

HANS KELSEN (1881-1973):

„Jurist des Jahrhunderts“?

Von Horst Dreier

Kelsens Ruhm beruht vor allem auf seiner epochalen „Reinen Rechtslehre“, die zweifelsohne den Kern seines vielschichtigen und umfangreichen Gesamtwerkes bildet und auch in dieser Darstellung im Mittelpunkt stehen wird (III.). Doch sollte gerade in der Bundesrepublik Deutschland sein Name in anderen als rechtstheoretischen Zusammenhängen ebenfalls nicht vergessen werden. So hat er maßgeblich an der Schaffung des ausdrücklich zur Gesetzeskontrolle befugten Österreichischen Verfassungsgerichtshofes mitgewirkt, dem insofern in der Geschichte der Verfassungsgerichtsbarkeit eine Vorreiterrolle zukommt, und mit seiner Schrift „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ einen staatsrechtlichen wie politikwissenschaftlichen Klassiker verfaßt (dazu I.). Ferner darf seine Naturrechtskritik, die im engen Zusammenhang mit seiner Antwort auf die Frage nach der Gerechtigkeit steht (IV.), nicht übersehen werden. Doch auch damit ist das Gesamtspektrum seines Werkes noch längst nicht vollständig erfaßt; ein knapper Hinweis auf seine nichtjuristischen Studien (V.) beschließt den kursorischen Überblick über Werk und Leben (II.) unseres Autors.

I. Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratietheorie

1. Der österreichische Verfassungsgerichtshof als Wahrer der Verfassung

Nach dem Ende des Ersten Weltkrieges und dem Untergang der österreichisch-ungarischen Doppelmonarchie zog der neue Staatskanzler Renner den seinerzeitigen außerordentlichen Professor der Wiener Universität und vormaligen Referenten im Kriegsministerium Hans Kelsen zur Erarbeitung einer neuen Verfassung für die nunmehrige Republik Österreich heran.¹ Als Konsulent der Staatskanzlei und Berater des Verfassungsausschusses der Nationalversammlung ar-

¹ Vgl. zum folgenden *F. Ermacora*, Österreichs Bundesverfassung und Hans Kelsen, in: Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag, 1971, S. 22 ff.; *ders.*, Die österreichische Bundesverfassung und Hans Kelsen, 1982; *G. Stourzh*, Hans Kelsen, die österreichische Bundesverfassung und die rechtsstaatliche Demokratie, in: Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion, 1982, S. 7 ff.

beitete Kelsen zahlreiche Vorentwürfe aus² „und betreute das Verfassungswerk auch während der politischen und parlamentarischen Verhandlungen“,³ so daß er zwar nicht – wie zuweilen etwas überzogen formuliert wird – als alleiniger „Schöpfer“, wohl aber als wesentlicher „Mitgestalter“⁴ des Bundes-Verfassungsgesetzes von 1920 (BVG) gelten kann. Ganz maßgeblich war er dabei an der Verankerung einer auch zur Kontrolle von Gesetzen befugten eigenständigen Verfassungsgerichtsbarkeit im BVG beteiligt.⁵ Der sich in den Entwürfen, vorläufigen Regelungen und Beratungen sukzessive Bahn brechende Gedanke der Errichtung eines besonderen Gerichtshofes mit der Kompetenz zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen nahm seinen Ausgang – die These vom Föderalismus als einer starken Wurzel der Staatsgerichtsbarkeit⁶ bestätigend – bei der Suche nach Garantien gegen bundesstaatswidrige Landesgesetze.⁷ Doch bezog man in einem zweiten (theoretisch wie politisch schwierigen) Schritt konsequenterweise die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit

² Dazu G. Schmitz, Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung 1981.

³ R. Walter/C. Jabloner, Hans Kelsen (1881-1973). Leben-Werk-Wirkung, in: M. Lutter (Hrsg.), Der Einfluß deutschsprachiger Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland (im Erscheinen; im folgenden wird nach dem Manuskript zitiert), Ms. S. 2.

⁴ Stourzh (Fn. 1), S. 7; Walter/Jabloner (Fn. 3), S. 2.

⁵ Vgl. Ermacora, Die österreichische Bundesverfassung (Fn. 1), S. 75; Schmitz (Fn. 2), S. 290 ff.; Stourzh (Fn. 1), S. 10 ff., 24 ff.

⁶ Vgl. K. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 2. Aufl. 1991, Rn. 462; W. Löwer, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 1987, § 56 Rn. 3, 27; J. Isensee, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 1990, § 98 Rn. 243 (alle m.w.N.).

⁷ Vorkehrungen in dieser Hinsicht kannte etwa die Weimarer Republik. Wichtig und kennzeichnend ist aber, daß die allein als Konsequenz des Prinzips „Reichsrecht bricht Landesrecht“ verstandene Überprüfungsmöglichkeit von Landesrecht auf seine Vereinbarkeit mit Reichsrecht gemäß Art. 13 II der Weimarer Reichsverfassung nicht etwa auch die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen umfaßte (G. Anschütz, Kommentar zur Weimarer Reichsverfassung, 14. Aufl. 1933, Anm. 7 zu Art. 13 WRV).

von Bundesgesetzen mit ein⁸ und trug so neben der Suprematie des Bundesstaats über die einzelnen Länder (föderale Hierarchie) dem Vorrang der Verfassung im Verhältnis zu Landes- und Bundesgesetzen (Normenhierarchie) Rechnung.⁹ Durch die Kompetenz zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Bundes- und Landesgesetzen sowie Verordnungen sollte der „Verfassungsgerichtshof“¹⁰, wie er im 8. Abschnitt des BVG (neben dem Verwaltungsgerichtshof und bezeichnenderweise unter der Rubrik „Von den Garantien der Verfassung und Verwaltung“ stehend) titulierte wurde, den Worten Kelsens im Verfassungsausschuß der Nationalversammlung zufolge ein „objektiver Wahrer der Verfassung“¹¹ werden.¹²

⁸ Zu den Handlungsanteilen der Beteiligten (Kelsen, Renner, vor allem auch Landespolitiker) detailliert *Stourzh* (Fn. 1), S. 11 f., 27 f. und *H. Haller*, Die Prüfung von Gesetzen, 1979, S. 30 ff., 45 ff., 68 ff. (dort S. 8 ff., 18 ff., 25 ff. auch zu den früheren Konzepten von Mohl, Eötvös, Jellinek und Jacques). Zu den Entwürfen hinsichtlich der Gesetzesanfechtung siehe *Ermacora*, Die österreichische Bundesverfassung (Fn. 1), S. 458 ff.

⁹ Klare Formulierung des Gedankens von der Überordnung der Verfassung gegenüber dem Gesetz: *Federalist Papers No. 78 (Hamilton)*, in der Ausgabe von J. E. Cooke (*The Federalist*, 1961), S. 521 ff. (524 ff.); zum Problem *R. Wahl*, Der Vorrang der Verfassung, in: *Der Staat* 20 (1981), S. 485 ff.; *E. Denninger*, Verfassung und Gesetz, in: *KritV* 1986, S. 291 ff.

¹⁰ Die Verwendung dieses Terminus geht laut *Stourzh* (Fn. 1), S. 11 nachweislich auf Renner zurück (vgl. auch *G. Jellinek*, Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich, 1885). In ihm wurzelt zudem die heute geläufige Rede von der „Verfassungsgerichtsbarkeit“, die die ältere Bezeichnung „Staatsgerichtsbarkeit“ abgelöst hat: vgl. *H. Triepel*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, *VVDStRL* 5 (1929), S. 2 ff. (4); *Schlaich* (Fn. 6), Rn. 10.

¹¹ Vgl. *Stourzh* (Fn. 1), S. 27 mit dem zusätzlichen treffenden Hinweis, daß auf diesem Hintergrund Kelsens Stellungnahme gegen die Schrift von *Carl Schmitt* über den „Hüter der Verfassung“ gelesen werden muß (*Kelsen*, Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, in: *Die Justiz* 6 [1930/31], S. 576 ff.).

¹² Theoretische Vertiefung hat Idee und Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit dann in *Kelsens* Staatsrechtslehrevortrag (*VVDStRL* 5 [1929], S. 30 ff.) über „Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit“ gefunden (dort ist S. 81 f. ausdrücklich betont, daß erst mit der Institution eines Verfassungsgerichts die politische Idee des Bundesstaats vollendet wird; vgl.

Die allgemeine Gesetzeskontrollkompetenz des dafür eigens geschaffenen Österreichischen Verfassungsgerichtshofes markierte ungeachtet ihrer relativ restriktiven Ausgestaltung¹³ nach den dem Rechtsfrieden dienenden Institutionen des Alten Reiches (Reichskammergericht, Reichshofrat, Austrägalgerichtsbarkeit)¹⁴ und der mehr ideellen, praktisch kaum zum Tragen kommenden Grundlegung des Organstreites im dualen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts¹⁵

Löwer [Fn. 6], § 56 Rn. 28; zum Verfassungsbedarf und damit zum Verfassungsgerichtsbedarf des Bundesstaats auch *Isensee* [Fn. 6], § 98 Rn. 243). Erst hier hat Kelsen dann auch die verfassungsgerichtliche Kontrolle auf leicht einsehbare Weise mit der Lehre vom „Stufenbau der Rechtsordnung“ in Verbindung gebracht (VVDStRL 5 [1929], S. 30 ff.): Wenn die Übereinstimmung der rangniederen mit der ranghöheren Norm einer rechtlichen Prüfung zugänglich ist, gibt es keinen Grund, hiervon die Normen auf Gesetzesebene auszunehmen; vgl. *K. Korinek*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, in: C. Starck/A. Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I, 1986, S. 149 ff. (152 f.). – Vgl. auch die Bemerkung *Kelsens*, daß die Verfassung ohne verfassungsgerichtliche Kontrolle Gefahr liefe, zur „lex imperfecta“ zu werden (Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl. 1929, S. 75).

¹³ Die Gesetzeskontrolle war ursprünglich nur als „abstrakte“ zugelassen und die Antragsberechtigung auf die Regierungen von Bund und Ländern beschränkt (vgl. *E. Melichar*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, in: H. Mosler [Hrsg.], Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, 1962, S. 439 ff.). – Kelsen hatte eher an einen Bundesanwalt gedacht, der von Amts wegen die Verfassungsmäßigkeit von Bundes- und Landesgesetzen zu prüfen hätte; vgl. *Stourzh* (Fn. 1), S. 27. Später wurden die Kontrollmöglichkeiten erweitert (vgl. *Korinek*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich [Fn. 12], S. 165 f.); zum aktuellen Stand *R. Walter/H. Mayer*, Grundriß des österreichischen Verfassungsrechts, 7. Aufl. 1992, Rn. 1151 ff.

¹⁴ Vgl. die umfangreichen, in manchen Punkten differierenden Darlegungen von *U. Scheuner*, Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert, in: Festgabe Bundesverfassungsgericht, Bd. I, 1976, S. 1 ff. und *R. Hoke*, Verfassungsgerichtsbarkeit in den deutschen Ländern in der Tradition der deutschen Staatsgerichtsbarkeit, in: C. Starck/K. Stern (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Bd. 1, 1983, S. 25 ff.; konzentrierter Überblick bei *G. Robbers*, Die historische Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: JuS 1990, S. 257 ff.

¹⁵ Transparente Darstellung bei *Schlaich* (Fn. 6), Rn. 75 ff., 463 m.w.N., s. auch *Löwer* (Fn. 6), Rn. 3; *R. Wahl*, Die Entwicklung des deutschen Ver-

eine dritte, neue Etappe in der Entwicklung europäischer Verfassungsgerichtsbarkeit,¹⁶ die sich in Parallele zur Verwaltungsgerichtsbarkeit funktionell als „Gesetzgebungsgerichtsbarkeit“¹⁷ bezeichnen läßt und im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland besonders intensiv ausgestaltet worden ist.¹⁸

fassungsstaates bis 1866, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 1987, § 1 Rn. 32 ff., 35 ff.

¹⁶ Nach *B.-O. Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 100 kann man die Verfassungsgerichtsbarkeit i.e.S. „mit der österreichischen Verfassung von 1920 beginnen lassen, wenn man sich vor allem auf die Kontrolle des Gesetzgebers konzentriert“; S. 101 spricht *Bryde* ausdrücklich von der „Modellfunktion der auf einem Entwurf Kelsens beruhenden österreichischen Lösung“; vgl. auch *Robbers* (Fn. 14), S. 260: „Schrittmacherrolle“ (so bereits *P. Häberle*, Vorwort, in: ders. [Hrsg.], Verfassungsgerichtsbarkeit, 1976, S. XIV). – Zur Modellverfassung der Paulskirche, die die Normenkontrolle ebenfalls nicht kannte, vgl. *H. J. Faller*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Frankfurter Reichsverfassung vom 28. März 1849, in: Festschrift für Willi Geiger, 1974, S. 827 ff. – Die Weimarer Staatsrechtslehre sprach sich ganz überwiegend gegen die Institutionalisierung einer besonderen Verfassungsgerichtsbarkeit aus, die über die (rudimentären) Kompetenzen von Reichsgericht und Staatsgerichtshof (Verfassungsstreitigkeiten innerhalb der Länder, föderative Konflikte, Ministeranklagen sowie die Kontrolle reichsrechtswidrigen Landesrechts) hinausging (vgl. *Hoke* [Fn. 14], S. 80 ff.); ausführlich *H. Wendenburg*, Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik, 1984.

¹⁷ So *Schlaich* (Fn. 6), Rn. 5. – *René Marcic* hat später in der Verfassungsgerichtsbarkeit den eigentlichen Sinn der Reinen Rechtslehre erkennen wollen (Verfassungsgerichtsbarkeit und Reine Rechtslehre. Hans Kelsen zum 85. Geburtstag, 1966; Verfassungsgerichtsbarkeit als Sinn der Reinen Rechtslehre, in: Die moderne Demokratie und ihr Recht. Festschrift für Gerhard Leibholz, Bd. II, 1966, S. 481 ff.).

¹⁸ Hier gibt es zahlreiche Wege, ein Gesetz der Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht zu unterwerfen: Organstreit, abstrakte Normenkontrolle, Bund-Länder-Streit, Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 GG) sowie die konkrete Normenkontrolle (Art. 100 Abs. 1 GG).

