch das Effektivitätsprinzip eingeschränkt" (*Kelsen*, RR2 [Anm. 13], S. 280/487).

[310] Statt aller diesbezüglichen Stellen siehe nur *Hans Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 209: „Mit ihrer Theorie der Grundnorm inauguriert die Reine Rechtslehre durchaus nicht eine neue Methode der Rechtserkenntnis. Sie hebt nur ins Bewußtsein, was alle Juristen, zumeist unbewußt, tun, wenn sie die oben bezeichneten Tatbestände nicht als kausalgesetzlich bestimmte Fakten begreifen, sondern ihren subjektiven Sinn als objektiv gültige Normen, als normative Rechtsordnung deuten […]". Zu den hier nicht weiter zu thematisierenden unterschiedlichen Formulierungen und Funktionen des Kelsenschen Konstrukts der Grundnorm, vgl. *Stanley Paulson*, Die unterschiedliche Formulierungen der ‚Grundnorm', in: Aulis Aarnio et alii (Hrsg.), Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit, Berlin 1993, S. 53–74; *Stanley Paulson*, A Justified Normativity Thesis in Hans Kelsen's Pure Theory of Law?, in: Matthias Klatt (Hrsg.), Institutionalized Reason, Oxford 2012, S. 61–111; *Stanley Paulson*, Das regulative Prinzip als Rettung der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens?, in: Christian Krijnen/Kurt Walter Zeidler (Hrsg.), Wissenschaftsphilosophie und Neukantianismus, Würzburg 2013, S. 259–281; *Stanley Paulson*, Die Funktion der Grundnorm: begründend oder explizierend? In: Clemens Jabloner et alii (Hrsg.), Gedenkschrift Robert Walter, Wien 2013, S. 553–573.

zuständigen Organen bestimmte Erscheinungen tatsächlich als geltendes Recht – als einem Rechtssystem zugehörige Normen – behandelt werden.[311] Das Konzept des Nicht-Rechts gerät in den blinden Fleck der rechtswissenschaftlichen Betrachtung, die nun die immanenten Rechtsoperationen zu beschreiben hat, in denen eben die *A-priori*-Nichtigkeit (als solche) nicht thematisiert wird. Über das Symbol der Rechtsgeltung werden rechtliche Operationen kontinuierlich prozessiert, sodass die höherrangigen Normen einen Rahmen mit den vom positiven Recht bevorzugten Aktualisierungsmöglichkeiten demarkieren. Rechtswidriges Recht kann es aber innerhalb der rechtlichen Operationen nicht geben; es vervollkommnet sich als solches erst mit der entsprechenden vernichtenden Entscheidung des zuständigen Organs.

INNEN *Positives Recht*		*AUSSEN* *Nicht-Recht*
rechtmäßig, innerhalb des Rahmens erzeugtes Recht/ rechtmäßig, aber außerhalb des rechtswissenschaftlich ermittelten Rahmens, erzeugtes Recht	von einem Rechtsorgan für rechtswidrig gehaltene Operation des Rechtsverfahrens	rechtlich irrelevante, von der Rechtswissenschaft nicht erreichbare Phänomene/vernichtetes oder derogiertes Recht

Rechtliches Weltbild Kelsens: Alternativermächtigung mit Fokus auf das Rahmentheorem

Schematisch und zusammenfassend gewendet, ergeben die unterschiedlichen untersuchten und rekonstruierten Lösungsversuche in Bezug auf das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' rechtstheoretische Rechtsweltbilder, die mit Rekurs auf das Konzept von unterschiedlichen Primaten je nach Akzent der jeweiligen Modelle folgendermaßen präsentiert werden können:

Primat-Konstruktionen / *Vergleichsmaßstäbe*	*Merkls Primat der Rechtswissenschaft (via Fehlerkalkül)*	*Kelsens Primat der Rechtserzeugung (via Alternativermächtigung)*	*Sanders Primat des Rechtsverfahrens (via Wechselbestimmung)*
Lesarten des Rechtspositivismus	Positivistischer Normativismus	Normativistischer Positivismus	Radikalpositivismus

[311] „Man setzt nicht zuerst eine Grundnorm voraus, um dann allerlei Rechtliches treiben zu können. Vielmehr setzt man die Grundnorm bereits voraus, indem man etwa eine putative Norm nach ihrer Gültigkeit befragt, denn die Frage nach der Gültigkeit einer Norm fragt ja, ob eine der anderen gültigen Normen, die Erzeugung der befragten Norm autorisiert. Man hat also bereits mit dieser Frage die Grundnorm vorausgesetzt. Man kann gar keine rechtliche Frage stellen, man kann gar nichts Rechtliches sagen oder denken, ohne dabei nicht schon die Grundnorm vorausgesetzt zu haben. Die Voraussetzung der Grundnorm ist also keine Akzidenz, die man beliebig beifügen kann oder nicht, sie ist dem Denken des Rechts vielmehr notwendig" (*Kletzer*, Absoluter Rechtspositivismus und Normativer Monismus [Anm. 220], S. 264).

Primat-Konstruktionen / *Vergleichsmaßstäbe*	*Merkls Primat der Rechtswissenschaft (via Fehlerkalkül)*	*Kelsens Primat der Rechtserzeugung (via Alternativermächtigung)*	*Sanders Primat des Rechtsverfahrens (via Wechselbestimmung)*
Permanenz und Mutabilität	Default-Modus des Rechts ist die relative Unveränderlichkeit	keine klare, eindeutige Auffassung	Default-Modus des Rechts ist die Veränderbarkeit
Wahrheit und Autorität	Entkopplung bis zur letzten Instanz/Kompetenz; Verkopplung mangels Fehlerkalküls: denn fehlerhafte, falsche Erscheinungen können nicht autoritativ sein	Verkopplung mit Verweis auf die rechtsverfahrensinternen Operationen – Irrelevanz außerrechtlicher Wahrheitsmaßstäbe	Verkopplung mit Verweis auf die rechtsverfahrensinternen Operationen – Irrelevanz außerrechtlicher Wahrheitsmaßstäbe
Rechtsgewinnungsverständnis	Differenzierung zwischen Erkenntnis- und Erzeugungsanteilen der Rechtserzeugung; Rechtsanwendung als notwendig erkenntnisbasierte Willensfunktion	Differenzierung zwischen Erkenntnis- und Erzeugungsanteilen der Rechtserzeugung; Rechtsanwendung als kontingent erkenntnisbasierte Willensfunktion	Fusion von Erkenntnis und Erzeugung
Standpunkt der rechtstheoretischen Betrachtung	Versöhnung zwischen Statik und Dynamik; Emphase auf die verhaltenslenkende Funktion der rechtlichen Normativität	Versöhnung zwischen Statik und Dynamik; Emphase auf die Positivität qua Entscheidungsdependenz der Rechtsgeltung	Radikaldynamisch: Rekonstruktion der selbstbezüglichen, sich wechselbestimmenden Operationen des Rechtsverfahrens; gezielte Überwindung der Statik
Grundverständnis	Prävalenz des Anforderungsmodells bei einer sich anbahnenden Prozessbetrachtung	Theorie der Prozessierung des Rechts, die sich aber noch in der Sprache eines Anforderungsmodells ausdrückt	Theorie der Prozessierung des Rechts
Abhängigkeitsverhältnis zwischen den Rechtserscheinungen	Entsprechung/ Nicht-Entsprechung	Entsprechung/ Nicht-Entsprechung	Wechselbestimmung

Primat-Konstruktionen / *Vergleichsmaßstäbe*	*Merkls Primat der Rechtswissenschaft (via Fehlerkalkül)*	*Kelsens Primat der Rechtserzeugung (via Alternativermächtigung)*	*Sanders Primat des Rechtsverfahrens (via Wechselbestimmung)*
Rechtmäßigkeit und Rechtsgeltung	Positivrechtlich beliebig auszugestaltende Verkopplung; in der Tendenz: Entkopplung bis zur letzten Instanz/Kompetenz	Verkopplung mit Verweis auf die rechtsverfahrensinternen Operationen;	Verkopplung mit Verweis auf die rechtsverfahrensinternen Operationen
Dürfen und Können	Unterscheidung zwischen minimalen und maximalen Bedingungen der Rechtserzeugung: Dürfen = Rechtmäßigkeit/ Können = Geltung	Rahmentheorem: kontingente Disqualifikation der außerhalb des Rahmens liegenden Entscheidungen; Rahmen als Zeichen des positivrechtlichen Vorzugs	Vorwurf der Verdoppelungsstrategie – als solche wird die Unterscheidung zwischen Dürfen und Können wahrgenommen bzw. sie wird als *Naturrechtlerei* abgestempelt
Rechtswidriges Recht	‚rechtswidriges Recht' als Denkbehelf: Außerhalb des Dürfens erzeugtes Recht; Mangels Fehlerkalküls wird rechtswidriges Recht auf das Nicht-Recht zurückgeführt bzw. als Nicht-Recht verstanden	‚rechtswidriges Recht' als Oxymoron; kann als solches nur im Rechtsverfahren im Augenblick der Vernichtung bestimmt werden	‚rechtswidriges Recht' kann als solches nur im Rechtsverfahren im Augenblick einer diesbezüglichen Entscheidung – z. B. der Vernichtung – bestimmt werden

Rechtstheoretische Perspektive im Vergleich

Es wird langsam klar, dass die radikaleren Variationen und Momente der Merklschen und der Sanderschen Primat-Konstruktionen die Verknüpfung von rechtlichen Fehlern und rechtlichen Folgen teilen. Was nicht rechtmäßig ist, dürfe und könne nicht Recht sein. Dahin (also: zur Verbindung von Fehler und Fehlerfolge) führt die Strategie des Fehlerkalküls nach einem längeren (Celanschen?) Umweg,[312] sobald man z. B. auf eine höchstrichterliche Entscheidung stößt. Das

[312] „Die Landschaft, aus der ich – auf welchen Umwegen! aber gibt es das denn: Umwege? –, die Landschaft, aus der ich zu ihnen komme, dürfte den meisten von Ihnen unbekannt sein" (*Paul Celan*, Ansprache anlässlich der Entgegennahme des Literaturpreises der Freien Hansestadt Bremen [1958], in: Paul Celan, Gesammelte Werke in sieben Bänden, Bd. 3, Frankfurt am Main 1983, S. 185–202 [185]).

Primat der Rechtserkenntnis in Gestalt eines Primats der Rechtswissenschaft ‚entrechtlicht' die fehlerhaften Rechtserscheinungen. Es lässt sie kein Recht sein, wenn das positive Recht über sie schweigt. Das Primat des Rechtsverfahrens hingegen lehnt deren rechtstheoretische Relevanz *ab initio* ab: Es gibt für die Rechtstheorie keine rechtswidrigen Rechtserscheinungen, die nicht als solche im Rechtsverfahren determiniert sind. Alles was Recht ist, ist rechtsverfahrensmäßig. Gegenteilige rechtswissenschaftliche Beurteilungen seien nichts als das Ergebnis des Imports bestimmter Vorstellungen des Beobachters in das zu betrachtende Subjekt–Objekt-Verhältnis ‚Recht'. Die rechtstheoretische Kategorie der rechtlichen Fehler wird abgelehnt. Rechtswidrigkeit mag sich als Output der Rechtskommunikation im System ergeben und ist ein durch die Rechtstheorie reflexiv zu rekonstruierendes Prädikat, das den Rechtsmessungen und Rechtsbestimmungen nur im Rechtsverfahren attribuiert werden kann. Am Ende kann es in beiden Modellen kein rechtswidriges Recht geben; Merkl und Sander lösen aber die Rechtswidrigkeit in verschiedene Richtungen auf. Für Merkl kann ein Organ außerhalb der Tolerierungslatitüde des Fehlerkalküls, wie sie von der Rechtsdogmatik mit Bezug auf das positive Recht bestimmt wird, überhaupt nicht rechtlich handeln. Für Sander stabilisiert sich das Rechtsverfahren durch die wechselbezüglichen Urteile der Organe, welche ausschließlich für die Konstitution der Rechtswidrigkeit anderer Organurteile zuständig sind – die Rechtswissenschaft kann sich dieses Urteil nicht anmaßen: Alles, was die Organe als Recht beurteilen, ist rechtmäßig.

Die Sandersche Ablehnung der „Richterrolle"[313] der Rechtswissenschaft hängt mit seinem Konzept des Rechtsverfahrens als Ausdruck der rechtlichen Positivität zusammen, das das Recht als einen einheitlichen, autonomen Urteils- bzw. Kommunikationszusammenhang begründet, und nicht erlaubt, dass sich metarechtliche Instanzen zwischen die Anhaltspunkte des Prozesses der Rechtsgewinnung mischen. Denn „auf jeden Tatbestand der seienden Welt können sich unbegrenzt viele wissenschaftliche, ästhetische, religiöse, politische und andere Blicke richten, aber nur begrenzt viele Rechtsblicke, eben die der ‚zuständigen Organe'".[314] Für die Unterscheidung zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Entscheidungen der Rechtsorgane sei die Rechtstheorie auf die Praxis des Urteilens der Rechtsorgane im Rechtsverfahren angewiesen. Rechtswidrigkeit ergebe sich ausschließlich aus den selbstbezüglichen Kalkulationen des Rechtsverfahrens; sie sei nur innerhalb des Rechtsverfahrens möglich und eben kein Prädikat, das die Rechtswissenschaft den Rechtsoperationen unabhängig von den aktuellen Vorgängen im Rechtsverfahren zuschreiben könnte. In diesem Sinne sind die zuständigen Organe für die Rechtstheorie unfehlbar. Die Semantik des Rechtsfehlers sei folglich in der Rechtstheorie fehl am Platz.

---

[313] Vgl. *Merkl*, Justizirrtum und Rechtswahrheit (Anm. 205), S. 456 = Merkl-GS I/1, S. 369–384 (373 f.).

[314] *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 161), Sp. 31.

Umgang mit ‚Fehlern‘ / *Vergleichsmaßstäbe*	*Fehlerkalkül (Merkl)*	*Alternativ-ermächtigung (Kelsen)*	*Wechselbestimmung (Sander)*
Rechtswissenschafts-aufgabe	Reflexion und Kontrolle; Beschreibung und Kritik	Reflexion und epistemologische Konstitution; Beschreibung qua Strukturanalyse	Reflexion; Beschreibung qua Struktur bzw. Verfahrensanalyse
Existenzberechtigung der Rechtswissenschaft	Kontrollfunktion gegenüber der Rechtspraxis	Disziplinspezifischer Beitrag zum Verständnis des Phänomens ‚Recht‘; Eigengesetzlichkeit des Gegenstands	Berücksichtigung der rechtspezifischen Momente von gesellschaftlichen Akten; Eigengesetzlichkeit des Gegenstands
Semantik der Fehler	Zulässig; zum Teil unverzichtbar	Nicht in Anspruch genommen	Unzulässig

Rechtswissenschaftstheoretische Verständnisse im Vergleich

E. Wie Weltanschauungen zu Rechtstheorien werden

Dem Grenzcharakter der eigentlichen Problematik der Grenzziehungsversuche gemäß[315] begleiten diese schulimmanente Diskussion gelegentlich politische bzw. weltanschauungsbasierte und -erläuternde Äußerungen. Am Ende des Tages lässt sich bemerken, dass „die bestehenden Gegensätze innerhalb der Rechtswissenschaft auf die allgemeinen Gegensätze […] grosse[r] Weltanschauungen zurückzuführen“[316] sind, sprich: wie Weltanschauungen rechtstheoretische Auffassungen mitprägen. Der Merklschen Lösung liegt eine dezidiert liberal-individualistische Weltanschauung zugrunde, die, obwohl von ihm weder als Fundament seines Pri-

[315] Zur herausfordernden Natur der Frage nach der Möglichkeit ‚rechtswidrigen Rechts‘ vgl. *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Anm. 8), S. 278, 299. Vgl. auch *Merkl*, Prüfung von Gesetzen und Verordnungen (Anm. 66), S. 609 = Merkl-GS II/1, S. 393–438 (438); *Sander*, [Buchbesprechung] Sauer, Grundlagen des Prozeßrechtes (Anm. 301), S. 531: „Die Rechtsphilosophie wird niemals eine haarscharfe Grenze zwischen rechtlichen und nichtrechtlichen Gebilden, zwischen Recht und Unrecht ziehen können. Denn sie muß sich vorläufig im hypothetischen Vorblicke an einem Faktum orientieren, sie muß setzen, daß es einen reinen Willen, daß es ein System von Rechtserscheinungen gebe. Im Fortgange der rechtsphilosophischen Rechtfertigung des reinen Willens aber ergibt sich, daß diese vorläufige Orientierung eine ungenaue, eine nicht zur Gänze zu rechtfertigende war, weil eben die philosophische Rechtfertigung das zu rechtfertigende als ein Faktum, als ein relativ Naives, als ein Vorphilosophisches gesetzt hat. Die Rechnung, in welcher das vorphilosophische Faktum zum philosophischen Begriff geläutert wird, geht nie restlos auf. Es bleiben die Reste der Grenzprobleme“. Heinz Mayer macht in dieser Richtung vor allem in Bezug auf höchstrichterliche Entscheidungen auch geltend, man stünde dabei vor einem Problem, „das uns die Grenzen wissenschaftlicher Erkenntnismöglichkeit deutlich macht“ (*Heinz Mayer*, Das Fehlerkenntnis eines Höchstgerichts – ein „Nichtakt“?, in: Clemens Jabloner et alii [Hrsg.], Gedenkschrift Robert Walter, Wien 2013, S. 473–485 [474]).

[316] *Kelsen*, Hauptprobleme (Anm. 31), S. XII = HKW 2, S. 21–878 (62).

mats der Rechtswissenschaft angegeben noch als rechtstheoretisches Argument dafür artikuliert, nicht unberücksichtigt bleiben darf. Eine solche Weltanschauung geht davon aus, „daß die Möglichkeit des Irrtums und auch des Irrtums der Mehrheit aus dem Kalkül nicht verbannt“[317] werden kann. Sie wird ohnehin in Merkls Schriften nicht versteckt. Merkl deutet und wendet die Reine Rechtslehre als die „am reinsten individualistische Rechts- und Staatsauffassung“.[318] Kohärent zu diesem Status sei nun die für das Individuum Partei ergreifende Kontrollfunktion der Rechtswissenschaft über die Rechtsanwendung, die als eine Art „letzte[r] Rückhalt des Individuums gegenüber dem seine rechtliche Autorität überspannenden Staat“[319] fungiere. Der Rechtswissenschaft stünde dementsprechend die Aufgabe zu, den ‚fehlerhaften Rechtsakt‘ seiner rechtlichen Autorität, die von der Entsprechung mit den bedingenden Normen (qua Rechtswahrheitsmaßstab) abhängt, zu entheben. Darin sieht Merkl einen „Triumph des durch das Kollektivum vergewaltigten Individuums über dieses Kollektivum“.[320] Um das Primat der Rechtserkenntnis „kämpft typischer Individualismus“.[321]

Im radikal anti-synkretistischen Modell Sanders gibt es hingegen definitiv keinen Platz für die Abwägung ethisch-politischer Konsequenzen eigener rechtstheoretischer Konstrukte. Durchgängig werden von Sander indes ganz im Sinn des entmystifizierenden Drangs der Reinen Rechtslehre fremde juristische Konstrukte als ethisch-politisch beladene Auffassungen dargestellt. Während Merkl den tendenziell kollektivistisch-absolutistischen Charakter der Sanderschen Theorie darin sieht, dass alles als Recht hingenommen wird, was im Rechtsverfahren durch die Rechtsorgane als solches bestimmt wird,[322] klagt Sander wiederholt die Stufenbaulehre Merklscher Art als bloße Verwissenschaftlichung ethisch-politischer Postulate des konstitutionellen Liberalismus an,[323] nämlich des Anspruchs auf die Berechenbarkeit der Rechtsverwirklichung. Stufenbaulehre wie Fehlerkalkül gingen – so könnten die Probleme Sanders mit ihnen reformuliert werden – sowie auch die von Sander oft pejorativ konnotierte Rechtsdogmatik grundsätzlich an das positive Recht „unter Voraussetzung jenes Grundaxiomes der kategorischen Gesetzes-

317 *Theo Mayer-Maly*, Der liberale Gedanke und das Recht, in: Max Imboden et alii (Hrsg.), Festschrift für Adolf Julius Merkl zum 80. Geburtstag, München/Salzburg 1970, S. 247–254 (252).

318 *Adolf Julius Merkl*, Individualismus und Universalismus als staatliche Baugesetze, in: Revue Internationale der Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 8 (1934), S. 243–265 (247) = Merkl-GS I/2, S. 85–114 (91). Und tatsächlich: Häufig lässt sich „der Eros eines überzeugten philosophischen und politischen Liberalen und Individualisten“ in den Ausführungen Merkls zur Rechtskraft und zum Fehlerkalkül als der „Stern“ erkennen, „der unsichtbar, doch umso fester und sicherer den Gedankengang leitet“ (*Marcic*, Merkls ontologische Theorie der Rechtskraft [Anm. 168], S. 242).

319 *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 67), S. 284.

320 *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 67), S. 284.

321 *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 209), S. 465 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (252).

322 Vgl. *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 209), S. 465 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (252); *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 67), S. 286 (Fn. 1).

323 Vgl. *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 37), S. 520 f. (mit Fn. 1); *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 161), Sp. 21.

treue“[324] heran und wären daher als rechtstheoretische Deskription ihres Gegenstandes nicht tauglich. Sie importieren nach Sander in die Beschreibung des Rechts bestimmte rechtspolitische Wünsche hinein, indem sie die valide Entstehung des Rechts „mit der materiell-rechtlichen Korrektheit der Setzungsakte“[325] begründen bzw. dadurch bedingen wollen. Aus dem lediglich möglichen Fall der legitimen, nach den Maßgaben des Rechts vor sich gehenden Rechtserzeugung werde eine rechtslogische Notwendigkeit gemacht.[326]

Kelsen seinerseits macht sich viel öfter Sorgen um die anarchischen Konsequenzen einer radikalen Dezentralisierung (oder gar: Entmonopolisierung) der Bestimmung der Rechtlichkeit. Sollte Herr Jedermann regelmäßig bestimmen können, was rechtmäßig ist, verliere das Recht seine widerwillige Durchsetzungsmacht, würden die Normansprüche des Rechts nicht mehr realisierbar sein.[327] Die Ermächtigung dafür, dass jedermann autoritative Rechtsentscheidungen trifft, würde „dasselbe wie die gänzliche Abwesenheit einer gesetzlichen Ermächtigung“[328] bedeuten. Wenn jeder rechtlich überprüfen dürfe, ob der normativ-immanente Sinn eines Willensaktes mit seinem rechtssystemischen Sinn koinzidiere, würde das Recht dem individuellen Willen des Normadressaten ausgeliefert werden. Eine relative Zentralisierung scheint für das Funktionieren des Rechts als normative Zwangsordnung unabdingbar zu sein. Diese Überlegungen sind indes nicht Teil von Kelsens rechtstheoretischer Lösung des Problems des ‚rechtswidrigen Rechts‘, sondern stellen ein von ihm als solches berücksichtigtes „rechtspolitisches Argument“[329] dar, nach dem sich freilich nichts unmittelbar auf die Rechtstheorie aus- oder einwirken kann.

Durch die Erkenntnis der realen Umstände der Entscheidungsfindung im Rechtsverfahren trägt die Rechtstheorie aber zum Verständnis der rechtspolitischen Abwägung zwischen Autorität und Wahrheit bei, der Regelungen wie diejenigen der positivrechtlichen Rechtskraft zugrunde liegen. Es kommt nicht so sehr darauf an, „daß die absolute ‚Wahrheit‘ eruiert [wird], sondern daß des Streites ein Ende werde“.[330] Dass die Geltung von Entscheidungen der Rechtsorgane, die sich über den von der Rechtswissenschaft gezogenen Rechtsrahmen hinwegsetzen, von konkreten positiven Rechtsordnungen in Kauf genommen wird, sei nicht zuletzt aufgrund der verbreiteten Vorstellung einer „Friedensfunktion“[331] des Rechts zu erklä-

[324] *Fritz Sander*, Das Verhältnis von Staat und Recht: Eine Grenzauseinandersetzung zwischen allgemeiner Staatslehre, theoretischer Rechtswissenschaft u. interpretativer Rechtsdogmatik, in: Archiv des öffentlichen Rechts 10 (1926), S. 153–227 (220).

[325] *Somek*, Rechtssystem und Republik (Anm. 189), S. 488 f.

[326] Vgl. *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 161), Sp. 26.

[327] Vgl. z. B. *Kelsen*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit (Anm. 51), S. 46 f.; *Hans Kelsen*, Der Begriff der Rechtsordnung, in: Logique et Analyse 1 (1958), S. 150–167 (157); *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 272, 275.

[328] *Stanley Paulson*, Neue Grundlagen für einen Begriff der Rechtsgeltung, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 65 (1979), S. 1–19 (11).

[329] *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Anm. 8), S. 289, 297–299.

[330] *Kelsen*, Die Idee des Naturrechts (Anm. 29), S. 238 f.

[331] *Kelsen*, Die Idee des Naturrechts (Anm. 29), S. 239, 247 f.

ren. Kelsen sieht dementsprechend den vertretbaren Sinn der rechtlichen Autorität nicht so sehr in der monopolisierten Ausübung der staatlichen Zwangsgewalt, sondern vielmehr in der Unterwerfung „nicht des Einzelwillens, sondern des individuellen Denkens, des Urteiles“[332] des Individuums unter die Rechtmäßigkeit der Rechtsakte. Über die Rechtmäßigkeit wird nur rechtlich, d. h. im Rechtsverfahren entschieden. Die authentische Rechtsinterpretation durch die Organe zielt nicht auf die Richtigkeit der Entscheidung, sondern vielmehr auf die Entscheidung selbst, d. h. auf das Verbindlich-Machen einer als rechtlich markierten Möglichkeit.[333] Wäre das Rechtsurteilen als eine Frage der Wahrheit zu verstehen und folglich die Rechtserkenntnis das Entscheidende, könnte die Frage nach dem Subjekt der Feststellung rechtlicher Fehler kaum mit etwas anderem beantwortet werden als mit ‚jeder‘: Jeder dürfte entscheiden, was rechtens ist. Für Kelsen wie für Sander ist das Recht aber vorwiegend ein Macht- bzw. Autoritätsphänomen[334] – auch wenn selbstverständlich nicht auf die Macht reduzierbar – und folglich die Rechtswissenschaft eine Wissenschaft von der Macht (im Rechtsgewand bzw. durch die Form des Rechts verteilt und geleitet).[335] „Das sogenannte richterliche Erkenntnis erwächst in Rechtskraft“, jedoch „[k]eine echte, d. h. wissenschaftliche Erkenntnis kann in Rechtskraft erwachsen; denn sie kann jederzeit auf ihre Wahrheit geprüft und als unwahr widerlegt und damit aufgehoben werden“.[336] Die relative Wahrheitsindifferenz der Rechtsmaschinerie müsste akkurat in das Rechtsbild der ihrerseits Wahrheit anstrebenden Rechtstheorie integriert werden.

F. Reine Rechtslehren?

Bei allen diesen unterschiedlichen Akzenten und ausdifferenzierten Deklinationen gemeinsamer Prämissen ein und desselben Forschungsprogramms lässt sich die Frage stellen, ob man immer noch von *einer* Reinen Rechtslehre sprechen darf. Bestimmt handelt es sich bei Merkl und Sander wie bei Kelsen durchgängig um den Versuch, eine *radikal* realistische[337] und antiessentialistische, autonome Rechts-

---

[332] *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 107), S. 93. = HKW 3, S. 439–531 (514).

[333] *Kelsen*, The Law of the United Nations (Anm. 269), S. XV: „Hence, the function of authentic interpretation is not to determine the true meaning of the legal norm thus interpreted, but to render binding one of the several meanings of a legal norm, all equally possible from a logical point of view“.

[334] Das Recht ist im Sinne der Reinen Rechtslehre Kelsens „eine bestimmte Ordnung (eine Organisation) der Macht“ (Kelsen, RR2 [Anm. 13], S. 221/387). Vgl. dazu *Norberto Bobbio*, Law and Force, in: The Monist 49 (1965), S. 321–341.

[335] Vgl. *Kelsen*, Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre (Anm. 69), S. 1726. Zu Sanders Vorstellung der Verhältnisse zwischen Autorität und Wahrheit im Rechtsverfahren vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 329–331.

[336] Zwei Zitate: *Kelsen*, Reine Rechtslehre und Egologische Theorie (Anm. 194), S. 474.

[337] Zur Selbstdeutung der Reinen Rechtslehre als eine „radikal realistische Rechtstheorie“ vgl. *Hans Kelsen*, Methode und Grundbegriff der reinen Rechtslehre, in: Annalen der critischen Philosophie 3 (1933), S. 69–90 (78); *Kelsen*, RR1 (Anm. 13), S. 17/29; *Hans Kelsen*, Die Ziele der

theorie zu entwerfen, die sich zu einem grundsätzlich positivistischen Rechtsverständnis bekennt. Sie ist radikal – und diese Bezeichnung darf trotz der vorherigen kontrastierenden Verwendung in Bezug auf die Rechtsfehlerproblematik keineswegs nur der Sanderschen Rechtstheorie vorbehalten werden –, da sie auf die erkenntnistheoretischen Radizes zurückgeht und nach den Bedingungen für die Möglichkeit einer spezifischen rechtswissenschaftlichen Reflexion über das Recht fragt. Der von ihr in unterschiedlichen Ausprägungen beanspruchte Realismus[338] spiegelt sich konsequent in der Ambition wider, ein Instrumentarium für die Erfassung des aktuellen wie des möglichen positiven Rechts auszuarbeiten, das nicht so anspruchsvoll bzw. voraussetzungsreich sein soll, dass es die zu beschreibenden Phänomene nicht mehr flächendeckend auffangen kann, da diese dem ausgedachten begrifflichen Raster nicht gerecht werden können.[339]

Der Reinen Rechtslehre der Wiener Schule wohnt in diesem Sinne eine antiideologische Tendenz inne, denn sie weigert sich, das positive Recht zu verklären oder zu entstellen, und will ausschließlich und allein über das Funktionieren des

---

Reinen Rechtslehre, Sonderdruck aus der Festschrift für Prof. Lašrovka, Bratislava 1936, S. 6; *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 112/206. Zu einer – nicht uneingeschränkt beizupflichtenden – Deutung dieser Aussage als Bekenntnis zu einer rechtsrealistischen Tradition vgl. *Pierluigi Chiassoni*, Dos preguntas, una solución. Sobre el realismo radical de Hans Kelsen, in: J. J. Moreso/J. L. Martí (Hrsg.), Contribuciones a la filosofía del derecho, Madrid 2012, S. 177–197; *Pierluigi Chiassoni*, Il realismo radicale della teoria pura del diritto, in: Materiali per una storia della cultura giuridica 1 (2012), S. 237–261; *Pierluigi Chiassoni*, Wiener Realism, in: Luís Duarte d'Almeida/John Gardner/Leslie Green (Hrsg.), Hans Kelsen Revisited, Oxford 2012, S. 131–162. Vgl. auch *Michel Troper*, Une théorie réaliste de l'interprétation, in: Revista Opinião Jurídica 8 (2006), S. 301–318. Kritisch zur Deutung Kelsens als ein Rechtsrealist vgl. *Juan Ruiz Manero*, Sobre la interpretación genovesa de Kelsen: Kelsen como realista, in: Analisi e Diritto 115 (2014), S. 115–128. Zu Kelsens eigener Deutung des Verhältnisses zwischen der Reinen Rechtslehre und der skandinavischen Spielart des Rechtsrealismus vgl. *Kelsen*, Eine ‚Realistische' und die Reine Rechtslehre (Anm. 178).

338 Jestaedt spricht von einer „operativ-realistischen Rechtsdeutung" des Rechtsgewinnungsverfahrens durch die Kelsensche Reine Rechtslehre: *Matthias Jestaedt*, Der „Hüter der Verfassung" als Frage des Rechtsgewinnungsverständnisses – Ein etwas anderer Blick auf die Schriften von Carl Schmitt und Hans Kelsen –, in: Olivier Beaud/Pasquale Pasquino (Hrsg.), La controverse sur le „gardien de la Constitution" et la justice constituionnelle. Kelsen contre Schmitt / Der Weimarer Streit um den Hüter der Verfassung und die Verfassungsgerichtsbarkeit Kelsen gegen Schmitt, Paris 2007, S. 155–175 (169).

339 In diesem Sinne geht (bzw. gehen) die Reine(n) Rechtslehre(n) der Wiener Schule in der Regel von Variationen eines „minimalistischen Rechtskonzepts" aus, vgl. *Otto Pfersmann*, Is the Pure Theory of Law a General Theory of Law: the Case of the Common Law?, in: Clemens Jabloner et alii (Hrsg.), Scharfsinn im Recht. Liber Amicorum Michael Thaler zum 70. Geburtstag, Wien 2019, S. 19–34 (24 f.), wo die Rede von „the minimalist requirement" ist: „Kelsen's starting point for considering something a legal system is minimalist. […] Positivism means precisely, among other things, that nothing normative is excluded a priori on substantial grounds. The minimalist requirement is recursive, i. e. there has to be a set of deontically modalized propositions, being already a norm of the system". In ähnlichem Geiste sprach Weyr – im Anschluss an eine Kritik von Jiří Hoetzel (1874–1961) an ihm und Kelsen – vom „Primitivismus" als Merkmal des Ansatzes der Reinen Rechtslehre bzw. der normativen Theorie, die auf einem Kampf gegen das Überflüssige in der Rechtswissenschaft beruhe., vgl. *František Weyr*, Právni Primitivismus, in: Časopis pro právní vědu a praxi 1 (1919), S. 1–10.

Rechts aufklären. Mit der von Kelsen von Beginn an postulierten ‚Relation zum Rechtssatz'[340] erweist sich die Reine Rechtslehre darüber hinaus bei Merkl wie bei Sander als durch und durch antiessentialistisch, indem sie den Rekurs auf angeblich hinter den Rechtsformen stehende Substanzen/Dinge vermeidet und sich bei ihrer Strukturanalyse auf die grundlegende Mechanik des Rechts, wie es angewandt, erzeugt und vernichtet wird, beschränkt. Positivistisch lässt sich die Reine Rechtslehre exklusiv auf das für sie einzig existierende, geltende Recht ein, d. h. sie nimmt ausschließlich vom Recht als Inhalt relativ zentralisierter menschlicher Entscheidungsordnungen Notiz und gibt darüber Auskunft, ohne in Idealisierungen zu verfallen.[341] Damit will sie „wahre Rechtswissenschaft"[342] sein und einen „Durchbruch zum Recht"[343] ermöglichen. Allerdings ist es gerade die in sich folgerichtige Ausführung dieser Postulate, die Meinungsunterschiede auftauchen lässt und die Frage nach der Adäquanz des Singulären einer Reinen Rechtslehre aufdrängt. Um die Stringenz der verschiedenen Verwissenschaftlichungsstrategien einer spezifisch juristischen Erkenntnis wurde dann auch gestritten. Die diesbezüglichen Auffassungsdissonanzen durchdringen die jeweiligen Rekonstruktionen des Getriebes des Rechtsgewinnungsverfahrens.

Im Zusammenhang mit der Kontroverse um das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' bietet es sich an, eine Merklsche von einer Sanderschen sowie von einer Kelsenschen Variante der Reinen Rechtslehre zu differenzieren, ohne auf das durch die Idee einer Schule insinuierte Einheitliche verzichten zu müssen. Diese Vorstellung einer Schule muss ohnehin mit gebotener Vorsicht verarbeitet werden – eine Vorsicht, die Kelsen selbst übrigens empfahl. Denn die Reine Rechtslehre der Wiener Schule erklingt sozusagen in verschiedenen Tonarten. Der Fehlerkalkül wendet konkret Merkls eigenes Grundverständnis der Reinen Rechtslehre als eine Rechtswissenschaftsform an, die in ihrer Beschäftigung mit den Rechtserscheinungen nur klarstellen will, „welches Verhalten die öffentliche Gewalt unter Androhung von Unrechtsfolgen fordert". Elementarste Auffassung der Rechst(erkenntnis)theorie sei, „daß sich die Aufgabe der normativen Rechtswissenschaft darin erschöpfe, durch die Mittel der grammatikalischen und logischen Auslegung den Willen des Gesetzgebers festzustellen, nicht aber den derart ermittelten Inhalt des Staatswillens durch ein Wunschrecht zu verfälschen".[344] Aus dieser lapidaren Merklschen

[340] Vgl. oben Erster Teil, Kap. I, S. 75–78, 84 f.

[341] Vgl. *Otto Pfersmann*, Le Statut de la Volonté dans la Définition Positiviste de la Norme Juridique, in: Droit 28 (1998), S. 83–98 (90–94).

[342] *Kelsen*, Die Ziele der Reinen Rechtslehre (Anm. 337), S. 8. Vgl. noch *František Weyr*, Rechtswissenschaft und Rechtssoziologie. Eine erkenntnistheoretische Studie, in: Actes du Huitième Congrès International de Philosophie (à Prague, 2–7 Septembre 1934), Prag 1936, S. 335–341 (341); *Sander*, Das Faktum der Revolution (Anm. 183), S. 133 f.

[343] *Adolf Julius Merkl*, Zum 80. Geburtstag Hans Kelsens. Reine Rechtslehre und Moralordnung, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 11 (1961), S. 293–313 (313) = Merkl-GS I/1, S. 629–655 (655).

[344] Zwei Zitate: *Adolf Julius Merkl*, Entwickelt sich Österreichs Rechtswissenschaft?, in: Österreich – Geistige Provinz?, Wien/Hannover/Bern 1965, S. 280–312 (296) = Merkl-GS III/2, S. 513–545 (528 f.).

Zuspitzung des Forschungsprogramms der Reinen Rechtslehre gehen prägnante Merkmale seines Ansatzes zur Rechtsfehlerproblematik hervor, denn die Überzeugung der Unentrinnbarkeit der Sprach- und Denkgesetze zementiert seine Semantik der Fehler genauso wie diese Überzeugung seiner Auslegungslehre einen gewissen Imprint und eine Prägnanz gibt, die sie in der Kelsenschen und in der Sanderschen Variante der Reinen Rechtslehre nicht hat. Die Emphase auf die normative Dimension und die verhaltenslenkende Funktion des Rechts, die das Anforderungsmodell ausmacht, lässt sich hier wie im Konzept des Fehlerkalküls registrieren.

Anders aber bei dem Haupt der Wiener Schule, Hans Kelsen, für den die Reine Rechtslehre weder Dogmatik noch Interpretation einer bestimmten Rechtsordnung ist, genauso wie sie keine Rechtsgeschichte oder keinen Rechtsvergleich darstellt.[345] Die Reine Rechtslehre Kelsenscher Art versteht sich eben als Rechts(erkenntnis)theorie: „Ihr Problem ist die spezifische Eigengesetzlichkeit einer Sinnsphäre“,[346] die des positiven Rechts. Die Lehre von der Alternativermächtigung zeigt ein weiteres Merkmal von Kelsens Versuchen, diese Eigengesetzlichkeit des Rechts mit dem begrifflichen Gerippe der Reinen Rechtslehre zu erfassen. Dabei bedient er sich gewisser Strategien und nimmt Blickwinkel ein, die sich eher einer dynamischen Prozessbetrachtung des Rechts Sanderscher Art anschließen und vor dem Hintergrund eines tendenziell statischen Anforderungsmodells weniger sinnvoll erscheinen. Weder Merkl noch Kelsen lassen aber ihre Rechtstheorie einseitig in die Richtung eines einzigen Modells aufgehen. Die Reinen Rechtslehren unterscheiden sich bezüglich des Problems des ‚rechtswidrigen Rechts‘ rechtstheoretisch vorwiegend durch die verschiedenartigen Kalibrierungen der Verhältnisse zwischen statischen und dynamischen Betrachtungsweisen wie statischen und dynamischen Komponenten des Rechtsgewinnungsverfahrens. Auf der Ebene der Rechtswissenschaftstheorie dokumentieren sie darüber hinaus voneinander abweichende Ansätze zum Verhältnis zwischen Rechtswissenschaft und Recht. Im Merkls Modell wird einem Primat der Rechtswissenschaft letztendlich Platz eingeräumt, was mit Kelsens Alternativermächtigung vermieden wird – freilich nicht ohne Kosten für das ganze rechtstheoretische Unternehmen.

Noch unterschiedlich ist die Lage bei Sanders Rechtsverfahrenstheorie. Diese Theorie versteht sich als eine rein reflexive Rechtstheorie, die sich absichtlich von der Rechtsdogmatik distanziert. Der Dogmatik qua interpretative Praxis des Rechts sei eine statische Sichtweise eigen,[347] für die Sander in der reinen Rechtstheorie keinen Platz genehmigen will und die er als nicht wissenschaftlich abstempelt. Die von der Rechtsdogmatik ‚erkannten‘ Anforderungen an die Rechtserzeugung würden nichts anderes als den Sinn ausmachen, „welchen die ‚freie‘ Interpretation der Rechtsdogmatik auf Grund vergangener Rechtsakte künftigen Rechtsakten

[345] Vgl. *Kelsen*, Die Ziele der Reinen Rechtslehre (Anm. 337), S. 1.

[346] *Kelsen*, Methode und Grundbegriff der reinen Rechtslehre (Anm. 337), S. 75.

[347] „Die Rechtsdogmatik ist eine Wissenschaft der Statik“ (*Sander*, Die transzendentale Methode [Anm. 230], S. 468).

zumißt, anrät, vorschreibt".[348] Die Merklsche juristische Richtigkeit bzw. Rechtmäßigkeit sei keine rechtliche Richtigkeit, sondern ein Import der dogmatischen Rechtswissenschaft in das zu beschreibende Recht. Genau gesehen wäre etwas wie die „juristische Richtigkeit" nicht Gegenstand einer Rechtstheorie, sondern bilde einen möglichen Gegenstand für eine „Wissenschaft von der Rechtswissenschaft"[349] im Sinn einer Diskursanalyse der bestehenden Dogmatik. Losgelöst von den konkreten Operationen des Rechtsverfahrens von Rechtswidrigkeit des Rechts zu sprechen, münde in der Behauptung einer „*Natur*rechtswidrigkeit".[350] Will die Rechtswissenschaft keine Naturrechtslehre betreiben, müsste sie bloß als reflexive Theorie der Rechtserfahrung artikuliert werden. In diese Theorie, solange sie eine Theorie der Eigengesetzlichkeit des Rechts ist, scheint sich eine statische bzw. normative – wie Sander dies versteht – Betrachtungsweise nicht gut einzufügen. Die Sandersche Rekonstruktion des Rechtsverfahrens bedenkt nicht die Anforderungen des Rechts an die Rechtssubjekte. Sie bekennt sich zu einem dynamischen Modell, das sich um die Selbstkonstitution der Rechtsrelevanz durch rechtsimmanente Operationen dreht. Anders gewendet gilt für die Prozessbetrachtung Sanderscher Art die Direktive: „[B]eobachte das Rechtssystem als Beobachter und analysiere, wie das Rechtssystem selbst Informationen verarbeitet, wie es mit [der] Welt umgeht und wie es in sich selbst Selbstreferenz und Fremdreferenz unterscheidet".[351]

Das Plurale der Möglichkeiten der Lösungen für ein bestimmtes, zentrales Problem des Rechtsdenkens auf dem Boden ein und desselben Forschungsprogramms zeigt sich in der Merkl–Sander-Kontroverse nicht nur exemplarisch, sondern die Reine Rechtslehre erweist sich dabei auch als entwicklungsoffen: Das bisher wenig zufriedenstellend gelöste Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' lädt zu weiteren Versuchen neuer Generationen der Schule der Reinen Rechtslehre ein, die sich eher als ein Denkstil erweist, der danach anstrebt, die Rechtswissenschaft auf der Eigengesetzlichkeit des Rechts aufzubauen. Über das wie dieser Eigengesetzlichkeit und deren konkrete Bedeutung für die Rechtswissenschaft lässt sich streiten.

Durch und durch wurde von den Mitgliedern der Wiener Schule über eine reine Rechtswissenschaft geredet und um diese unermüdlich gekämpft. Es will indes so scheinen, als ob die Disziplinen, die als Bezugsobjekte der verschiedenen Varianten der Reinen Rechtslehre taugten, nicht unbedingt ein und dieselbe Rechtswissenschaft darstellten. Es lässt sich nicht ausschließen, dass die Teilnehmenden der schulimmanenten Debatte um das ‚rechtswidrige Recht' hier und da tatsächlich aneinander vorbeigeredet haben, denn, wie bemerkt, die Unterschiede zwischen den eingenommenen Perspektiven wurden nicht immer klar thematisiert und kommuniziert. Häufig wurden die Ergebnisse der Rechtsansichten des/der jeweils anderen, die in den jeweiligen Betrachtungsweisen auftauchten, in der Debatte angegriffen, ohne das der Grund der Divergenzen hinreichend adressiert wurde. Nicht

[348] *Sander*, Zum Problem der Soziologie des Rechts (Anm. 30), S. 802.
[349] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 179), S. 1207.
[350] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 179), S. 1206.
[351] *Luhmann*, Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts (Anm. 140), S. 15.

zuletzt – wenn auch nicht ausschließlich – hat die Virulenz der Merkl–Sander-Kontroverse verhindert, dass sie danach noch kollektiv innerhalb der Wiener Schule ver- und aufgearbeitet wurde. Eine Errata wurde von den Kontrahenten nie geschrieben.

Kapitel IX

Errata: Eine Therapie der Debatte

Als letztes und abschließendes Kapitel dieser Dissertation folgt eine sich auf drei Ebenen artikulierende Errata, die zur Zeit der schulimmanenten Kontroverse um das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' entweder völlig ausgeblieben ist oder nur diffus von den Teilnehmerinnen und Teilnehmern der Debatte zur Sprache gebracht und aufgezeichnet wurde. Zunächst gilt es, die inneren Bewegungen und Entfaltungen der Rechtswissenschafts- und Rechtstheorien von Merkl und Sander (weitgehend rekapitulierend) herauszuheben, die durch gegenseitige Irritation angeregt und katalysiert worden sind und die als solche kaum von den Teilnehmenden des einschlägigen Wissenschaftsgesprächs thematisiert wurden. Das Ansprechen und Hervorheben von jeweiligen Fehlern mittels Kritik veranlasste nicht selten Korrekturen und Änderungen in den entsprechenden theoretischen Modellen. Markante Momente dieses wissenschaftlichen *Trial-and-Error*-Verfahrens werden als erste Stufe dieser abschließenden Errata kenntlich gemacht. Sodann sollen die günstigsten Angriffspunkte der nachträglichen Beobachtung Zunutze gemacht werden, um die damaligen, den Erkenntnisfortschritt nicht fördernden Karikierungen der Ansichten des jeweils anderen zu adressieren. An entscheidenden Stellen schrieben sich Merkl und Sander gegenseitig Positionen zu, die vom jeweils anderen in der dargebotenen Gestalt nicht vertreten wurden. Zerrbilder wurden gemalt, um im gleichen Zuge an ihren Schwachpunkten angegriffen und zerstört zu werden, ohne dass jemals Richtigstellungen stattgefunden haben. Eine solche wenigstens partielle Errata beansprucht dieses Kapitel zu liefern, bevor zu einer die Kontroverse abwickelnden – auch wenn nur skizzenhaften – Errata übergegangen wird. Als letzter Move sollen einige blinde Flecken der Debatte sowie Potenziale für weitere rechtswissenschafts- und rechtstheoretische Vertiefungen identifiziert werden. Es wird damit die Frage aufgeworfen, was aus den Fehlern und Fehlstellen in der Debatte sowie aus der Debatte um die Rechtsfehler selbst gelernt werden kann.

A. Trial and Error: Die Polemik als Katalysator in der Wiener Schuldynamik

I. Der reaktive Charakter des Fehlerkalküls

Angeregt durch Überlegungen, die zu einem Zeitpunkt geäußert wurden, als die Wiener Schule nicht mal im Ansatz vorhanden war, entfaltete sich Ende der zwei-

ten Dekade des zwanzigsten Jahrhunderts die Merkl–Sander-Kontroverse nicht zuletzt als ein Versuch, einer zuerst von Hans Kelsen aufgeworfenen Frage mit einer rechtstheoretisch fundierten Antwort zu begegnen: Im nicht allzu seltenen Fall eines Konflikts zwischen der Meinung eines zuständigen Organs und der Meinung eines Rechtsunterworfenen hinsichtlich der Geltung und Rechtmäßigkeit eines Rechtsakts, wessen Meinung gebührt der Vorzug?[352] In Auseinandersetzung mit seinen Wiener Mitstreitern, allen voran Alfred Verdross und Fritz Sander, entwickelte Adolf Julius Merkl die Theorie des Fehlerkalküls, die seine Stufenbaulehre arrondierte, indem sie einerseits dynamisch die Fehleranfälligkeit des Rechts als menschliches Werkzeug verarbeitete und andererseits die dadurch anerkannte Dynamik dennoch mittels der Betonung des Maßstabscharakters der bedingenden Normen statisch bremste.

Verdross machte auf die Inkonsistenz früher Aussagen Merkls im Vergleich zu dessen eigenem rechtstheoretischen Programm aufmerksam, als dieser andeutete, eine ‚rechtswidrige Rechtserscheinung' dürfe nicht als rechtskräftig behandelt werden.[353] Sander dockte bei der Fragestellung Kelsens an, um die Erklärungsmacht und die Konsistenz des Merklschen damals gerade abhebenden Modells der stufenförmigen Rechtserzeugung angesichts der anscheinend außerhalb des Rahmens der anzuwendenden Normen entstandenen Rechtserscheinungen zu hinterfragen. Die naheliegende Folge der – auf einer noch statisch präsentierten Intuition Kelsens[354] aufgebauten – Stufen(bau)theorie Merkls,[355] nach der die Verfehlung einer einzigen, durch die Erzeugungsregel gestellten Anforderung die Nichtigkeit der fraglichen Rechtserscheinung nach sich ziehen würde, problematisierte Sander als eine rechtstheoretische Lösung, der eine naturrechtliche Vorstellung anhaftete. Sander behandelte – in der Tendenz ähnlich wie Kelsen – die Rechtsorgane als „‚absolute' Ausleger"[356] und sprach ihnen die Deutungshoheit (auch) in Rechtserkenntnisfragen zu, genauso wie er den Entscheidungen der Organe ein unabdingbares Geltungsprimat zusprach. Er ging aber bald weiter als Kelsen, um explizit die ganze Fragestellung nach der Fehlerhaftigkeit eines Rechtsakts als Pseudoproblem zu entlarven, denn einer positivistisch operierenden Rechtstheorie seien keine dem Rechtsverfahren transzendenten Standards für die Korrektheit bzw. Rechtmäßigkeit der Rechtsentscheidungen weder zugänglich noch in ihr zulässig. In den bis dahin formulierten Überlegungen Merkls sah Sander eine Antinomie zwischen

---

[352] Vgl. *Kelsen*, Über Staatsunrecht (Anm. 107), S. 93 = HKW 3, S. 439–531 (514).

[353] Zu den gegenseitigen Irritationen Merkls und Verdross' vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 264–269.

[354] Gemeint ist Kelsens Theorem der Gleichwertigkeit aller Rechtsbedingungen, vgl. dazu oben Erster Teil, Kap. II, S. 111 f.

[355] Dass Merkl den Versuch einer Lösung „des Problems vom Unrecht als Recht" auf der Rechtslehre Kelsens aufbaute, stellte er selbst nachdrücklich fest, vgl. *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 15), Sp. 444 (Fn. 2) = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (124 Fn. 19). Vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 285–287.

[356] *Sander*, Rechtswissenschaft und Materialismus (Anm. 282), S. 351.

dem „außenstehende[n] Betrachter“ und dem „Staatsorgan“,[357] die er später als eine naturrechtlich beladene Antinomie zwischen dem Recht der Rechtswissenschaft und dem positiven Recht reformulierte.[358] Sander warf die Frage auf, ob man den Regress der rechtlichen Auslegung, der durch die bloße Anfrage nach der Prüfung der Rechtmäßigkeit entstehe, mittels Einsetzung eines dem positiven Rechtsnormensystem fremden Validationssystems – wie das der Rechtsdogmatik – abschneiden und doch noch Positivist bleiben könne.[359]

Die Herausforderung Sanders anerkennend gab Merkl der Debatte mit einer Umformulierung der ursprünglichen Fragestellung neue Nahrung. Er fügte einen dritten Faktor in die Kelsensche rechtstheoretische Gleichung ein und stellte diesen als den entscheidenden dar. In der Rechtswissenschaft sah er „einen ganz anderen Gegenspieler“ zu den Rechtsanwendern als denjenigen, den ein Herr Jedermann – wie im von Kelsen formulierten Dilemma – darstellen könnte. Die Alternative „Meinung des Staatsorganes“ vs. „Meinung des Untertans“ erschöpfe nicht das Möglichkeitsspektrum. Der Rechtspraxis sei die „höhere Autorität der Rechtswissenschaft“[360] gegenüberzustellen. Der Irrtumskalkül wird an einer Stelle platziert, an der die Rechtswissenschaft ansonsten vorschnell eingreifen würde, wenn sie sich bereit erkläre, auf dem nicht-rechtlichen Charakter bestimmter Entscheidungen zu beharren. Denn das positive Recht könne über die von ihm selbst vorgesehenen Bedingungen für die valide Rechtserzeugung verfügen, indem es durch variationsreiche Bestimmungen die Erzeugungsregeln modifiziere. Insoweit sei der Rechtswissenschaft Selbstbeschränkung geboten.

Damit wurde, auf die Provokation Sanders eingehend, die Reine Rechtslehre ins Begriffsschema des Rechtspositivismus zurückgeholt, insoweit innerhalb der von der jeweiligen Rechtsordnung selbst vorgezeichneten Fehlerlatitüde die – durch die Brille der Rechtswissenschaft betrachtet und gemessen am Maßstab des positiven Rechts – mangelhaften Rechtserscheinungen unproblematisch gelten und die Antwort auf die Frage nach den Rechtsfolgen eventueller Rechtsfehler an das positive Recht (zurück) verwiesen wird. In der Tendenz geht es der Rechtswissenschaft dabei darum, dem „positiven Recht die richtigen Fragen zu stellen“.[361] Erst bei der Abwesenheit eines positivrechtlichen Fehlerkalküls übernimmt die Rechtswissenschaft die Richterrolle über die Rechtmäßigkeit des Rechts – womit wiederum Sander ein Problem haben wird.

Der Fehlerkalkül tauchte also – vor dem Hintergrund der Merkl–Sander-Kontroverse[362] – als Reaktion auf. Er wurde inmitten einer Polemik geprägt und ist

---

[357] Zwei Zitate: *Sander*, Rechtswissenschaft und Materialismus (Anm. 282), S. 351.

[358] Vgl. *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 28), S. 12.

[359] Vgl. *Sander*, Rechtswissenschaft und Materialismus (Anm. 282), S. 351 f.

[360] Drei Zitate: *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 67), S. 286 (Fn. 1). Vgl. auch *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 209), S. 463 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (245).

[361] *Alexander Balthasar*, Absolute Nichtigkeit genereller Normen in der österreichischen Rechtsordnung, Wien 2016, S. 36.

[362] Selbstredend entstand das Konzept des Fehlerkalküls nicht nur als eine Abwehrbewegung in einer Schulschachpartie, sondern stellte auch einen Lösungsversuch für konkrete rechtswis-

in deren Rahmen weiter raffiniert worden. Seine bloße Einführung verfremdete die Debatte produktiv, indem sie eine Stellungnahme zur bis dahin latent gebliebenen Frage der Erkenntnisaufgabe der Rechtswissenschaft(en) erzwang. Neben einer Rechtstheorie war auch eine Theorie der Rechtswissenschaft erforderlich, wie Kelsen von Anfang an wusste und worauf er selber bis dahin das Gros seiner intellektuellen Kräfte investierte. Auf der rein rechtstheoretischen Ebene bot der Fehlerkalkül ein erstes ausgearbeitetes Konzept für die Strukturbeschreibung des positivrechtlichen Getriebes zum Umgang mit Fehlern. In ausdrücklichem Gegensatz zu Sander positionierte sich Merkl zugunsten der Zulässigkeit einer Fehlersemantik für die Rechtswissenschaft, die auch dort eingesetzt werden kann, wo die Betätigungen der Organe durch den Fehlerkalkül gedeckt sind. Die Erfahrung lehre, dass der „Rechtsanwender nur zu oft daneben greift".[363] „[D]er Wissenschaft bleibt da als einzige Abhilfe",[364] die Irrtümer als solche zu erkennen, auch wenn sie mitunter genötigt sei, das ‚fehlerhafte Recht' als Recht gelten zu lassen. Dies ist der Anwendungsbereich des Fehlerkalküls. Beim Schweigen des positiven Rechts bezüglich seiner eigenen Fehlertoleranz führte indes das zu Ende gedachte Modell Merkls zu einem radikaleren Primat der Rechtswissenschaft, das sich vor seinen „grotesk"[365] anmutenden Konsequenzen nicht scheut. Da alle Bedingungen für die Rechtserzeugung ursprünglich gleichwertig seien, würden alle durch die Rechtswissenschaft konstatierten Fehler die Nichtigkeit der mit der Prätention der Rechtlichkeit erzeugten Norm auslösen, wenn positiv-rechtliche Normen nichts anders vorsehen würden. Die ‚defekte Rechtserscheinung' gehe in solchen Fällen nicht mal durch die Tore der Rechtsordnung ein. Die Rechtswissenschaft ergreife dann für die Rechtmäßigkeit Partei und habe der fehlerhaften Entscheidung die Geltung abzusprechen.

Die schulimmanente Kontroverse veranlasste mehrmalige Eigenkorrekturen im theoretischen System Merkls, das allmählich neukalibriert und mit dem Instrumentarium des Fehlerkalküls für eine akkuratere Deskription des Funktionsmodus positiver Rechtsordnungen ausgestattet wurde. Dass das Recht selbst mit Fehlern der Rechtsanwender zu rechnen scheint und über reiche Vorbeugungs- und Reaktionsmechanismen zur Handhabe von Defekten bei der Rechtserzeugung verfügt, ist eine Einsicht, die durch wissenschaftlichen *trial and error* innerhalb der Wiener Schule errungen wurde. Von einer insinuierten Negation der Rechtlichkeit bzw. der Rechtsbindung des ‚rechtswidrig' erzeugten Rechts, verankert an einer

---

senschaftliche Probleme dar, die unter anderem durch die Neugestaltung des (deutsch-)österreichischen positiven Rechts bei der Gründung der Republik Österreich brennend geworden waren. Diese Facette des Entdeckungs- wie Rechtfertigungskontexts des Fehlerkalküls konnte im Rahmen dieser Arbeit nicht berücksichtigt werden, vgl. dazu oben Dritter Teil, Kap. VII, S. 395 f. (Anm. 97).

[363] *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 15), Sp. 396 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (120).

[364] *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 15), Sp. 397 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (120).

[365] *Merkl*, Prüfung von Gesetzen und Verordnungen (Anm. 66), S. 609 = Merkl-GS II/1, S. 393–438 (437).

Nichtigkeitsprämisse, über die *a posteriori* ratihabierende Wirkung des positivrechtlichen Instituts der *res iudicata* bis hin zum vor dem Hintergrund eines rechtstheoretischen Konzepts der Rechtskraft als Eigenschaft aller Rechtserscheinungen entwickelten Fehlerkalküls verfeinerte Merkl sein rechtstheoretisches Modell, um die Erfahrung des wiederkehrend daneben greifenden Rechtsanwenders verarbeiten zu können.[366] Und diese Verfeinerung vollzog er in ständiger Auseinandersetzung mit seinen Mitstreitern der Wiener Schule – nicht zuletzt mit Sander. Auch bei der Darstellungsform der Theorie der Stufenbauten wurden Änderungen vorgenommen, die in die letzte – immer noch ‚Prolegomena' benannte – Merklsche Version dieser Lehre Eingang fanden und sich wenigstens zum Teil als Reaktion auf die Kritik Sanders deuten lassen.[367] Ähnliches lässt sich über die bemerkbare Abmilderung bei der Darstellung des Primats der Rechtswissenschaft in den Prolegomena sagen,[368] die wahrscheinlich auf Sanders Vorwurf der ‚Rechtswissenschaft als (Un-)Rechtsquelle' Rücksicht nahm, als Merkl meinte, die rechtswissenschaftliche Überprüfung der Einhaltung des Rechtsrahmens durch die Organe sei lediglich eine epistemische.

Aber nicht nur Merkl profitierte von der Schuldynamik. Auch dem zunehmend als Außenseiter wahrgenommenen Sander bot die Kontroverse mit Merkl die Gelegenheit, die Begrifflichkeit seiner im Entstehen begriffenen Rechtsverfahrenstheorie zu schärfen und seine eigene Theorie der Rechtswissenschaft im Verhältnis zur zunächst von ihm etwas pauschal und plakativ bekämpften Rechtsdogmatik zu präzisieren.

II. Das rechtsverfahrensintegrative Verständnis Sanders im Spiegel der Kontroverse

Im mal produktiven, mal rein polemischen, regen Austausch mit dem Kreis um Kelsen im Allgemeinen und mit Merkl im Besonderen modifizierte und verbesserte Sander nicht nur die Begrifflichkeit seiner Rechtstheorie in zahlreichen Punkten, sondern suchte auch nach Darstellungsformen, die die von Merkl und anderen

366 Zu den Evolutionen des Konzepts Merkls zum Umgang des Rechts und der Rechtswissenschaft mit Rechtsfehlern vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 262–283.

367 So ging Merkl ausgehend von der Darstellung des Stufenbaus nach der Bedingtheit als eine – irreführend formulierte – „rechtsimmanente Hierarchie" zur expliziten Anerkennung der Möglichkeit von unterschiedlichen Stufenbauten je nach verwendetem Ordnungsprinzip wie je nach kontingenter Ausgestaltung der zu betrachtenden positiven Rechtsordnung hinüber mit der vorsichtigen Bemerkung, dass „der rechtliche Stufenbau […] nicht etwas Rechtsimmanentes" sei, vgl. *Adolf Julius Merkl*, Gesetzesrecht und Richterrecht, in: Prager Juristische Zeitschrift 2 (1922), Sp. 337–344 (340) = Merkl-GS I/1, S. 317–327 (320) mit *Merkl*, Prolegomena (Anm. 213), S. 287 f. = Merkl-GS I/1, S. 437–492 (482). Zur diesbezüglichen Kritik Sanders, die darauf hinausläuft, dass Merkl ein Sonderfall bzw. eine mögliche Konstellation der Rechtserzeugung mit seiner Stufenbaulehre verabsolutiere und sein theoretisches Modell den zu beschreibenden Rechtsordnungen aufdränge, vgl. *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 161), Sp. 21–27. Vgl. auch oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 323–326.

368 Vgl. dazu oben Dritter Teil, Kap. VIII, S. 428 (Anm. 213).

geäußerte Kritik entschärfen sollten. Das zentrale Konzept des Rechtsverfahrens wurde zusammen mit den sogenannten noetischen Axiomen der Rechtserfahrung – Rechtskraft und Zuständigkeit – aus- und umgebaut, um den von Merkl früh erhobenen Vorwurf der Reduktion des Rechts auf die richterlichen Entscheidungen zu konterkarieren, laut dem das Sandersche Modell den „‚Rechtsanwender' wirklich zum Alleinherrscher im Reiche des Rechtes"[369] erhebe und damit willkürlich Elemente der Rechtserfahrung aus seinem Rechtsbild ausklammere. Zu einem nicht unerheblichen Teil können die Weiterentwicklungen der Lehre Sanders als Versuche gedeutet werden, diese Alleinherrschaft des Rechtsanwenders als eine Alleinherrschaft der Rechtsorgane im Rahmen des Primats des Rechtsverfahrens und mit Rücksicht auf die Konsequenzen für die Rechtstheorie plausibilisierend zu erläutern.

Nicht zuletzt um der Kritik bzw. Karikatur[370] zu entgehen, seine Theorie kehre den Gesetzessolipsismus der herrschenden Lehre um, indem sie statt dem Gesetz allein dem richterlichen Urteil den Vorrang bei der Konstitution der rechtlichen Relevanz gebe, erweiterte Sander seine Kategorie der Rechtskraft und präzisierte sein Rechtsbild durch die Inanspruchnahme der Kategorie der Zuständigkeit als ein weiteres noetisches Axiom der Rechtserfahrung.[371] Assoziierte er zunächst die Rechtskraft stark und ausschließlich mit der Modalität der Notwendigkeit und verstand sie als das Maximum an Gewissheit bezüglich der Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit eines Rechtsakts, die nur am letzten Ende einer Verfahrenskette erreicht werden würde,[372] änderte er bald diese Auffassung, um die Rechtskraft als eine Art graduierbare Größe zu begreifen und um ihren von Anfang an von ihm erkannten relativen Charakter markanter hervorzuheben.[373] Es gebe nur „‚rechtskräftige' Rechtsgebilde", was bedeutet, dass alle „Verfahrensschritte […] ‚Recht' und ‚rechtskräftig'" seien. Die Rechtskraft bezeichne folglich „den rechtlichen Fortgang von der Möglichkeit über die Wirklichkeit zur Notwendigkeit".[374] Jeder zuständige Rechtsakt setze seine Gegenstände – Tatbestandsfunktionen wie künftige Organentscheidungen, die auf den Akt rückgreifend Bezug nehmen können – in einer bestimmten Modalität, „die sich aber immer nur – auch im Falle der sogenannten Unanfechtbarkeit – auf der Stufenleiter der *Wahrscheinlichkeit*

---

[369] *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 209), S. 465 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (251).

[370] Zum Zerrbild Merkls in Bezug auf die Lehre Sanders der Bedeutungslosigkeit der vorprozessualen Lage vgl. gleich unten Dritter Teil, Kap. IX, S. 476–479.

[371] Der Erfolg dieser Entgegnung bleibt fraglich, denn Merkls Lesart der Sanderschen Verfahrenstheorie scheint sich in der Tradition der Wiener Schule etabliert zu haben, vgl. *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 67), S. 283; *William Ebenstein*, Die rechtsphilosophische Schule der Reinen Rechtslehre, Prag 1938, S. 121; *Willian Ebenstein*, The Pure Theory of Law, Madinson 1945, S. 133 f.

[372] „Die Rechtskraft ist der Ausdruck der rechtlichen Notwendigkeit" (*Sander*, Die transzendentale Methode [Anm. 230], S. 500, vgl. auch S. 496–501).

[373] Zur mehr oder weniger deutlich anerkannten, durchgängigen Bedeutung der Rechtskraft im Rechtsverfahren, wie sie von Sander begriffen wurde, vgl. seine eigene Kartierung in: *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 161), Sp. 17 (Fn. 2).

[374] *Sander*, Zur Methodik der Rechtswissenschaft (Anm. 238), S. 308.

beweg[e]“.[375] Rechtskraft wird damit zum variierbaren Gewissheitsgrad der Aktualisierung der gegenwärtigen Rechtserscheinung mit dem heutigen Inhalt in den künftigen Operationen des Rechtssystems. Sie bezieht sich auf die Anschlussfähigkeit der aktuellen Rechtserscheinungen in ihrem Verhältnis zu anderen Rechtserscheinungen und wohnt allen Rechtserscheinungen inne.

Als Zeichen der Rechtlichkeit einer bestimmten Kommunikationsform müsse die Rechtskraft außerdem immer in Verbindung mit dem Axiom der Zuständigkeit gedacht werden,[376] denn nur Entscheidungen der zuständigen Organe können Rechtskraft in ihren unterschiedlichen Modalitäten besitzen. „Nicht der Rechtsanwender (im Sinne des ‚Richters‘), sondern die ‚Organe‘ sind ‚Alleinherrscher im Reiche des Rechtes‘, will sagen: Nur in Korrelation zu den Organkoordinaten, nicht in Korrelation zu den ‚logischen‘ Koordinaten der Rechtswissenschaft konstituieren sich Rechtsbedeutungen“.[377] Damit meinte Sander der Kritik Rechnung zu tragen, laut der er die vorprozessualen – im Sinne von außerrichterlichen – Rechtserscheinungen aus dem All der Rechtserfahrung verbanne. Auf diesem Weg wird das Rechtsverfahren als eine Subjekt–Objekt-Relation begründet, in der die Organe „Subjektkorrelate der Urteile des Rechts“ qua „in der Gesetzmäßigkeit des objektiven Rechts konstituierte Korrelate“ darstellen, die als von einer wissenschaftlichen Rechtstheorie nicht auszuschaltende „variable Werte in *alle* Rechtsbestimmungen eingehen“.[378]

Im Zusammenhang damit arbeitete Sander seine Lehre des reflexiven Charakters der Rechtswissenschaft aus und sicherte die Grundlagen seines Primates des Rechtsverfahrens, indem er die konstitutiven Operationen des Rechtssystems bzw. die Entscheidungen der zuständigen Organe als notwendige Voraussetzungen des analytischen Beitrags der Rechtstheorie bestimmte. Der Rechtswissenschaft sei versagt, „die Logik des Rechtes zu konstituieren, sie kann vielmehr über diese Logik bloß reflektieren“.[379] Die Rechtswissenschaft könne „keine Rechtsbedeutungen vollziehen, kein Recht konstituieren, kein Recht ‚anwenden‘“.[380] Dies beanspruche aber die herrschende Lehre, die Sander undifferenziert unter der Rubrik der ‚Rechtsdogmatik‘ behandelte, da sie sich die Funktion der Bestimmung der richtigen Bedeutungen einer Rechtserscheinung für deren Kon-

---

375 *Fritz Sander*, Staat und Recht als Probleme der Phänomenologie und Ontologie, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 4 (1925), S. 166–191 (177).

376 Sander macht den Leser auf die diesbezüglichen Modifikationen seiner Rechtstheorie transparent aufmerksam und versteckt ihre Evolutionen nicht: „Weiter aber ergibt, was ich früher übersah, die Analyse des Rechtes, daß die ‚Rechtskraft‘ nicht das einzige noetische Axiom des Rechtes ist. […] Die ‚Zuständigkeit‘ ist das primäre noetische Axiom des Rechtes, welches auch die ‚Rechtskraft‘ untergeordnet ist, weil die ‚Möglichkeit‘, ‚Wirklichkeit‘ und ‚Notwendigkeit‘ im Recht nur eine solche für ‚Organe‘ ist“ (*Sander*, Zur Methodik der Rechtswissenschaft [Anm. 238], S. 308.).

377 *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 28), S. 30.

378 Drei Zitate: *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 28), S. 29.

379 *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 179), S. 937.

380 *Fritz Sander*, Zur Grundlegung einer Theorie der Rechtserfahrung, in: Gerichts-Zeitung 73 (1922), S. 55–57 (57).

kretisierung durch weitere Rechtserscheinungen im Rechtsverfahren anmaße. Eine ähnliche Herangehensweise meinte Sander bei der Rechtslehre Merkls identifizieren zu können, als dieser „der ‚Realität rechtswidriger Rechtsanwendung' die Idealität des logisch-richtigen Rechtes"[381] entgegenhielt. Dabei manifestiere sich der typisch naturrechtliche Ansatz der Rechtsdogmatik, die sich in gewissem Sinne zur Rechtsquelle erheben würde,[382] sodass sie sich unter die Rechtserscheinungen mische und bestimmte Rechtserscheinungen isolierend auslege, um daraus ideale Maßstäbe für die weiteren Operationen des Rechtsverfahrens zu bilden. Entscheidungen der Rechtsorgane, die diesem von der Rechtswissenschaft interpretativ eruierten Maßstab nicht entsprächen, wären dann als rechtswidrig abzustempeln.

