



Hans Kelsen, 1941

SCHRIFTENREIHE DES HANS KELSEN-INSTITUTS

Band 36

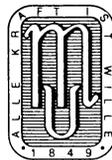
**Hans Kelsen:
Die Aktualität eines großen
Rechtswissenschaftlers
und Soziologen
des 20. Jahrhunderts**

Ergebnisse einer internationalen Tagung
an der Akademie von Athen am 12. April 2013
aus Anlass von Kelsens 40. Todestag

Herausgegeben von

Nikitas Aliprantis

Thomas Olechowski



Wien 2014

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Zitiervorschlag: *Aliprantis/Olechowski* (Hrsg), Hans Kelsen. Internationale Tagung an der Akademie von Athen (2014) [Seite]

Gedruckt mit Mitteln des FWF-Projektes P 23747-G16
„Hans Kelsens Leben in Amerika (1940–1973)
und die weltweite Verbreitung seiner Rechtslehre“

FWF

Der Wissenschaftsfonds.

Die Abbildung des Fotos von Hans Kelsen im Frontispiz erfolgt
mit freundlicher Genehmigung / Courtesy of
The Bancroft Library, University of California, Berkeley

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Photokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

ISBN 3-214-14757-0

© 2014 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien
Telefon: (01) 531 61-0
E-Mail: verlag@MANZ.at
www.MANZ.at
Druck: Prime Rate Kft., Budapest

Geleitwort

Mehr als vierzig Jahre nach dem Tod von Hans Kelsen ist das Interesse an seinen rechtstheoretischen, aber auch an seinen ideologiekritischen und soziologischen Arbeiten ungebrochen. Die Akademie von Athen hat es dankenswerterweise auf sich genommen, mit Unterstützung des Hans Kelsen-Instituts eine Tagung auszurichten, die die Aktualität Kelsens für die Gegenwart aufzeigt. Aus dieser Zusammenarbeit und mit Unterstützung des FWF-Projekts „Kelsens Leben in Amerika und die weltweite Verbreitung seiner Rechtslehre“ ist der vorliegende Tagungsband entstanden, der der interessierten Fachwelt eine Nachlese der Tagung ermöglicht.

Wien, im Sommer 2014

Der Präsident des Kuratoriums
Werner Faymann
Bundeskanzler

Vorwort

Die Akademie von Athen hat sich, auf Vorschlag und Initiative des mitunterzeichnenden griechischen Herausgebers hin, für die Durchführung einer internationalen Tagung aus Anlass des 40. Todestages von Hans Kelsen entschieden. Dieser große Geist, eine herausragende Persönlichkeit des 20. Jahrhunderts, ist der wissenschaftlichen Welt vor allem durch sein rechtstheoretisches Werk bekannt. Seine weiteren wissenschaftlichen Arbeiten, seine praktische Tätigkeit wie auch sein diesem Tun gewidmetes Leben sind hingegen eher unbekannt; sie müssen aber als Ganzes, als Einheit, gewürdigt werden. Denn Kelsen hat auch soziologische und politologische Schriften verfasst, war maßgeblich am Entstehen einer der ältesten heute noch bestehenden demokratischen Verfassungen Europas – dem österreichischen Bundes-Verfassungsgesetz von 1920 – beteiligt und hat sowohl als Universitätsprofessor wie auch als Verfassungsrichter an der juristischen Durchdringung dieser Verfassung mitgewirkt. Vor allem aber engagierte sich Kelsen sein Leben lang für Frieden und Demokratie. Erst im Kontext mit all diesen Arbeiten und vor dem Hintergrund seines persönlichen Lebensweges kann auch die Leistung Hans Kelsens für die Rechtswissenschaften voll erkannt werden. Wie Ernst Topitsch es treffend ausgedrückt hat, war Kelsen ein Philosoph in der altgriechischen Bedeutung des Wortes.

Hans Kelsens Lebensweg war voller Höhen und Tiefen. Auf wissenschaftlichem Feld ungeschlagen, wurde das Mitglied des Vorstandes der Deutschen Staatsrechtslehrervereinigung nach der Machtergreifung der Nationalsozialisten 1933 von seinem Kölner Lehrstuhl entfernt und musste nach Genf fliehen. In seinem Schweizer Exil verfasste Kelsen mit olympischer Ruhe nicht nur sein wohl berühmtestes Buch – die „Reine Rechtslehre“ von 1934 –, sondern auch die Monographie „Vergeltung und Kausalität“, eine soziologische Arbeit, die 1940 zwar gedruckt wurde, aber aufgrund der Kriegswirren erst nach 1945 veröffentlicht werden konnte und bis heute nicht genügend bekannt ist. Beide Bücher, so gegensätzlich sie auch von Inhalt und Methode sind, zeugen von einem außerordentlichen Fleiß und allumfassender Bildung, gepaart mit absoluter wissenschaftlicher Geradlinigkeit und Geistesfreiheit, Prinzipien, denen Kelsen zeit seines Lebens treu blieb und daher auch manche Entbehnungen in Kauf nehmen musste. In den USA, wohin er 1940 geflohen war, stieß seine Rechtslehre kaum auf Resonanz; auf zahlreichen Vortragsreisen nach Lateinamerika und nach Europa – einer davon 1957 nach Athen – konnte Kelsen jedoch seine Lehren weltweit verbreiten. Insofern versteht sich der vorliegende Tagungsband auch als ein Beitrag zu dem vom mitunterzeichnenden österreichischen Herausgeber geleiteten Forschungsprojekt „Kelsens Leben in Amerika und die weltweite Verbreitung seiner Rechtslehre“ (FWF-Projekt P 23747-G16).

Kelsens persönliche Distanzierung von allen antidemokratischen und allen imperialistischen Strömungen war Konsequenz seines Menschenbildes, mit dem sich seine persönliche Bescheidenheit in ganz besonderer Weise verband. Bezeichnend hierfür sind die Sätze, die er in Berkeley 1960 – im Alter von 79 Jahren – für das Vorwort der Neuauflage seiner „Reinen Rechtslehre“ schrieb: „Auch die zweite Auflage der Reinen Rechtslehre will nicht als eine Darstellung endgültiger Ergebnisse, sondern als ein Unternehmen betrachtet werden, das einer Fortführung durch Ergänzungen und sonstige Verbesserungen bedarf. Es hat seinen Zweck erreicht, wenn es solcher Fortführung – durch andere als den schon am Ende seines Lebens stehenden Autor – für würdig erachtet wird.“¹⁾

Dass Kelsens Werk der Fortführung würdig ist, bewiesen im April 2013 die Referenten aus Griechenland und Österreich, aus Deutschland, Frankreich, Italien, Spanien und dem Vereinigten Königreich, die dankenswerterweise der Einladung nach Athen folgten, um hier das vielschichtige Denken und Tun dieses ungewöhnlichen Mannes in einem Gesamtbild vorzustellen. Die Tagung fand in dem von Theophil Hansen erbauten Gebäude der Akademie von Athen statt. Nicht nur die österreichischen Teilnehmer wurden schon durch die Räumlichkeiten, die auffallend dem gleichfalls von Hansen errichteten Parlamentsgebäude in Wien ähneln, an die große Bedeutung Kelsens für unser heutiges Demokratieverständnis erinnert. Gerade heute, wo wirtschaftliche Krisen und gesellschaftliche Umbrüche eine ernste, viel zu sehr unterschätzte Gefahr für die demokratische Staatsform sind, wäre es vonnöten, sich sowohl Kelsens theoretische Grundlegung der Demokratie, als auch deren dramatische Verteidigung durch ihn im Jahre 1932 ins Gedächtnis zu rufen. Eine Übersetzung etwa von Kelsens grundlegender Arbeit „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ (1920/29), der kurzen „Verteidigung der Demokratie“ (1932) oder der 1955 verfassten Schrift „Foundations of Democracy“ ins Griechische ist ein Desiderat, dem hiermit Ausdruck verliehen sei.

Bereits unmittelbar nach der Tagung konnten die nur leicht überarbeiteten Redetexte in griechischer Sprache gedruckt erscheinen.²⁾ Der große Erfolg der Tagung ließ aber bei allen Beteiligten den Wunsch aufkommen, auch erweiterte Fassungen der Referate in deutscher Sprache in der Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts zu veröffentlichen. In diese deutsche Fassung wurde zur Abrundung des Bandes auch der bereits 1997 erschienene Beitrag von Clemens Jabloner „Menschenbild und Friedenssicherung“ aufgenommen.

Die Organisation der Tagung sowie die Herstellung des gegenwärtigen Tagungsbandes erfolgten einvernehmlich durch die Akademie von Athen, das Hans Kelsen-Institut in Wien und das FWF-Projekt „Hans Kelsens Leben in Amerika und die weltweite Verbreitung seiner Rechtslehre“. Die Herausgeber danken der österreichischen Botschaft in Athen für die großzügige finanzielle Unterstützung der Tagung; die Druckkosten wurden vom österreichischen

¹⁾ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*² (1960, Nachdruck Wien 1992) VII.

²⁾ Nikitas Aliprantis (Hrsg.), Hans Kelsen. Η διαχρονικότητα του πνεύματος στο νομικό και κοινωνιολογικό του έργο (Athen 2013).

Wissenschaftsfonds FWF bestritten, wofür gleichfalls Dank gezollt sei. Die Satzarbeiten erfolgten durch Frau Katharina Bernold, Herrn Mag. Johannes Domanig und Herrn cand.iur. Harald Trobollowitsch, wofür wir herzlich danken. Unser ganz besonderer Dank geht an Herrn Dr. Klaus Zeleny, der sowohl die Tagungsorganisation als auch die Entstehung dieses Bandes mit großer Sachkunde uneigennützig unterstützte.

Athen und Wien, im Sommer 2014

Die Herausgeber

Abkürzungsverzeichnis

B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
FWF	Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung
HKI	Hans Kelsen-Institut
HKW	Hans Kelsen Werke
Hrsg	Herausgeber
KrV	Kritik der reinen Vernunft
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZÖR	Zeitschrift für Öffentliches Recht

Inhaltsverzeichnis

Geleitwort.....	V
Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	X
I. Kelsen als Rechtswissenschaftler	
Das Postulat einer streng wissenschaftlichen Erkenntnis des Rechts (<i>Matthias Jestaedt</i> , Freiburg).....	3
Die Selbsterzeugung des Rechts und ihre Folgen (<i>Nikitas Aliprantis</i> , Athen).....	13
Die Reine Rechtslehre und die allgemeinen Rechtsprinzipien des Völkerrechts (<i>Jörg Kammerhofer</i> , Freiburg).....	25
II. Kelsen als Philosoph und Ideologiekritiker	
Der Positivismus von Kelsen (<i>Jesús Padilla Gálvez</i> , Toledo).....	39
Kelsens Ideologiekritik (<i>Otto Pfersmann</i> , Paris)	53
Der Wert von Gerechtigkeit in den Werken von Kelsen (<i>Mario G. Losano</i> , Mailand).....	67
Marxismus und Kelsen (<i>Michael Potacs</i> , Wien)	81
III. Kelsen als engagierter Denker	
Kelsen als Demokrat und Freiheitsdenker (<i>Carlos Miguel Herrera</i> , Cergy-Pontoise).....	95
Kelsen als praktischer Verfassungsrechtler (<i>Ewald Wiederin</i> , Wien)	109
Kelsen als Pazifist (<i>Thomas Olechowski</i> , Wien).....	119
IV. Kelsen als Soziologe	
Menschenbild und Friedenssicherung (<i>Clemens Jabloner</i> , Wien)	133

Von der Vergeltung zur Kausalität: Hans Kelsens Interpretation des frühgriechischen Denkens (<i>Ioannis G. Kalogerakos</i> , Athen).....	151
Die neuzeitliche Aufwertung des Kausalitätsprinzips (<i>Gerhard Donhauser</i> , Wien).....	169
V. Abschließender Ausblick (<i>Apostolos Georgiades</i> , Athen).....	179
Kurzbiographien.....	185

Die Reine Rechtslehre ist eine Theorie des positiven Rechts. [...] Als Theorie will sie ausschließlich und allein ihren Gegenstand erkennen. Sie versucht, die Frage zu beantworten, was und wie das Recht ist, nicht aber die Frage, wie es sein oder gemacht werden soll. Sie ist Rechtswissenschaft, nicht aber Rechtspolitik. [...]

*Kelsen, Reine Rechtslehre*¹ (1934) 1

I. Kelsen als Rechtswissenschaftler

Das Postulat einer streng wissenschaftlichen Erkenntnis des Rechts

I. Das Paradigma einer wissenschaftlichen Revolution: Einsteins Relativitätstheorie

Fragt man nach *dem* Wissenschaftler des 20. Jahrhunderts, so wird zumeist der Physik-Nobelpreisträger Albert Einstein (1879–1955) genannt werden. Was Einstein für die Wissenschaft im Allgemeinen und die Physik im Besonderen, ist – wie ich zu behaupten wage – der gerade einmal zweieinhalb Jahre jüngere Hans Kelsen (1881–1973) für die Rechtswissenschaft.

Bereits biographisch zeigen sich auffällige Parallelen zwischen Einstein und Kelsen: Beide gehören derselben Generation deutschsprachiger Forscher an, die dem liberalen, assimilierten und auf ein rationales Wissenschaftsideal eingeschworenen Judentum entstammen. Beide entwickeln ihre bahnbrechenden Theorien noch vor dem Ersten Weltkrieg (Einstein 1905 und 1916,¹⁾ Kelsen 1911²⁾). Beide gehören zu der von den Nationalsozialisten aus Deutschland „Vertriebenen Vernunft“³⁾ und müssen ins Exil gehen. Beide emigrieren in die USA und erwerben die U.S. citizenship. Beide finden eine neue akademische Heimat an einer US-Spitzenuniversität (Princeton bzw. Berkeley) und verbringen ihren Lebensabend fernab ihres Geburtslandes.

Frappierender noch sind die Parallelen, zieht man die wissenschaftliche Leistung und Bedeutung beider in Betracht: Einstein revolutionierte, namentlich mit seinen Arbeiten zur „speziellen“ und zur „allgemeinen Relativitätstheorie“, das ganz von der Newtonschen Physik geprägte (natur)wissenschaftliche Weltbild zu Beginn des 20. Jahrhunderts. Seither bildet die Einsteinsche Relativitätstheorie das Paradigma einer wissenschaftlichen Revolution, ist die physikalische Gleichung $E=m \cdot c^2$, die die Äquivalenz von Masse und Energie zum Ausdruck bringt, die berühmteste Formel überhaupt. In der „speziellen Relativitätstheorie“ begründet Einstein die Relativität von Raum und Zeit. Er zeigt, dass die bis dato als universell und absolut geltenden Ordnungsstrukturen von Raum und Zeit in Relation, und das heißt: in Abhängigkeit stehen vom Standpunkt des Beobachters. Dies hat zur Folge, dass Messungen und Größenangaben zu Raum und Zeit nur für das Bezugssystem gültig sind, in dem sie getätigt worden sind. Wechselt das Bezugssystem, verändert sich das „Verhalten“ von Raum und Zeit, verändern sich deren Strukturen und Eigenschaften, folgen räumliche und zeitliche Aussagen und Angaben gegebene

¹⁾ *Einstein*, Elektrodynamik 891 ff.; *ders.*, Grundlage 769 ff.

²⁾ *Kelsen*, Hauptprobleme¹ 21 ff.

³⁾ *Stadler*, Vernunft².

nenfalls nicht mehr denselben Gesetzmäßigkeiten. Mit den Phänomenen der sogenannten Längenkontraktion und Zeitdilatation verändert Einstein die physikalische Sicht- und Verständnisweise der Natur: Die vormalig als unabänderlich vorgegeben gedachten, apriorischen Koordinaten von Raum und Zeit können nur mehr bezugssystemabhängig, eben relativ zu einem vorgegebenen Standpunkt, bestimmt werden. Das bedeutet für den Wissenschaftler, dass er „als solcher niemals ausschließlich das gemessene Objekt selbst, sondern immer zugleich die besonderen Bedingungen der Messung ins Auge zu fassen hat“.⁴⁾ Raum und Zeit sind seither nur mehr als – relative, da von den Bedingungen der Messung abhängige – „Maßbegriffe“ und nicht mehr als – absolute, das ontologisch Reale abbildende – „Dingbegriffe“ zu verwenden.⁵⁾

Auch Kelsen entwickelt eine Art Relativitätstheorie: Die von ihm so genannte „Reine Rechtslehre“ ist, bei Lichte betrachtet, nichts anderes als eine juristische, also auf das Recht und die Rechtswissenschaft bezogene Relativitätstheorie, Kelsen folglich nichts weniger als der Einstein der Rechtswissenschaft.

II. „Demythologizing Legal Thought“:⁶⁾ Rechtswissenschaft auf der Höhe der Wissenschafts- und Erkenntnistheorie

Kelsens Bestreben geht von Beginn an dahin, die zeitgenössische Rechtswissenschaft, „diese dem Zentrum des Geistes entlegene Provinz, die dem Fortschritt nur langsam nachzuhumpeln pflegt, durch einen unmittelbaren Kontakt mit der allgemeinen Wissenschaftslehre in eine etwas raschere Bewegung zu setzen“⁷⁾ und sie dadurch „auf die Höhe einer echten Wissenschaft [...] zu heben“.⁸⁾ Er will, mit anderen Worten, eine modernen Wissenschaftsansprüchen genügende, d.h. insonderheit antimetaphysische, ideologiekritische und skeptisch-rationale Jurisprudenz formulieren. Zu diesem Behufe unterzieht er, vom Boden einer neukantianisch inspirierten Erkenntnistheorie aus, die überkommene Rechtswissenschaft einer radikalen methodologischen Revision, einem aufklärerischen Programm der Entmythologisierung und Entideologisierung des rechtswissenschaftlichen Denkens, kurz: einer Verwissenschaftlichung, welche namensprägend im Reinheitsanspruch zum Ausdruck gelangt.

Die Reinheit bezieht sich, wie Kelsen nicht müde wird, gegen gebetsmühenhaft wiederholte Fehldeutungen zu betonen, *nicht* auf den Gegenstand der Rechtswissenschaft, also *nicht* auf das positive Recht, sondern auf die Wissenschaft selbst. Das sogenannte positive, von Menschen gesetzte Recht kann nach Kelsen jeden beliebigen, also auch jeden beliebigen „unreinen“, sprich:

4) *Cassirer*, Relativitätstheorie 15.

5) Vgl. *Cassirer*, Relativitätstheorie 7 ff.

6) *Ebenstein*, Theory of Law 617 ff.

7) *Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ V.

8) *Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ III.

für ungerecht gehaltenen Inhalt annehmen.⁹⁾ Dieses Recht hat die Rechtswissenschaft ja gerade in seiner historischen Zufälligkeit und in seiner konkreten sozio-kulturellen Prägung als von Menschen Gemachtes unvoreingenommen zu erfassen und unverfälscht in seiner Funktionsweise zu beschreiben. Die Rechtswissenschaft – und nicht das Recht! – soll „rein“ sein, das heißt von sachfremden, politischen Übergriffen ebenso freigehalten werden wie von disziplinfremden, etwa soziologischen oder ethischen, psychologischen oder ökonomischen Beimengungen.

Die methodische Kompromisslosigkeit, die disziplinäre Rigorosität und die konzeptionelle Klarheit der Reinen Rechtslehre verdanken sich im Wesentlichen dem Umstand, dass Kelsen die Rechtswissenschaft konsequent den von ihm als bindend erkannten, nicht zuletzt dem Neukantianismus entlehnten Gesetzen der Epistemologie unterstellt. Es sind insbesondere drei erkenntnis- und wissenschaftstheoretische Prämissen, zu denen sich Kelsen offen bekennt, die er jedoch weniger begründet denn als gegeben voraussetzt. Dabei handelt es sich, erstens, um den unüberbrückbaren Dualismus von Sein und Sollen im Sinne des Humeschen Gesetzes.¹⁰⁾ Sein und Sollen bilden unterschiedliche Modi, die sich nicht aufeinander reduzieren und die sich nicht auseinander deduzieren lassen. Ein Sein kann sich immer nur aus einem Sein, ein Sollen immer nur aus einem Sollen ableiten. Zweitens betrifft es den auf der Grundlage eines strikten Nonkognitivismus formulierten wissenschaftlichen Wertrelativismus, i.e. die Unmöglichkeit, dass sich absolute Werte auf rationale Weise intersubjektiv zwingend begründen lassen. Ein absoluter Wert könne eben nur auf der Grundlage eines religiösen Glaubens an die absolute und transzendente Autorität einer Gottheit angenommen und begründet werden. Kelsens dritter Ausgangspunkt für die Konstruktion seiner Reinen Rechtslehre ist die disziplin-konstituierende Rolle der Methode, die eine deutliche Nähe zur Erkenntnistheorie Heinrich Rickerts aufweist.¹¹⁾ Was erkannt wird, das *obiectum quod*, hängt davon ab, wie, d.h. auf welchem Wege und mit welchem Mittel erkannt wird, also vom *obiectum quo*. Er spricht von dem „Fundamentalsatz aller Erkenntnistheorie, daß der Gegenstand der Erkenntnis durch die Erkenntnisrichtung bestimmt sei und daß daher zwei verschiedene Methoden [...] nicht ein und denselben Gegenstand [...], sondern zwei verschiedene Gegenstände erzeugen müssen, die mit dem gleichen Namen [...] zu bezeichnen, nur ein irreführender Fehler sein kann.“¹²⁾ Die Reinheit oder, was hier dasselbe ist, die Wissenschaftlichkeit ist für Kelsen gerade dadurch gekennzeichnet und nur dadurch gewährleistet, „daß die Erkenntnis innerhalb der ihr durch Gegenstand und Methode gezogenen Grenzen bleibt.“¹³⁾ Kelsens Wissenschaftsverständnis

⁹⁾ Grundlegend *Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ 63: „Jeder beliebige Inhalt kann Recht sein, es gibt kein menschliches Verhalten, das als solches, kraft seines Gehalts, ausgeschlossen wäre, zum Inhalt einer Rechtsnorm zu werden.“

¹⁰⁾ *Hume*, Human Nature.

¹¹⁾ Vgl. *Rickert*, Erkenntnis²; *ders.*, Erkenntnistheorie 169 ff.

¹²⁾ *Kelsen*, Souveränität¹ 281.

¹³⁾ *Kelsen*, Souveränität¹ 266.

füßt demnach auf der „Einheit des Gegenstandes als erkenntnistheoretisches Postulat“.¹⁴⁾

Dieser epistemologischer Konstruktivismus führt ihn konsequent zum methodologischen Reinheits- oder, was dasselbe meint, Einheitspostulat: Nur bei Identität wie Integrität der Erkenntnisrichtung und Erkenntnismethode sind Identität wie Integrität des Erkenntnisgegenstandes – hier: des Rechtes als *normatives* Phänomen und nicht etwa als soziales oder psychisches, historisches oder ökonomisches Phänomen – gewahrt. Nur dann redet man über dieselbe Sache. Nur dann bewegt man sich in derselben Geltungssphäre. Nur dann operiert man in ein und demselben Bezugs- oder auch Validationssystem, für welches gemeinsame Erkenntnis- und Analysegesetze gelten und in dem allein eine ordnende Inbezugsetzung der Erkenntnisse sinnvoll ist. Die Mischung von Sätzen und Konzepten unterschiedlicher, und das heißt eben: inkommensurabler und inkompatibler, nicht ineinander überführbarer Validationssysteme belegt Kelsen mit dem methodologischen Verdikt des „Methodensynkretismus“,¹⁵⁾ dem Paradefall der Unwissenschaftlichkeit. Wissenschaftlichkeit bedeutet danach – unter den Bedingungen ausdifferenzierter Wissenschaft(en) – konsequente und konsistente Selektivität. Diese methodologische „Reinheit“ ist kein exklusives oder auch nur spezifisches Merkmal der Rechtswissenschaft. Vielmehr ist das Axiom der methodisch bedingten Standpunktrelativität aller Erkenntnis ganz allgemein ein Gradmesser der Wissenschaftlichkeit einer Unternehmung.

In Bezug auf die Rechtswissenschaft hat die Reinheits-Thematik jedoch wegen der Nähe zu politischer Machtausübung besondere Brisanz. „Rein“ und damit wissenschaftlich ist die Rechtslehre nur dann, wenn sie sich nur jenes methodischen Instrumentariums bedient, welches der Eigenart und der Eigengesetzlichkeit des positiven Rechts Rechnung trägt, und alle übrigen Angebote ausschlägt. Anders ausgedrückt: wenn sie nur jene Erkenntnisse und Argumente berücksichtigt, die mit der spezifisch rechtswissenschaftlichen Methode erhoben und verarbeitet werden können. Um der Wissenschaftlichkeit willen ist Beschränkung, ist – in des Wortes doppelter Bedeutung – Disziplin vonnöten.

Das nicht selten missverstandene Reinheitspostulat ist damit nicht einem wissenschaftsästhetischen, steril-heterophoben, intellektualistischen oder auch nur ordnungssüchtigen Konsequentialismus geschuldet. Vielmehr manifestiert sich in ihm die Verpflichtung auf den handfest-praktischen Ernst der Sache – der Sache des Rechts wie der Sache der Rechtswissenschaft.

¹⁴⁾ Kelsen, *Reine Rechtslehre*¹ 134.

¹⁵⁾ Z.B. Kelsen, *Hauptprobleme*¹ 53, 294, 296 und 468; *ders.*, *Reine Rechtslehre*² 1.

III. Das Verwissenschaftlichungsprogramm der Reinen Rechtslehre als Reinigungsprogramm

Im Angesicht der traditionellen Jurisprudenz nimmt sich Kelsens Verwissenschaftlichungsprogramm als ein (Selbst-)Bescheidungs- und (Selbst-)Reinigungsprogramm aus. Im strengen Sinne wissenschaftlich könne die Jurisprudenz nur sein, wenn sie sich zum einen mit dem Status einer beschreibenden „Rechtswissenschaft“ begnüge und nicht danach trachte, auch vorschreibende „Rechtspolitik“ zu sein, und wenn sie zum anderen strikt auf ihre Eigengesetzlichkeit bedacht sei, sprich: nicht fremddisziplinäre Elemente „in völlig kritikloser Weise“,¹⁶⁾ also ohne Rücksicht auf die Eigentümlichkeiten des jeweiligen Validationssystems, in das rechtswissenschaftliche Rasonnement integriere. Denn mit beidem – der Vermengung im eigentlichen Sinne rechtswissenschaftlicher und rechtspolitischer Aussagen einer- und der Mischung im eigentlichen Sinne rechtswissenschaftlicher Aussagen mit solchen der „Psychologie und Biologie“, der „Ethik und Theologie“¹⁷⁾ andererseits – würde das Grundprinzip des Wissenschaftlichen, eben die strikte Validationssystem-Relativität von Erkenntnissen und Aussagen, verletzt.

Wenigstens auf drei Stufen bzw. in drei Erscheinungsformen wirkt sich der „Reinheits“-Anspruch als Entzauberungs-, Entlarvungs- und Ausweisungsstrategie aus: Auf einer ersten Ebene deckt Kelsen auf, dass und wie weit die überkommene Jurisprudenz ihre Konzepte und Konsequenzen auf unzulässigen Hypostasierungen, Anthropomorphismen und Fiktionen gründet. Hier geht es um Methodensynkretismen in ihrer greifbarsten und unverstelltesten Form. Denn hier wird – Variante 1 – das Sprachbild nicht in seinem bloß metaphorischen und damit lediglich heuristischen Charakter ernstgenommen, sondern hier werden dem rechtlichen Phänomen unreflektiert die dem Sprachbild anhaftenden Eigenschaften zugesprochen, das Verhältnis der Ähnlichkeit folglich als Identität missdeutet. Des Weiteren wird hier – Variante 2 – nicht zwischen Erkenntnis- und Willensakt getrennt, wird die Beschreibung des Rechts mit der Veränderung desselben konfundiert. Und schließlich werden – Variante 3 – normwissenschaftliche, zurechnungsorientierte Fragen mit kausalwissenschaftlichen, kausalitätsorientierten Antworten bedacht – die offensichtlichste Konfusion zweier inkompatibler und inkommensurabler Validationssysteme.

Auf einer zweiten Ebene wirkt sich das Reinigungsprogramm der Kelsenschen Lehre als De-Ontologisierung- oder auch Ent-Substanialisierungsstrategie aus: Was gemeinhin in der Jurisprudenz für eine Rechtswesensfrage gehalten wird, erscheint im „reinen“ Licht als bloß kontingente Rechtsinhaltsfrage, als Frage, die sich anhand der konkret-kontingenten positivrechtlichen Normierung beantwortet und nicht auf der Grundlage einer (Rechts-)Wesenschau. An die Stelle „absoluter, weil qualitativer und transsystematischer Gegensätze“, die im Wege juridischer Spekulation gewonnen werden, treten nur

¹⁶⁾ Kelsen, Reine Rechtslehre¹ 1.

¹⁷⁾ Kelsen, Reine Rechtslehre¹ 1.

mehr „relative, quantitative, intrasystematische Differenzen“¹⁸⁾ die des positivrechtlichen Nachweises bedürfen, die also nur kraft bzw. in ihrer „Relation zum [positivierten] Rechtssatze“¹⁹⁾ bestehen. Pointiert: Substanz weicht Relation.

