

Kelsen Working Papers

Publications of the FWF project P 19287: "Biographical Researches on H. Kelsen in the Years 1881–1940"

Thomas Olechowski, Wien:

Kelsens Rechtslehre im Überblick

online-version, 3rd January 2011

<http://www.univie.ac.at/kelsen/workingpapers/kelsenrechtslehre.pdf>

published in:

Tamara Ehs (Hrsg), Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung
(Baden-Baden/Wien 2009) 47–65

Kelsens Rechtslehre im Überblick

Thomas Olechowski

Hans Kelsens rechtstheoretische Arbeiten gehören nicht nur zum bekanntesten Teil seines Œuvres, sie nehmen auch den umfangmäßig größten Teil desselben ein: Die vom Wiener Hans Kelsen-Institut zusammengestellte *Systematische Bibliographie der Originalwerke Kelsens* nennt exakt einhundert (größere und kleinere) Publikationen, die diesem Bereich zuzuordnen sind.¹ Den Beginn stellt dabei Kelsens 1911 veröffentlichte und im selben Jahr von der Universität Wien angenommene Habilitationsschrift *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* dar; den Schlusspunkt die erst 1979, postum erschienene *Allgemeine Theorie der Normen*, an dessen Manuskript der Autor zumindest noch bis 1970 gearbeitet hat.² Dazwischen liegt über ein halbes Jahrhundert unermüdlicher Forschung, in der Kelsen sein ursprüngliches Konzept in vielfacher Hinsicht ausgebaut und verbessert, auch von anderen Mitgliedern der von ihm begründeten „Wiener rechtstheoretischen Schule“ angestellte Überlegungen in sein eigenes Modell übernommen und eingebaut, so manche eigene Ansicht in späteren Jahren aber auch wieder verworfen hat. In der Tat unterscheidet sich die 1934 erschienene erste Auflage des wohl berühmtesten Buches Kelsens, der *Reinen Rechtslehre*, in der er die Ergebnisse seiner bisherigen Arbeiten systematisch zusammenfasst, von ihrer 1960 erschienenen zweiten Auflage so stark, „daß man sie als zwei verschiedene Arbeiten ansehen muß“³, auch wenn er selbst meinte, dass es sich „zumeist (nur) um die konsequentere Durchführung von Prinzipien“ gehandelt habe, während die „Lehre selbst ... im wesentlichen unverändert“ geblieben sei.⁴

Es würde Kelsen nicht gerecht werden, wollte man nun den Stand von 1934, den Stand von 1960 oder sonst einen Zwischenstand in diesem langen Entwicklungsprozess als den „maßgeblichen“, den „letztgültigen“ herausgreifen. Denn Kelsen selbst hat nie eine seiner Thesen außer Streit gestellt, sondern immer an ihnen weitergearbeitet. Der folgende Überblick folgt in seinem Aufbau grosso modo der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* aus 1960, da diese am stärksten von allen seinen

1 Systematische Bibliographie der Originalwerke Kelsens, in: R. Walter u. a. (Hg.) *Hans Kelsens stete Aktualität*, S. 79-114.

2 So zitiert er im Manuskript noch 1970 erschienene Werke; Augenzeugenberichten zufolge verschlechterte sich aber bereits damals sein Gesundheitszustand derart, dass er vermutlich nicht weit über dieses Datum hinaus geforscht haben dürfte. Über den Zustand des Manuskripts geben die Herausgeber Ringhofer u. Walter im Vorwort Auskunft: Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, S. III ff.

3 Lippold, *Recht und Ordnung*, S. 21.

4 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. VII.

Schriften enzyklopädischen Charakter hat. Dabei soll aber an den wichtigsten Punkten – soweit es der Rahmen der gegenständlichen Darstellung zulässt – wenigstens angedeutet werden, über welche Vorstufen Kelsen zu dem hier präsentierten Ergebnis kam beziehungsweise inwieweit auch nach 1960 noch Änderungen erfolgten. Doch wird es bei der Darstellung von KELSSENS Rechtslehre bleiben. Es wird hier weder ein Versuch unternommen, den gegenwärtigen Stand der Reinen Rechtslehre – mehr als 30 Jahre nach dem Tod ihres Begründers – systematisch darzustellen noch gar persönliche Ansichten wiederzugeben, auch wenn beides wohl unvermeidlicherweise immer wieder durchschimmern wird.⁵

I. Recht und Natur

Die – von Kelsen selbst erstmals 1920⁶ so bezeichnete – *Reine Rechtslehre* verdankt ihren Namen dem Umstand, dass es Hauptanliegen Kelsens war,

„eine reine, das heißt: von aller politischen Ideologie und allen naturwissenschaftlichen Elementen gereinigte, ihrer Eigenart weil der Eigengesetzlichkeit ihres Gegenstandes bewußte Rechtstheorie zu entwickeln.“⁷

Kelsen wandte sich mit ihr vor allem gegen die bis dahin in der Rechtswissenschaft absolut übliche Tendenz, juristische Aussagen mit moralischen, politischen, soziologischen, psychologischen oder sonst nichtjuristischen Aussagen zu vermengen. Dabei verkannte Kelsen nicht die engen Zusammenhänge zwischen Recht, Moral und Politik, doch wollte er einen „Methodensynkretismus“ vermeiden.⁸

Die Eigenart der Rechtswissenschaft entstehe durch ihren besonderen Untersuchungsgegenstand, die Rechtsnorm.

„Mit ‚Norm‘ bezeichnet man: daß etwas sein oder geschehen, insbesondere, daß sich ein Mensch in bestimmter Weise verhalten *soll*. Das ist der Sinn, den gewisse menschliche Akte haben, die intentional auf das Verhalten anderer gerichtet sind.“⁹

Die Aussage, dass etwas *ist*, ist von der Aussage, dass etwas *sein soll*, grundverschieden. Die strikte Unterscheidung von Sein und Sollen ist einer der beiden Angelpunkte der Reinen Rechtslehre, an denen Kelsen und ihre sonstigen Vertreter stets festgehalten haben. In seinen *Hauptproblemen* hat Kelsen Sein und Sollen als zwei „ursprüngliche Kategorien“ bezeichnet, „und ebensowenig, wie man beschreiben kann, was das Sein oder Denken ist, ebensowenig gibt es eine Definition des

5 Aus diesem Grund wird auch auf eine eingehende Auseinandersetzung mit seinen vielen Kritikern verzichtet und werden Kontroversen höchstens angedeutet. Die Verweise auf die Sekundärliteratur – von der hier freilich nur eine ganz kleine Auswahl getroffen werden konnte – müssen hier genügen.

6 Und zwar im Untertitel von *Das Problem der Souveränität*; der Begriff wurde dann wohl vor allem durch einen Aufsatz von Merkl, *Kelsens System*, populär.

7 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl., S. III.

8 Vgl. jüngst zusammenfassend Dreier, *Wissenschaftsprogramm*, S. 83.

9 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 4; vgl. auch *Allgemeine Theorie der Normen*, S. 2.