Der polemische Gebrauch des Begriffs ‚Rechtsdogmatik' als Symbol für die naturrechtlich an das positive Recht herangehende herrschende Lehre stand dem Verständnis und der Verbreitung der Lehre Sanders sehr im Weg, denn er wurde bald von Merkl und anderen als Annihilator der ganzen Rechtswissenschaft stigmatisiert.[383] Die Virulenz der weitgehend nicht-nuancierten Sanderschen Kritik an der Rechtsdogmatik begrenzte die Anknüpfungsfähigkeit seiner inzipienten Rechtswissenschaftstheorie, die für die Rechtstheorie als philosophische Disziplin eine ausschließlich reflexive Rolle vorbehielt, denn für das Gros der bis dahin praktizierten Rechtswissenschaft schien es keinen Raum mehr zu geben.[384] Die im Singular und pauschal so von Sander behandelte Rechtsdogmatik sei „überhaupt keine Wissenschaft", da sie „grundsätzlich rechtswissenschaftliche und rechtliche Akte verwechs[le], in der Reflexion […] isolierte Rechtsmomente unter der Leitung ethisch-politischer Postulate idealtypisch ausspinn[e] und dann ihre eigenen Denkgeschöpfe dem wirklichen Recht einleg[e]".[385] Im Verlauf der schulimmanenten Debatte um das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' und weiterer Auseinandersetzungen mit Kelsen und seinem Kreis differenzierte Sander aber allmählich mögli-

---

[381] *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 28), S. 29. Vgl. *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 209), S. 465 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (252).

[382] In einem gewissen Sinne identifizieren „fast alle Methodiker des Rechts […] die Rolle des Rechtswissenschaftlers mit der des Richters, der das Urteil nicht verweigern darf" (*Clemens Jabloner*, Sein und Sollen: Die „Wahrheit" der Rechtswissenschaften, in: Wolfgang Kautek/Reinhard Neck/Heinrich Schmidinger [Hrsg.], Wahrheit in den Wissenschaften, Wien/Köln/Weimar 2015, S. 137–160 [144]). Man setzt gewöhnlich „die Möglichkeit voraus, den Inhalt eines Gesetzes außerhalb eines Gerichtsverfahrens nicht nur zu erkennen – diese Möglichkeit sei unbestritten –, sondern ihn verbindlich zu erkennen" (*Theodor Schilling*, Rechtsfortbildung und Höchstgericht, in: Claudio Franzius et alii [Hrsg.], Beharren. Bewegen. Festschrift für Michael Kloepfer zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, S. 185–199 [189]).

[383] Dazu gleich unten Dritter Teil, Kap. IX, S. 485–489.

[384] Und tatsächlich: Die Rhetorik Sanders war anfänglich diejenige der Vernichtung und Zerstörung der Rechtsdogmatik, vgl. *Fritz Sander*, Staat und Recht. Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung, Hb. 1, Wien 1922, S. V; *Sander*, Der Begriff der Rechtserfahrung (Anm. 34), S. 308. Vgl. vor allem den herabsetzenden Vergleich zwischen der Rechtsdogmatik und der dogmatischen Theologie in: *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 37), S. 638–670.

[385] Zwei Zitate: *Sander*, Staat und Recht als Probleme (Anm. 375), S. 183.

che rechtswissenschaftliche Beschäftigungen mit dem Recht aus[386] und zeigte sich langsam etwas konzilianter und – wenigstens vorübergehend – bereit, der Rechtsdogmatik als „interpretative Praxis“[387] konkreter Rechtserfahrungen einen Platz im Plural der Rechtswissenschaften zu gewährleisten.[388]

Immer noch in polemischer Absicht adressierte Sander die Reine Rechtslehre Kelsens, die er in dieser Hinsicht von der Merklschen bis dato nicht gesondert behandelt hatte, als eine Form von Theorie der Rechtswissenschaft bzw. eine Wissenschaft über die Rechtswissenschaft, die aber keine Rechtstheorie sei. Die Reine Rechtslehre Kelsenscher und Merklscher Art untersuche nicht die immanenten Relationen zwischen den Rechtserscheinungen im Rechtsverfahren; sie beschäftige sich lediglich mit der „Beziehung zwischen Rechtswissenschaft [das hieße: Rechtsdogmatik] und ihrem Gegenstand“[389] und könne folglich keine Theorie des Rechts sein, die als solche unausweichlich auf die Operationen des Rechtsverfahrens ohne die Vermittlung der Rechtsdogmatik angewiesen sei. Der Reinen Rechtslehre in den Merklschen und Kelsenschen Versionen habe die Einsicht in die Eigengesetzlichkeit des Rechts gefehlt. Der Wissenschaftscharakter dieser Reinen Rechtslehre(n) falle außerdem dem typischen rechtsdogmatischen Procedere zum Opfer, da sie das Recht in erst durch die dogmatische Auslegung miteinander in Verbindung gebrachte Stufen zerlege und die Organe in ihren Deutungsfunktionen unzulässig substituiere. Daher sei diese Wissenschaft von der Rechtswissenschaft nicht in der Lage, die Dynamik des Rechts zu reflektieren; sie verfehle – da sie sich doch als Theorie des positiven Rechts vorstelle – ihren eigentlichen Gegenstand.

---

386 Zunächst unterschied Sander eine theoretisch-generalisierende von einer historisch-individualisierenden Rechtswissenschaft, die er noch als Gegenbegriffe zur nicht-wissenschaftlichen Rechtsdogmatik konzipierte. Der historisch-individualisierenden Rechtswissenschaft stünde die „empirische[] Darstellung des vollen positiven – auch des gegenwärtigen – Rechts“ zu (*Sander*, Staat und Recht als Probleme [Anm. 375], S. 184), was nicht so weit vom heutigen Verständnis der Rechtsdogmatik als einer von der Rechtstheorie verschiedenen Disziplin steht, auch wenn das alles bei Sander viel zu vage blieb. Bereits in einer seiner ersten längeren Abhandlungen trennte Sander eine reine von einer empirischen Verfahrensrechtslehre, vgl. *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 230), S. 180: „Das Problem der reinen Verfahrenslehre ist […] das transzendentale Problem der Beziehung der Grundgebilde des reinen Willens auf mögliche Erfahrung. Die empirische Verfahrenslehre hingegen setzt das empirische Problem der stufenförmigen Beziehung der Grundgebilde des reinen Willens auf wirkliche Erfahrung“. Die sogenannte Stufenbaulehre Merkls ordnete Sander dementsprechend als empirische Verfahrenslehre und historisch-individualisierende Rechtswissenschaft ein – als ein Theorem der reinen Rechtsverfahrenslehre tauge sie nicht.

387 *Sander*, Das Verhältnis von Staat und Recht (Anm. 324), S. 226.

388 Vgl. z. B. *Sander*, Das Verhältnis von Staat und Recht (Anm. 324), S. 256 (Fn. 4): „Die mangelnde Sonderung von theoretisch-empirischer und praktisch-dogmatischer Rechtswissenschaft verursacht zahlreiche Mißverständnisse zwischen den Anhängern der Rechtssoziologie und jenen der Rechtsdogmatik. Auch im Streit zwischen meiner ‚Theorie der Rechtserfahrung‘ und Kelsens ‚reiner Rechtslehre‘ spielte die beiderseits mangelnde klare Einsicht in diese notwendige Sonderung eine verwirrende Rolle“.

389 *Fritz Sander*, Das Recht als Sollen und das Recht als Sein. Studie zum Problem des Verhältnisses von Naturrecht und positivem Recht, in: Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 17 (1923/1924), S. 1–52 (11). Vgl. auch *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 179), S. 1207 mit explizitem Bezug auf die Merklsche Lehre der fehlerhaften Rechtsakte.

Die Reine Rechtslehre Kelsens wie Merkls stelle den „Höhepunkt der Rechtsdogmatik“[390] dar, und mit der Methode der Dogmatik könne die Dogmatik – die tradierte Rechtslehre – wohl nicht überwunden werden.[391]

Ansetzend beim Problem des ‚rechtwidrigen Rechts‘ gelingt es Sander, seinem Rechts(wissenschafts)verständnis klarere Konturen zu geben, indem er formelles und materielles Recht in den Begriff des Rechtsverfahrens integrierte[392] und nach Objektivität in der Rechtstheorie als Verfahrenslehre suchte. Das Rechtsverfahren sei „als das unabreißbare Rechtsband aller Rechtserscheinungen“ zu erkennen, sodass „die Isolierung“ der konventionellen rechtsdogmatischen Betrachtung „in den Fluß der Rechtsfunktionen aufgehoben wird“.[393] Nur die dynamische Verfahrenslehre könne als reine Rechtstheorie die eigengesetzliche „Erzeugungsmethodik des Rechts“ objektiv reflektieren, ohne der Versuchung zu erliegen, sie durch die „Nacherzeugungsmethodik der Rechtswissenschaft“[394] zu ersetzen.

Hat die Polemik zwischen Merkl und Sander innerhalb der Wiener Schule manche Erkenntnisfortschritte ermöglicht, verhinderte ausgerechnet der nahezu durchgängig polemische Impetus – trotz der grundsätzlichen Loyalität[395] der Beiden als Wissenschaftsgesprächspartner – die Vertiefung und Überprüfung interessanter Intuitionen, wie diejenige einer Pluralisierung der rechtswissenschaftlichen Disziplinen mit den verschiedenen jeweiligen Betätigungsbereichen. Die Erhitzung der Merkl–Sander-Kontroverse sowie die wiederholten Verstimmungen zwischen Kelsen und Sander im Laufe der Jahre beeinflussten auch den wissenschaftlichen Austausch, sodass die schulinterne Debatte in eine Sackgasse geriet und aufhörte, produktiv zu wirken. Ende 1935 schrieb Merkl in einem Brief an Felix Kaufmann, der ihm ein Exemplar seines Werkes zur Methodologie der Sozialwissenschaften[396] mit Widmung zugesandt hatte, dass er Kaufmann „in dem Punkt nicht beipflichten kann, dass Sie nach allen Vorgefallenen Herrn S. (Prag) ernst nehmen“.[397] Die gegenseitige Anerkennung und der intellektuelle Respekt haben die

---

[390] *Sander*, Das Recht als Sollen und das Recht als Sein (Anm. 389), S. 7.

[391] Vgl. *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 37), S. 639.

[392] Vgl. *Robert Dolp*, Die Rechtslehre Fritz Sanders, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 5 (1953), S. 192–225 (212).

[393] Drei Zitate: *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 179), S. 1253.

[394] Zwei Zitate: *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 179), S. 1253.

[395] Merkl betont übrigens im Apex der von gegenseitigen Plagiatsvorwürfen gekennzeichneten Kelsen–Sander-Affäre, dass „Sander sich auch *mir* gegenüber bisher einer ernsten und loyalen Kritik befleißigt hat und namentlich in seinem Hauptwerk ‚Staat und Recht‘ *meinen* rechtstheoretischen Publikationen Beachtung und Würdigung in einer Weise zuteil werden ließ, die in grellem und darum umso befremdenderem Mißverhältnis zu dem von demselben Autor *Kelsen* gegenüber an den Tag gelegten Verhalten steht“ (*Adolf Julius Merkl*, Ein Kampf gegen die normative Jurisprudenz [Zum Streit um Kelsens Rechtslehre], Wien 1924, S. 7 [Fn. 8] = Merkl-GS 1/I, S. 339–364 [343 Fn. 8]).

[396] *Felix Kaufmann*, Methodenlehre der Sozialwissenschaften, Wien 1936 – das Buch zirkulierte bereits Ende 1935 trotz der Jahresangabe auf dem Deckblatt.

[397] Brief von Adolf Julius Merkl an Felix Kaufmann vom 20. Dezember 1935, in: University of Memphis, Center for Advanced Research in Phenomenology, Felix Kaufmann Collection, Microfilm roll no. 06, files 2120–2121 – mit „S. (Prag)“ meinte Merkl offensichtlich Fritz Sander;

Turbulenzen innerhalb der Wiener Schule nicht makellos überstehen können. In wesentlichen Punkten verweilten Merkl und Sander bei der Karikatur der Positionen des jeweils anderen, und somit entfaltete die Debatte um das Problem des ‚rechtwidrigen Rechts' nicht ihr ganzes Potenzial.

B. Wechselseitige Zerrbilder

I. Sander durch den Zerrspiegel Merkls betrachtet

1. Äquivokationsfalle: Die vorprozessuale Lage und die Rechtsdynamik

Obwohl Merkl eine angebliche Ambiguität der Rechtsverfahrenstheorie Sanders anerkannte und die Möglichkeit eines restriktiven wie eines inklusiven Verständnisses der Lehre des Rechts als Verfahren in den Sanderschen Schriften enthalten sah,[398] entschied er sich für eine Deutung, die sich weitgehend am Ersten, d. h.: am restriktiven Verständnis, orientierte. Diese Deutung setzte bei der von Sander in Anlehnung an die damalige Prozessrechtswissenschaft früh artikulierten Formulierung der „rechtliche[n] Bedeutungslosigkeit der vorprozessualen Rechtslage"[399] an. Nach der Merklschen Lesart dieser Maxime seien dadurch aus dem Rechtsbild Sanders die Stufen, die dem richterlichen Urteil vorangehen und es bedingen, herausgerissen, sodass „mit der Möglichkeit einer dem Prozesse vorgreifenden Rechtserkenntnis die heutige Wissenschaft vom positiven Recht über Bord"[400] geworfen werden würde. Sander sei letztendlich – wie oben schon angedeutet – in „denselben Fehler wie die von ihm bekämpfte herrschende Lehre" verfallen, indem er die „Totalität des Rechtssystems"[401] auf eine zufällige Rechtssatzform reduziere und von dieser aus die Gesamtheit der Rechtserscheinungen zu erfassen beabsichtige. „Einerseits ist der Fehler der herrschenden Lehre, daß sie das Recht auf der Gesetzesstufe als in sich vollendet ansieht, und Sanders Fehler, daß er gelegentlich die gleiche Vollendung des Rechtssystems auf der Urteilsstufe für gegeben annimmt".[402] Grund dafür sei die Äquivokationsfalle des Verfahrens-

---

während der ganze Brief maschinell geschrieben wurde, fügte Merkl „(Prag)" zum „S." handschriftlich hinzu.

[398] Vgl. *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 67), S. 282 (Fn. 1) [S. 281–283].

[399] *Sander*, Das Faktum der Revolution (Anm. 183), S. 147; vgl. auch *Fritz Sander*, Die Verfassung als Gegenstand der Staatsrechtslehre. Kritische Bemerkungen zur rechtsdogmatischen Methode [Nicht-publiziertes Typoskript], s. d., 73 S., S. 25–28, in: UAW, Akademischer Senat, Disziplinfall Hans Kelsen (1923), 7: Erhebungsakt Prof. Löffler/22: Vernehmung Prof. Hans Kelsen von 28.–30. Juni 1923 mit Beilagen A–L/nicht-nummerierte Beilage. Im Zusammenhang mit dem Topos der Bedeutungslosigkeit der vorprozessualen Lage würdigt Sander das Werk von Oskar Bülow positiv dafür, dass er den Weg für eine dynamische Betrachtung des Rechts als (Rechtserzeugungs-)Verfahren angebahnt habe.

[400] *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 67), S. 281 (Fn. 1) [S. 281–283].

[401] Zwei Zitate: *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 67), S. 282 (Fn. 1) [S. 281–283].

[402] *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 67), S. 283 (Fn. 1) [S. 281–283]. Sander revidiert diese Art von Kritik ausdrücklich in verschiedenen Schriften. Vgl. *Sander*, Die Verfassung

begriffs, den Sander, statt ihn rechtstheoretisch als „stufenförmigen Produktionsprozess“ des Rechts zu verwenden, gelegentlich im engeren „positivrechtlichen Sinn“[403] aber mit rechtstheoretischen Erklärungsabsichten gebraucht habe, was in der Extrapolation der Idee einer Bedeutungslosigkeit der vorprozessualen Lage als rechtliche und rechtswissenschaftliche Irrelevanz zahlreicher Stufen der Rechtserzeugung zu sehen sei. Merkl liest dabei ‚vorprozessual‘ polemisch als Signum für außerrichterlich.

Wie sich herausstellt, scheint aber Merkl derjenige gewesen zu sein, der in die Äquivokationsfalle des Verfahrensbegriffs getappt war bzw. darin ertappt werden kann. Denn der tendenzielle Sinn der rechtstheoretischen Wendung des Verfahrensbegriffs in Sanders Werk ist im Kontext betrachtet konsequent deutlich, auch wenn dasselbe nicht für die exakte Bedeutung des Verfassungsbegriffs gilt. Mit der Dynamisierung des Kelsenschen Postulats der ‚Relation zum Rechtssatz‘ relativierte Sander das Recht auf die Koordinaten der zuständigen Organe, d. h. auf die Entscheidungen aller Rechtsautoritäten, die mitnichten auf die Richter beschränkt sind. Mit seiner Lehre der Prozessualität des Rechts begreift Sander wiederholt und in unterschiedlichen, aber gleich ausgerichteten Variationen die Autonomie des Rechts in Gestalt dessen Selbsterzeugungsdynamik als Rechtsverfahren, „welches eine potentiell unendliche Mannigfaltigkeit von Rechtsstufen hervorbringt“.[404] Der Verfahrenscharakter des Rechts als Selbsterzeugungsmechanismus wird damit von der Warte einer Theorie der Prozessierung der rechtlichen Operationen aus, die sich nicht vorwiegend für eine Steuerungsperspektive bzw. für die normativen Anforderungen an die Rechtssubjekte interessiert, auf alle Rechtserscheinungen ausgedehnt. Alle Rechtserscheinungen seien nur relative Kondensierungspunkte im kontinuierlichen und selbstreferenziellen Prozess der Rechtserzeugung.

Die Formel der Bedeutungslosigkeit der vorprozessualen Lage bezweckt mindestens zweierlei. Einerseits und ganz im Sinne Merkls und Kelsens galt es, der erkenntnistheoretischen Einsicht eine dynamische Formulierung zu geben, „daß eine Theorie der Rechtserfahrung niemals etwas außerhalb der Rechtserfahrung Liegen-

---

als Gegenstand der Staatsrechtslehre (Anm. 399), S. 29 (sich von der Freirechtsbewegung distanzierend); *Fritz Sander*, Darstellungen des deutsch-österreichischen Verfassungsrechtes. Kritische Bemerkungen zur Methode der Staatsrechtslehre [Nicht-publiziertes Typoskript], s. d., 68 S., S. 57 (Fn. 1), in: UAW, Akademischer Senat, Disziplinfall Hans Kelsen (1923), 7: Erhebungsakt Prof. Löffler/22: Vernehmung Prof. Hans Kelsen von 28.–30. Juni 1923 mit Beilagen A–L/nichtnummerierte Beilage (Mit explizitem Bezug auf Merkl); *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 28), S. 30. Wie oben (Dritter Teil, Kap. IX, S. 470–476) gesehen, veranlasste diese Kritik, auch wenn sie teilweise auf eine Karikatur gestützt war, konzeptuelle Klarstellungen innerhalb der Sanderschen Rechtstheorie.

[403] Zwei Zitate: *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 67), S. 282 (Fn. 1) [S. 281–283].

[404] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 179), S. 1247. Vgl. auch *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 230), S. 478: „Der ‚Prozess‘ (im Sinne des Zivil- oder Strafprozesses) stellt nur das Rechtsverfahren auf einer bestimmten Stufe dar, jener Stufe, auf welcher die Rechtskategorien bereits schematisiert, restringiert und realisiert zur relativen Form der ‚Begriffe‘ der einfachen Gesetze, durch Beziehung auf die rechtserheblichen Tatsachen der Prozesstatbestände sich zu weiterer Konkretion in der Stufe der Beschlüsse und Urteile bestimmen. Doch das Rechtsverfahren durchwaltet alle Stufen des Rechts“.

des finden kann".[405] Auf der einen Ebene meinte Sander dies mit dem Topos der Alleinherrschaft der Rechtsorgane auf den Punkt bringen zu können; für eine reine Rechtstheorie gäbe es nur positives, verfahrensmäßig von den unterschiedlichen, als autorisierte Deutungszentren agierenden Organen durchgängig aufs Neue erzeugtes Recht. Dieses positive Recht sei aber keine statische Gegebenheit, sondern existiere in Bewegung, sodass die Grenzen zwischen dem Innen und dem Außen des Rechts mit den Urteilen der Organe laufen würden. Auf der anderen Ebene sollte diese Alleinherrschaft der Organe Voreingriffen der Rechtswissenschaft in das Rechtsverfahren vorbeugen, da damit gesagt wird, dass nur die Urteile der Organe und nicht diejenigen der Rechtsgelehrten rechtskonstitutiv sind. Andererseits und bereits im Kontrast zur Merklschen Auffassung der Richtigkeit bzw. Fehlerhaftigkeit der Rechtsakte verpackte Sander in der Idee der Bedeutungslosigkeit der vorprozessualen Lage den Ausschluss jeder „naturrechtliche[n] Messung des prozessualen am vorprozessualen Tatbestande, d. h. Kritik des objektiven, geltenden Rechts nach subjektiven Wünschen und Meinungen".[406] Eine solche unzulässige Messung der Operationen des Rechtsverfahrens an idealen, von der Rechtswissenschaft ausgedachten Maßstäben sah Sander in der Merklschen Lehre des Auseinanderfallens von Systemen der Rechtserkenntnis und der Rechtsanwendung bzw. in der Opposition eines Rechts der Rechtswissenschaft als ideal richtiges Recht zum positiven, möglicherweise fehlerhaften Recht.[407] Damit verbunden ist Sanders Ablehnung einer abbildtheoretischen Beschreibung des Rechtsverfahrens, als ob jedes Urteil an vorgegebene und außerhalb der konkreten Operationen des Systems befindliche Rechtsbedeutungen anknüpfen müsste.[408]

Mit der Reduktion der Sanderschen Rechtstheorie auf eine rechtsrealistische Vulgata ging ein weiterer Kritikpunkt Merkls einher. Er warf Sander eine Denaturierung der Idee der Rechtsanwendung vor, da das Bestreiten der Möglichkeit der Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Rechtsakte durch die Rechtswissenschaft zusammen mit dem von Sander als Alleinherrschaft der Rechtsanwender verstandenen Primat des Rechtsverfahrens die Implosion der Rechtshierarchie nach sich ziehe.[409] Obwohl er die Unterschiede zwischen seiner und Sanders Rechtsdynamik wenigstens in ihren gröberen Umrisse sah,[410] argumentierte Merkl mit seiner Kritik an der zentralen Komponente des Sanderschen Rechtsgewinnungsver-

[405] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 179), S. 845.

[406] *Sander*, Das Faktum der Revolution (Anm. 183), S. 145.

[407] Sander spricht gelegentlich von einem naturrechtlich-belasteten „Dualismus zweier Rechte", vgl. *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 37), S. 593. Dazu vgl. auch oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 317 f.

[408] Vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 321–324.

[409] Vgl. *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 209), S. 465 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (244).

[410] Vgl. *Merkl*, Ein Kampf gegen die normative Jurisprudenz (Anm. 395), S. 7 (Fn. 8) = Merkl-GS I/1, S. 339–364 (343 Fn. 8), wo Merkl in Anlehnung an Sander von einer „besondere[n] Fassung der von Sander vorgeführten ‚Stufentheorie'" im Unterschied zu „meiner" (Merkls) spricht. Sander selber betonte unermüdlich „die fundamentalen Unterschiede" zwischen Merkls und seiner Lehre der Rechtsdynamik, durch deren Brille betrachtet Merkls Stufentheorie ein grundsätzlich

ständnisses vorbei, nämlich an der These der Wechselbestimmung[411] als Modus der Relation der Rechtserscheinungen zueinander im Rechtsverfahren. Statt sich auf eine interne Kritik einzulassen, evaluierte Merkl die Sandersche Rechtsdynamik aufgrund seiner eigenen Vorstellungen einer „einseitige[n] Fundierung“[412] der Rechtsgeltung.

Mit der Karikatur der Rechtstheorie Sanders als eine Art Urteilssolipsismus verbaute Merkl – sicherlich nicht nur er – den Weg zu einer produktiveren und klareren Diskussion um die Begründung einer Fehlersemantik innerhalb der Rechtswissenschaft unter Diskursteilnehmerinnen und -teilnehmern, die im Wesentlichen grundlegende Begriffsschemata für die Deskription der Funktionsweise des Rechts teilten. Merkl lenkte die Debatte darüber hinaus durch diese Schiene auf eine noch schiefere Bahn, da er die Sandersche Leugnung der rechtstheoretischen Tauglichkeit der Rede von Rechtsfehlern als eine Form von Regel- bzw. Sprachskeptizismus diskreditierte und diese punktuelle Leugnung als eine Form umfassenderen rechtswissenschaftlichen ‚Nihilismus‘ angriff.

2. Sander als Regelskeptiker?

Noch sehr beschäftigt mit der Steuerungsfunktion der Rechtsnormen, glaubte Merkl das anzuwendende Recht in dessen Bedeutung vor ihrer scheinbaren Entleerung durch das Sandersche Modell verteidigen zu müssen. Indem durch das von Sander damals lediglich angedeutete und von Merkl so bezeichnete Primat der Rechtsanwendung „der eigenen Vernunft verwehrt wird, den Rechtsanwender nachzuprüfen“, sei „die Rechtsanwendung dem Belieben des Rechtsanwenders anheimgegeben“.[413] Darin stecke die Gefahr einer vollkommenen Entkopplung der durch den Rechtsanwender einem Rechtssatz zugeordneten Bedeutung vom allgemeinen Sprachgebrauch, sodass man sich „ernstlich fragen“ müsse, „was für einen Sinn es habe, daß sich Gesetzgebung und Verordnungsgewalt mit der Bereitstellung abstrakter Normen bemühen“.[414] Merkl meinte, es sei müßig, Rechtsanforderungen anzustellen, „die der Rechtsfremde in ihrer spezifisch rechtlichen Bedeutung ja doch nicht verstehen kann und die der ‚Rechtsanwender‘ ja so nicht zu beachten braucht“.[415]

Das Bestreiten der Eignung einer rechtstheoretischen Semantik der Rechtsfehler durch Sander wird von Merkl somit unter den Verdacht – so könnte man es

---

statisches rechtstheoretisches Modell darstelle, vgl. z. B. *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 28), S. 23; vgl. auch S. 28.

411 Zur Sanderschen Figur der Wechselbestimmung vgl. oben Zweiter Teil, Kap. V, S. 235–238.

412 *Fritz Schreier*, Grundbegriffe und Grundformen des Rechts. Entwurf einer phänomenologisch begründeten formalen Rechts- und Staatslehre, Leipzig/Wien 1924, S. 182.

413 Zwei Zitate: *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 209), S. 463 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (243).

414 Zwei Zitate: *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 209), S. 463 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (244).

415 *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 209), S. 463 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (244).

umformulieren – des Regel- bzw. Sprachskeptizismus[416] gestellt, denn „vielleicht meint die hier bekämpfte Lehre nur das, daß der Rechtsanwender zwar rechtslogische Fehler begehen könne, daß diese aber, da nur er die Rechtsprache versteht, sein eigenes undurchdringliches Geheimnis bilden".[417] Ein Verdacht, der später von Merkl dahingehend konkretisiert wird, dass aufgrund der angeblichen Unzugänglichkeit der Bedeutung von Rechtssätzen für den Rechtslaien wie für die Rechtswissenschaft nicht einzusehen sei, wie die alleinherrschenden, zuständigen Rechtsorgane als solche zu identifizieren seien. Es bleibe rätselhaft, was den Kompetenznormen „vor den anderen Normen, die – man weiß nicht wozu? – das Organ zu determinieren suchen, den Vorzug verschafft, möglicher Gegenstand wissenschaftlicher Erkenntnis des Rechts ‚auf vorprozessualer Stufe' zu sein".[418] Wären die Rechtssätze mit ihren Anforderungen nicht erkennbar, dann wäre die bloße Identifikation der Organe nicht durchführbar, denn zwischen Kompetenznormen und Normen des sogenannten materiellen Rechts bestünde kein sichtbarer Unterschied, der die Erfassbarkeit jener, aber nicht dieser rechtfertigen würde.[419]

---

[416] *Locus classicus* der Diskussion und Kritik der unterschiedlichen Varianten des Regelskeptizismus in der Rechtstheorie ist mittlerweile *Hart*, The Concept of Law (Anm. 147), S. 132–138; *Hart*, The Concept of Law, 2. Aufl. (Anm. 147), S. 136–141. Vgl. auch *H.L.A. Hart*, Problems of the Philosophy of Law [1967], in: H.L.A. Hart, Essays in Jurisprudence and Philosophy, Oxford 1983, S. 88–120 (99–108); *H.L.A. Hart*, American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream [1977], in: H.L.A. Hart, Essays in Jurisprudence and Philosophy, Oxford 1983, S. 123–144. Siehe noch: *Riccardo Guastini*, El escepticismo ante las reglas replanteado, in: Discussiones 11 (2012), S. 27–57; *Riccardo Guastini*, An Analytical Foundation of Rule Scepticism, in: David Duarte/Pedro Moniz Lopes/Jorge Silva Sampaio (Hrsg.), Legal Interpretation and Scientific Knowledge, Cham 2019, S. 13–28.

[417] *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 209), S. 463 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (244).

[418] *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 67), S. 283 (Fn. 1) [281–283]. Im Zusammenhang damit formuliert Merkl eine schwerwiegende und ernstzunehmende Kritik an Sanders Rechtsbegriff, die auch von anderen Mitgliedern der Wiener Schule vorgenommen würde: Es fehle bei der Rechtsverfahrenstheorie Sanders ein Kriterium für die Identifikation eines Menschen als Rechtsorgan und daher auch ein Kriterium für die phänomenologische Isolierung der Rechtserfahrung als solche, vgl. unten Dritter Teil, Kap. IX, S. 511–515.

[419] Eine ähnliche Kritik brachte in den 1930er Jahren Josef Kunz gegen Vertreter des sogenannten US-amerikanischen Rechtsrealismus vor, den er unter der Rubrik „sociological school" behandelte: Ohne Regeln bzw. Rechtsnormen keine Richter; sobald von zuständigen Richtern gesprochen wird, sind schon die Rechtsregeln miteinbezogen, vgl. *Josef L. Kunz*, [Buchbesprechung] Alfred Verdross, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung. Mohr, Tübingen 1923. 171 S. Preis MK. 6, in: Archiv des öffentlichen Rechts 7 (1924), S. 120–126 (125); *Josef L. Kunz*, The „Vienna School" and International Law, in: New York University Law Quarterly Review 11 (1933/1934), S. 370–421 (376–378 Fn. 13). Somit antizipiert die Wiener Schule sowohl in interner Debatte als auch in ihrer Auseinandersetzung mit anderen rechtstheoretischen Strömungen die Kritik an den rechtsrealistischen Denkweisen, die Hart in den 1960er Jahren geäußert hat und die in der Anglosphäre weitgehend als „swift and devastating" wahrgenommen wird, vgl. z. B. *Brian Leiter*, American Legal Realism, in: Martin P. Golding/William A. Edmundson (Hrsg.), The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, Oxford 2005, S. 50–66 (62), für eine Rekonstruktion und Entgegnung der Kritik von Hart. Vgl. auch *Andrej Kristan*, Another Way to Meet Hart's Challenge, in: Kenneth Einar Himma/Miodrag Jovanović/Bojan Spaić (Hrsg.), Unpacking Normativity. Conceptual, Normative and Descriptive Issues, Oxford/London/New York/New Delhi/Sydney 2018, S. 177–186.

Somit wird die Rechtsverfahrenstheorie in einer ihrer wesentlichen Wendungen zu einer Vorstellung degradiert, die von einer Art Privatsprache der Rechtsanwender ausgeht und die Rechtsgewinnung als *Black-Box*-Geschehen präsentiert. Die Richter würden eine eigene, technische Geheimsprache verwenden, und die Entscheidungsfindung wäre nicht nur unberechenbar, sondern auch nicht nachvollziehbar, denn die normativen Grundlagen der gerichtlichen Entscheidungen wären entweder dem Beobachter unzugänglich oder sie würden im Rechtsgewinnungsverfahren keine Rolle spielen. Wenn der polemische Vorwurf Merkls etwas umformuliert wird und seine Voraussetzungen adressiert werden, dann wirkt es so, als ob das Sandersche Modell auf ein Bestreiten der Steuerungsfunktionen der Rechtsregeln hinauslaufe und dies auf eine gewisse Besonderheit der Rechtssprache und den Umgang der Organe mit ihr gestützt werde. Das Bestreiten der Nachprüfbarkeit der Rechtsmäßigkeit der Organbetätigungen wäre Konsequenz der Nicht-Erkennbarkeit der Rechtssätze, die sich ihrerseits aus der Unzugänglichkeit der Rechtssprache ergebe. Dies führe im Ergebnis zur Beliebigkeit der Rechtsgewinnung und zur Entbehrlichkeit des sogenannten materiellen Rechts.

Sander begründet aber, wie schon erläutert, seine Leugnung der Fehlersemantik weder mit der Verneinung der Bestimmbarkeit des Rechtsregelgehalts bzw. durch ein radikaleres Konzept der Unbestimmtheit der Rechtssätze noch durch die Ablehnung ihrer Bezugsfunktionen im Rechtsgewinnungsverfahren. Vielmehr untermauert er seine Argumentation mit der These der primären Selbstkonstitution der *Rechts*bedeutungen im Rechtsverfahren als ein ‚Zu-Recht-Erkenntnis-Verfahren'. Die Unterstellung der Möglichkeit, rechtstheoretisch zu sagen, was hätte sein sollen, basiere auf einer verwerflichen „Konstantsetzung der Verfahrenskomponente des Rechts", die als „Symbol für die statisch-ontische Betrachtungsweise der Rechtsdogmatik"[420] gelte. Durch das Ausschalten des Organmoments der Operationen des Rechts setze die Rechtsdogmatik „an Stelle konkreter Rechtselemente ihre eigenen abstrakten, formalen logischen Erwägungen, welche sie ‚Auslegung' des materiellen Rechts nennt".[421] Die Rechtsdogmatik zerlege damit das Rechtsverfahren und impfe es mit ihren Deutungen der von ihr aus dem Kontinuum der Rechtserzeugung isolierten Rechtssatzformen – in Verkennung der realen Funktionsweise des Subjekt–Objekt-Verhältnisses, das das Rechtsverfahren ausmacht. Nach Sander erzeugt und legt sich das Recht aber selbst als souveräner Erzeugungszusammenhang aus.[422] „Die reflektiven Kategorien [der Rechtswissenschaft] setzen die konstitutiven Kategorien [des Rechtsverfahrens] voraus".[423] Dies zu missachten, wie die Standard-Rechtsdogmatik es laut Sander tut, sei das, was die Ansicht veranlasse, „daß die Logik der Rechtswissenschaft Richterin über die Logik des Rechtes"[424] sei.

---

[420] Zwei Zitate: *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 179), S. 953 (Fn. 1).
[421] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 179), S. 953 (Fn. 1).
[422] Vgl. *Somek*, Ermächtigung und Verpflichtung (Anm. 281), S. 66.
[423] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 179), S. 1169.
[424] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 179), S. 953 (Fn. 1).

Dass es möglich sei, die sprachliche Bedeutung der Rechtssätze durch Auslegung zu bestimmen und diese Bedeutungen als Demarkierung von Möglichkeiten[425] der künftigen Rechtsgewinnung zu charakterisieren, wurde von Sander nicht bestritten. Zwar erkennt Sander mit Merkl an, die Rechtsätze seien „aus sprachlichen, das heißt aber in seiner Weichheit reinen Formen widerstrebenden Materiale gebaut".[426] Daraus wird von Sander (wie von Merkl) aber keine Unmöglichkeit der rechtstheoretischen Bestimmung der Fehlerhaftigkeit eines Rechtsurteils gefolgert. In der Unbestimmtheit der Rechtssprache liegt nicht Sanders Trumpf. Es wird außerdem nicht ausgeschlossen, dass die Rechtssätze sich auf künftige Organhandlungen in der Erwartung bzw. mit dem Anspruch beziehen, dass ihre Bedeutung von den Organen durch rückgreifenden Bezug möglichst treu aktualisiert wird. Ganz im Gegenteil: Die Rechtssätze und die von deren Perspektive aus als ‚Tatbestand' fungierende Organe verhalten sich zueinander in einer Wechselbestimmung, sie sind aufeinander angewiesen. Der pragmatische Rückbezug auf vorhergehend formulierte Rechtssätze ist eine Komponente des Sanderschen Bilds der Rechtsgewinnung. So gesehen qualifiziert er sich nicht als Verfechter eines Regelskeptizismus der Art „*all the Law is judge-made law*".[427] Ohne die Berücksichtigung der rekurrierenden Bezugnahme der Organe auf die vorgegebenen Rechtssätze ließe sich das Rechtsgewinnungsverfahren nach Sander nicht beschreiben.

Die Rechtssätze werden weder wegen ihrer Vieldeutigkeit noch wegen ihrer angeblichen Belanglosigkeit für die Konstitution des positiven Rechts aus dem Rechtsbegriff ausgewiesen; sie bleiben Bestandteile der Rechtserfahrung. Die wie

[425] Und dies gilt für alle gegenwärtigen wie vergangenen Rechtserscheinungen, die in ihrer Relation zu künftigen Urteilen der Organe betrachtet werden. Ob und wie deren Inhalt als Anknüpfungspunkt für weitere Rechtsoperationen in Anspruch genommen werden wird, bleibt bis zu der auf sie rückgreifend bezugnehmenden Entscheidung offen. Das Verhältnis zwischen Gesetz und Urteil untersuchend brachte Sander dies folgendermaßen auf den Punkt: „Die Rechtssätze vor dem Verfahren sind abstrakt-hypothetischer Natur, eine Rechtserkenntnis auf Grund dieser abstrakt-hypothetischen Regeln stellt bloße Möglichkeiten dar" (*Sander*, Das Faktum der Revolution [Anm. 183], S. 148). Dabei unterscheidet sich übrigens die Auffassung Sanders trotz der verschiedenen Begrifflichkeit nicht wesentlich von der Auffassung Merkls: „Der Tatsache, daß das Recht auf den bezeichneten Stufen noch nicht den höchsten Grad der Konkretisierung aufweist, ist nicht etwa dadurch Rechnung zu tragen, daß die Rechtswissenschaft überhaupt verzichtet, Recht dieser Stufen zu erkennen, sondern daß sie darauf verzichtet, den erst in den ausstehenden Konkretisierungsprozessen eintretenden zusätzlichen Faktor, der sich mit dem präformierten Recht zu einer weiteren Rechtserscheinung verbinden soll, anders als durch die Verweisung auf ihn zu bestimmen" (*Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft [Anm. 67], S. 288).

[426] *Sander*, Rechtswissenschaft und Materialismus (Anm. 282), S. 351. Vgl. z. B. auch *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 209), S. 464 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (248 f.). Zu den sich für die Rechtsauslegung aus der Unbestimmtheit der Sprache ergebenden Herausforderungen vgl. *Fritz Schreier*, Der wissenschaftliche Charakter der Interpretation, in: Sborník Prací k Poctě Šedesátých Narozenin Františka Weyra, Prag 1939, S. 137–145; *Leonidas Pitamic*, Interpretation und Wortbedeutungswandel, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 18 (1938), S. 426–437.

[427] *John Chipman Gray*, The Nature and Sources of the Law, New York 1909, S. 119 (Sec. 276). Zu einer Auseinandersetzung mit dem Werk J. C. Grays (1839–1915), die sich darum bemüht, dieses nicht auf das berühmte Diktum reduzieren zu lassen, vgl. *Philipp Reimer*, Rechtstheorie ohne Rechtsnormen: John Chipman Grays „The Nature and Sources of the Law", in: JuristenZeitung 72 (2017), S. 140–143.

auch immer festgelegten, sprachlich korrekten Bedeutungen der Rechtssätze bestimmen aber als solche die Rechtmäßigkeit der Handlungen der Organe bei der Rechtsgewinnung nicht; „die ‚Sprache' [diene] nur als ‚Ausdruck' von ‚Bedeutungen', also auch von *Rechtsbedeutungen*", sie bedeute „nur die Gebärde, welche den Sinn der Rechtsbegriffe kundgibt, nicht aber selbst jenen Sinn konstituiert".[428] Das, womit Sander sein System kalibriert, ist nicht irgendeine Form von Skeptizismus gegenüber den Fähigkeiten der Rechtsprache, sondern seine Auffassung der Eigengesetzlichkeit des Rechtsverfahrens, die er radikal zu Ende denkt.

Darüber hinaus wird kein Unterschied zwischen materiellen und formellen Rechtssätzen in Bezug auf ihre Erkennbarkeit gezogen. Materielles und formelles Recht bilden für die Rechtsverfahrenstheorie eine Einheit, deren rechtliche Bedeutung immer wieder von den Organen bestimmt wird, die sich selbst ihrerseits im Augenblick ihrer Entscheidungen als zuständige Instanzen für die fragliche Rechtserzeugung bestimmen und als solche dann tatsächlich gelten, insoweit andere Organe sich auf die Entscheidung jener als rechtskräftige Urteile beziehen. Es wird kein Vorrang des formellen Rechts behauptet, sondern eher dessen Untrennbarkeit vom materiellen Recht im selbstreferenziellen Rechtsverfahren. Das ganze positive Recht wird zum Rechtsverfahrensrecht,[429] d. h. zu einem selbstbezüglichen und keinesfalls starren Deutungsschema für die Qualifikation von bestimmten menschlichen Urteilen als Rechtsurteile.[430]

Sander ging es darum zu vermeiden, dass die mittels der Logik sowie der allgemeinen Vernunft oder der Sprachwissenschaften sowie der Sprachregeln determinierten Bedeutungen der Rechtssätze von der Rechtswissenschaft als rechtsfremde Kriterien für die Konstituierung der Rechtmäßigkeit im Rechtsverfahren behandelt werden, dass also z. B. die Grenzen des von der Rechtswissenschaft als solchen interpretierten Sprachgebrauchs in Bezug auf die vorausgegangenen Rechtssätze zu normativen Grenzen für die Rechtsgewinnung werden.[431] Die konkreten Bedeutungsverknüpfungen im Rechtsverfahren können auf den Sprachgebrauch der in den Rechtssätzen enthaltenen Formulierungen – oder auf wie auch immer konzipierte auf diese anwendbare Sprachregeln – rückführbar sein, müssen es aber nicht. Denn die rechtsrelevante Bestimmung der Zulässigkeit der Rechtsoperationen geschieht nach Sander ausschließlich rechtsverfahrensimmanent und ist in den Denk- oder Sprachgesetzen nicht rechtlich (ein)gebunden. Selbstverständlich manifestiert sich das Recht sprachlich und kann nicht anders als mit dem

---

[428] Zwei Zitate: *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 28), S. 26.

[429] Vgl. die Zuspitzung der Bedeutung der Kelsenschen – diesbezüglich aber eher Sanderschen – Rechtsdynamik in: *Johannes Buchheim*, Aktionenrechtliches Denken im Verwaltungsrecht, in: Die Verwaltung 52 (2019), S. 577–592 (580 Fn. 16).

[430] Zur Sanderschen Umdeutung des Rechts in Rechtsverfahren und der Rechtstheorie in Rechtsverfahrenstheorie siehe oben Zweiter Teil, Kap. V, S. 212–216.

[431] Um diese Grenzziehung bemühte sich nachdrücklich Merkl, nachdem er die Geschmeidigkeit der (Rechts)Sprache erkannte: „Aber nichtsdestoweniger möchte ich Grenzen dieser Vieldeutigkeit und damit der Wahlfreiheit des Rechtsanwenders annehmen" (*Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz [Anm. 209], S. 464 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 [248]).

menschlichen Erkenntnisvermögen erfasst werden; aus diesen pragmatischen Vorbedingungen würden aber keine normativen Maßstäbe für die Rechtsoperationen folgen. Ein eventuelles Abweichen der künftigen Entscheidung vom gängigen Sprachgebrauch bezüglich des Inhalts vorausgegangener Rechtssätze mache unmittelbar keinen Rechtsfehler aus. Die fundierte Meinung der Rechtswissenschaft[432] hinsichtlich der Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Urteile der Organe sei für die Vervollkommnung der autoritativen Bedeutungsanknüpfungen im Rechtsverfahren eben nur eine rechtlich nicht erhebliche Meinung, auch wenn sie die Regeln der Sprache oder der Logik auf ihrer Seite hat.

Das Rechtsgewinnungsverfahren funktioniert in Sanders Modell anders als im Merklschen, sodass an dieser Stelle der Skeptizismus-Vorwurf weitgehend an der Verfahrenstheorie vorbeiredet. Die semantischen Grenzen vorausgegangener Rechtssätze stellen dabei keine rechtlichen Schranken für die Rechtsgewinnung dar und bilden keinen normativen Rahmen, sondern vielmehr einen möglichen Bezugs- bzw. Anknüpfungspunkt für weitere Rechtsoperationen. Dies bedeutet nicht, dass es keine faktischen sprachlichen Grenzen im kommunikativen Sozialprozess gibt oder dass diese nicht erkennbar sind. Die Rechtsgewinnung basiert aber nicht notwendig – auch wenn doch kontingent und sogar normalerweise – auf der Erkenntnis vorgegebener Rechtssätze, bzw. „die Rechtsanwendung hat nicht in der Schau vorliegender Rechtsgehalte ihre Grundlage".[433] Sander muss weder die sprachliche Bestimmbarkeit der Inhalte der Rechtssätze verneinen noch die Relevanz der Rechtssätze bei der Rechtsgewinnung verleugnen, um seine These der Untauglichkeit der Fehlersemantik für die Rechtstheorie zu substantiieren.

Bereits die Adäquanz der ‚Rechtsanwendung' als rechtstheoretischen Begriff wird von Sander in Frage gestellt. Er rekonstruiert, wie gesehen, den Funktionsmodus des Rechtsverfahrens mittels der Kategorie der Wechselbestimmung, die das Wechselspiel zwischen Rechtssätzen und Rechtsorganen ins Zentrum des Rechtsgewinnungsverständnisses rückt.[434] Die aktuellen Bedeutungsverknüpfungen durch die zuständigen Organe seien das relevante Material für die Rechtstheorie; dabei können die Rechtsbedeutungen von den Bedeutungen der Alltagsprache wie vom Fachdiskurs der Rechtswissenschaft abweichen, je nach wirklichen Entscheidungen im Rechtsverfahren. Man kann sich selbstverständlich seine Meinung über die Korrektheit der Rechtsentscheidungen auf der Grundlage der Sprachrichtigkeit und der Rechtsdogmatik bilden, wie sie konventionell ausgeübt wird, diese Meinungen sind indes nicht als Beschreibungen des Rechtsverfahrens geeignet. Die sprachliche und die rechtsdogmatische Richtigkeit seien nicht mit rechtlicher Richtigkeit gleichzustellen. Die Operationen des Rechtsverfahrens zu kritisieren, sei darüber hinaus nicht die Aufgabe einer deskriptiven, reinen Rechtstheorie.

---

[432] Vgl. *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 209), S. 463 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (245); *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 67), S. 290.

[433] *Somek*, Von der Rechtserkenntnis zur interpretativen Praxis (Anm. 196), S. 470.

[434] Vgl. oben Zweiter Teil, Kap V, S. 235–238; Zweiter Teil, Kap. VI, S. 324–326.

Das Merklsche Modell erfordert jedoch nur ein Minimum an Rechtsanwendung, die er als minimale semantische Entsprechung zwischen dem propositionalen Gehalt der bedingenden und bedingten Normen rekonstruiert. Für Merkl ist die Verhaltenslenkung durch die Rechtsnormen ein zentrales Moment des rechtswissenschaftlichen Bilds des Rechts. Diese beiden Aussagen treffen aber bei Sanders Modell nicht zu. Probleme, die als solche von der Perspektive Merkls aus wahrgenommen werden, qualifizieren sich nicht unbedingt als Probleme für die Rechtsverfahrenstheorie Sanders. Seine Leugnung der Rechtsfehler ist das Ergebnis einer Lesart des Modus der Konstituierung von rechtsrelevanten Bedeutungen, die diese auf die *auctoritas interpositio* der Rechtsorgane – welche ihrerseits für die Rechtstheorie nichts anderes als Rechtsfunktionen darstellen – relativiert und sich für die Steuerungsfunktion des Rechts nicht wesentlich interessiert, ohne aber zu bestreiten, dass die Urteile des Rechts auch menschliches Verhalten lenken können.[435] Wenn die zuständigen Organe die Realität rechtlich unter Nichtberücksichtigung des sprachlichen Inhalts vorausgegangener Rechtssätze neu schematisieren und die neuen Entscheidungen gleichwertige Anknüpfungspunkte für weitere rechtliche Operationen bilden, müsste dies von der Rechtstheorie verarbeitet werden. Da sprachliche oder Denkfehler im Rechtsverfahren nicht notwendig als Rechtsfehler prozessiert werden und mit ihnen nicht unbedingt Konsequenzen verknüpft werden, die von den Folgen sprachlich und logisch unproblematischer Rechtsakte verschieden seien, entbehre die Behauptung der Bindung des Rechts an die Sprach- und Denkgesetze – und somit die Merklsche Fehlersemantik – ihres Fundaments.[436]

3. Die angebliche Negation der Rechtswissenschaft

Merkl erschien die Leugnung einer rechtstheoretischen Fehlersemantik durch Sander als Todesdrohung gegen die Rechtswissenschaft. Das Bestreiten der rechtswissenschaftlichen Nachprüfbarkeit der Urteile des Rechts sei nichts anderes als eine „Kapitulation der Rechtswissenschaft vor der scheinbaren Rechtswirklichkeit“,[437] die die Rechtswissenschaft jeder Funktion beraube. In Merkls Modell „steht ausschließlich der Wissenschaft vom Recht ein Urteil zu“, „was juristisch richtig ist“ oder „wofür die Möglichkeit juristischer Richtigkeit zutrifft“, sodass „Unrecht und Recht zu erkennen, diese juristischen Wahrheiten auszusprechen, […] ausschließliche Aufgabe der Rechtswissenschaft“ ist.[438] Sander hingegen sah, wie schon aus-

[435] Wie Kletzer dies zum Ausdruck bringt: „[it] is thus not that the law does not make demands, but rather that *at the basic level* it does not make demands but schematises interpretation. In so far as the law does indeed issue demands, it does so by means of schematizing interpretations […]“ (*Kletzer*, The Idea of a Pure Theory of Law [Anm. 12], S. 13).

[436] Zum Versuch Merkls, die Regeln der ‚Logik‘ und der ‚Sprache‘ sozusagen an die Rechtsnormen zu kleben und sie als Kriterium für die Erkenntnis von fehlerhaften Rechtsanwendungen zu fixieren, vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 327–329.

[437] *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 67), S. 284 (Fn. 1) [S. 283–284].

[438] Vier Zitate: *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 15), Sp. 448 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (129–130).

führlich erläutert, in dieser Bestimmung der Rechtswissenschaft als Instanz der Rechtswahrheit eine Überschreitung der kognitiven Kompetenzen dieser Wissenschaft, die als solche lediglich über die Eigenkonstitution des Rechts im Rechtsverfahren zu reflektieren habe. Für ihn ist das Rechtsverfahren selbst der *locus* der juristischen Wahrheit.[439] Merkl aber stellt den Verzicht auf eine gegenüber den Kompetenzüberschreitungen der Organe kritische Rechtswissenschaft[440] dem Verzicht auf jede Rechtswissenschaft gleich. Der Rechtstheoretiker stelle „dem Richter Zensuren" aus „mit demselben Rechte, mit dem die Rechtswissenschaft behauptet, daß in dem einen Falle ein zuständiger, in dem anderen Falle ein unzuständiger Richter geurteilt habe".[441] Wenn man rechtswissenschaftlich erkennen könne, wer rechtlich zu entscheiden hat, müsse man auch sagen können, dass die Entscheidung ihre Maßstäbe verfehlt habe. Es sei nicht einzusehen, wie man konsequent die Erkennbarkeit von Kompetenzüberschreitungen verneinen, aber gleichzeitig die Erkennbarkeit der verfahrensmäßig ausgeübten Kompetenz bejahen könne. Die Verneinung der rechtswissenschaftlichen Kontrolle der Rechtspraxis bedeute eine Verunmöglichung der Rechtswissenschaft als solche. Sie hätte dann dem Wissen der Rechtspraktiker nichts hinzuzufügen und würde sich überflüssig machen.

Die Rechtswissenschaft ins Leere laufen zu lassen, galt in einer Forscherformation wie jene der Wiener Schule, die gemeinsam um die Verwissenschaftlichung des juristischen Diskurses rang, als ein äußerst schwerwiegender Vorwurf. Da dieser *prima facie* seine Berechtigung im antidogmatischen Wortschwall Sanders zu finden schien, fand er auch einige Resonanz in Kelsens Kreis. Sanders Rechtstheorie wurde von Merkl flächendeckend zum „juristischen Nihilismus"[442] stigmatisiert, was sich auf dem Weg zu einer ausdifferenzierten Beschäftigung mit den Thesen Sanders und deren Begründungen – nicht nur durch Merkl, sondern auch durch weitere Mitglieder des Kreises um Kelsen[443] – als mehr als nur hinderlich

---

439 Vgl. *Fritz Sander*, [Buchbesprechung] Josef L. Kunz, Völkerrechtswissenschaft und Reine Rechtslehre, Wiener staatswissenschaftliche Studien, Neue Folge, Band 3, 1923, 86 S., in: Archiv des öffentlichen Rechts 6 (1924), S. 261–263 (262).

440 Vgl. *Merkl*, Justizirrtum und Rechtswahrheit (Anm. 205), S. 456 = Merkl-GS I/1, S. 369–384 (374), wo von dem „Rechtstheoretiker" in seiner Rolle als „Kritiker des Richters" geredet wird.

441 Zwei Zitate: *Merkl*, Justizirrtum und Rechtswahrheit (Anm. 205), S. 456 = Merkl-GS I/1, S. 369–384 (374).

442 *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 67), S. 290, vgl. auch S. 283; vgl. noch *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 209), S. 464 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (249), wo von „skeptischer Resignation" und „Verzicht auf rechtwissenschaftliche Erkenntnis" in Bezug auf die Rechtstheorie Sanders geredet wird; *Merkl*, Ein Kampf gegen die normative Jurisprudenz (Anm. 395) = Merkl–GS I/1 S. 339–364 (364 Fn. 40); *Merkl*, Justizirrtum und Rechtswahrheit (Anm. 205), S. 456 = Merkl-GS I/1, S. 369–384 (374).

443 Vgl. *Felix Kaufmann*, Theorie der Rechtserfahrung oder reine Rechtslehre? Eine Entgegnung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1922), S. 236–263 (261); *Felix Kaufmann*, Kriterien des Rechts. Eine Untersuchung über die Prinzipien der juristischen Methodenlehre, Tübingen 1924, S. 154, wo Bülows Leugnung der Fehlurteile als „Solipsismus" dergestalt bezeichnet und diskutiert wird, dass ein Rückschluss auf die kurz davor von Kaufmann präsentierte und kritisierte Rechtswissenschaftstheorie Sanders naheliegt. Siehe auch den jüngst erschienenen erkenntnisför-

erwies.[444] Die Leugnung einer Fehlersemantik wurde zur Leugnung der Rechtswissenschaft uminterpretiert, und somit wurde Sander als Paria behandelt.[445]

Genauer betrachtet hat Sander zwar zu einer Umgestaltung der Rechtswissenschaft aufgerufen, aber die Möglichkeit einer Wissenschaft vom Recht nicht bestritten. Ganz im Gegenteil bemühte er sich, ein eigenes Objektivierungsprogramm – ganz im Sinne der Reinen Rechtslehre à la Kelsen – in Gang zu setzen. Die Rechtswissenschaft sei als reflexive Deskription der Operationen des Rechtsverfahrens nicht nur möglich, sondern würde ausgerechnet durch ihre Beschränkung auf die Rekonstruktion der im Rechtsverfahren vollzogenen Bedeutungsverknüpfungen wissenschaftliche Objektivität erlangen. Bezogen und beschränkt auf das Faktum des Rechts selbst bzw. auf die Eigendynamik der über die Entscheidungen der Organe (re-)produzierten Operationen des Rechts sei die „Verfahrenslehre […] die Lehre von der Dynamik des Rechts", d. h. von der „Objektivität des Rechts", während die „übrigen Rechtslehren" lediglich „Wissenschaften von der Statik des Rechts"[446] darstellten, die dem Subjektivismus zum Opfer fielen. Die Einsicht in den kontinuierlichen Verfahrenscharakter des Rechts bedinge das Verständnis, dass „die Objektivität des Rechtes […] die Souveränität eines Subjekt–Objektverhältnisses" bedeute, „dessen ‚Subjekte' (Organe) innerhalb der übergreifenden rechtlichen Gesetzlichkeit den Objekten (Tatbeständen) gegenüberstehen".[447] Mit den Organen als Subjektkorrelaten kämen in alle Urteile des Rechts bzw. in alle verfahrensmäßigen Rechtsbestimmungen „variable Werte"[448] hinein; über dieses Eigenkonstituieren des Rechts bloß reflektierend verschaffe die reine Rechts(verfahrens)lehre als „Königin"[449] der Rechtsdisziplinen sich selbst Objektivität. Das statische Herausreißen der Rechtssätze aus der Dynamik des Verfahrens – mit der Absicht zu bestimmen, was rechtens ist, ohne auf die künftigen Organhandlungen zu ver-

---

dernden Beitrag von *Hochmann*, Welche Rolle für die Rechtswissenschaft? (Anm. 5), S. 161–175 (162–165).

444 Vgl. aber *Ebenstein*, Die rechtsphilosophische Schule der Reinen Rechtslehre (Anm. 371), S. 121 = *Ebenstein*, The Pure Theory of Law (Anm. 371), S. 134 f., wo trotz der starken Abstempelung als „extreme[r] Realist[]" Sander als ein „Einzelgänger" beschrieben wird, „der noch nicht genügend gewürdigt ist", was als zu einer tieferen Beschäftigung einladend gedeutet werden kann. Van Praag gibt seinerseits die Merklsche Rekonstruktion der Sanderschen Auffassung als „juristischen Nihilismus" wieder, um sie im gleichen Zuge leicht zu relativieren, denn „welcher Sanders Standpunkt eigentlich ist, dessen ist man nie sicher, da dieser Autor vielmals die Richtung gewechselt hat" (*Marinus Maurits van Praag*, Die Rechtsfunktionen, Amsterdam 1932, S. 83 f. [insb. 84 mit Fn. 1]).

445 Vgl. vor allem *Kelsen*, Rechtswissenschaft und Recht (Anm. 199), S. 129, 135, 143, 180, 191, der sich dabei freilich nicht mit dem Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' beschäftigt, sondern den Sanderschen Vorwurf der ‚Rechtswissenschaft als Rechtsquelle' im Rahmen seiner eigenen Polemik mit ihm *ad absurdum* führt.

446 Vier Zitate: *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 230), S. 480.

447 Zwei Zitate: *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 28), S. 29.

448 *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 28), S. 29.

449 *Sander*, Die transzendentale Methode (Anm. 230), S. 469: „Die Lehre vom Rechtsverfahren war lange Zeit hindurch das Aschenbrödel unter ihren Schwestern. Vielleicht aber wird die Lehre vom Rechtsverfahren morgen die Königin der Rechtswissenschaften oder gar – die reine, objektive Rechtswissenschaft sein".

weisen – ziehe die Verwechslung von subjektiven Wünschen und Erwartungen des Betrachters mit den autoritativen Rechtsbedeutungen nach sich und sei als Wurzel der Idee der Fehlerhaftigkeit bestimmter Rechtserscheinungen zu verstehen. Paradebeispiel solcher statischen Betrachtungen sei die bis dahin praktizierte Rechtsdogmatik, unter deren Rubrik Sander die zu bekämpfenden Formen des üblichen juristischen Diskurses subsumierte und die er anfänglich durch eine reflexive, philosophische Rechtstheorie ersetzen zu können (und zu müssen) meinte.

Weil er die Rechtswissenschaft nicht annihilieren wollte, beanspruchte Sander ähnlich wie Kelsen, sie zu bereinigen bzw. von naturrechtlichen Vorstellungen zu befreien, welche er in der Rechtsdogmatik für (all)gegenwärtig hielt. Die methodologische Reinigung der Rechtswissenschaft zielte darauf, ihre Wissenschaftlichkeit herzustellen. In diesem Sinne war Sander nicht mehr Zerstörer der etablierten, herrschenden Lehre als seine Mitstreiter der Wiener Schule,[450] deren entmythologisierendes Programm auch weit entfernt davon war, rechtswissenschaftliche Gemeinplätze zu vergewissern.[451] Dem struktur- und verfahrenstheoretischen Ansatz Kelsens und Sanders war es gemeinsam, wenn auch auf unterschiedliche Begründungen gestützt, manche für die tradierte Rechtswissenschaft zentralen Binnendifferenzierungen[452] – wie eben rechtswidrig/rechtmäßig – zu relativieren oder eben aufzulösen. Die Fehler der Rechtsanwender unter dem Mantel der Rechtswissenschaft aber nicht beim Namen nennen zu dürfen, schien Merkl ein zu gra-

[450] Anders die Beurteilung eines anonymen zeitgenössischen Beobachters, der Kelsens Polemismus von Sanders Skeptizismus unterschied, vgl. *H.*, [Buchbesprechung] Hans Kelsen, Rechtswissenschaft und Recht, Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der „Rechtsdogmatik". Wien und Leipzig, Franz Deuticke, 1922, 135, in: Neues Wiener Abendblatt Nr. 128 vom 11. Mai 1923, S. 5: „Auf diese Weise artet der von Sander dem a. Kant orientierten ‚Kritizismus' Kelsens gegenübergestellte ‚Realismus' in öden Skeptizismus aus. Sanders Denkarbeit verläuft rein negativ. Sie baut sich selbst ab, während Kelsens Polemiken, mögen sie sich auch in den größten Widerspruch zur herrschenden Lehre stellen, niemals unfruchtbar sein können, da sie ihr Ziel, die Befreiung der Rechtswissenschaft vom Methodensynkretismus, unbeirrt im Auge behalten".

[451] Es soll an dieser Stelle reichen, die Worte Weyrs über die revolutionäre und genau deswegen zerstörerische Bedeutung der Reinen Rechtslehre für die „‚herrschende[]' Rechtslehre" in Erinnerung zu rufen: „Es ist meine feste Überzeugung, daß Kelsens Werk eine bleibende Epoche in der Entwicklung der modernen theoretischen Staatslehre bedeuten wird. Die Verlegenheit, mit der es bisher von der ‚herrschenden Theorie' aufgenommen wurde und die mutmaßliche Taktik, die in der nächsten Zukunft ihm gegenüber eingehalten werden dürfte – nämlich die des Schweigens – sind nur Beweise der Richtigkeit meiner Ansicht. Doch sei dieser Theorie und ihren Vertretern daraus kein besonderer Vorwurf gemacht. ‚Man kann von den alten Herren nicht verlangen, daß sie ihre Kollegienhefte verbrennen' – hat Schopenhauer gesagt, als man sich ihm gegenüber wunderte, daß sein Werk von der offiziellen Philosophie ignoriert werde" (*František Weyr*, Hans Kelsens „Allgemeine Staatslehre", in: Juristen-Zeitung für das Gebiet der Tschechoslowakischen Republik 7 [1926], S. 73–74 [74]).

[452] Zur Geburt der römischen Rechtswissenschaft als eine „Scheidekunst" vgl. *Fritz Schulz*, Prinzipien des Römischen Rechts [1934], Berlin 2003, S. 13–26. Vgl. auch *Wolfgang Ernst*, Gelehrtes Recht, in: Christoph Engel/Wolfgang Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, Tübingen 2007, S. 3–49 (22): „Die Rechtswissenschaft traktiert ihren Gegenstand im steten Blick auf handfest in die Lebenswirklichkeit eingreifende juristische Entscheidungen. Das Erkenntnisinteresse des Juristen geht dahin, in der Unterscheidung von Recht und Unrecht unterstützt zu werden".

vierender Verlust für den rechtswissenschaftlichen Erkenntnisapparat. Für Merkl schien durch die Sandersche radikalere Bereinigung des rechtswissenschaftlichen Repertoires eine rote Linie überschritten zu sein, denn damit würde die Rechtswissenschaft zur einer „bloße[n] Registrierungskammer von allem […], was sich als Recht ausgibt".[453] An dieser Stelle ginge das „reinigende[] Gewitter"[454] der reinen Rechtsverfahrenslehre zu weit.

II. Merkl durch den Zerrspiegel Sanders betrachtet

1. „Das Phantom der Rechtswissenschaft als Rechtsquelle"[455]

Nahezu durchgängig in seiner Auseinandersetzung mit Merkl erhob Sander den Vorwurf, die Überlegungen Merkls zum Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' mündeten in der Ermächtigung der ‚Rechtswissenschaft als (Un-)Rechtsquelle'. Obwohl dieser plastische Ausdruck auf der einen Seite einem erheblichen Unterschied zwischen den Modellen Merkls und Sanders Prägnanz verlieh, vergröberte er andererseits durch seine Pauschalität die Debatte und vermengte allzu schnell unterschiedliche Ebenen der Diskordanz. Terminologisch undifferenziert formuliert vermittelte dieser Vorwurf zwei verschiedene *claims*. Der gravierendste, unmittelbar vom Ausdruck selbst nahegelegte Kritikpunkt bezog sich auf die (Bestreitung der) Geltung einer ‚fehlerhaften Rechtserscheinung'; ein weiterer betraf die rechtswissenschaftliche Beschreibbarkeit von ‚defizitären Rechtsakten' als solchen – unabhängig von den autoritativen Bestimmungen der Rechtsorgane. Der Vorwurf, die Rechtswissenschaft zur Rechtsquelle zu erheben, fungiert auf diesen zwei Ebenen als Chiffre für das Aufdecken naturrechtlicher Elemente im rechtstheoretischen Gebäude Merkls.

Vertretbar adäquat als Bezeichnung und Markierung eines tatsächlichen Streitpunkts wird die Rubrik ‚Rechtswissenschaft als Rechtsquelle' von Sander da verwendet, wo Merkl Raum für eine Deutung seiner Lehre gibt, nach der mangels positivrechtlicher Sanktionierung bzw. eines positivrechtlichen Fehlerkalküls ‚fehlerhafte Rechtserscheinungen' keine Geltung erlangen bzw. beibehalten könnten.[456] Es sei laut Merkl unter diesen Umständen die Aufgabe der Rechtswis-

---

[453] *Hochmann*, Welche Rolle für die Rechtswissenschaft? (Anm. 5), S. 168.

[454] Wendung in: *Walter Henrich*, Theorie des Staatsgebiets. Entwickelt aus der Lehre von den lokalen Kompetenzen der Staatsperson, Wien/Leipzig 1922, S. 16.

[455] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 179), S. 1195.

[456] Die Merklsche Metaphorik macht es einem oft nicht leicht, den Sinn seiner Ausführungen zum Primat der Rechtswissenschaft zu erfassen. Zur Verankerung einer radikaleren Deutung dieses Primats in den Werken Merkls wie zu den Deutungsschwierigkeiten vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 340–345. Es fällt auf, dass Sander seine Kritik der Beförderung der Rechtswissenschaft zur Rechtsquelle auf der Geltungsebene nicht an den naheliegenderen Passagen des Œuvre Merkls anknüpft. Hauptsächlich bezog er sich mit seiner Kritik auf *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 15), Sp. 447 f. = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (129 f.) und *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 209) = Merkl-GS I/1, S. 227–252, d. h. auf Beiträge, in denen das Konzept des Fehlerkalküls noch nicht durchdacht präsentiert ist. Den Fehlerkalkül deutet er dann

senschaft, diese Scheinerscheinungen aus dem Rechtsgeltungsbereich zu verweisen; eine solche ‚fehlerhafte Entscheidung' solle nicht vollzogen bzw. als Rechtsregel für die weitere Rechtsanwendung verwendet werden, denn sie gelte nicht als Recht. Man stünde vor einem Organirrtum, der eben nicht als rechtsverbindlich zu handhaben sei. An dieser Stelle scheute Merkl nicht davor, die Autorität der ‚fehlerhaften Entscheidung' zu verneinen. Ohne (positivrechtlichen) Fehlerkalkül keine Fehlertoleranz. Vom Richterstuhl der Rechtserkenntnis aus wird das Scheinrecht zum Nichtrecht erklärt, wenn die bedingte Norm erkenntnisgemäß nicht aus dem Komplex der bedingenden Normen abgeleitet werden kann. Die Rechtswissenschaft im Modell Merkls werde hier, laut Sander, zur Rechtsquelle, denn es sei die „Rechtswissenschaft, welche in ihren logischen Erwägungen darüber entscheidet, ob eine ‚richtige' Ableitung stattgefunden hat, ob überhaupt eine Rechtsstufe vorhanden ist".[457] Die Erkenntnisse bzw. Erfindungen der Rechtswissenschaft werden zur Norm für die Rechtsanwendung;[458] „die Rechtswissenschaft setzt letzten Endes fest, was Recht ist".[459]

Von demselben Ausdruck – ‚Rechtswissenschaft als Rechtsquelle' – machte Sander aber auch in einem anderen Kontext Gebrauch. Da wo der Fehlerkalkül – oder die Rechtskraft in Verbindung mit den Rechtsmitteln als Allheilsmittel, je nach Formulierungsstadium der Lehre Merkls[460] – eingreift und Merkl auf die Vorstellung eines Rechtsfehlers rekurriert, um darauf zu beharren, dass die Rechtskraft nicht im Wege der Erkenntnis der juristischen Unrichtigkeit[461] einer trotz Rechtsfehlers noch geltenden Rechtserscheinung stehen kann, sieht Sander auch eine Form der Umwandlung der Rechtswissenschaft in eine Rechtsquelle. Freilich gewann dabei der Ausdruck eine übertragene Bedeutung. Hier ist es nicht mehr die Geltung der ‚fehlerhaften Rechtserscheinung', die von Merkl laut Sander in einer unzulässigen Art und Weise bestritten wird, sondern es steht die Tauglichkeit einer rechtswissenschaftlichen Fehlersemantik zur Debatte. Die Rechtswissenschaft könne „mit Hilfe ihrer Werkzeuge […] der Rechtsanwendung ganz andere Dinge, als etwa bloß falsches Rechnen […], sondern auch ihre Digressionen von der Richtung des logisch und sprachlich Richtigen nachweisen".[462] Es ging an dieser Stelle um eine epistemologische Diskussion, die durch die Rubrik der ‚Rechtswissenschaft als Rechtsquelle' vernebelt wurde. Die Kritik wurde von Sander zwar hie und da ausdifferenziert formuliert, der plakative Vorwurf der ‚Rechtswissenschaft als Rechtsquelle' im Zusammenhang mit dem er diese Kritik äußerte, verkompli-

höchstens als elegante Verschiebung der Konsequenzen der Merklschen Nichtigkeitsprämisse, die für Sander für rechtswissenschaftlich unzulässiges Naturrecht steht.

457 *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 28), S. 28.

458 Vgl. *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 179), S. 1207.

459 *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 28), S. 28.

460 Zu den unterschiedlichen Stadien der Merklschen Lehre des ‚rechtswidrigen Rechts' vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 262–283.

461 Vgl. z. B. *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 15), Sp. 488 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (130), wo die Rede von „juristischer Richtigkeit" ist.

462 *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 209), S. 465 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (251).

zierte indes eine Verständigung über die Fragestellung(en) der Kontroverse, sodass die beiden Protagonisten mitunter deutlich aneinander vorbeiredeten.

