

## Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues

Von

Adolf Merkl, Wien

### I. Rechtsinhalt und Rechtsform

Die Rechtsordnung ist eine Summe zusammenhängender Rechtsätze. Eine Strukturanalyse der Rechtsordnung erkennt in ihren Rechtsätzen nicht nur eine schier unerschöpfliche Zahl an Rechtsinhalten, sondern auch eine, wenngleich viel beschränktere Zahl an Rechtsformen, genauer Rechtssatzformen. Es hat nicht bloß jeder einzelne Rechtssatz einen von jedem anderen Rechtssatz verschiedenen Inhalt, sondern auch eine Gruppe von Rechtssätzen eine von den anderen Rechtssatzgruppen abweichende Form; dieser Formunterschied ist eben in formeller Hinsicht das Gruppierungsmittel. Die inhaltliche Differenzierung der Rechtssätze ist im Wesen einer Rechtsordnung begründet. Der Grenzfall einer Rechtsordnung, die sich in einem einzigen Rechtssatz erschöpft, ist kaum hypothetisch denkbar, geschweige denn verwirklicht. Denn die inhaltlich einfachste Rechtsordnung, die etwa in dem Rechtssatz „*regis voluntas suprema lex*“ zum Ausdruck kommt, erschöpft sich doch nicht in diesem inhaltsarmen Rechtssatz, vielmehr ist dieser Rechtssatz — die typische Verfassung des absoluten Staates — der Ursprung einer verschieden großen Zahl anderer Rechtssätze, die den Untertanen ein vom Herrscher inhaltlich näher bestimmtes Verhalten zur Pflicht machen. Diese konkreten Verhaltensnormen sind im Wesen nicht andere Rechtssätze als die für sie grundlegende abstrakte Verhaltensnorm. So zeigt der angedeutete Fall der strukturell primitivsten Rechtsordnung bereits die begriffliche Differenz zwischen Rechtsordnung und Rechtssatz und die Erforderlichkeit einer Mehrzahl von Rechtssätzen als Bausteine einer Rechtsordnung.

Zum Unterschiede von dieser im Wesen des Rechtes als einer Summe von Rechtssätzen begründeten inhaltlichen Differenzierung der Rechtsnormen, deren es ebenso viele als unterscheidbare Rechtsinhalte gibt, ist die formelle Differenzierung der Rechtsordnung in eine Mehrzahl von Rechtssatzformen bloß rechtsgeschichtlich geworden und daher nicht rechtswesentlich, sondern zufällig. Diese rechtstheoretische Feststellung darf indes nicht im Sinne eines rechtspolitischen Urteiles über eine vermeintliche Überflüssigkeit des Formenpluralismus mißverstanden werden. Es ist wenigstens denkbar, daß sich die inhaltlich mannigfaltigste Rechtsordnung mit einer einzigen Rechtssatzform bescheidet, denn Einheit der Form und Unendlichkeit des Inhaltes schließen einander nicht aus.

Es gibt bekanntlich Sollordnungen, die bei feinsten Differenzierung des Inhaltes mit einer einzigen Sollensform das Auslangen finden; dies gilt für alle Sollordnungen, die sich auf ein Normieren menschlichen Verhaltens beschränken, jedoch eine Anwendung ihrer Normen nicht zulassen, mithin bloß Befolgung ihrer Normen durch die Normunterworfenen heischen. Moral und Sitte sind solche einförmige Sollordnungen. Die Mehrförmigkeit bis Vielförmigkeit der Rechtsordnung, z. B. die Differenzierung in Gewohnheitsrecht und gesetztes Recht und die weitere Differenzierung des gesetztes Rechtes in Gesetzesrecht und Urteilsrecht usw. erklären sich somit keineswegs aus der Inhaltsfülle des Rechtes, denn die Moralordnung weist vielfach feinere inhaltliche Unterschiede zwischen ihren Sollsätzen auf, als sie zwischen inhaltsverschiedenen Rechtssätzen bestehen; allerdings bringt die Häufung und Verfeinerung des Rechtsinhaltes an sich auch schon eine Differenzierung der Rechtssatzformen mit sich oder führt sie wenigstens neben anderen Gründen herbei, da diese Gestaltung des Rechtsinhaltes ein arbeitsteiliges Rechtserzeugungsverfahren bedingt, das sich seinerseits in einer Differenzierung der Rechtssatzformen äußert. Den Hauptanteil an der Differenzierung der Rechtssatzformen hat indes die Komplikation der Rechtserzeugung durch das je nach den verschiedenen Staats- und Regierungsformen wechselnde Zusammenwirken verschiedener Organe, z. B. verschiedener Faktoren der Gesetzgebung an der Staatswillensbildung. Je komplizierter die Staatswillensbildung, desto mannigfaltiger die in der Rechtserzeugung benutzten Rechtssatzformen. Der hauptsächlichste Erklärungsgrund der mehr oder minder großen Mannigfaltigkeit der Rechtssatzformen ist also in der Eigenschaft der Rechtsordnung als einer organisierten Ordnung, in ihrer Begleitung durch eine Organordnung begründet, die wir als Staat bezeichnen wollen. In diesem Sinn ist der Staat mit dem Rechte zwar nicht identisch, aber doch zur Gänze von diesem bedingt.

Natürlich bleibt die formelle Mehrgestaltigkeit, ja selbst Vielgestaltigkeit der Rechtsordnung gegenüber ihrer inhaltlichen Mannigfaltigkeit stets weit zurück. Denn die Formenökonomie bedingt es, daß jede einzelne Rechtssatzform mit den verschiedensten Inhalten in Erscheinung tritt. Die Form ist endlich, der Inhalt unendlich. Es wäre nun ein Mißverständnis zu meinen, daß jeder einzelnen Rechtssatzform ein bestimmter Komplex an Rechtsinhalten zugeordnet sein müßte. Eine solche durchgängige reinliche Aufteilung des möglichen Rechtsinhaltes auf die einzelnen Rechtssatzformen entspricht nicht der Rechtswirklichkeit. Im Gegenteil pflegt jeder einzelnen Rechtssatzform jedweder Rechtsinhalt zugänglich zu sein und beschränkt sich der Unterschied der Rechtssätze verschiedener Form auf Formunterschiede.

Formunterschiede der angedeuteten Art stellen sich nicht nur beim Vergleiche verschiedener Rechtsordnungen, z. B. der Rechtsordnung des republikanischen Rom und des faschistischen Italien, des zaristischen und des bolschewistischen Rußland, des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation, des Deutschen und Norddeutschen Bundes und schließlich des kaiserlichen und des demokratisch-republikanischen

Deutschen Reiches heraus. Formunterschiede finden sich vielmehr auch innerhalb der einzelnen Rechtsordnung sowohl im Vergleiche verschiedener geschichtlicher Abschnitte als auch im Querschnitt eines bestimmten Zeitpunktes. So denke man an den schon erwähnten Dualismus zwischen geschriebenem und Gewohnheitsrecht, die — in einer hier nicht näher feststellbaren Beziehung — gleichzeitig „nebeneinander“ gelten. Man denke des weiteren an die gleichzeitige Geltung von Gesetzen und aus den Gesetzen geschöpften Gerichtsurteilen und den, sei es nun „innerhalb der Schranken der Gesetze“ oder „auf Grund der Gesetze“ erlassenen Verwaltungsakten. Man denke ferner an die Differenzierung der Gesetzgebung in sogenannte Verfassungsgesetze und einfache Gesetze, an die Konkurrenz von formellen Gesetzen und Verordnungen als den materiellen Gesetzen der Vollzugssphäre, an die Differenzierung der Verordnungen nach den mannigfachsten Gesichtspunkten, an die komplementäre Natur von Urteil und Verwaltungsakt einerseits, Zwangsvollstreckungsakt andererseits. Die herkömmliche Rechtsquellenlehre hat sich allerdings dieses bunte Bild von Rechtsatzformen vereinfacht, indem sie nur einzelnen der genannten Rechtsatzformen Rechtsquellennatur zugebilligt und die anderen entweder als juristisch relevante Vollzugsakte oder als juristisch irrelevante rein tatsächliche Akte, jedenfalls also als vermeintliches Nicht-Recht, aus der Rechtsordnung ausgeschieden hat. In dieser Vereinfachung des Rechtsbildes bleibt aber mit dem Pluralismus an Rechtsquellen doch jedenfalls eine Mehrzahl an Rechtsatzformen bestehen und diese Tatsache der Mehrzahl und nicht die mehr oder minder große Zahl im besonderen ist das Wesentliche, gibt das Problem auf.

Das Problematische an diesem erfahrungsmäßig gegebenen Pluralismus an Rechtsatzformen ist nun ihr gegenseitiges logisches Verhältnis. Bei näherem Zusehen differenziert sich das zunächst vereinfachte Problem in ein statisches und dynamisches Problem. Wie bestehen diese Rechtsatzformen nebeneinander und wie entstehen sie auseinander? Es ist, kurz gesagt, im folgenden die Frage nach den Strukturunterschieden der Rechtsordnung aufgegeben und die Antwort auf diese Frage hat eine Strukturanalyse des Rechtes zu versuchen.

## II. Die Strukturunterschiede des Rechtes

Die Problemstellung macht zunächst eine Verständigung über das Material erforderlich, das Gegenstand unserer Strukturanalyse ist. Mit dem Wort und Begriff Recht ist es nur vorläufig und unbestimmt bezeichnet. Man kann darunter sowohl die Summe der geschichtlich irgendwann und irgendwo in Erscheinung getretenen Rechtssätze als auch das Recht als Begriff verstehen. Um an die letztgenannte denkbare Bedeutung des Rechtes im Sinn unserer Ausführungen anzuknüpfen, sei festgestellt, daß das Recht an sich nicht Gegenstand einer solchen Untersuchung sein kann. Es wurde bereits oben festgestellt, daß dem Recht eine Differenzierung in verschiedene Rechtsatzformen nicht

begriffswesentlich ist. Nur in der zufälligen geschichtlichen Realisierung des Rechtes tritt uns das Material entgegen, das möglicherweise Gegenstand unserer Strukturanalyse sein kann. Dieser historisch bedingte Stoff schließt nun aber einerseits Vollständigkeit, andererseits Allgemeingültigkeit der Untersuchung aus. Es kann beim Gesamtüberblicke dieses Materials nur die Tatsache einer unübersehbaren Fülle der erfahrungsmäßigen Rechtsatzformen festgestellt werden. Diese Feststellung bedingt aber zugleich den Verzicht auf ihre vollständige Verwertung für eine Strukturanalyse des Rechtes. Es kann nur ein nach bestimmten Gesichtspunkten begrenzter Ausschnitt des erfahrungsmäßig gegebenen Rechtsganzen in die Untersuchung einbezogen werden. Eine vernünftige Grenze des Rechtsmaterials kann etwa in der Weise gesucht werden, daß vom gesamten vergangenen, d. i. außer Geltung getretenen Recht abgesehen und die Untersuchung auf das gegenwärtige, d. i. geltende Recht abgestellt wird. Diese Begrenzung verengt zwar in wünschenswerter Weise das zunächst uferlose Material, wäre aber heuristisch wertlos, weil sie strukturell verwandtes Recht um des Zufalls der Geltungszeit willen auseinanderreißt, strukturell völlig verschiedenes Recht um des Zufalls gleichzeitiger, und zwar gegenwärtiger Geltung willen in die Untersuchung einbezieht. Eine andere denkbare Grenzabscheidung für unsere Zwecke wäre die Abstellung der Analyse auf das Rechtsmaterial eines bestimmten, sagen wir des abendländischen, Kulturkreises unter Abstraktion von der Geltungszeit. Aber auch in diesem Blickfeld wäre verwandtes Recht entzweit, gegensätzliches Recht jedoch in die Untersuchung einbezogen. Man denke nur an die weltumspannende Wanderbewegung des demokratisch-parlamentarischen Systems mit der ihm eigentümlichen Reihe von Rechtsatzformen einerseits und an die Tatsache, daß Staaten des abendländischen Kulturkreises, wie namentlich Italien — Rußland gehört wohl in keiner Hinsicht hieher —, mit dem Sieg des faschistischen Systems rechtsstrukturell besondere Wege, um nicht zu sagen Abwege, gegangen sind. Als heuristisch wertvollster Gesichtspunkt für die Stoffbegrenzung stellt sich wohl die Zugehörigkeit des Rechtsstoffes zu bestimmten Staatsformen dar, weil die Staatsform für die Rechtsatzform in dem Sinne bestimmend ist, daß bestimmten Staatsformen bestimmte Rechtsatzformen zugeordnet sind. So ist bekanntlich die Gesetzesform charakteristisch für den Staat mit parlamentarischen Einrichtungen, die Notgesetzgebung kennzeichnend für einen Einschlag des Gesetzgebung und Verwaltung organisatorisch vermengenden absoluten Staates in den konstitutionellen Rechtsstaat, die Vollzugsverordnung wiederum charakteristisch für den konstitutionellen Rechtsstaat mit dem Vorrang der Gesetzgebung vor der Vollziehung usw. So soll denn die vorliegende Untersuchung auf die Rechtsatzformen abgestellt werden, die im sogenannten Rechtsstaate, dem parlamentarische Einrichtungen eigentümlich sind, angetroffen werden. Aber selbst in diesem Rechtskreise ist eine Einschränkung des Rechtsstoffes geboten. Denn wir finden neben Rechtsatzformen, die in jedem geschichtlichen Staate des bezeichneten Staatsformtypus anzutreffen

und daher als für diese Staatsform wesentlich zu erkennen sind, hier und dort eigenartige Rechtssatzformen, die entweder nur für eine bestimmte Art der fraglichen Staatsformgattung kennzeichnend und wesentlich oder gar nur einem einzelnen Staatsindividuum eigentümlich sind. Die an der Erfahrung orientierte Aufzählung der Rechtssatzformen des durch den Bestand eines Parlamentes gekennzeichneten Rechtsstaates kann somit gemäß dieser Voraussetzung nur einen bestimmten, nach zwei Seiten begrenzten Komplex von Rechtssatzformen erfassen. Ausgeschlossen sind einerseits die Rechtssatzformen, die mit parlamentarischen Einrichtungen unverträglich und daher nur außerhalb unserer zum Ausgangspunkt genommenen Staatengruppe anzutreffen sind, andererseits jene Rechtssatzformen, die nur in einem Teile der Staaten dieser Staatengruppe vorkommen und für sie daher nicht wesentlich sind. Die von einem solchen Ausgangspunkt gewonnene Reihe von Rechtssatzformen ist nur insofern willkürlich zu nennen, als die zugrunde liegende Abgrenzung wie jede denkbare Abgrenzung gewillkürt ist, aber doch nicht willkürlich in dem Sinne, daß Rechtssatzformen verschiedenster Herkunft nach der Wahl des Systematikers ohne leitenden Gesichtspunkt zusammengefaßt werden. Mit dieser Feststellung erledigt sich wohl auch der Einwand, dem nach älteren Vorbildern die folgende Reihung der Rechtssatzformen ausgesetzt sein dürfte: daß nämlich diese Reihung und der ihr entsprechende Stufenbau der Rechtsordnung nicht so regelmäßig sei, wie der Verfasser meine. Man wolle nur nicht dem Verfasser die Meinung unterstellen, daß diese Reihe der Rechtssatzformen einerseits sämtliche Rechtssatzformen der in Betracht gezogenen Staatengruppe umfasse, andererseits auch für alle Staaten außer dieser Staatengruppe Geltung habe. Eine solche Annahme, gegen die man sich indes mit allem Nachdruck verwahren muß, wäre freilich in der gewohnten Weise anfechtbar, denn sie würde der einen Rechtsordnung nicht vorhandene Rechtssatzformen andichten, der anderen Rechtsordnung vorhandene Rechtssatzformen absprechen.

Für die im folgenden entwickelte Reihe der Rechtssatzformen wird, wie nach dem Vorausgeschickten fast überflüssigerweise, nur um der Wiederholung eines alten Einwandes vorzubeugen, festgestellt sei, nicht eine alle Staaten ergreifende Regelmäßigkeit, sondern Regelmäßigkeit nur für die Staaten einer bestimmten Staatengruppe in Anspruch genommen. Andererseits soll damit über den strukturellen Charakter anderer Staatsrechtsordnungen, insbesondere über die Möglichkeit, ja Wirklichkeit des rechtlichen Stufenbaues bei Herrschaft anderer Staatsformen, nicht abgesprochen werden.

An die Auffindung der in unserem Rechtsmaterial vorfindlichen Rechtssatzformen schließt sich die schwierigere Aufgabe ihrer Ordnung nach ihren logischen Beziehungen an. Unsere Reihung wird selbstverständlich schon am Ergebnis dieser Ordnung orientiert sein und sie bis zu einem gewissen Grade vorwegnehmen. Insoweit muß Aufgabe der Ordnung sein, die vorgängige Reihung zu rechtfertigen. Um das Ergebnis dieser Ordnungsaufgabe wegen ihrer Vorwirkung auf die Reihung der Rechts-

satzformen vorwegzunehmen, sei das schon im Titel der Studie angedeutete Ergebnis festgestellt, daß sich uns die Reihe der Rechtssatzformen als eine Hierarchie oder ein Stufenbau von bedingenden und bedingten oder — um dieser logischen Beziehung willen — übergeordneten und untergeordneten Rechtssatzformen herausstellen wird. Erscheint einerseits die Reihe der Rechtssatzformen im Vergleiche mit der herkömmlichen Rechtsquellenlehre erweitert, insbesondere um manche vernachlässigte Zwischenglieder vermehrt, so erscheint sie andererseits zum Unterschied von dem gewohnten, gewissermaßen eindimensionalen Rechtsbild, wiederum in einem Bilde gesprochen, in ein Gebäude mit mehr oder minder vielen Stockwerken gegliedert. Der Bau der je einer Staatsrechtsordnung eigentümlichen Rechtssatzformen ist von Staat zu Staat verschieden. Nur entspricht wiederum jeder einzelnen Staatengruppe ein trotz aller Unterschiede typischer Grundriß und Aufriß des Rechtsgebäudes, denn juristisches Mittel der Gliederung der Staatengruppen ist ja die verschiedene Technik des Rechtsgebäudes. Diesen Bau gilt es für den Staat mit parlamentarischen Einrichtungen im folgenden zu skizzieren. Damit scheiden zugleich freilich die Rechtssatzformen des Völkerrechtes aus den folgenden Betrachtungen aus<sup>1)</sup>. Es soll ja nicht die empirische Wirklichkeit, sondern das Wesen des rechtlichen Stufenbaues dargestellt werden — und dafür ist die Fülle des Materials belanglos.

