

Adolf Julius Merkl

Die Lehre von der
Rechtskraft
entwickelt aus dem
Rechtsbegriff

Studienausgabe
der Originalausgabe 1923

Herausgegeben von
Jörg Kammerhofer und
Rodrigo Garcia Cadore



Mohr Siebeck

Adolf Julius Merkl
Die Lehre von der Rechtskraft





Adolf Julius Merkl, Wien 1927

Adolf Julius Merkl

Die Lehre von der Rechtskraft

entwickelt aus dem Rechtsbegriff

Studienausgabe
der Originalausgabe Leipzig und Wien 1923

herausgegeben und eingeleitet
von

JÖRG KAMMERHOFER
RODRIGO GARCIA CADORE

Mohr Siebeck

ADOLF JULIUS MERKL: Geboren 1890 in Wien; gestorben 1970 ebendort, wichtigster Schüler von Hans Kelsen; 1920–1940 Universitätsprofessor in Wien (1933/1934 Dekan); 1941–1950 Professor in Tübingen; 1950–1961 Universitätsprofessor in Wien.

JÖRG KAMMERHOFER: Geboren 1977 in Graz; 2006 Promotion; 2019 Habilitation; 2006–2011 Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg; seit 2011 an der Hans-Kelsen-Forschungsstelle der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i.Br. orcid.org/0000-0003-0991-9905

RODRIGO GARCIA CADORE: Geboren 1985 in Francisco Beltrão; 2022 Promotion; seit 2016 Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Hans-Kelsen-Forschungsstelle der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i.Br. orcid.org/0000-0002-7282-5568

Gedruckt mit freundlicher Genehmigung durch Prof. Mag. Dr. Brigitte Bruscheck, Wien, und mit großzügiger finanzieller Unterstützung der Helmut M. Merlin Stiftung, Schaan, der Oberösterreichischen Landesregierung, der Forschungsstelle für Rechtsquellenerschließung der Universität Wien sowie der B&C Privatstiftung, Wien.

ISBN 978-3-16-164769-7 / eISBN 978-3-16-164770-3
DOI 10.1628/978-3-16-164770-3

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

© 2025 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgegesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier. Satz: M. Fischer, Tübingen.

Der Abdruck der Fotografie von Adolf Julius Merkl erfolgt mit freundlicher Genehmigung von Foto Fayer, Wien.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen,
Deutschland, www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Inhalt

Vorrede zur Studienausgabe (<i>Matthias Jestaedt</i>)	VII
Dank der Herausgeber	XIII
„Die Lehre von der Rechtskraft“. Das verborgene rechtstheoretische Konzentrat (<i>Jörg Kammerhofer</i> und <i>Rodrigo Garcia Cadore</i>)	XVIII

Die Lehre von der Rechtskraft

Zum Geleit	5
Inhaltsverzeichnis	11
I. Abschnitt. Die Lehre vom Wesen der Rechtskraft ...	13
1. Die Theorie der Rechtskraft und ihr Gegenstand	13
2. Die publizistische Rechtskraftlehre	16
3. Die zivilistische Rechtskraftlehre	93
II. Abschnitt. Die Lehre vom Grunde der Rechtskraft	145
1. Das Problem	145
2. Proben der Problemlösung	157
3. Die Rechtskraft als ethisch-politische Forderung	206

III. Abschnitt. Rechtskraft und Rechtsbegriff	237
1. Der Begriff der Rechtskraft	237
2. Rechtskraft und Rechtssystem	256
3. Die normlogische Erforderlichkeit der Rechtskraft	319
IV. Abschnitt. Rechtskraft und positives Recht	341
1. Die Normierung der Rechtskraft	341
2. Formelle und materielle Rechtskraft	374
3. Die Rechtskraft rechtswidrigen Rechtes	206

Vorrede zur Studienausgabe

Matthias Jestaedt

Dieses Buch ist begründungsbedürftig. Es versteht sich nämlich ganz und gar nicht von selbst, Adolf Julius Merkls (1890–1970) Monographie „Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff“ aus dem Jahre 1923 als Studienausgabe – in Aufmachung und Erscheinung wie Kelsens Hauptwerke, die „Allgemeine Staatslehre“ 1925 (Studienausgabe 2019), die Erstauflage der „Reinen Rechtslehre“ 1934 (Studienausgabe 2008) sowie die Zweitaufgabe 1960 (Studienausgabe 2017) – erscheinen zu lassen. Denn Merkls „Rechtskraft“ gehört – bislang – nicht zu den im aktuellen rechtstheoretischen Diskurs kanonischen Referenzen. Ja, mehr noch: Außerhalb des Wiener Umfelds, welches um das sich um Hans Kelsen (1881–1973) scharende Denkkollektiv, die Wiener rechtstheoretische Schule, weiß, ist Merkls einzige rechtstheoretische Monographie weithin unbekannt.

Das hat gewiss mehrere Gründe, von denen hier nur vier angedeutet seien: Erstens wird mit der Reinen Rechtslehre – hier wie im Folgenden verstanden als das der Wiener Schule zugeschriebene rechtstheoretische Gedankengebäude (und nicht die gleichnamigen Werke Kelsens) – weithin nur dessen Namensgeber und bedeutendster Protagonist, eben Hans Kelsen, verbunden; der Beitrag seiner beachtlichen Wiener Schülerschar an Entwicklung, Ausarbeitung und Verbreitung der Reinen Rechtslehre wird regelmäßig nicht

gesehen oder, wenn doch, unterschätzt. Das gilt in besonderem Maße für Kelsens ersten und treuesten, konsequenteren und bedeutendsten Schüler – Adolf Julius Merkl. Doch anders als Kelsen hat Merkl, zweitens, nur auf Deutsch geschrieben und sich nur im deutschsprachigen Rechtswissenschaftsdiskurs bewegt; in der Anglosphäre, in der sich gegenwärtig das Gros rechtstheoretischen Räsonierens und Publizierens abspielt, ist Merkl bis heute ein Unbekannter. Selbst in Deutschland ist Merkl – bei leichter Besserung im letzten Vierteljahrhundert –, drittens, immer noch ein weit-hin vergessener Rechtstheoretiker. Das gilt ungeachtet oder trotz des Umstandes, dass dessen „Gesammelte Schriften“ in den Jahren 1993–2009 in sechs Bänden mit über 4500 Seiten bei einem Berliner Verlag erschienen sind. Für die „Rechtskraft“ hätte das Erscheinen der „Gesammelten Schriften“ bestenfalls mittelbar aufmerksamkeitsverstärkend wirken können, beschränken sich diese doch auf Merkls unselbstständige Publikationen und lassen die Monographien außen vor. Und viertens dürfte auch die „Rechtskraft“ selbst ihren Anteil daran haben, dass sie bislang nicht über den Status eines – wie die Herausgeber sie treffend kennzeichnen – „classique inconnu“ hinausgelangt ist. Denn die Schrift kommt in Titel und Gliederung – und wenigstens der Hälfte ihres Gedankenganges – wie ein traditionelles prozessrechtswissenschaftliches Traktat daher, nicht aber wie eine der revolutionärsten Entwürfe der Rechtstheorie des 20. Jahrhunderts. Und doch ist sie das.

Ihren prominenten Platz in der Ahnenreihe rechtstheoretischer Gründungsschriften verdankt die „Rechtskraft“ dabei weniger dem Umstand, dass die in ihr enthaltenen Thesen und Theoreme, Konzepte und Perspektiven dort erstmals von Merkl vorgestellt worden wären. Das Gros in-

novativer Elemente einer neuartigen Sicht auf das Recht – wie die dynamische Rechtsbetrachtung, der Stufenbau der Rechtsordnung, die (Un-)Veränderlichkeit des Rechts, die Derogation, das Fehlerkalkül sowie der Primat der Rechtswissenschaft – hatte Merkl bereits zuvor in Zeitschriftenbeiträgen insbesondere der Jahre 1915–1919 in den Fachdiskurs eingespeist. Das Besondere der „Rechtskraft“ ist vielmehr darin zu erblicken, dass Merkl hier erstmals seine besondere Lesart der Reinen Rechtslehre in einer Art systematischer Gesamtdarstellung, in einer (Zwischen-)Summe zum Ende der Formations- und Konsolidierungsphase der Reinen Rechtslehre in monographischer Form präsentierte und damit seinem Lehrer, der erst zwei Jahre später mit der „Allgemeinen Staatslehre“ die erste Gesamtdarstellung der Reinen Rechtslehre vorlegen wird, in gewissem Sinne den Rang abläuft. Allenfalls das 1927 erscheinende „Allgemeine Verwaltungsrecht“ und Merkls wohl bekanntester Beitrag, die 1931 in der Kelsen-Festschrift publizierten „Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues“, können es in Geschlossenheit, Komposition und Reifegrad mit der „Rechtskraft“ aufnehmen.

Die Herausgeber verfolgen mit der Studienausgabe den Nebenzweck, stärker in das Bewusstsein zu heben, dass Kelsen, der fraglos der *spiritus rector* und der Mastermind der Wiener rechtstheoretischen Schule war, die Reine Rechtslehre nicht im Alleingang und schon gar in einem einzigen ingeniösen Moment geschaffen hat, sondern dass die Reine Rechtslehre in zentraler Weise das in einem mehraktigen Prozess sich herausbildende Produkt des Denkkollektivs namens Wiener Schule der Rechtstheorie ist. Just an der „Rechtskraft“ lässt sich recht verlässlich ermessen, wie groß Merkls Anteil an der Entwicklung und Ausarbeitung

des Lehrgebäudes der Reinen Rechtslehre war. Sie ist darin Ausdruck und Folge der ausgesprochen fruchtbaren Diskursgemeinschaft von Kelsen und seinen Schülerinnen und Schülern in der „Jungösterreichischen Schule“ der Rechtstheorie. Zwar war es unstreitig Kelsen, der bereits in seiner Habilitationsschrift „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze“ (1911) für alles Weitere den Grund legte, indem er die unverwechselbare Denkungsart entwickelte und den für die Wiener Schule eigentümlichen und über die Jahrzehnte gepflegten „Sound“ anstimmte. Doch bei der Entfaltung und Ausfüllung dieses Denkansatzes zu einem systematisch geschlossenen, detailliert-differenzierten, auch für Fragen der Rechtspraxis verwertbaren Lehrgebäude hatten – neben dem in etwa gleichaltrigen František Weyr (1879–1951) – die jüngeren Mitglieder von Kelsens Privatseminar bedeutsamen Anteil, wie Kelsen in der berühmten Vorrede zur Zweitaufgabe der „Hauptprobleme“ im Jahre 1923 ebenso dankbar wie großzügig nachzeichnete. Unter den dort Genannten weist Kelsen Merkl zu Recht eine Sonderrolle zu, hat dieser doch sowohl unter quantitativen als auch unter qualitativen Auspizien nach und neben dem Meister selbst die substanziellsten Beiträge zu Entwicklung und Entfaltung der Reinen Rechtslehre geleistet. Merkls Sonderrolle in Kelsens Schülerschaft mag auch mit zwei weiteren Eigentümlichkeiten zusammenhängen: Nämlich zum einen damit, dass er – anders als ähnlich begabte Schüler der ersten Stunde wie namentlich Alfred Verdross (1890–1980) und Fritz Sander (1889–1939) – seine prägendsten Thesen nicht in Kontrast und in Abgrenzung zu Kelsen, sondern im Vor- und Weiterdenken Kelsenscher Überlegungen entfaltet hat und daher in manchem sogar als der „konsequenter Kelsen“ erscheint.

nen mag. Und zum anderen damit, dass des Lehrers und des (Meister-)Schülers unterschiedliche Art, sich den Dingen zu nähern und auf die Dinge zu schauen, sich in besonders fruchtbare Weise ergänzte: dort der geniale, in Kommunikation mit und Kontrast zu den Nachbardisziplinen wirkende Erfinder und Tüftler einer neuen rechtswissenschaftlichen Denkungsart, hier der brillante, diesen Entwurf zur „Praxisreife“ einer juridischen Theorie ausarbeitende Ingenieur des Rechts(verständnisses). Freilich dürfte die für Gehalt und Gestalt der Reinen Rechtslehre nicht wegzudenkende Symbiose Kelsen–Merkl eine asymmetrische gewesen sein: Denn während Merkl, wie seine rechtstheoretische Hauptschaffensperiode 1915–1931 nahezulegen scheint, offenbar auf das personelle und intellektuelle Umfeld der Wiener rechtstheoretischen Schule im Allgemeinen und die Nähe Kelsens im Besonderen angewiesen war, hat Kelsen – nolens volens – die rechtstheoretischen Hauptschriften, die ihm globale Reputation eingetragen haben, erst später, nämlich im Exil verfasst, dabei den Wiener Grundbestand der Reinen Rechtslehre noch in mancherlei Weise selbständig und auf sich gestellt weiterdenkend.

Die „Rechtskraft“ steht schließlich, wie das von ihr bemühte Referenzgebiet des Prozessrechts belegt, für ein Weiteres: nämlich dafür, dass die Reine Rechtslehre sich nie nur oder doch zuvörderst dem Recht als Ganzem verschrieben und dementsprechend Fragen wie „Was ist Recht?“, „Wann und warum gilt Recht?“, „Wann und warum ist dem Recht Folge zu leisten?“ in den Mittelpunkt des rechtstheoretischen Suchens gestellt hat. Immer ging es den Protagonisten der Wiener rechtstheoretischen Schule – allen voran Merkl – auch und gerade darum, die Struktur und Funktionsweise des Zusammenspiels einzelner Rechtsnormen

in einer Rechtsordnung einerseits und konkreter positivrechtlicher Institute und Regelungskomplexe andererseits zu ergründen – getrieben von dem Anspruch, modernarbeitsteiliges Recht in dessen contingent-komplexer Eigengesetzlichkeit zu verstehen und zu konzeptualisieren. Diese Suchbewegung begriffen sie stets auch als Beitrag zu einem rechtstheoretisch informierten Umgang mit dem gelgenden positiven Recht – die Herausgeber charakterisieren die Reine Rechtslehre dementsprechend prägnant als „eine Rechtstheorie (auch) für Teilnehmer“.

Die beiden Herausgeber – Jörg Kammerhofer und Rodrigo Cadore, die zu den klügsten und rührigsten Köpfen der jüngeren Generation der heutigen Reinen Rechtslehre zählen – haben der „Rechtskraft“ eine ebenso eingehende wie tiefsschürfende, das gesamte relevante Schrifttum und bislang ungenutzte Archivbestände berücksichtigende Einleitung vorausgeschickt, die viel mehr ist als nur eine Werk-einleitung – ihnen ist die kenntnis- und facettenreichste Würdigung von Person und Werk Merkls gelungen.

Möge der Studienausgabe von Merkls „Rechtskraft“ – zwar spät, aber eben nicht zu spät! – eine große Leserschaft und eine leidenschaftliche Auseinandersetzung beschert sein!

Freiburg i.Br., im September 2025

Matthias Jestaedt

Dank der Herausgeber

Kein wissenschaftliches Werk ist das Unternehmen eines Einzelnen. Die wissenschaftliche Gemeinschaft wirkt vielfältig und mannigfaltig: Nur im Diskurs mit „peers“ vor, während und nach der Publikation bewähren sich die Produkte der Wissenschaft und erweisen sich somit als Teil eines fortdauerndes Gesprächs. Ein Werk wie das vorliegende kann nicht zuletzt dank der selbstlosen Unterstützung anderer das Licht der Welt erblicken. Für den Inhalt unserer Aussagen, die editorischen Entscheidungen und Fehler sind wir beide uneingeschränkt verantwortlich, wir freuen uns jedoch besonders, an dieser Stelle (endlich) allen herzlich danken zu können.

Matthias Jestaedt befürwortete das Projekt, in seine Reihe der zunächst nur Kelsen gewidmeten Studienausgaben auch das Merklsche Buch aufzunehmen, nicht nur von Anfang an, von ihm kam gewissermaßen auch die entscheidende Anregung. Er gab uns freie Hand, begleitete den gesamten Prozess aber mit Rat und Tat und mit der ihm eigenen Begeisterung für die Wissenschaft. Brigitte Bruschek, die Großnichte Merkls, hat netterweise ihre Zustimmung zum Projekt erteilt, das lang vergriffene Werk ihres Großonkels wieder einer breiten Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Für die großzügige Unterstützung zur Finanzierung des Druckkostenzuschusses danken wir der Helmuth M. Merlin Stiftung, dem Land Oberösterreich, der Forschungsstelle für Rechtsquellenerschließung der Universität Wien sowie

der B&C Privatstiftung; besonders unterstützt bei der Einwerbung dieser Förderungen haben uns Harald Steindl und Johannes Hengstschläger.

Von Archiven erhielten wir unverzichtbare Unterstützung, um Merkls Laufbahn an seinen verschiedenen Wirkungsstätten besser rekonstruieren zu können, so dem Archiv der Karls-Universität Prag (Jana Ratajová), dem Archiv der Technischen Universität Prag (Vit Smerha), dem Nationalarchiv der Tschechischen Republik in Prag (Eva Drašarová), der Österreichischen Akademie der Wissenschaften (Stefan Sienell), der Staatsbibliothek zu Berlin (Monika Linder), dem Stadtarchiv Tübingen (Vera Pelters), dem Stadtarchiv Wien, dem Universitätsarchiv Marburg (Carsten Lind), dem Universitätsarchiv Tübingen (Regina Keyler), dem Universitätsarchiv Wien (Thomas Maisel) sowie der Zentral- und Landesbibliothek Berlin (Anke Spille).

Das Hans Kelsen-Institut, Wien, und seinen Geschäftsführern Clemens Jabloner und Thomas Olechowski sowie seinem wissenschaftlichen Sekretär Klaus Zeleny, danken wir nicht nur für die tatkräftige Förderung des Projektes – nicht zuletzt betreut das Institut auch das wissenschaftliche Erbe Merkls – sondern auch für die kritische Durchsicht der Einführung. Auch Thomas Hochmann, Stanley L. Paulson, Otto Pfersmann und Ewald Wiederin haben mit uns eingehend Leben und Werk Merkls besprochen. Auf ihre Tauglichkeit vor allem für die studentische Leserschaft hingesehen haben die Einführung Joschka Franz-Gerstein, Olivia Herbstritt und Lukas Sydow. Die korrekte Wiedergabe des Merkl-Textes geprüft haben eine ganze Reihe von studentischen Hilfskräften der Hans-Kelsen-Forschungsstelle, zuletzt Ilana Dathe, unter der Leitung und Mitarbeit von Angela Reinthal und Vera Podskalsky. In gewohnt professio-

neller und sorgfältiger Weise wurde unser Manuskript von Mohr Siebeck betreut.

Freiburg i.Br., im September 2025

*Jörg Kammerhofer
und Rodrigo Cadore*

„Die Lehre von der Rechtskraft“

Das verborgene rechtstheoretische Konzentrat

*Jörg Kammerhofer und Rodrigo Garcia Cadore**

I. Einleitung	XIX
II. Adolf Julius Merkl: Der bekannte Unbekannte	XXII
1. Ein zutiefst im deutschen Sprachraum verankerter Lebenslauf	XXIII
a) Jugend (1890–1913)	XXIII
b) Wien (1913–1941)	XXV
c) Tübingen (1941–1950)	XXXV
d) Wien (1950–1970)	XLIV
2. Merkls Stellung im Gefüge der Wiener Schule der Rechtstheorie	XLVI
III. Merkls rechtstheoretische Schriften	LIX
1. Das Rückgrat der Wiener Schule	LIX
2. Die wichtigsten Beiträge zur Rechtstheorie	LXVI
a) „Zum Interpretationsproblem“ (1916): Das Rahmentheorem zwischen Rechtserkenntnis und Rechtserzeugung	LXXIII
b) „Das Recht im Spiegel/Lichte seiner Auslegung/ Anwendung“ (1916–1917, 1919): Das strukturell notwendige Ermessen	LXXVIII
c) „Die Lehre von der lex posterior“ (1917/1918): Die Einheit der Rechtsordnung und das Problem der Revolution	XXXIV

* Für Kritik, Anregung und Hinweise danken wir Joschka Franz-Gerstein, Olivia Herbstritt, Thomas Hochmann, Clemens Jabloner, Matthias Jestaedt, Thomas Olechowski, Stanley L. Paulson, Otto Pfersmann, Lukas Sydow, Ewald Wiederin und Klaus Zeleny.

d) „Das doppelte Rechtsantlitz“ (1918): Primat der Rechtsanwendung gegen Primat der Rechtswissenschaft	XC
e) „Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus“ (1931): Das Nachspiel	XCIV
IV. Die „Rechtskraft“: Un classique inconnu	XCVIII
1. Entstehungsgeschichte	C
2. Rezeptionsgeschichte	CVIII
3. Gliederung: Ein rechtstheoretisches Crescendo	CXIV
a) Kritischer Teil (Abschnitt I-II)	CXVI
b) Konstruktiver Teil (Abschnitt III-IV)	CXVIII
V. Merkls Rechtstheorie in der „Rechtskraft“	CXXII
1. Stufenbau	CXXIV
2. Unveränderlichkeit	CXXVIII
3. Derogation	CXXXI
4. Fehlerkalkül	CXXXVI
5. Primat der Rechtswissenschaft	CXLIII
VI. Fazit	CXLV
1. Die Rechtskraft als verborgenes rechtstheoretisches Konzentrat	CXLV
2. Merkls Beitrag zur Reinen Rechtslehre	CXLVIII
3. Eine Rechtstheorie (auch) für Teilnehmer	CL
VII. Zur vorliegenden Ausgabe	CLIII
VIII. Weiterführende Literatur in Auswahl	CLV
1. Adolf Julius Merkl und sein Umfeld	CLV
2. Sammlungen von Aufsätzen Merkls	CLVI
3. Merkls rechtstheoretische Hauptwerke	CLVI
4. Zeitgenössische Debatten in der Wiener Schule	CLVII
5. Sekundärliteratur	CLIX
IX. Annex: Lehrveranstaltungsverzeichnis	CLXIII
1. Volksbildung 1914–1938	CLXIII
2. Universität Wien 1920–1938	CLXV
3. Universität Tübingen 1943–1950	CLXIX
4. Universität Wien 1950–1965	CLXXI

I. Einleitung

„Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff“¹ ist ein Stück Geheimwissen, ein Buch, dessen Kenntnis einer Handvoll von Cognoscenti vorbehalten ist – bisher, denn die vorliegende Studienausgabe will das ändern. Wie so oft in der (Geistes-)Geschichte liegt der Grund darin, dass das Buch es einem nicht einfach macht, es zu entdecken – und zwar sowohl aufgrund der äußerlichen Umstände als auch aufgrund seines Aufbaus und Duktus. Zu den Umständen zählt, dass es nicht von Hans Kelsen (1881–1973),² dem Begründer und Haupt der Wiener Rechtstheoretischen Schule, deren Zugang zu Recht und Rechtswissenschaft „Reine Rechtslehre“ genannt wird, verfasst wurde, sondern von Adolf Julius Merkl (1890–1970)³ (zur Person II.1.), Kelsens frühestem und engstem Schüler. Merkl ist ge-

¹ *Adolf Julius Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung, Wien 1923. In den Nachweisen dieses Werkes wird die Paginierung dieser Studienausgabe zusätzlich in folgender Form angeführt: „= RK StudA [Seite]“; im Haupttext wird es im Folgenden als „Rechtskraft“ rubriziert.

² Zur Person *Hans Kelsen*, Selbstdarstellung (1927), in: HKW 1, S. 19–27; *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), in: HKW 1, S. 29–91; *Rudolf Aladár Métall*, Hans Kelsen. Leben und Werk, Wien 1969; ausführlich *Thomas Olechowski*, Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers, 2. Aufl., Tübingen 2021.

³ Zur Person *Adolf Julius Merkl*, [Selbstdarstellung], in: Nikolaus Grass (Hrsg.), Österreichische Rechts- und Staatswissenschaften der Gegenwart in Selbstdarstellungen, Innsbruck 1952, S. 137–159 = Merkl-GS I/1, S. XXI–XLV; *Wolf-Dietrich Grussmann*, Adolf Julius Merkl. Leben und Werk, Wien 1989; *Herbert Schambeck*, Leben und Wirken von Adolf Julius Merkl, Wien 1990.

rade außerhalb des deutschen Sprachraums weit weniger bekannt und noch weniger rezipiert als Kelsen, war aber für die Reine Rechtslehre in entscheidenden Bereichen nicht minder wirkmächtig als sein Lehrer. Die „Rechtskraft“ ist denn auch schon lange vergriffen, wurde bisher nicht nachgedruckt und hat keine Übersetzungen erfahren, insbesondere keine in die, auch wissenschaftliche, Weltsprache Englisch. Das Buch macht es einem jedoch auch während der Lektüre nicht leicht, denn um die Rechtskraft im herkömmlichen Sinne geht es eigentlich nur am Rande, wobei Merkl das aber verbirgt. Gerade die Abschnitte I-II, in denen größtenteils längst vergessene Rechtskraftlehren referiert werden, sind besonders geeignet, potentielle Leser abzuschrecken. Lässt man das Vorwort beiseite, muss man erst 165 Seiten gelesen haben, um zu den positiv formulierten Thesen Merkls zur Rechtskraft vorzudringen, denn bis dahin werden sie lediglich ex negativo im Dialog mit den damals herrschenden Auffassungen entwickelt.

Jedoch, und das ist der Grund für diese Studienausgabe, die „Rechtskraft“ ist wert, dass man sich sein unterwinde.⁴ Denn Merkl nimmt das Thema zum Anlass, um aus ihm ein hochkonzentriertes Rechtstheorie-Elixier zu brauen. Er schafft mit seinem Buch nichts weniger, als zentrale Thesen seiner Lesart der Reinen Rechtslehre in eine kanonische Formulierung zu bringen: die Kontingenz des Grundsatzes „lex posterior“; der Stufenbau der Rechtsordnung; die Mechanik der Derogation und die Modalität der Derogationsnorm; das Fehlerkalkül⁵ und die Lösung des Problems

⁴ Nach Franz Grillparzer, König Ottokars Glück und Ende (1825), Dritter Aufzug.

⁵ Merkl schreibt dem Wort Fehlerkalkül das Maskulinum zu, wohl im Anschluss an den mathematischen Kalkül.

rechtswidriger Entscheidungen von Höchstgerichten sowie die Frage der (Kontroll-)funktion der Rechtswissenschaft. Damit spricht er Themen an, die uns rechtstheoretisch spannender und anwendungstheoretisch orientierter erscheinen als die üblicherweise im wissenschaftlichen Diskurs zur Reinen Rechtslehre besprochenen.⁶ Alle diese Themen werden in diesem fulminanten Werk in eine kondensierte Form gebracht, die woanders weder bei Kelsen noch bei Merkl selbst und schon gar nicht bei anderen aus der ersten Generation der Wiener Rechtstheoretischen Schule in tief durchdringener Gestalt zu finden sind. Unter den Eingeweihten ist die „Rechtskraft“ deshalb zusammen mit einer Reihe von Aufsätzen Merkls aus den Jahren 1915–1931 (II.2.) zur zentralen rechtstheoretischen Referenz geworden, wurde aber im Gegensatz zu diesen weder in die 1993–2009 von Dorothea Mayer-Maly (1931–2021), Herbert Schambeck (1934–2023) und Wolf-Dietrich Grussmann (1958–2024) herausgegebenen „Gesammelten Schriften“ aufgenommen⁷ noch ist sie sonst so verbreitet, erreichbar oder so leicht zu konsumieren wie jene Beiträge.

⁶ Die internationale Debatte zur Reinen Rechtslehre beschäftigt sich beispielsweise intensiv – wir meinen: inflationär – mit der Geltungs begründung im Kelsenschen Œuvre und dort mit der „Grundnorm“, welche in Merkls Rechtskraft nur am Rande vorkommt. Dem Konzept seinen rechten Platz zuweisend *Matthias Jestaedt*, Geltung des Systems und Geltung im System. Wozu man die Grundnorm benötigt – und wozu nicht, in: *JuristenZeitung* 68 (2013), S. 1009–1021.

⁷ Monographien wurden grundsätzlich nicht in die Ausgabe aufgenommen, vgl. *Dorothea Mayer-Maly/Wolf-Dietrich Grussmann*, Redaktionelle Anmerkungen, in: Merkl-GS I/1, S. XIX–XX (XIX).

II. Adolf Julius Merkl: Der bekannte Unbekannte

Je nachdem, wen und wo man fragt, erscheint Merkl entweder als zentrale Figur oder als „non-entity“. In Österreich und unter den des Deutschen mächtigen Rezipienten der Reinen Rechtslehre kennt man ihn: Kelsens erster Schüler und ein, wenn nicht *der*, zentrale Impulsgeber der Wiener Schule der Rechtstheorie neben dem Schulhaupt, Namensgeber des Stufenbaus und des Fehlerkalküls. Unter den österreichischen Staatsrechtslehrern gilt er als scharfsinniger Chronist des österreichischen Verfassungsebens sowie der Verwaltungspraxis des 20. Jahrhunderts, als eine Koryphäe der Verfassungs- und Verwaltungsrechtslehre der Zwischen- und Nachkriegszeit und nicht zuletzt als einer der intellektuellen Geister hinter dem sogenannten „Kelsen-Merklschen Modell“ der Verwaltung.⁸ Fragt man jedoch außerhalb dieser Kreise nach, wird die Luft rasch dünn: Kelsen kennt man wenigstens dem Hörensagen nach in Oxford und Cambridge, in Harvard und Stanford, auch wenn man seine Lehren nicht für wertvoll hält oder mitunter auch nicht verstehen will. Bei Nennung des Namens „Merkl“ jedoch wird man dort und andernorts kaum auf „name recognition“ hoffen können. Selbst dort, wo die Reine Rechtslehre öfter diskutiert wird, wird man häufig nicht mehr hören als den Satz, dass Merkl der wahre Erfinder der Stufenbaulehre sei; ein Satz, der mitunter mit gewissem Stolz ausgesprochen wird,

⁸ Vgl. *Adolf Julius Merkl*, Demokratie und Verwaltung, Wien 1923; *Theo Öhlinger/Manfred Matzka*, Demokratie und Verwaltung als verfassungsrechtliches Problem, in: Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft 4 (1975), S. 445–462 (448); *Peter Bußjäger*, Individuen und Intermediäre. 2. Selbstverwaltung, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 82 (2023), S. 363–408 (382).

diesen aber gerade in seiner Undifferenziertheit Lügen straft. Man kann zwar spekulieren, warum dem so ist, der einfache Befund aber bleibt bestehen: Wie Kelsen wird Merkl mehr zitiert oder erwähnt als gelesen⁹ – zu Kelsen hat man in der Regel jedoch wenigstens eine Meinung auf der Zunge.

1. Ein zutiefst im deutschen Sprachraum verankerter Lebenslauf

a) Jugend (1890–1913)

Adolf Julius Merkl wurde am 23. März 1890 in Wien geboren; dort ist er am 22. August 1970 mit 80 Jahren auch verstorben. Seine Vita ist anders als jene von Kelsen und anderen Mitgliedern der Wiener Schule – deren Leben durch den Nationalsozialismus tiefgreifend umgewälzt wurde, der viele der jüdisch-stämmigen Mitglieder dieses Gelehrtenkreises in die Emigration und Flucht, einige sogar in den Tod trieb¹⁰ – zutiefst im deutschen Sprachraum verankert geblieben. Der Bewegungsradius seiner akademischen Wirkstätten beschränkte sich auf Wien und Tübingen und blieb somit in einem Umkreis von rund 540 km. In diesem im Vergleich zu manch anderen seiner Wiener Mitstreiter sehr engen Raum erlebte Merkl tiefgreifende politische wie gesellschaftliche Veränderungen, die die Weltgeschichte des 20. Jahrhunderts prägten: Er führte ein im kulturellen Sinne „deutsches“ Leben in gewalttätigen Zeiten, in dessen Verlauf

⁹ Vgl. *Merces Fuertes*, Adolf Julius Merkl: Un Jurista tan Citado como Desconocido, in: *Revista de Administración Pública* 146 (1998), S. 419–428.

¹⁰ Vgl. *Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny* (Hrsg.), *Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre*, Wien 2008.

allein im heutigen Österreich fünf unterschiedliche politische Regime herrschten,¹¹ deren Besonderheiten sich alleamt in Merkls Bio- und Bibliographie widerspiegeln; Merkl verfasste nahezu alle seiner Beiträge auf deutsch.

Als Sohn des Forstverwalters der k.u.k. Theresianischen Militärakademie in Wiener Neustadt wuchs er zunächst in Naßwald an der Raxalpe auf – einer winzigen, in wild-romantischer Umgebung von Bergen und Wald eingerahmten, rund 75 km südlich von Wien gelegenen Ortschaft. Nach dem Gymnasialbesuch zunächst in Wien, dann in Wiener Neustadt legte Merkl im Jahre 1908 die Reifeprüfung mit ausgezeichnetem Erfolg ab und begann zum Wintersemester 1908/1909 ein Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien, welches er am 31. Juli 1912 mit dem Absolutorium abschloss.¹² Am 31. Mai 1913 folgte dann die Promotion zum Dr. iur. Die Prüfungsergebnisse der für den Abschluss des Studiums notwendigen Staatsprüfungen waren gut,¹³ in den Rigorosen jedoch nur genügend.¹⁴ Der Beginn

¹¹ Bis 1918 österreichisch-ungarische Monarchie, 1918–1933 Erste Republik, 1933–1938 Dollfuß-Schuschnigg-Regime, 1938–1945 Nationalsozialismus, ab 1945 Zweite Republik.

¹² UAW, Dekanatsakte der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät, Z 3558.

¹³ Merkl legte die staatswissenschaftliche Staatsprüfung am 3. Juli 1912 und die rechtshistorische am 21. April 1910, vgl. UAW, Staatswissenschaftliches Staatsprüfungsprotokoll, J28.39–42, Z 18 (Adolf Julius Merkl); UAW, Protokoll über die rechtshistorische Staatsprüfung, J24.34, Z 179 (Adolf Julius Merkl). Unterlagen zur judiziellen Staatsprüfung Merkls sind zwar nicht überliefert, das Ergebnis jedoch schon: Auch diese Prüfung bestand er mit „gutem Erfolg“, vgl. Curriculum vitae Adolf Julius Merkl, in: ÖStA, AVA, Unterricht Allgemein, Universität Wien, 4 Jus, Personalakt Adolf Julius Merkl, ad Z 27385/19 (im Folgenden: PA Merkl).

¹⁴ Merkl legte am 12. November 1912 das judizielle, am 4. März 1913 das staatswissenschaftliche und am 20. Mai 1913 das rechtshistorische

seiner juristischen Laufbahn fiel somit in die letzten Jahre der Habsburgermonarchie.

b) Wien (1913–1941)

Nach dem Studium nahm Merkl regelmäßig an Kelsens Privatseminar sowie am Seminar von dessen Habilitationsvater Edmund Bernatzik (1854–1919)¹⁵ teil, welche beide für das Rechtsverständnis Merkls maßgeblich wurden. Parallel dazu engagierte sich Merkl bereits ab 1914 ähnlich wie Kelsen in der Wiener Volksbildung (IX.1).¹⁶ Er hielt regelmäßig Kurse zur Popularisierung der Rechtswissenschaft sowie Vorträge zu verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Themen in verschiedenen Anstalten der Volksbildung wie dem „Volksheim“ und der „Urania“.¹⁷ Wie seine Lehrer Bernatzik und Kelsen¹⁸ setzte er sich auch für Frauenrechte und Frauenbildung ein und trug in diesem Zusammenhang gelegentlich im Rahmen des „Frauenclubs“ vor. Dieses politische Engagement sowie der nahezu lebenslange Kampf für die

Rigorosum ab, vgl. UAW, Rigorosen-Protokolle, J13-25, Z 273 (im Folgenden: Rigorosum Merkl 1913).

¹⁵ Vgl. *Heribert Kalb*, Edmund Bernatzik, in: Peter Häberle/Michael Kilian/Heinrich Wolff (Hrsg.), *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts. Deutschland – Österreich – Schweiz*, 2. Aufl., Berlin 2018, S. 89–105.

¹⁶ Vgl. *Adolf Julius Merkl*, Entwickelt sich Österreichs Rechtswissenschaft?, in: Norbert Leser (Hrsg.), *Österreich – Geistige Provinz?*, Wien 1965, S. 280–312 (311) = Merkl-GS III/2, S. 513–545 (544).

¹⁷ Vgl. *Wilhelm Filla*, *Wissenschaft für alle – ein Widerspruch? Bevölkerungsnaher Wissenstransfer in der Wiener Moderne*, Innsbruck, Wien und München 2001.

¹⁸ Vgl. *Deborah Holmes*, *Langweile ist Gift. Das Leben der Eugenie Schwarzwald*, St. Pölten, Salzburg und Wien 2012, S. 96–99, 213–216.

unberührte Natur¹⁹ und gegen den Alkohol²⁰ durch einen konsequenten Anhänger des Wissenschaftsprogramms der Reinen Rechtslehre mag mancher unreflektierten Kritik die Spitze nehmen, nach der dieses Wissenschaftsverständnis notwendigerweise zur politischen Passivität oder Apathie führe. Sowohl Kelsen als auch Merkl waren politisch – wenn auch nicht parteipolitisch – äußerst interessierte und engagierte Menschen.²¹ Sie wussten (und verstanden) jedoch diese Seite ihres Denkens und Tuns von ihren Aufgaben als Wissenschaftler sowohl zu unterscheiden als auch zu trennen, just um die wissenschaftliche Distanz zur politischen Realität des Gegenstandes „Recht“ zu wahren.²²

Im Februar 1913 begann Merkl seinen richterlichen Vorbereitungsdienst, welcher sich über knapp zwei Jahre erstreckte. Obwohl er im Dezember 1914 zum Richteramts-

¹⁹ Vgl. *Ralf Unkart*, Merkl und die rechtliche Fundierung des Naturschutzes, in: Robert Walter (Hrsg.), Adolf. J. Merkl, Werk und Wirksamkeit. Ergebnisse eines Internationalen Symposions in Wien (22.–23. März 1990), Wien 1990, S. 235–248.

²⁰ Vgl. *Thomas Olechowski*, Österreichs erstes Volksbegehren? Johanes Ude, Adolf Merkl und der Kampf gegen den Alkohol, in: Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs 13 (2023), S. 194–208.

²¹ Vgl. *Klaus Zeleny*, Kelsen als politischer Mensch, in: Clemens Jabloner/Jan Kuklik/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen in der tschechischen und internationalen Rechtslehre, Wien 2018, S. 17–36 (17–22); *Robert Walter*, Der Kampf ums Recht. Dargestellt an Adolf J. Merkls rechtspolitischen Auseinandersetzungen, in: Stefan Morscher/Peter Pernthaler/Norbert Wimmer (Hrsg.), Recht als Aufgabe und Verantwortung. Festschrift Hans R. Kleactsky zum 70. Geburtstag, Wien 1990, S. 263–271.

²² Vgl. *Hans Kelsen*, Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre, in: *Juristische Wochenzeitschrift* 58 (1929), S. 1723–1726: „Wissenschaft zu treiben zwingt ja nicht, auf politische Werturteile zu verzichten, verpflichtet nur: das Eine von Anderen, Erkennen und Wollen, voneinander zu trennen.“

anwärter ernannt wurde, trat er im Januar 1915 in den Verwaltungsdienst der Stadt Wien ein, wo er als Konzeptaspirant beim Magistratischen Bezirksamt für den 1. Wiener Gemeindebezirk eine rasche und erfolgreiche Verwaltungskarriere begann. Im Januar 1917 wurde Merkl Magistratskonzipist der Magistratsverwaltung und bereits im März 1917 wurde er aufgrund seiner bis dahin bereits erschienenen, wissenschaftlichen Arbeiten in das k. k. Handelsministerium berufen;²³ Ende Dezember 1917 wurde er dort zum Ministerialkonzipisten ernannt und wechselte im Januar 1918 ins k. k. Ministerium für soziale Verwaltung, wurde von dort aus bereits im April 1918 zur aushilfsweisen Dienstleistung ins k. k. Ministerratspräsidium berufen. Somit war Merkl schon sehr früh, vor Erreichen seines 30. Lebensjahres, tief in die Maschinerie der höchsten Stellen der österreichischen Verwaltung integriert.

Nach dem Zusammenbruch der Habsburgermonarchie wurde Merkl durch Dienstbefehl vom 2. November 1918 verpflichtet, sich „dem designierten Kanzler der neuen Deutsch-Österreichischen Regierung Dr. Karl Renner [1870–1950] zur Dienstleistung zur Verfügung zu stellen“;²⁴ daneben wurde auch Kelsen Mitarbeiter der Staatskanzlei (dem späteren Bundeskanzleramt).²⁵ Folglich waren

²³ Vgl. *Grussmann*, Merkl (Anm. 3), S. 21 f.

²⁴ Merkl, Selbstdarstellung (Anm. 3), S. 138; vgl. *Herbert Schambeck*, Adolf Merkl (1890–1970), in: Peter Häberle/Michael Kilian/Heinrich Wolff (Hrsg.), *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts*, Berlin 2015, S. 353–368 (356).

²⁵ Kelsen wurde „in der legislativen Abteilung vom 1. November 1918 an bis auf weiteres in Verwendung“ genommen, vgl. Vertrag vom 25. November 1918, abgedruckt in: *Georg Schmitz*, *Karl Renners Briefe aus Saint Germain und ihre rechtspolitischen Folgen*, Wien 1991, S. 150–152 (152).

Schüler und Lehrer, Merkl und Kelsen, beide bald im Gesetzgebungs- bzw. Verfassungsdienst tätig und konnten fortan „die Staatswerdung Deutschösterreichs fast als eigenes Schicksal mit[] erleben“²⁶ Zusammen mit Kelsen spielte Merkl 1918–1920 eine wesentliche Rolle bei der Entstehung des republikanischen Verfassungsrechts Österreichs, zuvörderst des Bundes-Verfassungsgesetzes vom 1. Oktober 1920.²⁷ So verfasste Merkl rechtstechnische Gutachten und wirkte an der Ausarbeitung von Gesetzes- und Verfassungsentwürfen mit. Seine 1919 angenommene Habilitationsschrift widmete sich denn auch der republikanischen Übergangsverfassung: Aufgrund der Arbeit „Verfassung der Republik Deutschösterreich, ein kritisch-systematischer Grundriß“, an welcher er „ausschließlich in den Nachtstunden“²⁸ arbeiten konnte, wurde Merkl die *venia legendi* für „Allgemeines und deutschösterreichisches Staatsrecht, Verwaltungslehre und Verwaltungsrecht“ verliehen.²⁹ Beeindruckend schnell

²⁶ Adolf Julius Merkl, Die Verfassung der Republik Deutschösterreich. Ein kritisch-systematischer Grundriß, Wien und Leipzig 1919, S. VI.

²⁷ Gesetz vom 1. Oktober 1920, womit die Republik Österreich als Bundesstaat eingerichtet wird (Bundes-Verfassungsgesetz), BGBl 1920/1 (im Folgenden: B-VG 1920). So scheint die Formulierung, „Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshof sind gewissermaßen als die Klammern gedacht, welche die dualistische Konstruktion von Bund und Ländern zu einer höheren Einheit zusammenfügen“ im Bericht des Verfassungsausschusses von Merkl zu stammen, vgl. Bericht des Verfassungsausschusses über den Entwurf eines Gesetzes, womit die Republik Österreich als Bundesstaat eingerichtet wird (Bundes-Verfassungsgesetz), 991 BlgKNV 1–10 (6); Adolf Julius Merkl, Die Entscheidung über die Zukunft der Verfassung, in: Der österreichische Volkswirt 23 (1930), S. 141–142 (142) = Merkl-GS II/1, S. 785–790 (789).

²⁸ Brief von Adolf Julius Merkl an Adolf Schärf vom 18. November 1955, in: UAW, Teil-Nachlass von Adolf Julius Merkl, Mappe 1.

²⁹ Die Schrift wurde von den Professoren Adolf Menzel (1857–1938) und Hans Kelsen positiv begutachtet; am 5. Dezember 1919

und vermutlich dank des Einsatzes und Einflusses Kelsens, der zu diesem Zeitpunkt Dekan war, wurde Merkl bereits im Dezember 1920 zum a.o. Professor an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien ernannt,³⁰ nachdem er einen Ruf an die Deutsche Technische Hochschule in Prag abgelehnt hatte.³¹

In den ersten Jahren der jungen Ersten Republik setzte sich Merkl vehement für die Verrechtlichung der österreichischen Verwaltung ein, nicht zuletzt als Herausgeber der von ihm neugegründeten und 1921–1924 verantworteten „Zeitschrift für Verwaltung“. Sich selbst als unmodern kennend, sprach er sich gegen eine radikale Entbürokratisierung und dennoch für die Demokratisierung der Verwaltung aus, ohne alle entscheidenden Verwaltungsstellen in wählbare Organe umwandeln zu wollen. Denn die Wahl von Vollzugsorganen könne dazu führen, dass die Entscheidungen der demokratisch legitimierten Gesetzgebungsorgane durch die Verwaltung revidiert würden und das paradoxe Weise antidemokratische Folgen zeitigen könne. Während das B-VG 1920 von Merkls Arbeit als einer der „Maschinen“ der Verfassung profitierte,³² trug Merkl während der

wurde Merkl die *venia legendi* erteilt. Den Probevortrag hielt er zum Thema „Rechtskraft rechtswidriger Verwaltungsakte“ (vgl. PA Merkl (Anm. 13), Z 27385/1919). Publiziert wurde die Arbeit als *Merkl, Verfassung* (Anm. 26).