Die Idee Merkls, dass die Rechtsanwender „von der Rechtswissenschaft kontrolliert und ins Unrecht gesetzt werden“[463] können, wird von Sander als Beispiel des „Dogmas der Rechtswissenschaft als Unrechtsquelle“[464] kritisiert. Näher betrachtet wird deutlich, dass Sander mit der Behauptung der bloßen kognitiven Überprüfung des Rechtsverfahrens durch die Rechtsdogmatik bereits ein Problem hat, auch wenn aus dieser Überprüfung keine Konsequenzen auf der Ebene der Rechtsgeltung folgen (sollten). Er sieht in der Vorstellung einer (epistemischen) Kontrolle des Rechtsanwenders durch die Rechtswissenschaft die Kontrastierung zwischen positivem Recht und idealem Recht, weil nur dies die Merklsche These erklären könnte, „daß das ‚logisch-falsche‘ Recht a posteriori durch die ‚Rechtskraft‘ zum Rechte werde“[465] (Ratihabierungsformel). So etwas wie ein ‚logisch-richtiges Recht‘, das im Rechtsverfahren durch die Organe nicht aktualisiert wurde und als Kontrastfolie zur wirklichen Rechtskonkretisierung verwendet werden könnte, hätte im Repertoire einer reinen Rechtswissenschaft keinen Platz – meinte Sander. Die Denk- und Sprachgesetze könnten nicht als aprioristische Schranken zur Rechtsgewinnung gedeutet werden, wie es in Merkls Modell geschehe. „Merkl müsste uns“, so Sander, „um seine Ansicht zu fundieren, ‚diese interessanteste Erscheinung der Rechtsanwendung‘ zeigen, daß nämlich jemals die Rechtserzeugung ihre Schranken nicht übersteigt, d. h. daß irgend etwas […] nur kraft seiner ‚logischen Richtigkeit‘ Recht wird“.[466] Von der Möglichkeit einer fehlerhaften, aber rechtskräftigen Rechtserscheinung auszugehen, impliziere die Gegenüberstellung eines „‚logisch‘ richtigen, durch Logik positivierten Rechtes“ zum „‚rechtskräftigen‘, durch Rechtskraft positivierten Recht“.[467] Diese von Sander aufgedeckte Inanspruchnahme eines „doppelten Rechtsbegriff[s]“,[468] die schon durch das Aktivieren einer Fehlersemantik hervortrete, weise das Abdriften der Lehre Merkls in „naturrechtliche Spekulationen“[469] nach. Sie setze außerdem voraus, „daß es ‚Recht‘ gebe, welches […] seine ‚Geltung‘ nur aus der logischen Anerkennung durch die Rechtswissenschaft schöpfe“.[470]

Im Allgemeinen erläutert Sander seinen Vorwurf gegen die Rechtswissenschaft als Rechtsquelle dergestalt, dass die Rechtsdogmatik „den offenen oder versteckten Anspruch“ erhebe, „‚Recht‘ zur Erzeugung zu bringen, also ein ‚Recht‘ neben

---

[463] *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 15), Sp. 172. = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (110 f.).

[464] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 179), S. 1200. Vgl. auch *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 37), S. 522 (Fn. 1) [S. 520–522]. Siehe noch oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 315–317.

[465] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 179), S. 1201.

[466] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 179), S. 1201 f.

[467] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 179), S. 1203.

[468] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 179), S. 1203.

[469] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 179), S. 1201.

[470] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 179), S. 1201.

und über dem ‚Rechte der Rechts-sätze' zu konstituieren".[471] Diesen „Dualismus zweier Rechte – des ‚Rechtes der Rechtswissenschaft' und des ‚Rechtes der Rechtssätze"[472] attestiert er auch, wie gesehen, der Lehre Merkls. Dabei scheint Sander jedoch von der Debatte um die zulässigen rechtstheoretischen Kategorien abzudriften, um Merkl unterstellen zu können, er lasse konsequent die Rechtswissenschaft Recht wie Unrecht hervorbringen;[473] das hieße: nicht nur auf der Erkenntnisdimension mit schiefen Kategorien zu operieren, sondern auch durchgängig zu beanspruchen, Rechtsoperationen zu konstituieren bzw. zu dekonstituieren. Somit wird letztendlich die ganze Mühe Merkls, mit dem Fehlerkalkül die Autorität bzw. Geltung der ‚fehlerhaften Rechtserscheinungen' zu erklären, ignoriert bzw. nicht ernstgenommen, denn der Fehlerkalkül sei nur ein Versuch, die Konsequenzen des Primats der Rechtswissenschaft abzumildern.[474] In der Tendenz bleibe das ganze Denksystem Merkls naturrechtlich befangen und tauge nicht als positivistische Reine Rechtslehre.

Trotz der Verquickung zweier unterschiedlicher Ebenen der Debatte unter die pauschale Kritik der ‚Rechtswissenschaft als Rechtsquelle' forderte diese Kritik der ‚Naturrechtlerei' eine von Merkl nicht verweigerte Antwort heraus, mit der er sich gezwungen sah, Farbe zu bekennen. Auf der einen Seite veranlasste Sanders Kritik Merkl zur Explizitmachung der Kriterien, anhand derer die Rechtswissenschaft die Richtigkeit bzw. Rechtmäßigkeit eines autoritativen Rechtsakts überprüfen könnte. Die Rede von Fehlern setzt Richtigkeitsmaßstäbe voraus. Wenn die bedingenden Normen selbst – und nur sie – die Maßstäbe für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit der bedingten Normen sind, werden Kriterien für die Festlegung des von den bedingenden Normen demarkierten Rechtsrahmens gebraucht. Diese seien, wie schon oben dargestellt, die Denk- und Sprachgesetze, die für Merkl dem Recht nicht wesensfremd, sondern immanent und deswegen für die Rechtswissenschaft als Maßstab zulässig seien, für Sander aber nichts anderes als „naturrechtliche[] Postulate"[475] darstellen.

Auf der anderen Seite nahm Merkl im Zusammenhang der Kontroverse mit Sander keine kristallklare Stellung zum Vorwurf des Erhebens der Rechtswissenschaft zur autoritativen Rechtsquelle,[476] er wiederholte aber in abwechslungsreichen For-

---

[471] *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 37), S. 593.

[472] *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 37), S. 593.

[473] Vgl. *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 37), S. 522 (Fn. 1) [S. 520–522].

[474] Vgl. *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 161), Sp. 30.

[475] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 179), S. 1206.

[476] Direkten Bezug auf den allgemeinen Vorwurf der „Inthronisation der Rechtswissenschaft als Rechtsquelle" nimmt Merkl in einem 1926 erschienenen Beitrag, um diesem Vorwurf entgegenzuhalten, dass an ihm gemessen auch die Theorie der Rechtserfahrung Sanders die Grenzen der Rechtswissenschaft überschreiten würde, denn durch die „Voraussetzung eines ‚zuständigen' Organhandelns […] in dem empirischen Rechtsmaterial, unter den mit dem Prätexte, Staatsakte zu setzen, gesetzten Handlungen, mittels eines *rechtswissenschaftlichen* Maßstabes eine Auslese vorgenommen wird" (*Adolf Julius Merkl*, Das Problem der Rechtskontinuität und die Forderung des einheitlichen rechtlichen Weltbildes, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 5 [1926], S. 497–526

mulierungen seine Überzeugung, dass jenseits des Fehlerkalküls keine fehlerhafte Rechtserscheinung Geltung beanspruchen dürfe – und es sei der Job der Rechtswissenschaft, sie in die Sphäre des Nicht-Rechts zu verbannen. Merkl oszillierte in den Antworten auf die Kritik Sanders zwischen der Verteidigung einer Fehlersemantik und stärkeren Formulierungen bzw. Thesen über das Primat der Rechtswissenschaft bei der Bestimmung des geltenden und rechtmäßigen Rechts. Von der Kritik- wie Kontrollfunktion der Rechtswissenschaft, die die Rechtsentscheidungen an den Maßstäben der Rechtserscheinungen zu messen habe, sei deren Existenzberechtigung abhängig.[477]

Sander verpasste die Gelegenheit nicht, diese Thesen Merkls *ad absurdum* zu führen. Denn Merkl ging tatsächlich so weit zu behaupten: „Vor dem Prozesse rechtswissenschaftlicher Erkenntnis gibt es weder Recht noch Nichtrecht oder insbesondere Unrecht, sondern nur den Schein von Recht".[478] Und er tat dies in einem Zusammenhang, in dem er – ohne richtig zu erklären, was er unter rechtswissenschaftlicher Erkenntnis verstand – die Rechtswissenschaft (im Singular) als ein „kollektives Phänomen",[479] d. h. als eine Art von professionellem, strengem Diskurs der Rechtsgelehrten über das Recht, behandelte. Unter anderen Problemen ziehe diese Auffassung laut Sander die Rechtlosigkeit rechtsdogmatikfreier Epochen nach sich, denn mangels rechtswissenschaftlicher Verifikation hätte man nicht wissen können, was rechtens/Recht gewesen sei. Das Scheinrecht aus vorwissenschaftlichen Stadien der Menschheitsgeschichte würde dann im besten Fall erst durch die eventuelle, nachträgliche Überprüfung rechtswissenschaftsgeschichtlicher Beschäftigung seinen Rechtscharakter erlangen – oder eben nie. Darüber hinaus sei nicht ersichtlich, was als Recht in jenen gar nicht seltenen Fällen – die Merkl sofort eingestehen würde – zu gelten habe, in denen sich die Rechtsgelehrten über den angeblich normativen Rechtsrahmen nicht einig sind. Man würde potenziell „noch immer in der Welt des rechtlichen Scheins befangen" bleiben, da „erst durch eine Kontrolle einer weiteren Instanz" bestimmt werden müsste, welche „der häufig widerstreitenden rechtswissenschaftlichen Untersuchungen"[480] das Recht akkurat abbilde.

---

[502] = Merkl-GS I/1, S. 385–424 [391]). Hier zeigt das undifferenzierte Sandersche Schlagwort der ‚Rechtswissenschaft als Rechtsquelle' ihre unproduktive Seite, denn Merkl verquickt auch in ihrer Abweichung zwei Ebenen: Er verteidigte sich vor dem durch die Pauschalität des Ausdrucks nahegelegten Vorwurf, durch die bloße kognitive Identifikation von Fehlern die Rechtswissenschaft zur autoritativen Rechtsquelle gemacht zu haben und führte den Vorwurf selbst *ad absurdum* – er verunmögliche, scheint Merkl zwischen den Zeilen nochmals sagen zu wollen, jede wissenschaftliche Beschäftigung mit dem Recht und zwar auch durch eine reflexive Rechtswissenschaft Sanderscher Art. Seine eigenen Anmerkungen bezüglich des nicht-rechtlichen Charakters des durch den Fehlerkalkül nicht gedeckten ‚fehlerhaften Rechts' nimmt Merkl nicht in Schutz und tut so, als ob Sander ausschließlich mit der Fehlersemantik ein Problem hätte.

477 Vgl. oben Dritter Teil, Kap. VIII, S. 427–431.

478 *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 67), S. 287.

479 *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 67), S. 286.

480 Drei Zitate: *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 161), Sp. 30.

Kurioserweise bedient sich Sander bei seiner Kritik der radikaleren Formulierungen des Merklschen Primats der Rechtswissenschaft des Schlagworts der ‚Rechtswissenschaft als Rechtsquelle' punktuell nicht. Er kehrte aber den Merklschen Vorwurf des ‚Nihilismus' um und wendete ihn gegen seinen ‚Erfinder'.

2. Die angebliche Negation des Rechts

Die Vorstellung eines doppelten Rechts im System Merkls bzw. die Gegenüberstellung eines Rechts der Rechtswissenschaft zu einem Recht der Rechtssätze ginge – laut Sander – mit einem Vorrang der logisch-idealen Rechtsordnung der Rechtswissenschaft zulasten des positiven Rechts einher. Dies erweise sich mit aller Deutlichkeit bei der Behandlung des Problems der ‚fehlerhaften Rechtserscheinungen', wobei Merkl der „Realität rechtswidriger Rechtsanwendung" die „Idealität des logisch-richtigen Rechtes"[481] entgegenhalte. In der überspitzenden Rekonstruktion Sanders sei für Merkl „nur das ideale, logisch-richtige Recht der Rechtswissenschaft das wahre Recht" und sein Primat der Rechtswissenschaft operiere eine Aussonderung bestimmter Bedeutungen aus der Dynamik des Rechtsverfahrens „in eine ideal-statische Sphäre"[482] des angeblich wahren Rechts. Die Auslegung isolierter Rechtserscheinungen durch die Rechtsdogmatik werde zur Norm für das positive Recht. Diese Denkweise zeichne nicht nur blankes Naturrecht nach, sondern sie verunmögliche eine rechtsimmanente Betrachtung und Erklärung der Geltung von Rechtserscheinungen, die nach den Anforderungen des Merklschen Modells Defekte aufweisen, denn sie würden aufgrund der Nichtigkeitsprämisse außerhalb des Validationssystems des Rechts liegen. Noch schlimmer: Der Rechtscharakter jeder mit der Prätention der Rechtlichkeit auftretenden Entscheidung eines Organs hinge von der Bestätigung durch die rechtswissenschaftliche Erkenntnis ab. Das Auge der Rechtswissenschaft wache[483] über die Rechtmäßigkeit der positiv-rechtlichen Operationen. Ohne rechtswissenschaftlichen Stempel weder Recht noch Unrecht. Man bleibe in der Schwebe der Scheinrechtlichkeit, solange kein wissenschaftlicher Konsens errungen sei.

Indem er die Idee einer ‚Rechtswissenschaft als Rechtsquelle', die im Merklschen Primat der Rechtswissenschaft innewohne, *ad absurdum* zu führen versuchte, baute Sander ein weiteres Zerrbild auf und konterkarierte den Merklschen Vorwurf des rechtswissenschaftlichen Nihilismus mit demjenigen des rechtlichen Negationismus. „Das Postulat der Rechtswissenschaft, konstituierender Faktor des Rechtes, Rechtsquelle zu sein, führt zu dem Ergebnisse: Es hat niemals objektives Recht gegeben und es kann keines geben".[484] Mangels eines effizienten Mechanismus zur Lösung der Meinungsstreitigkeiten zwischen den Rechtsgelehrten in Bezug auf die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der positiv-scheinrechtlichen Operationen

[481] *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 209), S. 465 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (252).
[482] Zwei Zitate: *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 28), S. 29.
[483] Formulierung in Anlehnung an: *Michael Stolleis*, Das Auge des Gesetzes. Geschichte einer Metapher, München 2004.
[484] *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 161), Sp. 30.

des Systems müsse man sich zu einer Art *non liquet* bekennen und eingestehen, nicht zu wissen, was rechtens ist, ob gewisse Entscheidungen Rechtserscheinungen ausmachen oder nicht. Das Modell Merkls schaffe eine unlösbare (Geltungs-) Dependenz des positiven Rechts von der Rechtswissenschaft. Und zwar so, dass das positive Recht als eigengesetzlicher Zusammenhang verschwinde.

Somit könne kein weiterer Zweifel daran bestehen, wer eigentlich „schärfsten rechtswissenschaftlichen Solipsismus, Subjektivismus und Skeptizismus“[485] betreibe. Merkl lasse das Rechts, wie es ist, nicht gelten.

3. Die logische Ableitbarkeit der Rechtserscheinungen

In der Begrifflichkeit Sanders ist die Stufenbaulehre Merkls ein Beispiel relativen Naturrechts,[486] denn sie gründe das positive Recht zwar nicht unbedingt im Jenseits des Rechtsverfahrens, sie sprenge aber die „Kontinuität der Stufen des Rechts durch naturrechtliche Einfügungen“.[487] Durch die Inthronisation der Rechtswissenschaft[488] seien systemfremde Maßstäbe als Kriterien der Richtigkeit bzw. Rechtmäßigkeit in das positive Recht hineingetragen. Dabei werde die Beziehung zwischen den unterschiedlichen Rechtserscheinungen erst durch die Vermittlung der rechtswissenschaftlichen Auslegung hergestellt. Die Erzeugung einer bedingten Rechtsnorm aus einer bedingenden bedürfe durchgängig eines „‚Stoßes von außen‘, nämlich der logischen Ableitung“.[489] Die Verkehrung des Verhältnisses zwischen Recht und Rechtswissenschaft, Konstitution und Reflexion charakterisiere den Merklschen „Occasionalismus“,[490] der darin bestehe, dass die Rechtserscheinungen in ihrer Entstehung abhängig von metarechtlichen Elementen gemacht werden und der Übergang von einer Stufe zur anderen nicht im Kontinuum des Rechtsverfahrens stattfinde, sondern auf die Überbrückung durch die wissenschaftliche Interpretation angewiesen sei. Außerhalb der von der Rechtswissenschaft gezogenen Grenzen könne kein Recht entstehen oder vergehen, der Fehlerkalkül verschiebe nur diesen Schluss. Das theoretische Modell eines Stufenbaus werde dem positiven Rechtsverfahren auferlegt, und somit hätte sich die Rechts-

---

485 *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 161), Sp. 30; vgl. auch *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 28), S. 26, wo die Lehre Merkls auf den „Banne eines naturrechtlichen Subjektivismus“ zurückgeführt wird.

486 Zur Unterscheidung zwischen relativem und absolutem Naturrecht vgl. oben Zweiter Teil, Kap. V, S. 207–212.

487 *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 161), Sp. 30.

488 Merkl spricht von einem „Inthronisationsprinzip“ in: *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 209), S. = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (250); vgl. auch *Merkl*, Zum Interpretationsproblem (Anm. 273), S. 537 = Merkl-GS I/1, S. 63–84 (65). Zur Kritik Sanders vgl. *Sander*, Kelsens Rechtslehre (Anm. 28), S. 27.

489 *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 37), S. 521 (Fn. 1) [S. 520–522].

490 Begriff in: *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 37), S. 521 (Fn. 1) [S. 520–522]; vgl. auch in einem diversen Kontext *Sander*, Das Faktum der Revolution (Anm. 183), S. 137 f.

lehre Merkls selbst zum Gegenstand gemacht, anstatt sich primär mit den aktuellen Operationen des Rechtssystems zu beschäftigen.[491]

Sander versuchte diese ansonsten erkenntnisfördernde Kritik mit einer weiteren Überspitzung zu untermauern, indem er bei unglücklichen Formulierungen Merkls ansetzend[492] – und vermutlich bewusst irreführend[493]– ihm unterstellte, durch sein Modell das ganze empirische Recht formallogisch umdeuten und die Rechtserscheinungen als insgesamt schon in der Verfassung enthalten verstehen zu wollen. Aus der Verfassung müssten sie dann lediglich logisch abgeleitet werden, „denn das Recht wird nicht in einem kontinuierlichen Zusammenhang nach den Regeln der Verfassung erzeugt", diese werde lediglich durch die aus ihr von der Rechtswissenschaft abgeleiteten Rechtserscheinungen erläutert. Wiederum mit polemischen Schlagworten bewaffnet attestierte Sander der Rechtstheorie Merkls in dieser Hinsicht einen „formalen Rationalismus".[494]

Dies ausgerechnet Merkl vorzuwerfen, demjenigen in der Wiener Schule, der die Vieldeutigkeit bzw. (relative) Unbestimmtheit des Rechts zum Motto der Reinen Rechtslehre erhoben[495] und die durchgängige Relativität der Unterscheidung zwischen Rechtsanwendung und Rechtserzeugung aufgedeckt hatte,[496] war nicht nur ein bedauerliches Zerrbild, das die Lehre des durchaus loyalen Gegners unnötigerweise verdrehte, sondern erwies sich auch als ein Schuss ins Knie. Das Ausmaß dieser Karikatur verbaute fortan komplett den Weg für eine ernsthafte Beschäftigung mit dem Kern der Kritik, die in Verbindung mit der Unterscheidung zwischen einer statischen und einer dynamischen Perspektive des Rechts durch Sander zu lesen ist; die vorschnelle Zurückweisung des Fehlangriffs Sanders wurde innerhalb der Wiener Schule als mehr als gerechtfertigt empfunden.[497]

---

[491] Vgl. z. B. *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 179), S. 1183 f.

[492] Sander fokussiert bei dieser Kritik insbesondere auf folgende und ähnliche Passagen Merkls: „Jede wann immer vor sich gehende Rechtsänderung – eine Änderung nur für die auf das materielle der Sache gehende Betrachtung – ruht bereits sozusagen in den Falten der Verfassung" (*Adolf Julius Merkl*, Die Rechtseinheit des österreichischen Staates. Eine staatsrechtliche Untersuchung auf Grund der Lehre von der lex posterior, in: Archiv des öffentlichen Rechts 37 [1918], S. 56–121 [88] = Merkl-GS I/1, S. 169–225 [198]).

[493] Denn er selbst hatte Merkl bereits gegen ähnliche Karikaturen verteidigt, vgl. *Sande*r, Rechtswissenschaft und Materialismus (Anm. 282), S. 351. Vgl. auch *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 209), S. 464 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (248).

[494] *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 37), S. 520 (Fn. 1) [S. 520–522].

[495] Vgl. dazu oben Erster Teil, Kap. I, S. 81–83; Zweiter Teil, Kap. IV, S. 185–191.

[496] Vgl. *pars pro toto Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 209) = Merkl-GS I/1, S. 227–252. Vgl. auch: *Gyula [Julius] Moór*, Das Logische im Recht, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 2 (1928), S. 157–203 (189).

[497] So z. B. Fritz Schreier, der sich darum bemühte, das Verhältnis zwischen den Rechtsnormen im Zusammenhang der Stufenbaulehre akkurat zu rekonstruieren und dabei auf die Fehldeutung der Ausführungen Merkls (und Kelsens) durch Sander bloß nebenläufig aufmerksam machte; Sander unterstelle, dass in Merkls System „die niedere Stufe durch bloße logische Operation aus der höheren abgeleitet" wird, und aus dieser (offensichtlich fehlerhaften) Deutung würde seine Polemik gegen Merkl und Kelsen entspringen, vgl. *Schreier*, Grundbegriffe (Anm. 412), S. 182 f. (mit Fn. 1). Vgl. auch *Kelsen*, Rechtswissenschaft und Recht (Anm. 199), S. 219 f.

Sander vermischte unterschiedliche Kritikpunkte und schaffte es nicht, sein Problem mit der Merklschen Formulierung der Stufenbaulehre, die weitgehend an der Steuerungsfunktion des Rechts interessiert war und nach der Bestimmung von Grenzen für die Rechtsanwendung suchte, zutreffend zu kommunizieren. Im gleichen Zusammenhang verwendete er den unscharfen Begriff ‚Logik' und dessen Derivate – der auch von Merkl selbst häufig irreführend in Anspruch genommen wird[498] –, um einerseits karikierend, wenn auch nebenläufig, das Verhältnis zwischen den Stufen in der Lehre Merkls als ein Verhältnis der formell-logischen Ableitung zu kritisieren und um andererseits eine Variation seiner Kritik an der Ausschaltung des Organmoments im Rechtsverfahren durch die Rechtsdogmatik weiter zu betreiben. Die fehlende Einsicht in die Dynamik des Rechtsverfahrens und in die Ko-Relativität aller Rechtserscheinungen zu den Organkoordinaten ist, was er anmahnen zu müssen meinte, als er schrieb: „Den reinsten Ausdruck findet das Dogma von den mehreren logisch, aber nicht rechtlich verbundenen, je einstufigen Rechtsgebieten in den Arbeiten Merkls".[499] Ihm ging es darum, zu argumentieren, dass Merkl eine Erklärung dafür schuldig blieb, wie die rechtsinterne Beziehung zwischen den Stufen des Rechtsverfahrens zu verstehen sei; und zwar fehle bei Merkl eine rechtliche Eigengesetzlichkeitslehre, die sich nicht auf das Jenseits des Rechts – auf das Recht idealisierende, dogmatische Konstrukte – stützen würde. Die Äquivokation des Terminus ‚Logik' erlaubte aber die defensive Deutung, Sander ginge es hauptsächlich darum, Merkl als Gläubiger eines Subsumtionsautomatismus[500] zu denunzieren. Dabei handelte es sich unausweichlich um einen Kampf gegen Windmühlen, denn Merkl war bereits damals der Theoretiker des ‚doppelten Rechtsantlitzes', der bei jeder Operation der Rechtsgewinnung einem Rechtserzeugungsanteil Raum einräumte.[501] Das Zerrbild fügte also nichts zur Kritik an der Fragmentierung bzw. Zäsur des Rechtsverfahrens in zahlreiche, lediglich durch die erkenntnismäßigen Betätigungen der Rechtswissenschaft und ausschließlich nach deren Maßstäben verbundene Stufen des Rechts hinzu. Es verhinderte vielmehr das Nachvollziehen des diesbezüglichen Hauptkritikpunkts, der auf einen Perspektivenwechsel bei den Erkenntnisinteressen und eine Fokussierung auf die Eigengesetzlichkeit des ‚Zu-Recht-Erkenntnis-Verfahrens' hinwies, in dem die Rechtsdogmatik eher eine akzidentielle Rolle spiele. Der Kontrast zwischen einem Anforderungsmodell und einer Prozessbetrachtung des Rechts kam

---

498 Vgl. dazu oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 248 f. (Anm. 426).

499 *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 37), S. 520 (Fn. 1) [S. 520–522]; vgl. auch *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 161), Sp. 27 f., wo der Kern der Kritik etwas deutlicher herauskommt.

500 Zur Figur des Subsumtionsautomaten vgl. kanonisch *Regina Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert. Rechtsprechung, Materialien und Studien, Frankfurt am Main 1986.

501 Vgl. z. B. *František Weyr*, La doctrine de M. Adolphe Merkl, *in:* Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 2 (1928), S. 215–231; *Kelsen*, Diskussionsrede (Anm. 109), S. 179 f.; *Fritz Schreier*, Freirechtslehre und Wiener Schule, in: Die Justiz. Zeitschrift für Erneuerung des Rechtswesens 4 (1929), S. 321–326 (325).

nur über die Ecken zum Bewusstsein und wurde durch die polemisierenden Angriffe getrübt.

C. Aus den Fehlern lernen?

Ungeachtet der kleineren oder größeren Verzerrungen, die die Modelle Merkls und Sanders im Zerrspiegel des jeweils anderen gewannen, verrät die Art und Weise der gegenseitigen Überspitzungen bzw. Fehldeutungen der konkurrierenden Lösungsversuche zum Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' viel darüber, was hintergründig auf dem Spiel stand. Die gegenseitigen Vorwürfe des Subjektivismus bzw. Skeptizismus enthüllen das gemeinsame Programm der Verwissenschaftlichung des Diskurses über das Recht bzw. das Objektivierungsprogramm für die Rechtswissenschaft(en), das das Leitmotiv der Überlegungen der beiden Gegenspieler bildete. Was die ursprünglichen Mitspieler gegeneinander ausspielte, sind nicht zuletzt starke Meinungsunterschiede über die Ausführung des Forschungsprogramms einer Reinen Rechtslehre, die nach der Begründung der Autonomie der Rechtswissenschaft als wissenschaftliche Disziplin strebt. Es lässt sich vermuten, dass es auch an den Karikaturen gelegen hat, dass einerseits ein letztendlich vorhandener gemeinsamer Nenner übersehen wurde und keine weiteren Kompatibilisierungsversuche unternommen worden sind, und dass man andererseits bei wechselseitiger, wenig differenzierter Zurückweisung des Konkurrenzmodells landete. Die Rechtslehre Merkls sei durch und durch naturrechtlich ausgerichtet und zur Statik verurteilt, sagte Sander; und Merkl, dass Sander jede Rechtswissenschaft leugne. Man verpasste so die großartige Gelegenheit, eine sich in der Debatte bereits andeutende Ausdifferenzierung der rechtswissenschaftlichen Disziplinen für die Reine Rechtslehre fruchtbar zu machen und blieb intransigent im Singular der Rechtswissenschaft gefangen. Wenn Sander, wie er karikiert wurde – wie er manches aber auch tatsächlich meinte –, Recht hätte, müsste man noch mehr auf typische rechtsdogmatische Arbeit verzichten, als sogar die Protagonisten der Wiener Schule bereit waren;[502] sein Ansatz dürfte dann auf keinen Fall reüssieren, denn mit der Möglichkeit einer reformierten Rechtsdogmatik schien die Chancen einer spezifisch wissenschaftlichen Rechtsdisziplin zu stehen und zu fallen. Dies führte in eine Entweder–Oder-Sackgasse, wo keine Bereitschaft mehr gezeigt wurde, über die Standortbestimmung und Berechtigung des Gesagten nachzudenken. Die

[502] Vor der Gefahr eines vom positivistischen rechtstheoretischen Deskriptivismus der Reinen Rechtslehre motivierten, kompletten Verzichts auf rechtsdogmatische Arbeit warnte damals Kunz: „Kelsen und Sander sind strenge Positivisten, aber auch vorwiegend Rechtstheoretiker, die nur höchst selten Ihre Konstruktionen mit Exempeln aus den erfahrungsmäßig gegebenen, also positiven Normen illustrieren. Das kann, Anzeichen dafür sind vorhanden, zu einer Juristengeneration führen, die stolz erkenntnistheoretische Formeln im Munde führ und nur mitleidig lächelt, wenn jemand auch noch gründliche Kenntnis der erfahrungsmäßig gegebenen Normen verlangt" (*Josef L. Kunz*, Völkerrechtswissenschaft und reine Rechtslehre, Leipzig/Wien 1923, S. 67).

Wiener Schule verbarrikadierte sich in reiner Defensive gegen Sander; dieser sah weiterhin auf die rechtsdogmatischen Bestrebungen der Wiener Schule herab.

I. Eine Fehlstelle in der Debatte

Sander rebellierte mit einer revolutionär anmutenden Rhetorik gegen die bis dahin herrschende Rechtslehre, die er abbreviatorisch und polemisch ‚Rechtsdogmatik' nannte. Diese – seiner Ansicht nach – aufgrund ethisch-politischer Postulate handelnde und von Anthropomorphismen getrübte Pseudowissenschaft beabsichtigte er zunächst durch seine reflexive Rechts(verfahrens)theorie zu ersetzen, die exklusiv auf die Beobachtung des Subjekt–Objekt-Verhältnisses ‚Recht' und dessen Eigengesetzlichkeit ausgerichtet war. Die Rechtswissenschaft als Rechtstheorie habe die Selbstbeobachtungen wie die Neuschematisierungen der Realität durch das Rechtsverfahren zu beschreiben, was sie nur durch eine Art von Gebrauchsanalyse des pragmatischen Bezugs der Organe auf die Rechtssätze in den internen Operationen des Rechtssystems leisten könne. Die Struktur des Rechts erschließe sich denjenigen, die sich einer immanenten Analyse der Urteile des Rechts, wie sie immer aufs Neue von den Rechtsorganen konstituiert werden, öffnen würden. Das Recht der Rechtstheorie sei und könne nur sein, was im Rechtsverfahren als Recht konstituiert wird, und das Wie dieses Verfahrens galt es zu verstehen; Recht ist das und nur das, was Recht (geworden) ist,[503] und es gebe keinen Raum für Verbesserungsversuche oder besserwisserische Bezichtigungsdiskurse seitens der Rechtsdogmatik. In der dynamischen Relation der Rechtserscheinungen zueinander, welche über den Weg der Urteile der zuständigen Organe hergestellt wird, vergewissere sich das Rechtssystem seiner Existenz mittels eigener Operationen; es stabilisiere und differenziere sich selbst als Recht aufgrund der Handlungen der vom positiven Recht selektierten Akteure – für die Rechtstheorie: alle Elemente des Rechts(systems) –, ohne dass dafür der Erkenntnisbeitrag einer wie auch immer gearteten Rechtswissenschaft notwendig sei.[504]

Merkl schien dies nicht satisfaktionsfähig zu sein. Es sei das Zeichen einer Verkennung der Funktion der Rechtswissenschaft zu insistieren, dass sie alles als Recht hinzunehmen habe, was die Organe mit dem Prätext, Recht zu erzeugen, entscheiden. Authentische, kreative Auslegung des Rechts dürfe nur innerhalb des

---

[503] Hier zeigt sich die Sandersche Radikalisierung einer positivistischen Denkweise, die zu Ende gedacht, sicherlich irritiert und von Luhmann mit der entsprechenden Perplexität so auf den Punkt gebracht wird: „Positives Recht gilt kraft Entscheidung. Das ist zunächst ein höchst unglaubwürdiges Postulat – nicht nur für Juristen, sondern erst recht für Soziologen. […] Wir stützen die Beständigkeit der Geltung nämlich nicht mehr auf eine noch beständigere höhere Geltung, sondern gerade umgekehrt auf ein Prinzip der Variation: Daß etwas geändert werden könnte, ist Grundlage aller Stabilität und somit aller Geltung" (*Niklas Luhmann*, Positives Recht und Ideologie, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 53 [1967], S. 531–571 [535]).

[504] „Das Rechtssystem bedarf zu seiner Existenz keines externen archimedischen Punkts. Es genügt die systemimmanente, wechselseitige Anerkennung der Rechtsgültigkeit im Verhältnis zwischen den Akten" (*Somek*, Wissen des Rechts [Anm. 240], S. 22).

normativen Rahmens der bedingenden Rechtserscheinungen erfolgen. Aufgabe der Rechtswissenschaft sei nicht nur, die Weite dieses Rahmens festzulegen, sondern auch die Nicht-Einhaltung durch die (Pseudo-)Rechtsanwender zu ‚denunzieren'. Da das Recht seine eigene Erzeugung wie Vernichtung reguliere, gehöre zum Rechtsgewinnungsverfahren ein nicht-eliminierbarer Anteil an Rechtserkenntnis – nämlich die Erkenntnis des von den bedingenden Normen demarkierten Rahmens. Im Radius der Rechtserkenntnis habe die Rechtswissenschaft die Deutungshoheit über die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Operationen des Rechts, denn dies sei auch eine Erkenntnisfrage. Die ‚Fehlerhaftigkeit' bzw. die ‚Rechtswidrigkeit' ergebe sich aus dem rechtswissenschaftlichen Vergleich zwischen bedingenden und bedingten Rechtserscheinungen. Die Rechtswissenschaft vermöge Fehler zu identifizieren und sie als solche zu behandeln: innerhalb der Grenzen des positiven Fehlerkalküls mit keinen rechtlichen Konsequenzen, jenseits derer aber sogar mit rechtskonstitutiven bzw. derogatorischen Wirkungen. Ausgerechnet die (teils rein epistemologische, teils rechtskonstitutive) Überprüfungskompetenz der Rechtswissenschaft in Bezug auf die Rechtspraxis rechtfertige ihre Existenz.

Somit hat Merkl durch die Brille Sanders betrachtet aber die revolutionären Potenziale einer Reinen Rechtslehre auf der Strecke gelassen, um sich auf ein reformatorisches Projekt einzulassen, das manche Elemente der traditionellen Rechtsdogmatik zu konservieren versucht.[505] Er habe unterfangen, die bestehende Jurisprudenz durch Reform zu verwissenschaftlichen, was laut Sanders anfänglicher Evaluation kaum Aussichten auf Erfolg haben könne. Damit liefere er keine Theorie des Rechts, sondern im besten Fall eine Theorie der sich als Rechtswissenschaft ausgebenden (Rechts-)Dogmatik. Das Beharren auf einer Fehlersemantik habe ihre Wurzeln im statischen Herausreißen der Organmomente aus dem Rechtsbild und laufe auf die Kontrastierung zwischen Idealisierungen der Rechtswissenschaft und der Realität des positiven Rechts hinaus. Der Rechtsbegriff werde künstlich verdoppelt. Man setze die Existenz richtiger Rechtsantworten – auch wenn sie nicht weiter gehen würden, als Fehler als solche zu erkennen – bzw. der Rechtserscheinungen selbst außerhalb deren Relationen zu anderen Rechtserscheinungen im Rechtsverfahren. All dies sei nichts anderes als Naturrecht in neuen Kleidern. Man könne die naturrechtlich operierende Rechtsdogmatik mit ihrer eigenen Methode nicht bekämpfen, geschweige denn in ihren rechtspolitischen Charakter ent-

[505] Vgl. die Sandersche Einordnung der Reinen Rechtslehre Kelsens der Rechtsdogmatik gegenüber als eine „konservative" Richtung: „Die in den letzten Jahrzehnten unternommenen Versuche zu einer Reform der herrschenden Rechtswissenschaft oder zum Aufbau einer neuen Rechtswissenschaft bewegen sich nun in zwei Richtungen, welche wir nach der Art ihrer Stellungnahme zur Rechtsdogmatik als konservative und als radikale Richtung auseinanderhalten können. […] Wenn wir nun Kelsens Versuch zum Aufbau einer neuen Rechtswissenschaft einer kritischen Prüfung unterziehen, so muß vorweg festgestellt werden, daß Kelsen zwar grundsätzlich und bewußt der konservativen Richtung angehört" (*Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? [Anm. 37], S. 525). Diese Einschätzung Sanders lässt sich auf die Rechtstheorie Merkls anwenden, auch wenn Sander in der Merklschen Dynamik Fortschritte gegenüber dem damaligen Stadium des Kelsenschen rechtstheoretischen Modells sah, vgl. z. B. *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 179), S. 1182.

larven und überwinden.[506] Eine Rechtswissenschaft, die des Namens Wissenschaft würdig sei, wäre nur als philosophische, reflexive Disziplin denkbar und sie müsste bereit sein, rechtsdogmatische Denkgewohnheiten hinter sich zu lassen.

Man erreichte also eine schulimmanente Pattsituation. Merkl und Sander scheinen aufgegeben zu haben, die gegenseitigen Kritikpunkte gemeinsam produktiv zu verarbeiten, auch wenn die Debatte – wie oben dargestellt – doch wahrnehmbare Routenänderungen und Innovationen veranlasst hat. Im Zusammenhang mit seiner umfassenderen Polemik mit dem Haupt der Wiener Schule, Hans Kelsen, trat Sander aber wenigstens vorübergehend von seiner Vernichtungskreuzfahrt gegen die Rechtsdogmatik zurück, um die Berechtigung der Rechtsdogmatik als eine „interpretative Praxis“[507] des Rechts anzuerkennen. Für diese interpretative Praxis sei die Fiktion ausschlaggebend, dass die Bedeutungen bestimmter früherer Rechtsurteile die weiteren Operationen des Rechtsverfahrens binden; dass jene Bedeutungen den Betätigungen künftiger Organe Grenzen auferlegen. Im Sprachspiel dieser Art von Beschäftigung mit dem Recht habe die Normativität ihren Platz und daher auch die Vorstellung einer festen, gesetzten Hierarchie zwischen den Rechtserscheinungsformen ihre Chance. Es handle sich um einen Standpunkt, der von der Normativität des Rechts ausgehe und sich für die Anforderungen, die sich aus jeder Rechtsschicht als Maßstäbe für die Rechtserzeugung auf der nächsten Stufe interpretativ ergeben würden, interessiere. Das Betriebssystem der Rechtsdogmatik sei – könnte man mit Hilfe eines Ausdrucks Kelsens sagen – vom „Legitimationsprinzip“[508] aus aufgebaut, denn sie beanspruche, Gebrauchsdisziplin zu sein, also Verfügungswissen in Bezug auf den Umfang des Raums des Rechtsdürfens für die Rechtsteilnehmer anzubieten. Dies könne ohne die Voraussetzung, dass die Rechtsgeltung in der beschränkten Form der Rechtmäßigkeit zu entstehen hat, kaum gelingen.

Anders sieht es bei der reflexiven Rechtstheorie aus. Sie habe das tatsächliche Funktionieren des Rechtsverfahrens zu beschreiben und dementsprechend alle vor sich gehenden Operationen des Rechtssystems objektiv und exakt zu rekonstruieren. Sie nehme nicht als Problem wahr, wenn Urteile der zuständigen Organe von den rechtsdogmatischen Auslegungen der Programmierungen der bereits bestehen-

---

[506] Vgl. z. B. *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie des Rechtserfahrung? (Anm. 37), S. 639. „Jener ‚Sinn‘ […], welcher der Rechtsdogmatik als Gegenstand zugeordnet wird und welchen man ‚idealen‘, ‚objektiven‘, ‚normativen‘ Sinn des Rechts nennt, ist überhaupt nicht der Sinn der Rechtsakte, die intentionale Meinung der Rechtsakte setzenden ‚zuständigen‘ Menschen, sondern der Sinn, welchen die ‚freie‘ Interpretation der Rechtsdogmatik auf Grund vergangener Rechtsakte künftigen Rechtsakten zumisst, anrät, vorschriebt. Alle Begriffe der Rechtsdogmatik zielen auf rechtswissenschaftliche Auslegung des Rechts, sind nicht Recht, sondern logische Reflexion über vergangene Rechtsakte und logische Forderungen an zukünftige Rechtsakte. Die Rechtsdogmatik ist also ihrem Wesen nach eine praktische Wissenschaft vom Recht, ist Rechtspolitik“ (*Sander*, Zum Problem der Soziologie des Rechts [Anm. 30], S. 801 f.).

[507] *Sander*, Das Verhältnis von Staat und Recht (Anm. 324), S. 226.

[508] So z. B. in: *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 280/437. Sander selbst spricht, wie oben gesehen, von einer Art von Fiktion der „Gesetzestreue“, vgl. *Sander*, Das Verhältnis von Staat und Recht (Anm. 324), S. 220 f. Vgl. oben Dritter Teil, Kap. VIII, S. 458 f.

den Rechtserscheinungen abweichen. Sie habe nur zu verstehen, wie die Rechtserscheinungen als „Anschauungsschema“[509] von den Organen gehandhabt werden, um die Welt immer aufs Neue rechtlich abzuschatten bzw. autoritativ zu interpretieren. Dass erfahrungsgemäß valides Recht auch entsteht, wenn der angebliche Rahmen der gewöhnlich als anzuwendende Normen gedeuteten Rechtserscheinungen nicht eingehalten wird, ist ein Arbeitsauftrag an die Beschreibung des Rechtsverfahrens. Was für die Rechtsdogmatik ein Puzzle ist, mag für das Validationssystem ‚Recht‘ und für die darauf bezogene reflexive Rechtstheorie als Trivialität erscheinen. Im Rechtsverfahren wird über die Konformität oder Nicht-Konformität der Urteile der Organe entschieden. Ob Hierarchien zwischen den in Frage kommenden Rechtserscheinungen tatsächlich bestehen, muss zunächst durch die Analyse der rechtlichen Relationen ermittelt werden, und dafür gibt es keine definitive Antwort im Rechtsverfahren, denn diese Relationen werden kontinuierlich neu geschaffen. Sogar die Struktur des Systems mag sich als beweglich erweisen. Die Rechtstheorie solle zunächst die Selbstbeobachtung des Rechts durch die Organe, die Eigenkonstitution der Rechtlichkeit im Rechtsverfahren beobachten und untersuchen, um in ihrer rekonstruktiven Reflexion eine plausible Erklärung der Funktionsweise dieser Maschinerie liefern zu können. Im Sprachspiel der Rechtstheorie müsse man nicht um jeden Preis die Normativität des Rechts retten (wollen); das ‚Legitimitätsprinzip‘ trete möglicherweise als ein Teil der Erklärung der Dynamik des Rechtsverfahrens neben das Effektivitätsprinzip, oder wie Sander es formulierte: Rechtssatz und Rechtswirklichkeit sind gleichberechtigte Rechtsquellen und nur in ihren wechselseitigen Bezügen zu verstehen.[510] Der Raum für eine Fehlersemantik, die korrigierend auf die Operationen des Rechts Anwendung findet, verschwindet in der Radikalisierung Sanders. Von dieser Perspektive aus ist „das rechtliche autorisierte Wissen des Rechts […] immer schon synthetisch vereinigt mit der Rechtssetzung“.[511] Das Recht wisse, was rechtmäßig ist. Die Rechtstheorie, das sei nochmals betont, habe ihm zu folgen. Das Rechtsverfahren leistet gegen die Korrekturanmaßungen bzw. -zumutungen der Rechtswissenschaft Widerstand.[512]

---

[509] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 179), S. 1190.

[510] Vgl. *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 161), Sp. 30.

[511] *Somek*, Wissen des Rechts (Anm. 240), S. 21.

[512] „Wohingegen als das Problem allgemein erkannt wird, dass die Rechtswissenschaft in Bezug auf ihre rechtliche Autorität im Wettstreit mit ihrem Objekt steht, verdient der umgekehrte Wettstreit besonders die Hervorhebung: das Recht selbst steht bezüglich seiner Wissenschaftlichkeit und Vernünftigkeit im Wettstreit mit seiner Wissenschaft“ (*Christoph Kletzer*, Recht und Unordnung. Versuch einer staatsrechtlichen Grenzziehung, in: Gralf-Peter Calliess/Matthias Mahlmann [Hrsg.], Der Staat der Zukunft, Beiheft 83 des ARSP, Stuttgart 2002, S. 27–39 [37]). Vgl. auch *Christoph Kletzer*, Philosophy, Law and Permission, in: The American Journal of Jurisprudence 66 (2021), S. 373–393 (393): „As much as non-essentialists might shun conceptual demarcations, the law itself is in the business of determining what is law, of demarcating law from non-law. […] The law has itself a concept of law. Whether this concept of law that the law itself applies is semantic, criterial, or interpretative, does not matter here. The question that the law must solve

Solange und insofern die Sandersche Rechtstheorie die Merklsche Rechtswissenschaft bzw. die ganze Rechtsdogmatik zu ersetzen beanspruchte, die Merklsche Rechtslehre also als ein konkurrierendes Modell zur Sanderschen Perspektive verstand – das auf demselben Anwendungsbereich wie sie tätig sein wollte –, und umgekehrt der Merklsche Ansatz sich selbst als ein reiner Beschreibungsversuch auf der gleichen Ebene wie der von Sander wahrnahm und Sanders Projekt als zu radikal empfang, um die Realität der Rechtsgewinnung zu erfassen, vermochten die beiden Modelle sich selbstverständlich nicht wechselseitig zu überzeugen. Von der Warte der Rechtsverfahrenstheorie Sanderscher Art konnte eine Lehre wie diejenige Merkls – sobald diese mit der exakt gleichen Aufgabe auftrat, das Recht, wie es ist und wird, wissenschaftlich zu beschreiben – nur wie eine Form des Naturrechts aussehen, denn die Merklsche Lehre erscheint dann viel zu bewertend und präskriptiv, immer wenn sie anhand des Maßstabs des vergangenen positiven Rechts Fehler bei der Rechtserzeugung oder Rechtsvernichtung identifizieren zu können meint. Sie habe die Ambition, das Recht am Recht selbst besser (und unter Umständen autoritativ) als die Rechtspraxis messen zu können. Die Rechtsverfahrenstheorie Sanders hingegen erscheint von der Warte einer Theorie der Rechtsdogmatik aus tautologisch und uninteressant, denn für sie gilt, dass nur das, aber auch all das Recht ist, was im Rechtsverfahren als solches konstituiert wird. Es wundert nicht, dass spätestens an dieser Stelle eine um das ‚Legitimitätsprinzip' kalibrierte Disziplin die Geduld verliert und den Vorwurf der Willkür oder der Beliebigkeit intoniert.[513]

---

is: did an agent act ultra vires or not? Now, the ‚vires' are determined not by nature, sociology, or philosophy, but by the law".

[513] Vgl. *Niklas Luhmann*, Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts, in: Rechtstheorie 19 (1988), S. 11–27 (15), der an der Stelle die Opposition zwischen Naturrechtslehren und positivistischen Rechtslehren umformuliert. Ähnliches scheint über das Verhältnis bzw. die Verfremdungen zwischen Rechtsdogmatik und Rechtstheorie in den Grenzen der Merkl–Sander-Kontroverse gesagt werden zu können: Die von Sander als (Wissenschafts-)Theorie der Rechtsdogmatik gelesene Merklsche Rechtslehre erscheint jenem als eine Form des relativen (‚logischen') Naturrechts. Die Sandersche Rechtstheorie hingegen dürfte von der Warte der Rechtsdogmatik aus im Besten Fall als eine Form von soziologischem Ansatz Bestand haben, denn sie breche mit dem eigentlichen rechtlichen, normativen Sprachspiel. So stempelt z. B. Verdross die Lehre Sanders nachträglich als Rechtssoziologie ab: *Alfred Verdross*, Abendländische Rechtsphilosophie. Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in Geschichtlicher Schau, Wien 1958, S. 163, 181; vgl. auch *František Weyr*, Rechtswissenschaft und Wissenschaft vom Recht [1935], in: Vladimír Kubeš/Ota Weinberger (Hrsg.), Die Brünner Rechtstheoretische Schule, Wien 1980, S. 89–126 (104). Spätestens ab den 1930er Jahren orientierte sich Sander entschieden in Richtung einer deskriptiven Soziologie des Rechtsverfahrens: „Drängen uns aber heute mächtige theoretische und praktische Interesse auf den Weg einer endlichen klaren Erkenntnis des gesellschaftlichen und insbesondere staatlichen Lebens, so wird dieser Weg nur dann erfolgreich beschritten werden können, wenn man sich von der beengenden Begriffsideologie der überkommenen Rechtswissenschaft löst und andere Wissenschaften, insbesondere auch die den Juristen unter dem Namen ‚Soziologie' als drohende Gefahr verhaßte Gesellschaftswissenschaft ernstlich in Angriff nimmt, auf welchem Wege freilich der schöne Traum vom Recht ausgeträumt sein wird" (*Fritz Sander*, Das Recht, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 12 [1932], S. 11–34 [34]).

Man muss weder Sander noch Merkl zustimmen, um wahrnehmen zu können, dass in der Debatte ein Spalt geöffnet wurde, durch den die Möglichkeit einer Unterscheidung zwischen rechtwissenschaftlichen Disziplinen mit verschiedenen Erkenntnisinteressen, Begrifflichkeiten und Sprachspielen hätte ins Visier genommen werden können. Statt eines gegenseitigen Vernichtungskampfs hätte ein Versuch unternommen werden können (und vielleicht etwas anachronistisch sagend: sollen), Rechtsdogmatik und Rechtstheorie auf ihren berechtigten Platz im Plural eines rechtswissenschaftlichen Disziplinverbunds zu verweisen und die beiden nicht nur durch ihre Perspektiven, Anwendungsbereiche und Funktionalitäten zu differenzieren, sondern auch Strategien der In-Bezug-Setzung und wechselseitigen Befruchtung, ohne Konfundierung, zu konzipieren. Bereits in der Form der Kritik Sanders an Merkl, er betreibe keine Theorie des Rechts, sondern lediglich Theorie der Rechtswissenschaft, lag ein von den ersten Generationen der Wiener Schule nicht ausprobiertes Potenzial, jenseits der Differenz bzw. Trennung zwischen Rechtswissenschaft und Recht über eine produktive Arbeitsteilung zwischen verschiedenen wissenschaftlichen Beschäftigungen mit dem Recht zu reflektieren[514] – will sagen: die Facette der Reinen Rechtslehre als Rechtswissenschaftstheorie zu vertiefen und zu erweitern, ein epistemisches „‚Kontaktzonen'-Regime"[515] zu ersinnen.

Da die Differenz der Sprachspiele der anwendungsbezogenen und der reflektiven Disziplinen in Sachen Recht in der Formations- und der Konsolidierungsphase der Wiener Schule nicht adäquat erfasst und vermutlich nicht zuletzt durch die Virulenz der in einer Entweder–Oder-Rhetorik geführten schulimmanenten Debatte nicht weiter thematisiert wurde, blieb die Erörterung des Wie der Interaktionen, z. B. zwischen Rechtsdogmatik und Rechtstheorie, weitgehend aus. Somit wurde den weiteren Generationen der ‚Wiener' Schule als Denkherausforderung überlassen, die Ausgestaltung einer rechtstheoretisch aufgeklärten Rechtsdogmatik wie einer deren Grenzen bewussten und der Bedürfnisse der Rechtsdog-

[514] In Merkls Schriften finden sich Ansätze zur Unterscheidung und Arbeitsteilung zwischen Rechtserkenntnistheorie, Rechtstheorie und Dogmatik, die bei ihm mitunter als „Interpretationsjurisprudenz" auftaucht, vgl. *Merkl*, Zum Interpretationsproblem (Anm. 273), S. 536 f. = Merkl-GS I/1, S. 63–84 (64), wo die „Rechtserkenntnistheorie" als „primäre Rechtsphilosophie" im Gegensatz zu einer „sekundären Rechtsphilosophie" („Auslegungslehre") und zur Jurisprudenz im engeren Sinne qualifiziert wird; *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 15), Sp. 585, 590 f. = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (86, 94 f.); *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 67), S. 263, 266, wo die Rede von „Interpretationsjurisprudenz" ist. Solche Unterscheidungen wurden aber im Rahmen der Merkl–Sander-Kontroverse nicht sinnvoll eingesetzt.

[515] Das Bild der ‚Kontaktzonen' hat Vesting in den rechtswissenschaftstheoretischen Diskurs eingeführt, um das Verhältnis zwischen Wissenschaft und Praxis zu thematisieren, vgl. *Thomas Vesting*, Die Fachgrenze als Kontaktzone. Plädoyer für eine kulturwissenschaftliche Öffnung der Rechtswissenschaft, in: Andreas Funke/Konrad Lachmayer (Hrsg.), Formate der Rechtswissenschaft, Göttingen 2017, S. 237–254. Das Bild greift Jestaedt auf, um von einem „Kontaktzonen-Regime" sprechend das „Plurale tantum" der „Rechtswissenschaft*en*" zu erläutern, sodass inter- wie intradisziplinärer wissenschaftlicher Austausch ermöglicht wird, vgl. *Matthias Jestaedt*, Vom Beruf der Rechtswissenschaft – zwischen Rechtspraxis und Rechtstheorie, in: Horst Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, Tübingen 2018, S. 227–255 (248–254).

matik aufgeschlossenen, entzaubernden Rechtstheorie vor dem Hintergrund des Forschungsprogramms der Reinen Rechtslehre zu konzipieren.[516] Angesichts der – wie auch immer im Detail modellierten – Eigengesetzlichkeit des Rechts verschiedene eigengesetzlich ‚tickende' Rechtswissenschaften miteinander ins Gespräch zu bringen und so die notwendigen wie störungsanfälligen Übersetzungsleistungen zwischen den Begriffsschemata zu vollziehen, ohne aber die Diversität der disziplinären Sprachen verschwinden zu lassen, blieb bis zum Ende der Merkl–Sander-Kontroverse noch ein Desideratum, das kaum als Projekt skizziert wurde.

II. Eine auszubleibende Errata

Sämtliche rechtstheoretischen Modelle bieten unausweichlich „Rechnungen, die nicht aufgehen; sie lassen einen Rest", oder anders gewendet: „einen unauflöslichen Niederschlag".[517] Dass es so ist, stellt an sich keinen Grund dafür dar, dass das jeweilige Modell als Ganzes für falsifiziert erklärt und folglich verworfen wird. Sich indes über Ausmaß und Qualität dieser verbliebenen Reste Klarheit zu verschaffen, wird eine informierte Entscheidung über die Verwendung des einen oder des anderen Modells erlauben, sodass Schwächen und Stärken eventuell konkurrierender theoretischer Angebote ins Bewusstsein gehoben werden und über Gewinne und Verluste bestimmter Problemlösungsversuche in der Erklärungsmacht der Theorien hinreichend reflektiert werden kann. Noch wichtiger: Eine vorsichtige Untersuchung des jeweils ungeklärten Übriggebliebenen mag vieles darüber lehren, wofür und an welchen Stellen ein Modell optimal eingesetzt werden kann, genauso wie darüber, was es eigentlich nicht zu leisten vermag, auch weil es dies gegebenenfalls nie beansprucht hat.

---

[516] Dies taucht als eines der Leitmotive in einer Reihe von jüngeren Arbeiten auf, die die Wiener Tradition der Reinen Rechtslehre fortführen und weiterentwickeln, vgl. z. B. *Matthias Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein … Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis, Tübingen 2004; *Matthias Jestaedt*, Perspektiven der Rechtswissenschaftstheorie, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, Tübingen 2008, S. 185–205; *Matthias Jestaedt*, Wissenschaftliches Recht. Rechtsdogmatik als gemeinsames Kommunikationsformat von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, in: Clemens Jabloner et alii (Hrsg.), Vom praktischen Wert der Methode. Festschrift Heinz Mayer zum 65. Geburtstag, Wien 2011, S. 169–187; *Philipp Reimer*, Verfahrenstheorie, Ein Versuch zur Kartierung der Beschreibungsangebote für rechtliche Verfahrensordnungen, Tübingen 2015; *Jörg Kammerhofer*, International Investment Law and Legal Theory. Expropriation and the Fragmentation of Sources, Cambridge 2021; *Jörg Kammerhofer*, The Interaction of Doctrine and Theory in (International) Legal Scholarship, in: Pauline Westerman/Kostiantyn Gorobets/Andreas Hadjigeorgiou (Hrsg.), Conceptual (Re)Constructions of International Law, Cheltenham/Northampton 2022, S. 9–26. Vgl. auch *Pfersmann*, Un programme de recherche (Anm. 71).

[517] Zwei Zitate: *Artur Schopenhauer*, Fragmente zur Geschichte der Philosophie, in: Artur Schopenhauer, Parerga und Paralipomena, Bd. 1, hrsg. von Julius Frauenstädt, Berlin 1862, S. 34–148 (73), der freilich hier von philosophischen Systemen im Allgemeinen und nicht von rechtstheoretischen Konstrukten spricht.

1. Ein Rest beim Fehlerkalkül

Will man die Rechtspraxis rechtstheoretisch gegenstandsadäquat in einem umfassenden Modell (re-)konstruieren, Struktur- und Funktionseigentümlichkeiten positivrechtlicher, arbeitsteilig operierender Rechtssysteme mit Hilfe eines geeigneten Instrumentariums wissenschaftlich aufschließen, müsste man in der Lage sein, den tagtäglichen Umgang der Rechtsmaschinerie mit dem Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' zu beschreiben, ohne es vorschnell im Namen der Konsistenz eines wie auch immer zugeschnittenen Forschungsprogramms als Pseudoproblem zu diagnostizieren und aus dem Blickfeld zu verweisen. Im Forschungsprogramm der Reinen Rechtslehre wird sich der Beschreibungsversuch dabei auf Strukturmerkmale jener positivrechtlichen Einrichtungen konzentrieren, die mit irregulären Rechtsoperationen zu tun haben. Mit dem Merklschen Fehlerkalkül ist es möglich, elegant und einheitlich das ‚rechtswidrige Recht' in dessen zahlreichen Gestalten im Validationssystem des Rechts (wenigstens bis zur Probe durch die letztinstanzliche Entscheidung)[518] unterzubringen und dieses Phänomen rechtswissenschaftlich sichtbar und handhabbar zu machen. Rechtswissenschaftlich wird etwas als Recht erkennbar, was ansonsten und ausgehend von in der Rechtsdogmatik geteilten Prämissen als solches kaum (konsistent) beobachtet werden könnte.

Die kategoriale Entkopplung von rechtlichem Dürfen und Können wie von Fehlern und Fehlerfolgen ermöglicht eine dem routinemäßigen Umgang komplexer Rechtserzeugungs- wie Vernichtungszusammenhänge mit der Fehlerproblematik treue Herangehensweise an die Rechtspraxis. Eine rechtstheoretische Erklärung wird in der Fehlerkalkültheorie aus positivrechtlichen Figuren und Mechanismen geschaffen, die in der Alltagssprache und Denkweise der Rechtsakteure wie Dogmatiker durchgängig vorhanden sind und mit denen diese sich gut auskennen. Somit wird ein Kommunikationsduktus zwischen Rechtstheorie und Rechtsdogmatik eröffnet. Es sollte hier noch erwähnt werden, dass nicht nur ein wesentlicher Teil der akademischen Beschäftigung mit dem Recht sich mit der Frage nach der Rechtmäßigkeit der Rechtserscheinungen befasst, sich also im Bereich des rechtlichen Dürfens bewegt, sondern dass auch die Praxis autoritativer Rechtsentscheidungen nicht selten über sich selbst in der Sprache der Rechtsdogmatik kommuniziert und mit Sachverhalten wie ‚gesetzwidrigen Urteilen' oder ‚verfassungswidrigen Gesetzen' bestens vertraut ist. Das grundlegende Getriebe des Fehlerkalküls trägt Wiedererkennungspotenzial. Es löst weitgehend ein rechtstheoretisches Problem (auf) und liefert der Rechtsdogmatik ein Werkzeug – das ihr nicht befremdend erscheint – für die Organisation ihres eigenen Diskurses in Assonanz mit ihren Bedürfnissen und ihrer Eigenfunktion. Es delegitimiert den sprachlichen Usus und die Begrifflichkeiten der Rechtsdogmatik nicht, sondern geht ihnen nach, plausibilisiert und

[518] Zur Schwierigkeit des Fehlerkalküls mit der realistischen Erfassung und konsequenten Beschreibung letztinstanzlicher Entscheidungen wie zu einem originellen Versuch, die Geltung ‚fehlerhafter' letztinstanzlicher Entscheidungen in eine an der Reinen Rechtslehre orientierte rechtstheoretische Beschreibung des Rechts zu fassen, vgl. *Samonig*, Fehlerkalkül, Alternativermächtigung, Revolution (Anm. 2).

poliert sie zugleich, indem mittels Strukturanalyse ihre mögliche Verankerung in typischen Normkomplexen des positiven Rechts aufgezeigt wird.[519]

Die Unterscheidung von Rechtmäßigkeit und Rechtsgeltung samt der Entbindung von Rechtwidrigkeit und Nichtigkeit schafft die Voraussetzungen dafür,[520] dass die Rechtsdogmatik rechtliche Entscheidungen gemessen an den durch die bedingenden Normen gesetzten Maßstäben für ihre Entstehung hinterfragen kann, ohne dass damit automatisch auch deren Verbindlichkeit qua Rechtsnormen in Zweifel gezogen werden muss. Ein systeminternes kritisches Leistungsvermögen wird daher einsatzfähig. Es wird eine Möglichkeit zurückgewonnen, die durch die Dynamisierung der Rechtsbetrachtung zunächst verlorengegangen zu sein schien, denn Recht ist bzw. als Recht gilt, was auch immer der zuständige Rechtsanwender entscheidet. Die Rechtsdogmatik ist aufgrund des Fehlerkalküls imstande zu sagen, dass die Organe nicht immer durften/dürfen, was sie trotzdem gekonnt haben/können, als/wenn sie sich bei der Rechtserzeugung über den Rechtmäßigkeitsrahmen hinweggesetzt haben/hinwegsetzen. Der durch die Dogmatik zu ermittelnde Rahmen zeichnet den Raum der Rechtmäßigkeit, deren Kehrseite die Rechtswidrigkeit ist. Für das faktische Können der Rechtsorgane wird auch eine Übersetzung in das durch die Einrichtungen des Fehlerkalküls geschaffene Rechtskönnen gefunden; mit der Unterscheidung zwischen minimalen und maximalen Bedingungen der Rechtserzeugung/Rechtsanwendung wird eine rechtsimmanente Fehlersemantik operationalisierbar.

Das Rahmentheorem reduziert das juristisch Sagbare auf ein Minimum, das eine intersubjektive Basis für einen rechtswissenschaftlich tragbaren Diskurs über die Rechtsnormen ermöglicht. Dadurch entmächtigt es die Juristen, denn es nimmt ihnen die Prärogative, ihre bevorzugte Rechtsauslegung als die einzig zulässige Rechtsauffassung zu behandeln.[521] Über den Inhalt der Konkretisierung und die Individualisierung der höheren Normen via authentische Entscheidungen der Rechtsorgane muss rechtswissenschaftlich geschwiegen werden. Dies aber wiederum nur, solange die Organe sich im Rahmen des positivrechtlich Vorselektierten bewegen. Rechtswissenschaftlich können getrost Rechtsfehler angezeigt werden. Die seien dort zu erkennen, wo den Rahmen der anzuwendenden Norm gesprengt wird.

---

[519] Zu Merkls terminologischem Konservatismus und rechtstheoretischem Reformismus in Opposition zu einer radikaleren, revolutionären Attitüde gegenüber der tradierten Rechtswissenschaft vgl. *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 67), S. 176.

[520] Zu den unterschiedlichen Entkopplungsstrategien, die das Konstrukt des Fehlerkalküls ausmachen, vgl. oben Zweiter Teil, Kap VI, S. 293 f.

[521] Dies gilt allerdings für sämtliche Variationen der Reinen Rechtslehre der Wiener Schule, vgl. *Otto Pfersmann*, Hans Kelsens Rolle in der gegenwärtigen Rechtswissenschaft, in: Robert Walter/Werner Ogris/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit. Ergebnisse einer internationalen Tagung, veranstaltet von der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs und dem Hans Kelsen-Institut (19.–21. April 2009), Wien 2009, S. 367–387 (378). Wie Sander es formulierte, die Durchführung des Programms einer Reinen Rechtslehre fordert „Selbstüberwindung" des Rechtsforschers, vgl. *Sander*, Das Faktum der Revolution (Anm. 183), S. 133 f.

Der Rahmen, der durch die bedingenden Normen gezogen wird, ist oft so breit gefasst, dass er weit voneinander entfernte Expertenmeinungen als rechtlich äquivalent unterbringt. Konkret erweist sich das Rahmentheorem zusammen mit dem Fehlerkalkül als eine Devise der Verarbeitung der Dissense nicht nur zwischen Teilnehmerinnen und Teilnehmern des Rechtssystems, sondern auch zwischen engagierten Beobachtern unter sich und – noch mehr – zwischen Teilnehmenden und Beobachtern. Vor allem: Es ermöglicht in Kombination mit dem Fehlerkalkül, dass die Rechtsdogmatik die Rechtsorgane mit einer intersubjektiven, ausschließlich in den systeminternen Kriterien artikulierten Fehler- bzw. Rechtswidrigkeitssemantik der Kritik aussetzt. Das Konzept des Fehlerkalküls wollte von Anfang an der „Erfahrungstatsache“[522] der Konflikte zwischen Rechtserkenntnis und Rechtsanwendung nachgehen, sodass Meinungsunterschiede in seiner DNA einprogrammiert sind: Es baut auf das Rahmentheorem auf, um mit den Dissonanzen zwischen Erkenntnis- und Erzeugungsanteil der Rechtsgewinnung umgehen zu können. Mit dem Fehlerkalkül steht eine rechtsimmanent ausgearbeitete Fehlersemantik parat, das ‚rechtswidrige Recht‘ wird denkbar – auch wenn der Terminus von Merkl strenggenommen lediglich abbreviatorisch für eine komplexe Begründung verwendet und als Hilfsvorstellung verstanden wird[523] – und als solches bis auf Grenzfälle reibungslos rechtswissenschaftlich beobachtbar. Die kritische Betätigung der Rechtsdogmatik gegenüber schon erlassenen Normen bzw. getroffenen Entscheidungen sowie in Erwägung gezogenen rechtsschöpfenden Handlungen wird rationalisiert bzw. verwissenschaftlicht, indem sie auf die Grenzen des gegebenen Repertoires des positiven Rechts beschränkt wird.

Einerseits bekämpfte Merkl rechtstheoretische Naivität und Mystifizierungen des damaligen – von ihm besonders kritisch wahrgenommenen – dogmatischen *common sense*. Dies tat er im Zusammenhang des Problems des ‚rechtswidrigen Rechts‘ mit seinem Bekenntnis zur (relativen) Unbestimmtheit der Rechtserscheinungen, genauer mit der rechtstheoretischen Erkenntnis der von der Wiener Schule breit geteilten Unvollständigkeit der Determination der Rechtserzeugung durch die bedingenden Normen, die im Rahmentheorem ihren feinen strukturtheoretischen Ausdruck fand. Die Rechtslehre Merkls verlieh den verführerischen Thesen einer ‚richtigen Antwort‘ für juristische Fragen ihre Stimme nicht. Sie deckte Unsicherheiten auch dadurch auf, dass sie die ubiquitäre Fehleranfälligkeit von Rechtsprozessen wie kaum ein anderes Modell wahrnehmbar machte. Nichtsdestotrotz vermochte sie andererseits in gewissem Sinn die (damals wie heute) etablierte Rechtsdogmatik zu beruhigen, ausgerechnet, indem sie ihr die Möglichkeit der rechtswissenschaftlich fundierten Kritik einer autoritativen Entscheidung als ‚fehlerhaft‘ nicht aus der Hand nahm. Ganz im Gegenteil: Sie lieferte der Dogmatik die

[522] So *Adolf Julius Merkl*, [Selbstdarstellung] Adolf Julius Merkl, in: *Nikolaus Grass* (Hrsg.), Österreichische Rechts- u. Staatswissenschaften der Gegenwart in Selbstdarstellungen, Innsbruck 1952, S. 138–159 (142) = Merkl-GS I/1 S. XXI–XLV (XXVIII).

[523] Zur Zögerung Merkls, das ‚rechtswidrige Recht‘ zu entklammern, vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 302 f.

Basis für einen diesbezüglichen intersubjektiven, wissenschaftlichen Standards gerecht werdenden Diskurs. Die Vorstellung eines Rahmens erlaubt die Unterscheidung zwischen zulässiger und unzulässiger bzw. rechtmäßiger und rechtswidriger Rechtserzeugung: Der in der diskursiven Praxis festverankerten, dogmatischen Rede der Rechtsfehler wird eine rechtsimmanente Grundlage ausgearbeitet und ausgehändigt. Die oft eher alles zermalmende Reine Rechtslehre[524] erweist sich in dieser Merklschen Variante der Dogmatik gegenüber konstruktiv. Der Fehlerkalkül ist somit ein Stück Rechtstheorie für Rechtsteilnehmende wie für die die normative Perspektive dieser Teilnehmenden gewöhnlich einnehmende Rechtsdogmatik, welche Verfügungswissen für unterschiedliche Entscheidungsstellen im Rechtsverfahren anzubieten hat.

Das Konstrukt des Fehlerkalküls als theoretische Lesart der positivrechtlich variationsreichen „Sanktions- und damit zugleich auch Perhorreszierungsmittel“[525] zur Verarbeitung von Akten, die den normativen Anforderungen, die an sie innerhalb des Systems und vom System selbst gestellt werden, nicht gerecht wurden, stattet die Rechtstheorie mit einem ausgeklügelten Prozessor aus, mit dem manche ansonsten nicht zu erfassenden Operationen des Rechtsverfahrens intelligible werden. Das rechtstheoretische Bild der endogenen, eigengesetzlichen Dynamik des Rechtssystems wird um dessen eigenes Kalkül zum Umgang mit ‚Rechtswidrigkeiten‘ erweitert. Damit wird das oft mit der Totalität der Rechtsdynamik verwechselte Stufenbaumodell präzisiert und funktionsfähig gemacht.[526] Einige Rechnungen gehen jedoch nicht auf.

Rechtsdogmatisch befriedigend hinterlässt der Fehlerkalkül, wie er von Merkl aufgestellt wurde, rechtstheoretisch seine Reste. Erstens ist es kurios, dass der Theoretiker des Fehlerkalküls, dessen Modell nach der Ausarbeitung einer Auslegungslehre zu fragen scheint, sich im Bereich der Interpretation für die sogenannte objektive Auslegung ausspricht.[527] Die Rede der Fehler erfordert Kriterien, anhand derer unrechtmäßige Operationen des Rechts identifiziert werden können. Was innerhalb oder außerhalb des Rahmens hinfällt, kann nur mittels Interpretation der bedingenden Normen bestimmt werden.[528] Es wirkt irritierend,

---

[524] Vgl. *Günther Winkler*, Die Reine Rechtslehre Kelsens als Dekonstruktionismus?, in: Joachim Burmeister (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, München 1997, S. 115–125.

[525] *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 15), Sp. 444 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (124).

[526] Vgl. *Otto Pfersmann*, Postface, in: Regis Ponsard, Les catégories juridiques et le conseil constitutionnel (im Erscheinen 2024) [abrufbar unter https://www.univ-reims.fr/minisite_84/media-files/10741/postface-pr.-otto-pfersmann-3-.pdf – letzter Abruf am 15. Januar 2023].

[527] Vgl. oben Dritter Teil, Kap. VIII, S. 442–444 (mit Anm. 275).