Auf einer dritten Ebene führen die vorgenannten Entzauberungs- und Entlarvungsstrategien dazu, die nicht dem Validationssystem der Rechtswissenschaft zugehörigen Sätze, Konzepte und Theoreme aus jenem auszuschneiden. Die Hinausweisungsgeiste ist integraler Bestandteil des dekonstruktivistischen und methodologisch-purgatorischen Programms der Reinen Rechtslehre. Die Argumentationsstruktur ist bekannt: Diese oder jene sei keine Frage des Rechts, sondern der – insoweit rechtlich nicht gebundenen – Politik, damit keine Frage der Rechtswissenschaft, sondern ggf. eine solche der Rechtspolitik oder auch der (Rechts-)Ethik. Diese oder jene sei keine Frage des Sollens, sondern eine solche des Seins, damit keine einer Norm-, sondern einer Kausalwissenschaft mit den Methoden der empirischen Forschung zugängliche Frage. Ja, sogar die Bestimmung oder Inhaltsfüllung, d.h. die Wahl der Grundnorm, also der (Letzt-)Begründung der Rechtsgeltung sei keine Frage, die mithilfe des positiven Rechts und der auf seine objektive und exakte Beschreibung ausgerichteten Rechtswissenschaft beantwortbar wäre, sondern eine extrajuristische und damit extrajuristische Frage subjektiver politischer, moralischer etc. Präferenz. In den genannten Konstellationen zeugt sich die Rechtswissenschaft um der Wahrung ihrer Wissenschaftlichkeit willen (!) der eigenen Inkompetenz und verweist auf die Selektivität und Sektoralität ihres Kompetenzbereiches. Den Preis des Wissenschaftsanspruches bezahlt die Jurisprudenz – wenigstens vorderhand – mit einer drastischen Verkleinerung ihres Zuständigkeits- und Einflussbereiches. Dessen ist sich Kelsen sehr wohl bewusst.

IV. Die Grammatik des positiven Rechts

Entsprechend dem Wissenschaftsideal möglichst objektiver und exakter Beschreibung und Erfassung der Phänomene verfolgt Kelsen mit der Reinen Rechtslehre die – nota bene: frei gewählte – Zielsetzung, möglichst objektive und exakte Informationen über Struktur und Funktionsweise des positiven Rechts zu vermitteln. Das Recht als „spezifische soziale Technik“²⁰⁾ soll beschrieben werden, wie es in seiner Rechtlichkeit tatsächlich ist, und nicht, wie es sein sollte.

Bezugspunkt der „Reinheit“ der Rechtslehre ist folglich die getreuliche Abbildung der „Eigengesetzlichkeit“ des Rechts. Diese ist nach Kelsen durch die duale Modalität des positiven Rechts bestimmt: die Koinzidenz von seinsbezogener Positivität und sollensbezogener Normativität. Recht entsteht zwar

¹⁸⁾ Kelsen, Staatslehre VII.

¹⁹⁾ Kelsen, Hauptprobleme¹ 641, 643–644.

²⁰⁾ Kelsen, Reine Rechtslehre¹ 28, 32: „soziale Technik einer Zwangsordnung“; ders., General Theory 5: „specific technique of social organization“.

nur kraft tatsächlicher Umstände, typischerweise kraft menschlichen Verhaltens. Es ist insofern historisch kontingent und geprägt von den soziokulturellen Gegebenheiten, in denen es entsteht. Aber welche Tatsachen rechtserzeugend wirken, lässt sich nicht der Welt der Tatsachen und dem Gesetz der Kausalität entnehmen. Aufschluss darüber können exklusiv die die Rechtserzeugung regelnden Rechtsnormen und das darin zum Ausdruck gelangende Gesetz normativer Zurechnung geben. Kelsen bezeichnet es als eine dem Recht zukommende Eigentümlichkeit, dass es seine eigene Erzeugung und Vernichtung regelt. Tatsachen sind, getreulich dem Rechtspositivismus, für die Entstehung von Rechtsnormen eine *conditio sine qua non*. *Conditio per quam* können aber, getreulich der Unableitbarkeit eines Sollens aus einem Sein, nur Rechtsnormen sein. Diese fungieren insoweit als „Deutungsschema“²¹⁾ für soziale Tatsachen.

Kann Recht nur nach Maßgabe des Rechts selbst erzeugt und verändert werden, so hat eine Wissenschaft, die sich zum Ziele gesetzt hat, das Recht in seiner „Eigengesetzlichkeit“ darzustellen, sich aller Versuche zu enthalten, von sich aus auf das Recht verändernd Einfluss zu nehmen, d.h. Recht zu erzeugen oder zu vernichten. Beschreibung des Rechts auf der einen sowie Bewertung und Gestaltung desselben auf der anderen Seite sind strikt zu unterscheiden. Die von der Reinen Rechtslehre verfolgte Zielsetzung, möglichst exaktes und objektives Orientierungswissen über das positive Recht zu vermitteln, ist natürlich nicht die einzig richtige oder die einzig legitime Zielsetzung einer Beschäftigung mit dem Phänomen „Recht“. Kelsen spricht sonstigen Sichtweisen auf das Phänomen „Recht“ nicht ihre Berechtigung ab. Aber er scheidet doch die nach Perspektive, Methode, Kontext, Gegenstand und Sprache abweichenden Disziplinen wie beispielsweise die Rechtssoziologie und die Rechtsethik, die Rechtsgeschichte und die Rechtsphilosophie von der Rechtswissenschaft, wie er sie versteht. Für ihn kann die Wissenschaftlichkeit jeder einzelnen Disziplin nur dadurch gewahrt werden, dass die Vielzahl möglicher disziplinärer Diskurse in ihrer Unterschiedlichkeit – in ihrer jeweiligen Eigenrationalität und Eigenfunktionalität – erkannt wird. Der Pluralität möglicher Erkenntnisinteressen entspricht die Alternativität und Selektivität, die Relativität und Inkommensurabilität disziplinverschiedener Erkenntnisse und Ergebnisse. Damit erteilt er dem immer wieder bemühten universalwissenschaftlichen Traum eine Absage.

V. Juridische Relativitätstheorie

Die in der traditionellen Rechtswissenschaft ebenso verdinglicht wie dem Recht vorausliegend konzipierten Grundkategorien rechtswissenschaftlichen Denkens wie Staat und Person, Wille und Geltung, Unrecht und Kausalität büßen nach Kelsens ideologiekritischem und metaphysikfreien Entwurf ihre Absolutheit, d.h. Unveränderlichkeit, Substantialität und Vorgegebenheit ein. So wie Raum und Zeit nach Einsteins neuer Weltsicht nur mehr relativ zu

²¹⁾ Zur „Norm als Deutungsschema“ pars pro toto: *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 3.

bestimmende Ordnungsgrößen abgeben, so erweisen sich auch die juristischen Kategorien nur mehr als Relationsbegriffe, die nicht unabhängig vom Bezugssystem, in dem sie verwendet werden, Bestand und Inhalt haben. An die Stelle der „harten“, über die Zeiten hinweg beständigen, verlässlichen Substanz tritt die „weiche“, stets von Neuem zu bestimmende, fragile Relation.

Rechtsnormen – seien es Gebote oder Verbote, Erlaubnisse oder Ermächtigungen – bestimmen sich sowohl, was das Ob, als auch, was das Wie betrifft, exklusiv aus der, wie Kelsen es formuliert, „Relation zum Rechtssatz“.²²⁾ Was sich nicht auf einen Satz des positiven Rechts zurückführen lässt, hat folglich keine (positiv)rechtliche Bedeutung. Kelsen wendet sich damit gegen die verbreitete verdinglichend-ontologische Sichtweise, dass Staat und Person an und für sich, d.h. unabhängig und vorgängig zu allen kontingenten Rechtsvorschriften existieren und letztere jenen in einem zweiten Schritt lediglich konkrete Rechte und Pflichten zuweisen. Demgegenüber geht Kelsen zufolge kein Rechtsphänomen in seiner Substanz dem positiven Recht voraus, sondern bezieht ganz umgekehrt sein spezifisches Gewicht, seinen Inhalt und seine Funktion aus den positivrechtlichen Relationen, ist mithin rechtsordnungsimmanent und rechtsordnungsrelativ zu bestimmen. Person-Sein im Rechtssinne meint In-Relation-Sein. Rechtsakteure existieren demnach nur mehr als bzw. in Relation: „Die Person [...] ist nichts anderes als die Personifikation eines Komplexes menschliches Verhalten statuierender Normen“.²³⁾ Dem Verdikt, fälschlicherweise als unabänderliche und vorgegebene Substanz auszugeben und zu behandeln, was nur kontingente und gemachte Relation ist, unterfällt das Gros der überkommenen rechtswissenschaftlichen Orientierungs- und Ordnungsraster, so die Leit-Unterscheidungen von Privatrecht und Öffentlichem Recht, von nationalem und internationalem Recht, von juristischer und natürlicher Person, von subjektivem und objektivem Recht, von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, von Staat und Recht.

Juristische Wesensschau hat in dieser ideologiekritischen Rechtswissenschaft ausgedient. In Kelsens eigenen Worten: „Es handelt sich mir durchwegs um die Auflösung der im Denken des Juristen erstarrten, verdinglichten Rechtsgebilde, um ihre Rückführung auf die einfachen und reinen Relationen des Rechtssatzes“.²⁴⁾ Der juristische Relationismus Kelsens darf als Vorläufer der heutigen, durch Sprach- und Systemtheorie geprägten Sichtweise gelten, dass Recht nur in sozialer Kommunikation existent sei oder kürzer: dass alles Recht Kommunikation sei,²⁵⁾ freilich – und das ist von zentraler Bedeutung! – *selbstregulierte Kommunikation*.

Sieht man genauer zu, so lassen sich bei Kelsen mindestens drei Spielarten des Relativitätsgedankens unterscheiden: eine axiologische Variante (Wertrelativismus), eine methodologische (die „Reine Rechtslehre“ als eine

²²⁾ Z.B. *Kelsen*, Hauptprobleme¹ 641, 643, 644.

²³⁾ *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz² XVII.

²⁴⁾ *Kelsen*, Souveränität IV.

²⁵⁾ Dazu pars pro toto *Luhmann*, Gesellschaft¹.

die Validationssystem-Relativität beherzigende und konsequent umsetzende Rechtswissenschaft) und eine phänomenologische (Rechtsphänomene sind nur in ihrer Relation zum Rechtssatz zu erkennen).

VI. Die Reine Rechtslehre als „Kränkung“ traditioneller Jurisprudenz

Während der Erfinder der physikalischen Relativitätstheorie zu einem populären Wissenschaftsidol avanciert ist, welches uns – mit herausgestreckter Zunge – frech-sympathisch von einem Poster entgegenstrahlt, sieht sich der Erfinder der juridischen Relativitätstheorie von Beginn an – und bis heute – heftiger Gegenwehr der etablierten Jurisprudenz ausgesetzt. Das darf freilich bei der Radikalität des Angriffes, den er mit seiner „Reinen Rechtslehre“ führt, und der Zumutung, die in dem Verwissenschaftlichungsprogramm zu erblicken ist, welches er der überkommenen Jurisprudenz verordnet, allerdings auch nicht überraschen. Dankbarkeit, gar Sympathie darf der Aufklärer von den gegen ihren Willen Aufgeklärten nicht erwarten. Wer mit aufklärerischer Absicht ent-täuschen will, der verursacht zumeist auch Enttäuschung.

Ein anderer jüdischstämmiger Wiener entwickelt in vergleichbarer Situation und zu gleicher Zeit ein berühmt gewordenes Erklärungsmuster: Sigmund (Sigismund Shlomo) Freud (1856–1939) deutet den Widerstand gegen die von ihm propagierte Psychoanalyse als Reaktion auf eine Kränkung der Menschheit.²⁶⁾ Im Laufe der Neuzeit habe die Menschheit drei nachhaltige Kränkungen ihrer naiv-unaufgeklärten Eigenliebe erlitten: An der Schwelle zum 16. Jahrhundert habe der Mensch einsehen müssen, dass die Erde nicht den Mittelpunkt des Universums bilde, sie vielmehr nur ein Planet unter vielen sei, die sich um die Sonne drehen (kopernikanische oder kosmologische Kränkung); im 18. Jahrhundert sei die kreationistisch gedachte Gottebenbildlichkeit des Menschen durch die Einsicht paralytisiert worden, dass der Mensch, die Krone der Schöpfung, vom Affen abstamme (darwinsche oder biologische Kränkung); im 20. Jahrhundert schließlich habe der Mensch lernen müssen, dass er weniger durch Bewusstsein und Vernunft als durch das Unbewusste und Triebhafte gesteuert werde (freudsche oder psychologische Kränkung).

Analog dazu ist zu erwägen, den teils bis heute fortdauernden Widerstand gegen die „Reine Rechtslehre“ unter anderem mit den auf ihr Konto gehenden Kränkungen der Jurisprudenz zu erklären. Denn in seinem Beharren auf reinlicher Scheidung von Recht und Moral (rechtsmoralistische Kränkung), von Norm und Tatsache (rechtsnaturalistische Kränkung), schließlich von Rechtswissenschaft und Rechtserzeugung (rechtspolitische Kränkung) kränkt Kelsen gleich dreifach das machtbewusste Selbstverständnis der Jurisprudenz und beschneidet sowohl gegenüber der Rechtspraxis als auch gegenüber den Nachbarwissenschaften ihren Erklärungs-, Steuerungs- und Herrschaftsanspruch – im Namen der für Kelsen (wenn sich eine solche Nomenklatur für den großen Entmythologisierung überhaupt schickt!) heiligen Wissenschaftlichkeit.

²⁶⁾ Freud, Psychoanalyse 7 ff.

Literaturverzeichnis

- Ernst *Cassirer*, Zur Einstein'schen Relativitätstheorie. Erkenntnistheoretische Betrachtungen (1921), in: *ders.*, Gesammelte Werke, Hamburger Ausgabe, ECW 10 (Hamburg 2001)
- William *Ebenstein*, The Pure Theory of Law: Demythologizing Legal Thought, in: *California Law Review* 59 (1971) 617 ff
- Albert *Einstein*, Die Grundlage der allgemeinen Relativitätstheorie, in: *Annalen der Physik* 49 (1916) 769 ff
- Albert *Einstein*, Zur Elektrodynamik bewegter Systeme, in: *Annalen der Physik* 17 (1905) 891 ff
- Sigmund *Freud*, Eine Schwierigkeit der Psychoanalyse (1917), in: *ders.*, Gesammelte Werke XII (Frankfurt 1947) 3 ff
- David *Hume*, A Treatise of Human Nature. Being an Attempt to introduce the experimental Method of Reasoning into moral Subjects (London 1740)
- Hans *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze¹ (1911), in: Matthias Jestaedt (Hrsg.), *Hans Kelsen Werke* 2 (HKW 2), (Tübingen 2008) 21 ff
- Hans *Kelsen*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre¹ (1920), in: *HKW* 4 (Tübingen 2013) 235 ff
- Hans *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze² (Tübingen 1923)
- Hans *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Berlin 1925)
- Hans *Kelsen*, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik¹ (Leipzig/Wien 1934)
- Hans *Kelsen*, General Theory of Law and State (Cambridge/Mass 1945)
- Hans *Kelsen*, Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit² (Wien 1960)
- Niklas *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft 1 (Frankfurt am Main 1993)
- Heinrich *Rickert*, Der Gegenstand der Erkenntnis. Einführung in die Transcendentalphilosophie² (Freiburg 1904)
- Heinrich *Rickert*, Zwei Wege der Erkenntnistheorie. Transcendentalpsychologie und Transcendentallogik, in: *Kant Studien* 14 (1909) 169
- Friedrich *Stadler*, Vertriebene Vernunft. Emigration und Exil österreichischer Wissenschaft 1930–1940² (Münster 2004)

Nikitas Aliprantis, Athen

Die Selbsterzeugung des Rechts und ihre Folgen

Kleiner Exkurs zu Kelsen als Mensch

Zu Beginn meiner Abhandlung ist es mir ein Anliegen, in voller Übereinstimmung mit den Thesen des Kollegen Matthias Jestaedt, auf eine Stelle der zweiten Auflage der Reinen Rechtslehre hinzuweisen,¹⁾ die sich auf die statische Auffassung des Rechts bezieht. Dort präzisiert Kelsen, indem er das Recht als Zwangsordnung, d.h. als eine Zwangsakte statuierende Ordnung, definiert, dass diese Zwangsakte von zweierlei Art sind. Erstens, Sanktionen, die als Reaktion gegen eine von der Rechtsordnung bestimmte Handlung oder Unterlassung statuiert sind, und zweitens, Zwangsakte, die nicht diesen Charakter haben und für bestimmte Eigenschaften oder Zustände von Individuen auferlegt werden. Hier erwähnt er als Beispiele bewusst zuerst den unverdächtigen Fall von Individuen, die von einer für die öffentliche Gesundheit gefährlichen Krankheit befallen sind, um dann diejenigen hinzuzufügen, die „wegen ihrer Rasse oder ihrer politischen oder religiösen Gesinnung für schädlich“ gehalten werden und Internierung oder „zwangsweise Vernichtung“ zu erleiden haben. Was für eine erstaunliche wissenschaftliche und menschliche Distanzierung von der juristischen Barbarei jener Jahre, ohne die geringste, nicht einmal mittelbare, Anspielung darauf!

I. Die dynamische Rechtstheorie als Selbsterzeugung des Rechts

A. Voraussetzungen

1. Die Rechtsordnung als Aggregat von Normen

In der traditionellen, aber auch bis heute verbreiteten Rechtslehre steht der Begriff der Rechtsnorm im Mittelpunkt, was zur Folge hat, dass sie sehr oft übersieht, das Recht als ein Aggregat von Rechtsnormen, d.h. als Rechtsordnung zu betrachten. Sogar zeitgenössische Theoretiker von hohem Prestige wie z.B. der Deutsche Reichard Zippelius²⁾ oder der Franzose Jean-Luc Aubert³⁾ befassen sich nur am Rande mit dem Begriff der Rechtsordnung und verkennen im Grunde die Bedeutung, die in einer vertieften Untersuchung liegt. Wie Norberto Bobbio es formuliert, konzentriert die traditionelle Rechtslehre ihr Interesse auf die einzelnen Bäume (die Rechtsnormen) und übersieht dabei den

1) *Kelsen*, Reine Rechtslehre²114.

2) *Zippelius*, Wesen.

3) *Aubert*, Introduction.

Wald.⁴⁾ Ich ziehe es vor, einen der bekannten Theoretiker mit deutscher Sprachbeherrschung, Jean Dabin, nicht zu kommentieren, der, als er die Auffassung des Rechts als Rechtsnorm erwähnt, diese letztere bestimmt, indem er sie mit der Rechtsordnung identifiziert, und zwar unter Verwendung eben dieses deutschen Terminus (Rechtsordnung)!⁵⁾ Aber auch unter den zeitgenössischen Theoretikern, die dem Begriff der Rechtsordnung die gebührende Stellung zuerkennen, wird üblicherweise die statische Auffassung vertreten.⁶⁾ Was bedeutet, dass die Rechtsordnung als System von geltenden Normen angesehen wird, die sich bestimmen lassen unter Hinweis auf die Begriffe von der Rechtspflicht und der Haftung, der Sanktionen, der subjektiven Rechte und der Rechtssubjekte (natürliche und juristische).

2. Die Rechtsordnung als Gesamtheit von stufenweise strukturierten Ermächtigungsnormen

Kelsen hat, anfänglich inspiriert durch seinen Schüler Adolf Merkl, die höchst bedeutsame Originalität des Rechts, nämlich seine eigene Erzeugung und Anwendung in einem ständig sich erneuernden Normenerzeugungsprozess zu regeln, ans Licht gebracht und tiefgreifend bearbeitet. Diese gravierende Neuerung wird im Terminus Rechtsdynamik ausgedrückt.⁷⁾ Sie legt ihre Achse nicht auf die Normen, sondern auf die Akte, die durch die Normen bestimmt werden und die deren Erzeugung und Anwendung regeln.⁸⁾⁹⁾ In einer ersten einfachen Formulierung kann gesagt werden, dass die Erzeugung der mehr generellen Normen, nämlich die gesetzgebende Prozedur, von der Verfassung bestimmt ist und dass die form- und verfahrensregelnden Gesetze die Anwendung der materiellen Gesetze durch die Gerichte und die Verwaltungsbehörden bestimmen. Konkret wird dies meistens dadurch realisiert, dass eine Norm die Prozedur präzisiert, in der eine andere Norm erzeugt wird. Sie kann allerdings zugleich, bis zu einem gewissen Grad, auch den Inhalt der zu erzeugenden Norm bestimmen. Nach dem dynamischen Charakter des Rechts gilt eine Norm, weil und sofern sie auf eine bestimmte Weise, d.h. durch eine andere Norm bestimmte Weise, erzeugt wurde, und diese stellt den unmittelbaren Geltungsgrund für jene dar. Die die Erzeugung anderer Normen regelnden Normen (Erzeugungs- oder Ermächtigungsnormen) sind stufenweise struktu-

⁴⁾ *Bobbio*, Della struttura 202.

⁵⁾ *Dabin*, Théorie 2.

⁶⁾ Unter vielen siehe *Engisch*, Einheit; *Friedmann*, Legal Theory; *Del Vecchio*, filosofia del diritto; *Fechner*, Rechtsphilosophie; *Henkel*, Rechtsphilosophie; *Bekaert*, l'étude du droit; *Roubier*, Théorie générale du droit; *Pescatore*, Science du droit; *Aravintinos*, Rechtswissenschaft.

⁷⁾ *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 196 ff.

⁸⁾ Diese Auffassung der Selbsterzeugung des Rechts hat keinerlei Bezug zu der sogenannten autopoietischen Theorie des Rechtssystems. *Gunther Teubner* gibt in seinem Werk „Recht als autopoietisches System“ überhaupt keinen Hinweis hierauf, und sei es nur um einer Klarstellung willen.

⁹⁾ Es wird später erklärt, dass die Normenanwendung, bis auf eine Ausnahme, auch Normenerzeugung ist. Siehe schon *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 239 ff.

riert, so dass die Normen jeder Stufe den Geltungsgrund anderer Normen bilden, und zwar derjenigen der unmittelbar nächsten Stufe. Dieser logische Zusammenhang der Normen kann durch das Bild der Hierarchie (der Über- und Unterordnung) zwischen höheren und niederen Normen ausgedrückt werden. „Die die Erzeugung regelnde (Norm) ist die höhere, die bestimmungsgemäß erzeugte (Norm) ist die niedere Norm. Die Rechtsordnung ist nicht ein System von gleichgeordneten, nebeneinanderstehenden Normen, sondern ein Stufenbau verschiedener Schichten von Rechtsnormen“.¹⁰⁾ Ihre Einheit – um mit Kelsens Worten in ihrer einmaligen Klarheit zu sprechen – ist durch den Zusammenhang hergestellt, der sich daraus ergibt, dass die Geltung einer Norm, die gemäß einer anderen Norm erzeugt wurde, auf dieser anderen Norm beruht, deren Erzeugung wieder durch eine andere bestimmt ist. Dieser Regress mündet letztlich in der logisch notwendig vorausgesetzten Grundnorm, die den obersten Geltungsgrund der Rechtsnormen bildet und die Einheit der Rechtsordnung gründet.

Es ist viel diskutiert worden über diese Grundnorm, viele Einwände hat es gegen sie gegeben und Missverständnisse sind formuliert worden. Kelsen selbst hat in hohem Alter sein Verständnis von ihr geändert und hat sie nicht als hypothetische (vorausgesetzte), sondern als fiktive Norm aufgefasst, was, meiner Meinung nach, zweifelhaft ist.¹¹⁾ Im Rahmen dieser Abhandlung beschränke ich mich darauf zu bemerken, dass ich die Grundnorm – gemäß einem von Kelsen selbst verwendeten Ausdruck – als Verfassung im rechtslogischen Sinne betrachte.¹²⁾

3. Die normlogische Auffassung des Rechts

Es muss betont werden, dass die Akte, die das Verfahren der Erzeugung und Anwendung des Rechts regeln, selbstverständlich Inhalt von Rechtsnormen bilden, d.h., dass sie durch Rechtsnormen geregelt sind. Mit anderen Worten, auch die dynamische Rechtstheorie bezieht sich auf Rechtsnormen und speziell auf die Ermächtigungsnormen, die eventuell die Ausübung der Ermächtigung Inhalt von einer Rechtspflicht, d.h. verbindend, machen. Die durch die Akte gebildeten Rechtsnormen durchdringen die ganze Rechtsordnung. Konkret und genauer ausgedrückt ist Kelsens Lehre eine durchaus konsequente normlogische Theorie, sie bezieht nämlich alle Momente der Rechtsordnung auf den Begriff der Rechtsnorm.

In diesem Rahmen erscheint es angebracht, kritisch auf die Betrachtung des Schweizer Rechtstheoretikers Hans Nawiasky hinzuweisen, der, obwohl er im Grunde die dynamische normlogische Lehre nicht nur annimmt, sondern sie als großartig und als glänzende Leistung der Wiener Schule bezeichnet¹³⁾, den

¹⁰⁾ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² 228, wo er synoptisch die Grundzüge der Stufenbaulehre darstellt.

¹¹⁾ In dieser Frage stimme ich mit den kritischen Bemerkungen von *Weinberger*, *Grundlage der Jurisprudenz und Ethik* 174, überein.

¹²⁾ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² 229.

¹³⁾ *Nawiasky*, *Allgemeine Rechtslehre* 45.

Stufenbau der Ermächtigungen als Rechtsakte von den Rechtsnormen absondert und seine Auffassung Ermächtigungsstufentheorie nennt im Gegensatz zur Rechtsnormstufentheorie.¹⁴⁾ Diese eigenartige und unbegründete Umänderung seiner Lehre erwähnt Kelsen nicht in der 2. Auflage der Reinen Rechtslehre, weil er sich, wie er selbst im Vorwort darlegt, auf die Änderungen seiner eigenen Ansichten konzentriert hat.¹⁵⁾

Der unaufhörliche Erzeugungsprozess von Rechtsnormen, der in jeder Stufe zugleich Erzeugung von Norm und Anwendung der unmittelbar höheren Norm ist, durchdringt die ganze Rechtsordnung. In der Regel handelt es sich um einen Prozess fortschreitender Individualisierung der Normen, die mit der Erzeugung von generellen gesetzlichen Normen durch die Verfassungsermächtigung beginnt. Es muss jedenfalls besonders betont werden, dass die Rechtsnormen nicht nur generellen und abstrakten Inhalt haben, sondern auch individuell und konkret sind – und dies betrifft auch die gesetzlichen Normen, die im Extremfall vollkommen individuell sein können. Ich erinnere hier an das griechische Gesetz, das der Witwe des Rechtsanwalts Mandilaras, der während der Obristen-Diktatur ermordet wurde, nach dem Sturz der Diktatur (1974) das Pensionsrecht anerkannt hat. Auch diese seltene Erzeugung individueller gesetzlicher Norm stellt gleichzeitig eine Ermächtigungsnorm an die Verwaltung dar, und diese Ermächtigung wird in den Prozess von Erzeugung und gleichzeitig Anwendung eingeordnet. Ihr können neue Ermächtigungen folgen, bis zum letzten Akt – im angeführten Beispiel – der Zahlung der Pension an die Witwe. Dieser letzte Akt bildet keine Erzeugung mehr, sondern ist nur noch Rechtsanwendung.

4. Die Anwendung als auch Erzeugung von Normen (bis auf die höchste und unterste Norm)

Wie bereits kurz erwähnt, ist nach Kelsens Auffassung jeder Rechtsakt gleichzeitig sowohl Anwendung einer höheren Norm und die durch ihn bestimmte Erzeugung einer niederen Norm¹⁶⁾. Die einzigen Ausnahmen von diesem doppelten Zug der Rechtsnormen sind einerseits die Grundnorm, die nur eine Erzeugungsnorm ist, und andererseits die Vollstreckung eines durch eine Norm gebotenen Zwangsaktes, die nur Anwendung einer Norm darstellt. Diese Feststellung hat im Rahmen der normlogischen Lehre sehr wichtige Folgen was die Auffassung erstens der Gerichtsentscheidungen betrifft, zweitens der Rechtsgeschäfte und zuallererst der Verträge, und drittens der subjektiven Rechte und der Verpflichtungen, wie ich zu zeigen versuchen werde.

In erster Linie statuiert jede Entscheidung von einem Zivil-, Straf- oder Verwaltungsgericht eine individuelle Rechtsnorm, die ein Zwischenstadium des Prozesses von Rechtserzeugung darstellt. Insofern besteht die gerichtliche Entscheidung gleichzeitig in der Anwendung und der Erzeugung von Rechtsnormen, genauso wie es geschieht mit den gesetzlichen, verwaltungsrechtli-

¹⁴⁾ Ebenda 48.

¹⁵⁾ *Kelsen*, Reine Rechtslehre², Vorwort VII.