Sollens“.¹⁰ Der Gebrauch des Wortes „Kategorie“ deutet darauf hin, dass Kelsen schon damals von (neu)kantianischem Denken beeinflusst war; tatsächlich nannte er in den *Hauptproblemen* den Neukantianer Georg Simmel (1858-1918) als Referenz. In seinen späteren Arbeiten bis hin zur ersten Auflage seiner *Reinen Rechtslehre* 1934 versuchte Kelsen dann immer mehr, die philosophische Schule des Neukantianismus zur erkenntnistheoretischen Basis seiner Rechtslehre zu machen. Schon bald nach 1934 aber ging Kelsen wieder auf Distanz zum Neukantianismus; die zweite Auflage zitiert an der fraglichen Stelle den neuseeländischen Logiker Arthur N. Prior (1914-1969). Und in seiner *Allgemeinen Theorie der Normen* ging Kelsen – nebst anderen Referenzen – bis auf David Hume (1711-1776) zurück,¹¹ der bereits 1739/40 in seinem *Treatise of Human Nature* die Sein-Sollen-Dichotomie behandelt hatte und nach dem diese auch in der Philosophie als „Humes Gesetz“ bekannt ist. Mit diesen Bemerkungen soll nur angedeutet werden, wie sehr sich Kelsen um eine erkenntnisphilosophische Fundierung seiner Rechtslehre bemühte und welche großen Probleme diese Richtungsänderungen mit sich brachten.¹²

Die „spezifische Existenz einer Norm“ wird mit dem Wort „Geltung“ ausgedrückt.¹³ Die Norm sei der objektiv feststehende Sinn einer Rechtshandlung, der von dem subjektiven Willen desjenigen, der die Norm gesetzt hat, durchaus verschieden sein kann. Dieses (realpsychische) „Wollen“ von Menschen kann aufgehört haben zu existieren, es können die Menschen, die die Norm gesetzt haben, bereits gestorben sein, und dennoch existiere die Norm, das „Sollen“, weiter. Unzutreffend sei es daher insbesondere, ein Gesetz als „Wille des Staates“ zu bezeichnen.

Von der *Geltung* ist die *Wirksamkeit* einer Norm zu unterscheiden: Hier handelt es sich um die Frage, ob eine Norm auch tatsächlich angewendet wird. Allerdings bejahte Kelsen einen Zusammenhang zwischen Geltung und Wirksamkeit: „Eine Norm, die nirgends und niemals angewendet und befolgt wird, das heißt eine Norm, die – wie man zu sagen pflegt – nicht bis zu einem gewissen Grade wirksam ist, wird nicht als gültige Rechtsnorm angesehen.“¹⁴ Die Formulierung dieser Behauptung legt nahe, dass Kelsen hier nicht einem logischen Prinzip, sondern der traditionellen rechtspositivistischen Lehre folgte, die nur die von einem realen Machthaber ausgehenden Normen als geltend ansah. Heute wird die Wirksamkeit eher als ein Gebot der Denkökonomie angesehen, das heißt es ist in der Regel zweckmäßig, aber nicht zwingend erforderlich, nur ein im Großen und Ganzen wirksames Normensystem als geltend anzunehmen.¹⁵

Normensysteme begegnen uns viele (Moral, Sitte, Recht,...) – welches Normensystem aber verdient es, als „Recht“ bezeichnet zu werden? Hier hält Kelsen drei

10 Ders., *Hauptprobleme*, S. 7; *Allgemeine Theorie der Normen*, S. 2.

11 Ders., *Allgemeine Theorie der Normen*, S. 68 f.

12 Ausführlicher zum Einfluss Humes auf Kelsens Werk siehe den Beitrag von Dvořák in diesem Band.

13 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 9; *Allgemeine Theorie der Normen*, S. 2; vgl. dazu näher Bulygin, *Das Problem der Geltung bei Kelsen*.

14 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 10.

15 Walter, *Wirksamkeit und Geltung*, S. 533 f.

Voraussetzungen für wesentlich: Das Normensystem muss menschliches Verhalten regeln; es muss auf bestimmte menschliche Verhaltensweisen mit einem Zwangsakt reagieren; und es muss seine Geltung von einem spezifischen hypothetischen Geltungsgrund, der von Kelsen so genannten Grundnorm, ableiten.

Die erste Voraussetzung, die Ordnung menschlichen Verhaltens, erscheint relativ unproblematisch. Zwar habe es in Altertum und Mittelalter auch sog. Tierstrafen gegeben, doch beruhte dies auf animistischen Vorstellungen. Die Moderne habe erkannt, dass die Einbeziehung von Tieren in den Adressatenkreis von Normen „unnützlich ist, weil ganz allein an psychologischen Wesen das ausgesprochene Sollen seine Nützlichkeit ausüben kann“.¹⁶

Schwieriger erscheint dagegen die Charakterisierung des Rechts als eine Zwangsordnung. Die Rechtsordnung reagiert auf bestimmte menschliche Verhaltensweisen, zuweilen auch auf andere Tatbestände¹⁷, mit einem Übel, wie etwa der Entziehung von Leben, Gesundheit, Freiheit oder wirtschaftlichen Gütern. Die Normadressaten, denen die Zufügung des Übels angedroht wird, stehen damit unter einem psychischen Zwang, sich in einer bestimmten Weise zu verhalten. Mit diesem psychischen Zwang – der nicht mit den zuvor genannten, als Sanktionen fungierenden Zwangsakten verwechselt werden darf – garantiere die Rechtsordnung ein bestimmtes, „sozial erwünschtes“ Verhalten und verhindere das entgegenstehende, „sozial unerwünschte“ Verhalten.¹⁸ Charakteristisch für den modernen Staat sei insbesondere dessen Zwangsmonopol: Er versucht, die Gewaltanwendung zwischen Menschen zu unterbinden, mit Ausnahme jener Gewalt, die von seinen eigenen Organen in Vollziehung von Rechtsnormen erfolgt. Damit werde insbesondere ein System kollektiver Sicherheit geschaffen, die auf die Herstellung von Frieden gerichtet ist. Eine vollkommene Zentralisierung der Gewalt könne freilich niemals erreicht werden: Hier ist etwa an die Notwehr zu denken, in deren Rahmen jedes Individuum das Recht hat, selbst Gewalt anzuwenden.

Doch reichen diese beiden Voraussetzungen noch nicht aus, um bestimmten Willensakten den objektiven Sinn einer Norm zuzuerkennen: Auch das Verhalten von Räuberbanden ist darauf ausgerichtet, Menschen zu einem bestimmten Verhalten zu bewegen, indem sie ihnen ein Übel androhen (explizit nennt Kelsen als Beispiel die sogenannten Seeräuberstaaten, die vom 16.-19. Jahrhundert in Nordafrika existierten). Wodurch könnten sie von „echten“ Staaten unterschieden werden? Augustinus meinte hier, dass der Unterschied darin liege, dass das vom Staat ausgehende Recht im Gegensatz zu den Anordnungen der Räuber gerecht sei.¹⁹ Für Kelsen war eine solche Ansicht nicht nachvollziehbar, denn – und hier kommt nach der Sein-Sollen-

16 Kelsen, *Hauptprobleme*, S. 13; vgl. auch *Allgemeine Theorie der Normen*, S. 71 ff.

17 Man denke etwa an eine mit einer ansteckenden Krankheit infizierte Person, die gegen ihren Willen an einen besonderen Ort gebracht wird, um die Infizierung weiterer Menschen zu vermeiden. Aber auch zum Beispiel die Rasse eines Menschen könne in bestimmten totalitären Staaten Grund genug sein, ihn in ein Konzentrationslager zu sperren (so ausdrücklich Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 42).

18 Ders., *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 36; vgl. *Hauptprobleme*, S. 215.

19 Augustinus, *De civitate Dei* IV, S. 4.

Dichotomie der zweite Angelpunkt der Reinen Rechtslehre ins Spiel – die Frage, ob eine Gesellschaftsordnung gerecht sei, könne niemals objektiv festgestellt werden, eine derartige Behauptung könne immer nur ein relatives Werturteil sein.²⁰ Man habe zum Beispiel nach der Französischen Revolution im 18. Jahrhundert oder nach der Russischen Revolution im 20. Jahrhundert versucht, den Rechtsordnungen der neu entstandenen Staaten ihren Charakter als Rechtsordnung abzuerkennen, sei davon aber später wieder abgekommen. Tatsache bleibe, dass noch eine weitere Voraussetzung gemacht werden müsse, um bestimmte Akte als Rechtsakte deuten zu können: ihre rechtstheoretische Letztbegründung durch die Grundnorm. Auf sie ist an anderer Stelle noch zurückzukommen.