³⁰ Merkl wurde am 4. Dezember 1920 zum außerordentlichen Professor der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Wiener Universität ernannt, vgl. PA Merkl (Anm. 13), Z 24 002/1920. Vgl. auch ÖStA, AVA, Unterricht Allgemein, Universität Wien, 4 Jus, Personalakt Hans Kelsen, Z 21124-I/20.

³¹ Vgl. Národní Archiv, Archival Group of the Government Office 1918–1945, Ref. Nr. 7 462/40, Karton 897, Z 49 253/21, wo die Ablehnung des Rufs erwähnt wird.

³² Vgl. Editorischer Bericht „Die Verfassungsgesetze der Republik

gesamten Ersten Republik zur Entwicklung der österreichischen Verfassungs- und Verwaltungsrechtslehre bei.

Die 1920er Jahre, das goldene Zeitalter der Wiener Schule der Rechtstheorie, waren darüber hinaus wohl Merkls produktivste und substantiell kreativste Schaffensperiode: 1923 publizierte er mit der „Rechtskraft“ seine rechtstheoretisch wohl wichtigste Schrift,³³ 1927 schließlich sein Lehrbuch zum „Allgemeinen Verwaltungsrecht“,³⁴ welches die Reine Rechtslehre auf dieses Gebiet anwendet, didaktisch aufbereitet und einem über die Wissenschaftswelt der Rechtstheorie hinausgehenden Publikum öffnet. Seine Vorlesungen an der Universität Wien (IX.2) widmete er regelmäßig tagesaktuellen Problemen des Verfassungs- und Verwaltungslebens, nicht selten in rechtsvergleichender Perspektive. Solche Spezialvorlesungen dienten ihm möglicherweise zum Test eigener Ideen, denn sie stehen häufig im zeitlichen und inhaltlichen Zusammenhang mit einschlägigen Publikationen Merkls.³⁵ Bereits kurz nach der Gründung 1922 der „Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer“ im Jahre 1922 wurde er 1924 Mitglied;³⁶ 1927 schloss er sich Kelsen und anderen Gelehrten bei der Gründung des „Institut In-

Deutschösterreich – Teil 5: Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (1922), in: HKW 8, S. 505–572 (561).

³³ Merkl, Rechtskraft (Anm. 1).

³⁴ Adolf Julius Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien und Berlin 1927.

³⁵ Ein Beispiel dafür ist die Vorlesung „Theorie der Verwaltungsorganisation, insbesondere das Problem der demokratischen Verwaltung“ im Sommersemester 1921, als er sich auch publizistisch mit der Frage der Demokratisierung der Verwaltung auseinandersetzte.

³⁶ Vgl. Ewald Wiederin, Die Vereinigung und Österreich, in: Pascale Cancik et al. (Hrsg.), Streitsache Staat. Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1922–2022, Tübingen 2022, S. 245–272.

ternational de Droit Public“ in Paris an.³⁷ Im Laufe des Jahrzehnts betreute Merkl, zum Teil zusammen mit Kelsen, einige rechts- und staatstheoretischen Doktorarbeiten, warb eigene Schüler an, wirkte als Mitherausgeber der „Zeitschrift für öffentliches Recht“³⁸ und wurde nunmehr als einer der Mitbegründer der Reinen Rechtslehre angesehen.³⁹ Zusammen mit Kelsen und Georg Froehlich (1872–1939) verfasste Merkl den ersten Kommentar zum B-VG 1920, den auch im heutigen österreichischen Juristenjargon noch so genannten „Kelsen/Froehlich/Merkl“.⁴⁰ Ein von ihm angekündigtes Lehrbuch zum österreichischen Verfassungsrecht blieb, wie so manch anderes, ein nicht erfülltes Versprechen.⁴¹

Im Juni 1929 heiratete Merkl, im Alter von 39 Jahren, die 15 Jahre jüngere Juristin Edith Wieninger (1905–1984),⁴² mit

³⁷ Vgl. *Annuaire de l’Institut International de Droit Public* 1 (1929), S. 43–51; N.N., Internationales Institut für öffentliches Recht (Institut international de droit public), in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 7 (1928), S. 321–327 (322–323).

³⁸ Vgl. Ute Spörg, Die Autoren und Herausgeber der Zeitschrift für öffentliches Recht, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 69 (2014), S. 571–599 (579).

³⁹ Vgl. Hans Kelsen, Adolf Merkl zu seinem siebzigsten Geburtstag, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 10 (1959/1960), S. 313–323 (313).

⁴⁰ Hans Kelsen/Georg Froehlich/Adolf Julius Merkl, *Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich. Mit historischen Einleitungen und kritischen Erläuterungen, Teil 5: Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920, Wien und Leipzig 1922 = HKW* 8, S. 25–502.

⁴¹ Adolf Julius Merkl, [Buchbesprechung:] *Österreichisches Staatsrecht. Ein Grundriß, entwicklungsgeschichtlich dargestellt von Universitätsprofessor Hans Kelsen*, Tübingen, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1923, 256 S., in: *Zeitschrift für die Verwaltung* 56 (1923), S. 83–84 (84 Anm. 3).

⁴² Vgl. N.N., Kleine Chronik, in: *Neues Wiener Journal* Nr. 12791 vom 3. Juli 1929, S. 10; N.N., Kleine Chronik, in: *Neue Freie Presse* Nr. 23 279 vom 6. Juli 1929.

der er (fast)⁴³ bis zu seinem Tode zusammenlebte; das Paar hatte keine Kinder. Das Ehepaar Merkl wohnte die gesamte Zeit über bis 1938 im 19. Wiener Gemeindebezirk: 1929–1935 in der Grinzingler Allee 43a, 1935–1938 in der Grinzingler Straße 46, beide Adressen rund eine halbe Stunde Straßenbahnfahrt entfernt von der Fakultät; während Merkls Tübinger Zeit behielt das Ehepaar eine Wohnung in der Herbeckstraße 5 im 18. Bezirk, in der vor allem Bücher aufbewahrt wurden. Dort schien Merkl eine beeindruckende Bibliothek angesammelt zu haben, denn aus seiner letzten Wiener Wohnung am Pfarrplatz 1 (ebenfalls im 19. Bezirk; 1950–1970) beschwerte er sich bei Hans Dölle (1893–1980), nur einen winzigen Teil seiner Sammlung aufstellen zu können:

„Wer nicht so bedürfnislos ist wie ich, müsste über diesen Zustand der kollektiven und individuellen Verarmung (Gegenwert von 330 DM Monatseinkommen, Kampf mit der Begrenztheit der Wohnung, die man in einem kostspieligen Prozess erstritten hat und nur die Aufstellung von etwa 1/10 meiner 4000 Bücher ermöglicht, Ausgebranntsein des prunkvollen Staatstheaters usw) physisch und psychisch sehr schwer entbehren.“⁴⁴

Merkl beteiligte sich intensiv an der rechtspolitischen Debatte um die Verfassungsnovelle des Jahres 1929 und hinterfragte insbesondere den wachsenden parteipolitischen Einfluss auf den Verfassungsgerichtshof (VfGH) kritisch. Diese Entwicklung führte zur Umgestaltung des Gerichts in der Novelle⁴⁵ und zum Ausscheiden Hans Kelsens. Merkl bewer-

⁴³ Die letzten sechs Monate seines Lebens verbrachte er in einem Sanatorium im 16. Bezirk.

⁴⁴ Brief von Adolf Julius Merkl an Hans Dölle vom 4. April 1950, in: Universitätsarchiv Tübingen, 601/58.

⁴⁵ Vgl. Art I §§ 58–66 Bundesverfassungsgesetz vom 7. Dezember 1929, betreffend einige Abänderungen des Bundes-Verfassungsgesetzes

tete die damals propagierte „Entpolitisierung“ des VfGH als bloßen Vorwand, welcher parteipolitischen Machtinteressen diene.⁴⁶ Nach dem Weggang des jüdisch-stämmigen und sozialdemokratisch gesinnten Kelsen aus dem von Sigmund Freud (1856–1939) als eine Art Bischofsrepublik⁴⁷ bezeichneten Österreich im Jahre 1930 wurde dem katholischen Merkl zunächst (nur) der *Titel* eines ordentlichen Professors verliehen;⁴⁸ 1932 wurde er dann zum Ordinarius ernannt,⁴⁹ nachdem er Rufe nach Marburg und Prag abgelehnt hatte.⁵⁰

Im Studienjahr 1933/1934 war er schließlich Dekan der Fakultät,⁵¹ dies schon inmitten des autoritären Umsturzes; dieser Verfassungsordnung widmete er auch Lehrveranstaltungen. Die Republik verteidigte Merkl nach dem Verfassungsbruch von 1933 gegen ihre Entstellung durch das

vom 1. Oktober 1920 in der Fassung des B. G. Bl. Nr. 367 von 1925 (Zweite Bundes-Verfassungsnovelle), BGBl 1929/392.

⁴⁶ Vgl. *Adolf Julius Merkl*, Der „entpolitisierte“ Verfassungsgerichtshof, in: Der österreichische Volkswirt 22 (1930), S. 509–511 = Merkl-GS II/2, S. 21–28.

⁴⁷ Vgl. Brief vom Sigmund Freud an Arnold Zweig vom 30. September 1934, in: Ernst L. Freud (Hrsg.), Sigmund Freud/Arnold Zweig, Briefwechsel, Frankfurt a. M. 1968, S. 102 f.

⁴⁸ PA Merkl (Anm. 13), Z 1824/30.

⁴⁹ PA Merkl (Anm. 13), Z 3596/32.

⁵⁰ Vgl. Brief vom Preußischen Minister für Wissenschaft, Kunst und Volksbildung an die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät vom 21. Dezember 1931, in: Universitätsarchiv Marburg, MR 307b Nr. 2962. Die Sitzungsprotokolle der Juristischen Fakultät der Universität Marburgs sind jedoch unergiebig und zeigen nur, dass auf der Liste der Fakultät Merkl sich den dritten Platz mit einem anderen Kandidaten teilte. Wie es zum Ruf an Merkl kam, lässt sich den Unterlagen nicht entnehmen; nur dessen Absage ist aktenkundig. Weder im Archiv der Technischen Hochschule noch im Archiv der Karlsuniversität in Prag konnten Dokumente zur Berufung Merkl's gefunden werden.

⁵¹ Vgl. Thomas Olechowski/Tamara Ehs/Kamila Staudigl-Ciechowicz, Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1918–1938, Göttingen 2014, S. 43.

Dollfuß-Schuschnigg-Regime.⁵² Im Jahr 1933 löste die Regierung den VfGH auf, auch um eine mögliche gerichtliche Kontrolle verfassungswidriger Maßnahmen zu verhindern; Merkl kritisierte diese Maßnahme erneut scharf.⁵³ Nach eigenen Angaben lehnte Merkl im Jahre 1934 ein Angebot ab, Richter am neugeschaffenen Bundesgerichtshof zu werden, da er die Ausschaltung des VfGH ein Jahr zuvor als verfassungswidrig erachtete.⁵⁴

Nach dem „Anschluss“ Österreichs an das Deutsche Reich im März 1938 wurde Merkl trotz des von ihm Ende März 1938 geschworenen Diensteids⁵⁵ mit Ende 1938 zunächst zwangsweise beurlaubt und dann Anfang 1940 in den Ruhestand versetzt.⁵⁶ Er arbeitete fortan als Helfer in Steuersachen; Nachfolger auf seine Wiener Professur wurde Ernst Forsthoff (1902–1974).⁵⁷

⁵² Vgl. z. B. *Adolf Julius Merkl*, Die ständisch-autoritäre Verfassung Österreichs. Ein kritisch-systematischer Grundriß, Wien 1935.

⁵³ Vgl. *Adolf Julius Merkl*, Sein oder Nichtsein des Verfassungsgerichtshofs, in: Wiener Neueste Nachrichten vom 9. März 1933, S. 1–2 = Merkl-GS II/2, S. 237–238.

⁵⁴ Vgl. *Adolf Julius Merkl*, Diskussionsbeitrag, in: Verhandlungen des ersten österreichischen Juristentags, Bd. II.2: Rechtliche und politische Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, Wien 1961, S. 72–75 (75).

⁵⁵ Vgl. Universitätsarchiv Tübingen, Personalakt Dr. Merkl, Adolf, 126a/332, Dienst eid Adolf Julius Merkls vom 22. März 1938: „Ich schwöre: Ich werde dem Führer des Deutschen Reiches und Volkes Adolf Hitler treu und gehorsam sein, die Gesetze beachten und meine Amtspflichten gewissenhaft erfüllen, so wahr mir Gott helfe.“

⁵⁶ Vgl. UAW, Akademischer Senat, 677 – 1937/1938, Z 64, 64a, 85 (zur Beurlaubung); UAW, Akademischer Senat, 917 – 1937/1938 (vollständiger Akt eingelegt in UAW, Personalakt Adolf Julius Merkl, Jur PA, 366) (zu Merkls Einspruch gegen die Beurlaubung); UAW, Akademischer Senat, 19/670 – 1939/1940, Z 16, 17, 17a, 17b, 20a (zur Zwangspensionierung).

⁵⁷ Vgl. *Florian Meinel*, Der Jurist in der industriellen Gesellschaft. Ernst Forsthoff und seine Zeit, 2. Aufl., Berlin 2012, S. 233–236.

c) Tübingen (1941–1950)

Erst im November 1941, mitten in der nationalsozialistischen Herrschaft, gelang es Merkl, seine Lehrtätigkeit wieder aufzunehmen: Er wurde an der Universität Tübingen zunächst als Vertreter und 1943 als Nachfolger von Hermann von Mangoldt (1895–1953) berufen, wo er über das Ende des zweiten Weltkriegs hinaus weiterwirkte, bevor er Ende 1948 in die Wiener Heimat zurückkehrte und 1950 seine Professur wiederaufnehmen durfte. Seine „Abordnung nach T[übingen]“ sah er selbst damals als eine

„Überraschung, die freilich von den Urhebern, dem von einer Reihe fachlicher Tagungen und längerem Beisammensein in Wien gutbekannten Fachgenossen Felix Genzmer [1878–1959] und dem hiesigen Germanisten und Kanonisten, dem ehemaligen Wiener Gymnasialkollegen Hans Feine [1890–1965], als kameradschaftliche Geste gemeint war“⁵⁸.

Bereits am 24. Februar 1941 bemühte sich die Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Universität Tübingen um die Nachbesetzung des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, nachdem Mangoldt nach Jena berufen worden war. Die Fakultät hielt es für wünschenswert, „die Professur mit einem anerkannten Gelehrten zu besetzen, der [...] in erster Linie die Studierenden für die großen Aufgaben und Probleme des heutigen Staatsrechts lebhaft zu interessieren und zu fesseln versteht“⁵⁹. Eine Vorschlagsliste mit drei Namen wurde sodann aufgestellt: Werner Weber (1904–1976),

⁵⁸ Brief von Adolf Julius Merkl an Ludwig Adamovich vom 28. August 1946, in: UAW, Personalakt Adolf Julius Merkl, Jur PA, o29.

⁵⁹ Brief vom Dekan der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät an den Rektor der Universität Tübingen vom 24. Februar 1941, in: Universitätsarchiv Tübingen, Z 315/12.

Berlin, Herbert Krüger (1905–1989), Heidelberg, und Arnold Köttgen (1902–1967), Greifswald.

Die Überprüfung der Hintergründe der drei in Frage kommenden Professoren führte zu dem Ergebnis, dass „nur Krüger als de[r] Mann an[zu]sehen [sei], dessen Berufung nach Tübingen nicht nur fachlich, sondern vor allem auch hochschulpolitisch zu begrüßen wäre“.⁶⁰ Da man vermutlich trotzdem lange keine Einigung über die Liste erzielen konnte, versuchte die Fakultät im Oktober 1941, Merkl als Vertreter für den vakanten Lehrstuhl von Mangoldt zu gewinnen.⁶¹ Merkl erklärte sich daraufhin bereit, diese Vertretung ab dem Wintersemester 1941/1942 zu übernehmen.

Im Januar 1941 hatte Merkl, noch bevor er als möglicher Vertreter in Tübingen ins Gespräch gebracht wurde, eine maschinenschriftliche Erklärung verfasst, in der er sein Bekenntnis zum Deutschtum dokumentierte, womit er die „Deutschheit“ seiner wissenschaftlichen Lehre und seiner politischen Haltung zu belegen glaubte:

„Die folgende Auswahl aus den deutschen Bekenntnissen in Wort und Schrift, die ich in meiner akademischen Lehrtätigkeit von zwei Jahrzehnten und in meiner schriftstellerischen Arbeit von mehr als 2000 Druckseiten abgelegt habe, bringt neben einigen Proben deutscher Geisteshaltung überhaupt vorzugsweise Aussprüche über die dem völkischen Gedanken entsprechenden Gestaltung des deutschen Staatswesens. Die [...] Auslese will einerseits dartun, daß meine ganze Berufsarbeit an echten deutschen Wesen ausgerichtet war, [...], andererseits, daß ich dank den im Berufe eines Staatsrechtslehrers gelegenen Möglichkeiten mein Lehramt in einer von

⁶⁰ Brief von Dozentenführer an den Rektor der Universität Tübingen vom 18. April 1941, Universitätsarchiv Tübingen, Z 315/12.

⁶¹ Vgl. Brief vom Reichsministerium für Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung an Adolf Julius Merkl vom 13. Oktober 1941, in: Universitätsarchiv Tübingen, Personalakt Dr. Merkl, Adolf, 126a/332.

keinem österreichischen Rechtslehrer übertroffenen Weise gesamtdeutschen Zielsetzungen dienstbar gemacht habe“⁶²

Nachdem die Dozentenführung Merkls Situation offenbar gründlich überprüft und bestehende Bedenken ausgeräumt hatte, setzte die Fakultät im Jahre 1942 seinen Namen an die erste Stelle einer neuen Vorschlagsliste, gefolgt von den wesentlich jüngeren Kollegen Wilhelm Grewe (1911–2000), Berlin, und Johannes Poppitz (1911–1943), Leipzig:

„Professor Dr. Merkl ist ein anerkannter, scharfsinniger und kennnisreicher Gelehrter, der eine große Zahl von Arbeiten veröffentlicht hat, eine wissenschaftliche Persönlichkeit von Bedeutung. Unter seinen Schriften sei hier nur sein Allgemeines Verwaltungsrecht hervorgehoben. Politisch hat er immer der großdeutschen Richtung angehört und sich hierin auch betätigt. Insbesondere hat er in der österreichischen Systemzeit seinen verfolgten nationalsozialistischen Kollegen, soweit es seine Beamtenstellung erlaubte, mit Rat und Tat zur Seite gestanden. [...] Merkl ist Mitglied des NSRB“⁶³

Während Merkls Mitgliedschaft im Nationalsozialistischen Rechtswahrerbund (NSRB) zu diesem Zeitpunkt als vorteilhaft betrachtet wurde, führte seine Zugehörigkeit zur Wiener Schule der Rechtstheorie zu einer gewissen Skepsis:

„Ein gewisses, nach Ansicht der Fakultät aber nicht entscheidendes Bedenken gegenüber Prof. Merkl liegt darin, dass er der Wiener staatsrechtlichen Schule angehört und in ihr eine nicht unwichtige Rolle gespielt hat. Diese Schule ist gekennzeichnet durch eine äußerst abstrakte Denkweise, bei der die politischen Kräfte und die

⁶² Deutsche Bekenntnisse in Schriften und Reden des Professor Dr. Adolf Merkl vom Januar 1941, Wien, in: Universitätsarchiv Tübingen, Personalakt Dr. Merkl, Adolf, 126a/332.

⁶³ Brief vom Dekan der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät an den Rektor der Universität Tübingen vom 2. Juli 1942, in: Universitätsarchiv Tübingen, Z 315/12.

geschichtliche Entwicklung nicht genügend berücksichtigt worden sind. Sie kommt insbesondere in Merkls älteren Werken, z.B. dem Verwaltungsrecht, zum Ausdruck. Diese Denkweise [...] ist heute sicher nicht zeitgemäß.⁶⁴

Laut Dekan sei Merkl die Unzeitgemäßheit der Reinen Rechtslehre auch bewusst geworden, es wurde jedoch akzeptiert, dass eine solche Umstellung für jemanden, der jahrzehntelang einer anderen Richtung gefolgt ist, nicht einfach sei. Dennoch meinten Merkls Kollegen, in seinem der Fakultät vorgelegten „Österreichisches Staatsrecht“ aus dem Jahre 1938, noch während seiner Wiener Zeit verfasst, bereits Anzeichen einer Distanzierung von der Reinen Rechtslehre zu erkennen. Seine von Jugend an bestehende großdeutsche Haltung sollte ihm auch in Zukunft dabei helfen. Die Tübinger Erfahrungen mit Merkl als Lehrstuhlvertreter konnten auch seine Kollegen überzeugen, dass er „mit ganzer Seele akademischer Lehrer, durchdrungen von seiner Mission gegenüber der akademischen Jugend“ gewesen sei. Ihm kam zugute, dass „im Kreise seiner Schüler“ seine „Vorlesungen als lebendig und lehrreich gerühmt“ wurden.⁶⁵

Am 9. Juli 1942 wandte sich der Rektor der Universität Tübingen an das Kulturministerium in Stuttgart, um sich in Übereinstimmung mit der Fakultät für Merkl als das kleinere Übel einzusetzen, vor allem aufgrund grundlegender Bedenken gegenüber Grewe und Poppitz.⁶⁶ Am 14. Juli 1942 kam aus dem Ministerium die Mitteilung, dass man „[b]ei Abwägung aller Umstände“ noch nicht zu dem Entschluss gekom-

⁶⁴ Brief Dekan Rektor 2. Juli 1942 (Anm. 63).

⁶⁵ Brief Dekan Rektor 2. Juli 1942 (Anm. 63).

⁶⁶ Brief vom Rektor der Universität Tübingen an das Kulturministerium in Stuttgart vom 9. Juli 1942, in: Universitätsarchiv Tübingen, Z 315/12.

men sei, Merkl zu jenem Augenblick vorzuschlagen. Ob dies zu einem späteren Zeitpunkt möglich sein würde, „bleibt zunächst offen“, hieß es damals;⁶⁷ der NS-Dozentenbund meldete Ende Juli 1942: „Während sich der Dozentenbund für den an erster Stelle genannten Prof. Dr. Adolf Merkl nicht einsetzen und den Vorschlag fördern kann, kann sie dies mit gutem Gewissen bei Dr. Grewe tun.“⁶⁸

Mitte Oktober 1942 wandte sich der Dekan, Hero Moeller (1892–1974), an den Rektor, um trotz aller Bedenken die Bevorzugung Merkls durch die Fakultät zu bekräftigen:

„Eine Ernennung Merkls in Tübingen würde, wie wir bereits dargelegt haben, nicht allen Wünschen und Bedürfnissen entsprechen, die bei unserer Fakultät bestehen. Insbesondere würden wir das Ergehen einer Berufung an einer der beiden in unserem ursprünglichen Vorschlag vom 24. Februar 1941 aufgeführten, aber noch unberufenen Herren (Prof. Weber-Berlin; Prof. Köttgen–Greifswald) nach wie vor begrüßen. Aber gegenüber den sonst irgendwie zur Verfügung stehenden und für Tübingen in Frage kommenden deutschen Hochschullehrern halten wir Merkl für erheblich höher qualifiziert“.⁶⁹

In Reaktion darauf schrieb der Rektor nun dem Kulturministerium in Stuttgart, um die Haltung der Fakultät weiterzuleiten.⁷⁰ Am 8. Dezember teilte der Reichsminister für

⁶⁷ Brief vom Kulturministerium an den Rektor der Universität Tübingen vom 14. Juli 1942, in: Universitätsarchiv Tübingen, Z 315/12.

⁶⁸ Brief vom Nationalsozialistischen Deutschen Dozentenbund an den Dozentenführer in Tübingen vom 30. Juli 1942, in: Universitätsarchiv Tübingen, Z 315/12.

⁶⁹ Brief vom Dekan der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät an den Rektor der Universität Tübingen vom 13. Oktober 1942, in: Universitätsarchiv Tübingen, Z 315/12.

⁷⁰ Brief vom Rektor der Universität Tübingen an das Kulturministerium in Stuttgart vom 15. Oktober 1942, in: Universitätsarchiv Tübingen, Z 315/12.

Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung dem Württembergischen Kulturminister mit, dass die Parteikanzlei inzwischen zugestimmt habe, dass für Merkl nur eine Berufung an eine Universität im „Altreich“ in Betracht käme. Es wurde jedoch empfohlen, die Universität um eine erneute Stellungnahme zu bitten.⁷¹ Der Kulturminister äußerte daraufhin seine Bedenken gegen eine Ernennung Merkls und erwog, „Professor Merkl als Stellvertreter zu belassen und die Entscheidung für die endgültige Besetzung zurückzustellen“⁷². Dies stieß jedoch auf Widerstand seitens der Fakultät und der Universität, da man befürchtete, angesichts des Mangels an geeignetem Nachwuchs könnten andere Fakultäten bald Anstrengungen unternehmen, Merkl zu gewinnen.

Die Universität Innsbruck hatte Merkls bereits in einer Berufungsliste vom September 1942 auf Platz 1 gesetzt, seine Berufung stieß aber bei den politischen Stellen auf Ablehnung. Er selbst nahm – erfolglos – zu den damaligen Vorwürfen Stellung und meinte:

„Die gelegentlich ausgesprochenen Bedenken gegen meine Zugehörigkeit zur Reinen Rechtslehre [...] sind wohl von der massgebendsten Stelle, nämlich dem Reichswissenschaftsministerium, einerseits durch die ausdrückliche Promesse meiner Berufung an eine andere Hochschule des Reichs im Pensionsdekret vom 21. Dezember 1939, andererseits durch meinen Lehrauftrag für die Universität Tübingen widerlegt worden“⁷³.

⁷¹ Vgl. Brief vom Reichsministerium für Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung an das Kulturministerium in Stuttgart vom 8. Dezember 1942, in: Universitätsarchiv Tübingen, Z 315/12.

⁷² Brief vom Kulturministerium in Stuttgart an den Rektor der Universität Tübingen vom 14. Dezember 1942, in: Universitätsarchiv Tübingen, Z 315/12.

⁷³ Dokument Nr. 2, abgedruckt in: Susanne Lichtmannegger, Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Inns-

Man zeigte in Tübingen zudem Verständnis dafür, „daß Prof. Merkl unter seiner Versetzung in den Ruhestand, welche er nicht als gerechtfertigt empfand, gelitten hat und noch leidet. Weitere unbestimmte Hinauszögerung muss die Einsatzfähigkeit dieser beträchtlichen, aber doch nicht unbegrenzten Arbeitskraft physisch und psychisch gefährden“.⁷⁴ Schließlich wurde Adolf Julius Merkl am 10. Juni 1943 mit Wirkung zum 1. Februar 1943 zum ordentlichen Professor ernannt.⁷⁵

Die Zeitspanne zwischen 1938 und 1945 war für Merkl turbulent und wenig produktiv, seine „literarische Tätigkeit [wurde] während der nationalsozialistischen Herrschaft infolge Massregelung jahrelang überhaupt unterbunden und sodann schweren Hemmungen ausgesetzt“.⁷⁶ Zwischen 1941 und 1945 war er gezwungen, regelmäßig zwischen Deutschland und Österreich zu pendeln, da er weder in seiner damaligen Tübinger Wohnung Platz für den Großteil seiner wissenschaftlichen Bibliothek hatte, die bereits über 3 000 Bände umfasste,⁷⁷ noch eine größere Wohnung fin-

bruck. Zur Geschichte der Rechtswissenschaft in Österreich im 20. Jahrhundert, Frankfurt a. M. 1999, S. 209–210 (210).

⁷⁴ Brief vom Dekan der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät an den Rektor der Universität Tübingen vom 18. Dezember 1942, in: Universitätsarchiv Tübingen, Z 315/12. Vgl. auch Brief vom Rektor der Universität Tübingen an das Kulturministerium in Stuttgart vom 9. Januar 1943, in: Universitätsarchiv Tübingen, Z 315/12.

⁷⁵ Brief vom Reichsministerium für Wissenschaft, Erziehung und Volkbildung an Adolf Julius Merkl vom 2. Juli 1943, in: Universitätsarchiv Tübingen, Z 315/12.

⁷⁶ Brief von Adolf Julius Merkl an den Dekan der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien vom 17. Juni 1945, in: UAW, Personalakt Adolf Julius Merkl, Jur PA, o13.

⁷⁷ Vgl. aber Brief von Adolf Julius Merkl an das Universitätssekretariat in Tübingen vom 25. November 1942, in: Universitätsarchiv

den konnte. Nach einem kurzen Aufenthalt in einem Hotel während des Wintersemesters 1941/1942 zogen Merkl und seine Frau bereits im März 1942 endgültig nach Tübingen in eine Wohnung in der Zeppelinstraße 14 um. Seine Privatbibliothek teilte er zwischen seinem Ferienhaus in Prein an der Rax und einer Wiener Wohnung auf, was ihn zwang, regelmäßig dorthin zu reisen, um seine Tübinger Vorlesungen vorzubereiten.⁷⁸ Er kämpfte fortan dauernd um Trennungsschädigung. Erst nach wiederholten Mahnungen an den Rektor konnte Merkl Mitte 1945 eine Lösung für seine Wohnsituation erlangen, die bis dahin „den Wohnbedingungen der Tübinger Professorenschaft nicht entfernt“⁷⁹ entsprach: 27. Juli 1945–4. März 1950 wohnte er in der Wildermuthstraße 4 und nicht mehr als Untermieter in der Zeppelinstraße.⁸⁰ Nach dem Ende des Zweiten Welt-

Tübingen, Personalakt Dr. Merkl, Adolf, 126a/332. Vgl. auch Brief von Adolf Julius Merkl an den Rektor der Universität Tübingen vom 7. Mai 1943, in: Universitätsarchiv Tübingen, Personalakt Dr. Merkl, Adolf, 126a/332, wo die Rede (abweichend) von über 2000 Büchern ist.

⁷⁸ „Unter diesen Umständen bewohne ich nach wie vor als Untermieter [...] zwei [...] möblierte Räume [...]. Diese Unterkunft bietet mir umso weniger die Möglichkeit, meine Möbel und den Großteil meiner fachwissenschaftlichen Büchersammlung unterzubringen, als ich sogar einen wesentlichen Teil meiner Gebrauchsgegenstände und Arbeitsbehelfe in den mitgebrachten Koffern belassen muss. [...] Unter diesen Umständen habe ich bisher meine Wohnung in Wien XVIII. Herbeckstrasse 5, und meine seit mehr als einem Jahre für eine evakuierte Familie beschlagnahmte Wohnung in Prein an der Raxalpe, Gemeinde Reichenau in Nieder-Donau, beibehalten, woselbst sich ausser den mir und meiner Frau gehörigen Möbeln namentlich auch meine fachwissenschaftliche Bibliothek von mehr als 3000 Bänden befindet, die ich bisher wenigstens in den Universitätsferien benützen musste und konnte“ (Brief von Adolf Julius Merkl an den Rektor der Universität Tübingen vom 12. November 1944, in: Universitätsarchiv Tübingen, Personalakt Dr. Merkl, Adolf, 126a/332).

⁷⁹ Brief Merkl Rektor 12. November 1944 (Anm. 78).

⁸⁰ Stadtarchiv Tübingen, Nebenregister der Meldekartei, Sig. A 573.

kriegs, gegen Ende 1945, erhielt Merkl sowohl einen (erneuteten) Ruf nach Innsbruck als auch das Angebot, seine bis 1938 bekleidete Lehrkanzel in Wien wieder zu übernehmen. Er teilte dem Rektor der Universität Tübingen mit, dass „überwiegende Gründe dafür sprechen, trotz dem herzlichen Rufe der engeren Heimat, in meinem liebgewordenen Wirkungskreise in Tübingen zu verbleiben“.⁸¹ Seine Entscheidung machte er jedoch unter anderem von der Klärung der Frage abhängig, „ob und wieviel ich von meiner Habe und meiner Fachbibliothek bergen und in absehbarer Zeit nach Tübingen schaffen kann“.⁸² Der Rektor äußerte daraufhin seine Hoffnung, „daß Ihnen die volle Benutzung Ihrer bis jetzt hoch vermissten Habe und namentlich Ihrer Bibliothek in möglichster Bälde wieder zugänglich gemacht wird“ und versicherte, dass „von der Universität aus alles zur beschleunigten Erfüllung dieses Wunsches geschehen“ werde.⁸³

In Tübingen hatte Merkl bis 1950 kaum Gelegenheit, seine Rechtstheorie weiterzuentwickeln. So betreute er beispielsweise zahlreiche Dissertationen im Bereich des Öffentlichen Rechts, nur ausnahmsweise aber solche mit rechts-theoretischem Gehalt. Seine Lehrtätigkeit beschränkte sich auf Veranstaltungen zum Verfassungs- und Verwaltungsrecht, seltener auch zum Finanz- und Völkerrecht. Rechts-theoretische oder rechtsphilosophische Vorlesungen oder Seminare bot er in seiner Tübingen Zeit nicht an (IX.3).

⁸¹ Brief von Adolf Julius Merkl an den Rektor der Universität Tübingen vom 9. Januar 1946, in: Universitätsarchiv Tübingen, Personalakt Dr. Merkl, Adolf, 126a/332.

⁸² Brief Merkl Rektor 9. Januar 1946 (Anm. 81).

⁸³ Zwei Zitate: Brief vom Rektor der Universität Tübingen an Adolf Julius Merkl vom 9. Januar 1946, in: Universitätsarchiv Tübingen, Personalakt Dr. Merkl, Adolf, 126a/332.

d) Wien (1950–1970)

Seine Rückkehr nach Wien wurde wegen seiner früheren Äußerungen zugunsten des Anschlusses Österreichs an das Deutsche Reich – keine Seltenheit im Österreich der Ersten Republik –, aber vor allen wegen eines am 21. April 1938, just in der Nummer der „Neuen Freie Presse“, in der zu Hitlers 49. Geburtstag gratuliert wurde, publizierten Aufsatzes⁸⁴ zunächst erschwert, denn seine Äußerungen wurden nachträglich in Verbindung mit dem nationalsozialistischen Regime gebracht.⁸⁵ Am 11. November 1948 wurde er schließlich wieder zum ordentlichen Professor der Staats- und Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien ernannt und stand ihr ab März 1950 wieder zur Verfügung, als letzter der im Zuge der Säuberungsaktionen des Jahres 1938 Betroffenen, die wieder nach Wien zurückgeholt werden konnten. Nach dem Krieg setzte er sich gegen die Wiedereingliederung von Sympathisanten des Nationalsozialismus als Mitglieder der Staatsrechtslehrevvereinigung ein.⁸⁶ Mit dem

⁸⁴ Adolf Julius Merkl, Im Spiegel des Rechtes, in: Neue Freie Presse Nr. 26 441 vom 21. April 1938, S. 1–2.

⁸⁵ Ausführlich zum Thema: Roman Pfefferle/Hans Pfefferle, Glimpflich entnazifiziert. Die Professorenschaft der Universität Wien von 1944 in den Nachkriegsjahren, Göttingen 2014, S. 65–71; Irmgard Schartner, Die Staatsrechtler der juridischen Fakultät der Universität Wien im „Ansturm“ des Nationalsozialismus. Umbrüche mit Kontinuitäten, Frankfurt 2011, S. 218–232. Siehe auch die Unterstützung Kelsens bei der „Entnazifizierung“ Merkls, vgl. Brief von Hans Kelsen an Alfred Verdross vom 6. Oktober 1947, in: Hans Kelsen-Institut, Nachlass Hans Kelsen 16b12.59.

⁸⁶ Vgl. Anna-Bettina Kaiser, „Arbeits- oder Bekenntnisgemeinschaft“? Die Neugründung der Staatsrechtslehrevvereinigung 1949 und ihre Konsolidierung bis 1970, in: Pascale Cancik et al. (Hrsg.), Streitsache Staat. Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1922–2022, Tübingen 2022, S. 75–120.

dritten Band der Neuen Folge wurde Merkl 1950 wieder Mit Herausgeber der „(Österreichischen) Zeitschrift für öffentliches Recht“. 1951 erfolgte seine Wahl zum korrespondierenden Mitglied der philosophisch-historischen Klasse der Österreichischen Akademie der Wissenschaften.⁸⁷

Zurück an der Universität Wien hielt er bis über seine Emeritierung 1961 hinaus, bis ins Jahr 1965, Lehrveranstaltungen vorrangig zum Staats- und Verwaltungsrecht (IX.4). Er widmete sowohl seine Lehre als auch zunehmend seine Forschung ethischen Problemen: Vom Sommersemester 1955 bis zum Sommersemester 1961 bot er in jedem Semester ein „Seminar aus allgemeiner Staatslehre“ zum Thema „Das Problem der Freiheit und Gerechtigkeit“ an. Die Rechtstheorie stand längst nicht mehr im Zentrum seiner Aufmerksamkeit und seines Schaffens. Trotz allem blieb Merkl der Reinen Rechtslehre treu und wurde zum wichtigsten Vertreter und Verkünder dieses Ansatzes am Beginn der Zweiten Republik.

In dieser Phase baute Merkl seine eigene Schülergemeinschaft auf; dies war ihm (substantiell) weder in der Zwischenkriegszeit noch während seiner Tübinger Professur gelungen. Er prägte nicht nur eine Vielzahl von Juristen, die später in Gesetzgebung, Regierung, Verwaltung und Rechtsprechung maßgeblichen Einfluss hatten, sondern trug mit der Förderung von Persönlichkeiten wie Robert Walter (1931–2010) und Herbert Schambeck auch dazu bei, die österreichische Rechtswissenschaft nach ihm zu prägen.

⁸⁷ Protokoll der Wahlsitzung der Gesamtakademie vom 22. Mai 1951, in: Österreichische Akademie der Wissenschaften in Wien, A 1043, 5/1951: Merkl wurde mit 38 der 55 abgegebenen Stimmen gewählt.

2. Merkls Stellung im Gefüge der Wiener Schule der Rechtstheorie

Die Wege Merkls und Kelsens kreuzten sich gegen Ende von Merkls Studium, als dieser einen in seinen Worten „fast übermäßigen Vorlesungsbesuch“⁸⁸ an den Tag legte. Merkl war im Wintersemester 1911/1912 nicht-inskribierter Zuhörer⁸⁹ bei der zum ersten Mal von Kelsen gelesenen „Allgemeinen Staatslehre“,⁹⁰ einer der ersten Lehrveranstaltungen des jungen Privatdozenten an der Universität Wien. Sowohl Merkl als auch der gleichalte Alfred Verdross (1890–1980)⁹¹ belegten dann während ihres achten Semesters im Sommer 1912 „Das parlamentarische Wahlrecht“ bei Kelsen.⁹² Merkls Talent blieb dem „Headhunter“ Kelsen nicht verborgen und vom Lehr- und Denkstil Kelsens war der junge Merkl auch begeistert, sodass die akademische Nähe

⁸⁸ Merkl, Selbstdarstellung (Anm. 3), S. 138.

⁸⁹ Vgl. UAW, Akademischer Senat, Disziplinarfall Hans Kelsen (1923), 7: Erhebungsakt Prof. Löffler/10: Zeugenaussage Prof. Merkls vom 28. Mai 1923, S. 2.

⁹⁰ Kelsen trat im Wintersemester 1911/1912 mit drei Lehrveranstaltungen in der Rechts- und Staatwissenschaftlichen Fakultät der Wiener Universität auf die Bühne: „Allgemeine Staatslehre, mit besonderer Be- rücksichtigung der Soziologie“ (3 SWS), „Einführung in die Methodolo- gie der Rechtswissenschaft“ (1 SWS) und „Der österreichisch-ungarische Ausgleich“ (1 SWS) (vgl. Öffentliche Vorlesungen an der k. k. Universität zu Wien im Winter-Semester 1911/12, Wien 1911, S. 6–12 (10)).

⁹¹ Zu Verdross vgl. Jürgen Busch, Alfred Verdross – Ein Mann des Widerspruchs? Teil 1, in: Franz-Stefan Meissel/Thomas Olechowski/Ilse Reiter-Zatloukal (Hrsg.), Vertriebenes Recht – Vertreibendes Recht. Zur Geschichte der Wiener Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zwischen 1938 und 1945, Wien 2012, S. 139–202.

⁹² Vgl. UAW, Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Sommersemester 1912, Nr. 516 Buchstabe „M“, Adolf Julius Merkl, Z 194; UAW, Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Sommersemester 1912, Nr. 522 Buchstaben „T–V“, Alfred Ver- dross, Z 216.

rasch offenkundig wurde. Merkl wurde bald zusammen mit Verdross zu einem der ersten Mitglieder des Privatseminars Kelsens, ein informelles Treffen Gleichgesinnter, welches spätestens ab Ende 1913 an einem Sonntag pro Monat in Hans und Margarete Kelsens⁹³ Wohnung in der Wickenburggasse 23 stattfand.⁹⁴

Früher als Kelsen fand Merkl seinen anderen Lehrer Edmund Bernatzik, der auch Kelsens Lehrer gewesen war und Merkls Denkweise und Erkenntnisinteresse ebenfalls tief prägen sollte. In seinem vierten Semester im Sommersemester 1910 hörte Merkl „Geschichte der Rechtsphilosophie“ bei ihm,⁹⁵ im Wintersemester 1910/1911 „Allgemeines Österreichisches Staatsrecht“,⁹⁶ im Sommersemester 1911 schließlich

⁹³ Margarete Bondi (1890–1973), die Hans Kelsen am 25. Mai 1912, kaum ein Jahr nach seiner Habilitation an der Universität Wien, geheiratet hatte, und mit der er den Rest seines Lebens einschließlich seines Exils in Kalifornien verbrachte.

⁹⁴ Vgl. Klaus Zeleny, Der Kreis um Kelsen: Die Wiener rechtstheoretische Schule, in: Robert Walter/Werner Ogris/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit. Ergebnisse einer internationalen Tagung, veranstaltet von der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs und dem Hans Kelsen-Institut (19.–21. April 2009), Wien 2009, S. 137–149; Klaus Zeleny, Die Wickenburggasse 23: Das Zentrum der „Wiener Schule“, in: Maria Ettl/Gerhard Murauer (Hrsg.), Hans Kelsen und die Bundesverfassung. Geschichte einer Josefstadter Karriere, Wien 2011, S. 41–47.

⁹⁵ Vgl. UAW, Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Sommersemester 1910, Nr. 475 Buchstaben „L–N“, Adolf Merkl, Z 528.

⁹⁶ Vgl. UAW, Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Wintersemester 1910/1911, Nr. 484 Buchstabe „L–N“, Adolf Merkl, Z 87. Fritz Sander und Alfred Verdross, welche wie Merkl Mitglieder der Wiener Schule werden würden, waren ebenfalls für diese Lehrveranstaltung eingeschrieben, vgl. UAW, Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Wintersemester 1910/1911, Nr. 486 Buchstabe „S“, Fritz Sander, Z 594; UAW, Nationale für ordentliche Hörer

„Verwaltungslehre und österreichisches Verwaltungsrecht“ sowie „Staats- und Verwaltungsrechtliches Seminar“.⁹⁷ Am 4. März 1913 war Bernatzik Teil der Prüfungskommission von Merkls staatswissenschaftlichem Rigorosum und bewertete dessen Leistungen als „ausgezeichnet“, während die anderen Prüfer lediglich „genügend“ vergaben.⁹⁸ Auch nach dem Rigorosum frequentierte Merkl Bernatziks Seminare und vertiefte dabei seine wissenschaftliche Ausbildung. Er entwickelte nach und nach ein zunehmendes Interesse für philosophische Fragen, die ihn schon während seines Studiums der Rechtswissenschaften zum Belegen von Lehrveranstaltungen an der Philosophischen Fakultät geführt hatten;⁹⁹ die Teilnahme an Kelsens Privatseminar war für diese wissenschaftliche Entwicklung, die Merkl in die Richtung methodologische Fragen lenkte, maßgeblich. Im Wintersemester 1913/1914 kam Merkl in Kontakt mit dem Philosophen Friedrich Wilhelm Förster (1869–1965),¹⁰⁰ der ihn als Lehrer beeindruckte.¹⁰¹ Die „Rechtskraft“ ist denn auch dem Andenken seines Lehrers Bernatzik, welcher im Jahre 1919

der juristischen Fakultät Wintersemester 1910/1911, Nr. 487 Buchstabe „T–V“, Alfred Verdross, Z 1448.

⁹⁷ Vgl. UAW, Nationale für ordentliche Hörer der juristischen Fakultät Sommersemester 1911, Nr. 493 Buchstaben „L–N“, Adolf Merkl, Z 1198.

⁹⁸ Vgl. Rigorosum Merkl 1913 (Anm. 14).

⁹⁹ So meldete sich Merkl z. B. im Sommersemester 1911 für einen Kurs an der Philosophischen Fakultät zu Dante und Thomas von Aquin bei Laurenz Müllner (1848–1911) und für eine Lehrveranstaltung an der Geschichtlichen Fakultät bei Gustav Turba (1864–1935) an.