¹⁶⁾ *Kelsen*, Reine Rechtslehre², vor allem 240.

chen und, wie gezeigt werden wird, den rechtsgeschäftlichen Normen. Der Unterschied liegt allein in der Tatsache, dass die Gerichte die generellen Normen anwenden und individuelle Normen erzeugen, deren Inhalt relativ bestimmt ist durch die ersten Normen, und sie statuieren meistens eine konkrete Sanktion oder manchmal bloß eine Feststellung. Demzufolge hat jede Gerichtsentscheidung einen gestaltenden Charakter. Wie Kelsen ausführlich erklärt, wird die individuelle Norm, die eine ganz konkrete Sanktion gegen ein Individuum statuiert, erst durch die Gerichtsentscheidung erzeugt, davor galt sie nicht. Selbst die gerichtliche Feststellung der Tatsache eines Delikts, allgemeiner der Voraussetzungen des Tatbestandes, hat in jedem Fall gestaltenden Charakter.¹⁷⁾

B. Eine konsequente dynamische Rechtsauffassung

1. Die subjektiven Rechte als Normerzeugungsbefugnisse

Es erscheint zweckmäßig, zunächst auf die Hauptfigur des Privatrechts, den Begriff des subjektiven Rechts einzugehen. In dem Maße, in dem die Rechtsordnung die Vertragsfreiheit anerkennt, bedeutet dies, dass sie den Rechtssubjekten die Ermächtigung erteilt, ihre Verhältnisse im Rahmen der generellen gesetzlichen oder Gewohnheitsnormen durch Rechtsnormen zu regeln, die durch Rechtsgeschäfte erzeugt werden.¹⁸⁾ In diesem Sinne ist die Vertragsfreiheit eine Normsetzungsbefugnis.¹⁹⁾ Die rechtsgeschäftlichen Normen werden traditionell, auch von den normlogischen Autoren, als Normen angesehen, die subjektive Rechte und korrespondierende Pflichten statuieren, d.h. Verhaltensnormen und keine Ermächtigungsnormen. Es ist aber hier sehr wichtig darauf hinzuweisen, dass die Logik der Stufenbaulehre ständig und in jeder Stufe zu prüfen fordert, ob die erzeugten Normen Ermächtigungs- oder Verhaltensnormen sind.²⁰⁾ In keiner Stufe darf die Art der Normen als gegeben geglaubt werden. Auf dieser Grundlage muss die Frage gestellt werden, ob die verschiedenen Rechtsstellungen, die allgemein als subjektive Rechte benannt werden, als Normsetzungsbefugnisse angesehen werden können. Dass die Gestaltungsrechte (z.B. Kündigungsrechte von schuldrechtlichen Verträgen) solche Befugnisse darstellen – immer im Rahmen der normlogischen Lehre – steht außer Zweifel, da sie Befugnisse enthalten, durch einen Rechtsakt Rechtslagen zu gestalten, d.h. Rechtsnormen zu setzen.

Ähnlich können auch die Gestaltungs-klagerechte (z.B. das gerichtliche Scheidungsrecht) als Normsetzungsbefugnisse betrachtet werden, die darin

¹⁷⁾ *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 224–225.

¹⁸⁾ Dass das Rechtsgeschäft Rechtsnormen erzeugt, hatte Kelsen schon 1923 anerkannt. Siehe *Kelsen*, Hauptprobleme, Vorwort zur 2. Auflage, XIV.

¹⁹⁾ Vgl. *Adomeit*, Gestaltungsrechte 11–13, 31.

²⁰⁾ Selbstverständlich hat dieser Hinweis nichts mit der Tatsache zu tun, dass es nicht ausgeschlossen ist, dass die Ermächtigungsnormen die Pflicht zur Ausübung der Ermächtigung mit einschließen.

bestehen, durch Klageerhebung den Richter zu ermächtigen, durch sein Urteil eine Norm zu setzen, da er eine neue Rechtslage gestaltet.²¹⁾

Die weitere Frage ist, ob auch die Herrschaftsrechte (absolute und relative) als Normsetzungsbefugnisse aufgefasst werden können. Die Antwort darauf, wie wir in Kürze erörtern werden, impliziert, dass die Existenz einer Korrespondenz der Begriffe subjektives Recht und Pflicht nicht als vorgegeben angenommen werden muss.

Bei genauerer Betrachtung ist für etliche Herrschaftsrechte die positive Antwort ersichtlich, so unter anderen, für das Verfügungsrecht, Einwandsrecht (z.B. Aufrechnungsrecht), das Recht, den Vertragspartner in Verzug zu setzen. Alle diese Rechte gestalten Rechtslagen und in diesem Sinne lassen sie sich zwanglos in den Erzeugungsprozess integrieren. Auch ganz allgemein können alle Herrschaftsrechte als Normsetzungsbefugnisse aufgefasst werden, indem sie in der Möglichkeit ihrer Träger bestehen, durch Rechtsakt (Klageerhebung) dem Richter eine Rechtsnorm zu setzen, konkret gesagt, die Befugnis durch sein Urteil eine individuelle Rechtsnorm zu setzen. Es versteht sich von selbst, dass diese dem Richter erteilte Befugnis in keinem Verhältnis zu der allgemeinen Ermächtigung steht, die den Richtern durch die prozessrechtlichen Gesetze gewährt wird.

Mit der dargelegten Auffassung wird die Kette der Ermächtigungen durch den Abschluss von Verträgen und allgemein durch die Rechtsgeschäfte nicht unterbrochen. Insoweit sind die Rechtsstellungen, die als subjektive Rechte bezeichnet werden, mit den Ermächtigungsnormen verbunden und lösen sich von den Verpflichtungs- (Verhaltens-)normen los und infolgedessen von der Vorstellung der Pflicht als Korrespondenzbegriff des subjektiven Rechts. Wenn nun die uralte Verbindung zwischen subjektivem Recht und Pflicht verneint wird, stellt sich die Frage, welche ist und mit welchem Begriff wird die Position des Gegners des subjektiven Rechts ausgedrückt.

2. Die Unterwerfung als Korrespondenzbegriff des subjektiven Rechts

Die traditionelle Korrespondenz Subjektives Recht – Pflicht ist schon seit etlicher Zeit als Auffassung mittelbar erschüttert²²⁾ und sogar direkt in Frage gestellt worden,²³⁾ auch in der deutschsprachigen Literatur. Übrigens hat diese

²¹⁾ Bötticher, Besinnung 41 ff. Es ist kaum erwägunswert, dass diese Auffassung erstens mit der Klagebefugnis nicht zu verwechseln ist, da die letztere auch dem zusteht, der das materielle Recht nicht hat, und zweitens sich auf ein rein privatrechtliches Recht bezieht und nichts mit einem vermeintlichen öffentlichen Recht zu tun hat.

²²⁾ Ripert/Boulanger, Droit Civil 284: „Derjenige oder diejenigen, die gebunden sind, die Existenz dieses Rechts [dh des subjektiven Rechts] zu erleiden, haben eine Pflicht“; Colin/Capitant/Morandière, Droit Civil I, no. 10: „das subjektive Recht setzt bei dem passiven Subjekt die Pflicht, diese Befugnis zu respektieren und sich dieser zu unterwerfen“; Brethe de la Gressaye/Laborde-Lacoste, Introduction générale 330: „das passive Subjekt soll die Folge der Befugnis erdulden, es ist unterworfen“. (Hervorhebungen von mir).

²³⁾ Bruns, Recht und Pflicht 20: „[...] die Pflicht als allgemeiner Korrespondenzbegriff des subjektiven Rechts kritischer Nachprüfung nicht standhalten kann“.

vermeintlich notwendige Korrespondenzvorstellung in der Vergangenheit zu falschen dogmatischen Konstruktionen geführt, wie z.B. im Arbeitsrecht, wo geglaubt wurde, dass dem Direktionsrecht des Arbeitgebers eine Gehorsamspflicht des Arbeitnehmers entspreche,²⁴⁾ eine Meinung, die heute allgemein abgelehnt wird.²⁵⁾

Eduard Bötticher hat schon in den 60er Jahren eine tiefgreifende Kritik der Pflicht als Korrespondenzbegriff des subjektiven Rechts ausgesprochen, und speziell der Gestaltungs-(Klage-)rechte, und hat sie durch den Begriff der Unterwerfung (Unterworfensein) ersetzt.²⁶⁾ Im Rahmen der normlogischen Lehre stellt sich die Ablehnung des Pflichtbegriffs im erörterten Sinne als unausweichliche Konsequenz der Auffassung des subjektiven Rechts als Normsetzungsbefugnis dar. In der Tat haben Vertreter der neueren Entwicklung der normlogischen Lehre (Alf Ross, Klaus Adomeit, Enrico Allorio) den Begriff der Unterwerfung (subjection, soggezione) als Konträr-Korrelatbegriff des subjektiven Rechts herausgestellt.²⁷⁾

Diese neuartige Entwicklung weist entscheidende Konsequenzen auf, sowohl was die Struktur der Verträge betrifft, als auch und vor allem, was die Stellung der Ermächtigungsnormen in der Rechtsordnung im Verhältnis zu den Verhaltens-(Pflicht-)normen angeht. Letzten Endes geht es um rechtliche Struktur und Inhalt und schließlich um die Begriffsbestimmung der Rechtsordnung.

3. Der Vertrag als Gesamtheit von Normsetzungsbefugnissen (subjektiven Rechten) und Unterwerfungen

Vom Standpunkt der Stufenbaulehre und des Verständnisses des subjektiven Rechts auf der Basis seines rechtlichen Schutzes wird klar, dass durch die Betätigung der Privatautonomie keine Verhaltens(Pflicht)normen gesetzt werden, sondern konditionale Ermächtigungsnormen, d.h. Normen, die unter der Bedingung stehen, dass die eine oder die andere Vertragspartei sich in einer bestimmten Weise nicht verhält. Jede Partei ermächtigt die andere, dem Richter die Befugnis zu geben, durch sein Urteil eine individuelle Norm zu setzen. Was als Pflicht bezeichnet wird, ist nichts anderes als die Unterwerfung jeder Partei unter die von ihr selbst der anderen Partei gegebene Befugnis. Dies bedeutet, dass der Inhalt der Verträge vollständig durch Ermächtigungen und Unterwerfungen beschrieben wird, und infolgedessen ist der Vertrag ein Rechtsakt von Ermächtigung und Unterwerfung.

²⁴⁾ Siehe z.B. Hueck, Arbeitsrecht §36, 238 ff.

²⁵⁾ Siehe Zöllner, Arbeitsrecht 119; Söllner, Arbeitsrecht 211.

²⁶⁾ Bötticher, Gestaltungsrecht.

²⁷⁾ Ross, Directives and Norms 132; Adomeit, Rechtsquellenfragen 103 und Anm. 338; Allorio, La pluralità 265.

4. Die Ermächtigungsnormen als der wesentliche Teil der Rechtsordnung und ihrer Begriffsbestimmung

Aus den vorherigen Überlegungen ergibt sich, dass die Ermächtigungskette auch da besteht, wo man üblicherweise glaubt, dass sie durch Verhaltensnormen (Gebote, Verbote, Erlaubnisse) unterbrochen wird. Diese Auffassung läuft darauf hinaus, dass Verhaltensnormen, die letzten Endes mit dem Begriff der Sanktion und allgemein mit dem des Zwangsaktes verbunden sind, nur in der letzten Stufe der Rechtsordnung bestehen, d.h. da, wo kein Recht mehr erzeugt, sondern durch die Zwangsvollstreckung nur angewandt wird. Diese Feststellung läuft, genau gesehen, Kelsens Auffassung nicht zuwider.

Ich glaube, es handelt sich um ein äußerst konsequentes Verständnis der Stufenbaulehre als Lehre, die in ihren Mittelpunkt den unaufhörlichen Prozess der Selbsterzeugung des Rechts setzt, nämlich der Erzeugung von Ermächtigungsnormen. Diese Normen bilden die Wirbelsäule der Rechtsordnung und durchqueren ihren ganzen Raum. Insoweit sind sie nicht nur keine untergeordneten Normen, wie Kelsen meint mit dem Argument, dass sie nicht mit der Perspektive von Zwangssanktionen verbunden sind²⁸⁾, sondern Hauptzüge der Rechtsordnung. Deshalb müssen sie bei deren Definition nicht nur nicht fehlen, sondern zentrale Bestandteile von ihr bilden. Auf dieser Grundlage sollte m.E. die Rechtsordnung bestimmt werden als der normative Zusammenhang, der aus Ermächtigungsnormen sich konstituiert in einem ständig sich erneuernden Prozess und auf dessen unterster Stufe die Vollziehung eines Zwangsaktes als bloße Rechtsanwendung steht.²⁹⁾

II. Folgen der Selbsterzeugung des Rechts

Zwei höchst wichtige Folgen ergeben sich aus der Anerkennung, dass das Recht sich selbst erzeugt, Folgen, die mit dem Postulat der streng wissenschaftlichen Betrachtung des Rechts zusammenhängen und dieses besiegeln.

A. Die Beseitigung des Rechtsquellenbegriffs aus der Rechtslehre

Der Begriff „Rechtsquelle“ ist ein bildlicher Ausdruck, der –dies ist sein negativer Aspekt – auf etwas hinweist, das außerhalb des Rechts liegt, und von wo das Recht seinen Ursprung nimmt. Schon und vor allem deshalb hat er keine Stelle im Recht, denn das Recht erzeugt sich selbst. Wie Kelsen es kurz und eindeutig formuliert: „In einem positivrechtlichen Sinne kann Quelle des Rechts nur Recht sein“.³⁰⁾ Aus diesem Grund ist sein Gebrauch im Recht vom Standpunkt der Reinen Rechtslehre und spezieller auch aus der Sicht der dynamischen Theorie des Rechts ideologisch belastet.

Dazu kommt die Mehrdeutigkeit des Begriffs und bekannt sind viele Streitigkeiten über seinen Inhalt, worauf hier nicht einzugehen ist. Auch des-

²⁸⁾ Kelsen, *Reine Rechtslehre*² 57–59.

²⁹⁾ Vgl. Aliprantis, In der Nachfolge Kelsens 195 ff.

³⁰⁾ Kelsen, *Reine Rechtslehre*² 239.

halb erscheint der Terminus ‚Rechtsquelle‘ unbrauchbar. Am besten ließe er sich vielleicht durch den Begriff Rechtsnormarten (oder -formen) ersetzen.

Der natürliche und richtige Platz der ‚Rechtsquelle‘ liegt bei der Rechtssoziologie, die eben das Recht „von außen“ untersucht, d.h., sie erforscht genau die Faktoren, die die Entstehung und Entwicklung der Rechtsnormen, des Rechts überhaupt, bestimmen und/oder beeinflussen. Die Ansicht, dass der Gegenstand der Rechtssoziologie die Untersuchung des Rechts „von außen“ ist, ist heute unter Juristen und Rechtssoziologen verbreitet.³¹⁾

B. Der Ausschluss von außerrechtlichen Betrachtungen in der Rechtstheorie

Die zweite Folge der Selbsterzeugung des Rechts entspricht dem Grundpostulat des wissenschaftlichen Positivismus von Kelsen. Dies zielt bekanntlich darauf, jede politische, ideologische (im positiven oder negativen Sinn), philosophische oder religiöse Auffassung von der allgemeinen Rechtslehre auszuschließen, denn diese außerrechtlichen Elemente verderben die streng juristische Behandlung des Rechts. Zu diesem Thema verweise ich auf die Abhandlung von Professor Matthias Jestaedt in diesem Werk.³²⁾

III. Schlussbemerkungen

Die dynamische normlogische Rechtslehre, die sich auf die Selbsterzeugung des Rechts bezieht, stellt ohne Zweifel eine riesige Leistung des rechtlichen Denkens dar. Dies ist in doppeltem Sinn gemeint. Einerseits fasst sie das Recht in seiner Gesamtheit als unaufhörlichen Vorgang von schöpferischer Bewegung auf. Andererseits führt sie zur begrifflichen Reinheit, indem sie von der juristischen Betrachtung alles entfernt, was dem Recht fremd und extern ist. Jegliche Ansicht, sei sie wirtschaftlicher, soziologischer, philosophischer, religiöser Art, über die Natur und den Ursprung des Rechts können selbstverständlich vertreten werden. Nur dürfen sie sich nicht – und das hat Kelsen vortrefflich gezeigt – auf ihren wissenschaftlichen Charakter berufen.

Die Freiheit des Geistes, der Kelsen so konsequent in seinem Leben gedient hat, beinhaltet selbstverständlich die Möglichkeit jeglicher Kritik und Ablehnung seiner Ideen. Das, was weniger verständlich ist, sind ein gewisses Verschweigen, bzw. Aussparungen von Rechtstheoretikern in Bezug entweder auf Kelsens Lehre allgemein³³⁾ oder auf einige ihrer Kernmomente, wie die

³¹⁾ Klassisch aus dieser Sicht, ohne dass er den Terminus Quelle verwendet, ist das Werk von *Ripert*, *Les forces créatrices*. Siehe auch im Sammelband „*Méthode sociologique et droit*“ besonders die gleichnamige Abhandlung von *Husson*; *Dror*, Prolegomena; *Scarpelli*, *Cos’ è il positivismo giuridico*; *Treves*, *Introduzione* 136–137; und die dortigen Anmerkungen.

³²⁾ Siehe oben 1–12.

³³⁾ Der Schweizer *W. Burckhardt*, Professor an der Berner Universität, scheint in seinem 1936 erschienenen Werk „*Méthode und System des Rechts*“ die Reine Rechtslehre nicht zu kennen, jedenfalls unterlässt er jeglichen Bezug auf sie.

Selbsterzeugung des Rechts³⁴). Der diachronische Charakter von Kelsens Werk ist gegeben, und folglich stellt dessen Erörterung und Gegenüberstellung einen unausweichlichen wissenschaftlichen Anspruch und eine Erwartung dar.

Literaturverzeichnis

- Klaus *Adomeit*, Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche. Zur Stellung der Privatautonomie im Rechtssystem (Berlin 1969)
- Klaus *Adomeit*, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht (München 1969)
- Nikitas *Aliprantis*, In der Nachfolge Kelsens: Ermächtigungsnormen, Verhaltensnormen und die Struktur der Rechtsordnung, in: Paul Trappe (ed.), *Conceptions Contemporaines du Droit. Actes du 9^e Congrès Mondial IV* (= Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie I/4, Wiesbaden 1983) 195–200
- Enrico *Allorio*, La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale, *Rivista di diritto civile* (1955) 247 ff.
- Ioannes *Aravantinos*, Εισαγωγή στην επιστήμη του δικαίου [Einführung in die Rechtswissenschaft] (Athen 1978)
- Jean-Luc *Aubert*, Introduction au Droit (Paris 1984)
- Hermann *Bekaert*, Introduction à l'étude du droit (Bruxelles 1964)
- Noberto *Bobbio*, Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto (Milano 1977)
- Eduard *Bötticher*, Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungsrecht, in: Ernst v. *Caemmerer* (Hrsg.), Vom deutschen zum europäischen Recht. Festschrift für Hans Dölle (Tübingen 1963) 41–77
- Eduard *Bötticher*, Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht (Berlin 1964)
- Jean *Brethe de la Gressaye* / Marcel *Laborde-Lacoste*, Introduction générale à l'étude du droit (Paris 1947)
- Walther *Burckhardt*, Methode und System des Rechts (Zürich 1936)
- Rudolf *Bruns*, Recht und Pflicht als Korrespondenzbegriffe des Privatrechts, in: *Rolf Diez* / *Heinz Hübner* (Hrsg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey I (München/Berlin 1965) 3–21
- Ambroise *Colin* / Henri *Capitant* / Léon *Julliot de la Morandière*, *Traité de Droit Civil*, t. I (Paris 1953)
- Jean *Dabin*, *Théorie générale du Droit* (Paris 1969)
- Y. *Dror*, Prolegomena to a Social Study of Law, *Journal of Legal Education*, 1960, 146 ff.
- Karl *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung (Heidelberg 1935)
- Erich *Fechner*, *Rechtsphilosophie* (Tübingen 1962)
- Wolfgang G. *Friedmann*, *Legal Theory*³ (London 1953)
- Heinrich *Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie (München/Berlin 1964)
- Alfred *Hueck*, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*⁷ (Berlin/Frankfurt a.M. 1967)
- Maurice *Husson*, *Méthode sociologique et droit*, in: Henri *Battifol* et al. (Hrsg.), *Méthode sociologique et droit. Rapports présentés au Colloque de Strasbourg*, 26 au 28 novembre 1956 (= *Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg* 5, Paris 1958) 68 ff.
- Hans *Kelsen*, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*² (Tübingen 1923)
- Hans *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² (1960, Nachdruck Wien 1992)

³⁴) *Werner Krawietz*, ein tiefer Kenner der Kelsenschen Lehre, fasst in seinem Werk „Recht als Regelsystem“ die – nach seiner Ansicht – drei Grundzüge der Einheit der Reinen Rechtslehre zusammen, ohne die Selbsterzeugung, d.h. die Rechtsdynamik zu erwähnen.

-
- Werner *Krawietz*, Recht als Regelsystem (Wiesbaden 1984)
Hans *Nawiasky*, Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe²
(Einsiedeln/Köln 1948)
Pierre *Pescatore*, Introduction à la science du droit (Luxembourg 1960)
Georges *Ripert*, Les forces créatrices du Droit (Paris 1955)
Georges *Ripert* / Jean *Boulanger*, Traité de Droit Civil (d'après le Traité de Planiol) I
(Paris 1956)
Alf *Ross*, Directives and Norms (London 1968)
Paul *Roubier*, Théorie générale du droit² (Paris 1951)
Uberto *Scarpelli*, Cos' è il positivismo giuridico (Milano 1965)
Alfred *Söllner*, Arbeitsrecht² (Stuttgart u.a. 1969)
Gunther *Teubner*, Recht als autopoietisches System (Frankfurt 1989)
Renato *Treves*, Introduzione alla sociologia del diritto (Torino 1977)
Giorgio *Del Vecchio*, Lezioni di filosofia del diritto¹² (Milano 1963)
Ota *Weinberger*, Grundlage der Jurisprudenz und Ethik (Berlin 1981)
Reinhold *Zippelius*, Das Wesen des Rechts (München 1965)
Wolfgang *Zöllner*, Arbeitsrecht² (München 1969)

Jörg Kammerhofer, Freiburg

Die Reine Rechtslehre und die allgemeinen Rechtsprinzipien des Völkerrechts

I. Einleitung

In diesem Aufsatz soll der Kelsensche Beitrag zum Völkerrecht und zur Völkerrechtswissenschaft aus einer ungewöhnlichen Perspektive beschrieben werden, denn dieser liegt weniger in seinen Schriften zum positiven Völkerrecht – dort vor allem seine „Principles of International Law“ (1952) sowie „Law of United Nations“ (1950) – als in der Reinen Rechtslehre selbst, das heißt im rechtstheoretischen Zugang. Mit anderen Worten: es soll im Folgenden nicht darum gehen, zu zeigen, ob und inwiefern die Kelsensche Deutung dieses oder jenes Problems der Dogmatik des Völkerrechts (heute noch) besonderen Wert hat.¹⁾ Das wäre schon deshalb wenig ergiebig, weil die Völkerrechtslehre sich heute ganz überwiegend anderen Schwerpunkten und Problemfeldern zuwendet als noch zu Kelsens Zeiten.

Am Beispiel der „allgemeinen Rechtsprinzipien“ soll gezeigt werden, dass man mit Hilfe der Reinen Rechtslehre qua rechtstheoretischem Ansatz die herrschende Völkerrechtslehre auf eine neue Basis stellen kann und durch ihre Konsequenz und Stringenz – die orthodoxen Vertreter des Völkerrechts (die positivistischen Voluntaristen und die Kämpfer für die „Gute Sache“) sind alles nur nicht konsequent – erlaubt, das positive Völkerrecht einer schonungslosen Strukturanalyse zu unterziehen und so einen wissenschaftlichen Mehrwert ohne moralistisch-ideologisches Beiwerk zu gewinnen. Dieses Vorhaben muss sich aber die Frage gefallen lassen, ob damit nicht die Möglichkeit des Widerspruchs der Kelsenschen Völkerrechtslehre mit seiner Rechtstheorie implizit gegeben sei. Zwar lässt sich auch nachweisen, dass Kelsen nicht inkonsequent war,²⁾ aber eine ideengeschichtliche Enzyklopädie des Kelsenschen Oeuvres ist in diesem Zusammenhang nicht sehr reizvoll. Insbesondere soll im Folgenden die Möglichkeit erhalten bleiben, mit der Reinen Rechtslehre auch gegen Kelsen zu sprechen. Die Theorie, nicht der Mann, ist das Erhaltenswerte; theoretische Reflexion und Anwendung, nicht Hagiographie, soll betrieben werden – übrigens ganz im Sinne Kelsens, der konstruktive Kritik an seinen Aussagen immer besonders gefördert hat.³⁾

Ein Beispiel für die Wirkmacht der Reinen Rechtslehre in der Völkerrechtswissenschaft, welches sowohl die konstruktive als auch die dekonstruktive Seite der Anwendung der Reinen Rechtslehre zeigt, ist die theoretische Fundierung der „allgemeinen Rechtsprinzipien“ nach Art 38 Abs 1 lit c IGH-

1) Z.B. bei *Sucharipa-Bermann*, Kelsens Recht.

2) *Kammerhofer*, Which Kelsen.

3) *Kelsen*, Reine Rechtslehre² III; *Métall*, Kelsen 39; *Kelsen*, Autobiographie 62.

Statut. Dieser sieht vor, dass die „von den zivilisierten Staaten anerkannten“ Rechtsprinzipien vor dem Gerichtshof als Rechtsgrundlage Verwendung finden sollen: „The Court, whose functions to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply [...] the general principles of law recognized by civilized nations“. Die herrschende Völkerrechtslehre nimmt diese Formulierung relativ unreflektiert auf und macht sich höchstens Gedanken darüber, ob diese Prinzipien durch Vergleich der einzelstaatlichen Rechtsordnungen begründet werden sollen oder ob diese dem Völkerrecht immanent seien.

Der Reinen Rechtslehre gegenüber kann jedoch aus der unumstrittenen Existenz der allgemeinen Rechtsprinzipien als Völkerrechtsquelle ein rechtstheoretischer Vorwurf gemacht werden, denn, so könnte man argumentieren, der Positivismus in der Kelsenschen Spielart setze voraus, dass alles Recht positives Recht sei, und somit eines realen Willensaktes als *conditio sine qua non* zur Rechtserzeugung von positivem Recht bedürfe (dazu Abschnitt II). Die allgemeinen Rechtsprinzipien seien einerseits unbestrittene Quelle positiven Völkerrechts, andererseits sei ihr Zustandekommen aber nicht an einen Willensakt geknüpft, weil diese Prinzipien durch ihre Geltung in den Rechtsordnungen der zivilisierten Staaten in das Völkerrecht einträten (Abschnitt III). Der Einwand scheint *prima facie* berechtigt zu sein und droht den Positivismus der Reine Rechtslehre aus den Angeln zu heben.

Freilich: bei einer genaueren Prüfung sieht man bald, dass die Aussage, dass die allgemeinen Rechtsprinzipien nicht gewollt seien – wenn sie auch allgemein akzeptiert ist – der Völkerrechtsdogmatik zugehört und nicht offenbar eine Rechtserzeugungsnorm des positiven Rechts wiedergibt. Es steht also Dogmatik gegen Theorie, nicht Theorie gegen das positive Recht. Genau an dieser Stelle hilft die rechtstheoretische Strukturanalyse der Reinen Rechtslehre – ohne sich gegen Kelsen zu stellen, aber einen anderen Schwerpunkt als seine Völkerrechtslehre setzend (Abschnitt IV) – entscheidend weiter, bricht mit radikaler Konsequenz irrationale Tabus der Völkerrechtsdoktrin auf und erlaubt uns, die möglichen Funktionen der allgemeinen Rechtsprinzipien im Völkerrecht erheblich klarer zu sehen (Abschnitte V–VI).

II. Das Positivismuskriterium der Reinen Rechtslehre

Die Reine Rechtslehre ist eine positivistisch-normativistische Rechtstheorie. In einer ersten Annäherung kann man bei der Positivität des Rechts von dessen Verknüpfung mit der Realität sprechen und bei seiner Normativität von dem „Sollens“-Faktor. Diesen bekannten Dualismus hat Martti Koskenniemi als den für das (den) Völkerrecht(s)diskurs grundlegenden Faktor mit den Begriffen „Apology“ und „Utopia“ vorgestellt, ein Drängen und Streben der Begründung von Völkerrecht entweder in „justice, common interest“, das heißt in der Utopie des absoluten Wertes, oder in „State behaviour, will or interest“, der Apologie der Machtverhältnisse, begründet sieht.⁴⁾ Diese Begründungen stün-

⁴⁾ Koskenniemi, *Apology Utopia* 59.

den in einem Spannungsverhältnis, seien aber dennoch voneinander abhängig und die völkerrechtliche Diskurspraxis sei daher in einer unentrinnbaren Pendelbewegung oder Oszillation zwischen Apologie und Utopie gefangen.⁵⁾ Die Reine Rechtslehre sieht die Sache nicht ganz so fatalistisch, kann – im Gegenteil – sogar in Hinblick auf neuere völkerrechtstheoretische Argumente und Probleme zu erkennen helfen, dass die Pole dieser Dualität nur begrenzt Antagonisten sind. Für die Reine Rechtslehre stehen „Positivität“ („Apologie“) und „Normativität“ („Utopie“) vielmehr – in Anlehnung an einen Begriff der Hegelschen Philosophie – in einem dialektischen Verhältnis; das Konzept der positiven Normenordnung, die nicht einer Letztbegründung unterliegt und daher auch non-reduzibel ist,⁶⁾ fungiert als Synthesis, die die zwei Gegenpole „aufhebt“.