[528] Dies bringt Schreier auf den Punkt: „Der Aufbau der Rechtsordnung vollzieht sich in sinntragenden Akten. Ob ein in einem solchen Akt gesetzter Sinn, ein von einem Organ erklärter Satz in das System der Einzelrechtsordnung gehört, also als positives Recht zu gelten hat, hängt davon ab, ob das Organ von der höheren Norm dazu berufen ist, Rechtsakte zu setzen, und der Sinn eines von dem Organ ausgesprochenen Rechtssatzes sich innerhalb der von der höheren Norm gezogenen Grenzen hält. Die Erfassung des Sinns des Rechtssatzes höherer Stufe ist also Voraussetzung

dass Merkl nicht nur keine Auslegungslehre ausfeilte, sondern dass er für eine Variante der etablierten Lehren optierte, die davon ausgeht, dass ein vom Gesetzgeber verdorbenes Gesetz „in den Händen eines fähigen Rechtsanwenders […] zu einem taugliche[n] Instrument werden" kann, denn niemand sei verpflichtet, „schlechte Musik" zu machen, nur weil der Gesetzgeber sie einmal so „intoniert" hat.[529] Noch gravierender ist aber die Transformation der Rechtsdogmatik in einen systemzugehörigen Operator durch Merkl, der insistierte, dass mangels Fehlerkalküls eine fehlerhafte Entscheidung eigentlich keine Rechtserscheinung sei. Hier hat die überspitzte Formulierung Sanders von der ‚Rechtswissenschaft als Rechtsquelle' ihre Berechtigung, und ein Rest Naturrecht, den Merkl selbst „Naturrecht zweiter Potenz"[530] genannt hat, lässt sich in seinem System der Reinen Rechtslehre unaufgelöst sichten.

Fragwürdig bleibt außerdem, wenn man die letzten Schritte Merkls nicht mitmacht und lediglich das Konzept des Fehlerkalküls als entwicklungsoffen übernimmt, die (rechtstheoretisch zu rekonstruierende) Verankerung einer seine eigenen Kompetenzen überstrapazierenden Rechtsentscheidung beim Schweigen des Rechtswidrigkeitsregimes; das Problem der Geltung ‚fehlerhafter' letztinstanzlicher Entscheidung wird nicht befriedigend gelöst. Merkls Mut zur Konsequenz nahm an dieser Stelle ein Ergebnis in Kauf, die das reelle Funktionieren der Rechtssysteme nicht zu beschreiben vermag, denn Merkls Lehre bestritt die Geltung der von Fehlerkalkül nicht gedeckten ‚fehlerhaften Entscheidungen', gleichgültig wie minimal der Fehler dabei sei. Eine an Merkls Modell anknüpfende Rechtstheorie habe noch zu beantworten: Wenn das positive Recht nichts mehr über die eventuelle Fehlerhaftigkeit einer Rechtserscheinung vorsieht, wie lässt sich dann ausgehend von der Binnenlogik des Fehlerkalküls die Systemzugehörigkeit der ‚rechtswidrigen Rechtserscheinung' begründen?[531]

---

für die Feststellung des Geltens des Rechtssatzes niederer Stufe" (*Schreier*, Der wissenschaftliche Charakter der Interpretation [Anm. 426], S. 139). Vgl. auch *Schreier*, Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte (Anm. 276), S. 6, der Merkl vorwirft, die „wechselseitige Bezogenheit" von Auslegung und Geltung verkannt zu haben.

[529] Drei Zitate: *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Anm. 15), Sp. 296 f. = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (144 f.).

[530] *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Anm. 209), S. 465 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (250).

[531] Die Antwort Merkls lautet, wie gesehen: Sie lässt sich nicht begründen. Somit bleibt für seine Rechtstheorie ein Stück der Rechtspraxis nicht als Recht beobachtbar. Möchte man diese Antwort zurückweisen und das Gerüst des Fehlerkalküls beibehalten, müsste man untersuchen, wie genau das rechtliche Dürfen und das rechtliche Können zu rekonstruieren seien: ob z. B. das rechtliche Können sich in den Ermächtigungsnormen widerspiegelt oder woanders zu verankern ist. Das rechtliche Können mit der Ermächtigung gleichzusetzen, wie es stillschweigend von der Kelsenschen Lösung der ‚Alternativermächtigung' vorgenommen wird, erweckt die Verlegenheit, dass die rechtsdogmatische Sprachlichkeit entleert wird, laut der die Ermächtigung eigentlich die Grundlage der Rechtmäßigkeit einer Organhandlung bedeutet. So stellt Jestaedt fest, dass im Zusammenhang mit der Lehre der Alternativermächtigung „der Ermächtigungsbegriff im Gegensatz zur üblichen Verwendung adressatlos gedacht" wird (*Matthias Jestaedt*, Kelsens Rechtslehre heute: Aktualität und Ergänzungsbedürftigkeit eines Klassikers der Rechtstheorie [Nicht-publiziertes Typoskript], Freiburg 2016, 13 S., S. 11).

2. Die radikaleren Operationen der Rechtsverfahrenstheorie

Das Objektivierungsprogramm Sanders für die reine Rechtswissenschaft geht mit „radikaleren Operationen“[532] bei der Bereinigung der rechtstheoretischen Befassung mit dem Recht einher. Der Rechts(verfahrens)theorie Sanderscher Art steht lediglich eine phänomenologische Deskription der konstitutiven Urteile des Rechts zu, sie habe sich auf die Reflexion über die Eigengesetzlichkeit des positiven Rechts zu beschränken. Indem man beobachte, was im Rechtssystem tatsächlich geschieht, nämlich wie Rechtssätze und rechtserhebliche Tatbestände durch die Urteile der Organe immer wieder neu in einem kontinuierlichen Verfahren der juristischen Deutung der Weltereignisse in Bezug zueinander gebracht werden, gewinne man Einsicht in die bis dahin vernachlässigte Dynamik des Rechts. Diese selbstbezügliche Dynamik bilde das Zentrum des rein rechtstheoretischen Rechtsbilds und nicht die angeblichen Anforderungen isoliert betrachteter Rechtsnormen an die Rechtsanwendung oder an die Rechtsunterworfenen. Die eigene Subjektivität des Rechtsverfahrens, die im Organmoment der kontinuierlichen Rechtserzeugung bzw. rechtlichen Schematisierung der Welt liege, in das Rechtsbild als eine variable Größe zu integrieren, gewährleiste die gesuchte Objektivität der Rechtslehre als Verfahrenslehre. Nur so könne man die „objektive Korrelativität“[533] zwischen Organen und Rechtssätzen innerhalb der Rechtserfahrung adäquat erfassen und den dogmatischen Subjektivismus überwinden. Man widerstehe der häufigen Substituierung der rechtlichen Operationen durch dogmatische Figuren und Schlüsse. Man integriere einen Unbestimmtheitsfaktor in das Modell und verleihe diesem Modell durch die Beschreibung des Rechtsverfahrens, wie es eigengesetzlich funktioniert, einen objektiven Charakter.[534]

Hindernisse zu einer solchen Rechtstheorie als Theorie der Eigengesetzlichkeit des Rechts seien insbesondere die statische und die normativistische Grundauffassung der bisherigen Rechtslehre – das hieß für Sander: der Rechtsdogmatik. Daher der radikale Impetus, mit dem er mit dem Anforderungsmodell des Rechts brechen wollte, die vulgäre Anschauung der etablierten Jurisprudenz, die, das Recht als Inbegriff von Befehlen oder wie auch immer im Detail konzipierten Normen verstehend, den Gegenstand der Rechtswissenschaft konsequent so modelliere, wie die Moral als Gegenstand von der Ethik behandelt wird. Die Rechtssätze würden dabei in Isolation vom Rechtsverfahren als Anforderungen an die Subjekte verstanden werden, sodass die primäre Aufgabe der Rechtswissenschaft qua Dogmatik sei, Umfang und Sinn dieser Anforderungen zu erläutern. Man könne – ohne dass

---

[532] So Voegelin über die Reinigungsansprüche der Reinen Rechtslehre Kelsens als Forschungsprogramm: *Erich Voegelin*, Einheit des Staates und das soziale Sinngebilde Staat, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 5 (1930/1931), S. 58–89 (59).

[533] *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (Anm. 37), S. 545.

[534] Irrationale Momente und Unbestimmtheiten des Objektes zu beschreiben, ist Teil der Aufgabe einer rationalen, objektiven Wissenschaft, vgl. *Sander*, Zum Problem der Soziologie des Rechts (Anm. 30), S. 810.

man bestreiten müsste, dass dies konkret problematisch aussehen kann – mittels Interpretation sagen, was rechtlich richtig oder unrichtig sei, auch wenn der Spielraum der rechtlichen Richtigkeit (Rechtmäßigkeit) viel weiter sei, als man laienhaft ahnen könne. Die Steuerungsfunktion der Rechtsnormen, die nicht wesentlich anders sei als diejenige anderer Formen von Normativität, erfordere die Bestimmbarkeit des Rechtsinhalts – wenigstens in Gestalt eines festzulegenden Rahmens – unabhängig von den konkreten Operationen im Rechtsverfahren. Das Recht bliebe dabei als Gegenstand seiner Wissenschaft unausdifferenziert, das rechtspezifische *Wie* der Schematisierung der Realität durch und im Rechtsverfahren unthematisiert. Das „Prinzip" der „rechtlichen Eigengesetzlichkeit und damit das immanente Systemprinzip des Rechts"[535] könne so aber der Auffassung Sanders nach nicht aufgezeigt werden.

Bei seinem Versuch, die Eigengesetzlichkeit des Rechts mittels Reflexion über das Rechtsverfahren zu bestimmen, kam Sander auf die Rekonstruktion der Beziehung zwischen den Rechtserscheinungen mittels der Kategorie der Wechselbestimmung und hinterfragte dadurch das Modell der Stufenbaulehre mit seiner unidirektionalen Legitimations- bzw. Ermächtigungskette. Die Beweglichkeit wie die Rekursivität und die Selbstbezüglichkeit in der Relation der Erscheinungen zueinander im Rechtsverfahren wird originell betont, d. h. der Aspekt der Performativität der Rechtserzeugung gerät in den Fokus der Rechtstheorie, die dadurch in ihrem Rechtsgewinnungsverständnis bereichert wird.[536] In den Urteilen der Rechtsorgane werde rückgreifend auf der Suche nach rechtsimmanenter Legitimation auf vergangene Rechtsätze Bezug genommen, und gleichzeitig würden diese Rechtssätze neu signifiziert, mit einer aktuellen, rechtlich relevanten Bedeutung versehen. Es handle sich um eine wechselseitige Dependenz, die durchgängig neu konstituiert werde. Die Stabilisierung des Systems erfolgt dynamisch, es geht dabei eher um die Wiederholung des pragmatischen ‚Sich-auf-die-Rechtssätze-Beziehens' der Rechtsorgane als um die inhaltliche Ableitbarkeit oder semantische Rückführbarkeit der Entscheidungen auf die Bedeutung höherer Rechtsvorschriften. Daher schien der Raum eines rechtswissenschaftlichen Diskurses über die Richtigkeit der Urteile des Rechts, der lediglich die Bedeutungen der sogenannten ‚bedingenden Normen' verwende – losgelöst von ihrer Aktualisierung im Rechtsverfahren – fragwürdig. Die Figur der Entsprechung oder Nicht-Entsprechung zwischen Rechtserscheinungen sei fehl am Platz. Die Vorstellung einer darin verkörperten Richtigkeit diene – so die Kritik an Merkl – als Hintertür für die Wieder-

[535] Zwei Zitate: *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie des Rechtserfahrung? (Anm. 37), S. 534.

[536] Zur Performativität der Rechtserzeugung vgl. in der zeitgenössischen Rechtstheorie: *Sabine Müller-Mall*, Rekursion. Rezeption. Relation. Rechtstheoretische Aspekte des Performativen, in: Lars Bülow et alii (Hrsg.), Performativität in Sprache und Recht, Berlin/Boston 2016, S. 21–34 (insb. 25–28); *Sabine Müller-Mall*, Performative Rechtserzeugung. Eine theoretische Annäherung, Göttingen 2012. Kritisch dazu *Kyriakos Kotsoglou*, [Buchbesprechung] Sabine Müller-Mall: Performative Rechtserzeugung – Weilerswist: Velbrück, 2012. 204 S., in: JuristenZeitung 68 (2013), S. 185–187.

einführung naturrechtlicher Komponenten in die positivistische Lesart der Reinen Rechtslehre.[537]

Diese radikale Leugnung der Rechtsfehlerkategorie, die aus dem Bestreiten der Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Rechtsakte durch die Rechtswissenschaft hervorgeht, macht einen wesentlichen Teil der etablierten akademischen Befassung mit dem Recht, der eigentlich im Rechtsverfahren von den entscheidenden Stellen wiederholt aufgenommen wird, zu Asche. „Von hier aus müssen die Angebote" des Radikalpositivismus à la Sander „als unzureichend abgelehnt werden",[538] denn für das Sprachspiel der Rechtsdogmatik scheint wenig übrigzubleiben. Der Vollzug des Bereinigungsprojekts geht so weit, dass es keinen dogmatischen Rest hinterlassen will. Es formt die radikale Eigenkonstitution der Rechtsgeltung[539] um und schubst die Rechtsdogmatik, wie sie gewöhnlich arbeitet, weg. Findet man in Sander einen mächtigen Alliierten bei der Bekämpfung einer Art des Rechtsdogmaktivismus,[540] der sich die Änderung des positiven Rechts unter dem Deckmantel der Rechtswissenschaftlichkeit anmaßt,[541] diskreditiert Sander doch hie und da das ganze rechtsdogmatische Unternehmen, das Recht von einem statischen Standpunkt als ein System von Normen zu beschreiben, als unvermeidbar unwissenschaftlich.

Rechtstheoretisch bliebe noch zu ermitteln, ob die Radikalität Sanders an manchen Stellen, d. h. seine Strebsamkeit, die rechtsdogmatische „Mythologie des Rechtes"[542] zu entzaubern, nicht zu Lösungen führt, die ‚päpstlicher als der Papst' daherkommen. Besessen von der Autonomie der reinen Rechtswissenschaft und deren Objektivität lehnte Sander vehement den Denkmodus des Sollens als für die rechtstheoretische Rekonstruktion des Rechtsverfahrens geeignet ab. Wer an Sollen denkt, werde sofort vom Imaginarium der Moral gefangen, mache die Rechtswissenschaft zur Geisel der Kategorien der Ethik – oder anderer normativer Disziplinen.[543] Dies sei leicht bei der Beobachtung des Begriffsapparats und

---

[537] Vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 327–329.

[538] *Luhmann*, Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts (Anm. 513), S. 15, der, wie oben angemerkt, dabei die Verfremdungen einer konsequenten positivistischen Rechtslehre durch die Brille einer naturrechtlich vor sich gehenden Jurisprudenz plastisch anspricht.

[539] Kletzer deutet zutreffend das ganze Projekt einer Reinen Rechtslehre als „a philosophical grappling with the radical self-constitution of legal validity" (*Kletzer*, The Idea of a Pure Theory of Law [Anm. 12], S. 137).

[540] Vgl. *Tarunabh Khaitan*, On scholactivism in constitutional studies: Skeptical thoughts, in: International Journal of Constitutional Law 20 (2022), S. 547–556.

[541] Vgl. im heutigen Diskurs kritisch etwa *Oliver Lepsius*, Kritik der Dogmatik, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hrsg.), Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 39–62. Vgl. auch *Otto Pfersmann*, Le sophisme onomastique: changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution, in: Ferdinand Mélin-Soucramanien (Hrsg.), L'interprétation de la Constitution, Paris 2005, S. 33–60.

[542] *Sander*, Staat und Recht, Hb. 2 (Anm. 179), S. 360.

[543] Vgl. diesbezügliche Bedenken einer Gleichsetzung von Sollen und Moral in: *Josef Laurenz Kunz*, [Buchbesprechung] Fritz Sander, Staat und Recht, Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung, Wiener staatswissenschaftliche Studien. Herausgegeben in Verbindung mit Friedrich Wieser und Othmar Spann von Hans Kelsen, neue Folge. Band 1, Verlag Franz Deuti-

der Denkgewohnheiten der etablierten Jurisprudenz mit ihrem statischen Bild des Rechts als einem System von normativen Anforderungen zu bemerken. Mal operiere sie absolut naturrechtlich, mal bloß relativ, wie es für Sander in der Vorstellung der erkenntnismäßigen Ableitbarkeit der Geltung der Rechtserscheinungen mittels Auslegung deutlich wird (interstitielles Naturrecht). Dabei werde die Kontinuität des Rechtsverfahrens durch rechtsdogmatische Einmischungen zerlegt, die meinen, rechtmäßiges von rechtswidrigem Recht trennen zu können. Die endogene Rechtsdynamik sei in der einen oder anderen Weise durch exogene Elemente infiziert, sodass es schlecht um die Reinheit der Rechtswissenschaft stehe.

Ironischerweise scheint sich hier der Bekämpfer des Primats der Rechtswissenschaft, der sich eigentlich im Namen der Positivität des Rechts, aber auch der Objektivität der Rechtswissenschaft, dezidiert gegen ein solches Primat wendete – das künstlich ein Recht der Rechtswissenschaft gegen das Recht des Rechtsverfahrens ausspiele –, seinen eigenen Blick in die Rechtserfahrung verbaut zu haben. Es lässt sich fragen, ob Sander sich dadurch nicht der Standardkritik Kelsens an der soziologischen Jurisprudenz aussetzt, „Tausende von Aussagen, in denen das Rechtsleben sich täglich äußert“[544] zu ignorieren. Hatte Sander bei der Hervorhebung der spezifischen ‚Abschattung der Welt‘ durch das Rechtsverfahren als ‚Zu-Recht-Erkenntnis-Verfahren‘ eine bestehende Komponente der Rechtspraxis, nämlich die Normativität, (bewusst) unberücksichtigt gelassen, oder gibt es noch Raum für so etwas wie Normativität in seinem Begriffsschema, das sich dann ohne Berufung auf die Denkform des Sollens konstruieren ließe?[545] Außerdem blieb Sander eine gut artikulierte Antwort auf die Kritik seiner Wiener Mitstreitenden schuldig, der gemäß seine Theorie der Rechtserfahrung auf der Suche nach der *differentia specifica* des Rechts zur Entdifferenzierung des Rechts führe, sodass man über kein Kriterium mehr verfüge, anhand dessen Recht von Nicht-Recht, System von Umwelt unterschieden werden könnten.[546] Man müsste alles als Recht hin-

---

cke 1922, 1304 S., in: Archiv des öffentlichen Rechts 5 (1923), S. 249–268 (267); *Josef L. Kunz*, Völkerrechtswissenschaft und reine Rechtslehre, Wien und Leipzig 1923, S. 67. Vgl. auch: *Kelsen*, Rechtswissenschaft und Recht (Anm. 199), S. 206.

[544] *Kelsen*, RR1 (Anm. 13), S. 35/46. Vgl. auch *Hans Kelsen*, Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1921), S. 453–510 (474 Fn. 2 [S. 471–474]) = HKW 6, S. 167–223 (188 Fn. 2 [186–188]); *Hans Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, Tübingen 1922, S. 221 (Fn.) [218–221] = HKW 7, S. 69–350 (316, Fn.) [314–316]; *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 110/203.

[545] Vgl. *Philipp Heck*, Die reine Rechtslehre und die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft, in: Archiv für die civilistische Praxis, N.F. 2 (1924), S. 173–194 (191), der für unverständlich hält, dass Sander mit seiner Theorie des Rechtsverfahrens das von ihm benannte ‚Dogma der Normativität‘ des Rechts bekämpfen zu müssen glaubt.

[546] Vgl. *Kaufmann*, Theorie der Rechtserfahrung oder reine Rechtslehre? (Anm. 443), S. 243–244; *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 67), S. 283. Vgl. auch *Erich Voegelin*, Zur Lehre der Staatsform, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 6 (1926), S. 572–608 (592). Dass es wenigstens eine latente Antwort auf diese Kritik in Sanders rechtstheoretischem Torso gibt, zeigte bereits *Somek*, Wissen des Rechts (Anm. 240), S. 22; vgl. auch *Kletzer*, The Idea of a Pure Theory of Law (Anm. 12), S. 128–132: „the existence of the law is always precarious since it is in each and every legal act that the law constantly has to create itself“ (131). Die Unterscheidung zwischen

nehmen, was in der Welt mit dem immanenten Sinne bzw. Prätext, Recht zu sein, auftaucht.

Die Adressierung dieser Fragestellungen muss hier dahingestellt bleiben. Dass sie sich noch formulieren lassen und sich für sie keine unmittelbaren, einleuchtenden Antworten in der schulimmanenten Debatte, wie sie ausgefochten wurde, finden lassen, kann als Indiz dafür gesehen werden, dass ihre Potenziale nicht ausgeschöpft wurden. Wie weit darf z. B. die gegenseitige Verfremdung der jeweiligen Konzepte und Jargons von Rechtstheorie und Rechtsdogmatik gehen bzw. wie weit dürfen die respektiven Begrifflichkeiten voneinander abweichen?[547] Eine inhaltliche Errata der Merkl–Sander-Kontroverse, die sich mit der Korrektur der vorhandenen Argumente und mit der Weiterentwicklung der rechtstheoretischen Begrifflichkeit zum Umgang mit der Fehlerproblematik wie mit deren In-Bezug-Setzung zu dem Sprachspiel der Dogmatik befasst, steht noch aus.

3. Die Kelsensche (Auf-)Lösung des ‚rechtswidrigen Rechts'

Kelsen selbst schrieb keine Errata zur Merkl–Sander-Kontroverse. Auch als er von Verdross mehr oder weniger ausdrücklich in den 1950er zu einer Stellungnahme aufgefordert wurde,[548] präsentierte er seinen eigenen Ansatz, ohne die Lösungsversuche seines loyalen und seines rebellischen Schülers explizit zu kommentieren.[549] Wie oben argumentiert, scheint seine in der Lehre der Alternativermächtigung niedergeschriebene Strategie vieles von Sanders Theorie des Rechtsverfahrens und seiner dynamischen Standpunktverschiebung in Richtung einer Beobachtung des *Wie* der Prozessierung rechtlicher Operationen zu haben. Sie will aber weder die Sollen-Dimension des Rechts, die schon in der Voraussetzung der Grundnorm als Inauguration des Sprachspiels der Normativität, wie es in der Rechtspraxis geschieht, ihre Zuflucht findet, noch die Figur der Entsprechung als Erklärung für die Geltungsvermittlung im Norm–Norm-Ableitungszusammenhang aufgeben. Mit der Formulierung der Alternativermächtigung als vorgegebene Norm innerhalb des Systems nutzte Kelsen erneut den Trick einer Voraussetzung und landete bei einem Schema, das sich etwas unentschieden zwischen Merkl und Sander zu bewegen scheint: Mit Rahmentheorem, aber ohne rechtliche Fehlerhaftigkeit bzw. Rechtswidrigkeit des Rechts – denn was nicht dem expliziten Rahmen der Ermäch-

---

Recht und Nicht-Recht ließe sich wirklich nicht mehr *in abstracto* von der Theorie durchführen, und diese sei ständig auf die wechselbezüglichen Operationen des Verfahrens angewiesen, wobei die Rechtssätze immer noch eine Rolle als Deutungsschema spielen. Ausschlaggebend ist aber, wie die mittels dieser Deutungsschemata von der Theorie identifizierten Organe diese Schemata nutzen, denn aus dem rückgreifenden Bezug darauf ergebe sich in den Entscheidungen der Organe das positive Recht.

[547] Zum Bemühen um die Übersetzbarkeit des rein rechtstheoretischen Verständnisses von Ermessen in die Sprache der anwendungsbezogenen Dogmatik und umgekehrt vgl. z. B. *Matthias Jestaedt*, Das doppelte Ermessensantlitz. Eine rechtstheoretische Vermessung des administrativen Entscheidungsfreiraums, in: Zeitschrift für Verwaltung 40 (2015), S. 339–347.

[548] Vgl. *Verdross*, Eine Antinomie der Rechtstheorie (Anm. 10).

[549] Vgl. *Kelsen*, Was ist ein Rechtsakt? (Anm. 9).

tigungsnorm entspricht, entspreche möglicherweise einer impliziten, alternativen Ermächtigungsbestimmung.

Auch in der allerletzten bekannten Äußerung Kelsens zum Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' sind Spuren der schulimmanenten Debatte zu entdecken, Echos der Sanderschen Verdächtigung zu vernehmen, dass die Brandmarkung einer außerhalb des rechtswissenschaftlich gezogenen Rahmens getroffenen Entscheidung als Nicht-Recht „zu keiner scharfen Abgrenzung des Naturrechtes vom positiven Rechte"[550] führen würde:

„Da der Richter seine Entscheidung mit einer geltenden generellen Norm begründen muß, seine Entscheidung aber dem Sinn der anzuwendenden Norm nicht entspricht, muß er behaupten, diese Norm habe ihren Sinn den geänderten Umständen entsprechend geändert. Da auch eine solche Entscheidung in Rechtskraft erwachsen kann, ist die Verpflichtung des Richters, seine Entscheidung mit einer geltenden Rechtsnorm zu begründen, durch das Rechtskraftprinzip wesentlich eingeschränkt, wenn nicht aufgehoben. Das bedeutet aber nicht, daß das Prinzip der Rechtmäßigkeit der richterlichen Entscheidung aufgehoben ist. Denn das Prinzip der Rechtskraft ist ein durch das positive Recht statuiertes Prinzip; und eine richterliche Entscheidung, die nur auf Grund des Prinzips der Rechtskraft als gültig anzusehen ist, ist ebenso ‚rechtmäßig' wie eine richterliche Entscheidung, die darum als ‚rechtmäßig' gilt, weil sie einer schon geltenden inhaltlich bestimmten generellen Norm entspricht. Womit auch das Prinzip des Rechtspositivismus und der Gegensatz zur Naturrechtslehre aufrechterhalten bleibt".[551]

Im kalifornischen Exil, weit weg von seiner Wiener Schülergemeinde, deren jüngere Mitglieder er sogar in nicht wenigen Fällen überlebte, speiste sich Kelsen weiter aus älteren Diskussionen. Vom Fehlerkalkül mit der einzigartigen Merklschen Kalibrierung war weiterhin in Kelsens Œuvre wenig zu sehen; Kelsens Lösung operierte immer noch mit dem Konstrukt der Alternativermächtigung und berief sich auf ein Denkmuster, das an Schreiers ‚doppelte Norm' erinnert, indem die Rechtmäßigkeit der außerhalb des Rahmens erzeugten Rechtsnorm durch ihre Entsprechung zu den Rechtskraftbestimmungen gewährleistet zu werden scheint.[552] Allerdings bleibt beim kontraintuitiven Konstrukt Kelsens unklar, was eigentlich die Geltung der sozusagen alternativ erzeugten Norm begründet, nämlich was tatsächlich den Job erledigt, jene Geltung zu erklären: ob es das Minimum an Rechtsanwendung ist, das durch die Beachtung gewisser Zuständigkeitsregelungen erreicht wird; die Effektivität der getroffenen Entscheidung eines innerhalb einer stabilisierten Rechtsmaschinerie, d. h. einer im Großen und Ganzen wirksamen Rechtsordnung tätigen Organs; die kontingent komplexe Rechtskontrollarchitektur der zu beschreibenden Rechtsordnung, die ab einem gewissen Moment keine Rechtsfolge mit der Nicht-Einhaltung des Rahmens verbindet; alle drei Elemente zusammen oder eben, wie von manchen interpretiert, eine (begrifflich) allen Ermächtigungsnormen immanente alternative Disposition. Die irreführende For-

[550] *Sander*, Rechtswissenschaft und Materialismus (Anm. 282), S. 351.
[551] *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen (Anm. 25), S. 303 (Fn. 128).
[552] Vgl. oben Zweiter Teil, Kap. VI, S. 358–360; Dritter Teil, Kap. VII, S. 399.

mulierung der Alternativermächtigung als ein Fragment der Ermächtigungsnorm trübt, wie oben argumentiert, das Verständnis des Kerns des Konstrukts und erweckt Perplexität.[553] Da es sich um eine Lehre handelt, die sich radikaldynamisch für die Prozessierung rechtlicher Informationen interessiert, ohne der Verhaltenslenkung durch das Recht primär Aufmerksamkeit zu schenken, die sich aber weiterhin eines Instrumentariums der Rechtsstatik bedient, lädt die Theorie der Alternativermächtigung zum Schluss zur Vorstellung einer ‚Entnormativierung' des Rechts ein, als ob die Binnenperspektive der Rechtsnormativität komplett aufgegeben würde.[554]

Kelsen endete mit der Alternativermächtigung bei einer rechtstheoretischen Devise, die – wie das Modell Sanders – kaum mit der Begrifflichkeit und dem Denkmodus der damals wie heute praktizierten Jurisprudenz zurechtkommen konnte. Denn *prima facie* entzieht die Alternativermächtigung den beobachtenden Juristen die Möglichkeit, rechtswidriges Recht als solches zu benennen und zu behandeln. Was auch immer in der Rechtsmaschinerie über die authentische Interpretation der Organe herauskommt, sei rechtmäßiges Recht. Die Binnendifferenzierungen, die für eine dogmatische Betrachtung so sinnvoll sind, fallen dem allmählich mehr und mehr auf das Wesentlichste reduzierten strukturellen Ansatz zum Opfer. Dort, wo man gewöhnlich von ‚fehlerhaften Entscheidungen' spricht, bleiben es nur Meinungsunterschiede, die für die Funktionsweise des Rechtserzeugungszusammenhangs irrelevant seien, es sei denn, sie werden von einem zuständigen Organ aufgegriffen.

III. Brauchbare Rechtswidrigkeit?

Bei aller Verschiedenheit der Hintergründe wie Feinheiten der Dissonanzen zwischen den Wiener Theoretikern und ihren Modellen scheint jedoch wenigstens ein gemeinsamer, anschlussfähiger Kern aus der Debatte herauszuschälen zu sein, mit dem es nicht schwierig sein sollte, nach vorne zu blicken und zu gehen.

Das Primat der Rechtwissenschaft bei Merkl und das Primat des Rechtsverfahrens bei Sander zeigen in einem Lösungsspektrum zwar extreme mögliche Positionen. Dazwischen bewegte sich die schulimmanente Debatte, in der einige der verschiedenen Ansätze mehr zum einem, andere mehr zum anderen Pol neigten. Mit

---

553 Vgl. oben Dritter Teil, Kap. VII, S. 405–415.

554 Davor hatte Verdross ziemlich früh gewarnt, noch bevor Kelsen seine Lehre der Alternativermächtigung entwickelt hat: „[…] nicht nur der Gesetzgeber, sondern z. B. auch die obersten Gerichtshöfe sind in ihrer Judikatur ohne Rechtskontrolle. Auch die Sprüche dieser Höfe erwachsen in Rechtskraft und schaffen damit ein Befolgungsgebot, eine *lex* – wenn auch nur *inter partes* sowie für die Vollzugsorgane, mögen die Entscheidungen auch noch so weit von der Rechtsordnung abgebogen sein. Wer seinen Blick nicht höher zur richten vermag, wer nicht das Recht als Norm sieht, an der alles Handeln auf sein Richtigkeit hin erst zu prüfen ist, dem kann nur erwidert werden, daß eine bloß auf die faktische Praxis eingestellte Betrachtung folgerichtig zu Ende gedacht dahin führt, alle Rechtswissenschaft in den einzigen Satz aufzulösen: *Was die letzte Instanz gebietet, ist Recht*" (*Alfred Verdross*, Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers, in: Juristische Blätter 45 [1916], S. 471–473, 483–486 [486]).

Kelsens Alternativermächtigung schien im Ergebnis das Pendel wieder Richtung Sanders Radikalpositivismus zu schlagen, ohne dass damit Elemente der Versuche der anderen Mitglieder der Wiener Schule komplett vernachlässigt wurden.

Gleichgültig wie eine Lösung zum Problem des rechtswidrigen Rechts im Detail innerhalb der Tradition der Wiener Schule zu kalibrieren ist, tragen die Modelle Merkls und Kelsens, aber auch kontraintuitiv dasjenige Sanders, mit ihren unterschiedlichen Ausprägungen dazu bei, der Problematik des rechtlichen Umgangs mit ‚rechtwidrigen Rechtserscheinungen' den Status der „*partie honteuse*"[555] der Rechtstheorie zu rauben, ohne ihnen den Status einer Erkenntnisherausforderung zu entziehen.[556] ‚Fehler' bzw. ‚Rechts(erzeugungs)widrigkeiten' bei der Betätigung der Organe sind nicht als „peinliche[s] Faktum"[557] wahrzunehmen. Indem die Wiener Schule die allgegenwärtige Fehleranfälligkeit des Rechtsgewinnungsverfahrens aufdeckt und auf das Rechtswidrigkeitsregime des positiven Rechts fokussiert, entgiftet sie die Vorstellung eines ‚rechtswidrigen Rechts'. Sie zeigt, dass und wie komplexe Systeme, arbeitsteilig funktionierende positive Rechtsordnungen, ‚fehlerhafte' Operationen prozessieren, ohne sich dabei zu verschlucken oder gar zu erstarren.

Die Sandersche Leugnung der Kategorie der Rechtsfehler tut dies, indem sie ‚Fehler' als bloße Meinung des Beobachters außerhalb des Wortschatzes der Rechtstheorie bestehen lässt. Die Rechtswidrigkeit erweist sich in allen Fällen als ein brauchbarer, systeminterner Operator, der nur im Verfahren als solcher formiert werden kann. Dem Standpunkt des Betrachters nach ‚rechtswidrige' Rechtserscheinungen mögen als Anknüpfungspunkt für weitere Operationen des Systems dienen und dies in der Form, in der im sich konsequent in Bewegung befindenden System darüber verfügt wird. Akte, die von der Rechtsdogmatik als ‚fehlerhaft' oder ‚rechtswidrig' behandelt werden, können (und werden häufig) im Rechtsverfahren recycelt werden. Mit ‚Rechtswidrigkeiten' geht das Recht unspektakulär um, indem es sie als solche nach eigenen Bedingungen konstituiert und bestimmt, was damit zu verknüpfen sei; von einer Entsprechung zu den Inhalten vergangener Rechtserscheinungen hänge die Anknüpfungsfähigkeit der Rechtsureile im Rechtssystem letztendlich nicht ab. Die Merklsche Lösung des Fehlerkalküls bietet der Rechtsdogmatik mit dem Rahmentheorem und der von ihr geschaffenen Unterscheidbarkeit zwischen Geltung und Rechtmäßigkeit und der damit einhergehenden Entkopplung von Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit etwas mehr an, sie lässt aber auch ein Stück weit das positive Recht immanent über das Schicksal des ‚rechtswidrigen Rechts' verfügen – sie lässt das Recht, wie es gerade ist, einfach sein. Noch mehr: Sie integriert begrifflich die Fehleranfälligkeit des Menschenwerks, „Geschöpf des menschlichen Willens"[558] ‚Recht' in die Grundkodierung

[555] *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 161), Sp. 26.

[556] Vgl. *Otto Pfersmann*, Contre le Néo-Réalisme Juridique. Pour un débat sur l'interprétation, in: Revue Française de droit constitutionnel 52 (2002), S. 789–836 (815).

[557] *Kelsen*, Die Idee des Naturrechts (Anm. 29), S. 248.

[558] *Adolf Julius Merkl*, [Buchbesprechung] Rudolf Stammler, Theorie der Rechtswissen-

des Merklschen Modells einer Reinen Rechtslehre. Auch die irritierende Alternativermächtigung Kelsens enttabuisiert die mögliche ‚Rechtswidrigkeit des Rechts', denn innerhalb oder außerhalb des Rahmens getroffene Entscheidungen der Organe gelten in der Tendenz uneingeschränkt, sie fungieren möglicherweise auch als Deutungsschemata für die weitere Rechtserzeugung bis zu dem Zeitpunkt, an dem sie vernichtet werden (wenn es überhaupt dazu kommt).

Affirmativ gewendet, zeigt sich eigentlich die Fragestellung der Rechtskraft – im Merklschen Sinn – ‚rechtswidriger Rechtserscheinungen' als die entscheidende Frage nach dem Kriterium der Rechtserfahrung: Wann wird eine menschliche Entscheidung zu einem Rechtsakt und der Sinn dieses Akts zu einer Rechtsnorm bzw. wie konstituiert sich die Rechtsgeltung? So viel scheinen schon Merkl, Kelsen und Sander gezeigt zu haben: So konterintuitiv, wie es klingen mag, ist die Rechtmäßigkeit im Sinne von vollkommener Entsprechung zur Erzeugungsregel kein Begriffsmerkmal valider Rechtserscheinungen. Das noch zu leistende Schreiben einer *Errata* zu den Ansätzen Merkls und Sanders über Rechtsfehler kann die Rechtstheorie bestimmt zu besserem Scheitern im ewigen (rechts)wissenschaftlichen Verfahren von *trial and error* leiten. In der Tradition der Reinen Rechtslehre nähert sie sich desto mehr dem Ziel, je mehr sie es mit ihren Modellen und Theoremen schafft, die Rechtswelt so sichtbar zu machen, wie sie eben ist.

IV. Rechtstheorie als Theorie der Eigengesetzlichkeit des Rechts

Und somit ist man bei dem vielleicht charakteristischsten Merkmal des Denkstils der Reinen Rechtslehre(n) qua Rechtstheorie. Die Wiener Rechtstheoretikerinnen und -theoretiker teilen bei allen Meinungsdifferenzen die Überzeugung, dass die Rechtstheorie sich als eine Beschreibung des Funktionierens des Rechts zu artikulieren hat, die sich um eine „Selbststrukturierungsthese"[559] in Bezug auf das Rechtsverfahren herum bewegt. Die Reine Rechtslehre ist eine Wette auf die Eigengesetzlichkeit des Rechts, und über die adäquate Erfassung der einzigartigen Mechanik der arbeitsteilig operierenden Rechtssysteme haben Merkl und Sander, aber auch Kelsen und die übrigen Mitglieder der ersten Generationen der Wiener Schule gestritten. Wie die „Selbsterzeugung allen Rechtes"[560] vor sich geht, ob sie grundsätzlich und letztendlich abhängig von der Übereinstimmung der Rechtserscheinungen mit den maßgeblichen Rechtserzeugungsbedingungen ist oder eher radikal dynamisch die „souveräne Erzeugungsmethodik des Rechts"[561] mithilfe der Kategorie der Wechselbestimmung einzufangen sei, stand zum Disput. Anders als das immer noch herrschende Anforderungsmodell, das den Funktionsmodus

---

schaft, Halle a.d.S. 1911, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1915), S. 113–123 (118) = Merkl-GS I/1, S. 45–62 (54).

559 *Pfersmann*, Hans Kelsens Rolle in der gegenwärtigen Rechtswissenschaft (Anm. 521), S. 375.

560 *Merkl*, Prolegomena (Anm. 213), S. 281 = Merkl-GS I/1, S. 437–492 (475).

561 *Sander*, Rechtsdogmatik oder Theorie des Rechtserfahrung? (Anm. 37), S. 536.

des Rechts in frappierender Ähnlichkeit zu demjenigen der Moral konzipiert,[562] orientiert sich die Reine Rechtslehre trotz Akzentverschiebungen vorwiegend an jener „höchst bedeutenden Eigentümlichkeit des Rechts“,[563] mittels der (relativen) Selbstbestimmung seiner eigenen Erzeugung und Vernichtung die Realität neu zu interpretieren und ihr – eine möglicherweise von den an andere Bedeutungskoordinaten gekoppelten Ansprüchen abweichende – rechtliche Bedeutung zu verleihen. Das Wie des Rechtsverfahrens zu erfassen und dafür die geeigneten Kategorien auszuarbeiten, bleibt der Arbeitsauftrag einer Rechtstheorie in der Tradition der Reinen Rechtslehre; eine solche Theorie hat sich um den spezifisch juristischen Standpunkt zu bemühen.

Zu verstehen, wie das Recht mit ‚Fehlern‘ umgeht, ob es mit ihnen kalkuliert und dafür eine gewisse „Fehlerlatitüde“[564] einspannt, denn die „Möglichkeiten eines Irrtums […] sind unendlich“,[565] oder ob, rechtsimmanent betrachtet, Rechtsfehler „niemals vorhanden sind“,[566] wird, egal wie man es dreht und wendet, zur notwendigen Stufe bzw. zum unabdingbaren Baustein einer gegenstandsadäquaten Rechts(wissenschafts)theorie.[567]

D. Zwischenfazit des Dritten Teils

Kelsen beteiligte sich nicht unmittelbar an der Merkl–Sander-Kontroverse, die weitgehend als eine Schüler-Debatte erfolgte. Er hatte sich aber bereits während seiner Wiener Zeit allgemein zum Thema geäußert und Ende der 1920er Jahre fing er an, an einem eigenen Konzept zum Umgang des positiven Rechts mit ‚Rechtsfehlern‘ zu arbeiten, das anders als seine ersten Versuche in den 1910er Jahren vom Standpunkt einer dynamischen Betrachtungsweise des Rechts aus gedacht wurde. Sein Konstrukt der Alternativermächtigung läuft darauf hinaus, dass als Reflex bestimmter institutioneller Arrangements der Rechtskontrollarchitektur auch außerhalb des Rahmens der anzuwendenden, höherrangigen Rechtsnormen erzeugte Normen als rechtmäßig gelten (können). Diese anscheinend ‚normwidrig‘ erzeugten Rechtsnormen entsprächen einer vorauszusetzenden Alternativbestimmung, die das Organ zur Rechtserzeugung in Abweichung der direkten, expliziten Ermächtigungsnorm autorisieren würde. Die Rechtserzeugungsregeln hätten einen Alternativcharakter, sodass sie auch Entscheidungen decken könnten, die laut nicht-authentischer Interpretation von der Ermächtigungsnorm nicht gedeckt

---

[562] Vgl. *Christoph Kletzer*, Law as Peace (Or Why I am Still a Hard-Core Positivist), in: The American Journal of Jurisprudence 67 (2022), S. 223–245 (245).

[563] *Kelsen*, RR2 (Anm. 13), S. 73/140.

[564] *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (Anm. 67), S. 298.

[565] *Merkl*, Prüfung von Gesetzen und Verordnungen (Anm. 66), S. 604 = Merkl-GS II/1, S. 393–438 (432).

[566] *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 161), Sp. 31.

[567] Vgl. *Matthias Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Tübingen 1999, S. 328–359.

würden. So präsentiert sorgte und sorgt Kelsens Fehlerbewältigungsstrategie nach wie vor für Irritation und Perplexität.

Näher betrachtet erweist sich die Alternativermächtigung als eine kreative Amalgamierung von Elementen aus unterschiedlichen Lösungsversuchen innerhalb der Wiener Schule, die von Kelsen mosaikartig zusammengestellt wurden und nicht unbedingt harmonisch zueinanderpassen. Die Merkl–Sander-Kontroverse hat sich auf die Reine Rechtslehre Kelsens ausgewirkt. Kelsen stellte einen von Merkl beim Fehlerkalkül als Nebeneffekt dargestellten Aspekt ins Zentrum der Alternativermächtigung: die Schaffung von verkappten Ermessenspielräumen durch die positivrechtlichen Einrichtungen der Fehlervorbeugung, -reaktion und -behebung. Die ‚fehlerhafte Rechtserscheinung' verschwindet als solche aus der rechtstheoretischen Beschreibung des Rechts, denn sie muss rechtsbindungstechnisch als der ‚fehlerfreien' gleichwertig begriffen werden; die gesamte Alternativ(ermächtigungs)norm – à la Schreiers „doppelter Norm" – löst den Widerspruch zwischen höherrangiger und niederrangiger Norm auf. Damit verlor Kelsen die vom Design des Fehlerkalküls ermöglichte Unterscheidung zwischen Rechtmäßigkeit und Geltung. Er landete mit seinem Modell bei der Rechtmäßigkeit alles Rechtlichen, genau wie Sander bei der Recht(sverfahrens)mäßigkeit aller Organurteile. Berücksichtigt man die Effektivität der außerhalb des Rahmens der anzuwendenden Norm erzeugten Norm als ein Moment des Kelsenschen Zuschnitts der Alternativermächtigung, zeigt sich der Sandersche Stachel noch deutlicher: Zu Recht wird, was sich als anknüpfungsfähiges Recht durchsetzt und ‚rechtswidriges Recht' kann als solches nur im Rechtsverfahren konstituiert werden. Man kann im Ergebnis von einem Primat der Rechtserzeugung sprechen, wobei die Organe rechtlich nicht irren. Nur: Anders als bei Sander beschreibt Kelsen das Verhältnis der Rechtserscheinungen zueinander nicht als Wechselbestimmung. Kelsens *Bricolage* disharmonischer Elemente samt der ungeschickten Formulierung der Alternativermächtigung als Norm zeigt Inkonsistenzen und sein Entmythologisierungsversuch scheint fehlzuschlagen.

Schaut man sich das Grundgetriebe der (Lehre der) Alternativermächtigung an, erweist sie sich als eine Hilfshypothese, die die Erklärungsmacht der Reinen Rechtslehre Kelsens steigern lassen soll und sie zugleich im Sinn einer radikal dynamischen Theorie der Prozessierung der Rechtsoperationen im Rechtssystem ausbaut. Die Mechanik der Alternativermächtigung weist erhebliche Strukturähnlichkeit mit der Lehre der Grundnorm im Fall von rechtlichen Revolutionen auf und sie orientiert sich, wie bei Sander, an dem, was im Rechtsverfahren geschieht. Es handelt sich um eine Rekonstruktion der rechtlichen Lage *ex post facto*, die sich an der Effektivität der bereits außerhalb des Rahmens getroffenen Entscheidungen orientiert und darauf ausgerichtet ist, diese in die Einheit der Rechtsordnung integrieren zu können. Sind kraft der Rechtskontrollarchitektur auch solche Entscheidungen von bestimmten zuständigen Organen im Großen und Ganzen effektiv, die den Rahmen nicht beachten, gibt es Gründe, diese Entscheidungen bis zur eventuellen Vernichtung durch die Kontrollorgane als rechtmäßig zu beschreiben. Es kann also

vorausgesetzt werden, dass auch diese Entscheidungen in der zu betrachtenden Rechtsordnung autorisiert sind. Der Kreis der rein rechtstheoretischen Gedanken zeigt sich denkbar eng: Wie beim Problem der Revolution beruft sich Kelsen auf eine postulierte Voraussetzung, um das Problem des Verstoßes der Rechtsorgane gegen die Erzeugungsregel zu adressieren und versucht in seinem Modell den Befund zu verarbeiten, dass das Effektivitätsprinzip das Legitimitätsprinzip begrenzt.

Wird Kelsens Alternativermächtigung mit dem Fehlerkalkül Merkls und der Fehlerleugnung über den Weg der Wechselbestimmung Sanders in Kontrast gestellt, zeigen sich Lesarten des Rechtspositivismus, die sich durch verschiedene Akzente unterschieden. Und anhand des Problems des ‚rechtswidrigen Rechts' wird Einblick in eine Pluralität der Reinen Rechtslehre(n) gewonnen, da deutlich wird, wie die Wiener Streitenden die gemeinsamen Prämissen unterschiedlich weiterentwickelten. Die unterschiedlichen Modelle zum Umgang mit der Fehlerproblematik fassen zunächst Fuß in unterschiedlichen philosophischen und erkenntnistheoretischen Annahmen. Philosophisch gesehen geht Merkls Fehlerkalkül von seiner Rechtskraftlehre aus, welche die Unveränderlichkeit als Default-Modus der Rechtsnormativität begreift, während Sander mit seiner Theorie des Rechtsverfahrens das Recht in Bewegung und als durchgängige selbstbezügliche Änderung versteht. Kelsen expliziert keine Grundentscheidung bezüglich Permanenz oder Wandelbarkeit, auch wenn sich sein System mit der Alternativermächtigung der Sanderschen Radikaldynamik annähert. In Bezug auf das Verhältnis zwischen Autorität und Wahrheit, Wollen und Wissen neigt Kelsen zu einem primären Verständnis des Rechts als Machtphänomen – Recht als ‚Ordnung der Macht' – und betont zulasten des Erkenntnisanteils, der die Konturen eines Akzidentiellen gewinnt, das Moment der Entscheidung bei der Rechtsgewinnung, während Merkl – dieses Moment selbstverständlich anerkennend – ein Modell der rechtserkenntnisbasierten bzw. -kontrollierten Rechtsanwendung entwirft. Sander seinerseits trennt heteronome und autonome Programmierung bei der Rechtserzeugung konzeptionell nicht und erfasst das Rechtsverfahren als ein Zu-Recht-Erkenntnisverfahren, in dem Rechtmäßiges von Rechtswidrigem immer aufs Neue unterschieden wird und die Rechtswahrheit auf den Inhalt der Urteile der Organe relativiert bzw. bezogen wird.

Deutlich bemerkbar unterschieden sich Sanders und Merkls Modelle erkenntnistheoretisch in Bezug auf die Aufgaben der Rechtswissenschaft und ihr Verhältnis zum Recht. Für Merkl hängt die Existenzberechtigung der Rechtswissenschaft von ihrer Kritik- und Kontrollfunktion gegenüber der Rechtspraxis ab, während Sander die Rechtswissenschaft ausschließlich mit der Reflexion über die Urteile des Rechts beauftragt, sodass dadurch die Strukturen wie Bewegungsgesetze des Rechtsverfahrens rekonstruiert werden können. Mit der Alternativermächtigung und ihrer Entleerung der rechtswissenschaftlichen Fehlersemantik stellt Kelsen sich in der Nähe Sanders: Eine selbständige Rechtswissenschaft hat lediglich die Eigengesetzlichkeit des Rechts aufzuschließen, ohne den Rechtsorganen Korrekturen zuzumuten – anders als das Primat der Rechtswissenschaft Merklscher Art mit seiner (Dis-)Qualifikation der ‚fehlerhaften Rechtserscheinungen' als Nicht-Recht.

Auch die rechtstheoretischen Betrachtungsweisen weichen an relevanten Stellen voneinander ab. Wie Statik und Dynamik des Rechts und der Rechtsbetrachtung kombiniert werden sollen bzw. ob der Statik noch einen Platz in einer Reinen Rechtslehre zu genehmigen ist, blieb umstritten. Der Fehlerkalkül ist Produkt einer Perspektive, die sich darum bemüht, die Dynamik der Rechtserzeugung durch die Statik der Rechtserkenntnis zu bremsen, die Normativitätsansprüche der Rechterscheinungen durch die Wirksamkeit der Rechtsentscheidungen nicht zu entleeren. Daher das Beharren auf der Erkennbarkeit von Rechtsfehlern und das Ersinnen des Fehlerkalküls als ein Kompromiss, der weitestgehend die Entkopplung von Fehlern und Fehlerfolgen ermöglicht, aber die Maßstabsfunktion der bedingenden Normen hochhält. Die Verhaltenssteuerung durch das Recht bleibt auf dem Schirm und dabei spielt die durch rechtswissenschaftliche Interpretation zu ziehende Unterscheidung zwischen Rechtswidrigem und Rechtmäßigen eine relevante Rolle. Der Rahmen der Rechtmäßigkeit stabilisiert Erwartungen der Normadressaten und bietet eine Orientierung für das Handeln. Es wird die Möglichkeit gewonnen, rechtswissenschaftlich über eine getroffene Entscheidung zu sagen, es hätte anders sei sollen, ohne ihre Geltung zu bestreiten. Diese Fragestellung nach der vom Recht geforderten Handlung bzw. nach dem Was der Rechtsanforderungen wird hingegen von Sander für irreführend gehalten, denn sie bewege die Rechtswissenschaft in die Richtung der Denkweise und der Begrifflichkeit der Ethik. Eine spezifisch juristische Rechtstheorie habe das Wie des Rechtsverfahrens als ein Zu-Recht-Erkenntnisverfahren zu erklären. In den Fokus geraten die sich wechselseitig bestimmenden immanenten Operationen des Systems und die Art und Weise, wie die Rechtsrelevanz im Rechtsverfahren konstituiert wird, wobei kaum Raum für die Statik übrigbleibt – die rechtsrelevanten Bedeutungen werden immer aufs Neue im Rechtsverfahren konstituiert, in dem die Realität rechtlich schematisiert wird. Ähnlich ist die Lage bei der Lehre der Alternativermächtigung Kelsens, die mit Sanders Theorie das Bemühen um eine *Ex-post-facto*-Strukturanalyse teilt. Nicht die *Ex-ante*-Perspektive der anzuwendenden Norm, wie sie vom Rechtsanwender vorgefunden wird, ist ausschlaggebend, sondern es gilt zu erklären, welche (Rechtserzeugungs-)Strukturen es ermöglichen, dass von den Organen außerhalb des Rahmens getroffene Entscheidungen gelten (und zwar als rechtmäßig). Haftet dem Fehlerkalkül wie der Rechtstheorie Merkls im Allgemeinen eine Sichtweise an, die als Anforderungsmodell bezeichnet werden kann, bewegt sich Kelsen mit der Lehre der Alternativermächtigung deutlich in die Richtung der Sanderschen radikaldynamischen Theorie der Prozessierung der Rechtsoperationen durch die Rechtsmaschinerie. Dies hat unter anderem Implikationen für die jeweiligen Beschäftigungen mit einer Auslegungslehre, die von Merkl mit seinem Versuch, die Sprach- und Denkgesetze als rechtsimmanente Kriterien für die Erkenntnis der Fehlerhaftigkeit der Rechtserzeugung bzw. Rechtsanwendung zu bestimmen, deutlich mehr Aufmerksamkeit bekommt als von Sander und Kelsen.

Nicht zuletzt die mangelnde Klarheit über diese und andere grundlegenden Differenzen der Modelle führte dazu, dass die jeweiligen Lösungen zum Problem des

‚rechtswidrigen Rechts' wechselseitig karikiert wurden, denn hier und da lasen Sander und Merkl die Versuche des jeweilig anderen eingeengt durch die eigenen Brillen und beurteilten sie nach den entsprechenden eigenen Maßstäben. Manchmal waren die jeweiligen Angriffe aus der Warte des gemeinsamen Forschungsprogramms der Wiener Schule äußerst brutal. Für Sander sahen Merkls Bemühungen um die Normativität des Rechts und die Bestimmbarkeit von ‚Rechtsfehlern' durch die Rechtswissenschaft nach Naturrecht aus, während für Merkl die Sandersche Bestreitung der Möglichkeit der Überprüfbarkeit der Rechtmäßigkeit der Rechtsentscheidungen durch die Rechtswissenschaft zu ihrer Annihilation führte. Sander ließ die Rechtsdogmatik nicht als eine spezifische Rechtswissenschaft – und lange ließ er sie auch nicht als bloße Wissenschaft – gelten, während Merkl daran interessiert war, die Rechtsdogmatik zu reformieren und zu verwissenschaftlichen. Da die Merkl–Sander-Kontroverse auch wegen der Virulenz der Vorwürfe in eine Pattsituation geriet, wurde die Chance verpasst, innerhalb des Programms der Reinen Rechtslehre über die Differenzierung und In-Bezug-Setzung von Rechtsdisziplinen nachzudenken. Nichtsdestotrotz war die Kontroverse für die beiden Hauptkontrahenten, aber auch für die anderen Mitglieder der Wiener Schule produktiv: Die Theorie des Fehlerkalküls wurde in großen Teilen von Merkl in der Auseinandersetzung mit Sander ausgearbeitet und Sander nutzte die Kritik Merkls, um die Begrifflichkeit seiner Theorie des Rechtsverfahrens zu verfeinern.

Die Kontroverse um das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' zeigt das Plurale der Reinen Rechtslehre(n) in Bezug auf einen zentralen Baustein jeder Rechtstheorie, die sich zur Aufgabe macht, die Eigengesetzlichkeit des Rechts zu erfassen und die Funktionsweise der Rechtsmaschinerie zu beschreiben. Die Wiener Rechtstheoretiker haben sich an diesem Punkt über die adäquate Beschreibung des Rechts wie über die entsprechende Aufgabe der Rechtswissenschaft nicht einigen können. Die verschiedenen Modelle markieren Möglichkeiten in einem breiten Spektrum, jedes mit seinen Beschränkungen. Gibt der Fehlerkalkül samt der Stufenbaulehre in die Hände der Rechtsdogmatik ein Schema für die Kommunikation über die ‚Fehlerhaftigkeit' bzw. ‚Rechtswidrigkeit' der Operationen des Rechtssystems und verbindet sich gut mit dem rechtsdogmatischen *common sense*, bleibt das Merklsche Primat der Rechtswissenschaft bei seiner Bestreitung der Geltung ‚fehlerhafter Entscheidungen' bei Abwesenheit des Fehlerkalküls rechtstheoretisch fragwürdig. Die Alternativermächtigung weist wohl interne Konstruktionsprobleme auf und zeigt sich für die Rechtsdogmatik nicht aufschlussreich, sie macht rechtstheoretisch aber eindrucksvoll auf die Trivialität der außerhalb des Rahmens getroffenen Rechtsentscheidungen in arbeitsteilig operierenden Rechtsordnungen aufmerksam. Das Sandersche Modell bereichert das Bild der Rechtsgewinnung um die Idee der Wechselbestimmung, es lässt indes die Frage nach dem Kriterium des sich stets in Bewegung befindenden Rechtsverfahrens unzureichend erklärt. In Sander findet man darüber hinaus einen mächtigen Bekämpfer des Dogmaktivismus bzw. der häufig verdeckten Ansprüche der Rechtsdogmatik, das

Recht im Namen wissenschaftlicher Erkenntnisse mittels willkürlicher Konstrukte fortzubilden – ein Motiv, dem Sander aber bis zu den letzten Konsequenzen treublieb, sodass die Kommunikation zwischen seiner Rechtsverfahrenstheorie und der Rechtsdogmatik mehr als erschwert wurde.

Epilog

„Es bleibt nicht mehr alles so selbstverständlich, wie es war".[1]

In der Entstehungsgeschichte der Reinen Rechtslehre begegnet einem die Eigentümlichkeit, dass nicht selten die Mitstreiterinnen und Mitstreitern der Wiener Schule der Rechtstheorie als heftige gegenseitige Kritiker bezüglich der Ausführungsweise des geteilten Forschungsprogramms auftauchten und ausgerechnet durch ihre Kritik Wesentliches zur Weiterentwicklung eines besonderen Denkstils in den Rechtswissenschaften beigetragen haben: Nicht nur waren unter Kelsens Kritikern seine Schülerinnen und Schüler, sondern die Reine Rechtslehre wurde darüber hinaus durch Interaktion und Irritation innerhalb der Wiener Schule – zum Teil auch ohne unmittelbare Mitwirkung von Kelsen selbst – weitergesponnen. Ein akkurateres Verständnis der Reinen Rechtslehre erfordert folglich die Berücksichtigung der Forscherformation, welche sie konsequent dachte, verfeinerte und verbesserte, wie der Beiträge der Schülerinnen und Schüler Kelsens zur Ausarbeitung jener Theorien der Eigengesetzlichkeit der Rechtswissenschaft und des Rechts, deren Kombination das Proprium der Reinen Rechtslehre(n) in ihren Facetten von Rechtserkenntnis- und Rechtstheorie ausmacht. Insbesondere die Betrachtung schulimmanenter Debatten macht deutlich, für welche Fragestellungen und Herausforderungen die in der kanonischen Version der Reinen Rechtslehre Kelsens auffindbaren Thesen und Argumente Antworten liefern wollen. Dies gilt vorbildlich für die Merkl–Sander-Kontroverse um das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' bzw. der ‚fehlerhaften Rechtserscheinungen', die verwurzelt im Gefüge der jungösterreichischen Schule erfolgte und von deren (Binnen-)Dynamik sie beeindruckendes Zeugnis abgibt.

In der Kontroverse werden Versuche einer immanenten, dynamischen Rechtsbetrachtungsweise getestet und die These der eigengesetzlichen Strukturierung des Rechs neu kalibriert, die allgemein formuliert mit der Zustimmung Merkls, Sanders und auch Kelsens rechnen konnte: Das Recht entsteht und vergeht nach Maßgaben des Rechts. Nur zeigt sich, dass dieser eine Satz von unterschiedlichen Wiener Theoretikern gesagt, sehr Unterschiedliches bedeutete. Die rechtlichen Relationen und somit die Funktionsweise des Validationssystems ‚positives Recht' wurden von Merkl und Sander unterschiedlich konzeptualisiert. Für Merkl war der

[1] *Hans Blumenberg*, Nachdenklichkeit, in: Deutsche Akademie für Sprache und Dichtung. Jahrbuch 2 (1980), S. 57–61 (61).

Beziehungsmodus zwischen den Elementen der Rechtssysteme – bei allem Zugeständnis der Unbestimmtheit von Rechtserscheinungen – derjenige der ‚Entsprechung' bzw. ‚Ableitung', für Sander hingegen der der ‚Wechselbestimmung'. Im Verlauf der Kontroverse wurde(n) jenseits dieser Verschiedenheiten die Theorie(n) der Eigengesetzlichkeit des Rechts um Modelle zum Umgang der positiven Rechtsordnungen mit ‚Rechtsfehlern' ergänzt: Thesen zum eigengesetzlichen Umgang des Rechtssystems mit rechtsimmanenten Operationen, die von der Rechtsdogmatik mit Berufung auf positivrechtliche Maßstäbe als rechtswidrig gedeutet werden, wurden ausprobiert. Merkl ersann in Auseinandersetzung mit dem Kreis um Kelsen und insbesondere in der Kontroverse mit Sander das Konzept des Fehlerkalküls, das allerdings Sander nicht zu überzeugen vermochte, der radikal die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Rechtsakte durch die Rechtswissenschaft ablehnte und das Konzept Merkls lediglich als einen Versuch der Abmilderung der naturrechtlichen Konsequenzen seines Modells deutete – nämlich: Dass ‚fehlerhafte Rechtserscheinungen' nicht als Recht gelten können (‚Nichtigkeitsprämisse'). Merkl verteidigte beim Auseinanderfallen von Rechtserkenntnis und Rechtsanwendung im Rechtsgewinnungsverfahren das Primat der Rechtswissenschaft, die nicht nur die Rechtsfehler der Rechtsanwender benennen dürfe, sondern mangels Fehlerkalküls den ‚fehlerhaften Entscheidungen' ihre Geltung absprechen solle. Sander hingegen bestritt, dass von einem solchen Auseinanderfallen überhaupt ausgegangen werden könne, ohne bereits neben dem positiven Recht eine Art Naturrechtssystem installiert zu haben. Er war der Meinung, dass das Primat sowohl auf der epistemischen Deutungsebene als auch auf der konstitutiven Ebene der Rechtsgeltung dem Rechtsverfahren gebühre und dass die Rechtswissenschaft dieses reflexiv zu beschreiben habe.

Das Modell Merkls geht auf die unerwartete Herausforderung Sanders ein, etwas Selbstverständliches – genauer: etwas herkömmlich als selbstverständlich Wahrgenommenes[2] – plausibilisieren zu müssen, nämlich dass die Rechtsorgane irren und dass die Rechtswissenschaft einen Diskurs darüber zu pflegen habe, ohne dabei (pseudo-)wissenschaftlich das positive Recht durch idealisiertes, gewünschtes oder geträumtes Recht zu entstellen: Denn eine Rechtswissenschaft, die sich die Rechtserzeugung anmaße, würde dies im Licht des Forschungsprogramms der Wiener Schule um den Preis ihrer Wissenschaftlichkeit tun. Unter diesen Verdacht hat Sander die Rechtstheorie seines Habilitationsbruders gestellt.

[2] Sander eignete sich durchaus des wissenschaftlichen Ethos eines seiner ‚*personal heroes*', Max Weber: „Denn was jedenfalls zu bestreiten ist, wäre: daß man sich bei irgend einer solchen durch Konvention geschaffenen faktischen Selbstverständlichkeit gewisser noch so weit verbreiteter praktischer Stellungnahmen wissenschaftlich beruhigen dürfe. Die spezifische Funktion der Wissenschaft scheint mir gerade umgekehrt: daß ihr das konventionell Selbstverständliche zum *Problem* wird" (*Max Weber*, Der Sinn der ‚Wertfreiheit' der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften, in: Logos 7 [1917/1918], S. 40–88 [52] = MWG I/12, 445–512 [463]).

Mit dem Fehlerkalkül, der die Stufenbaulehre arrondiert und die Merklsche Rechtsdynamik vollendet, gewinnt die Rechtswissenschaft eine rechtsimmanente Begründung für die Fehlersemantik, ohne dass die Erkenntniskompetenzen einer wissenschaftlichen Betrachtung des Rechts überschritten werden. Aufgrund des Rahmentheorems, das die Indeterminiertheit der Rechtserscheinungen in Grenzen zu halten beansprucht, kann den Rechtsanwendern zwar nicht gesagt werden, wie sie zu entscheiden haben – dies wäre, die Rechtswissenschaft zur Rechtsquelle erheben zu wollen –, aber nachdem sie entschieden haben, dürfe rechtswissenschaftlich sehr wohl festgestellt werden, es hätte – der Rechtserzeugungsregel nach – anders sein sollen: Das Recht wurde ‚fehlerhaft' angewendet oder erzeugt. Die Intuitionen des Begründers der Reinen Rechtslehre, Hans Kelsen, der in seinen frühen Arbeiten Elemente für eine Unterscheidung zwischen minimalen und maximalen Bedingungen der Rechtserzeugung ausgehend von der Gleichwertigkeit aller positivrechtlichen Erfordernisse an die Rechtsanwendung anbot, werden von Merkl in einem umfassenden Rechtsgewinnungsmodell fruchtbar gemacht, das auch Platz für ‚fehlerhafte', aber trotzdem geltende Rechtserscheinungen vorsieht und sich um die Akkommodation von statischen und dynamischen Momenten bemüht. Das positive Recht rechne mit ‚Fehlern' der zuständigen Rechtsanwender und sorge mit Rechtsfehlerfolgenregimen für eine Fehlerlatitüde, innerhalb derer ‚fehlerhafte Rechtserscheinung' valid als Anknüpfungspunkte für weitere Operationen des Systems und im System behandelt werden können.

In eine andere Richtung deuten die Ideen von Kelsens rebellischem Schüler, Fritz Sander. Angesichts der notwendigen Entscheidung zwischen dem externen Beobachter und dem Rechtsverfahren sei Letzterem das Primat zuzusprechen. Das Rechtsverfahren sei ein ‚Subjekt–Objekt-Verhältnis', in dem weltliche Ereignisse zu Recht erkannt werden. Dem Modell Merkls hafte immer noch eine statische Sichtweise an, die einer Theorie der Eigengesetzlichkeit des Rechts im Weg stünde: Anstatt die Rechtsrelationen immanent zu betrachten und sie reflexiv zu rekonstruieren, beanspruche die Stufenbaulehre, den Übergang von einer Stufe des Rechtsverfahrens auf eine andere rechtswissenschaftlich vermitteln zu können und zu dürfen. Sie behandle das Recht als Summe von Rechtsnormen, deren Relationen zueinander ihnen selbst äußerlich sei, und die erst durch die Rechtswissenschaft mittels Auslegung konstituiert werden würde. Darin sah Sander relatives, interstitielles Naturrecht bzw. halbherzigen Rechtspositivismus. Das Modell, das heute in der Tradition der Reinen Rechtslehre als dynamisch *par excellence* wahrgenommen wird, d. h. die Stufenbaulehre Merkls, wurde von Sander als zu statisch kritisiert. Es unterbreche die Dynamik des Rechts mit den Idealisierungen einer dem Recht exogenen Statik der Rechtswissenschaft, die von der Vorstellung eines außerhalb des Verfahrens geformten ‚richtigen Rechts' ausgehe und ausgestattet mit dieser Vorstellung an die Entscheidungen heranginge, um sie zu korrigieren. Merkls Rechtslehre zerreiße das Rechtsverfahren und schalte das Organmoment der Rechtsgewinnung aus, sodass sie sich letztlich nicht als eine spezifisch juristische Theorie des Rechts eignen würde. Mit ‚Fehlern' rechne das positive Recht

nicht, denn solche Fehler seien lediglich Projektionen einer Rechtswissenschaft, die ihren Anspruch auf Rechtssetzung nicht vollständig aufgeben wolle.

Mit Sanders Herausforderung und Merkls Lösungsvorschlägen dazu, wie mit dem Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' überhaupt, versuchten sich auch andere Mitglieder der Wiener Schule zu arrangieren, sodass innerhalb der Wiener Schule das Pendel zwischen Primat der Rechtserkenntnis und Primat der Rechtsanwendung hin und her schlug. Weitere originelle Modelle zum Umgang des positiven Rechts mit ‚fehlerhaften Rechtserscheinungen' wurden skizziert und nicht zuletzt Kelsens gewöhnlich für verblüffend gehaltene Lehre der Alternativermächtigung ins Leben gerufen. Vor dem Hintergrund der Merkl–Sander-Kontroverse lässt sich diese Lehre besser nachvollziehen, da erkennbar wird, welche bereits zur Verfügung stehenden Angebote Kelsen in sein eigenes System zu integrieren versuchte und wie er sich immer mehr der Radikalität der Sanderschen Dynamik öffnete, dabei aber die Stufenbaulehre Merklscher Art, die zur Wirbelsäule seiner dynamischen Betrachtungsweise des Rechts wurde, nicht aufgeben wollte und konnte. In gewissem Sinn deckt die Merkl–Sander-Kontroverse Reine Rechtslehren neben und hinter der Reinen Rechtslehre Kelsens auf, dessen Alternativermächtigung sich entwicklungsgeschichtlich wie systematisch als Mosaik interpretieren lässt.

Werden alle Erkenntnisse zusammengestellt, ergibt die Merkl–Sander-Kontroverse zum Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' folgendes punktuelles Bild der Binnendynamik der Wiener Schule: Kelsen ist der *Begründer* einer mächtigen Rechtstheorie, eines entzaubernden Denkstils, der die rechtlichen Probleme ausschließlich in ihrer Relation zum Rechtssatz bzw. zur Rechtsordnung begreift. Eine Grundintuition, die Kelsen selbst als die Basis seines Systems aufstellte, das er lebenslang nicht zuletzt in Auseinandersetzung mit seinen Schülerinnen und Schülern – zunächst in Präsenz und danach aus der Ferne des Exils – so weiterbaute, dass die Ermächtigung zum Grundoperator und somit das Rechtssystem zum dynamischen Ermächtigungszusammenhang wurde.[3] Mit Sander fanden Kelsen und Merkl einen *Provokateur* und *Radikalisator*, der innerhalb der Wiener Schule wie niemand vor ihm und kaum jemand nach ihm auf die Inkonsistenzen der Ausführungen und Ausarbeitungen des Programms der Reinen Rechtslehre aufmerksam machte. Er meldete sich unermüdlich als Gegendenker zu Wort und agierte als ein vorwiegend produktiver Störfaktor in den schulimmanenten Gesprächen, sodass er seine Mitstreitenden immer wieder zur Hinterfragung von geteilten Annahmen zwang. Er bemühte sich darum, die Rechtstheorie von dem Standard ‚Anforderungsmodell' in die Richtung einer ‚Theorie der Eigengesetzlichkeit des Rechts' zu bewegen, die die Selbstkonstitutionsleistung des Rechtsverfahrens zu Ende denken und akzeptieren könne – was freilich nur in der Form eines Torsos überliefert ist. Mit Merkl findet die Reine Rechtslehre in puncto ‚fehlerhafte Rechtserscheinungen' einen *Operationalisator*, der mit seinem Fehlerkalkül derjenige war und

[3] Vgl. dazu kurz und prägnant *Stanley Paulson*, Hans Kelsen as outlier. The defence of a radical norm theory, in: Stefano Bertea (Hrsg.), Contemporary perspectives on legal obligation, London 2021, S. 54–67.

ist, der trotz des Vorwurfs des Idealismus den tagtäglich rechtsdogmatisch arbeitenden Juristinnen mehr an die Hand zu geben wusste, als er ihnen vor dem Hintergrund herkömmlicher Erwartungen weggenommen hatte. Raum für die Behauptung einer einzigen richtigen Antwort zu rechtlichen Frage wird es z. B. nicht mehr geben. Der Merklsche Fehlerkalkül weist auf eine Rechtswelt hin, in der Rechtsfehler einerseits trivial werden, andererseits wahrscheinlich weniger häufig vorkommen, als man sich vorstellt, denn der Rechtsrahmen ist nicht selten so weit gefasst, dass der Raum der Rechtsmäßigkeit hinreichend viele Entscheidungsmöglichkeiten unterbringt. Das Rahmentheorem und der Fehlerkalkül verinnerlichen im Recht die Streitigkeiten über die Rechtmäßigkeit der Rechtsakte und Merkl bemüht sich um eine intersubjektive Referenzgröße für tagtägliche juristische Meinungsverschiedenheiten: ‚Rechtsfehler' können nur da existieren, wo die Rechtserzeugungsregel verletzt und der Rahmen der bedingenden Normen nicht eingehalten wurde.