### III. Die Gliederung der Rechtssatzformen

Die herkömmliche Rechtsquellenlehre ist, bewußt oder unbewußt, von zwei Grundsätzen geleitet; möglichste Vereinfachung der Reihe der Rechtsquellen und Nebenordnung der aufgefundenen und anerkannten Rechtsquellen. Allerdings treten diese Forderungen an die Erkenntnis der Rechtsquellen nicht ausnahmslos und durchgängig in Erscheinung, aber als ideale Forderungen für die Rechtsquellenkenntnis sind sie trotzdem unverkennbar. Ein Monopol einer einzigen Rechtsquelle pflegt allerdings nicht in Anspruch genommen zu werden. Im Gegenteil ist die Gliederung des Rechtes in geschriebenes oder ungeschriebenes Recht oder — in einer pars pro toto gesprochen — in Gesetzes- und Gewohnheitsrecht geradezu Gemeingut der bisherigen Rechtsquellenlehre. Dabei wird diese Zweifelt der Rechtsquellen meistens geradezu dogmatisch vom sogenannten Rechtsstaate, wenn nicht gar vom neuzeitlichen Staate schlechthin, ausgesagt, ohne daß auf die Bewährung dieser Aussage in der Staatenwelt besonderes Gewicht gelegt würde; man nimmt vielmehr diese Koexistenz von Gesetzes- und Gewohnheitsrecht in jedem Staat als selbstverständlich an, ohne sich um die tatsächliche Verankerung dieser Rechtssatzformen in den einzelnen Staatsrechtsordnungen zu kümmern. Bei der Annahme dieser einfachen

<sup>1)</sup> Diese in den rechtlichen Stufenbau eingegliedert zu haben, ist das Verdienst von Alfred Verdross: Die Einheit des rechtlichen Weltbildes, 1923.

— und doch infolge des Dualismus von Gesetzes- und Gewohnheitsrecht in manchen Fällen zu komplizierten — Struktur der Rechtsordnung ist es allerdings bekanntlich nicht geblieben. Die Erfahrung der Rechtsordnungen gebot unvermeidlich eine Ergänzung der Rechtsquellenreihe, in der sich neustens regelmäßig zumindest Verordnungen und autonome Satzungen zu finden pflegen. Aber auch diese erweiterte Reihe von Rechtsquellen pflegt an einer erfahrungswidrigen Schablonisierung zu leiden. Einerseits ist mit der Annahme der genannten Rechtsquellen für manche Staatsrechtsordnung, für die diese Behauptung Geltung beansprucht, zu viel behauptet, andererseits pflegt die tatsächliche Reihe der Rechtsquellen mit der angedeuteten Annahme noch lange nicht erschöpft zu sein. Besonders charakteristisch für die herrschende Rechtsquellenlehre, von der sich in diesem Punkt allerdings schon verschiedene Rechtsquellenforscher entfernt haben, ist endlich die Tendenz einer Koordination der anerkannten Rechtsquellen, so daß die Gesamtrechtsordnung trotz der Mehrförmigkeit — bildlich gesprochen — eindimensional zu erscheinen pflegt.

Für eine am positiven Recht orientierte Untersuchung der Rechtsquellen und der den Rechtsquellen adäquaten Rechtssatzformen wandelt sich indes das Bild des Rechtssystems im Vergleich mit jenem, das sich auf Grund der soeben skizzierten traditionellen Rechtsquellenlehre herausstellt. Zur Verständigung sei vorausgeschickt, daß sich diese Verschiebung nicht einfach daraus ergibt, daß statt der Rechtsquellen die Rechtssatzformen Gegenstand der Untersuchung sein sollen; die Rechtsquellen sind nämlich nichts als die vom positiven Recht geformten Hülsen, in die sich die von der Rechtswissenschaft zu erkennenden Rechtssätze eingekapselt finden, und zwar entspricht jeder Rechtsquelle besonderer Art eine ihr eigentümliche Rechtssatzform. So enthält beispielsweise das Gesetz als Rechtsquelle, etwa das bürgerliche Gesetzbuch im Zusammenhalt mit der Zivilprozeß- und Exekutionsordnung, das Strafgesetzbuch im Zusammenhalt mit der Strafprozeßordnung usw., eine Fülle einzelner Zivilrechts- oder Strafrechtssätze von „Gesetzes-eigenschaft“ (die im folgenden als „Gesetzesrang“ näher zu bestimmen sein wird). Das rechtswissenschaftlich aus Rechtssätzen aufgebaute Rechtssystem korrespondiert mithin, wie hier nur angedeutet werden kann, mit dem vom positiven Rechte beigegebenen Rechtsquellenmaterial. Mit größter Entschiedenheit muß des weiteren festgestellt werden, daß eine Theorie der Rechtsquellen sowie der Rechtssatzformen, wofern sie mit einer bestimmten Reihe dieser Rechtsgebilde operiert, nicht von Recht oder Staat schlechthin, sondern nur von einem bestimmten Staat oder von bestimmten Staaten geboten werden kann. Es wurde nämlich die Tatsache bisher noch nicht genügend gewürdigt, daß die Rechtsquelle trotz ihres Charakters als Form von Recht doch auch selbst wiederum Rechtsinhalt und als solcher Objekt der Rechtssetzung ist. Bekanntlich sind die Verfassungen jene „Rechtsquellen“, die durch die Vorzeichnung des Weges oder der Wege der Rechtserzeugung die Rechtsquellen, genauer müßte man im Hinblick auf die besondere Rechts-

quelleneigenschaft der Verfassung von den „übrigen“ Rechtsquellen sprechen, zum Objekt der Normierung machen. Damit sind aber auch die Rechtsquellen wie auch der gesamte übrige Rechtsinhalt von den Zufälligkeiten der geschichtlich bedingten Rechtserzeugung abhängig gemacht.

Im Sinne der vorstehenden Ausführungen sollen nun im folgenden die Rechtssatzformen des Staates mit parlamentarischen Einrichtungen skizziert werden. Diese Rechtssatzformen treten in einem Rechtsverfahren in Erscheinung, das — meist vermittelt durch vorbereitende Akte von mangelnder Rechtssatzeigenschaft — von Akt zu Akt zu verschiedener Rechtssatzform, aber zu wesensgleichem Rechtssatzinhalt führt.

Die Verfassung als typische Rechtserzeugungsregel kann jedenfalls nur den Anfang und keinesfalls das Ende des Rechtsverfahrens bedeuten. Ihre fast inhaltslosen Kompetenznormen verweisen vielmehr auf mindestens ein zweites Verfahrensstadium. Der Weg zu diesem ist namentlich durch die Verfassungsvorschriften über den Weg der Gesetzgebung vorgezeichnet. Es kommt allerdings in steigendem Maße dazu, daß die Verfassungsgesetzgebung dem „einfachen“ Gesetzgeber Aufgaben der Rechtssetzung mit der ihr eigentümlichen „Materialisierung“ der Rechtsnormen vorwegnimmt. Diese Erscheinung ist bekanntlich eine Folge der Emanzipation der Verfassungsform vom Verfassungsinhalt und des damit ermöglichten Gebrauches der Verfassungsform für Rechtsinhalt, der nicht zur Verfassung im materiellen Sinne gehört, aber derselben Garantien gegen Abänderung teilhaftig gemacht werden soll, wie sie dank der Verfassungsform die Grundlagen der Rechtsordnung genießen. Aber dieses gelegentliche Übergreifen des Verfassungsrechtes in die Aufgaben des einfachen Gesetzesrechtes macht dieses doch keineswegs überflüssig.

Das Gesetzesrecht, das in der Hierarchie der Rechtssatzformen des Verfassungsstaates in der Regel durch das Verfassungsrecht unmittelbar bedingt und von diesem unmittelbar aufgelöst ist, kann allerdings schon als Ideal und denkbare Grenze des Rechtsverfahrens angesehen werden. Erschöpft es sich doch nicht mehr — wie möglicherweise die Verfassung — in der Delegation weiterer Rechtssetzungsorgane, sondern setzt es doch selbst inhaltsgefüllte Rechtssätze, die normalerweise in genereller, ausnahmsweise in individueller Gestalt menschliches Verhalten regeln. Die Rechtssatzhierarchie würde in der Gesetzesstufe ihren Abschluß finden — wofern man einen bloß zweigliedrigen Stufenbau eine Hierarchie nennen dürfte —, wenn die Gesetze auf ausnahmslosen Gehorsam rechnen könnten. Diese Bedingung träfe aber nur in dem Falle zu, daß sich der Gesetzesinhalt völlig dem tatsächlichen Geschehen anpaßte, also das wie immer geartete Sein als gesollt erklären würde. Bei einer solchen Anpassung an das Sein wäre aber jedes Sollen überflüssig. Das Sollen kann sinnvollerweise nicht an dem Sein, sondern das Sein nur an dem Sollen orientiert sein. Um das tatsächliche Geschehen unbekümmerte Rechtsnormen müssen

aber trotz ihrer Aufgabe einer Motivierung des menschlichen Handelns mit der Möglichkeit eines Mißerfolges, ja sogar mit der Wahrscheinlichkeit eines Zuwiderhandelns in einer mehr oder minder großen Zahl von Fällen, die sie determinieren wollen, rechnen. Damit ist aber unabweisbar die Notwendigkeit einer Fortsetzung des Rechtsverfahrens über die Gesetzesstufe hinaus gegeben. Auf ein solches weiteres Stadium des Rechtsverfahrens weist schon das materielle Gesetzesrecht durch die ihm innewohnenden Zwangsdrohungen hin. Die im Rechtsbegriffe begründete Zwangsnatur der Rechtsordnung macht sogar die Möglichkeit und Wirklichkeit von Zwangsakten nötiger als die Rechtsatzform des Gesetzes, die nur ein mögliches und rechtsgeschichtlich zufälliges Durchgangsstadium des Rechtsverfahrens ist. Ein Stadium des Rechtsverfahrens, das durch die bedingte Willenserklärung zur Zwanganwendung gekennzeichnet ist, muß allerdings ebenso notwendig erachtet werden als die Zwanganwendung selbst. Die Fälle des sogenannten unmittelbaren Zwanges, d. h. eines scheinbar durch eine Zwangsdrohung nicht vermittelten Zwanges, z. B. baupolizeiliche, feuerpolizeiliche oder sanitätpolizeiliche Zwangsmaßnahmen gegen Menschen oder, wie man vermeint, auch gegen Sachen, sind nur eine scheinbare Ausnahme von der Regel des durch Rechtssatz mediatisierten Zwanges, denn sie sind ihrem Wesen nach gar nicht Unrechtsfolgen, sondern im System des Rechtes bloße rechtlich delegierte Tatbestände, an deren Nichteintreten sich Zwangsfolgen für die zu diesen Maßnahmen berechtigten und verpflichteten Organe knüpfen können. Ist einmal die Gesetzesform in die Reihe der Rechtssatzformen aufgenommen, so ist damit zwar jede weitere Rechtsatzform, aber nicht der Zwangsakt entbehrlich geworden. Es hängt freilich von der Fassung des Gesetzesinhaltes ab, ob nicht weitere Rechtsatzformen als Voraussetzung eines Zwangsaktes notwendig werden. Wenn das Gesetz nicht ein bestimmtes Handeln oder Unterlassen zur Pflicht macht, so wird eine weitere Mediatisierung des Zwangsaktes durch einen zwangandrohenden Rechtssatz unabweislich. Man denke an den Schadenersatz-Rechtssatz, der bei sonstiger Zwangsvollstreckung zur Leistung eines angemessenen Schadenersatzes verpflichtet, oder an den Rechtssatz, der für den Fall der Enteignung den Expropriateur zur Leistung einer angemessenen Vergütung an den Expropriaten verpflichtet. In diesen Fällen bedarf es vor der Zwanganwendung einer verbindlichen Feststellung der Höhe des Schadenersatzes oder der Vergütung. In der großen Mehrzahl der Fälle wird zwar die Mediatisierung des Zwangsaktes durch einen die Gesetzesnorm konkretisierenden, weiteren Zwang androhenden Akt nicht notwendig, aber in mehr oder minder hohem Maße zweckmäßig sein. Der Grad der Zweckmäßigkeit einer solchen Mediatisierung bestimmt sich nach der Allgemeinheit und Unbestimmtheit der Gesetzesnorm und dem damit gegebenen Bedürfnis einer behördlichen Feststellung, ob die Voraussetzungen für den Zwangsakt gegeben sind und worin er im einzelnen zu bestehen habe. Dieses Feststellungsverfahren empfiehlt sich namentlich als Rechtsschutzmaßnahme für den durch den Zwangsakt Bedrohten oder Betroffenen,

weil es ihm Gelegenheit bietet, auf die Konkretisierung der Norm prozessual Einfluß zu nehmen und Willkür des Zwang anwendenden Organs auszuschalten. So wird die individuelle Rechtssatzform als Zwischenstufe zwischen dem generellen Gesetz und dem individuellen Vollzugsakt zur Regel des Rechtsverfahrens im modernen Staat. Die Einfügung der Gesetzesstufe in das Rechtsverfahren, die jeder kultivierten Rechtsordnung eigentümlich ist, erspart nicht die einer primitiveren Rechtstechnik vorerst ohne generelle Mediatisierung eigentümliche individuelle Rechtssatzform (etwa in der Gestalt eines Richterspruchs des Häuptlings auf Grund der Verfassung eines Stammes, die den Häuptling zum Richter und Strafen ermächtigt), sondern hat nur die Funktion, den aus primitiveren Rechtskulturen übernommenen rechtssetzenden Individualakt an einer allgemeinen Norm zu orientieren und ihn damit der Sphäre reiner Willkür zu entrücken. Die Prozeßgesetze ziehen bewußt diese Konsequenz, indem sie das Verfahren regeln, in dem die rechtssetzenden Individualakte erzeugt werden; Vollstreckungsordnungen knüpfen sodann an die Regelung der im engeren Sinne sogenannten Prozeßgesetze in der Weise an, daß sie das auf den Zwangsakt hinauslaufende Vollstreckungsverfahren von einer Individualnorm, als dem sogenannten Exekutionstitel, abhängig zu machen pflegen.

Aber auch das materielle Recht, das durch einen willkürlichen Sprachgebrauch dem formellen Recht gegenübergestellt wird, führt individuelle Rechtssatzformen ein, von denen es wiederum unter gewissen Umständen die im Prozeß zu schöpfenden Rechtsakte abhängig macht. Die sogenannten Rechtsgeschäfte, genauer Privatrechtsgeschäfte, unterscheiden sich bekanntlich von den obrigkeitlichen Rechtsgeschäften, wie Urteil und Verwaltungsakt, nicht durch ihre logische Struktur, sondern nur durch ihre Erzeugungstechnik, wozu insbesondere auch der Unterschied in den zu den beiderlei Akten legitimierten Personen gehört. Mit den sogenannten Privatrechtsgeschäften schiebt sich somit ein weiterer rechtssetzender Individualakt zwischen das generell normierende Gesetz einerseits und den unmittelbar den Zwangsakt mediatisierenden, individuell normierenden Rechtsakt ein. Indes ist das Privatrechtsgeschäft zum Unterschied von den Staatsakten, wie Urteil und Verwaltungsakt, durchaus keine regelmäßige, sondern nur durch bestimmte inhaltlich gekennzeichnete Staatsakte bedingte Zwischenstufe des Rechtsverfahrens. So setzen das Urteil im Mietprozeß oder die Zahlungsurteile aus den Rechtstiteln von Kauf oder Darlehen begriffnotwendig einen privatrechtsgeschäftlichen Individualakt voraus, während die Urteile im Schadenersatz- oder Besitzstörungsprozeß selbstverständlich nicht in gleicher Weise bedingt sind.

Im größten Umfang hat freilich erst das Verwaltungsrecht, das ja quantitativ das Justizrecht weit überwiegt, der obrigkeitlichen Individualnorm Raum gegeben. Die Verwaltungstechnik hat bekanntlich eine im Vergleich mit der Rechtssatztypisierung des Justizrechtes (namentlich Urteil und Beschluß) reich gegliederte Gruppe von Rechtssatztypen herausgebildet, namentlich Befehle, Erlaubnisse, Konzessionen,

Konsense, Dispense, verwaltungsrechtliche Verträge u. dgl., worüber die mehr noch als das positive Recht kasuistische Lehre der Verwaltungsakte Aufschluß gibt. Es wäre ein Mißverständnis zu meinen, daß die Mediatisierung durch solche Individualnormen der Verwaltung überhaupt oder auch nur ihrem als Hoheitsverwaltung bezeichneten Teilbereiche begriffswesentlich sei. Wie es überhaupt dem Belieben der Rechtssetzung freisteht, Zwangsakte und Zwang androhende Akte entweder in die Zuständigkeit der Justiz oder der Verwaltung zu stellen, so könnte sie im besonderen die Zwischenstufe individueller, Zwang androhender Akte nach Art der Urteile ausschließlich der Justiz vorbehalten und von der Einführung analoger Verwaltungsakte völlig absehen. Aus Zweckmäßigkeitsgründen wurde jedoch das Rechtsverfahren in der Verwaltung nicht in dieser Weise uniformiert, sondern neben gewissen Zwangsakten, die unmittelbar auf Grund der gesetzlichen Ermächtigung in Erscheinung treten (Verhaftung, unter Umständen auch Beschlagnahme), das schon andeutungsweise umschriebene große Bereich rechtsetzender Verwaltungsakte vorgesehen. In diesem Bereiche findet sich der Kern der Verwaltung eines modernen Staates, die sich vom primitiven Sicherheits- und Machtzweck Kulturzwecken zugewendet hat. Hierher gehörige Fälle sind: Der Bau- und Benutzungskonsens für ein Gebäude, der bei Errichtung und Benutzung eines Hauses die Sicherheit und Gesundheit der Bewohner und überdies die Wahrung ästhetischer Rücksichten gewährleisten soll, die Genehmigung für eine gewerbliche Betriebsanlage, die mit Auflagen erteilt wird, welche die Interessen der im Betrieb Beschäftigten und der Nachbarschaft sicherstellen sollen, ein wasserrechtlicher Konsens, der die rationelle Ausnutzung einer Wasserkraft gewährleisten soll, die Bannlegung eines Waldes, mit der die bestimmte Bewirtschaftung des Waldes zum Schutz einer Ortschaft vorgeschrieben wird, die Erklärung eines Naturgebildes zum Naturdenkmal, um die unversehrte Erhaltung dieses Naturgebildes sicherzustellen, und eine sanitätsbehördliche Verfügung, wie die Sperrung einer Schule, um die Verbreitung einer ansteckenden Krankheit zu verhindern. Die beliebig vermehrbaren Beispiele zeigen, in wie weitem Umfang die Verwaltungsgesetzgebung nur dazu dient, in Form von Ermächtigungen oder Verpflichtungen der Administrativorgane die Grundlage von Individualnormen der Hoheitsverwaltung zu schaffen, in denen sich erst die soziale Aufgabe dieses Bereiches der Staatstätigkeit erfüllt. Während in der Justizsphäre im allgemeinen schon das Gesetz durch die motivierende Kraft seiner Zwangsdrohung ein bestimmtes soziales Verhalten von Nichtorganen veranlassen soll und die relativ seltene Zwischenstufe der Individualnorm in Gestalt des Urteils nur für die Fälle des Zuwiderhandelns gegen das Gesetz die Rechtsgrundlage für den Zwangsakt darbieten soll, fällt so gut wie im ganzen Bereich der wirtschaftspolitisch oder kulturpolitisch eingestellten Verwaltung das Schwergewicht auf diese vom Gesetz geradezu intendierte Individualnorm des Verwaltungsaktes.