¹⁰⁰ Vgl. *Friedrich Wilhelm Foerster, Erlebte Weltgeschichte 1869–1953. Memoiren*, Nürnberg 1953.

¹⁰¹ Vgl. Merkl, Selbstdarstellung (Anm. 3), S. 137; Grussmann, Merkl (Anm. 3), S. 20.

starb, gewidmet; bei Kelsen bedankt sich Merkl in der Einleitung, in der er sich auch zur Reinen Rechtslehre bekennt.

Merkls akademische Laufbahn ist geprägt von seiner Einbindung in die Wiener Schule der Rechtstheorie, das avantgardistische, mehr oder weniger arbeitsteilig organisierte, rechtswissenschaftliche Forschungsnetzwerk um die zentrale Figur Hans Kelsen. In dieser Schule, Quelle der Reinen Rechtslehre als rechtstheoretischer Ansatz, entstand ein fruchtbare Dialog zwischen den Mitgliedern, besonders aber zwischen Merkl und Kelsen. Merkl konnte von dem intensiven Austausch und von Kontroversen mit anderen Mitgliedern profitieren, wie im Fall seines Streits mit Fritz Sander (1889–1939).¹⁰² Laut Kelsen gehörte Merkl „dem engsten Kreise [Kelsens] wissenschaftlichen Freunde und Schüler“¹⁰³ an. Er glänzte immer wieder durch bahnbrechende Vorträge im Rahmen des Kelsenschen Privatseminars und schon früh durch zahlreiche Beiträge in angesehenen Zeitschriften. Kelsen bezeichnete ihn 1916 gar als „einen der begabtesten und scharfsinnigsten jungen Theoretiker“.¹⁰⁴ Der 29-jährige Merkl konnte seinem Habilitationsgesuch Mitte 1919 ein beeindruckendes Portfolio an wissenschaftlichen

¹⁰² Vgl. Rodrigo Cadore, „Rechtswidriges Recht“. Die Merkl–Sander-Kontroverse innerhalb der Wiener Schule der Rechtstheorie, Tübingen 2024.

¹⁰³ Hans Kelsen, Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der Rechtsdogmatik, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 3 (1922) S. 103–235 (204) = HKW 9, S. 75–190 (163); vgl. auch Hans Kelsen, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen 1920, S. VII = HKW 4, S. 235–572 (268).

¹⁰⁴ Brief von Hans Kelsen an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 3. Juli 1916, in: Handschriftenabteilung der Staatsbibliothek zu Berlin – Preußischer Kulturbesitz, Nachlass 488. Auch die im Folgenden zitierten Briefe von und an den Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) befinden sich dort.

Schriften von mehr als dreißig Publikationen vorlegen.¹⁰⁵ Seine Habilitationsschrift fügte sich gut in die intensive Beschäftigung des Habilitationsvaters, Hans Kelsen, mit verfassungsrechtlichen und -politischen Problemen ein, war aber außerdem die erste systematische Anwendung der sich damals gerade entwickelnden Stufenbaulehre auf das positive (Verfassungs-)Recht.¹⁰⁶ Auch nach seiner Habilitation besuchte Merkl weiterhin das Privatseminar Kelsens. Im Gegensatz zu manchen Schülern Kelsens und auch zu Kelsen selbst verkehrte Merkl trotz seiner Begeisterung für die Philosophie, soweit ersichtlich, in keinem anderen Wiener Kreis als dem um Kelsen und verblieb eher unter Juristen.¹⁰⁷

Ein besonders anschauliches Beispiel für den Dialog zwischen Kelsen und Merkl liefert das Engagement beider in der Debatte um die Demokratisierung der Verwaltung Anfang der 1920er Jahre. Dabei beteiligte sich der Lehrer enthusiastisch an einem Projekt seines Schülers und schrieb einen Beitrag in der vom Schüler verantworteten „Zeitschrift für Verwaltung“.¹⁰⁸ Die Frage war, ob die bisher rein administrative Bezirksverwaltung um ein gewähltes, politisches Element ergänzt werden und somit eine gewisse „Durchdemokratisierung“ sämtlicher Ebenen des Verwaltungsapparates erreicht werden sollte. Kelsen vertrat den Ansatz Merkls und ließ der Causa seines Schülers das Prestige des berühmten Verfassungsberaters, dessen Name aufs Engste mit der neuen

¹⁰⁵ Vgl. Curriculum vitae Adolf Julius Merkl, in: PA Merkl (Anm. 13), Z 27385/19.

¹⁰⁶ Vgl. Merkl, Verfassung (Anm. 26), S. 75 Anm. 1.

¹⁰⁷ Zu den Wiener Kreisen vgl. z. B. Carlos Herrera/François Lecoutre (Hrsg.), *Les cercles viennois de l'entre-deux-guerres*, Rouen 2022.

¹⁰⁸ Hans Kelsen, Demokratisierung der Verwaltung, in: Zeitschrift für Verwaltung 54 (1921), S. 5–15 = HKW 6, S. 225–237.

Verfassung Österreichs verbunden war – nicht selten wurde Kelsen bereits damals als „Vater“ der Verfassung bezeichnet.¹⁰⁹ Dass die Demokratisierung der Verwaltung eigentlich Merkls Steckenpferd war,¹¹⁰ zeigt sich in dessen damaligen intensiver Tätigkeit als public intellectual¹¹¹ sowie in seinen Publikationen in rechtswissenschaftlichen Organen Anfang der 1920er Jahre,¹¹² aber auch in seinen Vorlesungen an der Universität Wien (IX.2).

Darin zeigte sich schon das Muster einer Zusammenarbeit, die auch im Bereich der Rechtstheorie besonders fruchtbar war, erfuhren doch Struktur und Erklärungsmacht der Reinen Rechtslehre Kelsens und der Wiener Schule auf der Basis der Forschungen Merkls zur Stufenbaulehre durch die Integration der Rechtsdynamik eine nachhaltige Veränderung und Erweiterung. Im Jahre 1925 beispielsweise schrieb Kelsen in seiner „Allgemeinen Staatslehre“: „Merkls Theorie des Stufenbaues der Rechtsordnung ist für meine Darstellung der Funktionenlehre von entscheidender Be-

¹⁰⁹ Zur Rolle Kelsens im Verfassungsgebungsprozess zum B-VG 1920: Clemens Jabloner/Thomas Olechowski/Klaus Zeleny (Hrsg.), Die Verfassungsentwicklung 1918–1920 und Hans Kelsen, Wien 2020.

¹¹⁰ Siehe vor allem die später erschienene Schrift Merkls: *Merkl, Demokratie und Verwaltung* (Anm. 8).

¹¹¹ *Adolf Julius Merkl*, Demokratie und Reform der Verwaltung, in: Neues Wiener Tagblatt Nr. 45 vom 15. Februar 1921, S. 1–2; *Adolf Julius Merkl*, Nochmals die Demokratisierung der Verwaltung, in: Neues Wiener Tagblatt Nr. 104 vom 17. April 1921, S. 2–3; *Adolf Julius Merkl*, Verwaltungsreform und zwecklose Verwaltung, in: Neues Wiener Tagblatt Nr. 233 vom 26. August 1921, S. 1–2 = Merkl-GS III/1, S. 99–105.

¹¹² *Adolf Julius Merkl*, Zum Problem der Verwaltungsreform, in: Zeitschrift für Verwaltung 54 (1921), S. 163–174 = Merkl-GS III/1, S. 113–124; *Adolf Julius Merkl*, Demokratie und Reform der Verwaltung, in: Zeitschrift für Verwaltung 55 (1922), S. 1–7, 41–47, 65–137.

deutung“.¹¹³ Schüler und Lehrer regten sich gegenseitig an, sodass viele ihrer bedeutsamsten Theorien die Frucht echter Teamarbeit, wissenschaftlicher Synergie und intellektueller Symbiose waren.

Die von Merkl ab 1921 herausgegebene „Zeitschrift für Verwaltung“ wurde ebenfalls für die Verbreitung der Publikationen der Mitglieder des Kelsen-Kreises instrumentalisiert. Merkl rezensierte für dieses Organ zahlreiche Schriften seiner Mitstreiter,¹¹⁴ vor allem aber Kelsens.¹¹⁵ Nicht nur verwaltungs- und verfassungsrechtliche Monographien aus der Feder der Schüler Kelsens wurden dort besprochen, son-

¹¹³ Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, S. 402.

¹¹⁴ Vgl. z. B. Adolf Julius Merkl, [Buchbesprechung:] Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung und der Strafanspruch der Staaten. Von Dr. Alfred Verdross, Legationssekretär, Privatdozent an der Universität in Wien. 115 S. Verlag Hans Robert Engelmann, Berlin W. 15, 1920, in: Zeitschrift für Verwaltung 54 (1921), S. 65; Adolf Julius Merkl, [Buchbesprechung:] Theorie des Staatsgebietes, entwickelt aus der Lehre von den lokalen Kompetenzen der Staatsperson. Von Walter Henrich. Verlag Hölder-Pichler-Tempsky A. G. Wien-Leipzig, 1922, in: Zeitschrift für Verwaltung 55 (1922), S. 30–31; Adolf Julius Merkl, [Buchbesprechung:] Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung. Von Dr. Alfred Verdross, Sektionsrat im Bundeskanzleramt und Privatdozent an der Universität Wien. Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) in Tübingen, 1923, 171 S., in: Zeitschrift für Verwaltung 57 (1924), S. 98–99 = Merkl-GS II/2, S. 621–622.

¹¹⁵ Vgl. Adolf Julius Merkl, [Buchbesprechung:] Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtstheorie. Von Dr. Hans Kelsen, o. ö. Professor an der Universität Wien. Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1920, 320 Seiten, in: Zeitschrift für Verwaltung 54 (1921), S. 34 = Merkl-GS II/2, S. 607–609; Adolf Julius Merkl, [Buchbesprechung:] Dr. Hans Kelsen, o. ö. Universitätsprofessor in Wien. Vom Wesen und Wert der Demokratie. Tübingen, Verlag J. C. B. Mohr, 1920. – Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus. Leipzig, Verlag von C. L. Hirschfeld, 1920, in: Zeitschrift für Verwaltung 54 (1921), S. 156–159 = Merkl-GS I/2, S. 25–31.

dern auch rein rechtstheoretische Publikationen. Gelegentlich nahm Merkl auch die Rezensionen in der Zeitschrift zum Anlass, seine eigenen Schriften zu besprechen und so für sie Werbung zu betreiben.¹¹⁶ Die Neue Folge der „Zeitschrift für Verwaltung“ war das Nachfolgeorgan der traditionsreichen „Österreichischen Zeitschrift für Verwaltung“, ihre Leserschaft bestand hauptsächlich aus Rechtspraktikern und sie konnte als Popularisierungsmedium für die Reine Rechtslehre jenseits der engeren Gemeinschaft der Rechtstheoretiker dienen.

Die auf die Verbreitung der Reinen Rechtslehre über den kleinen Kreis der Begeisterten hinaus gerichteten Ambitionen der Wiener Schule werden im Jahr 1921 durch eine Initiative Merkls verdeutlicht: Kelsen sollte eine Festschrift bereits zu seinem 40. Geburtstag gewidmet werden. Merkl wandte sich im Namen der ganzen „Schülergemeinde“ an den Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), den „Hauptverleger Prof. Kelsens“, um beim renommierten Hause nachzufragen, ob Interesse für so ein Projekt bestünde. Ziel der Festschrift

¹¹⁶ Vgl. *Adolf Julius Merkl*, [Buchbesprechung:] Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920. Herausgegeben in Verbindung mit Dr. Georg Froehlich, Ministerialrat im Bundeskanzleramt, und Dr. Adolf Merkl, Professor an der Universität in Wien, von Dr. Hans Kelsen, Professor an der Universität in Wien, Mitglied des Verfassungsgerichtshofes. Wien und Leipzig, Verlag Franz Deuticke, 535 Seiten, in: Zeitschrift für Verwaltung 55 (1922), S. 138–139; *Adolf Julius Merkl*, [Buchbesprechung:] Wiener staatswissenschaftliche Studien, XV. Band, 2. Heft. Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung von Professor Dr. Adolf Merkl. Verlag Franz Deuticke, Wien 1923. 302 S., in: Zeitschrift für Verwaltung 57 (1924), S. 26–28 = Merkl-GS I/1, S. 365–368; *Adolf Julius Merkl*, [Buchbesprechung:] Demokratie und Verwaltung. Von Prof. Dr. Adolf Merkl. Verlag Moritz Perles, Wien 1923. 92 S., in: Zeitschrift für Verwaltung 57 (1924), S. 28.

war „das von Prof. Kelsen begründete und von ihm und seiner Schule weitergeführte Lehrgebäude weiteren Kreisen zu vermitteln“;¹¹⁷ aus verschiedenen Gründen wurde das Projekt jedoch nicht weiter verfolgt.¹¹⁸

Der Dialog zeigte sich weiterhin kurz darauf, als 1922 der fünfte Teil der ursprünglich von Kelsen herausgegebenen und kommentierten Ausgabe der Verfassungsgesetze Österreichs publiziert wurde.¹¹⁹ Anders als bei den vier ersten Teilen traten diesmal Georg Froehlich und Adolf Julius Merkl an die Seite Kelsens. Die „Rechtskraft“ als Merkl's rechtstheoretisches Hauptwerk wurde ein Jahr später, 1923, als letzter Band der alten Reihe der von Kelsen herausgegebenen „Wiener Staatswissenschaftlichen Studien“ publiziert.¹²⁰ Die zweite Auflage der „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ widmete Kelsen im selben Jahr seinen ältesten Schülern Merkl und Verdross.¹²¹ Merkl wiederum widmete sein Buch „Allgemeines Verwaltungsrecht“ im Jahre 1927 Hans Kelsen.¹²² Ein Jahr später wurde er dann, zusammen mit Verdross, in den Kreis der Herausgeber der Zeitschrift

¹¹⁷ Drei Zitate: Brief von Adolf Merkl an J. C. B. Mohr (Siebeck Verlag) vom 12. April 1921.

¹¹⁸ Vgl. dazu Editorischer Bericht „Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik (1921)“, in: HKW 6, S. 669–700 (677 f.); Olechowski, Kelsen-Biographie² (Anm. 2), S. 320 f.

¹¹⁹ Kelsen/Froehlich/Merkl, Verfassungsgesetze V: Bundesverfassung (Anm. 40) = HKW 8, S. 25–502.

¹²⁰ Vgl. Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. I = RK StudA 1. Das Werk erschien als zweites Heft des 15. Bandes der 1923 von Kelsen in Verbindung mit Friedrich von Wieser (1851–1926) und Othmar Spann (1878–1950) herausgegebenen „Wiener Staatswissenschaftlichen Studien“.

¹²¹ Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 2. Aufl., Tübingen 1923, S. III = HKW 9, S. 325–350.

¹²² Merkl, Verwaltungsrecht (Anm. 34).

für öffentliches Recht aufgenommen,¹²³ in der er als Autor 1914–1963 96 Beiträge, darunter 70 Buchbesprechungen, publizierte.

In der impliziten Arbeitsteilung der Wiener Schule bearbeitete Merkl, dessen *venia Allgemeine Staatslehre und Staatsrecht* umfasste, weniger die großen rechtsphilosophischen oder staatstheoretischen Themen (wie etwa Kelsen oder Sander), sondern eher die Probleme des positiven Rechts. Darüber hinaus bildete er zusammen mit Kelsen, František Weyr (1879–1951) und seinem eigenen Schüler, Hans Klinghoffer (1905–1990), die Gruppe der am Verwaltungsrecht Interessierten; insbesondere systematisierte er das Verwaltungsrecht im Sinne der Reinen Rechtslehre neu. Im Laufe der 1920er Jahre hatte Merkl immer wieder Gelegenheit, sich durch die Betreuung von Dissertationen an der Ausbildung von Nachwuchswissenschaftlern zu beteiligen,¹²⁴ auch wenn er in der Zwischenkriegszeit keine eigenen Habilitanden hatte, welche die Tradition der Reinen

¹²³ Verdross war bereits ab 1924 Schriftleiter der Zeitschrift; zur Verbindung von Verdross zur Zeitschrift sowie zur Charakterisierung als „Verdross-Zeitschrift“ in späteren Jahren vgl. Stephan Verosta, Alfred Verdross – Leben und Werk, in: Friedrich A. Freiherr von der Heydte et al. (Hrsg.), Völkerrecht und rechtliches Weltbild. Festschrift für Alfred Verdross, Wien 1960, S. 1–29 (3); Heribert Franz Köck, Vita ed Opera del Giurista Austriaco Alfred Verdross, in: Römische Historische Mitteilungen 34/35 (1993), S. 300–326 (325).

¹²⁴ Kelsen und Merkl begutachteten beispielsweise 1927 die Doktorarbeit von Klinghoffer zum Thema „Staatsbeamtentum und Demokratie“ (vgl. Hans Klinghoffer, Ein Jurist des öffentlichen Rechts auf Wanderwegen, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts 34 (1985), S. 71–88 (71)); 1928 begutachteten sie die Dissertation von Alfred Klahr (1904–1944) zum Thema „Über das Verhältnis zwischen Parlament und Regierung in parlamentarischen Republiken“.

Rechtslehre weiterführen hätten können.¹²⁵ Langsam wurde er zu einem zweiten Pol der Wiener Schule, insbesondere nach seinem Einsatz im Rahmen der schulerschütternden Kontroverse zwischen Kelsen und Sander in den Jahren 1921–1925, als er konsequent auf der Seite Kelsens stand.¹²⁶ Er unterstützte seinen Lehrer dabei, die Anschuldigungen von Sander zu entkräften und dessen Theorie der Rechts erfahrung nicht nur auf der Basis von rechtstheoretischen Argumenten zu bekämpfen, sondern auch indem er unter anderem Sander als einen undankbaren Schüler Kelsens darstellte.¹²⁷ Seine eigene Kontroverse mit Fritz Sander um das Problem des „rechtswidrigen Rechts“ führte mit dazu, dass Merkl viele seiner bahnbrechenden Theorien wie etwa das Fehlerkalkül (V. 4) entwickelte und verbesserte.

Die produktive und durch keinerlei erkennbare Differenzen gestörte Lehrer-Schüler-Beziehung zwischen Kelsen

¹²⁵ Merkl fungierte 1935 als Erstgutachter im Habilitationsverfahren von Robert Kerber (1884–1977, Innenminister 1933–1934): Dieser habilitierte sich für „Sozialversicherungsrecht“ auf Grundlage der Mitherausgabe einer (kommentierten) Gesetzesausgabe der Sozialversicherungsgesetze. Im Habilitationsverfahren von Eduard Westphalen-Fürstenberg (1904–1941) wirkte Merkl noch im Jahre 1935 als Zweitgutachter: Westphalen-Fürstenberg habilitierte sich für „Allgemeine Staatslehre und österreichisches Staatsrecht“ auf Grundlage der Schrift „Das Problem der Grundrechte im Verfassungsleben Europas“; Merkls Gutachten fiel sehr kritisch aus.

¹²⁶ Zur Kelsen–Sander-Kontroverse vgl. *Johannes-Axel Korb, Kelsens Kritiker. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechts- und Staatstheorie (1911–1934)*, Tübingen 2011, S. 276–285; Editorischer Bericht „Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der ‚Rechtsdogmatik‘ (1922/1923)“, in: HKW 9, S. 435–458; Editorischer Bericht „In eigener Sache (1923)“, in: HKW 9, S. 389–405.

¹²⁷ Vgl. *Adolf Julius Merkl, Ein Kampf gegen die normative Jurisprudenz. Zum Streit um Kelsens Rechtslehre*, Wien 1924 = Merkl-GS I/1, S. 339–364.

und Merkl prägte konsequent eine der wohl kreativsten Epochen des intellektuellen Schaffens Kelsens und der gesamten Schule – die Wiener Zeit bis zu Kelsens Weggang nach Köln 1930. Sie überdauerte sogar die Vertreibung Kelsens aus Europa, auch wenn der Kontakt zwischen ihm und manch anderen Schülern an Enge verlor. Nach Kelsens Abschied von Wien bemühte sich Merkl, der vollständigen Auflösung der Wiener Schule entgegenzuwirken und fungierte als Referenzpunkt für die jüngere Generation der Reinen Rechtslehre; so übernahm er Kelsens letzten Habilitanden, Erich Voegelin (1901–1985), als seinen Mitarbeiter und bot mehrere Lehrveranstaltungen an der Fakultät zusammen mit ihm an (IX.2). Eine kleine Gruppe aus dem Kreis um Kelsen traf sich weiterhin regelmäßig bei Georg Fleischer (1899–1944)¹²⁸ in einem Versuch, den Geist von Kelsens Privatseminar aufrechtzuerhalten – darunter war vermutlich auch Adolf Merkl.¹²⁹ Vor diesem Hintergrund wirkt es seltsam, warum nur Verdross und nicht auch Merkl als Herausgeber der Festschrift zum 50. Geburtstag Kelsens im Jahr 1931 fungierte.¹³⁰

Nicht nur zum Zusammenhalt der Wiener Schule als Forscherformation, sondern auch zur Identität und Stringenz der Reinen Rechtslehre als Forschungsprogramm hat Merkl Wesentliches beigetragen,¹³¹ wie sich in seinem Rah-

¹²⁸ Vgl. Clemens Jabloner, Georg Fleischer, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), *Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre*, Wien 2008, S. 99–113.

¹²⁹ Brief von Felix Kaufmann an Hans Kelsen vom 5. März 1933, in: Sozialwissenschaftliches Archiv Konstanz, Nachlass Felix Kaufmann.

¹³⁰ Vgl. Alfred Verdross (Hrsg.), *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Festschrift: Hans Kelsen zum 50. Geburtstage gewidmet*, Wien 1931, S. 295–308.

¹³¹ Vgl. Kelsen, *Hauptprobleme²* Vorwort (Anm. 121), S.XV = HKW 9, S. 325–350 (339f.); Brief von Hans Kelsen an Adolf Julius

mentheorem, in der mit seinem Namen unwiderruflich verbundenen Stufenbaulehre sowie in der Ausarbeitung der Ermächtigungs- und der Derogationsnorm als zentrale Elemente der rechtlichen „Nomomechanik“¹³² zeigt. Aus Anlass seines 70. Geburtstages ehrte Kelsen Merkl mit dem Titel eines gleichberechtigten „founding father“ der Reinen Rechtslehre und nannte ihn ein „wahres Genie rechtswissenschaftlichen Denkens“.¹³³ Berücksichtigt man die zahlreichen Beiträge Merkl's zur Weiterentwicklung der Reinen Rechtslehre, scheint es zutreffend zu sagen, dass er nicht nur ihr Mitbegründer, sondern teilweise „ihr wahrer Initiator in der Gestalt, die die meisten heute kennen“¹³⁴ ist. Umso bemerkenswerter ist es, dass fast die gesamte *rechtstheoretische* Produktion von Merkl in eine kurze Zeitspanne von rund siebzehn Jahren fällt.

Merkel vom 15. Februar 1969, in: Max Imboden et al. (Hrsg.), *Festschrift für Adolf J. Merkl zum 80. Geburtstag*, München und Salzburg 1970, S. 11; *Alfred Verdross*, [Nachruf] Adolf Merkl, in: *Österreichische Akademie der Wissenschaften. Almanach für das Jahr 1972*, S. 388–392 (390). Vgl. auch *Gabriele Kucsko-Stadlmayer*, Der Beitrag Adolf Merkl's zur Reinen Rechtslehre, in: Robert Walter (Hrsg.), *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre*, Wien 1992, S. 107–122.

¹³² *Jörg Kammerhofer*, Fehlerekalkül ohne Fehler. Die Nomomechanik des Derogationsstufenbaus bei IGH Auslegungsurteilen, in: Clemens Jabloner/Thomas Olechowski/Klaus Zeleny (Hrsg.), *Der Stufenbau des Rechts auf dem Prüfstand*, Wien 2022, S. 135–171.

¹³³ *Kelsen*, Adolf Merkl (Anm. 39), S. 313.

¹³⁴ *Agostino Carrino*, Die Normenordnung. Staat und Recht in der Lehre Kelsens, Wien und New York 1998, S. 156; vgl. auch *Günther Winkler*, *Rechtstheorie und Erkenntnislehre. Kritische Anmerkungen zum Dilemma von Sein und Sollen in der Reinen Rechtslehre aus geistesgeschichtlicher und erkenntnistheoretischer Sicht*, Wien 1990, S. 208.

III. Merkls rechtstheoretische Schriften

1. Das Rückgrat der Wiener Schule

Im Gegensatz zu Kelsen – der nicht weniger als zehn rechts- und normtheoretische Monographien hinterließ, darunter die zwei Auflagen der „Reinen Rechtslehre“ sowie die posthum erschienene „Allgemeine Theorie der Normen“¹³⁵ – publizierte Merkl mit der „Rechtskraft“ nur ein einziges rechtstheoretisches Buch.¹³⁶ Wohl deshalb steckt in ihr nahezu ein ganzes rechtstheoretisches System. Merkl war, anders als Kelsen, eben kein monographischer Autor;¹³⁷ während rund

¹³⁵ Vgl. *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz, Tübingen 1911 = HKW 2, S. 21–878; *Hans Kelsen*, Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode. Vortrag, gehalten in der Soziologischen Gesellschaft zu Wien, Tübingen 1911 = HKW 3, S. 22–55; *Kelsen*, Souveränität (Anm. 103) = HKW 4, S. 235–572; *Hans Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht, Tübingen 1922 = HKW 7, S. 69–350; *Kelsen*, Staatslehre (Anm. 113); *Hans Kelsen*, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburg 1928; *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre. Einführung in die Rechtswissenschaftliche Problematik, Wien 1934; *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960; *Hans Kelsen*, General Theory of Law and State, New York 1945; *Hans Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, Wien 1979. Im Jahre 1953 erschien auch eine erweiterte Fassung der ersten Auflage der Reinen Rechtslehre in französischer Sprache, die als Stufe zwischen dessen erster und der zweiter Auflage gilt: *Hans Kelsen*, Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit, Genf 1953.

¹³⁶ Im Jahre 1924 veröffentlichte Merkl außerdem im Selbstverlag eine monographische Broschüre: *Merkl*, Kampf (Anm. 127) = Merkl-GS 1/I, S. 339–364.

¹³⁷ Vgl. zu Kelsen: *Matthias Jestaedt*, Wiener Summe. Die „Allgemeine Staatslehre“ als Kelsens vollständigstes Werk, in: *Matthias Jestaedt* (Hrsg.), *Hans Kelsen. Allgemeine Staatslehre. Studienausgabe der Originalausgabe 1925*, Tübingen 2019, S. XI–LXXXIV (XLVII).

53 % von Kelsens Œuvre in Monographien gedruckt wurden, beträgt dieses Verhältnis bei Merkl nur etwa 20 %.¹³⁸ Merkl war vielmehr ein Meister des bahnbrechenden Aufsatzes, von denen er in den Jahren 1915–1931 eine ganze Reihe verfasste und die man kumulativ als sein rechtstheoretisches Vermächtnis ansehen kann und lesen sollte.

Es ist daher nicht nur nützlich, sondern unumgänglich, die „Rechtskraft“ im Lichte dieser Arbeiten zu sehen und die Aussagen darin in den so definierten Kontext der Rechtstheorie Merkls zu stellen, zumal das Buch aus dem Jahre 1923 eine Entwicklung krönt, die mit seinen ersten wissenschaftlichen Versuchen begonnen hatte und der Theorie der Eigengesetzlichkeit des Rechts in der „Rechtskraft“ kulminieren würde. In polemischer Überhöhung und ohne psychopathologische Konnotation kann man umgekehrt sogar von einer Art rechtstheoretischen „lucidum intervallum“ Merkls sprechen.¹³⁹ Fast ausschließlich in jenen siebzehn Jahren, deren Anfang durch „Die Verordnungsgewalt im Kriege“¹⁴⁰ und deren Ende durch „Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues“¹⁴¹ seinen Beitrag zur er-

¹³⁸ Überschlagsmäßig gerechnet 9 000 von 17 000 Seiten bei Kelsen, 1200 von 6 000 Seiten bei Merkl.

¹³⁹ Vgl. Clemens Jabloner, [Buchbesprechung:] Mayer-Maly D., Schambeck H., Grusmann W.-D. (Hrsg.): Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften. Dritter Band: Verwaltungsrecht – Zeitgenossen und Gedanken. Zweiter Teilband. 695 Seiten. Duncker & Humblot, Berlin 2009, in: Journal für Rechtspolitik 19 (2011), S. 121–122 (121).

¹⁴⁰ Adolf Julius Merkl, Die Verordnungsgewalt im Kriege, in: Juristische Blätter 44 (1915), S. 375–376, 387f. [von der Zensur gestrichen], 509–512; Juristische Blätter 45 (1916), S. 397–399, 409–411, 493–495, 505–507, 517–519; Juristische Blätter 48 (1919), S. 337–341 = Merkl-GS II/1, S. 3–69.

¹⁴¹ Adolf Julius Merkl, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in: Alfred Verdross (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht.

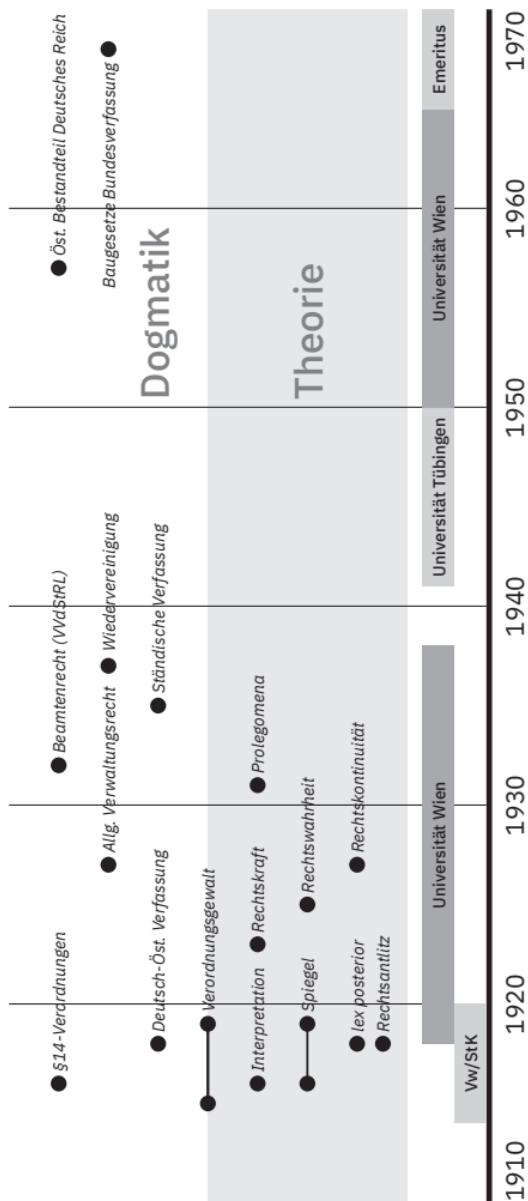


Abbildung 1: Das rechtstheoretische „lucidum intervallum“ Merkls.

sten Kelsen-Festschrift, markiert wird, veröffentlichte Merkl seine Rechtstheorie. Danach folgten zwar eine ganze Reihe von Schriften, insbesondere auch zur Rechts- und Staats-*philosophie*, seine Rechtstheorie entwickelte er nach 1931 aber nicht mehr erheblich weiter. In späteren Werken finden sich zwar einzelne rechtstheoretische Gedanken, aber keine neuen ausformulierten Thesen.

Eine bekannte und besonders schmerzliche Episode ist die Ankündigung aus dem Jahre 1931, am Ende von „*Prolegomena*“, dass „[e]ine Monographie über die Theorie des rechtlichen Stufenbaues, zu der die vorstehende *Prolegomena* andeutende Vorbemerkung sein wollen [...] in Vorbereitung“¹⁴² sei. Dieses Buch erblickte nicht mehr das Licht der Welt und auch im Nachlass fanden sich bisher nur wenige Anhaltspunkte: Erstens liegt eine zweiseitige undatierte Abhandlung mit dem Titel „*Probleme des rechtlichen Stufenbaus*“¹⁴³ vor. Sie scheint zu einem größeren Werk zu gehören, in dem Merkl vermutlich seine Überlegungen zum Stufenbau und zur Rechtsdynamik fortführen wollte, es könnte sich daher möglicherweise um die von ihm angekündigte Monographie gehandelt haben. Das vollständige Manuskript wurde bislang jedoch nicht aufgefunden. Zweitens teilte Merkl in einem Schreiben an den Mohr-Verlag aus

Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstage gewidmet, Wien 1931, S. 252–294 = Merkl-GS I/1, S. 437–492.

¹⁴² Merkl, *Prolegomena* (Anm. 141), S. 294 Anm. 8 = Merkl-GS I/1, S. 437–492 (492). Vgl. aber auch Merkl, *Rechtskraft* (Anm. 1), S. 224 Anm. 1 = RK StudA 312, wo Merkl bereits das Vorhaben einer diesbezüglichen Monographie bekanntgegeben hatte.

¹⁴³ Adolf Julius Merkl, *Probleme des rechtlichen Stufenbaus* [Nicht-publiziertes Typoskript], s.d., 2 S., in: Universitätsarchiv Wien, Teil-Nachlass von Adolf Julius Merkl.

dem Jahre 1948, mit, er habe beim Hamburger Staats- und Rechtswissenschaftlichen Verlag eine „Allgemeine Staatslehre“ unter Vertrag.¹⁴⁴ Merkl hätte möglicherweise seine Gedanken zur Struktur der Rechtsordnung in dieses Werk einflechten wollen; aber auch dieses Projekt wurde nicht zu Ende gebracht.

Allerdings stellt die Ankündigung der nie erscheinen werdenenden Monographie keinen Ausnahmefall dar: In mehreren Fällen finden sich Äußerungen Merkls, an bestimmten Projekten zu arbeiten, die bald als Buch veröffentlicht werden würden, welche aber nie realisiert wurden. Zu diesen Merklschen „leftovers“ gehört eine nie publizierte Monographie zum Fehlerkalkül sowie eine Monographie zur Analogie zwischen Rechtskraft und päpstlicher Infallibilität¹⁴⁵ oder eine abgesonderte Arbeit zur Theorie der Rechtserscheinungen,¹⁴⁶ weiters die bereits erwähnte „Allgemeine Staatslehre“ sowie die zweite Auflage des Lehrbuches „Allgemeines Verwaltungsrecht“, für das Merkl bereits ein neues Vorwort fertiggestellt hatte. Des Weiteren geht aus den Akten des Tübinger Berufungsverfahrens hervor, dass Merkl bereits im Jahre 1938 in Wien das Manuskript einer Arbeit zum österreichischen Staatsrecht vorgelegt hatte.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Vgl. Brief von Adolf Julius Merkl an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 21. September 1948. Dies erwähnte er auch in seiner Korrespondenz mit Kollegen, vgl. z. B. Brief von Adolf Julius Merkl an Alfred Kötz vom 23. September 1948, in: Universitätsarchiv Tübingen. Aus diesem Brief erhellt, dass der Hamburger Verlag bei Merkl wohl eine „Allgemeine Staatslehre“ in Auftrag gegeben hatte.

¹⁴⁵ Vgl. Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), 278 Anm. 1, S. 297 Anm. 1 = RK StudA 382, 407; vgl. Jakob Faig, Fehlerkalkül: Auseinandersetzungen mit dem rechtstheoretischen Werk Adolf Julius Merkls, Dissertation Universität Freiburg 2025.

¹⁴⁶ Vgl. Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 204 Anm. 1 = RK StudA 286.

¹⁴⁷ Brief Dekan Rektor 2. Juli 1942 (Anm. 63).

Wenngleich es keine Beweise dafür gibt, warum Merkl nach 1931 (fast) nicht mehr zur Rechtstheorie publizierte, so liegen doch einige Indizien vor. Merkl schrieb im oben erwähnten Brief an Dölle aus dem April 1950: „Mein Leben wird sich erfüllen, wenn ich nach dem Erscheinen meiner reinen theoretischen Schrift den Rest meiner Tage dem Kriegs- und Friedensproblem und den deutschen Kriegsopfern jenseits der nahen Grenze widmen kann.“¹⁴⁸ Vermutlich ebenfalls aus den 1950er Jahren datiert das in seinem Nachlass aufbewahrte Vorwort zur zweiten Auflage des Lehrbuchs „Allgemeines Verwaltungsrecht“, in dem Merkl erläutert, warum er sich entschlossen habe, diese letztlich nie erschienene Auflage umzuwidmen:

„Die erste Auflage vom Mai 1927 hatte ich Hans Kelsen als jenem meiner akademischen Lehrer, der mich am meisten in seinen Bann gezogen hat, gewidmet. Die Änderung der Widmung würde völlig mißverstanden werden, wenn sie als persönliche oder auch nur sachliche Abkehr von dieser überragenden Fachpersönlichkeit gedeutet werden würde. Das Werk ist auch in seiner neuen Fassung eine Nutzanwendung der ‚Reinen Rechtslehre‘ und ein Bekenntnis zu deren Schöpfer. [...] mein Buch [wird] eine vielleicht manchmal bedrückende Auslese aus der Verwaltungstätigkeit der jüngsten Zeit darbieten, die ja reichlich Beweise für die doppelte Möglichkeit des Staates: als Quelle von Gutem und Bösem aufzuweisen hat. Diese wahrhaftig bedrückende Erfahrung ist denn auch der Bestimmgrund für die, auf den ersten Blick vielleicht befremdliche Widmung des Werkes: An die Opfer ungerechter Verwaltung“¹⁴⁹.

Seine eigene Hinwendung zur Rechts- und Staatsphilosophie themisierte Merkl im Mai 1956 in einem Brief an Kel-

¹⁴⁸ Brief Merkl Dölle 4. April 1950 (Anm. 44).

¹⁴⁹ Adolf Julius Merkl, Vorwort [zur zweiten Auflage von „Allgemeines Verwaltungsrecht“], s.l.: s.d., 5 S., in: UAW, Teil-Nachlass von Adolf Julius Merkl.

sen, in dem er sich vermutlich auf die „Allgemeine Staatslehre“ sowie das „Allgemeine Verwaltungsrecht“ bezog:

„Meine beiden weitgehend vorbereiteten Buchpublikationen werden trotz der grundsätzlichen Bejahung der Reinen Rechtslehre ein völlig verändertes Gesicht haben, das mir durch die Erfahrung des Christlich-ständischen Staates, des Dritten Reiches und auch der erneuerten Demokratischen Republik, die Entsprechung der Gesetzesrechtslage gegenüber einer idealen Gesellschaftsordnung ungleich wichtiger erscheint als die reine Realisierung des positiven Rechts auf dem Wege der Vollziehung“¹⁵⁰

All das spricht dafür, dass sein schwindendes rechtstheoretisches Interesse eng mit dem starken Eindruck zusammenhing, den Faschismus, Nationalsozialismus und der Krieg auf ihn gemacht hatten und deren Auswirkungen er spätestens ab 1938 direkt ausgesetzt war. Merkl wandte sich Themen und Problemen jenseits seines vormaligen rechtstheoretischen Schwerpunktes zu, welche wohl nach seinem Verständnis im Nachgang seiner Erfahrungen einen anderen Ansatz als den rein rechtsstrukturtheoretischen erforderten. „So bleibt es höchste Pflicht des Rechtswissenschaftlers“, schrieb er in einem Beitrag zur Feier des 80. Geburtstages Kelsens, „sich durch die [rechtliche] Macht nicht blaffen zu lassen, sondern ihr den Spiegel der Moral vorzuhalten“. „Das Unmaß von ungerechtem Recht, das sich in der Geschichte der Menschheit kurzweg ‚Recht‘ genannt hat“¹⁵¹ schien ihn zunehmend zu stören und rückte ins Zentrum seiner Überlegungen.

¹⁵⁰ Brief von Adolf Julius Merkl an Hans Kelsen vom 7. Mai 1956, in: UAW, Teil-Nachlass von Adolf Julius Merkl.

¹⁵¹ Drei Zitate: *Adolf Julius Merkl*, Zum 80. Geburtstag Hans Kelsens. Reine Rechtslehre und Moralordnung, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 11 (1961), S. 293–313 (312 f.) = Merkl-GS I/1 629–655 (654 f.).

Der Perfektionismus Merkls, der ihm von manchen seiner Schüler und Kollegen attestiert wurde, mag einer der Gründe dafür gewesen sein, dass er letztlich der Wissenschaft nie jene (weiteren) Werke hinterlassen hat, „die vollendet in seiner Hand“ lagen, „die er uns aber – wie wir glauben, aus der übergroßen Gewissenhaftigkeit des Gelehrten heraus – noch immer vorenthält“¹⁵² „[D]as große rechtstheoretische Werk [...], das seine Freunde von ihm erwarten“¹⁵³ würde er jedoch nicht mehr vorlegen. Jedenfalls hinterließ er eine ganze Reihe von herausragenden und bestechenden Texten zur Rechtstheorie, die in ihrem Reflexionsgrad und ihrer Erfindungsgabe auch hundert Jahre später noch ihresgleichen suchen und deren Potential noch bei weitem nicht ausgeschöpft ist.

2. Die wichtigsten Beiträge zur Rechtstheorie

Im Gegensatz zu Kelsen, der sich mehrfach in außerjuristische Bereiche vorwagte und auch interdisziplinär arbeitete, blieben Merkls Publikationen weitgehend innerhalb der Rechtswissenschaften – seine Arbeit war somit überwiegend intradisziplinär. So äußerte er sich zu verschiedenen Problemen der demokratischen Ausgestaltung einer Rechtsordnung und bot Lehrveranstaltungen aus der politischen Theorie an, entwickelte jedoch nie eine Demokratietheorie.¹⁵⁴ Der Schwerpunkt seiner wissenschaftlichen Lei-

¹⁵² Walter Antonioli, Adolf Julius Merkl zum 70. Geburtstag, in: *Juristische Blätter* 82 (1960), S. 146–147 (147).

¹⁵³ Kelsen, Adolf Merkl (Anm. 39), S. 315.

¹⁵⁴ In der Wiener Schule entstanden wenigstens zwei Demokratietheorien, die Kelsens und die Sanders, vgl. z.B. Hans Kelsen, Von Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl., Tübingen 1929; Fritz

stungen jenseits der Rechtstheorie liegt im Verwaltungs- und Verfassungsrecht, wobei es „kein Stadium in der Entwicklung des österreichischen Verfassungsrechtes [gibt], zu dem Merkl keinen Beitrag geleistet hat.“¹⁵⁵ Im Folgenden wollen wir uns jedoch auf Merkls Rechtstheorie beschränken und einen Überblick über sein verstreutes rechtstheoretisches Denken geben, um die in der „Rechtskraft“ zutage tretenden Thesen und Entwicklungen zu kontextualisieren.¹⁵⁶

In der oben bereits erwähnten Reihe von unselbständigen Beiträgen, die 1915–1931 in juristischen Fachzeitschriften erschien und oft spezifischen rechtsdogmatisch-positivrechtlichen Problemen der Habsburgermonarchie sowie der Ersten Republik gewidmet waren, entwickelte Merkl nicht nur eine eigene Rechtstheorie unter den Vorzeichen von Kelsens Reiner Rechtslehre, sondern lieferte der Wiener Schule mit der Entwicklung einer Theorie der Ermächtigungs- und Derogationsnormen sowie der Stufenbaulehre und des Fehlerkalküls ihr rechtstheoretisches Rückgrat. Obwohl Merkl das Forschungsprogramm einer *reinen* Rechtstheorie, wie sie Kelsen seit den „Hauptproblemen“¹⁵⁷ betrieb, teilte, gab er dieser Reinen Rechtslehre

Sander, Das Problem der Demokratie, Brünn 1934. Zur Demokratietheorie der internationalen Schüler Kelsens vgl. Alf Ross, *Hvorfor Demokrati?*, Kopenhagen 1946 (Übersetzung ins Englische: Alf Ross, *Why Democracy?*, Cambridge MA, 1952).

¹⁵⁵ Herbert Schambeck, Adolf Julius Merkl †, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 21 (1971), S. 1–5 (2).

¹⁵⁶ Eine gründliche Untersuchung der politischen Theorie Merkls ist noch ausständig, vgl. aber Ulrike Lembke, Adolf Julius Merkl's Stufenbau der Rechtsordnung. Rechtsstaat, demokratiekompatible Verrechtlichung und das Jenseits des positiven Rechts, in: Detlef Lehnert (Hrsg.), *Verfassungsdenker. Deutschland und Österreich 1870–1970*, Berlin 2017, S. 195–218.