II. Recht und Moral

So wie das Recht, so ist auch die Moral eine normative Ordnung menschlichen Verhaltens. Die Inhalte moralischer und rechtlicher Normen sind miteinander oft deckungsgleich. Auch die oft aufgestellte Behauptung, das Recht regle ein äußeres, die Moral ein inneres Verhalten, trifft nicht zu, zumal auch die Moral bestimmte äußere Verhaltensweisen gebietet und umgekehrt das Recht auf innere Tatbestände (zum Beispiel Vorsatz, Fahrlässigkeit) abstellt. Der wesentliche Unterschied zwischen Recht und Moral bestehe nach Kelsen darin, dass die Moral keine Zwangsakte statuiert, sondern ihre Sanktionen nur Billigung des normentsprechenden und Missbilligung des normwidersprechenden Verhaltens sind.²¹

„Werden Recht und Moral als verschiedene Arten von Normensystemen erkannt, entsteht die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Moral.“²² Man könne einerseits behaupten, dass das Recht moralisch *ist*, oder, dass es moralisch sein *soll*. Wenn man, wie etwa der Apostel Paulus,²³ behauptet, dass jede staatliche Autorität von Gott komme und daher „gerecht“, „gut“ sei, so „hat der Begriff der Gerechtigkeit so wie der des Guten seinen Sinn verloren.“²⁴ Es muss prinzipiell die Möglichkeit bestehen, dass es moralisch gutes und moralisch schlechtes Recht gibt. Bleibt also nur die Forderung, dass Recht moralisch sein soll. Hier jedoch stellt Kelsen fest, dass kein allgemein anerkannter, stets gleich bleibender Moralbegriff existiere. Vielmehr hätten zu verschiedenen Zeiten bei verschiedenen Völkern sehr unterschiedliche Werte als „moralisch“ gegolten. Daher könne man nicht fordern, dass nur moralisches Recht gelten könne. „Die Forderung einer Trennung von Recht und Moral, Recht und Gerechtigkeit bedeutet, daß die Geltung einer positiven Rechtsordnung von der Geltung dieser einen, allein gültigen, absoluten Moral ... unabhän-

20 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 50 f.

21 Ebd., S. 64 f.

22 Ebd., S. 65.

23 Paulus, *Brief an die Römer* 13,1.

24 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 70.

gig ist.“²⁵ Kelsen vertritt hier einen – geradezu extremen – Wertrelativismus, indem er behauptet, dass oberste, absolute Werte einer rationellen Erkenntnis nicht zugänglich seien, sondern nur auf Grundlage eines religiösen Glaubens angenommen werden können.

„Eine relativistische Wertlehre bedeutet nicht – wie vielfach mißverstanden wird –, daß es keine Werte und insbesondere keine Gerechtigkeit gebe, sondern daß es keine absoluten, daß es nur relative Werte, keine absolute, sondern nur eine relative Gerechtigkeit gibt, daß die Werte, die wir mit unseren normsetzenden Akten konstituieren und unseren Werturteilen zugrundelegen, nicht mit dem Anspruch auftreten können, die Möglichkeit entgegengesetzter Werte auszuschließen.“²⁶

III. Recht und Wissenschaft

In seinen früheren Arbeiten war Kelsen – ganz im Sinne des Neukantianismus – davon ausgegangen, dass der Gegenstand einer Wissenschaft nicht objektiv vorgegeben sei, dass es also kein „Ding an sich“ gebe, sondern dass erst die Wissenschaft selbst durch ihre Erkenntnismethode ihren Erkenntnisgegenstand konstituiere. So ist es zu verstehen, dass Kelsen in den *Hauptproblemen* und auch noch in der ersten Auflage der *Reinen Rechtslehre* das „Rechtsgesetz“ (die Rechtsnorm) direkt dem „Naturgesetz“ gegenüberstellt, beides also für ein Produkt der Wissenschaft hält.²⁷ Erst nach seiner Emigration in die USA – es mag dahingestellt bleiben, ob die Beschäftigung mit amerikanischen Philosophen eine Rolle spielte oder ob andere Faktoren ausschlaggebend waren²⁸ – wandte er sich einer „realistischen“ Betrachtungsweise zu und ging nun von der realen Existenz von Rechtsnormen aus; ihr Pendant in der Naturwissenschaft wäre nun nicht mehr das Naturgesetz, sondern der faktische Sachverhalt, den das Naturgesetz beschreibt. Die Beschreibung der Rechtsnorm aber erfolgt durch den Rechtssatz, den Kelsen ab 1945 scharf von der Rechtsnorm unterscheidet.²⁹ Rechtssätze seien von der Wissenschaft gebildete Aussagen,³⁰ die wahr oder falsch sein können; die Rechtsnorm hingegen könne nur gültig oder ungültig, aber niemals wahr oder falsch sein.

Diese fortan konsequent beibehaltene Unterscheidung sollte weitreichende Folgen haben, die in der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* nur kurz zur Sprache kamen, bei der *Allgemeinen Theorie der Normen* aber geradezu im Mittelpunkt von

25 Ebd., S. 68.

26 Ebd., S. 69.

27 Kelsen, *Hauptprobleme*, S. 3 ff., bes. S. 13 f.; *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl., S. 22; vgl. Heidemann, *Zurechnung*, S. 18.

28 Vgl. dazu näher Paulson, *Four Phases*.

29 Kelsen, *General Theory*, S. 45, 163; vgl. dazu Walter, *Entwicklung*, S. 16; Heidemann, *Zurechnung*, S. 25.

30 Kelsen selbst verwendete das Wort „Urteil“, das aber, wie er selbst einräumen musste, gerade im juristischen Zusammenhang missverständlich sein kann: Denn das richterliche Urteil ist eben kein Urteil im Sinne der Wissenschaft, sondern eine Norm.

Kelsens Überlegungen standen:³¹ Kelsen kam zusehends ins Zweifeln, ob die Regeln der Logik, die für wissenschaftliche Aussagen gelten, auch auf Normen anwendbar seien. 1960 nahm er noch eine wenigstens indirekte Anwendbarkeit an, da diese Regeln zwar nicht für die Rechtsnormen, aber für die sie beschreibenden Rechtssätze gelten. In seiner *Allgemeinen Theorie der Normen* dagegen gab er auch diesen „Rettungsversuch“ auf und behauptete dezidiert die Unanwendbarkeit logischer Prinzipien auf Rechtsnormen.³² Keine Norm könne aus einer anderen Norm logisch abgeleitet werden; jede Norm verdanke ihre Entstehung allein dem Willensakt des Normsetzers („Kein Imperativ ohne Imperator“!³³).

Kelsen sah die Natur als eine „bestimmte Ordnung der Dinge, ... die miteinander als Ursache und Wirkung, das heißt also nach einem Prinzip verknüpft sind, das man als Kausalität bezeichnet.“³⁴ In der Rechtswissenschaft trete an die Stelle der Kausalität („Wenn A ist, muss B sein“) die Zurechnung („Wenn A ist, soll B sein“). Ursprünglich, so nahm Kelsen an, sei von den „primitiven Menschen“ sogar die Natur nicht mit Hilfe des Kausalitäts-, sondern mit Hilfe des Zurechnungsprinzips gedeutet worden, so etwa, wenn eine schlechte Ernte als Strafe der Götter angesehen wurde; erst allmählich sei das Zurechnungs- vom Kausalitätsprinzip verdrängt worden.³⁵ Auch heute sei es möglich, ein und dasselbe Geschehen sowohl kausal (zum Beispiel als Folge bestimmter psychischer Vorgänge) als auch normativ zu deuten. Gerade diese spezielle Art der Deutung aber mache das Wesen der Rechtswissenschaft aus:

„Nur wenn Gesellschaft als eine normative Ordnung des gegenseitigen Verhaltens von Menschen verstanden wird, kann sie als ein von der kausalgesetzlichen Ordnung der Natur verschiedener Gegenstand begriffen, kann Gesellschaftswissenschaft der Naturwissenschaft entgegengesetzt werden.“³⁶

Damit wandte er sich insbesondere gegen Strömungen, die Rechtswissenschaft als eine Art „Sozialtechnologie“ ansahen, die Aussagen darüber treffe, wie sich ein Mensch wahrscheinlich verhalten werde.³⁷

Kelsens Beschäftigung mit dem Begriff der Zurechnung führte ihn auch zur Frage der Willensfreiheit, mit der er sich in weiterer Folge eingehend auseinandersetzte. Kelsen ging dabei weltanschaulich von einem Determinismus aus, das heißt er war der Ansicht, „daß der Mensch als Teil der Natur nicht frei ist, ... daß sein Verhalten, als natürliche Tatsache betrachtet, dem Gesetz der Natur zufolge, durch andere Tat-

31 Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, S. 150 ff.