Trotz einiger Unsicherheit bezüglich der exakten Verortung und Entwicklung des Willenselements in der Reinen Rechtslehre in der Sekundärliteratur – zum Beispiel bezüglich eines Kantschen Sinn-Elements oder der Möglichkeit, die späten Schriften als Hinwendung zum Psychologismus zu deuten⁷⁾ – soll dieser Aspekt der Theorie hier nur kurz zusammengefasst werden: Für Kelsen besteht die Positivität einer Normenordnung darin, dass Recht (aber auch gewisse Moralordnungen) positus, das heißt: der Sinn eines realen Willensaktes ist. Das Recht ist aber nicht identisch mit diesem Willensakt, sondern ist „bloß“ dessen Sinn. In der zweiten Auflage der „Reinen Rechtslehre“ findet sich ein *locus classicus*:

Eine durch einen in der Seinswirklichkeit stattfindenden Willensakt gesetzte Norm ist eine positive Norm. Vom Standpunkt eines Moral- oder Rechtspositivismus kommen als Gegenstand der Erkenntnis nur positive, d.h. durch Willensakte, und zwar durch menschliche Willensakte, gesetzte Normen in Betracht. Normen, die durch menschliche Willensakte gesetzt werden, haben – in des Wortes eigentlicher Bedeutung – einen willkürlichen Charakter. [...] die Seins-Tatsache [...] des Gesetzt-Werdens [ist eine] Bedingung [...] der Geltung einer Norm, aber nicht diese Geltung selbst.⁸⁾

Auf den Punkt bringt es ein ebenso bekannter Satz aus der „Allgemeinen Theorie der Normen“: „Kein Imperativ ohne Imperator, keine Norm ohne eine normsetzende Autorität, [das heißt] keine Norm ohne einen Willensakt, dessen Sinn sie ist.“⁹⁾ Für die Reine Rechtslehre ist die Positivität daher bloß eine, wenn auch wichtige, Eigenschaft des Rechts; dessen Normativität hingegen ist nicht eine Eigenschaft von Normen, sondern ihre „Existenz“form.¹⁰⁾ Geltende

⁵⁾ *Koskenniemi*, *Apology Utopia* 64, 565.

⁶⁾ Vgl. *Kammerhofer*, *Positivistische Normbegründung*.

⁷⁾ Vgl. z.B. *Jablonek*, *Imperativ*; *Opalek*, *Überlegungen*; *Weinberger*, *Skeptizismus* 25–45.

⁸⁾ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² 2, 114. Das Wort „willkürlich“ ist im ursprünglichen, nicht negativ konnotierten Sinne zu verstehen, eben als „Kür“ (Schaffung) vermittelt Willen.

⁹⁾ *Kelsen*, *Allgemeine Theorie* 187.

¹⁰⁾ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² 10.

nicht-positive Normen sind in fiktionalen Normenordnungen möglich;¹¹⁾ in positiven Normenordnungen ist der Willensakt nicht *conditio per quam* der Erzeugung. Um Recht zu erzeugen, bedarf es erstens einer geltende Ermächtigungsnorm, die die Erzeugung weiterer Normen autorisiert. Die bloße Geltung – das heißt: „Existenz“ – einer Ermächtigungsnorm reicht jedoch nicht aus; die Rechtserzeugungsbedingungen dieser Norm müssen auch erfüllt sein. Zweitens bedarf es eines menschlichen Willensaktes, der auf die Erzeugung dieser Norm gerichtet ist und der wie von der Ermächtigungsnorm vorgeschrieben gesetzt wird.¹²⁾ Die erste Voraussetzung garantiert die Geltung der zu erzeugenden Norm innerhalb einer bestimmten Normenordnung, die zweite garantiert die Positivität dieser neuen Norm.¹³⁾ Da Rechtsordnungen immer positive Normenordnungen sind,¹⁴⁾ stehen die zwei Elemente dort in einem unauflösliehen Zusammenhang. Das Positivitätskriterium ist somit kein aprioristisches Theorieelement, sondern ein Teil des positiven Rechts und durch dieses bestimmt. Aus der Sein–Sollen Dichotomie entspringt die Möglichkeit der Geltung von Normen, aus dem Willensakt deren Positivität.

III. Die herrschende Lehre zu den Allgemeinen Rechtsprinzipien

Die Kritiker Kelsens und der Reinen Rechtslehre werden durch die oben gegebene Beschreibung der Positivität eher noch bestätigt werden, denn der von ihnen identifizierte „Mangel“ bliebe bestehen: Kelsen bedürfe danach einen realen Willensakt zwar nur als *conditio sine qua non* für die Geltung von positiven Rechtsnormen, aber es sei offensichtlich, dass die allgemeinen Rechtsprinzipien, deren Quelle in Artikel 38 kodifiziert ist, ja tatsächlich ohne Willensakt zustande kämen. Dieses Argument ist aber zirkelschlüssig, denn wer behauptet, dass man durch das „tatsächliche“ Zustandekommen von Rechtsnormen ablesen kann,¹⁵⁾ anhand welcher Erzeugungsregeln Rechtsnormen zustande kommen, übersieht, dass man nur dann erkennen kann, ob eine putative Rechtsnorm valide erzeugt wurde, wenn man die Erzeugungsregeln – also das Quellenrecht – kennt. Es gibt keinen Anscheinsbeweis in den Norm-

¹¹⁾ *Kelsen*, Allgemeine Theorie 187–188.

¹²⁾ *Kelsen*, Allgemeine Theorie 238.

¹³⁾ Eine fiktionale Norm kann jedoch nicht Teil einer positiven Normenordnung sein, ebensowenig wie eine positive Norm durch eine fiktionale Normenordnung erzeugt werden kann. Siehe hiezu *Kammerhofer*, Uncertainty 222–223.

¹⁴⁾ *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 201. Es sei bei dieser Gelegenheit erwähnt, dass die Reine Rechtslehre m.E. am besten so zu verstehen ist, dass die Normenordnungen, die als „Recht“ bezeichnet werden, nicht per *genus proximum et differentia specifica* gegenüber anderen Arten von Normenordnungen abgegrenzt werden, sondern dass die verschiedenen Rechtsordnungen eher eine Familienähnlichkeit aufweisen; diese Abgrenzung soll auch bloß auf einer quasi-empirischen und nicht apriorischen (d.h. den Geltungsgrund oder die Geltungsart der Normen betreffenden) Basis stattfinden. Siehe dazu näher *Kammerhofer*, Robert Walter 247–248; *Kammerhofer*, Which Kelsen 236–240.

¹⁵⁾ Z.B. *Lammers*, General Principles 56.

wissenschaften; der Beweis aus dem „tatsächlichen“ Dasein hinkt, denn Rechtsnormen kann man eben nicht empirisch, nicht unabhängig von ihrem Geltungsgrund nachweisen. Daher der Zirkelschluss: um die Rechtserzeugungsregel zu erkennen wird die Rechtserzeugungsregel vorausgesetzt: *petitio principii*.

Jenseits zirkelschlüssiger Argumente lohnt es sich aber, die herrschende Völkerrechtslehre genauer zu analysieren. Hersch Lauterpacht argumentiert zum Beispiel, dass man die Rechtsprinzipien „mittels Vergleich, Verallgemeinerung und Synthese von Rechtsregeln, die verschiedenen nationalen Rechtsordnungen gemein sind“¹⁶⁾ zumindest erkennen kann. Das Argument tendiert sowohl bei Lauterpacht als auch bei anderen eindeutig von Erkenntnis zu Erzeugung. Mit anderen Worten: diese Art von Völkerrecht wird in letzter Konsequenz durch eine Analogie erzeugt, denn „der Vergleich der Rechtsordnungen verschiedener Länder [wird] mit einer Deduktion daraus kombiniert“.¹⁷⁾ In solchen Aussagen zeigt sich nicht nur das Problem Kelsens mit den allgemeinen Rechtsprinzipien, sondern auch das Unverständnis der herrschenden Lehre für die Argumente der Reinen Rechtslehre. Es wird nicht überraschen, dass einige antipositivistische Völkerrechtslehrer die Präsenz dieser Prinzipien im Kanon der anerkannten Völkerrechtsquellen als Beweis dafür ansehen, dass der Positivismus nicht als theoretische Basis der Völkerrechtslehre taugt. Shabtai Rosenne behauptet zum Beispiel, dass die Aufnahme von *lit c* in Art 38 Abs 1 hieße, dass die allgemeinen Rechtsprinzipien „formell gleichrangig mit den zwei positivistischen Elementen der Gewohnheit und des Vertrages“¹⁸⁾ seien. Es ist interessant, dass er von den „positivistischen“, nicht „positiven“ Elementen qua Rechtsquellen schreibt, als ob Rechtsquellen einer rechtsphilosophischen Schule zugehören könnten, statt dem Recht selbst.

Die Kritik dieser antipositivistischen Völkerrechtslehrer hängt an kruden Formen des Voluntarismus, den die tendenziell antiintellektuelle Völkerrechtswissenschaft hervorgebracht hat. Cherif Bassiouni bringt das auf den Punkt, wenn er an dem als „Positivismus“ missgedeuteten Voluntarismus kritisiert, dass „sich eine grundlegende Frage stellt für einen streng positivistischen Ansatz, der ‚allgemeine Prinzipien‘ als Völkerrechtsquelle sehen würde, die Staaten zu etwas verpflichten könnten, dem sie nicht ausdrücklich zugestimmt hätten.“¹⁹⁾ Das Problem bleibt aber auch dann bestehen, wenn man Kelsen nicht zu den Voluntaristen zählt, denn ein Willensakt ist trotzdem notwendig,

¹⁶⁾ *Lauterpacht*, *International Law* 74: „by way of a comparison, generalisation and synthesis of rules of law [...] common to various systems of national law.“ (Diese und alle folgende Übersetzungen vom Autor).

¹⁷⁾ *Lauterpacht*, *International Law* 71: „combining the processes of comparison of the law of various countries [...] [with a] deduction from such comparison“.

¹⁸⁾ *Rosenne*, *Law and Practice* 1549: „on a footing of formal equality with the two *positivist* elements of custom and treaty“ (Hervorhebung durch den Autor).

¹⁹⁾ *Bassiouni*, *Functional Approach* 785: „a basic question arises under a strict positivist approach, which would see ‚General Principles‘ as [...] source of law which would have the capacity of binding States to that to which they have not specifically consented.“

wenn er sich auch, wie im Völkergewohnheitsrecht, als *opinio iuris* tarnt.²⁰⁾ Man kann also Kelsens Positivismus sehr wohl an den Rechtsprinzipien des Völkerrechts testen.

IV. Kelsens Schriften und Artikel 38 als *lex arbitri*

Kelsen selbst ist, wie so oft, Ikonoklast: „Es ist mehr als zweifelhaft, ob solche Regeln – falls sie überhaupt existieren – Teil des Völkerrechts sind.“²¹⁾ Aber hier ist Vorsicht geboten, denn Kelsen hat in seinen völkerrechtlichen Schriften nur einen ganz bestimmten Aspekt der Problematik beleuchtet, nämlich Art 38 IGH-Statut „bloß“ als *lex arbitri* des Internationalen Gerichtshofs. Mit dem Begriff der „*lex arbitri*“ wird üblicherweise die der Parteienvereinbarung unterliegenden Rechtswahl für ein Schiedsgericht bezeichnet; der Internationale Gerichtshof (IGH) hat auch in dieser Hinsicht eher den Charakter eines Schiedsgerichts als den eines mit Zwangszuständigkeit ausgestatteten innerstaatlichen Gerichts. Kelsen unterscheidet also zwischen der Funktion von Art 38 als Entscheidungsgrundlage für den IGH und der Frage, ob allgemeine Rechtsprinzipien eine Quelle des Völkerrechts sind; die zwei Funktionen unterscheiden sich fundamental und bedingen sich nicht gegenseitig. Diese Unterscheidung, so zentral sie auch sein mag, wurde und wird von der herrschenden Lehre sträflich vernachlässigt. Es werden in diesem Zusammenhang sogar vier Fragen miteinander vermischt: 1. Welche Rechtserzeugungsquellen kennt das Völkerrecht? 2. Welche Normen soll ein (bestimmtes) internationales Tribunal in seiner Urteilsfindung anwenden? 3. Gibt es Lücken im Recht und soll (beziehungsweise wie) soll man diese füllen? 4. Sollen wir, wie können wir ein *non liquet* eines Tribunals verhindern?²²⁾

Hinsichtlich dieser Fragen herrscht ein heilloses Durcheinander in der Völkerrechtslehre. Ein Gericht, das seinen Geltungsgrund im Völkerrecht hat, kann durchaus mit der Anwendung von Normen außerhalb des Völkerrechts betraut werden, als Beispiel sei Art 38 Abs 2 IGH-Statut genannt, das eine Entscheidung „*ex aequo et bono*“ erlaubt. Genauso gut kann ein durch privatrechtlichen Vertrag errichtetes Schiedsgericht Völkerrecht anwenden, so zum Beispiel häufiger in der transnationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit. Sehr häufig ist es dem *compromis* der Parteien vorbehalten, die *lex arbitri* abzuändern. Aber da Art 38 die Funktion der Bestimmung der *lex arbitri* hat, ist es für die Frage, ob bzw. welche der dort genannten Quellen hierarchisch höchste Völkerrechtsquellen seien, nicht determinativ. Kelsen meint, „dass es

²⁰⁾ In den rechtstheoretischen Schriften *Kelsens* werden manchmal – jedoch m.E. ohne Verknüpfung mit den Axiomen der Reinen Rechtslehre – Satzung und Gewohnheit als zwei irreduzible Formen der Erzeugung von Normen angesehen, vgl. z.B. *Kelsen, Reine Rechtslehre*² 9, 54–55.

²¹⁾ *Kelsen*, United Nations 533: „It is more than doubtful whether such rules, if they exist, are part of international law.“

²²⁾ Vgl. z.B. *Lauterpacht*, *International Law* 75; *Advisory Committee of Jurists*, Procès-Verbaux 293–346; *Verdross/Simma*, *Völkerrecht*³ 382–389; *Pellet*, Article 38 772.

sich um Normen handelt, die dadurch von dem Internationalen Gerichtshof anzuwendendes Völkerrecht werden, dass Art. 38 § 1 c den Internationalen Gerichtshof ermächtigt, sie anzuwenden.²³⁾ Wären arguendo die allgemeinen Rechtsprinzipien kein Völkerrecht *stricto sensu*, dann würde das Statut den IGH mittels Art 38 Abs 1 lit c ermächtigen, so zu entscheiden, wie der Gerichtshof *glaubt*, dass „allgemeine Rechtsprinzipien“ es verlangen würden.²⁴⁾ Es wäre, als ob der IGH ermächtigt wäre, „das Recht der Schlümpfe“ anzuwenden; es hieße bloß, dass der Gerichtshof frei entscheiden könnte. Den spärlichen Worten Kelsens zu Art 38 lässt sich jedoch nur entnehmen, dass er den Status der Rechtsprinzipien im IGH-Statut kritisiert.

V. Rechtsprinzipien als Rechtserzeugungsquelle

Was ist aber – jenseits des „arguendo“ – der Status der allgemeinen Rechtsprinzipien? Sind sie eine der originären, höchsten Quellen des Völkerrechts? Allein weil sie in Art 38 IGH-Statut genannt werden und von vielen Wissenschaftlern und Praktikern als solche anerkannt sind, sind sie noch nicht notwendigerweise auch Völkerrechtsquellen – soweit hat uns die Reine Rechtslehre schon geholfen, klarer zu sehen und die Orthodoxie zu entmythologisieren. Die herrschende Lehre nimmt Art 38 viel zu ernst; die Nennung dieser Quellen als anwendbares Recht in Verfahren vor dem IGH ist ein Indiz, kein Beweis. Wenn die allgemeinen Rechtsprinzipien wirklich, wie die herrschende Lehre annimmt, mittels Analogie „erzeugt“ werden, wird doch dadurch ein Teil der innerstaatlichen Rechtsordnungen (derjenige nämlich, der als Analogiereservoir dient) in die Völkerrechtsordnung inkorporiert.

Inkorporation bedeutet nämlich rechtstheoretisch nicht, dass die verweisende Norm mit der verwiesenen Norm verknüpft ist; es wird nicht eine „fremde“ Norm dadurch Teil der eigenen Normenordnung. Vielmehr ist der Verweis eine Art abgekürzte Normerzeugung. Eine neue Norm *der verwiesenen Rechtsordnung* mit demselben Inhalt wie die verwiesene Norm – nicht dieselbe Norm, sondern eine Norm mit dem gleichen Inhalt – wird mittels der Inkorporationsnorm erzeugt. Wenn die deutschösterreichische Übergangsverfassung 1918 anordnet, dass „Gesetze [...] bis auf weiteres in vorläufiger Geltung“²⁵⁾ bleiben, dann heißt das, dass mit diesen Worten, ohne es auszuschreiben, sämtliche in Betracht kommenden Gesetze des ancien régime neu als postrevolutionäre Gesetze geschaffen werden. Wenn also in unserem Falle die herrschende Völkerrechtslehre recht haben sollte, dann würde das positive Völkerrecht nunmehr eine Anzahl von Prinzipien *als Völkerrechtsnormen* enthalten, die den gleichen Inhalt wie die bezogenen Normen der innerstaatlichen Rechtsordnungen haben. Das von Kelsen in anderem Zusammenhang ins

²³⁾ Kelsen, Allgemeine Theorie 99.

²⁴⁾ Kelsen, United Nations 534.

²⁵⁾ § 16 Beschluss der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich vom 30. Oktober 1918 über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt, StGBI 1918/1.

Treffen geführte König Midas-Prinzip gilt auch hier: „In dieser Hinsicht gleicht das Recht dem König Midas. So wie alles, was dieser berührte, sich in Gold verwandelte, so nimmt alles, worauf sich das Recht bezieht, Rechtscharakter an.“²⁶⁾

Das Durcheinander in der Völkerrechtsdogmatik ist zum Teil einer Begriffsverwirrung dahingehend, was Rechtsprinzipien seien, geschuldet. Nach der Reinen Rechtslehre können Prinzipien einerseits als Normen mit sehr allgemeinem Anwendungsbereich gesehen werden; in dem Fall können sie potentiell Teil des positiven Völkerrechts sein, zu ihrer Erzeugung braucht es aber einen Willensakt. Andererseits können sie als Zusammenfassung, als Generalisierung der wesentlichen Inhalte des positiven Rechts gesehen werden, die von der Rechtswissenschaft vorgenommen werden. Wenn sie das sind, brauchen Rechtsprinzipien keinen Willensakt und die Analogie zu innerstaatlichen Rechtsordnungen ist völlig legitim, als rechtswissenschaftliche Konstrukte sind sie jedoch schlichtweg nicht Teil des Rechts. Die Rechtswissenschaft macht per definitionem kein Recht, sondern erkennt es. Auch wenn die Arbeit der Wissenschaftler noch so große heuristische Wirkung hat, auch wenn man ohne sie gar nicht begreifen kann, was der Gesetzgeber „will“, ist sie dennoch nicht a priori Rechtsquelle.²⁷⁾ Vermutlich liegt dieses „Übersprungsargument“ zu nicht unerheblichen Teilen im unterbewussten Elitismus mancher Völkerrechtswissenschaftler begründet; man meint, doch irgendwie „besser“ zu sein als die Politiker und Diplomaten, kann aber mit solch einer, eher vermessenen, Haltung trotzdem kein Recht erzeugen.

VI. Eine alternative Lösung?

Ein klassischer Versuch, das Problem der Positivität der allgemeinen Rechtsprinzipien zu lösen, ist von Lauterpacht unternommen worden. Er meint, dass ihre „Autorität als Völkerrechtsquelle in der internationalen Übung selbst begründet liegt“.²⁸⁾ Abgesehen von Zweifeln, ob es gewohnheitsrechtliche Ermächtigungsnormen überhaupt geben kann, da Gewohnheiten aus nichts anderem als faktischen Verhaltensmustern bestehen können,²⁹⁾ löst ein solches Argument auch in anderer Hinsicht das Problem nicht: Die Bedenken konsequenter Positivisten hinsichtlich des angeblich nicht-gewillkürten Charakters der Rechtsprinzipien können dadurch nicht ausgeräumt werden. Selbst wenn die Rechtserzeugungsregel der Rechtsprinzipien eine Norm des Völkerrechtsgewohnheitsrechts ist, heißt das noch nicht, dass der Inhalt dieser Ermächtigungsnorm so gestaltet ist, dass eine Erzeugung vom gewohnheitsrechtlichen Typ vorgeschrieben wird. Wenn aber Rechtsprinzipien gewohnheitsrechtlich erzeugt würden, dann würde jedoch deren Selbststand gegenüber dem Völker-

²⁶⁾ Kelsen, Rechtslehre² 282.

²⁷⁾ Dazu näher Kammerhofer, Law-Making.

²⁸⁾ Lauterpacht, International Law 76: „authority [...] as a source of international law is grounded in international custom itself“.

²⁹⁾ Kammerhofer, Uncertainty 74.

gewohnheitsrecht fehlen und sie wären dann eben keine dritte, sondern Teil der zweiten Völkerrechtsquelle, das heißt des Völkergewohnheitsrechts.³⁰⁾

Es gibt jedoch eine, mit den Grundannahmen der Reinen Rechtslehre konsistente, weitere Lösung. Diese ist jedoch nichts für diejenigen, die in der Komplexität das Heil der Theorie sehen. Der Schlüssel zu dieser Lösung ist das Wort „recognized“, also „anerkannt“, in Art 38 Abs 1 lit c. Einige Autoren haben bereits argumentiert, dass man dieses Wort auch als spezifische Anerkennung durch die Staaten sehen kann, dass die den Rechtskulturen dieser Welt gemeinen Prinzipien des Rechts auch Normen des Völkerrechts seien und daher einen Willensakt zur Erzeugung von positivem Völkerrecht darstellen.³¹⁾ Sie wären somit nicht bloß *in* den innerstaatlichen Rechtsordnungen anerkannt qua positiviert, sondern durch (vermutlich: dementsprechend autorisierte) Rechtserzeuger ins Völkerrecht gehoben. Dann wäre das Problem des Willensaktes gelöst; diese Lösung würde eine Art Völkergewohnheitsrecht ohne Gewohnheit darstellen – eine weitere *lex non scripta*.

Der Wehmutstropfen ist, dass „recognized“ in Artikel 38 sich wahrscheinlich doch auf die „Anerkennung durch“ qua Positivierung in den nationalen Rechtsordnungen bezieht,³²⁾ wobei die Materialien in dieser Hinsicht wiederum wenig hergeben. Außerhalb der *lex arbitri* des Art 38 jedoch ist das Metaquellenrecht des Völkerrechts nicht an spezifische Worte gebunden. Es ist, wenn es ein solches gibt, wahrscheinlich auch *lex non scripta*. Aber das Problem ist, dass es uns wahrscheinlich nicht möglich ist, zu erkennen, ob es ein „Metaquellenrecht“ des Völkerrechts gibt bzw. wie es ausgestaltet ist – das Vermögen unserer Rechtserkenntnis ist vermutlich zu beschränkt. Wir müssen auch damit rechnen, dass ein solches Recht niemals erzeugt wurde – aber auch das ist Spekulation.³³⁾

VII. Schluss

Was ist der Beitrag der Reinen Rechtslehre zu dieser Debatte im Völkerrecht? Für die Erzeugung von positiven Normen ist ein Willensakt unumgänglich, wenn daher die Rechtserzeugungsregel von allgemeinen Rechtsprinzipien keinen Willensakt verlangt, können diese nicht Teil einer positiven Normenordnung wie dem Völkerrecht sein. Die Reine Rechtslehre kann nicht (positives) Recht herzaubern wo es keines gibt. Aber gerade dabei, die vermeintlich sicheren Erkenntnisse über die Rechtsprinzipien als Teil der Dogmatik zu enttarnen, anstatt unkritisch alle allgemein akzeptierten Aussagen der herrschenden Lehre als Beweis anzusehen, und die Aufklärung darüber, was die Rechtswissenschaft kann und was nicht mehr Wissenschaft ist, ist ein wichti-

³⁰⁾ *Kelsen*, Principles 394; *Vallindas*, General Principles 428.

³¹⁾ *Gaja*, General Principles; *Lammers*, General Principles 74; unklar: *Bassiouni*, Functional Approach 768–769; bloß begrenzte Unterstützung: *Kelsen*, Allgemeine Theorie 266.

³²⁾ *Vallindas*, General Principles 427–428; *Advisory Committee of Jurists*, Procès-Verbaux 335.

³³⁾ *Kammerhofer*, Uncertainty 235–240.

ger Beitrag, den Kelsen und die Reine Rechtslehre für das Völkerrecht und dessen Lehre geleistet hat. Das Beste und das Ernüchterndste, was man über die Reine Rechtslehre sagen kann, ist, dass sie ein rechtliches common sense begründet: Wenn wir über das Recht sprechen wollen, dann sollten wir auch über das *Recht* sprechen.

Der wahre Feind der Rechtswissenschaft ist nicht so sehr eine philosophisch fundierte Naturrechtslehre sondern ein unreflektierter, theoretisch seichter „Positivismus“, bei dem die Zustimmung der Staaten zur notwendigen, apriorischen Grundlage des Völkerrechts wird. Die Reine Rechtslehre tut dies aber nicht: 1. Zwar wird ein Willensakt zur Erzeugung von positiven Normen verlangt, nicht jedoch (z.B. im Völkerrecht) notwendigerweise der Willensakt von Menschen, die der juristischen Person „Staat“ zuzurechnen sind. 2. Der reale Willensakt ist keine *conditio per quam* und eine *conditio sine qua non* auch nur für die Positivität des Rechts. Die Bedingungen der Rechts-erzeugung und Geltungsgrundlage des erzeugten Rechts liegt nicht im Willen eines essentialisierten, verabsolutierten Staates, sondern im Recht selbst, in der Ermächtigungsnorm. Ein Positivismus, der das „positus“ ernst nimmt, kann sich nicht hinter Notwendigkeiten verstecken und muss beschreiben, was das Recht vorschreibt, auch wenn das rechtstechnisch nicht „funktioniert“, auch wenn das Ergebnis (auch) dem Positivisten ideologisch nicht gefällt.

Literaturverzeichnis

- Advisory Committee of Jurists*, Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee June 16th–July 24th 1920, with Annexes (Den Haag 1920)
- M. Cherif *Bassiouni*, A Functional Approach to „General Principles of International Law“, Michigan Journal of International Law 11 (1989/1990) 768–818
- Giorgio *Gaja*, General Principles of Law, in: Rüdiger *Wolfrum* (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Bd. 4 (Oxford 2012) 370–378
- Clemens *Jabloner*, Kein Imperativ ohne Imperator. Anmerkungen zu einer Theorie Kelsens in: Robert *Walter* (Hrsg.), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II. Ergebnisse eines Wiener Rechtstheoretischen Seminars 1988 (= Schriftenreihe des HKI 12, Wien 1988) 75–95
- Jörg *Kammerhofer*, Kelsen – which Kelsen? A Re-application of the Pure Theory to International Law, Leiden Journal of International Law 22 (2009) 225–249
- Jörg *Kammerhofer*, Uncertainty in International Law. A Kelsenian Perspective (Abingdon 2010)
- Jörg *Kammerhofer*, Robert Walter, die Normkonflikte und der zweite Stufenbau des Rechts, in: Clemens *Jabloner* et al. (Hrsg.), Gedenkschrift Robert Walter (Wien 2013) 237–256
- Jörg *Kammerhofer*, Positivistische Normbegründung, in: Eric *Hilgendorf*/Jan C. *Joerden* (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie (Stuttgart 2014, im Druck, Manuskript abrufbar unter: ssrn.com/abstract=2296874)
- Jörg *Kammerhofer*, Law-Making by Scholars, in: Catherine *Brölmann*/Yannick *Radi* (Hrsg.), Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making (Cheltenham 2014, im Druck, Manuskript abrufbar unter: ssrn.com/abstract=2182547)
- Hans *Kelsen*, Autobiographie (1947), in HKW 1, 29–91

- Hans *Kelsen*, *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of its Fundamental Problems* (New York 1950)
- Hans *Kelsen*, *Principles of International Law* (New York 1952)
- Hans *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² (Wien 1960)
- Hans *Kelsen*, *Allgemeine Theorie der Normen* (Wien 1979)
- Johan G. *Lammers*, *General Principles of Law recognized by Civilized Nations*, in: Frits *Kalshoven*/Pieter Jan *Kuyper*/Johan G. *Lammers* (Hrsg.), *Essays on the Development of the International Legal Order* (Alphen aan den Rijn 1980) 53–75
- Hersch *Lauterpacht*, *International Law – The General Part*, in: Elihu *Lauterpacht* (Hrsg.), *International Law. Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, Bd. 1 (Cambridge 1970) 1–178
- Rudolf Aladár *Métall*, *Hans Kelsen. Leben und Werk* (Wien 1969)
- Kazimierz *Opalek*, *Überlegungen zu Hans Kelsens „Allgemeiner Theorie der Normen“* (= Schriftenreihe des HKI 4, Wien 1980)
- Allain *Pellet*, *Article 38*, in: Andreas *Zimmermann*/Christian *Tomuschat*/Karin *Oellers-Frahm* (Hrsg.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary* (Oxford 2006) 677–792
- Lilly *Sucharipa-Bermann*, *Kelsens „Recht der Vereinten Nationen“: Welche Relevanz hat der Kommentar heute noch für die Praxis?*, in: Robert *Walter*/Clemens *Jabloner*/Klaus *Zeleny* (Hrsg.), *Hans Kelsen und das Völkerrecht. Ergebnisse eines Internationalen Symposiums in Wien (1.–2. April 2004)* (= Schriftenreihe des HKI 26, Wien 2004) 21–36
- Shabtai *Rosenne*, *The Law and Practice of the International Court 1920–2005*⁴ (Leiden 2006)
- Georges *Vallindas*, *General Principles of Law and the Hierarchy of the Sources of International Law*, in: Dimitrios *Constantopoulos*/Konstantinos *Efstathiadis*/Charalambos *Fragistas* (Hrsg.), *Grundprobleme des Internationalen Rechts. Festschrift für Jean Spiropoulos* (Bonn 1957) 425–431
- Alfred *Verdross*/Bruno *Simma*, *Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis*³ (Berlin 1984)
- Ota *Weinberger*, *Der normenlogische Skeptizismus*, *Rechtstheorie* 17 (1986) 12–81

Platon [sagt], daß die Idee des Guten die „Urheberin alles Rechten und Guten“ (πάντων αὐτῆ ὀρθῶν τε καὶ καλῶν αἰτία), das heißt doch wohl die Urheberin der Gerechtigkeit ist. [...] Scheidet man aber beide, dann ist die Gerechtigkeit (als Vergeltung) nur eine Technik zur Realisierung des Guten; dann ist die Gerechtigkeit, soweit sie im Irdischen in Betracht kommt: der Staat, als dessen Zwangsapparat die Vergeltung funktioniert. [...]