Fehlerkalkül. Wechselbestimmung. Alternativbestimmung bzw. Alternativermächtigung. Alle sind Versuche, mit der Fehleranfälligkeit des Rechts und damit mit der routinemäßigen Erfahrung des ‚rechtwidrigen Rechts' in nüchternem rechts(wissenschafts)theoretischen Wiener Stil zurechtzukommen, sodass Normen, die der Erzeugungsregel nicht entsprechen, nicht als „embarrassing defects"[4] wahrgenommen werden müssen. Damit wird mehr als deutlich, dass die Reine Rechtslehre eine besondere Art und Weise ist, rechtliche Probleme zu lesen und zu lösen. Sie widersteht der Reinigung des Rechts durch Theorie,[5] ist direkt auf das positive Recht und seine Eigengesetzlichkeit als ein Rechtsdeutungs- und Rechtsentscheidungsverfahren[6] ausgerichtet und fragt nach den Bewegungsgesetzen des Rechtsverfahrens, in dem die Welt rechtlich interpretiert und neues Recht erzeugt, wie altes Recht vernichtet wird. Sie untersucht, wie Margit Kraft-Fuchs es formulierte, die „Struktur und Eigengesetzlichkeit" der Sinnsphäre Recht und bemüht sich um die Ausarbeitung ihrer „spezifische(n) Erkenntnismittel".[7] Ihr geht es um die eigentümliche Rechtsmechanik, die sie gleichsam *in action* zu erfassen trachtet, wofür sie einen „Sprung ins Recht"[8] wagt. Es handelt sich bei der Reinen

---

[4] *E.N.G.*, [Buchbesprechung] The Pure Theory of Law. William Ebenstein. Madison, Wisconsin: The University of Wisconsin Press. 1945. Xii + 211 pp., in: The Journal of Philosophy 43 (1946), S. 500–502 (502).

[5] „It resists the excessive sanitisation of the law […]. The Pure Theory has achieved analytic clarity without being tempted to give up its realism" (*Christoph Kletzer*, The Idea of a Pure Theory of Law, London 2018, S. 138).

[6] „Das Recht ist dadurch erst wirklich, es wird dadurch verwirklicht, dass als Recht angewandt wird. […] Das Recht ist daher gar nicht die einfache ruhige Existenz von Regeln, sondern vielmehr […] ein Art Schwarm von souveränen Entscheidungen der Rechtsanwender" (*Christoph Kletzer*, Der Stufenbau als Archetyp des Rechts?, in: Clemens Jabloner/Thomas Olechowski/Klaus Zeleny [Hrsg.], Der Stufenbau des Rechts auf dem Prüfstand, Wien 2022, S. 1–23 [18]).

[7] *Margit Kraft-Fuchs*, Kelsens Staatstheorie und die Soziologie des Staates, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 11 (1931), S. 402–414 (412).

[8] *Rainer Lippold*, Recht und Ordnung, Statik und Dynamik der Rechtsordnung, Wien 2000, S. 24.

Rechtslehre – und dies sollte sich aus der vorliegenden ‚Polemographie' ergeben haben – eben nicht um ein monolithisches Paket von Postulaten und Theoremen, das entweder vollständig anzunehmen oder komplett abzulehnen ist, sondern im Mittelpunkt steht das verbesserungsfähige Bemühen, eine Theorie zu schaffen, die hilft, die Rechtswelt zu sehen, wie sie ist[9] – auch wenn dies in Einzelfällen der Wahrnehmung durch die Rechtsteilnehmerinnen und -teilnehmer widerspricht. Dass dieser Denkstil noch weitere Lösungsversuche für das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' in sich aufnehmen kann, attestieren bereits die umfangreichen Bemühungen aller im Zusammenhang der Merkl–Sander-Kontroverse beteiligten Mitglieder der Wiener Schule. Auch im Irrtum erweist sich das Schrifttum der Reinen Rechtslehre zum Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' geistvoll.[10] Und eine Betrachtung dessen, was alle Modelle übriglassen, genauso wie z. B. die Tatsache, dass es nie zum Schreiben einer Errata durch die Kontrahenten der Kontroverse gekommen ist, zeigt, dass weitere Lösungsversuche bzw. Adjustierungsbemühungen um die bereits vorliegenden Ansätze herum gewagt werden können (oder sogar müssen) – nicht zuletzt, um zu verhindern, dass weiterhin an entscheidenden Stellen aneinander vorbei geredet wird. Mehr als hundert Jahre nach der Premiere der Reinen Rechtslehre mit Kelsens Habilitationsschrift steckt das Forschungsprogramm der Wiener Schule, das eine unerwartete Sicht des Rechts zutage fördert, in vielerlei Hinsicht noch in den Kinderschuhen.[11]

Der Aufmarsch von Hitlers Regime in und durch Europa traf den Kern der Wiener Schule mit voller Wucht.[12] Der Bericht des von den Nazis verhafteten Fritz Schreier über die Erniedrigungserfahrungen im KZ mag die Entscheidung seines

[9] Eine wissenschaftliche Rechtstheorie im Sinn des Programms der Wiener Schule hat etwas von dem, was Manguel von guter Literatur sagt: Sie erweckt in den Leserinnen und Leser „déjà-vu-Erfahrungen", denn die Realität wird in verständlicher Form in der Theorie wiedererkannt, vgl. *Alberto Manguel*, A History of Reading, Toronto 1996, S. 32. Oder wie Steiner es formulierte: Man schafft in einem gewissen Sinne etwas, „was es schon gibt" (*George Steiner*, in: „Ich wäre gern Schriftsteller wie Sie geworden", George Steiner im Gespräch mit António Lobo Antunes, Cambridge 2011 [abrufbar unter: https://www.penguinrandomhouse.de/Antonio-Lobo-Antunes-Roman-Der-Archipel-der-Schlaflosigkeit-bei-Luchterhand/Gespraech-zwischen-Antunes-und-George-Steiner/aid39560_8711.rhd – letzter Abruf am 15. Januar 2023]).

[10] Vgl. *Adolf Julius Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff, Wien 1923, S. 223 (Fn. 1).

[11] Vgl. *Otto Pfersmann*, Le normativisme comme théorie de la science du droit, in: Xavier Magnon/Stephane Mouton (Hrsg.), Quelles doctrines constitutionnelles pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s)?, Paris 2022, S. 21–47 (47).

[12] Dies wird besonders schmerzlich deutlich in der Korrespondenz zwischen Merkl und Voegelin, in der der erste nach dem Schicksal von manchen seiner vertriebenen Kollegen und Freunden fragt, zu denen er den Kontakt verloren hatte. In seiner Antwort darauf berichtete Voegelin über die Lage von 12 „Freunden, die zur einen oder anderen Zeit unserem rechtsphilosophischen Seminar angehört haben": Hans Aufricht (1902–1973), Friedrich Engel-Jánosi, Georg Fleischer, Walter Fröhlich (?), Herberth Fürth, Felix Kaufmann, Josef Kunz, Max Mintz (1899–1973), Georg Petschek (1872–1947), Fritz Schreier, Alfred Schütz und Emmanuel Winternitz (vgl. Brief von Adolf Julius Merkl an Erich Voegelin vom 4. Juni 1941; Brief von Erich Voegelin an Adolf Julius Merkl vom 9. Juni 1941, in: Stanford University, Hoover Institution Archives, Eric Voegelin Papers, Box 25, Folder 9).

jüdischen und (sozial)demokratisch gesinnten Lehrers, Hans Kelsen – der ihn unmittelbar nach der KZ-Entlassung nach Genf holen konnte – gefestigt haben, sich in die ‚Neue Welt' zu begeben:

„Ich könnte das Leben in deutschen Konzentrationslagern in wenigen dürren Worten schildern: Die Gefangenen haben täglich 10 Stunden lang schwere Erd- und Bauerarbeiten zu leisten, am Morgen und am Abend finden ‚Zählappele' statt, d.h. alle Häftlinge marschieren auf einem grossen Platz, dem Appellplatz, auf und werden abgezählt, was weitere 2 Stunden in Anspruch nimmt; sie werden bei der Arbeit angetrieben, beschimpft und geschlagen, und zwar sowohl von den S.S. (Sturmscharen), die sie bewachen als auch von jenen Mitgefangenen, die in einer Art Selbstverwaltung als Aufseher fungieren; sie leiden Hunger und Durst. Allein diese Schilederung würde kein richtiges Bild geben. Viel besser könnte ich sagen: Eine teuflische Phantasie hat es mit allem Raffinement ersonnen, das Leben der Gefangenen so zu gestalten, daß ihnen jede Stunde des Tages zur Qual wird, daß alles Menschliche in ihnen zerstört wird und Menschen ärger werden als Tiere; dieser sadistischen Phantasie gelingt es, aus jeder Beschäftigung ein Marterinstrument zu machen und alle Sinne und Empfindungen zu foltern".[13]

„[S]chweren Herzens"[14] verließ Kelsen Genf am 28. Mai 1940 in der Gesellschaft seiner Frau. Auf der S. S. Washington, die von Lissabon aus in die USA auslief, verabschiedeten sie sich definitiv vom alten Kontinent und kamen am 21. Juni 1940 in New York an. Vor ihm und auch noch nach ihm floh rechtzeitig ein großer Teil seiner Wiener Schüler aus der europäischen Katastrophe. Merkl blieb, wurde aber bereits 1938 an der Universität Wien ‚zwangspensioniert' und arrangierte sich ab 1941 mit einer Lehrvertretung und ab 1943 mit einem Lehrstuhl in Tübingen, sodass er erst nach dem Krieg nach Wien zurückkehren und weiterhin die Reine Rechtslehre verbreiten konnte – wenn auch sehr begrenzt. Sander starb 1939 in Prag zu einem Zeitpunkt, an dem er schon längst nicht mehr am wissenschaftlichen Gespräch innerhalb der Wiener Schule teilnahm, von der er sich aufgrund seines akademischen und persönlichen Konflikts mit Kelsen distanziert hatte. Seinen verehrten Freund, Franz Weyr, der während des Kriegs von der Gestapo mehrmals verhört wurde und 1951 starb, hat Kelsen nie wieder persönlich gesehen.[15] Mit der

---

[13] *Fritz Schreier*, Dachau und Buchenwald. Ein Tatsachenbericht, S. 1, in: Houghton Library, Harvard University, My life in Germany contest papers, 1940, Nr. 204. Vgl. auch Brief von Fritz Schreier an Eric Voegelin vom 12. Dezember 1938, in: Stanford University, Hoover Institution Archives, Eric Voegelin Papers, Box 34, Folder 4.

[14] *Hans Kelsen*, Autobiographie [1947], in: Hans Kelsen Werke, Bd. 1, hrsg. von Matthias Jestaedt, Tübingen 2007, S. 29–92 (88).

[15] Die Korrespondenz zwischen Kelsen und Weyr aus der Nachkriegszeit ist geprägt von der Hoffnung der beiden, sich nach langer Zeit endlich mal wieder treffen zu können. Diese Korrespondenz bietet auch einen markanten Eindruck in die Dimensionen der Barbarei, denn Weyr listet Kollegen und Schüler auf, die den Nationalsozialismus und den Krieg nicht überlebt haben: Ähnlich wie die Wiener Schule wurde auch die Brünner Schule von den Auswüchsen der Tyrannei verwüstet: „Das, was Du über das Schicksal Deiner Verwandten und Freunde schreibst, ist schrecklich und ich kann mir denken, wie Du dabei gelitten haben musst. Ueber Deine Frau Mutter hast du mir nie geschrieben, so dass ich nicht einmal weiss, ob sie noch am Leben ist und was sie alles hat überstehen müssen. Von meinen hiesigen Kollegen ist Prof. Baxa von den Nazisten nach dem Heydrich-Attentat hingerichtet worden, ohne Gerichtsverhandlung und ohne dass man bis jetzt er-

Zwangsauswanderung Kelsens und manche seiner Schüler nach Nordamerika ist ohnehin „der Zustrom von Juristen aus aller Welt, namentlich auch von Professoren aus den verschiedensten Staaten, die Kelsens weitverbreitete und vielumstrittene Lehre in persönlichem Umgang kennenlernen wollten, und die befeuernde Wirkung seines Vortrages auf eine ständig wachsende internationale Schülergemeinde versiegt".[16] Die Wiener Schule der Rechtstheorie, die mit dem Weggang Kelsens von Wien nach Köln im Jahre 1930 bereits destabilisiert war, löste sich als Forscherformation widerwillig auf.

Nicht zuletzt deswegen wurde die schulimmanente Debatte um das Problem des ‚rechtswidrigen Rechts' jenseits der 1930er Jahre nicht konsequent weitergeführt und als eigenständiges Thema selten in der Tradition der Reinen Rechtslehre wieder aufgegriffen, auch wenn, wie gesehen, Verdross die Merkl–Sander-Kontroverse bereits in den 1950er nochmals lebendig machte[17] und Kelsen selbst seine Lehre der Alternativermächtigung ohne unmittelbaren, diskursiven Bezug auf die Merkl–Sander-Kontroverse, aber doch im Dialog mit deren inkonklusiven Ergebnissen ausarbeitete. Kelsen – sowie mit ihm ein Großteil der Wiener Schule – war bekanntermaßen *hors du discours*[18] und erst langsam fand die Reine Rechtslehre ihren Weg in die kontinentaleuropäische rechtstheoretische Tagesordnung zurück.[19] Die heutige Lage gestaltet sich so, dass vor Kurzem über Kelsen und sein Projekt gesagt wurde, er sei wieder da.[20] Nur: Er kommt nicht mehr allein.

---

fahren hat, warum; die Dir bekannten Kollegen Sedláček und Doc. Gerlich sind bei Luftangriffen ums Leben gekommen. Kallab ist gestorben, wohl auch infolge der Verhöre bei der Gestapo. Der Romanist Prof. Vážný ist in Mauthausen ums Leben gekommen und Prof. Rauscher starb während einer Hausdurchsuchung durch die Gestapo an Herzschlag" (Brief von Franz Weyr an Hans Kelsen vom 1. September 1946, in: Hans Kelsen-Institut [HKI], Nachlass Hans Kelsen).

[16] *Adolf Julius Merkl*, Ein kultureller Vorposten Österreichs geblieben. Zum 70. Geburtstag von Dr. Hans Kelsen, in: Wiener Zeitung Nr. 234 vom 10. Oktober 1956, S. 3.

[17] *Alfred Verdross*, Eine Antinomie der Rechtstheorie, in: Juristische Blätter 73 (1951), S. 169–171; *Hans Kelsen*, Was ist ein Rechtsakt?, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 4 (1952), S. 263–274.

[18] Er musste lange Zeit die „frühere Gedankenwelt" aus der Ferne „rückkonstruieren", wie Schreier es formulierte (Brief von Fritz Schreier an Hans Kelsen vom 10. Juli 1948, in: HKI, Nachlass Hans Kelsen). Darüber hinaus war es, wie aus Briefen desselben Schreier hervorgeht, für die meisten emigrierten Mitglieder jüdischer Herkunft der Wiener Schule alles andere als einfach, in Amerika oder anderswo einen Platz auf dem Arbeitsmarkt im Allgemeinen und im akademischen System im Besonderen zu finden, vgl. z. B. Brief von Fritz Schreier an Fritz Machlup vom 16. April 1942; Brief von Fritz Schreier an Fritz Machlup vom 30. Mai 1943, in: Stanford University, Hoover Institution Archives, Fritz Machlup Papers, Box 63, Folder 12.

[19] Vgl. *Alexander Somek*, Kelsen Lives, in: The European Journal of International Law 18 (2007), S. 409–451; *Horst Dreier*, Die (Wieder)entdeckung Kelsens in den 1980er Jahren – Ein Rückblick (auch in eigener Sache), in: Matthias Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre. Stationen eines wechselvollen Verhältnisses, Tübingen 2013, S. 175–192; *Robert Chr. Van Ooyen*, Hans Kelsen – neuere Forschungen und Literatur, Frankfurt 2019.

[20] Vgl. *Matthias Jestaedt*, „Des Wandermüden letzte Ruhestätte". Die Nicht-Remigration Hans Kelsens, in: Margrit Seckelmann/Johannes Platz (Hrsg.), Remigration und Demokratie in der Bundesrepublik nach 1945, Bielefeld 2018, S. 239–262 (262). Vgl. auch: *Robert Schuett*, Professor Kelsen's Amazing Reappearing Act, in: OZP – Austrian Journal of Political Science 51/3 (2022), S. 1–10.

Quellen- und Literaturverzeichnis

A. Archivalische Quellen

I. Archive in Österreich

1. *Hans Kelsen-Institut*, Wien

Hans Kelsen-Institut [HKI], Nachlass Hans Kelsen:

– Korrespondenz Felix Kaufmann – Hans Kelsen, 16c7.60.
– Korrespondenz Adolf Julius Merkl – Hans Kelsen, 16b7.59.
– Korrespondenz Fritz Schreier – Hans Kelsen, 19b9.59.
– Korrespondenz Alfred Verdross – Hans Kelsen, 16b12.59.
– Korrespondenz Franz Weyr – Hans Kelsen 16b14.59.

2. *Österreichisches Staatsarchiv*, Wien

Österreichisches Staatsarchiv [ÖStA], Allgemeines Verwaltungsarchiv [AVA], Unterricht Allgemein, Universität Wien, 4 Jus:

– ÖStA, AVA, Unterricht Allgemein, Universität Wien, 4 Jus, Personalakt Josef Dobretsberger.
– ÖStA, AVA, Unterricht Allgemein, Universität Wien, 4 Jus, Personalakt Walter Henrich.
– ÖStA, AVA, Unterricht Allgemein, Universität Wien, 4 Jus, Personalakt Rudolf Herrnritt.
– ÖStA, AVA, Unterricht Allgemein, Universität Wien, 4 Jus, Personalakt Felix Kaufman.
– ÖStA, AVA, Unterricht Allgemein, Universität Wien, 4 Jus, Personalakt Hans Kelsen.
– ÖStA, AVA, Unterricht Allgemein, Universität Wien, 4 Jus, Personalakt Josef Kunz.
– ÖStA, AVA, Unterricht Allgemein, Universität Wien, 4 Jus, Personalakt Adolf Julius Merkl.
– ÖStA, AVA, Unterricht Allgemein, Universität Wien, 4 Jus, Personalakt Leonidas Pitamic.
– ÖStA, AVA, Unterricht Allgemein, Universität Wien, 4 Jus, Personalakt Fritz Sander.
– ÖStA, AVA, Unterricht Allgemein, Universität Wien, 4 Jus, Personalakt Fritz Schreier.
– ÖStA, AVA, Unterricht Allgemein, Universität Wien, 4 Jus, Personalakt Richard Strigl.
– ÖStA, AVA, Unterricht Allgemein, Universität Wien, 4 Jus, Personalakt Alfred Verdross.
– ÖStA, AVA, Unterricht Allgemein, Universität Wien, 4 Jus, Personalakt Erich Voegelin.
– ÖStA, AVA, Unterricht Allgemein, Universität Wien, 4 Jus, Sitzungsprotokolle des Professoren-Kollegiums der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät, Protokoll der Sitzung des Professoren-Kollegiums vom 30. April 1920, Z. 8912/1920.
– ÖStA, AVA, Unterricht Allgemein, Universität Wien, 4 Jus, Sitzungsprotokolle des Professoren-Kollegiums der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät, Protokoll der XII. Sitzung des Professoren-Kollegiums der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät vom 17. Juli 1920, Z. 14573/1920.

ÖStA, Archiv der Republik [AdR], Bundesministerium für Unterricht [BMU], Personalakte zu Heinrich Demelius, *02.11.1893, Teil 2.

ÖStA, AVA, k.-k, Handelsministerium 1918, Fasz. 1583, Z. 57756/IV aus 1918, Lehrstellengesuch von Fritz Sander vom 3. August 1918.
ÖStA, AVA, k.-k, Handelsministerium 1918, Fasz. 1583, ad Z. 61837/IV aus 1918, Gutachten von Hans Kelsen zu dem Gesuche des Dr. Fritz Sander.
ÖStA, Kriegsarchiv [KA], Militärgerichtsarchiv, Personalunterlagen zu Gerichtspersonen, Franz Havliček, Fritz Sander, Ernst Seidler.
ÖStA, KA, Kriegsministerium, Karton 488, 21–3/106.

3. *Universitätsarchiv Wien*, Wien

Universitätsarchiv Wien [UAW], Nationale Juristen:
– UAW, Nationale für ordentliche Zuhörer der juristischen Fakultät Wintersemester 1923/1924, Josef Dobretsberger, Z. 1058.
– UAW, Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Wintersemester 1920/1921, Nr. 692 Buchstaben „C–F“, Elisabeth Ephrussi, Z. 1669.
– UAW, Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Wintersemester 1908/1909, Nr. 448 Buchsstaben „L–N“, Adolf Merkl, Z. [n. a.].
– UAW, Nationale für ordentliche Zuhörer der juristischen Fakultät Sommersemester 1909, Nr. 457 Buchsstaben „L–N“, Adolf Merkl, Z. [n. a.].
– UAW, Nationale für ordentliche Zuhörer der juristischen Fakultät Sommersemester 1910, Nr. 475 Buchsstaben „L–N“, Adolf Merkl, Z. 528.
– UAW, Nationale für ordentliche Zuhörer der juristischen Fakultät Wintersemester 1910/1911, Nr. 484 Buchsstaben „L–N“, Adolf Merkl, Z. 87.
– UAW, Nationale für ordentliche Zuhörer der juristischen Fakultät Sommersemester 1911, Nr. 493 Buchsstaben „L–N“, Adolf Merkl, Z. 1198.
– UAW, Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Sommersemester 1912, Nr. 516 Buchstabe „M“, Adolf Julius Merkl, Z. 194.
– UAW, Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Wintersemester 1911/1912, Nr. 502 Buchstabe „L–N“, Friedrich Nelböck, Z. 1106.
– UAW, Nationale für ordentliche Zuhörer der juristischen Fakultät Wintersemester 1907/1908, Nr. 433 Buchstabe „S“, Friedrich Sander, Z. 125.
– UAW, Nationale für ordentliche Zuhörer der juristischen Fakultät Sommersemester 1908, Nr. 422 Buchstabe „S“, Friedrich Sander, Z. 957.
– UAW, Nationale für ordentliche Zuhörer der juristischen Fakultät Wintersemester 1908/1909, Nr. 450 Buchsstabe „S“, Friedrich Sander, Z. 492.
– UAW, Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Sommersemester 1909, Nr. 459 Buchstabe „S“, Friedrich Sander, Z. 752.
– UAW, Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Wintersemester 1909/1910, Nr. 468 Buchstabe „S“, Fritz Sander, Z. 944.
– UAW, Nationale für ordentliche Zuhörer der juristischen Fakultät Wintersemester 1910/1911, Nr. 486 Buchsstabe „S“, Fritz Sander, Z. 594.
– UAW, Nationale für ordentliche Zuhörer der juristischen Fakultät Sommersemester 1911, Nr. 495 Buchsstabe „S“, Fritz Sander, Z. 1910.
– UAW, Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Wintersemester 1920/1921, Nr. 697, Buchstaben „S–Sch“, Alfred Schütz, Z. 5036.
– UAW, Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Wintersemester 1922/1923, Nr. [n. a.], Alfred Schütz, Z. 1167.
– UAW, Nationale für ordentliche Zuhörer der juristischen Fakultät Wintersemester 1910/1911, Nr. 487 Buchsstabe „T–V“, Alfred Verdross, Z. 1448.

– UAW, Nationale für ordentliche Zuhörer der juristischen Fakultät Sommersemester 1912, Nr. 522 Buchstaben „T–V“, Alfred Verdross, Z. 216.
– UAW, Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Wintersemester 1919/1920, Nr. 682 Buchstaben „T–Z“, Erich Voegelin, Z. 1282, Z. 2170.
– UAW, Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Sommersemester 1920, Nr. 690 Buchstaben „T–Z“, Erich Voegelin, Z. 4295, Z. 661.
– UAW, Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Wintersemester 1920/1921, Nr. 698 Buchstaben „T–V“, Erich Voegelin, Z. 2942, Z. 4408.
– UAW, Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Wintersemester 1920/1921, Nr. 699 Buchstaben „W–Z“, Emanuel Winternitz, Z. 2186.

UAW, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Rechtshistorische Staatsprüfungsprotokolle:
– UAW, Protokoll über die rechtshistorische Staatsprüfung, J26.2 (Film 835), Z. 121 (Fritz Sander).
– UAW, Protokoll über die rechtshistorische Staatsprüfung, J24.34, Z. 179 (Adolf Julius Merkl).
– UAW, Protokoll über die rechtshistorische Staatsprüfung, J26.2, Z. 227 (Alfred Verdross).

UAW, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Staatswissenschaftliche Prüfungsprotokolle:
– UAW, Staatswissenschaftliches Staatsprüfungsprotokoll, J28.39-42 (Film 845), Z. 13 (Alfred Verdross).
– UAW, Staatswissenschaftliches Staatsprüfungsprotokoll, J28.39-42 (Film 845), Z. 18 (Adolf Julius Merkl).
– UAW, Staatswissenschaftliches Staatsprüfungsprotokoll, J28.39-42 (Film 845), Z. 46 (Fritz Sander).

UAW, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Juristische Rigorosen-Protokolle:
– UAW, Rigorosen-Protokolle, J13-24, Z. 4703 (Fritz Sander).
– UAW, Rigorosen-Protokolle, J13-25, Z. 273 (Adolf Julius Merkl).
– UAW, Rigorosen-Protokolle, J13-25, Z. 8 (Alfred Verdross).

UAW, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Promotionsprotokolle:
– UAW, Promotionsprotokoll, Sig. M32.7, Z. 480 (Fritz Sander).
– UAW, Promotionsprotokoll, Sig. M32.7, Z. 634 (Alfred Verdross, Edler von Drossberg).
– UAW, Promotionsprotokoll, Sig. M32.7, Z. 657 (Adolf Julius Merkl).
– UAW, Promotionsprotokoll Staatswissenschaft, Sig. M37.1, Z. 34 (Erich Voegelin).

UAW, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Personalakte:
– UAW, Personalakt Alfred Verdross, Umschlagbogen zum Standesausweis.
– UAW, Senat S 304, Sig. 1315 vol. 12, Personalakt Alfred Verdross Edler von Drossberg.

UAW, Akademischer Senat:
– UAW, Akademischer Senat (AS) 677 – 1937/1938, Z. 64, 64a, 85.
– UAW, AS 917 – 1937/1938, vollständiger Akt, eingelegt im Personalakt Adolf Julius Merkl J PA 366.
– UAW, AS 19/670 – 1939/1940, Z. 16, 17, 17a, 17b, 20a.

UAW, Akademischer Senat, Sonderreihe Disziplinakten:
– UAW, Akademischer Senat, Sonderreihe Disziplinakten, Disziplinarfall Hans Kelsen (1923), S. 185.296.

UAW, Merkl, Adolf: Nachlassfragment (1954–1963).

UAW, Öffentliche Vorlesungen an der [bis 1918: k. k.] Universität zu Wien im Sommersemester/Wintersemester [Semesterzahl], Wien 1831–1940.

4. *Universitätsarchiv der Wirtschaftsuniversität*, Wien

Universitätsarchiv der Wirtschaftsuniversität (UAWU), Export-Akademie, Protokoll über die Sitzung des Professorenkollegiums vom 30. September 1918.

UAWU, Hochschule für Welthandel, Register zum Präsidialprotokoll von 1921, Eintrag zu Sander, Dr. Fritz, S. 227.

UAWU, Hochschule für Welthandel, Vorlesungsverzeichnis für das 22. Studienjahr 1919/1920.

UAWU, Hochschule für Welthandel, Vorlesungsverzeichnis für das 23. Studienjahr 1920/1921.

UAWU, Hochschule für Welthandel, Vorlesungsverzeichnis für das 24. Studienjahr 1921/1922.

5. *Wiener Stadt- und Landesarchiv*, Wien

Wiener Stadt- und Landesarchiv [WrStLA]:

– Meldezettel Franz Havliček.
– Meldezettel Fritz Sander.
– Meldezettel Adolf Julius Merkl.

II. Archive in Deutschland

1. *Staatsbibliothek zu Berlin*, Berlin

Staatsbibliothek zu Berlin [Stabi], Handschriftenabteilung, Archiv des Verlages J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Signatur: Nachl. 488:

– Korrespondenz J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) – Adolf Julius Merkl.
– Korrespondenz J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) – Hans Kelsen.
– Korrespondenz J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) – Otto Koellreutter.
– Korrespondenz J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) – Fritz Sander.
– Korrespondenz J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) – Alfred Verdross.

2. *Universitätsbibliothek Heidelberg*, Heidelberg

Universitätsbibliothek Heidelberg [UB-Heidelberg], Nachlass Gustav Radbruch:

– Heid. Hs. 3716, III Korrespondenz, F 620.2.

3. *Zentral- und Landesbibliothek Berlin*, Berlin

Zentral- und Landesbibliothek Berlin [ZLB], Archiv des wissenschaftlichen Springer Verlags:

– Korrespondenz Hans Kelsen – Springer Verlag.

4. *Sozialwissenschaftliches Archiv Konstanz*, Konstanz

Sozialwissenschaftliches Archiv Konstanz, Nachlass Felix Kaufmann.

5. *Deutsches Bundesarchiv*, Berlin

Deutsches Bundesarchiv Berlin, Der Spannkreis, Gefahren und Auswirkungen (Kreis um Othmar Spann) – Ende Mai 1936, N. 620/10.

III. Archive in der Tschechischen Republik

1. *Tschechisches Nationalarchiv Prag*, Prag

Národní Archiv [NA], Archival Group of the Government Office 1918–1945, Ref. Nr. 7462/40, Karton 897, Z. 27560/21.

NA, Archival Group of Předsednictvo ministerské rady (The Presidency of the Council of Ministers):

– Sig. 10, Ref. Nr. 5308/29, Karton 646.
– Sig. 20, Ref. Nr. 8907/38, Karton 877.

NA, PŘ 1931–1940, Sig. S478/7, Karton 10314.

2. *Archiv der Karlsuniversität Prag*, Prag

Archiv der Karlsuniversität Prag [AKP], Juristische Fakultät:

– AKP, Juristische Fakultät, Personalakt Hans Kelsen.
– AKP, Juristische Fakultät, Personalakt Fritz Sander.
– AKP, Juristische Fakultät, Personalakt Franz Weyr.

3. *Archiv der Akademie der Wissenschaften der Tschechischen Republik*, Prag

Masarykův ústav a Archiv Akademie věd České republiky [AAV ČR]:

– Fond Weizsäcker, Karton 7.
– Fond František Weyr, Ia25 1925.

4. *Universitätsarchiv Masaryk-Universität Brünn/Archiv Masarykovy Univerzity v Brně*

Universitätsarchiv Masaryk-Universität Brünn/Archiv Masarykovy Univerzity v Brně [AMUB]:

– Fond A, 1 Rector's Office I, Personalakt František Weyr, Z. 243/4573.
– Fond A, 1 Rector's Office I, Sig. II.

IV. Sonstige Archive in Europa

1. *Det Kongelige Bibliotek*, Kopenhagen (Dänemark)

Det Kongelige Bibliotek, Alf Ross Brevarkiv:

– Korrespondenz Alf Ross – Hans Kelsen.
– Korrespondenz Alf Ross – Alfred Verdross.

2. *Università degli Studi di Roma la Sapienza*, Rom (Italien)

Università degli Studi di Roma la Sapienza, Dipartimento di Studi Giuridici, Archivio Del Vecchio:

– Korrespondenz Del Vecchio – Hans Kelsen.
– Korrespondenz Del Vecchio – Franz Weyr.

V. Archive in den USA

1. *Harvard University Libraries*, Cambridge/MA

Harvard Law School Library, Historical & Special Collections, Roscoe Pound Papers, Box 140, Folder 7.

Houghton Library, Harvard University, My life in Germany Contest papers, 1940, Nr. 204.

2. *Grove City College*, Grove City
Grove City College, Ludwig von Mises Collection, Box 27, Folder 2.

3. *Library of Congress*, Washington D.C.
Kurt Eissler, Interview mit Hans Kelsen vom 19. Dezember 1953, in: Library of Congress, Sigmund Freud Collection, Manuscript Division, Box ZR 12.

4. *Stanford University*, Palo Alto/California
Stanford University, Hoover Institution Archives, Friedrich A. von Hayek Papers:
– Korrespondenz Friedrich Hayek – Herbert Fürht, Box 21, Folder 8.
Stanford University, Hoover Institution Archives, Fritz Machlup Papers:
– Korrespondenz Fritz Machlup – Fritz Schreier, Box 63, Folder 12.
Stanford University, Hoover Institution Archives, Eric Voegelin Papers:
– Korrespondenz Eric Voegelin – Adolf Julius Merkl, Box 25, Folder 9.
– Korrespondenz Eric Voegelin – Ludwig von Mises, Box 25, Folder 23.
– Korrespondenz Eric Voegelin – Hans Kelsen, Box 20, Folder 37.
– Korrespondenz Eric Voegelin – Fritz Schreier, Box 34, Folder 4.

5. *University of Pittsburgh Library System*, Pittsburgh/Pennsylvania
Archives of Scientific Philosophy, Archives & Special Collections, Rudolf Carnap Papers 1905–1970, ASP.1974.01.

6. *University of Memphis*, Memphis/Tennessee
Center for Advanced Research in Phenomenology, Felix Kaufmann Collection:
– Microfilm roll no. 06.
– Microfilm roll no. 07.

7. *Yale University Library*, New Haven/Connecticut
Manuscripts and Archives, Harold Dwight Lasswell Papers (MS 1043), Box 56, Folder 782.

B. Typoskripte und nicht-gedruckte Qualifikationsarbeiten

Boehm, *Stephan*, The Private Seminar of Ludwig von Mises, Typoskript eines Vortrages gehalten bei History of Economics Society Eleventh Annual Meeting, Universität von Pittsburgh (USA), 22.–24 Mai 1984.

Dobretsberger, *Josef*, Der Staatsbegriff der Reinen Rechtslehre als logisches Problem. Ein Lösungsversuch auf phänomenologischer Grundlage. Inauguraldissertation zur Erlangung des Doktorates der Staatswissenschaften an der Universität in Wien, Wien 1925 [Typoskript], in: Universitätsarchiv Wien.

Gotsbacher, *Gerald*, Modellierung des Stufenbaus als Ordnungsstruktur, Typoskript eines Vortrages gehalten im 2. Junior Scholar's Workshop on the Pure Theory of Law, Skt. Peter (Deutschland), 19.–20. April 2022.

Jestaedt, *Matthias*, Kelsens Rechtslehre heute: Aktualität und Ergänzungsbedürftigkeit eines Klassikers der Rechtstheorie, Freiburg 2016, 13 S. [Typoskript] – vom Autor zur Verfügung gestellt.

Kaufmann, *Felix*, Wahrheit und Wert in der reinen Rechtslehre. Eine Studie über die Systemprobleme des Rechts, Wien 1920 [Typoskript der philosophischen Doktoarbeit], in: Sozialwissenschaftliches Archiv Konstanz, Nachlass Felix Kaufmann.

Kelsen, *Hans*, Law and State, s. d., 587 S. [Typoskript], in: Nachlass Hans Kelsen, Hans Kelsen-Institut.

Kletzer, Christoph, The mutual Inclusion of Law and its Science – Reflections on Hans Kalsen's Legal Positivism, Cambridge 2004.

Merkl, *Adolf Julius*, Probleme des rechtlichen Stufenbaus, s. d., 2 S. [Typoskript], in: Universitätsarchiv Wien, Nachlassfragment Adolf Julius Merkls.

Mori, *Mototaka*, Tomoo Otaka in Wien, Typoskript eines Vortrags gehalten bei ‚Alfred Schütz und die Hermeneutik', Tagung veranstaltet vom Institut für die Wissenschaften des Menschen in Wien am 21. September 2007, 17 S. [abrufbar unter: http://www.f.waseda.jp/wienmoto/Japanese/Forschung/MMori200709.pdf – letzter Abruf am 15. Januar 2023].

Paulson, *Stanley*, Mach's Principle of Cognitive Economy as a Means of Evaluating the Normativity Thesis, Typoskript eines Vortrages gehalten im Simposio Internacional – Derecho, Moral y Lógica en homenaje al Dr. Ernesto Garzón Valdés, Córdoba 1992, in: Hans Kelsen-Institut, Wien.

Pfersmann, *Otto*, Postface, in: Regis Ponsard, Les catégories juridiques et le conseil constitutionnel [im Erscheinen: Paris 2024, Typoskript abrufbar unter: https://www.univ-reims.fr/minisite_84/media-files/10741/postface-pr.-otto-pfersmann-3-.pdf – letzter Abruf am 15. Januar 2023].

Sander, *Fritz*, Darstellung des deutsch-österreichischen Verfassungsrechts, s. d., 68 S. [Typoskript], in: Universitätsarchiv Wien, Akademischer Senat, Disziplinfall Hans Kelsen (1923), 7: Erhebungsakt Prof. Löffler, Nr. 22 – Vernehmung Prof. Kelsens von 28., 29. und 30. Juni 1923, nicht-nummerierte Beilage.

Ders., Die Verfassung als Gegenstand der Staatsrechtslehre. Kritische Bemerkungen zur rechtsdogmatischen Methode, s. d., 73 S. [Typoskript], in: Universitätsarchiv Wien, Akademischer Senat, Disziplinfall Hans Kelsen (1923), 7: Erhebungsakt Prof. Löffler, 22 – Vernehmung Prof. Kelsens vom 28., 29. und 30. Juni 1923, nicht-nummerierte Beilage.

Silverman, *Paul*, Law and Economics in Interwar Vienna. Kelsen, Mises, and The Regeneration of Austrian Liberalism, V. 1, Dissertation submitted to the Faculty of the Division of Social Sciences in Candidacy for the Degree of Doctor of Philosophy, Chicago 1984 [Typoskript].

Silving, *Helen*, Idealistische und Realistische Staatslehre. Dissertation eingereicht an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Wien zur Erlangung des Doktorgrades, Wien 1928 [Typoskript], in: Hans Kelsen-Institut, Wien.

Somek, *Alexander*, Was ist nachpositivistisches Rechtsdenken?, Wien 2020, 26 S. [Typoskript] – vom Autor zur Verfügung gestellt.

Techet, *Péter*, Hans Kelsen als Verfassungsrichter in der Ersten Republik. Verflechtungen und Widersprüche zwischen der Verfassungsgerichtsbarkeit und der „Reinen Rechtslehre", in: Rodrigo Cadore/Matthias Jestaedt/Fernando Menezes (Hrsg.), A Teoria Pura do Direito da Escola Jurídica de Viena [im Erscheinen: São Paulo 2024, Typoskript].

Walter, *Robert*, Über den Widerspruch von Rechtsvorschriften, Wien 1955 [nicht-publizierte staatswissenschaftliche Dissertation, Typoskript], in: Bibliothek der Universität Wien.

Winterniz, *Emanuel*, The luggage of an immigrant [Typoskript und Handschrift], in: Graduate Center of the City of New York, Research Center for Music Iconography.

C. Literaturverzeichnis

Abignente, *Angelo*, Delegazione e derogazione normativa: La costruzione di Adolf Merkl, Napoli 1984.

Ders., Adolf J. Merkl: La Costruzione a Gradi dell'Ordinamento Giuridico, in: Rivista di Diritto Civile 33 (1987), S. 621–655.

Ders., La Dottrina del Diritto tra Dinamicità e Purezza. Studio su Adolf Julius Merkl, Napoli 1990.

Adamovich, *Ludwig*, Die Prüfung der Gesetze und Verordnungen durch den österreichischen Verfassungsgerichtshof, Leipzig/Wien 1923.

Alexy, *Robert*, Hans Kelsens Begriff des relativen Apriori, in: Robert Alexy et alii (Hrsg.), Neukantianismus und Rechtsphilosophie, Baden-Baden 2002, S. 179–202.

Allison, *Henry E.*, Kant's Transcendental Idealism, New Haven/London 2004.

Amann, *Anton*, Soziologie in Wien, Entstehung und Emigration bis 1938, in: Friedrich Stadler (Hrsg.), Vertriebene Vernunft I. Emigration und Exil österreichischer Wissenschaft 1930–1940, Wien 1987, S. 214–237.

Amonn, *Alfred*, Die Probleme der wirtschaftlichen Dynamik, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 38 (1914), S. 83–114.

Annacker, *Claudia*, Der fehlerhafte Rechtsakt im Gemeinschafts- und Unionsrecht, Wien/New York 2001.

Annuaire de l'Institut International de Droit Public 1929, Paris 1929.

Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique 1 (1934/1935), Paris 1934.

Assis, *Machado de*, Antonio José e Molière, in: Revista Brazileira 1 (1879), S. 225–235.

Ders., Dom Casmurro [1899], übersetzt von Harry Kaufmann, Berlin 1960.

Aufricht, *Hans*, Die dialektische Methode und der Stufenbau der Rechtsordnung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 8 (1933), S. 68–103.

Ders., The Theory of Pure Law in Historical Perspective, in: Salo Engel/Rudolf Aladár Métall (Hrsg.), Law, State, and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen, Knoxville 1964, S. 29–41.

Augsberg, *Ino*, Some Realism about New Legal Realism: What's New, What's Legal, What's Real?, in: Leiden Journal of International Law 28 (2015), S. 457–467.

Balthasar, *Alexander*, Absolute Nichtigkeit genereller Normen in der österreichischen Rechtsordnung, Wien 2016.

Banfi, *Antonio*, Il problema epistemologico nella filosofia del diritto e le teorie neokantiane, in: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto 6 (1926), S. 194–251.

Banhan, *Gary*, Kant's Transcendental Imagination, New York 2005.

Barbosa Moreira, *José Carlos*, Ainda e Sempre a Coisa Julgada, in: José Carlos Barbosa Moreira, Direito processual civil – Ensaios e pareceres, Rio de Janeiro 1971, S. 133–146.

Baumeister, *Peter*, Das Rechtswidrigwerden von Normen. Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu den Grenzen der Wirksamkeit und Anwendbarkeit von Normen – Probleme des Spannungsverhältnisses von Recht und Zeit, Berlin 1996.

Behrend, *Jürgen*, Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkls und Hans Kelsens, Berlin 1977.

Beiser, *Frederick*, Normativity in Neokantianism: Its Rise and Fall, in: International Journal of Philosophical Studies 17 (2009), S. 9–27.

Beling, *Ernst*, Revolution und Recht, Augsburg 1923.

Ders., [Buchbesprechung] Merkl, Adolf, Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff, 302 S. (Wien 1923, Deuticke), in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 57 (1925), S. 104–118.

Ders., [Buchbesprechung] Sander, Fritz, Kelsens Rechtslehre. Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz, 177 S., Tübingen 1923 (J.C.B. Mohr), in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 57 (1925), S. 119–132.

Bergmann, *Gustav*, Memories of the Vienna Circle. Letter to Otto Neurath (1938), in: Friedrich Stadler (Hrsg.), Scientific Philosophy: Origins and Developments, Dordrecht 1993, S. 193–208.

Bernatzik, *Edmund*, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Wien 1886.

Ders., Gegen die unberechtigte Anwendung des Paragraph Vierzehn, in: Neue Freie Presse Nr. 1721 vom 25. Dezember 1913, S. 7.

Bernstorff, *Jochen*, The Public International Law Theory of Hans Kelsen, Cambridge 2011.

BfdDB 89. Jg., Nr. 255, Leipzig, Mittwoch, den 1. November 1922.

BfdDB 90. Jg., Nr. 223, Leipzig, Montag, den 24. September 1923.

Bierling, *Ernst Rudolf*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 2, Freiburg/Leipzig/Tübingen 1898.

Binder, *Julius*, Rechtsnorm und Rechtspflicht, Leipzig 1912.

Ders., Rechtsbegriff und Rechtsidee, Leipzig 1915.

Ders., Rechtsphilosophie, Berlin 1925.

Ders., Prozeß und Recht. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch, Leipzig 1927.

Ders., Kantianismus und Hegelianismus in der Rechtsphilosophie. Vortrag gehalten auf dem Vierten internationalen Kongreß für Rechtsphilosophie, in: Archiv für Recht- und Wirtschaftsphilosophie 20 (1927), S. 251–279.

Bisogni, *Giovani*, Kelsen e l'interpretazione giuridica: Una prospettiva storico-concettuale, in: Ars interpretandi 2 (2012), S. 95–112.

Blumenberg, *Hans*, Nachdenklichkeit, in: Deutsche Akademie für Sprache und Dichtung. Jahrbuch 2 (1980), S. 57–61.

Bobbio, *Norberto*, Aspetti odierni della filosofia giuridica in Germania (F. Kaufmann e F. Schreier), in: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto 14 (1934), S. 576–595.

Ders., L'Indirizzo Fenomenologico nella Filosofia Sociale e Giuridica, Torino 1934.

Ders., Fritz Sander, in: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto 20 (1940), S. 176–179.

Ders., La teoria pura del diritto e i suoi critici, in: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile 2 (1954), S. 356–377.

Ders., Giusnaturalismo e positivismo giuridico, Milano 1965.

Ders., Law and Force, in: The Monist 49 (1965), S. 321–341.

Boehncke, *Clemens*, Die Freirechtler als Intellektuellengruppe betrachtet, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 41 (2021), S. 185–214.

Bohackova, *Renata*, Život a dílo prof. JUDr. Františka Weyra, Brünn 1993.

Böhm, *Peter*, Prozessidee und Richtermacht. Von der Analyse zur Synthese in der Grundlagentheorie des zivilgerichtlichen Verfahrens, hrsg. von Ena-Marlis Bajons und Alexander Somek, Wien 2019.

Bondy, *Otto*, Reine Rechtslehre und Zivilrechtswissenschaft, in: Deutsche Juristen-Zeitung 34 (1929), Sp. 1448–1451.

Ders., Zum Problem der Rechtssatzformulierung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 9 (1930), S. 418–429.

Bonnard, *Roger*, La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl, in: Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger 45 (1928), S. 668–696.

Borowski, *Martin*, Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl, in: Michael Stolleis/Stanley Paulson (Hrsg.), Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005, S. 122–159.

Bötticher, *Eduard*, Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozess, Berlin 1930.

Bröstl, *Alexander*, 20th-Century Legal Philosophy in Czechoslovakia, the Czech Republic, and the Slovak Republic, in: Enrico Pattaró/Corrado Roversi (Hrsg.), A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, Bd. 12: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World, Cham 2016, S. 615–626.

Browne, *Martha Steffy*, Erinnerungen an das Mises-Privatseminar, Wirtschaftspolitische Blätter 4 (1981), S. 110–120.

Brunkhorst, *Hauke*, Critique of Dualism: Hans Kelsen and the Twentieth Century Revolution in International Law, in: Constellations 18 (2011), S. 496–512.

Buchheim, *Johannes*, Fehlerkalkül als Ermächtigung? in: Rechtstheorie 45 (2014), S. 59–78.

Ders., Actio, Anspruch, Subjektives Recht. Eine aktionenrechtliche Rekonstruktion des Verwaltungsrechts, Tübingen 2018.

Ders., Aktionenrechtliches Denken im Verwaltungsrecht, in: Die Verwaltung 52 (2019), S. 577–592.

Ders., Subjektive Rechte als Fehlerkalkül, in: Ruwen Fritsche et alii (Hrsg.), Unsicherheiten des Rechts. Von den sicherheitspolitischen Herausforderungen für die freiheitliche Gesellschaft bis zu den Fehlern und Irrtümern in Recht und Rechtswissenschaft, Beiheft 162 des ARSP, Stuttgart 2020, S. 223–236.

Bülow, *Oskar*, Civilprozessuale Fiktionen und Wahrheiten, in: Archiv für die zivilistische Praxis 62 (1879), S. 1–96.

Ders., Dispositives Prozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, in: Archiv für die zivilistische Praxis 64 (1881), S. 1–109.

Ders., Gesetz und Richteramt, Leipzig 1885.

Ders., Absolute Rechtskraft, in: Archiv für die zivilistische Praxis 83 (1894), S. 1–152.

Ders., Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Zivilprozessrechts, in: Zeitschrift für deutschen Zivilprozess 27 (1900), S. 201–260.

Ders., Klage und Urteil. Eine Grundfrage des Verhältnisses zwischen Privatrecht und Prozess, in: Zeitschrift für deutschen Zivilprozess 31 (1903), S. 191–270.

Bulygin, *Eugenio*, An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law, in: Ratio Juris 3 (1990), S. 29–45.

Ders., Cognition and Interpretation of Law, in: Letizia Gianformaggio/Stanley Paulson (Hrsg.), Cognition and Interpretation of Law, Torino 1995, S. 11–35.

Busch, *Jürgen*, Hans Kelsen im Ersten Weltkrieg. Achsenzeit einer Weltkarriere, in: Robert Walter/Werner Ogris/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit. Ergebnisse einer internationalen Tagung, veranstaltet von der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs und dem Hans Kelsen-Institut (19.–21. April 2009), Wien 2009, S. 57–80.

Ders., Hans Kelsen an der Exportakademie in Wien (1908–1918), in: Thomas Olechowski/Christian Neschwara/Alina Lengauer (Hrsg.), Grundlage der österreichischen Rechtskultur. Festschrift für Werner Ogris zum 75. Geburtstag, Wien/Köln/Weimar 2010, S. 68–108.

Ders., Alfred Verdross – Ein Mann des Widerspruchs?, in: Franz Stefan Meissel et alii (Hrsg.), Vertriebenes Recht – Vertreibendes Recht. Zur Geschichte der Wiener Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zwischen 1938 und 1945, Wien 2012, S. 139–169.

Busch, *Jürgen/Ladavac*, *Nicoletta Bersier*, Zwischen zwei Welten. Hans Kelsens Genfer Jahre, in: Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs 2015, S. 7–31.

Busch, *Jürgen/Olechowski*, *Thomas*, Hans Kelsen als Professor an der Deutschen Universität Prag 1936–1938. Biographische Aspekte der Kelsen–Sander-Kontroverse, in: Karel Maly/Ladislav Soukup (Hrsg.), Československé právo a právní věda v meziválečném období (1918–1938) a jejich místo ve střední Evropě, Prag 2010, S. 1111–1139.

Busch, *Jürgen/Staudigl-Ciechowicz*, *Kamila*, „Ein Kampf ums Recht". Bruchlinien in Recht, Kultur, und Tradition in der Kontroverse zwischen Kelsen und Hold-Ferneck an der Wiener Juristenfakultät, in: Szabolcs Hornyák et alii (Hrsg.), Turning Points and Breaklines (= Jahrbuch Junge Rechtsgeschichte 4), München 2009, S. 110–138.

Cabra Apalategui, *José Manuel*, Validity and Correctness in Kelsen's Theory of Legal Interpretation, in: Peter Langford/Ian Bryan/John McGarry (Hrsg.), Kelsenian Legal Science and the Nature of Law, Cham 2017, S. 153–172.

Cadore, *Rodrigo*, Editorischer Bericht zu „Demokratisierung der Verwaltung (1921)", in: HKW 6, Tübingen 2020, S. 701–716.

Ders., Editorischer Bericht zu „Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich – Teil 5 (1922)", in: HKW 8, Tübingen 2020, S. 505–574.

Caldwell, *Bruce/Klausinger*, *Hansjoerg*, Hayek: A Life 1899–1950, Chicago/London 2022.

Campagnolo, *Umberto*, Conversazioni con Hans Kelsen. Documenti dell'esilio ginevrino 1933–1940, a cura di Mario Losano, Milano 2010.

Cancik, *Pascale* et alii (Hrsg.), Streitsache Staat. Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1922–2022, Tübingen 2022.

Carrino, *Agostino*, Autopoiesi dell'ordinamento dinamico, in: Letizia Gianformaggio (Hrsg.), Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia Kelseniana, Torino 1991, S. 203–229.

Ders., Nota all'edizione, in: Hans Kelsen, Dottrina dello Stato, hrsg. und übersetzt von Agostino Carrino, Neapel 1994, S. 153–154.

Ders., Die Normenordnung, Wien/New York 1998.

Ders., Logistic Normativism: The Wiener Rechtstheoretische Schule, in: Enrico Pattaró/Corrado Roversi (Hrsg.), A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, Bd. 12: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World, Cham 2016, S. 51–64.

Ders., Legitimität der Legalität. Überlegungen zum Beitrag Adolf Merkls zur Reinen Rechtslehre, in: Horst Dreier (Hrsg.), Repräsentation und Legitimität im Verfassungs- und Umweltstaat. Gedächtnissymposion für Hasso Hofmann, Berlin 2022, S. 103–130.

Cassirer, *Ernst*, Substanzbegriff und Funktionsbegriff: Untersuchungen über die Grundfragen der Erkenntniskritik, Berlin 1910.

Ders., Zur Einsteinschen Relativitätstheorie: erkenntnistheoretische Betrachtungen, Berlin 1921.

Castiglia, *Tommaso Antonio*, La Filosofia dell' „Als-Ob" nel Diritto, in: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto 6 (1926), S. 98–122.

Castorp, *Hans* [Pseudonym von Alexander Somek], Wittgensteinsche Einleitung in das Grundlagenfach Rechtsphilosophie, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 76 (2021), S. 491–500.

Ders., Rechtswissenschaft: Ein Nachwort zur Wittgensteinschen Einleitung in das Grundlagenfach Rechtsphilosophie, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 77 (2022), S. 219–237.

Castro, *Benito de*, Luis Recaséns Siches, in: Rafael Domingo (Hrsg.), Juristas universales. Bd. 4: Juristas del siglo XX, Barcelona/Madrid 2004, S. 283–285.

Celan, *Paul*, Ansprache anlässlich der Entgegennahme des Literaturpreises der Freien Hansestadt Bremen [1958], in: Paul Celan, Gesammelte Werke in sieben Bänden, Bd. 3, Frankfurt am Main 1983, S. 185–202.

Celano, *Bruno*, La Teoria del Diritto di Hans Kelsen. Una Introduzione Critica, Bologna 1999.

Ders., Justicia Procedimental Pura y Teoría del Derecho, in: Doxa 24 (2011), S. 407–427.

Ders., Paulson's Nomological Normativity, Working Paper 2013 [abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2366927 – letzter Abruf am 15. Januar 2023].

Ders., La normatividad nomológica de Paulson, in: Carlos Bernal/Marcelo Porciuncula (Hrsg.), Kelsen para erizos. Ensayos en honor a Stanley L. Paulson, Bogotá 2017, S. 327–336.

Chahuán Zedan, *Marcela*, Sobre las normas irregulares. Un aspecto de la realidad jurídica, Tesis Doctoral: Universitat de Girona 2016.

Ders., Sobre la tesis de la cláusula alternativa tácita. Aspectos realistas que rescatar, in: Analisi e Diritto (2017), S. 257–299.

Ders., Algunas observaciones críticas al concepto de aplicabilidad como explicación a la aplicación de normas jurídicas irregulares, in: Revista de Derecho (Valdivia) 32/2 (2019), S. 35–51.

Chiassoni, *Pierluigi*, Dos preguntas, una solución. Sobre el realismo radical de Hans Kelsen, in: J. J. Moreso/J. L. Martí (Hrsg.), Contribuciones a la filosofía del derecho, Madrid 2012, S. 177–197.

Ders., Il realismo radicale della teoria pura del diritto, in: Materiali per una storia della cultura giuridica 1 (2012), S. 237–261.

Ders., Wiener Realism, in: Luís Duarte d'Almeida/John Gardner/Leslie Green (Hrsg.), Hans Kelsen Revisited, Oxford 2012, S. 131–162.

Ders., Interpretation without Truth. A Realistic Enquiry, Cham 2019.

Ders., Logica del diritto ed egemonia culturale, in: Paolo di Lucia/Lorenzo Passerini Glazel (Hrsg.), Il Dover Essere del Diritto. Un dibattito teorico sul diritto illegittimo a partire da Kelsen, Torino 2020, S. 43–61.

Comanducci, *Paolo*, Taking Kelsen Seriously, in: Ernesto Garzón Valdés (Hrsg.), Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos Ed. Alchourrón and Eugenio Bulygin, Berlin 1997, S. 165–182.

Ders., Tomando Kelsen en serio: réplica a Bulygin sobre la cláusula alternativa tácita, in: Gonzalo A. Ramirez Cleves (Hrsg.), Ecos de Kelsen: vida, obra y controversias, Bogotá 2012, S. 441–459.

Conte, *Amedeo Giovanni*, Nomostatica e nomodinamica, in: Novissimo Digesto Italiano, Bd. 11, Torino 1965, S. 321–323.

Cooper, *Barry*, Eric Voegelin and the Foundations of Modern Political Science, Columbia 1999.

Cooper, *Barry*/*Bruhn*, *Jodi* (Hrsg.), Voegelin Recollected. Conversations on a Life, Columbia/London 2008.

Cornides, *Thomas*, Arbeitsteilige Normensysteme und ihre Bedeutung für die Rechtstheorie, in: Johann Mokre/Ota Weinberger (Hrsg.), Rechtsphilosophie und Gesetzgebung. Überlegungen zu den Grundlagen der modernen Gesetzgebung und Gesetzesanwendung, Wien 1976, S. 14–43.

Ders., Die Rechtspflicht, Unrecht zu ertragen, in: Herbert Miehsler et alii (Hrsg.), Ius humanitatis. Festschrift zum 90. Geburtstag von Alfred Verdross, Berlin 1980, S. 57–66.

Cossio, *Carlos*, Títulos y antecedentes para optar a la cátedra titular de Filosofia del Derecho en la Universidad Nacional de La Plata, La Plata 1934.

Craver, *Erleane*, The emigration of the Austrian economists, in: History of Political Economy 18 (1986), S. 1–32.

Ders., How ideas migrate, in: Hagen M. Kramer/Heinz D. Kurz/Hans M. Trautwein (Hrsg.), Macroeconomics and the History of Economic Thought. Festschrift in Honour of Harald Hagemann, London/New York 2012, S. 158–164.

Cuenca Gómez, *Patricia*, Aspectos Clave de la Teoría del Derecho de Adolf J. Merkl, in: Revista Telemática de Filosofía del Derecho 17 (2014), S. 167–202.

Curatorium de la Académie de Droit International de la Haye, Cours de 1929: Rapport du Curatorium, Paris 1929.

Curatorium de la Académie de Droit International de la Haye, Cours de 1932: Rapport du Curatorium, Paris 1932.

D'Ors, *Álvaro*, Jus Europaeum?, in: L'Europa e il Diritto Romano: Studi in memoria di Paolo Koschaker, Bd. 1, Milano 1954, S. 449–476.

Dahms, *Hans-Joachim*, Der Neubeginn der Wiener Philosophie um Jahre 1922. Die Berufungen von Schlick, Bühler und Reininger, in: Janette Friedrich (Hrsg.), Karls Bühlers Krise der Psychologie. Positionen, Bezüge und Kontroversen in Wien der 1920er/30er Jahre, Cham 2018, S. 3–32.

Degenkolb, *Heinrich*, Die Lehre vom Prozessrechtsverhältnis (Ein Gedenkblatt), in: Archiv für die civilistische Praxis 103 (1908), S. 385–416.

Dekker, *Erwin*, The Vienna circles: cultivating economic knowledge outside academia, in: Erasmus Journal for Philosophy and Economics 7 (2014), S. 30–53.

Ders., The Viennese Students of Civilization: The Meaning and Context of Austrian Economics Reconsidered, New York 2014.

Delacroix, *Sylvie*, Hart's and Kelsen's Concepts of Normativity Contrasted, in: Ratio Juris 17 (2004), S. 501–520.

Delgado Pinto, *José*, El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del ordén jurídico como un sistema normativo dinámico [1977], in: Gonzalo A. Ramírez Cleves (Hrsg.), Ecos de Kelsen: Vida, Obra y Controversias, Bogotá 2012, S. 187–222.

Dias, *Gabriel Nogueira*, Rechtspositivismus und Rechtstheorie. Das Verhältnis beider im Werke Hans Kelsens, Tübingen 2005.

Ders., „Negative Legislator" in Hans Kelsen's work: origin, foundations and limits in the light of the Reine Rechtslehre, in: Clemens Jabloner et alii (Hrsg.), Gedenkschrift Robert Walter, Wien 2013, S. 79–100.

Diels, *Hermann*, Doxographi Graeci [1879], 4. Aufl., Berlin 1965.

Ders., Die Fragmente der Vorsokratiker, Bd. 1 [1903], 9. Aufl., hrsg. von Walther Kranz, Berlin 1960.

Dobretsberger, *Josef*, Konkurrenz und Monopol in der gegenwärtigen Wirtschaft: mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Industrie, Leipzig/Wien 1929.

Dolp, *Robert*, Die Rechtslehre Fritz Sanders, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 5 (1953), S. 192–225.

Domej, *Tanja*, František Weyr und Hans Kelsen – eine biographische Skizze, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Hans Kelsens stete Aktualität, Wien 2003, S. 45–56.

Dreier, *Horst*, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2. Aufl., Baden-Baden 1990.

Ders., Merkls Verwaltungsrechtslehre und die heutige deutsche Dogmatik des Verwaltungsrechts, in: Robert Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl – Werk und Wirksamkeit, Wien 1990, S. 55–89.

Ders., Hans Kelsen (1881–1973): „Jurist des Jahrhunderts"?, in: Helmut Heinrichs et alii (Hrsg.), Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, München 1993, S. 705–732.

Ders., Hans Kelsens Wissenschaftsprogramm, in: Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung, Beiheft 7, Berlin 2007, S. 81–114.

Ders., Die (Wieder)entdeckung Kelsens in den 1980er Jahren – Ein Rückblick (auch in eigener Sache), in: Matthias Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre. Stationen eines wechselvollen Verhältnisses, Tübingen 2013, S. 175–192.

Ders., Revolution und Recht, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 69 (2014), S. 805–853.

Ders., Der Preis der Moderne – Hans Kelsens Rechts- und Sozialtheorie, in: Elif Özmen (Hrsg.), Hans Kelsens Politische Philosophie, Tübingen 2017, S. 3–27.

Ders., Hans Kelsen zur Einführung, Hamburg 2023.

Duguit, *Léon*, Les doctrines juridiques objectivistes, Sonderdruck aus der Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'Étranger, Paris 1927.

Duguit, *Léon/Kelsen*, *Hans/Weyr*, *František*, Vorwort, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit/Zeitschrift für Theorie des Rechts 1 (1926/1927), S. 1–4.

Dworkin, *Ronald*, Taking rights seriously, Cambridge 1977.

Ders., Law's Empire [1986], Oxford 1998.

E.N.G., [Buchbesprechung] The Pure Theory of Law. William Ebenstein. Madison, Wisconsin: The University of Wisconsin Press. 1945. Xii + 211 pp., in: The Journal of Philosophy 43 (1946), S. 500–502.

Ebenstein, *Alan*, Friedrich Hayek. A Biography, New York 2001.

Ebenstein, *William*, Die rechtsphilosophische Schule der Reinen Rechtslehre, Prag 1938.

Ders., The Pure Theory of Law, Madison 1945.

Ders., The Pure Theory of Law: Demythologizing Legal Thought, in: California Law Review 59 (1971), S. 617–652.

Ebner, *Wolfgang*, Gisela Rohatyn, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Der Kreis um Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre, Wien 2008, S. 395–402.

Eckermann, *Johann Peter*, Gespräche mit Goethe in den letzten Jahren seines Lebens [1836/1848], Gütersloh 1960.

Edmonds, *David*, The Murder of Professor Schlick. The rise and fall of the Vienna Circle, Princeton/Oxford 2020.

Ehs, *Tamara*, Hans Kelsen und politische Bildung im modernen Staat, Wien 2007.

Dies., Die Staatswissenschaften. Historische Fakten zum Thema „Billigdoktorate" und „Frauen- und Ausländerstudien", in: Zeitgeschichte 37 (2010), S. 238–256.

Dies., Das extramurale Exil. Vereinsleben als Reaktion auf universitären Antisemitismus, in: Evelyn Adunka/Gerald Lamprecht/Georg Traska (Hrsg.), Jüdisches Vereinswesen in Österreich im 19. und 20. Jahrhundert. Schriftenreihe des Centrums für Jüdische Studien, Wien/Bozen 2011, S. 15–29.

Eisenmann, *Charles*, Cours de droit administratif, Bd. 2, Paris 1983.

Elsner, *Thomas*, Das Ermessen im Lichte der Reinen Rechtslehre. Rechtsstrukturtheoretische Überlegungen zur Rechtsbindung und zur Letztentscheidungskompetenz des Rechtsanwenders, Berlin 2011.

Emerson, *Rupert*, State and Sovereignty in Modern Germany, Oxford 1928.

Engel-Jánosi, *Friedrich*, Aber ein stolzer Bettler. Erinnerungen aus einer verlorenen Generation, Graz/Wien/Köln 1974.

Ephrussi, *Elisabeth*, Interpretation und Analogie, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 4 (1924), S. 132–159.

Ermacora, *Felix*, Die Bedeutung und die Aufgabe der Wiener Schule für die Wissenschaft vom öffentlichen Recht der Gegenwart, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 10 (1959/1960), S. 347–367.

Ernst, *Wolfgang*, Gelehrtes Recht, in: Christoph Engel/Wolfgang Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, Tübingen 2007, S. 3–49.

Evald, *Jens*, Alf Ross – A life, Kopenhagen 2014.

Faig, *Jakob*, Beziehungsprobleme. Überlegungen zur Theorie des Fehlerkalküls, in: Ruwen Fritsche et alii (Hrsg.), Unsicherheiten des Rechts. Von den sicherheitspolitischen Herausforderungen für die freiheitliche Gesellschaft bis zu den Fehlern und Irrtümern in Recht und Rechtswissenschaft, Beiheft 162 des ARSP, Stuttgart 2020, S. 209–222.

Fallend, *Karl*, Sonderlinge, Träumer, Sensitive. Psychoanalyse auf dem Weg zur Institution und Profession. Protokolle der Wiener Psychoanalytische Vereinigung und biographische Studien, Wien 1995.

Faye, *Emmanuel*, Eric Voegelins Haltung zum Nationalsozialismus. Überlegungen zum Briefwechsel Krieck–Voegelin (1933–1934), in: Moritz Eppel et alii (Hrsg.), „Politisierung der Wissenschaft". Jüdische Wissenschaftler und ihre Gegner an der Universität Frankfurt am Main vor und nach 1933, Göttingen 2016, S. 111–146.

Federn, *Ernst/Nunberg*, *Hermann* (Hrsg.), Protokolle der Wiener Psychoanalytischen Vereinigung, Bd. 3: 1910–1911, Frankfurt 1979.

Dies. (Hrsg.), Protokolle der Wiener Psychoanalytischen Vereinigung, Bd. 4: 1912–1918, Frankfurt 1981.

Feichtinger, *Johannes*, Die Emigration der österreichischen Rechts-, Sozial- und Wirtschaftswissenschaftler in den 1930er Jahren, in: Karl Acham (Hrsg.), Geschichte der österreichischen Humanwissenschaften, Bd. 3/2, Wien 2000, S. 447–497.

Ders., Wissenschaft als reflexives Projekt. Von Bolzano über Freud zu Kelsen: Österreichische Wissenschaftsgeschichte 1848–1938, Bielefeld 2010.

Ders., Intellectual affinities. Ernst Mach, Sigmund Freud, Hans Kelsen and the anti-essentialist approach to science and scholarship, in: Ian Bryan/Peter Langford/John McGarry (Hrsg.), The Foundation of the Juridico-Political. Concept Formation in Hans Kelsen and Max Weber, New York 2014, S. 117–139.

Feigl, *Herbert*, The Wiener Kreis in America [1969], in: Herbert Feigl, Inquiries and Provocations. Selected Writings 1929–1974, Dordrecht/Boston/London 1981, S. 57–94.

Fellner, *Günter*, Ludo Moritz Hartmann und die österreichische Geschichtswissenschaft, Wien/Salzburg 1985.

Ferrajoli, *Luigi*, La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen, Roma-Bari 2016.

Ferrari, *Massimo*, 1922: Moritz Schlick in Wien, in: Friedrich Stadler/Hans Kürgen Wendel (Hrsg.), Stationen. Dem Philosophen und Physiker Moritz Schlick zum 125. Geburtstag, Wien/New York 2009, S. 17–62.

Ferraz Jr., *Tercio Sampaio*, Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação, 4. Aufl., São Paulo 2003.

Fillafer, *Franz Leander*, Imperial Diversity, Fractured Sovereignty, and Legal Universals: Hans Kelsen and Eugen Ehrlich in their Habsburg Context, in: Modern Intellectual History 19 (2022), S. 421–443.

Fillafer, *Franz L./Feichtinger*, *Johannes*, Habsburg Positivism: The Politics of Positive Knowledge in Imperial and Post-Imperial Austria, 1804–1938, in: Johannes Feichtinger/

Franz L. Fillafer/Jan Surman (Hrsg.), The Worlds of Positivism. A Global Intellectual History, 1770–1930, New York 2018, S. 191–238.

Dies., Natural Law and the Vienna School: Hans Kelsen, Alfred Verdross and Eric Voegelin, in: Peter Langford/Ian Bryan/John Macgarry (Hrsg.), Hans Kelsen and the Natural Law Tradition, Leiden/Boston 2019, S. 425–461.

Fleck, *Christian*, Zum intellektuellen Umfeld der Wiener Jahre von Alfred Schütz, in: Kurt R. Leube/Andreas Pribersky (Hrsg.), Krise und Exodus. Österreichische Sozialwissenschaften in Mitteleuropa, Wien 1995, S. 98–116.

Fleck, *Ludwik*, Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache, Frankfurt am Main 1980.

French, *Douglas*, Hayek and Mises, in: Robert Leeson (Hrsg.), Hayek: A Collaborative Biography. Part I: Influences, from Mises to Bartley, New York 2013, S. 80–92.

Freud, *Sigmund*, Über einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker. IV. Die infantile Wiederkehr des Totemismus, in: Imago. Zeitschrift für Anwendung der Psychoanalyse auf die Geisteswissenschaften 2 (1913), S. 357–408 = *Freud*, *Sigmund*, Totem und Tabu. Einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker, Leipzig/Wien 1913, S. 92–149.

Ders., Eine Schwierigkeit der Psychoanalyse, in: Imago. Zeitschrift für Anwendung der Psychoanalyse auf die Geisteswissenschaften 5 (1917), S. 1–7.

Frick, *Verena*, Die Staatsrechtslehre im Streit um ihren Gegenstand. Die Staats- und Verfassungsdebatten seit 1979, Tübingen 2018.

Friedländer, *Otto*, Letzter Glanz der Märchenstadt. Bilder aus dem Wiener Leben um die Jahrhundertwende 1890–1914, Wien 1948.

Fuchs, *Albert*, Die Rechtsgeltung, Leipzig/Wien 1933.

Ders., Erinnerungen und Essays, Wien 2004.

Funke, *Andreas*, Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie. Entwicklung und gegenwärtige Bedeutung der Rechtstheorie um 1900, Tübingen 2004.

Ders., Varianten sprachpragmatischer Rechtsphilosophie, in: Martin Borowski/Stanley L. Paulson/Jan-Reinhard Sieckmann (Hrsg.), Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System, Tübingen 2017, S. 239–262.

Fürth, *Herbert*, Erinnerungen an Wiener Tage, in: Wirtschaftspolitische Blätter 2 (1989), S. 247–253.