32 Ebd., S. 101, 166 ff., 179 ff.; vgl. dazu Walter, *Entwicklung*, S. 17.

33 Dazu näher Jabloner, *Kein Imperativ ohne Imperator*.

34 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 78; vgl. auch *Allgemeine Theorie der Normen*, S. 17 f. Zu den hier nur angeschnittenen Problemkreisen weiterführend Paulson, *Zurechnung*, m.w.N.

35 Kelsen, *Society and Nature*.

36 Ders., *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 79; vgl. auch *Allgemeine Theorie der Normen*, S. 9 f.

37 Vgl. etwa Kelsen, *Eine „Realistische“ und die Reine Rechtslehre*; umfassend Thienel, *Kritischer Rationalismus*, bes. S. 60 ff.; vgl. auch Dreier, *Wissenschaftsprogramm*, S. 87.

sachen verursacht ... angesehen werden muß.“³⁸ Anders die Sicht der Rechtswissenschaft: Wenn sie einem Menschen ein bestimmtes Verhalten zurechnet, so kann sie das nur, weil sie ihn als „frei“ und daher für sein Handeln verantwortlich ansieht. Dies scheint auf dem ersten Blick ein Widerspruch zu sein. Tatsächlich könne aber eine Rechtsordnung ihre soziale Funktion nur dann erfüllen, wenn die Menschen kausal bestimmbar sind. Freilich nur bis zu einem gewissen Grad: Eine Norm, die es den Menschen verbiete zu sterben, sei sinnlos. Anders aber stehe es mit einer Norm, die gebiete, die Wahrheit zu sagen, zumal kein Naturgesetz Entgegenstehendes anordnet; ihre Vorstellung könne durchaus ein wirksames Motiv für normgemäßes Verhalten sein. Für Kelsen sei Freiheit daher keine kausale Nicht-Bestimmtheit des Willens, die eine Zurechnung erst möglich mache, sondern es sei gerade umgekehrt: „Dem Menschen wird nicht darum zugerechnet, weil er frei ist, sondern der Mensch ist frei, weil ihm zugerechnet wird.“³⁹

IV. Rechtsstatik

Während die – weiter unten zu behandelnde – „Rechtsdynamik“ die Erzeugung und Anwendung des Rechts untersucht, bezeichnete Kelsen mit „Rechtsstatik“ jenen Teil der Rechtstheorie, die das Recht „als ein System von in Geltung stehenden Normen, das Recht in seinem Ruhezustand“ betrachtet. Die hier zu erörternden Probleme hatten großteils schon im Mittelpunkt von Kelsens *Hauptproblemen* aus 1911 gestanden, die gewonnenen Thesen gehörten also der „ältesten Schicht“ der Reinen Rechtslehre an, auch wenn es in Einzelfragen durchaus noch nach 1911 zu Weiterentwicklungen gekommen war.

Der entsprechende Abschnitt in der 2. Auflage der *Reinen Rechtslehre* beginnt zunächst mit einigen allgemeinen Überlegungen zur Charakterisierung des Rechts als einer Zwangsordnung und beschäftigt sich insbesondere mit dem Wesen der Sanktion, das heißt jenes Zwangsaktes, der als Reaktion auf eine bestimmte Handlung oder Unterlassung gesetzt wird. Auch hier drehte Kelsen das traditionell gelehrte Verhältnis von Unrecht und Unrechtsfolge um und erklärte, dass erst der Umstand, dass an eine bestimmte Handlung eine Sanktion geknüpft werde, diese zu einem „Unrecht“ mache. Insofern sei das Unrecht (das Delikt) nicht eine Negation des Rechts und die Bezeichnung „Rechtsbruch“ zumindest missverständlich. Vielmehr sei das Delikt geradezu die Bedingung des Rechtes, und zwar in dem Sinne,

38 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 95. Dass er hier offenbar irrtümlich auf Kant verweist, wie Hruschka, *Zurechnungslehre*, S. 10 f., hervorhebt, ist für die Grundanschauung letztlich irrelevant.

39 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 102; kritisch dazu etwa Seebaß, *Die Bedeutung des Willensfreiheitsproblems*, bes. S. 43.

als es der „Tatbestand“⁴⁰ sei, an den die Rechtsnorm eine Sanktion knüpfe, somit die Sanktion bedinge.⁴¹

Ein besonders ideologisch gefärbter Begriff war für Kelsen der Begriff des „subjektiven Rechts“, ein Begriff, der nach Kelsen für gänzlich verschiedenartige Dinge gebraucht werde: zum einen, dass eine Person das Recht habe, sich in einer bestimmten Weise zu verhalten; es sei ihm schlicht etwas erlaubt, das heißt aber: nicht verboten. Das subjektive Recht sei hier nichts anderes als das Fehlen entgegenstehender Normen. – Zum anderen, dass eine andere Person der berechtigten Person gegenüber zu einer Handlung oder Unterlassung verpflichtet ist. Hier sei das subjektive Recht des einen nur der Reflex auf die Rechtspflicht des anderen. Die Rechtspflicht aber sei nichts anderes als die dahinterstehende Norm selbst. Damit sei klar gestellt, dass es sich beim subjektiven Recht nur um einen von der Rechtswissenschaft verwendeten Ausdruck handle, mit dem bestimmte rechtliche Normen in einer besonderen Art und Weise, nämlich nicht direkt, sondern indirekt, über „Reflexrechte“, dargestellt würden. Als Urheber dieser Lehre ortete Kelsen die „Naturrechtslehre“, die

„von der Annahme natürlicher, dem Menschen eingeborener Rechte aus[ging], die vor jeder positiven Rechtsordnung existieren; und unter denen das subjektive Recht des individuellen Eigentums eine Hauptrolle spielt.“⁴²

Tatsächlich handle es sich auch beim subjektiven „Eigentumsrecht“ nur um den Reflex von bestimmten Normen, nämlich der Pflicht aller anderen Menschen außer dem Eigentümer, diesen „in seiner Verfügung über eine bestimmte Sache nicht zu hindern und diese Verfügung auch sonst nicht zu beeinträchtigen.“⁴³ Von einem echten subjektiven Recht, einem subjektiven Recht „im technischen Sinn“ könne nach Kelsen nur dann gesprochen werden, wenn ein Individuum die Rechtsmacht habe, durch Klage ein Verfahren zu initiieren, mit dem eine Norm gesetzt (zum Beispiel ein Gerichtsurteil erlassen) werde.

Ebenfalls um ein Konstrukt der Rechtswissenschaft handle es sich nach Kelsen beim Begriff der „Rechtsfähigkeit“, das heißt der Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein: Auch hier werden nur bestimmte Normen in einer Art und Weise dargestellt, hinter der Kelsen eine bestimmte naturrechtliche Ideologie vermutet. Vollends problematisch werde die herrschende Lehre, wenn Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit auseinanderfallen, so zum Beispiel bei einem Kind, das einen gesetzlichen Stellvertreter benötige: Tätigt das Kind eine Handlung, so löst diese keine Rechtsfolgen aus, das heißt dem Kind wird nicht zugerechnet. Tätigt hingegen der gesetzliche Vertreter eine Handlung für das Kind, so wird diese nicht ihm, son-

40 Kelsen folgte hier einer bis um die Mitte des 20. Jhdts noch üblichen Terminologie, die zwischen „Tatbestand“ als dem bedingenden Normelement und „Sachverhalt“ als dem faktischen Ereignis nicht unterschied; diese Unterscheidung wurde im juristischen Sprachgebrauch offenbar erstmals von Engisch, *Logische Studien*, S. 19, eingeführt. Auf die daraus entstehenden Probleme kann nur hingewiesen werden; vgl. Hruschka, *Zurechnungslehre*, S. 5.