¹⁵⁷ Kelsen, *Hauptprobleme* (Anm. 135) = HKW 2, S. 21–878.

eine eigene, Merklsche, Färbung. Er entwickelte sein Denksystem weniger an den grundsätzlichen Fragen der Geltungsbegründung des Rechts, sondern vielmehr an der inneren Funktionsweise des Rechts und seiner Anwendung. Er „versucht nicht, ein System zu errichten und dieses allenfalls am positiven Recht zu exemplifizieren, sondern das positive Recht theoretisch zu durchdringen und auf bestehende Probleme eine theoretisch fundierte Antwort zu geben“.¹⁵⁸

Merkl wandte die Entzauberungstherapie,¹⁵⁹ welche die Reine Rechtslehre auf das herkömmliche Rechtsdenken richtet, auf die Konstrukte und Theoreme der Rechtsdogmatik und Methodenlehre im Umgang mit alltäglichen Rechtsproblemen an. Während Kelsen sich ausführlich mit Problemen wie der Geltungsbegründung, der Staatsgewalt oder der Souveränität auseinandersetzte und eine komplexe Naturrechtskritik entwickelte,¹⁶⁰ blieb Merkl in diesen Beiträgen rechtsordnungstranszendenten Fragen fern, um sich auf rechtsordnungsimmanente Vorgänge zu konzentrieren und auf diesem Wege als unwissenschaftlicher Einbruch des Naturrechtsdenkens zu entlarven. Merkls Schriften wenden sich weniger gegen Naturrechtssysteme, sondern

¹⁵⁸ Robert Walter, Adolf Merkls rechtstheoretisches Werk, in: Deutsches Verwaltungsblatt 105 (1990), S. 657–662 (658 f.).

¹⁵⁹ Vgl. William Ebenstein, The Pure Theory of Law: Demythologizing Legal Thought, in: California Law Review 59 (1971), S. 617–652. Vgl. auch Matthias Jestaedt, Die „Entzauberung“ des Rechtsdenkens – Hans Kelsens „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ aus dem Jahre 1911, in: Catherine Haguenau-Moizard et al. (Hrsg.), L’Autriche-Hongrie des années 1866–1918: une contribution exceptionnelle à la protection des droits de l’Homme/Das Österreich-Ungarn der Jahre 1866–1918: Ein Herausragender Beitrag zum Schutz der Menschenrechte, Nijmegen 2020, S. 85–100.

¹⁶⁰ Vgl. z. B. Kelsen, Grundlagen (Anm. 135).

vielmehr gegen das diffuse, aber darob umso weiter verbreitete „interstitielle Naturrecht“, gegen den häufigen, aber nicht (naturrechts-)philosophisch abgesicherten pragmatischen Rückgriff auf außerpositive Argumente, Entitäten und Kunstgriffe¹⁶¹ – das „Alltagsnaturrecht“.¹⁶² Die Vertreter dieser Richtung versuchen, Lösungen zwar grundsätzlich, aber eben nicht ausschließlich im rechtlichen Validationssystem zu plausibilisieren oder zu rechtfertigen und scheuen sich nicht, unter Berufung auf Konzepte wie „öffentliche Interesse“, „subjektive Rechte“ oder „Rationalität“ bestimmte gewünschte Ergebnisse in das positive Recht zu importieren.

Im rechtstheoretischen lucidum intervallum der Jahre 1915–1931 verfasste Merkl mindestens 15 Beiträge, die einerseits entscheidend für das Verständnis seiner, in der „Rechtskraft“ verdichtet zum Ausdruck kommenden, Rechtstheorie sind, und andererseits wesentliche Bausteine für das Theoriegebäude der Reinen Rechtslehre der Wiener Schule lieferten. In diesen Schriften geht die „strengtheoretische[] Natur[]“ Merkl seiner Überzeugung nach, dass „es [...] kaum eine *positivrechtliche Frage* [gibt], hinter der sich nicht ein sogenanntes *allgemeines Rechtsproblem* verbergen würde“¹⁶³.

¹⁶¹ Zwischen „absolutem“ und „relativem Naturrecht“ wird unterschieden in: Fritz Sander, Die transzendentale Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 468–507 (478).

¹⁶² Vgl. Ulfried Neumann, Positivistische Rechtsquellenlehre und naturrechtliche Methode. Zum Alltagsnaturrecht in der juristischen Argumentation, in: Ralf Dreier (Hrsg.), Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts. Vorträge der Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) in der Bundesrepublik Deutschland, Göttingen, 12.–14. Oktober 1988, Stuttgart 1990, S. 141–151.

¹⁶³ Zwei Zitate: Adolf Julius Merkl, Die Unveränderlichkeit von Gesetzen – ein normlogisches Prinzip. Eine Erwiderung auf Prof. Dr.

Tabelle 1: Die rechtstheoretischen Hauptschriften Merkls

<i>Jahr</i>	<i>Titel</i>	<i>Quelle</i>
1915,	Die Verordnungsgewalt	Juristische Blätter 44
1916,	im Kriege	(1915), S. 375–376, 387–388 [von der Zensur gestrichen], 509–512;
1919		Juristische Blätter 45 (1916), S. 397–399, 409– 411, 493–495, 505–507, 517–519; Juristische Blätter 48 (1919), S. 337–341
1916	Grenzen der Kompetenz des Verwaltungsgerichts- hofes	Juristische Blätter 45 (1916), S. 313–316
1916	Zum Interpretations- problem	Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart (1916), S. 535–556
1916,	Das Recht im Spiegel	Deutsche Richterzeitung
1917,	seiner Auslegung/Das	8 (1916), Sp. 584–592;
1919	Recht im Lichte seiner Auslegung/Das Recht im Lichte seiner Anwendung	Deutsche Richterzeitung 9 (1917) Sp. 162–176, 394– 398, 443–450 (als Klein- monographie gedruckt: Hannover 1917); Deutsche Richterzeitung 10 (1919) Sp. 290–298
1917	Die Unveränderlich- keit von Gesetzen – ein normlogisches Prinzip. Eine Erwiderung an Herrn Prof. Dr. Weyr	Juristische Blätter 46 (1917), S. 97–98, 109–111, 571

Weyr, in: *Juristische Blätter* (1917), S. 97–98, 109–11, 511 (97) = Merkl-GS I/1, S. 155–168 (155).

<i>Jahr</i>	<i>Titel</i>	<i>Quelle</i>
1917	Die Rechtseinheit des österreichischen Staates. Eine staatsrechtliche Untersuchung auf Grundlage der Lehre von der <i>lex posterior</i>	Archiv des öffentlichen Rechts 37 (1917/1918), S. 56–121
1918	Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes	Juristische Blätter 47 (1918), S. 425–427, 444–447, 463–465
1920	Freirecht und Richterfreiheit	Schweizerische Juristen-Zeitung 16 (1920), S. 265–268
1920	Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung	Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1920), S. 456–467
1921	Die gerichtliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen	Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis 39 (1921), S. 569–609
1922	Gesetzesrecht und Richterrecht	Prager Juristische Zeitschrift 2 (1922), S. 337–344
1923	Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff	Leipzig und Wien 1923
1925	Justizirrtum und Rechtswahrheit	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 45 (1925), S. 425–465
1926	Das Problem der Rechtskontinuität und die Forderung des einheitlichen rechtlichen Weltbildes	Zeitschrift für öffentliches Recht 5 (1926), S. 497–527

<i>Jahr</i>	<i>Titel</i>	<i>Quelle</i>
1931	Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues	Alfred Verdross (Hrsg.), Gesellschaft Staat und Recht. Festschrift für Hans Kelsen zum 50. Geburtstag, Wien 1931, S. 252–294

Viele dieser Schriften können als Formen des typisch Merklschen Ansatzes verstanden werden: Sie bedienen sich rechtstheoretischer Begriffe, um traditionelle Rechtsfragen in ein neues Licht zu rücken, auf dieser Basis zu rekonstruieren und Schwachstellen der herrschenden Lehre aufzuzeigen. Statt den abstrakten rechtsphilosophischen Debatten eine weitere Glosse hinzuzufügen, greift Merkl oft konkrete rechtliche Fragestellungen¹⁶⁴ auf und unterzieht sie einer rechtstheoretischen Lektüre – ohne freilich den Anspruch zu erheben, diese mit den Mitteln der Rechtstheorie auch zu lösen. Vielmehr geht es ihm oft darum, die Probleme unter der rechtstheoretischen Lupe klarer sichtbar zu machen und mitunter ein Problem als Scheinproblem, als juristische Kollektivneurose zu entlarven.

Nachstehend seien die fünf wichtigsten Schriften kurz im Hinblick auf ihre Bedeutung für die Rechtstheorie im Allgemeinen sowie für die Reine Rechtslehre und die „Rechtskraft“ im Besonderen zusammengefasst:

¹⁶⁴ Zur Entstehung und Weiterentwicklung der Reinen Rechtslehre als Reaktion auf bestehende positivrechtliche und rechtsdogmatische Probleme der Habsburger Monarchie vgl. Clemens Jabloner, Zum Nachhall verfassungsrechtlicher Probleme der Monarchie in Rechtstheorie und Verfassungsrecht/Some Specifically Austrian Aspects of the Pure Theory of Law. Problems of Constitutional Law of the Austro-Hungarian Monarchy and their Repercussions on the Theory of Law and Constitutional Legislation, Wien 2021.

a) „Zum Interpretationsproblem“ (1916):
 Das Rahmentheorem zwischen Rechtserkenntnis
 und Rechtserzeugung

Zwar hatte Merkl bereits vor 1916 zu rechtstheoretischen Problemen und auch zur recht(swissenschaft)lichen Auslegung Stellung genommen,¹⁶⁵ der Aufsatz „Zum Interpretationsproblem“ in „Grünhuts Zeitschrift“ war aber die erste positive und nachhaltige, sozusagen ohne Stützräder, denn beiläufige, Arbeit Merkls zu dieser Kernaufgabe der Jurisprudenz.¹⁶⁶ Und schon dieser mit rund 50 000 Zeichen relativ kurze Aufsatz zeigt, dass Merkl in vielen Dingen bereits früh weiter war als Kelsen (VI.2.). Hier seien lediglich vier Aspekte hervorgehoben.

Im „Interpretationsproblem“ findet sich, erstens, zum ersten Mal eine Unterscheidung dessen, was Auslegung für die Rechtswissenschaft einerseits und die Rechtspraxis andererseits bedeuten kann, angesichts deren unterschiedlichen Aufgaben. Merkl geht so weit zu behaupten, die Interpretation „ist *nichts als Sache der Rechtswissenschaft* – und umgekehrt ist diese wieder *nichts als Rechtsauslegung*“;¹⁶⁷ die rechtsauslegungsbasierte Rechtswissenschaft sei jedoch in ihrer Auslegungstätigkeit beschränkt, denn sie sei bloß „Zerlegung, Zerdehnung des Gesetzestextes [...], und das

¹⁶⁵ Vgl. Adolf Julius Merkl, [Buchbesprechung:] Philipp Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1914, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1915), S. 392–395 = Merkl-GS I/1, S. 27–32.

¹⁶⁶ Vgl. Adolf Julius Merkl, Zum Interpretationsproblem, in: Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 42 (1916), S. 535–556 (537) = Merkl-GS I/1, S. 63–84 (64).

¹⁶⁷ Merkl, Interpretationsproblem (Anm. 166), S. 540 = Merkl-GS I/1, S. 63–84 (67).

umfangreichste Werk über positives Recht enthält um kein Jota mehr an Rechtsinhalt als sein Objekt“.¹⁶⁸ Es stünde der Rechtswissenschaft nicht zu, dem positiven Recht „richtige“ Antworten aufzuerlegen: „Die in der Auslegung sich erschöpfende *Theorie* hat [...] allenfalls auch beim mehrdeutigen Auslegungsergebnis halt zu machen und hat nicht [...] auf Kosten der Gesetzmäßigkeit eine Eindeutigkeit des Auslegungsergebnisses herbeizuführen, die ihm de lege lata nicht zukommt“¹⁶⁹

So wird die rechtsverbindliche Rolle der Rechtsanwendung eingeführt, deren Differenz zur Rechtswissenschaft hier klar hervortritt: „Die Praxis erschöpft sich ja bekanntlich *nicht* in der Rechtsauslegung; da die Praxis notwendig einer *restlosen Individualisierung der generellen Norm* bedarf, die Auslegung aber nicht immer zu diesem Ziele führt [...] ergibt sich die Notwendigkeit einer subjektiven Willens[funktion].“¹⁷⁰ Merkl wird später das Begriffspaar „intellektuelle“ („erkenntnismäßige“) und „authentische“ („schöpferische“) Interpretation¹⁷¹ in die Debatte einfüh-

¹⁶⁸ Merkl, Interpretationsproblem (Anm. 166), S. 540 = Merkl-GS I/1, S. 63–84 (67).

¹⁶⁹ Merkl, Interpretationsproblem (Anm. 166), S. 545 = Merkl-GS I/1, S. 63–84 (72).

¹⁷⁰ Merkl, Interpretationsproblem (Anm. 166), S. 544 = Merkl-GS I/1, S. 63–84 (71).

¹⁷¹ Vgl. Adolf Julius Merkl, Das Recht im Spiegel seiner Anwendung, in: Deutsche Richterzeitung 8 (1916), Sp. 584–592; Deutsche Richterzeitung 9 (1917), Sp. 162–176, 394–398, 443–450; Deutsche Richterzeitung 11 (1919), Sp. 290–298 (175) = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (115) – Titel und Zusammensetzung der Schrift variieren; Teile 1–2 der Zeitschriftenfassung tragen den Titel „Das Recht im Spiegel seiner Auslegung“, Teile 3–5 firmieren als „Das Recht im Lichte seiner Auslegung“; die drei Teile von Bd. 9 (1917) wurden von Merkl in überarbeiteter Form als Monographie publiziert: Adolf Julius Merkl, Das Recht im Lichte

ren, die in der Kelsenschen Reformulierung als Unterschied zwischen „authentischer“ und „nicht-authentischer“ Interpretation immer noch die Auslegungsdebatte der Reinen Rechtslehre strukturiert.¹⁷²

Damit ist auch, zweitens, das Rahmentheorem bereits vorformuliert und genannt; Merkl spricht vom „gesetzlichen Rahmen“¹⁷³ und adressiert dabei die unvermeidliche Mehrdeutigkeit und Vagheit der (Rechts-)Sprache, deren klarsichtige Anerkenntnis er später zu einem der Merkmale der Reinen Rechtslehre erklären wird.¹⁷⁴ Aufgrund der Eigentümlichkeit der Sprache als Kommunikationsmittel stehen dem Rechtsanwender oft zahlreiche Auslegungsmöglichkeiten zur Verfügung, die unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgeltung gleichwertig sind und von denen er notwendigerweise *eine* nach seinem Ermessen auswählen kann und muss.

Kelsen, der sich bereits zu einem früheren Zeitpunkt des Rahmentheorems bedient,¹⁷⁵ wird ab 1934 die Frage der Unbestimmtheit und Unbestimmbarkeit des Rechts ausführlicher und mit Rückbezug auf moderne Theorien der

seiner Anwendung, Hannover 1917. Vgl. auch *Fritz Sander, Sui compiti di una teoria realistica del diritto*, in: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 4 (1924), S. 375–381 (376 f.).

¹⁷² Kritisch dazu *Matthias Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Tübingen 1999, S. 372–378.

¹⁷³ *Merkel*, Interpretationsproblem (Anm. 166), S. 545 = Merkl-GS I/1, S. 63–84 (72).

¹⁷⁴ *Adolf Julius Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts, in: *Juristische Blätter* 47 (1918), S. 425–427, 444–447, 463–465 (464) = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (249).

¹⁷⁵ Vgl. z. B. *Kelsen/Froehlich/Merkel*, Verfassungsgesetze V: Bundesverfassung (Anm. 40), S. 126 = HKW 8, S. 25–502 (126); *Kelsen*, Staatslehre (Anm. 113) S. 243 f.

Sprache in für die Reine Rechtslehre kanonischer Gestalt formulieren. In „Fällen beabsichtigter oder unbeabsichtigter Unbestimmtheit“ kommt er zu folgendem Schluss:

„Der vollziehende Rechtsakt kann so gestaltet werden, daß er der einen oder der anderen der verschiedenen sprachlichen Bedeutungen der Rechtsnorm [...] entspricht [...]. Die zu vollziehende Norm bildet in allen diesen Fällen nur einen Rahmen, innerhalb dessen mehrere Möglichkeiten der Vollziehung gegeben sind, wobei jeder Akt normgemäß ist, der sich innerhalb dieses Rahmens hält, den Rahmen in irgendeinem möglichen Sinn ausfüllt.“¹⁷⁶

Die bloß relative Bedeutung der Auslegungsmittel, drittens, hat zwei Seiten. Zum einen wird, ganz im Sinne der Reinen Rechtslehre, die objektkonstituierende Kraft der Erkenntnismethode hervorgehoben: „Mit dem Auslegungsmittel wandelt sich das Auslegungsergebnis. In extremer Formulierung kann man sogar behaupten, daß es eben so viele Rechtsordnungen als Auslegungsmethoden gibt.“¹⁷⁷ Zum anderen wird – in dieser Hinsicht deutlich anders als bei Kelsen – dann aber doch eine Auslegungsmethode als geboten, als einzig notwendige dargestellt: die „grammatisch-logische“, da „sie als nichts denn die Berücksichtigung der dem Gesetze eigenen Ausdrucksmittel erscheint!“ In den Denk- und Sprachgesetzen, derer sich die juristische Kommunikation unausweichlich bedient, sucht Merkl nach einer Möglichkeit, den rechtsdogmatischen Auslegungsdiskurs zu objektivieren, ja zu verwissenschaftlichen: „Tritt doch das Gesetz in der Sprach- und Denkform auf und schließt damit, was

¹⁷⁶ Kelsen, Reine Rechtslehre (Anm. 135) S. 94; vgl. Kelsen, Reine Rechtslehre² (Anm. 135) 348.

¹⁷⁷ Merkl, Interpretationsproblem (Anm. 166), S. 549 = Merkl-GS I/1, S. 63–84 (76).

die Theorie der Sprache und des Denkens lehrt, stillschweigend wie selbstverständlich in sich ein!“¹⁷⁸

Merkls Skepsis gegenüber positivrechtlich verankerten Auslegungsregeln – Rechtsnormen, die die Auslegung zu regeln beanspruchen – kann, viertens, als bedeutender Beitrag dieser Frühschrift genannt werden. Im Gegensatz zu vielen anderen nicht zu verstummen scheinenden Stimmen¹⁷⁹ erkennt Merkl, dass damit etwas qualitativ anderes gemeint ist als mit den Auslegungsmethoden, -canones – oder auch „Auslegungsregeln“ tout court –, denn „in solcher Gestalt wandelt sich der wissenschaftliche Charakter der Auslegungsregel“:¹⁸⁰

„Einen – sonst möglichen – Sinn des Gesetzes sind sie in der Lage auszuschließen, eine nur mögliche Bedeutung zur gebotenen zu erheben. [...] Bildlich gesprochen, bedeutet die gesetzliche Auslegungsregel einen gemeinsamen Faktor, der aus sämtlichen Rechtsnormen der Einfachheit oder Übersichtlichkeit halber herausgehoben ist [...]. Auch dieser um die Auslegungsnorm ergänzte Rechtssatz unterliegt aber nach wie vor der Rechtsauslegung. Wie ein Gesetz auszulegen sei, kann letzten Endes trotz allen gesetzlichen Auslegungsregeln nie das Gesetz selbst bestimmen [...].“¹⁸¹

¹⁷⁸ Drei Zitate: *Merkl*, Interpretationsproblem (Anm. 166), S. 551 f. = Merkl-GS I/1, S. 63–84 (78). Vgl. z. B. *Matheus Pelegrino da Silva*, Merkls Beitrag zu Kelsens Theorie der Rechtsauslegung, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 105 (2019), S. 359–375.

¹⁷⁹ Zur Bedeutung dieser Argumente in der heutigen Völkerrechtslehre *Jörg Kammerhofer*, International Investment Law and Legal Theory. Expropriation and the Fragmentation of Sources, Cambridge 2021, S. 70–105.

¹⁸⁰ *Merkl*, Interpretationsproblem (Anm. 166), S. 555 = Merkl-GS, S. 63–84 (82).

¹⁸¹ *Merkl*, Interpretationsproblem (Anm. 166), S. 556 = Merkl-GS, S. 63–84 (82).

b) „Das Recht im Spiegel/Lichte seiner Auslegung/Anwendung“ (1916–1917, 1919): Das strukturell notwendige Ermessen

Wenn Merkls „Interpretationsproblem“ eine Miniatur ist, dann kann die fünfteilige Aufsatzreihe – von der vier im Laufe eines Kriegsjahres und der fünfte mit nahezu zweijähriger Pause nach dem Ersten Weltkrieg erschienen sind – wohl am ehesten als seine erste Symphonie bezeichnet werden. Die Schrift ist mit rund 150 500 Zeichen nach der „Lehre von der Rechtskraft“ der umfangreichste Text Merkls zur Rechtstheorie, was sich auch in einer außerordentlichen Themenbreite widerspiegelt. Ausgehend vom Stand seiner Überlegungen zur Interpretation entwickelt er hier am Verhältnis von Erkenntnis und Entscheidung durch Rechtsorgane bereits die Grundzüge seiner Stufenbaulehre, seiner Ansicht zur Rechtskraft und des Modells des Fehlerkalküls.

Wie im „Interpretationsproblem“ wird die Rolle der positivrechtlichen Auslegungsregeln, das heißt der Leitungsfunktion hinsichtlich der Auslegung, welche angeblich durch Rechtsnormen bewerkstelligt werden soll, problematisiert: „Die Auslegung, der doch offenbar die Rolle eines Werkzeugs der Rechtserkenntnis zukommt, kann doch nicht gleichzeitig ein *Gegenstand* der Rechtserkenntnis sein!“¹⁸² Auch die Auslegungsmethoden, insbesondere die Dichotomie von objektiver und subjektiver Auslegung werden einer kritischen Prüfung unterzogen, die mit dem bekannten Satz schließt: „Wie die Rechtsauslegung, so das Recht.“¹⁸³

¹⁸² Merkl, Spiegel (Anm. 84), Sp. 586 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (87).

¹⁸³ Merkl, Spiegel (Anm. 84), Sp. 592 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (96). Nahezu der gesamte fünfte Teil der Reihe ist dem Problemkreis „objektive oder subjektive Auslegung“ gewidmet, vgl. Merkl, Spiegel (Anm. 84), Sp. 290–298 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (134–146). Siehe, in

Aber bald geht der „Spiegel“ über in die Frage der Anwendung. Der Rechtsanwender im Allgemeinen und der Richter im Besonderen seien in einer gänzlich anderen Lage als jene der Rechtswissenschaft: „Er selbst hat insoweit nicht Recht zu *kennen* oder zu erkennen, was Recht *ist* [...], er hat viel mehr durch sein *Erkenntnis* [d. i. sein Urteil] maßgeblich festzustellen, was Recht sein solle“ – „das Gesetz schweigt dabei, um den Richter reden zu lassen“¹⁸⁴ Die Rechtswissenschaft hingegen mache sich einer Kompetenzüberschreitung schuldig, „wenn sie innerhalb des vom Gesetze offen gelassenen Rahmens noch Genaueres in Erfahrung bringen will“¹⁸⁵.

Die Überbetonung des Gesetzesrechts sowie die Vernachlässigung der Rechtsanwendung durch die herrschende Lehre führt Merkl zur ersten Formulierung des als „doppeltes Rechtsantlitz“ bekannt gewordenen Phänomens, dem er zwei Jahre später einen ganzen Aufsatz widmet (III.2.d)):

„Daß mit dieser Auffassung die Rechtsanwendung, die man bisher nur als Dienerin des Gesetzes zu sehen gewohnt war, zu einem Akte der Rechtserzeugung emporwächst, [...] daß sich hingegen diese Rechtserzeugung einschließlich der Rechtsschöpfung von Seite des Gesetzgebers, von dem man als dem angeblichen *Urheber* alles Rechtes *auszugehen* gewohnt war, unter dem Gesichtswinkel der ungleich allgemeineren, formelleren *Staatsverfassung* gesehen, wiederum nur als *Rechtsanwendung* darstellt“¹⁸⁶.

Anspielung auf Merkls letztzitierten Satz, *Matthias Jestaedt*, Wie das Recht, so die Auslegung. Die Rolle der Rechtstheorie bei der Suche nach der juristischen Auslegungslehre, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 55 (2000), S. 133–158.

¹⁸⁴ Zwei Zitate: Merkl, Spiegel (Anm. 84), Sp. 163 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (97).

¹⁸⁵ Merkl, Spiegel (Anm. 84), Sp. 163 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (97).

¹⁸⁶ Merkl, Spiegel (Anm. 84), Sp. 164 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (99); Merkl verweist dabei auf Merkl, Verordnungsgewalt (Anm. 140), S. 398 = Merkl-GS II/1, S. 3–69 (22f.), wo der Gedanke bei ihm wohl zuerst formuliert wird.

Rückgewendet auf die Rechtswissenschaft bedeutet dies, dass die Erkenntnis des Rechts auf die Rechtserzeugung in weit größerem Maße angewiesen ist als bis dahin; sie braucht also nicht *bloß* die Erzeugung von Gesetzen abwarten, sondern kann „das Recht nur erkennen, soweit es bereits erzeugt ist [...]. Ist die Erzeugung noch nicht abgeschlossen [...] so bleibt dem Rechtswissenschaftler nichts anderes übrig, als das Recht in diesem unfertigen Zustande [...] darzustellen“.¹⁸⁷ Die wohl härteste Spur trifft dabei diejenigen, die dem Prozess der Konkretisierung vorgreifen wollen:

„Der Jurist, der [...] unbekümmert um die noch ausstehende Spezialisierung durch den Rechtsanwender [...] für jeden Rechtsfall den einzigen richtigen Rechtssatz parat zu haben glaubt, kommt mir ungefähr so vor, wie jener Spezialist unter den Juristen, der *bloß* das Verfassungsrecht darzustellen unternimmt [...], dies aber auf die Weise besorgt, daß er gleich bereits den *Inhalt* der auf Grund der Verfassung zu erlassenden Gesetze angibt“.¹⁸⁸

Diese Beschränkung wiederum erlaubt eine weitere Einsicht: „Es ist ja nur Gesetzeserkenntnis, was man [gemeinhin] unter dem umfassenderen Namen der Rechtswissenschaft betreibt. [...] Die Ergebnisse einer bezüglich ihres Objektes so beschränkten Wissenschaft können nur bedingte sein“.¹⁸⁹ Wenn dem so ist – und man sich der Beschränkung, die damit verbunden ist, bewusst ist –, dann kann die Wissenschaft die einzelnen Rechtsschichten auch getrennt darstellen, eine „Schichtenanalyse“ vornehmen, die sich jeweils ausschließlich mit einer einzigen Stufe oder

¹⁸⁷ Merkl, Spiegel (Anm. 84), Sp. 168 f. = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (105).

¹⁸⁸ Merkl, Spiegel (Anm. 84), Sp. 168 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (105).

¹⁸⁹ Merkl, Spiegel (Anm. 84), Sp. 169 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (106).

Schicht des Rechtsgewinnungsverfahrens beschäftigt.¹⁹⁰ An dieser Stelle gewinnt der später so genannte „Stufenbau des Rechts“¹⁹¹ weitere Kontur, indem Merkl die Interpretationsprozesse der unterschiedlichen Rechtserscheinungen gliedert und auf die Rechtserzeugung überträgt: „Den Fluß, der in Katarakten abfällt, welche durch Klärungsbecken von einander getrennt sind, gibt uns ein Vorbild der Rechtswerdung, an der *erkenntnismäßige* und *schöpferische* Auslegung zusammenwirken“.¹⁹²

Das Bild vom Rechtserzeugungszusammenhang als Kette von „Katarakten“ (Wasserfällen)¹⁹³ weist uns hin auf die Entscheidungskomponente der Rechtsgestaltung sowie auf die „materielle Indeterminiertheit“,¹⁹⁴ welche jeder Rechtsentscheidung inhärent ist. Die Rechtswissenschaft kann klarend wirken, aber weder konkretisiert sie das Recht noch ist sie (und ihre Informationen) für diesen Prozess verbindlich. Über welchen Wasserfall der Rechtsinhalt gleichsam transportiert wird, ist eine Frage der autoritativen Entscheidungen der Rechtsanwender. Strukturell notwendig kann der

¹⁹⁰ Vgl. Kammerhofer, Investment Law (Anm. 179), S. 154 f.: „stratum analysis“.

¹⁹¹ Kelsen erkennt 1920 an, dass es das Verdienst Merkls war, zu erkennen „daß von der Verfassung (im rechtslogischen Sinne) bis zum Rechtsgeschäft die durchgängige Einheit eines stufenförmigen Aufbaues besteht“ (Kelsen, Souveränität (Anm. 103), S. 118 f. Anm. 2 = HKW 4, S. 235–572 (381 Anm. 2)); im rechtstheoretischen Diskurs heute steht „Stufenbau“ häufig unspezifisch für „Rechtsdynamik“.

¹⁹² Merkl, Spiegel (Anm. 84), Sp. 175 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (115).

¹⁹³ Zu den von Merkl und Kelsen verwendeten Sprachbildern zum Stufenbau vgl. Matthias Jestaedt, Der Stufenbau der Rechtsordnung – Von den Tücken einer Metapher, in: Fauke Brosius-Gersdorf et al. (Hrsg.), Rechtskonflikte. Festschrift für Horst Dreier zum 70. Geburtstag, Tübingen 2024, S. 131–148.

¹⁹⁴ Merkl, Spiegel (Anm. 84), Sp. 166 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (102).

Entscheidungsspielraum des Organs – ein Minimum an Ermessen – nicht ausgeschaltet werden;¹⁹⁵ die Vorstellung vom einzig(artig)en Rezept für die Rechtsanwendung, das zur einzigen richtigen Antwort führen würde, entlarvt sich als „juristischer Wunderglaube“¹⁹⁶

Zentrale Bedeutung aber gewinnt auch im „Spiegel“ die Analyse der üblicherweise als pathologisch bezeichneten Zustände des Rechts, insbesondere die „fehlerhafte“ Entscheidung der Rechtsanwender, welchem Thema auch in der „Rechtskraft“ große Aufmerksamkeit geschenkt wird. Die dritten und vierten Abschnitte tragen beide die Überschrift „Unrecht als Recht“; jener widmet sich der Problembeschreibung, dieser der (rechtstheoretischen) Problemlösung. Merkl geht in einem ersten Schritt aus vom Endstadium der Rechtskonkretisierung im Stufenbau (regelmäßig dem Urteil) sowie von der Auslegung der Rechtsanwender bzw. Rechtserzeuger als authentischer Interpretation, welche „vollgültiges Recht“ darstelle. Da wir angesichts dieser Voraussetzungen vermuten, „daß der authentische Interpretator auch immer korrekter Interpretator sei“, gleichzeitig aber wissen, „daß der Rechtsanwender nur zu oft daneben greift“¹⁹⁷ und nicht verleugnen können, dass „die Rechtswissenschaft mitunter genötigt [ist, den Irrenden] als Rechtsanwender gelten zu lassen“¹⁹⁸ ergibt sich das bekannte Dilemma der Bestandskraft erringenden Fehlurteils:

¹⁹⁵ Vgl. bereits Alfred Verdross, Das Problem des freien Ermessens und die Freirechtsbewegung, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1914), S. 616–644.

¹⁹⁶ Merkl, Spiegel (Anm. 84), Sp. 167 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (103).

¹⁹⁷ Zwei Zitate: Merkl, Spiegel (Anm. 84), Sp. 396 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (120).

¹⁹⁸ Merkl, Spiegel (Anm. 84), Sp. 397 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (121).

„Das bleibt aber bestehen, daß [...] eine Rechtspraxis, die nicht schlankweg durch das geschriebene Recht gedeckt ist, zu vollgültigem Rechte umgedeutet wird [...]. Und auch dies bleibt Tatsache, daß der Rechtsanwender, der sich offenbar geirrt hat, in seiner Rolle als Rechtsanwender bleibt. [...] [W]as soll dies anders bedeuten als das Wunder, daß Unrecht zum Rechte wird?“¹⁹⁹

Im zweiten Schritt stellt uns Merkl eine mögliche Lösung vor – eben die Kombination aus positivrechtlicher Rechtskraft und Rechtsmitteln, was in der „Rechtskraft“ in veränderter Gestalt so eindrücklich und ausführlich unter der Rubrik des „Fehlerkalküls“ behandelt wird. Beide, Rechtskraft wie Rechtsmittel, sind nicht spekulativ-idealistiche Überformung, die dem positiven Recht im Rahmen einer philosophischen Argumentation oktroyiert werden, sondern typische Elemente komplexer (innerstaatlicher) Rechtsordnungen, Teil des positiven Rechtes selbst. Merkl kehrt die Verhältnisse, wie die herrschende Lehre sie sieht, um: „Die Rechtskraft des *a priori* rechtswidrigen Aktes [...] bedeutet nämlich einen [...] Verzicht auf gewisse gesetzliche Erfordernisse“ des Zustandekommens von Urteilen. Was jedoch erlaubt es, „eine sogenannte *Rechtskraft*, wohlgemerkt, bei *rechtswidrigen* Akten anzunehmen?“

„Keineswegs schon die Tatsache, daß sie etwa nicht anfechtbar sind, daß gegen sie kein Rechtsmittel gegeben ist. Was rechtlich nichts ist, was ein rechtliches Nichts ist, braucht nicht erst entrechert, um seinen rechtlichen Charakter gebracht zu werden. [...] In Wirklichkeit wird der Akt erst im nachhinein ein gültiger Staatsakt – nämlich mit Eintritt der Rechtskraft [...]. Es werden also ungültige Akte, die sich in gewisser Weise den gültigen Akten annähern [...] unter gewissen

¹⁹⁹ Merkl, Spiegel (Anm. 84), Sp. 397 f. = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (122).

Bedingungen nachträglich ratihabiert, was allerdings schon im voraus im Rechtsplane vorgesehen ist“.²⁰⁰

Die „Ratihabierung“, also die nachträgliche Heilung oder Billigung eines von vornherein rechtswidrigen Urteils durch die positivrechtlichen Rechtskraftbestimmungen, die häufig mit Rechtsmitteln verbunden sind, ist nach Merkl also das, was die *a posteriori* Rechtskonformität eines *a priori* rechtswidrigen Rechtsphänomens erklärt. Obwohl diese Lösung das Konzept des Fehler- oder Irrtumskalküls vorwegnimmt, ist die Ratihabierungsformel im „Spiegel“ bloß eine Frühform jenes Konzepts.²⁰¹

c) „Die Lehre von der *lex posterior*“ (1917/1918):
Die Einheit der Rechtsordnung und das Problem
der Revolution

Dieser mit rund 116 400 Zeichen vierlängste rechtstheoretische Text Merkls ist als „staatsrechtliche Untersuchung“ ausgeflaggt, was einerseits stimmt, andererseits jedoch viel zu kurz greift, denn wiederum widmet Merkl der Rechtstheorie viel mehr Raum, als in einer vermeintlich rechtssdogmatischen Schrift üblich und, nach der (nach wie vor) herrschenden Ansicht, gehörig wäre. Der Aufsatz erschien 1917 deutlich vor der Errichtung der Republik Deutschösterreich im Oktober–November 1918, und ist daher dem Staatsrecht der österreichischen Hälfte der Doppelmonarchie gewidmet. Er gliedert sich in zwei Teile, dessen zweiter der Frage der intertemporalen Identität Österreichs im Rechts-

²⁰⁰ Drei Zitate: Merkl, Spiegel (Anm. 84), Sp. 446 = Merkl-GS I/1, S. 85–146 (127).

²⁰¹ Zur Ratihabierungsformel Merkls vgl. Cadore, Rechtswidriges Recht (Anm. 102), S. 279–281.

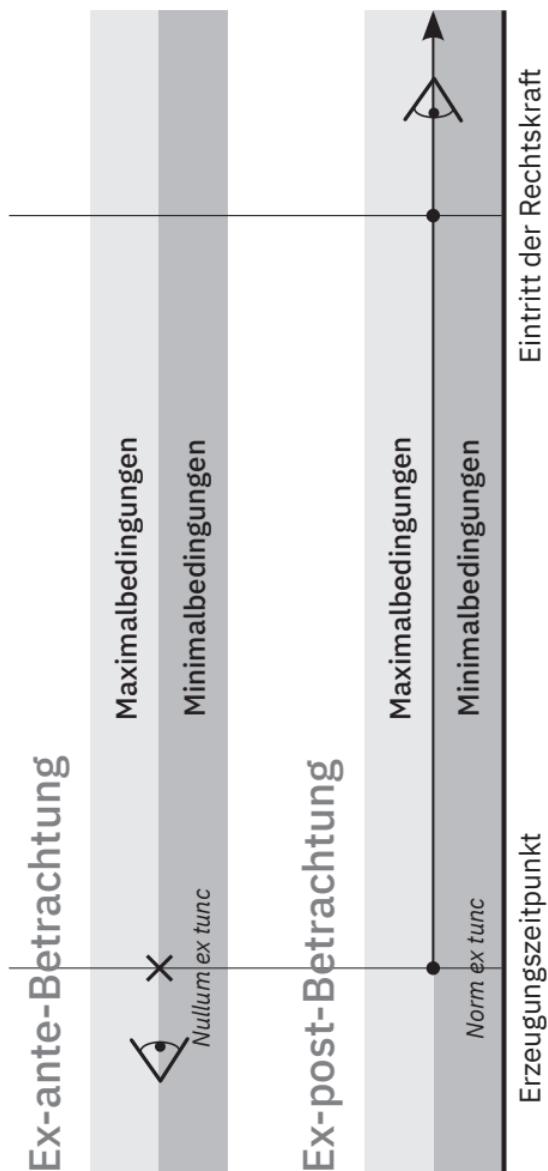


Abbildung 2: Die Ratihabierungsthese. Adaptiert aus: Kammerhofer, Fehlerkalkül (Anm. 132), S. 161.

sinne nachgeht, also, ob man rechtswissenschaftlich, eher denn politisch, angesichts der zahlreichen Verfassungen im 19. Jahrhundert, noch von *einem* Österreich sprechen kann – was verneint wird.²⁰² Der erste, „allgemeine“, rechts-theoretische Teil ist zwar nach seiner Anlage Prolegomenon, lässt sich aber gut allein lesen.

Merkls Untersuchung beginnt mit dem Unterschied zwischen dem historisch-politischen und dem rechtlichen Sinne des Staates. Der Staat im Rechtssinne wird „durch die Einheit des Rechtes zusammengehalten, konstituiert“²⁰³ was wiederum durch den Rückbezug auf die Verfassung geschieht. In ihrer zeitlichen Dimension aber „bleibt trotz tiefgreifend geänderter Verfassung die Identität des Staates [nur] erhalten, weil der neue Rechtszustand als eine der im alten enthaltenen Möglichkeiten aus diesem sich entwickelt hat“²⁰⁴ Nach Merkl ist es die Beziehung des neuen Rechts auf die Verfassung, die die Einheit und Kontinuität der Rechtsordnung gewährleistet; nun stellt sich aber die Frage, was passiert, wenn die neugeschaffenen Normen dem bestehenden positiven (Verfassungs-)Recht zuwiderlaufen. Das Problem der Rechtseinheit im Falle sich widersprechender Rechtsnormen glaubte die herrschende Lehre durch Verweis auf die Maxime „lex posterior derogat priori“ lösen zu

²⁰² Adolf Julius Merkl, Die Rechtseinheit des österreichischen Staates. Eine staatsrechtliche Untersuchung auf Grund der Lehre von der lex posterior, in: Archiv des öffentlichen Rechts 37 (1918), S. 56–121 (allgemeiner Teil S. 56–91, besonderer Teil S. 91–126) = Merkl-GS I/1, S. 169–226.

²⁰³ Merkl, lex posterior (Anm. 203), S. 65 = Merkl-GS I/1, S. 169–226 (177).

²⁰⁴ Merkl, lex posterior (Anm. 203), S. 65 = Merkl-GS I/1, S. 169–226 (179).

können, womit der rechtstheoretische Kern des Aufsatzes angesprochen ist. Wenige Seiten genügen Merkl, um darzulegen, dass die weitverbreitete – damals auch von Kelsen vertretene²⁰⁵ – Ansicht von der rechtslogischen Notwendigkeit des Lex-Posterior-Satzes irrt:²⁰⁶

„Soll denn, so wird man mir einwenden, der, der berufen war und ist, Recht zu setzen, nicht auch imstande sein, Recht außer Kraft zu setzen? Ich möchte behaupten, daß sich diese weitere Befugnis nicht von selbst versteht. Es handelt sich in diesem Falle zwar nur um den contrarius actus, aber gerade darum doch um etwas grundsätzlich anderes als in jenem. Nicht jeder, der etwas gegeben hat, kann es immer ohne weiters wieder nehmen. Nicht jeder, der etwas geschaffen hat, kann es wieder ungeschehen machen.“²⁰⁷

Auf den hypothetischen Gegeneinwand, dass, selbst wenn man ihm zugestehen würde, dass der Gesetzgeber ein altes Gesetz nicht außerkraftsetzen könne, er sehr wohl jederzeit ein neues Gesetz schaffen könne, antwortet Merkl: „Das wohl. Sonst wäre er ja überhaupt nicht Gesetzgeber“. Nur den weiteren Schritt des imaginären Gegners, dass man zwei sich inhaltlich widersprechende Gesetze desselben Gesetzgebers nicht „anders [in] Einklang bringen [könne] als auf die Weise, daß man dem jüngeren vor dem älteren Gesetze

²⁰⁵ Merkl referenziert Hans Kelsen, Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung, in: Archiv des öffentlichen Rechts 32 (1914), S. 202–245, 390–438 (206) = HKW 3, S. 359–425 (364); vgl. Stanley Paulson, On the Status of the Lex Posterior Derogating Rule, in: Richard Tur/William Twining (Hrsg.), Essays on Kelsen, Oxford 1986, S. 229–248.

²⁰⁶ Merkl, lex posterior (Anm. 203), S. 75–88 = Merkl-GS I/1, S. 169–226 (186–196).

²⁰⁷ Merkl, lex posterior (Anm. 203), S. 78 f. = Merkl-GS I/1, S. 169–226 (189).

den Vorrang einräumt“²⁰⁸ geht er nicht mehr mit. In dieser Annahme beginnen – normlogisch gesehen – die Fehler:

„[D]as Bedürfnis, zwischen den widersprechenden Akten [...] eine logische Einheit herzustellen, heischt Befriedigung. Aber unerfindlich ist es, [...] wenn also einer der beiden Akte weichen muß [...] warum gerade das *ältere* Gesetz weichen und das *jüngere* das Feld behaupten soll! Ungleich näher liegend, ja schlechthin logisch geboten scheint mir gerade die entgegengesetzte Lösung. Freilich ist es nicht das Alter, das dem früheren Gesetze vor dem späteren einen solchen Vorrang verleiht – diese zeitliche Priorität wäre ein ebenso aus der Luft gegriffenes Prinzip wie das fast dogmatisch geltende der zeitlichen Posteriorität – sondern *die Tatsache*, daß (voraussetzungsgemäß) das frühere Gesetz verfassungsmäßig zustande gekommen ist, daß somit dadurch eine bestimmte Stelle im Rechtssystem mit einem bestimmten aus den möglichen Rechtsinhalten eingenommen und damit ferner jedem widersprechenden Rechtsinhalte den Platz genommen hat.“²⁰⁹

Da „es nicht Aufgabe der Jurisprudenz sein [kann], deren Beruf unbestrittenmaßen nur Rechtserkenntnis und nicht Rechtsreform ist, einem positiven Rechtssysteme [...], das sozusagen ohne Beine geboren ist, zum Gehen zu verhelfen“²¹⁰ geht das Argument vom rechtslogischen Prinzip des Lex-Posterior-Satzes fehl, denn weder der Lex-Posterior-Satz noch ein Lex-Prior-Satz kann vorausgesetzt werden. „Nicht richtig ist zu sagen: Der Satz ‚Lex posterior derogat priori‘ ermögliche die Abänderung der Gesetze, vielmehr ist es umgekehrt die (in der Rechtsordnung nieder-

²⁰⁸ Zwei Zitate: Merkl, *lex posterior* (Anm. 203), S. 79 = Merkl-GS I/1, S. 169–226 (189).

²⁰⁹ Merkl, *lex posterior* (Anm. 203), S. 79 f. = Merkl-GS I/1, S. 169–226 (189f.).

²¹⁰ Merkl, *lex posterior* (Anm. 203), S. 81 f. = Merkl-GS I/1, S. 169–226 (191).

gelegte) Abänderungsmöglichkeit, die erst den Satz von der *lex posterior* auszusprechen erlaubt“²¹¹ Der Lex-Posterior-Grundsatz ist dementsprechend keine logische Maxime, sondern eine contingente positiv-rechtliche Norm. Daraus wiederum folgt eines der wichtigsten – auch in der „Rechtskraft“, zuerst aber in einem Erwiderungsaufsatz mit dem sprechenden Titel „Die Unveränderlichkeit von Gesetzen – ein normlogisches Prinzip“ aus demselben Jahr 1917 formulierten²¹² – nomomechanischen Bewegungsgesetze Merkl'scher Provenienz:

„Fehlt die verfassungsmäßige Veränderungsmöglichkeit, dann handelt es sich in allen Fällen, die sich *prima facie* als Verfassungsänderungen darstellen, um Verfassungsbrüche. Liegt aber ausdrückliche Änderungsmöglichkeit vor, dann hat man nicht einmal Anlaß, überhaupt von einer Verfassungsänderung zu sprechen“²¹³

Ohne *positivrechtlich* statuierte Änderungsbestimmung – „secondary rules of change“, wie H. L. A. Hart sie genannt hat²¹⁴ – können Rechtsnormen somit nicht verändert werden. Dieses Bewegungsgesetz hat mitunter auch Anhänger der Reinen Rechtstheorie, wenn sie rechtsdogmatisch arbeiten, in Bedrängnis gebracht und ist auch auf heftige immanente Kritik gestoßen.²¹⁵

Merkel bringt hier einen kategorialen Unterschied zwischen der Rechtserzeugung einerseits und der Rechtsände-

²¹¹ Merkl, *lex posterior* (Anm. 203), S. 83 = Merkl-GS I/1, S. 169–226 (192).