Kelsen, Die Illusion der Gerechtigkeit (1985) 336

II. Kelsen als Philosoph und Ideologiekritiker

Der Positivismus von Kelsen

Einführung

Eine Untersuchung des Begriffs „Positivismus“ zeigt, dass er mehrdeutig ist, da er in der Geschichte oftmals in verschiedenen Zusammenhängen verwendet wurde. Wir erinnern uns an Auguste Comtes berühmtes Buch ‚*Cours de philosophie positive*‘, das ins Deutsche übersetzt wurde und unter dem Titel ‚*Der Positivismus in seinem Wesen und seiner Bedeutung*‘ Aufsehen erregte.¹⁾ Andererseits wurde der Begriff gegen Ende des 19. Jahrhunderts /Anfang des 20. Jahrhunderts von verschiedenen philosophischen Richtungen für sich in Anspruch genommen.

Die erste Richtung war der Empiriekritizismus, gemäß dem Metaphysik abgelehnt und die kritische Erfahrung als einzige Erkenntnisquelle anerkannt wurde. Der Empiriekritizismus wurde von Richard Avenarius durch sein Werk *Kritik der reinen Erfahrung*²⁾ begründet. Darin geht es Avenarius darum alles zu eliminieren was nicht auf Erfahrung basiert. Was nicht durch die Umgebung selbst bedingt ist, wird abgelehnt. In Österreich galt Ernst Mach als einflussreicher Vertreter des Empiriekritizismus. Er plädierte für eine methodische Denkökonomie, unter der er die weitgehende Reduktion in begrifflicher Hinsicht und die Ablehnung der Spekulation verstand. Für Mach war die Erfahrung das Fundament der Naturerkenntnis, weshalb er als Vertreter des Positivismus angesehen wird. Positivismus bedeutete für ihn im Wesentlichen, dass die Quelle aller menschlichen Erkenntnis das sogenannte „Gegebene“ ist.³⁾ Dieses Gegebene wird als eine Mannigfaltigkeit von Sinneseindrücken charakterisiert. Nicht gegeben ist alles, was zusätzlich zu den Inhalten der sinnlichen Wahrnehmung die „Welt“ konstituiert. Die Unterscheidung zwischen Ich und Welt wird von da aus haltlos. Jegliche metaphysische Erkenntnis über die außersinnliche Realität wird abgelehnt. Aus dieser Perspektive kann logischer Empirismus auch „logischer Positivismus“ oder „Neopositivismus“ genannt werden.⁴⁾ Eines der Hauptanliegen des logischen Empirismus war es, genaue Kriterien angeben zu können, nach denen philosophische Methoden als gültig bzw. ungültig zu beurteilen sind.⁵⁾

Als Hans Kelsen den Begriff „Positivismus“ aufgriff, hatte der Begriff im Laufe der Zeit bereits unterschiedliche Bedeutungen angenommen und war bis dahin oft gebraucht worden. Vor diesem Hintergrund ist jede neue Verwendung des Begriffs der Gefahr ausgesetzt, dass Themen und Konnotationen

1) Comte, Der Positivismus.

2) Avenarius, Kritik der Reinen Erfahrung.

3) Mach, Erkenntnis und Irrtum.

4) Schlick, Allgemeine Erkenntnislehre.

5) Carnap, Der logische Aufbau der Welt.

miteinander vermischt werden und so zu einem Verschwimmen von Bedeutungsgrenzen führen. H. Kelsen war sich dieser Gefahren sehr wohl bewusst. Man braucht nur sein letztes Werk mit dem Titel ‚*Secular Religion*‘ zu lesen, in dem sein Bemühen erkennbar wird, klare Grenzen zwischen den verschiedenen Richtungen innerhalb des Positivismus zu ziehen.⁶⁾ In der vorliegenden Arbeit werde ich auf die Frage der Rationalität in der Rechtstheorie eingehen. Zur Bestimmung dieser Rationalität werde ich mich einer formalistischen Rechtskritik bedienen und die analytische Methode anwenden. Die Absicht diese Arbeit ist es, Kelsens Positivismus-Begriff eindeutig zu bestimmen und seine Grenzen aufzuzeigen.

I. Positivismus versus Rechtspositivismus

Hans Kelsen geht der Frage nach, wie man die Bedingungen und Folgen von Verknüpfungen bestimmen kann und er nennt dieses Problem den „funktionalen Zusammenhang“. ⁷⁾ Konkret kann man diese Thematik folgenderweise zusammenfassen: Wie können funktionale Zusammenhänge derart korrekt beschrieben werden, dass Fehler im normativen Bereiche vermieden werden? Bei der Beantwortung dieser Frage sieht er sich mit einem vulgären Empirismus konfrontiert, wodurch er sich zur Positionsbestimmung veranlasst sieht. Ich werde in diesem Zusammenhang zuerst seine Kritik anhand von Kausalverknüpfungen darstellen und danach seine intuitiven Ideen über den funktionalen Zusammenhang präsentieren. Schließlich sollen einige technisch-formale Vorschläge vorgebracht und die Defizite aufgezeigt werden.

Der Positivismus geht davon aus, dass Erkenntnis auf die Interpretation von „positiven“ Befunden zu beschränken sei. Diese positiven Befunde schließen auch jene Experimente unter kontrollierten Bedingungen ein, die einen erwarteten Nachweis erbringen. Diese Methode lehnt Kelsen aber entschieden ab. Der Positivismus geht dabei von einem Kausalprinzip (KP) aus, das allerdings nicht für das Recht gelten kann. Gemäß dem Kausalprinzip liegt jedem Ereignis eine Ursache zugrunde. Das Kausalprinzip versucht einen Gegenstand durch die Naturgesetze zu bestimmen. Die Kausalität konzentriert sich dabei auf die Untersuchung der Beziehung zwischen *Ursache* und *Wirkung* oder auf Aktion und Reaktion. Diese Beziehung wird auf die Abfolge von aufeinander bezogener Ereignisse und Zustände beschränkt. Die angenommene Kausalität hat dabei immer eine feste zeitliche Richtung, bei der auf eine Ursache eine bestimmte Wirkung folgt. Ein Ereignis oder ein Zustand *A* ist Ursache für eine Wirkung *B*, wenn *B* von *A* herbeigeführt wird. Dieses Prinzip kann durch folgendes Schema exemplifiziert werden:

(KP) Wenn A ist, dann ist B.

Hans Kelsen wendet sich gegen das KP, weil das kopulative Verb „ist“ die metaphysischen Voraussetzungen des Rechts nicht überwinden kann. Da das

⁶⁾ Kelsen, *Secular Religion* 147 ff.

⁷⁾ Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen* 19.

Verb „ist“ mehrdeutig ist, kann es auf die folgenden verschiedenen Notionen verweisen: auf Identität,⁸⁾ Eigenschaft,⁹⁾ Prädikat,¹⁰⁾ Relation,¹¹⁾ Menge.¹²⁾ Wenn das Recht das Kausalprinzip als seine Grundlage übernimmt, entsteht die Gefahr dass „[...] eine metaphysische Rechtslehre (glaubt) in der Natur ein Naturrecht finden zu können.“¹³⁾ Kelsen war sich offensichtlich bewusst, dass der vom Positivismus des 19. Jahrhunderts gepriesene Überwindung der Metaphysik die Gefahr innewohnte, wieder in alte metaphysische Positionen zu verfallen.

Um die Unterschiede zwischen der empirischen Theorie philosophischer Provenienz und seiner eigenen Position klarer abzugrenzen, versucht Kelsen den zentralen Begriff des *funktionalen Zusammenhangs* noch deutlicher zu charakterisieren. Kurz gesagt meint ein funktionaler Zusammenhang, wie wir anhand des Kausalitätsprinzips gesehen haben, die Verknüpfung von zwei in eine Ordnung gebrachten Tatbeständen.

Für Kant war diese Verknüpfung an die Wahrnehmung gebunden.¹⁴⁾ Erst durch diese Verknüpfung mit der Wahrnehmung konnte man sich Erfahrung erstmals vorstellen und wurde dadurch erklärbar.¹⁵⁾ In weiterer Folge widmete man sich der genaueren Untersuchung wie zwei verschiedene Zustände aufeinander folgen würden. Dafür müsste folgende Formel, gelten:¹⁶⁾

$$\vdash \forall x(Px \times Qx)$$

8) Die Identität eines Objekts bezieht sich nur auf diejenigen Eigenschaften, die konstitutiv sind.

9) Die Elemente werden durch ein Zeichen (meist ein Buchstabe) repräsentiert, nach einem Längsstrich wird die Eigenschaft angegeben: { x | x hat die Eigenschaft E }. Beispiel: M = { t | t ist ein Pferd }.

10) Ein Beispiel einer einfachen Aussagen ist „Sokrates ist ein Mensch“. Dieses Beispiel ist der aus zwei Teilen zusammengesetzte Prädikatsterm: das Kopula „ist“ und das Prädikatsnomen „der Mensch“.

11) Der moderne Prädikatsbegriff ermöglicht ein mehrstelliges Prädikat und dadurch eine logische Behandlung von Relationen. Zum Beispiel der Satz: „Sokrates ist ein Schüler von Platon“ wird traditionell gelesen als: „Sokrates“ (Subjekt) „ist“ (Kopula) „ein Schüler von Platon“ (Prädikat). Die moderne Lektüre ist: Die Beziehung des „Schülerseins von“ wird als Prädikatsterm „x ist Schüler von y“ analysiert. Die Ausdrücke „x“ und „y“ markieren dabei die Stellen, an denen jene Individuen benannt werden, über die etwas ausgesagt wird. Im Fall von „x ist Schüler von y“ handelt es sich um eine Beziehung zwischen zwei Gegenständen, weshalb das Prädikat (bzw. der Prädikatsterm) zweistellig genannt wird.

12) Es wird formal dargestellt durch „x ist Element von M“.

13) Kelsen, *Reine Rechtslehre*² 80.

14) Kant, *KdrV* B 218.

15) Die Entstehung der Erfahrung durch Wahrnehmung folgt drei Regeln: Erstens, dem Grundsatz der Beharrlichkeit (d. i. Unwandelbarkeit) der Substanz (Kant, *KdrV* B 224). Zweitens, dem Grundsatz der Zeitfolge gemäß dem Kausalitätsgesetz (Kant, *KdrV* B 232–244). Und drittens Grundsatz des Gleichseins, nach dem Gesetz der Wechselwirkung (Kant, *KdrV* B 257–262).

16) In Worten: $\vdash \forall x(Px \times Qx)$: Es kann abgeleitet werden (\vdash) dass Px und Qx nacheinander für alle x möglich sind.

wobei die spezifischen Zustände *Pa* und *Qa* nicht zugleich sondern nebeneinander stattgefunden haben. Die Schwierigkeit dabei war, dass die Veränderung nicht direkt wahrnehmbar war sondern vielmehr „verknüpft“ sein musste. Wie aber war diese „Verknüpfung“ möglich und wie konnte man sie genauer bestimmen? Die Verknüpfung konnte im Kantischen Sinn als eine Leistung angesehen werden, die nur über das synthetische Vermögen der Einbildungskraft erkannt werden konnte, bei der zwei Wahrnehmungen zeitlich miteinander in Beziehung gebracht wurden. Wie aber ließ sich dieser Nexus jenseits subjektiver Kennzeichnungen erklären? Dazu war es erforderlich festzustellen, wann dieser Nexus die Form einer Implikation und wann die einer Äquivalenz hat. Dabei geht es um folgendes Problem:

Wie konnte man gemäß dem Empirismus bei aufeinanderfolgenden Erscheinungen ein objektives Verhältnis bestimmen, das nicht die Folge einer subjektiven Vorstellung wäre? In diesem Zusammenhang hatte Hume bereits darauf hingewiesen und gezeigt, dass die „*connection*“ in der Empirie nicht vorkomme.¹⁷⁾ Nach Hume konnte diese Kausalität aber nicht durch eine Induktion erklärt werden.¹⁸⁾ Andererseits hilft Kants Vorschlag von der reinen Anschauung (das ist hier die Zeit) bei der Erklärung dieses Problems auch nicht weiter, da die Zeit als solche nicht wahrgenommen werden kann. Die Lösung Kants, sich dann auf den reinen Verstand zu berufen, führte zur erforderlichen Notwendigkeit der synthetischen Einheit bei sich. Dadurch ermöglicht er die Einführung der Kategorie von Ursache und Wirkung. Für Kant wird Kausalität zur transzendentalen Bedingung für die Erfahrung. Damit sind aber die wichtigsten Fragen noch nicht gelöst, wie etwa die folgenden: Erstens, wenn die *connection* nicht-empirischer Natur ist, wie kann sie dann bestimmt werden? Zweitens, wenn die Zeit innerhalb der Beziehung zwischen Ursache und deren unmittelbaren Folgen als Kriterium entfällt, wie kann diese Kausalität dann bestimmt werden? Und drittens, wie lässt sich in diesem Zusammenhang Implikation von Äquivalenz unterscheiden?

II. Das Sein-Sollen-Problem

In der philosophischen und rechtswissenschaftlichen Tradition spielt die Unterscheidung von Sein und Sollen eine wesentliche Rolle. David Hume hatte darauf hingewiesen, dass Sollen-Sätze nicht aus Sein-Sätzen abgeleitet werden können. Immanuel Kant entwickelte seine Erkenntnistheorie in Auseinandersetzung mit Hume, wobei er die Unterscheidung von theoretischer („spekulativer“) und praktischer Vernunft zum Fundament seiner Überlegungen machte. Die Vertreter des Neukantianismus innerhalb der Rechtswissenschaft – vor allem Hans Kelsen – knüpften an die Überlegungen von Kant an und spitzten den Gegensatz von Sein und Sollen weiter zu und errichteten auf der Grundlage dieser Trennung einen Dualismus von Recht und Moral.

¹⁷⁾ Hume, An Enquiry VII 3. Satz.

¹⁸⁾ Hume, An Enquiry VIII.

Nach Kelsens Reiner Rechtslehre ist die Sphäre des Seins bzw. des Faktischen streng von der Sphäre des Sollens oder des Normativen zu trennen. Aus dieser Trennung leitete Kelsen das Postulat ab, die Rechtswissenschaft habe sich ausschließlich mit den Rechtsnormen zu befassen. Im Gegensatz dazu sah er die Untersuchung von normenbezogenem Verhalten als Aufgabe der Soziologie an. Kelsen trachtete danach ein geschlossenes, auf einer Grundnorm basierendes System von Regeln zu erstellen, das von allen Aspekten der soziologischen Wirklichkeit „rein“ sein sollte. Diese Prämisse führte Kelsen zu der sogenannten „Trennungsthese“, die Recht und Moral als Teile zweier unabhängiger Wertesysteme begriff. Da er Gerechtigkeit als Teilaspekt der Moral verstand, war sie zugleich ein philosophisches Problem und damit nicht Gegenstand des Rechts. Recht könne vielmehr jeder beliebige Inhalt sein, der sich in ein Ordnungssystem einfügte und durch die Wirksamkeit von Zwang Geltung erhalte.

Diese Dissoziation von Recht und Gerechtigkeit illustriert die Wertrelativität seines Rechtsbegründungsmodells. Kelsen versuchte, das Problem rechtlicher Geltung auf methodisch reflektierte Weise unter Zugrundelegung wertrelativistischer Prämissen zu lösen. Die Grundnorm und der Gedanke von einem rechtlichen Stufenbau, also einer hierarchischen Ordnung zwischen Bedingendem und Bedingtem sollte dabei den Schnittpunkt von Normativität und Faktizität gewährleisten.

Durch die kategoriale Trennung von Sein und Sollen und dem Ziel einer rein deskriptiven Erfassung positiver Rechtsordnungen erhält die Unterscheidung zwischen präskriptiven Rechtsnormen und deskriptiven Rechtssätzen eine zentrale Rolle. Das führt zu einer strikten Trennung zwischen Normsetzung einerseits und Normbeschreibung andererseits. Durch die deskriptiven lediglich beschreibenden Rechtssätze werden Aussagen über die präskriptiven bzw. vorschreibenden Rechtsnormen getroffen, die wiederum auf konkreten Willensakten beruhen. Auch in der Unterscheidung zwischen Geltung und Wirksamkeit der Rechtsordnung und ihrer Normen spiegelt sich der Dualismus von Sein und Sollen wider. Unter Geltung einer Norm wird ihr spezifisch normativer Charakter verstanden, also ihre Existenz im Bereich des Sollens. Wirksamkeit ist dagegen die tatsächliche Effizienz in der Welt des Seins. Da die Geltung einer Norm wegen ihrer Unableitbarkeit aus der Sphäre des Seins immer nur aus einer anderen, höher stehenden Norm folgt, entsteht ein Regress, der erst in der Grundnorm endet. Dennoch gelten diese Normen nur, wenn sie Anwendung und Befolgung finden. Die Wirksamkeit von Normen ist also eine Bedingung für Geltung, nicht aber die Geltung selbst.

Diese Herangehensweise birgt allerdings die Gefahr eines naturalistischen Fehlschlusses in sich. Kelsen war sich darüber im Klaren, dass es keinen gültigen Übergang vom „Ist“ zum „Sollen“ geben konnte. Die Schwierigkeit bestand darin, dass vom Sein (wie etwas „ist“) nicht direkt auf das Sollen (wie etwas sein „soll“) geschlossen werden kann. Diese These basiert auf der Annahme, dass aus Tatsachen keine Normen folgen. Aus rein beschreibenden Aussagen folgen noch keine Bewertungen, Wertmaßstäbe oder Ziele. In weni-

gen Worten gesagt, die Behauptung des Sachverhalts p erlaubt weder zu folgern: „es ist *geboden*, dass p “, noch „es ist *verboten*, dass p “.

Daher trachtete Kelsen danach, das kopulative Verb „ist“ zur Lösung von bestimmten Probleme zu vermeiden bzw. zu umgehen. Er stellte sich folgende Aufgabe: was passiert wenn ein Mensch seine Schulden nicht bezahlen kann? Nach geltendem Gesetz müsste eine rechtliche Handlung folgen. Aber wie wird dieses Prinzip rechtlich schematisiert? Als Antwort schlägt er folgendes vor:¹⁹⁾

- (1) Wenn ein Mensch seine Schuld nicht bezahlt, soll sein Vermögen einer Zwangsvollstreckung unterzogen werden.

Kelsen fügt zwei weitere Beispiele aus dem Bereich des Strafrechts und der Medizin an, die ähnliche Strukturen aufweisen. Ich werde diese Struktur als Grundlage meiner Überlegungen heranziehen. So sagt er:

- (2) Wenn ein Mensch ein Verbrechen begeht, soll eine Strafe über ihn verhängt werden.

und

- (3) Wenn ein Mensch von einer ansteckenden Krankheit befallen wird, soll er in eine Krankenanstalt interniert werden.

Die in den Beispielen verwendeten Sätze zeigen erstens eine „Wenn... dann...“-Struktur. Zweitens wird in (1) das kopulative Verb „ist“ durch das Modalverb „sollen“ ersetzt. In (2) wird aufgrund des Tatbestands des Verbrechens eine Strafe verhängt. In (3) wird bei Auftreten einer ansteckenden Krankheit der Schluss gezogen, dass die betroffene Person interniert werden muss. Dieser beispielhafte Nexus soll einer eingehenden Untersuchung unterzogen werden. Erinnern wir uns dabei an die Schwierigkeiten, die Kant und Hume bezüglich des Nexus von Kausalsätzen hatten. Die Änderungen die sich bei der Verbindung von Sein zum Sollen ergeben, haben weitreichende Folgen. Als erstes systematisiert Kelsen sein Prinzip und nennt es die „*Grundnorm des Rechtsatzes*“.²⁰⁾ Er stellt seinen Vorschlag wie folgt dar:

- (GR) Wenn A ist, dann soll B sein.

Die Formulierung der *Grundnorm des Rechtsatzes* (GR) ist völlig verschieden von der Formulierung des Kausalprinzips (KP). Das Kausalprinzip ist eine Verknüpfung von Ursache und Wirkung, wie sie im Naturgesetz ausgesagt wird. Die Grundnorm des Rechtsatzes ist eine von der Rechtsautorität vorgeschlagene Verknüpfung. Sie entsteht als eine durch einen Willensakt gesetzte Norm. In (GR) wird darauf hingewiesen, dass unter bestimmte Bedingungen eine bestimmte Folge eintreten *soll*. Das Modalverb „sollen“ drückt im Sinne Kelsens „das Gebotseins“ aus.²¹⁾ Dieses ist nicht zu verwechseln mit den Begriffen des Ermächtigtseins oder Erlaubtseins. Nach Kelsen verknüpft „sollen“

¹⁹⁾ Kelsen, *Reine Rechtslehre*² 80.

²⁰⁾ Kelsen, *Reine Rechtslehre*² 80.

²¹⁾ Kelsen, *Reine Rechtslehre*² 81.

im Rechtssatz die Bedingung mit der Folge. Das Modalverb „sollen“ bezeichnet die drei normativen Funktionen einer Folge: Gebotensein, Ermächtigtsein und positives Erlaubtsein. Ist diese Verknüpfung eindeutig?

Die Standardform der *Grundnorm des Rechtsatzes* (GR) verfällt nicht in einen naturalistischen Fehlschluss. Die Definition von „Zivildelikt als Zwangsvollstreckung“ durch empirische oder metaphysische Begriffe (z.B. „Zwangsvollstreckung“ ist „Anwendung staatlicher Gewalt“), hatte schon Hume kritisiert.²²⁾ Er sah nämlich die Gefahr eines Sein-Sollen-Fehlschlusses durch einen unzulässigen Übergang von deskriptiven (empirischen oder metaphysischen Seins-) zu normativen (Sollens-) Aussagen (z.B. von „*x* ist staatliche Gewalt anzuwenden“ zu „Du sollst *x* staatliche Gewalt anwenden“). In diesem Zusammenhang unternimmt Kelsen eine sehr interessante Einschränkung.

III. Kelsens Puzzle

Kelsen zeigte ein Problem auf, das durch die oben präsentierten Lösungsversuche nicht erklärt werden konnte. Es geht um folgenden Nexus:

„Unter bestimmten, und zwar von der Rechtsordnung bestimmten, Bedingungen soll ein bestimmter, und zwar von der Rechtsordnung bestimmter, Zwang erfolgen.“²³⁾

Kurz zusammengefasst lautet Kelsens Vorschlag, dass unter bestimmten Bedingungen innerhalb der Rechtsordnung ein bestimmter Zwang erfolgen soll. Die Verknüpfung im Rechtssatz wird durch die Rechtsautorität hergestellt, also durch eine auf der Basis eines Willensaktes gesetzte Norm. Wie kann diese Folgerung dargestellt werden? Hier stellt sich die wichtige Frage, wie wir die Brücke zu dieser Sollens-Folgerung formalisieren können. Diese Formalisierung bringt eine besondere Paradoxie hervor, die wir zunächst als Kelsen-Paradoxie bezeichnen werden. Zuerst wollen wir aber die Formalisierung des oben genannten Satzes untersuchen. Hier sind wir zunächst mit einem Bedingten Soll (BS) konfrontiert. Dieses Bedingte Soll, auch Bedingungsnorm genannt, könnte dargestellt werden wie folgt: als ein faktischer Vordersatz (d.i. „bestimmten Bedingungen“) mit einer Implikation (\supset) und einem Nachsatz mit einer nicht- tautologischen deontischen Bejahung (d.i. Zwang). Dieser Satz hat dann die folgende Form:

$$(BS) \quad p \supset Oq,$$

wobei *p* für jeden beliebigen empirischen Satz steht. Dieser empirische Satz wird so dargestellt, dass jemand in (1) seine Schulden nicht zahlt, dadurch dass jemand in (2) ein Verbrechen begangen hat oder letztlich durch die Tatsache dass sich jemand mit einer Krankheit angesteckt hat.

Der Nachsatz hat eine ähnliche Struktur in dem Sinne, dass daraufhin ein Zwang folgt. In (1) soll eine Zwangsvollstreckung durchgeführt werden, in (2)

²²⁾ Hume, A Treatise Bk III: Of Morals, Part I, sec I.

²³⁾ Kelsen, Reine Rechtlehre² 80.

soll eine Strafe verhängt werden und in (3) soll die kranke Person in eine Anstalt interniert werden. Der Nachsatz drückt eine durch ‚O‘ gekennzeichnete Verpflichtung aus. Die Verpflichtung entsteht in (1) aus der nicht-Erfüllung eines Schuldverhältnisses, das zwischen Schuldner und Gläubiger besteht. Im Fall (2) geht es um eine unerlaubte Handlung gegen das Grundrecht auf Unversehrtheit. Und in (3) geht es um eine Maßnahme gegen die mögliche Gefährdung anderer Personen.

Wenn die faktischen Bedingungen erfüllt sind, stehen wir vor unbedingten Normen. Damit erhält Kelsens Bedingtes Soll (BS) praktische Relevanz. Von der bedingten Norm: „Wenn ein Mensch ein Verbrechen begeht, soll eine Strafe über ihn verhängt werden“, und der faktischen Tat, dass ein Mensch ein Verbrechen begangen hat, scheint vernünftig und intuitiv die unbedingte Norm zu folgen, dass die Person eine Strafe erhalten solle. Nun ist aber das Problem zu wissen, wie diese Intuition formalisiert werden soll. Darüber hinaus ist es wichtig zu wissen, ob diese Schematisierung auch den oben angesprochenen Einwänden standhält.

Von Wright hat darauf hingewiesen, dass Strukturen von der Form wie das von Kelsen vorgeschlagene Bedingte Soll (BS) als eine Norm *in toto* verstanden werden soll und nicht als hybride Norm bestehend aus einer faktischen Bejahung und einer Norm.²⁴⁾ Diese Unterscheidung ist bemerkenswert. Es ist nicht dasselbe, wenn ich sage „Wenn jemand seine Schuld bezahlt, soll sein Vermögen nicht zwangsvollstreckt werden“ d.i. $(p \supset Oq)$ wie zu sagen: „Es ist zwingend, dass wenn jemand seine Schuld bezahlt, sein Vermögen nicht zwangsvollstreckt wird“ d.i. $(O(p \supset q))$. Im zweiten Fall stehen wir vor einer kategorischen Bedingungsnorm, die vorbehaltlos bejaht wird. Wir haben den deontischen Operator der Verpflichtung vor der Implikation so eingebracht, dass die Implikation von ihr involviert ist. Aber für Kelsen war die Inferenz relevant. Ausgehend von einer Bedingungsnorm die hybrid oder *in toto* interpretiert werden kann und von der Bejahung des Vordersatzes, kann man im Nachsatz eine Pflicht folgern.

Zwar ist Kelsens Vorschlag intuitiv einleuchtend, aber sehr schnell werden die damit einhergehenden Probleme erkennbar. Erstens zeigt sich, dass die Formalisierung eines vernünftigen Begriffs von Verpflichtung sehr vage ist.²⁵⁾ Dabei muss man einfach die offensichtliche Frage stellen: Welche Erwartungen sind in diesem Unterfangen zu erfüllen? Welche Eigenschaften erwarten wir, dass dieses Konzept hat, und nicht hat? Die Lösung dieser Fragen würde uns die adäquaten Kriterien liefern, die Kelsen nur intuitiv ausgearbeitet hatte, aber nie ausdrücklich formalisieren konnte. Das Bedingte Soll (BS) kann interpretiert werden als „p verpflichtet uns zu q“. Wir müssten Erklärungsmuster zeigen, die uns erlauben, die Sprache zu beschreiben die in Kelsens Bedingung (BS) verwendet wird. Diese Erklärung müsste eine durchführbare und plausible Logik der Verpflichtung enthalten.

²⁴⁾ Von Wright, On Conditional 3.

²⁵⁾ In der Sekundärliteratur ist dies unter der Rubrik „Commitment“ untersucht worden. Siehe: Von Wright, On Conditional 1 ff.

Nehmen wir an, dass wir die adäquaten Kriterien für (BS) suchen und dabei zwischen bestimmten Aussagenschemata unterscheiden müssten. Der Unterschied ergäbe sich zwischen jenen Aussagen, die in der juristischen Sprache Kelsens unwahrscheinlich (nicht beweisbar) sind und anderen die wahrscheinlich (beweisbar) sind. Untersuchen wir die erste Kategorie.