2. Idee, Funktion und Bestand der Demokratie

Angesichts der krisenhaften Entwicklung Europas in der Zeit nach dem Ersten Weltkrieg und der allerorten zu beobachtenden Schwächung der noch jungen Demokratien durch reaktionäre wie revolutionäre Kräfte kann nicht verwundern, daß Kelsen, der „ja nicht nur Gelehrter und Theoretiker, sondern politisch engagierter Mensch, aufrechter Demokrat“¹⁹ war, sich mit theoretischen Grundlagen, praktischen Leistungen und Bestandsvoraussetzungen jener Staatsform befaßt und eine dezidiert wertrelativistische Demokratietheorie entwickelt hat.²⁰

Für Kelsen beruht die Demokratie auf der Idee der Freiheit des Einzelnen, hat diese zu wahren und ihr zu dienen. Freiheit wiederum bedeutet im Kern Autonomie, Selbstbestimmung und Selbstgesetzgebung.²¹ Nun fällt ihm nicht schwer zu zeigen, daß wegen der Komplizierung der sozialen Verhältnisse, der Vorteile arbeitsteiliger Organisation und der Notwendigkeit gesamtgesellschaftlicher Einheitsbildung in einer Abfolge mehrerer gedanklicher Metamorphosen aus dem utopischen und im Grunde a-staatlichen Ideal absoluter Selbstbestimmung die realistische und realisierbare Form der Mehrheitsherrschaft gewählter parlamentarischer Repräsentanten wird. Die anarchische Freiheit *von* jeder Ordnung

¹⁹ J. H. Herz, *Vom Überleben*, 1984, S. 99.

²⁰ Die bedeutendste und bekannteste Schrift ist: „Vom Wesen und Wert der Demokratie“, 1920 als Aufsatz im *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* (Bd. 47, S. 50 ff.) und als selbständige Veröffentlichung bei J. C. B. Mohr erschienen; dort publizierte Kelsen 1929 auch die 2., erweiterte Auflage, nach der im folgenden zitiert wird. – Eine gegenüber dieser 2. Auflage im Umfang nochmals erheblich vermehrte, in vielem präzisierende, die Kontrastierung von Liberalismus und Demokratie zurücknehmende Version seiner Demokratietheorie bietet der Aufsatz „Foundations of Democracy“, in: *Ethics* 66 (1955), S. 1-101. Speziell dazu ausführlicher H. Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 2. Aufl. 1990, S. 262 ff.

²¹ Vgl. zum folgenden Kelsen, *Wesen und Wert* (Fn. 12), S. 3 ff. und die ausführlichere Darstellung und Diskussion bei H. Dreier (Fn. 20), S. 251 ff.; eingehend auch H. Boldt (*Demokratietheorie zwischen Rousseau und Schumpeter*, in: M. Kaase [Hrsg.], *Politische Wissenschaft und politische Ordnung. FS Rudolf Wildenmann*, 1986, S. 217 ff.), der Kelsens Abhandlung als „eine der großen Demokratiebegründungsschriften überhaupt“ bezeichnet (S. 217).

wandelt sich zur stets beschränkten Freiheit *im* Staat, aus der individuellen Autonomie wird eine Form kollektiver Selbstbestimmung, die indes durch ihren steten Bezug auf den Mehrheitswillen die „Qual der Heteronomie“²² zu lindern geeignet ist, weil zumindest die (jeweilige) Mehrheit in Übereinstimmung mit dem eigenen Willen leben kann.²³ Anders als Carl Schmitt, der Demokratie als Identität von Regierenden und Regierten bestimmt,²⁴ den Parlamentarismus seiner geistigen Substanz beraubt sieht und in Akklamationen den höchsten und klarsten Ausdruck demokratischer Staatlichkeit,²⁵ in der Repräsentation hingegen gerade ein nichtdemokratisches Element erblickt,²⁶ akzeptiert Kelsen den komplizierten, vielschichtigen und ohne politische Parteien undenkbaren Vermittlungsprozeß demokratisch-parlamentarischer Repräsentation und Entscheidungsfindung,²⁷ ja ist für ihn der Parlamentarismus die „einzige reale Form ... , in der die Idee der Demokratie innerhalb der sozialen Wirklichkeit von heute erfüllt werden kann.“²⁸ Der in nicht diskreditierender Absicht als ‚Fiktion‘ gedeuteten Idee der Repräsentation²⁹ spricht er das Verdienst des politischen Ausgleichs und sogar der Mäßigung des Demokratiegedankens zu, weil gerade im parla-

²² Kelsen, *Wesen und Wert* (Fn. 12), S. 3; *ders.*, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 321.

²³ „Politisch frei ist, wer zwar untertan, aber nur seinem eigenen, keinem fremden Willen untertan ist.“ (Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* [Fn. 22], S. 321).

²⁴ C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, S. 234 ff.

²⁵ C. Schmitt, *Volksentscheid und Volksbegehren*, 1927, S. 34; vgl. *ders.*, *Verfassungslehre* (Fn. 24), S. 243 f.

²⁶ Eine „kraftvolle Repräsentation“ kann sich Schmitt (*Verfassungslehre* [Fn. 24], S. 315) nur *gegen* das Parlament vorstellen; vgl. ferner ebd., S. 204 ff., 214 f., 218; zur Disjunktion von Demokratie und Repräsentation (der Terminus „demokratische Repräsentation“ erscheint bei ihm nicht!) genauer H. Hofmann, *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, 1964, S. 150 ff.; R. Mehring, *Carl Schmitt zur Einführung*, 1992, S. 77 ff. m.w.N.

²⁷ Dazu umfassender H. Hofmann/H. Dreier, *Repräsentation, Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz*, in: H.-P. Schneider/W. Zeh (Hrsg.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, 1989, § 5 Rn. 16 ff., 21 ff.

²⁸ Kelsen, *Wesen und Wert* (Fn. 12), S. 27; s. auch *ders.*, *Das Problem des Parlamentarismus*, 1925, S. 5.

²⁹ Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (Fn. 22), S. 314 ff.

mentarischen Geschehen der Kompromißcharakter der Demokratie und mit ihm die Vermittlung unterschiedlicher (eben auch minoritärer) Interessen, Standpunkte und Werthaltungen zur Geltung gelange.³⁰ Gleichwohl komme den Entscheidungen demokratischer, auf einem offenen und pluralen politischen Willensbildungsprozeß beruhender Mehrheitsherrschaft nicht automatisch ein höheres Maß an Vernünftigkeit oder Wahrheit zu. Sie werden unter ausdrücklichem Verzicht auf substantielle Vorgaben oder eine unverbrüchliche Idee von Recht und Staat ganz nüchtern als allemal kontingentes, fehleranfälliges Menschenwerk gefaßt. Alles andere „hieß an ein Gottesgnadentum des Volkes glauben, eine Zumutung, ebenso unmöglich wie jene, die das Gottesgnadentum eines Fürsten proklamiert.“³¹ Mehrheit und Wahrheit können auseinanderfallen; da aber für Kelsen Wahrheit keine objektiv bestimmbare Größe ist, gibt es zum Majoritätsprinzip keine Alternative. Gerade deswegen ist in der Minderheitenposition nicht etwa ein Irrtum, sondern nur die temporär unterlegene, morgen vielleicht bereits die Mehrheit für sich gewinnende Anschauung zu sehen. Dies erklärt die hohe Bedeutung des Revisibilitätsgrundsatzes für das demokratische Mehrheitsprinzip.³² Das Gute, Wahre, Richtige, das Gemeinwohl vor allem steht nicht a priori fest, ist nicht vor-, sondern dem auf Freiheit und Gleichheit gegründeten offenen Prozeß politischer Willensbildung aufgegeben.³³ Demokratie stellt sich so als politische Koexistenzordnung auf der Basis eines akzeptierten Glaubens- und Interessenpluralismus dar. Für Kelsen ist deswegen ein bewußter Wertrelativis-

³⁰ Vgl. insbesondere *Kelsen*, *Wesen und Wert* (Fn. 12), S. 57.

³¹ *Kelsen*, *Wesen und Wert* (Fn. 12), S. 99.

³² Vgl. *H. Hofmann*, *Legitimität und Rechtsgeltung*, 1977, S. 87 ff.; *W. Heun*, *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie*, 1985, S. 194 ff., 222 ff.; *H. Dreier*, *Das Majoritätsprinzip im demokratischen Verfassungsstaat*, in: *Zparl.* 1986, S. 94 ff. (107 f., 116 ff.).

³³ Auch das Grundgesetz geht davon aus, daß sich erst aus dem Zusammenspiel des Wollens und Wirkens der Staatsbürger mit ihren konkreten Meinungen und Interessen der verbindliche „Volkswille“ ergibt; vgl. statt aller *P. Badura*, *Die parlamentarische Demokratie*, in: *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. I, 1987, § 23 Rn. 9 und *Hofmann/Dreier* (Fn. 27), Rn. 17, 18, 24.

mus diejenige geistige Grundhaltung,³⁴ die die Akzeptanz der auf diese Weise nicht lediglich als „Machtplus“ (*G. Simmel*) erlebten demokratischen Mehrheitsentscheidungen auch für die Unterlegenen ermöglicht: „Wer absolute Wahrheit und absolute Werte menschlicher Erkenntnis für verschlossen hält, muß nicht nur die eigene, muß auch die fremde, gegenteilige Meinung zumindest für möglich halten. Darum ist der *Relativismus* die Weltanschauung, die der *demokratische Gedanke* voraussetzt.“³⁵ Hinter diesem metaphysikfreien, wahrheitsabstinenten Wertrelativismus verbirgt sich nicht etwa Schwäche oder laue Unentschiedenheit; er ist vielmehr Ausdruck der Stärke, sich offen dem „Faktum des Pluralismus“ (*J. Rawls*) als dem herausragenden Phänomen der Moderne zu stellen.³⁶

Ohne Glauben an substantielle präeminente Werte, ohne eine als objektiv gültig unterstellte unverbrüchliche Idee von Staat und Recht, ohne die Hypostasierung einer von den Individuen losgelösten staatlichen Einheit läßt sich Demokratie nur

³⁴ Zur Kritik an Kelsens Verknüpfung von demokratischer Grundhaltung und ethischem Wertrelativismus vgl. *P. Koller*, Zu einigen Problemen der Rechtfertigung der Demokratie, in: W. Krawietz/E. Topitsch/P. Koller (Hrsg.), *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1982, S. 319 ff., *M. Prisching*, Hans Kelsen und Carl Schmitt. Zur Konfrontation zweier staats-theoretischer Modelle, in: O. Weinberger/W. Krawietz (Hrsg.), *Die Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker*, 1988, S. 78 ff. (113 ff.).

³⁵ *Kelsen*, *Wesen und Wert* (Fn. 12), S. 101 Hv. i. O.). Am Schluß seiner Abhandlung erzählt Kelsen die Geschichte aus dem Johannes-Evangelium, derzufolge der römische Statthalter Pontius Pilatus darüber habe abstimmen lassen, welchen Gefangenen er dem Herkommen gemäß am Osterfest freigegeben solle, woraufhin sich das Volk gegen Jesus und für den Räuber Barabas entschieden habe. „Vielleicht wird man,“ so schließt der Text (S. 104), „werden die Gläubigen, die politisch Gläubigen einwenden, daß gerade dieses Beispiel eher gegen als für die Demokratie spreche. Und diesen Einwand muß man gelten lassen; freilich nur unter einer Bedingung: Wenn die Gläubigen ihrer politischen Wahrheit, die, wenn nötig, auch mit blutiger Gewalt durchgesetzt werden muß, so gewiß sind wie – der Sohn Gottes.“ Eine antiparlamentarische Stoßrichtung verleiht der biblischen Episode *Carl Schmitt*, *Politische Theologie*, 2. Aufl. 1934, S. 78.

³⁶ Vgl. auch *K. Lenk*, Freiheit und Kompromißbildung: Zum Demokratieprinzip Hans Kelsens, in: H. Münkler (Hrsg.), *Die Chancen der Freiheit. Grundprobleme der Demokratie*, 1992, S. 114 ff.

auf den Mechanismus einer in Freiheit getroffenen Mehrheitsentscheidung und den ihr vorausgegangenen pluralen, offenen Kampf der Meinungen und individuellen Wertpräferenzen stützen. Ihrer freiwilligen Selbtpreisgabe vermag sie nichts entgegenzusetzen.³⁷

Es ist, wie Kelsen mit bedauerndem Unterton vermerkt, eben das „paradoxe Vorrecht, das die Demokratie gegenüber der Autokratie hat“³⁸, sich selbst abzuschaffen.³⁹ Zwar hat Kelsen, wichtig genug, die Förderung der politischen Integration durch den offenen Austrag von Meinungs- und Interessenkonflikten auf der Basis einer egalitären Staatsbürgergesellschaft ausdrücklich betont,⁴⁰ ohne darin indes ein Allheilmittel für eine jedweder Homogenität entbehrende, unheilbar zerklüftete Gesellschaft und deren Bestand zu sehen.⁴¹ Entfallen gewisse politische, soziale und auch geistige Mindestvoraussetzungen, läuft die integrative Kraft demokratischer Prozeduren leer. Die Demokratie erscheint dann, wie Kelsen in einem bewegenden Artikel zur Verteidigung der Demokratie aus dem Jahre 1932 schildert,⁴² als eine Staatsform, der man kalt und gleichgültig gegenübersteht, ja die man überall verlästert und verachtet: Auch in „den Kreisen der Staatsrechtslehrer und Soziologen versteht es sich heute beinahe von selbst,

³⁷ Gleichwohl hat Kelsen bestimmte Realvoraussetzungen funktionierender Demokratie zu benennen versucht; vgl. *H. Dreier* (Fn. 20), S. 271 ff.

³⁸ *Kelsen*, Staatsform und Weltanschauung, 1933, S. 20.

³⁹ Zur Diskussion des schwierigen Problems, dem allein mit dem Hinweis auf die Möglichkeit einer verfassungsrechtlichen Stabilisierung (vgl. Art. 79 Abs. 3 GG) natürlich nicht hinlänglich beizukommen ist, vgl. *H. Dreier* (Fn. 20), S. 269 ff., 283 ff. m.w.N.; sehr instruktiv *Boldt* (Fn. 21), S. 226 ff. (Verhältnis zwischen der Freiheitsidee als geistigem Grund der Demokratie und der Möglichkeit ihrer Eliminierung aufgrund der Methode der Entscheidungsfindung als zentraler Problempunkt).