Indessen erfährt die vorstehend skizzierte Reihe der Rechtssatzformen herkömmlich noch durch mehrere Typen von Staatsakten eine Er-

weiterung. Nur sind dies trotz ihres häufigen Auftretens doch nicht so regelmäßige Zwischenglieder des Rechtsverfahrens wie die Individualakte nach Art des Gerichtsurteils und der Verwaltungsentscheidung oder -verfügung. Einerseits wird bekanntlich oft im Zuge des Verwaltungsverfahrens noch eine einzelne oder eine Mehrzahl genereller Normen eingeschaltet; die Verordnung, unter der hier alle von Verwaltungsorganen ausgehenden generell normierenden Akte verstanden werden, ist bekanntlich eine mögliche, aber keine regelmäßige Zwischenstufe zwischen dem Verwaltungsgesetz und dem individuell normierenden Verwaltungsakt. Die rechtstechnische Funktion der Verordnung ist bekanntlich die, einerseits dem auf weitere Sicht erlassenen Gesetz eine allgemeinere Fassung zu ermöglichen, als bei Herrschaft des Grundsatzes der gesetzmäßigen Verwaltung im Fall unmittelbarer Individualisierung gangbar wäre, andererseits das im Fall einer so weiten Fassung des Gesetzes an den Rechtsanwender erteilte Ermessen zum Teile für höhere Vollzugsorgane abzuschöpfen und zugleich durch die allgemeine Fassung dieser Verwaltungsnorm Willkür bei Setzung individuell normierender Verwaltungsakte hintanzuhalten. Diese Zweckbestimmungen erfüllt die Verordnung in ihren beiden Erscheinungsformen, einerseits der Rechtsverordnung, andererseits der Verwaltungsverordnung, jedoch mit dem Unterschiede, daß im Falle der Rechtsverordnung der Untertan einen prozessual verfolgbaren Anspruch auf das verordnungsmäßige Verhalten des Organes hat, dagegen im Falle der Verwaltungsverordnung nur die zur Disposition von Dienstbehörden gestellte Sanktion von Disziplinarmitteln zur Verfügung steht, ohne daß der Interessent der Verwaltung Einfluß und Anspruch auf das instruktionsgemäße Verhalten des Organes hätte. Das Rechtsverfahren der Verordnung gliedert sich wieder nicht selten in mehrere artgleiche Teilakte, indem auf Grund der Verordnung der einen Behörde eine andere, regelmäßig untergeordnete Behörde, eine zweite Verordnung erläßt, die selbst wiederum die Grundlage für eine dritte Verordnung wird, die von einer, der Urheberin der zweiten Verordnung untergeordneten Behörde erlassen wird, usw. Einer derartigen Mediatisierung des Gesetzesvollzuges durch die Rechtssatzform der Verordnung und die Zerdehnung des Rechtsverfahrens der Verordnungsorgane durch eine Mehrzahl ineinandergeschachtelter Verordnungen ist eine bloße Frage der Zweckmäßigkeit der Verwaltungstechnik. Mancherlei verwaltungspolitische Gründe sprechen eben dafür, die Normsetzungsmöglichkeiten, die in der Spannung zwischen dem allgemeinen Gesetz und der Individualnorm der Verwaltung enthalten sind, nicht erstmals und gänzlich in dem Akte der Entscheidung oder Verfügung auszuschöpfen, sondern sie zum Teil in Verordnungsform für andere Organe vorzubehalten und sie sogar auf eine Mehrzahl von Verordnungsorganen zu verteilen, die schrittweise jeweils innerhalb des vom Vorgänger freigelassenen Rahmens ihre rechtsschöpferische Kompetenz betätigen.

Eine der Rechtssatzform der Verwaltungsverordnung hinsichtlich des Kreises der Verpflichteten verwandte Rechtssatzform ist ferner

der Dienstbefehl, der, zum Unterschied von der einen nicht-geschlossenen Personenkreis verpflichtenden Verwaltungsverordnung, individuell bestimmte Personen, und zwar immer Organe verpflichtet.

Eine in der Justiz ausgebildete, später allerdings auf die Verwaltung übertragene Rechtssatzform begegnet uns endlich in Staatsakten von der Art der Exekutionsbewilligung oder des Exekutionsbefehles und der Strafvollzugsanordnung. Diese dem Zwangsakt unmittelbar vorgelagerten Staatsakte sollen diesen als die ultima ratio staatlichen Handelns offenbar vorbereiten, und zwar einerseits, soweit es sich um Vollstreckungszwang handelt, den Verpflichteten zum letzten Male warnen, andererseits, und zwar durchgängig, dem zwangsanwendenden Organe als Kennzeichen dienen, daß die unverweilte Zwangsanzwendung zulässig und geboten ist.

#### IV. Die Rechtssatzeigenschaft über- und untergesetzlicher Akte

In unserer schematischen Skizze der Rechtssatzformen, deren abkürzender und typisierender Zug nicht verkannt werden darf, finden sich Akte von größter logischer Gegensätzlichkeit vereinigt. Ihre gemeinsame Eigenschaft, die sie alle in unsere Aufzählung aufzunehmen möglich und notwendig macht, ist nicht ihre bloße Rechterheblichkeit, sondern ihre volle Rechtssatzeigenschaft. Bei dieser Beurteilung der Rechtserscheinungen wird hier der Rechtssatzbegriff Hans Kelsens vorausgesetzt, wonach der Rechtssatz ein hypothetisches Urteil über den Willen des Staates zu einer Unrechtsfolge ist. Unter einen so gefaßten Rechtssatzbegriff lassen sich alle vorgeführten Akte als Arten der Gattung Rechtssatz subsumieren.

Man wird freilich in der vorgeführten Reihe vermeintlicher Rechtssätze vor allem auch Akte zu finden verneinen, die geradezu der Gegensatz eines Rechtssatzes sind. Vor allem ist die Rechtssatzeigenschaft solcher Akte problematisch, die als zweifelsfreie Rechtsanwendung nach herrschender Auffassung nicht zur Rechtssetzung zu rechnen sind. Es ist bekanntlich das Verdienst Biilows und Bierlings, den Rechtssetzungscharakter individueller Vollzugsakte von der Art des gerichtlichen Urteils — und damit folgerichtig, wenn auch unausgesprochen, ebenso den des individuellen Verwaltungsaktes — erkannt zu haben. Der Rechtssetzungscharakter der formellen Gesetzgebung ist durch diese konkurrierende Rechtsschöpfung ebensowenig in Frage gestellt, wie die gleicherweise rechtsetzende Eigenschaft des Grundsatzgesetzes durch die komplementäre Rechtssetzung des Ausführungsgesetzes begrifflich nicht beeinträchtigt wird. Wenn somit die Möglichkeit rechtsetzender Vollzugsfunktionen im Bereiche der Justiz und der Verwaltung außer Frage steht, so fragt es sich nur, wie weit die Rechtssetzung in die Sphäre der Vollziehung eingedrungen ist. Es wird sich noch erweisen, daß der Rechtssetzung im Bereiche der Vollziehung nur eine unübersteigliche formale Schranke gezogen ist, so daß freilich die Rechtssetzung niemals die gesamte Vollziehung durchdringen kann.

Ein weiteres Denkhindernis für die durchgängige Erkenntnis der vorgeführten Rechtserscheinungen als Rechtssätze — außer der bloßen Tatsache ihrer Vollzugsnatur an sich, die eben keinen ausschließenden Gegensatz zur Rechtssetzungseigenschaft bedeutet, — ist der den aufgezählten Akten teilweise anhaftende Mangel der generellen Natur. Die Identifikation der generellen Norm mit der Norm überhaupt darf ja noch als herrschende Lehre gelten. Das angedeutete Denkhindernis wird gewiß nicht durch die bloße Einsicht weggeräumt, daß auch die kurz sogenannten generellen Rechtssätze in ihrer Art individuell sind, so daß sie mit den kurz sogenannten individuellen Rechtssätzen wesensgleich wären. Die logische Differenz zwischen generellen Normen und — wenn man insoweit den Normbegriff ausdehnen will — individuellen Normen ist gegeben und unüberwindlich. Gewiß sind, worauf Voegelin aufmerksam gemacht hat, Gesetze und Verordnungen und ebenso die aus ihnen abstrahierten Rechtssätze in Gesetzes- und Verordnungsform Individualakte, ja wenn man mag, sogar individuelle Normen in dem Sinne, daß jede von ihnen ein Rechtssatzindividuum darstellt. Aber unbeschadet dieser Individualität, also Unteilbarkeit des Aktes, die zumindest von den einzelnen Rechtssätzen im Gefüge eines Gesetzes oder einer Verordnung zutrifft, ist doch ihre generell normierende Natur unbestreitbar. Diese generell normierende Natur wird durch den wesentlichen Inhalt solcher Rechtssatzformen konstituiert. Dieser wiederum ergibt sich aus der Anwendbarkeit derartiger Rechtssätze in einem von vornherein nicht geschlossenen Kreis unbestimmter Anwendungsfälle. Unter dem abkürzenden Ausdruck genereller Normen haben wir demnach generell normierende, d. h. in einer unbestimmten Mehrzahl von Fällen befolgbare und anwendbare Normen zu verstehen. Eine Abstufung der Allgemeinheit einer Norm ergibt sich aus der Möglichkeit, daß die Norm entweder von einem bestimmten oder unbestimmten Personenkreis, entweder von einer Mehrzahl von Personen oder von einer einzelnen Person Befolgung heischt, ferner daß sie entweder von einer Mehrzahl von Organen oder von einem einzelnen Organ anzuwenden ist. Das Maximum an Individualisierung weist eine Norm dann auf, wenn sie nur einen einmaligen Befolungsakt fordert und demgemäß nur einen einzigen Anwendungsakt zuläßt. Erst damit ist die Grenzerscheinung der restlos individualisierten Norm erreicht. Jenseits dieser Grenzerscheinung liegt aber das Bereich der relativ generellen und relativ individuellen Normen. Absolut individuell ist nur die ein einzigesmal befolgbare und anwendbare Norm. Beispielsweise haben der Baurechtssatz: „Der Hauseigentümer hat sein Gebäude bei sonstigen Zwangsmaßnahmen stets in baulich und gesundheitlich einwandfreiem Zustand zu erhalten“ oder der Forstrechtssatz: „Der Waldeigentümer hat seinen frisch abgeholzten Waldgrund bei sonstiger Zwangsstrafe mit Baumpflanzen zu bepflanzen“ die denkbar allgemeinste Fassung, sind also Typen von generellen Normen, weil ein nur durch den Gegenstand des Eigentums bestimmter, also anonymen Personenkreis ver-

pflichtet und ebenso eine Vielzahl von Organen, die nur durch den Behördentyp qualifiziert ist, zur Anwendung berufen ist. Dagegen ist der Rechtssatz: „Dem Bundespräsidenten N. N. gebührt nach Vollstreckung seiner Funktionsperiode auf Lebensdauer eine Ehrenpension“ insofern vergleichsweise individueller, als zwar dieser Rechtssatz von einer unbestimmten Mehrzahl von Organen in einer unbestimmten Zahl von Anwendungsfällen befolgt werden kann, jedoch die Person des Anspruchsberechtigten restlos individualisiert ist. In anderer Weise relativ generell und zugleich relativ individuell ist beispielsweise der Rechtssatz, der in der verwaltungsbehördlichen Erklärung eines Naturdenkmales gemäß den Naturschutzgesetzen der österreichischen Länder gelegen ist. Dieser Rechtssatz ist nach der Seite des geschützten Gutes restlos individualisiert, indem er zum Unterschied von den abstrakten Rechtsgütern des Straf- oder Zivilrechtes — Leben, Ehre, Eigentum jedermanns — ein konkretes Naturgebilde, z. B. einen bestimmten See oder Wasserfall, die Dorflinde oder den Efeu an der Friedhofsmauer unter Schutz stellt, dagegen in bezug auf den Kreis der zur Befolgung verpflichteten Rechtssubjekte und der zur Anwendung verpflichteten Staatsorgane generell, indem jedermann zur Vermeidung von Eingriffen in diese Naturgebilde bei Strafe verpflichtet und desgleichen ein unbestimmter Kreis von Organen zur Verhängung der Strafe verpflichtet ist. Eine rein individuelle Norm ist dagegen der etwa in einem formellen Gesetz enthaltene Rechtssatz: „Dem Forscher X. ist aus Anlaß seines epochemachenden Forschungsergebnisses eine Nationalspende von 10000 Pfund auszufolgen“ oder das Urteil: „Der Käufer A. hat dem Verkäufer B. als Kaufschilling bei sonstiger Exekution den Betrag von 10000 Mark zu zahlen“. In den beiden letzten Fällen läßt die Rechtspflicht nur eine einmalige Befolgung durch den Verpflichteten und mangels Befolgung eine einmalige Anwendung durch das Zwang anwendende Organ zu. Der Unterschied zwischen kurz sogenannten generellen und individuellen Normen ist also sinnvollerweise als Gegensatz zwischen Normen relativ generell normierenden Inhaltes und Normen relativ individuell normierenden Inhaltes zu verstehen. Die Rechtssatzform präjudiziert, wie sich zeigte, in vielen Fällen nicht der generellen oder individuellen Natur des Inhaltes. Nur die Grenzerscheinungen des Rechtsverfahrens müssen einerseits rein generell, andererseits rein individuell sein: die Verfassung ist notwendig generell, indem sie in nuce die Pflichten aller Rechtsunterworfenen, die aber erst durch Rechtsakt zu bezeichnen sind, in sich schließt, der Zwangsakt hingegen notwendig individuell, da die Tatsache des Zwanges nur an bestimmten, von dem einen Menschen gegen einen anderen Menschen gerichteten Handlungen in Erscheinung treten kann. Alle zwischen diesen beiden Endpunkten liegenden Akte des Rechtsverfahrens können aber sowohl generell als auch individuell und auch beides zugleich sein und es ist nur eine Frage der Zweckmäßigkeit, ob die Rechtsverfahrensordnung den einzelnen Stadien des Rechtsverfahrens generellen oder individuellen Charakter verleiht und in welchem Maße sie im einzelnen Rechtssatz generelle und individuelle Normierung dosiert.

Hier zeigt sich ein weiterer, kaum gewürdigter Unterschied zwischen dem Rechtsgesetz und dem Naturgesetz: das der menschlichen Willkür entrückte Naturgesetz ist notwendig in dem Sinne generell, daß in allen unendlichen Fällen, in denen sich seine Voraussetzungen erfüllen, auch seine Folgen eintreten müssen, das Rechtsgesetz dagegen seiner Natur nach weder generell noch individuell, sondern lediglich normierend, indem in den unendlichen Fällen, aber ebenso in allen endlichen Fällen und in dem einzelnen Fall, auf die es willkürlich seine Normierung abstellt, bestimmte Folgen eintreten sollen. Der juristische Sprachgebrauch des „Gesetzes“ ist wohl am naturwissenschaftlichen Gesetzesbegriff orientiert oder richtiger desorientiert, wenn er Gesetz (im materiellen Sinn) mit genereller Rechtsnorm gleichsetzt und in den Fällen, wo die Gesetzesform nicht eine generelle, sondern eine individuelle Norm umschließt, nur ein „bloß formelles Gesetz“, das eigentlich mangels des Gesetzesinhaltes kein Gesetz sei, gelten lassen will. Ein allen Möglichkeiten des Rechtsnormeninhaltes gerecht werdender juristischer Gesetzesbegriff erfaßt gleicherweise Normen von unendlicher Allgemeinheit wie von restloser Individualisierung. Will man indes in der juristischen Terminologie in der von Laband eingebürgerten Weise den Ausdruck Gesetz für Rechtssätze, die auf einem bestimmten Verfahrensweg, dem sogenannten Weg der Gesetzgebung, erzeugt werden, gebrauchen, dann tut man gut, die Rechtssätze oder Rechtsnormen, welcher Rechtssatzform immer, nur als Rechtssätze oder Rechtsnormen (statt als „Gesetze“) zu bezeichnen und sie durch diesen Sprachgebrauch den durch die Gesetzesform gekennzeichneten Akten, kurzweg den „Gesetzen“, gegenüberzustellen.

Die im Wesen des Rechtssatzes als einer gewillkürten Verhaltensnorm begründete Variationsmöglichkeit des Inhaltes, insbesondere auch in der Richtung, ob dieser Inhalt generell oder individuell normierend gestaltet wird, hindert selbstverständlich nicht, daß die Rechtserzeugungs-vorschriften bestimmte Grade der Allgemeinheit oder Besonderheit der Rechtsnormen bestimmten Rechtssatzformen zuordnen, so daß bestimmte Erzeugungswege nur Rechtsnormen eines bestimmten Grades von Allgemeinheit oder Besonderheit hervorbringen dürfen. Es wäre sehr wohl denkbar, daß die Rechtserzeugungsordnung — in ähnlicher Weise, wie in Urteilsform nur Rechtssätze auftreten dürfen, die die Person des Verpflichteten oder Berechtigten eindeutig bezeichnen, also wenigstens in dieser Hinsicht restlos individualisiert sind — den Weg der Gesetzgebung nur Akten allseitiger Allgemeinheit, insbesondere Normen, die den Kreis der Verpflichteten oder Berechtigten nicht eindeutig umschreiben, vorbehalte. Es steckt m. E. ein richtiger und gesunder rechtspolitischer Gedanke in der Kritik, die Hermann Heller<sup>1)</sup> gegen die Verwendung der Gesetzesform, und noch mehr in der Kritik, die Carl Schmitt<sup>2)</sup> gegen die Verwendung der Verfassungsform für

<sup>1)</sup> Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 4, 1928, S. 113ff.

<sup>2)</sup> Verfassungslehre, S. 25ff., 1928.

individuell-normierenden Rechtsinhalt gerichtet hat; ja mehr noch: es ist eine ernste Interpretationsfrage, ob die verfassungsgesetzliche Ermächtigung des „Gesetzgebers“ im Sinne der zur Herstellung von Akten in Gesetzesform berufenen Organe als eine Ermächtigung zu generell und individuell-normierenden Akten zu verstehen sei oder ob nicht als der immanente Sinn des Gesetzgebungsblankettes, dessen Funktion ja die Mediatisierung der Justiz und Verwaltung durch diese beiden Funktionskomplexe materiell determinierende Normen ist, die Setzung genereller Normen angesehen werden muß. Und sicher ist es ein Mißbrauch der von der Verfassung dargebotenen Gesetzesform, wenn sie der Gesetzgeber dazu benutzt, bei feierlichen Anlässen juristisch irrelevante Monologe zu halten. Das „Gesetz“ kann im Sinne der verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsordnung jedenfalls nur als ein technisches Mittel der Rechtssetzung verwendet werden, wobei gewiß die Beschränkung auf generelle Rechtssetzung naheliegt. Eine gleiche rechtspolitische Forderung ist womöglich mit noch größerer Entschiedenheit an den Verfassungsgesetzgeber zu richten und die gelegentliche Mißachtung dieser Forderung wird meistens ein unbewußtes Bekenntnis eines politischen Mißbrauches (Ausnahmsgesetzgebung!) bedeuten, doch kann man wohl den Verfassungsermächtigungen zur Verfassungsgesetzgebung interpretativ kaum diese Schranke abgewinnen, sondern muß wohl de lege lata auch das Verfassungsgesetz, wie üblicherweise das einfache Gesetz, wofern die Verfassungsform nicht ausdrücklich auf Verfassungsinhalt beschränkt ist, als mögliche Rechtssatzform von generell wie von individuell-normierendem Inhalt erkennen. Derlei teils rechtspolitische, teils interpretative Erwägungen und Zugeständnisse können aber niemals zu dem Urteil berechtigen, daß bestimmten Rechtssatzformen an sich generell- oder individuell-normierender Rechtsinhalt entweder begriffswesentlich oder begrifflich verwehrt sei. Die Freiheit der Rechtserzeugungsordnung zur beliebigen Disposition über generell- oder individuell-normierenden Inhalt ist durch das Wesen des Rechtes bedingt.