Ders., Einführung, in: Gottfried Haberler/Ernst Helmstädter (Hrsg.), Wiener Lieder zu Philosophie und Ökonomie von Felix Kaufmann, Stuttgart 1992, S. 11–14.

Gadamer, *Hans-Georg*, Das Sein und das Nichts, in: Traugott König (Hrsg.), Sartre: ein Kongreß, Frankfurt am Main 1987, S. 37–54.

Gaul, *Hans Friedhelm*, Die Entwicklung der Rechtskraftlehre seit Savigny und der heutige Stand, in: Kurt Ballerstedt et alii (Hrsg.), Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Köln 1978, S. 443–525.

Gay, *Peter*, Freud: A Life for our Time, London 1988.

Gebhardt, *Helmut*, Die Praxis des §14-Notverordnungsrechts von 1868 bis 1914, in: Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs 2018, S. 247–258.

Geib, *Otto*, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozeß, München 1909.

Geier, *Manfred*, Der Wiener Kreis, Hamburg 1992.

Gianformaggio, *Letizia*, Pure Theory of Law and Tacit Alternative Clause: A Paradox?, in: Letizia Gianformaggio/Stanley Paulson (Hrsg.), Cognition and Interpretation of Law, Torino 1995, S. 257–276.

Gianformaggio, *Letizia/Paulson*, *Stanley*, Preface, in: Letizia Gianformaggio/Stanley Paulson (Hrsg.), Cognition and Interpretation of Law, Torino 1995, S. 7–10.

Goethe, *Johann Wolfgang von*, Maximen und Reflexionen, hrsg. von Michael Holzinger, Berlin 2013.

Goldschmidt, *James*, Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb. Ein Beitrag zur Lehre von Vollstreckungsgrundlagen, Tübingen 1910.

Ders., Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens, Berlin 1925.

Goldschmidt, *Victor*, Temps historique et temps logique dans l'interprétation des systèmes philosophiques, in: Actes du XIème Congrès International de Philosophie. Bruxelles, 20–26 Août 1953, Bd. 12: Histoire de la Philosophie: Méthodologie Antiquité et Moyen Âge, Amsterdam/Louvain 1953, S. 7–13.

Goller, *Peter*, Naturrecht, Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie? Zur Geschichte der Rechtsphilosophie an Österreichs Universitäten (1848–1945), Innsbruck 1997.

González Vicén, *Felipe*, Teoría de la revolución. Sistema e historia [1932], Madrid/México 2010.

Graf, *Max*, Reminiscences of Professor Sigmund Freud, in: The Psychoanalytic Quarterly 11 (1942), S. 465–476.

Gragl, *Paul*, Legal Monism: Law, Philosophy and Politics, Oxford 2018.

Granovetter, *Mark S.*, The Strength of Weak Ties, in: American Journal of Sociology 78 (1973), S. 1360–1380.

Gray, *John Chipman*, The Nature and Sources of the Law, New York 1909.

Green, *Michael Steven*, « L'anglo-americanisation de Kelsen », in: Thomas Hochmann/Xavier Magnon/Régis Ponsard (Hrsg.), Un classique méconnu: Hans Kelsen, Paris 2019, S. 106–140.

Gross, *Leo*, Pazifismus und Imperialismus. Eine kritische Untersuchung ihrer theoretischen Begründung, Leipzig/Wien 1931.

Ders., Hans Kelsen. October 11, 1886–April 15, 1973, in: The American Journal of International Law 67 (1973), S. 491–501.

Grussmann, *Wolf-Dietrich*, Adolf Julius Merkl. Leben und Werk, Wien 1989.

Ders., Das Widerstandsrecht im Lichte der Reinen Rechtslehre, in: Johann J. Hagen/Peter Mader (Hrsg.), Gewalt und Recht. Ringvorlesung zum 30jährigen Bestehen der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Salzburg, Frankfurt 1997, S. 211–229.

Ders., Adolf Julius Merkl und die Lehre vom Stufenbau des Rechts, in: Josef Walter Aichlreiter (Hrsg.), Recht (v)ermessen. Festschrift für Herbert Hofer-Zeni zum 60. Geburtstag, Wien 1998, S. 95–105.

Guastini, *Riccardo*, Realismo e antirealismo nella teoria dell'interpretazione, in: Ragion pratica 17 (2001), S. 43–52.

Ders., Réalisme et anti-réalisme dans la théorie de l'interprétation, in: Mélanges Paul Amselek, Bruxelles 2005, S. 432–443.

Ders., Le Fonti del Diritto. Fondamenti Teorici, Mailand 2010.

Ders., El escepticismo ante las reglas replanteado, in: Discussiones 11 (2012), S. 27–57.

Ders., An Analytical Foundation of Rule Scepticism, in: David Duarte/Pedro Moniz Lopes/Jorge Silva Sampaio (Hrsg.), Legal Interpretation and Scientific Knowledge, Cham 2019, S. 13–28.

Günther, *Frieder*, Denken vom Staat her. Die Bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration (1949–1970), München 2004.

H., [Buchbesprechung] Hans Kelsen, Rechtswissenschaft und Recht, Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der „Rechtsdogmatik". Wien und Leipzig, Franz Deuticke, 1922, 135, in: Neues Wiener Abendblatt Nr. 128 vom 11. Mai 1923, S. 5.

Ders., [Buchbesprechung] Dr. Fritz Sander, Professor an der deutschen Technischen Hochschule in Prag, Kelsens Rechtslehre. Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz, Tübingen, Mohr 1923, in: Neues Wiener Abendblatt Nr. 353 vom 27. Dezember 1923, S. 4.

Haberler, *Gottfried von*, Mises's Private Seminar: Reminiscences, in: Wirtschaftspolitische Blätter 4 (1981), S. 121–126.

Haferkamp, *Hans-Peter*, Der Jurist, das Recht und das Leben, in: Fakultätsspiegel. Sommersemester 2005, hrsg. vom Verein zur Förderung der Rechtswissenschaft, Köln 2005, S. 83–98.

Ders., Die sogenannte Begriffsjurisprudenz im 19. Jahrhundert – „reines Recht"?, in: Otto Depenhauer (Hrsg.), Reinheit des Rechts. Kategorisches Prinzip oder regulative Idee?, Wiesbaden 2010, S. 79–100.

Ders., Die historische Rechtsschule, Frankfurt am Main 2018.

Ders., Lernen aus der Rechtsgeschichte? Hermann Kantorowicz und Friedrich Carl v. Savigny, in: JuristenZeitung 74 (2019), S. 901–910.

Hainisch, *Michael*, 75 Jahre aus bewegter Zeit. Lebenserinnerungen eines österreichischen Staatsmannes, bearbeitet von Friederich Weissensteiner, Wien/Köln/Graz 1978.

Haller, *Rudolf*, Neopositivismus. Eine historische Einführung in die Philosophie des Wiener Kreises, Darmstadt 1993.

Hammann, *Konrad*, Paul Siebeck und sein Verlag, Tübingen 2021.

Hanisch, *Ernst*, Der Grosse Illusionist Otto Bauer (1881–1938), Wien 2011.

Harris, *James*, Kelsen's Concept of Authority, in: Cambridge Law Journal 36 (1977), S. 353–363.

Ders., Kelsen's Pallid Normativity, in: Ratio Juris 9 (1996), S. 94–117.

Hart, *H.L.A.*, The Presidential Address: Prolegomena to the Principles of Punishment, in: Proceedings of the Aristotelian Society 60 (1959/1960), S. 1–26.

Ders., The Concept of Law, Oxford 1961.

Ders., Problems of the Philosophy of Law [1967], in: H.L.A. Hart, Essays in Jurisprudence and Philosophy, Oxford 1983, S. 88–120.

Ders., Responsibility and Punishment, 2. Aufl. [1970], Oxford 2008.

Ders., American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream [1977], in: H.L.A. Hart, Essays in Jurisprudence and Philosophy, Oxford 1983, S. 123–144.

Ders., The Concept of Law, 2. Aufl., Oxford 1994.

Hartmann, Lucas, Fehlerfolgen: Ist die verfassungsgerichtliche Ultra-vires- und Identitätskontrolle aus verfassungsrechtlichen Gründen rechtlich wirkungslos? Rechtstheoretische Analyse eines Scheinriesen, in: Der Staat 60 (2021), S. 387–431.

Ders., Die Aufhebung rechtmäßiger Urteile wegen Rechtswidrigkeit, in: JuristenZeitung 15/16 (2022), S. 759–766.

Hautmann, *Hans*, Geschworenengerichte auf Abruf. Wie man den Ausnahmezustand im alten Österreich rechtlich regelte und praktische handhabte, in: Justiz und Erinnerung 11 (2005), S. 19–25.

Heck, *Philipp*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1914.

Ders., Die reine Rechtslehre und die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft, in: Archiv für die civilistische Praxis, N.F. 2 (1924), S. 173–194.

Heckmann, *Dirk*, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, Tübingen 1997.

Hegel, *Georg Wilhelm Friedrich*, Grundlinien der Philosophie des Rechts [1821], in: Georg Friedrich Hegel Werke, Band 7, Frankfurt am Main 1970.

Heidemann, *Carsten*, Die Norm als Tatsache. Zur Normentheorie Hans Kelsens, Baden-Baden 1997.

Ders., Der Begriff der Zurechnung bei Hans Kelsen, in: Stanley Paulson/Michael Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005, S. 17–34.

Ders., Hans Kelsen's Normativism, Cambridge 2022.

Heller, *Hermann*, Die Krisis der Staatslehre, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 55 (1926), S. 289–316.

Ders., Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts, Berlin/Leipzig 1927.

Helling, *Ingeborg K.*, Strömungen des methodologischen Individualismus – Alfred Schütz, Felix Kaufmann und der Wiener Kreis, in: Josef Langer (Hrsg.), Geschichte der österreichischen Soziologie: Konstituierung, Entwicklung und europäische Bezüge, Wien 1988, S. 185–201.

Dies., Felix Kaufmann in Perspective: An Introductory Essay, in: Robert S. Cohen/Ingeborg K. Helling (Hrsg.), Felix Kaufmann's Theory and Method in the Social Sciences, Cham 2014, S. 1–102.

Helwig, *Johann*, Cercle de Viènne et École viennoise de la théorie du droit, in: Catherine Haguenau-Moizard et alii (Hrsg.), L'Autriche-Hongrie des années 1866–1918: une contribution exceptionnelle à la protection des droits de l'Homme/Das Österreich-Ungarn der Jahre 1866–1918: Ein herausragender Beitrag zum Schutz der Menschenrechte, Nijmegen 2020, S. 151–170.

Hengschläger, *Johannes*, Kundmachungsmangel und absolute Nichtigkeit von Gesetzen, in: Michael Fischer et alii (Hrsg.), Dimensionen des Rechts. Gedächtnisschrift für René Marcic, Bd. 2, Berlin 1974, S. 759–775.

Henkel, *Michael*, Positivismuskritik und autoritärer Staat. Die Grundlagendebatte in der Weimarer Staatsrechtslehre und Eric Voegelins Weg zu einer neuen Wissenschaft der Politik (bis 1938), 2. Aufl., München 2005.

Henrich, *Walter*, Das Sollen als Grundlage der Rechtswissenschaft. Eine Auseinandersetzung mit Gegnern der normativen Jurisprudenz, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1921), S. 131–175.

Ders., Theorie des Staatsgebiets. Entwickelt aus der Lehre von den lokalen Kompetenzen der Staatsperson, Wien/Leipzig 1922.

Ders., Dr. Adolf Merkl, a. ö. Professor an der Universität in Wien, Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung (Wiener Staatswissenschaftliche Studien. Begründet von E. Bernatzik und E. Philippovich. Herausgegeben in Verbindung mit Friedrich Wieser und Othmar Spann von Hans Kelsen. 15. Band, 2. Heft (Schluss der alten Folge). Leipzig und Wien, Verlag Franz Deuticke, 1923, in: Gerichts-Zeitung 75 (1924), S. 14–15.

Ders., Zur Theorie der Rechtskraft. Auseinandersetzung mit Adolf Merkls Lehre von der Rechtskraft, in: Archiv des öffentlichen Rechts 3 (1924), S. 329–350.

Ders., Zur Problematik des Gewohnheitsrechtes, in: Recueil d'Études sur les Sources du Droit en L'Honneur de François Geny, Bd. 2: Les Sources Génerales des Systèmes Juridiques Actuels, Paris 1934, S. 277–301.

Henrich, *Walter* et alii, Erklärung, in: Hans Kelsen, In eigener Sache, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1922/1923), S. 499–502.

Herrera, *Carlos Miguel*, La Philosophie du Droit de Hans Kelsen: Une Introduction, Laval 2004.

Herz, *Hans*, Die Identität des Staates. Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät, Düsseldorf 1931.

Ders., Beiträge zum Problem der Identität des Staates, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 15 (1935), S. 241–268.

Ders., Vom Überleben. Wie ein Weltbild entstand, Düsseldorf 1984.

Hilbert, *Patrick*, Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, Türbingen 2015.

Ders., Fehlerkalkül oder Alternativbestimmungen – zu den Strategien der Geburtshilfe im Stufenbau der Rechtsordnung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 72 (2017), S. 549–576.

Ders., Erkenntnisfunktion und Richtigkeitsgewahr von Verwaltungsverfahren, in: Die Verwaltung 51 (2018), S. 313–350.

Hippel, *Ernst von*, Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts. Beitrag zur Methode einer teleologischen Rechtsauslegung, Berlin 1924.

Hochmann, *Thomas*, Protéger les violations de la Constitution: Le Fehlerkalkül d'Adolf Merkl, in: Arnaud le Pillouer (Hrsg.), La protection de la Constitution: Finalités, mécanismes, justifications, Poitiers 2018, S. 115–126.

Ders., Faulty Norms (Fehlerkalkül), in: Mortimer Sellers/Stephan Kirste (Hrsg.), Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy, Dordrecht 2019, S. 1–5 [abrufbar unter: https://doi.org/10.1007/978-94-007-6730-0_168-2 – letzter Abruf am 15. Januar 2023].

Ders., Les théories de la « prise en compte des défauts » et de l' « habilitation alternative », in: Thomas Hochmann/Xavier Magnon/Régis Ponsard (Hrsg.), Un classique méconnu: Hans Kelsen, Paris 2019, S. 333–358.

Ders., Efficacité et validité de l'ordre juridique, in: Thomas Hochmann/Xavier Magnon/Régis Ponsard (Hrsg.), Un classique méconnu: Hans Kelsen, Paris 2019, S. 285–306.

Ders., Welche Rolle für die Rechtswissenschaft? Zu einer Debatte innerhalb der Wiener rechtstheoretischen Schule, in: Matthias Jestaedt/Ralf Poscher/Jörg Kammerhofer (Hrsg.), Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand/Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions, Beiheft 163 des ARSP, Stuttgart 2020, S. 161–176.

Ders., Legal Science According to the Pure Theory of Law, in: Mathieu Carpentier (Hrsg.), Meta-theory of Law, Hoboken/London 2022, S. 265–284.

Hochmann, *Thomas/Magnon*, *Xavier/Ponsard*, *Régis (*Hrsg.), Un classique méconnu: Hans Kelsen, Paris 2019.

Holländer, *Pavel*, Rechtspositivismus versus Naturrechtslehre als Folge des Legitimitätskonzepts, Berlin 2013, S. 105–123.

Ders., Die tschechische Rechtsphilosophie, in: Angelika Nussberger/Caroline von Gall (Hrsg.), Rechtsphilosophisches Denken im Osten Europas, Tübingen 2015, S. 305–358.

Holtermann, *Jakob v. H.*, Introduction, in: Alf Ross, On Law and Justice, hrsg. von Jakob Holtermann und übersetzt von Uta Bindreiter, Oxford 2019, S. XV–LV.

Holzhey, *Helmut*, Kelsens Rechts- und Staatslehre in ihrem Verhältnis zum Neukantianismus, in: Stanley L. Paulson/Robert Walter (Hrsg.), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, Wien 1986, S. 167–192.

Ders., Rechtserfahrung oder Rechtswissenschaft – eine fragwürdige Alternative. Zu Sanders Streit mit Kelsen, in: Ota Weinberger/Werner Krawietz (Hrsg.), Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker, Wien/New York 1988, S. 47–75.

Horák, *Ondřej*, Jaromír Sedláček a brněnská normativní škola, in: Časopis pro právní vědu a praxi 18 (2010), S. 411–417.

Hoss, *Christina*, Kelsen in Den Haag: Die Haager Vorlesungen von Hans Kelsen, in: Hauke Brunkhorst/Rüdiger Voigt (Hrsg.), Rechts-Staat, Baden-Baden 2008, S. 149–168.

Huber, *Andreas*, Rückkehr erwünscht. Im Nationalsozialismus aus „politischen" Gründen vertriebene Lehrende der Universität, Wien 2016.

Ders., Gesellschaftslehre zwischen Krucken- und Hackenkreuz. Einfluss und Wirken des Kreises um Othmar Spann, in: Andreas Kranebitter/Christoph Reinprecht (Hrsg.), Die Soziologie und der Nationalsozialismus in Österreich, Bielefeld 2019, S. 173–190.

Hülsmann, *Jörg Guido*, Mises. The Last Knight of Liberalism, Auburn 2007.

Hungr, *Pavel*, Weyr und Kelsen – Geistesverwandte Persönlichkeiten, in: Rechtstheorie 23 (1992), S. 161–165.

Huppert, *Hugo*, Die angelehnte Tür, Halle/Saale 1976.

Husserl, *Edmund*, Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie. Erstes Buch: Allgemeine Einführung in die reine Phänomenologie, hrsg. von Karl Schuhmann, in: Edmund Husserl Gesammelte Werke (Husserliana), Bd. III/1, Den Haag 1976.

Husserl, *Gerhart*, Rechtskraft und Rechtsgeltung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung. Erster Band. Genesis und Grenzen der Rechtsgeltung, Berlin 1925.

Hwang, *Shu-Perng*, Rechtsbindung durch Rechtsermächtigung. Ein topisches Verständnis der Reinen Rechtslehre zur Erläuterung des Verhältnisses von Rechtsbindung und Richterfreiheit, in: Rechtstheorie 40 (2009), S. 43–70.

Ipsen, *Jörn*, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, Baden-Baden 1980.

Isay, *Hermann*, Die Isolierung des deutschen Rechtsdenkens, Berlin 1924.

Jabloner, *Clemens*, Merkls Verwaltungsrechtslehre und die heutige österreichische Dogmatik des Verwaltungsrechts, in: Robert Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit, Wien 1990, S. 37–54.

Ders., Kelsen and his Circle: The Viennese Years, in: European Journal of International Law 9 (1998), S. 365–385.

Ders., Wie Zeitgemäß ist die Reine Rechtslehre?, in: Rechtstheorie 29 (1998), S. 1–21.

Ders., Verrechtlichung und Rechtsdynamik, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 54 (1999), S. 261–278.

Ders., Stufung und „Entstufung des Rechts", in: Zeitschrift für öffentliches Recht 60 (2005), S. 163–185.

Ders., „Rechtskraft" – Funktion und theoretische Begründung eines Instituts [2007], in: Thomas Olechowski/Klaus Zeleny (Hrsg.), Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt. Aufsätze zur Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte, Wien 2013, S. 307–315.

Ders., Objektive Normativität. Zu einem Bezugspunkt von Reiner Rechtslehre und Wiener Kreis, in: Robert Walter/Werner Ogris/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit. Ergebnisse einer internationalen Tagung, veranstaltet von der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs und dem Hans Kelsen-Institut (19.–21. April 2009), Wien 2009, S. 169–182.

Ders., Der Rechtsbegriff bei Hans Kelsen, in: Stephan Griller/Heinz Peter Rill (Hrsg.), Rechtstheorie, Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung, Wien 2011, S. 21–39.

Ders., [Buchbesprechung] Mayer-Maly D., Schambeck H., Grussmann W.-D. (Hrsg.): Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften. Dritter Band: Verwaltungsrecht – Zeitgenossen und Gedanken. Zweiter Teilband. 695 Seiten. Duncker & Humblot, Berlin 2009, in: Journal für Rechtspolitik 19 (2011), S. 121–122.

Ders., Frühe Autorinnen der Zeitschrift für öffentliches Recht, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 69 (2014), 637–654.

Ders., Sein und Sollen: Die „Wahrheit" der Rechtswissenschaften, in: Wolfgang Kautek/Reinhard Neck/Heinrich Schmidinger (Hrsg.), Wahrheit in den Wissenschaften, Wien/Köln/Weimar 2015, S. 137–160.

Ders., Die „Zusinnung" an den Gesetzgeber: Interpretation oder Rechtsanwendung?, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 73 (2018), S. 459–478.

Ders., Einige Austriaca der Reinen Rechtslehre, in: Clemens Jabloner et alii (Hrsg.), Scharfsinn im Recht. Liber Amicorum Michael Thaler zum 70. Geburtstag, Wien 2019, S. 3–18.

Ders., Zur Entwicklung der Reinen Rechtslehre gegen Ende der Österreichisch-Ungarischen Monarchie, in: Catherine Haguenau-Moizard et alii (Hrsg.), L'Autriche-Hongrie des années 1866–1918: une contribution exceptionnelle à la protection des droits de l'Homme/Das Österreich-Ungarn der Jahre 1866–1918: Ein herausragender Beitrag zum Schutz der Menschenrechte, Nijmegen 2020, S. 101–120.

Ders., Kelsen als Feindbild, in: Juridikum 2 (2022), S. 164–172.

Jabloner, *Clemens/Olechowski*, *Thomas/Zeleny*, *Klaus* (Hrsg.), Hans Kelsen in seiner Zeit, Wien 2019.

Jabloner, *Clemens/Olechowski*, *Thomas/Zeleny*, *Klaus* (Hrsg.), Die Verfassungsentwicklung 1918–1920 und Hans Kelsen, Wien 2020.

Jackson, *Bernard*, Kelsen Between Formalism and Realism, in: Liverpool Law Review 7 (1985), S. 79–93.

Jacobi, *Erwin*, Brief von Erwin Jacobi an Carl Schmitt vom 13. Januar 1926, in: *Carl–Schmitt–Gesellschaft* (Hrsg.), Schmittiana. Neue Folge, Bd. I, Berlin 2011, S. 44–45.

Jakab, *András*, Probleme der Stufenbaulehre. Das Scheitern des Ableitungsgedankens und die Aussichten der Reinen Rechtslehre, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 91 (2005), S. 333–365.

Janik, *Allan/Toulmin*, *Stephen*, Wittgenstein's Vienna, New York 1973.

Jellinek, *Walter*, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, Tübingen 1908.

Jestaedt, *Matthias*, [Buchbesprechung] Gesammelte Schriften von Adolf Julius Merkl, Erster Band: Grundlagen des Rechts. Dorothea Mayer-Maly, Herbert Schambeck, Wolf-Dietrich Grussmann (Hrsg.), in: Der Staat 34 (1995), S. 622–625.

Ders., Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Tübingen 1999.

Ders., Wie das Recht, so die Auslegung. Die Rolle der Rechtstheorie bei der Suche nach der juristischen Auslegungslehre, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 55 (2000), S. 159–179.

Ders., Das mag in der Theorie richtig sein … Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis, Tübingen 2004.

Ders., Rechtsprechung und Rechtsetzung – eine deutsche Perspektive, in: Johannes Masing/Wilfried Erbguth (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen: Europarecht und nationales Recht, Stuttgart 2005, S. 27–79.

Ders., Einleitung, in: Hans Kelsen im Selbstzeugnis, Tübingen 2006, S. 1–19.

Ders., Der „Hüter der Verfassung" als Frage des Rechtsgewinnungsverständnisses – Ein etwas anderer Blick auf die Schriften von Carl Schmitt und Hans Kelsen, in: Olivier Beaud/Pasquale Pasquino (Hrsg.), La controverse sur le „gardien de la Constitution" et la justice constituionnelle. Kelsen contre Schmitt / Der Weimarer Streit um den Hüter der Verfassung und die Verfassungsgerichtsbarkeit Kelsen gegen Schmitt, Paris 2007, S. 155–175.

Ders., „Öffentliches Recht" als wissenschaftliche Disziplin, in: Christoph Engel/Wolfgang Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, Tübingen 2007, S. 241–281.

Ders., Wirken und Wirkungen höchstrichterlicher Judikatur – Rechtsprechung von Grenzorganen aus Sicht der Reinen Rechtslehre, in: Clemens Jabloner (Hrsg.), Wirken und Wirkungen höchstrichterlicher Judikatur, Wien 2007, S. 9–34.

Ders., Perspektiven der Rechtswissenschaftstheorie, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, Tübinger 2008, S. 185–205.

Ders., Hans Kelsens Reine Rechtslehre. Eine Einführung, in: Hans Kelsen, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Studienausgabe der 1. Auflage 1934 hrsg. von Matthias Jestaedt, Tübingen 2008, S. XI–LXVI.

Ders., Von den „Hauptproblemen" zur Erstauflage der „Reinen Rechtslehre", in: Robert Walter/Werner Ogris/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit. Ergebnisse einer internationalen Tagung, veranstaltet von der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs und dem Hans Kelsen-Institut (19.–21. April 2009), Wien 2009, S. 113–135.

Ders., Editorischer Bericht zu „Reichsgesetz und Landesgesetz", in: HKW 3, Tübingen 2010, S. 723–729.

Ders., Editorischer Bericht zu „Über Staatsunrecht", in: HKW 3, Tübingen 2010, S. 734–743.

Ders., Der Einstein der Rechtswissenschaft, in: Hans Kelsen und die Bundesverfassung. Katalog zur Ausstellung im Bezirksmuseum Josefstadt, Wien 2010, S. 27–31.

Ders., Revolution mit Marketingproblemen. Hans Kelsens „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre", in: El primer Kelsen y otros estudios, Sapere Aude – Ius 1 (2010), S. 79–90.

Ders., Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., Berlin/New York 2010, S. 329–378.

Ders., Institutionalisierung von Normativität bei Hans Kelsen, in: Philosophisches Jahrbuch 118 (2011), S. 312–327.

Ders., Wissenschaftliches Recht. Rechtsdogmatik als gemeinsames *Kommunikationsformat* von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 117–136.

Ders., Geltung des Systems und Geltung im System, in: JuristenZeitung 68 (2013), S. 1009–1021.

Ders., Der Staatsrechtslehrer Hans Kelsen – Provokateur aus Leidenschaft. Vier Schlaglichter auf ein Jahrhundert wechselvoller Beziehung, in: Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre, hrsg. von Matthias Jestaedt, Tübingen 2013, S. 1–8.

Ders., Editorischer Bericht zu „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre (1920)", in: HKW 4, Tübingen 2013, S. 775–800.

Ders., Methoden(r)einheit und Disziplinvielheit. Das unvollendete Verwissenschaftlichungskonzept der Reinen Rechtslehre, in: Clemens Jabloner et alii (Hrsg.), Gedenkschrift Robert Walter, Wien 2013, S. 219–236.

Ders., „Kelsens-Zeitschrift". Die Reine Rechtslehre im Spiegel der Zeitschrift für öffentliches Recht, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 69 (2014), S. 655–683.

Ders., Das Postulat einer streng wissenschaftlichen Erkenntnis des Rechts, in: Nikitas Aliprantis/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Die Aktualität eines großen Rechtswissenschafters und Soziologien des 20. Jahrhunderts, Wien 2014, S. 3–12.

Ders., Selbstand und Offenheit der Verfassung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XII: Normativität und Schutz der Verfassung, Heidelberg 2014, S. 327–382.

Ders., Das doppelte Ermessensantlitz. Eine rechtstheoretische Vermessung des administrativen Entscheidungsfreiraums, in: Zeitschrift für Verwaltung 40 (2015), S. 339–347.

Ders., Verfassungskonforme Auslegung – Kollisionsvermeidung durch Konformauslegung, in: Juristische Studiengesellschaft. Jahresband 2016, S. 1–24.

Ders., Hans Kelsen (1881–1973), in: Gerd Kleinheyer/Jan Schröder (Hrsg.), Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten. Eine biographische Einführung in der Geschichte der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Tübingen 2017, S. 244–252.

Ders., Vom Nutzen der Rechtstheorie in der Europäischen Integration, in: Günther Herzig et alii (Hrsg.), Europarecht und Rechtstheorie, Wien 2017, S. 1–18.

Ders., Rechtswissenschaft als normative Disziplin, in: Erich Hilgendorf/Jan C. Joerden (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie, Stuttgart 2017, S. 254–262.

Ders., „Des Wandermüden letzte Ruhestätte". Die Nicht-Remigration Hans Kelsens, in: Margrit Seckelmann/Johannes Platz (Hrsg.), Remigration und Demokratie in der Bundesrepublik nach 1945, Bielefeld 2018, S. 239–262.

Ders., Vom Beruf der Rechtswissenschaft – zwischen Rechtspraxis und Rechtstheorie, in: Horst Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, Tübingen 2018, S. 227–255.

Ders., Wiener Summe: Die „Allgemeine Staatslehre" als Kelsens vollständigstes Werk, in: Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Studienausgabe der Originalausgabe 1925, herausgegeben und eingeleitet von Matthias Jestaedt, Tübingen 2019, S. XI–LXXXIV.

Ders., À la recherche d'un classique méconnu. Hans Kelsens Wiener Meisterwerk, in: Carmine de Angelis/Antonino Scalone (Hrsg.), Liber Amicorum Carrino, Mailand 2020, S. 381–396.

Ders., Die „Entzauberung" des Rechtsdenkens – Hans Kelsens „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre" aus dem Jahre 1911, in: Catherine Haguenau-Moizard et alii (Hrsg.), L'Autriche-Hongrie des années 1866–1918: une contribution exceptionnelle à la protection des droits de l'Homme/Das Österreich-Ungarn der Jahre 1866–1918: Ein herausragender Beitrag zum Schutz der Menschenrechte, Nijmegen 2020, S. 85–100.

Ders., Die Eigengesetzlichkeit des Rechts. Normativität, Kausalität und die Antwort der Verfassung, in: Joachim Rückert/Lutz Raphael (Hrsg.), Autonomie des Rechts nach 1945, Tübingen 2020, S. 1–24.

Ders., Rechtstheorie ohne Metaphysik: Die „Reine Rechtslehre" als jüdische Rechtstheorie?, in: Till van Rahden/Michael Stolleis (Hrsg.), Emanzipation und Recht. Zur Geschichte der Rechtswissenschaft und der jüdischen Gleichberechtigung, Frankfurt am Main 2021, S. 246–265.

Jestaedt, *Matthias/Lepsius*, *Oliver*, Der Rechts- und der Demokratietheoretiker Hans Kelsen – Eine Einführung, in: Hans Kelsen, Verteidigung der Demokratie, hrsg. von Matthias Jestaedt und Oliver Lepsius, Tübingen 2006, S. VII–XXIX.

Jestaedt, *Matthias/Poscher*, *Ralf/Kammerhofer*, *Jörg* (Hrsg.), Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand/Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions, Beiheft 163 des ARSP, Stuttgart 2020.

Jhering, *Rudolf von*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Zweiter Theil, Zweite Abteilung, Leipzig 1858.

Jöckel, *Wilhelm*, Hans Kelsens rechtstheoretische Methode, Tübingen 1930.

Jouanjan, *Olivier*, Faillible Droit, in: Revue européenne des sciences sociales 38 (2000), S. 65–78.

Ders., D'un Retour de l'Acteur dans la Théorie Juridique, in: Revue européenne des sciences sociales 121 (2001), S. 55–64.

Kammerhofer, *Jörg*, Josef Laurenz Kunz, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre, Wien 2008, S. 243–260.
Ders., Uncertainty in international law. A Kelsenian Perspective, London 2011.
Ders., Robert Walter, die Normkonflikte und der zweite Stufenbau des Rechts, in: Clemens Jabloner et alii (Hrsg.), Gedenkschrift Robert Walter, Wien 2012, S. 237–256.
Ders., Positivistische Normbegründung, in: Eric Hilgendorf/Jan C. Joerden (Hrsg.), Handbuch für Rechtsphilosophie, Stuttgart 2017, S. 200–208.
Ders., Der Stufenbau des Völkerrechts. Strukturanalyse statt Quellenmystik, in: Clemens Jabloner/Jan Kuklik/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen in der tschechischen und internationalen Rechtslehre, Wien 2018, S. 173–190.
Ders., Positivist Approaches and International Adjudication, in: Hélène Ruiz Fabri (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law, Oxford 2019.
Ders., International Investment Law and Legal Theory. Expropriation and the Fragmentation of the Sources, London 2021.
Ders., International Legal Positivist Research Methods, in: Rossana Delplano/Nicholas Tsagourias (Hrsg.), Research Methods in International Law: A Handbook, Cheltenham/Northampton 2021, S. 95–110.
Ders., The Interaction of Doctrine and Theory in (International) Legal Scholarship, in: Pauline Westerman/Kostiantyn Gorobets/Andreas Hadjigeorgiou (Hrsg.), Conceptual (Re) Constructions of International Law, Cheltenham/Northampton 2022, S. 9–26.
Ders., Fehlerkalkül ohne Fehler. Die Nomomechanik des Derogationsstufenbaus bei IGH Auslegungsurteilen, in: Clemens Jabloner/Thomas Olechowski/Klaus Zeleny (Hrsg.), Der Stufenbau des Rechts auf dem Prüfstand, Wien 2022, S. 135–171.
Kant, *Immanuel*, Kritik der Reinen Vernunft, 2. Aufl. [1787], in: Kants Werke III, hrsg. von der Preußischen Akademie der Wissenschaften, Berlin 1968.
Kaser, *Max*, Das altrömische ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer, Göttingen 1949.
Kaufmann, *Erich*, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie. Eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft, Tübingen 1921.
Ders., Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, in: VVDStRL 3 (1927), S. 2–24.
Kaufmann, *Felix*, Logik und Rechtswissenschaft. Grundriss eines Systems der reinen Rechtslehre, Tübingen 1922.
Ders., Theorie der Rechtserfahrung oder reine Rechtslehre?, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1922), S. 236–263.
Ders., Kriterien des Rechts, eine Untersuchung über die Prinzipien der juristischen Methodenlehre, Tübingen 1924.
Ders., Die philosophischen Grundprobleme von der Strafrechtsschuld, Leipzig/Wien 1929.
Ders., Zur Methodologie der Sozialwissenschaften, in: Zeitschrift für die Nationalökonomie 5 (1934), S. 241–245.
Ders., Methodenlehre der Sozialwissenschaften, Wien 1936.
Kelsen, *Hans*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911 = HKW 2, S. 21–878.
Ders., Über die Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen 1911 = HKW 3, S. 22–55.
Ders., Die böhmische Verwaltungskommission vor dem Verwaltungsgerichtshof, in: Neue Freie Presse Nr. 17673 vom 5. November 1913 [Abendblatt], S. 3 = HKW 3, S. 105–111.

Ders., [Buchbesprechung] Ludwig Spiegel, Gesetz und Recht, Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellentheorie (1913), in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1914), S. 766–772 = HKW 3, S. 427–438.

Ders., Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, in: Juristische Blätter 42 (1913), S. 229–232 = HKW 3, S. 235–246.

Ders., Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, in: Archiv des öffentlichen Rechts 31 (1913), S. 53–98, 190–249 = HKW 3, S. 247–316.

Ders., Die soziologische und die juristische Staatsidee, in: HKW 3, S. 201–234 (Übersetzung von: Hans Kelsen, Sociologická a právnická idea státní, in: Sborník ved právních a státních 14 [1913/1914)], S. 69–101 = HKW 3, S. 171–199).

Ders., Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt, in: Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 40 (1914), S. 1–114 = HKW 3, S. 439–531.

Ders., Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung, in: Archiv des öffentlichen Rechts 32 (1914), S. 202–245, 390–438 = HKW 3, S. 359–425.

Ders., Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung, in: Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche 40 (1916), S. 1181–1239 = HKW 3, S. 551–605.

Ders., Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob, in: Annalen der Philosophie 1 (1919), S. 630–658 = HKW 4, S. 209–234.

Ders., Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Teil 1, Wien/Leipzig 1919 = HKW 5, S. 24–129.

Ders., Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Wien 1920 = HKW 4, S. 263–572.

Ders., Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1921), S. 453–510 = HKW 6, S. 167–223.

Ders., Eugen Hubers Lehre vom Wesen des Rechts, in: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 34 (1921), S. 217–246 = HKW 6, S. 261–289.

Ders., Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht, Tübingen 1922 = HKW 7, S. 69–350.

Ders., Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung der Freudschen Theorie der Masse, in: Imago. Zeitschrift für Anwendung der Psychoanalyse auf die Geisteswissenschaften 8 (1922), S. 97–141 = HKW 7, S. 27–68.

Ders., Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates, in: Kölner Vierteljahreshefte für Sozialwissenschaften. Zeitschrift des Forschungsinstituts für Sozialwissenschaften in Köln, Reihe A: Soziologische Hefte 2 (1922), Heft 4, S. 18–37.

Ders., Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der „Rechtsdogmatik“, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1922/1923), S. 101–235.

Ders., In eigener Sache, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1922/1923), S. 499–502.

Ders., In eigener Sache, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1922/1923), S. 699–700.

Ders., Das Verhältnis von Gesetz und Verordnung nach der čechoslovakischen Verfassungsurkunde, in: Parlament: revue věnovana otázkám státně-politickým, kulturním à hospodářským 2 (1922/1923), S. 392–396.

Ders., Gott und Staat, in: Logos 11 (1923), S. 261–284 = HKW 7, S. 435–458.

Ders., Vorrede, in: Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 2. Aufl., Tübingen 1923.

Ders., Österreichisches Staatsrecht. Ein Grundriss entwicklungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen 1923.
Ders., Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 17 (1923/1924), S. 374–408.
Ders., Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925.
Ders., Grundriß einer allgemeinen Theorie des Staates, Wien 1926 [Als Manuskript gedruckt].
Ders., Zur Soziologie der Demokratie, in: Der österreichische Volkswirt 19 (1926), S. 209–211, 239– 242.
Ders., Les Rapports de Système entre le Droit Interne et le Droit International Public, in: Recueil des cours: Académie de droit international de la Haye 14 (1926), Paris 1927, S. 231–329.
Ders., Der Staatsbegriff und die Psychoanalyse, in: Almanach [der Psychoanalyse] 2 (1927), S. 135–141.
Ders., Selbstdarstellung [1927], in: Hans Kelsen Werke, Bd. 1, hrsg. von Matthias Jestaedt, Tübingen 2007, S. 19–28.
Ders., Die Idee des Naturrechts, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 7 (1927/1928), S. 221–250.
Ders., Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 2 (1927/1928), S. 71–94.
Ders., Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburg 1928.
Ders., Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, 2. Aufl., Tübingen 1928.
Ders., Diskussionsrede: Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: VVDStRL 4 (1928), S. 168–180.
Ders., Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 5 (1929), S. 30–88.
Ders., La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle), in: Annuaire de l'Institut International de Droit Public 1929, Paris 1929, S. 52–143.
Ders., Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre, in: Juristische Wochenschrift 58 (1929), S. 1723–1726.
Ders., Justiz und Verwaltung, Wien 1929.
Ders., Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 12 (1932), S. 481–608.
Ders., Théorie Générale du Droit International Public: Problèmes Choisis, in: Recueil des cours: Académie de droit international de la Haye 42 (1932), Paris 1933, S. 121–351.
Ders., Methode und Grundbegriff der reinen Rechtslehre, in: Annalen der critischen Philosophie 3 (1933), S. 69–90.
Ders., Staatsform und Weltanschauung, Tübingen 1933.
Ders., Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Wien 1934 (= *Kelsen*, *Hans*, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Studienausgabe hrsg. von Matthias Jestaedt, Tübingen 2008).
Ders., Zur Theorie der Interpretation, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 8 (1934), S. 9–17.
Ders., La dictature de parti, in: Annuaire de l'Institut International de Droit Public 1935, S. 23–40.
Ders., L'ame et le Droit, in: IIe Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique 1935/1936, Paris 1936, S. 60–80.

Ders., Die Ziele der Reinen Rechtslehre, Sonderdruck aus der Festschrift für Prof. Lašrovka, Bratislava 1936.
Ders., The law as a specific social technique, in: University of Chicago Law Review 9 (1941), S. 75–97.
Ders., The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence, in: Harvard Law Review 55 (1941), S. 44–70.
Ders., The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization, in: The Yale Law Journal 53 (1944), S. 207–220.
Ders., The General Theory of Law and State, Cambridge 1945.
Ders., Autobiographie [1947], in: Hans Kelsen Werke, Bd. 1, hrsg. von Matthias Jestaedt, Tübingen 2007, S. 29–92.
Ders., The Law of the United Nations. A Critical Analysis of its Fundamental Problems, London 1950.
Ders., Was ist ein Rechtsakt? in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 4 (1951/1952), S. 263–274.
Ders., Théorie Pure du Droit. Introduction à la Science du Droit, übersetzt von Henri Thévenaz, Paris 1953.
Ders., Was ist die Reine Rechtslehre?, in: Demokratie und Rechtsstaat. Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti, Zürich 1953, S. 143–162.
Ders., Reine Rechtslehre und Egologische Theorie. Antwort auf: Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 5 (1953), S. 449–482.
Ders., Théorie du Droit International Public, in: Recueil des cours: Académie de droit international de la Haye 84 (1953), Leyde 1955, S. 1–203.
Ders., Der Begriff der Rechtsordnung, in: Logique et Analyse 1 (1958), S. 150–167.
Ders., ‚Eine Realistische' und die Reine Rechtslehre. Bemerkungen zu Alf Ross: On Law and Justice, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 10 (1959/1960), S. 1–25.
Ders., Adolf Merkl zu seinem siebzigsten Geburtstag, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 10 (1959/1960), S. 313–323.
Ders., Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, Wien 1960 (= *Kelsen*, *Hans*, Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, Studienausgabe hrsg. von Matthias Jestaedt, Tübingen 2017).
Ders., Vom Geltungsgrund des Rechts, in: Friedrich August von der Heydte et alii (Hrsg.), Völkerrecht und Rechtliches Weltbild. Festschrift für Alfred Verdross, Wien 1960, S. 157–165.
Ders., Der Richter und die Verfassung, in: Das Recht der Arbeit 12 (1962), S. 289–294.
Ders., Derogation, in: Essays in Honor of Roscoe Pound, Indianapolis/New York 1962, S. 339–361.
Ders., Die Grundlage des Naturrechts, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 13 (1963), S. 1–37.
Ders., Die Funktion der Verfassung, in: Verhandlungen des Zweiten Österreichischen Juristentages Wien 1964, Band 2, 7. Teil, Wien 1965, S. 65–76.
Ders., Rechtswissenschaft oder Rechtstheologie?, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 15 (1965), S. 233–255.
Ders., Geltung und Wirksamkeit des Rechts [1965], in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Hans Kelsens stete Aktualität, Wien 2003, S. 5–21.
Ders., Recht und Logik, in: Forum 12 (1965), S. 421–425, 495–500, 579.
Ders., Nochmals: Recht und Logik. Zur Frage der Anwendbarkeit logischer Prinzipien auf Rechtsnormen, in: Neues Forum 14 (1967), S. 39–40.

Ders., Zur Frage des praktischen Syllogismus, in: Neues Forum 15 (1968), S. 333–334.
Ders., Brief von Hans Kelsen an Adolf Julius Merkl vom 15. Februar 1969, in: Max Imboden et alii (Hrsg.), Festschrift für Adolf J. Merkl zum 80. Geburtstag, München/Salzburg 1970, S. 11.
Ders., Allgemeine Theorie der Normen. Im Auftrag des Hans Kelsen-Instituts aus dem Nachlaß hrsg. von Kurt Ringhofer und Robert Walter, Wien 1979.
Ders., Recht und Kompetenz. Kritische Bemerkungen zur Völkerrechtstheorie Georges Scelles, in: Hans Kelsen, Auseinandersetzungen zur Reinen Rechtslehre. Kritische Bemerkungen zu Georges Scelles und Michel Virally, Wien 1987, S. 1–110.
Kelsen, *Hans/Froehlich*, *Georg/Merkl*, *Adolf*, Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich. Teil 5: Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920, Wien 1922 = HKW 8, S. 25–502.
Kelsen, *Hans/Merkl*, *Adolf/Verdross*, *Alfred*, Die Wiener rechtstheoretische Schule, hrsg. von Hans Klecatsky, René Marcic und Herbert Schambeck, 2 Bd., Wien 1968.
Khaitan, *Tarunabh*, On scholactivism in constitutional studies: Skeptical thoughts, in: International Journal of Constitutional Law 20 (2022), S. 547–556.
Klabouch, *Jiří*, Aus Vorgeschichte der Wiener und der Brüner Schule, in: Die normative Theorie im Kontext der Rechtswissenschaft. Sammelband der Beiträge der internationalen Konferenz, Brünn 1991, S. 83–89.
Klausinger, *Hansjörg*, Die Volkswirtschaftslehre an der Hochschule für Welthandel 1918–1973, Wirtschaftsuniversität Wien, Department of Economics, Working Paper Nr. 202 (2015), 57 S.
Ders., Hans Mayer, Last Knight of the Austrian School, Vienna Branch, in: History of Political Economy 47 (2015), S. 271–305.
Ders., The Nationalökonomische Gesellschaft (Austrian Economic Association) in the Interwar Period and Beyond, in: Wirtschaftsuniversität Wien, Working Paper Nr. 195 (2015), 34 S.
Ders., The Nationalökonomische Gesellschaft from its foundation to the postwar period: prosperity and depression, in: Empirica 46 (2019), 487–503.
Klein, *Claude*, Hans (Itzhak Klinghoffer), in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Der Kreis um Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre, Wien 2008, S. 175–184.
Kletzer, *Christoph*, Recht und Unordnung. Versuch einer staatsrechtlichen Grenzziehung, in: Gralf-Peter Calliess/Matthias Mahlmann (Hrsg.), Der Staat der Zukunft, Beiheft 83 des ARSP, Stuttgart 2002, S. 27–39.
Ders., Kelsen's Development of the Fehlerkalkül-Theory, in: Ratio Juris 18 (2005), S. 46–63.
Ders., Towards an Inferential Semantics in Jurisprudence, in: Law and Philosophy 10 (2007), S. 104–117.
Ders., Fritz Sander, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre, Wien 2008, S. 445–470.
Ders., Emanuel Winternitz, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre, Wien 2008, S. 553–564.
Ders., Kelsen, Sander and the *Gegenstandsproblem* of Legal Science, in: German Law Journal 12 (2011), S. 786–810.
Ders., Primitive Law, in: Jurisprudence 4 (2013), S. 263–272.

Ders., Absoluter Positivismus und Normativer Monismus. Zur Idee einer Reinen Rechtslehre, in: Clemens Jabloner et alii (Hrsg.), Gedenkschrift Robert Walter, Wien 2013, S. 257–270.

Ders., Kelsen and Blumenberg: The Legitimacy of the Modern Age, in: King's Law Journal 25 (2014), S. 19–33.

Ders., The normative Jinx, in: Oxford Journal of Legal Studies 37 (2017), S. 1–16.

Ders., The Idea of a Pure Theory of Law, London 2018.

Ders., The Germ of Law, in: Christoph Bezemek/Michael Potacs/Alexander Somek (Hrsg.), Vienna Lectures on Legal Philosophy, V. 1: Legal Positivism, Institutionalism and Globalisation, Oxford/London/New York/New Delhi/Sidney 2018, S. 1–21.

Ders., [Buchbesprechung] Legal Validity: The Fabric of Justice, Maris Köpcke, Hart Publishing, 2019, in: The American Journal of Jurisprudence 64 (2019), S. 275–280.

Ders., Decentralization and the Limits of Jurisprudence, in: Matthias Jestaedt/Ralf Poscher/Jörg Kammerhofer (Hrsg.), Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand/Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions, Beiheft 163 des ARSP, Stuttgart 2020, S. 63–80.

Ders., Philosophy, Law and Permission, in: The American Journal of Jurisprudence 66 (2021), S. 373–393.

Ders., Custom and primitivity. On the unity of the legal technique, in: Edoardo Frezet/Marc Goetzmann/Luke Mason (Hrsg.), Spaces of Law and Custom, London/New York 2022, S. 13–26.

Ders., Der Stufenbau als Archetyp des Rechts?, in: Clemens Jabloner/Thomas Olechowski/Klaus Zeleny (Hrsg.), Der Stufenbau des Rechts auf dem Prüfstand, Wien 2022, S. 1–23.

Ders., Law as Peace (Or Why I am Still a Hard-Core Positivist), in: The American Journal of Jurisprudence 67 (2022), S. 223–245.

Klinghoffer, *Hans*, Über mehrfache Auslegungsmöglichkeiten, in: Revue Internationale de Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, Neue Folge 1 (1939), S. 187–203.

Ders., Kelsens Beitrag zur Lehre vom Verwaltungsrecht, in: Salo Engel/Rudolf Aladár Métall (Hrsg.), Law, State, and International Legal Order, Knoxville 1964, S. 139–152.

Ders., Ein Jurist des öffentlichen Rechts auf Wanderwegen, in: Jahrbuch des Öffentlichen Rechts 34 (1985), S. 71–88.

Köck, *Heribert Franz*, Vita ed Opera del Giurista Austriaco Alfred Verdross, in: Römische Historische Mitteilungen 34/35 (1992/1993), hrsg. von Otto Kresten und Adam Wandruska, S. 300–326.

Kojève, *Alexander*, Essai d'une histoire raisonnée de la philosophie païenne, Bd. 1: Les présocratiques, Paris, 1997.

Koplenig, *Hilde*, „… genug Geschichte erlebt." Hilde Koplenig (1904–2002): Erinnerungen, hrsg. von Ilse Korotin und Karin Nusko, Wien 2008.

Korb, *Axel-Johannes*, Sander gegen Kelsen. Geschichte einer Feindschaft, in: Robert Walter/Werner Ogris/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit. Ergebnisse einer internationalen Tagung, veranstaltet von der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs und dem Hans Kelsen-Institut (19.–21. April 2009), Wien 2009, S. 195–208.

Ders., Kelsens Kritiker. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechts- und Staatstheorie (1911–1934), Tübingen 2010.

Kormann, *Karl*, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Verwaltungs- und prozeßrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts, Berlin 1910.

Körner, *Alois*, Studien zum Recht der öffentlichen Wege, Leipzig/Wien 1932.

Kornfeld, *Ignaz*, Soziale Machtverhältnisse. Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Recht auf soziologischer Grundlage, Wien 1911.
Koschaker, *Paul*, Europa und das römische Recht, München/Berlin 1947.
Koslowski, *Peter*, Gesellschaft und Staat. Ein unvermeidlicher Dualismus, Tübingen 1985.
Kotsoglou, *Kyriakos*, [Buchbesprechung] Sabine Müller-Mall: Performative Rechtserzeugung – Weilerswist: Velbrück, 2012. 204 S., in: JuristenZeitung 68 (2013), S. 185–187.
Ders., Der normative Zugang zur Welt, in: Jan Schuhr (Hrsg.), Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft, Tübingen 2014, S. 73–122.
Ders., Forensische Erkenntnistheorie. Der inferentielle Kontextualismus und die Funktion der kontextrelevanten Zweifel im Strafverfahren – Zugleich eine analytische Perspektive zur Sachverhaltsfeststellungsdogmatik, Berlin 2015.
Ders., Strafrechtsdogmatik und Allgemeinverständlichkeit. Wer hat die Deutungshoheit über die Rechtsbegriffe?, in: Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik 5 (2017), S. 257–263.
Ders., Das Fehlurteil gibt es nicht, in: JuristenZeitung 3 (2017), S. 123–132.
Kraft-Fuchs, *Margit*, Prinzipielle Bemerkungen zu Carl Schmitts Verfassungslehre, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 9 (1930), S. 511–541.
Dies., Kelsens Staatstheorie und die Soziologie des Staates, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 11 (1931), S. 402–414.
Krenn, *Martin/Tatzber-Schebach*, *Michael*, Alfred Klahr (1904–1944) – Neue Forschungen zu seiner Biographie, in: Alfred Klahr Gesellschaft. Mitteilungen 19 (2012), S. 1–10.
Kresge, *Stephen*, Hayek on Hayek. An Autobiographical Dialogue, London 1994.
Krijnen, *Christian*, Hegel und der Neukantianismus. Eine systematische Konfrontation, in: Dietmar Heidemann/Christian H. Krijnen (Hrsg.), Hegel und die Geschichte der Philosophie, Darmstadt 2007, S. 301–325.
Kristan, *Andrej*, A Paradox of Hart's Fallible Finality, in: Analisi e Diritto 2016, S. 339–345.
Ders., Another Way to Meet Hart's Challenge, in: Kenneth Einar Himma/Miodrag Jovanović/Bojan Spaić (Hrsg.), Unpacking Normativity. Conceptual, Normative and Descriptive Issues, Oxford/London/New York/New Delhi/Sydney 2018, S. 177–186.
Kubeš, *Vladimír*, Reine Rechtslehre in der Tschechoslowakei, in: Hans Kelsen-Institut (Hrsg.), Der Einfluss der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern, Wien 1978, S. 137–150.
Kubeš, *Vladimír/Weinberger*, *Ota* (Hrsg.), Die Brünner rechtstheoretische Schule, Wien 1980.
Kuch, *David*, Die Autorität des Rechts. Zur Rechtsphilosophie von Joseph Raz, Tübingen 2016.
Ders., Die Kontinuität von Rechtsordnungen. Eine rechtstheoretische Annäherung an die Zeitlichkeit des Rechts, in: Rechtswissenschaft 11/2 (2020), S. 116–144.
Kucsko-Stadlmayer, *Gabriele*, Merkls Rechtskraftlehre, in: Robert Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit, Wien 1990, S. 117–138.
Dies., Der Beitrag Adolf Merkls zur Reinen Rechtslehre, in: Robert Walter (Hrsg.), Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre, Wien 1992, S. 107–122.
Kunz, *Josef Laurenz*, Sander contra Kelsen, in: Gerichtszeitung 73 (1922), S. 25–27, 39–42.
Ders., Völkerrechtswissenschaft und reine Rechtslehre, Wien/Leipzig 1923.
Ders., [Buchbesprechung] Fritz Sander, Staat und Recht. Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung, Wiener staatswissenschaftliche Studien. Herausgegeben in Verbindung mit Friedrich Wieser und Othmar Spann von Hans Kelsen, neue Folge. Band 1, Verlag Franz Deuticke 1922, 1304 S., in: Archiv des öffentlichen Rechts 5 (1923), S. 249–268.

Ders., [Buchbesprechung] Alfred Verdross, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung. Mohr, Tübingen 1923. 171 S. Preis MK. 6, in: Archiv des öffentlichen Rechts 7 (1924), S. 120–126.

Ders., [Buchbesprechung] Adolf Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft. Entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung. Wiener Staatswissenschaftliche Studien. Alte Folge. XV. Bd., 2. Heft. Leipzig und Wien. F. Deuticke, 1923, 302. S., in: Zeitschrift für öffentliches Recht 4 (1924/1925), S. 355–362.

Ders., Die völkerrechtliche Option, Bd. 1, Breslau 1925.

Ders., [Buchbesprechung] Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie. Von Siegfried Marck, 156 Seiten, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1925, M 5, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 5 (1926), S. 475–481.

Ders., Die Rechts- und Staatslehre Léon Duguits, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 1 (1926), S. 140–152.

Ders., L'option de nationalité, in: Recueil des cours: Académie de droit international de la Haye 31 (1930), Paris 1931, S. 107–176.

Ders., Hans Kelsen zu seinem 50. Geburtstag, in: Neue Freie Presse Nr. 24092 vom 10. Oktober 1931, S. 3.

Ders., Statisches und Dynamisches Völkerrecht, in: Alfred Verdross (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, Festschrift: Hans Kelsen zum 50. Geburtstage gewidmet, Berlin 1931, S. 217–251.

Ders., L'article XI du Pacte de la Societè des Nations, in: Recueil des cours: Académie de droit international de la Haye 39 (1932), Paris 1933, S. 679–820.

Ders., The ‚Vienna School' and international law, in: New York University Law Quarterly Review 11 (1933/1934), S. 370–421.

Ders., Revolutionary Creation of Norms of International Law, in: The American Journal of Constitutional Law 41 (1947), S. 119–126.

Ders., El desarollo de la Teoría Pura del Derecho: 1905–1911, in: Josef L. Kunz, Teoría Pura del Derecho: Cuatro conferencias en la Escuela Nacional de Jurisprudencia, Ciudad de México 1948, S. 1–38.

Ders., Was ist die Reine Rechtslehre?, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1948), S. 271–290.

Ders., [Buchbesprechung] Towards a Realistic Jurisprudence. A Criticism of the Dualism in Law, by Alf Ross, in: The American Journal of International Law 44 (1950), S. 232–233.

Kurrild-Klitgaard, *Peter*, The viennese connection: Alfred Schutz and the Austrian School, in: The Quarterly Journal of Austrian Economics 35 (2003), S. 35–67.

Lakatos, *Imre*, Falsification and the Methodology of Scientific Research Programmes [1970], in: Imre Lakatos, The Methodology of Scientific Research Programmes. Philosophical Papers, Bd. 1, hrsg. von John Worral und Gregory Currie, New York 1978, S. 8–101.

Langford, Peter/Bryan, Ian, Hans Kelsen's Concept of Normative Imputation, in: Ratio Juris 26 (2013), S. 85–110.

Lask, *Emil*, Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre, Tübingen 1911.

Lecoutre, *François*, La controverse entre Hans Kelsen et Eric Voegelin en théorie du droit et en théorie politique, Paris 2020.

Legaz y Lacambra, *Luiz*, Kelsen. Estudio crítico de la teoría pura del derecho y del Estado de la Escuela de Viena, Barcelona 1933.

Ders., Kelsen hoy, in: Anuario de Filosofía del Derecho (1971/1972), S. 77–92.

Leijonhufvud, *Axel*, Wandering thoughts on the migration of knowledge, in: Hagen M. Krämer/Heinz D. Kurz/Hans-Michael Trautwein (Hrsg.), Macroeconomics and the History of Economic Thought, London/New York 2012, S. 165–169.

Leiter, *Brian*, American Legal Realism, in: Martin P. Golding/William A. Edmundson (Hrsg.), The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, Oxford 2005, S. 50–66.

Lembke, *Ulrike*, Einheit aus Erkenntnis. Zur Unzulässigkeit der verfassungskonformen Gesetzesauslegung als Methode der Normkompatibilisierung durch Interpretation, Berlin 2009.

Ders., Adolf Julius Merkls Stufenbau der Rechtsordnung: Rechtsstaat, demokratiekompatible Verrechtlichung und das Jenseits des positiven Rechts, in: Detlef Lehnert (Hrsg.), Verfassungsdenker: Deutschland und Osterreich 1870–1970, Berlin 2017, S. 195–218.

Lennartz, *Jannis*, Dogmatik als Methode, Tübingen 2017.

Leonard, *Robert*, Von Neumann, Morgenstern and the creation of game theory: from chess to social science, 1900–1960, Cambridge 2010.

Lepsius, *Oliver*, Kritik der Dogmatik, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hrsg.), Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 39–62.

Ders., Hans Kelsen und die Pfadabhängigkeit in der deutschen Staatsrechtslehre, in: Matthias Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre. Stationen eines wechselvollen Verhältnisses, Tübingen 2013, S. 241–266.

Ders., Relationen. Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft, Tübingen 2016.

Ders., Normpluralismus als Ausdruck der Funktionsrationalität des Rechts, in: Rechtsgeschichte/Legal History 25 (2017), S. 152–161.

Ders., Normenhierarchie und Stufenbau der Rechtsordnung, in: JuS 2019, S. 950–954.

Leser, *Norbert*, Skurrile Begegnungen. Mosaike zur österreichischen Geistesgeschichte, Wien 2011.

Levy, *Heinrich*, Die Hegel-Renaissance in der deutschen Philosophie: mit besonderer Berücksichtigung des Neukantianismus, Charlottenburg 1927.

Lieberman, *E. James*, Acts of Will. The Life and Work of Otto Rank, New York 1985.

Lijoi, *Federico*, Stato e Diritto: Fritz Sander e la polemica con Hans Kelsen, in: Federico Lijoi, Scienza Giuridica, Democrazia e Diritto. Interpretazione Costituzionali in Austria Dall'Impero alla Repubblica, Roma 2012, S. 111–128.

Ders., Fritz Sander, in: Enrico Pattaró/Corrado Roversi (Hrsg.), A Treatise in Legal Philosophy and General Jurisprudence, Bd. 12: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World, Cham 2016, S. 124–129.

Lijoi, *Federico/Trincia*, *Francesco Saverio*, L'anima e lo Stato. Hans Kelsen e Sigmund Freud, Brescia 2015.

Lippold, *Rainer*, Geltung, Wirksamkeit und Verbindlichkeit von Rechtsnormen, in: Rechtstheorie 19 (1988), S. 464–489.

Ders., Um die Grundlagen der Normenlogik, in: Robert Walter (Hrsg.), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II, Wien 1988, S. 146–192.

Ders., Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin. Zur Theorienstruktur in der Rechtswissenschaft am Beispiel der Allgemeinen Strafrechtslehre, Wien/New York 1989.

Ders., Gilt im deutschen Recht ein Fehlerkalkül für Gesetze?, in: Der Staat 29 (1990), S. 185–208.

Ders., Recht und Ordnung. Statik und Dynamik der Rechtsordnung, Wien 2000.

Löbl, *Rudolf*, Das Problem der Reinen Rechtslehre, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1922/1923), S. 402–448.

Ders., Geltendmachung fremder Forderungsrechte im eigenen Namen: ein Beitrag von der Innen- und Außenwirkung der Obligation, I. Teil, in: Archiv für die civilistische Praxis 129 (1928), S. 257–339.

Ders., Geltendmachung fremder Forderungsrechte im eigenen Namen: ein Beitrag zur Lehre von der Innen- und Außenwirkung der Obligation, II. Teil, in: Archiv für die civilistische Praxis 130 (1929), S. 1–72.
Loidolt, *Sophie*, Einführung in die Rechtsphänomenologie, Tübingen 2010.
Losano, *Mario G.*, Das Verhältnis von Wirksamkeit und Geltung in der Reinen Rechtslehre, in: Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion, Wien 1982, S. 82–96.
Ders., La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo, in: Hans Kelsen, Teoria Generale delle Norme, Torino 1985, S. XVII–LXI.
Ders., De los „Problemas Fundamentales de la Teoría Jurídica del Estado" a la „Teoría General del Estado", in: Mario G. Losano, Teoría Pura del Derecho: Evolución y Puntos Cruciales, Bogotá 1992, S. 3–28.
Ders., Hans Kelsen: Una biografía cultural mínima, in: Derecho y Libertades 14 (2006), S. 113–128.
Luhmann, *Niklas*, Positives Recht und Ideologie, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 53 (1967), S. 531–571.
Ders., Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1974.
Ders., Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft, in: Niklas Luhmann, Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt 1981, S. 113–153.
Ders., Die Einheit des Rechts, in: Rechtstheorie 14 (1983), S. 129–154.
Ders., Rechtssoziologie, 3. Aufl., Opladen 1987.
Ders., Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts in: Rechtstheorie 19 (1988), S. 11–27.
Ders., Die Geltung des Rechts, in: Rechtstheorie 22 (1991), S. 273–286.
Ders., Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt 1993.
Ders., Systemtheorie der Gesellschaft, hrsg. von Johannes F. K. Schmidt und André Kieserling, Berlin 2017.
Manguel, *Alberto*, A History of Reading, Toronto 1996.
Marcic, *René*, Die bedingte Natur des positiven Rechts, in: JuristenZeitung 15 (1960), S. 198–203.
Ders., Verfassung und Verfassungsgericht, Wien 1963.
Ders., Verfassungsgerichtsbarkeit und Reine Rechtslehre, Wien 1966.
Ders., Merkls ontologische Theorie der Rechtskraft, in: Max Imboden et alii (Hrsg.), Festschrift für Adolf Julius Merkl zum 80. Geburtstag, München/Salzburg 1970, S. 223–245.
Marck, *Siegfried*, Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie, Tübingen 1925.
Mattern, *Johannes*, Concepts of State, Sovereignty and International Law. With special reference to the juristic conception of the State, Maryland/London 1928.
Mayer, *Hans*, Ein Deutscher auf Widerruf, Bd. I, Frankfurt am Main 1982.
Mayer, *Heinz*, Die Interpretationstheorie der Reinen Rechtslehre, in: Robert Walter (Hrsg.), Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre, Wien 1992, S. 61–70.
Ders., Die Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in: Robert Walter (Hrsg.), Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre, Wien 1992, S. 37–46.
Ders., Das Fehlerkenntnis eines Höchstgerichts – ein Nichtakt?, in: Clemens Jabloner et alii (Hrsg.), Gedenkschrift Robert Walter, Wien 2013, S. 473–485.
Mayer, *Otto*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 2. Aufl., Leipzig 1914.
Mayer-Maly, *Theo*, Der liberale Gedanke und das Recht, in: Max Imboden et alii (Hrsg.), Festschrift für Adolf Julius Merkl zum 80. Geburtstag, München/Salzburg 1970, S. 247–254.
McCraw, *Thomas*, Prophet of Innovation. Joseph Schumpeter and Creative Destruction, Cambridge/London 2006.

Mehring, *Reinhard* (Hrsg.), „Auf der gefahrenvollen Straße des öffentlichen Rechts“, Briefwechsel Carl Schmitt – Rudolf Smend 1921–1961, 2. Aufl., Berlin 2011.

Ders., „Viel Papier beschrieben/und im Irrtum geblieben?“ Thomas Olechowskis kolossale Kelsen-Biographie, in: Der Staat 59 (2020), S. 451–462.

Mejer, *Jørgen*, Überlieferung der Philosophie im Altertum: Eine Einführung, Kopenhagen 2000.

Melville, *Hermann*, Moby-Dick: or, The Whale [1851], London 2009.

Menger, *Karl*, Reminiscences of the Vienna Circle and the Mathematical Colloquium, Dordrecht 1994.

Merkl, *Adolf Julius*, [Buchbesprechung] Erich Jung, Das Problem des natürlichen Rechts (1912), in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Rechts 1 (1914), S. 570–578 = Merkl-GS I/1, S. 3–18.

Ders., [Buchbesprechung] Rudolf Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft, Halle a.d.S. 1911, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1915), S. 113–123 = Merkl-GS I/1, S. 45–62.

Ders., [Buchbesprechung] Philipp Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1914, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1915) S. 392–395 = Merkl-GS I/1, S. 27–32.

Ders., [Buchbesprechung] Hans Reichel, Gesetz und Richterspruch, Zürich 1915, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1915), S. 518–521 = Merkl-GS I/1, S. 147–153.

Ders., Das kaiserliche Patent vom 26. Juli 1913 und das richterliche Überprüfungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre über den Unterschied von Justiz und Verwaltung, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1915), S. 295–308 = Merkl-GS III/1, S. 3–17.

Ders., Die Verordnungsgewalt im Kriege, in: Juristische Blätter 44 (1915), S. 375–376, 387–388 [von der Zensur gestrichen], 509–512; 45 (1916), S. 397–399, 409–411, 493–495, 505–507, 517–519; 48 (1919), S. 337–341 = Merkl-GS II/1, S. 3–69.

Ders., Grenzen der Kompetenz des Verwaltungsgerichtshofes, in: Juristische Blätter 45 (1916), S. 313–316 = Merkl-GS II/1, S. 83–93.

Ders., Das Wesen des Religionsaustrittes, in: Juristische Blätter 45 (1916), S. 433–436 = Merkl-GS III/1, S. 437–445.

Ders., Zum Interpretationsproblem, in: Grünhut’sche Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 42 (1916), S. 535–556 = Merkl-GS I/1, S. 63–84.

Ders., Die Unveränderlichkeit von Gesetzen – ein normlogisches Prinzip. Eine Erwiderung an Herr Prof. Dr. Weyr, in: Juristische Blätter 46 (1917), S. 97–98, 109–111, 571 = Merkl-GS I/1, S. 155–168.

Ders., Das Recht im Lichte seiner Anwendung, Hannover 1917.

Ders., Das Recht im Lichte seiner Anwendung, in: Deutsche Richterzeitung 8 (1916), Sp. 584–592; 9 (1917), Sp. 162–176, 394–398, 443–450; 11 (1919), Sp. 290–298 = Merkl-GS I/1, S. 85–146.

Ders., Die Rechtseinheit des österreichischen Staates. Eine staatsrechtliche Untersuchung auf Grund der Lehre von der lex posterior, in: Archiv des öffentlichen Rechts 37 (1918), S. 56–212 = Merkl-GS I/1, S. 169–226.

Ders., [Buchbesprechung] Dr. phil. Otto, Oberlandesgerichtsrat, Die Gewißheit des Richterspruchs, Hannover 1915, Helwingsche Verlagsbuchhandlung, 86 Seiten, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1918), S. 603–605.

Ders., Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts, in: Juristische Blätter 47 (1918), S. 425–427, 444–447, 463–465 = Merkl-GS I/1, S. 227–252.

Ders., Staatszweck und öffentliches Interesse. Ein Beitrag zur Nomenklatur der Verwaltungsrechtslehre, in: Verwaltungsarchiv: Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit 27 (1919), S. 268–282 = Merkl-GS III/1, S. 61–75.

Ders., Die Verfassung der Republik Deutschösterreich. Ein kritisch-systematischer Grundriß, Wien/Leipzig 1919.

Ders., Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 456–467 = Merkl-GS I/1, S. 267–279.

Ders., Freirecht und Richterfreiheit, in: Schweizerische Juristen-Zeitung 16 (1920), S. 266–268 = Merkl-GS I/1 S. 259–266.

Ders., Hans Kelsens System einer reinen Rechtstheorie, in: Archiv des öffentlichen Rechts 41 (1921), S. 171–201 = Merkl-GS I/1, S. 291–316.

Ders., Die gerichtliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen, in: Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis 39 (1921), S. 569–609 = Merkl-GS II/1, S. 393–438.

Ders., Zum rechtstechnischen Problem der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung. Mit besonderer Berücksichtigung der deutschösterreichischen Bundesverfassung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1921), S. 336–359 = Merkl-GS II/1, S. 299–320.

Ders., Neue Wege der Rechtswissenschaft, in: Schweizerische Juristen-Zeitung 18 (1921/1922), S. 303–307 = Merkl-GS I/1, S. 329–338.

Ders., [Buchbesprechung] Kelsen, Hans, o. ö. Universitätsprofessor in Wien, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen 1920, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 320 S., in: Kant-Studien 27 (1922), S. 215–217 = Merkl-GS II/2, S. 609–613.

Ders., Gesetzesrecht und Richterrecht, in: Prager Juristische Zeitschrift 2 (1922), Sp. 337–344 = Merkl-GS I/1, S. 317–327.

Ders., Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff, Leipzig/Wien 1923.

Ders., [Buchbesprechung] Adolf Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff, Wien 1923, in: Zeitschrift für Verwaltung 57 (1924), S. 26–28 = Merkl-GS I/1, S. 365–368.

Ders., Ein Kampf gegen die normative Jurisprudenz (Zum Streit um Kelsens Rechtslehre), Wien 1924 = Merkl-GS I/1, S. 339–364.

Ders., Justizirrtum und Rechtswahrheit, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 45 (1925), S. 452–465 = Merkl-GS I/1, S. 369–384.

Ders., Eine allgemeine Staatslehre. Zum neuesten Werke Hans Kelsens, in: Neue Freie Presse Nr. 21944 vom 17. Oktober 1925, S. 2.

Ders., Das Problem der Rechtskontinuität und die Forderung des einheitlichen rechtlichen Weltbildes, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 5 (1926), S. 497–527 = Merkl-GS I/1, S. 385–424.

Ders., [Buchbesprechung] James Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, Berlin 1925, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 7 (1927), S. 119–126 = Merkl-GS I/1, S. 425–436.

Ders., Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin 1927.

Ders., Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 5 (1929), S. 218–222, 226–227.