⁴⁰ *Kelsen*, Wesen und Wert (Fn. 12), S. 66 ff.; *ders.*, Parlamentarismus (Fn. 28), S. 34 f.

⁴¹ Deutlich *Kelsen*, Demokratie (1927), in: H. Klecatsky/R. Marcic/H. Schambeck (Hrsg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule, 2 Bde., 1968, Bd. II, S. 1743 ff. (1771, 1776); vgl. *H. Dreier* (Fn. 20), S. 257 ff.

⁴² *Kelsen*, Verteidigung der Demokratie (1932), in: *ders.*, Demokratie und Sozialismus, hrsgg. v. N. Leser, 1967, S. 60 ff. – ein äußerst lesenswerter Text, von dem hier aus Raumgründen leider keine weiteren Auszüge als der sogleich folgende geboten werden können.

von Demokratie nur mit verächtlichen Worten zu sprechen, gilt als modern, die Diktatur – direkt oder indirekt – als das Morgenrot einer neuen Zeit zu begrüßen.“⁴³ Und nachdem Kelsen, der Vergeblichkeit seines Tuns durchaus bewußt, die Vorwürfe gegen die Demokratie von Links und Rechts widerlegt hat, schließt er seine kleine, mit Pathos und rhetorischem Schwung geschriebene volkspädagogische Abhandlung wie folgt:

„Aber angesichts dieser Situation erhebt sich auch die Frage, ob man es dabei sein Bewenden lassen solle, die Demokratie theoretisch zu verteidigen. Ob die Demokratie sich nicht selbst verteidigen soll, auch gegen das Volk, das sie nicht mehr will, auch gegen eine Majorität, die in nichts anderem einig ist, als in dem Willen, die Demokratie zu zerstören. Diese Frage stellen, heißt schon, sie verneinen. Eine Demokratie, die sich gegen den Willen der Mehrheit zu behaupten, gar mit Gewalt sich zu behaupten versucht, hat aufgehört, Demokratie zu sein. Eine Volksherrschaft kann nicht gegen das Volk bestehen bleiben. Und soll es auch gar nicht versuchen, das heißt, wer für die Demokratie ist, darf sich nicht in den verhängnisvollen Widerspruch verstricken lassen und zur Diktatur greifen, um die Demokratie zu retten. Man muß seiner Fahne treu bleiben, auch wenn das Schiff sinkt; und kann in die Tiefe nur die Hoffnung mitnehmen, daß das Ideal der Freiheit unzerstörbar ist und daß es, je tiefer es gesunken, um so leidenschaftlicher wieder aufleben wird.“⁴⁴

Das sind große, heute geradezu prophetisch anmutende, schicksalsschwere Worte. Welches persönliche Los war ihrem Verfasser beschieden?

II. Lebensstationen

1. Wien: Früher Ruhm und erste Rückschläge

Hans Kelsen wurde am 11. Oktober 1881 in Prag als erster Sohn kleinbürgerlicher, jüdischer Eltern geboren. Im Jahre 1884 siedelte die Familie nach Wien über, wo Kelsen nach eher mittelmäßigen Schulleistungen und entgegen seinen philosophischen, mathematischen und naturwissenschaftlichen Interessen das

⁴³ Kelsen, Verteidigung (Fn. 42), S. 61. Allgemein zur Diskreditierung des Demokratiedenkens nach 1918 K. D. Bracher, *Zeit der Ideologien*, 1985, S. 239 ff., 242 ff.

⁴⁴ Kelsen, Verteidigung (Fn. 42), S. 68.

Studium der Rechtswissenschaft aufnahm und es im Jahre 1906 mit der Promotion zum Doctor juris abschloß.⁴⁵

Bereits 1905 hatte sich der eigenem Bekunden zufolge religiös völlig indifferente Rechtskandidat taufen lassen, um sich eine akademische Karriere nicht zu verbauen; im gleichen Jahr war sein erstes Buch erschienen.⁴⁶ 1911 habilitierte sich Kelsen an der Wiener Juristischen Fakultät mit seiner Schrift über „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“⁴⁷, die in den schon rückblickenden Worten ihres Autors den Ansatz für eine später umfassender erarbeitete „Revision der methodologischen Grundlagen der Staatsrechtslehre“⁴⁸ darstellte.

Den Ersten Weltkrieg erlebte der nach einer Lungenentzündung für frontuntauglich erklärte Oberleutnant der Reserve in verschiedenen Funktionen der Militärverwaltung und der Militärjustiz, 1917 sogar als persönlicher Referent des Kriegsministers und Generals der Infanterie Stöger-Steiner. Die Zeit nach dem Ende von Krieg und Monarchie forderte den 1918 zum außerordentlichen, 1919 als Nachfolger von Edmund Bernatzik zum ordentlichen Professor der Wiener Juristenfakultät Ernannten⁴⁹ als Verfassungspraktiker.⁵⁰ In Würdigung seiner bedeutenden Rolle bei der Schaffung der neuen österreichischen Verfassung des

⁴⁵ Vgl. hierzu und zum folgenden die sehr ausführliche Darstellung bei *R. A. Métaill*, Hans Kelsen. Leben und Werk, 1969, S. 1 ff.

⁴⁶ Die Staatslehre des Dante Alighieri (= Wiener rechtswissenschaftliche Studien, Sechster Band, Drittes Heft), 1905. Obwohl man diese Schrift wohl kaum als ersten Beitrag zur „Reinen Rechtslehre“ wird ansehen können, kündigt sich in dem Interesse für das universalistische Konzept Dantes doch bereits der künftige Weltrechtler Kelsen an. – Zusammenfassende Darstellung seiner völkerrechtlichen Lehren: *Kelsen*, Principles of International Law, 1952; vgl. auch das Werk seines Schülers *A. Verdroß*, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung, 1923.

⁴⁷ Der volle Titel: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 1911; eine 2., um eine Vorrede vermehrte Auflage erschien 1923.

⁴⁸ *Kelsen*, Hauptprobleme, 2. Aufl. (Fn. 47), S. V.

⁴⁹ Dazu *R. Walter*, Die Lehre des Verfassungs- und Verwaltungsrechts an der Universität Wien von 1810-1938, in: JBl. 1988, S. 609 ff. (621).

⁵⁰ Vgl. oben S. 1 f.

Bundes-Verfassungsgesetzes von 1920, wird Kelsen 1921 „auf Lebensdauer“ als Richter des Verfassungsgerichtshofes bestellt.⁵¹

Indes währte diese neben seinem Professorenamt ausgeübte Tätigkeit nur bis zum Jahre 1930. Denn der Verfassungsgerichtshof geriet im Laufe der zwanziger Jahre in eine gewisse Spannungslage zur mittlerweile dominierenden Christlichsozialen Partei. Zum Kulminationspunkt entwickelte sich dann die von klerikaler wie konservativ-politischer Seite vorgetragene und auch in der Presse ausgebreitete Kritik an der in ihrem Effekt „liberalen“, scheidungsfreundlichen Rechtsprechung des Gerichtshofes in der heiklen Frage der sog. Dispensehen.⁵² Die gegen den Verfassungsgerichtshof im allgemeinen, Kelsen im besonderen gerichtete und von antisemitischen Tönen nicht freie Kampagne⁵³ führte schließlich zu einem unter der Flagge der „Entpolitisierung“ segelnden verfassungsändernden Reformgesetz von 1929, durch das alle Richter ihres Amtes enthoben wurden. Vergeblich versuchte die Sozialdemokratie, die aus parteitaktischen Gründen der Verfassungsänderung zugestimmt hatte, den enttäuschten Kelsen für die Neubesetzung zu gewinnen.

Auch an der Universität, an der das mittlerweile weit über die Landesgrenzen hinaus bekannte, aber stets heftig umstrittene Haupt der sog. „Wiener (rechts-

⁵¹ Zugleich war Kelsen, was seine herausgehobene Stellung unterstreicht, einer der sog. „ständigen Referenten“ des Gerichtshofes: vgl. *Métall* (Fn. 45), S. 48.

⁵² Genauer ging es um die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes, den ordentlichen Gerichten fehle die Kompetenz, von den Verwaltungsbehörden erteile Ehedispense, die das Eingehen einer Zweitehe ungeachtet des im katholischen Österreich geltenden Prinzips der Unscheidbarkeit der (ersten) Ehe ermöglichen, für ungültig und damit auch die Zweitehe für aufgelöst zu erklären. Nicht zuletzt wegen der Hintergründe lesenswert die detaillierte Beschreibung von *Métall* (Fn. 45), S. 49 ff.; zu der im engeren Sinn juristischen Diskussion jener Zeit um die Bindung der ordentlichen Gerichte an die behördlichen Verfügungen vgl. Nachweise bei *R. Walter*, Hans Kelsens Emigration aus Österreich im Jahre 1930, in: F. Stadler (Hrsg.), *Vertriebene Vernunft II. Emigration und Exil österreichischer Wissenschaft*, 1988, S. 463 ff. (470 Fn. 15).

⁵³ *Métall* (Fn. 45), S. 54.

theoretischen) Schule“ einen illustren Schülerkreis⁵⁴ um sich versammelt hatte, spitzten sich die Konflikte mit einigen Fakultätskollegen weit über das übliche Maß wissenschaftlicher Kontroversen und persönlicher Eitelkeiten hinaus zu.⁵⁵ Angesichts derartig unerquicklicher Zustände und vermutlich im Bewußtsein, sich außerhalb Österreichs höherer Wertschätzung zu erfreuen, folgte Kelsen einem Ruf nach Köln.⁵⁶

⁵⁴ Als Schüler der „ersten Generation“ sind vor allem Adolf Merkl und Alfred Verdross anzusprechen (vgl. Die Wiener Rechtstheoretische Schule [Fn. 41]). Zu „Schüler-Schülern“ s. *Walter/Jablonek* (Fn. 3), Ms. S. 3 f. – Als „Schwesterschule“ gilt die sog. „Brünner Schule“ (oder „Normative Theorie“) um Franz Weyr (vgl. den von V. Kubeš und O. Weinberger hrsgg. Band: Die Brünner rechtstheoretische Schule, 1980).

⁵⁵ Vgl. *Métall* (Fn. 45), S. 56. Zwei seiner Fakultätskollegen hatten seine Theorie heftig angegriffen (*A. Hold-Ferneck*, Der Staat als Übermensch, zugleich eine Auseinandersetzung mit der Rechtslehre Hans Kelsens, 1926; *E. Schwind*, Grundlagen und Grundfragen des Rechts, 1928). Die Schärfe und persönliche Färbung der Auseinandersetzung läßt sich auch an Kelsens voll beißender Ironie steckenden „Erwiderungen“, in denen er sein polemisches Talent gezielt ausspielt, ablesen (Der Staat als Übermensch, 1926; Rechtsgechichte gegen Rechtsphilosophie?, 1928).

⁵⁶ Auch dort fehlte es, obwohl seine Berufung von Anbeginn durch den Vorsitzenden des Kuratoriums der Universität und Oberbürgermeister der Stadt, Dr. Konrad Adenauer, unterstützt worden war, nicht an dissonanter publizistischer Begleitmusik. In der dem katholischen Zentrum nahestehenden „Kölnischen Zeitung“ vom 14. Juli 1930 hieß es auf S. 1 unter der Überschrift „Wissenschaft und Charakter“ nach einem Loblied auf die Leistungen des Katholizismus: „Aber ist es da nicht unverständlich und wirkt es nicht befremdend, wenn man jetzt hört, daß Oberbürgermeister Dr. Adenauer für die in diesen Tagen erfolgte Berufung von Kelsen (Wien) sich tatkräftig eingesetzt habe? Ist dem Oberbürgermeister nicht bekannt, daß die Universität Köln bereits mit Dozenten jüdischen Bekenntnisses überbesetzt ist; eine Tatsache, die auch in Professorenkreisen aus sachlichen Gründen starken Widerspruch findet.“ Zur langen Vorgeschichte von Kelsens Berufung vgl. *B. Heimbüchel*, Die neue Universität. Selbstverständnis – Idee und Verwirklichung, in: *ders./K. Pabst*, Kölner Universitätsgeschichte, Bd. II: Das 19. und 20. Jahrhundert, 1988, S. 453 ff. – Wichtige Literaturhinweise für Kelsens Kölner Zeit verdanke ich dem Beitrag von *B. Rüthers*, Universität im Umbruch. Hans Kelsen und Carl Schmitt in Köln 1933, in: *AnwBl.* 1990, S. 490 ff.

2. Köln: Ein Zwischenaufenthalt

„Bei seiner ersten Vorlesung sahen wir einen eher kleinen, zierlichen und gut gebauten Mann, ungewöhnlich elegant wirkend im dunkelblauen Anzug, auf dem Katheder, der keinen Versuch unternahm, anders als durch die Mittel klaren Denkens auf sein Auditorium einzuwirken. Er las ab, erlaubte sich keine Improvisation, skandierte und akzentuierte den Kollegtext ganz nach der reinen Sinnbedeutung, schien fremd unter uns, kaum ansprechbar. Das änderte sich unmittelbar, wenn man mit ihm zusammentraf. Da war er herzlich, offen, teilnehmend, neugierig auf Menschen, stets auf der Suche nach neuen Anhängern und künftigen Aposteln für sein Denksystem der Reinen Rechtslehre. (...) Schmitt brillierte als Formulierer, Kelsen war ein Denker. Mit ihm mußte man sich ganz einlassen, oder auch gar nicht. Was sich die meisten seiner juristischen Fachkollegen gesagt sein ließen: insoweit, als sie einer ernsthaften Auseinandersetzung mit Kelsens Reiner Rechtslehre aus dem Wege gingen. Statt aller Auseinandersetzung hielt man sich an Floskeln der höflichen Ablehnung, die weitergereicht wurden an die Studenten, denen man alle Beschäftigung mit dem Denken des schrulligen, zwar scharfsinnigen, doch offenbar weltfremden Österreichers widerriet. (...) Dieser Professor kannte seinen Rang: Er brauchte nicht aufzutrumpfen. Außerdem war er skeptisch geblieben sogar gegenüber den eigenen Resultaten. Mir vertraute er einmal, unsicher lächelnd, den Herzenswunsch an: unter angenommenen Namen ein Buch zu schreiben gegen Kelsen und seine Reine Rechtslehre. Er sei doch der einzige, der sie kenne, die schwachen Stellen.“⁵⁷

Ausweislich dieses schönen Denkmals, das der Germanist und damalige Jura-
student Hans Mayer ihm in seinen Lebenserinnerungen gesetzt hat, verfehlte
Kelsen seine Wirkung in Köln nicht.⁵⁸ Doch währte seine Zeit in Deutschland
nicht lange. Nach der Ernennung zum Ordinarius für Öffentliches Recht, Allge-
meine Staatslehre und Rechtsphilosophie im August 1930, der baldigen Über-
siedlung nach Köln-Marienburg, der Aufnahme der Lehrstuhlgeschäfte und des

⁵⁷ Hans Mayer, *Ein Deutscher auf Widerruf. Erinnerungen I*, 1982, S. 148-150.