Noch eine Qualifikation als Rechtsnorm in der beispielsweise aufgezählten Reihe an Rechtssatzformen bedarf der Rechtfertigung, nämlich die Einreihung der Verwaltungsverordnungen und Dienstbefehle in diese Reihe. Die herrschende Rechtsquellenlehre pflegt diese Akte bekanntlich — abgesehen von dem vorstehend als mißverständlich dargelegten Grunde ihrer teilweise individuellen Natur — deswegen aus dem Rechtsbereiche auszuschließen, weil sie sozusagen ein Internum der Verwaltung seien. Der Rechtssatzbegriff wird herkömmlich auf generell-normierende Akte beschränkt, deren Adressaten „Untertanen“ zum Unterschied von Staatsorganen seien; Normen, die Organpflichten statuieren, will man, wenn überhaupt als Normen, dann jedenfalls nicht als Rechtsnormen gelten lassen. In diesem Ausschluß der bloß Organe verpflichtenden Normen aus dem Rechtsnormenbereich liegt jedoch eine willkürliche und mit dem von der herrschenden Lehre vorausgesetzten Rechtssatzbegriffe unvereinbarliche Verengung dieses Be-

griffes. Ob die durch einen Rechtssatz Verpflichteten Staatsorgane oder „bloße“ Untertanen sind, ist eine untergeordnete Frage des Rechtsinhaltes und ändert nichts am Wesen der Norm. Wodurch sonst als durch Rechtsnormen sollten Rechtspflichten konstituiert werden? Rechtspflichten sind aber unbestrittenermaßen der Inhalt von Dienstinstruktionen und Dienstbefehlen.

Ebensowenig wie den teilweisen Mangel der Rechtsnormeigenschaft kann man es der vorgeführten Reihe der Rechtssatzformen mit Grund zum Vorwurf machen, daß sie das Bereich der rechtlich relevanten Handlungen nicht erschöpfe (Nawiasky). Die Kritik an der traditionellen Lehre der Rechtssatzformen, auf der die neue Lehre fußt, richtet sich ja auch nicht dagegen, daß jene ältere Lehre nicht den Kreis der Rechtsquellen mit dem Kreis der rechtlich relevanten Handlungen zur Deckung bringt, sondern daß sie in ihrem System der Rechtsquellen Akte mit offener Rechtssatznatur vernachlässige. Die Kongruenz der Rechtssätze mit den rechtlich relevanten Handlungen, die die Kritik befremdlicherweise nur von der neuen, nicht von der alten Rechtsquellenlehre erwartet — so, als ob diese sich die Herbeiführung einer solchen Kongruenz zur Aufgabe gesetzt hätte —, ist unter allen Umständen eine unrealisierbare Forderung. Rechtlich relevante Handlungen, die trotz dieser ihrer Relevanz nicht selbst Rechtssätze sind, sind mit dem Bestande einer Sollordnung, die auf das Sein, und zwar menschliches Handeln, motivierend wirken will, unvermeidlich gegeben. Es muß Punkte geben, wo das Sollen eines Rechtssatzes nicht wieder anders geformtes rechtliches Sollen auslöst, weil es seinen immanenten Zweck, nämlich die Motivation zu bestimmtem menschlichen Verhalten, erfüllt und damit die weitere Transformation der einen Rechtsform in eine andere Rechtsform überflüssig gemacht hat. Das Geschehen, das die in einem Rechtssatz zum Ausdruck gebrachte rechtliche Forderung, sei es nun in der Art der Rechtsbefolgung durch den Rechtsuntertan, sei es in der Art der Rechtsanwendung durch das Staatsorgan verwirklicht, ist notwendigerweise juristisch relevant, aber nur möglicherweise eine neue Rechtssatzform, und zwar dann, wenn ihm eine neue ideale Forderung innewohnt, die wiederum auf die eine oder andere Weise verwirklicht werden kann. So muß eine auch noch so erweiterte Rechtsquellenlehre darauf verzichten, die typischen Rechtsvollzugsakte, wie Strafe und sonstigen Zwang, als Rechtsnormen zu erfassen, denn sie verwirklichen bloß, enthalten aber nicht rechtliche Forderungen. In dem umschriebenen Umfang — also mit Ausschluß der zwar juristisch relevanten, aber nicht selbst rechtssetzenden Vollzugsakte — kommt jedoch sämtlichen Erscheinungsformen des Rechtes der Charakter von Rechtssätzen zu. Wenn unter dem Einfluß der neuen Rechtsquellenlehre einem Teil der Vollzugsakte die Eigenschaft der Rechterheblichkeit zum Unterschied von voller Rechtssatzeigenschaft zugebilligt wurde<sup>1)</sup>,

<sup>1)</sup> Wenzel: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 4, 1928, S. 136ff.; Nawiasky: Zeitschr. f. öffentl. Recht, 6. Bd., 1927, S. 488ff.

so wird dieses Entgegenkommen der wahren Natur der sogenannten rechtserheblichen Normen nicht gerecht. Was sollen rechtserhebliche Normen, die überdies Gegenstand der Rechtswissenschaft sind, anderes als Rechtsnormen sein? Sind doch Normativität und Rechtserheblichkeit die konstituierenden Begriffsmerkmale des Rechtsnorm- oder Rechtsatzbegriffes. Wer überhaupt Rechtsvollzugsakte als Normen erkannt hat, denen er Rechtserheblichkeit zubilligen muß — und Rechtserheblichkeit ist doch eine Voraussetzung dafür, daß überhaupt die Rechtswissenschaft oder ein Rechtswissenschaftler über diese Normen eine Aussage macht —, der entgeht nicht der Konsequenz, diese Normen als Rechtsnormen zu erkennen. Durch den Ausdruck „rechtserhebliche Normen“ wird diese Konsequenz nur scheinbar vermieden.

Ein Wesenunterschied zwischen den Rechtsnormen und rechtserheblichen Normen wurde darin gesucht, daß nur die Rechtsnormen Zwangscharakter aufwiesen, während in den Rechtsanwendungsakten das Zwangsmoment nirgends zu entdecken sei. Ebenso wenig bestünde zwischen der Verfassung und dem einfachen Gesetze Artgleichheit, weil nur dieses, nicht auch jene, Zwangscharakter aufweise. In Wahrheit bildet das Zwangsmoment keinen Unterschied zwischen den Rechtssetzungs- und Rechtsanwendungsakten, soweit diese nicht selbst in Zwang bestehen, anders ausgedrückt, zwischen den echten Rechtsnormen und den vermeintlich bloß rechtserheblichen Normen. Die Annahme des mangelnden Rechtsatzcharakters der Rechtsanwendungsakte von der Art der rechtsgeschäftlichen Justiz- und Verwaltungsakte wegen des diesen Akten mangelnden Zwangsmomentes erklärt sich wohl nur aus der mißverständlichen Deutung der Rechtssetzungsakte als Zwangsakte. Der Rechtsnorm kann das Zwangsmoment nur in dem Sinne eigen und wesentlich sein, daß sie eine Zwangsdrohung — mit Kelsens Worten: den Willen des Staates zur Zwangsanwendung — ausspricht, nicht aber, daß sie selbst Zwang übt oder ist. So fordert beispielsweise der Gesetzesrechtssatz, daß ein Fabriksbetrieb bei der Gewerbebehörde anzumelden sei, widrigenfalls ihn die Behörde einzustellen habe, oder der Gesetzesrechtssatz, daß der Eigentümer eines abgeholzten Waldes den Waldgrund mit Waldbäumen zu bepflanzen habe, widrigenfalls er von der Behörde durch Zwangsstrafen hiezu zu verhalten sei, bestimmtes menschliches Verhalten unter der Sanktion des Zwanges, sei es nun in der Gestalt von Strafe oder Vollstreckung. Aber auch die sogenannte Rechts- und nicht weniger die Verwaltungsverordnung fordert von Menschen, die im ersten Fall den Charakter von bloßen Untertanen, im zweiten Fall von Staatsorganen haben, ein bestimmtes Verhalten unter Androhung von Strafe oder Vollstreckungswang für den Fall des Zuwiderhandelns. Also enthält die Verordnung nicht weniger als das formelle Gesetz echte Rechtsnormen. Zuzugeben ist, daß die Vollzugsverordnung nicht immer eine eigene, von dem grundlegenden Gesetz abweichende, namentlich die bloß blankettförmige Zwangsdrohung des Gesetzes konkretisierende Zwangsdrohung ausspricht, sondern oft wörtlich die in dem grundlegenden Gesetz ausgesprochene

Sanktion übernimmt oder auf sie ausdrücklich oder stillschweigend verweist. So sind z. B. die Dienstinstruktionen durch die in den Dienstrechtsordnungen ausgesprochenen Sanktionen in Gestalt von Disziplinar-mitteln zu ergänzen, wodurch sich erst vollständige, den Rechtssätzen in Gesetzesform gleichartige Rechtssätze ergeben. Völlig unverkennbar ist endlich die Zwangsdrohung in den individuellen obrigkeitlichen Staatsakten, so z. B. im Leistungsurteil, das eine Zahlung binnen bestimmter Frist bei sonstiger Exekution vorschreibt, oder im Strafurteil, das innerhalb des gesetzlich umschriebenen Strafspielraumes ein bestimmtes Strafausmaß bemißt. Diese Zwangsdrohungen des Rechtsanwendungsaktes sind offenbar nicht mit der Zwangsdrohung des in diesen Akten angewendeten Gesetzes identisch, sondern ebenso eine Konkretisierung der im Gesetze mehr oder weniger abstrakt ausgesprochenen Zwangsdrohungen, wie die in eben denselben Rechtsanwendungsakten enthaltenen Verhaltensvorschriften Konkretisierungen allgemeiner gehaltener Verhaltensvorschriften der Gesetze sind. Im Gegensatz zu der Annahme, daß sich das Zwangsmoment im Zuge der Rechtsanwendung gewissermaßen verflüchtigt, kann man im Gegenteil empirisch eine immer deutlichere Ausprägung der Zwangsdrohung im Zuge der Rechtsanwendung wahrnehmen, bis endlich der letzten Gestalt der Rechtsnorm — als der letzten im Dienst einer bestimmten sozialen Forderung aufgestellten Zwangsdrohung — mangels Wirksamkeit der Zwangsakt folgt. Es bedeutet also der Prozeß der Rechtsanwendung in seinen einzelnen Etappen nicht eine Entfernung von dem für das Recht charakteristischen Zwang, sondern im Gegenteil eine schrittweise Annäherung an ihn. Der Schein einer Entfernung vom Zwangsmoment im Zuge der Rechtsanwendung wird nur durch die irrtümliche dogmatische Verlegung des Sitzes des Zwangsmomentes in die Gesetzgebung erweckt. In Wirklichkeit hat die Gesetzgebung für das dem Recht begrifflich eigene Zwangsmoment nur die Bedeutung, daß die Gesetzgebung ihre Rechtsnormen durch bestimmte Zwangsmittel, wie die verschiedenen Arten der Strafen und des Vollstreckungszwanges, zu sanktionieren pflegt. Da sich die Zwangsdrohung gerade im Bereiche der Gesetzgebung durch die Kodifikation besonderer Straf- und Vollstreckungsgesetze besonders deutlich manifestiert, werden die Konkretisierungen dieser Zwangsdrohungen im Zuge der Gesetzesanwendung und das noch allgemeinere Blankett einer Zwangsdrohung, das schon in der Verfassung als der Erzeugungsregel der Gesetzgebung, namentlich in den Kompetenzbestimmungen, die bestimmte Organe mit der Kompetenz zur Gesetzgebung und Vollziehung in Straf- und Vollstreckungssachen betrauen, leicht übersehen; und doch kündigt sich selbst schon in der Verfassung mit ihren Kompetenzbestimmungen über Strafrechts- und Vollstreckungswesen das dem Rechte wesentliche Zwangsmoment unverkennbar an, wenngleich um einen Grad allgemeiner und entfernter als in der Gesetzgebung; und desgleichen kommt das Zwangsmoment in den Gerichtsurteilen und Verwaltungsakten oft sogar *expressis verbis* zum Ausdruck, und zwar jedenfalls unmittelbarer und sozusagen wirk-

lichkeitsnäher als in der Gesetzgebung, weil deren Zwangsdrohung, um zum Zwange selbst zu führen, durch die Zwangsdrohungen der Justiz- und Verwaltungsakte mediatisiert werden muß. Es steht somit fest, daß durch Zwang, richtiger durch Zwangsandrohung sanktionierte Normen nicht bloß im Bereiche des Gesetzesrechtes und des dem Gesetzesrecht koordiniert gedachten Gewohnheitsrechtes anzutreffen sind, daß mithin, wenn die durch den wirklichen Bestand von Zwangsmitteln unterstützte Zwangsdrohung für das Recht wesentlich ist, eine Fülle staatlicher Willensäußerungen außer dem Gesetzes- und Gewohnheitsrecht den Charakter von Rechtssätzen hat. Es ist allerdings unbestreitbar, daß der Verfassungsinhalt zum großen Teile nicht durch Zwangsdrohungen sanktioniert ist, sondern daß viele Forderungen der Verfassung, wenn überhaupt, bloß durch Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der ihnen nicht entsprechenden Akte gesichert sind; so macht die Nichtbeobachtung der Formen der Gesetzgebung die verfassungswidrig handelnden Organe nur zum Teil verantwortlich, wogegen die in prominenter Weise an der Gesetzgebung beteiligten Organe unverantwortlich zu sein pflegen und bestenfalls Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit die Folge ihres rechtswidrigen Handelns ist. Diese Erscheinung ist aber bekanntlich keine Eigentümlichkeit des Verfassungsrechtes, sondern findet sich auch in ansehnlichem Umfang im Gesetzes- und Verordnungsrecht. Es ist namentlich eine Eigentümlichkeit des Prozeßrechtes, Organpflichten nur mit den Folgen der Anfechtbarkeit und äußerstenfalls der Nichtigkeit des Aktes im Falle des Zuwiderhandelns, nicht aber mit der Drohung von Strafe und Exekution zu sanktionieren. Das Verfassungsrecht ist nun aber in der Hauptsache eine Verfahrens- und Kompetenzordnung für andere Staatsorgane. Wer also das formelle Verfassungsrecht wegen des scheinbaren Mangels des Zwangscharakters aus der Rechtsordnung ausschaltet, müßte dies konsequenterweise mit dem gesamten Rechte in Gesetzes- und Verordnungsform ebenso halten.

## V. Der Stufenbau der Rechtssatzformen

Die Analyse des Rechtsmaterials hat bisher bloß zu einer vielgliedrigen Reihe von Rechtssatzformen geführt. Aufgabe ist nunmehr, diese erfahrungsmäßig gegebenen Rechtssatzformen zueinander in logische Beziehungen zu bringen, deren Bestand erst die Einheit des Rechtssystems begründet. Diese Beziehungen dürfen selbstverständlich nicht rechtstheoretisch konstruiert, sondern müssen positivrechtlich gegeben sein, damit sie rechtswissenschaftlich erkannt werden können. Damit ist aber eine mehr oder minder große Mannigfaltigkeit dieser Beziehungen ebenso unvermeidlich gegeben, wie die Mannigfaltigkeit der einzelnen Rechtssatzformen festzustellen war. Wie der Bestand der einzelnen Rechtssatzform, so ist auch ihr systematischer Ort in der einzelnen Rechtsordnung nicht durch das Wesen des Rechtes, sondern durch dessen positivrechtliche Gestaltung bedingt. Konkret gesprochen hängt es ebenso von willkürlicher positivrechtlicher Satzung ab, ob

überhaupt Gesetze, Verordnungen, Gerichtsurteile und Verwaltungsakte zum Bestande einer Rechtsordnung gehören, wie auch in welchem Verhältnisse diese Akte zueinander stehen. Es wäre denkbar, daß die Verfassung in die Kompetenz verschiedener voneinander unabhängiger Organe die Schöpfung von Gesetzen, Verordnungen und Individualakten stellte, daß also die genannten Akte unmittelbar auf der Verfassung beruhten und nur durch sie bedingt wären. Die herkömmliche Beziehung dieser Akte beruht also auf willkürlicher positivrechtlicher Satzung. Die wenigen bisherigen Andeutungen haben allerdings bereits soviel außer Zweifel gestellt, daß die verschiedenen, geschichtlich verwirklichten Rechtssatzformen in einer Rechtssatzform ihren gemeinsamen Ursprung haben müssen, daß also zwischen den Akten, in denen die verschiedenen Rechtssatzformen beschlossen sind, das Verhältnis eines bedingenden und bedingter Akte bestehen muß. Die bedingten Akte können nur dann und darum in das zu konstruierende Rechtssystem einbezogen werden, weil zwischen ihnen und einem zweifelstfrei diesem System angehörigen anderen Akte eine Einheitsbeziehung besteht. Diese Einheitsbeziehung besteht darin, daß der bedingte Akt den in einem anderen Akte aufgestellten Bedingungen seines Zustandekommens entspricht. Eine solche Entsprechung kann bei einer Mehrzahl von bedingten Akten oder auch nur bei einem einzigen Akte zutreffen, je nachdem ob der bedingende Akt sich nur als Bedingung für einen einzigen oder für eine Mehrzahl von Akten darstellt. Dieser Urtypus der Aktbeziehung im Rechtssystem kann nun in beliebigen Komplikationen auftreten. Der eine zum Ausgangspunkt genommene Akt kann die Bedingung für eine Mehrzahl anderer Akte und selbst für eine Mehrzahl von Aktypen sein, wie etwa die Verfassung die Bedingung für Verfassungsgesetze, einfache Gesetze, selbständige Verordnungen, Staatsverträge usw., ist. Jede dieser Aktypen kann ihrerseits wiederum die Bedingung für weitere Aktypen, wie Gerichtsurteile, generelle und individuelle Verwaltungsakte usw., sein.