Nehmen wir an, dass allgemeine Schemata aus (BS) wie folgt dargestellt werden: ‚p‘ ersetzen wir durch eine informelle Aussage sowie ‚A‘ und ‚q‘ durch eine willkürliche formale Aussage B. ‚O‘ steht weiterhin für „Verpflichtung“. Dann erhalten wir folgendes Schema:

$$(BS_{\text{Schema}}) A \rightarrow OB$$

Dann ersetzen wir diesen Satz durch folgende Formel:

$$O_A B$$

Die neue Schreibweise von (BS) mittels des Schemas (BS_{Schema}) wird folgenderweise gelesen: „A verpflichtet uns zu B“. Wir können auch diese neue Schreibweise wie folgt definieren:

$$O_A B =_{\text{df}} N(A \rightarrow OB)$$

Also „A verpflichtet uns zu B“ ist definierbar als ein Satz, bei dem es notwendig (N) ist, dass ein empirischer Satz A die Verpflichtung B impliziert. Wenn wir dann die neue Schreibweise transformieren, erhalten wir drei verschiedene Schemata, die vom Standpunkt der Schwierigkeiten Kelsens in unserer Sprache alle unbeweisbar (bzw. unwahrscheinlich) erscheinen.

$$(I) \neg A \rightarrow O_A B$$

$$(II) OB \rightarrow O_A B$$

$$(III) O \neg A \rightarrow O_A B$$

Führen wir den Wahrheitswert „wahr“ ein, so können wir unseren Fall (2) wie folgt darstellen:

(2¹) Wenn ein Mensch kein Verbrechen begeht, dann ist es wahr. Wenn ein Mensch ein Verbrechen begeht, soll eine Strafe über ihn verhängt werden.

Die Lektüre des Falles würde bedeuten, dass jemand kein Verbrechen begeht, weil er für wahr hält, dass A uns verpflichtet zu B. Das heißt, der Sprecher hält für wahr, dass wenn er ein Verbrechen begehen würde, dann würde eine Strafe über ihn verhängt werden. Diese Implikation warnt ihn davor ein Verbrechen zu begehen. Somit würde ihn die implizierte Verpflichtung davon abhalten ein Verbrechen zu begehen.

Demnach wird (II) wie folgt gelesen werden:

(2¹¹) Wenn eine Strafe über einen Menschen verhängt wird, dann ist wahr, dass wenn ein Mensch ein Verbrechen begeht, eine Strafe über ihn verhängt werden soll.

Hier stehen wir vor der entgegengesetzten Lektüre. Aus der modalen Präzedenz, nach der über Jemanden eine Strafe verhängt worden ist, sehen wir fol-

genden Satz als wahr an: Wenn Jemand ein Verbrechen begeht, so muss eine Strafe verhängt werden.

Für (III) hieße das dann Folgendes:

(2^{III}) Wenn ein Mensch kein Verbrechen begangen hat, dann muss er sich darüber im Klaren sein: Wenn ein Mensch ein Verbrechen begeht, soll eine Strafe über ihn verhängt werden.

Im dritten Fall geht es um das Sollen. Kein Verbrechen begangen zu haben, bedeutet, dass er nicht zur Rechenschaft gezogen werden muss, obwohl die Implikation seine Gültigkeit behält. Die Implikation lautet: Wenn Jemand ein Verbrechen begangen hat, muss er zur Rechenschaft gezogen werden.

IV. Kelsens Paradoxie

Nun sagt Kelsen, dass der Rechtssatz einen Funktionszusammenhang ausdrückt.²⁶⁾ Das Modalverb „sollen“ nur in diesem spezifischen Sinn, „[...] in dem Bedingung und Folge, insbesondere Unrecht und Unrechtsfolge, durch die Rechtsnorm miteinander verknüpft sind.“²⁷⁾ Dabei müsste man untersuchen, ob eine solche Verknüpfung vor Paradoxien gefeit ist. Es soll untersucht werden, inwieweit dieser funktionale Zusammenhang gegen bestimmte Widersprüche immun ist.

Als erstes soll das Dilemma der Verpflichtung und der Loslösung von Objektivität angesprochen werden. Gehen wir von (3) aus und beschreiben folgende Situation: Ein Mensch ist von einer ansteckenden Krankheit befallen und für uns ist wahr, dass wenn ein Mensch von einer ansteckenden Krankheit befallen wird, er in einer dafür vorgesehenen Anstalt interniert werden soll. Dies lässt sich wie folgt darstellen:

$$(IV) (A \wedge O_A B) \rightarrow OB$$

Diese Lektüre ermöglicht dem Prinzip der Loslösung ihre Gültigkeit für Formeln, die die Verpflichtungen vom Typ $O_A B$ – d.h. „A verpflichtet uns zu B“ ausdrücken. Die hier vorgeschlagene Lektüre muss sich als haltbar erweisen. Es ist ein Unterschied ob ich feststelle, dass „ein Mensch soll in eine bestimmten Anstalt interniert werden“, oder dass wir behaupten „ein Mensch soll nicht in eine bestimmten Anstalt interniert werden und ein Mensch soll in eine bestimmten Anstalt interniert werden“. Durch diese Resultate zeigt sich, dass das Prinzip der Loslösung nicht von einem intuitiven Standpunkt aus gegeben ist, sondern es ist in allen Facetten möglich. Aber wir können Kelsens Vorschlag nicht in beide Richtungen interpretieren.

Es gibt einen gewissen Vorbehalt gegenüber einer strengen Lektüre von (BS). Nehmen wir an, wir interpretieren (1) dahingehend, dass das Vermögen von Jemandem, der eine ausständige Schuld unbezahlt lässt, zwangsvollstreckt

²⁶⁾ Kelsen, Reine Rechtlehre² 84.

²⁷⁾ Kelsen, Reine Rechtlehre² 84.

werden soll. Diese Folge erlaubt eine Lektüre, die nicht nur den Schuldner sondern auch den Gläubiger einbezieht.

Nehmen wir an, dass ein Mensch seine Schuld nicht an die Bank zurückzahlen kann, weil die Bank sein Bankkonto gesperrt hat und dadurch sein Gehalt nicht bezahlt werden kann. Wenn diese Person ihr Gehalt nicht bekommt, so kann sie auch die Schulden nicht zurückzahlen. Dadurch überschreitet der Betroffene die Bankfristen, was automatisch zur Zahlungsunfähigkeit und Zwangsvollstreckung seiner Vermögens führt. Eigentlich ist die Lektüre von (BS) zu streng und *prima facie* müsste die Verpflichtung abgelehnt oder mindestens geschwächt werden, da sie genau die Wirkung hervorbringt, die sie zu vermeiden trachtete: also Unrecht durch Missbrauch. In diesem Fall müsste man eine strenge Lektüre von (BS) ablehnen und eine *ceteri paribus* Klausel einführen, die es ermöglicht auf die Umstände von (BS) hinzuweisen. Die *Ceteris-paribus-Klausel* müsste dann erlauben, dass das Prinzip von Kelsen (BS) interne Veränderungen zulässt, während die Formulierung konstant gehalten wird.

Nun müssen wir auch sehen, ob (BS) der Paradoxie des barmherzigen Samariters standhält.²⁸⁾ Betrachten wir nochmals den Satz (1) und stellen ihn in folgender Variante vor:

(4) Es sollte so sein, dass die Bank darauf verzichtet, das Vermögen von Herrn Schmidt einer Zwangsvollstreckung zu unterziehen.

(5) Es sollte so sein, dass Herr Müller (der barmherzige Samariter) dem von der Zwangsvollstreckung bedrohten Herrn Schmidt hilft.

Wenn diese Aussagen in der gewöhnlichen Alltagssprache ausgedrückt werden, scheinen sie vollkommen konsistent. In der Tat könnten die Sätze (4) und (5) gleichzeitig wahr sein. Also sie würden den Intuitionen Kelsens nicht widersprechen. Wenn sie allerdings in einer deontischen Sprache formalisiert werden, folgt, dass Herr Müller (der barmherzige Samariter) sowohl Herrn Schmidt helfen sollte als auch nicht helfen sollte.

Die bedingte Verpflichtung (BS) induziert uns dem Grundsatz zu folgen Jemandem zu helfen, der in Schwierigkeiten geraten ist. Diese Hilfestellung impliziert auch, dass das Vermögen einer Person bei Zahlungsschwierigkeiten einer Zwangsvollstreckung unterzogen werden soll.

Das Argument beruht auf dem Axiom der standard-deontischen Logik, die durch das folgende Prinzip der normalen Modallogik charakterisiert ist: $A \rightarrow B \Rightarrow OA \rightarrow OB$. Wenn wir einen intentionalen Bedingungsoperator einführen, dann können wir sagen, dass Herr Schmidt nur unter der Bedingung helfen soll, wenn es in der Tat eine Zwangsvollstreckung geben wird. Aber dann kann das Argument nicht auf der üblichen Semantik für Konditionale aufgebaut werden. Die Argumentation lautet: Die ausstehende Bezahlung soll eine Zwangsvollstreckung nach sich ziehen. Kommt Herr Schmidt seiner Zahlungsverpflichtung tatsächlich nicht nach, so könnte ihm Herr Müller zu Hilfe kommen. Herr Müller könnte die ausstehende Zahlung tilgen. Trotzdem soll

²⁸⁾ Åquist, Introduction to Deontic Logic 81 f.

das Vermögen von Herrn Schmidt zwangsvollsteckt werden. Intuitiv sagt die rechte Seite des Bikonditionalen, dass die Zwangsvollstreckung des Vermögens von Herr Schmidt trotz der Hilfe von Herrn Müller (des barmherzigen Samariters) unbedingt durchgeführt werden muss. Der Widerspruch besteht darin, dass die Zwangsvollstreckung des Vermögens von Herrn Schmidt trotz der Hilfe gemäß der bedingten Verpflichtung (BS) aufrechterhalten werden muss.

V. Schluss

Rechtspositivismus bezeichnet eine Lehre innerhalb der Rechtsphilosophie bzw. der Rechtstheorie, bei der die Geltung von Normen allein auf deren positive Setzung oder ihre soziale Wirksamkeit aufgebaut ist. Kelsen geht von einem intuitiven Prinzip aus, das hier einer eingehenden Untersuchung unterzogen worden ist. Dabei geht es um die Frage, ob der funktionale Zusammenhang zwischen den zwei Tatbeständen angemessen ist. Wir sind dabei von der „Grundnorm des Rechtsatzes“ ausgegangen.

Die Grundnorm des Rechtsatzes ist eine Verknüpfung durch eine Rechtsautorität. Diese Verknüpfung wird durch eine auf einem Willensakt basierende gesetzte Norm hergestellt. In der Grundnorm des Rechtsatzes wird darauf verwiesen, dass unter bestimmten Bedingungen eine bestimmte Folge eintreten soll. Das Modalverb „sollen“ drückt im Sinne Kelsens „das Geboten sein“ aus. Nach Kelsen verknüpft „sollen“ im Rechtssatz die Bedingung mit der Folge. Das Modalverb „sollen“ bezeichnet dabei drei normative Funktionen der Folge, nämlich: Gebotensein, Ermächtigtsein und die positives Erlaubtsein. Dieser Nexus ist charakterisiert wie folgt: Unter bestimmten von der Rechtsordnung bestimmten Bedingungen soll ein von der Rechtsordnung bestimmter Zwang erfolgen.

Dieses Bedingte Soll wurde auch Bedingungsnorm genannt und ist in der Arbeit durch eine Implikation mit einem faktischen Vordersatz d.i. „bestimmten Bedingungen“ und einem Nachsatz als eine deontische Bejahung die nicht tautologisch ist d.i. Zwang gekennzeichnet. Diese Folgerung wurde dann formalisiert durch „ $p \supset Oq$ “, wobei p für jeden beliebigen empirischen Satz steht. Der Nachsatz hat eine ähnliche Struktur auf den dann ein Zwang folgt. Dieser Rechtssatz spricht einen Funktionszusammenhang aus. Es ist gezeigt worden, dass die Lösung Kelsens gegen Paradoxien nicht immun ist. Als erstes gerät sein empirischer Ansatz in das Dilemma der Verpflichtung und der Loslösung von Objektivität. Danach wurde gezeigt worden, dass eine strenge Lektüre von bestimmten Bedingungen (BS) nur mit Vorbehalt gemacht werden kann. Und schließlich wurde die Paradoxie des barmherzigen Samariters aufgezeigt.

Literaturverzeichnis

Lennart Åqvist, Good Samaritans, Contrary-to-Duty Imperatives, and Epistemic Obligations, *Noûs* 1 (1967) 361–379

- Lennart *Åqvist*, Introduction to Deontic Logia and the Theory of Normative System (Napoli 1987)
- Richard *Avenarius*, Kritik der Reinen Erfahrung (Leipzig 1907–1908)
- Rudolf *Carnap*, Der logische Aufbau der Welt (Leipzig 1928)
- Auguste *Comte*, Der Positivismus in seinem Wesen und seiner Bedeutung („Discours sur l’ensemble du Positivisme“) (Leipzig 1894)
- Jürgen *Habermas*, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates (Frankfurt am Main 1992)
- David *Hume*, A Treatise of Human Nature, in: The Philosophical Works (Ed. by Thomas Hill Green and Thomas Hodge Grose) Vol. 1 & 2. (1882, Neudruck London 1992)
- David *Hume*, An Enquiry Concerning Human Understanding, in: The Philosophical Works (Ed. by Thomas Hill Green and Thomas Hodge Grose) Vol 4 (1882, Neudruck London 1992)
- Immanuel *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, in: Werke. Band 3 Akademie Textausgabe. (1787, Neudruck Berlin 1968)
- Hans *Kelsen*, Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode (Tübingen 1911)
- Hans *Kelsen*, Zur Soziologie des Rechtes, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 34 (1912) 601–614
- Hans *Kelsen*, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 39 (1915) 839–876
- Hans *Kelsen*, Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft, in: Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich, 40 (1916) 1181–1239
- Hans *Kelsen*, Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit² (1960, Nachdruck Wien 2000)
- Hans *Kelsen*, Naturrechtslehre und Rechtspositivismus. In: Die Wiener rechtstheoretische Schule, Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, hrsg. von H. Klecatsky, R. Marcic u. H. Schambeck (Wien/Salzburg 1968)
- Hans *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, hrsg. von Kurt Ringhofer u. Robert Walter (Wien 1979)
- Hans *Kelsen*, Secular Religion: A Polemic against the Misinterpretation of Modern Social Philosophy, Science and Politics as „New Religions“ (Wien 2012)
- Ernst *Mach*, Erkenntnis und Irrtum. Skizzen zur Psychologie der Forschung³ (Leipzig 1917)
- Moritz *Schlick*, Allgemeine Erkenntnislehre (Berlin 1918)
- Georg Henrik von *Wright*, On Conditional Obligations, Särtryck ur Juridisk Tidskrift 1 (1994–1995) 1–7

Otto Pfersmann, Paris

Kelsens Ideologiekritik

Einleitung

Die Reine Rechtslehre ist eine Theorie der Rechtssysteme und ihrer Erkenntnis. Ideologie ist dagegen ein Diskurs mit falschem theoretischen oder rechtsdogmatischen Inhalt. In seiner einfachsten Form ist Ideologiekritik die Kritik theoretisch wie rechtsdogmatisch falscher Sätze. Das setzt allerdings voraus, dass die Reine Rechtslehre tatsächlich primär eine Erkenntnistheorie des Rechts ist und dass der Ideologiebegriff und die darauf aufbauende Theorie in der Reinen Rechtslehre einfach und eindeutig ist. Die Kelsenforschung hat sich unter dem Titel der Ideologiekritik oft auf die politische Theorie des Autors konzentriert¹⁾ – und in der Tat überträgt Kelsen wirkungsvoll methodologische Elemente seiner Kritik an ideologisch geprägten rechtsdogmatischen Konzeptionen auf die Analyse politischer Probleme.²⁾ Umgekehrt werfen Kritiker der Reinen Rechtslehre dieser vor, in Wahrheit selbst ideologische Inhalte unter dem Appell zu wissenschaftlicher Neutralität zu verschleiern.³⁾ Wenn Kelsen aber selbst das Problem der Ideologie aufwirft, geht es um ihre Stelle innerhalb der Rechtswissenschaft. Darauf beschränken sich die folgenden Überlegungen.

Nun ist die Reine Rechtslehre Ontologie und Epistemologie. Die Ontologie der Rechtssysteme untersucht die Natur der Normen als Gegenstände und differenziert rechtliche von anderen Normen sowie von nicht-normativen Gegenständen. Der epistemologische Anspruch zielt auf eine Erkenntnis dieser Normen, die wissenschaftlichen Kriterien genügen soll: Objektivität und Präzision.⁴⁾ Er erscheint programmatisch als primär und statisch-korrektiv in seiner technischen Konzeption.

¹⁾ Zitate sind auf den geringsten Umfang beschränkt. Siehe vor allem *Krawietz/Topitsch/Koller* (Hrsg.), *Ideologiekritik und Demokratietheorie* bei Hans Kelsen; Hans Kelsen-Institut (Hrsg.), *Reine Rechtslehre und marxistische Rechtslehre*.

²⁾ Klassische Beispiele sind: *Kelsen, Sozialismus und Staat*; *Kelsen, Sozialismus und Staat*², mit eingehender Antwort auf die Einwände *Max Adlers*; *Kelsen, Wesen und Wert* 50–85; *Kelsens Texte zur Demokratietheorie* sind sehr vollständig zusammengestellt in *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), *Verteidigung der Demokratie*.

³⁾ Dieser Vorwurf wurde regelmäßig von marxistischer Seite erhoben, vgl. etwa *Klenner, Rechtslehre* oder *Russo, Kelsen e il marxismo*, wird jedoch immer wieder unter verschiedenen Angriffspunkten wiederaufgenommen, etwa bei *Somek*, Österreich. Der Zwangscharakter des Rechts wird etwa regelmäßig in der englischsprachigen Literatur, wenn auch nicht unter dem expliziten Titel der Ideologie als verfälschende Konzeption des Rechts dargestellt: grundlegend hier die Überlegungen von *Hart, Concept of Law* („[...] [theories] will fail if it shown that law without sanctions is perfectly conceivable“).

⁴⁾ Auch das berühmte Vorwort der ersten Auflage wird nach dieser Ausgabe zitiert. *Kelsen, Reine Rechtslehre*² III: „[...] dem Ideal aller Wissenschaft, Objektivität und Exaktheit [...]“

Im folgenden Beitrag wird zu zeigen versucht, dass beide Konzeptionen falsch sind: der epistemologische Anspruch ist nicht primär, der Ideologiebegriff ist vielschichtig und letztlich dynamisch. Daraus ergeben sich Probleme, die bisher in den Untersuchungen über die Reine Rechtslehre wenig Beachtung gefunden haben.

I. Der Primat der Ontologie mit statischer Korrektur

Epistemologie erscheint als der primäre Anspruch einer reinen Theorie des Rechts: die traditionale Dogmatik soll durch Bereinigung um sachfremde Elemente zu einer echten Wissenschaft gemacht werden: „Von allem Anfang an“, schreibt Kelsen in seinem berühmten Vorwort zur ersten Auflage des den Titel seines Programms tragenden Werkes, „war dabei mein Ziel: Die Jurisprudenz, die – offen oder versteckt – in rechtspolitischem Raisonement fast völlig aufging, auf die Höhe einer echten Wissenschaft, einer Geistes-Wissenschaft zu heben“.⁵⁾

Der Primat der Epistemologie manifestiert sich als Richtschnur für das der Reinen Rechtslehre eigentümliche Programm einer Korrektur der herkömmlichen Dogmatik: ihre Begrifflichkeit muss gesäubert werden, Fehlschlüsse identifiziert und durch richtige ersetzt werden. Beispiele lassen sich leicht aufzählen: die Vermengung von Rechtswesens- und Rechtsinhaltsbegriffen, von qualitativen und quantitativen Begriffen, die Verabsolutierung eines Dualismus von Recht und Staat, von öffentlichem und privatem Recht, von innerstaatlichem Recht und Völkerrecht, von subjektivem und objektiven Recht usw. So versucht der Zivilist eine bestimmte kontingente Struktur eines bestimmten Rechtsgebietes als das Zivilrecht schlechthin darstellen oder, spezifischer, er stellt das Eigentum als Herrschaft einer Person über eine Sache dar, obwohl es, bei genauer Betrachtung eine bestimmte Erlaubnis einer Person – des Eigentümers – mit Verpflichtungen anderer Adressaten verbindet.⁶⁾

Ideologie im Sinne der Reinen Rechtslehre ist insofern grundsätzlich als falsche Jurisprudenz oder falsche Rechtsdogmatik der Gegenbegriff zu reiner Rechtswissenschaft. Sie verletzt das Objektivitätsgebot und wird missbräuchlich zu rechtspolitischen Zwecken eingesetzt. Falsche Jurisprudenz wird allerdings nur dann spezifisch ideologisch, wenn sie im weitesten Sinne des Wortes naturalistische Theorien anwendet und daraus eine entstellte Sicht der rechtlichen Wirklichkeit abzuleiten versucht. Dass der „Staat“ *rechtlich* etwas anderes als eine spezifische Rechtsordnung sein könne oder dass Eigentum ausschließlich das Recht einer Person über eine Sache sei, sind nunmehr klassi-

⁵⁾ Kelsen, Reine Rechtslehre² III; in diesem Sinne wird die Reine Rechtslehre oft als formalistische gedeutet, der es nur um logisch-deduktive Elemente gehe, die weit entfernt vom praktischen Aspekt oder vom Wertbezug der Rechtswissenschaft und daher von geringem Nutzen sei.

⁶⁾ Kelsen, Reine Rechtslehre² 136. Siehe zu diesem Problemkreis etwa Römer, Kritik.

sche Beispiele ideologischer Behauptungen der im Sinne der Reinen Rechtslehre traditionellen Jurisprudenz.⁷⁾

Eine Theorie der juristischen Ideologien kann insofern als eine Satzmenge verstanden werden, mittels der die Erkenntnisse der Reinen Rechtslehre auf Sätze der traditionellen Rechtsdogmatik überprüfend angewendet werden. Lautet ein Satz der Dogmatik, dass zwischen „Bundestaaten“ und „Einheitsstaaten“ ein qualitativer Unterschied besteht, dann lässt sich dieser Satz mittels der Theorie der Dezentralisierung überprüfen und als falsch erweisen.⁸⁾

Insofern scheint der Ideologiebegriff der Wiener Schule sich nur auf Aussagen und Theorien zu beziehen, die statisch aus der Menge relevanter Erklärungen ausgeschieden werden. Der rechtspolitische Gebrauch ideologischer Aussagen ist von diesen selbst genau zu unterscheiden und kann vielfältige Formen annehmen. Zumeist erscheint ein solcher Gebrauch seinerseits wieder in der Form falscher Sätze, die daher wiederum als ideologisch identifiziert und ausgeschieden werden können.

Diese Konzeption der statischen Rechtsideologie trifft die Methodologie der Reinen Rechtslehre, insofern sie die Begriffe und Strukturen des Rechtssystems untersucht. Ideologie ist jedoch auch hier nicht einfach falsche juristische Argumentation – etwa die Aussage, die gesetzliche Bestimmung *Bi* sei verfassungswidrig, wenn sie in Wahrheit verfassungskonform ist, sondern nur solche das Rechtssystem oder Elemente des Rechtssystems betreffende Behauptungen, deren Voraussetzung einen qualifizierten Methodenfehler im Sinne der Vermengung von Normanalyse und extranormative Gegenstände betreffende Behauptungen enthält. Im Gegensatz zu einer üblichen juristischen Diskussion werden die traditionellen rechtsdogmatischen Theorien nicht einfach zu widerlegen versucht, sondern insoweit als ideologisch qualifiziert, als sich darin eine Verletzung des Humeschen Gesetzes zeigt, das heißt insofern methodologisch *unrein* oder synkretistisch argumentiert wird. Der Einfachheit halber sei hier zum Zweck der Darstellung ohne Beweis angenommen, dass etwa auch die Verwechslung von Qualität mit Quantität oder die Hypostasierung von kontingenten Entitäten sich letztlich auf originäre Formen des Synkretismus reduzieren lassen.⁹⁾

⁷⁾ *Kelsen, Reine Rechtslehre*² 288 f.

⁸⁾ Die Kritik der Bundesstaatsideologie und ihre Ersetzung durch eine Theorie findet sich hauptsächlich in: *Kelsen, Reichsgesetz und Landesgesetz* 202–245, 390–438 und vor allem in *Kelsen, Allgemeine Staatslehre* 198–200; vgl. dazu *Thienel, Bundesstaatsbegriff* 123–135; mit eingehender Besprechung neuerer Literatur: *Wiederin, Begriffe* 222–246 sowie *ders.*, *Bundesrecht und Landesrecht*.

⁹⁾ *Kelsen, Reine Rechtslehre*² 182; die Hypostasierung besteht in der „Mißdeutung einer anthropomorphen Metapher“, die aus einem von der Rechtswissenschaft zur Darstellung eines „komplizierten rechtlichen Sachverhalt“ konstruierten Begriff eine reale Entität macht, etwa eine „Körperschaft“ oder einen „Staat“ in *Kelsens* Beispielen. Das heißt: die an sich zulässige Verwendung einer bildlichen Abkürzung wird zur Vermengung der juristischen Konstruktion mit einer physischen oder metaphysischen Realität. Die Vermengung von Qualität und Quantität macht aus Abstufungen und Varianten einer normativen Struktur eine nicht variierbare Gegebenheit, wodurch ein kontingentes rechtliches Datum in ein absolutes umgedeutet wird.

Die These des Primats der Epistemologie lässt sich allerdings widerlegen und damit zeigen, dass der Ideologiebegriff in Wahrheit mehrschichtig ist.

Der Primat der Epistemologie setzt voraus, dass Klarheit und Einigkeit über die Identität und Natur des zu untersuchenden Gegenstandes besteht und sich die Analyse auf die Mittel und Wege des Zugangs zu diesem Gegenstand konzentriert. Diese Voraussetzung trifft allerdings für die Reine Rechtslehre nicht zu – und zwar weder in ihrer historischen Gestalt, noch in den wesentlichen Beiträgen, die man insgesamt der Wiener Schule im weiteren Sinne zu-rechnen kann. Reine und unreine oder ideologische Rechtslehre trennt die strikte Einhaltung bzw. die Verletzung des Humeschen Gesetzes. Das Humesche Gesetz betrifft aber nicht den Zugang zum Normenmaterial, sondern eine Abgrenzung von normativen und nicht-normativen Entitäten. Die Reine Rechtslehre hat lange hinsichtlich der Charakterisierung des Dualismus von Sein und Sollen geschwankt. Die vermutlich kohärenteste und plausibelste Sicht besteht darin, ihn als einen semantischen Dualismus im Rahmen eines empiristischen Monismus zu deuten, das heißt Normen als deontisch modalisierte Bedeutungen zu betrachten, die kein anderes Korrelat in der Welt haben als linguistische Daten, die erlauben, solche Sätze ausdrücken.

Spezifische Normensysteme bilden den Gegenstand juristischer Wissenschaft. Die Reine Rechtslehre reflektiert die Eigengesetzlichkeit spezifischer Normensysteme. In dynamischer Betrachtung geht es um die Erzeugung, Vernichtung und Veränderung von Rechtsnormen sowie um die Konfliktverhältnisse zwischen solchen Normen; in statischer Analyse geht es um mögliche normative Strukturen. In beiden Fällen handelt es sich um die Beschaffenheit der relevanten möglichen Gegenstände im allgemeinen, nicht um eine konkrete aktuelle Rechtsvorschrift in einer bestimmten konkreten Rechtsordnung. Selbst wenn Beispiele aus solchen konkreten Rechtsordnungen angeführt werden, werden sie unter der Annahme diskutiert, dass ihre relevanten Elemente bereits bekannt sind. Was auf theoretischer Ebene diskutiert wird, ist nicht die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Republik Österreich, sondern das allgemeine Problem eines Konflikts zwischen Normen der höchsten und solchen der unmittelbar darunter gelegenen Stufe sowohl im Erzeugungs- wie im Prävalenzzusammenhang in verschiedenen *möglichen* Varianten. Die Analyse dieser Strukturprobleme ist ontologischer Natur. Sie ist nur indirekt epistemologisch relevant, da sie erlaubt, Fehlschlüsse zu vermeiden oder aufzudecken, sofern die relevanten Elemente eines konkreten Rechtssystems hinreichend erkannt sind.

Die einzige Untersuchung, in der es dem Anschein nach um epistemologische Probleme als solche geht, ist das Kapitel über Interpretation in der Reinen Rechtslehre.¹⁰⁾ Kelsens These ist jedoch, dass rechtswissenschaftliche Interpretation keine juristische Wirkung entfaltet und dass umgekehrt die sogenannte „authentische Interpretation“ sehr wohl rechtliche Wirkungen entfaltet, auch wenn sie wissenschaftlich nicht korrekt sein sollte, sofern der Fehler

¹⁰⁾ Kelsen, Reine Rechtslehre² 346–354.

nicht notwendige Elemente der Rechtserzeugung betrifft.¹¹⁾ Aber auch diese These betrifft in Wirklichkeit nicht die Frage, wie der Sinn einer Normformulierung erkannt werden könnte, sie setzt die Lösung dieses Problems vielmehr voraus. Was Kelsen hier zeigt, ist einfach, dass Normproduktion als solche keine Erkenntnisfunktion hat und daher nur danach beurteilt werden kann, ob die notwendigen Erzeugungsbedingungen eingehalten worden sind und dass sie ohne Erkenntnis nicht eingehalten werden können.