⁵⁸ Vgl. auch Herz (Fn. 19), S. 97 ff.

Vorlesungsbetriebes sowie der Übernahme des Dekansamtes im Wintersemester 1932/33 erfolgte am 13. April 1933 die Beurlaubung,⁵⁹ von der Kelsen aus der Zeitung erfuhr.⁶⁰

Daß er als demokratischer Rechtspositivist jüdischer Abstammung mit einer gewissen Affinität zur Sozialdemokratie nicht in Deutschland würde bleiben können, war ihm klar. Eine zusätzlich bittere Note verlieh dem Vorgang, daß Carl Schmitt, dessen Berufung nach Köln als Nachfolger des verstorbenen Fritz Stier-Somló ungeachtet der gravierenden wissenschaftlichen und weltanschaulichen Differenzen Kelsen ausdrücklich zugestimmt hatte,⁶¹ als einziger Professor der Rechtsfakultät ein vom neuen Dekan, Hans Carl Nipperdey, verfaßtes und per-

⁵⁹ Das genaue Datum bei *H.-J. Becker*, 600 Jahre Rechtswissenschaft in Köln, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, S. 3 ff. (22). – Zum folgenden vgl. *B. Limperg*, Personelle Veränderungen in der Staatsrechtslehre und ihre neue Situation nach der Machtergreifung, in: E.-W. Böckenförde (Hrsg.), Staatsrecht und Staatsrechtlehre im Dritten Reich, 1985, S. 44 ff. (52); *F. Golczewski*, Kölner Universitätslehrer und der Nationalsozialismus, 1988, S. 114 ff., 448; *H. Göppinger*, Juristen jüdischer Abstammung im „Dritten Reich“. Entrechtung und Verfolgung, 2. Aufl. 1990, S. 293 f.

⁶⁰ *Métall* (Fn. 45), S. 60; *Golczewski* (Fn. 59), S. 117. – Die endgültige Versetzung in den Ruhestand erfolgte am 11. September 1933 mit Wirkung zum 1. Januar 1934 (*Rüthers* [Fn. 56], S. 492). Rechtsgrundlage war § 3 des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums v. 7. April 1933 (RGBl. I S. 175; teilweise abgedruckt bei I. v. Münch/U. Brodersen [Hrsg.], Gesetze des NS-Staates, 2. Aufl. 1982, S. 29 ff.) über die Entlassung „nichtarischer“ Beamter. Um die Ruhestandsbezüge entspann sich ein längerer Streit zwischen der Kölner Universität, dem Berliner Ministerium und dem in Genf weilenden Kelsen, worüber im Detail *Golczewski* (Fn. 59), S. 118 ff. berichtet. Kelsen war aufgrund der Annahme der Professur in Köln deutscher Staatsbürger geworden und hatte Deutschland mit einer formellen Ausreisebewilligung verlassen (*Métall* [Fn. 45], S. 58, 62). Seinerzeit blieb der Kampf um die Pension vergeblich.

⁶¹ Vgl. *Becker* (Fn. 59), S. 22, *Heimbüchel* (Fn. 56), S. 460; *Rüthers* (Fn. 56), S. 491. – *J. W. Bendersky*, Carl Schmitt. Theorist for the Reich, Princeton 1983, S. 189 f. erwähnt „several very cordial letters of encouragement from Schmitt’s traditional liberal opponent Hans Kelsen to convince Schmitt to accept the position“.

sönlich beim Preußischen Ministerium für Wissenschaft, Kunst und Volksbildung in Berlin übergebenes Bittgesuch zugunsten Kelsen⁶² nicht unterschrieb.⁶³

Schmitt „trommelte“⁶⁴ statt dessen bereits für das NS-Regime.⁶⁵ Dem Einsatz der Fakultät für ihren nichtarischen Kollegen blieb der Erfolg versagt. So folgten die Jahre der Emigration.⁶⁶

3. Emigration und später Ruhm

Der Weg führte Kelsen, der das Reich als deutscher Staatsbürger mit ordnungsgemäßer Ausreisebewilligung verlassen hatte, zuerst in das Genfer „Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales“, dann ab 1936 bis 1938 zusätzlich

⁶² Vgl. *Golczewski* (Fn. 59), S. 117 f. – Abdruck der lesenswerten, vom 18. April 1933 datierten Petition, die ein schönes Zeichen der Solidarität setzt (und selbstverständlich ‚national‘ argumentiert), bei *Becker* (Fn. 59), S. 23 ff.

⁶³ *Métall* (Fn. 45), S. 60 f.; *Golczewski* (Fn. 59), S. 117, 302; *Rüthers* (Fn. 56)

⁶⁴ *H. Hofmann*, Art. Schmitt, in: *Staatslexikon der Görres-Gesellschaft*, 7. Aufl., Bd. 4, 1988, Sp. 1052 ff. (1053).

⁶⁵ In einem Artikel über „Das gute Recht der deutschen Revolution“ im „Westdeutschen Beobachter“, einem NS-Blatt, v. 12. Mai 1933 klang das auf S. 1 so: „Die neuen Bestimmungen über Beamte, Ärzte und Anwälte reinigen das öffentliche Leben von nichtarischen fremdgearteten Elementen. Die Neuregelung des Zugangs zu deutschen Schulen und die Einrichtung einer deutschstämmigen Studentenschaft endlich sichern die eigenvölkische Art der kommenden deutschen Geschlechter. Eine neue berufsständische Ordnung wird folgen. In diesen großen und tiefgreifenden, aber gleichzeitig innerlichen und, ich möchte sagen intimen Wachstumsprozeß soll sich kein Fremdgearteter einmischen. *Er stört* uns, auch wenn er es vielleicht gut meint, auf eine schädliche und gefährliche Weise. Wir lernen wieder unterscheiden. Wir lernen vor allem Freund und Feind richtig unterscheiden.“ – Zwar läßt sich weder die Person noch das Werk Carl Schmitts auf die Jahre zwischen 1933 und 1936 reduzieren, doch sind die in diesem Zeitraum publizierten Artikel auch keine *quantité négligeable*. Zum Gesamtwerk nach wie vor maßgeblich *H. Hofmann* (Fn. 26); vgl. auch die Beiträge in: *H. Quaritsch* (Hrsg.), *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt*, 1988, und jüngst *R. Mehring* (Fn. 26).

als Professor für Völkerrecht an die Deutsche Universität in Prag, wo er seinen Vorlesungsverpflichtungen wegen permanenter Störungen „völkischer“ Studenten nur in beschränktem Umfang nachzukommen vermochte. Nach dem Ausbruch des Zweiten Weltkrieges entschloß sich Kelsen zur Emigration in die USA. Im Sommer 1940 erreichte der nunmehr fast 60jährige mit einem tschechischen Paß New York. Für zwei Jahre konnte er als „lecturer“ bzw. „research associate“ an der Law School der Harvard University unterkommen. 1942 wurde er auf Empfehlung Roscoe Pounds, der ihn in einer bekannten Abhandlung als „the leader of juristic thought in central Europe, and one of the chief influences in continental Europe“⁶⁷ bezeichnet hatte, als „visiting professor“ an das Political Science Department der University of California berufen und dort 1945 zum „full professor“ ernannt. Im gleichen Jahr erhielt er die amerikanische Staatsbürgerschaft. 1952 emeritiert, verbrachte Kelsen die ihm vergönnten langen Jahre des Ruhestandes bei nicht nachlassender hoher wissenschaftlicher Produktivität,⁶⁸ nur von gelegentlichen Vortragsreisen zumeist nach Europa unterbrochen, in seinem Haus in Berkeley. Während gerade in den Vereinigten Staaten seine Rechtstheorie weitgehend unbeachtet blieb,⁶⁹ strahlte die Reine Rechtslehre in viele Teile der Welt aus. Besonders nachhaltige Resonanz fand sie in Lateinamerika, Spanien, Italien, Japan und einigen osteuropäischen Ländern.⁷⁰

⁶⁶ Zum folgenden *Métall* (Fn. 45), S. 63 ff., 77 ff.

⁶⁷ *R. Pound*, Fifty Years of Jurisprudence, Part III: The Rise of the Twentieth-Century Schools, in: *Harvard Law Review*, Vol. 51, 1938, S. 444 ff. (449). Schon 1934 schrieb er: „Kelsen ... is unquestionably the leading jurist of the time.“ (*R. Pound*, Law and the Science of Law in Recent Theories, in: *Yale Law Review*, Vol. 43, 1934, S. 525 ff. [532].

⁶⁸ Die letzte von ihm veröffentlichte Abhandlung stammt aus dem Jahr 1968: typischerweise eine sehr ins Detail gehende Auseinandersetzung mit einer Kritik an der Reinen Rechtslehre (Die Problematik der Reinen Rechtslehre, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 18, S. 143-184).

⁶⁹ Insofern irreführend *T. Rasehorn*, Carl Schmitt siegt über Hans Kelsen, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 48/1985, S. 3 ff. (9). Vgl. hingegen *S. L. Paulson*, Die Rezeption Kelsens in Amerika, in: *Weinberger/Krawietz* (Fn. 34), S. 179 ff.; *Walter/Jabloner* (Fn. 3), Ms. S. 30.

⁷⁰ Vgl. im einzelnen *Walter/Jabloner* (Fn. 3), Ms. S. 18 ff. (Wirkung der Reinen Rechtslehre auf verschiedene Rechtskreise); s. ferner: Der Einfluß der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern, Teil I:

Mit insgesamt elf Ehrendoktoraten (darunter denen von Utrecht, Harvard, Chicago, Salamanca, Berlin und Wien) sowie weiteren hohen Ehrungen ausgezeichnet, durch seine zahlreichen Schriften mit Übersetzungen in über 20 Sprachen⁷¹ weltberühmt,⁷² auf drei ihm gewidmete Festschriften⁷³ sowie eine stolze Zahl von Schülern, Fortsetzern und Kritikern blickend, starb Kelsen am 19. April 1973 in den USA.

III. Die „Reine Rechtslehre“: Das Lebenswerk Hans Kelsens

Die Arbeit an seiner anfänglich als „Normative Theorie“ bezeichneten „Reinen Rechtslehre“ bildet zweifelsohne das Lebenswerk Hans Kelsens. Die Begründung, Entfaltung, Konkretisierung und partielle Revision dieser wohl scharfsinnigsten Theorie des Rechtspositivismus erstreckt sich von der Habilitationsschrift über die Monographien aus den 20er Jahren (Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 1920; Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, 1922; Allgemeine Staatslehre, 1925) bis hin zur ersten Auflage der „Reinen Rechtslehre“ im Jahre 1934 und erreicht mit der zweiten, im Umfang ungefähr verdreifachten Auflage der „Reinen Rechtslehre“ im Jahre 1960 ihre geschlossenste, gewissermaßen klassische Gestalt, was Kelsen indes nicht davon abhielt, insbesondere seine Aussagen zum Verhältnis von Recht und Logik einer kritischen Prüfung und Korrektur zu unterziehen, wovon die postum er-

1978, Teil II: 1983 (= Schriftenreihe des Hans-Kelsen-Instituts, Bände 2 und 3).

⁷¹ R. Walter, Kelsen, in: NDB 11 (1979), S. 480; ders., Rechtstheorie und Erkenntnislehre gegen Reine Rechtslehre?, 1990, S. 18 Fn. 44.

⁷² Die chronologische Bibliographie der Werke Kelsens bei R. Walter, Hans Kelsen – Ein Leben im Dienste der Wissenschaft, 1985, S. 53 ff. umfaßt 387 Titel.

⁷³ Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift, Hans Kelsen zum 50. Geburtstag gewidmet, hrsgg. v. A. Verdross, 1931 (unveränd. Nachdruck Liechtenstein 1983); Law, State, and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen, Knoxville 1964; Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag, hrsgg. v. A. Merkl u.a.; 1971.

schienene, aber von Kelsen selbst im Manuskript weitgehend abgeschlossene Schrift „Allgemeine Theorie der Normen“ Zeugnis ablegt.⁷⁴

Im folgenden ist wenigstens in groben Zügen anzudeuten, welches Ziel Kelsens Lehre verfolgt und auf welchen Grundannahmen sie beruht (1.), welchen prinzipiellen Einwänden sie begegnet (2.) und in welcher Weise die zentralen Theoriebausteine fortentwickelt wurden (3.).⁷⁵

1. Ziel und Grundannahmen der Reinen Rechtslehre

Kelsens Reine Rechtslehre intendiert in nicht zu übersehender Orientierung am als vorbildlich empfundenen Extaktheitsideal der Naturwissenschaften und in doppelter Frontstellung gegen jedwede kausalwissenschaftliche (soziologische, empirische) Rechtsbetrachtung einerseits, gegen die Derogation des positiven Rechts durch naturrechtliche Postulate andererseits,⁷⁶ die Autonomie der Rechtswissenschaft zu wahren und sie durch Befreiung von allen ihr fremden Elementen „auf die Höhe einer echten Wissenschaft, einer Geistes-Wissenschaft zu heben“⁷⁷. Als Theorie des positiven Rechts und umfassende Strukturanalyse der Rechtsordnung will die Reine Rechtslehre nicht Lehre des „reinen“ (guten, wünschbaren, richtigen) Rechts, sondern reine (unverfälschte) Lehre des positiven Rechts sein. In der neutralen, wertungsabstinenten Deskription der zeitlich und örtlich variablen Rechtsordnungen allein sieht Kelsen die legitime Aufgabe der Rechtswissenschaft. Alles andere ist für ihn entweder verfehlte kausalanalytische Explikation, naturrechtliche Spekulation oder politische Ideologie.