41 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 117; vgl. auch *Hauptprobleme*, S. 50 f.

42 Ders., *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 134; vgl. auch *Hauptprobleme*, S. 570 f.

43 Ders., *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 136.

dem dem Kind zugerechnet. Wollte man den Satz „ein Kind übt seine Rechte und Pflichten durch einen gesetzlichen Stellvertreter aus“ frei von ideologiebelasteter Fiktion darstellen, so käme man zu der Aussage, dass

„man die in Betracht kommenden Pflichten und Rechte als Pflichten und Rechte des gesetzlichen Stellvertreters deutet, die dieser im Interesse des von ihm vertretenen Handlungsunfähigen zu erfüllen bzw. auszuüben hat.“⁴⁴

Mutatis mutandis gelte dies aber auch für die juristische Person, auch sie nur eine Hilfskonstruktion der Rechtswissenschaft:

„Wenn man sagt, die Rechtsordnung verleihe einer Körperschaft juristische Persönlichkeit, so bedeutet das, daß die Rechtsordnung Pflichten und Rechte statuiert, die das Verhalten von Menschen zum Inhalt haben, die Organe und Mitglieder der durch ein Statut konstituierten Körperschaft sind, und daß dieser komplizierte Sachverhalt vorteilhaft, weil in verhältnismäßig einfacher Weise, mit Zuhilfenahme einer Personifikation des die Körperschaft konstituierenden Statutes beschrieben werden kann.“⁴⁵

So sei es eine der großen Leistungen der Reinen Rechtslehre, den „Dualismus von Recht im objektiven und Recht im subjektiven Sinn“ beseitigt zu haben,

„indem sie den Begriff der Person als die Personifikation eines Komplexes von Rechtsnormen auflöst, die Pflicht und das subjektive Recht (im technischen Sinne) auf die Rechtsnorm reduziert, die an ein bestimmtes Verhalten eines Menschen eine Sanktion knüpft und die Vollstreckung der Sanktion von einer darauf gerichteten Klage abhängig macht; das heißt: das sogenannte Recht im subjektiven Sinne auf das objektive Recht zurückführt.“⁴⁶

V. Rechtsdynamik

Der rechtsdynamische Teil der Reinen Rechtslehre ist deutlich jünger als der rechtsstatische.⁴⁷ Die berühmte Theorie vom „Stufenbau der Rechtsordnung“ (nach Ansicht mancher die „bedeutendste Leistung der Wiener rechtstheoretischen Schule, ja ... de[r] einzige Teil ..., der nicht auf Sand gebaut ist, sondern auf festem Grund steht“⁴⁸) war in den *Hauptproblemen* noch nicht einmal angedeutet – und sie stammt auch nicht von Kelsen! Vielmehr war es, wie auch Kelsen selbst hervorhob,⁴⁹ das Verdienst von seinem Schüler Adolf J. Merkl, hier die Reine Rechtslehre entscheidend weiterentwickelt zu haben und sich eingehend der Frage nach der Entstehung und des Unterganges⁵⁰ von Normen gewidmet zu haben. Kelsen freilich hat diese Theorien aufgegriffen, weiterentwickelt und in sein Lehrgebäude eingebettet.

44 Ebd., S. 165.

45 Ebd., S. 194; vgl. *Hauptprobleme*, S. 693 ff.

46 Ders., *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 195.

47 Vgl. dazu Lippold, *Recht und Ordnung*, S. 522 f.

48 So die Einschätzung durch Koller, *Stufenbau*, S. 106.

49 In der Vorrede zur zweiten Auflage der *Hauptprobleme*, S. XV.

50 Wobei Merkl freilich zur Ansicht kam, dass Normen nicht untergehen können, sondern gewissermaßen „ewig“ leben: Merkl, *Unveränderlichkeit*.

In der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* stellt sich diese Lehre vom Stufenbau des Rechts wie folgt dar:⁵¹ Es sei eine „Eigentümlichkeit des Rechts ... , seine eigene Erzeugung zu regeln“: Bestimmte Normen haben zum Inhalt, in welcher Art und Weise neues Recht geschaffen werden solle. Die Beziehung zwischen einer solchen Norm „und der bestimmungsgemäß erzeugten Norm kann in dem räumlichen Bild der Über- und Unterordnung dargestellt werden. Die die Erzeugung regelnde ist die höhere, die bestimmungsgemäß erzeugte ist die niedere Norm.“⁵² Die Rechtserzeugung vollziehe sich in der Weise, dass das rechtsanwendende Organ zunächst die höherrangige Norm zu interpretieren habe. Dabei sei jedoch das zu interpretierende Recht niemals vollständig bestimmt, sondern gebe nur einen „Rahmen“; immer bleibe ein Spielraum, innerhalb dessen das rechtsanwendende Organ seine eigene Entscheidung treffen müsse. Aus dieser Entscheidung gehe dann die neue Norm hervor.⁵³

Es sei an dieser Stelle ein kurzer Exkurs zur – ebenfalls sehr kurzen⁵⁴ – Interpretationslehre Kelsens gestattet: Ausgehend vom Grundprinzip der Reinen Rechtslehre, dass die Jurisprudenz eine Wissenschaft sein und eine Wissenschaft ihren Gegenstand erkennen, nicht gestalten solle, erklärte Kelsen, dass der Wissenschaftler – im Gegensatz zum rechtsanwendenden Organ – die zuvor genannte „Auswahl“ aus dem „Rahmen“ nicht mehr vornehmen dürfe, sondern es dabei bewenden lassen müsse, diesen Rahmen aufzuzeigen. Das führt freilich dazu, dass die Wissenschaft nicht (oder zumindest nicht immer) ein eindeutiges Ergebnis liefern könne – wofür die Reine Rechtslehre von ihren Gegnern als unpraktikabel kritisiert wurde.

Zurück zur Lehre vom Stufenbau. Dieser habe in einer entwickelten Rechtsordnung eine Reihe von Stufen, deren oberste die Verfassung (im materiellen Sinn) sei: Es handelt sich dabei um jene Normen, die die Erzeugung von generellen Rechtsnormen (= Gesetze im materiellen Sinn) regeln. Diese wiederum regeln die Erzeugung von weiteren Normen und so fort, bis man auf der untersten Stufe angelangt ist: der Vollstreckung von Zwangsakten. Während alle Zwischenglieder im rechtlichen Stufenbau sowohl rechtsanwendenden als auch rechtserzeugenden Charakter haben (Merkel prägte hier das Bild vom „doppelten Rechtsantlitz“⁵⁵), zeichnet sich

51 Der Kelsensche Stufenbau unterscheidet sich von der Stufenbaulehre Merkl's nicht unwesentlich (unrichtig daher Borowski, *Stufenbau*, S. 157): Merkels hat zwei verschiedene Arten von Hierarchien, nämlich einen nach der rechtlichen Bedingtheit und einen anderen nach der derogatorischen Kraft unterschieden: Merkels, *Prolegomena*, bes. S. 284; Kelsen hingegen kennt nur einen Stufenbau nach der rechtlichen Bedingtheit. Auf diese Diskrepanz kann hier nicht näher eingegangen werden; vgl. näher Behrend, *Stufenbaulehre*, S. 42.

52 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 228.