Eine Sichtung der erfahrungsmäßig gegebenen Reihen bedingender und bedingter Akte von rechtlicher Relevanz zeigt allerdings, daß sich in ihnen Akte verschiedenen Charakters ablösen. Nur einzelne Glieder dieser kettenförmigen Aktreihen sind dadurch ausgezeichnet, daß sie als normierende Akte, also Rechtssätze oder Rechtsnormen gedeutet werden können, weil ihr immanenter Sinn die Forderung eines menschlichen Verhaltens unter Androhung einer Unrechtsfolge ist. Andere Glieder ein und derselben Aktreihe haben dagegen nicht diese Bedeutung im Rechtsverfahren, sondern erschöpfen sich darin, wie sie einerseits durch einen anderen Akt bedingt sind, als Bedingung eines weiteren Aktes zu dienen. Es ist ein Zeichen der Verfeinerung und Komplikation des Rechtsverfahrens, wenn die als Rechtsnormen auszuzeichnenden Akte in eine Fülle nicht in derselben Weise qualifizierter, aber ebenso teils bedingender, teils bedingter Akte eingebettet sind. Infolge dieses komplizierten Mechanismus bedingender und bedingter Akte ist beispielsweise der Gesetzesrechtssatz über die Warenumsatzsteuer nach öster-

reichischem Recht etwa in folgender Weise zu formulieren: „Wenn ein vom Bundes-Verfassungsgesetz zur Gesetzesinitiative berufenes Organ beim Nationalrat einen Gesetzesantrag des Inhaltes gestellt hat, daß der Verkäufer bestimmter Waren vom Käuferlös einen prozentuell bestimmten Betrag als Umsatzsteuer zu leisten habe, wenn sodann der Nationalrat zunächst im Ausschuß und dann im Plenum in dem geschäftsordnungsmäßig näher vorgeschriebenen Verfahren einen Gesetzesantrag dieses Inhaltes zum Beschluß erhoben hat, wenn ferner dieser Gesetzesbeschluß dem Bundesrat zur Kenntnis gebracht wurde und der Bundesrat nicht binnen acht Wochen Einspruch erhoben oder vor Ablauf dieser Frist beschlossen hat, keinen Einspruch zu erheben, wenn ferner der Bundespräsident diesen Gesetzesbeschluß beurkundet und der Bundeskanzler sowie Bundesminister für Finanzen die Beurkundung gegengezeichnet haben, wenn ferner der Bundeskanzler den beurkundeten und gegengezeichneten Gesetzesbeschluß im Bundesgesetzblatt kundgemacht hat, wenn sodann nach Inkrafttreten dieses Gesetzesbeschlusses die in dem Gesetz bezeichneter Steuerbehörde die Bezahlung eines bestimmten Steuerbetrages einer bestimmten Person in einem bestimmten Verfahren vorgeschrieben hat und wenn schließlich diese bestimmte Person nicht innerhalb der vorgeschriebenen Zeit die vorgeschriebene Zahlung geleistet hat, so soll gegen sie Steuerexekution geführt werden.“ Die Komplikationen dieser Aktreihe, die sich unter Berücksichtigung der einzelnen Stadien des Steuerverfahrens ergeben, desgleichen aber die Vereinfachungen, die sich dadurch herausstellen, daß den einzelnen Stadien des Weges der Gesetzgebung mit Ausnahme der Formerfordernisse der gehörigen Kundmachung infolge des im allgemeinen geltenden Ausschlusses des richterlichen Prüfungsrechtes nur der Charakter des sogenannten *ius dispositivum* für die Organe der Gesetzgebung zukommt, konnten in der beispielsweise Formulierung des gegliederten Rechtssatzes füglich vernachlässigt werden.

Für eine statische Betrachtung der Rechtsordnung bleiben sämtliche bedingenden Glieder des Rechtsverfahrens mit Ausnahme derer, die als Rechtssätze zu erkennen sind, naturgemäß außer Betracht. Darum haben sie auch in unserem Überblick der Rechtssatzformen keine Rolle gespielt, ja wären sie in diesem Zusammenhange geradezu systemwidrig. Anders für die nunmehr angestellte dynamische Betrachtung des Rechtes, für ein System des Rechtsverfahrens zum Unterschied vom System der Rechtsnormen. Während in diesem nur die als normierend erkennbaren Zwischenprodukte des Rechtsverfahrens Eingang finden, baut sich jenes aus allen Teilakten des Rechtsverfahrens auf. Für die dynamische Betrachtung ist beispielsweise die Stellung des Gesetzesantrags im „gesetzgebenden“ Kollegium ebenso bedeutsam wie die Kundmachung des Gesetzesbeschlusses im Gesetzblatt und die Eröffnung der Gerichtsverhandlung durch Aufruf der Parteien und Zeugen ebenso ein wesentlicher in sich geschlossener Akt wie die Verkündung des Urteils und sind alle diese Teilakte artgleich. Die statische Betrachtung dagegen macht in dem kontinuierlichen Fortgang des Rechtsverfahrens Zäsuren, hebt einen

Teilakt akzentuierend heraus und wandelt alle ihm vorgelagerten Verfahrensglieder in gleichgeordnete Erfordernisse dieses Teilaktes um. Es ist m. E. ein Steckenbleiben in der soziologischen Analyse des Rechtsverfahrens und ein Verzicht auf die juristische Deutung der Verfahrensergebnisse, wenn man mit Voegelin<sup>1)</sup> die einzelnen Stadien des Rechtsverfahrens als eine bloße Kette von Deutungsschemen für folgende Verfahrensakte ansehen will. Für die juristische Betrachtung sind eben einzelne dieser Deutungsschemen mehr, als was dieser Ausdruck verrät, nämlich Zwang androhende Verhaltensregeln, und von diesen kann man allerdings eine Geltung behaupten, wogegen von anderen Teilakten, wie z. B. der Ausübung der Gesetzesinitiative oder der Unterfertigung des Gesetzesbeschlusses durch das Staatsoberhaupt und einen Minister meines Wissens niemand ernstlich eine „Geltung“ ausgesagt hat.

Rechtssätze, die Form und Inhalt anderer Rechtssätze mit der Maßgabe vorzeichnen, daß diese abgeleiteten Rechtssätze in anderer als der vorgezeichneten Weise entweder nicht zustandekommen können oder dürfen, daß diese also jedenfalls den Bestand jener anderen Rechtssätze voraussetzen und ihnen ihre eigene Geltung verdanken, nennen wir bedingende Rechtssätze und die, denen sie als Geltungsgrund dienen, bedingte Rechtssätze. Insofern als ein Rechtssatz seinen Geltungsgrund in einem früheren Rechtssatz hat und er selbst wiederum Geltungsgrund für einen anderen Rechtssatz ist — so z. B. die gesetzvollziehende Verordnung, die ihrerseits durch einen individuellen Verwaltungsakt vollzogen wird —, stellt er sich zugleich — in der einen Richtung — als bedingender und — in einer anderen Richtung — als bedingter Rechtssatz dar. Nach dem vorhin Gesagten bedarf es kaum noch der ausdrücklichen Feststellung, daß der Bestand des hier als bedingend bezeichneten Rechtssatzes nicht die einzige Entstehungsbedingung des durch ihn bedingten Rechtssatzes zu sein braucht, sondern daß es für die Kennzeichnung eines Rechtssatzes als bedingend genügt, wenn er in der Aktreihe dem Rechtssatz, zu dem er erkenntnismäßig in Beziehung gesetzt ist, einfach vorgelagert ist. Mittelbar kann ein Rechtssatz durch eine Vielzahl von Teilakten bedingt sein, die nicht jeder für sich allein einen Rechtssatz ausmachen, sondern erst in ihrer Summe die Formerfordernisse eines Rechtssatzes erfüllen.

Zwischen den einzelnen derart verketteten Rechtssätzen besteht nicht etwa bloß zeitliche, sondern insbesondere auch logische Priorität bzw. Posteriorität. Insofern, als ein Rechtssatz nicht ohne den vorgängigen Rechtssatz gedacht werden kann, also ihm seine Geltung verdankt, kann er als der höhere und der von ihm abhängige Rechtssatz als der niedrigere Rechtssatz oder mit den Ausdrücken Bierlings<sup>2)</sup> als superordinierte bzw. subordinierte Norm beurteilt werden. Als

<sup>1)</sup> Die Einheit des Rechtes und das soziale Sinngebilde Staat, Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, 4. Jhg., 1930, S. 58 ff. — der tiefstgründige kritische Beitrag zur Lehre des rechtlichen Stufenbaues.

<sup>2)</sup> Juristische Prinzipienlehre, 1894.

höher wird somit hier ein Rechtssatz qualifiziert, ohne dessen Existenz bestimmten Handlungen gar nicht der Sinn eines Rechtssatzes beigelegt werden könnte, und zwar kommt ihm selbstverständlich dieser höhere Rang nur im Verhältnis zu jenem Rechtssatz zu, der durch die Entsprechung mit ihm Rechtssatzcharakter annimmt. Die Reihe bedingender und bedingter Rechtssätze stellt sich demnach als eine Rangreihe, bildlich gesprochen als Hierarchie höherer und niedrigerer Akte dar.

Rangunterschiede, welche eine Qualifikation der Akte als relativ höhere und niedrigere zulassen, stellen sich jedoch nicht bloß unter dem Gesichtspunkt einer logischen Beurteilung ihrer Abhängigkeitsbeziehungen, sondern auch einer juristischen Beurteilung ihrer rechtssetzenden Fähigkeit heraus. Ein Rechtssatz, der gegenüber einem anderen Rechtssatz derogierende Kraft hat, während dieser andere Rechtssatz ihm gegenüber keine derogierende Kraft hat, ist aus diesem Grunde von höherem Rang und der derogierbare Rechtssatz im Vergleich mit dem derogierenden Rechtssatz von niedrigerem Rang. Wenn dagegen — zum Unterschied von den besprochenen Fällen bloß einseitiger Derogierbarkeit — zwei Rechtssätze gegenseitig derogierbar sind, so ist dies Erkenntnisgrund ihres gleichen Ranges. Z. B. ist das Verfassungsgesetz von höherem Rang als das einfache Gesetz, das Grundsatzgesetz von höherem Rang als das Ausführungsgesetz, das einfache Gesetz wiederum und im besonderen das Ausführungsgesetz von höherem Rang als die Vollzugsverordnung, das Gesetz und die Vollzugsverordnung von höherem Rang als das Gerichtsurteil und der individuelle Verwaltungsakt, wenn und weil der jeweils zuerst genannte dem jeweils an zweiter Stelle genannten Akte derogieren kann, jedoch nicht umgekehrt. Und ein Bundes- und Landesgesetz oder ein einfaches Gesetz und eine sogenannte selbständige Verordnung sind darum als ranggleich zu erkennen, weil sie einander gegenseitig derogieren können.

Wenn der Behauptung von Über- und Unterordnung von Gesetz und Verordnung überhaupt jeder Sinn abgesprochen oder nur der sehr eingeschränkte Sinn von Beziehungen von Deutungsschematen und Akten, in denen sich das Verhältnis von Gesetz und Verordnung aufbaue, zugestimmt wird, so wird m. E. die verfassungsgesetzliche Bedingtheit von Verordnungen durch das Gesetz und außerdem die Eigenschaft des Gesetzes, einseitig der Verordnung zu derogieren, übersehen. Aus der bloßen Tatsache, daß eine Rechtsquelle bestimmter Rechtssatzform nebeneinander eine Mehrzahl von Akten verschiedener Rechtssatzform vorsieht, folgt mit nichten deren Ranggleichheit; vielmehr muß deren Rangverhältnis erst aus den rechtlichen Bedingungen, von denen die Setzung dieser verschiedenen Akte abhängig gemacht wird, und der rechtlichen Kraft, die ihnen von der konstituierenden Rechtsquelle zugemessen wird, ermittelt werden und dann wird sich mitunter eine Rangdifferenzierung dieser scheinbar auf gleicher Stufe zugelassenen Akte herausstellen. Wenn die Verfassung als Rechtsquellen nebeneinander Gesetze, Staatsverträge und Verordnungen vorsieht, so kann interpretativ die Gleichordnung der in ihnen enthaltenen Rechtssatz-

formen angenommen werden, und zwar sowohl in dem Sinne, daß keine dieser Rechtssatzformen durch den Bestand eines Aktes einer anderen bedingt ist, sondern daß jede unmittelbar auf Grund der Verfassung in Erscheinung treten kann, als auch in dem Sinne, daß jeder Akt der einen Rechtssatzform einem beliebigen Akte der anderen Rechtssatzform derogieren kann. Wenn aber Verordnungen von der Verfassung nur mit der Maßgabe zugelassen werden, daß sie auf Grund eines (scilicet einfachen) Gesetzes zu erlassen sind, dann ist durch eine solche zusätzliche Verfassungsbestimmung das im Zweifel bestehende Koordinationsverhältnis zwischen den beiden Rechtsquellen in ein Subordinationsverhältnis abgebogen. Denn damit ist der Verordnung, soweit nicht ausnahmsweise verfassungsunmittelbare Verordnungen vorgesehen sind, die Schranke gesetzt, daß sie nur auf Grund eines einfachen Gesetzes in Erscheinung treten darf. Die ausnahmsweise verfassungsrechtliche Verleihung der Gesetzeskraft an bestimmte Verordnungstypen läßt des weiteren den Schluß a contrario zu, daß anderen Verordnungen Gesetzeskraft mangelt, daß sie also zwar von Gesetzen aufgehoben oder abgeändert werden können, dagegen selbst diese rechtliche Kraft nicht haben. Damit ist interpretativ für eine mehr oder minder große Gruppe der Verordnungen die Unterordnung unter das Gesetz auch in dem weiteren Sinne der überwiegenden rechtlichen Kraft des Gesetzes (des sogenannten Gesetzesvorranges) sichergestellt. Und zwar liegt unter den angegebenen verfassungsgesetzlichen Voraussetzungen Unterordnung des Gesetzes über die Verordnung und Unterordnung der Verordnung unter das Gesetz nicht bloß in dem unbezweifelten Sinne vor, daß der Gesetzesinhalt allgemeiner als der ihm sachlich entsprechende Verordnungsinhalt, der Verordnungsinhalt dagegen spezieller als der ihm entsprechende Gesetzesinhalt ist — in dieser Spezialisierung des Gesetzesinhaltes erfüllt sich eben der Zweck der Verordnung —, sondern die Über- und Unterordnung ist vom Gesetz und von der durch einfaches Gesetzes bedingten Verordnung schlechthin auszusagen. Das logische Verhältnis der einzelnen Rechtssatzformen zueinander läßt sich eben nicht abschließend auf Grund der Tatsache, daß gewisse Rechtssatzformen nebeneinander in einer sie gemeinsam delegierenden Rechtsquelle genannt sind, ermitteln, vielmehr müssen alle positivrechtlichen Erfordernisse für das Funktionieren dieser Rechtsquellen bei der Bestimmung ihres logischen Verhältnisses berücksichtigt werden. Die dogmatische Gleichstellung der in einer Verfassungsurkunde institutionell eingeführten Rechtssatzformen beruht also auf einer Vernachlässigung der verfassungsgesetzlichen Bestimmungen über die Aktualisierung dieser Rechtssatzformen. Ähnlich wie die Verordnungen pflegen übrigens in Verfassungsurkunden auch schon individuelle obrigkeitliche Akte, namentlich Gerichtsurteile, gelegentlich auch verwaltungsbehördliche Entscheidungen und Verfügungen genannt und damit institutionell eingeführt zu werden und doch zweifelt niemand, daß damit nicht eine Koordination der Gerichtsurteile mit den Justizgesetzen intendiert ist, sondern daß Gerichtsurteile nur in den Fällen, Formen

und mit dem Inhalt in Erscheinung treten sollen, die das Gesetz zu bestimmen haben wird. Diese Bedingtheiten des Gerichtsurteils lassen es aber als dem Gesetz untergeordnet erscheinen. Endlich darf auch die von der Verfassungsurkunde vorgenommene Gliederung der Staatsfunktionen in Gesetzgebung, Justiz und Verwaltung nicht ohne weiteres im Sinne der Gleichordnung dieser Funktionen gedeutet werden; vielmehr ist der Grundsatz der Verfassung von der Gesetzmäßigkeit der Vollziehung Erkenntnisgrund der logischen Unterordnung aller Vollzugsakte, für die er Geltung beansprucht, unter das Gesetz.

Es wäre allerdings ein Mißverständnis, das Verhältnis zwischen jedem beliebigen bedingenden und bedingten Staatsakt dahin zu bestimmen, daß ein Akt der ersten Art in jeder Hinsicht einem Akte der zweiten Art übergeordnet, ein Akt der zweiten Art dem ihm vorgelagerten Akte erster Art untergeordnet sein müsse. Bierlings Lehre von den superordinierten und subordinierten Normen könnte leicht zu einem solchen Mißverständnis Anlaß geben, obwohl diesem Autor selbst ein solches Mißverständnis nicht zuzumuten ist. Abgesehen davon, daß die Abfolge bedingender und bedingter Akte im allgemeinen nur als eine Reihenfolge angesehen werden darf und die Deutung bedingender und bedingter Akte als Rangordnung nur dann Sinn hat, wenn die in dieser Reihenfolge auftretenden Akte Normcharakter haben, braucht der durch das Verhältnis der Bedingtheit begründeten Rangordnung durchaus nicht immer eine gleich gegliederte Rangordnung gemäß dem Ordnungsprinzip der rechtlichen Kraft der in Vergleich gestellten Rechtsnormen zu entsprechen. Ein bedingender und darum in gewissem Sinn dem bedingten Akt übergeordneter Akt kann zugleich in anderm Sinn dem bedingten Akt untergeordnet sein, wenn dieser ihm gegenüber derogatorische Kraft hat, während dem bedingenden Akt dieselbe derogatorische Kraft gegenüber dem bedingten Akt fehlen kann. An den Einwänden Voegelins gegen die neue Rechtsquellenlehre ist jedenfalls auch der Vorwurf zutreffend, daß sie ursprünglich solche im Vergleiche mit der normalen Aktfolge gegenläufige Erscheinungen, namentlich das stufenweise Ansteigen der Prozeßakte zu jeweils höheren Akten nicht entsprechend klassifiziert hat. Es darf aber darauf verwiesen werden, daß das von Voegelin aufgerollte Problem bereits in meiner „Lehre von der Rechtskraft“ (1923) aufgeworfen und dort in Konsequenz meiner Lehre vom Stufenbau im Sinne einer Überordnung des Aktes der jeweils niedrigeren Instanz im Vergleiche mit dem Akte der jeweils höheren Instanz gelöst wurde. „Gleicherweise ist z. B. auch der individuelle Akt, etwa das Gerichtsurteil oder eine verwaltungsbehördliche Verfügung der sogenannten (in der Behördenhierarchie gesehen) niedrigeren Instanz die Voraussetzung des korrektiven Aktes der nächsthöheren Instanz, so daß die für den Prozeß charakteristische Hierarchie der Prozeßakte im entgegengesetzten Sinne verläuft, als es die Hierarchie der am Prozeß beteiligten Organe vermuten läßt“ (a. a. O., S. 215). Daran ist festzuhalten und nur zur Erklärung beizufügen, daß Erkenntnisgrund für

die Überordnung des Aktes niederer Instanz im Vergleich mit dem Akte höherer Instanz die mit aller Deutlichkeit zum Ausdruck gebrachte Tatsache ist, daß der Akt der Rechtsmittelinstanz den Akt der ersten Instanz zur Voraussetzung hat. Der Hinweis auf die entgegengesetzte dienstliche Rangordnung der am Prozeß beteiligten Organe — worauf übrigens die zitierte Stelle ausdrücklich Bezug nimmt —, vermag wohl die aus anderen Erkenntnisgründen geschöpfte Rangordnung von Staatsakten nicht ins Gegenteil zu verkehren. Daß ein Rat beim Landesgericht oder gar beim Obersten Gerichtshof weit über einem einfachen Bezirksrichter steht, drückt sich im Gehalt, im Dienstrang und manchen anderen Dingen, aber doch nicht automatisch in den Agenden dieser verschiedenrangigen Organe aus, so zwar, daß der höheren Rangklasse oder Besoldungsstufe des Organs immer auch die höhere Rangstufe des Aktes, an dem das höhere Organ beteiligt ist, entsprechen mußte und umgekehrt. In dem erörterten Einwand steckt aber unstreitig ein richtiger Kern, nämlich die bisher nicht entsprechend gewürdigte Tatsache, daß zwischen den Prozeßakten mehrerer Instanzen nicht nur unter dem einen Gesichtspunkt eine Überordnung des Aktes der sogenannten unteren Instanz über den Akt der höheren Instanz, sondern daß andererseits unter einem anderen Gesichtspunkt eine Überordnung des Aktes der Rechtsmittelinstanz über den Akt der ersten Instanz zu erkennen ist. Nur ergibt sich dieses Über- und Unterordnungsverhältnis der Akte nicht aus der Überordnung der am Akt beteiligten Organe der Rechtsmittelinstanz über die Organe der ersten Instanz, sondern aus der in der Prozeßordnung begründeten derogatorischen Kraft der Rechtsmittelerledigung gegenüber dem Akt der ersten Instanz.

