

Schriften zur Rechtslehre

Heft 65

Untersuchungen zur Stufenbaulehre
Adolf Merkl's und Hans Kelsens

Von

Dr. Jürgen Behrend



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

JÜRGEN BEHREND

Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkl's und Hans Kelsens

Schriften zur Rechtslehre

Heft 65

Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkl's und Hans Kelsens

Von

Dr. Jürgen Behrend



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Behrend, Jürgen

Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkl's
und Hans Kelsens. — 1. Aufl. — Berlin: Duncker
und Humblot, 1977.

(Schriften zur Rechtstheorie; H. 65)

ISBN 3-428-03933-5

D 6

Alle Rechte vorbehalten

© 1977 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1977 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65

Printed in Germany

ISBN 3 428 03933 5

Meinen Eltern

Vorwort

Diese Arbeit hat als Dissertation dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Westfälischen-Wilhelms-Universität Münster vorgelegen.

Besonderen Dank schulde ich Herrn Prof. Dr. Achterberg für die Betreuung der Arbeit. Herrn Ministerialrat a. D. Prof. Dr. Broermann danke ich für die Aufnahme in seine Schriftenreihe.

Münster, im April 1977

Jürgen Behrend

Inhaltsverzeichnis

| | |
|-------------------------|----|
| Einleitung | 11 |
|-------------------------|----|

Teil 1

Die Stufenbaulehre Adolf Merkl's

| | |
|--|----|
| § 1 Der Ausgangspunkt | 13 |
| 1. Das Verhältnis von Rechtsform und Rechtsinhalt | 13 |
| 2. Problemstellung und Material der Stufenbautheorie | 15 |
| § 2 Der rechtliche Stufenbau unter dem Gesichtspunkt des Bedingungs- zusammenhanges | 16 |
| 1. Die Delegationsbeziehungen im Recht | 16 |
| 2. Das Idealrechtssystem | 19 |
| 3. Die realen Rechtssysteme | 28 |
| 4. Die Parallelität von Rechtserzeugung und Rechtsanwendung | 30 |
| 5. Der Erzeugungszusammenhang und die Selbsterzeugung des Rechts | 32 |
| 6. Das Verhältnis von Objektivität und Subjektivität im Rechts- erzeugungsprozeß: die autonome Determinante | 34 |
| § 3 Der rechtliche Stufenbau unter dem Gesichtspunkt der Derogation | 36 |
| 1. Die Derogation als nicht rechtswesenhafte Struktur eines Rechts- systems | 36 |
| 2. Das Rangverhältnis und die Gegenläufigkeit von Bedingungs- und Derogationszusammenhang | 38 |
| § 4 Zusammenfassung | 42 |

Teil 2

Die Integration der Stufentheorie in Hans Kelsens Reine Rechtslehre

| | |
|--|----|
| § 1 Der Stand der Rechtstheorie Kelsens vor Übernahme der Stufenbau- lehre | 49 |
| § 2 Die Rezeption der Stufenbautheorie Merkl's in das System der Reinen Rechtslehre | 52 |

| | |
|---|-----|
| § 3 Die theoretischen Grundlagen der Stufenbautheorie im System der Reinen Rechtslehre: Disparität von Sein und Sollen, Grundnorm und autonome Determinante | 55 |
| 1. Überblick | 55 |
| 2. Die Disparität von Sein und Sollen | 59 |
| 3. Die Grundnormtheorie | 64 |
| a) Die Grundnorm als hypothetische Geltungsgrundlage | 64 |
| b) Das Effektivitätsproblem | 69 |
| c) Die Grundnorm: Hypothese oder Fiktion? | 79 |
| d) Schlußfolgerungen | 81 |
| § 4 Die autonome Determinante und ihre Bedeutung im System der Reinen Rechtslehre | 82 |
| 1. Das Ermessen im Rechtserzeugungsprozeß | 82 |
| 2. Die Interpretation | 84 |
| 3. Konsequenzen aus der Strukturkenntnis der autonomen Determinanten | 87 |
| § 5 Zusammenfassung | 93 |
| Schluß | 96 |
| Literaturverzeichnis | 100 |