53 Ebd., S. 348.

54 Dies mag damit zusammenhängen, dass die Reine Rechtslehre keine Methodik, sondern eine Methodologie des Rechts ist; vgl. Dreier, *Wissenschaftsprogramm*, S. 106. Es blieb daher jüngeren Vertretern dieser Schule vorbehalten, hier weiterzuarbeiten; genannt seien insbesondere Mayer, *Interpretationstheorie*; Thienel, *Kritischer Rationalismus*, S. 183 ff.

55 Merkels, *Das doppelte Rechtsantlitz*.

die unterste Stufe dadurch aus, dass sie nur mehr Rechtsanwendung, nur faktischer Vollzug von Normen ist.⁵⁶

Wie aber sieht es mit der obersten Stufe aus? – In seinen *Hauptproblemen* hatte Kelsen hier noch die Ansicht geäußert, dass die Normativität (die Ableitung eines Sollens aus einem anderen Sollen), so wie die Kausalität (die Ableitung eines Seins aus einem anderen Sein), immer eine „logisch unendliche Kette“ sei.⁵⁷ Die Frage nach dem Urgrund des Seins wie des Sollens sprengte die spezifischen kausalen bzw. normativen Erkenntnismethoden und wurde daher auch in den *Hauptproblemen* nicht weiter untersucht. In den folgenden Jahrzehnten wurde sie aber geradezu zur Kardinalfrage der Reinen Rechtslehre, bis Kelsen 1960 geradezu apodiktisch feststellte:

„Die Suche nach dem Geltungsgrund einer Norm kann nicht, wie die Suche nach der Ursache einer Wirkung, ins Endlose gehen. Sie muß bei einer Norm enden, die als letzte, höchste, vorausgesetzt wird. Als höchste Norm muß sie vorausgesetzt sein, da sie nicht von einer Autorität gesetzt sein kann, deren Kompetenz auf einer noch höheren Norm beruhen müßte. Ihre Geltung kann nicht mehr von einer höheren Norm abgeleitet, der Grund ihrer Geltung nicht mehr in Frage gestellt werden. Eine solche als höchste vorausgesetzte Norm wird hier als Grundnorm bezeichnet.“⁵⁸

Die Lehre von der Grundnorm ist der wohl berühmteste, aber auch am häufigsten missverstandene Teil der Rechtslehre Kelsens. Dazu mag wohl beigetragen haben, dass Kelsen selbst ihn immer wieder revidierte und neu formulierte.⁵⁹ In seinen ersten Schriften bezeichnete er die Grundnorm als eine Hypothese.⁶⁰ Diese Bezeichnung war wohl wenig glücklich gewählt, weil darunter üblicherweise eine verifizierbare bzw. falsifizierbare Aussage verstanden wird, dies aber auf die Grundnorm nicht zutrifft. In der ersten Auflage der *Reinen Rechtslehre* 1934 – auf dem Höhepunkt des neukantianischen Einflusses! – sah Kelsen in ihr eine „transzendental-logische Bedingung“ der Rechtserkenntnis;⁶¹ in der zweiten Auflage wiederholte er diese Formulierung zwar noch, fügte aber einschränkend hinzu: „wenn ein Begriff der Kant’schen Erkenntnistheorie per analogiam angewendet werden darf“.⁶² Dies zeigt deutlich, dass Kelsen zu Kant bereits deutlich auf Distanz gegangen war, jedoch keine neue epistemologische Fundierung der Grundnorm gefunden hatte. Erst in seiner *Allgemeinen Theorie der Normen* konzipierte er sie im Sinne der „Philosophie des Als-Ob“ Vaihingers neu und bezeichnete sie nunmehr als „Fiktion“.⁶³ Ob

56 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 242.

57 Ders., *Hauptprobleme*, S. 9.

58 Ders., *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 197.

59 Paulson, *Formulierungen*, S. 58 ff.

60 Kelsen, *Souveränität*, S. 93 (dort noch als „Ursprungsnorm“ bezeichnet); Kelsen, Vorrede zur zweiten Aufl. der *Hauptprobleme*, S. XIV ff. (erstmalig als „Grundnorm“); vgl. hierzu Walter, *Grundnorm*, S. 53 f.

61 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl., S. 67.

62 Ebd., S. 205; vgl. Walter, *Grundnorm*, S. 55 f.

63 Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, 206 f.

mit dieser neuen Bezeichnung etwas gewonnen war, wird selbst unter „orthodoxen“ Kelsen-Schülern bezweifelt.⁶⁴

Was machte die Lehre nun so problematisch? Kelsen wagte sich mit der Grundnorm an die Grenzen seiner Wissenschaft; Kritiker würden sagen, er überschritt sie, und die Grundnorm sei ein letzter metaphysischer Rest in seiner Rechtslehre. Denn die Behauptung, dass eine Norm immer wieder nur aus einer anderen Norm abgeleitet werden könne, ist – um in der Terminologie Kants zu bleiben – ein synthetisches Urteil, welches der Verifizierung durch die Empirie bedarf. Solange wir dabei am Boden des positiven Rechts bleiben, erscheint dies auch relativ unproblematisch: Jedes Gerichtsurteil, jeder Verwaltungsbescheid etc. kann auf ein Gesetz, dieses auf die Verfassung, diese womöglich auf eine ältere Verfassung etc. zurückgeführt werden. Die Kette der positiven Rechtsnormen endet (wenn wir zunächst die Frage des Völkerrechts außer Betracht lassen) dort, wo eine Verfassung erlassen wurde, ohne dass die erlassenden Organe durch irgendeine positive Norm dazu ermächtigt wurden: die von der Reinen Rechtslehre so bezeichnete „historisch erste Verfassung“ (in Österreich wäre dies die Unabhängigkeitserklärung vom 27. April 1945).⁶⁵ Wollen wir jetzt aber eine Norm annehmen, die diese historisch erste Verfassung in Geltung gesetzt hat, verlassen wir das positive Recht, verlassen wir den Bereich, wo die Existenz von Normen empirisch nachgewiesen werden kann, und versuchen, eine Norm a priori zu erkennen – was logisch unmöglich ist.⁶⁶ Verschärft wird diese Problematik noch dadurch, dass Kelsen ja nur eine im Großen und Ganzen wirksame Rechtsordnung als geltend annahm, weshalb seiner Ansicht nach auch die Grundnorm den Inhalt haben müsse, dass sie sich nicht auf irgendein Normensystem, sondern nur auf das im Großen und Ganzen wirksame Normensystem beziehe. Derartige Annahmen aber sind reine Metaphysik.⁶⁷ Neuere Ansätze in der Reinen Rechtslehre versuchen diesem Dilemma zu entkommen, indem sie erstens nur mehr davon sprechen, dass es zweckmäßig, aber nicht, dass es notwendig sei, auf ein wirksames Normensystem abzustellen,⁶⁸ und indem sie zweitens auch sonst keine unhaltbaren Spekulationen mehr über die Grundnorm anstellen, sondern diese schlicht als eine „Annahme“ bezeichnen, von der der Rechtsanwender bei seiner Tätigkeit auszugehen habe.⁶⁹

Ungeachtet solcher Probleme ist der wissenschaftliche Wert der Grundnorm groß: Sie ermöglicht es, an der Sein-Sollen-Dichotomie festzuhalten, ohne eine naturrechtliche Begründung des positiven Rechts annehmen zu müssen. Denn die Grundnorm hat eine durchaus gleiche Funktion wie das Naturrecht in den diversen Naturrechtslehren, indem sie die Geltung des positiven Rechts begründet.⁷⁰ Im Unterschied zum Naturrecht hat sie aber keinen über die Geltungsbegründung hinausgehenden Inhalt.