Auch in dieser Hinsicht ist also von einem Primat der Ontologie mit indirekter epistemologischer Relevanz auszugehen.

II. Der dreifache Ideologiebegriff: Das Problem der rechtlich irregulären Rechtsänderung

Der Ideologiebegriff der Reinen Rechtslehre ist mehrschichtig. In Wirklichkeit muss neben dem statischen ein organisatorischer und ein transformativer eingeführt werden.

A. Ideologie als organisierte Präferenzordnung

Das Recht als spezifische strukturierte Normenmenge kann seinerseits als Ideologie gedeutet werden. Das bedeutet, dass Normen, indem sie bestimmte Verhaltensweisen erlauben oder gebieten und andere verbieten, zwischen ihnen eine Präferenzordnung erstellen und damit eine Aussage darüber treffen, was in praktischer Hinsicht welchen anderen Akten vorzuziehen ist. Solche Aussagen können aber nicht auf einer objektiven Erkenntnis beruhen, sofern man mit der Reinen Rechtslehre von einer strikt nonkognitivistischen Position hinsichtlich moralischer Werte ausgeht. Von einer solchen Position geht die Wiener Schule wiederum in Anwendung des Humeschen Gesetzes aus, wonach moralische oder sonstige Werte nicht als solche in der empirischen Welt existieren, sondern als semantische Funktionen der Sätze, die sie als solche einsetzen. Wenn es nicht möglich ist, objektive moralische Normen zu erkennen, dann deshalb, weil es sie nicht als Elemente des Universums gibt. Dieselbe Bemerkung trifft im Prinzip auch auf rechtliche Normen zu, die es ebenso wenig als Elemente des empirischen Universums geben kann. Doch sowohl moralische Normen wie solche anderer Natur, also etwa rechtliche, können objektiv erkannt werden, sofern sie in einem empirisch zugänglichen Substrat niedergelegt sind. Da Normen Bedeutungen sind, nämlich die Bedeutung, dass bestimmte Handlungen geboten, verboten oder erlaubt sind, wird diese Funkti-

¹¹⁾ Interessanterweise hat gerade diese Betrachtung *Kelsens*, die eine Falsifizierung der Ideologie der „einzig richtigen Lösung“ und der normativen Tragweite dogmatischer Interpretationen darstellt, zu ideologischen Verwirrungen geführt, indem sie so verstanden wurde als hätte *Kelsen* in der Normkonkretisierung eine originäre Normproduktion durch das Anwendungsorgan im Wege der ungebundenen Zuschreibung von Bedeutungen gesehen. *Kelsen* hätte damit die Interpretation zu einer reinen Willensfunktion gemacht. Zu diesem Themenkomplex vgl. *Pfersmann*, *Contre le néo-réalisme* 789–836; *ders.*, *Une théorie* 759–788.

on durch Zeichen, also hauptsächlich sprachlich, erfüllt. Normen sind semantische und nur semantische Entitäten. Wenn die Reine Rechtslehre das Recht selbst als Ideologie betrachtet, so ist damit letztlich gemeint, es handle sich um strukturell falsche Erkenntnis, die mithilfe einer entsprechenden kritischen Korrektur richtiggestellt werden könne. Dies trifft allerdings nur insofern zu, als die in Rechtsnormen ausgedrückten Präferenzordnungen als objektive Präferenzordnungen ausgegeben werden, die außerhalb jeder menschlichen Setzung Geltung beanspruchen könnten.

Die Aussage, dass Recht selbst Ideologie sei, kann insofern dahingehend gedeutet werden, dass die Setzung der in ihm zum Ausdruck kommenden Präferenzen sich zwangsläufig als objektiv versteht und damit eine Behauptung darstellt, die eine spezifische Verletzung des Humenes Gesetzes darstellt. Diese These ist jedoch auch in dieser Rekonstruktion nicht unproblematisch. Es ist freilich möglich, dass die Setzung einer bestimmten Rechtsordnung, vor allem in ihren strukturierenden Elementen, von vielen als moralisch objektiv richtig gesehen wird, wie dies zum Beispiel auf die amerikanische oder die deutsche Verfassungsmystik zutreffen mag. Es folgt daraus allerdings noch keineswegs, dass diese von einigen eingenommene Haltung konstitutiv für diese Normen als solche – oder ihr Verständnis – wäre. Schon allein das Faktum, dass rechtliche Normenordnungen dynamisch, das heißt veränderbar, konstruiert sind, zeigt, dass sie schon begrifflich gar nicht als Ausdruck einer objektiv gegebenen Ordnung angesehen werden können. Auch Ewigkeitsklauseln müssen explizit eingeführt werden, weil offenbar – und richtigerweise – angenommen wird, dass Rechtsnormen nicht von sich aus unveränderbar sind. Im Übrigen gilt dies *mutatis mutandis* auch für Moralordnungen: Auch sie können durchaus von ihren Schöpfern als menschliche Artefakte betrachtet und verändert werden – diese Aufgabe stellt sich die Moralphilosophie, sofern sie nicht eine Variante des moralischen Realismus ist – auch wenn einige glauben, dass es eine und nur eine unveränderbare Moral gäbe. Die Frage, inwiefern Normenordnungen als solche Ideologien sind, wäre daher, wenn überhaupt, eine empirisch offene Frage.

Will man daher Normenordnungen als Ideologien verstehen, verwendet man einen zweiten, *organisatorischen* Ideologiebegriff, womit subjektiv-praktische Präferenzordnungen gemeint sind, die einen bestimmten Organisationsgrad erreicht haben. Objektiv-praktische Präferenzordnungen gibt es nicht als solche – außer für naturrechtliche Positionen oder solche des moralischen Realismus, weil alle derartigen Ordnungen Artefakte sind, aber sie sind alle insofern objektiv erkennbar, als sie in einem objektiv wahrnehmbaren, also linguistischen Substrat ausgedrückt werden. Der organisatorische Ideologiebegriff ist nur insofern korrektiv als er den Objektivitätsanspruch der solcherart identifizierten Strukturen zu verwerfen erlaubt.

B. Ideologie als außernormative Normentransformationsmechanismen

An dieser Stelle tritt aber ein dritter Ideologiebegriff in Erscheinung, der in gewisser Weise die Umkehrung des statisch-strukturellen Begriffs darstellt. In

diesem Sinne ist Ideologie nicht sogleich die Verkehrung der Erkenntnis, sondern ein erster kognitiver Zugang zu normativ-axiologischen Gegenständen. So lassen sich etwa Theologie als Welterklärung, das Vergeltungsprinzip als Erklärungsmuster für empirische Zusammenhänge, Repräsentation als Präsenz des Volkes im Gesetzgebungsprozess statt als organschaftliche Ermächtigung verstehen. Ideologien in diesem Sinne sind amphibologisch. Wie die „Theorien“ des Kindes oder des neurotischen Erwachsenen in der Psychoanalyse stellen sie die Art und Weise dar, wie mit einer bestimmten Realität kognitiv und pragmatisch umgegangen wird. Der Ödipus-Komplex als Theorie ist ebenso falsch wie die Theorie der Repräsentation als reale Präsenz des Volkes,¹²⁾ aber sie sind die Art und Weise, wie das Kind sein Verhältnis zu seinen Eltern begreift und entwickelt oder wie die Wähler ihr Verhältnis zu den Parlamentariern und Regierungen begreifen und erleben. Auf der anderen Seite besteht dieser Zugang zum Gegenstand in einer Konfusion zwischen Gegenstand und Erkenntniswerkzeug.

Dieser Ideologiebegriff ist jedenfalls prozessorientiert und transformativ. Es ist eine bestimmte Haltung, die eine bestimmte Theorie hervorbringt, die ihrerseits Auswirkungen hinsichtlich des Gegenstandes haben kann und regelmäßig haben wird. Allerdings scheint dieser Ideologiebegriff als weithin kollektiver – falscher – theoriegeladener, transformativer Umgang mit einem Gegenstand auf eine soziologische Betrachtung innerhalb der Reinen Rechtslehre im weiteren Sinne beschränkt zu sein. Er wird also nicht direkt für die Korrektur rechtswissenschaftlicher Erkenntnis verwendet, sondern für die Rekonstruktion kollektiver Phänomene und Denkweisen.

Ideologie in diesem Sinne ist selbst ein Erklärungsmuster für transformative Vorgänge: „Stets hat man sich einem Gotte unterworfen, um andere diesem Gott unterwerfen zu können.“¹³⁾ Kollektive Transformationen sind soziale Veränderungen. Soziale Veränderungen sind Machtumverteilungen. Ideologie in diesem soziokognitiven Sinne bezieht sich auf die zu Änderungen in der Machtstruktur führenden kognitiven Mechanismen. In der Soziologie der Demokratie geht es zum Beispiel darum, zu verstehen, wieso aus der Forderung nach Freiheit die Realität einer durch die Majorität erzeugten und durch eine weithin autokratische Vollziehung konkretisierten Zwangsordnung wird, in der Gleichheit letztlich nur einen kontingenten und relativ geringen Platz hat. Die Spannung zwischen dem gleichen Freiheitsdiskurs und der relativ geringen Freiheit der Mitbestimmung bei der Rechtserzeugung in einer repräsentativen Demokratie – und Kelsen kannte in den zwanziger Jahren des vorigen Jahrhunderts noch nicht die komplexen partizipationsverringernenden Mechanismen der europäischen Integration – bei gleichbleibender oder sogar steigender Ungleichheit erklärt allerdings auch antidemokratische oder zumindest resignative Tendenzen im Verhältnis zu dieser Staatsform.

Eine vereinheitlichte Ideologietheorie ist im Rahmen einer weit verstandenen, weil die Soziologie des Umgangs mit normativen Vorstellungen ein-

¹²⁾ Kelsen, *Wesen und Wert*² 26 f.

¹³⁾ Kelsen, *Gott und Staat* 176.

schließenden Reinen Rechtslehre unter Verwendung eines statisch korrektiven Fehlerbegriffs oder eines Begriffs kognitiv-sozialer Transformationsprozesse in der realen Machtverteilung kaum zu verwirklichen.

Eine Möglichkeit besteht darin, überhaupt auf die Bezeichnung „Ideologie“ zu verzichten und stattdessen von methodologischer Fehlerkorrektur, von subjektiven Präferenzordnungen oder von kollektiven kognitiven Mechanismen der Veränderung zu sprechen und für jedes Gebiet eine entsprechende Theorie zu entwickeln. Die Vorgangsweise hätte in jedem Fall den Vorteil der Klarheit und der Vermeidung onomastischer Fehlschlüsse, die aus der Identität des Wortes die Identität des Begriffs und der durch ihn angesprochenen Sache folgern.¹⁴⁾

Es lassen sich aber auch Verbindungen herstellen. Präferenzordnungen können als ein Aspekt transformativer Mechanismen gedeutet und falsche Theorien können auch dynamisch gesehen werden. Das erfordert allerdings einen Perspektivenwechsel.

Der statische Ideologiebegriff erklärt sich aus den Erfordernissen einer reinen Normenontologie. Seine Verwendung beschränkt sich auf die Idealsituation einer rechtstheoretischen Diskussion. Der Expositions-kontext einer rechtstheoretischen Präsentation ist statisch, weil er die Darstellung einer konsolidierten Lehre zum Gegenstand hat, der die überkommene Verletzung des Humeschen Gesetzes und die Folgerungen, die aus diesem Argumentationsfehler fließen, kontrastierend gegenüberstellen muss. Das ist eine zweckmäßige, aber idealisierende Annahme. Denn, wie die Reine Rechtslehre selbst einleitend feststellt, der Kontext der Diskussion ist nicht konsolidiert.¹⁵⁾ In einer realtypischen Situation gibt es zwar wohl Rechtsordnungen im Sinne der Reinen Rechtslehre, aber weder Einigkeit über ihre ontologischen Strukturen und Eigenschaften, noch über den epistemologischen Zugang zu diesen Gegenständen. Falsche Theorien können und werden daher einen Einfluss auf die tatsächliche Konfiguration des Gegenstandes haben.

Es sei zum Beispiel folgende Situation gegeben. Eine Rechtsordnung habe eine formelle demokratische Verfassung mit einem Katalog von Rechten. Die Verfassung sage nichts über ein Prüfungsrecht verfassungswidriger Gesetze. Es sei weder ausdrücklich verboten, noch lasse sich aus irgendeiner Bestimmung eine Ermächtigung ablesen, eine solche Kontrolle vorzunehmen. Eine Gruppe von Autoren behauptet nun erstens, dass eine geschriebene Verfassung schon ihrer Natur nach über dem formellen Gesetz stehe und damit eine Prüfungspflicht für den einfachen Richter bestehe. Weiters behaupten diese Autoren, es sei den Richtern nicht verboten so zu verfahren, daher sei es ihnen erlaubt. Im Gegensatz dazu schreibt eine andere Gruppe, dass in Ermangelung einer expliziten Ermächtigung kein Prüfungsrecht und daher schon gar keine Prüfungspflicht bestehe, da ein Prüfungsrecht eben nichts anderes sei als

¹⁴⁾ Zum Problem onomastischer Fehlschlüsse, siehe *Pfersmann*, *Le sophisme* 33–60.

¹⁵⁾ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² VI: „Das Ideal einer objektiven Wissenschaft von Recht und Staat hat nur in einer Periode sozialen Gleichgewichts Aussicht auf allgemeine Anerkennung“.

eine Ermächtigung, formelle Gesetze am Maßstab der Verfassung zu messen und eventuell aufzuheben oder deren Anwendung zu versagen.

Vom statischen Standpunkt aus ist die erste Gruppe im Unrecht, die zweite im Recht. Aus einem höheren Rang nach dem Erzeugungszusammenhang folgt nicht ohne weiteres ein höherer Rang nach der derogatorischen Kraft. Dennoch hat in den Vereinigten Staaten die erste Gruppe gewonnen, in Frankreich jedoch verloren, obwohl es eine zweite Gruppe dort gar nicht gegeben hat.

Nehmen wir nun an, es gebe eine Verfassung, die ein Prüfungsrecht formeller Gesetze für ein spezielles Verfassungsgericht vorsieht und zwar mit der Maßgabe, dass dieses Gericht, sofern es regelrecht angerufen wird, im Fall einer Verfassungswidrigkeit die entsprechenden Gesetzesbestimmungen aufzuheben, andernfalls die Verfassungskonformität zu bestätigen hat. Im Fall der Aufhebung sei die einschlägige Bestimmung zu publizieren, sodass sie mit der Publikation aus dem Rechtsbestand ausscheidet. Nehmen wir nun an, eine große Zahl von Autoren warne das für die Prüfung zuständige Gericht, mit seiner Befugnis besonders behutsam umzugehen, da sie ihm die Möglichkeit verleihe, sich über den Willen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers hinwegzusetzen. Daraufhin entwickle das Gericht eine Argumentationsfigur, wonach verfassungswidrige Bestimmungen nur dann aufzuheben seien, wenn sie unter keinen Umständen mit der Verfassung in Einklang zu bringen seien, andernfalls jedoch so vollzogen werden sollen, wie es das Gericht für in Übereinstimmung mit der Verfassung stehend erachte.

Statisch gesehen ist ein solches Argument falsch. Es drückt eine Präferenzordnung aus, die sich zwar nicht auf die Verfassung, aber auf ein hinter der Verfassung stehendes Demokratieprinzip beruft. Es verfährt so, als ob die Verfassung einen dritten Weg neben der Aufhebung und der Konformitätserklärung vorgesehen hätte, nämlich eine Teilaufhebung mit Ersatzgesetzgebung durch das Gericht bei Belassung des die Norm formulierenden Textes im Rechtsbestand. Obwohl keine einzige Verfassung einen solchen dritten Weg vorsieht, der ja auch die Form der Publikation der Ersatzgesetzgebung normieren müsste, werden alle europäischen Verfassungen, die ein gerichtliches Prüfungsrecht von formellen Gesetzen vorsehen, heute sowohl von diesen Gerichten als auch von der Verfassungsdogmatik so beschrieben, als ob eine solche Ermächtigung in den Verfassungen enthalten wäre, auch wenn diese Struktur verbal-euphemistisch als „verfassungskonforme Interpretation“ zu einem bloßen Verständnisakt heruntergestuft wird. Eine ernstzunehmende Gegengruppe gibt es kaum.

Fände eine Diskussion in einem konsolidierten Kontext statt, würde einfach gezeigt werden, dass es, gemäß der Voraussetzung im ersten Fall kein Prüfungsrecht, im zweiten Fall keine sogenannte „verfassungskonforme Interpretation“ gibt. Nun gibt es aber ein allgemeines gerichtliches Prüfungsrecht in den Vereinigten Staaten, nicht jedoch in Frankreich (wo die präventive Prüfung von Gesetzen 1958 und jene des geltenden Gesetzesrechts erst 2008 und 2010 im Wege einer Reform eingeführt wurde) oder in den Niederlanden. Und es gibt überall verfassungskonforme Interpretation, obwohl es sich nicht um

Interpretation, sondern alternative Gesetzgebung ohne Formerfordernisse handelt.

Das bedeutet also, dass Ideologien nicht einfach nur falsche Auslegungen bestehender Rechtsvorschriften sind, sondern eine transformative Wirkung haben, die überdies nicht einfach eine falsche Analyse einer sonst nicht angestasteten Normenstruktur ist (sowie die Tatsache, dass das Eigentum in Wahrheit nicht einfach Herrschaft über eine Sache, sondern auch eine Menge von Pflichten der Nichteigentümer ist, an den Rechten und Pflichten der Eigentümer und der Nicht-Eigentümer gar nichts ändert), sondern die Rechtsordnung in ihren höchsten strukturierenden Schichten treffen kann.

Damit wird jedoch ein Problem angesprochen, das die Reine Rechtslehre in dieser Form nicht stellt. Die ideologische Hypothese der Reinen Rechtslehre ist jene einer bestimmten Lage des positiven Rechts und einer strukturell falschen Beschreibung dieser Situation. Die Reine Rechtslehre strebt nichts anderes an, als die richtige Beschreibung an Stelle der falschen zum Bewusstsein des Juristen zu bringen. In unseren Beispielen handelt es sich nicht einfach um die Richtigstellung einer solchen falschen Analyse; denn die ursprünglich falsche Beschreibung hat die Situation so verändert, dass die richtige Beschreibung zum gegebenen Zeitpunkt bereits eine falsche Beschreibung geworden sein könnte. Dies setzt allerdings voraus, dass eine falsche Beschreibung von Normen diese verändern kann. Bei der Entwicklung von Machtverteilungen in menschlichen Gesellschaften ist das nichts Ungewöhnliches. Bei Rechtsvorschriften ist es aber juristisch unmöglich, denn Rechtsvorschriften können nur gemäß den einschlägigen Erzeugungsregeln verändert werden. Und eine Rechtsvorschrift, wonach Rechtsvorschriften durch Beschreibungen verändert werden können gibt es nicht. Es kann sie auch gar nicht geben, denn eine Beschreibung kann rein begrifflich keine Norm sein.¹⁶⁾

Es gibt also Transformationen, die wirksam werden, ohne ein Fundament im Erzeugungszusammenhang zu besitzen. Wie lassen sich solche Phänomene im Rahmen der Reinen Rechtslehre erklären?

IV. Rechtsrevolutionen mit niederer Intensität?

Die Ontologie der Rechtssysteme lässt nur zwei Hypothesen zur Beschreibung solcher Phänomene übrig: Revolution oder verfassungswidrige Praxis. Beide Konstruktionen sind problematisch.

Revolutionen im juristischen Sinne des Wortes sind nicht auf eine Erzeugungsregel zurückführbare Änderungen des Rechtssystems.¹⁷⁾ Die Reine Rechtslehre thematisiert solche Ereignisse mit klassischen Beispielen, in denen

¹⁶⁾ Natürlich hindert nichts, eine rechtsbeschreibende Satzmenge durch einen Setzungsakt in eine normative Menge zu transformieren, wenn etwa „bewährte Autoren“ zu Quellen erklärt werden – unter der erst zu beweisenden Annahme, dass dies etwa der Sinn der Bestimmungen des Art. 38d des Statuts des IGH oder des Can. 6 des CIC von 1917 wäre. Solche Sätze verlieren dann allerdings ihre Funktion als wahre oder falsche Beschreibung von Normen.

¹⁷⁾ *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 212, 279 f.

das gesamte Rechtserzeugungssystem durch ein anderes ersetzt wird. Das ist hier jedoch nicht der Fall. Hier besteht das Problem darin, dass nur ein geringfügiger Teil von Regeln geändert wurde und dass diese Änderung auch gar nicht als solche in Erscheinung tritt. Im Gegenteil, sie werden als Erfüllung und Vollziehung der bestehenden Regeln ausgegeben und beschrieben. Doch kaum jemand wird heute ernsthaft die rechtliche Geltung eines Prüfungsrechts für die amerikanische Gerichtsbarkeit bestreiten. Von Seiten der zeitgenössischen Wiener Schule wird die konforme Interpretation zwar als „Entstufung“ qualifiziert, aber auch nicht als rechtlich inexistent analysiert,¹⁸⁾ wobei mit rechtlich existent nicht einfach gemeint sein kann, dass dieses Phänomen in den Begründungen von Gerichtsurteilen vorkommt, denn Begründungen sind, sofern sie tatsächlich Begründungen sind, keine Normen.

Rechtsordnungen sind im Großen und Ganzen wirksame normative Zwangsordnungen.¹⁹⁾ Hier handelt es sich also um solche Rechtsordnungen, die Elemente enthalten, die gemäß den Anforderungen der Reinen Rechtslehre nur dann enthalten sein können, wenn sie außerhalb einer sonst vorgesehenen Regelproduktion eingeführt wurden und damit zur Begründung eines neuen Systems führen, das heißt auf revolutionärem Weg. Das Problem mit dieser Betrachtungsweise besteht darin, dass sie den juristischen Revolutionsbegriff sehr stark ausweitet, ja ihn geradewegs banalisiert. Er wird insofern segmentiert, als sie ihn von der Ebene der nicht in dieser Weise vorgesehenen Änderung der formellen Verfassungserzeugung auf die Ebene der nicht in dieser Weise vorgesehenen Änderung des materiellen Verfassungsrechts erstreckt, zu dem negative oder substitutive Gesetzgebung (richterliche Normenkontrolle bzw. „verfassungskonforme Interpretation“) mit Sicherheit zu zählen sind. Noch interessanter ist freilich dabei, dass diese Phänomene nicht als explizite Änderungen in Erscheinung treten. Gerade darin könnte man allerdings den spezifisch ideologischen Charakter solcher Transformationen erblicken, denn sie operieren eben nicht mit dem von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Werkzeug im Wege der ausdrücklichen Regeländerung, sondern als paranomische Konfusion.²⁰⁾

Die andere Hypothese erscheint intuitiv wenig zufriedenstellend und führt ihrerseits zu Schwierigkeiten. Sollte man annehmen müssen, die Prüfung von Gesetzen wäre in den Vereinigten Staaten verfassungswidrig und bloß eine Menge objektiv-dogmatisch fehlerhafter Rechtsakte, die aber insofern dem Fehlerkalkül entzogen sind als die letztlich gefällten Entscheidungen nicht mehr überprüfbar sind und die diese Entscheidungen fällenden Organe zumindest im Rahmen ihrer fallbezogenen Entscheidungskompetenz gehandelt haben, müsste man zu dem Schluss gelangen, die überwiegende Rechtsprechung in Verfassungsfragen könne bloß für den jeweiligen einzelnen Rechtsstreit Geltung beanspruchen, nicht aber hinsichtlich der weiterreichenden Tragweite,

¹⁸⁾ Siehe z.B. *Jabloner*, Stufung und „Entstufung“ 163–185.

¹⁹⁾ Diese in Wahrheit schwierige Definition wird hier nicht weiter diskutiert, siehe dazu etwa *Pfersmann*, Typologie modale 69–113.

²⁰⁾ Siehe *Pfersmann*, Die Auflösung.

die die Begründung ihr zuweist. Nun könnte man sagen, dies sei durch das Prinzip der Präjudizienwirkung gedeckt. Da dieses Prinzip aber seinerseits keine Grundlage im positiven Recht besitzt und erst im Laufe des späteren neunzehnten Jahrhunderts überhaupt thematisiert wird, kann sie nicht für eine Struktur in Anspruch genommen werden, die seit Beginn des neunzehnten Jahrhunderts als bestehend angesehen wird.²¹⁾

Noch schärfer trifft dies vermutlich auf Frankreich zu, wo die Präambel der Verfassung nur aufgrund einer verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zu einem Teil der Verfassung geworden ist. Wäre dies bloß verfassungswidrige Praxis, wären alle Erkenntnisse mit aufhebender Wirkung seit über vierzig Jahren im Widerspruch zum geltenden Verfassungsrecht ergangen; genauer: sie wären insofern rechtsgültig ergangen, als der Verfassungsrat die Kompetenz hat, Gesetzesbestimmungen aufzuheben oder für konform zu erklären, alle Begründungen wären jedoch insofern falsch, als sie sich auf nicht existente Verfassungsnormen stützen. Zum zweiten kann man sich fragen, ob eine strikte Anwendung der angeblich geltenden Ursprungsverfassung nicht seinerseits eine revolutionäre Änderung darstellen würde. Besonders schwierig erscheint insofern die Charakterisierung der Latenzperiode, während welcher es nicht entscheidbar ist, in welchem System man sich befindet und die Frage, in welchem man sich befinden wird, weitgehend davon abhängen wird, welche Stellung man zur Frage einnehmen wird, in welchem System man sich befindet. Ich habe das in anderem Zusammenhang als gnoseopoietisches Paradoxon bezeichnet.²²⁾

Daraus folgt aber, dass Ideologien nicht nur im soziologischen Zusammenhang, sondern auch im engeren juristischen Bereich als transformativ angesehen werden müssen. Solche Ideologien sind am Ende des Prozesses ihrerseits als Elemente des positiven Rechts zu betrachten, obwohl sie im strengen Sinne der konsequenten Anwendung der Ursprungserzeugungsregeln keinerlei Existenz besitzen. Aber auch diese Annahme ist nicht einfach zu integrieren, denn bei solchen Prozessen ist es keineswegs klar, ob sie tatsächlich zu einem „Ende“ gelangt sind. Und weiters können solche Transformationen schwer überschaubare Folgen haben, die weder die Betreiber dieser Änderungen, noch ihre Gegner klar analysieren. In jedem Fall ergibt die Hypothese ideologischer Transformationen eine für die Reine Rechtslehre nur schwer zu akzeptierende Konsequenz. Denn erfolgreiche transformative Rechtsideologien sind nichts anderes als das, was die traditionelle Lehre als „Juristenrecht“ bezeichnet, eine Hypothese, die die Reine Rechtslehre zunächst als statische Ideologie zu beschreiben und zu bekämpfen versucht. Eine Theorie transformativer Ideologien muss also erst systematisch entwickelt werden.

Literaturverzeichnis

Neil *Duxbury*, *The Nature and Authority of Precedent* (Cambridge 2008)

²¹⁾ Siehe *Duxbury*, *The Nature*.

²²⁾ *Pfersmann*, *The only constitution* 45–68.

- Hans Kelsen-Institut (Hrsg.), *Reine Rechtslehre und marxistische Rechtstheorie* (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 3, Wien 1978)
- Herbert Hart, *The Concept of Law*² (Oxford 1994)
- Clemens Jabloner, Stufung und „Entstufung“ des Rechts, *ZÖR* 60 (2005) 163–185
- Matthias Jestaedt / Oliver Lepsius (Hrsg.), *Verteidigung der Demokratie. Aufsätze zur Demokratietheorie* (Tübingen 2006)
- Werner Krawietz / Ernst Topitsch / Peter Koller (Hrsg.), *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen* (= *Rechtstheorie, Beiheft 4*, Berlin 1982)
- Hans Kelsen, Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 32 (1914) 202–245, 390–438
- Hans Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 47 (1920) 50–85
- Hans Kelsen, Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus (Leipzig 1920)
- Hans Kelsen, Gott und Staat (1922/23), Neudruck in: Hans Klecatsky / René Marcic / Herbert Schambeck (Hrsg.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*² (Wien 2010) 139–157
- Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre (Berlin 1925) 198–200
- Hans Kelsen, Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus² (Leipzig 1928)
- Hans Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie² (Tübingen 1929) 26 f.
- Hermann Klenner, *Rechtslehre, Verurteilung der Reinen Rechtslehre* (Frankfurt a.M. 1972)
- Otto Pfersmann, *Analisi e Diritto* 2004 (2005) 153–182
- Otto Pfersmann, Contre le néo-réalisme. Pour un débat sur l'interprétation, in: *Revue Française de Droit Constitutionnel* 50 (2002) 279–334; 52 (2002) 789–836
- Otto Pfersmann, Die Auflösung der Normbegründung als Technik der extrasystematischen Systemänderung, in: Karim Giese / Gerhart Holzinger / Clemens Jabloner (Hrsg.), *Verwaltung im demokratischen Rechtsstaat. Festschrift für Harald Stolzlechner zum 65. Geburtstag* (Wien 2013) 487–508
- Otto Pfersmann, Le sophisme onomastique. A propos de l'interprétation de la constitution, in: Ferdinand Melun *Soucramamien* (Hrsg.) *L'interprétation constitutionnelle* (Paris 2005) 33–60
- Otto Pfersmann, Pour une typologie modale de classes de validité normative, in: Jean-Luc Petit (Hrsg.), *La querelle des normes – Hommage à Georg Henrik von Wright, Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, 27 (1995) 69–113
- Otto Pfersmann, The only constitution and its many enemies, in: Andras Sajo / Renata Uitz (Hrsg.), *Constitutional Topography: Values and Constitutions*, Eleven International Publishing (Utrecht 2010) 45–68
- Otto Pfersmann, Une théorie sans objet – une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper, in: *Revue Française de Droit Constitutionnel* 52 (2002) 759–788
- Peter Römer, Die Kritik Hans Kelsens an der juristischen Eigentumsideologie, in: *Rechtstheorie, Beiheft 4* (1982) 87–102
- Franco Russo, *Kelsen e il marxismo* (Florenz 1976)
- Alexander Somek, Österreich: Wissenschaft vom Verfassungsrecht, in: Armin v. Bogdandy et al. (Hrsg.), *Ius Publicum Europaeum II* (Heidelberg 2008) 637–661
- Rudolf Thienel, Der Bundesstaatsbegriff der Reinen Rechtslehre, in: Robert Walter (Hrsg.), *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre* (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 18) (Wien 1992) 123–135
- Ewald Wiederin, Kelsens Begriffe des Bundesstaats, in: Stanley L. Paulson / Michael Stolleis (Hrsg.), *Hans Kelsen: Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts* (Tübingen 2005) 222–246

Ewald *Wiederin*, Bundesrecht und Landesrecht: Zugleich ein Beitrag zu Strukturproblemen der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung in Österreich und in Deutschland, Bd. 111 von Forschungen aus Staat und Recht (Wien–New York 1995)

Der Wert von Gerechtigkeit in den Werken von Kelsen

I. Die Position der Gerechtigkeit in einer wertfreien Rechtstheorie

Der Kürze wegen erwähne ich einige Axiome der Reinen Rechtslehre, von denen ich annehme, dass sie einen allgemeinen wissenschaftlichen Konsens finden.