²¹² Vgl. Merkl, *Rechtskraft* (Anm. 1), S. 228–244 = RK StudA 317–337; Merkl, *Unveränderlichkeit* (Anm. 163) = Merkl-GS I/1, S. 155–168.

²¹³ Merkl, *lex posterior* (Anm. 203), S. 87 = Merkl-GS I/1, S. 169–226 (195 f.).

²¹⁴ H. L. A. Hart, *Concept of Law* (1961), 3. Aufl., Oxford 2012, S. 95 f.

²¹⁵ Vgl. Rainer Lippold, *Recht und Ordnung. Statik und Dynamik der Rechtsordnung*, Wien 2000, S. 402–407.

rung andererseits, welche sich regelmäßig nicht in Erzeugung erschöpft, zum Ausdruck. Falls die Änderung bzw. Derogation die Verfassung betrifft und keine verfassungsrechtliche Derogationsnorm diesen Vorgang regelt, dann liegt eine „Rechtsrevolution“ vor – auch wenn kein Tropfen Blut vergossen und keine Kugel abgefeuert wurde. Die Einheit der Rechtsordnung wird in solchen Revolutionsfällen gebrochen, die Kontinuität unterbrochen, ein neuer Staat im Rechtssinne begründet. Revolution im rechtswissenschaftlichen Sinne bedeutet einen im Großen und Ganzen effektiven Verfassungsbruch.²¹⁶

d) „Das doppelte Rechtsantlitz“ (1918): Primat der Rechtsanwendung gegen Primat der Rechtserkenntnis

Im „Rechtsantlitz“ wiederholt Merkl weitgehend aus anderen Schriften bekannte Themen, wie die Grundzüge der Stufentheorie und das Verhältnis von Rechtsanwendung und Rechtserkenntnis. Die von Merkl herausgearbeitete Figur des Doppelantlitzes wird dennoch so prägend für das weitere rechtswissenschaftliche Denken sein, dass man in diesem Beitrag einen ersten großen Wurf Merkls sehen kann. In der späteren Literatur bleibt allerdings nur die eine Deutung, die dieses sprachliche Bild nahelegt; Merkl beharrt aber auf mindestens einer zweiten Dimension – er konstruiert zunächst ein zweifaches, doppeltes Rechtsantlitz und

²¹⁶ Vgl. Thomas Olechowski, The Idea of Revolution in 1918 (Kelsen's Circle), in: Matej Accetto/Katja Škrubelj/Joseph H. H. Weiler (Hrsg.), Law and Revolution. Past Experiences, Future Challenges, London und New York 2024, S. 31–38; Horst Dreier, Revolution und Recht, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 69 (2014), S. 805–853.

erweitert es schließlich im Rahmen seiner Debatte mit Fritz Sander um ein drittes doppeltes Rechtsantlitz.²¹⁷

Das erste Doppelantlitz folgt aus der normlogischen Beharrungstendenz des Rechtlichen, die Merkl in anderen Schriften herausarbeitet²¹⁸ und in der „Rechtskraft“ vertieft: Rechtliche Phänomene treten nie allein auf, weil zur Qualifikation des Sinnes eines Willensaktes als eine Rechtserscheinung eine Ermächtigungsgrundlage, eine Kompetenznorm, gehört. Wenn man rechtswissenschaftlich von Recht spricht, hat man denknotwendig bereits wenigstens zwei „Stockwerke“ vor sich:²¹⁹

„Das Recht, von dem gezeigt wurde, daß es *notwendig* *zwei* Stufen aufweist – eine Stufe absoluter Rechtserzeugung und eine Stufe absoluter Rechtsanwendung, wozwischen sodann noch beliebig viele Stufen von Erscheinungen, die sich sowohl als Rechtserzeugung als auch als Rechtsanwendung präsentieren, treten können – zeigt uns mindestens ein *doppeltes* Antlitz.“²²⁰

Das zweite Doppelantlitz weist darauf hin, dass in jedem Rechtsakt Bestimmtheit und Unbestimmtheit zusammentreffen: Jede Rechtserscheinung enthält eine unterscheidbare Anwendungs- und Entscheidungsfunktion, auch wenn

²¹⁷ Vgl. *Fritz Sander*, Rechtswissenschaft und Materialismus. Eine Erwiderung auf Stark: Die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft und die naturwissenschaftliche Methode, in: *Juristische Blätter* 47 (1918), S. 333–335, 350–352.

²¹⁸ Vgl. z. B. *Merkel*, Unveränderlichkeit (Anm. 163) = Merkl-GS I/1, S. 155–168.

²¹⁹ *Merkel*, Rechtsantlitz (Anm. 174), S. 425 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (228).

²²⁰ *Merkel*, Rechtsantlitz (Anm. 174), S. 427 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (234).

sie sich nicht trennen lassen.²²¹ Je nach Perspektive zeigt sie daher ihr rechtsanwendendes oder ihr rechtserzeugendes Gesicht. Kelsen wird es 1934 in der „Reine Rechtslehre“ gelingen, dieses Phänomen der „Janusköpfigkeit“²²² noch griffiger und leichter begreiflich darzustellen:

„Die Einsicht in den Stufenbau der Rechtsordnung zeigt, daß der Gegensatz von Rechtserzeugung oder Rechtsschöpfung auf der einen Seite und Rechtsvollziehung oder Rechtsanwendung auf der anderen durchaus nicht jenen absoluten Charakter hat, den die traditionelle Rechtslehre mit diesem für sie so bedeutungsvollen Gegensatz verbindet. Die meisten Rechtsakte sind zugleich Akte der Rechtserzeugung und Akte der Rechtsvollziehung. Mit jedem dieser Rechtsakte wird eine Norm höherer Stufe vollzogen und eine Norm tieferer Stufe erzeugt. [...] Der Zwangsakt hat allerdings den Charakter reiner Vollziehung, so wie die Voraus-Setzung der Grundnorm den Charakter reiner Normsetzung hat. Alles aber, was zwischen diesen beiden Grenzfällen liegt, ist Rechtsetzung und Rechtsvollziehung zugleich.“²²³

Das dritte Doppelantlitz schließlich steht in engem Zusammenhang mit dem zweiten: Im Prozess der rechtlichen Konkretisierung ist das „Auseinandertreten jeder Rechtschicht“ in eine objektive und eine subjektive Komponente²²⁴ strukturell notwendig, es besteht also auch die Möglichkeit der Divergenz zwischen dem rechtlichen Maßstab der Entschei-

²²¹ Merkl, Rechtsantlitz (Anm. 174), S. 426 f. = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (232–234).

²²² In der „Rechtskraft“ spricht Merkl von einem „januskopfartigen Gebilde“ (Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 156 = RK StudA 221); „Janusköpfigkeit“ ist wohl eine Wortschöpfung Robert Walters, vgl. Robert Walter, Hans Kelsens Rechtslehre, Baden-Baden 1999, S. 25.

²²³ Kelsen, Reine Rechtslehre (Anm. 135), S. 82 f.; vgl. Kelsen, Staatslehre (Anm. 113), S. 250.

²²⁴ Merkl, Rechtsantlitz (Anm. 174), S. 427 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (234 f.).

dung und der Entscheidung selbst. In Fällen „fehlerhafter“ Entscheidungen scheiden sich also die beiden zwei Antlitze – das Recht, wie es der Rechtserkenntnis erscheint, und das Recht, wie es bei der Anwendung des Rechts zutage tritt:

„Je nachdem, ob man sich auf den Standpunkt des handelnden Organes oder eines objektiven Rechtsbetrachters stellt, nimmt sich also das Recht oft verschieden aus. Es treten geradezu zwei verschiedene Rechtssysteme – das der Rechtserkenntnis und das der Rechtsanwendung – auseinander und miteinander in Konflikt, und es erhebt sich die Frage: Wer hat Recht oder haben vielleicht beide recht?“²²⁵

In diesem Konflikt sozusagen zwischen dem „Recht der Rechtswissenschaft“ und dem „Recht der Rechtspraxis“ stellt sich Merkl auf die Seite der Rechtswissenschaft und vertritt die Möglichkeit einer wissenschaftlich objektiven Stellungnahme zum Rechtsgeschehen. Die Rechtswissenschaft ist zwar nicht in der Lage, der Rechtsanwendung vorzuschreiben, wie der rechtliche Rahmen zu konkretisieren sei, aber sie kann Fehler in der Rechtserzeugung erkennen und benennen. In der Auseinandersetzung mit Sander plädiert Merkl dementsprechend für die Rechtswissenschaft gegen Sanders Rechtsverfahren: Ausgehend von den Denk- und Sprachgesetzen kann die Rechtswissenschaft festhalten, inwiefern Rechtsanwender die rechtlichen Maßstäbe fehlerhaft angewandt haben.²²⁶ Letztlich spricht Merkl der Rechts-

²²⁵ Merkl, Rechtsantlitz (Anm. 174), S. 427 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (235).

²²⁶ Vgl. z.B. Thomas Hochmann, Welche Rolle für die Rechtswissenschaft?, in: Matthias Jestaedt/Ralf Poscher/Jörg Kammerhofer (Hrsg.), Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand/Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions. Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und

erkenntnis gegenüber der Rechtsanwendung das Prinzip zu, denn die Rechtswissenschaft habe angesichts der „Realität rechtswidriger ‚Rechtsanwendung‘ [...] die Idealität des logisch richtigen Rechts“²²⁷ hochzuhalten.

e) „Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus“ (1931): Das Nachspiel

Die „Prolegomena“ sind ein Nachwort, das Vorwort sein wollte. Wie oben erwähnt (III.1), kündigt Merkl in diesem Beitrag zur Festschrift aus Anlass von Kelsens 50. Geburtstag im Jahre 1931 an, dass diese Schrift bloß „andeutende Vorbemerkungen“²²⁸ zu einer Monographie über den Stufenbau anbiete. Der Beitrag fasst Erkenntnisse aus Merkls bisherigen rechtstheoretischen Schriften, besonders aus der „Rechtskraft“ zusammen; der namensgebende Stufenbau ist inhaltlich spätestens seit Merkls „Verordnungsgewalt im Kriege“ aus dem Jahr 1916²²⁹ fester Bestandteil von Merkls Kanon, auch wenn er dort in andere Sprachbildern gefasst ist. Und wieder verfasst Merkl einen langen (rund 139 300 Zeichen, Merkls dritt längste rechtstheoretische Arbeit) und viele Themen umspannenden Text, in dem er, trotz Wiederholung bereits geäußerter Thesen, einige wesentliche Bausteine seinem Lehrgebäude hinzufügt. Da ist zum einen die

Sozialphilosophie vom 27.–29. September 2018 in Freiburg im Breisgau, Stuttgart 2020, S. 161–176.

²²⁷ Merkl, Rechtsantlitz (Anm. 174), S. 465 = Merkl-GS I/1, S. 227–252 (252).

²²⁸ Merkl, Prolegomena (Anm. 141), S. 294 Anm. 8 = Merkl-GS I/1, S. 437–492 (492).

²²⁹ Merkl, Verordnungsgewalt (Anm. 140), S. 398 = Merkl-GS II/1, S. 3–69 (22f.) (noch nicht als „Stufenbau“).

ursprünglich Sandersche²³⁰ Idee der Rechtssatzformen, deren Anzahl beschränkt und deren Vorkommen nicht rechtswesentlich, sondern positivrechtlich-kontingent ist und das zur Referenzgröße der Lehre des Stufenbaus nach der rechtlichen Bedingtheit, nämlich des Rechtserzeugungszusammenhangs wird: „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“²³¹ Auf diesem Begriff baut Merkl einen (ersten) Stufenbau auf:

„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*.“²³²

Der sich daraus ergebende „Stufenbau nach der rechtlichen Bedingtheit“²³³ (Stufenbau I) kennt aber einen weiteren und engeren Zusammenhang der betroffenen Normen. Merkl entwickelt aus dem komplexen Zusammenspiel von Nor-

²³⁰ Fritz Sander, Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/1920), S. 132–164 (144).

²³¹ Merkl, Prolegomena (Anm. 141), S. 252 = Merkl-GS I/1, S. 437–492 (437).

²³² Merkl, Prolegomena (Anm. 141), S. 275 = Merkl-GS I/1, S. 437–492 (467).

²³³ Robert Walter, Der Aufbau der Rechtsordnung. Eine rechtstheoretische Untersuchung auf Grundlage der Reinen Rechtslehre, Graz 1964, S. 60.

men in Rechtsordnungen einen engeren oder qualifizierten Zusammenhang der Bedingung: den „Delegationszusammenhang“ und demonstriert den Unterschied am Beispiel von Durchführungsverordnungen. Deren Erzeugung ist im österreichischen Verfassungsrecht durch Art 18 Abs 2 B-VG 1920, also eine Norm im Verfassungsrang, ermächtigt, d.h. delegiert, aber nicht „durch das einfache Gesetz, ,auf Grund‘ dessen es ergeht“²³⁴ bedingt hingegen sind diese Verordnungen „nicht bloß durch die Verfassung [...], sondern auch durch das einfache Gesetz“²³⁵ Da in komplexen Rechtsordnungen der Kreis derjenigen Rechtsnormen, die Bedingung für das Zustandekommen einer weiteren Rechtsnorm (bzw. deren Mitgliedschaftsbedingung in dieser Rechtsordnung)²³⁶ sehr weit sein kann – die „(Rechts)erzeugungsregel“²³⁷ oder Ermächtigungsnorm im weiteren Sinne umfasst mitunter große Teile der Rechtsordnung, bis hin zu individuellen Bestellungsakten der Organwalter –, ist es für die Analyse des Stufenbaues hilfreich, einen engeren Anknüpfungspunkt angeben zu können (Ermächtigungsnorm im engeren Sinne bzw. Delegationsnorm).

²³⁴ Merkl, Prolegomena (Anm. 141), S. 280 = Merkl-GS I/1, S. 437–492 (474).

²³⁵ Merkl, Prolegomena (Anm. 141), S. 280 = Merkl-GS I/1, S. 437–492 (474).

²³⁶ Vgl. Jörg Kammerhofer, Uncertainty in International Law. A Kelsenian Perspective, Abingdon 2010, S. 192 f.; Kammerhofer, Fehlerkalkül (Anm. 132), S. 163 f.

²³⁷ Merkl, Prolegomena (Anm. 141), S. 280 = Merkl-GS I/1, S. 437–492 (474); „Erzeugungsregel“: Sander, Faktum Revolution (Anm. 231), S. 150; Kelsen, Souveränität (Anm. 103), S. 97 Anm. 1, S. 232 Anm. 1 = HKW 4, S. 235–572 (362, 490); „Rechtserzeugungsregel“: Walter, Aufbau (Anm. 234), S. 52.

Das zweite wegweisende Moment dieser Schrift ist sicherlich die hier erstmalig erwähnte Möglichkeit, das Recht nicht nur nach dem Zustandekommen, sondern auch nach dem Vernichtungszusammenhang rechtswissenschaftlich zu ordnen: „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“.²³⁸ Dieser „Stufenbau nach der derogatorischen Kraft“²³⁹ (Stufenbau II), die sich um die von Merkl bereits 1923 in der „Rechtskraft“ thematisierten Derogationsnormen dreht, ist weder notwendigerweise gleichlaufend mit dem Stufenbau I, noch ergibt er sich aus diesem (ist definitionsgemäß an andere Tatbestandsvoraussetzungen gebunden), noch ist er wesensnotwendig für Normenordnungen wie jener. Der Stufenbau II bleibt in dieser Schrift nur angedeutet und auch heute noch ist vieles hoch umstritten, beispielsweise das Verhältnis der beiden Stufenbauten.²⁴⁰ Kelsen hingegen hat sich erst sehr spät mit der Derogation als vierter Normfunktion jenseits von Ge- und Verbot, Erlaubnis und Ermächtigung beschäftigt.²⁴¹

²³⁸ Merkl, Prolegomena (Anm. 141), S. 276 = Merkl-GS I/1, S. 437–492 (468f).

²³⁹ Walter, Aufbau (Anm. 234), S. 55.

²⁴⁰ Vgl. z.B. Ewald Wiederin, Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkls, in: Stefan Griller/Heinz-Peter Rill (Hrsg.), Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung, Wien 2011, S. 81–134 (104–120); Clemens Jabloner, Stufung und „Entstufung“ des Rechts, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 60 (2005), S. 163–185.

²⁴¹ Vgl. Hans Kelsen, Derogation, in: Ralph E. Newman (Hrsg.), Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound, Indianapolis und New York 1962, S. 339–355; Kelsen, Allgemeine Theorie (Anm. 135), S. 84–92.

Mit den Prolegomena hat Merkl seine letzte, unvollendete Partitur komponiert und intoniert, deren Bedeutung für die Rechtstheorie mehrfach erkannt und gewürdigt, deren Fortführung aber selten gewagt wurde.²⁴² Darin deutete Merkl die Möglichkeit weiterer Stufenkonstruktionen der Rechtsordnung in Abhängigkeit von dem erdachten und dem positiven Recht angepassten Ordnungskriterium an: „Es können sich demnach selbst innerhalb ein und derselben Staatsrechtsordnung mehrere rechtliche Stufenfolgen mit verschiedener Reihung der Rechtsstufen herausstellen“²⁴³.

IV. Die „Rechtskraft“: Un classique inconnu

Man kann Merkls „Rechtskraft“ als Klassiker der Rechtstheorie bezeichnen, auch wenn er in einem gewissen Sinn kein Klassiker ist: Nicht nur wird dieses Werk nicht weit hin als Klassiker ge- und behandelt, sondern es ist, wie oben erwähnt, den meisten Rechtstheoretikern und -philosophen, geschweige denn der weiten Welt der Rechtswissenschaften, schlichtweg unbekannt. Dieser Befund klingt prima facie vernichtend. Wenn aber ein Klassiker ein Werk ist, das nicht aufhört, uns etwas zu sagen und dessen erste

²⁴² Besonders erfreulich ist die rezente Häufung von Projekten, welche eine Weiterentwicklung des Stufenmodells anstreben, z. B. von Gerald Gotsbacher („Der Stufenbau als rechtstheoretisches Problem“, Dissertation, Universität Wien), Matheus Pelegrino da Silva („Normenhierarchien in der brasilianischen Rechtsordnung“, Habilitation, Universität São Paulo) und Lucas Hartmann („Stufenbau(ten) der Rechtsordnung“, Freiburg i.Br.).

²⁴³ Merkl, Prolegomena (Anm. 141), S. 284 = Merkl-GS I/1, S. 437–492 (480).

Lektüre bereits wie eine Wieder-Lektüre wirkt, genauso wie jede Wieder-Lektüre sich zum Teil wie die erste anfühlt,²⁴⁴ dann führt die „Rechtskraft“ diesen Status zu Recht. Hundert Jahre nach ihrem Erscheinen bleibt sie neu und erfrischend,²⁴⁵ denn die darin identifizierten Pathologien des rechtswissenschaftlichen Diskurses über Wesen und Grund der Rechtskraft, die Merkl als bloß exemplarisch für wiederkehrende juristische Denkweisen identifizierte, sind immer noch weit verbreitet, stecken immer noch neue Generationen an. Merkl gibt sich nicht mit einer bloßen Wiedergabe von Kelsens Version einer reinen Rechtstheorie zufrieden. Das Werk ist maßgebliche Innovation und Weiterentwicklung und verkörpert eine genuin Merklsche Lesart des Forschungsprogramms der Wiener Schule. Dieses Programm steht für eine reflexive Form der wissenschaftlichen Beschäftigung mit dem Recht, die jenseits von Moralisierungen und faktizistischen Reduktionismen die Eigengesetzlichkeit des Rechts zu erfassen sucht, ein Projekt, das freilich ein geistiges Produkt seiner Zeit und eine Reaktion auf die damaligen Um- und Missstände ist, in seinem unnachgiebigen Beharren auf Wissenschaftlichkeit heute aber fast noch mehr Aktualität besitzt.

Die „Rechtskraft“ ist sowohl in Dekonstruktion als auch im eigenen Konstrukt der Kulminationspunkt der wissenschaftlichen Auseinandersetzung Merkls mit dem Thema als auch der Dynamik der akademischen Streitkultur innerhalb der Wiener Schule der Rechtstheorie. Oberflächlich betrachtet ist es ein relativ einfaches Buch zum traditionell

²⁴⁴ Vgl. *Italo Calvino*, *Perché leggere i classici?*, Mailand 1991, S. 11–19, insb. 13.

²⁴⁵ Vgl. *Ezra Pound*, *ABC of Reading* (1934), London und Boston 1991, S. 13 f.

prozessualistischen Topos der Rechtskraft, das didaktische Wiederholungen nützt und in prägnanter, bildreicher Sprache geschrieben ist. Es erschließt sich aber nicht von selbst: Merkl liefert zwar einen Beitrag zur klassischen deutschsprachigen rechtsdogmatischen Debatten um die Rechtskraft, formt aber die Begriffe und Konzepte der Prozessualistik rechtstheoretisch um. Er versucht nichts weniger, als seine Leserschaft die Möglichkeit einer dynamischen, dennoch an der Normativität des positiven Rechts orientierten Rechtswissenschaft vor Augen zu führen, die von der relativen Unveränderlichkeit des Rechts ausgeht.

1. Entstehungsgeschichte

Sowohl in seinen ersten Veröffentlichungen wie auch in seinem Habilitationsvortrag aus dem Jahre 1919²⁴⁶ beschäftigte sich Merkl mit Fragen rund um die Rechtskraft. Das Thema lieferte ihm in den 1910er Jahren immer wieder Denkanstöße; er schrieb in den Jahren 1915–1923 öfters, aber eher inzidenter dazu. Von Anfang an schien ihn das Verhältnis von Rechtmäßigkeit und Rechtskraft interessiert zu haben, eine Frage, deren Kehrseite die Möglichkeit rechtswidriger, aber dennoch rechtskräftiger Entscheidungen ist. Eine verbreitete Auffassung dieses Verhältnisses besteht darin, die Rechtskraft als Begriffsschlüssel zu nutzen, um die Aufrechterhaltung rechtswidriger Rechtserscheinungen zu erklären. Durch die Untersuchung verschiedener Rechtsprobleme kam Merkl jedoch allmählich zur Einsicht, dass die Rechtskraft besser als Eigenschaft *jeder* Rechtsnorm zu verstehen sei und als solche nicht erklären könne, warum Rechtsnor-

²⁴⁶ Vgl. PA Merkl (Anm. 13), Z 27385/1919.

men, die die Anforderungen an ihre Erzeugung nicht erfüllen, dennoch Rechtskraft und somit die Immunisierung von Rechtsnormen gegen nichtautorisierte Änderungen erlangen würden. Es sei somit nicht vorauszusetzen, sondern müsse erst geklärt werden, ob rechtswidrige Normen an der Rechtskraft teilhaben und, falls ja, wie dies zustande kommt.

Die „Rechtskraft“ ist sicherlich Ergebnis von Merkl's rechtstheoretischen Überlegungen zu den rechtsdogmatischen Problemen seiner Zeit, sie ist aber auch Ausfluss der Debatten in und um Kelsens Privatseminar zwischen Merkl und anderen Mitgliedern der Wiener Schule, somit ein Resultat der Interaktion mit diesem „Kreis wissenschaftlicher Freunde“.²⁴⁷ Insbesondere die Stufenbaulehre wurde häufig im Privatseminar diskutiert und sowohl ihre Grundzüge als auch ihren Auswirkungen wurden ausführlich getestet. So berichtete Merkl, dass er bereits 1915 Vorträge im Rahmen des Seminars gehalten habe, in denen er die Struktur der Rechtsordnung sowie den Rechtserzeugungszusammenhang als einen „Stammbaum“²⁴⁸ verbildlicht habe. Der Briefwechsel zwischen den Mitgliedern des Privatseminars erhellt auch, dass Anfang 1923 die „Stufentheorie“ intensiv in den Sitzungen des Seminars diskutiert wurde.²⁴⁹

Auch gaben wissenschaftliche Debatten mit verwandten Geistern in Publikationen Merkl eine Gelegenheit, seine

²⁴⁷ Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. VII = RK StudA 8.

²⁴⁸ Merkl, Kampf (Anm. 127), S. 7 f. Anm. 8 (8) = Merkl-GS I/1, S. 339–364 (343 Anm. 8).

²⁴⁹ Brief von Erich Voegelin an Felix Kaufmann vom 13. März 1923, in: University of Memphis, Center for Advanced Research in Phenomenology, Felix Kaufmann Collection, Microfilm Roll No. 07, Files 712–713. Vgl. auch Fritz Schreier, Grundbegriffe und Grundformen des Rechts. Entwurf einer phänomenologisch begründeten formalen Rechts- und Staatslehre, Leipzig und Wien 1924, S. 187 Anm. 1.

Theorie der Rechtskraft zu entfalten. Bereits 1915–1916 erfolgte ein erster Austausch mit Alfred Verdross über die Rechtsfolgen der materiellen Rechtswidrigkeit.²⁵⁰ Merkl argumentierte, wenn auch nicht kristallklar, dass rechtswidrige Rechtsakte, die nicht mehr geändert werden können, keinen rechtlichen Anspruch auf Befolgung oder Anwendung haben könnten. Mit František Weyr, dem Hauptvertreter der Brünner Schule der Rechtstheorie, stritt er 1916–1917 über die Anwendbarkeit des Grundsatzes der *lex posterior* und über die Möglichkeit einer dynamischen, auf die Schöpfung und Zerstörung von Rechtsnormen ausgerichteten Rechtswissenschaft.²⁵¹ Dieser Austausch ermöglichte ihm die Einsicht in die relative Unveränderlichkeit aller Rechtsnormen. Mit Sander schließlich führte er eine längere Kontroverse, die sich nicht nur um Sinn und Aufgabe der Rechtswissenschaft, sondern auch um die eigengesetzlichen Funktionsweise des Rechts drehte. Insbesondere war Gegenstand der Debatte die Möglichkeit rechtsfehlerhafter Rechtsentscheidungen und deren rechtswissenschaftliche Erkenntnis – sie kann daher als Kontroverse über das Problem des „rechtswidrigen Rechts“ rubriziert werden.²⁵²

²⁵⁰ Vgl. Merkl, Verordnungsgewalt (Anm. 140) = Merkl-GS II/1, S. 3–69; Alfred Verdross, Die Rechtskraft der kais. Verordnung vom 7. Juli 1915 Nr. 189 R. G. Bl. über die zeitweilige Einstellung der Geschwornengerichte. Eine Replik, in: *Juristische Blätter* 44 (1915), S. 426–427.

²⁵¹ Vgl. Alfred Verdross, Die Neuordnung der gemeinsamen Wappen und Fahnen in ihrer Bedeutung für die rechtliche Gestalt der österreichisch-ungarischen Monarchie, in: *Juristische Blätter* 45 (1916), S. 121–123, 134–137; Alfred Verdross, Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers, in: *Juristische Blätter* 45 (1916), S. 471–473, 483–486; František Weyr, Zur Frage der Unabänderlichkeit von Rechtssätzen, in: *Juristische Blätter* 45 (1916), S. 387–389; Merkl, Unveränderlichkeit (Anm. 163) = Merkl-GS I/1, S. 155–168.

²⁵² Vgl. Cadore, Rechtswidriges Recht (Anm. 102).

Dass Merkl immer wieder über solche theoretischen Probleme nachdachte und nach einer nachhaltigen Lösung suchte, bezeugen auch Hinweise in seinen vor der „Rechtskraft“ 1923 veröffentlichten Schriften. So kündigte er in einem Beitrag aus dem Jahre 1920 in der „Zeitschrift für öffentliches Recht“ an, seiner „These von der Rechtskraft jeglicher Rechtsform“²⁵³ einer „eingehende[n] Ausführung und Begründung“ unterziehen zu wollen; „der vorliegende Artikel ist nur ein knapper und auf ein einzelnes Hauptproblem des Problemkreises beschränkter Auszug aus einem umfangreichen Manuskripte“²⁵⁴ zum Rechtskraftproblem. Das Manuskript der „Rechtskraft“ lag tatsächlich zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Aufsatzes im Juni 1920²⁵⁵ bereits vor. Ende März 1920 hatte Merkl dem Tübinger Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) diese Schrift zur Veröffentlichung angeboten:

„Ich erlaube mir die Anfrage, ob und unter welchen Bedingungen Sie geneigt wären, ein Manuskript über Rechtskraft und Rechtsbegriff in Verlag zu nehmen. Das Buch würde nach meiner Schätzung 240–260 Druckseiten, die Seite zu ca 40 normalen Zeilen, umfassen. Die Abhandlung ist vorwiegend kritischer Natur. Sie setzt sich mit der Rechtskraftlehre der deutschen Zivilrechtswissenschaft nicht weniger als mit jener der Publizisten, denen ich fachlich angehöre, eingehend auseinander. Ihr höchst einfacher, angesichts des

²⁵³ Adolf Julius Merkl, Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung, in: *Zeitschrift für öffentliches Rechts* 1 (1919/1920), S. 456–467 (466) = Merkl-GS I/1, S. 267–279 (277).

²⁵⁴ Zwei Zitate: Merkl, Problem der Rechtskraft (Anm. 255), S. 466 Anm. 1 = Merkl-GS I/1, S. 267–279 (277 Anm. 15).

²⁵⁵ Das genaue Erscheinungsdatum des Heftes, der 2. Juni 1920, lässt sich einem Bericht des Deuticke-Verlages entnehmen, vgl. UAW, Akademischer Senat, Disziplinarfall Hans Kelsen (1923), 7: Erhebungsakt Prof. Löffler/19: Erscheinungsdaten der Zeitschrift für öffentliches Recht vom 13. Juni 1923.

gegenwärtigen Standes der Rechtskraftlehre jedoch nichts weniger als selbstverständliche Grundgedanke ist der, daß das Rechtskraftproblem für alle Rechtserscheinungen dasselbe ist und demgemäß nicht – wie bei allen bisherigen Lösungsversuchen – von den einzelnen Rechtsdisziplinen für ihre Spezialgebiete verschieden, sondern von einer allgemeinen Rechtslehre für das gesamte Recht einheitlich zu lösen ist. Als Hauptaufgabe meiner Schrift betrachte ich es demnach, die Rechtskrafttheorie aus der unfruchtbaren und vorführenden Differenzierung je nach den verschiedenen Rechtsgeschäften und einzelnen Rechtsgebieten herauszuführen und zu einer allgemeinen, für das gesamte Recht gültigen Lösung des Problems hinzuführen. Daran schließt sich der Versuch, eine solche Lösung, und zwar im Sinne einer Bejahung der Rechtskraft, aus dem Rechtsbegriffe abzuleiten.“²⁵⁶

Nahezu gleichzeitig, Anfang April 1920, wandte sich Kelsen an den Mohr-Verlag, um sich für die Veröffentlichung dieses Manuskripts einzusetzen und machte geltend, „das Manuskript der Arbeit ‚Rechtskraft und Rechtsbegriff‘ auf das Genaueste“ zu kennen und sagen zu können, „daß es weit aus das Beste ist, was über das so schwierige und umstrittene Rechtskraftproblem geschrieben wurde“.²⁵⁷ Kelsen hob nicht nur die Verdienste der von Merkl angebotenen Arbeit hervor, sondern versicherte auch, „daß Herr Doz. Dr. Merkl unter den jüngeren Autoren des öffentl. Rechts zu den erfolgreichsten und hoffnungsvollsten Schriftstellern gehört“.²⁵⁸ Ganz unbekannt war Merkl den Verlegern ohnehin nicht, da er spätestens seit 1916 mit dem Tübinger Verlag korrespon-

²⁵⁶ Brief von Adolf Julius Merkl an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 30. März 1920. Den Brief unterschrieb Merkl als „Ministerialvizesekretär i.d. österr. Staatskanzlei“ und „Privatdozent an der Universität Wien“.

²⁵⁷ Zwei Zitate: Brief von Hans Kelsen an J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) vom 9. April 1920.

²⁵⁸ Brief von Hans Kelsen an J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) vom 9. April 1920.

dert und auch in von ihm verlegten Fachzeitschriften veröffentlicht hatte.

Bereits am 17. April 1920 bestätigte der Verlag Merkl den Eingang des Angebots, das durch Kelsens Vermittlung nach Tübingen gelangt war. Die Verleger meinten, sich noch verständigen zu müssen, konnten aber schon zu diesem Zeitpunkt sagen, dass „eine baldige Drucklegung unter den gegenwärtigen Verhältnissen“ kaum denkbar wäre, „zumal da es sich um ein Buch von über 15 Druckbogen handelt“.²⁵⁹ Wie sich aus einem auf die Anfragen Merkls und Kelsens bezogenen verlagsinternen Laufzettel ergibt, entschlossen sich die Verleger zunächst einstimmig für die Ablehnung einer sofortigen Publikation vor allem wegen der „schlechten Papierverhältnisse“; Paul Siebeck (1855–1920) empfahl eine „zuwartende Stellung“ einzunehmen. In einem Schreiben vom 27. April 1920 wurde Merkl dann benachrichtigt, dass der Verlag „im Augenblick Ihr Buch über Rechtskraft und Rechtsbegriff nicht übernehmen“ könne. Der Verlag fragte aber an, ob Merkl bereit wäre, „mit der Drucklegung noch etwas zuzuwarten“;²⁶⁰ falls ja solle er sich im Herbst 1920 wieder melden. Im Dezember 1920 meldete sich Merkl dann tatsächlich erneut bei Mohr, teilte aber bloß mit, dass er inzwischen einen anderen Verlag für sein Werk gefunden habe. Bei dieser Gelegenheit bot er auch eine kleinere Arbeit zum Thema „richterliche Unabhängigkeit“ zur Veröffentlichung als Broschüre an.²⁶¹ Der Verlag lehnte das Angebot

²⁵⁹ Brief von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) an Adolf Julius Merkl vom 17. April 1920.

²⁶⁰ Brief von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) an Adolf Julius Merkl vom 27. April 1920.

²⁶¹ Vgl. Brief von Adolf Julius Merkl an J. C. B. Mohr (Paul Verlag) vom 13. Dezember 1920.

ab; der Grund war jetzt nicht mehr die Länge des Manuskripts, sondern seine Kürze, denn aufgrund von Preissteigerungen konnten „kleinere Broschüre vom Umfang weniger Druckbogen heutzutage so gut wie gar nicht mehr verlegt werden“.²⁶²

Das Buch zur Rechtskraft würde noch fast drei Jahre auf seine Veröffentlichung warten müssen. Es wurde schließlich in der zweiten Septemberhälfte 1923 bei Franz Deuticke in Wien veröffentlicht,²⁶³ das Vorwort ist mit „Jänner 1923“ datiert.²⁶⁴ Der Titel lautet „Die Lehre von der Rechtskraft“; die Verbindung mit dem Rechtsbegriff wurde durch den Titelzusatz „entwickelt aus dem Rechtsbegriff“ zum Ausdruck gebracht. Es erschien als letzter Band der alten Reihe der „Wiener Staatswissenschaftlichen Studien“, die Kelsen seit dem Tod von Edmund Bernatzik im Jahr 1919 mitherausgegeben hatte. Teilschuld an der zeitlichen Verzögerung zwischen Deutickes Publikationsusage Ende 1920 und dem Erscheinen der Monographie im dritten Quartal 1923 mag die notwendige Umstrukturierung der Reihe „Wiener Staatswissenschaftliche Studien“ nach Bernatziks Tod gewesen sein, die Publikation von drei Bänden der Neuen Folge der Studien noch vor der „Rechtskraft“ weist aber eher auf im Bereich des Autors gelegene Gründe hin.

Vergleicht man der Umfang des erschienenen Werks von IX+302 Seiten (20 Druckbogen) mit der Einschätzung des Mohr-Verlags von 15 Druckbogen (rund 260 Seiten) im April 1920, ist davon auszugehen, dass Merkl ab 1920 weiter-

²⁶² Brief von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) an Adolf Julius Merkl vom 20. Dezember 1920.

²⁶³ Börsenblatt für den Deutschen Buchhandel 90 (1923), Nr. 223 vom 24. September 1923, S. 6782.

²⁶⁴ Vgl. Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. VIII = RK StudA 9.

hin am Manuskript gearbeitet hatte. Aus einer Anmerkung in einer Schrift von Merkl aus dem Jahr 1924 geht hervor, dass zumindest Teile des Manuskripts der „Rechtskraft“ bereits im Oktober 1922 im Druck waren: Er berichtet darin, dass er sich in der „Rechtskraft“ mit Sanders eben, im Oktober 1922, erschienenem „Staat und Recht“²⁶⁵ nicht mehr befassen konnte, da Sanders Arbeit erst zu einem Zeitpunkt erschienen war, als der Druck der Monographie Merkls bereits weit fortgeschritten war.²⁶⁶ Das jüngste Werk, das Merkl in der „Lehre von der Rechtskraft“ zitiert, ist sein eigenes Buch „Demokratie und Verwaltung“,²⁶⁷ das offenbar erst im April 1923 erschienen war.²⁶⁸ Dieses Werk, welches Merkl möglicherweise noch aus dem Manuskript zitiert, ist auch das einzige Werk aus dem Jahr 1923, das in der Monographie berücksichtigt wird. Das jüngste im Jahr 1922 erschienene und in der „Rechtskraft“ zitierte Werk ist wohl Kelsens „Rechtswissenschaft und Recht“, welches am 16. September 1922 in Heft 1/2 der Zeitschrift für öffentliches Recht erschienen war²⁶⁹ und seine Erwiderung auf Sanders ersten öffentlichen Angriff gegen die Reinen Rechtslehre – Sanders Schrift „Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?“²⁷⁰ – darstellt.

²⁶⁵ Fritz Sander, *Staat und Recht. Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung*, Leipzig und Wien 1922 (2 Halbbände).

²⁶⁶ Merkl, Kampf (Anm. 127) S. 19 Anm. 2 = Merkl-GS I/1, S. 339–364 (355 Anm. 24).

²⁶⁷ Merkl, *Demokratie und Verwaltung* (Anm. 8).

²⁶⁸ Vgl. N.N., Juristische Bibliographie, in: *Juristische Blätter* 52 (1923), S. 76.

²⁶⁹ Kelsen, *Rechtswissenschaft und Recht* (Anm. 103) = HKW 9, S. 75–190.

²⁷⁰ Fritz Sander, *Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens*, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 2 (1921), S. 511–670.

Der Publikationsablauf der „Rechtskraft“ sieht somit folgendermaßen aus:

- 30. März 1920: Merkl bietet J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) ein mit „Rechtskraft und Rechtsbegriff“ betiteltes Manuskript zur Publikation an;
- 9. April 1920: Kelsen schreibt Mohr, um für Merkls Schrift zu werben;
- 27. April 1920: Mohr lehnt eine Publikation zum damaligen Zeitpunkt ab;
- 13. Dezember 1920: Merkl teilt Mohr mit, dass er einen anderen Verlag (Deuticke, Wien) gefunden hat;
- Dezember 1920–September 1922: das Manuskript wird überarbeitet;
- Oktober 1922: wesentliche Teile des Manuskripts liegen Deuticke vor;
- Januar 1923: Merkl verfasst das Vorwort;
- September 1923: die „Rechtskraft“ erscheint bei Deuticke.

2. Rezeptionsgeschichte

Nicht nur in Österreich, sondern auch in Deutschland und außerhalb des deutschsprachigen Raums erregte Merkls Monographie in den Jahren nach ihrem Erscheinen einige Aufmerksamkeit und wurde Gegenstand einer Vielzahl von Rezensionen und anderer Formen der wissenschaftlichen Auseinandersetzung. Soweit ersichtlich, interessierten sich vor allem Rechtstheoretiker und Staatsrechtslehrer, aber auch Prozessualisten für das Werk,²⁷¹ obwohl einige Ver-

²⁷¹ Vgl. z.B. James Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin 1925, S. 151 Anm. 827, 153 Anm. 831a, 211 f., 228 f. Anm. 1259c; Wilhelm Sauer, [Buchbesprechung:] Dr. Adolf Merkl, a.ö. Prof. in Wien, *Die Lehre von der Rechtskraft*, ent-

treter der letzten Gruppe durch die Differenz zwischen den durch den Titel geweckten Erwartungen und dem von Merkl in seinem Werk verfolgten Ansatz irritiert, frustriert oder sogar verärgert waren. So kam Edouard Bötticher (1899–1989) nach ausführlicher Beschäftigung mit Merkls Buch zur Auffassung, dass seine „Rechtskraftlehre recht eigentlich nur die ‚formelle Rechtskraft‘ betrifft, an der materiellen Rechtskraft und damit dem wirklichen Rechtskraftproblem aber vorbeigeht“.²⁷²

Auch einige Mitglieder der Wiener Schule rezensierten das Werk; sie teilten zwar das Forschungsprogramm einer reinen Rechtslehre, stimmten aber in einigen Punkten der Umsetzung dieses Programms nicht mit Merkl überein.²⁷³

wickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung, Wiener Staatswissenschaftliche Studien, Bd. 15, H. 2, Leipzig u. Wien (Deuticke) 1923, 302 S., in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechts-wissenschaft 45 (1925), S. 306–307; Robert Coester, Die Rechtskraft der Staatsakte, München und Leipzig 1927, S. 46f., 60f.; Wilhelm Sauer, Zum Streit um die materielle Rechtskraft, in: Heinrich Lehmann/Gotthold Bohne (Hrsg.), Festgabe für Richard Schmidt zu seinem 70. Geburtstag, Leipzig 1932, 308–329 (310, 313).

²⁷² Eduard Bötticher, Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozess, Berlin 1930, S. 71. Bötticher widmet einen Abschnitt seiner Studie ausschließlich der „Rechtskraft“; er setzt sich mit Merkl auf rund 35 Seiten seiner 242 Seiten umfassenden Monographie auseinander.

²⁷³ Vgl. Fritz Schreier, [Buchbesprechung:] Zur Lehre von der Rechtskraft, in: Neue Freie Presse Nr. 21216 vom 3. Oktober 1923, S. 16; Josef L. Kunz, [Buchbesprechung:] Adolf Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft. Entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung. Wiener Staatswissenschaftliche Studien. Alte Folge. XV. Bd., 2. Heft. Leipzig und Wien. F. Deuticke, 1923, 302 S., in: Zeitschrift für öffentliches Recht 4 (1924/1925), S. 355–362; Walter Henrich, [Buchbesprechung:] Dr. Adolf Merkl, a.ö. Professor an der Universität in Wien, Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung (Wiener Staatswissenschaftliche Studien). Begründet von E. Bernatzik und E. Philippovich. Her-

Auch wenn es im Rahmen der Schule üblich war, durch gegenseitige Besprechungen die Aufmerksamkeit der Fachöffentlichkeit auf Bücher ihrer Mitglieder zu lenken, waren diese Rezensionen keineswegs nur lobend und Merkls Werk blieb von Eigenbeschuss nicht verschont. Jenseits des Kreises um Kelsen wurde das Werk ebenfalls ernstgenommen und beispielsweise als einen bedeutsamen Beitrag „für das viel diskutierte Problem des ‚fehlerhaften Staatsaktes‘“²⁷⁴ gesehen. Andere hingegen zögerten nicht, über das Werk ein vernichtendes Urteil zu fällen; so bezeichnet es der Strafrechtswissenschaftler und Rechtsphilosoph Ernst Bepling (1866–1932) als „verlorene Arbeit“ und meint, „das lustige Spiel der Gedanken in ihm ist gewiß nicht ohne Reiz, und wenn es uns nur in ein Phantasieland entführen wollte, so vermöchte es uns dort ästhetischen Genuß zu bereiten“. Jedoch, und das sei das Entscheidende, „für die Grund-

ausgegeben in Verbindung mit Friedrich Wieser und Othmar Spann von Hans Kelsen. 15. Band, 2. Heft (Schluss der alten Folge). Leipzig und Wien, Verlag Franz Deuticke, 1923, in: *Gerichts-Zeitung* 75 (1924), S. 14–15; *Walter Henrich*, Zur Theorie der Rechtskraft. Auseinandersetzung mit Adolf Merkls Lehre von der Rechtskraft, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 3 (1924), S. 329–350; *Leonidas Pitamic*, Zur neuesten Rechtskraftlehre, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 4 (1924), S. 160–164; *Fritz Sander*, Merkls Rechtslehre, in: *Prager Juristische Zeitschrift* 4 (1924), Sp. 16–31. Vgl. auch *Felix Kaufmann*, Die Kriterien des Rechts. Eine Untersuchung über die Prinzipien der juristischen Methodenlehre, Tübingen 1924; *Alf Ross*, Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmengeschichtlicher Untersuchungen, Leipzig und Wien 1929.

²⁷⁴ *Albrecht Mendelssohn Bartholdy*, [Buchbesprechung:] Adolf Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff (*Wiener Staatswissenschaftliche Studien*, 15. Band, 2. Heft). Leipzig und Wien, Franz Deuticke, 1923. VIII und 302 S., in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 46 (1924), S. 371–372 (372).

legung der Jurisprudenz wirft es nichts ab“²⁷⁵ Gerhart Husserl (1893–1973), Edmund Husserls (1859–1938) Sohn, begnügte sich mit dem lapidaren Satz, „[i]n der Tat ist eine Förderung des Rechtskraftproblems durch Merkls Abhandlung nicht erkennbar“²⁷⁶ Merkl selbst publizierte eine Eigenrezension in seiner „Zeitschrift für Verwaltung“; darin erläuterte er die Hauptthesen seines Buches knapp und kündigte an, in einer längeren Replik bald auf die Argumente seine Kritiker eingehen zu wollen,²⁷⁷ was aber nie geschah.