⁷⁴ Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, 1979 (zum Zustand des Manuskripts vgl. die „Einleitung“ der Herausgeber S. III-V).

⁷⁵ Die folgende Skizze beschränkt sich auf Grundzüge und verzichtet auf einen ausführlichen Fußnotenapparat. Für zahlreiche Einzelbelege aus der Zeit bis 1985 und eine detailliertere Darstellung sei verwiesen auf: H. Dreier (Fn. 20).

⁷⁶ Genauer zu dieser doppelten Frontstellung H. Dreier (Fn. 20), S. 27 ff.; vgl. auch die vorzügliche Studie von J. Raz, The Purity of the Pure Theory, in: R. Tur/W. Twining (eds.) Essays on Kelsen, 1986, S. 79 ff.

⁷⁷ Kelsen, Reine Rechtslehre, 1934, S. IX.

Die Besonderheit und Einzigartigkeit der Position Kelsens besonders im Verhältnis zu älteren rechtspositivistischen Lehren ergibt sich aus der spannungsvollen (nicht immer in gleicher Weise ausbalancierten und in einen transparenten Begründungszusammenhang gestellten) Verknüpfung dreier verschiedener Elemente: Der neukantianisch inspirierten Konstitution eines von der Welt des Seins kategorial getrennten Sollensbereiches, der wertrelativistischen Grundüberzeugung von der Unmöglichkeit einer objektiven Begründung normativer Sätze und der positivistischen Beschränkung des Gegenstandes der Rechtswissenschaft auf effektive Zwangsordnungen.

Da gemäß der fundamentalen Grundunterscheidung des Neukantianismus zwischen Sein und Sollen die bloße Existenz einer gewöhnlich befolgten Ordnung die Geltung des Rechts als Recht nicht begründen kann, bedarf es einer weitergehenden Herleitung. Kelsen hält im Unterschied etwa zum skandinavischen Rechtsrealismus an der spezifischen Normativität des Rechts als einer eigengearteten Sollenskategorie fest. Deren normativen Charakter stützt er auf die Grundnorm, der er in Parallele zu Kants „Kritik der reinen Vernunft“ (und nicht etwa zu dessen „Kritik der praktischen Vernunft“ oder der „Metaphysik der Sitten“) transzendentallogischen, weil normativitätsstiftenden Gehalt beilegt.⁷⁸ Doch schrumpft der transzendentallogische Gehalt der Grundnorm bei Kelsen auf den Status einer bloßen (teils als Hypothese, teils als Fiktion gedeuteten) Annahme, die man treffen kann oder auch nicht. Es fehlt also die Unausweichlichkeit und absolute Unhintergebarkeit der transzendentalphilosophischen Argumentation im Bereich der Erkenntnistheorie.

Nach der Sonderung von den Kausalwissenschaften erfolgt in einem zweiten logischen Schritt zur Sicherung der Autonomie der Rechtswissenschaft ihre auch ideologiekritisch intendierte Abgrenzung von anderen Normensystemen wie sol-

⁷⁸ Vgl. zur außerordentlich schwierigen Frage einer Parallelisierung von Kelsens Grundnorm und Kants Transzendentalphilosophie H. Dreier (Fn. 20), S. 56 ff., insb. 83 ff. m. w. N.; ferner H. Klenner, Kelsens Kant, in: *Revue Internationale de Philosophie* 35 (1981), S. 539 ff.; S. Hammer, Kelsens Grundnormkonzeption als neukantianische Erkenntnistheorie des Rechts? in: S. L. Paulson/R. Walter (Hrsg.), *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, 1986, S. 210 ff.; R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 1992, S. 176 f. – S. auch S. L. Paulson (Hrsg.), *Fritz Sander – Hans Kelsen. Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre*, 1988.

chen der Ethik, der Religion und des Naturrechts. Die Reine Rechtslehre erklärt zum alleinigen Gegenstand rechtswissenschaftlicher Betrachtung die im großen und ganzen wirksame gesellschaftliche Zwangsordnung, als welche Kelsen die Rechtsordnung definiert.⁷⁹ Dabei ergibt sich als Folge der den Positivismus kennzeichnenden „Trennungsthese“⁸⁰, daß die Rechtsordnungen jeden beliebigen, also auch einen unsittlichen, wertwidrigen, verwerflichen Inhalt annehmen können.⁸¹ Kelsen behandelt also wie jeder konsequente Rechtspositivist das Recht, wie es ist, nicht aber, wie es sein sollte.

Die als Rechtsnormen gedeuteten Regelungen, Anordnungen, Befehle und Zwangsakte einer effektiven Herrschaftsordnung können aber für den Wertrelativisten Kelsen niemals eine objektive Verbindlichkeit oder gar Wahrheit für sich beanspruchen, sondern nur hypothetisch-relativ, eben unter dem Vorbehalt der Annahme einer sowohl einheits- wie auch normativitätsstiftenden Grundnorm gelten. Als „Deutungsschema“⁸² für als solche wertneutrale Vorgänge in der realen Außenwelt findet das Recht in der Grundnorm zwar einen letzten, gleichwohl keinen festen Halt, weil diese nur als Platzhalter für die Idee einer objektiv nicht erweisbaren normativen Verbindlichkeit fungiert und insoweit weder empirische Abstraktion noch verifizierbare Hypothese naturwissenschaftlicher Provenienz, sondern allein Ausdruck für Kelsens wertrelativistische Grundhaltung und als solches reines Gedankending ist. Ihre keineswegs zwingende Zugrundelegung bildet die Bedingung der Möglichkeit für die Betrachtung einer effektiven Zwangs- oder Gewaltordnung als Rechtsordnung und damit für die Anwendung des rechtlichen Deutungsschemas.

Aufgrund des soweit nur grob skizzierten Theoriearrangements ist es Kelsen möglich, sich vom älteren (naturalistischen, unkritischen, empirischen) Rechtspositivismus abzusetzen, zugleich aber einen klaren Trennungsstrich gegenüber allen naturrechtlich inspirierten Konzeptionen zu ziehen. Dieser mittlere Weg

⁷⁹ Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 34 ff., 45 ff., 51 ff., 206 ff.

⁸⁰ Vgl. H. L. A. Hart, Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral (1957), in: ders., Recht und Moral, hrsgg. v. N. Hoerster, 1971, S. 14 ff.; W. Ott, Der Rechtspositivismus, 1976, S. 107 ff., 174 ff.; N. Hoerster, Verteidigung des Rechtspositivismus, 1989, S. 11, 20 ff.

⁸¹ Kelsen, Reine Rechtslehre (Fn. 79), S. 201; s. auch unten im Text zu Fn. 92 ff.

erlaubt ihm, der positivistischen Trennungsthese zu folgen, ohne – wie der ältere Rechtspositivismus – eine Rechtsordnung allein ihrer faktischen Existenz und Wirksamkeit wegen als normativ gerechtfertigt und objektiv verbindlich zu betrachten.⁸³ Da für den Neukantianer Kelsen die bloße Existenz einer effektiven Zwangsordnung noch nichts besagt, er die Eigenwelt des Normativen aber durchaus nicht leugnet, ist für ihn das Recht mehr als schiere Faktizität – doch dieses „Mehr“ beruht allein auf der ihrerseits anfechtbaren, nicht zwingend zu unterstellenden Annahme einer Grundnorm. Insofern ist die Normativität des Rechts bei ihm „künstlich erzeugt“⁸⁴ und seine Objektivität lediglich erborgt.

2. Prinzipielle Einwände

Die Reine Rechtslehre hat im Laufe ihrer Entwicklung nicht nur begeisterte Gefolgschaft, sondern stets auch schroffe Zurückweisung und fundamentale Kritik erfahren. Die zentralen Einwände streichen recht unterschiedliche Aspekte dieser Theorie des Rechtspositivismus heraus.

a) Kein Wort ist heute mehr zu verlieren über jene „Kritik“, der der Hinweis auf Kelsens jüdische Abstammung ausreichte und die seine Lehre als typisch undeutsch, zersetzend, liberalistisch oder auch als blutleeres Produkt eines fremdrassigen, wurzellosen Intellektualismus diffamierte.⁸⁵

⁸² Kelsen, Reine Rechtslehre, 1934, S. 4 f.

⁸³ Instrukтив S. L. Paulson, Läßt sich die Reine Rechtslehre transzendental begründen?, in: Rechtstheorie 21 (1990), S. 155 ff. (164 ff.).

⁸⁴ N. Hoerster, Kritischer Vergleich der Theorien der Rechtsgeltung von Hans Kelsen und H. L. A. Hart, in: Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre (Fn. 78), S. 1 ff. (12).

⁸⁵ Einen traurigen Höhepunkt bildete die Tagung „Das Judentum in der Rechtswissenschaft“ vom 3./4. Oktober 1936; Abdruck des Schlußwortes von Carl Schmitt, dessen Titel ebenso wie Heft 1 der die Vorträge wiedergebenden Reihe lautete: „Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist“, in: Deutsche Juristen-Zeitung 1936, Sp. 1193 ff. – Vgl. dazu B. Rüthers, Entartetes Recht, 1988, S. 135 ff.; H. Hofmann, „Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist“, in: K. Müller/K. Wittstadt (Hrsg.), Geschichte und Kultur des Judentums – Eine Vorlesungsreihe an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg,

b) Davon deutlich abzusetzen ist jene seit den 20er Jahren nicht verstummte Kritik, die in Kelsens Theorie nur ein leeres Spiel hohler Begriffe, ein von der gesellschaftlichen Wirklichkeit weit entferntes logisches Exerzitium und daher in ihr eine Rechtslehre ohne Recht und eine Staatslehre ohne Staat erblickt.⁸⁶ Hier wird also der aus wissenschaftsmethodischen wie wissenschaftsethischen Gründen von Kelsen außerordentlich restriktiv bestimmte Erklärungsanspruch der Reinen Rechtslehre mit ihrer bewußten Selbstbescheidung und dem damit verbundenen Rangverlust der Juristen als defizitär empfunden und dieser kritische Rechtspositivismus als „steril“ gebrandmarkt. Wegen ihres hohen Abstraktionsgrades, ihrer Formalität, Inhaltsarmut und Universalität verfehlt die Reine Rechtslehre in der Sicht dieser Kritik das eigentliche Wesen und die besondere Eigenart von Recht und Staat.

Darüber mag man vor allem wegen Kelsens „agnostischer“ Interpretationslehre streiten.⁸⁷ Fehl geht jedoch der auch heute noch zu hörende Vorwurf, Kelsen leugne die Existenz und Bedeutung der das Recht prägenden Sozialfaktoren. Denn wie für andere rechtspositivistische Theorien auch ist der Inhalt des je konkreten Rechtssystems für die Reine Rechtslehre ganz unzweifelhaft Produkt gesellschaftlicher wie politischer Interessen und Entwicklungen, Kämpfe und Kompromisse, also insgesamt Ausdruck der jeweiligen Verfassung der Gesamtgesellschaft. Die Genese des Rechts ist für Kelsen sozial bestimmt und be-

1988, S. 223 ff.; *G. Rapp*, Die Stellung der Juden in der nationalsozialistischen Staatsrechtslehre, 1990, S. 176 ff.

⁸⁶ Einzelnachweise dieses über Jahrzehnte hinweg konstanten, in der Weimarer Republik insbesondere von Hermann Heller und Rudolf Smend erhobenen Vorwurfes bei *H. Dreier* (Fn. 20), S. 19 ff.; s. auch *T. Vesting*, Aporien des rechtswissenschaftlichen Formalismus: Hermann Hellers Kritik an der Reinen Rechtslehre, in: ARSP 77 (1991), S. 348 ff. – Eine Reprise der alten Vorwürfe bietet *H. Klenner*, Rechtsleere – Verurteilung der Reinen Rechtslehre, 1972.

⁸⁷ Dazu unten S. 726 f. Ansonsten aber gilt: „As to Kelsen’s alleged ‘sterility’ we agree that, first, if the charge is that Kelsen has nothing important to contribute to any significant issue in jurisprudence, this is clearly nonsense.“ (*R. Tur/W. Twining*, Introduction, in: *R. Tur/W. Twining* [eds.], *Essays on Kelsen*, 1986, S. 1 ff. [33]).

dingt.⁸⁸ Insofern, als sie allein das so entstandene „positive, das heißt von menschlichen Akten gesetzte, das geltende, im großen und ganzen angewendete und befolgte Recht“⁸⁹ zum tauglichen Gegenstand rechtswissenschaftlicher Betrachtung erklärt, handelt es sich bei der Reinen Rechtslehre um eine dezidiert „realistische“ Rechtstheorie.⁹⁰

c) Eben diese Hinwendung zur Realität des wirksamen Rechts als sozialer Technik bildet den Ausgangspunkt für einen weiteren Einwand gegen die Reine Rechtslehre: Sie könnte ihren normativen Ansatz und der Behauptung eines Dualismus von Sein und Sollen nicht treu bleiben und lasse spätestens mit dem Wirksamkeitserfordernis die krude Faktizität um so unvermittelter in ihr logisches System einbrechen.⁹¹ Dieser Vorwurf verkennt, daß sich die Reinheit der Reinen Rechtslehre nicht auf den Inhalt des Rechts, sondern auf die diesen Inhalt erfassende Rechtswissenschaft bezieht. Kelsen hat kein normatives Idealreich konstruieren, sondern das Problem rechtlicher Geltung auf methodisch reflektierte Weise unter Zugrundelegung wertrelativistischer Prämissen lösen wollen. Als Versuch, die Koinzidenz von Normativität und Faktizität sicherzustellen, vereint die Grundnorm positivistische Gegenstandsbetrachtung mit neukantianischem Methodenbewußtsein und wertrelativistischer Geltungsbegründung.

d) Doch muß nicht, um einen der schwersten Einwände gegen die Reine Rechtslehre aufzugreifen, diese vorgeblich kritische und antiideologische Theorie wegen des Fehlens jeglicher Einspruchsinstanzen gegen wertwidrige, verwerfliche Rechtsakte unweigerlich zur Apologie der jeweils herrschenden Verhältnisse und zur Unterwerfung unter den Willen der jeweils stärksten sozialen Autorität füh-

⁸⁸ Vgl. ausführlicher *H. Dreier* (Fn. 20), S. 113 ff.; ferner einige Beiträge in: *W. Krawietz/H. Schelsky* (Hrsg.), *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*, 1984. – Rechtswissenschaftlich ausgeblendet bleibt für Kelsen lediglich die Erklärung der Bedeutung jener Kausalvorgänge; das sei Aufgabe der Kausalwissenschaften, insb. der Rechtssoziologie.