64 Vgl. Walter, *Grundnorm*, S. 57, m.w.N.

65 Walter et al., *Bundesverfassungsrecht*, S. 35.

66 Dazu näher Paulson, *Lässt sich die Reine Rechtslehre transzendental begründen?*, S. 173 ff.

67 Paulson, *Neo-Kantian Dimension*, S. 324 ff; Hammer, *Grundnormkonzeption*.

68 Mayer, *Reine Rechtslehre und Gemeinschaftsrecht*, S. 128.

69 Walter, *Grundnorm*, S. 57.

70 So ausdrücklich Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen*, S. 20.

„Daher kann jeder beliebige Inhalt Recht sein“, kommt Kelsen zu einer seiner berühmtesten Aussagen.⁷¹

Es wurde bereits oben angedeutet, dass die Theorie der Grundnorm unvollständig ist, wenn das Völkerrecht dabei ausgeblendet wird. Kelsen vertrat in seiner Völkerrechtslehre eine monistische These, dass also staatliches Recht und Völkerrecht eine Einheit bilden, wobei er die Frage, welchem von beiden der Primat gebühre, letztlich offen, aber doch eine Präferenz für den Primat des Völkerrechts vorsichtig erkennen ließ. Nach dieser Theorie enthalte das Völkerrecht jene Normen, die den Geltungsgrund aller einzelstaatlichen Rechtsordnungen darstellen.⁷² Für die Grundnorm bedeutet das, dass sie sich gewissermaßen vom staatlichen ins Völkerrecht verschiebt, sich also nicht auf eine bestimmte historisch erste Staatsverfassung, sondern auf den Geltungsgrund des Völkerrechts bezieht. Konkret beziehe sie sich auf jene Norm, „die die Staatengewohnheit als rechtserzeugenden Tatbestand einsetzt.“⁷³ Dies darum, weil das Völkergewohnheitsrecht die Quelle aller anderen Völkerrechtsquellen und so auch der einzelstaatlichen Rechte ist.

VI. *Recht und Staat*

Kelsens Staatsbegriff ist der Inhalt eines eigenen Beitrages im gegenständlichen Sammelband und soll daher hier nicht näher behandelt werden. Es sei nur in aller Kürze festgehalten, dass der Staat nach Ansicht Kelsens mit jener Rechtsordnung identisch sei, die ihn konstituiere, und dass die drei „klassischen“ Staats Elemente – Staatsvolk, Staatsgebiet, Staatsgewalt – nichts anderes als der personelle Geltungsbereich, der räumliche Geltungsbereich, sowie die Geltung der Rechtsordnung selbst seien.⁷⁴ Für die Lehren über den Staat als juristische Person gelte dasselbe, was bereits oben im Abschnitt über „Rechtsstatik“ zum Problem der Person überhaupt gesagt wurde. Die traditionelle Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht hat – wie so vieles andere – ideologischen Charakter; man wollte mit ihr insbesondere das Privatrecht als „unpolitisch“ darstellen. Tatsächlich handle es sich nur um eine Unterscheidung der rechtserzeugenden Tatbestände: Im öffentlichen Recht werde der Einzelne durch eine Norm verpflichtet, die ohne sein Mitwirken,

71 Ders., *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 201. – Damit ist allerdings nicht gesagt, dass die Vertreter der Reinen Rechtslehre jeglichem Rechtsinhalt neutral gegenüberstehen müssen: Die Erkenntnis und Beschreibung des positiven Rechtes ist eine Sache, die Frage, welche Konsequenzen man für sich selbst daraus ziehen soll, eine andere: „Wenn man erkennt, daß das Recht nicht ‚absolut‘ verbindlich ist, daß Aussagen der Rechtswissenschaft keine ethische Rechtfertigung für die Rechtsordnung bieten können, dann muß man es auch als denkbar ansehen, daß die Entscheidung dahin lautet, das Recht zu brechen“ (Thienel, *Kritischer Rationalismus*, S. 220).

72 Vgl. dazu näher Verdross, *Völkerrecht*, S. 60.

73 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 222.

74 Ebd., S. 289 ff. Er wendet sich damit gegen die klassische Staatslehre, die von einem (nach Kelsen ideologisch motivierten) Dualismus von Staat und Recht ausgehen.

also heteronom, im Privatrecht durch eine Norm, die unter seinem Mitwirken, also autonom, erzeugt worden ist.⁷⁵

VII. Staat und Völkerrecht

Bereits angesprochen wurde, dass Kelsen einen Monismus von staatlichem und Völkerrecht lehrte; er bezeichnete eine monistische Konstruktion sogar als „unvermeidlich“; dualistische Konstruktionen, wonach die Normen des Völkerrechts beziehungslos neben jenen des staatlichen Rechts stünden, verhedderten sich in unauf lösbare Widersprüche, wenn gefragt werde, warum dann die Normen des Völkerrechts für die Einzelstaaten verbindlich seien.⁷⁶ Staatliche Rechtsordnung und Völkerrechtsordnung bilden eine Einheit; die Entscheidung, ob das Völkerrecht nur gelte, wenn es vom Staat anerkannt werde, oder das staatliche Recht, wenn es vom Völkerrecht anerkannt werde, also die Frage nach dem Primat der einen oder anderen Rechtsordnung, sei – ebenso wie die Frage nach Heliozentrismus oder Geozentrismus – eine weltanschauliche, deren Entscheidung „außerhalb der Rechtswissenschaft“ liege.⁷⁷

Jedenfalls aber sei das Völkerrecht eine Rechtsordnung, da es sich auch hier um eine das menschliche Verhalten regelnde Zwangsordnung handle. Doch sei das Völkerrecht „primitiv“, und zwar insofern, als sowohl die Setzung von generellen Normen (durch Völkergewohnheitsrecht oder Völkervertragsrecht) als auch ihre Anwendung (durch den in seinen Rechten verletzten Staat selbst) weitgehend dezentralisiert seien. Daher könne auch nicht von der Völkerrechtsordnung als einem „Weltstaat“ gesprochen werden. Denn es sei zwar jeder Staat eine Rechtsordnung, aber nicht jede Rechtsordnung ein Staat:

„Um ein Staat zu sein, muß die Rechtsordnung ... für die Erzeugung und Anwendung der sie bildenden Normen arbeitsteilig funktionierende Organe einsetzen; sie muß einen gewissen Grad von Zentralisation aufweisen.“⁷⁸

Der seit 1942 in Berkeley lebende Kelsen hatte die Gründung der Vereinten Nationen am 26. Juni 1945 in San Francisco aus nächster Nähe miterlebt und sich mit ihrer Charta eingehend auseinandergesetzt.⁷⁹ In ihre weitere Entwicklung setzte er große Hoffnungen, insbesondere was die schon zu seiner Zeit zu beobachtende Tendenz betraf, dass auch Individuen unmittelbar durch das Völkerrecht berechtigt oder verpflichtet werden könnten. Geradezu prophetisch ist es, wenn er 1960 meinte, dass

75 Ebd., S. 284 ff.

76 Ebd., S. 333.

77 Ebd., S. 345. Bei seiner Parallele zur Astronomie – welche heute mit Hilfe des Relativitätsprinzips die alte Streitfrage zwischen Geozentrismus und Heliozentrismus überwunden hat – beruft er sich auf Planck, *Willensfreiheit*, S. 311. Zur Gleichrangigkeit der beiden völkerrechtlichen Primatstheseen vgl. jüngst Jestaedt, *Konkurrenz von Rechtsdeutungen*, S. 239 f.

78 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 289.

79 Insbesondere durch seinen Kommentar zur UN-Charta; vgl. auch Métall, *Hans Kelsen*, S. 80.

„die ganze hier angedeutete rechtstechnische Bewegung ... letzten Endes die Tendenz [aufweist], die Grenzlinie zwischen Völkerrecht und einzelstaatlicher Rechtsordnung zu verwischen, so daß als das letzte Ziel der realen, auf zunehmende Zentralisation gerichteten Rechtsentwicklung die organisatorische Einheit einer universalen Weltrechtsgemeinschaft, das heißt die Ausbildung eines Welt-Staates erscheint. Derzeit kann jedoch von einem solchen noch keine Rede sein.“⁸⁰

Heute, fast ein halbes Jahrhundert später, sind die Vereinten Nationen nach wie vor weit entfernt davon, ein „Welt-Staat“ zu sein. Hätte Kelsen seinen Blick weg vom universalen Völkerrecht hin zum partiellen Völkerrecht der verschiedenen europäischen Einigungsbestrebungen gelenkt – er hätte in der Gründung der Europäischen Gemeinschaften seine Bestätigung gefunden. Doch leider hat sich Kelsen selbst dazu nicht mehr geäußert.⁸¹

80 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 328.