Die Übernahme von Merkls Thesen durch Kelsen hatte eine ambivalente Wirkung auf die weitere Rezeption der „Rechtskraft“. Zwar fanden Merkls Gedanken dadurch breite Resonanz, andererseits wurde damit nicht nur die eigentliche Provenienz dieser Gedanken oft unkenntlich gemacht, sondern Merklsche Gedanken wurden durch Kelsen auch weiter verändert und mitunter vereinfacht. Obwohl das Werk eine signifikante wissenschaftliche Debatte auslöste, fiel es bald dem Vergessen anheim. Der eingangs erwähnte Mangel von Nachdrucken oder Übersetzungen – und die Schwierigkeit, das Werk am antiquarischen Markt und selbst in Bibliotheken zu finden – trägt seinen Teil dazu bei, dass es im heutigen Diskurs kaum noch erwähnt wird, auch im Gegensatz zu den besser bekannten, öfter übersetzten und

²⁷⁵ Drei Zitate: *Ernst Beling*, [Buchbesprechung:] Merkl, Adolf, Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Gr. 8°. 302 S. (Wien 1923, Deuticke), in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 57 (1925), 104–118 (118).

²⁷⁶ *Gerhart Husserl*, Rechtskraft und Rechtsgeltung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung, Bd. 1: Genesis und Grenzen der Rechtsgeltung, Berlin 1925, S. 14.

²⁷⁷ *Merkl*, BB Merkl Rechtskraft (Anm. 116), S. 28 = Merkl-GS I/1, S. 365–368 (368).

nachgedruckten Aufsätzen Merkls.²⁷⁸ Die Unsichtbarkeit und Unbekanntheit dieses Klassikers der Rechtstheorie wird insbesondere dadurch befördert, dass die Herausgeber der Gesammelten Schriften Merkls die wie sämtliche Monographien, einschließlich der „Rechtskraft“, nicht aufnahmen.²⁷⁹

Zu den wissenschaftssoziologischen Gründen für die Nichtrezeption kommen wissenschaftstheoretische Gründe hinzu. Was Fritz Schreier (1897–1981) für den rechtsdogmatischen Diskurs seiner Zeit diagnostizierte, gilt auch heute noch:

„Noch immer operiert man mit dem Gegensatze des öffentlichen und privaten, des materiellen und formellen Rechts usw., ohne daß Einigkeit über die Abgrenzung der Gebiete herrscht. Auf jedem Gebiet wird in mühevoller Arbeit geforscht. Merkwürdigerweise aber bieten sich vielfach die gleichen Gegenstände der Untersuchung. Dennoch wird in jeder Spezialdisziplin gesondert untersucht“²⁸⁰.

Straf-, Zivil-, Verfassungs- und Verwaltungsrechtswissenschaft pflegen jeweils voneinander getrennte und abweichende rechtsdogmatische Diskurse über die Rechtskraft. Es ist gerade die Wissenschaftlichkeit dieser herrschenden Lehre(n), welche die Reine Rechtslehre und die „Rechtskraft“ in Frage stellt – sie macht eine der Rechtsdogmatik

²⁷⁸ Vgl. z. B. die ins Italienische, ins Portugiesische und ins Spanische übersetzten Sammlungen von ausgewählten Aufsätzen Merkls: *Carmelo Geraci* (Hrsg.), Adolf Julius Merkl. Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi, Mailand 1987; *Matheus Pelegrino da Silva* (Hrsg.), Adolf Julius Merkl. Escritos de Teoria do Direito, übersetzt von Matheus Pelegrino da Silva, São Leopoldo 2018; *Sebastián Agüero-Sanjuan/Andrej Kristan* (Hrsg.), Adolf Julius Merkl. La Dinámica y la Teoría Pura del Derecho. Ocho Ensayos Fundamentales, übersetzt von Francisco Campos Zamora, Bogotá 2024.

²⁷⁹ Vgl. *Mayer-Maly/Grussmann*, Anmerkungen (Anm. 7), S. XIX.

²⁸⁰ Schreier, BB Merkl Rechtskraft (Anm. 274), S. 16.

liebgewordene Selbstverständlichkeit zu einem Problem der Rechtstheorie. Merkls Versuch, sowohl die privatistische als auch die publizistische Denkweise zu durchdringen und vorhandene, aber mangelhaft reflektierte Grundannahmen aufzuspüren sowie ins Bewusstsein zu heben, muss für eine gefestigten Praxis der Rechtswissenschaft als Wissenschaft der Differenzierung²⁸¹ krude erscheinen. Seinem rechtstheoretischen Stil, die heiligen Kühe der Dogmatik (insbesondere die Scheidung von formeller und materieller Rechtskraft) reihenweise zu schlachten und wenig Verständnis für die Eigen-Art(igkeit) der dogmatischen Binnendiskurse zu zeigen, wird daher verständlicherweise sehr rasch der Vorwurf des Ikonokasmus und der Irrelevanz gemacht. Merkl bliebe mit seiner Analyse genau dort stehen, wo die eigentlich relevanten Rechtsprobleme beginnen:

„Immerhin zeigt gerade der von Merkl so energisch unternommene Versuch einer Neuorientierung der Rechtskraftlehre, daß die Prozessualisten wirklich allen Grund haben, gegenüber der seitens der Publizisten mehr oder weniger bewußt angestrebten Verquickung des Rechtskraftproblems mit dem Widerrufsproblem des Verwaltungsrechts auf der Hut zu sein und diesen nicht auch noch durch unbedachte Formulierungen Vorschub zu leisten“.²⁸²

Es ist nicht verwunderlich, dass die „Rechtskraft“ in (bundes-)deutschen Studien zur Geschichte des Rechtskraftsproblems regelmäßig fehlt.²⁸³

²⁸¹ Vgl. František Weyr, Die Rechtswissenschaft als Wissenschaft von Unterschieden, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 28 (1934/1935), S. 364–377.

²⁸² Bötticher, Kritische Beiträge (Anm. 273), S. 72.

²⁸³ Vgl. z.B. Hans Friedhelm Gaul, Die Entwicklung der Rechtskraftlehre seit Savigny und der heutige Stand, in: Horst Heinrich Jakobs et al. (Hrsg.), Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, 12. September 1978, Bd. 1, Köln 1978, S. 443–525.

3. Gliederung: Ein rechtstheoretisches Crescendo

Die „Rechtskraft“ steht „ganz unter dem Gesamteindrucke“ des Lehrgebäudes von Hans Kelsen und sieht sich „unter dem Banne der erstmals von Kelsen erhobenen Forderung einer reinen Rechtslehre“. Die Schrift atmet „Geist vom Geiste Kelsenscher Rechtstheorie“²⁸⁴ und beabsichtigt, die Stärke des Forschungsprogramms der Wiener Schule auf dem Prüfstand des Spezialproblems der Rechtskraft zu beweisen. Das Werk kann für sich das Verdienst beanspruchen, das Rechtskraftproblem „in einem einheitlichen Sinne für alle Rechtsgebiete“²⁸⁵ gestellt und originell gelöst, „das fragile Problem zum ersten Male aus der Sphäre zersplitterter Einzeluntersuchungen herausgehoben zu haben“.²⁸⁶ Die Rechtskraft sei nicht als ein „abgrenzbares Sonderphänomen richterlicher Erkenntnisse“²⁸⁷ zu behandeln. Nicht nur der Denkstil ist derjenige der Reinen Rechtslehre, sondern auch der Aufbau des Buches und die Argumentationsweise lehnen sich an das „fighting genius“²⁸⁸ Hans Kelsen an. Das Werk folgt einem langen Weg von der Negation zur Konstruktion, so dass über die Hälfte der Arbeit einer kritischen Auseinandersetzung mit den herrschenden Rechtskraftleh-

²⁸⁴ Drei Zitate: *Merkl*, Rechtskraft (Anm. 1), S. VII = RK StudA 8.

²⁸⁵ Brief von Hans Kelsen an J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) vom 9. April 1920.

²⁸⁶ *Sander*, Merkls Rechtslehre (Anm. 274), Sp. 16.

²⁸⁷ *Matthias Jestaedt*, Wirken und Wirkungen höchstrichterlicher Judikatur – Rechtsprechungen von Grenzorganen aus der Sicht der Reinen Rechtslehre, in: Clemens Jabloner (Hrsg.), *Wirken und Wirkung höchstrichterlicher Judikatur. Symposium zum 60. Geburtstag von Heinz Mayer*, Wien 2007, S. 9–33 (21).

²⁸⁸ Josef L. Kunz, The „Vienna School“ and International Law, in: *New York University Law Quarterly Review* 11 (1933/1934), S. 370–421 (371 Anm. 6).

ren ganz im Sinne des „kontradiktiorisch-dialogische[n] Verfahren[s]“²⁸⁹ von Kelsen gewidmet ist: „Die Abhandlung ist“, wie Merkl selbst formuliert, „vorwiegend kritischer Natur“.²⁹⁰ Trotzdem ist die „Rechtskraft“ eines der ersten Werke in der Tradition der Wiener Schule, welches Kritik und Konstruktion klar voneinander abgrenzt und die Theorie des Autors in einem relativ autonomen Teil präsentiert.²⁹¹

Merkl versucht zu zeigen, dass die zersplitterten Diskurse der Privatrechtslehre und der Publizistik zur Rechtskraft, weil sie auf unterschiedlichen methodischen Überzeugungen beruhen, zwangsläufig unterschiedliche Gegenstände ansprechen, die aus purer Denkgewohnheit unter demselben Begriff behandelt werden – auch wenn zugegebenermaßen ein Gutteil der Denkweise der öffentlichrechtlichen Lehre von der Rechtskraft auf der älteren Tradition der Privatrechtslehre wurzelt. Merkl wählt je zehn Autoren aus beiden Traditionen aus; anhand dieser Autoren werden typische Denkmuster und wiederkehrende rechtswissenschaftliche Pathologien aufgezeigt. Er zielt darauf ab, die Isolation der verschiedenen Ansätze zu überwinden: „Weder eine zivilistische noch eine publizistische oder eine sonstige spezialjuristische Methode, sondern nur ein Verfahren, das nichts als schlechthin juristisch sein will, kann ein dem Rechtssystem in allen seinen Teilen eigenständliches Phänomen der Rechtskraft erfassen“²⁹² Eine rechtstheoretische

²⁸⁹ *Jestaedt*, Wiener Summe (Anm. 137), S. XLVII.

²⁹⁰ Brief von Adolf Julius Merkl an J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) vom 30. März 1920.

²⁹¹ Als Gegenbeispiel vgl. *Kelsen*, Staatsbegriff (Anm. 135) = HKW 7, S. 69–350; *Sander*, Staat und Recht (Anm. 266).

²⁹² *Merkl*, Rechtskraft (Anm. 1), S. 2 = RK StudA 14 – Hervorhebung nicht übernommen.

Untersuchung der Rechtskraftproblematik sei längst überfällig gewesen.

Der Aufbau des Werkes ist einfach: Es besteht aus vier römisch nummerierten Abschnitten, die klar abgegrenzte, aber miteinander verknüpfte Themen behandeln und jeweils in drei Unterabschnitte gegliedert sind. Den vier Abschnitten ist ein Vorwort („Zum Geleit“) vorangestellt, in dem Merkl seine Karten sofort auf den Tisch legt und dem Leser so den Spannungsbogen erspart – ganz im Sinne des nüchternen, fast anti-literarischen Schreibstils der Wiener Schule.²⁹³ Merkl nimmt sich zur Aufgabe, „den Begriff der Rechtskraft aus seiner Verengung im Sinne einer bloßen Bedeutung für einzelne Rechtserscheinungen in die Weite einer Bedeutung für den Rechtsbegriff, für das Rechtsganze in allen seinen Teilerscheinungen herauszuführen“. Er präsentiert die Rechtskraft als die jeder Rechtsnorm innenwohnende Beharrungstendenz bzw. relative Unabänderlichkeit und findet in ihr das „integrierende Prinzip des fluktuiierenden Rechtssystems“²⁹⁴

a) Kritischer Teil (Abschnitt I-II)

Die beiden ersten Abschnitte sind klar kritischer Natur und geben einen mehr oder weniger nuancierten Überblick über exemplarische Rechtskraftlehren des 19. und des frühen 20. Jahrhunderts. Sie bieten zugleich einen Katalog typischer Pathologien in der Behandlung positiv-rechtlicher Phänomene am Beispiel der Rechtskraft. In diesen werden

²⁹³ Das verwundert angesichts der Neigung Merkls zu dramatischen Formulierungen und blumiger Sprache etwas.

²⁹⁴ Zwei Zitate: *Merkl*, Rechtskraft (Anm. 1), S. VI = RK StudA 6 f. – Hervorhebung nicht übernommen.

zwei Hauptbereiche der Rechtskraftdiskussion unterscheiden: Das Wesen und der Grund der Rechtskraft.

In Abschnitt I („Die Lehre vom Wesen der Rechtskraft“)²⁹⁵ befasst Merkl sich mit unterschiedlichen Definitionen des Rechtskraftsbegriffs (Merkmale der Rechtskraft) und damit, welchen Rechtserscheinungen das Merkmal der Rechtskraft zukommt (Erscheinungsgebiet der Rechtskraft). Vor allem aber entlarvt dieser Abschnitt die Unbegründtheit der herrschenden Beschränkung der Rechtskraft auf richterliche Urteile. Bei aller Divergenz zwischen den untersuchten Autoren glaubt Merkl, in der weitverbreiteten Definition von Rechtskraft als *Unveränderlichkeit* von Gerichtsurteilen oder Verwaltungsakten einen gemeinsamen, wenn auch unbewussten und unzureichend artikulierten Kern zu finden, auf dem man eine kohärente Theorie aufbauen könne.

In Abschnitt II („Die Lehre vom Grunde der Rechtskraft“)²⁹⁶ zeigt Merkl zunächst eine Unschärfe in der herkömmlichen Formulierung der Fragestellung auf. Unter dem Begriff „Grund“ befassen sich verschiedene Autoren meist mit den nichtrechtlichen Motiven für die Regelung der Unabänderlichkeit bestimmter Rechtsentscheidungen. Merkl attestiert den gängigen Begründungsversuchen daher eine ethisch-politische Prägung, indem er die üblichen Figuren des „öffentlichen Interesses“ und der „subjektiven Rechte“ als je nach politischer Haltung, pragmatischer Opportunität oder moralischer Überzeugung für oder wider die Änderbarkeit bestimmter Rechtserscheinungen herangezogene Argumente entlarvt. Als Ideologiekritiker ist Merkl

²⁹⁵ Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 1–96 = RK StudA 13–141.

²⁹⁶ Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 97–165 = RK StudA 143–233.

unverkennbar ein Schüler Kelsens: Die Frage nach dem Grund der Rechtskraft kann rechtswissenschaftlich nur als die Frage nach dem Erkenntnisgrund der Rechtskraft formuliert werden; dementsprechend wird fast die Gesamtheit der Rechtskrafttheorien, welche gegen dieses elementare erkenntnistheoretische Postulat verstossen, als Versuch der politischen Überformung der Rechtstheorie abgestempelt.²⁹⁷ Für Merkl kann rechtswissenschaftlich gesehen ausschließlich eine Ermächtigungskette innerhalb des Validationssystems der positiven Rechtsordnung als Begründung für die Rechtskraft dienen; Grund für die Rechtskraft ist eine Autorisierung der Erzeugung der Rechtserscheinung durch das positive Recht.

b) Konstruktiver Teil (Abschnitt III–IV)

Erst die beiden letzten Abschnitte widmen sich der Konstruktion des eigenen Gedankengebäudes, insbesondere der Entfaltung von Merkls Hauptthese zur Rechtskraft als „die spezifische Geltungsdauer des Rechtlichen“:²⁹⁸ Erstens gelte Rechtliches solange, als nicht die von bedingenden Rechtserscheinungen („höheren Normen“) statuierten Voraussetzungen für das Außergeltungstreten bedingter Rechtserscheinungen („niedrigere Normen“) erfüllt sind;²⁹⁹ zweitens wird die Rechtskraft als Eigenschaft von Rechtlichem schlechthin eingeführt, als eine Eigenschaft unter-

²⁹⁷ Vgl. Gabriele Kucsko-Stadlmeyer, Merkls Rechtskraftlehre, in: Robert Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit. Ergebnisse eines Internationalen Symposiums in Wien (22.–23. März 1990), Wien 1990, S. 117–138 (118 f.).

²⁹⁸ Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 180 = RK StudA 253.

²⁹⁹ Vgl. Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 180 = RK StudA 253.

schiedslos aller Rechtsnormen.³⁰⁰ Besonders interessant sind Merkls Ausführungen zum Verhältnis zwischen Theorie und Praxis sowie zum Umgang mit wissenschaftlichen Begriffen, welche als eine Art Intermezzo zwischen dem kritischen und dem konstruktiven Teil eingeschoben sind. Hier verkauft Merkl als echter Schüler Kelsens³⁰¹ eigentlich eine rechtstheoretischen Revolution als Reform:

„Ich kann mir eine ‚Lehre von der Rechtskraft‘ vorstellen, die dazu gelangt, ihren Gegenstand der Erkenntnis, den sie etwa in annähernder Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre bestimmt, abweichend von dieser (und damit auch von ihrem eigenen programmatischen Titel) zu bezeichnen. Der Titel bietet in diesem Falle gewissermaßen einen Anknüpfungspunkt, um sich mit dem Leser über den Gegenstand der Untersuchung vorläufig zu verstständigen. Mir fehlt aber der Ehrgeiz, mich als Reformator der Terminologie der Rechtskraft zu betätigen, sondern ich lasse es gerne bei dem bescheidenen Versuch der Rolle eines Reformators der Theorie der Rechtskraft bewenden. Es liegt mir fern, den zwar gewiß nicht sozusagen bewährten, wohl aber eingewurzelten Terminus der Rechtskraft über Bord zu werfen, wie mir überhaupt die Terminologie als das zweckmäßigerweise Bleibende im Wechsel der Theorie, die überkommene Terminologie gewissermaßen als das Gerüst erscheint, das erst abgebrochen werden soll, wenn der Neubau der Theorie sozusagen feststeht. Eine konservative Terminologie ist das Verständigungsmittel für reformatorische Theorie“³⁰².

Im Abschnitt III („Rechtskraft oder Rechtsbegriff“) wird ein Paradox des Diskurses über die Rechtskraft angesprochen: Trotz aller Fixierung auf das Gesetz, trotz Behandlung der abstrakten Rechtsnormen als die Rechtsquelle schlechthin, sieht die herrschende Lehre die Rechtskraft nur aus ih-

³⁰⁰ Vgl. Merkl, *Rechtskraft* (Anm. 1), S. 181 = RK StudA 255.

³⁰¹ Vgl. z.B. Editorischer Bericht „Der soziologische und der juristische Staatsbegriff (1922)“, in: HKW 7, S. 494–554 (535 f.).

³⁰² Vgl. Merkl, *Rechtskraft* (Anm. 1), S. 176 = RK StudA 248.

rer Sicht „minderwertigen“ Rechtsquellenformen vor, primär dem Urteil.³⁰³ Merkl stellt fulminant diese unbewusste Annahme auf den Kopf: Während die herrschende Lehre die Rechtskraft als Sonderphänomen behandelt und die Unveränderlichkeit bestimmter Rechtsphänomene als das zu Rechtfertigende ansieht, argumentiert Merkl, dass die Rechtskraft normtheoretisch trivial ist, da die Unveränderlichkeit den Standardzustand des Rechtlichen darstellt – zu begründen sei vielmehr die Veränderbarkeit bestimmter Rechtserscheinungen.

Der Übergang von der Rechtskraft zur Erklärung der Rechtsmechanik erfolgt anhand der Frage, wie man erkennen könne, dass der Sinn einer bestimmten menschlichen Entscheidung eine rechtskraftfähige Rechtsnorm sei. An dieser Stelle beantwortet Merkl die gestellte Frage und entwickelt seiner Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung, beruhend auf der Unterscheidung zwischen bedingenden und bedingten Normen, fort; der Rechtscharakter einer Norm hängt von ihrer Rückführbarkeit auf eine Ermächtigungs- oder eine Derogationsnorm ab. Hier buchstabiert Merkl nun seine eigene Antworten auf die Kardinalfragen der Lehre vom Wesen und Grund der Rechtskraft aus. Auf die Frage nach dem Wesensmerkmal und dem Erscheinungsbereich der Rechtskraft antwortet Merkl mit der relativen Unveränderlichkeit sämtlicher Rechtsnormen. Auf die nach dem Erkenntnisgrund der Rechtskraft antwortet Merkl mit den bestehenden positivrechtlichen Ermächtigungsgrundlagen.

³⁰³ Vgl. Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 176 f. = RK StudA 248 f.

Tabelle 2: Gliederung von Abschnitt III

<i>Gliederung</i>	<i>Seiten</i>
1. Der Begriff der Rechtskraft	166–181
[a. Rekapitulation]	166–170
[b. Zum wissenschaftlichen Umgang mit Begriffen]	170–176
[c. Merkls Rechtskraftbegriff]	177–181
2. Rechtskraft und Rechtssystem	181–228
[a. Vorarbeiten zum Stufenbau]	182–201
[b. Stufenbaulehre im Kontext]	201–206
[c. Die Theorie des rechtlichen Stufenbaus von Merkl]	206–228
3. Die normlogische Erforderlichkeit der Rechtskraft	228–245
[a. relative Unveränderbarkeit]	228–231
[b. lex posterior – contrarius actus]	231–233
[c. lex posterior – Unveränderlichkeit]	233–240
[d. Beschaffenheit der Derogationsnorm; Integration in die Grundnorm?]	240–245

Im Abschnitt IV („Rechtskraft und positives Recht“) schließlich werden die Möglichkeiten zur Kalibrierung der positivrechtlichen Änderbarkeit von Rechtsnormen diskutiert. Erst hier wird es richtig interessant und im letzten Fünftel des Buches werden Thesen präsentiert, die in den früheren Schriften Merkls in dieser Schärfe noch nicht zu finden waren, wie etwa die Funktionsweise des Derogationsmechanismus, das Fehlerkalkül oder das Prinzip der Rechtswissenschaft in Ermangelung eines solchen.

Tabelle 3: Gliederung von Abschnitt IV

<i>Gliederung</i>	<i>Seiten</i>
1. Die Normierung der Rechtskraft	245–270
[a. Form und Funktion positivrechtlicher Rechtskraftbestimmungen]	245–248
[b. Theorie und Praxis]	248–251

<i>Gliederung</i>	<i>Seiten</i>
[c. Kontextualisierung der Rechtskraftdebatte]	251–255
[d. Derogationsmechanik]	255–263
[e. Variationsmöglichkeiten für Derogationsnormen]	263–270
2. Formelle und materielle Rechtskraft	270–275
3. Die Rechtskraft rechtswidrigen Rechtes	275–302
[a. Einleitung]	275–281
[b. Merkl–Sander-Kontroverse]	281–290
[c. Fehlerkalkül]	293–302

Wen Merkls Rechtstheorie interessiert, wird bei der Lektüre der „Rechtskraft“ eine exponentielle Steigerung des Interesses zum Ende des Buches hin feststellen. Erst gegen Ende spitzt sich die Sache zu, und erst da teilt Merkl seine rechts-theoretischen Argumente zu einer ganzen Reihe von zentralen Themen der Rechtstheorie – einem Crescendo gleich. Dieses Crescendo bricht auf der letzten Seite jedoch abrupt ab; das Feuerwerk der Gedanken endet auf seinem Höhepunkt. Zwar mag man aufgrund von Merkls Ankündigung meinen, dass dies nur eine Pause sei, leider beendet jedoch der Allegro-Satz Merkls markanteste Symphonie und – bis auf einzelne Passagen des „Allgemeinen Verwaltungsrechts“ und auf die „Prolegomena“ (III.2.e)) – im Wesentlichen auch sein rechtstheoretisches lucidum intervallum.

V. Merkls Rechtstheorie in der „Rechtskraft“

Nicht nur, aber besonders im lucidum intervallum 1915–1931 stellt sich uns Merkls Rechtstheorie als ein in sich geschlossenes , wenn auch nicht vervollständigtes Gedankenkonstrukt dar. Merkl liefert aber in der „Rechtskraft“ weder ein rechts-philosophisches noch ein im weiteren Sinne rechtstheoreti-

sches Werk, sondern einen Beitrag zur Rechtstheorie im engeren, wohl im engsten Sinne, das heißt eine „Struktur-, Geltungs- und Funktionstheorie des Rechts“³⁰⁴ – die Nomomechanik – sowie sekundär auch Elemente einer Rechtswissenschaftstheorie, Erkenntnislehre sowie Methodologie. Die bei Kelsen so wichtige Geltungstheorie des Rechts³⁰⁵ – warum gilt das Recht, wann können wir von „geltendem Recht“ sprechen? – ist in diesen Jahren und in diesem Werk vorhanden, aber mehr als Hintergrundannahme, denn als Gegenstand der Untersuchung. Auch andere Debatten, die vor allem Merkls spätere theoretisch-philosophische Schriften prägen werden, wie zum Beispiel die um das Naturrecht, um Freiheit und Gerechtigkeit, um Widerstandsrecht, um Ethik und Moral, sind hier weitgehend im scharfen Schnitt ausgeblendet – zum Teil in noch weit schärfерem Schnitt als Kelsen das üblicherweise tut –, die Weltanschauung, die den rechtstheoretischen Ausführungen zu Grunde liegt, wird aber keineswegs versteckt.

Das macht die „Rechtskraft“ nicht nur zum privilegierten Ort, in dem diejenigen, die sich ein Bild von Merkls Rechtstheorie machen wollen, fündig werden; das macht das Werk auch zum rechtstheoretischen Konzentrat – es ist *das Lehrbuch* der Nomomechanik und Rechtsdynamik der Reinen Rechtslehre. Denkt man daran, dass Kelsens „Allgemeine Staatslehre“, beide Auflagen der Reinen Rechtslehre sowie seine „General Theory of Law and State“

³⁰⁴ Jörg Kammerhofer, The Interaction of Doctrine and Theory in (International) Legal Scholarship, in: Kostiantyn Gorobets/Andreas Hadjigeorgiou/Pauline Westerman (Hrsg.), Conceptual (Re)Constructions of International Law, Cheltenham 2022, S. 9–26 (15).

³⁰⁵ Vgl. Gabriel Nogueira Dias, Rechtspositivismus und Rechtstheorie. Das Verhältnis beider im Werke Hans Kelsens, Tübingen 2005.

die Derogationsproblematik weitgehend ausblenden, bietet vielleicht nur der Schlussteil von Kelsens posthumer „Allgemeiner Theorie der Normen“ (1979)³⁰⁶ in der Primärliteratur der Wiener Schule ähnlich viel Information zu den von Merkl in der „Rechtskraft“ behandelten Fragestellungen. Die in IV.3.b) identifizierten Schwerpunkte in Abschnitt III–IV der „Rechtskraft“³⁰⁷ seien daher im Folgenden in geraffter Form vorgestellt. Es sind dies fünf Themenkomplexe:

- der Stufenbau nach der rechtlichen Bedingtheit (V.1);
- die relative Unveränderlichkeit des Rechts und *lex posterior* (V.2);
- die Derogation (V.3);
- das Fehlerkalkül (V.4);
- das Pramat der Rechtswissenschaft (V.5).

1. Stufenbau

Die Stufenbaulehre, Merkls wohl bekannteste Theorie, ist prima facie nicht zentrales Thema der „Rechtskraft“; die anderen oben (III.2.) vorgestellten Schriften, vor allem „Das Recht im Spiegel/Lichte seiner Auslegung/Anwendung“ (1916–1917, 1919) sowie die „Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus“ (1931), behandeln sie en detail. In Abschnitt III.2 („Rechtskraft und Rechtssystem“) wird sie dennoch auf 48 Seiten (S. 181–228) besprochen, da sie einen wichtigen Ausfluss der Lehre von der Rechtskraft darstellt und Merkls These vom Erkenntnisgrund der Rechtskraft operationalisiert. Zunächst erläutert Merkl die Theorien der

³⁰⁶ Kelsen, Allgemeine Theorie (Anm. 135), S. 76–203.

³⁰⁷ Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 166–302 = RK StudA 235–414.

wichtigsten Vorgänger seiner Stufenbaulehre, namentlich von Oskar Bülow (1837–1907), Albert Haenel (1833–1918), Ernst Rudolf Bierling (1841–1919), der Freirechtsbewegung sowie des frühen Kelsen.³⁰⁸ Merkl entwickelt seine eigene Lehre im Dialog mit der Tradition und präsentiert seine Leistung bescheiden mehr als Kompilation denn als bahnbrechende Erfindung.³⁰⁹ Er sucht Verbündete und versucht zu zeigen, dass Andere die Dinge bereits so gesehen haben wie er. Er unterlässt es dabei aber nicht, die Kurzschlüsse seiner gewählten Gewährsmänner als solche anzusprechen. Darauf folgt Merkls eigene Argumentation auf 21 Seiten (51500 Zeichen):³¹⁰

Das Recht kann man nicht nur nach seinem Inhalt, sondern auch nach seiner Form unterscheiden. So wie wir gemeinhin Normen des Strafrechts von denen des Verwaltungsprozesses unterscheiden, können wir auch Verwaltungsakte, Verordnungen oder Urteile voneinander abgrenzen oder alle (Bundes-)Gesetze, ob sie nun die Produkthaftung oder die Luftfahrt regeln, als einer Rechtsform angehörig erkennen. Man müsse aber zwischen den kontingenten, vom positiven Recht mehr oder minder zufällig so ausgestalteten, und den wesentlichen, d.h. strukturell-

³⁰⁸ Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 181–207 = RK StudA 254–290.

³⁰⁹ Zu einer Einbettung der Stufenbaulehre sowie des Ermächtigungsdenkens Merkls in die rechtswissenschaftliche Tradition vgl. Thomas Elsner, Das Ermessen im Lichte der Reinen Rechtslehre. Rechtsstrukturtheoretische Überlegungen zur Rechtsbindung und zur Letztentscheidungskompetenz des Rechtsanwenders, Berlin 2011; Gonzalo Villa-Rosas, Merkl's Stufenbaulehre in the History of the Theory of Legal Power, in: Gonzalo Villa-Rosas/Torben Spaak (Hrsg.), Legal Power and Legal Competence. Meaning, Normativity, Officials and Theories, Cham 2023, S. 289–304.

³¹⁰ Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 207–228 = RK StudA 290–317.

notwendigen Rechtsformen unterscheiden. Diese Formen bestehen aus dem gemeinsamen Ursprung sowie aus von diesem abgeleiteten Normen – also eine hierarchische Zweistufigkeit der bedingenden und bedingten Normen, die es uns erlaubt, das Chaos der Rechtsgestalten als System von zusammengehörigen Normen zu deuten.³¹¹

Reale Rechtsordnungen jedoch bleiben nicht bei den zwei wesensnotwendigen Stufen stehen, sondern bauen eine komplexe und vielgliedrige Landschaft an Rechtserscheinungen auf, die zwischen der Ursprungsnorm und den Vollzugsakten stehen und typischerweise Verfassung, Gesetz, Verordnung, Urteil, Verwaltungsakt und Rechtsgeschäft umfassen. Wir stehen demgegenüber vor der Aufgabe, das „logische“ Verhältnis der Normen (und Formen) zueinander zu bestimmen – insbesondere ob sie gleichrangig oder einander über- bzw. untergeordnet sind. Der Stufenbau ist Beschreibung dieser Zusammenhänge und das Kriterium ist, ob eine Norm die rechtliche Voraussetzung für die Entstehung und Geltung einer anderen Norm, ihr Geltungsgrund, ist. Der gestalt ist die oberste Norm nur bedingend und der letzte Vollzugsakt nur bedingt: Jene hat keinen positivrechtlichen Geltungsgrund, während dieser nicht Geltungsgrund für weitere Rechtsnormen ist. Die Zwischenglieder, typischerweise das Gesetz, sind demgegenüber sowohl bedingend als auch bedingt, zeigen also die typische Janusköpfigkeit. Die Rechtserzeugung ist dementsprechend nahezu immer auch Rechtsanwendung oder -vollziehung: So wie ein Gericht nicht bloß Recht anwendet, sondern mit seinem Urteil auch Recht erzeugt, ist ein Gesetz regelmäßig nicht bloß Ergeb-

³¹¹ Vgl. Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 207–210 = RK StudA 290–294.

nis der Rechtserzeugung, sondern auch der Anwendung von höherrangigem Recht, der Verfassung.³¹²

Die Stufenfolge der Formen in einer Rechtsordnung ist typischerweise so ausgestaltet, dass höherrangige Stufen einen generellen persönlichen Anwendungsbereich haben und abstrakt formulierte Normen enthalten. Beim Durchschreiten der Stufenfolge nach unten weisen die Normen jedoch regelmäßig einen immer engeren Adressatenkreis und konkretere Verhaltensvorschriften auf – ein Prozess der Individualisierung und Konkretisierung. Diese These steht in deutlichem Widerspruch zur herrschenden Lehre, in der bloß graduelle Unterschiede – zum Beispiel von Gesetz und Urteil – als kategorische verstanden werden: So kann nach der Reinen Rechtslehre das richterliche Urteil ebenfalls als eine bindende Rechtsnorm betrachtet werden, auch wenn nur eine Person ihr Adressat ist, auch wenn ihr Zustandekommen strenger geregelt ist als das eines Gesetzes oder einer Verordnung.³¹³

Die Einsicht in die bloß relative, kontingente, der positivrechtlichen Ausgestaltung geschuldeten Natur der Unterschiede der Rechtsformen begründet nach Merkl die Aufgabe der Idee, dass diese Rechtsformen hinsichtlich der Rechtskraft je eigen zu behandeln seien. Wenn die herrschende Lehre für jede Rechtsform eine eigene, von Erkenntnissen allgemeiner Betrachtung der Struktur von Normen ungerührte Rechtskraftlehre aufstellt und das dann zusammenfügt, kann kein kohärentes Bild zustandekommen. Die Überkomplexität der tradierten Lehre wird somit zum Beweis ihrer Primitivität, denn die Rechtskraft ist eine

³¹² Vgl. Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 211–220 = RK StudA 294–307.

³¹³ Vgl. Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 221–223 = RK StudA 307–310.

immanente Eigenschaft aller Rechtsnormen.³¹⁴ Gleichgültig, worin man schaut, die Grundstruktur der Verhältnisse zwischen den Rechtsnormen bleibt ident: Die Rechtserzeugungsregel als Komplex bedingender Normen bestimmt die Erzeugung (potentiell auch Vernichtung) von bedingten Normen, deren Geltung sowie Geltungsdauer mittelbar von jener abhängt. Nur der Sinn jener menschlichen Willensakte, die sich in diesen Rechtserzeugungszusammenhang einordnen lassen, sind Teil der Rechtsordnung.

2. Unveränderlichkeit

In Abschnitt III.3 („Die normlogische Erforderlichkeit der Rechtskraft“) wird die Unveränderlichkeitsthese, die den Kern von Merkls Rechtskraftlehre ausmacht, auf 17 Seiten (37700 Zeichen) besprochen.³¹⁵ In gewissem Sinn ist Rechtskraft für Merkl nichts anderes als die *relative* Unveränderlichkeit des Rechts und somit Ausdruck von dessen Eigengesetzlichkeit: Das Recht regelt seine eigene Erzeugung und Vernichtung. Jede Änderung des positiven Rechts ist sowohl Vernichtung als auch Erzeugung und die Möglichkeit der Änderung kann nicht einfach vorausgesetzt werden – sie fehlt sogar regelmäßig.

Merkel setzt an mit dem Befremden, das die herkömmlich denkende Jurisprudenz empfinden muss, wenn sie mit der Behauptung konfrontiert wird, dass die Rechtskraft eine Eigenschaft ausschließlich von Rechtsnormen sein kann. Das Befremden liegt darin, dass gerade denjenigen Akten, die nach herkömmlicher Ansicht allein Rechtskraft erlangen –

³¹⁴ Vgl. Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 223–228 = RK StudA 310–317.

³¹⁵ Vgl. Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 228–244 = RK StudA 317–337.

den Urteilen und Verwaltungsakten –, von dieser Lehre selbst die Eigenschaft als Norm abgesprochen wird. Die Stufenbaulehre jedoch hat den bloß relativen Unterschied zwischen Verfassungs-, Gesetzes- und Urteilsnormen herausgearbeitet – und somit die Rechtskraftfähigkeit all dieser Normen plausibilisiert. Was für Merkl übrigbleibt, ist die Frage, warum alle Rechtsnormen Rechtskraft erlangen. So kommt er auch zur seinen ganzen Überlegungen zugrundeliegenden Unveränderlichkeitsthese, denn wenn Rechtskraft eine spezifische Geltungsdauer ist, andererseits jedoch eine Rechtsnorm solange gilt, als die Voraussetzungen für ihr *Außergeltungstreten*, das heißt ihre Vernichtung, nicht erfüllt sind, dann sind Normen grundsätzlich und relativ unveränderlich – beide Qualifikationen erhalten große Aufmerksamkeit, ändern aber nichts an der Unveränderlichkeitsthese Merkls.³¹⁶

Mit der Frage, ob Rechtsnormen überhaupt veränderbar sind, stellt sich Merkl auch gegen die herrschende Vorstellung, dass Änderungen jedenfalls (zumindest bei generellen Normen) durch einen contrarius actus geschehen können, also durch einen gleichartigen späteren Akt, der den früheren ausdrücklich (oder auch bloß durch abweichenden Inhalt) ändert. Dies wird mitunter so ausgedrückt, dass die Maxime „lex posterior derogat legi priori“ eine normlogische Notwendigkeit sei und nicht Geltung als Teil des positiven Rechtes erlangen müsse. Wenn dem aber so wäre, müssten „rechtslogische“ Grundsätze auch für die – Rechtskraft erlangenden – Urteile gelten, für die die herrschende Ansicht die Lex-Posterior-Maxime genau nicht gelten lassen will. Entweder geht das spätere Urteil auch dem frühe-

³¹⁶ Vgl. Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 228–231 = RK StudA 317–320.

ren vor oder das frühere Gesetz erlangt genauso Rechtskraft wie das frühere Urteil – es können zwei bloß quantitativ verschiedene Rechtsaktstypen nicht diametral entgegengesetzten rechtslogischen Gesetzen gehorchen.³¹⁷

Jedenfalls genügt das bloße „Späterkommen“ nicht, um einen Vorrang zu begründen – genausowenig wie die bloße Priorität (III.2.c)). Da es aber nach Merkl häufig keine positive Rechtsnorm gibt, welche die Derogierbarkeit des früheren Rechts durch das spätere ermöglicht, erzeugt die Problematik des Widerspruchs zweier Normen in einer Rechtsordnung einerseits den Wunsch der Möglichkeit, das Recht zu verändern, andererseits die weitverbreitete Fiktion, dass die derogatorische Kraft der späteren Norm von Natur aus innewohnt. Die Lex-Posterior-Maxime kann dennoch nach Merkl nur eine positive Norm sein – Änderungen müssen durch das Recht selbst ermöglicht werden. Genaugenommen ist es nicht die Annahme eines Satzes „lex posterior derogat legi priori“, die die Änderbarkeit des Rechts ermöglicht, sondern die durch das positive Recht ermöglichte Änderbarkeit erlaubt es, gegebenenfalls den Normenbestand mit dem Bild der Lex-Posterior-Maxime zu beschreiben.³¹⁸

Am Schluss bespricht Merkl noch kritisch die These Kelsen im drei Jahre zuvor erschienenen „Problem der Souveränität“³¹⁹ dass eine Rechtsänderungen ermöglichende Norm bereits in der Grundnorm enthalten sei – deshalb würde keine positivrechtliche Norm(en) benötigt, um

³¹⁷ Vgl. Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 231–233 = RK StudA 320–323.

³¹⁸ Vgl. Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 236–239 = RK StudA 327–331.

³¹⁹ Kelsen, Souveränität (Anm. 103), S. 115 Anm. 1 = HKW 4, S. 235–572 (378 f.).

sicherzustellen, dass das Recht veränderlich gestaltet ist. Merkl gesteht ein, dass das durchaus in die Grundnorm hineingedacht werden könnte, das sei aber eine bloße Potentialität, die hier und da im Stufenbau positivrechtlich konkretisiert werden kann, aber nicht muss – wie die gesamte Rechtsordnung in der Grundnorm hypothetisch bereits enthalten, aber eben noch nicht verwirklicht ist. Es bedarf noch der konkreten Setzung von Derogationsnormen, denn die Lex-Posterior-Maxime ist nicht *wirksam* in der Grundnorm enthalten. Daher bleibt es beim kategorischen Urteil: Soweit die Änderbarkeit einer Rechtsnorm nicht positivrechtlich (an)geordnet ist, ist diese unveränderlich; nur wenn die positivrechtlich festgelegten Bedingungen der Änderung auch erfüllt sind, ist die betreffende Norm auch geändert. Rechtskraft ist somit eine Eigenschaft sämtlicher Rechtsnormen, die dazu führt, dass sie unveränderlich und zeitlich unendlich gelten, außer das positive Recht sieht Änderungsmöglichkeiten vor.³²⁰

3. Derogation

Der Abschnitt IV.1 („Die Normierung der Rechtskraft“) ist auf insgesamt 26 Seiten der Beschreibung des für die Veränderung von Recht maßgeblichen Vorgangs gewidmet: der Derogation, der Beendigung der Geltung von Normen, und wie Derogationsnormen sich in die Struktur von Rechtsordnungen, den Stufenbau, einfügen.³²¹ Der eigentlichen Diskussion der Derogation auf 16 Seiten³²² (36 800 Zeichen)

³²⁰ Vgl. Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 240–244 = RK StudA 332–337.

³²¹ Vgl. Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 245–270 = RK StudA 339–372.

³²² Vgl. Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 255–270 = RK StudA 352–372.

sind einleitende Bemerkungen zum Verhältnis von Theorie und Praxis, insbesondere zur „Praxistauglichkeit“ rechts-theoretischer Aussagen zur Rechtskraft und der fehlgeleiteten Orientierung bisheriger Theoretiker der Rechtskraft an den Bedürfnissen der Praxis vorangestellt.

Die Rechtskraft ist für Merkl nicht wie in der herkömmlichen Ansicht ein Rechtsinstitut, sondern begriffswesentlich für Rechtsnormen. Das heißt, dass jede Norm Rechtskraft *ist*, da ihre Geltung eine „Existenz“-Form darstellt und ein kontrafaktisches „Angewandt-“ bzw. „Befolgtwerden-sollen“ ausdrückt, das sich ohne Weiteres nicht an faktische Änderungen anpasst. Die Geltungsdauer wird nur insoweit berührt, als eine Änderung von Normen (V. z.) durch positives Recht vorgesehen ist; die Regulierung der Geltungsbeendigung ist eine Leistung der von Merkl sogenannten Derogationsnormen. Derogationsnormen sind nur erforderlich, wenn der Normenbestand geändert werden soll, Rechtsänderung ermöglicht werden soll. Dann sind sie aber eine notwendige Bedingung – es gibt nach Merkl keine immanente Derogation, keine notwendige Wirkung eines *actus contrarius*. Derogationsnormen statuieren somit das Ende der Geltung einer oder mehrerer anderer Normen.³²³

Die Derogationsfunktion ist in positiven Rechtsordnungen regelmäßig – aber nicht notwendigerweise – sogar ein Verhältnis zwischen drei Normen: der Derogationsnorm, der zu derogierenden Norm und einer von Merkl sogenannten derogatorischen Norm. Als Derogationsnorm kommt nur eine im Stufenbau an höherer Stelle stehende Norm in Betracht, sie fungiert wie eine Ermächtigung, die die Bedingungen für das Außergeltungstreten bestimmter Rechtsnor-

³²³ Vgl. Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 255 f. = RK StudA 352.

men statuiert. Merkl geht sogar so weit zu sagen, dass nur die Quelle der Geltung auch die Quelle der Nichtgeltung sein kann.³²⁴ Zusätzlich muss aber für Merkl die Derogationsnorm bereits zum Zeitpunkt des Ingeltungtretens der (später) derogierten Norm gelten, das heißt, die rechtliche Möglichkeit der Derogation müsse spätestens zu diesem Zeitpunkt bereits angelegt sein – nachträglich könnten Normen nicht derogierbar gemacht werden. Das dritte Stück des Derogationsmechanismus, die gesonderte derogatorische Norm, kann als Bedingung im Derogationsverfahren vorgesehen werden: Zum Beispiel kann eine Derogationsnorm in der Verfassung das Ingeltungtreten eines späteren Gesetzes als Bedingung für das Außergeltungtreten des früheren Gesetzes normieren. Die derogatorische Norm muss jedoch nicht zwingend auf höherer oder auf derselben Stufe wie die zu derogierende Norm stehen, denn sie selbst derogiert nicht, ist bloß Bedingung für die Derogation auf Grundlage der Derogationsnorm. Im klassischen Fall der Gesetzesänderung liefert die derogatorische Norm auch den neuen Inhalt, denn die Norm mit dem alten Inhalt wird durch die Derogationsnorm derogiert zu dem Zeitpunkt, an dem die derogatorische Norm mit neuem Inhalt in Geltung tritt – dadurch entsteht nach außen und bildlich der falsche Eindruck der Änderung derselben Norm.³²⁵

Die Ermächtigung zur Setzung von weiteren Rechtsnormen umfasst nicht automatisch die Ermächtigung zur Änderung, insbesondere mittels materieller Derogation – dies

³²⁴ Damit scheint er jedoch anderen Aussagen, dass dies nicht der Fall sein kann, indirekt zu widersprechen, vgl. Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 260 f. = RK StudA 359 f.; Merkl, lex posterior (Anm. 203), S. 79 = MerklGS I/1, S. 169–226 (189).