Einleitung

Die von Adolf Merkl begründete Stufenbautheorie stellt ebenso wie die Reine Rechtslehre, deren Bestandteil sie ist¹, eine Strukturlehre des Rechtes dar. Sie ist das Ergebnis einer rechtlichen Strukturanalyse², deren Erkenntnisziel es vor allem ist, innerhalb der in den Rechtsordnungen gegebenen Fülle von Rechtserscheinungen diejenigen Strukturen und systematischen Zusammenhänge aufzuzeigen, die vom Begriff des Rechts vorgezeichnet sind und damit rechtswesenhaften Charakter aufweisen. Bezeichnenderweise stellt Merkl schon an den Anfang seiner ersten umfassenderen Arbeit zur Stufenbaulehre³ eine Reflektion über das Verhältnis zwischen allgemeinen, zum Wesen jeder Rechtsordnung notwendig gehörenden Rechtsstrukturen und positivrechtlichen, bloß zufälligen, historisch-traditionell entstandenen Rechtsphänomenen⁴: „Es gibt kaum eine positivrechtliche Frage, hinter der sich nicht ein sogenanntes allgemeines Rechtsproblem verbergen würde. Den strengtheoretischen Naturen sind nun die Fragen des positiven Rechtes nur Anhaltspunkte, um an ihnen die Fragen der allgemeinen Rechtslehre aufzurollen und zu beantworten; so reduziert sich ihnen die positivrechtliche Frage, die dem das positive Recht erforschenden Spezialisten als Rechtsproblem vom höchsten Eigenwert erscheinen mag, auf einen bloßen Anwendungsfall seines ihn *eigentlich* berührenden allgemeinen Problems. Das positive Recht stellt dann bloß die Figuren bei, mit denen man den Streit um sogenannte allgemeine Rechtsprobleme ausficht⁵.“ Nicht die empirische Wirklichkeit, sondern das Wesen des rechtlichen Stufenbaus ist für Merkl von vorrangigem Interesse⁶. Dieses Anliegen der Stufenbaulehre, Erkenntnisse begriffswesentlicher Rechtsstrukturen zu gewinnen, weist damit denselben Problemansatz wie die Reine Rechtslehre Hans Kelsens auf: „... man kann schließlich,

¹ Vgl. dazu Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Vorrede zur 2. Auflage, S. XV, und: Adolf Merkl zu seinem siebzigsten Geburtstag, ÖZÖR 10 (1960), S. 313, wo er Merkl wegen des Beitrags der Stufenbautheorie ausdrücklich als Mitbegründer der Reinen Rechtslehre anerkennt.

² Merkl, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus, in: Die Wiener Rechtstheoretische Schule (im folgenden abgekürzt: WRS), S. 1311.

³ Merkl, Die Unveränderlichkeit von Gesetzen — ein normlogisches Prinzip (Erscheinungsjahr 1917).

⁴ Zu dieser Fragestellung auch Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft, S. 208 f.

⁵ Merkl, Die Unveränderlichkeit von Gesetzen, WRS S. 1079.

⁶ Merkl, Prolegomena, WRS S. 1317.

gestützt auf eine Vergleichung aller als ‚Recht‘ angesprochenen Phänomene, das Wesen des Rechtes überhaupt, seine typische Struktur, und zwar unabhängig von dem wechselnden Inhalt, untersuchen, den das Recht zu verschiedenen Zeiten und an verschiedenen Orten angenommen hat. Das ist die Aufgabe einer allgemeinen, d. h. nicht auf eine besondere Rechtsordnung oder besondere Rechtsnormen beschränkten Rechtslehre. Sie hat die spezifische Methode und die Grundbegriffe zu bestimmen, mit denen jedes beliebige Recht geistig erfaßt und beschrieben werden kann; und liefert so die theoretische Grundlage für jede auf ein besonderes Recht oder besondere Rechtsinstitutionen gerichtete Betrachtung. Eine solche *allgemeine Rechtslehre* will die Reine Rechtslehre sein⁷.“

Dementsprechend erfordert jede Beschäftigung mit der Stufenbau-theorie, sich ständig dieser ihrer eigentlichen Fragestellung bewußt zu sein, um nicht in den Fehler zu verfallen, auch solche Ausführungen Merkl's und Kelsens als Aussagen über allgemeingültige rechtswesenhafte Strukturen zu mißdeuten, die in Wirklichkeit nur als beispielhafte und erklärende Beschreibungen anhand besonderer positivrechtlicher Rechtsercheinungen intendiert sind.