⁸⁹ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (Fn. 79), S. 112.

⁹⁰ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (Fn. 79), S. 111 f., 215 ff., 403; *ders.*, *Eine ‚Realistische‘ und die Reine Rechtslehre*, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 10 (1959), S. 1 ff.

⁹¹ Nachweise dafür bei *H. Dreier* (Fn. 20), S. 51 ff.

ren?⁹² Kelsen selbst hat das Problem in einem vor seinem biographischen Hintergrund nur um so bemerkenswerteren Akt persönlicher Wertungsaskese noch zugespitzt, indem er unter unbeirrbarem Festhalten an seiner These vom beliebigen Inhalt des Rechts erklärte, auch die Zwangsordnung der nationalsozialistischen Zeit sei vom Standpunkt der Rechtswissenschaft aus eine Rechtsordnung gewesen, ja die Nationalsozialisten hätten – rein rechtlich betrachtet – aus Morden im Wege rückwirkender Anordnung staatliche Exekutionen machen können.⁹³ Doch was beim ersten Blick als blanker Zynismus oder resignative Affirmation der herrschenden Verhältnisse erscheinen mag, ist in Wirklichkeit nur die konsequente Durchführung des Programms, wissenschaftliche Beschreibung und ethische Bewertung des Rechts strikt zu trennen. Denn für Kelsen sagt die Qualifizierung einer effektiven Zwangsordnung als Rechtsordnung über deren Güte, moralische Dignität und Anerkennungswürdigkeit schlichtweg nichts aus. Ebensowenig ist mit ihrer neutralen Deskription ein objektiver Befolgungs- oder Gehorsamsanspruch verknüpft. Die Reine Rechtslehre präsentiert das Recht als – möglicherweise fehlerhaftes – Menschwerk ohne jegliche Ethisierung oder Objektivierung. Sie beschreibt effektive Zwangsordnungen „mit der Kälte und Genauigkeit des Pathologen“⁹⁴. Die damit verbundene Trennung von Recht und Moral soll den Blick für ‚schlechtes‘, ‚unsittliches‘, ‚ungerechtes‘ Recht schärfen, nicht trüben.⁹⁵ Ob der jeweiligen Ordnung Gehorsam zu leisten oder gegen sie zu revoltieren ist, überläßt Kelsen dem eigenverantwortlichen Werturteil des Einzelnen.

Dies erklärt, warum er im Unterschied zu Radbruch seine Theorie nach 1945 keiner Revision unterziehen mußte: Sein Positivismus war niemals objektivis-

⁹² Nachweise für diese Kritikrichtung bei *H. Dreier* (Fn. 20), S. 20 ff.; zur Widerlegung ausführlich ebd., S. 150 ff., insb. 228 ff.

⁹³ *Kelsen*, Reine Rechtslehre (Fn. 79), S. 13, 42 f.; *ders.*, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 13 (1964), S. 148 (Diskussionsbemerkung); *ders.*, Allgemeine Theorie (Fn. 74), S. 117.

⁹⁴ *K. Adomeit*, Hans Kelsen (Nachruf), in: Rechtstheorie 4 (1973), S. 130.

⁹⁵ Vgl. auch *H. L. A. Hart*, Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral, in: *ders.*, Recht und Moral, hrsgg. v. N. Hoerster, 1971, S. 14 ff. (42 f.); *ders.*, Der Begriff des Rechts, 1973, S. 285 ff. (insb. 286).

tisch, legitimatorisch oder affirmativ gewesen.⁹⁶ Das ebenfalls mit einer gewissen Zählebigkeit sich haltende Vorurteil, ausgerechnet der Rechtspositivismus habe als Steigbügelhalter des NS-Systems gedient, hat gerade im Falle von Kelsens kritischer Dissoziation von Recht und Gerechtigkeit und der Außenseiterstellung seiner Lehre in der Weimarer Republik wenig mit der historischen Wahrheit, aber viel mit dem Phänomen der Schuldverschiebung zu tun.⁹⁷

3. Hauptelemente der Reinen Rechtslehre und ihre Fortentwicklung

Kelsen präsentiert sein rechtstheoretisches Hauptwerk ausdrücklich als universalistische „Allgemeine Rechtslehre“,⁹⁸ die mit Hilfe eines erschöpfenden begrifflichen Instrumentariums im Grunde jede halbwegs entwickelte Rechtsordnung zu erfassen trachtet. Die entsprechenden rechtstheoretischen Hauptelemente und Grundannahmen der Reinen Rechtslehre haben aufgrund jahrzehntelanger Diskussion und Weiterentwicklung gewisse Präzisierungen, zum Teil auch nicht unwesentliche Korrekturen erfahren. In keinem wesentlichen Punkt ist der Diskussionsprozeß dabei bereits zu einem definitiven Endpunkt gelangt⁹⁹.

⁹⁶ Vgl. ausführlicher und mit Nachweisen *H. Dreier*, Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis?, in: Staatsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Robert Walter, 1991, S. 117 ff.; *W. Ott*, Der Rechtspositivismus, 1976, S. 48 ff., 159 ff., 170 ff., 178 ff., 202 ff.

⁹⁷ Gegen die Schuldzuweisung für die Transformation der Weimarer Republik in das NS-System vgl. *Kelsen*, Foundations of Democracy (Fn. 20), S. 40 ff. (42, 44, 62); vgl. auch *Ott* (Fn. 96), S. 181 A. 651: „es bleibt nach der Reinen Rechtslehre jedermann unbenommen, dort, wo die Nationalsozialisten von ‚Recht‘ reden, nur nackte Gewalt zusehen!“.

⁹⁸ *Kelsen*, Reine Rechtslehre (Fn. 79), S. VII, 1, 195; *ders.*, ‚Was ist Reine Rechtslehre?‘, in: Demokratie und Rechtsstaat. Festgabe Giacometti, 1953, S. 143 ff. (144); vgl. *R. Lippold*, Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin, 1989, S. 80 ff.; *H. Dreier*, Art. „Rechtslehre“, in: Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 8, 1992 (im Druck).

⁹⁹ Von der Aktualität Kelsenscher Lehren zeugt ein Blick in die letzten Jahrgänge der „Rechtstheorie“, des „Archivs für Rechts- und Sozialphilosophie“ oder anderer einschlägiger Periodika.

a) Auf dem Hintergrund der kategorialen Trennung von Sein und Sollen und dem Ziel einer neutralen, rein deskriptiven Erfassung positiver Rechtsordnungen kommt der Unterscheidung zwischen *präskriptiven* Rechtsnormen und *deskriptiven* Rechtssätzen höchste Bedeutung zu¹⁰⁰. Die nur *beschreibenden* Rechtssätze treffen Aussagen über die (auf konkreten Willensakten beruhenden) *vorschreibenden* Rechtsnormen. Hier wie auch bei der Zurichtung des Rechtssatzes ist Kelsens Intention wiederum ganz auf die völlige Distanzierung und Neutralisierung des Gegenstandes der Rechtswissenschaft und somit auf deren „Entmystifizierung“ gerichtet¹⁰¹.

So erhellend diese Differenzierung zwischen Normsetzung und Normbeschreibung angesichts häufiger Vermengungen beider Formen auch ist, so diskussionsbedürftig bleibt doch die von Kelsen für die Rechtssätze behauptete Kategorie eines „deskriptiven Sollens“¹⁰².

b) Der Sein-Sollen-Dualismus spiegelt sich auch in der Unterscheidung zwischen *Geltung* und *Wirksamkeit* der Rechtsordnung und ihrer Normen wider. Unter der Geltung einer Rechtsnorm versteht Kelsen ihren spezifisch normativen Charakter, ihre Existenz in der Sphäre des Sollens, unter Wirksamkeit hingegen ihre tatsächliche Effizienz in der Welt des Seins. Da Geltungsgrund einer Norm wegen der Unableitbarkeit normativer Aussagen aus Sachverhalten immer nur eine andere, höhere Norm sein kann, findet dieser Regreß erst in der Grundnorm sein Ende. Doch nicht jeder Wunschrechtsordnung oder jedem beliebigen normativen Idealreich will Kelsen Rechtsgeltung zusprechen, sondern nur den wirksamen, ein hinlängliches Maß an Anwendung und Befolgung aufweisenden Rechtsordnungen. Deren Normen gelten ihm zufolge nicht, *weil*, aber sie gelten nur, *wenn*

¹⁰⁰ Vgl. Kelsen, Reine Rechtslehre (Fn. 79), S. 73 ff. und dazu H. Dreier (Fn. 20), S. 196 ff.; K. Adomeit, Rechtstheorie für Studenten, 3. Aufl. 1990, s. 17 ff.

¹⁰¹ Eindringlich W. Ebenstein, The Pure Theory of Law: Demythologizing Legal Thought, in: California Law Review 59 (1971), S. 617 ff.

¹⁰² Kritisch zu dieser eigentümlichen Figur H. L. A. Hart, Kelsen Visited, in: UCLA Law Review 10 (1963), S. 709 ff. (713 ff.); R. Moore, Kelsen's Puzzling ‚Descriptive Ought‘ in: UCLA Law Review 20 (1973), S. 1269 ff. (insb. 1277 ff.).

diese im großen und ganzen wirksam ist: „Wirksamkeit ist die Bedingung der Geltung, aber nicht die Geltung selbst“¹⁰³.

Die an Kelsens Grundlegung anschließende Diskussion hat vor allem herausgearbeitet, daß eine Aufspaltung des Wirksamkeitsbegriffes in die Befolgung der Norm durch die Rechtsunterworfenen (Gebotsteil) und in ihre Anwendung im Falle der Nichtbefolgung durch den Rechtsstab (Sanktionsteil) nur im Falle von ge- oder verbotenden Verhaltensnormen, nicht aber bei Ermächtigungs-, Erlaubnis- oder Derogationsnormen möglich ist¹⁰⁴. Im Unterschied zu Kelsen betrachtet man zudem nicht die Wirksamkeit jeder einzelnen Norm, sondern die der Rechtsordnung insgesamt als Bedingung ihrer Geltung¹⁰⁵.

c) Kelsen hatte sich zunächst ganz auf die Charakterisierung der Rechtsordnung als einer Zwangsordnung konzentriert und von daher die ge- oder verbotende Funktion von Verhaltensnormen ins Zentrum seiner Überlegungen gestellt. Erst später erkannte er auch *ermächtigende*, *erlaubende* und *derogierende* Normen ausdrücklich als weitere selbständige Normarten an¹⁰⁶. Bei der Bestimmung eines möglichen Kategoriensystems von Normarten wird heute vor allem diskutiert, ob es der Annahme einer eigenen Kategorie erlaubender Normen bedarf und man nicht auch die Derogation als eine bestimmte Unterart der Ermächtigungsnormen begreifen kann¹⁰⁷.

¹⁰³ Kelsen, Reine Rechtslehre (Fn. 79), S. 220; dazu H. Dreier (Fn. 20), S. 121 ff.; weiterführend S. L. Paulson, Neue Grundlagen für einen Begriff der Rechtsgeltung, in: ARSP 65 (1979), S. 1 ff.; R. Lippold, Geltung, Wirksamkeit und Verbindlichkeit von Rechtsnormen, in: Rechtstheorie 19 (1988), S. 463 ff.

¹⁰⁴ Vgl. R. Thienel, Geltung und Wirksamkeit, in: Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre (Fn. 78), S. 20 ff. (38 ff.); dies legt die auf der Linie Harts liegende These nahe, die Rechtsordnung weniger als Zwangs- denn als Ermächtigungsordnung zu begreifen.

¹⁰⁵ Thienel (Fn. 104), S. 33 ff.

¹⁰⁶ Vgl. (noch etwas schwankend Kelsen, Reine Rechtslehre (Fn. 79), S. 15 f., 57, 73; klarer ders., Allgemeine Theorie (Fn. 74), S. 76 ff. (wohl nicht zufällig deshalb, weil hier von statischer und dynamischer Rechtsbetrachtung nicht mehr die Rede ist).

¹⁰⁷ R. Walter, Art. Reine Rechtslehre, in: Ergänzbare Lexikon des Rechts 2/510 v. 27. November 1985, S. 4; R. Thienel, Derogation, in: R. Walter

d) Eng mit dieser Frage hängt die Vereinbarkeit des *statischen* und des *dynamischen* Normenbegriffes zusammen. Während Kelsen einmal alle Vorschriften der verschiedenen Rechtsstufen mikrokosmosartig zu einer Zwangs-Gesamtnorm zusammenzieht,¹⁰⁸ kann bei anderer Betrachtung das sonst als essentiell vorgestellte Zwangsmerkmal entfallen¹⁰⁹. Will man die einerseits als eigenen Normtypus akzeptierten Derogations-, Ermächtigungs- und Erlaubnisnormen andererseits nicht einfach wieder zu unselbständigen Ergänzungselementen der Gesamtnorm herabstufen, wird man um eine Modifizierung oder Aufspaltung des Normbegriffs bzw. um die Aufgabe der Unterscheidung zwischen ‚selbständigen‘ und ‚unselbständigen‘ Normen nicht herumkommen¹¹⁰.

e) Daß sich die Geltung einer Norm nur auf die Geltung einer höheren Norm stützen kann, verweist auf den dynamischen Charakter des Rechts und findet Ausdruck in der – die mittelalterlichen Legeshierarchien verfeinernden – Lehre vom *Stufenbau der Rechtsordnung*¹¹¹. Dieser von Adolf Merkl entwickelte und von Kelsen in die Reine Rechtslehre integrierte Theoriebaustein betrachtet die Rechtsordnung nicht nur als Summe genereller Gesetzes- oder Verordnungsnormen einschließlich des Richter- und Gewohnheitsrechts, sondern als Gesamtheit der auf den verschiedenen Rechtserzeugungsstufen erzeugten Rechtsakte: von der Verfassung über Gesetze und Verordnungen bis hin zum richterlichen Urteil, einem behördlichen Bescheid oder einem zwischen Privatpersonen geschlossenen Vertrag (*lex contractus*).