Die Frage, wodurch sich ein Akt, der mit dem Anspruch des Staatsaktes auftritt, und im besonderen eine Norm, die als Rechtsnorm Geltung beansprucht, als einer bestimmten Rechts- und Staatsordnung zugehörig erweist und welchen systematischen Ort der fragliche Staatsakt oder Rechtssatz im System der Staatsakte oder Rechtssätze einnimmt, beantwortet sich danach, ob und welchen Bedingungen der Setzung von Rechts- und Staatsakten er entspricht. Die Abhängigkeitsbeziehung zu einem anderen Akt, der Bedingungen für die Erzeugung gewisser Akte aufstellt und sich somit als deren Erzeugungsregel darstellt, letztlich die Abhängigkeitsbeziehung zu einem Akte, der Bedingungen für die Entstehung anderer Akte aufstellt, ohne selbst wiederum in gleicher Weise bedingt zu sein, ist Erkenntnisgrund der Zugehörigkeit des fraglichen Aktes zu jenem Ordnungssystem, das in dem nicht weiter ableitbaren Akt seinen Ursprung hat. Aus diesem Ursprungsakt entlehnt ein mehr oder minder großer Kreis weiterer Akte ihre Geltung, indem sie die Bedingungen des Ingeltungtretens erfüllen, die in bedingenden Akten, letztlich in dem nicht weiter bedingten, also Ursprungsakte, aufgestellt sind. Die Beziehung zwischen dem bedingenden und bedingten Akte wurde in der bisherigen Literatur meist als Verweisung oder Delegation bezeichnet und die logische Beziehung zwischen diesen beiden Akten als „Delegationszusammenhang“ erklärt. Gegenüber Bemänge-

lungen dieser Terminologie ist festzustellen, daß damit nichts anderes gemeint sein soll und darf, als daß gewisse Akte formell und materiell bestimmten Bedingungen entsprechen, die in anderen Akten aufgestellt sind, und entsprechen müssen, um als systemzugehörig erkannt werden zu können. Recht und Staat sind zum Unterschiede von manchen Ordnungen — etwa einer ewigen Moralordnung oder Religionsordnung — nicht inhaltlich geschlossen und unverrückbar, sondern wandlungs- und entwicklungsfähig. Diese Wandlung und Entwicklung geht nun aber nach Regeln vor sich, die in dem jeweils gegebenen Rechtsnormenbestande angelegt sind und deren Erfüllung Bedingung des Inerscheinungtretens — soweit es sich wiederum um Normen handelt, des Ingeltungtretens — weiterer derselben Ordnung angehöriger Akte ist. Allerdings ist nicht jeder für einen anderen Akt bedingende Akt im Verhältnis zu diesem Akte ein delegierter Akt und nicht jeder durch einen anderen Akt bedingter zugleich ein von ihm delegierter Akt. Jeder rechtliche Delegationszusammenhang verbindet zwar einen bedingenden mit einem bedingten Akte, doch nicht zwischen jedem bedingenden und bedingten Akte besteht ein unmittelbarer Delegationszusammenhang. Der Delegationszusammenhang zwischen zwei Akten ist eine qualifizierte Bedingtheit. Beispielsweise ist eine sogenannte Vollzugsverordnung durch die Verfassung delegiert, insofern als die Verfassung die Rechtssatzform der Vollzugsverordnung vorsieht und die Bedingungen ihres Inlebensretens — unter anderem ein die fragliche Materie regelndes einfaches Gesetz — vorschreibt. Somit ist eine Vollzugsverordnung unter der Voraussetzung einer Generalvollmacht in der Verfassung zur Erlassung von Vollzugsverordnungen auf Grund von (einfachen) Gesetzen nichterst durch das einfache Gesetz, „auf Grund“ dessen es ergeht, sondern bereits durch die Verfassung „delegiert“. „Bedingt“ ist aber die fragliche Vollzugsverordnung nicht bloß durch die Verfassung, die bereits die Bedingungen des Inerscheinungtretens der Verordnung aufgestellt hat, sondern auch durch das einfache Gesetz, das im Sinne der Verfassung ihre Grundlage sein soll, das sie näher auszuführen bestimmt ist. Die häufige Gleichsetzung von Bedingtheitsverhältnis und Delegationszusammenhang zwischen Rechtserscheinungen geht also zu weit.

Zwischen bedingender und bedingter Rechtserscheinung besteht zwar nur möglicherweise der eben erörterte Verweisungszusammenhang, dagegen notwendig ein Erzeugungszusammenhang in dem Sinne, daß der bedingte Akt nicht bloß immer erst nach dem bedingenden, sondern auch aus dem bedingenden Akte erzeugt wird. Die Summe der bedingenden Akte sind das Material, aus dem der bedingte Akt gestaltet wird, und zwar die objektive Komponente neben der subjektiven des Organwillens. Diesen Zusammenhang zwischen bedingenden und bedingten Akten bringt der von Kelsen eingeführte Ausdruck „Erzeugungsregel“ zum Ausdruck, worunter die Summe der für einen anderen Akt bedingenden Akte zu verstehen ist. So stellt sich die Verfassung als die Erzeugungsregel der Gesetzgebung, stellen sich Verfassung und Gesetze als die Erzeugungsregeln von Verordnungen, formelle und materielle

Justiz- und Verwaltungsgesetze als die Erzeugungsregeln der Gerichts- und Verwaltungsakte wie auch sogenannter Privatrechtsgeschäfte dar. Eine scheinbare Ausnahme von der Regel, daß die bedingenden Akte Erzeugungsregeln für bedingte Akte sind, ist die Tatsache der Rechtsrezeption, die ja den Sinn des Verzichtes auf selbständige Rechtsproduktion hat. Doch ist auch der Rezeptionsakt selbst ein rechtlich bedingter Akt, der nach einer bestimmten Erzeugungsregel vor sich geht. Nach den Rechtserzeugungsregeln der Verfassung ist es meistens gleichgültig, woher der normale Rechtserzeuger den Stoff der von ihm gesetzten Rechtsregeln nimmt. Zwischen Neuproduktion von Recht und Rechtsrezeption besteht ein psychologischer oder soziologischer, aber kein juristischer Unterschied. Aus dem soeben angedeuteten Erzeugungszusammenhang, der zwischen jeder bedingenden und von ihr bedingten Rechtserscheinung besteht, erklärt sich erst die Redewendung von der (stufenweisen) Selbsterzeugung des Rechtes. In diesem Sprachgebrauch drückt sich nicht etwa ein juristischer Wunderglaube aus, der an die Stelle des rechtsproduktiv tätigen Menschen etwa einen rechtlichen deus ex machina setzt. Die rechtswissenschaftliche Erkenntnis der Selbsterzeugung allen Rechtes stützt sich auf die Erfahrungstatsache, daß die Rechtsordnung aus zwei inhaltsverschiedenen Bestandteilen besteht: einerseits aus Regeln menschlichen Verhaltens, andererseits aus Regeln, die die Aufstellung, Formung, kurz die Erzeugung dieser Verhaltensregeln regeln: das ist, auf eine vereinfachende Formel gebracht, der Unterschied von materiellem und formellem Recht. Innerhalb der bestehenden Rechtsordnung geht ihre Umbildung und Weiterbildung nur nach immanenten Rechtsgesetzen vor sich. Es folgt dies aus der logischen Geschlossenheit und Undurchdringlichkeit, die die Rechtsordnung mit jedem Normensystem teilt. Mangels solcher Rechtserzeugungsregeln wäre die einmal gegebene Rechtsordnung absolut starr und es wäre nur rechtliche Statik, keine rechtliche Dynamik denkbar; eine allerdings nur hypothetische Vorstellung, weil das Recht Rechtsleben, also Bewegung bedingt, anders ausgedrückt, weil es eine wesentlich dynamische Ordnung ist. Diese Selbsterzeugung des Rechtes, und zwar der bedingten durch die bedingenden Rechtserscheinungen, wird durch den persönlichen Faktor der Rechtserzeugung, durch das zur Rechtserzeugung berufene Organ, nicht in Frage gestellt, denn das zu jedweder Rechtserzeugung, ja jedweder rechtlich relevanten Handlung — eben wegen der Handlungsnatur aller Rechtserscheinungen — unentbehrliche Organ ist nur ein von der Rechtsordnung selbst beigestelltes Instrument der Rechtserzeugung und sein Organhandeln eine der von einer delegierenden Rechtsnorm, der sogenannten Kompetenznorm, gesetzte Bedingung der Erzeugung rechtlich relevanter Akte. Und wie ein Mensch nur durch eine derartige ihn zur Rechtserzeugung delegierende Kompetenznorm als Organ und im besonderen als Rechtserzeuger legitimiert ist, so weist sich bestimmtes menschliches Handeln nur durch die Beobachtung sämtlicher im bedingenden Rechtsbereich beschlossenen Rechtserzeugungsregeln als Rechtserzeugnis, im besonderen als Rechts-

norm aus. Mit emanatistischer Logik, mit der diese Auffassung von der Aufgabe der Rechtswissenschaft in Zusammenhang gebracht wurde, hat sie nichts zu tun. Hier wird nicht von der Rechtswissenschaft — unter Überschreitung ihrer mit aller Wissenschaft gemeinsamen bloßen Erkenntnisfunktion — Recht konstruiert, sondern nur erkenntnismäßig überprüft, ob wirklich Rechtserzeugungsorgane am Werke waren und ob sie gemäß den Rechtserzeugungsregeln wirklich Recht erzeugt haben. Der Verzicht auf solche Scheidung von Recht und Nichtrecht wäre ein Abdizieren aller Rechtswissenschaft.

Die Erzeugung der bedingten Akte ist, sub specie der bedingenden Akte gesehen, Rechtsanwendung. Dieser Ausdruck war zunächst nur für die Funktion des Richters gebräuchlich, der einen konkreten Tatbestand unter eine abstrakte Rechtsnorm subsumiert. Es mußte aber willkürlich erscheinen, diesen Ausdruck und Begriff auf den Erzeugungsweg zu beschränken, der just nur zwei aus der kontinuierlichen Aktreihe herausgegriffene Staatsakte, wie Gesetz und Urteil sowie allenfalls Gesetz und Verwaltungsakt, verbindet. Die Einsicht in die Vielfältigkeit dieses Prozesses im gesamten Rechtsbereich hat die Reine Rechtslehre zu einer Erweiterung des Begriffes der Rechtsanwendung (oder des Rechtsvollzuges) gleich dem der Rechtserzeugung — wie übrigens auch anderer Begriffe, namentlich der Rechtskraft — veranlaßt. Wenn die Setzung der im Gesetz angelegten Bedingungen eines Richterspruches die richterliche Gesetzesanwendung ist, dann ist die gesetzgeberische Setzung der in der Verfassung angelegten Bedingungen eines Gesetzes Verfassungsverwendung und die Setzung der im Urteil, wie übrigens teilweise unmittelbar im Gesetz angelegten Bedingungen eines Vollstreckungsaktes Urteilsvollzug usw. Jedes Fortschreiten von einem bedingenden zu einem bedingten Akte ist ein Fall der Rechtsanwendung, wobei Gegenstand der wenigstens mittelbaren Anwendung die Summe der dem Anwendungsakte vorgelagerten Akte ist, aber selbst Gegenstand der unmittelbaren Anwendung nicht bloß der unmittelbar vorgelagerte Akt, sondern auch (scheinbar) entferntere Akte sein können; der Exekutionsbeamte wendet z. B. unmittelbar nicht bloß das richterliche Urteil an, das die Firma X zur Zahlung eines Kaufpreises von 1000 S verpflichtet, indem er Waren in diesem Werte pfändet, sondern auch die Bestimmungen der Exekutionsordnung, die das Verfahren der Pfändung regeln.

Der Prozeß der Rechtsanwendung läuft dem Prozesse der Rechtserzeugung parallel, und zwar derart, daß mittels jedes normativen Aktes der Rechtsanwendung ein neuer Rechtssatz (oder ein Komplex von Rechtssätzen) erzeugt wird. Eine völlige Kongruenz der Bereiche der Rechtserzeugung und Rechtsanwendung ist indes ausgeschlossen. Es muß Fälle der Rechtsanwendung geben, die nicht zugleich solche der Rechtserzeugung sind: Alle vermeintlich rein tatsächlichen, in Wirklichkeit zwar rechtserheblichen, aber nicht mehr rechtssetzenden Staatsakte, namentlich Zwangsvollstreckung und Strafvollzug, sind zwar Akte der Rechtsanwendung, aber nicht mehr der Rechtserzeugung.

Für den schrittweisen Prozeß der Rechtserzeugung und Rechtsanwendung sind in der Reinen Rechtslehre die Ausdrücke Rechtskonkretisierung und Rechtsindividualisierung gebräuchlich geworden, von denen der zweite bei weitem den Vorzug verdient. Der Kritik an dieser Charakterisierung des Weges der Rechtserzeugung und Rechtsanwendung ist so viel zuzubilligen, daß nicht jeder rechtsordnungsmäßig vorgesehene und unternommene Schritt den Charakter der Konkretisierung und Individualisierung einer allgemeineren und abstrakteren Norm hat. Das Gesetz ist zwar individueller als die Verfassung, das Ausführungsgesetz individueller als das Grundsatzgesetz, die Verordnung individueller als das Gesetz, die Verordnung der Unterbehörde individueller als die der Oberbehörde, zu deren näherer Ausführung sie ergeht, das Urteil individueller als das Gesetz, das es auf den Einzelfall anwendet, ja selbst der Exekutionsakt unter Umständen noch individueller als das Urteil, das noch verschiedenen Vollstreckungsmöglichkeiten Raum gibt. Dagegen sind selbstverständlich die Urteile der verschiedenen Instanzen gleich individuell. Die Abstufung von generell und individuell bezieht sich in der beispielsweise vorgeführten Aktreihe natürlich nicht auf die Aktindividuen — denn diese sind in allen Fällen gleich individuell und einer Steigerung der Individualität nicht fähig —, sondern auf den Inhalt, im besonderen auf den Anwendungs- und Befolgeraum, auf den Kreis der zur Anwendung und Verfolgung verpflichteten Personen, der selbstverständlich einer schrittweisen Verengung zugänglich ist. Die ungeheure Komplikation des Rechtsverfahrens hat aber dazu geführt, in dieses einzelne Stadien einzuschalten, die überhaupt nicht der Funktion der schrittweisen Individualisierung des Rechtes dienen — die der eigentliche Sinn des Rechtsverfahrens ist —, sondern nur Hilfsfunktionen, wie etwa die Kontrolle der bisherigen Verfahrensakte usw., versehen. Und so darf man die Rechtserzeugung und Rechtsanwendung im ganzen und in ihren Teilakten a potiori mit Recht als Konkretisierung und Individualisierung des Rechtes charakterisieren.

Das vorangeführte schrittweise Rechtsverfahren und sein Ergebnis, die einander bedingenden und voneinander bedingten Rechtsakte regen zu Vergleichen mit verwandten Erscheinungen der Erfahrungswelt an. Unter den zum Vergleich herangezogenen Bildern, wie dem einer Kette, eines Stammbaumes oder Wasserlaufes, eines technischen Produktionsprozesses usw., ist wohl das einer Stufenfolge, eines Stufenbaues, das schmuckloseste, aber sinnfälligste und bezeichnendste. So kam man dazu, die erfahrungsmäßige Erscheinung, daß die Rechtserscheinungen oder Staatsakte nicht einförmig, sondern in den verschiedensten Erscheinungsformen zutage treten, deren jeweils eine bedingend, deren nächste bedingt ist, als rechtlichen Stufenbau zu bezeichnen. Dieses Bild rückt den Rangunterschied oder Höhenunterschied, der für gewisse dieser aneinandergereihten Akte, nämlich für die in diese Aktreihe eingereihten Akte von Rechtssatzqualität bezeichnend ist, ins Licht. Man kann zwar feststellen, daß ein Verfassungsgesetz von höherem Rang als ein einfaches Gesetz, ein Gesetz von höherem Rang als eine Durch-

führungsverordnung, der Akt letzter Instanz von höherem Rang als der erster Instanz ist. Schlechterdings sinnlos wäre es aber, der Einbringung eines Gesetzentwurfes im Parlament einen „höheren Rang“ als der Kundmachung des Gesetzesbeschlusses oder der Ausschreibung einer Gerichtsverhandlung einen höheren Rang als deren Schließung zuzuschreiben. Daher bildet nicht jeder Teilakt des Rechtsverfahrens je eine Stufe des rechtlichen Stufenbaues, sondern nur ein solcher Teilakt, dem normative Bedeutung innewohnt. Die Tatsache, daß für die soziologische Betrachtung nur Deutungsschemata und ihnen entsprechende Akte gegeben sind, die Erkenntnis gewisser qualifizierter Akte dieser Aktreibe als Rechtsnormen jedoch verschlossen ist, wenn sie dem Denkgesetze der Methodenreinheit treu bleiben will, erklärt wohl auch die Abneigung soziologischer Rechtsbetrachtung gegen das Bild des rechtlichen Stufenbaues, ohne indes die Leugnung der mit diesem Bilde ausgedrückten rechtswissenschaftlichen Erkenntnis zu rechtfertigen<sup>1)</sup>.