Ders., Entwicklung und Reform des Beamtenrechts, in: VVDStRL 7 (1932), S. 55–104, 127–130 = Merkl-GS III/2, S. 51–106.

Ders., Professor Hans Kelsen zu seinem Abschied von Wien, in: Neue Freie Presse Nr. 23751 vom 26. Oktober 1930, S. 7 = Merkl-GS III/2, S. 363–365.

Ders., Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in: Alfred Verdross (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Festschrift: Hans Kelsen zum 50. Geburtstage gewidmet, Wien 1931, S. 252–294 = Merkl-GS I/1, S. 437–492.

Ders., Individualismus und Universalismus als staatliche Baugesetze, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 8 (1934), S. 243–265 = Merkl-GS I/2, S. 85–114.

Ders., Baustile des modernen Staates, in: Zeitschrift für Wissenschaft, Kunst und Literatur 1 (1946), S. 225–242 = Merkl-GS I/2, S. 471–494.

Ders., [Selbstdarstellung] Adolf Julius Merkl, in: Nikolaus Graus (Hrsg.), Österreichische Rechts- und Staatswissenschaften der Gegenwart in Selbstdarstellungen, Innsbruck 1952, S. 137–159.

Ders., František Weyr. Nachruf, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 5 (1953), S. 5–14 = Merkl-GS III/2, S. 467–478.

Ders., Idee und Gestalt der politischen Freiheit. Politische Freiheit als möglicher Staatsinhalt, in: Demokratie und Rechtsstaat. Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti, Zürich 1953, S. 163–194 = Merkl-GS I/2, S. 579–609.

Ders., Ein kultureller Vorposten Österreichs geblieben. Zum 70. Geburtstag von Dr. Hans Kelsen, in: Wiener Zeitung Nr. 234 vom 10. Oktober 1956, S. 3.

Ders., Der Vater der Verfassung 80 Jahre. Eine Würdigung Hans Kelsens zu dessen Geburtstag am 11. Oktober, in: Die Presse vom 10. Oktober 1961, S. 4 = Merkl-GS III/2, S. 501–503.

Ders., Zum 80. Geburtstag Hans Kelsens. Reine Rechtslehre und Moralordnung, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 11 (1961), S. 293–313 = Merkl-GS I/1, S. 629–655.

Ders., Entwickelt sich Österreichs Rechtswissenschaft?, in: Norbert Leser (Hrsg.), Österreich – geistige Provinz?, Wien 1965, S. 280–312 = Merkl-GS III/2, S. 513–545.

Ders., Gesammelte Schriften, hrsg. von Dorothea Mayer-Maly, Herbert Schambeck und Wolf-Dieter Grussmann, Berlin, I/1 (1993), I/2 (1995), II/1 (1999), II/2 (2002), III/1 (2006), III/2 (2009).

Métall, *Rudolf Aladár*, Einrichtung, Tätigkeit und Ziele des Institut International de Droit Public, in: Österreichisches Verwaltungsblatt 2 (1931), S. 45–48.

Ders., Die politische Befangenheit der Reinen Rechtslehre, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 10 (1936), S. 163–177.

Ders., Hans Kelsen. Leben und Werk, Wien 1969.

Ders., Hans Kelsen und seine Wiener Schule der Rechtstheorie, in: Hans Kelsen-Institut (Hrsg.), Hans Kelsen zum Gedenken, Wien 1974, S. 15–26.

Ders. (Hrsg.), 33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre, Wien 1974.

Mises, *Ludwig von*, Eugen v. Böhm-Bawerk. Zu seinem 10. Todestag, in: Neue Freie Presse Nr. 21539 vom 27. August 1924, S. 9.

Ders., Erinnerungen von Ludwig v. Mises, Stuttgart 1978.

Ders., Notes and Recollections – With the historical Setting of the Austrian School of Economics, Indianapolis 2013.

Mokre, *Hans*, Theorie des Gewohnheitsrechts. Problementwicklung und System, Berlin 1932.

Ders., Zur Theorie des Gewohnheitsrechts, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 12 (1932), S. 386–451.

Möllers, *Christoph*, Über die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität, Berlin 2015.

Moór, *Julius*, Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus, in: Alfred Verdross (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur reinen Rechtslehre. Festschrift: Hans Kelsen zum 50. Geburtstage gewidmet, Wien 1931, S. 58–105.

Ders., Das Logische im Recht, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 2 (1928), S. 157–203.

Moreso Mateos, *José Juan*, Sobre Normas Inconstitucionales, in: Revista Española de Derecho Constitucional 38 (1993), S. 91–115.

Müller-Mall, *Sabine*, Performative Rechtserzeugung. Eine theoretische Annäherung, Göttingen 2012.

Ders., Rekursion. Rezeption. Relation. Rechtstheoretische Aspekte des Performativen, in: Lars Bülow et alii (Hrsg.), Performativität in Sprache und Recht, Berlin/Boston 2016, S. 21–34.

Müller, *Karl H.*, Die Idealwelten der österreichischen Nationalökonomen, in: Friedrich Stadler (Hrsg.), Vertriebene Vernunft I. Emigration und Exil österreichischer Wissenschaft 1930–1940, Wien 1987, S. 238–275.

Müller, *Reinhard*, Das Leben Othmar Spanns: Ein Vortrag von Hans Riehl 1954. Eingeleitet, herausgegeben und kommentiert von Reinhard Müller, in: Martin Endreß/Klaus Lichtblau/Stephan Moebius (Hrsg.), Zyklos 1. Jahrbuch für Theorie und Geschichte der Soziologie 2015, S. 341–353.

Münkler, *Laura*, Der Nichtakt. Eine dogmatische Rekonstruktion, Berlin 2015.

N.N., Dekanwahl an der juristischen Fakultät, in: Neues Wiener Journal Nr. 9553 vom 14. Juni 1920, S. 2.

N.N., Das Leichenbegräbnis Karl Mengers, in: Neue Freie Presse Nr. 20298 vom 2. März 1921 [Morgenblatt], S. 7.

N.N., Internationales Institut für öffentliches Recht (Institut international de droit public), in: Zeitschrift für öffentliches Recht 7 (1928), S. 321–327.

N.N., Philosophers Clash on Prague Congress, in: New York Times vom 6. September 1934, S. 21.

Nagao, *Ryuichi*, Hans Kelsen in Japan, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Hans Kelsen anderswo/Hans Kelsen abroad. Der Einfluss der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern, Teil III, Wien 2010, S. 204–225.

Nagel, *Thomas*, Mortal Questions, Cambridge 1979.

Nawiasky, *Hans*, Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl., Köln 1948.

Nelböck, *Friedrich*, Ich war sein erster Schüler. Erinnerungen an den großen Rechtslehrer Dr. Hans Kelsen, in: Sudetenpost vom 12. Dezember 1974, S. 4.

Neumann, *Ulfrid*, Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 101 (1989), S. 52–74.

Neumann, *Volker*, Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre, in: Humboldt Forum Recht 9 (2012), S. 149–166.

Nieto, *Alejandro*, El arbitrio judicial, Barcelona 2000.

Novak, *Richard*, Die Fehlerhaftigkeit von Gesetzen und Verordnungen. Zugleich ein Beitrag zur Gesetzes- und Verordnungskontrolle durch den Verfassungsgerichtshof, Wien/New York 1967.

Oberkofler, *Gerhard*, Ludwig Spiegel und Kleo Pleyer. Deutsche Misere in der Biografie zwei sudetendeutscher Intellektueller, Innsbruck/Wien/Bozen 2012.

Oberkofler, *Gerhard*/*Goller*, *Peter*, Der junge Alfred Klahr im Umfeld der Kelsen-Schule, in: Mitteilungen der Alfred Klahr Gesellschaft 1 (1997), S. 1–3.

Oestmann, *Peter*, Wege der Rechtsgeschichte. Gerichtsbarkeit und Verfahren, Köln/Weimar/Wien 2015.

Ders., Die Entwicklung moderner Instanzenzüge und Rechtsmittel, in: Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe. Jahresband 2015, Heidelberg 2016, S. 103–126.

Ogorek, *Regina*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert. Rechtsprechung, Materialien und Studien, Frankfurt am Main 1986.

Öhlinger, *Theo*, Der Stufenbau der Rechtsordnung. Rechtstheoretische und ideologische Aspekte, Wien 1975.

Olechowski, *Thomas*, Zweihundert Jahre österreichisches Rechtsstudium. Rückblicke und Ausblicke, in: Clemens Jabloner et alii (Hrsg.), Vom praktischen Wert der Methode. Festschrift Hans Mayer zum 65. Geburtstag, Wien 2011, S. 455–477.

Ders., Hans Kelsen und die Berufungen nach Graz, Czernowitz und Wien 1916–1919, in: Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs 2014, S. 254–265.

Ders., Die Entwicklung und Ausdifferenzierung der rechts- und staatswissenschaftlichen Disziplinen, in: Katharina Kniefacz et alii (Hrsg.), Universität – Forschung – Lehre. Themen und Perspektiven im langen 20. Jahrhundert, Göttingen 2015, S. 183–202.

Ders., Jurisprudenz oder Rechtswissenschaft? – Zur Entwicklung der wissenschaftlichen Leitbilder der juristischen Fakultät der Universität Wien seit 1852, in: Karl Anton Fröschl et alii (Hrsg.), Reflexive Innensichten aus der Universität, Wien 2015, S. 401–416.

Ders., Legal Hierarchies in the Works of Hans Kelsen and Adolf Julius Merkl, in: Ulrike Müßig (Hrsg.), Reconsidering Constitutional Formation II, Decisive Constitutional Normativity, Cham 2018, S. 353–362.

Ders., Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers. Unter Mitarbeit von Jürgen Busch, Tamara Ehs, Miriam Gassner und Stefan Wedrac, 2. Aufl., Tübingen 2021.

Olechowski, *Thomas/Ehs*, *Tamara/Staudigl-Ciechowicz*, *Kamila*, Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1918–1938, Göttingen 2014.

Olivecrona, *Karl*, Law as a fact, 2. Aufl., London 1971.

Olshausen, *Henning von*, Die Wirksamkeit des Gesetzes und der Geltungsanspruch der Verfassung, in: JuristenZeitung 22 (1967), S. 116–120.

Ooyen, *Robert Chr. van*, Hans Kelsen – neuere Forschungen und Literatur, Frankfurt 2019.

Opałek, *Kazimierz*, Statisches und dynamisches Normensystem, in: Heinz Mayer (Hrsg.), Staatsrecht in Theorie und Praxis, Wien 1991, S. 507–518.

Oral History Program – University of California (Hrsg.), Nobel Prize-Winning Economist Friedrich A. von Hayek, Los Angeles 1983.

Ossenbühl, *Fritz*, Eine Fehlerlehre für untergesetzliche Normen, in: Neue Juristische Woche 1986, S. 2805–2812.

Osterkamp, *Jana*, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei (1920–1939), Frankfurt am Main 2009.

Otaka, *Tomoo*, Grundlegung der Lehre vom Sozialen Verband, Wien 1932.

P.D., Z Kongresu Filosofů v Praze, in: Rudé Právo Nr. 132 vom 6. September 1934, S. 4.

Paulson, *Stanley*, Constraints on Legal Norms: Kelsen's View in the Essays, in: The University of Chicago Law Review 42 (1975), S. 768–786.

Ders., Neue Grundlagen für einen Begriff der Rechtsgeltung, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 65 (1979), S. 1–19.

Ders., Material and Formal Authorisation in Kelsen's Pure Theory, in: The Cambridge Law Journal 39 (1980), S. 172–193.

Ders., Zum Problem der Normenkonflikte, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 66 (1980), S. 487–506.

Ders., Stellt die „Allgemeine Theorie der Normen" einen Bruch in Kelsens Lehre dar?, in: Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion, Wien 1982, S. 121–141.
Ders., On the status of the *Lex Posterior* derogating Rule, in: Richard Tur/William Twining (Hrsg.), Essays on Kelsen, Oxford 1986, S. 229–247.
Ders., Zur neukantianischen Dimension der Reinen Rechtslehre, in: Stanley L. Paulson (Hrsg.), Fritz Sander/Hans Kelsen. Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre. Eine Debatte zwischen Sander und Kelsen, Aalen 1988, S. 7–26.
Ders., An Empowerment Theory of Legal Norms, in: Ratio Juris 1 (1988), S. 58–72.
Ders., Zur Stufenbaulehre Merkls in ihrer Bedeutung für die Allgemeine Rechtslehre, in: Robert Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit, Wien 1990, S. 93–106.
Ders., On ideal Form, Empowering Norms, and „Normative Functions", in: Ratio Juris 3 (1990), S. 84–88.
Ders., Verfassungsmäßigkeit und „normative Alternativen", in: Heinz Mayer et alii (Hrsg.), Festschrift Robert Walter zum 60. Geburtstag, Wien 1991, S. 535–548.
Ders., Die unterschiedliche Formulierungen der ‚Grundnorm', in: Aulis Aarnio et alii (Hrsg.), Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit, Berlin 1993, S. 53–74.
Ders., On the implications of Kelsen's doctrine of hierarchical structure, in: The Liverpool Law Review 28 (1996), S. 49–62.
Ders., Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization, in: Oxford Journal of Legal Studies 18 (1998), S. 153–166.
Ders., Konstruktivismus, Methodendualismus und Zurechnung im Frühwerk Hans Kelsens, in: Archiv des öffentlichen Rechts 124 (1999), S. 631–657.
Ders., The Weak Reading of Authority in Hans Kelsen's Pure Theory of Law, in: Law and Philosophy 19 (2000), S. 131–171.
Ders., What counts as „constitutional"? in: Werner Krawietz/Ernesto Garzón Valdés/Agustín Squella (Hrsg.), Politische Herrschaftsstrukturen und Neuer Konstitutionalismus – Iberoamerika und Europa in theorievergleichender Perspektive, Berlin 2000, S. 245–257.
Ders., Hans Kelsen's doctrine of imputation, in: Ratio Juris 14 (2001), S. 47–63.
Ders., [Buchbesprechung] Gesammelte Schriften von Adolf Julius Merkl, Dorothea Mayer-Maly, Herbert Schambeck und Wolf-Dietrich Grussmann (Hrsg.). Vol. 1: Grundlagen des Rechts, part 1 (1993), part 2 (1995); vol. 2: Verfassungsrecht, Völkerrecht, part 1 (1999), part 2 (2002), Berlin: Duncker & Humblot, in: Ratio Juris 17 (2004), S. 263–267.
Ders., Ralf Dreiers Kelsen, in: Robert Alexy (Hrsg.), Integratives Verstehen. Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers, Tübingen 2005, S. 159–197.
Ders., Some Issues in the Exchange between Hans Kelsen and Erich Kaufmann, in: Scandinavian Studies of Law 269 (2005), S. 269–290.
Ders., Zwei radikale Objektivierungsprogramme in der Rechtslehre Hans Kelsens, in: Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005, S. 191–222.
Ders., Der Normativismus Hans Kelsens, in: JuristenZeitung 11 (2006), S. 529–580.
Ders., Formalism, „Free Law", and the „Cognition" Quandary: Hans Kelsen's Approaches to Legal Interpretation, in: University of Queensland Law Journal 27 (2008), S. 7–37.
Ders., A Justified Normativity Thesis in Hans Kelsen's Pure Theory of Law?, in: Matthias Klatt (Hrsg.), Institutionalized Reason, Oxford 2012, S. 61–111.
Ders., Das regulative Prinzip als Rettung der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens?, in: Christian Krijnen/Kurt Walter Zeidler (Hrsg.), Wissenschaftsphilosophie und Neukantianismus, Würzburg 2013, S. 259–281.
Ders., How Merkl's Stufenbaulehre Informs Kelsen's Concept of Law, in: Revus 21 (2013), S. 29–45.

Ders., Die Funktion der Grundnorm: begründend oder explizierend? In: Clemens Jabloner et alii (Hrsg.), Gedenkschrift Robert Walter, Wien 2013, S. 553–573.
Ders., Ermächtigung. Grundmodalität der Reinen Rechtslehre, in: Erich Schweighofer et alii (Hrsg.), Zeichen und Zauber des Rechts. Festschrift für Friedrich Lachmayer, Bern 2014, S. 21–34.
Ders., Hans Kelsen and Normative Legal Positivism, in: Thomas Baldwin (Hrsg.), The Cambridge History of Philosophy 1870–1945, Cambridge 2015, S. 739–743.
Ders., Hans Kelsen and Carl Schmitt: Growing Discord, Culminating in the „Guardian" Controversy of 1931, in: Jens Meierhenrich/Oliver Simons (Hrsg.), The Oxford Handbook of Carl Schmitt, Oxford/New York 2016, S. 510–546.
Ders., The Making of a Radical Norm Theory. Hans Kelsen's Sanction-Norm as Empowering Norm, in: Martin Borowski/Stanley Paulson/Jan-Reinard Sieckmann (Hrsg.), Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System, Tübingen 2017, S. 589–630.
Ders., The Purity Thesis, in: Ratio Juris 31 (2018), S. 276–306.
Ders., Hans Kelsen on legal interpretation, legal cognition, and legal science, in: Jurisprudence 10 (2019), S. 188–221.
Ders., The Basic Norm, in: Christoph Bezemek/Michael Potacs/Alexander Somek (Hrsg.), Vienna Lectures on Legal Philosophy, Bd. 2: Normativism and Anti-Normativism in Law, Oxford/New York 2020, S. 41–90.
Ders., Hans Kelsen as outlier. The defence of a radical norm theory, in: Stefano Bertea (Hrsg.), Contemporary perspectives on legal obligation, London 2021, S. 54–67.
Pavčnik, *Marijan*, Pitamic. Klassiker der slowenischen Rechtswissenschaft, in: Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs 2014, S. 266–275.
Ders., Reine Rechtslehre als Anregung, Ljubljana 2015.
Pawlik, *Michael*, Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts. Ein kritischer Vergleich, Berlin 1993.
Ders., Die Lehre von der Grundnorm als eine Theorie der Beobachtung zweiter Ordnung, in: Rechtstheorie 25 (1994), S. 451–471.
Ders., Hegel und die Vernünftigkeit des Wirklichen, in: Der Staat 41 (2002), S. 183–212.
Paz, *Reut Yael*, A Forgotten Kelsenian? The Story of Helen Silving-Ryu (1906–1993), in: The European Journal of International Law 25 (2014), S. 1123–1146.
Pearson, Karl, The Grammar of Science, Bristol 1892.
Pfersmann, *Otto*, Das Problem eines normativen Empirismus, in: Friedrich Koja/Otto Pfersmann (Hrsg.), Frankreich–Österreich. Wechselseitige Wahrnehmung und wechselseitiger Einfluß seit 1918, Wien/Köln/Graz 1994, S. 159–181.
Ders., Le Statut de la Volonté dans la Définition Positiviste de la Norme Juridique, in: Droit 28 (1998), S. 83–98.
Ders., Contre le Néo-Réalisme Juridique. Pour un débat sur l'interprétation, in: Revue Française de droit constitutionnel 52 (2002), S. 789–836.
Ders., Hierarchie des Normes, in: Denis Alland/Stéphane Rials (Hrsg.), Dictionnaire de la culture juridique, Paris 2003, S. 779–783.
Ders., Le sophisme onomastique: changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution, in: Ferdinand Mélin-Soucramanien (Hrsg.), L'interprétation de la Constitution, Paris 2005, S. 33–60.
Ders., Charles Eisenmann, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Der Kreis um Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre, Wien 2008, S. 75–98.
Ders., Hans Kelsens Rolle in der gegenwärtigen Rechtswissenschaft, in: Robert Walter/Werner Ogris/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit. Ergebnisse einer internationalen Tagung, veranstaltet von der Kommission für Rechts-

geschichte Österreichs und dem Hans Kelsen-Institut (19.–21. April 2009), Wien 2009, S. 367–387.

Ders., La production des normes: production normative et hiérarchie des normes, in: Michel Troper/Dominique Chagnollaud (Hrsg.), Traité international de droit constitutionnel. Tome 2: Distribution des pouvoirs, Paris 2012, S. 482–528.

Ders., Kelsens Ideologiekritik, in: Nikitas Aliprantis/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Die Aktualität eines großen Rechtswissenschafters und Soziologen, Wien 2014, S. 53–66.

Ders., Comparative Hermeneutics of Constitutional Revision Clauses and the Question of Structural Closure of Legal Systems, in: Comparative Law Review 40 (2019), S. 3191–3216.

Ders., Is the Pure Theory of Law a General Theory of Law: the Case of the Common Law?, in: Clemens Jabloner et alii (Hrsg.), Scharfsinn im Recht. Liber Amicorum Michael Thaler zum 70. Geburtstag, Wien 2019, S. 19–34.

Ders., Un programme de recherche ouvert, contesté, inachevé, in: Thomas Hochmann/Xavier Magnon/Régis Ponsard (Hrsg.), Un classique méconnu: Hans Kelsen, Paris 2019, S. 59–85.

Ders., Le normativisme comme théorie de la science du droit, in: Xavier Magnon/Stephane Mouton (Hrsg.), Quelles doctrines constitutionnelles pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s)?, Paris 2022, S. 21–47.

Pina, *Sandrine*, Les dissensions au sein de l'école viennoise de théorie du droit: La controverse Fritz Sander/Hans Kelsen, in: Archives de philosophie du droit 55 (2012), S. 295–307.

Pinker, *Steven*, The cognitive niche: Coevolution of intelligence, sociality, and language, in: Proceedings of the National Academy of Sciences 107 (2010), S. 8893–8999.

Pitamic, *Leonidas*, Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1917), S. 339–367.

Ders., Pravo in revolucija [1920], in: Časopis za kritiko znanosti 18 (1990), S. 19–40.

Ders., Nove smeri v pravni filozofiji, in: Zbornik Znanstvenih Razprav 1 (1921), S. 242–258.

Ders., Kritische Bemerkungen zum Gesellschafts-, Staats- und Gottesbegriff bei Kelsen, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1922), S. 531–544.

Ders., Zur neuesten Rechtskraftlehre, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 4 (1924), S. 160–164.

Ders., Zur Lehre von der richterlichen Funktion, in: Alfred Verdross (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Festschrift: Hans Kelsen zum 50. Geburtstage gewidmet, Wien 1931, S. 295–308.

Ders., Interpretation und Wortbedeutungswandel, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 18 (1938), S. 426–437.

Ders., Naturrecht und Natur des Rechts, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 7 (1956), S. 190–207.

Ders., Hans Kelsen zum 90. Geburtstag, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 21 (1971), S. 261–262.

Plósz, *Alexander*, Beiträge zur Theorie des Klagerechts, Leipzig 1880.

Ponsard, *Régis*, Les moyens d'une analyse scientifiquement et juridiquement critique: l'exemple de l'étude des décisions du Conseil constitutionnel, in: Annuaire international de justice constitutionnelle 31 (2015), S. 65–90.

Ders., Kelsen, quel sens?, in: Thomas Hochmann/Xavier Magnon/Régis Ponsard (Hrsg.), Un classique méconnu: Hans Kelsen, Paris 2020, S. 27–58.

Potacs, *Michael*, Geltung des EU-Rechts in Österreich, in: Waldemar Hummer (Hrsg.), Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten. Ein Handbuch für Theorie und Praxis, Wien/New York 2010, S. 103–122.

Ders., Can We Escape Normativism in Law?, in: Christoph Bezemek/Michael Potacs/Alexander Somek (Hrsg.), Vienna Lectures on Legal Philosophy, Bd. 2: Normativism and Anti-Normativism in Law, Oxford/New York 2020, S. 151–160.

Procházka, *Adolf*, Zaklády práva intertemporálního, Brünn 1928.

Ders., Normative Theorie und Rechtserzeugung [1930], in: Vladimír Kubeš/Ota Weinberger (Hrsg.), Die Brünner Rechtstheoretische Schule, Wien 1980, S. 304–323.

Ders., La théorie du droit de Weyr, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 11 (1937), S. 93–107.

Ders., The Brno School of Jurisprudence, in: Miroslav Rechcigl Jr. (Hrsg.), The Czechoslovak Contribution to World Culture, The Hague/London/Paris 1964, S. 405–413.

Ders., Tvorba práva a jeho nalézáni, Brünn 1937.

Purcner, *Josef/Weyr*, *František*, Úvod [Einleitung], in: Časopis pro právní a státní vědu 1 (1918), S. 1–3.

Ratti, *Giovanni Battista*, Un poco de realismo sobre inconstitucionalidad y derogación, in: Discussiones 14 (2014), S. 253–276.

Raz, *Joseph*, Kelsen's Theory of the Basic Norm, in: Joseph Raz, The Authority of Law. Essays on Law and Morality, Oxford 1979, S. 122–145.

Ders., The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of a Legal System, 2. Aufl., Oxford 1980.

Ders., Practical Reasons and Norms, 2. Aufl. [1990], Oxford 1999.

Recaséns-Siches, *Luís*, Direcciones Contemporáneas del Pensamiento Jurídico. La Filosofía del Derecho en el Siglo XX, Barcelona 1929.

Ders., Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX, Ciudad de México 1963.

Reimer, *Phillip*, Die Unabhängigkeit von Rechtswirksamkeit und Rechtmäßigkeit. Ein Beitrag zur Lehre vom Fehlerkalkül, in: Rechtstheorie 45 (2014), S. 383–414.

Ders., Verfahrenstheorie. Ein Versuch zur Kartierung der Beschreibungsangebote für rechtliche Verfahrensordnungen, Tübingen 2015.

Ders., Rechtstheorie ohne Rechtsnormen: John Chipman Grays „The Nature and Sources of the Law", in: JuristenZeitung 72 (2017), S. 140–143.

Ders., Können und Dürfen. Zur rechtstheoretischen Zentralität eines unterschätzten Begriffspaars, in: Rechtstheorie 48 (2017), S. 5–27.

Ders., Rechtstheorie: Einführung, Baden-Baden 2022.

Reinhardt, Karl, Parmenides und die Geschichte der Griechischen Philosophie, Bonn 1916.

Reiss-Sorokin, *Ohad*, Thinking Outside the Circle: The Geistkreis and the Viennese „Kreis-Culture" in America, in: Modern Intellectual History (2021), S. 1–27.

Ribeiro, *Pedro Henrique*, Das Recht im Skandal seiner Irrtümer. Der Skandal als eine Plausibilisierungsform der Rechtsfehlersemantik aus einer soziologischen, systemtheoretischen Perspektive, in: Ruwen Fritsche et alii (Hrsg.), Unsicherheiten des Rechts. Von den sicherheitspolitischen Herausforderungen für die freiheitliche Gesellschaft bis zu den Fehlern und Irrtümern in Recht und Rechtswissenschaft, Beiheft 162 des ARSP, Stuttgart 2020, S. 309–320.

Richard Thoma, Die zweite Tagung des Institut International de Droit Public, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 9 (1930), S. 292–293.

Riebschläger, *Klaus*, Die Freirechtsbewegung. Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule, Berlin 1968.

Riegner, *Gerhart M.*, Never Despair, Chicago 2006.

Riehl, *Hans*, Das Leben Othmar Spanns, in: Martin Endreß/Klaus Lichtblau/Stephan Moebius (Hrsg.), Zyklos 1. Jahrbuch für Theorie und Geschichte der Soziologie 2015, S. 353–382.

Roazen, *Paul*, Freud und sein Kreis, Gießen 2006.

Robles, *Gregorio*, Luis Legaz y Lacambra (1906–1980): Un permanente diálogo con Hans Kelsen, in: Gregorio Robles Morchón/Diego Medina Morales (Hrsg.), Ensayos sobre el Derecho y la Justicia. Libro Homenaje a Ana Cebeira Moro, Córdoba 2009, S. 247–287.

Rodríguez, *Jorge Luis*, Teoría Analítica del Derecho, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo 2021.

Rohatyn, *Gisela*, Rechtsstaat und Polizeistaat als historische Typen, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 11 (1931), S. 429–440.

Ders., Zum 50. Geburtstag Hans Kelsens, in: Zeitschrift für soziales Recht 3 (1931), S. 236.

Rohatyn, *Sigmund*, Die juristische Theorie der Revolution, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 4 (1929/1930), S. 193–227.

Ders., Die verfassungsrechtliche Integrationslehre. Kritische Bemerkungen, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 9 (1930), S. 261–284.

Rosen, *Stanley*, Plato, Straus and Political Philosophy. An Interview with Stanley Rosen, in: Diotima 2 (2001) [abrufbar unter: http://college.holycross.edu/diotima/ةا1v2.htm – letzter Abruf am 15. Januar 2023].

Ross, *Alf*, Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmengeschichtlicher Untersuchungen, Leipzig/Wien 1929.

Ders., Recht und Wirklichkeit, in: Juristische Blätter 59 (1930), S. 245–251.

Ders., The 25th Anniversary of the Pure Theory of Law (1936), in: Oxford Journal of Legal Studies 31 (2011), S. 243–272.

Ders., Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of the Dualism in Law, Kopenhagen 1946.

Ders., On Law and Justice, London 1958.

Ders., On Law and Justice, hrsg. von Jakob Holtermann und übersetzt von Uta Bindreiter, Oxford 2019.

Rückert, *Joachim*, Vom „Freirecht" zur freien „Wertjurisprudenz" – Eine Geschichte voller Legenden, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanische Abteilung 125 (2008), S. 199–255.

Ruiz Manero, *Juan*, Jurisdicción y normas: dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del derecho, Madrid 1990.

Ders., Sobre la interpretación genovesa de Kelsen: Kelsen como realista, in: Analisi e Diritto 115 (2014), S. 115–128.

Rüthers, *Bernd/Fischer*, *Christian/Birk*, *Axel*, Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts, 5. Aufl., München 2010.

Ryle, *Gilbert*, The concept of Mind [1949], in: Gilbert Ryle, The Concept of Mind, 60th anniversary edition, London/New York 2009.

Samonig, *Luka*, Fehlerkalkül, Alternativermächtigung, Revolution. Zur Geltung fehlerhafter letztinstanzlicher Entscheidungen, Wien 2022.

Sander, *Fritz*, Zeitliche Kollision strafprozessualer Normen. Ein Beitrag zur Frage der Wiedereinführung der Geschworenengerichte, in: Allgemeine Österreichische Gerichts-Zeitung 69 (1918), S. 7–12, 25–29.

Ders., Rechtswissenschaft und Materialismus. Eine Erwiderung auf Stark: Die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft und die naturwissenschaftliche Methode, in: Juristische Blätter 47 (1918), S. 333–335, 350–352.

Ders., [Buchbesprechung] Dr. Erich Cassirer, Natur- und Völkerrecht im Lichte der Geschichte und der systematischen Philosophie, Berlin 1919, C. A. Schwetschke & Sohn, Verlagsbuchhandlung, 316 S., in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 345–351.

Ders., [Buchbesprechung] Dr. Hans Kelsen, Professor an der Universität Wien. Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich, 3 Teile, VI und 117 S., 150 S., VIII und 248 S., Wien und Leipzig, Franz Deuticke, 1919. Dr. Adolf Merkl, Ministerialkonzipist in der deutschösterreichischen Staatskanzlei, Die Verfassung der Republik Deutschösterreich. Ein kritisch-systematischer Grundriss. VIII und 184 S. Wien und Leipzig, Franz Deuticke, 1919, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 312–318.

Ders., [Buchbesprechung] Rudolf Kjellén, Mitglied des Schwedischen Reichstags, Professor an der Universität Uppsala. Der Staat als Lebensform. S. Hirzel, Verlag in Leipzig, 1917, VI und 235 S., in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 338–345.

Ders., [Buchbesprechung] Wilhelm Sauer, Grundlagen des Prozeßrechtes. Verlag von Ferdinand Enke in Stuttgart, 1919, XVI und 644 S., in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 529–548.

Ders., Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 132–164.

Ders., Die transzendentale Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 468–507.

Ders., Alte und neue Staatsrechtslehre, Kritische Bemerkungen zu Karl Bindings „Zum Werden und Leben der Staaten“, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1920/1921), S. 176–230.

Ders., [Buchbesprechung] Dr. Max Salomon, Grundlegung zur Rechtsphilosophie, Verlag Dr. Walter Rotschild, Berlin 1919, Leipzig, VI, 252 S., in: Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1920/1921), S. 241–254.

Ders., Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1920/1921), S. 511–670.

Ders., Staat und Recht. Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung, 2 Hbd., Wien 1922.

Ders., Zur Grundlegung einer Theorie der Rechtserfahrung, in: Allgemeine Österreichische Gerichts-Zeitung 73 (1922), S. 55–57.

Ders., Der Begriff der Rechtserfahrung, in: Logos 11 (1923), S. 285–308.

Ders., Kelsens Rechtslehre. Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz, Tübingen 1923.

Ders., Zur Methodik der Rechtswissenschaft, in: Kant-Studien 28 (1923), S. 283–310.

Ders., Das Recht als Sollen und das Recht als Sein. Studie zum Problem des Verhältnisses von Naturrecht und positivem Recht, in: Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 17 (1923/1924), S. 1–52.

Ders., In eigener Sache, Prag 1923/1924.

Ders., [Buchbesprechung] Josef L. Kunz, Völkerrechtswissenschaft und Reine Rechtslehre. Wiener staatswissenschaftliche Studien. Neue Folge, Band 3, 1923, 86 S., in: Archiv des öffentlichen Rechts 45 (1924), S. 261–263.

Ders., Sui compiti di una Teoria Realistica del Diritto, in: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto 4 (1924), S. 375–381.

Ders., Merkls Rechtslehre, in: Prager Juristische Zeitschrift 4 (1924), Sp. 16–31.

Ders., Hans Kelsen, in: Brünner Tagesbote Nr. 156 vom 4. April 1925, S. 3.

Ders., Staat und Recht als Probleme der Phänomenologie und Ontologie, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 4 (1925), S. 166–191.

Ders., Othmar Spanns „Überwindung" der individualistischen Gesellschaftsauffassung, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 53 (1925), S. 11–80.

Ders., Das Verhältnis von Staat und Recht: Eine Grenzauseinandersetzung zwischen allgemeiner Staatslehre, theoretischer Rechtswissenschaft u. interpretativer Rechtsdogmatik, in: Archiv des öffentlichen Rechts 10 (1926), S. 153–227.

Ders., Zum Problem der Soziologie des Rechts, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 55 (1926), S. 800–818.

Ders., Das Rechtserlebnis, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 1 (1926/1927), S. 100–119.

Ders., [Buchbesprechung] Heller, Hermann: Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts. Verlag Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 1927, 177 S., in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 86 (1929), S. 384–386.

Ders., Allgemeine Gesellschaftslehre, Jena 1930.

Ders., Rudolf Stammlers Rechtsbegriff. Eine kritische Untersuchung, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 5 (1930/1931), S. 15–57.

Ders., Die Pflicht. Eine grundwissenschaftliche Untersuchung, in: Grundwissenschaft. Philosophische Zeitschrift der Johannes-Rehmke-Gesellschaft 10 (1931), S. 66–101.

Ders., Das Recht, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 12 (1932), S. 11–34.

Ders., Kritik an der Lehre vom Stufenbau des Rechts, in: Fritz Sander, Verfassungsurkunde und Verfassungszustand der tschechoslowakischen Republik, Brünn/Prag/Leipzig/Wien 1935.

Ders., Allgemeine Staatslehre, Brünn 1936.

Ders., Gesellschaftswissenschaft und Rechtswissenschaft, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 17 (1937), S. 502–519.

Santiago Nino, *Carlos*, El concepto de validez y el problema del conflicto entre normas de diferente jerarquía en la Teoría Pura del Derecho, in: Jorge A. Bacque et alii (Hrsg.), Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja, Buenos Aires 1976, S. 131–144.

Ders., Introducción al análisis del derecho, Buenos Aires 2003.

Sauer, *Heiko*, Öffentliches Reaktionsrecht. Theorie und Dogmatik der Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen, Tübingen 2021.

Sauer, *Wilhelm*, [Besprechung], Fritz Sander (Privatdozent in Wien), Die transzendentale Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919), S. 468–507, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 42 (1921), S. 231–232.

Ders., Neukantianismus und Rechtswissenschaft in Herbststimmung. Eine Antikritik, in: Logos 10 (1921/1922), S. 162–194.

Ders., Kritik des prozessualen Denkens, in: Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 19 (1925/1926), S. 268–293.

Savigny, *Friedrich Carl von*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814.

Ders., System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 6, Berlin 1847.

Sax, *Walter*, Das unrichtige Sachurteil als Zentralproblem der allgemeinen Prozeßrechtslehre. Ein Beitrag zur allgemeinprozessualen Methodik, in: Zeitschrift für Zivilprozess 67 (1954), S. 21–54.

Schambeck, *Herbert*, Adolf Merkl und die Wiener Rechtstheoretische Schule, in: Bernd-Christian Funk et alii (Hrsg.), Staatsrecht und Staatswissenschaften in Zeiten des Wandels. Festschrift für Ludwig Adamovich zum 60. Geburtstag, Wien/New York 1992, S. 621–634.

Ders., Adolf Merkl (1890–1970), in: Peter Häberle/Michael Kilian/Heinrich Wolff (Hrsg.), Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts, Berlin/Boston 2015, S. 353–368.
Schelle, *Karel*, Zur Aktivität Prof. Dr. jur. František Weyrs bei der Vorbereitung des Entwurfes der tschechoslowakischen Verfassung, in: Zum Nachlaß von Prof. F. Weyr. Sammelband der Beiträge der internationalen Konferenz, Brünn 1992, S. 97–99.
Schild, *Wolfgang*, Die zwei Systeme der Reinen Rechtslehre, in: Erich Heintel (Hrsg.), Wiener Jahrbuch für Philosophie 4 (1971), S. 150–194.
Ders., Die Rechtsanwendungstheorie der Reinen Rechtslehre [1977], in: Wolfgang Schild, Die Reine Rechtslehre Kelsens. Zwölf Beiträge, Hamburg 2021, S. 77–86.
Schiller, *Arthur*, Jurist's Law, in: Columbia Law Review 58 (1958), S. 1226–1238.
Schilling, *Theodor*, Artikel 24 Absatz 1 des Grundgesetzes, Artikel 177 des EWG-Vertrags und die Einheit der Rechtsordnung, in: Der Staat 29 (1990), S. 161–183.
Ders., Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, Berlin 1994.
Ders., Rechtsfortbildung und Höchstgericht, in: Claudio Franzius et alii (Hrsg.), Beharren. Bewegen. Festschrift für Michael Kloepfer zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, S. 185–199.
Ders., Die Gesetzgebung des Richters im Rechtsstaat, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 71 (2016), S. 595–622.
Schlembach, *Christopher*, Grundlegung aus dem Du als demokratischer Gedankenstil: Die kommunikative Wissenskultur der Wiener Kreise und *Der sinnhafte Aufbau der sozialen Welt*, in: Martin Endreß/Stephan Moebius (Hrsg.), Zyklos 5. Jahrbuch für Theorie und Geschichte der Soziologie, Wiesbaden 2019, S. 373–404.
Schmidt, *Katharina Isabel*, Der „Formalismus-Mythos" im deutschen und amerikanischen Rechtsdenken des frühen 20. Jahrhunderts, in: Der Staat 53 (2014), S. 445–473.
Schmitt, *Carl*, Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis, Berlin 1912.
Ders., Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, Berlin 1922.
Ders., Die Militärzeit. 1915 bis 1919, hrsg. von Ernst Hüsmert und Gerd Giesler, Berlin 2005.
Ders., Der Schatten Gottes. Introspektionen, Tagebücher und Briefe 1921 bis 1924, hrsg. von Gerd Giesler, Ernst Hüsmert und Wolfgang H. Spindler, Berlin 2014.
Schmitz, *Georg*, Karl Renners Briefe aus Saint Germain und ihre rechtspolitischen Folgen, Wien 1991.
Schnizer, *Johannes*, Ein Stück Papier und was uns daran zu denken gibt, in: Robert Walter/Clemens Jabloner (Hrsg.), Strukturprobleme des öffentlichen Rechts, Wien 1995, S. 119–154.
Schönberger, *Christoph*, Hans Kelsens „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre". Der Übergang vom Staat als Substanz zum Staat als Funktion, in: HKW 2, S. 23–35.
Schopenhauer, *Artur*, Fragmente zur Geschichte der Philosophie, in: Artur Schopenhauer, Parerga und Paralipomena, Bd. 1, hrsg. von Julius Frauenstädt, Berlin 1862, S. 34–148.
Schorske, *Carl*, Fin-de-Siècle Vienna: Politics and Culture, New York 1980.
Schreier, *Fritz*, Die Wiener rechtsphilosophische Schule, in: Logos 11 (1922/1923), S. 309–328.
Ders., Grundbegriffe und Grundformen des Rechts. Entwurf einer phänomenologisch begründeten formalen Rechts- und Staatslehre, Leipzig/Wien 1924.
Ders., Über die Lehre vom „Möglichen Recht", in: Logos 15 (1926), S. 364–370.
Ders., Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte, Leipzig/Wien 1927.
Ders., Die Zukunft der Rechtswissenschaft, in: Juristische Blätter 56 (1927), S. 145–152.
Ders., Freirechtslehre und Wiener Schule, in: Die Justiz. Zeitschrift für Erneuerung des Rechtswesens 4 (1929), S. 321–326.

Ders., Reine Rechtslehre und Privatrecht, in: Alfred Verdross (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Festschrift: Hans Kelsen zum 50. Geburtstage gewidmet, Wien 1931, S. 309–353.

Ders., Der wissenschaftliche Charakter der Interpretation, in: Sborník Prací k Poctě Šedesátých Narozenin Františka Weyra, Prag 1939, S. 137–145.

Schröder, *Jan*, Elisabeth Ephrussi – die erste juristische Hermeneutikerin, in: Luigi Cataldi Madonna (Hrsg.), Naturalistische Hermeneutik. Ein neues Paradigma des Verstehens und Interpretierens, Würzburg 2013, S. 93–109.

Schuett, Robert, Professor Kelsen's Amazing Reappearing Act, in: OZP – Austrian Journal of Political Science 51/3 (2022), S. 1–10.

Schulz, *Fritz*, Prinzipien des Römischen Rechts [1934], Berlin 2003.

Schuman, *Samuel*, [Buchbesprechung] On Law and Justice. By Alf Ross. Berkeley and Los Angeles: University of California Press. 1959, pp. xi, 383, in: Indiana Law Journal 35 (1960), S. 409–414.

Schumman, *Ekkehard*, Fehlurteil und Rechtskraft, in: Karl August Bettermann/Albrecht Zeuner (Hrsg.), Festschrift für Eduard Bötticher, Berlin 1969, S. 289–320.

Schumpeter, *Joseph*, Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung, Leipzig 1912, S. 93–102.

Ders., Das wissenschaftliche Lebenswerk von Böhm-Bawerk, in: Zeitschrift für Volkswirtschaft, Socialpolitik und Verwaltung 23 (1914), S. 454–528.

Schutz, *Alfred*, A Scholar of Multiple Involvements: Felix Kaufmann, in: Helmut Wagner/George Psathas (Hrsg.), Alfred Schutz, Collected Papers IV, Dordrecht/Boston/London 1996, S. 134–139.

Seager, *Henry*, Economics at Berlin and Vienna, in: Journal of Political Economy 1 (1893), S. 236–263.

Serna Fabre, *José Gómez de la*, La nueva Filosofia del Derecho: Sander [1924], in: Revista de Estudios Políticos 39–42 (1948), S. 168–196.

Siegfried, *Klaus-Jörg*, Universalismus und Faschismus. Das Gesellschaftsbild Othmar Spanns, Wien 1974.

Sigmund, *Karl*, Exact Thinking in Demented Times, The Vienna Circle and the Epic Quest for the Foundations of Science, New York 2017.

Silbermann, *Alphons*, Verwandlungen, Bergisch Gladbach 1989.

Silva, *Matheus Pelegrino da*, Positive oder vorausgesetzte alternative Ermächtigung. Kelsens Lehre der alternativen Ermächtigung und die Bedingungen der Zuschreibung der rechtlichen Bedeutung für einen Akt, in: Rechtstheorie 49 (2018), S. 371–388.

Ders., Contribuições de Merkl à Teoria Pura do Direito, in: Revista Direito e Práxis 20 (2019), S. 1–29.

Ders., Kelsens Theorie der Rechtserkenntnis. Zugleich eine kritische Betrachtung der Positivität als Eigenschaft des Rechts, Berlin 2019.

Ders., Merkls Beitrag zu Kelsens Theorie der Rechtsauslegung, in: Archiv für Rechts und Sozialphilosophie 105 (2019), S. 359–375.

Ders., A teoria da atribuição alternativa de poder: o resultado de uma colaboração entre Kelsen e Merkl, in: Revista da Faculdade de Direito – PUC Minas 23 (2020), S. 411–430.

Ders., Suspension als eine Art von Derogation oder als weitere Funktion der Rechtsnorm?, in: Matthias Jestaedt/Ralf Poscher/Jörg Kammerhofer (Hrsg.), Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand/Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions, Beiheft 163 des ARSP, Stuttgart 2020, S. 149–160.

Silving, *Helen*, Memoirs, New York 1988.

Simons, *Walter*, La Conception du Droit International Privé d'après la Doctrine et la Pratique en Allemagne, in: Recueil des cours: Académie de droit international de la Haye 15 (1926), Paris 1928, S. 437–529.

Simshäuser, *Wilhelm*, Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozeßrecht seit Savigny. Eine Untersuchung am Beispiel rechtsfremder Klagen, Bielefeld 1965.

Slapnicka, *Helmut*, Autobiographien dreier tschechischer Rechtslehrer: František (Franz) Weyr, Valdimír Kubes, Viktor Knapp, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 25 (2003), S. 63–69.

Ders., Autobiographie eines tschechischen Rechtslehrers: František (Franz) Weyr, in: Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte 29 (2007), S. 127–130.

Sólon, *Ari Marcelo*, Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão, Porto Alegre 1997.

Somek, *Alexander*, Rechtssystem und Republik. Über die politische Funktion des systematischen Rechtsdenkens, Wien/New York 1992.

Ders., Von der Rechtserkenntnis zur interpretativen Praxis. Eine regelskeptische Verteidigung des Regelbegriffs in der Jurisprudenz, in: Rechtstheorie 23 (1992), S. 467–490.

Ders., Der Gegenstand der Rechtserkenntnis. Epitaph eines juristischen Problems, Baden-Baden 1996.

Ders., Ermächtigung und Verpflichtung, Ein Versuch über Normativität bei Hans Kelsen, in: Stanley Paulson/Michael Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005, S. 58–79.

Ders., Staatenloses Recht: Kelsens Konzeption und seine Grenzen, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 91 (2005), S. 61–82.

Ders., Rechtliches Wissen, Frankfurt am Main 2006.

Ders., Wissenschaft vom Verfassungsrecht: Österreich, in: Handbuch Ius Publicum Europaeum, Heidelberg 2007, S. 637–661.

Ders., Kelsen Lives, in: The European Journal of International Law 18 (2007), S. 409–451.

Ders., The Spirit of Legal Positivism, in: German Law Journal 12 (2011), S. 729–756.

Ders., Rechtstheorie zur Einführung, Hamburg 2017.

Ders., The Legal Relation. Legal Theory after Legal Positivism, Cambridge 2017.

Ders., Wissen des Rechts, Tübingen 2018.

Ders., The Demystification Impasse: Legal Positivism Divided Against Itself, in: Matthias Jestaedt/Ralf Poscher/Jörg Kammerhofer (Hrsg.), Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand/Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions, Beiheft 163 des ARSP, Stuttgart 2020, S. 45–62.

Ders., Knowing What the Law Is. Legal Theory in a New Key, New York/Oxford 2021.

Ders., Über die Subjektivität des Rechts, in: JuristenZeitung 76 (2021), S. 1–7.

Ders., A Pure Theory with a Naturalistic Fallacy? A Critique of Kletzer's Reformulation, in: The American Journal of Jurisprudence 66 (2021), S. 321–337.

Somló, *Felix*, Juristische Grundlehre, Leipzig 1917.

Sordi, *Bernardo*, Tra Weimar e Vienna. Amministrazione Pubblica e Teoria Giuridica nel Primo Dopoguerra, Milano 1987.

Ders., L'Illecito dello Stato: Un Problema di ‚Estetica del Pensiero', in: Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 18 (1989), S. 633–641.

Spann, *Othmar*, Bemerkungen zu Max Webers Soziologie, in: Zeitschrift für Volkswirtschaft und Sozialpolitik (1923), S. 761–770.

Spiegel, *Ludwig*, Kelsens Rechtslehre, in: Prager Juristische Zeitschrift 1 (1920), H. 1–2, Sp. 3–15.

Spörg, *Ute*, Die Zeitschrift für öffentliches Recht als Medium der Wiener Schule zwischen 1914 und 1944, in: Rober Walter/Werner Ogris/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen. Leben – Werk – Wirksamkeit. Ergebnisse einer internationalen Tagung, veranstaltet von der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs und dem Hans Kelsen-Institut (19.–21. April 2009), Wien 2009, S. 149–167.

Ders., Die Autoren und Herausgeber der Zeitschrift für öffentliches Recht, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 69 (2014), S. 571–599.

Stadler, *Friedrich*, Der Wiener Kreis – Versuch einer Typologie, in: Paul Kruntorad (Hrsg.), Jour fixe der Vernunft. Der Wiener Kreis und die Folgen, Wien 1991, S. 23–41.

Ders. (Hrsg.), Phänomenologie und logischer Empirismus. Zentenarium Felix Kaufmann (1895–1949), Wien/New York 1997.

Ders., Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre – Über Familienähnlichkeiten, in: Clemens Jabloner/Friedrich Stadler (Hrsg.), Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre. Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule, Wien/New York 2001, S. IX–XXI.

Ders., What is the Vienna Circle? Some methodological and historiographical answers, in: Friedrich Stadler (Hrsg.), The Vienna Circle and Logical Empiricism. Re-Evaluation and Future Perspectives, New York 2003, S. XI–XXIII.

Ders., The Vienna Circle, Studies in the Origins, Development, and Influence of Logical Empiricism, Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/London 2015.

Stark, *Alexander*, Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik, Tübingen 2020.

Stark, *Bernhard*, Die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft und die naturwissenschaftliche Methode, in: Juristische Blätter 26 (1918), S. 301–304.

Staudigl-Ciechowicz, *Kamila Maria*, Von Adamovich bis Pfeifer – eine Auseinandersetzung mit der Staatsrechtslehre an der Universität Wien in Zeiten der politischen Umbrüche der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, in: Franz-Stefan Meissel et alii (Hrsg.), Vertriebenes Recht – Vertreibendes Recht. Zur Geschichte der Wiener Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zwischen 1938 und 1945, Wien 2012, S. 203–232.

Ders., Das Dienst-, Habilitations- und Disziplinarrecht der Universität Wien 1848–1938, Wien 2017.

Steiner, *George*, [Buchbesprechung] Wien, Wien, Nur Du Allein, in: The New Yorker vom 25. Juni 1979, S. 101–104.

Ders., Lessons of the Masters. The Charles Eliot Norton Lectures 2001–2002, London 2003.

Steiner, *George*/*Antunes*, *António Lobo*, „Ich wäre gern Schriftsteller wie Sie geworden". George Steiner im Gespräch mit António Lobo Antunes, Cambridge 2011 [abrufbar: https://www.penguinrandomhouse.de/Antonio-Lobo-Antunes-Roman-Der-Archipel-der-Schlaflosigkeit-bei-Luchterhand/Gespraech-zwischen-Antunes-und-George-Steiner/aid39560_8711.rhd – letzter Abruf am 15. Januar 2023].

Stella, *Giuliana*, I Giuristi di Husserl. L'Interpretazione Fenomenologica del Diritto, Roma 1990.

Sternberg, *Kurt*, Der Neukantianismus und die Forderungen der Gegenwart, in: Kant-Studien 25 (1920), S. 396–410.

Stockhammer, *Moritz*, Begriff und Bedeutung der Rechtspositivität, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 8 (1929), S. 571–592.

Ders., Kelsen und die Opposition. Zum Positivitätsproblem, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 8 (1934), S. 201–213.

Stolleis, *Michael*, Kritikerin von Carl Schmitt: Margit Kraft-Fuchs (1902–1994), in: Zeitschrift für öffentliches Recht 53 (1998), S. 107–117.

Ders., Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914–1945, München 1999.

Ders., Das Auge des Gesetzes. Geschichte einer Metapher, München 2004.

Stourzh, *Gerald*, Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit: Zum Problem der Verfassungswidrigkeit im 18. Jahrhundert, Graz 1974.

Streissler, *Erich*, The intellectual and political impact of the Austrian School of Economics, in: History of European Ideas 9 (1988), S. 191–204.

Strigl, *Richard*, Angewandte Lohntheorie. Untersuchungen über die wirtschaftlichen Grundlagen der Sozialpolitik, Leipzig/Wien, 1926.

Tannous, *Thiago Saddi*, O aluno do aluno: A controvérsia entre Hans Kelsen e Fritz Sander, São Paulo 2018.

Taubes, *Jacob*, Ad Carl Schmitt. Gegenstrebige Fügung, Berlin 1987.

Techet, *Péter*, „Historical Turn" in der Hans-*Kelsen*-Forschung? Wechselwirkungen zwischen Rechtstheorie und Rechtsgeschichte, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 76 (2021), S. 1329–1369.

Ders., Vers une lecture historique de la „Théorie Pure du Droit". Contextes et pratiques de la juridiction constitutionelle autrichienne, in: Analisi e Diritto 2021, S. 121–144.

Tessar, *Hans*, Der Stufenbau nach der rechtlichen Autorität, Wien 2010.

Tezner, *Friedrich*, Volkstümlichkeit der Verwaltung und Verwaltungsreform. Eine alt- und neuösterreichische Studie über Edelverwaltung, in: Neue Freie Presse Nr. 20663 vom 8. März 1922, S. 3–4.

Thaler, *Michael*, Die rechtliche Beurteilung und ihre Artikulierung, in: Bernd-Christian Funk et alii (Hrsg.), Staatsrecht und Staatswissenschaften in Zeiten des Wandels. Festschrift für Ludwig Adamovich zum 60. Geburtstag, Wien/New York 1992, S. 691–701.

Ders., Kreationismus und Evolutionismus in der Theorie der Rechtsschöpfung, in: Robert Walter/Clemens Jabloner (Hrsg.), Hans Kelsens Wege sozialphilosophischer Forschung, Wien 1997, S. 109–128.

Ders., Kreationismus, konstitutive Regel und Recht, in: Josef Walter Aichlreiter (Hrsg.), Recht (v)ermessen. Festschrift für Herbert Hofer-Zeni zum 60. Geburtstag, Wien 1998, S. 253–265.

Thienel, *Rudolf*, Gibt es einen Stufenbau der Bundesgesetze nach ihrer Erzeugungsform?, in: Österreichische Juristen-Zeitung 38 (1983), S. 477–483.

Ders., Geltung und Wirksamkeit, in: Stanley Paulson/Robert Walter (Hrsg.), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, Wien 1986, S. 20–50.

Ders., Derogation. Eine Untersuchung auf Grundlage der Reinen Rechtslehre, in: Robert Walter (Hrsg.), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II, Wien 1988, S. 11–43.

Ders., Der Rechtsbegriff der Reinen Rechtslehre – Eine Standortbestimmung, in: Heinz Schäffer et alii (Hrsg.), Staat – Verfassung – Verwaltung. Festschrift anläßlich des 65. Geburtstages von Prof. DDr. DDr. h.c. Friedrich Koja, New York 1998, S. 161–200.

Ders., [Buchbesprechung] Der fehlerhafte Rechtsakt im Gemeinschafts- und Unionsrecht. Von Claudia Annacker. Springer, Wien – New York, 1998. XVI, 310 Seiten, in: Zeitschrift für Verwaltung 26 (2001), S. 583–584.

Ders., Rechtswissenschaft ohne Sollen?, in: Eric Hilgendorf (Hrsg.), Wissenschaft, Religion und Recht. Hans Albert zum 85. Geburtstag am 8. Februar 2006, Berlin 2006, S. 415–438.

Thomä, *Dieter*, Puer robustus. Eine Philosophie des Störenfrieds, Frankfurt a. M. 2016.

Til, *L. John van*, Inventory of the Private Papers of Ludwig von Mises, catalogued, Pennsylvania 1978.

Timms, *Edward*, Die Wiener Kreise. Schöpferische Interaktionen in der Wiener Moderne, in: Jürgen Nautz/Richard Vahrenkamp (Hrsg.), Die Wiener Jahrhundertwende: Einflüsse, Umwelt, Wirkungen, Wien/Köln/Graz/Böhlau 1993, S. 128–143.

Ders., Dynamik der Kreise, Resonanz der Räume. Die schöpferischen Impulse der Wiener Moderne, Wien 2013.

Triepel, *Heinrich*, Les Rapports entre Le Droit Interne et le Droit International, in: Recueil des cours: Académie de droit international de la Haye 1 (1923), Paris 1925, S. 77–121.

Ders., Staatsrecht und Politik, Berlin 1927.

Troper, *Michel*, Kelsen et le contrôle de constitutionnalité, in: Michel Troper, La Théorie du Droit, Le Droit, L'État, Paris 2001, S. 173–193.

Ders., The logic of justification of constitutional review, in: I.CON 1 (2003), S. 99–121.

Ders., Une théorie réaliste de l'interprétation, in: Revista Opinião Jurídica 8 (2006), S. 301–318.

Tugendhat, *Ernst*, Drei Vorlesungen über Ethik, in: Ernst Tugendhat, Probleme der Ethik, Stuttgart 1984, S. 57–131.

Tur, *Richard*, The Alternative Character of the Legal Norm: Kelsen as a Defeasibilist?, in: Luis Duarte d'Almeida/John Gardner/Leslie Green (Hrsg.), Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law, Oxford 2013, S. 245–258.

Tusseau, *Guillaume*, Hans Kelsen's ‚Allgemeine Theorie der Normen' and Power-Conferring Norms: Adolf J. Merkl's Final Victory, in: Analisi e diritto 21 (2021), S. 63–84.

Van Praag, *Marinus Maurits*, [Buchbesprechung] Die rechtsphilosophische Schule der Reinen Rechtslehre. Par William Ebenstein. Geleitwort von Frant. Weyr. 181 pp. Prag: Taussig und Taussig. 1938. RM 5, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 1 (1939), S. 342–343.

Ders., Die Rechtsfunktionen, Amsterdam 1932.

Varga, *Csaba*, Hans Kelsens Rechtsanwendungslehre, Entwicklung, Mehrdeutigkeiten, offene Probleme, Perspektiven, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 76 (1990), S. 348–366.

Večera, *Miloš*, František Weyr, Brünn 2001.

Ders., Brněnská normativní právní škola, in: Encyklopedie českých právních dějin, I. svazek A–Č, Plzeň 2015, S. 360–366.

Ders., František Weyr a brněnská normativní škola, in: Právnik 158 (2019), S. 107–118.

Verdross, *Alfred*, Das Problem von Recht und Macht im Lichte der neuesten rechtsphilosophischen Forschungen, in: Reichspost Nr. 322 vom 12. Juli 1914, S. 21.

Ders., Das Problem des freien Ermessens und die Freirechtsbewegung, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1914), S. 616–644.

Ders., [Buchbesprechung] Walter Jellinek, Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und Verfügungen. Eine staats- und verwaltungsrechtliche Untersuchung. Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1913, 375 S., in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Rechts 1 (1914), S. 228–238.

Ders., Zur Konstruktion des Völkerrechts, in: Zeitschrift für Völkerrecht 8 (1914), S. 329–359.

Ders., Die Rechtskraft der kais. Verordnung vom 7. Juli 1915 Nr. 189 R.G.Bl. über die zeitweilige Einstellung der Geschworenengerichte. Eine Replik, in: Juristische Blätter 44 (1915), S. 426–427.

Ders., Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers, in: Juristische Blätter 45 (1916), S. 471–473, 483–486.

Ders., Die Neuordnung der gemeinsamen Wappen und Fahnen in ihrer Bedeutung für die rechtliche Gestalt der österreichisch-ungarischen Monarchie, in: Juristische Blätter 45 (1916), S. 121–123, 134–137.
Ders., [Buchbesprechung] Bernhard Stark: Die Analyse des Rechts (1916), in: Schmollers Jahrbuch 41 (1917), S. 477–479.
Ders., Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung und der Strafanspruch der Staaten, Berlin 1920.
Ders., Völkerrecht und einheitliches Rechtssystem. Kritische Studie zu den Völkerrechtstheorie von Max Wenzel, Hans Kelsen und Fritz Sander in: Zeitschrift für Völkerrecht 12 (1923), S. 405–438.
Ders., Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung, Wien 1923.
Ders., Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, Wien/Berlin 1926.
Ders., Le fondement du droit international, in: Académie de droit international de la Haye 16 (1927), Paris 1928, S. 247–323.
Ders., Die Rechtstheorie Hans Kelsens, in: Juristische Blätter 59 (1930), S. 421–423.
Ders., Règles générales du droit international de la paix, in: Recueil des cours: Académie de droit international de la Haye 30 (1929), Paris 1931, S. 275–507.
Ders., Règles internationales concernant le traitement des étrangers, in: Académie de droit international de la Haye 37 (1931), Paris 1932, S. 323–412.
Ders., Les principes généraxus du droit dans la jurisprudence internationale, in: Académie de droit international de la Haye 52 (1935), Paris 1936, S. 191–251.
Ders., Die Rechtslehre Heraklits, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 22 (1942), S. 498–507.
Ders., Die neue Weltordnung, in: Akademische Rundschau 1 (1945), S. 4–6; 2 (1945), S. 3–4; 3 (1945), S. 3–5.
Ders., Die systematische Verknüpfung von Recht und Moral, in: Ernst Sauer (Hrsg.), Forum der Rechtsphilosophie, Köln 1950, S. 9–19.
Ders., Eine Antinomie der Rechtstheorie, in: Juristische Blätter 73 (1951), S. 169–171.
Ders., Abendländische Rechtsphilosophie. Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in Geschichtlicher Schau, Wien 1958.
Ders., Was ist Recht, Die Krise des Rechtspositivismus und das Naturrecht, in: Werner Maihofer (Hrsg.), Naturrecht oder Rechtspositivismus, Darmstadt 1962, S. 309–321.
Ders., Österreich – Heimat der Rechtstheorie, in: Philosophie huldigt dem Recht. Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross. Ehrendoktoren der Universität Salzburg, Wien/Frankfurt/Zürich 1968, S. 49–51.
Ders., [Nachruf] Adolf Merkl, in: Österreichische Akademie der Wissenschaften. Almanach für das Jahr 1972, S. 388–392.
Ders., Hans Kelsen in memoriam, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 24 (1973), S. 241–243.
Ders., [Radiointerview zu Hans Kelsen vom 8. Mai 1973], in: Hans Kelsen-Institut (Hrsg.), Hans Kelsen zum Gedenken, Wien 1974, S. 53–55, 63–64.
Ders., Gesammelte Schriften, hrsg. von Heribert Franz Köck und Herbert Schambeck, Wien 1 (2019), 2 (2019), 3 (2019), 4 (2019).
Verosta, *Stephan*, Alfred Verdross – Leben und Werk, in: Friedrich A. Freiherr von der Heydte et alii (Hrsg.), Völkerrecht und rechtliches Weltbild. Festschrift für Alfred Verdross, Wien 1960, S. 1–29.
Vesting, *Thomas*, Rechtstheorie, 2. Aufl, München 2015.

Ders., Die Fachgrenze als Kontaktzone. Plädoyer für eine kulturwissenschaftliche Öffnung der Rechtswissenschaft, in: Andreas Funke/Konrad Lachmayer (Hrsg.), Formate der Rechtswissenschaft, Göttingen 2017, S. 237–254.

Ders., Legal Theory, München 2018.

Vinx, *Lars*, Hans Kelsen's Pure Theory of Law. Legality and Legitimacy, Oxford 2007.

Ders., Kelsens Identitätsthese und das Problem der Rechtsstaatlichkeit, in: Tamara Ehs (Hrsg.), Hans Kelsen und die Europäische Union. Erörterungen moderner (Nicht-)Staatlichkeit, Baden-Baden 2008.

Voegelin, *Erich*, Reine Rechtslehre und Staatslehre, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 4 (1925), S. 80–131.

Ders., Zur Lehre von der Staatsform, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 6 (1927), S. 608–572.

Ders., Die Form des Amerikanischen Geistes, Tübingen 1928.

Ders., Die Souveränitätstheorie Dickinsons und die Reine Rechtslehre, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 8 (1929), S. 413–434.

Ders., Die Einheit des Rechts und das soziale Sinngebilde Staat, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 5 (1930), S. 58–89.

Ders., Die Verfassungslehre von Carl Schmitt. Versuch einer konstruktiven Analyse ihrer staatstheoretischen Prinzipien, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 11 (1931), S. 89–109.

Ders., [Buchbesprechung] General Theory of Law and State, by Hans Kelsen and The Pure Theory of Law, by William Ebenstein, in: Louisiana Law Review 6 (1945), S. 489–492.

Ders., Autobiographical Reflections. Revised Edition with Glossary, hrsg. von Ellis Sandoz, Columbia/London 2011.

Vollmeyer, *Jan*, Der Staat als Rechtsordnung. Hans Kelsens Identitätsthese und ihre Bedeutung für den europäischen Konstitutionalisierungsprozess, Baden-Baden 2011.

Wagner, *Helmut R.*, Alfred Schutz: An Intellectual Biography, Chicago 1983.

Walter, *Robert*, Wirksamkeit und Geltung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 11 (1961), S. 531–541.

Ders., Der Stufenbau nach der derogatorischen Kraft im österreichischen Recht. Zum 75. Geburtstag von Adolf Julius Merkl, in: Österreichische Juristen-Zeitung 20 (1965), S. 169–175.

Ders., Logik und Recht, in: Neues Forum 13 (1966), S. 582–585.

Ders., Die Lehre des öffentlichen Rechts an der Hochschule für Welthandel in Wien, in: Wirtschaftspolitische Blätter 16 (1969), S. 219–226.

Ders., Der gegenwärtige Stand der Reinen Rechtslehre, in: Rechtstheorie 1 (1970), S. 69–95.

Ders., Der Aufbau der Rechtsordnung, 2. unveränderte Auflage, Wien 1974.

Ders., Die Rechtstheorie in Österreich im XX. Jahrhundert, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 63 (1977), S. 187–202.

Ders., Das Auslegungsproblem im Lichte der Reinen Rechtslehre, in: Günter Kohlmann (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag, Bd. 1, Köln 1983, S. 187–197.

Ders., Die Reine Rechtslehre – Eine erkenntnistheoretische Fundierung der Wissenschaft vom positiven Recht, in: Philosophie des Rechts, der Politik und der Gesellschaft. Akten des 12. Internationalen Wittgenstein Symposiums, Wien 1988, S. 194–201.

Ders., Die Lehre des Verfassungs- und Verwaltungsrechts an der Universität Wien von 1810–1938, in: Juristische Blätter 110 (1988), S. 609–624.

Ders., Die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung, in: Archivum Iuridicum Cracoviense 13 (1988), S. 5–16.

Ders. (Hrsg.), Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit, Wien 1990.

Ders., Adolf Merkls rechtstheoretisches Werk, in: Deutsches Verwaltungsblatt 105 (1990), S. 658–662.
Ders., Entstehung und Entwicklung des Gedankens der Grundnorm, in: Robert Walter (Hrsg.), Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre, Wien 1992, S. 47–60.
Ders., Franz Weyr als deutschsprachiger juristischer Autor, in: Rechtstheorie 23 (1992), S. 149–160.
Ders., Die Interpretationslehre im Rahmen der Wiener Schule der Rechtstheorie, in: Anton Pelinka et alii (Hrsg.), Zwischen Austromarxismus und Katholizismus. Festschrift für Norbert Leser, Wien 1993, S. 191–207.
Ders., Einige Aspekte der absoluten und relativen Nichtigkeit von Erkenntnissen des Verfassungsgerichtshofs, in: Clemens Jabloner/Otto Lucius/Alfred Schramm (Hrsg.), Theorie und Praxis des Wirtschaftsrechts. Festschrift für H. René Laurer, Wien 2009, S. 105–117.
Walter, *Robert/Jabloner*, *Clemens/Zeleny*, *Klaus* (Hrsg.), Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre, Wien 2008.
Dies., Einleitung, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Der Kreis um Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre, Wien 2008, S. 1–24.
Walz, *Gustav Adolf*, Kritik der phänomenologischen reinen Rechtslehre Felix Kaufmanns. Aphorismen zur Rechtstheorie, Stuttgart 1928.
Ders., Die Ursprungsnorm im System des Staats- und Völkerrechts, in: Archiv des öffentlichen Rechts 19 (1930), S. 1–60.
Wasserman, *Janek*, Black Vienna. The Radical Right in the Red City 1918–1938, Ithaca/London 2014.
Ders., Building a Movement: Eugen Böhm-Bawerk, Friedrich Wieser and the Quest for Influence in Fin-de-Siècle Vienna, Working Paper 2017, 45 S. [abrufbar unter: https://ipl.econ.duke.edu/seminars/system/files/seminars/1746.pdf – letzter Abruf am 15. Januar 2023].
Ders., The Marginal Revolutionaries. How the Austrian Economists fought the War of Ideas, London/New Heaven 2019.
Weber, *Max*, Der Sinn der ‚Wertfreiheit' der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften, in: Logos 7 (1917/1918), S. 40–88 (54) = MWG I/12, 445–512.
Ders., Brief von Max Weber an Marianne Weber vom 3. Juli 1918, in: MWG II/10–1, S. 211–212.
Ders., Brief von Max Weber an Mina Tobler vom 3. Juli 1918, in: MWG II/10–1, S. 209–210.
Weinberger, *Ota*, Die normenlogische Basis der Rechtsdynamik, in: Ulrich Klug et alii (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozeßrecht. Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig, Berlin/Heidelberg/New York 1978, S. 172–190.
Ders., Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik, Berlin 1981.
Ders., Theory of Legal Dynamics Reconsidered, in: Ratio Juris 4 (1991), S. 18–35.
Weyr, *František*, Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems, in: Archiv des öffentlichen Rechts 23 (1908), S. 529–580.
Ders., Příspěvky k teorii nucených svazků [Beiträge zur Theorie der Zwangsverbände], Prag 1908.
Ders., Věda, theorie, praxe a kritika. V odpověď panu prof. Dr. Hoetzelovi [Wissenschaft, Theorie, Praxis und Kritik. Eine Replik auf Prof. Dr. Hoetzel], in: Sborník věd právních a státních 13 (1912/1913), S. 178–185.
Ders., Nová theorie státního práva [Die neue Theorie des Staatsrechts], in: Sborník ved právních a státníh 13 (1912/1913), S. 185–195.
Ders., Rahmengesetze. Studie aus dem Österreichischen Verfassungsrechte, Wien 1913.