Der Vorstellung pyramidaler Normschichtung liegt die Idee der Selbsterzeugung (und Selbstvernichtung) des Rechts zugrunde; die Normen stehen demgemäß in

(Hrsg.), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II, 1988, S. 11 ff. (23 ff.).
– Vgl. auch Adomeit (Fn. 100), S. 38 ff., 48 ff.

¹⁰⁸ Kelsen, Reine Rechtslehre (Fn. 79), S. 237.

¹⁰⁹ Kelsen, General Theory of Law and State, 1945, S. 122; instruktiv R. Walter, Der Aufbau der Rechtsordnung, 2. Aufl. 1974, S. 16 ff., 25 ff.; Lippold (Fn. 98), S. 85 ff., 102 ff.

¹¹⁰ Subtile Behandlung des Problems bei J. Paz, The Concept of a Legal System, 1970, S. 93 ff. (109 ff.); s. ferner B. Stoitzner, Die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung, in: Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre (Fn. 78), S. 51 ff. (78 f. Anm. 34).

¹¹¹ Kelsen, Reine Rechtslehre (Fn. 79), S. 228 ff.; vgl. H. Dreier (Fn. 20), S. 129 ff.; Stoitzner (Fn. 110), S. 51 ff.

einem wechselseitigen Ableitungs-, Delegations- und Derogationszusammenhang. Aufgrund dieser umfassenden Strukturtheorie der Rechtsordnung erscheint der gesamte Rechtserzeugungsprozeß als Abfolge stufenweise zunehmender bzw. abnehmender Individualisierung und Konkretisierung des Rechts. Grenzfälle bilden die reine Norm (Grundnormen) und der reine Tatbestand (Vollzugsakt): Am Ende – oder am Anfang, je nach der Blickrichtung – steht das Wort oder die Tat“¹¹².

Insbesondere die auf frühen Arbeiten Adolf Merkl's fußenden Untersuchungen von Robert Walter haben ergeben, daß neben dem Stufenbau nach der rechtlichen Bedingtheit (Stufenbau der Rechtserzeugung) ein mit diesem nicht identischer Stufenbau nach der derogatorischen Kraft existiert, der sich je nach der konkreten positiv-rechtlichen Ausgestaltung als außerordentlich vielschichtig erweisen kann¹¹³.

f) Das Stufenbautheorem hat unmittelbare Konsequenzen für die *Interpretationslehre*¹¹⁴. Die Reine Rechtslehre betont in sehr moderner Weise den Rahmencharakter der jeweils höheren Normstufe und die strukturelle Offenheit, besser: die aus der Unmöglichkeit einer vollständigen Determinierung folgende Konkretisierungsbedürftigkeit der Rechtsregeln. So stellt sich für Kelsen jede Rechtsanwendung zugleich als ein Stück Rechtserzeugung und damit unausweichlich als schöpferischer Akt dar. Zwischen Rechtserkenntnis und Rechtserzeugung besteht von daher nur eine quantitative, keine qualitative Differenz. Interpretation des Rechts ist teils Erkenntnis-, teils Willensakt, Kognition und Dezision zugleich.

¹¹² Kelsen, Allgemeine Staatslehre (Fn. 22), S. 250.

¹¹³ Vgl. R. Walter, Der Aufbau der Rechtsordnung (Fn. 109), S. 55 ff.; Stoitzner (Fn. 110), S. 55 ff. – Kritisch T. Öhlinger, Der Stufenbau der Rechtsordnung, 1975, S. 16 ff.

¹¹⁴ Kelsen, Reine Rechtslehre (Fn. 79), S. 346 ff.; dazu näher H. Dreier (Fn. 20), S. 145 ff.; C. Schwaighofer, Kelsen zum Problem der Rechtsauslegung, in: Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre (Fn. 78), S. 232 ff.; Lipold (Fn. 98), S. 159 ff., 170 ff.; C. Varga, Hans Kelsens Rechtsanwendungslehre, in: ARSP 76 (1990), S. 348 ff.; H.-J. Koch, Die Auslegungslehre der Reinen Rechtslehre im Lichte der jüngeren sprachanalytischen Forschung, in: Zeitschrift für Verwaltung 1992, S. 1 ff.; S. L. Paulson, Überlegungen zur Auslegung bei Hans Kelsen und deren Folgen für die Rechtser-

Entgegen vielfachen Mißverständnissen steht Kelsen also der begriffsjuristischen Vorstellung von Rechtsanwendung als einem rein logischen, wertungsfreien, syllogistischen Schlußverfahren mit ihrem Glauben an das einzig richtige Auslegungsergebnis denkbar fern¹¹⁵ und rückt sich selbst in die Nähe der Freirechtsschule.¹¹⁶ Den neutral-objektiven Charakter der Reinen Rechtslehre sucht Kelsen durch die Unterscheidung von „authentischer“ und „rechtswissenschaftlicher“ Interpretation zu bewahren. Während die Wissenschaft lediglich die verschiedenen Möglichkeiten der Auslegung einer Rechtsnorm in ihrer Vielfalt aufzufächern habe,¹¹⁷ sei es allein Aufgabe der dazu befugten Rechtsanwendungsorgane, eine der verschiedenen Deutungsmöglichkeiten zur letztendlich verbindlichen zu machen.

Deutlich wird, daß Kelsen damit wiederum in ideologiekritischer Absicht zwischen (politisch, weltanschaulich, religiös etc. motivierter) Wertung und objektiver wissenschaftlicher Darstellung unterscheiden will. Doch allzu schnell scheint er vor einer möglichen Rationalisierung der Rechtsanwendung zu kapitulieren; ohne nähere methodische Vorgaben erhält die authentische Anwendung durch die Rechtsorgane rasch den Charakter eines willkürlichen Aktes, einer bloßen Dezision. So hört die Interpretationslehre der Reinen Rechtslehre wegen ihrer

kenntnis, in: *Rechtsprechungslehre*, hrsgg. v. W. Hoppe, u.a., 1992, S. 409 ff.

¹¹⁵ *R. Walter*, Das Auslegungsproblem im Lichte der Reinen Rechtslehre, in: *Festschrift für Ulrich Klug*, Bd. I, 1983, S. 187 ff. (190 f.).

¹¹⁶ *Kelsen*, Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre, in: *JW* 1929, S. 1723 ff. (1726); *ders.*, Diskussionsbemerkung, *VVDStRL* 4 (1928), S. 179; dies vor allem deshalb, weil die sogleich anzusprechende „authentische“ Interpretation durch die Rechtsanwendungsinstanzen auch eine Variante wählen kann, die außerhalb des kognitiv bestimmbaren Rahmens liegt – es handelt sich dann, worauf *Varga* (Fn. 114), S. 359 ff. richtig hingewiesen hat, nicht mehr um Interpretation, sondern um individuelle Normstatuierung.

¹¹⁷ Angesichts der rasch ins Unermeßliche wachsenden Kombinationsmöglichkeiten bei nur einigermaßen komplexen Vorschriften ohnehin eine praktisch nicht einlösbare Forderung, der Kelsen bei seiner eigenen Kommentierungstätigkeit auch nicht gefolgt ist (vgl. *Kelsen*, *Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich. Fünfter Teil: Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920*, hrsg. in Verbindung mit *Froehlich* und *Merkel*, 1922; *ders.*, *The Law of the United Nations*, 1950).

überstarken Betonung der volitiven Komponente gerade dort auf, wo die eigentlichen Probleme juristischer Methodik beginnen. Neuere Konzepte sowohl aus eher ‚analytischer‘ wie auch aus eher ‚hermeneutischer‘ Richtung¹¹⁸ legen die Vermutung nahe, daß Kelsens radikaler „Auslegungsskeptizismus“¹¹⁹ nicht unbedingt das letzte Wort sein muß. Eine rationale Durchdringung des komplexen Vorganges der Rechtsanwendung i.S. einer „Rechtserzeugungsreflexion“¹²⁰ würde zudem partiell überholte Frontstellungen gegen die Rechtssoziologie¹²¹ abbauen helfen, die bei der Rechtsbegründung, nicht aber bei der Rechtsauslegung ihre Berechtigung haben¹²².

g) Kelsens niemals ruhende Arbeit am Gebäude der Reinen Rechtslehre hat dazu geführt, daß es in seiner Spätlehre, wie sie sich vor allem in der „Allgemeinen Theorie der Normen“¹²³ präsentiert, zum Teil zu erheblichen Veränderungen und Umbauten gekommen ist. Neben der Deutung der Grundnorm als einer bloßen Fiktion i.S. der Als-Ob-Philosophie Vaihingers¹²⁴ beziehen sich diese neuen Positionen vor allem auf das Verhältnis von *Recht und Logik*. Während er noch in der zweiten Auflage der „Reinen Rechtslehre“ die Regeln der Logik in traditionel-

¹¹⁸ Vgl. H.-J. Koch/H. Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 1982; F. Müller, Juristische Methodik, 4. Aufl. 1990; informativer Überblick bei R. Gröschner, Art. Rechtsfindung, in: Ergänzbares Lexikon des Rechts Nr. 2/430 (Oktober 1988). – Eine Fortentwicklung befürwortet auch K. Korinek, Zur Interpretation von Verfassungsrecht, in: FS Walter (Fn. 96), S. 363 ff.

¹¹⁹ Koch (Fn. 114), S. 1 ff.; Adomeit (Fn. 100), S. 77 spricht noch schärfer vom „methodologischen Nihilismus“.

¹²⁰ F. Müller (Fn. 118), S. 272.

¹²¹ Vgl. H. Rottleuthner, Rechtstheoretische Probleme der Soziologie des Rechts, in: Rechtssystem und gesellschaftliche Basis (Fn. 88), S. 522 ff.; U. Rein, Rechtssoziologie und Rechtspositivismus. Die Kontroverse zwischen Eugen Ehrlich und Hans Kelsen 1915/16, in: Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre (Fn. 78), S. 19 ff. – Zusammenstellung der durchweg älteren Kelsen-Texte bei S. L. Paulson (Hrsg.), Hans Kelsen und die Rechtssoziologie, 1992.

¹²² Dazu jüngst R. Thienel, Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz, 1991, S. 170 ff., 183 ff., 212 ff., 222.

¹²³ Vgl. Fn. 74; dazu u. a. K. Opalek, Überlegungen zur Hans Kelsens „Allgemeine Theorie der Normen“, 1980.

¹²⁴ Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen (Fn. 74), S. 206 f.

ler Weise zumindest mittelbar auch auf Normensysteme angewandt hatte,¹²⁵ vertrat er später die Ansicht, daß weder der Satz vom ausgeschlossenen Widerspruch noch allgemeine Regeln der Schlußfolgerung (Syllogismus), wie sie für Aussagen gelten, auf Rechtsnormen übertragen werden könnten, da Normen keine Aussagen seien, sondern den Sinn eines Willensaktes darstellten¹²⁶. Logische Regeln aber ließen sich nur auf Aussagen, die wahr oder unwahr, nicht jedoch auf Normen, die nur gültig oder ungültig sein können, übertragen¹²⁷. Auch durch rechtswissenschaftliche Interpretation, die ja nur Rechtserkenntnis, nicht Rechtserzeugung sei, könnten Normenkonflikte demnach nicht gelöst werden. Die Rechtswissenschaft darf die Normenkonflikte gleichsam nur abbilden und muß die konkrete Vorrangentscheidung den zur Rechtsanwendung befugten Organen überlassen¹²⁸.

Während insbesondere Ota Weinberger in der neuen Position Kelsens eine radikale Kehrtwendung gegenüber der „klassischen“ Gestalt der Reinen Rechtslehre und eine bedenkliche Hinwendung zum Normenskeptizismus bzw. Normenirrationalismus sieht,¹²⁹ erachtet eine andere Interpretationsrichtung die normologische Revision eher als eine unter teilweisem Rückgriff auf frühere Auffassungen erfolgte Fortentwicklung und konsequente Modifikation der noch vor der zweiten Auflage der Reinen Rechtslehre vertretenen Auffassungen¹³⁰. Ohne Zweifel aber wird Kelsens Position die normologische Diskussion noch eine Weile beschäftigen¹³¹.

¹²⁵ *Kelsen*, Reine Rechtslehre (Fn. 79), S. 209 ff.

¹²⁶ *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen (Fn. 74), S. 166 ff., 179 ff.

¹²⁷ Vgl. *H. Dreier* (Fn. 20), S. 176 ff. m. w. N.

¹²⁸ *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen (Fn. 74), S. 179.

¹²⁹ Vgl. *O. Weinberger*, Normentheorie als Grundlage von Jurisprudenz und Ethik, 1981; *ders.*, Der normenlogische Skeptizismus, in: *Rechtstheorie* 17 (1986), S. 13 ff. (25 ff.).

¹³⁰ *S.L. Paulson*, Stellt die „Allgemeine Theorie der Normen“ einen Bruch in Kelsens Lehre dar?, in: *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion*, 1982, S. 122 ff.

¹³¹ Siehe auch *R. Lippold*, Um die Grundlagen der Normenlogik, in: *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II* (Fn. 107), S. 146 ff.; *ders.*, (Fn. 98), S. 119 ff.; *L. Gianformaggio*, Hans Kelsen on the Deduction of Validity,

IV. Auf der Suche nach Gerechtigkeit

Kelsen hat die Frage nach der Gerechtigkeit des Rechts zwar rigoros vom Rechtsbegriff abgekoppelt und als originär philosophisches Problem aus dem Kreis rechtswissenschaftlicher Aussagen verbannt,¹³² die Bedeutung der Frage nach einer gerechten sozialen Ordnung aber weder geleugnet noch ausgeblendet.¹³³ Davon legen ausführliche Studien¹³⁴ ebenso Zeugnis ab wie seine Abschiedsvorlesung in Berkeley über die Frage „Was ist Gerechtigkeit?“¹³⁵ Rasch wird allerdings deutlich, daß wie bei der Demokratietheorie und bei der Rechtslehre Kelsens Wertrelativismus prägende Kraft entfaltet. Alle Gerechtigkeitsfragen beruhen für ihn auf Werturteilen, die ihrerseits nicht rational begründbar, sondern letztlich Sache des Willens, ja des Gefühls sind¹³⁶. Wegen dieses unausweichlich subjektiven Charakters der Werturteile charakterisiert Kelsen im Ergebnis absolute Gerechtigkeit als ein „irrationales Ideal“¹³⁷ und demonstriert, daß alle mit allgemeinem Verbindlichkeitsanspruch auftretenden Gerechtigkeitslehren entweder auf unbeweisbaren, absolut gesetzten metaphysischen Annahmen beruhen (Platon, Augustinus, Thomas von Aquin) oder aber völlig inhalts-

119 ff.; L. *Gianformaggio*, Hans Kelsen on the Deduction of Validity, in: *Rechtstheorie* 21 (1990), S. 181 ff.; *Thienel* (Fn. 122), S. 89 ff.