Die Rechtsnormen verschiedener Stufen sind begrifflich gleicherweise Rechtsnormen, gleichwertige Realisierungen der Rechtsidee. Sie unterscheiden sich aber nicht bloß durch die schrittweise Differenzierung des Norminhaltes, sondern auch durch ihre verschiedenen Geltungsbedingungen und ihre verschiedene Geltungskraft. Ein Gesetz z. B. verdankt seine Geltung bloß der Verfassung, dagegen ein Gerichtsurteil oder ein Verwaltungsakt nicht bloß der Verfassung, sondern auch Akten von Gesetzesstufe. Und ein Gesetz kann sowohl einem Gesetze als auch einer Vollzugsverordnung, eine Vollzugsverordnung aber nur einer anderen Vollzugsverordnung derogieren. Diese wenigen Beispiele zeigen, daß zwischen den Rechtsnormen verschiedener Stufe nicht bloß förmliche und inhaltliche Unterschiede, sondern auch Rangunterschiede bestehen, die die Reihe der Rechtsatzformen stufenförmig gegliedert erscheinen lassen. In der Rechtswelt herrscht nicht bloß — zwischen einzelnen Rechtssatztypen — Gleichordnung, sondern auch — zwischen anderen Rechtssatztypen — Über- und Unterordnung. Für diese ist der rechtliche Stufenbau das sprachliche Bild. Die systematische Stellung der einzelnen Rechtssatzformen im Stufenbau des Rechtes ist je nach den verschiedenen denkbaren und positiv-rechtlich verwirklichten Rangordnungsprinzipien wandelbar, so zwar, daß eine bestimmte Rechtssatzform der rechtlichen Kraft nach auf einer anderen Stufe stehen kann als nach dem Rangordnungsprinzip des Grades rechtlicher Bedingtheit. Es können sich demnach selbst innerhalb ein und derselben Staatsrechtsordnung mehrere rechtliche Stufenfolgen mit verschiedener Reihung der Rechtsstufen herausstellen.

<sup>1)</sup> Die Erkenntnismöglichkeiten der Rechtswissenschaft und Gesellschaftslehre sind eben verschieden und die Rechtswissenschaft muß sich gegen den Einbruch der Soziologie verwahren, die ihr verwehren möchte, in der Reihung der Rechtserscheinungen mehr als eine Folge von Deutungsschematen und Akten zu erkennen. Für eine Kritik solch simplifizierenden Verfahrens einer sei es auch noch so geistreichen und originellen soziologischen Rechtsbetrachtung ist hier nicht der Raum.

Die Tatsache des rechtlichen Stufenbaues, als einer spezifischen Beziehung von Rechtssatzformen, ist jedoch, mag sie auch, wie nur selbstverständlich, einer soziologischen Betrachtung nicht offenbar sein, der Rechtswissenschaft unverlierbar gegeben und zur Analyse, die in diesem Rahmen nur angedeutet, nicht ausgeführt werden konnte, aufgegeben.

## VI. Folgerungen aus der Erkenntnis des rechtlichen Stufenbaues

Die Erkenntnis der Rechtsordnung als eines Stufenbaues höherer und niederer Rechtssatzformen wirkt sich auf eine Reihe weiterer Problemkomplexe der Rechtswissenschaft aus. Eine Skizze der Lehre vom Stufenbau muß sich freilich in dieser Richtung auf beispielsweise Andeutungen beschränken, deren Zweck lediglich der sein kann, die heuristische Tragweite der Theorie des Stufenbaues zu belegen. Die Umdeutung des ursprünglich angenommenen Komplexes koordinierter in einen Komplex über- und untergeordneter Rechtssätze, also eine gewissermaßen dreidimensionale Konstruktion des Rechtssystems an Stelle der ursprünglich zweidimensionalen Konstruktion, muß eine tiefer greifende Revision des Rechtsbildes mit sich bringen, von dem an dieser Stelle nur einige Konturen gezeichnet werden sollen.

Die Erkenntnis des rechtlichen Stufenbaues beeinflusst die ganze Lehre von den Staats- und Rechtsfunktionen, denn diese Funktionen erscheinen in ihrem Lichte durchaus durch andere Funktionen hedingt und wiederum für andere Funktionen hedingend. Man kann die Lehre des rechtlichen Stufenbaues geradezu als neue Sinnggebung der Staatsfunktionen erklären. Kelsens Lehre von der rechtlichen Dynamik, die das dritte Buch der „Allgemeinen Staatslehre“ einnimmt, ist der sprechendste Beleg für eine an der Einsicht in den rechtlichen Stufenbau orientierten Theorie der Staatsfunktionen. An die Stelle der früheren Gliederung der Staatsfunktionen nach deren Form und Inhalt setzt die Lehre vom rechtlichen Stufenbau eine Gliederung der Staatsfunktionen nach ihrer gegenseitigen logischen Beziehung. Die formellen und materiellen Unterschiede der Normen bieten sich sodann nur als Mittel für eine weitere Kategorisierung der stufenförmig gelagerten, strukturell artgleichen Rechtssätze dar.

Die Lehre von den Staatsgewalten — als einem mißverstandenen Teilproblem der Funktionslehre — isoliert im Gesamtbereiche der Staatsfunktionen drei Funktionskomplexe und hypostasiert sie zu voneinander unabhängigen und ebenbürtigen Gewalten, geradezu zu einer Dreieinigkeit der Staatsperson, wodurch die Systemeinheit des Staates zerrissen wird. Die Erkenntnis des rechtlichen Stufenbaues löst die durch die Gewaltenteilungstheorie aus politischen Gründen zerrissenen und einander entfremdeten Erscheinungen der einzelnen Staatsgewalten in kontinuierliche Reihen von Staatsfunktionen auf. Einerseits stellen sich die als koordiniert gedachten Äußerungen der einzelnen Staatsgewalt als stufenförmig gegliederte Aktreihen heraus, z. B. Verfassung,

verfassungsänderndes Gesetz, Grundsatzgesetz, Ausführungsgesetz, oder Ministerialverordnung, Verordnung der Landesbehörde, Verordnung der Bezirksbehörde, Entscheidung der Bezirksbehörde, der Landesbehörde und des Ministeriums; andererseits treten selbst die als koordiniert gedachten Funktionskomplexe der Gesetzgebung einerseits, Vollziehung in Gestalt der Justiz und Verwaltung andererseits zueinander in ein stufenförmiges Über- und Unterordnungsverhältnis. Was man als Staatsgewalten isoliert und hypostasiert, sind also nur nach bewußten oder unbewußten politischen Gesichtspunkten gruppierte Komplexe von Staatsfunktionen, deren Grenzerscheinungen als unmittelbar bedingende und bedingte Akte einen Zusammenhang zwischen den Funktionskomplexen herstellen. Die sogenannten Staatsgewalten sind also Schichten des rechtlichen Stufenbaues, die nicht das Recht, sondern nur die Rechtswissenschaft voneinander geschieden hat. Diese Schichtung muß sich für die Rechtswissenschaft dadurch rechtfertigen können, daß die im Funktionskomplex der einzelnen sogenannten Staatsgewalt zusammengefaßten Staatsfunktionen miteinander näher verwandt sind als mit den Staatsfunktionen eines der beiden anderen Funktionskomplexe. Die darauf bezügliche Untersuchung der zur Gesetzgebung, Gerichtsbarkeit und Verwaltung gerechneten Funktionen würde in diesem Rahmen zu weit führen, doch sei das Ergebnis angedeutet, daß diese Dreiteilung der Staatsfunktionen im Staat mit parlamentarischen Einrichtungen und den damit gegebenen Gesetzesformen durch die Rechtslage zwar gerechtfertigt erscheint, daß jedoch die vermeintlich im Begriff des Staates begründete Dreiteilung der Staatsfunktionen positivrechtlich gewillkürt ist und daß es sich um rechtsinhaltliche Unterschiede handelt, die noch dazu die einzelnen Akktypen der Funktionskomplexe so verwandt erscheinen lassen, daß die Zuordnung zur einen oder anderen Gruppe in den Grenzfällen geradezu willkürlich erscheint.

Das Problem der gesetzmäßigen Verwaltung sei aus dem Problemkreis der Staatsfunktionen und im besonderen der drei Staatsgewalten noch besonders hervorgehoben. Es zeigt sich an diesem Probleme, daß zwischen bestimmten Staatsfunktionen kein begriffsnotwendiges Verhältnis der Über- und Unterordnung besteht, sondern daß diese Beziehung immer nur positivrechtlich gestiftet wird. Nicht in der Natur der Gesetzgebung liegt ihr Vorrang vor der Verwaltung; er wird vielmehr nur dadurch hergestellt, daß die Rechtsordnung bestimmte Akte einer Art zur Voraussetzung von Akten einer anderen Art macht. Die Gesetzgebung wird nur dadurch und insoweit eine der Verwaltung übergeordnete Funktion, daß die Rechtsordnung einen mehr oder minder großen Bereich der Verwaltungstätigkeit, unter Umständen die Gesamtheit der Verwaltungstätigkeiten, von gesetzlicher Ermächtigung abhängig macht. Damit ist für das in dieser Weise bedingte Bereich der Verwaltung die Gesetzgebung als die höhere Stufe und die in dieser Weise bedingte Verwaltung als die niedrigere Stufe im System der Staatsakte gekennzeichnet. Der rechtliche Stufenbau ist nicht etwas Rechtsimmanentes, das die Rechtssetzung hinnehmen

müßte, sondern ist selbst ein willkürliches, verwandlungsfähiges Produkt der Rechtsordnung. Im Lichte der Lehre vom Stufenbau erscheint der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung als eine bald die partielle, bald die totale Unterordnung der Verwaltung unter die Gesetzgebung begründende Rechtsbestimmung.

Die traditionelle Staatsformenlehre operiert mit einem Wesensgegensatz zwischen Rechtserzeugung und Rechtsanwendung und lokalisiert die Rechtserzeugung wie selbstverständlich im Bereich der formellen Gesetzgebung. Versteht man die einzelnen Staatsformen als verschiedene typische Methoden der Staatswillensbildung und setzt man Staatswillensbildung mit formeller Gesetzgebung gleich, so werden die Unterschiede der Staatsformen ausschließlich und erschöpfend durch die staatenweisen Abweichungen in der Organisation und dem Verfahren der Gesetzgebung begründet. Erkennt man jedoch die Rechtserzeugung als einen stufenförmigen Prozeß, in dem die formelle Gesetzgebung nur Ausgangspunkt oder Durchgangspunkt, aber nicht Endpunkt ist, dann ist die Staatsform eines Staates nicht schon durch die positivrechtliche Gestaltung der Gesetzgebung, sondern erst durch Mitberücksichtigung der Erzeugungsregeln sämtlicher außergesetzlichen und im besonderen untergesetzlichen Rechtserzeugungsstufen erschöpfend bestimmt. Unter dem Einfluß dieser falschen, weil die Rechtssetzung mit einer einzigen Rechtssatzform gleichsetzenden Theorie hat denn auch die politische Praxis die Demokratie zunächst bloß durch eine Demokratisierung der Gesetzgebung zu verwirklichen versucht und tatsächlich verwirklicht. Wenn daraufhin die politische Praxis die Forderung nach einer Demokratisierung der Justiz und Verwaltung geprägt hat, so verbarg sich in dieser theoretischen Ahnungslosigkeit eine tiefe Wahrheit, die erst dank der Einsicht in die stufenförmige Rechtserzeugung in theoretisches Licht zu treten vermochte. Denn auch die Justiz und Verwaltung hat sie mit den diesen Funktionsbereichen eigentümlichen Rechtssatzformen als Wege der Staatswillensbildung aufgewiesen, die ebenso wie der ihnen vorgelagerte Weg der Gesetzgebung an rechtspolitischen Organisationsprinzipien von der Art der Demokratie oder Autokratie usw. orientiert sein können, ja an irgendeinem solchen Organisationsprinzip orientiert sein müssen. Und so ist es ein stark vereinfachendes, weil den Weg der Rechtserzeugung verkürzendes Verfahren, wenn man die einzelnen Staatsrechtsordnungen lediglich nach den Erzeugungsregeln der Gesetzgebung staatsformell klassifiziert und die Erzeugungsregeln der Justiz und Verwaltung einfach vernachlässigt. Dieses rechtstheoretisch jedenfalls unbegründete Verfahren wird dadurch nur einigermaßen praktisch gerechtfertigt, daß der durch die Erzeugungsregel der Gesetzgebung bestimmte staatsformelle Grundzug einer Staatsrechtsordnung durch die etwa abweichenden Erzeugungsregeln der Gerichtsbarkeit und Verwaltung nicht mehr einschneidend modifiziert, sondern nur in verschiedenen Richtungen nuanciert werden kann. Es wird gewissermaßen der durch den Stand der Gesetzgebung gegebene Staatsformtypus durch die verschiedenen Möglichkeiten der Regelung der

Justiz und Verwaltung näher charakterisiert und zugleich in eine Mehrzahl bis Vielzahl von Abarten differenziert. Im Lichte der Stufentheorie ergibt sich somit ein im Vergleiche mit der herrschenden Staatsformenlehre um vieles reicher gegliedertes und bunteres Schema der Staatsformen, was durch die Einbeziehung der mannigfachen Prozeßordnungen und Organordnungen der Justiz und Verwaltung in das zur Abstraktion der Staatsformen verwertete Rechtsmaterial wohl begreiflich wird. Die Kasuistik der Staatsformen wird bei Berücksichtigung der untergesetzlichen Rechtserzeugungsstufen insbesondere dadurch bereichert, daß die niederen Rechtserzeugungsstufen durchaus nicht von demselben Organisationsprinzip beherrscht sein müssen wie die höheren, sondern daß die Rechtsordnung auf ihren einzelnen Erzeugungsstufen zwischen den verschiedensten Organisationsprinzipien wechseln und sie im gesamten rechtlichen Stufenbau in beliebiger Weise dosieren kann. So kommt es ja häufig vor, daß in einer Staatsrechtsordnung, deren zentrale und allgemeine Gesetzgebung sich noch in ganz absolutistischen Formen abspielt, die lokale Verwaltung dank dem Eindringen des Laienelementes und des Wahlbeamten demokratische Gestalt annimmt; diese eigentümliche Mischung von Absolutismus und Demokratie weist bekanntlich der sogenannte absolute Staat auf, der dem demokratischen Prinzip in Gestalt der Selbstverwaltung Zugeständnisse gemacht hat. Erst die Einsicht in die — im Wesen gleich der Gesetzgebung — rechtssetzende Natur eines Ausschnittes der Selbstverwaltungsgeschäfte erlaubt und bedingt diese schlechthin als absolutistisch gekennzeichnete Staatsform als partiell demokratisch zu erkennen. Noch näher liegt uns die Erscheinung, daß eine im Bereich der Gesetzgebung radikal-demokratisch orientierte Rechtsordnung im Bereiche der Justiz und Verwaltung meist aus früheren Verfassungszuständen überkommene Organisationsformen und Verfahrensweisen aufweist, die einer anderen als der die Gesetzgebung beherrschenden Staatsform angehören; so übernimmt die plötzlich ins Leben tretende Demokratie — in Wirklichkeit nur eine Demokratie der Gesetzgebung — erfahrungsmäßig häufig von jener Staatsform, die sie ablöst, mehr oder minder unverändert die Erzeugungsregeln von Justiz und Verwaltung, um möglichst materielle Rechtskontinuität aufrechtzuerhalten, und versetzt dadurch die Rechtsordnung mit Elementen aus verschiedenen einander widersprechenden Staatsformen. Diese Mischung verschiedener Ideologien und ihrer rechtlichen Konkretisierungen ist, selbstverständlich rechtslogisch und praktisch möglich, ja sogar unter Umständen sehr sinnvoll. Von der Tatsache, daß die Anreihung autokratischer Verfahrensstufen an eine demokratische Gesetzgebung im praktischen Ergebnis das demokratische Element zu verstärken geeignet ist, muß in diesem Zusammenhange völlig abgesehen werden. Übrigens würde auch eine entgegengesetzte Rolle solcher Einschlüsse aus verschiedenerlei Staatsformen und damit die Tatsache einer teilweisen Abschwächung des durch den demokratischen Charakter der Gesetzgebung bedingten staatsformellen Grundzuges einer Rechtsordnung die Möglichkeit und Wirklichkeit solcher positiv-

rechtlicher Mischungen von Staatsformen nicht ausschließen. Die bewußte Verwertung der Erzeugungsregeln der untergesetzlichen Rechtsstufen zur Einteilung und Klassifikation der Staatsformen ist übrigens geeignet, gewisse Einteilungen der herrschenden Staatsformenlehre, über deren juristischen Einteilungsgrund sie sich keine Rechenschaft gibt und die sie daher mit Vorliebe als „bloß politische Staatsformen“ kennzeichnet, zu verifizieren. Es stellt sich nämlich heraus, daß zwischen diesen vermeintlich bloß politischen Staatsformtypen auch juristisch faßbare Unterschiede bestehen, doch finden sich eben diese Unterschiede bloß in den untergesetzlichen Rechtsstufen und werden daher der herrschenden, auf die Gesetzesstufe eingestellten Staatsformenlehre nicht voll bewußt, sondern von ihr nur intuitiv eingesehen und sodann ohne zureichende Begründung zur Unterteilung der aus den Erzeugungsregeln des Gesetzes abstrahierten Staatsformen benutzt. Ein Beispiel für diese politische Umdeutung rechtlicher Unterschiede, die sich freilich außerhalb des zur Gewinnung der Staatsformtypen herangezogenen Rechtsbestandes finden, ist die Gliederung der beschränkten Monarchie in eine konstitutionelle und parlamentarische Erscheinungsform. Abgesehen von dem verschiedenen Maße des Anteils des Parlamentes an der Gesetzgebung, das einen juristisch allerdings schwer faßbaren Unterschied zwischen konstitutioneller und parlamentarischer Monarchie begründet, gibt es juristisch sehr wohl faßbare qualitative Unterschiede im Bereich der Vollziehung, die den genannten Staatsformtypen zugeordnet werden können. So kann man den Rechtsbegriff der konstitutionellen Monarchie als die Staatsform bestimmen, in der die Verwaltung außerhalb des der Prärogative des Staatsoberhauptes vorbehaltenen Kreises an Regierungsgeschäften dem Willen des Parlamentes unterstellt ist, selbstverständlich nicht in dem Sinne, daß bloß tatsächlich das geschieht, was das Parlament will, sondern in dem Sinne, daß der Wille des Parlamentes selbst in dem gesetzlich nicht determinierten Bereich der Verwaltung durch spezifische Rechtsgarantien, z. B. unbedingtes parlamentarisches Budgetrecht, verfassungsmäßig verankertes parlamentarisches Vertrauensprinzip, rechtlich maßgeblich gemacht ist; dagegen wäre die konstitutionelle Monarchie als die Staatsform zu bestimmen, in der die Verwaltung innerhalb des vom Gesetz umschriebenen Rahmens von Rechts wegen zur Disposition des Monarchen gestellt ist, der Monarch demnach den Charakter eines Chefs der Exekutive hat. Zwischen den soeben begrifflich geschilderten Staatsformtypen gibt es hekanntlich auch Übergangsformen, auf deren Begriffsbestimmung es hier nicht ankommt. Unsere beispieleweisen Begriffsbestimmungen sollten nur die Anwendungsmöglichkeit der Theorie des rechtlichen Stufenbaues in der Staatsformenlehre dartun, denn sie verwenden Begriffsmerkmale, die bei einer Beschränkung des Begriffes der Staatswillensbildung auf Akte der Gesetzgebung für die Begriffsbestimmung einer Staatsform unverwertbar sind, sich jedoch auf der Stelle aufdrängen, wenn man in der Verwaltung nur eine Fortsetzung der von der Gesetzgebung angebahnten Staatswillensbildung erkannt hat.