Das Interesse der vorliegenden Arbeit gilt dabei ausschließlich den Erkenntnissen der Stufenlehre bezüglich begriffswesentlicher Rechtsstrukturen. Neben einer eingehenden Darstellung und Untersuchung der in der Stufenbautheorie aufgezeigten Normsystematik soll vor allem im zweiten Teil auch der Frage nachgegangen werden, in welchem Maße das Gesamtsystem der Reinen Rechtslehre und die Stufentheorie miteinander zusammenhängen.

⁷ Kelsen, Was ist die Reine Rechtslehre?, WRS S. 611.

Teil 1

Die Stufenbaulehre Adolf Merkl's

§ 1: Der Ausgangspunkt

1. Das Verhältnis von Rechtsform und Rechtsinhalt

Merkl's Strukturanalyse geht aus von der Erkenntnis, daß eine Rechtsordnung aus der Summe der in ihr enthaltenen Rechtsnormen gebildet wird; die einzelne Rechtsnorm erscheint als der kleinste Teil des Rechtsganzen⁸. Unter einer Rechtsnorm bzw. einem Rechtssatz⁹ versteht Merkl in Übernahme der Lehre Kelsens¹⁰ ein „hypothetisches Urteil über einen bedingten Willen des Staates zu einem bestimmten eigenen Verhalten“¹¹, wobei die gewollte Handlung des Staates in der Setzung eines Zwangsaktes als Unrechtsfolge besteht¹². Bezogen auf die genetische Funktion der Rechtsnorm im systematischen Zusammenhang einer Rechtsordnung sind für Merkl all diejenigen Staatsakte als Rechtsnormen qualifiziert, die Entstehungs- und Geltungsvoraussetzung für mögliche weitere Staatsakte sein können¹³. Als Staats- bzw. Rechtsakte kommen dabei nicht nur Rechtsnormen in Frage, sondern ebenso die Vollzugsakte, die den in den Rechtsnormen bloß hypothetisch geäußerten Willen des Staates zu einer bestimmten Sanktion als tatsäch-

⁸ Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft, S. 202.

⁹ Die Begriffe „Rechtssatz“ und „Rechtsnorm“ werden von Merkl noch synonym gebraucht. Um terminologische Mißverständnisse auszuschließen, sei schon hier auf Kelsens später eingeführte Differenzierung hingewiesen: als „Rechtsnorm“ wird die von einer rechtserzeugenden staatlichen Autorität ausgehende sanktionsbewehrte Anordnung bezeichnet. Unter den Begriff des Rechtssatzes dagegen faßt Kelsen die von der Rechtswissenschaft vorzunehmende Beschreibung einer Rechtsnorm. Vgl. *General Theory of Law and State*, S. 45 (Unterscheidung zwischen der „prescriptive legal norm“ und der „descriptive legal rule“ bzw. „rule of law“); *Reine Rechtslehre*, 2. Auflage, S. 59; dazu ferner *Walter*, *Der gegenwärtige Stand der Reinen Rechtslehre*, in: *Rechtstheorie*, 1. Band (1970), S. 86; *Achterberg*, *Kelsen und Marx*, in: *Politik und Kultur*, Band 2 (1975), S. 41. Im weiteren Verlauf der vorliegenden Abhandlung wird diese neuere Terminologie Kelsens zugrundegelegt. Soweit Ausführungen Merkl's wörtlich wiedergegeben werden, ist zu beachten, daß auch bei Verwendung des Begriffes „Rechtssatz“ sinngemäß der Begriff „Rechtsnorm“ gemeint ist.

¹⁰ Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 202.

¹¹ Merkl, Rechtskraft, S. 202 Fn. 1.

¹² Merkl, Prolegomena, WRS S. 1325, 1332 ff.

¹³ Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft, S. 218/219.