81 Mayer, *Reine Rechtslehre und Gemeinschaftsrecht*, S. 121 f.; Dreier, *Wissenschaftsprogramm*, S. 102 ff.; Busch u. Ehs, *EUropa als Rechtsgemeinschaft*.

Literatur

- Behrend, Jürgen, *Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkl's und Hans Kelsens*, Schriften zur Rechtstheorie, Bd. 65, Berlin: Duncker & Humblot 1977.
- Borowski, Martin, Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl, in: St. L. Paulson u. M. Stolleis (Hg.) *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, Bd. 3, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, S. 122-59.
- Bulygin, Eugenio, Das Problem der Geltung bei Kelsen, in: St. L. Paulson u. M. Stolleis (Hg.) *Hans Kelsen*, S. 80-95.
- Busch, Jürgen u. T. Ehs, EUropa als Rechtsgemeinschaft, in: T. Ehs (Hg.) *Hans Kelsen und die Europäische Union. Erörterungen moderner (Nicht-) Staatlichkeit*, Baden-Baden: Nomos 2008, S. 95-111.
- Dreier, Horst, Hans Kelsens Wissenschaftsprogramm, in: H. Schulze-Fielitz (Hg.) *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, Die Verwaltung, Beiheft 7, Berlin: Duncker & Humblot 2007, S. 81-114.
- Engisch, Karl, *Logische Studien zur Gesetzanwendung*, 2. Aufl., Heidelberg: Carl Winter 1960.
- Hammer, Stefan, Kelsens Grundnormkonzeption als neukantianische Erkenntnistheorie des Rechts? in: St. L. Paulson u. R. Walter (Hg.) *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 11, Wien: Manz 1986, S. 210-31.
- Heidemann, Carsten, Der Begriff der Zurechnung bei Hans Kelsen, in: St. L. Paulson u. M. Stolleis (Hg.) *Hans Kelsen*, S. 17-34.
- Hruschka, Joachim, Die Zurechnungslehre Kelsens im Vergleich mit der Zurechnungslehre Kants, in: St. L. Paulson u. M. Stolleis (Hg.) *Hans Kelsen*, S. 2-16.
- Jabloner, Clemens, Kein Imperativ ohne Imperator. Anmerkungen zu einer These Kelsens, in: R. Walter (Hg.) *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II*, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 12, Wien: Manz 1988, S. 75-95.
- Jestaedt, Matthias, Konkurrenz von Rechtsdeutungen statt Koexistenz von Rechtsordnungen, in: H. Brunkhorst u. R. Voigt (Hg.) *Rechts-Staat. Staat, internationale Gemeinschaft und Völkerrecht bei Hans Kelsen*, Baden-Baden: Nomos 2008, S. 233-48.
- Kelsen, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen: Mohr Siebeck 1911; zweite, photo-mechani. gedr., um eine Vorrede verm. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck 1923.
- Kelsen, Hans, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen: J.C.B. Mohr 1920.
- Kelsen, Hans, *Die Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Charlottenburg: Pan-Verlag 1928.
- Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1. Aufl. Leipzig-Wien: Franz Deuticke 1934.
- Kelsen, Hans, *Society and Nature. A Sociological Inquiry*, Chicago: UP 1943.
- Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.): Harvard UP 1945.
- Kelsen, Hans, Autobiographie (1947), in: M. Jestaedt (Hg.) *Hans Kelsen Werke*, Bd. 1, Tübingen: Mohr Siebeck 2007, S. 29-91.

- Kelsen, Hans, Eine „Realistische“ und die Reine Rechtslehre. Bemerkungen zu Alf Ross: On Law and Justice, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 10/1959, S. 1-25.
- Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien: Franz Deuticke 1960.
- Kelsen, Hans, *Allgemeine Theorie der Normen*. Im Auftrag des Hans Kelsen-Instituts aus dem Nachlass herausgegeben v. K. Ringhofer u. R. Walter, Wien: Manz 1979.
- Koller, Peter, Zur Theorie des rechtlichen Stufenbaus, in: St. L. Paulson u. M. Stolleis (Hg.) *Hans Kelsen*, S. 106-21.
- Lippold, Rainer, *Recht und Ordnung. Statik und Dynamik der Rechtsordnung*, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 21, Wien: Manz 2000.
- Mayer, Heinz, Die Interpretationstheorie der Reinen Rechtslehre, in: R. Walter (Hg.) *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre*, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 18, Wien: Manz 1992, S. 61-70.
- Mayer, Heinz, Reine Rechtslehre und Gemeinschaftsrecht, in: R. Walter, C. Jabloner u. K. Zeleny (Hg.) *Hans Kelsen und das Völkerrecht*, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 26, Wien: Manz 2004, S. 121-38.
- Merkl, Adolf, Die Unveränderlichkeit von Gesetzen – ein normlogisches Prinzip, in: *Juristische Blätter*, 46/1917, S. 97-98 u. 109-11.
- Merkl, Adolf, Hans Kelsens System einer reinen Rechtslehre, in: *Archiv des öffentlichen Rechts*, 41/1921, S. 171-201.
- Merkl, Adolf, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in: A. Verdross (Hg.) *Gesellschaft, Staat und Recht*. Festschrift für Hans Kelsen zum 50. Geburtstag, Wien: Springer 1931, S. 252-94.
- Merkl, Adolf, *Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes*, Wien: Selbstverlag 1918.
- Métall, Rudolf Aladár, *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Wien: Franz Deuticke 1969.
- Paulson, Stanley L., Lässt sich die Reine Rechtslehre transzendental begründen? in: *Rechtstheorie*, 21/1990, S. 155-79.
- Paulson, Stanley L., The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law, in: *Oxford Journal of Legal Studies*, 12/1992, S. 311-32.
- Paulson, Stanley L., Die unterschiedlichen Formulierungen der „Grundnorm“, in: A. Aarnio et al. (Hg.) *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag, Berlin: Duncker & Humblot 1993, S. 53-74.
- Paulson, Stanley L., Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization, in: *Oxford Journal of Legal Studies*, 18/1998, S. 153-66.
- Paulson, Stanley L., Die Zurechnung als apriorische Kategorie in der Rechtslehre Hans Kelsens, in: M. Kaufmann u. J. Renzikowski (Hg.) *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Frankfurt am Main et al.: Peter Lang 2004, S. 93-120.
- Planck, Max, Vom Wesen der Willensfreiheit, in: *Vorträge und Erinnerungen*, 5. Aufl., Stuttgart: Hirzel 1949, S. 301-17.
- Seebaß Gottfried, *Willensfreiheit und Determinismus, Bd. I: Die Bedeutung des Willensfreiheitsproblems*, Berlin: Akademie Verlag 2007.

Thienel, Rudolf, *Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz*, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 17, Wien: Manz 1991.

Verdross, Alfred, *Völkerrecht*, 4. Aufl., Wien: Springer 1959.

Walter, Robert, Wirksamkeit und Geltung, in: *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, XI/1961, S. 531-41.

Walter, Robert, Entwicklung und Stand der Reinen Rechtslehre, in: ders. (Hg.) *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre*, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 18, Wien: Manz 1992, S. 9-20.

Walter, Robert, Entstehung und Entwicklung des Gedankens der Grundnorm, in: ders. (Hg.) *Schwerpunkte*, S. 47-59.

Walter, Robert, C. Jabloner u. K. Zeleny, *Hans Kelsens stete Aktualität*, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 25, Wien: Manz 2003.

Walter, Robert, H. Mayer u. G. Kucsko-Stadlmayer, *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, 10. Aufl., Wien: Manz 2007.