Ders., Zur Theorie des „Natürlichen Rechts“, in: Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 7 (1913/1914), S. 84–90.
Ders., [Buchbesprechung] Dr. Ludwig Spiegel: Gesetz und Recht, Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellentheorie, in: Sborník věd právních a státních 14 (1913/1914), S. 129–133.
Ders., [Buchbesprechung] Schmitt Carl Dr., „Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen“. Tübingen, J. C. B. Mohr, 1914. 110 S., in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1914), S. 578–581.
Ders., Über zwei Hauptpunkte der Kelsenschen Staatsrechtslehre, in: Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 40 (1914), S. 174–188.
Ders., Zum Unterschiede zwischen öffentlichem und privatem Recht, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1914), S. 439–441.
Ders., [Buchbesprechung] Alfred Verdross, Zur Konstruktion des Völkerrechts, in: Archiv des öffentlichen Rechts 34 (1915), S. 236–243.
Ders., Zur Frage der Unabänderlichkeit von Rechtssätzen, in: Juristische Blätter 45 (1916), S. 387–389.
Ders., Zur Lehre von den konstitutiven und deklaratorischen Akten [1917], in: Rudolf Aladár Métall (Hrsg.), 33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre, Wien 1974, S. 467–520.
Ders., Bemerkungen zu Hans Vaihingers Theorie der juristischen Fiktionen, in: Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht 9 (1917/1918), S. 1–11.
Ders., [Buchbesprechung] Stark Bernhard, Dr., Die Analyse des Rechts, Eine Beschreibung der Rechtsdinge auf Grund der Psychophysiologie des Organismus (1916), in: Archiv des öffentlichen Rechts 38 (1918), S. 471–477.
Ders., Právni Primitivismus, in: Časopis pro právní vědu a praxi 1 (1919), S. 1–10.
Ders., Die Begriffe der Pflicht und des Rechts [1920], in: Vladimír Kubeš/Ota Weinberger (Hrsg.), Die Brünner Rechtstheoretische Schule, Wien 1980, S. 70–88.
Ders., Antwort auf die Umfrage „Bedarf die Rechtswissenschaft der Rechtsphilosophie und weshalb?“, in: Recht und Philosophie 1 (1920/1921), S. 65.
Ders., Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1921), S. 671–682.
Ders., Vzpomínky na ústavní výbor revolučního Národního shromáždění, in: Časopis pro právní a státní vědu 4 (1921), S. 50–53, 196–204.
Ders., [Buchbesprechung] Dr. Fritz Sander: Staat und Recht. Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung, Lipsko/Vídeň 1922, in: Časopis pro právní vědu a praxi 5 (1922), S. 265–266.
Ders., [Buchbesprechung] Hans Kelsen: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Druhé, fotomechanicky tištěné (a tudíž nezměněné), o předmluvu rozšiřené vydání, Tubinky, J.C.B. Mohr, 1923, 709 str., in: Časopis pro právní a státní vědu 7 (1924), S. 146–151.
Ders., Hans Kelsens Allgemeine Staatslehre, in: Prager Presse vom 25. August 1925, S. 3.
Ders., La théorie normative, in: Vědecká ročenka právnická fakulty Masarykovy university v Brně 4 (1925), S. 3–39.
Ders., Hans Kelsens „Allgemeine Staatslehre“, in: Juristen-Zeitung für das Gebiet der Tschechoslowakischen Republik 7 (1926), S. 75–76.
Ders., La doctrine de M. Adolphe Merkl, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 2 (1928), S. 215–231.
Ders., [Buchbesprechung] Grundlagen und Grundfragen des Rechts. Von Ernst Schwind, 158 Seiten, München: M. Hueber 1928, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 8 (1929), S. 318–320.
Ders., [Buchbesprechung] Hans Kelsens rechtstheoretische Methode. Darstellung und Kritik ihrer Grundlagen und hauptsächlichsten Ergebnisse. Von Dr. Wilhelm Jöckel, 214 Seiten.

Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1930, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 10 (1931), S. 458–472.

Ders., La notion de « processus juridique » dans la théorie pure du droit, in: Studi Filosofico-Giuridici dedicati a Giorgio del Vecchio nel XXV Anno di Insegnamento (1904–1929), Bd. 2, Modena 1931, S. 415–426.

Ders., Hans Kelsen, in: Časopis pro právní vědu a praxi 15 (1932), S. 1–18.

Ders., Die Rechtswissenschaft als Wissenschaft von Unterschieden, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 28 (1934/1935), S. 364–377.

Ders., Rechtswissenschaft und Wissenschaft vom Recht [1935], in: Vladimír Kubeš/Ota Weinberger (Hrsg.), Die Brünner Rechtstheoretische Schule, Wien 1980, S. 89–126.

Ders., [Buchbesprechung] Verfassungsurkunde und Verfassungszustand der Tschechoslowakischen Republik. Von Dr. Fritz Sander, 194 S, Brünn: R. M. Röhrer, 1935, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 16 (1936), S. 652–664.

Ders., Der Stufenbau der Rechtsordnung (die Hierarchie der Rechtsnormen) und der allgemeine Begriff des Rechtsverfahrens [1936], in: Vladimír Kubeš/Ota Weinberger (Hrsg.), Die Brünner Rechtstheoretische Schule (Normative Theorie), Wien 1980, S. 139–150.

Ders., Rechtswissenschaft und Rechtssoziologie. Eine Erkenntnistheoretische Studie, in: Actes du Huitième Congrès International de Philosophie (à Prague, 2–7 Septembre 1934), Prag 1936, S. 335–341.

Ders., Teoria e Prassi del Diritto, in: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto 16 (1936), S. 221–23.

Ders., Vznik a dosavadní vývoj normativní teorie, in: František Weyr, Teorie Práva, Brünn/Prag 1936, S. 331–380.

Ders., K problému t. zv. automatické normotvorby (Poznámky ke spisu Ad. Procházky: Tvorba práva a jeho nalézání), in: Časopis pro právní a státní vědu 21 (1938), S. 92–101.

Ders., Zum Geleit, in: William Ebenstein, Die Rechtsphilosophische Schule der Reinen Rechtslehre, Prag 1938, S. 5–7.

Ders., Pojem a podstata „vědecké školy“ (Věnováno světlé památce Jaromíra Sedláčka, jednoho z nejstarších příslušníků normativní školy), in: Časopis pro právní a státní vědu 27 (1946), S. 145−164.

Ders., Paměti, Bd. 1: Za Rakouská (1879–1918), Brünn 1999.

Wiederin, *Ewald*, Was ist und welche Konsequenzen hat ein Normenkonflikt, in: Rechtstheorie 21 (1990), S. 311–333.

Ders., Denken vom Recht her. Über den *modus austriacus* in der Staatsrechtslehre, in: Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung, Beiheft 7, Berlin 2007, S. 293–317.

Ders., Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkls, in: Stefan Griller/Heinz-Peter Rill (Hrsg.), Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung, Wien 2011, S. 81–134.

Ders., Die Neue Wiener Schule und die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, in: Matthias Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre. Stationen eines wechselvollen Verhältnisses, Tübingen 2013, S. 85–98.

Ders., Der österreichische Verfassungsgerichtshof als Schöpfung Hans Kelsens und sein Modellcharakter als eigenständiges Verfassungsrecht, in: Thomas Simon/Johannes Kalwoda (Hrsg.), Schutz der Verfassung, Normen, Institutionen, Höchst- und Verfassungsgericht, Der Staat, Beiheft 22, Berlin 2014, S. 283–306.

Ders., Die Vereinigung und Österreich, in: Pascal Cancik et alii (Hrsg.), Streitsache Staat. Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1922–2022, Tübingen 2022, S. 245–271.

Wielinger, *Gerhart*, Merkls Interpretationslehre, in: Robert Walter (Hrsg.), Adolf. J. Merkl, Werk und Wirksamkeit, Wien 1990, S. 107–115.

Windscheid, *Bernhard*, Die Actio. Abwehr gegen Doktor Theodor Muther, Düsseldorf 1857.

Winkler, *Günther*, Die absolute Nichtigkeit von Verwaltungsakten, Tübingen 1960.

Ders., Glanz und Elend der Reinen Rechtslehre, Saarbrücken 1988.

Ders., Rechtstheorie und Erkenntnislehre, Wien 1990.

Ders., Die Reine Rechtslehre Kelsens als Dekonstruktionismus?, in: Joachim Burmeister (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, München 1997, S. 115–125.

Winternitz, *Emanuel*, Zum Gegenstandsproblem der Rechtstheorie, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 4 (1922/1923), S. 684–698.

Ders., Zum Streit um Kelsens Rechtslehre. Eine „Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz", in: Juristische Blätter 52 (1923), S. 120–123.

Wittgenstein, *Ludwig*, Vermischte Bemerkungen. Eine Auswahl aus dem Nachlaß. Hrsg. von Georg Henrik von Wright, unter Mitarbeit von Heikki Nyman, in: Ludwig Wittgenstein, Werkausgabe, Bd. 8, Frankfurt am Main 1984, S. 445–573.

Wright, *Claire*, The 1920s Viennese Intellectual Community as a Center for Ideas Exchange: A Network Analysis, in: History of Political Economy 48 (2016), S. 593–634.

Yoshikazu Stato, Tomoo Otaka and Alfred Schutz in the 1930's. Their Social Theory and Its Socio-Cultural Background, in: 立命館産業社会論集 35 (1999), S. 39–55.

Zeleny, *Klaus*, Die Wiener rechtstheoretische Schule, in: Robert Walter/Werner Ogris/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit. Ergebnisse einer internationalen Tagung, veranstaltet von der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs und dem Hans Kelsen-Institut (19.–21. April 2009), Wien 2009, S. 137–149.

Ders., Die Wickenburggasse 23: Das Zentrum der „Wiener Schule", in: Maria Ettl/Gerhard Murauer (Hrsg.), Hans Kelsen und die Bundesverfassung. Geschichte einer Josefstädter Karriere, Wien 2011, S. 41–47.

Ziemann, *Sascha*, Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts/Revue Internationale de la Théorie du Droit (1926 bis 1939), in: Rechtstheorie 38 (2007), S. 169–195.

Personenregister

Die Namen von Hans Kelsen (1881–1973), Adolf Julius Merkl (1890–1970) und Fritz Sander (1889–1939), die in diesem Buch ubiquitär vorkommen, sind im Personenregister nicht aufgeführt.

Adler, Guido 139 (Anm. 618)
Adler, Max 40 (Anm. 130)
Amaral Junior, José Levi do 169 (Anm. 11)
Andreae, Wilhelm 46 (Anm. 161)
Aufricht, Hans 532 (Anm. 12)
Augsburg, Ino 177 (Anm. 49)

Bagster, Gerald Georg 139
Bauer, Otto 28 (Anm. 66), 40
Baxa, Jakob 46 (Anm. 161)
Beling, Ernst 169 (Anm. 10)
Bernatzik, Edmund 19, 50 (Anm. 181), 139 f., 142, 322 (Anm. 762)
Binder, Julius 308 (Anm. 695)
Bobbio, Norberto 69 (Anm. 269)
Böhm-Bawerk, Eugen 29 f., 142 (Anm. 641)
Böhm, Peter 303 (Anm. 672)
Bondi, Margarete 30 (Anm. 79)
Bondy, Otto 31 (Anm. 83)
Bülow, Oskar 187 (Anm. 106), 222, 308 (Anm. 695), 476 (Anm. 399), 486 (Anm. 443)
Bustamante y Montoro, Antonio 57 (Anm. 213)

Carrino, Agostino 16 (Anm. 10), 136 (Anm. 599)
Cassirer, Ernst 77 (Anm. 325)
Chauán Zedan, Marcela 374 f. (Anm. 5)
Cohen, Hermann 323 f. (Anm. 768)
Cossio, Carlos 57 (Anm. 214)

Delacroix, Sylvie 438 f. (Anm. 257)
Demelius, Heinrich 28 (Anm. 67)
Dobretsberger, Josef 145 (Anm. 664)
Duguit, Léon 56, 60 (Anm. 222, 223)
Dworkin, Ronald 257 (Anm. 461)

Ebenstein, William 63
Eisenmann, Charles 58 (Anm. 215), 59 (Anm. 221), 60 f. (Anm. 225)
Engel-Jánosi, Friedrich 40 f., 532 (Anm. 12)
Ephrussi, Elisabeth 29 (Anm. 73), 31 (Anm. 83, 84), 38, 47 (Anm. 165), 95, 337, 340–343, 369

Faig, Jakob 77 (Anm. 319), 283 (Anm. 589), 285 (Anm. 598), 301 (Anm. 664)
Federn, Paul 39 (Anm. 126)
Fleiner, Fritz 60 (Anm. 223)
Fleischer, Georg 150 (Anm. 689), 532 (Anm. 12)
Freud, Sigmund 29, 39 (Anm. 126)
Fröhlich, Walter 532 (Anm. 12)
Fuchs, Albert 35 (Anm. 102)
Fürth, Herbert 36 (Anm. 110), 37 (Anm. 113), 523 (Anm. 12)

Gleispach, Wenzel 43 (Anm. 149)
Goethe, Johann Wolfgang von 157 (Anm. 731), 168
Goldschmidt, James 154 (Anm. 713), 195 (Anm. 144), 308 (Anm. 695)
Gotsbacher, Gerald 169 (Anm. 11)
Grädener, Hermann 139 (Anm. 618)
Green, Michael Steven 438 f. (Anm. 257)
Gross, Léo 31 (Anm. 83)
Grünberg, Sigmund 151 f. (Anm. 701)

Haferkamp, Hans-Peter 16 (Anm. 9)
Hart, H. L. A. 171 (Anm. 23), 263 (Anm. 476), 480 (Anm. 419)
Hartmann, Lucas 169 (Anm. 11)
Havliček, Franz 31 f., 88 (Anm. 376), 151
Hayek, Friedrich August von 28 (Anm. 68), 37 (Anm. 113), 40 f. (Anm. 136)
Hegel, G. F. 429 (Anm. 218)
Heinrich, Walter 46 (Anm. 161)
Heller, Hermann 147 (Anm. 670)
Henrich, Walter 30, 42, 46, 49, 53, 87, 88 (Anm. 376), 152 (Anm. 704), 173 (Anm. 29)
Heraklit 224
Herz, John 55 (Anm. 204)
Hilbert, Patrick 175 f. (Anm. 44), 349 (Anm. 948)
Hilferding, Rudolf 28 (Anm. 66)
Hitschmann, Eduard 39 (Anm. 126)
Hochmann, Thomas 376 (Anm. 12)
Hoetzel, Jiří 461 (Anm. 339)
Hold-Ferneck, Alexander 42 (Anm. 145), 43 (Anm. 150), 44 (Anm. 154)
Hula, Erich 31 (Anm. 83)
Huppert, Hugo 45 (Anm. 159)
Hussarek von Heinlein, Max Ritter 139 (Anm. 616)
Husserl, Edmund 323 f. (Anm. 768)

Jabloner, Clemens 91 f. (Anm. 396), 169 (Anm. 10, 11), 395 f. (Anm. 97)
Jacobi, Erwin 52 (Anm. 190)
Jellinek, Georg 321 (Anm. 759)
Jerusalem, Wilhelm 139
Jestaedt, Matthias 54 (Anm. 202), 158 (Anm. 743), 190 (Anm. 124), 283 (Anm. 589), 349 (Anm. 888), 461 (Anm. 338), 504 (Anm. 515), 510 (Anm. 531)
Jèze, Gaston 60
Jung, Erich 24 (Anm. 48)

Kant, Immanuel 31 (Anm. 82), 323 f. (Anm. 768)
Kaufmann, Erich 52 f.
Kaufmann, Felix 34 (Anm. 98), 36 f., 40 f. (Anm. 136), 42, 46, 47 (Anm. 165), 49, 51 (Anm. 184), 58 (Anm. 217), 59 (Anm. 218), 69 (Anm. 270), 95, 100 (Anm. 434), 133 (Anm. 590), 202 (Anm. 184), 337, 340–344, 369, 475, 486 (Anm. 443), 532 (Anm. 12)
Klahr, Alfred 148 (Anm. 680)
Kletzer, Christoph 236, 436 (Anm. 250)
Klinghoffer, Hans 31 (Anm. 83), 376 (Anm. 12)
Koellreutter, Otto 152 (Anm. 705)
Kraft, Julius 58 (Anm. 215)
Kraft-Fuchs, Margit 31 f. (Anm. 84), 531
Kronbauer, Eduardo 349 (Anm. 888)
Kunz, Josef L. 31 (Anm. 83), 43 f., 46 (Anm. 163), 49, 62 f., 152, 217 (Anm. 270), 318 (Anm. 747), 345 f., 349, 369, 480 (Anm. 419), 498 (Anm. 502)

Lask, Emil 323 (Anm. 768), 429 (Anm. 218)
Laun, Rudolf 142
Lawrence-Lowell, Abbott 60 (Anm. 222, 223)
Le Fur, Louis 57
Leder, Paul August 139 (Anm. 616)
Lederer, Emil 28 (Anm. 66)
Legaz y Lacambra, Luiz 57 (Anm. 213), 58 (Anm. 215), 59 (Anm. 218), 67 (Anm. 260), 161 (Anm. 748)
Luhmann, Niklas 215 f. (Anm. 259), 238 (Anm. 381), 499 (Anm. 503)

Manguel, Alberto 532 (Anm. 9)
Mattern, Johannes 152 (Anm. 704)
Mayer, Hans [Literaturwissenschaftler] 32 (Anm. 87)
Mayer, Hans [Nationalökonom] 45 (Anm. 158), 50 (Anm. 181)
Mayr, Michael 146 (Anm. 666)
Menger, Carl 15 (Anm. 7)
Menger, Karl 37, 148 (Anm. 679)
Menzel, Adolf 42 (Anm. 142), 44 (Anm. 156), 143, 145 (Anm. 664)
Métall, Rudolf Aladár 31 (Anm. 83)
Meyer, Robert 142 (Anm. 641)
Mintz, Max 532 (Anm. 12)
Mises, Ludwig 28 (Anm. 66, 68), 29, 37 f., 40, 45 (Anm. 158), 60, 65 (Anm. 253), 155

Moór, Julius 57 (Anm. 213), 59 (Anm. 221)
Moreira, José Carlos Barbosa 172 (Anm. 28)
Müllner, Laurenz 139 (Anm. 617, 618), 140 (Anm. 623)

Neurath, Otto 39 (Anm. 128)

Olechowski, Thomas 11 (Anm. 2)
Otaka, Tomoo 58 (Anm. 215)

Parmenides 224
Paulson, Stanley 11 (Anm. 2), 33 (Anm. 96), 97 (Anm. 428)
Perels, Emil 20
Petschek, Georg 532 (Anm. 12)
Pffersmann, Otto 130 (Anm. 580), 295 (Anm. 636)
Pitamic, Leonidas 30, 60 (Anm. 225), 88 (Anm. 376), 252, 355–359, 369
Pohle, Philipp 190 (Anm. 124)
Politis, Nikolaos 60 (Anm. 222, 223)
Pribřam, Francis 40
Procházka, Adolf 25 (Anm. 54)

Raz, Joseph 438 f. (Anm. 257)
Recaséns-Siches, Luis 58 (Anm. 215), 59 (Anm. 218–221), 67 (Anm. 260)
Reimer, Philipp 438 f. (Anm. 257)
Renner, Karl 155
Rickert, Heinrich 429 (Anm. 218)
Roeder, Hermann 46 (Anm. 161)
Rohatyn, Gisela 31 f. (Anm. 84), 55 (Anm. 204)
Rohatyn, Sigmund 450 (Anm. 305)
Ross, Alf 57 (Anm. 213), 58 (Anm. 215), 95, 97, 217 f. (Anm. 271), 234 (Anm. 356), 262 (Anm. 473), 350–354, 369, 420 (Anm. 178), 447 (Anm. 290)

Sachs, Hanns 39 (Anm. 126)
Samonig, Luka 283 (Anm. 589)
Sauer, Wilhelm 154 (Anm. 713)
Sauter, Johannes 46 (Anm. 161)
Savigny, Friedrich Carl von 16 (Anm. 9)
Schmitt, Carl 3 (Anm. 15), 33 (Anm. 92), 52 (Anm. 190), 60 f. (Anm. 225), 134 (Anm. 594), 167
Schreier, Fritz 18 (Anm. 18), 31 (Anm. 83), 34 (Anm. 101), 37, 42–44, 46 f., 49, 51 (Anm. 184), 59 (Anm. 218), 95, 133 (Anm. 590), 358–360, 369, 399, 486 (Anm. 497), 509 (Anm. 528), 516, 521, 532, 534 (Anm. 18)
Schrutka, Emil 142
Schumpeter, Joseph 28 (Anm. 66)
Schütz, Alfred 31 (Anm. 83), 37 (Anm. 112), 38, 47 (Anm. 165), 58 (Anm. 217), 145 (Anm. 664), 532 (Anm. 12)
Schwind, Ernst 44 (Anm. 154)
Seidler Jr., Ernst 30, 88 (Anm. 376), 151
Seidler-Schmid, Gustav 46 (Anm. 161)
Siebeck, Paul 144 (Anm. 656)
Siebeck, Werner 52 (Anm. 188)
Silva, Matheus Pelegrino da 169 (Anm. 11)
Silving, Helen 31 f. (Anm. 84)
Somek, Alexander 159 (Anm. 744), 210 (Anm. 231), 215 f. (Anm. 259)
Spann, Othmar 29, 37, 43 (Anm. 147), 44–46, 50 (Anm. 181)
Spiegel, Ludwig 24 (Anm. 48)
Stark, Bernhard 18 (Anm. 18), 24 (Anm. 48), 52
Steiner, George 532 (Anm. 9)
Strigl, Richard 28 (Anm. 67), 30, 41, 88 (Anm. 376), 142 (Anm. 646)
Strisower, Leo 43 (Anm. 149)
Sukiennicki, Wiktor 58 (Anm. 215)

Techet, Péter 13 (Anm. 4)
Thiede, Klaus 46 (Anm. 161)
Thoma, Richard 61 (Anm. 628)
Triepel, Heinrich 62
Tuba, Gustav 140 (Anm. 623)

Vaihinger, Hans 24 (Anm. 48)
Van Praag, Marinus Maurits 58 (Anm. 215), 98, 251 (Anm. 436), 337–339, 369, 487 (Anm. 444)
Van Sickle, John 45 (Anm. 158)
Vecchio, Giorgio Del 63 (Anm. 243), 132 (Anm. 586)
Verdross, Alfred 17, 30, 31 (Anm. 82), 33 (Anm. 92), 35 (Anm. 102), 43, 46, 47 (Anm. 165), 49, 59 (Anm. 218), 61 f., 64, 85 (Anm. 358), 87–89, 92–94, 97,

109, 126 (Anm. 562), 133 (Anm. 590), 136 (Anm. 599), 139 (Anm. 622), 140–142, 148–152, 158 f., 172 f. (Anm. 29), 237 (Anm. 374), 250 f., 264–280, 302, 318 (Anm. 750), 345–354, 367, 369, 376 (Anm. 10, 11), 432 (Anm. 231), 467, 503 (Anm. 513), 515, 517 (Anm. 554), 534
Vesting, Thomas 238 (Anm. 381), 504 (Anm. 515)
Voegelin, Erich 31 (Anm. 83), 34 (Anm. 98), 36 f., 43, 47 f. (Anm. 165), 55 (Anm. 208), 133 (Anm. 590), 192 (Anm. 133), 349 f., 369, 381 (Anm. 34), 511 (Anm. 532), 532 (Anm. 12)

Weber, Max 33, 528 (Anm. 2)
Weizsäcker, Wilhelm 147 (Anm. 670)
Westphalen, Ferdinand 46 (Anm. 161)
Weyr, František 19–26, 33 (Anm. 92), 35 (Anm. 102), 48 f. (Anm. 169), 56 f., 59 (Anm. 221), 60 f. (Anm. 225), 63, 89 (Anm. 386), 92, 125 f., 146 f., 151, 161, 204 (Anm. 190), 272–276, 302, 432 (Anm. 231), 433 (Anm. 234), 461 (Anm. 339), 488 (Anm. 451), 533
Wiederin, Ewald 283 (Anm. 589)
Wieser, Friedrich von 50 (Anm. 101)
Winkler, Günther 136 (Anm. 599)
Winternitz, Emmanuel 31 (Anm. 83), 37 f., 47 (Anm. 165), 77 (Anm. 325), 532 (Anm. 12)
Wittgenstein, Ludwig 96, 248 f. (Anm. 426)

Sachregister

a-institutionelles Rechtsbild 382
Ableitbarkeit 118 f., 180 f., 290 f., 321 f., 434 f., 495–498 (*siehe auch* Entsprechung)
– Abhängigkeitsbeziehung oder -verhältnis 182 f., 198 f., 286–289
– Norm–Norm-Ableitungszusammenhang 189, 289, 447, 515 f.
Abschattung 212 f., 240, 333 f., 514 f.
absolutistisch 458
Académie de Droit International de la Haye 61 f.
Allheilmittel 292–272, 490
Allheit
– Allheit der Rechtserfahrung 223, 445 f., 472
– Allheit der rechtserheblichen Tatbestände 310 f.
– Allheit der Rechtssätze 219 (mit Anm. 278), 223 (mit Anm. 301), 232, 235
Alleinherrscher 324, 360, 367, 470–478, 480 (*siehe auch* Rechtsorgane)
Allmacht des Rechtsanwenders 271
Alternativermächtigung 278 f., 374–415, 453–455, 457, 531
– als Anhängsel 405
– als Mosaiklösung 395–406
– als verkapptes Ermessen 400 f.
– als Zeichen der Oszillation Kelsens zwischen Merkl und Sander 375
– Alternation 385, 406 f. (mit Anm. 144)
– Alternativbestimmung 278 f., 385 (mit Anm. 51), 374–415
– Alternativcharakter der Ermächtigungsnormen 384–387
– Alternativ-Erlaubnis 271 f.
– Alternativ-Vorschrift(en) 385 (mit Anm. 51)
– Geburtsstunde der Alternativermächtigung 94 f.
– keine Terminologie Kelsens 374 (Anm. 3)
– normative Alternativen 375
Anarchie 459
Anforderungsmodell 205–221, 396, 404 f., 436–449, 463 f., 511 f., 523 f. (*siehe auch demand model*)
Anthropomorphismus/Anthropomorphismen 206 f., 499
antiessentialistisch 76 f., 460–462
Antinomie
– Antinomie in der Rechtstheorie 251 f., 349
– Antinomie von Sein und Werden 224
– Antinomie zwischen außenstehendem Betrachter und Staatsorgan 467 f.
– Antinomie zwischen Recht als Text und Recht als Entscheidung 355–358
– Staatsunrecht als logische Antinomie 109
– Verletzung der Rechtsordnung durch die das Recht anwendende Organe als Antinomie 246
Antisemitismus 44 f. (Anm. 157)
Anwendung (*siehe* Rechtsanwendung)
Äquivokationsfalle(n) 432, 476–479
Auslegung (*siehe auch* Interpretation) 441–444
– authentische Entscheidung oder Interpretation 213, 284, 375 f., 424, 426, 460, 499 f., 507, 517
– authentische vs. nicht-authentische Auslegung 183 (mit Anm. 86), 243, 425, 442
– das Recht legt sich selbst aus 481
– logisch-grammatikalische Auslegung 340, 443
– objektive vs. subjektive Auslegung 443, 509 f.
– wie die Rechtserkenntnis, so das Recht 253–259

Auslegungslehre 337 f., 351 f., 442 f., 462 f., 504 (mit Anm. 514), 509 f., 523
Autonomie (*siehe auch* Eigengesetzlichkeit)
- Autonomie des Rechts 84, 343, 477
- Autonomie der Rechtswissenschaft 84, 210, 498, 513 f.
- Autonomie einer normativen Sinnsphäre 119, 344 f.

Autorität 298–301, 328–332, 423–426

Bagatellvariation 215
Bedingtheit 93, 97, 182–185, 199, 244, 326 (*siehe auch* Stufenbau: Stufenbau nach der rechtlichen Bedingtheit)
- Abweichung zwischen bedingender und bedingter Norm 197–200, 243–246, 285–287, 352 f.
- Bedingende-Bedingte-Konnex 179
- bedingende Norm und bedingte Norm 92–94, 178 f., 185 f., 364 f.
- Bedingtheitsverhältnis 196, 326

Begriffsjurisprudenz 210 f. (mit Anm. 232)
Beharrungstendenz 192, 332, 422, 434 (*siehe auch* Rechtskraft)
Beschreibung 207 f., 250, 393, 406 f., 414, 420, 457, 519 f. (*siehe auch* Deskription)
Bestimmung
- Alternativbestimmung (*siehe* Alternativermächtigung)
- Fehlerkalkülbestimmung(en) (*siehe* Fehlerkalkül)
- Können-Bestimmungen 115, 129 f. (*siehe auch* rechtliches Können)
- Rechtskraftbestimmung (*siehe* Rechtskraft)

Beziehung (*siehe auch* Relation)
- Beziehung zur Rechtsordnung 85 (mit Anm. 358)
- Praxis des Bezugs 319, 408 (mit Anm. 146)
- Sich-auf-die-Rechtssätze-Beziehen 426, 512

Bifurkation 385
Binnenperspektive 102–105, 517 (*siehe auch internal point of view*)
Brünner Schule 19–26, 56 f., 61, 176, 533 f. (mit Anm. 15)

common sense 26, 50, 111, 508, 524
Community
- Community der Reinen Rechtslehre 4 f., 202
- juristische Community 35
- rechtswissenschaftliche oder rechtstheoretische Community 22, 303

contradictio in adjecto 267, 302 f., 389

demand model 436 (mit Anm. 250) (*siehe auch* Anforderungsmodell)
Denkgesetz(e) 300–303, 305 f., 327–329, 332 f., 340 f., 351 f., 368, 442 f., 462 f., 485, 491, 523
Denkkollektiv 3, 7 f., 18 f. (mit Anm. 21), 41, 51, 234 (mit Anm. 356), 246 f., 376
Denkmodus
- Denkmodus der Ethik 242
- Denkmodus des Seins 221 (mit Anm. 289)
- Denkmodus des Sollens 101, 120, 232, 513

Denkstil
- Denkstil Kelsens 217
- Denkstil Merkls 170 f.
- reaktiver Denkstil Sanders 204 (mit Anm. 190), 216–221
- Reine Rechtslehre als Denkstil 2 f., 134, 162, 416, 464, 519, 527, 530

Derogation 175–177, 191–194
Deskription 73–75, 458 f. (*siehe auch* Beschreibung)
desuetudo 172 (Anm. 29), 386 f. (mit Anm. 60), 414 (mit Anm. 165)
Deutungshoheit/Deutungsprimat 6, 242, 254, 257–261, 282, 320, 331, 336 f., 369, 467
Deutungsschema 190, 244 f., 310, 379, 441, 445 f.
Dezentralisierung 255, 459
Diagnostiker 74
dialektisch
- Primat des Rechtsverfahrens als dialektische Lösung 224
- keine dialektische Debatte um das rechtswidrige Recht 247

Dialog
- Dialog der Reinen Rechtslehre mit der Wissenschaftstheorie und der Philosophie 68–71, 205
- schulimmanenter Dialog 120

dialogisch 91
Dichotomien-Auflösung 23, 75, 304
Diener des Rechts 195
differentia specifica 2, 80 f., 90 f., 222, 380–383, 439 f. (*siehe auch* Eigengesetzlichkeit)
Diskontinuität 220, 440
Disziplinarkammer 86 f.
Disziplinarrecht 107 f., 117, 128
Dogma
- Dogma der Normativität des Rechts 217 f.
- Dogma der Rechtswissenschaft als Rechtsquelle 220 f.
- Dogma des statischen Charakters des Rechts 219 f. (*siehe auch* Gesetzessolipsismus)

Dogmaktivismus 524 f.
Dogmatik (*siehe* Rechtsdogmatik)
Doppelheit der Rechtsordnung 165 f., 323
Doppelheit des Rechts 246, 270
Doppelnorm oder doppelte Norm 358–360, 369, 394, 399, 516, 521
doppelte Frontstellung 72 (mit Anm. 293)
doppelte Rechtsordnung 197–200, 284, 289, 329
doppelter Boden des Rechts 246, 384
doppeltes Herz Kelsens 376
doppeltes Rechtsantlitz 185–191
- Auseinanderfallen von Rechtserkenntnis und Rechtsanwendung 198 (mit Anm. 163)
- Relativität von Rechtsanwendung und Rechtserzeugung 187–191
- Zweigliedrigkeit der Rechtsordnung 185–187

doppeltes System der Reinen Rechtslehre 418 f. (mit Anm. 175)
Dualismus
- Dualismus eines Rechts der Rechtswissenschaft und eines Rechts des Rechtsverfahrens 317 f., 357, 478 (mit Anm. 408)
- Dualismus von Recht und Prozess 308 (mit Anm. 695)

Dürfen (*siehe* rechtliches Dürfen)
Dynamik (*siehe auch* Rechtsdynamik)
- dynamische vs. statische Betrachtung 78, 81, 124–129, 136 (mit Anm. 599), 159 f., 175–185, 212–216, 432–436
- Dynamik des Rechts vs. Statik des Rechts 23, 78, 81, 95, 124–129, 173–185, 212–216, 432–436

Effektivität 287, 346–348, 386, 404, 406–415, 444–449
Eigengesetzlichkeit (*siehe auch* Autonomie)
- Eigengesetzlichkeit des Rechts 79–83, 174 f., 221–238, 380–382, 519 f., (*siehe auch differentia specifica*)
- Eigengesetzlichkeit der Rechtswissenschaft 68–79, 119 f.
- Eigengesetzlichkeit nach innen und nach außen 288

Einheit
- Einheit der Rechtserfahrung 304
- Einheit der Rechtsordnung als Widerspruchslosigkeit 107, 118 f., 123 f., 398–400
- Einheit der Rechtsordnung als Delegationszusammenhang 267, 422 f.
- Einheit des Rechts im Rechtsverfahren 208 f., 223 f., 233 f., 313 f., 377
- Einheit des Systems durch den Stufenbau 176 f., 179–182

einstufig 91, 219 f., 231 (*siehe auch* Dogma: Dogma des statischen Charakters des Rechts; Gesetzessolipsismus; Urteilssolipsismus)
enfant terrible 122 (*siehe auch puer robustus*)
Entkopplung
- Entkopplung von Autorität und Wahrheit 301 f., 423 f.
- Entkopplung von Dürfen und Können 294, 302, 506
- Entkopplung von Fehlern und Fehlerfolgen 294, 302, 506, 523
- Entkopplung von Geltung und Rechtmäßigkeit 294, 302

– Entkopplung von Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit 294, 302
Entmonopolisierung 381, 459
Entmythologisierung 26, 75–78, 83, 110, 206, 488, 521 (*siehe auch* Entzauberung)
Entscheidung
– Entscheidungsdependenz 78, 391, 437
– Entscheidungskomponente der Rechtsgewinnung 187–191, 244
– letztinstanzliche Entscheidung(en) 299 f., 301, 315 f., 329 f., 338 f., 349 f., 360–364, 412 f., 506–510
– Recht als Entscheidung oder Entscheidungsordnung 117, 355–358, 380–383, 390–395, 410, 462
– wie die Entscheidung, so das Recht 259–262
Entscheidungshoheit 6, 254, 257–261, 315, 333, 336 f., 346
Entsprechung (*siehe auch* Ableitbarkeit)
– Entsprechung als Figur 397 f., 512
– Entsprechungsdenken 321–324, 333 f., 495–498
– Nicht-Entsprechung 127, 197, 285, 354, 391, 393, 411 f., 423, 512
Entzauberung 75–78, 83, 121 f., 390–395, 405 f. (*siehe auch* Entmythologisierung)
Ephemera 170–175
Erfahrung (*siehe* Rechtserfahrung)
Erkenntnis (*siehe* Rechtserkenntnis)
Erlaubnis 220, 379 f. (mit Anm. 27), 435
Ermächtigung (*siehe auch* Kompetenz; Zuständigkeit)
– als Grundmodalität des Rechts 97 (mit Anm. 427, 428), 378 f., 435, 441, 530
– Denaturierung der Ermächtigung 367, 443 f.
– Denken von der Ermächtigung her 377–380
– direkte und indirekte Ermächtigung 395, 397, 399 f., 402, 405, 410 f., 423
– Ermächtigungskette 177, 188, 267, 361, 512
– Ermächtigungsnorm 93, 190, 194, 244, 295 (mit Anm. 636), 332, 384–387
– Rechtsordnung als Ermächtigungszusammenhang 184, 530
Ermessen
– Bindung und Ermessen 187–191
– Eigenprogrammierung und Fremdprogrammierung 82, 181, 187–189, 197, 244 f., 263, 407, 441
– verkapptes Ermessen 297 f., 400 f., 521 (*siehe auch* Alternativermächtigung; Fehlerkalkül)
Errata
– durch das Rechtsverfahren 430 f.
– durch die Rechtswissenschaft 427 f.
Erwartung
– Stabilisierung von Erwartungen 295, 434, 441, 523
Erzeugung (*siehe* Rechtserzeugung)
Erzeugungsregel 78, 93, 178 (mit Anm. 59), 183, 191–193 (*siehe auch* Rechtserzeugung: Rechtserzeugungsregel)
Ethik 242, 429, 431, 449, 513, 523
– ethische Umdeutung des Rechts 218, 439 f.
– ethisierende Betrachtung des Rechts 381, 438, 511
– Grundproblem der Ethik 218
Existenzberechtigung der Rechtswissenschaft 427–431, 457, 522
Exportakademie 5, 17, 151 f., 155

Faktizität 379, 444–449, 452
Faktum
– Faktum des Rechts 207–212, 309 f., 487
– Faktum der Rechtswissenschaft 309 f.
Fehler (*siehe* Rechtsfehler)
Fehlerkalkül 283–302, 453–455, 457, 466–470, 506–511, 531 (*siehe auch* Irrtumskalkül)
– als Modifizierung der Erzeugungsregel 287, 291, 297
– als verkapptes Ermessen 297 f.
– Entkopplungsstrategie(n) 292–294
– Interdependenzunterbrechung 291
– Fehlerkalkülbestimmungen 359, 401, 444
– Fehlerkorrektur 280, 284, 298–301
– Fehlerlatitüde 367, 468, 520, 529
– Fehlertoleranz 292, 333, 428, 456, 469, 490
– minimale vs. maximale Bedingungen 290–294
– Proto-Fehlerkalkül 279–281

– Wesen und Wert des Fehlerkalküls 290–294
Fiktion(en) 77 (*siehe auch* Anthropomorphismus; Hypostasierung)
Forschungsprogramm 67–84, 460–465
Freirechtsbewegung 82 f., 201 f. (mit Anm. 179), 325
Funktionalisierung 23, 75–78, 143, 163, 205–207, 309 f., 365 f.

Gegenstandsproblem 79 f.
Geltung
– als Normativitätsanspruch des Systems 76 f.
– als Verbindlichkeit 437–459 f. (mit Anm. 259)
– als Zugehörigkeit zum System 112, 180, 342, 397, 408, 510
– Geltungsbegründung 397
– Geltungsprimat 259 f., 467
– Geltung vs. Rechtmäßigkeit 294, 302
Gesetzessolipsismus 91, 471 (*siehe auch* Dogma: Dogma des statischen Charakters des Rechts)
– Gesetzesabsolutismus 91
– Gesetzesfixiertheit 219 (mit Anm. 281)
Ghost(s) in the machine 233 (Anm. mit 350), 398
Gleichwertigkeit
– aller Rechtsbedingungen 111 f., 114, 162, 191, 286, 404, 469, 529
– aller Interpretationsmöglichkeiten innerhalb des Rechtsrahmens 290, 364
– zwischen Entscheidungen, die durch direkte und alternative Ermächtigung gedeckt werden 386, 400
Gott 108–110, 209, 360
– Analogie zwischen Gottes- und Staatsbegriff, Theologie und Rechtswissenschaft 34, 108–110, 360
– gottlose Rechtserscheinungen 109 f.
Grammatik
– Grammatik als außerrechtliches Kriterium der Richtigkeit 323, 429
– Grammatik als Normativitätsform 214
– Grammatik der Reinen Rechtslehre 50, 106
– Grammatik des Rechts 75, 288, 327
Grundnorm 102 f., 208, 406–415, 452 f., 515, 521
– als Grundvoraussetzung des Rechtsdenkens 103, 410
– als Inauguration des Sprachspiels der Normativität 103
– als Maske der Normativität 103
Grundstein 110 f., 391 (mit Anm. 76)

Habilitationsbruder 144, 528
Habilitationsverfahren
– Henrichs 42 (mit Anm. 144)
– Kaufmanns 42 (mit Anm. 145)
– Kelsens 17 (mit Anm. 12)
– Kunzs 44 (mit Anm. 155)
– Merkls 42 (mit Anm. 142)
– Pitamics 30 (mit Anm. 78)
– Sanders 28 (mit Anm. 67), 42 (mit Anm. 143), 44 (mit Anm. 156)
– Schreiers 44 (mit Anm. 154)
– Strigls 28 (mit Anm. 67)
– Verdross' 43 (mit Anm. 149)
– Voegelins 42 f. (mit Anm. 43)
– Weyrs 21 (mit Anm. 31)
Handlungsgrund 438 f.
hard core 78
Herr Jedermann 117 f., 158, 163, 259 f., 381 f., 459, 468 (*siehe auch* Jedermann-Problem)
Hierarchie 179 f., 182–185, 191–194, 235–238, 325 f., 428 f., 470 (mit Anm. 367), 478 f., 501 f. (*siehe auch* Stufenbau)
Hintertür bzw. Hintertürchen 309, 327–329, 345, 512 f.
Hinwendung zur Erfahrung 208
Hypostasierung(en) 22 f.
Hypostasierungsphobie 206

Idealität des logisch richtigen Rechts 282 f., 345 f., 357
Idealisierung 390, 500, 529
Idealismus 325, 530 f.
Ideengeschichte 2, 135
Immanenz 174, 207–212, 284, 315, 403
Inaugurator 23
Individualisierung
– des Rechts als Gegenstand 73, 80, 222, 368 f.

- Rechtsindividualisierung 287, 380, 421, 507 (*siehe auch* Rechtskonkretisierung)

Individualismus 458
individualistisch 457 f.
Infallibilität (*siehe auch* Unfehlbarkeit) 259 (mit Anm. 469), 263 (mit Anm. 476), 303 (mit Anm. 674)
Institut
- *Institut International de Droit Public* 60 f.
- *Institut International de Philosophie du Droit et Sociologie Juridique* 57, 61 f.

Intellektuellen-Geschichte 2, 135, 163 f.
internal point of view 70
Internationalisierung 57–63
Interpretation (*siehe auch* Auslegung)
- als politisches Problem 311 f., 442
- authentische vs. nicht-authentische Interpretation 183 (mit Anm. 86), 243, 425, 442
- intellektuelle oder rechtswissenschaftliche Interpretation 183, 214, 306, 331, 364 f., 442, 444, 451, 523
- Interpretationslehre 442 f.
- logisch-grammatikalische Interpretation 340, 443
- objektive vs. subjektive Interpretation 443, 509 f.

Irrtumskalkül 262, 280, 281–283, 297, 299, 468 (*siehe auch* Fehlerkalkül)

Januskopfartigkeit 92, 136, 185–191
Jedermann-Problem 122 (*siehe auch* Herr Jedermann)
judge-made-law 482
jüdisch 532 f., 534 (mit Anm. 18)
jüdisch-stämmig 63
Jungösterreichische Schule der Rechtstheorie (*siehe* Wiener Schule der Rechtstheorie)
Juridizität 255
Juristenrecht 430
juristische Konstruktion 100 (mit Anm. 435), 102, 104, 109, 111, 114, 119, 121, 123 f., 128–131, 400
Justizirrtum 301, 343, 360

Kausalität 72 f., 90 f.
Kognition 80, 187–191, 282
- Kognition als Aufgabe der (Rechts-)Wissenschaft 239
- Kognition als statische Komponente des Rechtsverfahrens 190, 418
- Recht als Kognitionsverfahren 241

kollektivistisch 458
Kommunikation
- intersubjektive Kommunikation 50
- Kommunikation zwischen Rechtstheorie und Rechtsdogmatik 506 f., 515 (mit Anm. 547), 524 f.
- Kommunikationskontext 263
- Kommunikationszusammenhang 446
- Recht als Kommunikation 328
- rechtliche Kommunikation oder Rechtskommunikation 213, 219, 230–232 (mit Anm. 340), 238, 264, 379, 382, 392, 403, 407, 414, 440 f., 452, 472

Kompetenz 226–232, 377–380 (*siehe auch* Ermächtigung; Zuständigkeit)
- Denken von der Kompetenz her 377–380
- Entscheidungskompetenz 383, 438
- Erkenntniskompetenz 529
- Kompetenz der Rechtswissenschaft vs. Kompetenz der Rechtspraxis 255, 263, 315 f., 322, 366, 384, 423, 449 f., 500
- Kompetenzdenken 97, 105, 448 (mit Anm. 294)
- Kompetenzfrage(n) 130, 259 f., 294
- Kompetenznorm(en) 128, 480
- Kompetenzregelung(en) 411
- Kompetenzüberschreitung(en) 108, 260, 285 f., 338 f., 343, 346 f., 361 f., 391, 486, 510
- Kompetenzübertragung 195 f.
- Recht als Kompetenzordnung 194
- Teilung der Kompetenzen 355 f.

Konkretisierung (*siehe* Rechtskonkretisierung)
Können (*siehe* rechtliches Können)
Konstituierung/Konstitution 239–242
- Entkonstituierung einer Rechtserscheinung 427 (mit Anm. 209)
- Konstituierung der Rechtmäßigkeit 483
- Konstituierung der Rechtserheblichkeit oder Rechtsrelevanz 190 (mit Anm. 127), 403, 429, 471, 485

- Konstituierung der Rechtswidrigkeit 261, 456
- Konstitution von Rechtsbedeutungen 226, 306, 310 f., 320
- Konstitutionsleistung des Rechts 7, 207, 213
- Selbstkonstituierung des Rechts 213, 314, 366, 464, 481, 486, 502, 513
- Selbstkonstitutionsleistung 530

Kontextualisierung 2, 7 f., 12 f., 16, 101 f., 135
Kränkungspotenzial 391 f. (mit Anm. 81)
Kreise (*siehe auch* Privatseminar)
- Freud-Kreis 28 f., 38 f.
- Friedjunggesellschaft 40 f.
- Geistkreis 36–38
- Kelsen-Kreis 15, 27–35, 59, 63–67 (*siehe auch* Wiener Schule der Rechtstheorie)
- Kreis der Austromarxisten 39 f.
- Mengers mathematisches Kolloquium 37, 148 (mit Anm. 679)
- Mises-Kreis 29, 37 f., 40, 65 (mit Anm. 253), 155 (mit Anm. 720)
- Schlick-Kreis 35, 37–40
- Spann-Kreis 29, 37 f., 45
- Wiener Kreis 37 (mit Anm. 114), 39 f.

legal technique 225 (mit Anm. 312)
legalisieren 246
Legitimität 287, 404
Legitimitätsprinzip 386, 410–412, 452 (mit Anm. 309), 502 f., 522
Letztbegründung 76
lex posterior 92, 276 f.
liberal 346, 457 f.
Liberalismus 138 (mit Anm. 612), 147 (mit Anm. 670), 458 f.
Logik 162 f., 248 f. (mit Anm. 426), 289 (mit Anm. 615), 311 f., 323, 327–329, 331, 343, 429, 431, 439 (mit Anm. 260), 483 f., 495–498 (*siehe auch* Rechtslogik)

Machtphänomen 460, 522
Matrix 371, 388
maximal
- maximale Anforderungen 296
- maximale Bedingungen 271, 281, 294, 359, 507

Maximum
- Maximum an Gewissheit 471
- Maximum an Objektivität 440
- Maximum an Rechtsanforderungen 292
- Maximum an Spannung zwischen Ordnungsanspruch und Menschlichkeit des Rechts 357

Metajurisprudenz 209, 217, 242
Metapher 72 (Anm. 293), 180–182, 193, 300 (mit Anm. 655)
Methode
- juristische Methode 257
- Methodenanarchismus 72
- Methodenkonfundierung 72
- Methodensynkretismus 71–73
- Methodenvermischung 72

Methodologie 68, 72
Midas 403–405, 450
minimal
- minimale Bedingungen 271, 281, 294, 295–297, 302, 339, 359 f., 507, 529
- minimale Bedingtheitsstruktur 186

minimalistisch 75, 162, 461 (mit Anm. 339)
Minimum
- Minimum an Anforderungen oder Bedingungen 296, 434
- Minimum an Ermessen 321
- Minimum an Rechtsanwendung 291 f., 296, 322, 385, 445, 485, 516
- Minimum an Wirksamkeit 394

Monopol 109, 220 f., 460
Moral 72 f., 95, 196 (mit Anm. 150), 214, 218, 242, 288 (mit Anm. 607), 311, 349, 369, 382, 449, 511–515, 520
moralische (Um-)Deutung des Rechts 439 f. (mit Anm. 261)
moralistic attitude 382 (mit Anm. 40)
Mutabilität 174 (mit Anm. 39), 223, 274, 454
Mystifizierung 458, 508
Mythologie 513

Naturrecht 327–329, 345–350
- absolutes vs. relatives Naturrecht 207–212, 495, 513 f.
- interstitielles Naturrecht 209 f., 327, 440, 514, 529
- Naturrechtlerei 328, 333, 346, 455, 492

– Naturrechtslehre 75 f., 137 f., 206 f., 209, 253 (mit Anm. 446), 278, 283 f., 349, 365, 381, 440, 464
– verschleierte Naturrechtslehre 215
Negation
– Negation der Rechtswissenschaft 485–489
– Negation des Rechts 494 f.
Nichtigkeit (*siehe auch* rechtliche Unwirksamkeit)
– absolute Nichtigkeit 361 f., 403 f.
– Nichtigkeit vs. Vernichtbarkeit 114–116, 128, 338, 361, 404
– Nichtigkeitsdogma 121 f.
– Nichtigkeitsprämisse 276–278, 299, 366 f., 378 f., 404, 420, 434 f., 447, 469 f., 494, 528
Nicht-Recht 117, 137 f., 190, 245, 258, 300 f., 303, 328 f., 351, 422, 428 f., 449 f., 451–453, 514–516
Nihilismus 427, 479, 486 f., 494
Normanspruchsvergessenheit 435
Normativität
– Dogma der Normativität des Rechts 201 f., 217 f., 439 f., 448, 501 f.
– Normativität des Rechts oder Rechtsnormativität 76, 84, 101–104, 198, 287, 409, 517, 522, 524
– Normativitätsanspruch 292, 419, 434, 523
– Normativitätsdimension 293 (*siehe auch* Sollen-Dimension)
– Normativitätsform 72, 80, 90 f., 101–104, 214, 512
– schwache Normativität 447 f.
Normdisziplin 20, 177, 274 (*siehe auch* Normwissenschaft)
Normkonflikt(en) 343 (mit Anm. 846), 400, 409 f., 413
normwidrige (Rechts-)Norm 377 (mit Anm. 13), 383, 409, 520 (*siehe auch* rechtswidriges Recht; Rechtsfehler)
Normwissenschaft 73, 98, 103, 218, 348 (*siehe auch* Normdisziplin)

Objektivität 7, 216, 232, 250, 440, 475, 487, 511, 513 f.
Objektivierungsprogramm 74 f., 487, 498, 511
Operationalisator 530 f.
Operationalität 84, 97 (mit Anm. 428), 180
Operationsmodus 75, 330
Ordnung (*siehe auch* Rechtsordnung)
– Ordnungskriterium 192 f.
– Ordnungsprinzip 191 (mit Anm. 131), 326, 357, 470 (mit Anm. 367)
Organ(e) (*siehe* Rechtsorgan[e])
Organmoment 220, 226 f., 319 (mit Anm. 755), 323, 511
– Ausblenden des Organmoments 381
– Ausschaltung des Organmoments 315, 330, 333, 366, 368, 481, 497, 529 f.
– Herausreißen des Organmoments 500

pedigree test 257
Performativität 401, 512
Permanenz 170–175, 277, 364, 417–423, 454
pflichtzentrierter Ansatz 129, 435 (*siehe auch* Rechtspflicht; Statik; Verpflichtungsnormen)
Polemik(en) 2–6, 9, 12 f., 18, 52, 55, 135, 146 f., 156, 161, 202, 251, 335, 343, 360, 467–476, 501
Polemographie 3–6, 9, 373, 532
Politik 73 f.
positives Recht
– als Gerichtsrecht 380 f.
– als Menschenwerk 1, 290, 302, 381
– als Produkt menschlicher Entscheidungen 286
Positivismus
– absoluter Positivismus 77
– absoluter Positivist 210
– kritischer Positivismus 283, 351, 390 (mit Anm. 73)
– normativistischer Positivismus 85, 95, 419, 446, 453
– positivistischer Normativismus 447, 453
– Radikalpositivismus 435 f., 448 f., 453, 513, 518
Positivität 79 f., 92, 123, 198 f., 221–239, 286, 290, 313, 380
Postulat
– ethisch-politische Postulate 214 f., 220, 317, 344 f., 473, 499

- Postulat der Beharrungstendenz des Rechtlichen 176 (*siehe auch* Rechtskraft)
- Postulat der Gleichwertigkeit aller Rechtsbedingungen 162 (*siehe auch* Gleichwertigkeit)
- Postulat der Relation zum Rechtssatz 85, 100, 111, 162, 177, 302, 398 f., 477 (*siehe auch* Relation: Relation zum Rechtssatz)
- Reinheitspostulat 71–75, 80, 83
- Zwangspostulat 97 (mit Anm. 427)

Praxis
- interpretative Praxis 214, 312, 463 f., 501
- Praxis des (Rechts-)Urteilens 407, 426, 445 f., 456
- Urteilspraxis 368, 422, 438

Priestertum 255

Primat
- Primat der Rechtsanwendung 259–262, 345–354
- Primat der Rechtserkenntnis 253–259, 337–345
- Primat der Rechtserzeugung 388–390, 453–455
- Primat des Rechtsverfahrens 331–335, 453–455
- Primat der Rechtswissenschaft 331–335, 453–455
- Primat des Rechtssystems 350–354

Privatseminar (*siehe auch* Kreise)
- Böhm-Bawerks Privatseminar 28 f.
- Freuds Privatseminar (Mittwochsgesellschaft) 28 f., 38 f.
- Kelsens Privatseminar in Genf 27 (mit Anm. 64)
- Kelsens Privatseminar in Köln 27 (mit Anm. 64)
- Kelsens Privatseminar in Prag 27 (mit Anm. 64)
- Kelsens Privatseminar in Wien 27–35
- Mengers Privatseminar (mathematisches Kolloquium) 37, 148 (mit Anm. 679)
- Mises' Privatseminar 29 f., 37 f., 40, 65 (mit Anm. 253), 155 (mit Anm. 720)
- Spanns Privatseminar 29, 37 f., 45
- Weyrs Privatseminar 20, 25

Prophet 24

protestantische Attitüde 256

Provokateur 530

Prozessbetrachtung 436–441

Prozessierung 436–441, 477, 515, 517, 521, 523

Prozessualität 212–216, 229, 477

Pseudoproblem 166, 203 f., 467, 506

Pseudo(rechts)wissenschaft 201, 336 f., 499, 528 f.

Psychoanalyse 39 f.

puer robustus 202 (*siehe auch enfant terrible*)

Quijote 272 (mit Anm. 473), 352

Quintessenz 251 (mit Anm. 436), 339

quis judicabit 117 f., 122, 433 (mit Anm. 234)

Radikalisator 530

Rangordnungsverhältnis 179, 181 f.

Rahmenmetapher 420

Rahmentheorem 93, 187–189, 318, 351, 368, 397, 419, 507 f., 515, 529–531

Ratihabierung 279–281, 284, 428, 491

ratio 188, 301, 417, 423–426

re-entry 414

re-reading 213 f., 365 f.

Realismus 460 f.

rechtliches Dürfen 129 f., 281, 295–297, 351, 378, 394, 405, 434, 441, 506

rechtliches Können 113 f., 129 f., 281, 295–297, 351, 377–380, 405, 434

rechtliches Sollen 80, 90, 97 (mit Anm. 427), 129

rechtliche Unwirksamkeit 266, 276 (*siehe auch* Nichtigkeit)

Rechtmäßigkeit
- formelle vs. materielle Rechtmäßigkeit 267 f.
- Prinzip der Rechtmäßigkeit 516 (*siehe auch* Legitimitätsprinzip)
- rechtmäßiges Recht als Pleonasmus 302 (mit Anm. 672), 398 (mit Anm. 107)
- Rechtmäßigkeit als Bereich des Dürfens 441
- Rechtmäßigkeit als Entsprechung zur Erzeugungsregel 519
- Rechtmäßigkeit als Erfüllung aller Rechtsbedingungen 295–297, 398 f.

- Rechtmäßigkeit als rechtliche Richtigkeit 285–287, 317 f., 492, 495, 512
- Rechtmäßigkeit bedingt durch Denk- und Sprachgesetze 300 f., 327–329, 368
- Rechtmäßigkeit nach außen vs. nach innen 387
- Rechtmäßigkeit und Rechtsgeltung 284 f., 294, 302 f., 333, 343, 358, 362 f., 412, 467, 507, 518
- Rechtmäßigkeit und Rechtsrahmen 188 f.
- Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit 250, 346, 365–367, 383 f.

Rechtsanwendung (*siehe auch* Primat: Primat der Rechtsanwendung)
- als erkenntnisbasierte Willensfunktion 424, 522
- als grundlegende Rechtsfunktion 185
- als keine notwendig erkenntnisbasierte Willensfunktion 392
- Anwendung und Erkenntnis 423–426
- Bindung vs. Ermessen 187–191
- Denaturierung der Rechtsanwendung 367, 430
- Kategorie der Rechtsanwendung 430 (mit Anm. 225)
- Kognition vs. Dezision 187–191
- Prisma der Rechtsanwendung 244–246

Rechtsdogmatik 130 f., 216–221, 256 f., 499–505
Rechtsdynamik (*siehe* Dynamik)
Rechtsentscheidung (*siehe* Entscheidung)
Rechtserfahrung 205–221
rechtserhebliche Tatbestände 212–216, 221–232, 239–242
Rechtserkenntnis (*siehe auch* Primat: Primat der Rechtserkenntnis)
- Auseinanderfallen von Erkenntnis und Erzeugung 198 (mit Anm. 163)
- Erkennbarkeit und Entscheidbarkeit 6, 250, 342–345, 401
- Rechtsanwendung und Rechtserkenntnis 423–426
- Rechtserkenntnis vs. Rechtserzeugung 187–191, 423–426

Rechtserscheinungen 171 (mit Anm. 17)
Rechtserzeugung (*siehe auch* Primat: Primat der Rechtserzeugung)
- als grundlegende Rechtsfunktion 185
- Rechtsanwendung und Rechtserzeugung 187–191
- Rechtserzeugung vs. Rechtserkenntnis 187–191, 423–426
- Rechtserzeugungsregel 93, 178, 192 f., 235–238
- Rechtserzeugungszusammenhang 78, 194–196, 243 f., 365, 497

Rechtsfehler (*siehe auch* rechtswidriges Recht)
- Begriff der Rechtsfehler 249 f. (mit Anm. 426), 285–287, 388–390
- Erkennbarkeit der Rechtsfehler als Fragestellung 249–251
- Fehlerfolgenregime 122, 288, 529
- fehlerhafter (Staats-)Akt 110–119
- fehlerhafte Rechtserscheinung oder Rechtsentscheidung 197–200, 243–247
- Fehlerhaftigkeit oder Mangelhaftigkeit als Unrechtmäßigkeit 110–119, 285–290
- Fehlerleugnung 249 f. (mit Anm. 428), 261 f., 271 (mit Anm. 517), 303–305, 401 f., 522
- Rechtsfehler als (un-)taugliche rechtstheoretische Kategorie 241 f., 329–331, 334 f., 367, 479, 484, 490

Rechtsgestaltungsprozess 180–182 (*siehe auch* Rechtskonkretisierung)
Rechtsgewinnungsverständnis 423–426, 454, 484, 512
Rechtskonkretisierung 92, 95 f., 174, 267, 287, 292, 393, 417, 440, 491 (*siehe auch* Individualisierung: Rechtsindividualisierung; Rechtsgestaltungsprozess)
Rechtskraft 170–175, 226–232, 269–272, 358–360
- Merklsche Rechtskraft als spezifische Geltungsdauer des Rechtlichen 171, 173
- Rechtskraft als relative Unveränderlichkeit des Rechts 93, 171, 269, 281, 417 (*siehe auch* Beharrungstendenz)
- Rechtskraftlehre als Kern von Merkls Eigengesetzlichkeitslehre 174
- Rechtskraft ≠ Fehlerkalkül 281–283, 359
- Rechtskraftbestimmungen 282, 292, 307, 516
- Rechtskraftprinzip 268–272, 516

- *res iudicata* 172 f., 233, 281, 307 f., 317 f., 469 f.
- Sandersche Rechtskraft als Graduierbarer Begriff 228–232, 471
- Schreiers Rechtskraftnormen 359

Rechtslogik 107, 114, 116, 123 f. (*siehe auch* Logik)
Rechtsmittel 279–283, 291, 319, 490
Rechtsnorm
- als positive Markierung einer Möglichkeit 189
- Rechtsnorm vs. Rechtserscheinung 171 (mit Anm. 17)
- Rechtsnorm vs. Rechtssatz 239 (mit Anm. 382)

Rechtsordnung (*siehe auch* Stufenbau)
- als Ordnung der Macht 460, 522
- als Rechtsdelegationszusammenhang 194–196
- als Rechtserzeugungszusammenhang 182–185
- als Rechtsvernichtungszusammenhang 191–194

Rechtsorgan(e)
- Ausschaltung der Rechtsorgane 315, 330, 333, 366, 368, 481, 497, 529 f.
- Koordinaten der Rechtsorgane 239 f., 313 f., 333, 366, 440, 472, 497
- Kriterium des Organs 105 f.
- Rechtsorgane als Alleinherrscher des Rechts 324, 360, 367, 470–476, 477 f., 480 (*siehe auch* Alleinherrscher)

Rechtspflicht 124 f., 129, 216, 218, 274, 435 (*siehe auch* pflichtzentrierter Ansatz*;* Statik; Verpflichtungsnormen)
Rechtspositivismus (*siehe* Positivismus)
Rechtspositivität (*siehe* Positivität)
Rechtssatz 239 (mit Anm. 382)
Rechtssatzform(en) 191 f.
Rechtsstatik (*siehe* Statik)
Rechtsverfahren (*siehe auch* Primat: Primat des Rechtsverfahrens)
- als Selbsterzeugungsmechanismus 477
- Konstantsetzung der Verfahrenskomponente des Rechts 241, 481
- Rechtslehre als Rechtsverfahrenslehre 216, 475, 487, 489, 511
- Rechtsverfahren als souveräne Erzeugungsmethodik 223–226
- Rechtsverfahrenslehre als Königin der Rechtswissenschaften 216, 487

rechtsverfahrensintegratives Rechtsverständnis 228, 314, 470–476
Rechtswerden 92
Rechtswerdung 178, 182 f., 189, 390, 422
rechtswidriges Recht (*siehe auch* Rechtsfehler)
- als Denkbehelf oder Hilfsvorstellung 285, 302, 343 (mit Anm. 846), 424, 508
- als *partie honteuse* der Rechtstheorie 518
- als Oxymoron oder Selbstwiderspruch 124, 302 f., 343 (mit Anm. 846), 383, 398–400, 424
- als rechtstheoretisches Problem 243–247
- als Trivialität 391, 405, 502, 524, 531

Rechtswidrigkeit
- brauchbare Rechtswidrigkeit 127, 517–519
- formelle vs. materielle Rechtswidrigkeit 267 f.
- keine Negation des Rechts 404
- Rechtswidrigkeitsregime 288, 338, 393, 400, 407, 410 f., 449, 510, 518

Rechtswissenschaft (*siehe auch* Primat: Primat der Rechtswissenschaft)
- als (Un-)Rechtsquelle 220 f., 315–317
- als Kontrollinstanz der Rechtmäßigkeit der Rechtspraxis 298–301, 427–431
- neutrale Rechtswissenschaft 263, 282, 345 f.

Reflexion 239–242, 457, 460–465
Regelskeptizismus 304, 479–485
Reine Rechtslehre(n) 64 f., 416–465, 530
- Kelsensche Reine Rechtslehre 453–455, 457, 460–465
- Merklsche Reine Rechtslehre 453–455, 457, 460–465
- Sandersche Reine Rechtslehre 453–455, 457, 460–465

Reinheit (*siehe* Postulat: Reinheitspostulat)
Relation
- Relation zum Rechtssatz 85, 100 f., 114, 162 f., 177, 461 f., 477, 530
- Relation zum Rechtsverfahren 206, 226, 309

– Relation zur Rechtsordnung 76, 124, 206
– totaler Relationismus 77
Relationalisierung 75–78, 206 f., 321–324
Relativitätstheorie des Rechts 77, 207, 420
Revolution 409–415
Rigorosum/Rigorosen 38 (mit Anm. 119), 141

Sanktionierung 279, 284, 489
Schichtenanalyse 437 f.
Schuldynamik der Wiener und der Brünner Schulen 25 f.
schulimmanente Kontroverse(n) 85–90, 335–364
Selbstbestimmung 80 f., 90, 98, 239, 287, 435, 520 (*siehe auch* Eigengesetzlichkeit: Eigengesetzlichkeit des Rechts; Selbsterzeugung)
Selbstermächtigung 324, 367, 389
Selbsterzeugung 16, 80 f., 194, 210, 212, 228, 253, 296, 422, 519 f. (*siehe auch* Eigengesetzlichkeit: Eigengesetzlichkeit des Rechts; Selbstbestimmung)
Selbstreferenzialität 78, 126, 171 f., 207, 296, 378, 383 f., 477, 483
Selektionsschema 73 f., 190, 244, 288
Semantik der Fehler 110 f., 330, 349 f., 378 f., 388–390, 397, 401–403, 420, 479, 481, 484–487, 490 f., 500, 502, 507, 522, 529
Sollen-Dimension 78, 214, 287, 418, 432, 515 (*siehe auch* Normativität: Normativitätsdimension)
Soziologie 347 f., 353 f., 503 (mit Anm. 513)
Sprachgesetz(e) 300, 303, 306, 315, 327–331, 340 f., 351 f., 442 f., 483 f., 491 f.
Staatsunrecht
– als Selbstwiderspruch 118 f.
– als unlogisches Monstrum 106–108
– als Zurechnungsproblem 104, 107, 162
Stachel 305–309, 445, 521
Statik 92, 124–129, 212–216, 219 f., 273 f., 432–436 (*siehe auch* pflichtzentrierter Ansatz; Rechtspflicht; Verpflichtungsnormen)
Strukturanalyse 74 f., 177, 315, 369, 384, 390, 414, 441–444, 447, 457, 462, 506 f., 523
Stufenbau 175–197
– Stufenbau nach der derogatorischen Kraft 191–194
– Stufenbau nach der rechtlichen Bedingtheit 182–185
– Vielfalt von Stufenbauten 182 (mit Anm. 79)
– zweiter Stufenbau 192
Stufenbaumetapher 180–182
– Blutgefäßsystem 180 (mit Anm. 64)
– Gütererzeugungsprozess 180 (mit Anm. 64)
– Katarakten 180 (mit Anm. 64)
– Nervensystem 180 (mit Anm. 64)
– Pyramide 180 f. (mit Anm. 69, 70)
– Stammbau 34 (mit Anm. 98), 180 (mit Anm. 64)
– Stockwerke 180 (mit Anm. 64)
– Treppe 180 (mit Anm. 64)
Subjekt–Objekt-Verhältnis 234 f., 239–242, 310 f., 429
Subjektivismus 487, 495 f., 498, 511
Substanz 76, 205 f., 462, 472
Subsumtionsautomat 497
Synkretismus (*siehe* Methode: Methodensynkretismus)

Tautologie 402, 503
Theodizee 108–110
Theologie 87, 108–110, 431
Theorie
– Abbildtheorie 321–324, 362, 478
– Erkenntnistheorie 26, 49, 68–71, 163, 344
– Invariantentheorie 226
– Rechtstheorie 130 f., 311, 499–505, 519 f.
– Rechtsverfahrenstheorie 154, 203 f., 215, 217, 220, 222–226, 234, 318, 324, 365, 375, 438, 448, 463, 476, 481, 483, 503, 511–515
– Rechtswissenschaftstheorie 69, 250, 312, 473, 504
– Verzichtstheorie 318–320
Tragödie
– Eifersuchtstragödie 136 (mit Anm. 597)
– ödipale Tragödie 201
transzendentaler Schematismus 211 f.
Triptychon 7, 13, 165, 371 f.
Triumph 313, 458

ultimate concern 77
Unbestimmtheit 81 f., 181, 187, 194, 250, 289, 481 f., 486, 508, 511, 528
Undurchdringlichkeit 190 f.
Unfehlbarkeit (*siehe auch* Infallibilität) 109, 118 f., 163, 249 (mit Anm. 429), 259 (mit Anm. 469), 262 f., 299, 302 f., 345, 360, 456
Unrechtmäßigkeit 285, 288, 292
Unveränderlichkeit (*siehe auch* Rechtskraft)
– als Default-Modus des Rechtlichen 179, 364, 418, 454, 522
Urteil(e)
– (konstitutive) Urteile des Rechts 210, 214, 229, 231 f., 312 f., 380 (mit Anm. 28), 421, 429, 450, 485, 487, 499, 511 f., 522
– (reflexive) Urteile der Rechtswissenschaft 239, 313, 380 (mit Anm. 28), 450
Urteilssolipsismus 325, 479

Veränderbarkeit
– als Default-Modus des Rechtlichen 215 f., 454
Verbot und Gebot 113, 124, 129, 218, 220, 379 f. (mit Anm. 29), 435
Verdopplung 317 f., 321, 357, 368, 405
Verfahren (*siehe* Rechtsverfahren)
Verfahrensanalyse 310, 326, 457
Verfassungsbruch 305, 409
Verfassungsgerichtsbarkeit 13 (mit Anm. 4), 60 f., 316 (mit Anm. 738), 395 f. (mit Anm. 97), 406 f. (mit Anm. 144)
Verhaltenslenkung/Verhaltenssteuerung 213 f., 295–297, 433–441, 447, 463, 485, 517, 523
Vernichtbarkeit
– Vernichtbarkeit vs. Nichtigkeit 114–116, 128, 338, 361, 404
– Vernichtbarkeitslehre 128–130
– Vernichtbarkeitsprämisse 128, 404
Vernunft
– autonome/individuelle Vernunft 114 f., 118, 122, 254, 257 f., 263, 267, 282, 338–340, 347, 358, 381, 384, 402
– Fackel der Vernunft 326
– praktische Vernunft 76, 209
– rechtstheoretische Vernunft 255, 321, 326, 360–364, 369, 375
– rechtswissenschaftliche Vernunft 263, 281, 298–302, 334, 345
Verpflichtung(snormen) 124, 212
Verwissenschaftlichung 68, 72 f., 161, 198, 458, 462, 486
voluntas 188, 301, 417, 423–427

Wahrheit 298–302, 329 f., 423–426
Wandelbarkeit 173 f., 417–423, 522
Wechselbestimmung 206, 235–238, 240, 311, 325, 333, 335, 353, 402, 415, 417, 420, 438, 440, 453–455, 457, 478 f., 484, 519, 521 f., 524, 528, 531
Weltanschauung 457–460
Widerspruchslosigkeit 106–108, 119 f., 123 f., 267, 339, 342, 398–400, 413
Widerstandsrecht 256 (mit Anm. 454), 291 f. (mit Anm. 625)
Wiener Moderne 18, 27, 35–41, 161
Wiener Kreise 35–41 (*siehe auch* Kreise)
Wiener Schule der Rechtstheorie
– als Forscher- und Forschungsformation 17–67
– als Forschungsprogramm 67–84
– als Jungösterreichische Schule 17 f. (mit Anm. 18)
– qua Schule 65 f.
Wiener Staatswissenschaftliche Studien 50 (mit Anm. 181), 63, 91, 143, 360 (mit Anm. 956)
Willensfunktion 73 f., 80, 187 f., 294, 424, 454
Wirksamkeit 172 (mit Anm. 29), 267, 394, 414, 421, 445, 523 (*siehe auch* Effektivität)
Wissen des Rechts 213, 312, 369, 502
Wollenschaft 73
Wunder 269, 379 (Anm. 21)
Wunderglaube 194, 232 (mit. Anm. 349)

Zeitschrift(en)
– internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 54–58
– Kelsen-Zeitschrift(en) 54–58, 144, 157
– (Österreichische) Zeitschrift für öffentliches Recht 54–58

Zurechnung 73, 80, 85, 90, 101, 105 f., 113, 119 f., 123
Zu-Recht-Erkenntnis-Verfahren 309–314, 366, 497, 514, 522 f.
Zuständigkeit 226–232, 237, 241, 264, 330 f., 378, 422, 441, 471
Zwangsemigration 60, 534