³²⁵ Vgl. Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 256–259 = RK StudA 353–358.

ist eine zusätzliche normative Funktion, die einer besonderen Rechtsmacht bedarf. Merkl unterscheidet zwei Situationen: Erstens, der Rechtszustand ändert sich durch das Erzeugen einer Norm in einem Bereich, der bisher noch nicht geregelt war; zweitens, die Änderung soll angesichts einer prä-existenten, inhaltlich verschiedenen Rechtsnorm bewirkt werden. Nur für die erste Situation erweist sich eine reine Erzeugungsermächtigung als sinnvoll. Umgekehrt sind bei gegebener positivrechtlicher Änderungsmöglichkeit Derogationseinschränkungen und -verbote nicht als Beweis für eine (dergestalt eingeschränkte) grundsätzliche Änderungsmöglichkeit, sondern als genauere Regulierung der Derogation zu verstehen.³²⁶

Aber auch unter Beachtung vom Merkls Grundsatz der Unveränderlichkeit ist der rechtstechnische Aufwand nicht unüberschaubar groß: Will man die Rechtsordnung veränderlich gestalten, so bietet sich eine verfassungsrechtliche Generalklausel über die Geltungsdauer aller Rechtsnormen an, die grundsätzlich (Ausnahmen würden wahrscheinlich vorgesehen) die Derogation von Rechtsnormen einer bestimmten Art bei Ingeltungtreten abweichender Normen gleicher Art vorschreiben. Da die herkömmliche Rechtslehre in der falschen Vorstellung der Änderbarkeit gefangen ist und dies auch die Formulierung von Rechtsvorschriften beeinflusst, fänden sich im positiven Recht normalerweise viel zu wenige Derogationsbestimmungen, die deswegen überdies unbewusst und unbeholfen ausgestaltet seien – das positive Recht sei häufig unabsichtlich unveränderlich gestaltet, weil man denke, nur die Permanenz, nicht aber die Änderung regeln zu müssen. Oft genehmige erst das Fehler-

³²⁶ Vgl. Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 260–263 = RK StudA 359–363.

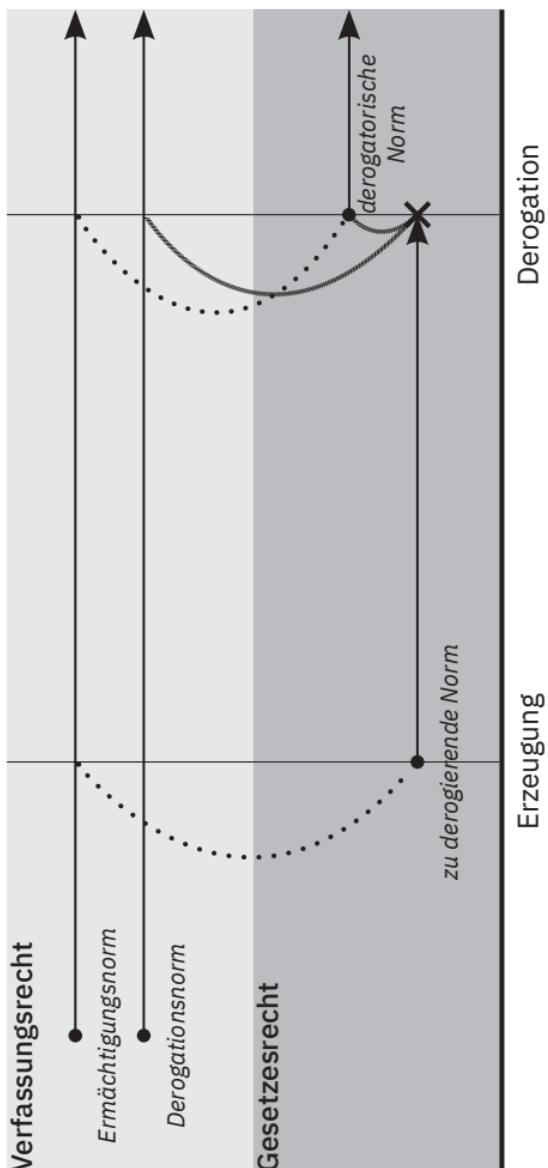


Abbildung 3: Schema des typischen Deregulationsmechanismus am Beispiel der Änderung von Gesetzen.

kalkül (V.4) nachträglich den fehlerhaften Änderungsversuch. Nur zufällig sei das Verfassungsrecht, welches regelmäßig von der Verfassungsänderung spricht, veränderbar gestaltet, das einfache Gesetz, von dem typischerweise nur die *Gesetzgebung*, nicht dessen Änderung, geregelt ist, aber nicht veränderbar, oder nur im Fall der Änderung des Rechtszustands bei bisher nicht geregelten Materien.³²⁷

4. Fehlerkalkül

In Abschnitt IV.3 („Die Rechtskraft rechtswidrigen Rechts“) wird auf den letzten 28 Seiten (71000 Zeichen) des Buchs das Problem rechtswidrigen Rechts und dessen (teilweise) Lösung, das Fehlerkalkül,³²⁸ besprochen.³²⁹ Wenn die „Rechtskraft“ Merkls rechtstheoretische Kernschrift ist, dann sind deren letzte Seiten ihr unumstrittenes Crescendo (IV.3.b)): Alle Stränge der Argumentation – nicht bloß zur Rechtskraftlehre, sondern auch zu Merkls Nomomechanik ganz allgemein, vereinigen sich in dieser Besprechung des für so manch Andere „peinlichen Faktum[s]“³³⁰ der Rechtsfehler.

Für die traditionelle Ansicht ist eine nebensächliche Funktion der Rechtskraft, auch rechtswidrige Akte regelmäßig zu machen und mit Bestandskraft auszustatten. Merkl

³²⁷ Vgl. Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 265–269 = RK StudA 365–371.

³²⁸ Die erste, skizzenhafte Darstellung dieses Ansatzes zum Problem des „rechtswidrigen Rechts“ findet sich bei Merkl unter der Bezeichnung „Irrtumskalkül“ in: Adolf Julius Merkl, Die gerichtliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen, in: Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis 39 (1921), S. 569–609 (607) = Merkl-GS II/1, S. 393–438 (435).

³²⁹ Vgl. Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 275–302 = RK StudA 379–414.

³³⁰ Hans Kelsen, Die Idee des Naturrechts, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 7 (1927/1928), S. 221–250 (248).

jedoch sieht in dieser Transformation keine Funktion der Rechtskraft, sondern eines Rechtsinstituts: das von ihm so genannte „Fehlerkalkül“. Erst durch die Kombination von Rechtskraft und Fehlerkalkül kann (verkürzend) von der Rechtskraft rechtswidrigen Rechtes gesprochen werden. Was aber ist rechtswidriges Recht? Merkl bleibt bei diesem in sich widersprüchlichen Begriff, zeigt aber auf, dass die Aufgabe der Rechtstheorie nur sein kann, ihn in rechtmäßiges Recht oder Nichtrecht aufzulösen. Die Antwort ist in der Stufenbaulehre zu finden: Jedes Recht wird aus Recht erschaffen und (nahezu) jede Rechtsanwendung ist in der stufenförmigen Abfolge auch Rechtserzeugung. Jede Rechts-erzeugung ist doppelt determiniert durch bereits erzeugtes Recht und durch den Willensakt des Rechtserzeugers, aber gerade beim Willensakt kann eine scheinbare Diskrepanz auftreten – der Wille des Anwenders überschreitet den Rahmen der Ermächtigung. Merkl betrachtet nun das gesamte Rohmaterial an als Recht erscheinenden Daten als Objekt der Erkenntnis, freilich nicht in dem Sinne, dass alle Erzeugnisse scheinbarer Autoritäten als solche akzeptiert werden, sondern als Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Prüfung unter die Lupe kommen müssen. Die Rechtswissenschaft wird den mit einem Schein der Rechtsqualität auftretenden Akt als Recht erkennen, dessen Erzeugung tatsächlich durch eine höhere Norm ermächtigt ist; wenn er die Determinierung durch bedingendes Recht vermissen lässt, wird sein Geltungsanspruch verneint werden. Diese Prüfung ist jedoch zunächst nicht ein Rechtsverfahren, sondern ein (rechts)wissenschaftliches Fragen nach der Wahrheit des Rechtsscheines.³³¹

³³¹ Vgl. Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 277–287 = RK StudA 381–395.

Merkel betont an dieser Stelle die herausgehobene Position der Rechtswissenschaft im Erkenntnisverfahren und überhebt deren Rolle zum Slogan: Recht ist, was die Rechtswissenschaft als wahr erkennt.³³² Rechtsorgane und einzelne Rechtswissenschaftler können irren, nicht jedoch die Rechtswissenschaft an sich, die sozusagen idealisierte Rechtswissenschaft. Eine der Vorarbeiten, die sie zu leisten hat, ist die Unterscheidung von Recht und Nichtrecht. Dazu ist sie erkenntnistheoretisch genötigt, wie Merkel sich ausdrückt, wenn nicht alle für die betrachtete Rechtsnorm positivrechtlich aufgestellten Bedingungen der Rechtserzeugung erfüllt sind. Die herkömmliche Trennung in wesentliche und unwesentliche Bedingungen sei Ausdruck eines rechtsfremden Maßstabs – sämtliche Bedingungen sind beim diesbezüglich Schweigen des positiven Rechts gleich wesentlich.³³³ Der Mangel jedes einzelnen Merkmals bedingt das Urteil der Nichtigkeit. Es besteht aber das dringende rechtspolitische Bedürfnis, diese Härte abzuschwächen, ein gewisses Maß an Toleranz in den Rechtserzeugungsprozess einzubringen.³³⁴

Das positive Recht enthält daher verschiedentlich Bestimmungen, die es ermöglichen, Akte, die nicht sämtliche Rechtserzeugungsbedingungen erfüllen, dennoch als Recht zu erkennen. Die Summe aller diesen positivrechtlichen Bestimmungen macht das Fehlerkalkül aus. Das Recht kann somit zwischen Minimalbedingungen und Maximalbedingungen für die valide Rechtserzeugung unterscheiden und

³³² Vgl. *Merkel*, Rechtskraft (Anm. 1), S. 290 = RK StudA 379 f.

³³³ Vgl. *Phillip Reimer*, Die Unabhängigkeit von Rechtswirksamkeit und Rechtmäßigkeit. Ein Beitrag zur Lehre vom Fehlerkalkül, in: *Rechtstheorie* 45 (2014), S. 383–414.

³³⁴ Vgl. *Merkel*, Rechtskraft (Anm. 1), S. 289–293 = RK StudA 397–402.

erstere für die Entstehung der Norm ausreichen lassen – dies muss aber das positive Recht vorsehen und kann nicht durch rechtsdogmatische Überlegungen suppliert werden. Das Recht fingiert aufgrund der Rechtskraftbestimmungen nicht die Rechtmäßigkeit von Akten, die die Anforderungen nicht vollständig erfüllen, sondern die Rechtswissenschaft fingiert ihre Rechtswidrigkeit, indem sie die positiv-rechtlichen Bestimmungen, die solchen „fehlerhaften“ Akten Rechtsgeltung verleiht, fehldeutet. Mit dem Fehlerkalkül korrigiere das Recht andernorts aufgestellte Rechtserzeugungsbedingungen. Dies ist nicht mehr als das Einkalkulieren von unvermeidlichem fehlerhaftem Handeln der zuständigen Rechtsorgane, und das Recht trägt diesem durch das Zugeständnis einer Spanne zwischen idealem und noch möglichem Rechtsentscheiden Rechnung.³³⁵

Merkel zieht das kirchliche Infallibilitätsdogma zu Vergleichszwecken heran, um die Funktion des Fehlerkalküls zu erklären. Soweit das Organ in seiner „fehlerhaften“ Ent-

³³⁵ Vgl. Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 293–296 = RK StudA 402–406. In der jüngeren Literatur wird mitunter zwischen rechtlichem Können und Dürfen unterschieden, vgl. Matthias Jestaedt, Selbst- und Offenheit der Verfassung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XII: Normativität und Schutz der Verfassung, Heidelberg 2014, S. 327–382 (352f.); Reimer, Unabhängigkeit (Anm. 334); Matthias Jestaedt, Verfassungskonforme Auslegung – Kollisionsvermeidung durch Konformauslegung, in: Juristische Studiengesellschaft. Jahresband 2016, S. 1–24 (16–18); Phillip Reimer, Können und Dürfen. Zur rechtstheoretischen Zentralität eines unterschätzten Begriffspaares, in: Rechtstheorie 48 (2017), S. 5–27; Heiko Sauer, Öffentliches Reaktionsrecht. Theorie und Dogmatik der Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen, Tübingen 2021, S. 179–186; Lucas Hartmann, Die Aufhebung rechtmäßiger Urteile wegen Rechtswidrigkeit, in: JuristenZeitung 77 (2022), S. 759–766 (762f.). Zu den Begriffen vgl. bereits Schreier, Grundbegriffe (Anm. 250), S. 102–105.

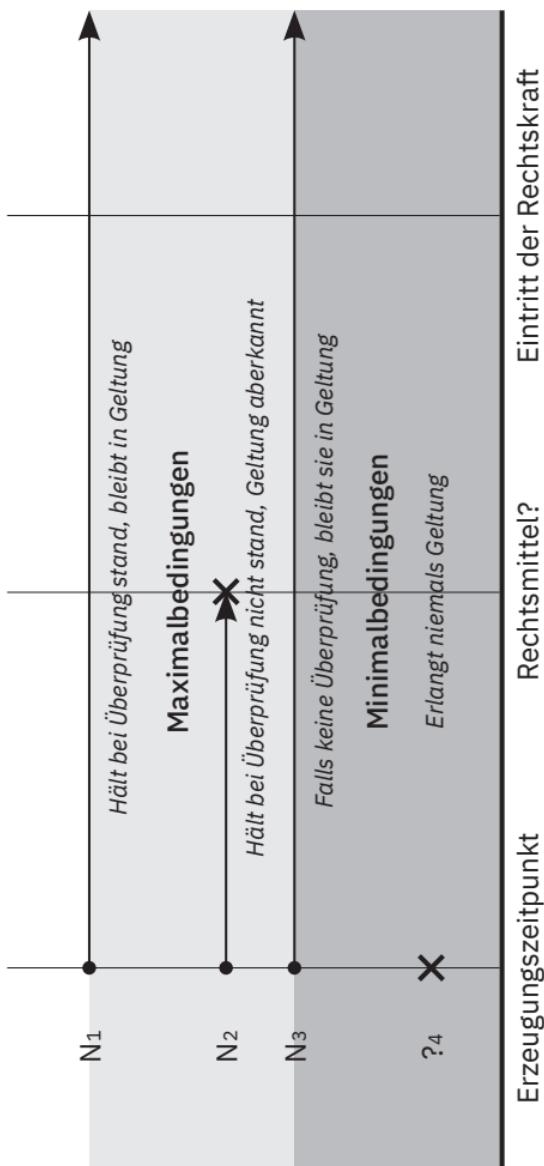


Abbildung 4: Das Fehlerkalkül am Beispiel der Rechtsmittel. Adaptiert aus: Kammerhofer, Fehlerkalkül (Anm. 132), S. 162.

scheidung durch das Fehlerkalkül gedeckt ist, muß man davon sprechen, dass es rechtlich „unfehlbar“ ist – in dem Sinn, dass es auch dann Recht schafft, wenn es die gewöhnlichen Bedingungen zur Rechtserzeugung (teilweise) nicht erfüllt. Die Umsetzung des Fehlerkalküls durch das positive Recht ist jedoch noch schwieriger als das Gelingen positivrechtlicher Derogationsbestimmungen, denn die Grenzziehung zwischen den Minimalbedingungen (den *conditiones sine qua non* für die Rechtserzeugung) und den Maximalbedingungen, die bloß als regulative Prinzipien für das Organhandeln fungieren, kann nie definitiv vorab durchgeführt werden. Ein weiteres Problem ergibt sich daraus, dass das Fehlerkalkül üblicherweise in Rechtsmittelbestimmungen integriert wird. Unbedachterweise ist, bei verhältnismäßig unwichtigen Fehlern, somit bei wichtigen Akten die Gefahr der Nichtigkeit größer als bei unwichtigeren Akten. Denn für diese wichtigeren Akte, wie etwa die Entscheidungen eines Verfassungsgerichts, ist in der Regel kein Rechtsmittel vorgesehen, und das positive Recht schweigt über das Schicksal „fehlerhafter“ Verfassungsgerichtsentscheidungen. Dieses Problem, schlägt Merkl vor, kann ähnlich wie bei der Derogation (V. 3) legistisch mit einer expliziten Verfassungsbestimmung etwa so angegangen werden, dass Fehler nur dann Nichtigkeit zur Folge haben, wenn sie die Zuständigkeit des Organes betreffen.³³⁶

Abschließend wird der Zusammenhang von Fehlerkalkül und Rechtskraft von Merkl erörtert. Dieser kann so verstanden werden, dass *a priori* als Unrecht Erscheinendes *a posteriori* als Recht erkennbar wird (Ratihabierungsthese, III.2.b)). Dann wird aber die Rechtskraft die Funktion des

³³⁶ Vgl. Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 296–300 = RK StudA 406–411.

Fehlerkalküls erfüllen; die Begriffe würden redundant. Da Merkl die Rechtskraft nur für geltende Rechtsnormen vorsieht, sie zu einer rechtsimmanenten Eigenschaft erklärt, verbietet sich eine Deutung, die der so verstandenen Rechtskraft die Aufgabe zuspricht, aus Unrecht Recht zu zaubern – denn definitorisch ist die Rechtskraft eine Qualität vom rechtmäßigen Recht. Zu erklären gilt es, wie Normen, die nach den bedingenden Rechtsnormen nicht valide entstehen dürfen, überhaupt Rechtskraft erlangen können; diese Erklärung kann die als relative Unveränderlichkeit alles Rechtlichen definierte Rechtskraft nicht leisten. Die Rechtskraft als positive Rechtsbestimmung soll auch nicht mit dem Fehlerkalkül (das Recht ist trotz Mängel gültig) oder mit bloßen Derogationsbestimmungen (das Recht ist nur in bestimmter Weise abänderbar) verwechselt werden, auch wenn sicherlich die Möglichkeit besteht, das Fehlerkalkül mittels Rechtskraftbestimmungen zu implementieren. Fehlerhafte Akte können beispielsweise nachträglich geheilt werden, ohne dass das Recht ihre Aufhebung wegen der Fehler zulassen würde.³³⁷ Merkl schließt mit folgender Überlegung:

„Die rechtlich begründete Anfechtungs- oder Widerrufsmöglichkeit – als ein Weg der Derogation von Recht – bezieht sich von vornherein gar nicht auf irgendwie fehlerhafte Akte, da in ihnen ja nichts gegeben ist, was der Aufhebung bedürftig oder auch nur fähig wäre. Es muß erst ihre Gültigkeit vorausgesetzt werden, um ihre Aufhebbarkeit zu begründen. Nur wenn ein Akt zugleich – trotz Mängeln – für gültig und auf Grund gewisser Rechtsmittel für aufhebbar erklärt wird [...] treffen Derogationsbestimmung und Fehlerkalkül zusammen und ergänzen sich in der Richtung, daß auch ‚fehlerhafte‘ Akte aufhebbar, und zwar – nicht anders als von vornherein fehlerlose Akte – nur unter ganz bestimmten Voraussetzun-

³³⁷ Vgl. Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 300–302 = RK StudA 411–414.

gen aufhebbar sind. Durch diese – namentlich in der Ordnung der Rechtsmittel übliche – Kombination von Derogationsnorm und Fehlerkalkül entsteht der *Schein*, daß es sich um notwendig zusammengehörige, wenn nicht gar identische Rechtsinstitute handle, und die Versuchung, sobald die eine Bestimmung isoliert auftritt, ihr die andere Bestimmung, als ob sie selbstverständlich wäre, zu unterlegen.“³³⁸

5. Pramat der Rechtswissenschaft

Bei einem letzten Thema sind wir abweichender Meinung – bei der Frage, *in welcher Form* der Rechtswissenschaft gegenüber der Rechtsanwendung ein Pramat zukommt. Der Rechtswissenschaft kommt nach Merkl die (Erkenntnis-)Aufgabe zu, die Übereinstimmung der Rechtsanwendung mit den die Rechtserzeugung regulierenden Normen zu überprüfen; sie fungiert dabei als Kontrollinstanz und hat im Falle der Nichtentsprechung zwischen bedingenden Normen und bedingten Rechtserscheinungen zwischen Recht und Nicht-Recht zu unterscheiden. In dieser kritischen Funktion sieht Merkl die „Existenzberechtigung“ der Rechtswissenschaft, denn die Möglichkeit, Fehler in der Rechtsanwendung zu erkennen, ist grundlegend für eine funktionierende Jurisprudenz, deren Kernaufgabe die Interpretation des positiven Rechts ist. Ob die jeder Wissenschaft immanente Funktion der Kritik – jede Wissenschaft prüft das Datenmaterial und kann in gewissen Fällen auch Selbstzuschreibungen der sich selbst betrachtenden und praktischen Menschen als Illusion entlarven – im strengen Sinne als „Pramat“ im Rechtsverfahren betrachtet werden kann, ist zwischen uns strittig. Auch strittig ist, ob dieser

³³⁸ Vgl. Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 301 f. = RK StudA 413 f.

Punkt den Rang der anderen vier Themen in der „Rechtskraft“ (oder gar im Gesamtoeuvre) erringen kann. Für Jörg Kammerhofer ist dies nur Ausdruck der rechtswissenschaftstheoretischen Grundhaltung der Reinen Rechtslehre, von der Sander und (punktuell) auch Kelsen abweichen, während Rodrigo Cadore es nicht nur für möglich, sondern auch für historisch nachweisbar hält, dass die Reine Rechtslehre in diesem Punkt unterschiedliche Ausprägungen erhalten hat.

Jedenfalls grenzt sich Merkl vom Ansatz Fritz Sanders ab, der das Primat der Rechtsanwendung auch dort betont, wo – nach rechtsdogmatischen Standards – der Rahmen der Rechtserzeugungs- oder Rechtsvernichtungsregeln überschritten werden. Merkl sieht darin eine Form des rechtstheoretischen Nihilismus, da ein solches Verständnis die Kontrollfunktion der Wissenschaft negiert und die Bestimmung des Rechtsinhalts allein den Rechtsanwendungsorganen überlässt, ohne die Rolle der Rechtserkenntnis – wie Cadore es interpretiert: auch innerhalb des Rechtsgewinnungsprozesses – zu berücksichtigen. In einem Modell, wo der Rechtsprozess die Rechtserkenntnis vollständig ersetzt, verliert die Ermächtigungsnormen ihre Bedeutung. In Merkl's Modell entlarvt die Rechtswissenschaft hingegen Pseudorechtserscheinungen als Nichts (oder als Normen, die nicht der Rechtsordnung angehören) und leistet damit einen Beitrag zur Aufrechterhaltung der Geltungshierarchie des Rechts.

In der Gesamtschau nicht unwesentlich, wenn auch nicht im engeren Sinne rechtstheoretisch, ist, dass die rechtswissenschaftliche Kontrolle der Rechtsanwendungspraxis eine Art Garant des Individuums gegenüber dem potentiell freiheitsunterdrückenden Staatsapparat darstellt:

„Die Möglichkeit dieser Erkenntnis ist der letzte Rückhalt des Individuums gegenüber dem seine rechtlich gegebene Autorität überspannenden Staat, gegenüber dem über sich selbst hinaus transzendernden Recht – richtiger müßte man sagen: gegenüber dem metarechtlichen Staat oder gegenüber dem scheinbaren Recht – ein Triumph des durch das Kollektivum vergewaltigten Individuums über dieses Kollektivum“³³⁹

VI. Fazit

1. Die Rechtskraft als verborgenes rechtstheoretisches Konzentrat

Die „Lehre von der Rechtskraft“ ist eine Monographie im wahrsten Sinne des Wortes – es ist ein Buch zu einer und aus einer These, ein Werk, das auf einer normtheoretischen These beruht, die an den Anfang der Überlegungen gestellt wird und von der aus die Funktionsweise des Rechts als Norm-Norm-Ableitungszusammenhang sowie als Entscheidungsmatrix erklärt wird. Selten stößt man auf ein Werk, in dem sich eine ganze Rechtstheorie verbirgt, welches aber konsequent aus einem einfachen und eleganten Ursprung entfaltet wird, so dass der rote Faden auch bei Kritik an der herkömmlichen Denkweise nicht verlorengeht. Auf knapp 300 Seiten, eigentlich aber konzentriert auf nicht mehr als 150 Seiten (Abschnitte III–IV), liefert Merkl seine Reine Rechtslehre getarnt unter der Rubrik „Rechtskraft“ am Scheitelpunkt des „lucidum intervallum“.

Merkl baut seine Eigengesetzlichkeitstheorie auf seiner Lehre der Rechtskraft auf, die allen Rechtserscheinungen

³³⁹ Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 283 Anm. 1 = RK StudA 390.

eine Tendenz zur Permanenz attestiert und welche die Unveränderbarkeit als den Default-Modus des Rechtlichen begreift. Recht ist normativ und als solches kontrafaktisch; es beugt sich nicht ohne Weiteres der Faktizität, sondern leistet Widerstand. Schweigt das positive Recht über die Änderbarkeit der Rechtserscheinungen, werden diese systemintern als unabänderlich gedeutet. Sobald und soweit jedoch das positive Recht Möglichkeiten der Erzeugung, Änderung oder Vernichtung eröffnet, differenzieren sich die Rechtserscheinungen in bedingende und bedingte aus – die Idee des Stufenbaus. Von der Neigung zur Permanenz des Rechts ausgehend gewinnt Merkls Modell somit die Möglichkeit, das Recht in Bewegung zu betrachten, denn Erzeugung, Änderung und Vernichtung werden klar als Funktionen des positiven Rechts erkannt: Recht entsteht und vergeht nach den Maßgaben des Rechts.

Eine vollständige Determinierung der Rechtserzeugung ist jedoch nicht möglich. Dem zuständigen Rechtserzeugungsorgan steht stets ein größerer oder kleinerer, jedoch strukturell notwendiger (im untechnischen Sinn) Ermessensspielraum zu. Das doppelte Rechtsantlitz erkennt somit einerseits die Rechtserscheinungen je nach Perspektive als bedingende und bedingte; andererseits wohnt (fast) jedem Rechtsakt ein Erkenntnis- und ein Erzeugungsanteil inne. Die anzuwendende Norm erscheint als Rahmen, innerhalb dessen das Organ zu entscheiden hat, außerhalb dessen Grenzen aber valide kein Recht erzeugt werden kann.

Das Rechterzeugungsverfahren wird somit als eine dynamische Delegationskette erfasst, der entlang die (beschränkte) Ermächtigung zur Rechtserzeugung wie -vernichtung verteilt wird. Sobald aber diese Macht delegiert wird, ist auch möglich, dass die Entscheidung des berufenen

Organs außerhalb des Rahmens der bedingenden Normen liegt. Das Problem der „fehlerhaften Rechtserzeugung“ und die Kategorie der „Rechtsfehler“ sind die Wurzeln, aus denen das Merklsche Fehlerkalkül erwächst: Positive Rechtsordnungen rechnen typischerweise mit Fehlern ihrer Organe und sehen daher in der Regel eine Fehlerlatitüde vor, innerhalb deren diese zwar Fehler begehen können, das von ihnen geschaffene Recht dennoch gilt. Merkls Lehre vom Fehlerkalkül ist ein Zugeständnis an die Unvollkommenheit dynamischer normativer Systeme, vornehmlich des positiven Rechts.³⁴⁰

Die Rechtswissenschaft ist jedenfalls berechtigt, die Fehler der Rechtsanwender zu benennen – ob die Rechtsordnung ein Fehlerkalkül vorsieht oder nicht. Sie übt eben eine Art epistemische „Kontroll“funktion über die Rechtspraxis aus: In einem ganz spezifischen Sinne ist Recht das, was von der Rechtswissenschaft als wahr erkannt wird. Freilich können sich Wissenschaftler irren, aber nicht mit der Konsequenz der Veränderung des Rechtsbestandes – der Vernichtung fehlerfreien Rechts oder der Erzeugung fehlerhafter Rechtserscheinungen –, sondern um den Preis des Glaubensverlustes an die Wissenschaft:

„Das Staatsorgan und der Untertan, aber auch der Rechtstheoretiker können darüber, was Recht ist, irren; wer darüber nicht irren kann, ist die Rechtswissenschaft, die übrigens im irrenden Rechtstheoretiker ebensowenig einen Repräsentanten, wie die Staats- und Rechtsordnung im irrenden Rechtspraktiker ein Organ hat. Recht

³⁴⁰ Vgl. Otto Pfersmann, La production des normes: production normative et hiérarchie des normes, in: Michel Troper/Dominique Chagnolaud (Hrsg.), *Traité international de droit constitutionnel*, Bd. 2: Distribution des pouvoirs, Paris 2012, S. 482–528 (505).

haben also nicht notwendig das Organ und der Untertan, auch nicht notwendig der ‚Rechtswissenschaftler‘“³⁴¹

2. Merkls Beitrag zur Reinen Rechtslehre

War Kelsen der umstrittene Begründer der Reinen Rechtslehre, so war Merkl ihr Operationalisator: Er durchdrang die Reflexion über die verschiedenen Probleme und Figuren des positiven Rechts und der Rechtsdogmatik mit den Intuitionen und Theoremen Kelsens und erprobte und erweiterte somit die Erklärungskraft der Reinen Rechtslehre; er trug dazu bei, sie zu einem handhabbaren System zu machen, das auch von Rechtspraktikern genutzt werden kann. Es wäre jedoch zu kurz gegriffen, Merkls Rolle auf die eines Anwenders fertiger Konstrukte zu reduzieren, denn er selbst war oft nicht nur der Erforscher bisher unbetretener Gebiete, sondern auch der kreative Geist, der Erfinder von neuen rechtstheoretischen Modellen. An dem Punkt, an dem die Rechtstheorie spannend wird, nämlich dort, wo die Rechtsmaschine eingeschalten wird, war Merkl zuweilen deutlich früher als seine Kollegen. Zum Beispiel ist das der Fall bei der Erkenntnis der Unbestimmtheit des Rechts und seiner rechtstheoretischen Aufbereitung und Reformulierung mit Hilfe des Rahmentheorems, das heute fast ausschließlich mit dem Namen Kelsen verbunden ist, welches Merkl aber in die Welt gebracht hat, sowie beim Fehlerkalkül, das Merkl auf Kelsens Anregungen aufbaute, das Kelsen aber in dieser Form nie als theoretisches Rüstzeug übernahm und zugunsten seiner eigenen Lösung des Problems

³⁴¹ Vgl. Merkl, Rechtskraft (Anm. 1), S. 290 = RK StudA 398.

des „rechtswidrigen Rechts“, der Alternativermächtigung, beiseite ließ.³⁴²

In Zusammenarbeit und Auseinandersetzung mit Kelsen, Sander, Verdross, den anderen Mitgliedern der Wiener Schule sowie mit Weyr dynamisierte Merkl die gesamte Reine Rechtslehre und wandelte Kelsens Postulat der „Relation zum Rechtssatz“ in die „Relation zum Rechtssystem“ um – er machte damit die Entstehung und Zerstörung von Recht rechtswissenschaftlich beobachtbar. Das positive Recht regelt seine eigene Erzeugung und Anwendung durch Ermächtigungsnormen ebenso wie es die Möglichkeit seiner Vernichtung durch Derogationsnormen vorsehen kann. Ohne Merkl und seine Kooperation mit Kelsen wäre die Reine Rechtstheorie möglicherweise auf der Ebene einer Theorie der Rechtssätze stehen geblieben, die an vielen für die Rechtsteilnehmer relevanten Problemen einfach vorbeigeht.

Darüber hinaus war Merkl auch für das Schicksal der Reinen Rechtslehre in Österreich und damit für die gegenwärtige weltweite Verbreitung dieses rechtstheoretischen Ansatzes von erheblicher Bedeutung: In der Nachkriegszeit

³⁴² Zum Unterschied zwischen dem Merklschen Fehlerkalkül und dem Kelsenschen Alternativermächtigung vgl. Luka Samonig, Fehlerkalkül, Alternativermächtigung, Revolution. Zur Geltung fehlerhafter Letztinstanzlicher Entscheidungen, Wien 2022; Rodrigo Cadore, Alternativermächtigung vs. Fehlerkalkül. Wie geht das Recht mit Fehlern um?, in: Matthias Jestaedt/Ralf Poscher/Jörg Kammerhofer (Hrsg.), Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand/Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions: Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie vom 27.–29. September 2018 in Freiburg im Breisgau, Stuttgart 2020, S. 177–202; Patrick Hilbert, Fehlerkalkül oder Alternativbestimmungen – zu den Strategien der Geburtshilfe im Stufenbau der Rechtsordnung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 72 (2017), S. 549–576.

wurde die Reine Rechtslehre von Merkl und seinen Schülern, allen voran Robert Walter, weiterverfolgt, und derzeit wird die Reine Rechtslehre zu einem Gutteil von Schülern dieser Schüler, viele dem Wiener Hans Kelsen-Institut verbunden, weiter in die Welt getragen.

3. Eine Rechtstheorie (auch) für Teilnehmer

Rechtstheorie sub specie Nomomechanik ist gleichzeitig entrückt und alltäglich: Einerseits ist es tägliches Brot für die Rechtspraxis, ist derjenige Teil des rechtsphilosophischen Eisbergs, welcher aus dem Wasser ragt und auch ohne Sonar wahrgenommen werden kann. Denn welches (Höchst-)Gericht hat noch nicht „fehlerhafte“ Rechtsakte aufgehoben? Welcher Anwalt hat noch nie die „alte Fassung“ von der „neuen Fassung“ eines Gesetzes unterschieden? Andererseits gibt es wenige – und Merkl und die in seinem Geiste Denkenden gehören zu einer der wichtigsten Gruppen –, die sich ernsthaft und wissenschaftlich tiefgehend mit der Mechanik des Rechts beschäftigen. Zu formalistisch scheint es beispielsweise der Praxis, auch noch die Möglichkeit der Rechtsänderung anzuzweifeln, gerade kontrapunktiv scheint es, die Lex-posterior-Maxime aus ihren Angeln heben zu wollen. Zu kleinteilig scheint es im Gegensatz denjenigen, deren Blick auf die ewigen Geltungsfragen und die Letztbegründung des Rechts gerichtet sind, die nur Kant, Hegel oder Derrida lesen, aber nicht das VfGH-Erkenntnis zum verfassungswidrigen Verfassungsrecht³⁴³

³⁴³ Erk VfGH B1304/98 VfSlg 16 237, ECLI:AT:VFGH:2001:B1304. 1998.

VI. Fazit

CLI

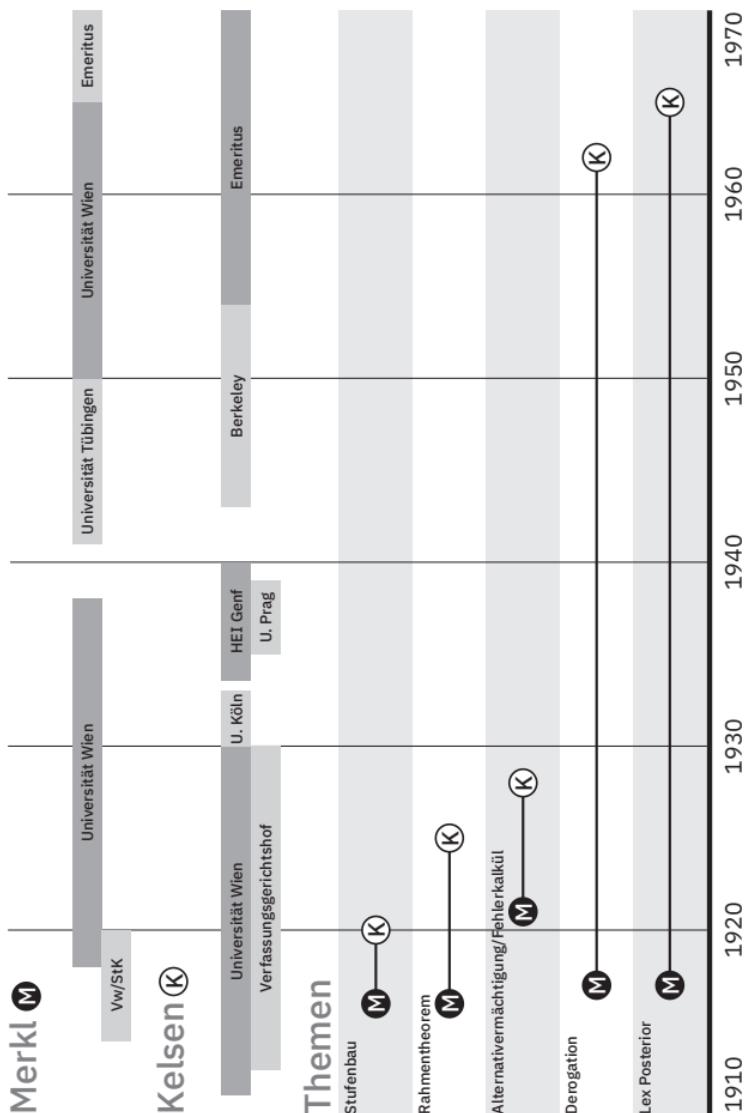


Abbildung 5: Themenführerschaft Merkls gegenüber Kelsen.

oder das Urteil des Ersten Senats des BVerfG zum großen Lauschangriff.³⁴⁴

Somit hat die „Rechtskraft“, zusammen mit den anderen rechtstheoretischen Schriften Merkls, ein Leben im Halbschatten geführt. Subkutan wurden viele seiner rechtstheoretischen Konstrukte dieses österreichischen Urgesteins, wenn auch in extrem vereinfachter Form und ohne Bewusstsein ihrer Provenienz, sozusagen als säkularisierte oder domestizierte Rechtstheorie, sowohl Teil der Juristensozialisation in Österreich als auch weltweit zum Teil einer „Minimalrechtstheorie“ in der kontinentaleuropäischen Tradition – nicht zuletzt durch die verschlungenen Wege der Verbreitung der Reinen Rechtslehre und Merkls Stellung in der Wiener Rechtstheoretischen Schule. Bewusst rezipiert wurde die „Rechtskraft“ aber nur von ganz wenigen, meist österreichischen Staatsrechtslehrern.

Wir wollen mit dieser Studienausgabe genau diese Position am Schnittpunkt von Rechtspraxis, -dogmatik, -theorie und -philosophie „properly speaking“ bewerben: Indem die „Rechtskraft“ – prima facie das konkrete Problem der Rechtskraft von gerichtlichen Urteilen und Verwaltungsakten, aber, wie oben gezeigt, auch viele andere Probleme – untersucht, will sie nicht ein dogmatisches Problem „lösen“, sondern primär die Fäden sichtbarmachen, die das dogmatische Problem mit rechtstheoretischen Strukturen verbindet. Um ein anderes Bild zu bemühen: Rechtsdogmatische Argumente bauen nicht selten auf einem rechtstheoretischen Fundament auf – sie können nicht in der Luft stehen. Die Nomomechanik ist die oberste Schicht dieses Fundaments und die „Rechtskraft“ liefert die Ankerbolzen.

³⁴⁴ BVerfG, Urteil vom 3. März 2004, I BvR 2378/98, I BvR 1084/99, BVerfGE 109, 279–391, ECLI:DE:BVerfG:2004:rs20040303.1bvr237898.

VII. Zur vorliegenden Ausgabe

Grundlage dieser Studienausgabe ist der 1923 im zweiten Heft des fünfzehnten Bandes der „Wiener Staatswissenschaftlichen Studien“ im Deuticke-Verlag, Wien, erschienene Erstdruck. Dessen Text wurde grundsätzlich unverändert wiedergegeben, für diese Ausgabe jedoch im Format der Studienausgaben zur Reinen Rechtslehre bei Mohr Siebeck³⁴⁵ neu gesetzt.

Die Überschriften im Erstdruck wurden nach heutiger Satzusance linksbündig gesetzt, Hervorhebungen wurden unabhängig von der Erscheinungsform im Erstdruck in der vorliegenden Ausgabe durchgehend kursiviert. Da Satz und Redaktion der Erstpublikation einige, teilweise lesestörende Flüchtigkeitsfehler aufweisen (z.B. S. 154: „wennn“), diese Ausgabe jedoch nicht den Apparat einer historisch-kritischen Edition aufweisen und deren Aufwand betreiben kann, wurden eindeutige Fehler sub silentio behoben; weitergehende Änderungen wurden in eckigen Klammern ausgewiesen. Für das heutige Fachpublikum in den deutschsprachigen Ländern ungewöhnliche oder seltsame Sprache sowie (teils veraltete) Austriaismen (z.B. S. 17: „das Bereich“; S. 301: „Ratihabierung“; S. 231: „einem früheren Akte durch einen [...] späteren Akt zu derogieren“) wurden jedoch unverändert beibehalten.

³⁴⁵ Matthias Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen. Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik. Studienausgabe der 1. Auflage 1934, Tübingen 2008; Matthias Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen. Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit. Studienausgabe der 2. Auflage 1960, Tübingen 2017; Matthias Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen. Allgemeine Staatslehre. Studienausgabe der Originalausgabe 1925, Tübingen 2019.

Um den Erstdruck aus der Studienausgabe zitieren zu können, wurden in der Marginalspalte am entsprechenden Ort die Originalpaginierung und im Text der dazugehörige Seitenumbruchstrich hinzugefügt. Da der Erstdruck außer den Seitenzahlen keine Kolumnentitel aufweist, wurde der linke Kolumnentitel aus den zum Textkorpus passenden Abschnittsüberschriften (z. B. „I. Die Lehre vom Wesen der Rechtskraft“) gebildet, der rechte Kolumnentitel aus den Überschriften der zweiten Hierarchieebene (z. B. „2. Die publizistische Rechtskraftlehre“) und gegebenenfalls gekürzt. Das Inhaltsverzeichnis des Erstdrucks wurde zur besseren Orientierung etwas stärker verändert: Seitenangaben wurden durch jene der vorliegenden Studienausgabe ersetzt, bei der dritten Hierarchieebene (z. B. „1. Edmund Bernatzik“) Seitenzahlen hinzugefügt und bei Abschnitt II.2 eine Zählung analog jener bei den Abschnitten I.2 und I.3 eingefügt. Orientierungselemente der dritten Hierarchieebene finden sich in eckigen Klammern auch im Haupttext: In den Abschnitten I.2 und I.3 wurden die Nachnamen der besprochenen Autoren eingefügt (z. B. „6. [Kormann:] Eine eingehende Rechtskraftlehre [...]“; im Abschnitt II.2 zusätzlich auch die Zählung (z. B. „[3. Mayer:] Der Grund der von [...]“).

Um eine eindeutige Referenzierbarkeit von Merkls Anmerkungen beim Vorlesen des Textes für Personen mit Sehbehinderung zu gewährleisten, wurden diese im gesamten Text durchnummieriert und in eckige Klammern gestellt. Die ursprüngliche Zählung findet sich in den Anmerkungen nach der neu vergebenen Zahl.

VIII. Weiterführende Literatur in Auswahl

1. Adolf Julius Merkl und sein Umfeld

Cadore, Rodrigo, „A Monument More Lasting than Bronze, Higher than the Pyramid’s Regal Structures“? The Vienna School of the Pure Theory of Law as the Work and Legacy of Hans Kelsen, in: Jorge Emilio Núñez/Gonzalo Villa Rosas/Jorge Luis Fabra-Zamora (Hrsg.), *Kelsen’s Legacy. Legal Normativity, International Law and Democracy*, Oxford 2025, S. 313–342.

Ebenstein, William, Die rechtsphilosophische Schule der Reinen Rechtslehre, Prag 1938.

Ebenstein, William, The Pure Theory of Law, Madison, WI, 1945.

Gómez, Patricia, Merkl, Adolf Julius, in: Mortimer Sellers/Stefan Kirste (Hrsg.) *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Dordrecht 2023, https://doi.org/10.1007/978-94-007-6519-1_631.

Grussmann, Wolf-Dietrich, Adolf Julius Merkl. Leben und Werk, Wien 1989.

Jabloner, Clemens, Einige Austriaca der Reinen Rechtslehre, in: Clemens Jabloner et al. (Hrsg.), *Scharfsinn im Recht. Liber Amicorum Michael Thaler zum 70. Geburtstag*, Wien 2019, S. 3–18.

Jabloner, Clemens, Kelsen and his Circle: The Viennese Years, in: *European Journal of International Law* 9 (1998), S. 365–385.