¹³² Deutlich *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (Fn. 79), S. 403 f.; weitere Nachweise bei *H. Dreier* (Fn. 20), S. 160 ff.; S. ferner *J. Bjarup*, *Kelsen's Theorie of Law and Philosophy of Justice*, in: *Essays on Kelsen* (Fn. 87), S. 273 ff. und die Entgegnung von *P. Pettit*, *Kelsen On Justice. A charitable Reading*, ebd., S. 305 ff.

¹³³ *Kelsen*, *On the Pure Theory of Law*, in: *Israel Law Review* 1 (1966), S. 1 ff. (4) spricht von einer „division of labour between a philosophy of law and a science of positive law“.

¹³⁴ Vgl. die Beiträge in: *Kelsen*, *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*, Berkeley-Los Angeles 1957, s. vor allem auch den umfangreichen „Anhang“ über „Das Problem der Gerechtigkeit“ in: *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (Fn. 79), S. 355 ff.

¹³⁵ *Kelsen*, *Was ist Gerechtigkeit?*, 1953, 2. Aufl. 1975.

¹³⁶ *Kelsen*, *Was ist Gerechtigkeit* (Fn. 135), S. 7.

¹³⁷ *Kelsen*, *Was ist Gerechtigkeit* (Fn. 135), S. 40; siehe auch *ders.*, *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl. 1934, S. 15 f.; *ders.*, *Reine Rechtslehre* (Fn. 79), S. 401.

leer sind und verschwiegene Wertungskriterien voraussetzen (Goldene Regel, Jedem das Seine, Mesotes-Formel), so daß diese Leerformeln zur Rechtfertigung einer jeden sozialen Ordnung dienen könnten. Wie bei seiner etwas undifferenzierten Naturrechtskritik¹³⁸ gerät ihm die Darstellung unweigerlich zur Ideologiekritik – ein Zug, der besonders deutlich in seiner lebenslangen Befassung mit der Philosophie Platons zutage tritt¹³⁹. Da für den Wertrelativisten Kelsen, die in der pluralistischen Welt unaufhebbare Existenz konkurrierender, gegenläufiger, ja sich wechselseitig durchkreuzender Auffassungen von Recht und Gerechtigkeit eine objektive Erkenntnis absoluter Gerechtigkeitsinhalte ausschließt, bleibt für ihn lediglich die Darlegung subjektiver Gerechtigkeitspräferenzen übrig. Die entscheidende Frage nach der Gerechtigkeit muß also ein jeder selbst beantworten¹⁴⁰. Sein eigenes, gleichsam privates Gerechtigkeitsbekenntnis hat Kelsen wie folgt abgelegt:

¹³⁸ Für Kelsen beruhen im Grunde alle Naturrechtslehren auf Restbeständen mythologischen Denkens; in der archaischen Imagination der unter einer unverfügbaren Norm stehenden Welt sieht er die unausrottbare Wurzel des Naturrechtsgedankens. Das und die These von der göttlichen Prämisse der Naturrechtslehren wird deren Vielzahl und Unterschiedlichkeit nicht gerecht. Fehl geht auch die überstarke Betonung des restaurativ-konservativen Charakters des Naturrechts, die dessen etwa von Max Weber in den Vordergrund gerückten revolutionären Charakter unterbelichtet. Nicht hinlänglich gewürdigt wird schließlich und vor allem der emanzipatorische Gehalt jedenfalls der neuzeitlichen Vernunftrechtsentwürfe. Kelsens eindimensionale Betrachtung vermag in allen Naturrechtslehren nur „rationalisierte Formen primitiver Weltauffassung“ (*E. Topitsch*, Einleitung, in: Hans Kelsen, Staat und Naturrecht. Aufsätze zur Ideologiekritik, 2. Aufl. 1989, S. 21) zu sehen und greift daher zu kurz; kritisch auch *R. Hauser*, Norm, Recht und Staat, 1968, S. 92 f.; *K. Opalek*, Kelsens Kritik der Naturrechtslehre, in: Ideologiekritik und Demokratietheorie (Fn. 34), S. 71 ff. (78 ff.); *G. Luf*, Überlegungen zum transzendentallogischen Stellenwert der Grundnormkonzeption Kelsens, in: W. Krawietz u.a. (Hrsg.), Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag, 1984, S. 567 ff. (575).

¹³⁹ Vgl. die aus dem Nachlaß veröffentlichte Studie Kelsens über „Die Illusion der Gerechtigkeit. Eine kritische Untersuchung der Sozialphilosophie Platons“, 1985.

¹⁴⁰ Eindringlich *Kelsen*, Reine Rechtslehre (Fn. 79), S. 442.

„Ich habe die Abhandlung mit der Frage begonnen: Was ist Gerechtigkeit? nun, an ihrem Ende, bin ich mir wohl bewußt, diese Frage nicht beantwortet zu haben. Meine Entschuldigung ist, daß ich in dieser Hinsicht in bester Gesellschaft bin. Es wäre mehr als anmaßend, meine Leser glauben zu machen, mir könnte gelingen, was die größten Denker verfehlt haben. Und in der Tat, ich weiß nicht und kann nicht sagen, was Gerechtigkeit ist, die absolute Gerechtigkeit, dieser schöne Traum der Menschheit. Ich muß mich mit einer relativen Gerechtigkeit begnügen und kann nur sagen, was Gerechtigkeit für mich ist. Da Wissenschaft mein Beruf ist und sohin das Wichtigste in meinem Leben, ist es jene Gerechtigkeit, unter deren Schutz Wissenschaft, und mit Wissenschaft, Wahrheit und Aufrichtigkeit gedeihen können. Es ist die Gerechtigkeit der Freiheit, die Gerechtigkeit des Friedens, die Gerechtigkeit der Demokratie, die Gerechtigkeit der Toleranz“¹⁴¹.

V. Über die Rechtswissenschaft hinaus

Die bisherigen Darlegungen haben das weite Spektrum des Gesamtwerks unseres Autors vielleicht andeuten, nicht jedoch erschöpfend darstellen können. Daher sei wenigstens hingewiesen auf Kelsens „soziologische Untersuchung“ (so der Untertitel) über „Vergeltung und Kausalität“¹⁴², in der er unter Verwendung umfangreichen ethnologischen Materials demonstriert, wie sich die dem modernen Denken selbstverständliche und für die Möglichkeit von Recht und Rechtswissenschaft (im Sinne der Reinen Rechtslehre) konstitutive Differenz von Natur und Gesellschaft, Kausalgesetzlichkeit und Normgesetzlichkeit, Sein und Sollen

¹⁴¹ Kelsen, Was ist Gerechtigkeit (Fn. 135), S. 43.

¹⁴² Die Schrift wurde 1941 in Den Haag gedruckt, aber erst 1946 ausgeliefert; ein unveränderter Nachdruck, ergänzt um eine Einleitung von Ernst Topitsch, erschien 1982; zu diesem Werk und Kelsens dem gleichen Themenkreis gewidmeten Schriften vgl. H. Dreier (Fn. 20), S. 92 ff.; C. Jabloner, Bemerkungen zu Kelsens ‚Vergeltung und Kausalität‘, besonders zur Naturdeutung der Primitiven, in: Ideologiekritik und Demokratietheorie (Fn. 34), S. 47 ff.; R. Pohlmann, Zurechnung und Kausalität. Zum wissenschaftstheoretischen Standort der Reinen Rechtslehre von Hans Kelsen, in: Rechtssystem und gesellschaftliche Basis (Fn. 88), S. 83 ff.

erst allmählich durch Überwindung der für das monistische Denken primitiver Verbände charakteristischen normativen, soziomorphen Deutung der Natur ausgebildet; aus der Einheit eines einzigen großen, aber unbegriffenen und unverfügbaren Normenkosmos schälen sich im Laufe der Menschheitsgeschichte sukzessive die getrennten Sphären kausaler Natur- und normativer Gesellschaftszusammenhänge heraus.

Erwähnung verdienen schließlich Kelsens intensive Auseinandersetzungen mit dem Austromarxismus,¹⁴³ seine kritischen, weil deren ideologischen Charakter enthüllenden Untersuchungen zur kommunistischen Rechtstheorie,¹⁴⁴ ferner die für weitere Weltanschauungsanalysen repräsentativen Studien über „Seele und Recht“, „Gott und Staat“,¹⁴⁵ „Staatsform und Weltanschauung“¹⁴⁶. Dem Vernehmen nach umfangreiche religionsphilosophische Manuskripte harren noch der Veröffentlichung.

Kelsen, der „Jurist des Jahrhunderts“?¹⁴⁷ Vielleicht. Auf jeden Fall aber mehr als nur ein Jurist.

¹⁴³ *Kelsen*, Sozialismus und Staat, 2. Aufl. 1923; *ders.*, Marx oder Lassalle, 1924; dazu etwa *G. Mozetic*, Hans Kelsen als Kritiker des Austromarxismus, in: Ideologiekritik und Demokratietheorie (Fn. 34), S. 445 ff.; *A. Pfabigan*, Hans Kelsens und Max Adlers Auseinandersetzung um die marxistische Staatstheorie, in: Reine Rechtslehre und marxistische Rechtstheorie, 1975, S. 63 ff.

¹⁴⁴ *Kelsen*, The Political Theory of Bolshevism, 1948; *ders.*, The Communist Theory of Law, 1955 (Nachdruck 1966).

¹⁴⁵ Der erstgenannte Beitrag erschien 1937 in der Zeitschrift „Review of Religion“ (Bd. I, S. 337 ff.), der andere in „Logos. Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur“ (Bd. XI, 1922/23, S. 261 ff.); beide sind abgedruckt in: *Kelsen*, Staat und Naturrecht (Fn. 138).

¹⁴⁶ Dieser Text aus dem Jahre 1933 ist abgedruckt in: *Kelsen*, Demokratie und Sozialismus. Ausgewählte Aufsätze, hrsgg. v. N. Leser, 1967, S. 40 ff.

¹⁴⁷ So eine oft gebrauchte Wendung: vgl. *O. Weinberger*, Hans Kelsen als Philosoph, in: *ders.*, Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik. Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Theorie der Normen, 1981, S. 179 ff. (179); *N. Leser*, Hans Kelsen (1881-1973), in: Neue Österr. Biographie, Bd. 20, 1979, S. 29, *P. Römer*, in: Der Staat 26 (1987), S. 592;

Veröffentlichungen von Hans Kelsen (Auswahl)

- Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze (1911), 2. Aufl. 1923 (Neudruck 1960).
- Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts (1920), 2. Aufl. 1928 (Neudruck 1981).
- Der soziologische und der juristische Staatsbegriff (1922), 2. Aufl. 1928 (Neudruck 1981).
- Allgemeine Staatslehre, 1925 (Nachdruck 1966).
- Vom Wesen und Wert der Demokratie (1920), 2. Aufl. 1929 (Neudruck 1981).
- Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), S. 30-80.
- Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, 1934 (Neudruck 1985).
- Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Untersuchung, 1941, ausgeliefert 1946 (Nachdruck 1982).
- General Theory of Law and State, 1945.
- Was ist Gerechtigkeit?, 1953, 2. Aufl. 1975.
- Was ist die Reine Rechtslehre?, in: Demokratie und Rechtsstaat. Festgabe für Zaccaria Giacometti, 1953, S. 143-162.
- Foundations of Democracy, in: Ethics 66 (1955), S. 1-101.
- What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science, 1957.
- Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2. Aufl. 1960.
- Staat und Naturrecht. Aufsätze zur Ideologiekritik, mit einer Einleitung hrsgg. v. Ernst Topitsch, 2. Aufl. 1989 (1. Aufl. v. 1964 unter dem Titel: Aufsätze zur Ideologiekritik).
- Demokratie und Sozialismus. Ausgewählte Aufsätze, hrsgg. und eingeleitet von Norbert Leser, 1967.
- Allgemeine Theorie der Normen, hrsgg. v. Kurt Ringhofer und Robert Walter, 1979.
- Die Illusion der Gerechtigkeit. Eine kritische Untersuchung der Sozialphilosophie Platons, hrsgg. v. Kurt Ringhofer und Robert Walter, 1985.

Zahlreiche Beiträge Kelsens finden sich auch in:

Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross, hrsgg. von Hans Klecatsky, René Marcic und Herbert Schambeck, 2 Bände, 1968.

Literatur zu Hans Kelsen (Auswahl)

Dreier, Horst: Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen (1986), 2. Aufl. 1990.

Ebenstein, William: Die rechtsphilosophische Schule der Reinen Rechtslehre (1938), 1969.

Krawietz, Werner/Topitsch, Ernst/Koller, Peter (Hrsg.): Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 1982.

Krawietz, Werner/Schelsky, Hans (Hrsg.): Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen, 1984.

Lippold, Rainer: Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin, 1989.

Métall, Rudolf Aladár: Hans Kelsen. Leben und Werk, 1969.

Ott, Walter: Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus, 1976.

Thienel, Rudolf: Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz, 1991.

Tur, Richard/Twining, William (eds.): Essays on Kelsen, 1986.

Walter, Robert: Der Aufbau der Rechtsordnung. Eine rechtstheoretische Untersuchung auf Grundlage der Reinen Rechtslehre (1964), 2. Aufl. 1974.

Walter, Robert: Der gegenwärtige Stand der Reinen Rechtslehre, in: Rechtstheorie 1 (1970), S. 69-95.

Walter, Robert: Hans Kelsen – Ein Leben im Dienste der Wissenschaft, 1985.

Walter, Robert/Paulson, Stanley L. (Hrsg.): Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, 1986.

Walter, Robert (Hrsg.): Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II, 1988.

Weinberger, Ota/Krawietz, Werner (Hrsg.): Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker, 1988.

Hingewiesen sei ferner auf die Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts in Wien; bislang liegen 18 Bände vor.