Die herkömmliche Zweiteilung des Rechtes in formelles und materielles Recht erfährt in Konsequenz der Stufentheorie eine gewisse Umdeutung. Die in der eindimensionalen Rechtsvorstellung so scharf — wengleich mehr kodifikatorisch als begrifflich — geschiedenen Bereiche des formellen und materiellen Rechtes nehmen im Hinblick auf die nächst niedrigere Stufe der Rechtserzeugung oder Rechtsanwendung den einheitlichen Charakter von formellem Recht an, indem sie die gemeinsame prozessuale Voraussetzung für den Akt nächst niederer Stufe sind. Der an sich höchst problematische Unterschied zwischen materiellem und formellem Recht wird also im System des rechtlichen Stufenbaues zumindest relativiert, wenn nicht eliminiert.

Auch auf die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht fällt ein zur neuerlichen Kritik der gebräuchlichen Kriterien dieses Rechtsunterschiedes einladendes Licht. Die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht wurde bekanntlich unter der Voraussetzung einer sozusagen eindimensionalen Rechtsordnung vorgenommen. Wenn nun der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht ein die Totalität der Rechtsordnung ergreifender Qualitätsunterschied sein soll, wie ist dann das nach oben oder unten angegliederte Recht anderer Stufen zu klassifizieren? Bemächtigt sich dieser Rechtsdualismus auch der anderen Stufen, sie ebenfalls in zwei unvereinbare Lager teilend? Die Anhänger der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht dürften wohl am ehesten zu der Annahme neigen, daß Rechtsakte, die für öffentliches Recht bedingend sind, sowie Rechtsakte, die sich aus öffentlichem Recht ableiten, ebenfalls öffentlich-rechtlicher Natur seien; analogerweise müßten die bedingenden und bedingten Akte von Privatrechtsnormen privatrechtlicher Natur sein. Eine solche Übertragung des Dualismus von öffentlichem und privatem Recht auf die in diese Zweigliederung bisher noch nicht einbezogenen Rechtsstufen müßte aber die Unterscheidung zwischen öffentlichem und Privatrecht ad absurdum führen, denn diese anderen Rechtsstufen widerstreben ganz offenkundig einer solchen Zweiteilung. Sollen etwa die Kompetenznormen einer Verfassung, die bestimmte Gesetzgebungsorgane zur Verwaltungsgesetzgebung ermächtigen, zum öffentlichen Recht, dagegen die anderen Kompetenznormen der Verfassung, vielleicht desselben Verfassungsartikels, die die Kompetenz zur Privatrechtsgesetzgebung betreffen, um dieses ihres Inhaltes willen privatrechtlicher Natur sein? Und sollen eine verwaltungsbehördliche Konzessionserteilung, die ganz offenbar im Privatinteresse des Konzessionärs ein subjektives Recht zu irgendeiner wirtschaftlichen Betätigung schafft, oder die verwaltungsbehördliche Entscheidung, die den Streit zweier Gemeinden über die Heimatberechtigung einer Person oder den Streit zweier Krankenkassen über die Versicherungszugehörigkeit einer Person — in beiden Fällen Streitigkeiten zwischen unzweifelhaft sogenannten „Gleichgeordneten“ — schlichtet, als öffentlich-rechtliche Staatsakte, dagegen etwa die gerichtliche Entziehung der väterlichen Gewalt oder die Bestellung eines Vormundes als privat-

rechtliche Staatsakte qualifiziert werden, weil in den erstgenannten ein sogenanntes öffentlich-rechtliches Gesetz, in den an zweiter Stelle genannten Fällen jedoch ein sogenanntes Privatrechtsgesetz die Grundlage des Vollzugsaktes bildet? Oder sollen alle obrigkeitlichen Staatsakte, unbekümmert um ihre rechtliche Grundlage, um des in ihnen handelnden Organs willen oder weil sie dem öffentlichen Interesse der Rechtsanwendung dienen, als öffentlich-rechtlich klassifiziert werden? Müßte aber eine solche Klassifikation nicht auf die Rechtssetzung höherer Stufe derart zurückwirken, daß diese — als die Voraussetzung jener öffentlich-rechtlichen Staatsakte — ebenfalls als öffentlich-rechtlich zu erkennen wäre? Kurz, die Erweiterung der Rechtsordnung im Sinne des rechtlichen Stufenbaues stellt die Lehre vom öffentlichen und privaten Recht vor eine Reihe hier nur beispielsweise angeführter, ungelöster und unlösbarer Fragen, denen man dadurch nur scheinbar entkommen würde, daß man die Unübertragbarkeit der Begriffe des öffentlichen und privaten Rechtes auf die neu angegliederten Rechtssatzstufen als Gegenbeweis gegen deren Rechtssatznatur hinstelle, etwa nach der Methode einer naturwissenschaftlichen Theorie, die den Tatsachen Unrecht gibt, weil sie nicht die Theorie bestätigen.

Die weitere Einteilung des Rechtsphänomens in eine objektive und subjektive Erscheinungsform verrät geradezu schon die Ahnung der stufenförmigen Gliederung der Rechtsordnung und erhält erst aus deren voller Einsicht ihren tiefen Sinn. „Objektiv“ sind vorzugsweise jene Erscheinungsformen des Rechtes zu nennen, die auf einen anonymen, nicht geschlossenen Kreis von Rechtssubjekten abgestellt sind; „subjektiv“ dagegen jene Rechtserscheinungen, die den Verpflichteten oder Berechtigten eindeutig bezeichnen. Dieser Subjektivierungsprozeß läuft dem Übergang von der generellen zur individuellen Norm parallel. Zwischen dem sogenannten objektiven und subjektiven Recht besteht also kein Wesensgegensatz, sondern die Differenz zweier bestimmter Rechtsstufen, die mangels der Einsicht in die Stufenfolge in zwei entgegengesetzte Bedeutungen oder Betrachtungsweisen ein und derselben Rechtsstufe umgedeutet wird. Selbstverständlich ist auch das mit Grund sogenannte subjektive Recht in dem Sinn objektiv, daß es eine Rechtssatzform gleich den generell normierenden Rechtssatzformen und eine Durchgangsform des durchaus objektiven Rechtsverfahrens ist.

Die weittragenden Konsequenzen, die sich aus der Einsicht in den rechtlichen Stufenbau für die Lehre von der Rechtskraft ergeben, wurden bereits in meiner „Lehre von der Rechtskraft“ gezogen. Es sei an dieser Stelle nur soviel angedeutet, daß die Einsicht in die Rechtssatznatur der Akte, von denen die Eigenschaft der Rechtskraft ausgesagt wird, eine Erweiterung der Problematik auf alle Rechtssatzformen ergibt, wofern man unter der Rechtskraft eine Eigenschaft versteht, die diesen anderen Rechtssatzformen nicht verschlossen ist, und in der Folge auch gegebenenfalls eine einförmige Lösung des Rechtskraftproblems für alle Rechtssatzformen bedingt. Dieser Erweiterung der Problemstellung entgeht man nur scheinbar

durch eine Verengung des Begriffes der Rechtskraft, durch die diese Eigenschaft von Rechtlichem von vornherein für Rechtserscheinungen bestimmter Art reklamiert und auf diese beschränkt wird. Die beliebte Definition der Rechtskraft, die sie mit einer Eigenschaft gerichtlicher Urteile identifiziert — und mit einem derart verengten Begriffe der Rechtskraft arbeiten unbewußt oder unausgesprochen alle Kritiker meiner Rechtskraftlehre, die ihr die Expansion auf sämtliche Rechtsatzformen zum Vorwurf machen —, begehen eine *petitio principii*, indem sie unbewiesen voraussetzen, daß die von ihnen angenommenen Merkmale der Rechtskraft nur auf das gerichtliche Urteil zutreffen. Es steht jedermann frei, den Begriff der Rechtskraft so enge zu begrenzen, daß seine Merkmale nur auf die Rechtsatzform des Urteiles zutreffen. Wenn man aber den Begriff der Rechtskraft durch Merkmale bestimmt, die einleuchtenderweise nicht bloß bei einem Gerichtsurteil, sondern auch bei anderen Staatsakten denkbar sind, dann darf man den Versuch nach Abgrenzung des Geltungsbereiches des Rechtskraftbegriffes nicht damit abschneiden, daß man Wort und Begriff der Rechtskraft ausschließlich für Gerichtsurteile reklamiert. Bestimmt man die Rechtskraft als eine irgendwie qualifizierte relative Unabänderlichkeit, womit man ihr ein Merkmal beilegt, das naturgemäß nicht für das Gerichtsurteil spezifisch ist, so wird die Erweiterung des Begriffes der Rechtskraft — wie befremdlich auch in solchem Umfang der Ausdruck Rechtskraft klingen mag — auf alle Rechtsatzformen, unter denen nach der Theorie des Stufenbaues das Gerichtsurteil eine einzelne Art darstellt, schlechterdings unvermeidlich.

Als letzter Fall der Nutzenanwendung der Erkenntnis vom rechtlichen Stufenbau sei deren Bedeutung für die Lehre vom fehlerhaften Staatsakt aufgezeigt. Als fehlerhaft pflegt ein solcher Staatsakt angesehen zu werden, der gewissen Vorschriften über seine Form oder seinen Inhalt nicht entspricht. Über den Kreis der Rechtsvorschriften, deren Verletzung die Fehlerhaftigkeit eines Aktes zur Folge hat, herrscht ebensowenig Einhelligkeit der Lehre wie über die Folgen des Fehlers. Nur die Beobachtung kann man so gut wie bei allen Theoretikern machen, daß sie einerseits aus der Summe der Rechtsvorschriften, die das fehlerhaft handelnde Organ determinieren, insofern eine willkürliche Auswahl treffen, als sie nur die Verletzung bestimmter inhaltlich als relativ schwer gekennzeichnete Vorschriften als Quelle eines fehlerhaften Aktes annehmen, andererseits diesen Fehlern, je nach dem ihnen zugeschriebenen „Gewicht“ unterschiedliche Rechtsfolgen zuschreiben. Das Problem der Fehlerhaftigkeit — oder der Fehlerlosigkeit — ist das typische Problem des Aktes niedrigerer Stufe. Durch seine Fehlerlosigkeit erweist der einzelne Akt seine Zugehörigkeit zur Stufenfolge der Rechtserscheinungen; Fehlerlosigkeit ist die Erkenntnisvoraussetzung für die Systemzugehörigkeit des einzelnen Aktes, der mit dem Prätext eines Rechts- oder Staatsaktes auftritt. Als fehlerlos legitimiert sich nun ein Akt niedrigerer Stufe durch die Übereinstimmung mit den bedingenden Akten höherer Stufe, die ihm gegenüber Erzeugungsregeln

sind. Erkenntnisgrund und Maßstab der Fehlerhaftigkeit eines Aktes kann nur die ganze Stufenfolge der ihn bedingenden höheren Akte sein. Die Einsicht in den funktionalen Zusammenhang zwischen dem bedingenden und bedingten Akt macht die Summe der in den bedingenden Akten vorfindlichen Determinierungen des bedingten Aktes zur Erkenntnisvoraussetzung des bedingten Aktes und läßt die geringste Abweichung von dieser Determination als einen rechtlichen Fehler erscheinen, der Nichtigkeit im Sinne von mangelnder rechtlicher Existenz des fraglichen Aktes zur Folge hat. Diese Folge kann nicht durch ein Urteil an der Hand eines rechtsfremden Maßstabes vermieden werden, das dem Mangel entweder überhaupt keine Relevanz oder nur eine mindere — etwa bloß Anfechtbarkeit begründende — Relevanz zuschreibt, sondern ausschließlich durch positivrechtliche Satzung. Es ist eine Eigentümlichkeit fortgeschrittener Kodifikationstechnik, daß das Recht die Erfordernisse, die es für die niedrigeren Rechtsstufen aufstellt, doch auch wiederum mildert und auch teilweise zurücknimmt, indem es entweder die Verbesserung fehlerhafter Akte oder selbst die Geltung nichtiger Akte vorsieht; von fehlerhaften und nichtigen Akten kann freilich nicht mehr unter Berücksichtigung dieser ergänzenden Bestimmungen, sondern bloß vom Standpunkt der ursprünglichen Bestimmungen aus gesprochen werden. Denn der Zweck dieser ergänzenden Bestimmungen ist eben die — mangels ihrer — unvermeidliche Konsequenz der Fehlerhaftigkeit und Nichtigkeit von Rechtsanwendungsakten zu vermeiden. Indem die Rechtsordnung einerseits zwar eingehende Verfahrensbestimmungen für den Weg der Gesetzgebung aufstellt, andererseits jedoch dem Gesetzanwendungsorgan die Prüfung eines Gesetzes auf seine Verfassungsmäßigkeit, abgesehen von den Erfordernissen der gehörigen Kundmachung, verwehrt, schließt es die Beobachtung der sonstigen Verfahrensbestimmungen als Erkenntnisbedingungen eines gültigen Gesetzes aus. In ähnlicher Weise verzichtet die Rechtsordnung durch die Einführung des Rechtsmittelzuges und der formellen Rechtskraft in Justiz- und Verwaltungsverfahren auf die Beobachtung eines mehr oder minder großen Teiles der den Justiz- und Verwaltungsakt determinierenden Rechtsnormen höherer Stufe und macht es möglich, einen *prima facie* fehlerhaft erscheinenden Justiz- oder Verwaltungsakt als echten Justiz- oder Verwaltungsakt zu erkennen. In meiner „Lehre von der Rechtskraft“ werden Rechtseinrichtungen wie die positivrechtliche Beschränkung des Prüfungsrechtes gegenüber Staatsakten, Rechtsmittel zur Behebung oder Abänderung von fehlerhaften Staatsakten, die Rechtskraft in Anwendung auf fehlerhafte Staatsakte als Fehlerkalkül bezeichnet, weil mit ihrer Einführung die Rechtsordnung gewissermaßen voraussetzt, daß nicht immer die Summe der einen Akt determinierenden Bedingungen erfüllt werden kann, und darum die ansonsten unvermeidliche Konsequenz ausschließt, daß der Akt wegen seiner Mangelhaftigkeit gar nicht als Staatsakt erkannt werden könnte. Als Fehlerkalkül ist demnach jede Rechtseinrichtung anzusprechen, die die Erfordernisse der Akte höherer Stufe bezüglich

der Akte niedrigerer Stufe unter das der Rechtsordnung ansonsten entnehmbare Maß herabsetzt und damit die Möglichkeit schafft, auch fehlerhafte Akte dem Staate zuzurechnen.

Die Theorie des rechtlichen Stufenbaues — von den Vorläufern der Reinen Rechtslehren verdienstvoll, doch völlig unbeachtet, vorbereitet, von Kelsen und seinem Kreise<sup>1)</sup> zu einem Baustein ihres theoretischen Systems gemodelt — vermag gerade den Einwand zu widerlegen, auf den ihre einsichtsvollsten Gegner rekurrieren: Die so oft gehörte Behauptung der heuristischen Unfruchtbarkeit und somit Wertlosigkeit der „Reinen Rechtslehre“.

## Zur Lehre von der richterlichen Funktion<sup>1)</sup>

Von

Leonidas Pitamic, Washington

Alle Akte staatlicher Organe sind gebunden durch irgendeine Rechtsnorm; widrigenfalls könnten wir sie überhaupt nicht als solche Akte erkennen. Selbst im Falle des weitestgehenden freien Ermessens, wenn der Akt des Staatsorgans augenscheinlich in diesem Organ allein seinen Grund findet, ist es notwendig zu prüfen, ob das betreffende Organ kompetent und sein freies Ermessen von der Rechtsordnung gestattet ist. Dies gilt auch für das gesetzgebende Organ, von welchem man öfter geneigt ist zu glauben, daß es frei und ungebunden Gesetze erläßt; aber auch dieses Organ ist gebunden durch die Verfassung; und darum muß untersucht werden, ob seine gesetzgebende Tätigkeit mit den Vorschriften der Verfassung übereinstimmt. Ob das Staatsorgan selbst immer seine Akte auf ihre Übereinstimmung mit der Rechtsordnung prüft, ist eine andere Frage, die mit der jetzt behandelten Frage der logischen Abhängigkeit nichts zu tun hat. Wichtig ist folgendes: 1. Jedes Staatsorgan ist in seiner Tätigkeit an eine Rechtsregel gebunden, mag letztere noch so allgemein sein; 2. diese Abhängigkeit ist schon deswegen nichts mechanisches, automatisches, weil das Organ die Rechtsregel, an die es gebunden ist, auslegen muß. Auch ist nicht zu vergessen, daß kaum ein Fall denkbar ist, in dem die Ausführung einer Rechtsregel nicht ein gewisses Maß freien Ermessens zuließe; man kann sich schwer vorstellen, daß eine Rechtsnorm alle möglichen Arten ihrer Ausführung bis in die kleinsten Details vorsehen könnte. Daraus folgt, daß alle staatlichen Organe zwar durch das Recht gebunden, im Rahmen der Rechtsregeln aber auch frei sind. Mit Rücksicht auf ihre Gebundenheit bedeutet ihre Tätigkeit Ausführung des Rechtes höherer Stufe, z. B. des Gesetzes, mit Rücksicht auf ihre Freiheit jedoch Schöpfung neuen Rechtes, z. B. ein Erkenntnis. Rechtlich ungebunden ist nur der revolutionäre Gesetzgeber; gerade deswegen ist seine Tätigkeit nicht rechtlich, sondern revolutionär; insoweit jedoch seine Tätigkeit dennoch mit dem Maßstabe eines höheren, z. B. des internationalen Rechtes gemessen wird, insoweit ist sie auch nicht frei.

Freilich setzen nicht nur Staatsorgane, sondern auch andere Menschen Rechtsakte. Der Unterschied ist jedoch der, daß diese Akte von „Privatleuten“ solange keine autoritative Kraft besitzen, bis sie nicht von Staats-

<sup>1)</sup> Diese Studie ist in teils gekürzter, teils erweiterter Form einem Kapitel aus dem vom Verfasser im Jahre 1927 in slowenischer Sprache publizierten Buch über den Staat (Država) entnommen.

<sup>1)</sup> Aus meinen Schriften, die auf die Theorie des rechtlichen Stufenbaues Bezug haben, sei gestattet, zu zitieren: Die Lehre von der Rechtskraft, 1923; Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927; Das Recht im Lichte seiner Anwendung, Deutsche Richterzeitung, 1919; Das doppelte Rechtsantlitz, Juristische Blätter, 1917. Eine Monographie über die Theorie des rechtlichen Stufenbaues, zu der vorstehende Prolegomena andeutende Vorbemerkung sein wollen, ist in Vorbereitung.