Jestaedt, Matthias, Wiener Summe: Die „Allgemeine Staatslehre“ als Kelsens vollständigstes Werk, in: Matthias Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen. Allgemeine Staatslehre. Studienausgabe der Originalausgabe 1925, Tübingen 2019, S. XI–LXXXIV.

Merkl, Adolf Julius, [Selbstdarstellung], in: Nikolaus Grass (Hrsg.), *Österreichische Rechts- und Staatswissenschaften der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, Innsbruck 1952, S. 137–159.

Olechowski, Thomas/Ehs, Tamara/Staudigl-Ciechowicz, Kamila, Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1918–1938, Göttingen 2014

Schambeck, Herbert, Leben und Wirken von Adolf Julius Merkl, Wien 1990.

Walter, Robert (Hrsg.), Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit. Ergebnisse eines Internationalen Symposiums in Wien (22.–23. März 1990), Wien 1990.

Walter, Robert/Jabloner, Clemens/Zeleny, Klaus (Hrsg.), Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre, Wien 2008.

2. Sammlungen von Aufsätzen Merkls

Mayer-Maly, Dorothea/Schambeck, Herbert/Grusmann, Wolf-Dietrich (Hrsg.), Adolf Julius Merkl. Gesammelte Schriften, Bd. I/1 Grundlagen des Rechts, Berlin 1993, Bd. I/2 Grundlagen des Rechts, Berlin 1995, Bd. II/1 Verfassungsrecht. Völkerrecht, Berlin 1999, Bd. II/2 Verfassungsrecht. Völkerrecht, Berlin 2002, Bd. III/1 Verwaltungsrecht – Zeitgenossen und Gedanken, Berlin 2006, Bd. III/2 Verwaltungsrecht – Zeitgenossen und Gedanken, Berlin 2009.

Klecatsky, Hans/Marcic, René/Schambeck, Herbert (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule: Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl, Alfred Verdross, 2 Bde., Wien 1968.

3. Merkls rechtstheoretische Hauptwerke

Merkl, Adolf Julius, Zum Interpretationsproblem, in: Grünhut'sche Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 42 (1916), S. 535–556 = Merkl-GS I/1, S. 63–84.

Merkl, Adolf Julius, Die Unveränderlichkeit von Gesetzen – ein normlogisches Prinzip. Eine Erwiderung an Herrn Prof. Dr. Weyr, in: Juristische Blätter 46 (1917), S. 97–98, 109–111, 571 = Merkl-GS I/1, S. 155–168.

Merkl, Adolf Julius, Das Recht im Lichte seiner Anwendung, in: Deutsche Richterzeitung 8 (1916), Sp. 584–592; 9 (1917), Sp. 162–176, 394–398, 443–450; 11 (1919), Sp. 290–298 = Merkl-GS I/1, S. 85–146; Das Recht im Lichte seiner Anwendung, Hannover 1917.

- Merkl, Adolf Julius*, Die Rechtseinheit des österreichischen Staates. Eine staatsrechtliche Untersuchung auf Grund der Lehre von der *lex posterior*, in: Archiv des öffentlichen Rechts 37 (1918), S. 56–212 = Merkl-GS I/1, S. 169–226.
- Merkl, Adolf Julius*, Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts, in: Juristische Blätter 47 (1918), S. 425–427, 444–447, 463–465 = Merkl-GS I/1, S. 227–252.
- Merkl, Adolf Julius*, Die gerichtliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen, in: Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis 39 (1921), S. 569–609 = Merkl-GS II/1, S. 393–438.
- Merkl, Adolf Julius*, Gesetzesrecht und Richterrecht, in: Prager Juristische Zeitschrift 2 (1922), Sp. 337–344 = Merkl-GS I/1, S. 317–327.
- Merkl, Adolf Julius*, Justizirrtum und Rechtswahrheit, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 45 (1925), S. 452–465 = Merkl-GS I/1, S. 369–384.
- Merkl, Adolf Julius*, Das Problem der Rechtskontinuität und die Forderung des einheitlichen rechtlichen Weltbildes, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 5 (1926), S. 497–527 = Merkl-GS I/1, S. 385–424.
- Merkl, Adolf Julius*, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in: Alfred Verdross (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Festschrift: Hans Kelsen zum 50. Geburtstage gewidmet, Wien 1931, S. 252–294 = Merkl-GS I/1, S. 437–492.

4. Zeitgenössische Debatten in der Wiener Schule

- Ephrussi, Elisabeth*, Interpretation und Analogie, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 4 (1924/1925), S. 132–159.
- Henrich, Walter*, Zur Theorie der Rechtskraft. Auseinandersetzung mit Adolf Merkls Lehre von der Rechtskraft, in: Archiv des öffentlichen Rechts 3 (1924), S. 329–350.
- Kunz, Josef*, [Buchbesprechung] Adolf Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft. Entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechts-theoretische Untersuchung. Wiener Staatswissenschaftliche Stu-

- dien. Alte Folge. XV. Bd., 2. Heft. Leipzig und Wien. F. Deuticke, 1923, 302. S., in: Zeitschrift für öffentliches Recht 4 (1924/1925), S. 355–362.
- Pitamic, Leonidas*, Zur neuesten Rechtskraftlehre, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 4 (1924), S. 160–164.
- Kaufmann, Felix*, Kriterien des Rechts. Eine Untersuchung über die Prinzipien der Methodenlehre, Tübingen 1924.
- Sander, Fritz*, Rechtswissenschaft und Materialismus. Eine Erwiderung auf Stark: Die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft und die naturwissenschaftliche Methode, in: Juristische Blätter 47 (1918), S. 333–335, 350–352.
- Sander, Fritz*, Staat und Recht. Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung, 2 Bde., Wien 1922.
- Sander, Fritz*, Merkls Rechtslehre, in: Prager Juristische Zeitschrift 4 (1924), Sp. 16–31.
- Verdross, Alfred*, Die Rechtskraft der kais. Verordnung vom 7. Juli 1915 Nr. 189 R.G.Bl. über die zeitweilige Einstellung der Geschwornengerichte. Eine Replik, in: Juristische Blätter 44 (1915), S. 426–427.
- Verdross, Alfred*, Die Neuordnung der gemeinsamen Wappen und Fahnen in ihrer Bedeutung für die rechtliche Gestalt der österreichisch-ungarischen Monarchie, in: Juristische Blätter 45 (1916), S. 121–123, 134–137.
- Verdross, Alfred*, Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers, in: Juristische Blätter 45 (1916), S. 471–473, 483–486.
- Voegelin, Eric*, Die Einheit des Rechts und das soziale Sinngebilde Staat, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 5 (1930), S. 58–89.
- Weyr, František*, Zur Frage der Unabänderlichkeit von Rechtssätzen, in: Juristische Blätter 45 (1916), S. 387–389.
- Weyr, František*, La doctrine de M. Adolphe Merkl, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 2 (1928), S. 215–231.

5. Sekundärliteratur

- Abgnente, Angelo*, Delegazione e derogazione normativa: La costruzione di Adolf Merkl, Napoli 1984.
- Behrend, Jürgen*, Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkls und Hans Kelsens, Berlin 1977.
- Borowski, Martin*, Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl, in: Michael Stolleis/Stanley Paulson (Hrsg.), Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005, S. 122–159.
- Cadore, Rodrigo*, „Rechtswidriges Recht“. Die Merkl–Sander-Kontroverse innerhalb der Wiener Schule der Rechtstheorie, Tübingen 2024.
- Cadore, Rodrigo*, Alternativermächtigung vs. Fehlerkalkül. Wie geht das Recht mit Fehlern um?, in: Matthias Jestaedt/Ralf Poscher/Jörg Kammerhofer (Hrsg.), Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand/Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions: Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie vom 27.–29. September 2018 in Freiburg im Breisgau, Stuttgart 2020, S. 177–202.
- Carrino, Agostino*, Legitimität der Legalität. Überlegungen zum Beitrag Adolf Merkls zur Reinen Rechtslehre, in: Horst Dreier (Hrsg.), Repräsentation und Legitimität im Verfassungs- und Umweltstaat. Gedächtnissymposium für Hasso Hofmann, Berlin 2022, S. 103–130.
- Dreier, Horst*, Revolution und Recht, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 69 (2014), S. 805–853.
- Faig, Jakob*, Beziehungsprobleme. Überlegungen zur Theorie des Fehlerkalküls, in: Ruwen Fritsche et al. (Hrsg.), Unsicherheiten des Rechts. Von den sicherheitspolitischen Herausforderungen für die freiheitliche Gesellschaft bis zu den Fehlern und Irrtümern in Recht und Rechtswissenschaft, Stuttgart 2020, S. 209–222.
- Funke, Andreas*, Die Epistemisierung des rechtlichen Stufenbaus. Zu einer Differenz zwischen Kelsen und Merkl, in: Frauke

- Brosius-Gersdorf et al. (Hrsg.), Rechtskonflikte. Festschrift für Horst Dreier zum 70. Geburtstag, Tübingen 2024, S. 73–89.
- Gotsbacher, Gerald*, Der Stufenbau als Ordnungsstruktur. Wie zynische Bedingtheitsverhältnisse im positiven Recht die Stufenbaulehre herausfordern, in: Clemens Jabloner/Thomas Olechowski/Klaus Zeleny (Hrsg.), Der Stufenbau des Rechts auf dem Prüfstand, Wien 2022, S. 39–60.
- Gragl, Paul*, Legal Monism: Law, Philosophy and Politics, Oxford 2018.
- Hartmann, Lucas*, Die Aufhebung rechtmäßiger Urteile wegen Rechtswidrigkeit, in: JuristenZeitung 77 (2022), S. 759–766 (762 f.).
- Hartmann, Lucas*, Fehlerfolgen: Ist die verfassungsgerichtliche Ultra-Vires- und Identitätskontrolle aus verfassungsrechtlichen Gründen rechtlich wirkungslos? Rechtstheoretische Analyse eines Scheinriesen, in: Der Staat 60 (2021), S. 387–432.
- Hilbert, Patrick*, Fehlerkalkül oder Alternativbestimmungen – zu den Strategien der Geburtshilfe im Stufenbau der Rechtsordnung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 72 (2017), S. 549–576.
- Hochmann, Thomas*, „Les théories de la prise en compte des défauts“ et de l’ „habilitation alternative“, in: Thomas Hochmann/Xavier Magnon/Régis Ponsard (Hrsg.), Un classique méconnu: Hans Kelsen, Paris 2019, S. 333–358.
- Hochmann, Thomas*, Faulty Norms (Fehlerkalkül), in: Mortimer Sellers/Stephan Kirste (Hrsg.), Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy, Dordrecht 2019, https://doi.org/10.1007/978-94-007-6730-0_168-2.
- Hochmann, Thomas*, Legal Science According to the Pure Theory of Law, in: Mathieu Carpentier (Hrsg.), Meta-Theory of Law, Hoboken und London 2022, S. 265–284).
- Hochmann, Thomas*, Welche Rolle für die Rechtswissenschaft? Zu einer Debatte innerhalb der Wiener rechtstheoretischen Schule, in: Matthias Jestaedt/Ralf Poscher/Jörg Kammerhofer (Hrsg.), Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand/Hans Kelsen’s Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions: Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts-

- und Sozialphilosophie vom 27.–29. September 2018 in Freiburg im Breisgau, Stuttgart 2020, S. 161–176.
- Jakab, András*, Probleme der Stufenbaulehre, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 91 (2005) S. 333–365.
- Jestaedt, Matthias*, Der Stufenbau der Rechtsordnung – Von den Tücken einer Metapher, in: Fauke Brosius-Gersdorf et al. (Hrsg.), Rechtskonflikte. Festschrift für Horst Dreier zum 70. Geburtstag, Tübingen 2024, S. 131–148.
- Jestaedt, Matthias*, Wirken und Wirkungen höchstrichterlicher Judikatur – Rechtsprechungen von Grenzorganen aus der Sicht der Reinen Rechtslehre, in: Clemens Jabloner (Hrsg.), Wirken und Wirkung höchstrichterlicher Judikatur. Symposium zum 60. Geburtstag von Heinz Mayer, Wien 2007, S. 9–33.
- Kammerhofer, Jörg*, Fehlerkalkül ohne Fehler. Die Nomomechanik des Derogationsstufenbaus bei IGH Auslegungsurteilen, in: Clemens Jabloner/Thomas Olechowski/Klaus Zeleny (Hrsg.), Der Stufenbau des Rechts auf dem Prüfstand, Wien 2022, S. 135–171.
- Kammerhofer, Jörg*, Robert Walter, die Normkonflikte und der zweite Stufenbau des Rechts, in: Clemens Jabloner et al. (Hrsg.), Gedenkschrift Robert Walter, Wien 2013, S. 237–256.
- Kempny, Simon*, Zum (vielfältigen) Stufenbau der Rechtsordnung und seinen Darstellungen. „Normenhierarchien“ nach dem Rechtserzeugungszusammenhang, nach der Verpflichtungskraft und nach der Verdrängungskraft, in: Juristische Ausbildung (2025), S. 372–385.
- Kletzer, Christoph*, Der Stufenbau als Archetyp des Rechts, in: Clemens Jabloner/Thomas Olechowski/Klaus Zeleny (Hrsg.), Der Stufenbau des Rechts auf dem Prüfstand, Wien 2022, S. 1–22.
- Kletzer, Christoph*, Kelsen's Development of the Fehlerkalkül-Theory, Ratio Juris 18 (2005), S. 46–63.
- Kucska-Stadlmeyer, Gabriele*, Merkls Rechtskraftlehre, in: Robert Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit. Ergebnisse eines Internationalen Symposiums in Wien (22.–23. März 1990), Wien 1990, S. 117–138.
- Lippold, Rainer*, Gilt im deutschen Recht ein Fehlerkalkül für Gesetze?, in: Der Staat 29 (1990), S. 185–208.

- Öhlinger, Theo*, Der Stufenbau der Rechtsordnung: Rechtstheoretische und ideologische Aspekte, Wien 1975.
- Paulson, Stanley L.*, Zur Stufenbaulehre Merkls in ihrer Bedeutung für die Allgemeine Rechtslehre, in: Robert Walter (Hrsg.), Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit. Ergebnisse eines Internationalen Symposiums in Wien (22.–23. März 1990), Wien 1990, S. 93–105
- Paulson, Stanley L.*, On the Status of the lex posterior Derogating Rule, in: Richard Tur/William Twining (Hrsg.), Essays on Kelsen, Oxford 1986, S. 229–248
- Pfersmann, Otto*, La production des normes: production normative et hiérarchie des normes, in: Michel Troper/Dominique Chagnolaud (Hrsg.), Traité international de droit constitutionnel, Bd. 2: Distribution des pouvoirs, Paris 2012, S. 482–528.
- Potacs, Michael*, Tree Diagram or Pyramid of Norms?, in: Nicoletta Bersier/Christoph Bezemek/Frederick Schauer (Hrsg.), Common Law–Civil Law: The Great Divide?, Cham 2022, S. 61–70.
- Reimer, Philipp*, Können und Dürfen. Zur rechtstheoretischen Zentralität eines unterschätzten Begriffspaares, in: Rechtstheorie 48 (2017), S. 5–27.
- Reimer, Phillip*, Die Unabhängigkeit von Rechtswirksamkeit und Rechtmäßigkeit. Ein Beitrag zur Lehre vom Fehlerkalkül, in: Rechtstheorie 45 (2014), S. 383–414.
- Samonig, Luka*, Fehlerkalkül, Alternativermächtigung, Revolution. Zur Geltung fehlerhafter letztinstanzlicher Entscheidungen, Wien 2022.
- Schnizer, Johannes*, Ein Stück Papier und was uns daran zu denken gibt, in: Robert Walter/Clemens Jabloner (Hrsg.), Strukturprobleme des öffentlichen Rechts. Gedenkschrift für Kurt Ringhofer, Wien 1995, S. 119–154.
- Somek, Alexander*, Knowing What the Law is. Legal Theory in a New Key, New York und Oxford 2021.
- Somek, Alexander*, Wissen des Rechts, Tübingen 2018.
- Thaler, Michael*, Die rechtliche Beurteilung und ihre Artikulierung, in: Bernd-Christian Funk et al. (Hrsg.), Staatsrecht und Staatswissenschaften in Zeiten des Wandels. Festschrift für Ludwig Adamovich zum 60. Geburtstag, Wien und New York 1992, S. 691–701.

Thienel, Rudolf, Derogation. Eine Untersuchung auf Grundlage der Reinen Rechtslehre, in: Robert Walter (Hrsg.), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II, Wien 1988, S. 11–43.

Villa-Rosas, Gonzalo, Merkl's Stufenbaulehre in the History of the Theory of Legal Power, in: Gonzalo Villa-Rosas/Torben Spaak (Hrsg.), Legal Power and Legal Competence. Meaning, Normativity, Officials and Theories, Cham 2023, S. 289–303.

Walter, Robert, Der Aufbau der Rechtsordnung. Eine rechtstheoretische Untersuchung auf Grundlage der Reinen Rechtslehre, Graz 1964.

Wiederin, Ewald, Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkls, in: Stefan Griller/Heinz Peter Rill (Hrsg), Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung, Wien 2011, S. 81–134.

IX. Annex: Lehrveranstaltungsverzeichnis

1. Volksbildung 1914–1938

Zeitpunkt	Titel	Veranstalter
WS 1914/1915	Oesterreichisches Verfassungsrecht	Volksheim Wien
WS 1914/1915	Oesterreichisches Militär- und internationales Kriegsrecht	Volksheim Wien
SS 1915	Grundzüge des oesterreichischen Verwaltungsrechtes	Volksheim Wien
SS 1916	Oesterreichisches Verfassungsrecht	Volksheim Wien
WS 1918/1919	Grundfragen des oesterreichischen Verfassungsrechtes	Urania

<i>Zeitpunkt</i>	<i>Titel</i>	<i>Veranstalter</i>
WS 1920/1921	Die neue Bundesverfassung und die Frauen	Neuer Wiener Frauenclub
WS 1921/1922	Demokratie der Verwaltung	Union für demokratische Kontrolle
WS 1923/1924	Zyklus von Vorträgen zur Einführung in die Politik	Neuer Wiener Frauenclub
WS 1924/1925	Über Geschichte	Volksheim, 16. Bezirk
WS 1925/1926	Vortragsreihe „über Wesen und Tätigkeit des Völkerbundes“	Oesterreichische Völkerbundliga
WS 1926/1927	Die österreichische Bundesverfassung	Volkshochschule Ottakring
30. Januar 1935	Das berufsständische Prinzip	Wiener Juristische Gesellschaft
WS 1935/1936	Österreichische Bürgerkunde	Verwaltungsakademie der Stadt Wien
10. Januar 1936	Das Minderheitenrecht der Staatsverträge von Saint-Germain und Versailles	Deutscher Schulverein Südmark
5. Juni 1936	Die individuelle Freiheit im autoritären und ständischen Staat	Verein der Rechtsanwalt-sanwärter
WS 1937/1938	Einführung in das österr. Unterrichts- und Staatskirchenrecht	Verwaltungsakademie der Stadt Wien

2. Universität Wien 1920–1938

Semester	Titel
SS 1920	Allgemeine Staatslehre und österr. Staatsrecht (AStL/ÖStR)
WS 1920/1921	Verwaltungslehre und österreichisches Verwaltungsrecht (VwL/ÖVwR)
SS 1921	Die Begriffsmerkmale des Bundesstaates und die bundesstaatlichen Elemente in der österreichischen Bundesverfassung; Theorie der Verwaltungsorganisation, insbesondere das Problem der demokratischen Verwaltung; Grundzüge des österreichischen Volkswirtschaftsrechtes
WS 1921/1922	VwL/ÖVwR; Theorie d. Staatsformen
SS 1922	AStL/ÖStR; Die Hauptprobleme der Verwaltungsreform; SE ÖStR/ÖVwR
WS 1922/1923	Einführungskolleg: Die Elemente der Burgerkunde und die Methode ihres Unterrichtes; VwL/ÖVwR; Ausgew. Teile der Staatsformenlehre: Republik u. Monarchie, Demokratie und Autokratie, Einheitsstaat und Bundesstaat in rechtsvergleichender Darstellung
SS 1923	AStL/ÖStR; Österreichisches Wirtschaftsrecht (mit Betonung der wirtschaftspolitischen Leitgedanken der österr. Verwaltungsgesetzgebung); Die sozialpolitische Gesetzgebung seit dem Umsturz; Die Systeme der Verwaltungsorganisation; Proseminar (PS) ÖStR/ÖVwR

<i>Semester</i>	<i>Titel</i>
WS 1923/1924	Einführungskolleg: Einführung in die Theorie der Politik; VwL/ÖVwR (+PS); SE AStL/ÖStR/VwL/ÖVwR; Fragen der Verwaltungsorganisation im allg. und in Österreich (m. bes. Berücksichtigung des Problems der demokratischen Verwaltung)
SS 1924	AStL (+PS); ÖStR; Österreichisches Wirtschaftsrecht (mit Betonung der wirtschaftspolitischen Leitgedanken der österr. Verwaltungsgesetzgebung); PÜ VwL/ÖVwR
WS 1924/1925	VwL/ÖVwR (+PS); SE AStL/VwL; PÜ AStL/ÖStR/VwL/ÖVwR; Die Systeme der Verwaltungsorganisation und ihre Verwirklichung im Inland und Ausland; Die Verwaltungsreformgesetze
SS 1925	AStL (+PS); österreichisches Wirtschaftsrecht (mit Betonung der wirtschaftspolitischen Leitgedanken der österr. Verwaltungsgesetzgebung); SE AStL/VwL; PÜ VwL/ÖVwR
WS 1925/1926	VwL/ÖVwR (+PS); Verfassung und Verwaltung des Deutschen Reiches und Österreich im Hinblick auf ein künftiges Großdeutschland; Die Grundzüge des neuen Verwaltungsverfahrens (allgemeines Verwaltungsverfahren, Verwaltungsstrafverfahren, Verwaltungsvollstreckungsverfahren); SE AStL/VwL; PÜ AStL/ÖStR/VwL/ÖVwR
SS 1926	AStL (+PS); Frankfurt, Versailles und Weimar: Die staatsrechtlichen Hauptstationen auf dem Wege zum deutschen Nationalstaat; Grundzüge des Forst- und Landwirtschaftsrechtes, Berg- und Wasserrechtes, Gewerbe- und Verkehrsrechtes

Semester	Titel
WS 1926/1927	VwL/ÖVwR (+PS); Rechtsvergleichende Übungen über die typischen Staatsverfassungen der Geschichte und Gegenwart; PÜ AStL/ÖStR/VwL/ÖVwR; Die Grundzüge des neuen Verwaltungsverfahrens (allgemeines Verwaltungsverfahren, Verwaltungsstrafverfahren, Verwaltungsvollstreckungsverfahren).
SS 1927	AStL (+PS); Grundzüge der Verwaltungsorganisation in Österreich und im Deutschen Reich; österr. Wirtschaftsrecht; PÜ VwL/ÖVwR
WS 1927/1928	VwL/ÖVwR (+PS); Der Anschluß Österreichs an das Deutsche Reich als Rechtsproblem; Seminarübungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht des Deutschen Reiches u. Österreichs, mit besonderer Berücksichtigung der Probleme des Anschlusses; PÜ AStL/ÖStR/VwL/ÖVwR
SS 1928	AStL (+PS); ÖStR; PÜ VwL/ÖVwR
WS 1928/1929	VwL/ÖVwR (+PS); Österreichisches Unterichtsrecht mit besonderer Berücksichtigung des Hochschulwesens; SE ÖStR/ÖVwR; PÜ AStL/ÖStR/VwL/ÖVwR
SS 1929	AStL (+PS); Das österr. Recht der Wirtschaftsverwaltung; Die Selbstverwaltung im Allgemeinen und in Österreich; PÜ VwL/ÖVwR
WS 1929/1930	VwL/ÖVwR (+PS); SE ÖStR/ÖVwR; PÜ VwL/ÖVwR
SS 1930	AStL (+PS); Das Recht der Universitäten in Österreich und im Deutschen Reich; Die Grundzüge des österreichischen Verwaltungsverfahrens; PÜ VwL/ÖVwR

<i>Semester</i>	<i>Titel</i>
SS 1931	AStL/ÖStR (+PS); Das öffentliche Dienstrecht Österreichs und des Deutschen Reiches; Das Staatsbürger- und Heimatrecht; PÜ ÖStR/ÖVwR
WS 1931/1932	VwL/ÖVwR (+PS); Die Verfassung und Verwaltung Österreichs und des Deutschen Reiches im Hinblick auf die Probleme der Rechtsangleichung und des Anschlusses; PÜ ÖStR/ÖVwR
SS 1932	AStL/ÖStR (+PS); Das öffentliche Dienstrecht Österreichs und des Deutschen Reiches, verbunden mit Übungen; Das Staatsbürger- und Heimatrecht, verbunden mit Übungen; PÜ ÖStR/ÖVwR
WS 1932/1933	VwL/ÖVwR (+PS); Die Demokratien und Diktaturen Europas; PÜ ÖStR/ÖVwR
SS 1933	AStL/ÖStR (+PS); PÜ Staats- und Verwaltungsrecht; Formen und Inhalte der Verwaltung in rechtsvergleichender Darstellung
WS 1933/1934	VwL/ÖVwR (+PS); Probleme der Verwaltungsorganisation und des Verwaltungsverfahrens in rechtsvergleichender Darstellung, verbunden mit Übungen; PÜ ÖStR/ÖVwR
SS 1934	VwL/ÖVwR (+PS); Die Ständeverfassung im Sinne der Enzyklika Quadragesimo anno; Österreichisches Sozialversicherungsrecht, verbunden mit Übungen; PÜ ÖStR/ÖVwR
WS 1934/1935	Allgemeine Staatslehre mit besonderer Berücksichtigung der Probleme des Stände-staates (+PS); Organisation, Funktion und Verfahren der Verwaltung im allgemeinen und in Österreich (+PS); Spezielles österreichisches Verwaltungsrecht; Die Probleme des ständischen

Semester	Titel
	Staatsrechtes, verbunden mit Übungen; PÜ ÖStR/ÖVwR (mit Voegelin)
SS 1935	VwL/ÖVwR (+PS); PÜ ÖStR/ÖVwR (mit Voegelin)
WS 1935/1936	VwL/ÖVwR (+PS); SE ÖVfR/ÖVwR
SS 1936	AStL/ÖStR (+PS); PÜ ÖStR/ÖVwR (mit Voegelin); SE ÖVfR/ÖVwR
WS 1936/1937	AStL und österr. Verfassungsrecht (ÖVfR); SE AStL/ÖVfR; PÜ VwL/ÖVwR (mit Voegelin)
SS 1937	PÜ AStL/ÖVfR (mit Voegelin); VwL/ÖVwR (+PS)
WS 1937/1938	Die Probleme der Staatsform, besonders des Ständestaates, verbunden mit Übungen; VwL/ÖVwR; PÜ VwL/ÖVwR (mit Voegelin)
SS 1938	AStL/ÖVfR; Die Hauptfragen des Nationalitätenrechtes; PÜ VwL/ÖVwR

3. Universität Tübingen 1943–1950

Semester	Titel
SS 1943	Ausgewählte Fragen aus der Verfassungslehre; Übung zur Vorlesung Verwaltung mit schriftlichen Arbeiten
WS 1943/1944	Verwaltungsrecht; Übungen zur Vorlesung Verwaltungsrecht (mit schriftlichen Arbeiten); Finanzrecht
SS 1944	Verwaltung; Übungen zur Vorlesung Verwaltung mit schriftlichen Arbeiten; Völkerrecht
WS 1944/1945	Außenpolitik und Völkerrecht; Kommunalverwaltung und Kommunalpolitik, verbunden mit Übungen

Semester	Titel
SS 1945	Verwaltung I u. II; Übungen zu Verfassung und Verwaltung für Vorgerückte mit schriftlichen Arbeiten; Seminar über Verfassung und Verwaltung
WS 1945/1946	[nicht ermittelbar]
SS 1946	Allgemeine Staatslehre; Verwaltungsrecht, Besonderer Teil, verbunden mit schriftlichen Arbeiten; Völkerrecht
WS 1946/1947	Allgemeines Verwaltungsrecht mit Übungen für Anfänger; Öffentlich-rechtliche Übungen für Fortgeschrittene mit schriftlichen Arbeiten; Seminar aus allg. Staatslehre
SS 1947	Verfassungsrecht verbunden mit schriftlichen Übungen; Verwaltungsrecht, Besonderer Teil, verbunden mit schriftlichen Übungen; Völkerrecht
WS 1947/1948	Verfassungsgeschichte der Neuzeit; Allgemeines Verwaltungsrecht (verbunden mit schriftlichen Übungen); Idee und Gestalt der Demokratie im Ausland und in Deutschland; Aktuelle Fragen des Völkerrechts und Staatsrechts (verbunden mit schriftlichen Übungen)
SS 1948	Verfassungsrecht mit schriftlichen Übungen; Besonderes Verwaltungsrecht; Völkerrecht; Übungen im öffentlichen Recht für Fortgeschrittene
WS 1948/1949	Allgemeine Staatslehre; Allgemeines Verwaltungsrecht verbunden mit schriftlichen Übungen; Seminar aus allgemeiner Staatslehre
SS 1949	Die neuste Entwicklung des öffentlichen Rechts, verbunden mit Übungen für Vorgerückte; Verfassungsrecht; Seminar aus Staats- und Völkerrecht

Semester	Titel
WS 1949/1950	Verfassungsrecht; Verwaltungsrecht; Seminar aus dem Staats- und Völkerrecht. Freiheit und Frieden

4. Universität Wien 1950–1965

Semester	Titel
SS 1950	VwL/ÖVwR; SE AStL; PÜ ÖVfR
WS 1950/1951	AStL/ÖVfR I; SE AStL; PÜ ÖVfR; Idee und Gestalten der politischen Freiheit
SS 1951	AStL/ÖVfR II; SE AStL; PÜ ÖVfR
WS 1951/1952	VwL/ÖVwR I; SE AStL; PÜ ÖVfR
SS 1952	VwL/ÖVwR II; SE AStL; PÜ ÖVfR
WS 1952/1953	AStL/ÖVfR I; SE AStL; PÜ ÖVfR
SS 1953	AStL/ÖVfR II; SE AStL
WS 1953/1954	VwL/ÖVwR I; SE AStL; PÜ ÖVfR
SS 1954	VwL/ÖVwR II; SE AStL; PÜ VwL/ÖVwR
WS 1954/1955	AStL/ÖVfR I; SE AStL; PÜ ÖVfR
SS 1955	SE AStL (Das Problem der politischen Freiheit); PÜ ÖVfR/ÖVwR
WS 1955/1956	Allgemeines VwR/ÖVwR; SE AStL (Problem der Freiheit und Gerechtigkeit); PÜ ÖVfR/ÖVwR
SS 1956	AStL/ÖVfR II; SE AStL (Die Probleme der Freiheit und Gerechtigkeit); PÜ ÖVfR/ÖVwR
WS 1956/1957	Allgemeines VwR/ÖVwR; SE AStL (Problem der Freiheit und Gerechtigkeit); PÜ ÖVfR/ÖVwR
SS 1957	VwL/ÖVwR II; SE AStL (Die Probleme der Freiheit und Gerechtigkeit); PÜ ÖVfR/ÖVwR

Semester	Titel
WS 1957/1958	AStL/ÖVfR I; Geschichte und System des europäischen Nationalitätenrechtes; SE AStL (Problem der Freiheit und Gerechtigkeit, unter besonderer Berücksichtigung der Volkstumspolitik); PÜ ÖVfR/ÖVwR
SS 1958	AStL/ÖVfR II; SE AStL (Die Probleme der Freiheit und Gerechtigkeit); PÜ ÖVfR/ÖVwR
WS 1958/1959	VwL/ÖVwR I; SE AStL (Problem der Freiheit und Gerechtigkeit, unter besonderer Berücksichtigung der Volkstumspolitik)
SS 1959	VwL/ÖVwR II; SE AStL (Die Probleme der Freiheit und Gerechtigkeit); PÜ ÖVfR/ÖVwR
WS 1959/1960	AStL/ÖVfR I; SE AStL (Problem der Freiheit und Gerechtigkeit); PÜ ÖVfR/ÖVwR
SS 1960	AStL/ÖVfR II; SE AStL (Die Probleme der Freiheit und Gerechtigkeit); PÜ ÖVfR/ÖVwR
WS 1960/1961	VwL/ÖVwR I; SE AStL (Problem der Freiheit und Gerechtigkeit); PÜ ÖVfR/ÖVwR
SS 1961	VwL/ÖVwR II; SE AStL (Die Probleme der Freiheit und Gerechtigkeit); PÜ ÖVfR/ÖVwR
WS 1961/1962 (ab hier emeritiert)	SE AStL (Die politischen Grundrichtungen des Abendlandes und deren Spiegelung in Staatsverfassungen und Parteiprogrammen); PÜ ÖVfR/ÖVwR
SS 1962	SE AStL (Die politischen Grundrichtungen des Abendlandes und deren Spiegelung in Staatsverfassungen und Parteiprogrammen); Konversationskabinett und Repetitorium aus der allgemeinen Staatslehre auf Grund der bedeutendsten historischen und zeitgenössischen Literatur; PÜ ÖVfR/ÖVwR

Semester	Titel
WS 1962/1963	SE AStL (Die politischen Grundrichtungen des Abendlandes und deren Spiegelung in Staatsverfassungen und Parteiprogrammen); PÜ ÖVfR/ÖVwR
SS 1963	Einführung in die Grundbegriffe des Staates und Rechtes; PÜ AStL/ÖVfR
WS 1963/1964	Einführung in die Lehre von Staat und Recht an der Hand von Belegen aus geistlichen und weltlichen Quellen; PÜ ÖVfR/ÖVwR
SS 1964	Der Staat im Urteil von Wortführern der Kirche, des Staates und der Wissenschaft; Einführung in die Lehre von Staat und Nation, unter besonderer Berücksichtigung der Südtiroler Frage; PÜ AStL/ÖVfR
WS 1964/1965	Einführung in die Lehre von Staat und Recht an der Hand von Belegen aus geistlichen und weltlichen Quellen; PÜ AStL/VwL
SS 1965	Einführung in die Baugesetze des Staates, nämlich d. Konservativismus, Liberalismus, Demokratismus, Nationalismus, Sozialismus

Wiener Staatswissenschaftliche Studien

Begründet von E. Bernatzik und E. Philippovich

Herausgegeben in Verbindung mit

Friedrich Wieser und Othmar Spann

von

Hans Kelsen

Fünfzehnter Band. Zweites Heft.

(Schluß der alten Folge.)

DIE LEHRE VON DER RECHTSKRAFT

ENTWICKELT AUS DEM RECHTSBEGRIFF

EINE RECHTSTHEORETISCHE UNTERSUCHUNG

von

DR. ADOLF MERKL

A. Ö. PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT IN WIEN.

LEIPZIG UND WIEN.
FRANZ DEUTICKE.

1923.

Faksimile des Titelblattes der „Rechtskraft“

| II | Verlags-Nr. 2839

Buchdruckerei der Manzschen Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, Wien

| III

| Dem Andenken
EDMUND BERNATZIKS
gewidmet

Eine neue *rechtstheoretische* Schrift in unserer allem Schrifttum theoretischen Inhaltes unholden Zeit, zumal eine *neue* Schrift über das *alte*, scheinbar so *erschöpfte* Thema der *Rechtskraft*, ist gewiß der Frage nach ihrer *Daseinsberechtigung* ausgesetzt.

Sie schuldet freilich dieser Frage keinesfalls insoweit Antwort, als sie *Theorie* sein will – für jeden wissenschaftlich Interessierten liegt eine Rechtfertigung schon in dieser Absicht –, sondern darf sich auf eine *Besinnung* über ihr *besonderes Thema* beschränken. Die reiche Literatur zum Problem der Rechtskraft soll gewiß nicht grundlos um eine Neuerscheinung vermehrt, um nicht zu sagen: bereichert werden.

Das Problem der Rechtskraft teilt als eine der wenigen *rechtstheoretischen Fragen* mit gewissen *dichterischen Vorwürfen* die Eigentümlichkeit, trotz dem Alter seiner Behandlung ewig jung und immer neu, trotz der Fülle der Problemstellungen unausgeschöpft und wohl auch unerschöpflich zu sein. Das Problem der Rechtskraft bezeichnet einen der Gegenstände rechtstheoretischer Forschung, der nicht bloß bisher noch nicht klargestellt, sondern an den vielleicht überhaupt nur eine asymptotische Annäherung der Erkenntnis möglich ist.

Nichtsdestoweniger muß sich meines Erachtens eine neue Schrift aus diesem Problemkreise durch die Tatsache rechtfertigen, daß sie im Vergleiche mit der großen bisher

aufgelaufenen, bei aller inhaltlichen Abweichung sich doch vielfach gleichenden Literatur zu unserem Gegenstande etwas *grundsätzlich Neues* bringt oder wenigstens zu bringen versucht.

Als dieses grundsätzlich Neue schwebte mir vom ersten Anbeginn, da ich dem Problemkreise der Rechtskraft näher trat, der Gedanke vor, dieses in seiner bisherigen Formulierung, wie die Kritik der herrschenden Lehre zeigen soll, doch eigentlich mehr oder weniger auf einen *praktischen*

| VI Bedarf zugeschnittene | und damit unnatürlich verkümmerte Problem *rechtstheoretisch* auszuweiten und auszuwerten, und es durch dieses scheinbar unfruchtbare Ziel vom wissenschaftlichen Standpunkt aus erstmals fruchtbar zu machen; und als Weg zu solchem Ziel erschien mir von allem Anbeginn die Bemühung um die Aufgabe, den *Begriff der Rechtskraft* aus seiner Verengung im Sinne einer bloßen *Bedeutung für einzelne Rechtserscheinungen* in die Weite einer *Bedeutung für den Rechtsbegriff*, für das *Rechtsganze* in allen seinen *Teilerscheinungen* herauszuführen.

In der mit dem Worte Rechtskraft für gewisse *vereinzelte* Rechtserscheinungen partiell behaupteten, weil insoweit opportunistisch geforderten *Unveränderlichkeit* war die dem Recht in *allen* seinen Konkretisierungsstufen und letztlich auch, wenn nicht vor allem in seinem *Ursprung* innewohnende und von diesem Ursprung her alle Realisierungen der Rechtsidee ergreifende *Beharrungstendenz* zu erkennen; jene Beharrungstendenz, die, wie jeder *Norm*, so eben auch der *Rechtsnorm* *begriffsnotwendig* eigentlich ist und darum nicht erst und nur gewissen Anwendungsfällen der vielgestaltigen Rechtsnorm angedichtet zu werden braucht, wenn sie überhaupt durch solche rechtspolitisch orientierte Fiktion ein rechtstheoretisch gegebenes Faktum

werden könnte. Die *Statik der so verstandenen Rechtskraft*, die dem Recht in allen seinen Teilen innwohnt, stellt dann zugleich das Gegengewicht dar gegen die *Dynamik* des von der Ursprungsrechtsnorm etappenweise bis zur Erfüllung des Rechtsgeschäftes oder bis zur Zwangsvollstreckung fortschreitenden *Prozesses* der *Rechtserzeugung*, und läßt die Etappen dieses Prozesses als rechtlichen Stufenbau erscheinen mit seiner – im Bilde gesprochen – Mehrzahl von ruhenden Polen in der Erscheinungen Flucht. Die Rechtskraft offenbart sich als das *integrierende Prinzip* des *fluktuierenden Rechtssystems*.

Im Keime finden sich diese Gedanken bereits in meiner vor sieben Jahren verfaßten Erstlingschrift zum Probleme der von mir so genannten „Rechtseinheit“ angedeutet. Wenn ich dem vorliegenden Buche die Aufgabe setze, diese Gedanken fort- und auszuführen, so bin ich mir dabei sehr wohl bewußt, zu einem Abschluß der hiemit ausgelösten Gedankenfolge noch nicht gelangt zu sein. Je höher das Ziel wissenschaftlicher | Arbeit liegt, desto deutlicher wird die Relativität der diesem Ziel zustrebenden Forschung und ihrer Ergebnisse. Übrigens könnte man dem Buche nur zu leicht auch zum Vorwurf machen, daß es nicht nur nicht ganz in die *Tiefe*, sondern auch nicht in die *Breite* des Problems der Rechtskraft eingedrungen sei. Darum ist es nicht überflüssig festzustellen, daß das Buch in seiner vorliegenden, aus einem nicht wenig umfangreicherem Manuscript zusammengedrängten Gestalt bewußt auf das Wesentlichste der Rechtskraftproblematik, gewissermaßen auf die Frage von Sein oder Nichtsein eines Gegenstandes „Rechtskraft“, eingeschränkt ist.

An diese sachlichen Feststellungen seien noch einige persönliche Bemerkungen geknüpft.

Die entscheidende Anregung zu dieser Schrift habe ich meinem verehrten Lehrer, Meister und Freunde *Hans Kelsen* zu verdanken. Er gab mir Gelegenheit, meine Anschauungen zum Problem der Rechtskraft in einer Reihe von Vorträgen in seinem Schülerkreise zu entwickeln und in der Diskussion zu befestigen. Seiner unermüdlichen und ungewöhnlichen Förderung habe ich es zuzuschreiben, wenn jene nun schon manche Jahre zurückliegende Schülerarbeit nach längerer Unterbrechung durch anderweitige Arbeiten die gegenwärtige Buchform angenommen hat, in deren Kern der erwähnte Kreis wissenschaftlicher Freunde trotz aller Erweiterung der Darstellung noch unschwer jene vor Jahren vorgeführten Gedanken wiedererkennen dürfte.

Wenn das Buch bei der Beschränkung seiner Problemstellung auch weniger Gelegenheit hatte, an bestimmte Theorien des rechtstheoretischen Systems *Hans Kelsens* anzuknüpfen, so steht es doch ganz unter dem Gesamteindrucke dieses Lehrgebäudes und namentlich unter dem Banne der erstmals von *Kelsen* erhobenen Forderung einer reinen Rechtslehre, deren Bewährung an einem Spezialproblem in Frage stand. Wenn die Schrift Geist vom Geiste *Kelsenscher Rechtstheorie* in einer Weise atmet, daß sie als nicht bloß persönliches sondern auch sachliches Bekenntnis zu ihr verstanden werden kann und muß, so glaube ich ihm damit am entsprechendsten den gebührenden Dank gezollt zu haben.

- | VIII | Die *Rechtskrafttheorie* im besonderen hat meiner Überzeugung nach die entscheidendste Förderung durch *Edmund Bernatzik* erfahren. Für den Kenner ist auch unverkennbar, daß *Bernatziks* Erstlingsschrift über „Rechtsprechung

und materielle Rechtskraft“ trotz meines kritischen Verhältnisses zu dieser Schrift aus dem großen Umkreis der Rechtskraftliteratur mein Buch am nachhaltigsten beeinflußt hat. *Bernatziks* lebenslange Vorliebe für das Problem seines Jugendwerkes bekundete sich noch an dem Anteil, den er meiner Absicht, dasselbe Problem literarisch zu behandeln, entgegenbrachte. Da es mir nicht vergönnt war, dem allzu früh verstorbenen hochverehrten Lehrer für sein Verdienst um unser Problem noch bei seinen Lebzeiten ein Denkmal zu setzen, indem ich, zum guten Teile auf seinen Ergebnissen fußend, der Rechtskraftforschung einen neuen Baustein zufüge, so sei mein Buch dem Andenken des bedeutenden Toten in verehrungsvoller Erinnerung gewidmet.

Dankbare Anerkennung gebührt schließlich dem vor trefflichen wissenschaftlichen Verlage, der die sozusagen undankbare Aufgabe der Herausgabe dieses theoretischen Werkes mit großer Bereitwilligkeit übernommen und mit viel Entgegenkommen durchgeführt hat.

Wien im Jänner 1923.

Der Verfasser.

| Inhaltsverzeichnis.

[IX]

Seite

Zum Geleit	5
I. Abschnitt. Die Lehre vom Wesen der Rechtskraft ...	13
1. Die Theorie der Rechtskraft und ihr Gegenstand ...	13
2. Die publizistische Rechtskraftlehre	16
(1. Edmund Bernatzik 16, 2. Friedrich Tezner 30, 3. Ludwig Spiegel 40, 4. Otto Mayer 42, 5. Fritz Fleiner 48, 6. Karl Kormann 61, 7. Philipp Zorn 69, 8. Edgar Loening 72, 9. Georg Meyer – Franz Dochow 76, 10. Rudolf Hermann Herrnritt 78.)	
3. Die zivilistische Rechtskraftlehre	93
(1. Friedrich Karl Savigny 93, 2. Oskar Bülow 105, 3. Heinrich Dernburg 112, 4. Josef Unger 113, 5. Julius Binder 118, 6. Albrecht Mendelssohn-Bartholdy 120, 7. Konrad Hellwig 123, 8. Georg Kleinfellner 127, 9. Emil Schrutka 129, 10. Wilhelm Sauer 130.)	
II. Abschnitt. Die Lehre vom Grunde der Rechtskraft	143
1. Das Problem	143
2. Proben der Problemlösung	155
(1. Edmund Bernatzik 155, 2. Friedrich Tezner 175, 3. Otto Mayer 190.)	
3. Die Rechtskraft als ethisch-politische Forderung ...	205