Erstens positioniert sich die Reine Rechtslehre unter den wertfreien Rechtstheorien innerhalb der Wissenschaftstheorien, d.h. unter den Rechtslehren, die sich vornehmen, den eigenen Gegenstand zu beschreiben und nicht einen Gegenstand, der als besser anderen gegenüber betrachtet wird: Theorien also, die eine wissenschaftliche Arbeit anstreben und sich nicht als eine Philosophie, eine Überzeugung, eine Moral darstellen. Daher rührt Kelsens Abneigung gegen jede Form von Naturrechtsphilosophie, d.h. gegen jede Rechtsform oberhalb oder außerhalb des Staates.

Zweitens positioniert sich die Reine Rechtslehre unter den normativistischen und insbesondere unter den legalistischen Theorien innerhalb der allgemeinen Rechtstheorien, d.h. unter den allgemeinen Rechtstheorien, die nur das positiv existierende Recht als eigenen Gegenstand betrachten, speziell das Recht, das die Gesetzesform erlangt hat (allgemeine juristische und abstrakte Normen, die durch staatliche, vom Grundgesetz vorgesehene Organen erlassen wurden). Daher rührt Kelsens Abneigung gegen den methodologischen Synkretismus, d.h. gegen die Vermischung von soziologischen, politischen und sonstigen Methoden und Themen beim Aufbau einer Rechtstheorie.

Drittens führt die rein formale Rechtsauffassung Kelsen dazu, jede inhaltliche Berücksichtigung aus der wissenschaftlichen Untersuchung des Rechts auszuschließen: seine Normenpyramide besteht aus präskriptiven Sätzen, die allein durch die Gültigkeitsübertragung miteinander verbunden sind, und aus deskriptiven Sätzen, die nur durch die Regel der Logik miteinander verbunden sind. Die Werte werden daher von der Reinen Rechtslehre als irrational gestrichen, d.h. sie sind nicht nach rationalen (also: logischen) Kriterien erkennbar und können folglich nur aufgrund emotionaler, wissenschaftlich nicht erkennbarer Entscheidungen akzeptiert werden. „Die absolute Gerechtigkeit – so Kelsen – ist ein irrationales Ideal. Denn sie kann nur von einer transzendentales Autorität, nur von Gott ausgehen“: daher ist sie eine „ewige Illusion“. ¹⁾

Ausgehend von diesen Axiomen schließt die von Kelsen vorgeschlagene allgemeine Rechtstheorie jede Berücksichtigung des Gerechtigkeitswerts aus, denn sie ist wissenschaftlich nicht erkennbar, von der staatlichen Gesetzgebung nicht festgesetzt und ein irrationaler Gegenstand der Zustimmung, das

¹⁾ *Kelsen*, Das Problem der Gerechtigkeit, in: *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 401.

heißt sie ist fideistisch. Andererseits verfolgt seine Theorie die Erforschung des (positiven) Rechts als solches, kann aber nicht ignorieren, dass eben dieses positive Recht festgesetzt wird, um einen gewissen Gerechtigkeitswert zu bewirken. Die Reine Rechtslehre löst sich aus dieser *Impasse*, indem sie die Untersuchung der Gerechtigkeit nicht als einen Gegenstand der Rechtswissenschaft ansieht, sondern als Gegenstand anderer Disziplinen, wie etwa der Soziologie, der Politikwissenschaft, der Theologie usw. Diese haben eine gleichbedeutende wissenschaftliche Würde, dürfen jedoch nicht mit der Rechtswissenschaft verwechselt werden. Kelsen hat der Gerechtigkeit in der Tat einige seiner Werke gewidmet,²⁾ so wie er auch politikwissenschaftliche, soziologische oder ideologiekritische Arbeiten geschrieben hat, aber er hat sie immer eindeutig von den Untersuchungen über die Rechtstheorie getrennt.

Nach Kelsens Tod im Jahre 1973 richtete sich das Interesse der Forscher vor allem auf seine Werke zur Rechtstheorie und zur politischen Theorie, während seine Schriften über internationales Recht sowie insbesondere seine Publikationen über die Gerechtigkeit³⁾ trotz der Neuauflagen und auch der Veröffentlichung von Nachlasswerken über dieses Thema eine geringere Verbreitung erfuhren.

Auf den folgenden Seiten wird der Schwerpunkt auf das Werk „Das Problem der Gerechtigkeit“, das 1960 als Anhang zur zweiten Auflage der „Reinen Rechtslehre“⁴⁾ veröffentlicht wurde, gesetzt. Schon diese verlegerische Kollokation ist bedeutsam: in seiner Hauptarbeit zur Rechtstheorie kann der Rechtsgelehrte die Gerechtigkeit nicht ignorieren, aber der reine Rechtstheoretiker positioniert sie in einer deutlich getrennten Stellung von der theoretisch-rechtswissenschaftlichen Abhandlung, deren Gegenstand einzig und allein das positive Recht ist. Das positive Recht darf nur aus formaler Sicht analysiert werden, unabhängig von seinem Inhalt und folglich auch ungeachtet der Beurteilung, ob dieser gerecht oder ungerecht ist. Aus verlegerischer Sicht hat diese strikte Trennung zwischen Reiner Rechtslehre und Gerechtigkeits-theorien zur Veröffentlichung der *summa* der Reinen Rechtslehre und des Anhangs zur Gerechtigkeit⁵⁾ als eigenständige Werke geführt.

²⁾ Die wichtigsten Werke *Kelsens* über die Gerechtigkeit sind: *Kelsen*, Die platonische Gerechtigkeit, *ders.*, Die Idee der Gerechtigkeit; *ders.*, Was ist Gerechtigkeit? (1953); *ders.*, Was ist Gerechtigkeit? (1975); *ders.*, Die Illusion der Gerechtigkeit.

³⁾ 1998 aktualisierte ich die Sekundärliteratur mit einigen italienischen Titeln, stellte aber fest, dass die Gerechtigkeit bei *Kelsen* „eine indirekte Anwesenheit ist: es ist die Anwesenheit eines unerwünschten Gastes, den man draußen zu lassen beschlossen hat, obwohl er andauernd an der Tür klopft“ (*Losano*, Introduzione 12, Fußnote 8).

⁴⁾ *Kelsen*, Reine Rechtslehre².

⁵⁾ So geschehen in den von mir bearbeiteten italienischen Auflagen: Vgl. *Losano*, Introduzione; *ders.*, Forma e realtà 152–175; *ders.*, Teoría pura del derecho 189–210; *ders.*, Introdução.

II. Kelsen und der Wert der Gerechtigkeit

Möglich sind ein einziger Wert der Gerechtigkeit (wenn es sich um einen absoluten Wert handelt) oder mehrere auch zueinander gegensätzliche Werte (d.h. relative Werte). Das positive Recht kann auf Grund seiner Beziehung zu diesen Gerechtigkeitswerten beurteilt werden, aber seine Gültigkeit, d.h. seine Existenz, hängt nicht von diesem Vergleich ab. Die Beziehungen zwischen Reiner Rechtslehre und Gerechtigkeit lassen sich in einem Satz zusammenfassen: „Eine positivistische und das heißt realistische Rechtslehre behauptet nicht [...], dass es keine Gerechtigkeit gebe, sondern dass tatsächlich sehr viele, voneinander verschiedene und einander möglicherweise widersprechende Gerechtigkeitsnormen vorausgesetzt werden“.⁶⁾ Infolgedessen kann eine Rechtsordnung aufgrund ihrer Beziehung zu einer dieser Gerechtigkeitsvorschriften als gerecht, jedoch aufgrund ihrer Beziehung zu einer anderen als ungerecht qualifiziert werden; „Eine positivistische Rechtslehre erkennt den Geltungsgrund einer positiven Rechtsordnung nicht in irgendeiner der vielen Gerechtigkeitsnormen [..., sondern] in einer hypothetischen, das heißt im *Rechtsdenken vorausgesetzten Grundnorm*, der zufolge man sich so verhalten, Menschen so behandeln soll, wie es einer historisch ersten, im *großen und ganzen wirksamen* Verfassung entspricht. [...] Sofern die Geltung des positiven Rechts in Frage steht, kommt keine andere Norm als diese Grundnorm, kommt insbesondere keine Gerechtigkeitsnorm in Betracht“.⁷⁾

Dieser Satz drückt den ethischen Relativismus aus, der die Reine Rechtslehre erfüllt, enthält aber *in nuce* auch zwei Themen, die in den (hier nur kurz erwähnten) bedeutendsten Kritiken dieser Rechtslehre behandelt werden. Erstens fußt die Theorie, die das positive Recht zu ihrem einzigen Gegenstand erklärt, auf einer nicht von den verfassungsgebenden Organen bestimmten, sondern vom Rechtsgelehrten erdachten Grundnorm; zweitens stützt die auf dem radikalen Dualismus zwischen normativer und natürlicher Welt, zwischen ‚Sein‘ und ‚Sollen‘ basierende Theorie die Gültigkeit der Rechtsordnung (die der Welt des ‚Sollen‘ angehört) auf die Effektivität der historisch ersten Verfassung (die der Welt des ‚Sein‘ angehört). Diese beiden Probleme der Reinen Rechtslehre werden hier nur kurz erwähnt, weil ich sie in anderen Arbeiten eingehender behandelt habe, während ich nun auf das eigentliche Problem der Gerechtigkeit in der Kelsenschen Rechtslehre⁸⁾ zurückkommen möchte.

Diese allgemeine philosophische Auffassung schlägt sich auch im Aufbau des Werkes „Das Problem der Gerechtigkeit“ nieder, das meiner Meinung nach als das vollständigste Buch von Kelsen über die Beziehungen zwischen Rechtsordnung und Gerechtigkeit betrachtet werden kann. Das Werk ist in zwei gleichwertige Teile gegliedert; der erste befasst sich mit den verschiedenen Gerechtigkeitsnormen, der zweite beschäftigt sich mit der Kritik der Naturrechtsphilosophie. Ausgehend vom Zusammenhang zwischen Ethik und

⁶⁾ Kelsen, Das Problem der Gerechtigkeit 403.

⁷⁾ Kelsen, Das Problem der Gerechtigkeit 404; kursiv von mir.

⁸⁾ Losano, La teoría pura 135–154; *ders.*, Das Verhältnis von Geltung und Wirklichkeit.

Gerechtigkeit, stellt er im ersten Teil fest, dass sich die Beurteilung „gerecht“ oder „ungerecht“ immer auf einen Tatbestand bezieht (*Seins-Faktum*, S. 358), sich jedoch nicht auf den Vergleich zwischen einer Gerechtigkeitsnorm und einer Norm des positiven Rechts beziehen kann: „Dies setzt voraus, dass die Gerechtigkeitsnorm und die Norm des positiven Rechts zu gleicher Zeit als gültig angesehen werden“. Die Gültigkeit einer der beiden wird hinfällig, „wenn die zwei Normen miteinander in Konflikt stehen“.⁹⁾ Das Problem verlagert sich so in den Gültigkeitsbereich des positiven Rechts, das Kelsen durch Trennen von jeder faktischen Berücksichtigung und durch Rückgriff auf die Grundnorm löst. Für die Reine Rechtslehre liegt das Gültigkeitsproblem des Rechts außerhalb der Welt der Werturteile. Gerade dieser Standpunkt führt die Reine Rechtslehre zum Kontrast mit ihrem größten Antagonisten, der Naturrechtslehre, die hingegen eine positive Rechtsordnung nur dann als gültig betrachtet, wenn sie einem Gerechtigkeitswert entspricht.

Kelsen unterscheidet die relativen Gerechtigkeitswerte von den absoluten, und in Übereinstimmung mit seiner antimetaphysischen Option schlägt er eine wissenschaftliche Analyse der Gerechtigkeitstheorien vor: „Als Wissenschaft hat sie nicht zu entscheiden, was gerecht ist, das heißt vorzuschreiben, wie man Menschen behandeln soll, sondern zu beschreiben, was tatsächlich als gerecht gewertet wird, ohne sich selbst mit einem dieser Werturteile zu identifizieren“.¹⁰⁾ Auch gegenüber der Auslegung nimmt Kelsen eine ähnlich wertfreie Einstellung an.¹¹⁾ Die Beschreibung der Gerechtigkeitswerte beginnt mit den rationalen Gerechtigkeitsnormen, d.h. jenen, die „durch menschliche, in der Welt der Erfahrung gesetzte Akte statuiert“ werden und folglich rational, das heißt „von der menschlichen Vernunft begriffen werden können“.¹²⁾

Hier beginnt die Aufzählung der klassischen Gerechtigkeitswerte,¹³⁾ die gerade wegen ihres Umfangs einen partiellen Wert, das heißt einen relativen Wert, haben. Für Kelsen, der sich auf Platon beruft, stimmt die Gerechtigkeitsuche mit dem „unzerstörbaren Verlangen nach Glück“ überein, das dem menschlichen Wesen zu eigen ist; „Keine bloß relative, menschlicher Vernunft begreifbare Gerechtigkeit kann dies Ziel erreichen. [...] Die Gerechtigkeit, nach der die Welt schreit, ist daher die absolute Gerechtigkeit. Sie ist ein irrationales Ideal, denn sie kann nur von einer transzendenten Autorität, nur von Gott ausgehen“.¹⁴⁾

Die absolute Gerechtigkeit wird ins Jenseits verlagert und liegt in den Händen Gottes; folglich setzt sie den Glauben (und nicht den Verstand voraus) voraus. Auf Erden muss man sich aber mit der relativen Gerechtigkeit begnügen, die von der positiven Rechtsordnung gewährleistet wird, das heißt „in dem von ihr mehr oder weniger gesicherten Friedens- und Sicherheitszustand

⁹⁾ Kelsen, Das Problem der Gerechtigkeit 358.

¹⁰⁾ Kelsen, Das Problem der Gerechtigkeit 365.

¹¹⁾ Losano, *Forma e realtà* 92.

¹²⁾ Kelsen, Das Problem der Gerechtigkeit 366.

¹³⁾ Für einen ersten Vergleich nehme man z.B. *Del Vecchio*, *La giustizia*; *Perelman*, *De la justice*, und den Kommentar von *Bobbio*, *Sulla nozione di giustizia*.

¹⁴⁾ Kelsen, Das Problem der Gerechtigkeit 401.

erblickt werden kann¹⁵⁾ Tatsächlich erstrebt jede Rechtsordnung die Verwirklichung eines Gerechtigkeitsideals, aber – wie schon gesagt – hängt seine Gültigkeit nicht von jenem Wert ab.

III. Gerechtigkeit und Rechtssicherheit

Der Rechtsgelehrte tendiert dazu, sich zu fragen, ob ein gewisses Ereignis in einer gewissen Norm subsumierbar ist oder nicht; er fragt sich jedoch nicht, ob es gerecht ist, dass jenes Ereignis jener Norm zugeordnet wird oder nicht. Diese rein formale Betrachtung des Rechts ist „der üblicherweise unbewusste Standpunkt der Juristen“ und wurde von Kelsen in seiner Reinen Rechtslehre „zu vollem und klarem Bewusstsein“ erhoben. Laut Bobbio vertritt der Jurist diesen unbewusst rechtspositivistischen Standpunkt, denn „das Ideal des Juristen ist die Sicherheit, nicht die Gerechtigkeit des Rechts, die Aufgabe der Philosophen, Politiker und Gesetzgeber ist“¹⁶⁾

Die Suche nach der Rechtssicherheit entspringt dem Wunsch des Untertanen, sich vor der Willkür des Herrschers zu schützen: während der Aufklärung ist die Rechtsgeschichte die Geschichte eines Wandels von der Willkür des Herrschers zur Rechtssicherheit. Am Ende dieses Prozesses entsteht der moderne Staat mit seiner Verfassung, mit der Gewaltenteilung und mit einer Rechtsordnung, die aus allgemeinen, abstrakten und starren Normen besteht. Die Rechtssicherheit entspringt dem Geflecht dieser Elemente.

Die Rechtsnormen sind allgemein, weil sie an spezifische Bürgergruppen gerichtet sind; sie sind abstrakt, weil sie sich auf typisierte Aktionen beziehen, das heißt auf Aktionen, die anhand formaler Eigenschaften erkennbar sind; sie sind starr, denn sie können nur durch ein von der Verfassung festgelegtes Verfahren und von einem mit der ausschließlichen Gesetzgebungsgewalt versehenen Organ geändert werden. Die Gewaltenteilung verhindert, dass der Richter den Gesetzgeber ersetzt und Rechte für den Einzelfall schafft (was hingegen die Freirechtsbewegung predigte) und dass die Exekutive Normen erlässt, die mit den formalen Gesetzen konkurrieren (wie es in den autokratischen Staaten mit sog. starken Regierungen geschieht). Aber auch die gesetzgebende Gewalt stößt auf Grenzen: Wenn sie die in der starren Verfassung festgelegten Demarkationslinien verletzt, kann das Verfassungsgericht ihren Akt mit einer Nichtigkeitserklärung für ungültig bzw. für nichtig erklären.

Vom positiven Recht zur Rechtswissenschaft übergehend befasst sich letztere normalerweise mit dem Auslegungsproblem und geht dabei von der *Vollständigkeit* der Ordnung, das heißt vom Ausschluss von Lücken in der Rechtsordnung aus.¹⁷⁾ Im Zweifelsfall erlauben es Instrumente wie die analogische Auslegung, die Analogie oder die „allgemeinen Grundsätze der Rechtsordnung“ (Art. 12 der einführenden Vorschriften des italienischen ZGB), die

¹⁵⁾ Über die relative Gerechtigkeit: *Kelsen*, Das Problem der Gerechtigkeit 401.

¹⁶⁾ *Bobbio*, Teoria della giustizia 52 ff.

¹⁷⁾ Mit Bezugnahme auf den in Abschnitt IV behandelten Autor, vgl. *Cossio*, La plenitud del ordenamiento jurídico.

vermutete Lücke aufzufüllen. Ähnlich werden die außerstaatlichen Rechtsquellen – wie die Gewohnheit oder das sogenannte „Recht der Einzelnen“¹⁸⁾ – durch einen ausdrücklichen Hinweis in den Rahmen der Rechtsordnung zurückgeführt. Die Rechtsordnung erweist also eine eigene Selbstvervollständigungsfähigkeit, die sie immer und in jedem Fall vollständig macht, und diese Vollständigkeit ist auch eine Bedingung für die Rechtssicherheit.

Natürlich wird das Prinzip der Selbstvervollständigung der Rechtsordnung nicht ausnahmslos akzeptiert, und auch diese Ausnahmen weisen für die außernormative Kreativität gewisse Grenzen auf. Beispielsweise bestimmt der Art. 1 des schweizerischen ZGB – das wahrscheinlich das meisterwähnte Beispiel für die Heterointegration ist –, dass sich der Richter in erster Linie nach dem Gesetz richten muss, dann an die Gewohnheit oder in deren Abwesenheit an die Regel, „die es als Gesetzgeber aufstellen würde“; aber auch in diesem Fall hat er sich an die „bewährte Lehre und Überlieferung“ zu halten.¹⁹⁾

Die für die Rechtssicherheitslehre ungünstigsten praktischen und doktrinenären Positionen kommen aus der Welt des Common Law. Laut Richter Oliver Wendell Holmes (1841–1935) ist das Recht keine Logik, sondern eine Erfahrung: „The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed“.²⁰⁾ Folglich ist die Rechtssicherheit für Holmes nur eine Illusion: „Certainty generally is illusion, and repose is not the destiny of man“.²¹⁾ Für den Richter Jerome Frank (1889–1957) ist der Wunsch nach Rechtssicherheit ein Wesensmerkmal der primitiven Rechte und beruht auf dem psychoanalytischen Bedürfnis des Sohnes nach väterlicher Autorität und auf dem Bedürfnis des primitiven Volkes nach einer unangefochtenen Autorität.²²⁾ Das moderne Recht hingegen muss sich durch die Anpassungsfähigkeit an die wechselhaften sozialen Bedürfnisse auszeichnen.

Die Welt des Common Law jedoch stützt auf dem Grundsatz der Präzedenzfalles, das heißt, sie basiert auf individuellen und flexiblen Rechtsnormen und ist deshalb vollkommen anders als in der europäisch-kontinentalen Welt, wo auf allgemeine und abstrakte Rechtsnormen gebaut wird. Auch letztere hat jedoch Zeiten gesehen, in denen die Interessenjurisprudenz und die Freirechts-

¹⁸⁾ *Sforza*, Il diritto dei privati.

¹⁹⁾ Art. 1 des Schweizerischen ZGB (1907): „(1) Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde. (3) Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.“

²⁰⁾ *Holmes*, The Common Law 1.

²¹⁾ *Holmes*, The Path of Law 10; das heißt mit einem unübersetzbaren Wortspiel, „Certitude is not the test of certainty. We have been cocksure of many things that were not so“: *Holmes*, Natural Law 40, 41.

²²⁾ *Frank*, Law and the Modern Mind.

bewegung die Anpassungsfähigkeit des Rechts seiner Sicherheit vorangestellt haben: Es muss aber hinzugefügt werden, dass dies in der Zeit großer sozialer Umwälzungen erfolgte, während derer das starre positive Recht nicht mehr mit der sozialen Entwicklung Schritt halten konnte.²³⁾ Im Allgemeinen billigen die europäisch-kontinentalen Juristen – meist stillschweigend – das legalistische Ordnungsmodell und somit den Rechtsstaat mit seiner Gesamtheit an Regeln.

Der koordinierte Ablauf dieses Staats- und Rechtslehreapparats gewährleistet dem Bürger die Sicherheit der rechtlichen Qualifikation seiner Handlungen. Der Staat, der dem Bürger diese Sicherheit gewährleistet, ist der Rechtsstaat mit seiner eng an das Demokratiegefüge gebundenen Struktur.

In einem anderen Werk will Bobbio – konditioniert auch „durch die Betriebsblindheit desjenigen, welcher jahrzehntelang an der juristischen Fakultät gelehrt hat“ – die Eigenschaften ausfindig machen, die zur Definition einer Regierung als demokratisch unentbehrlich sind, und konzentriert seine Aufmerksamkeit auf das formale Element der „Spielregeln“: „Unter demokratischer Regierung versteht man vorrangig eine Gesamtheit an Verfahrensregeln für die kollektive Entscheidungsfindung [das heißt, die Gesetze], in der die weitestgehende Teilnahme der Betroffenen vorgesehen und erleichtert wird.“²⁴⁾ Es handelt sich um Regeln, „die festlegen, *wer* befugt ist, die kollektiven Entscheidungen zu treffen und anhand welcher *Verfahren*.“²⁵⁾

In der Kelsenschen Rechtslehre spiegelt sich der Begriff von Rechtsstaat in unterschiedlicher Weise wider. Auch in der Reinen Rechtslehre ist das Ziel der Rechtsordnung, einen Wert zu realisieren: die Legalität ist ihr stillschweigend verfolgter Wert (aber wie schon gesagt, gründet die Gültigkeit der Rechtsordnung nicht auf diesem Wert). Kelsen hat den demokratischen Staat vor Augen. Beim Übergang von der Rechtstheorie zur politischen Theorie verdeutlicht die Bedeutung, die Kelsen dem Rechtsstaat zuschreibt, seine Vorstellung von Demokratie als Verfahrensdemokratie. Wenn man zur Meta-Theorie des Rechts übergeht, erklärt die enge Verbindung zwischen der Reinen Rechtslehre und dem aus der Aufklärung hervorgegangenen Rechtsstaat, warum sie eher als europäisch-kontinentale Rechtstheorie des Industriezeitalters denn als allgemeine Rechtstheorie verstanden werden sollte.²⁶⁾

IV. Ein Beispiel für entgegengesetzte Gerechtigkeitstheorien: Kelsen und Cossio

Während seiner Reise nach Südamerika im Jahre 1949 hielt Kelsen mehrere Konferenzen in Argentinien, wohin er von der Rechtswissenschaftlichen Fa-

²³⁾ Über diese Bewegungen verweise ich auf die Literatur im Kap. IV, *Il dubbio sulla ragione*, in *Losano*, *Sistema e struttura* II 114–154.

²⁴⁾ So in der Einführung des Jahres 1984 zur Essaysammlung: *Bobbio*, *Il futuro della democrazia* XXII ff.

²⁵⁾ Ebenso im Essay 1984 in *Bobbio*, *Il futuro della democrazia* 4.

²⁶⁾ Die Studie der außereuropäischen Rechtssysteme stellte für mich die empirische Überprüfung dieser historischen und geografischen Grenze der Reinen Rechtslehre dar: *Losano*, *I grandi sistemi giuridici*.

kultät, von der Rechtsanwaltskammer und vom „Instituto de Filosofía Jurídica y Social“ zu Buenos Aires eingeladen worden war. Die Wahl der Institutionen, die ihn eingeladen hatten, wies schon auf den Versuch hin, die peronistischen und antiperonistischen Kräfte auszugleichen, mit denen auch die processianischen und anti-kelsenschen (und folglich pro-peronistischen) Strömungen und die pro-kelsenschen und anti-cossianischen (und folglich anti-peronistischen) Strömungen verflochten waren.

Der bedeutendste argentinische Rechtsphilosoph jener Zeit war Carlos Cossio (1903–1987), der seine eigene „egologische Rechtstheorie“ als Überholung von der Kelsenschen Reinen Rechtslehre verstand, obwohl sie in den Werken des argentinischen Philosophen²⁷⁾ häufig erwähnt wurde. Die Einladung nach Buenos Aires sollte Kelsens mithin auch dazu bringen, die egologische Rechtstheorie in irgendeiner Weise als Vervollkommnung seiner eigenen Reinen Rechtslehre anzuerkennen. Aber die egologische Theorie und die Reine Rechtslehre waren genauso unvereinbar, wie die Charaktere der beiden Autoren antagonistisch waren.

Die Reise begann somit im Zeichen politischer und kultureller Spannungen, die ihren Höhepunkt erreichten, als Carlos Cossio 1952 ein Buch mit der spanischen Übersetzung der vier Konferenzen von Kelsen veröffentlichte. Das Vorwort dieses Buches enthielt Cossios *Balance provisional* (provisorische Bilanz) als Schlusspunkt von Kelsens Besuch in Argentinien.²⁸⁾ Dieses Buch gab nicht, wie vereinbart, das französische Original von Kelsen wieder; darüber hinaus waren auf dem Titelblatt die Namen beider Autoren – Cossio und Kelsen – aufgeführt, und der Text enthielt Anmerkungen und Kommentare von Cossio zu den Kelsenschen Abhandlungen, die nicht vereinbart worden waren.

Cossio wollte hiermit öffentlich beweisen, dass Hans Kelsen seine egologische Anschauung der Rechtsphilosophie anerkannt habe. Auf diese Verdrehung der Tatsachen reagierte Kelsen sehr hart: Er veröffentlichte ein entschiedenes Dementi²⁹⁾ und forderte vom Verleger die Zurückziehung des Buches, in dem – ohne seine Genehmigung – sein Name als Koautor erschien. Zwischen den zwei Rechtsphilosophen und ihren Schulen kam es unvermeidlich zu einem Bruch, der sich bis heute in der rechtsphilosophischen Literatur niederschlägt.

In seiner unbezwingbaren Geltungssucht schrieb Cossio: „Ich glaube, es gibt zwei wichtige Motive, den Besuch von Kelsen [in Argentinien ...] nur als ein Vorspiel zu betrachten: das Vorspiel eines schönen Epiphanie, bei dem die tiefen Stimmen der symphonischen Begleitung vom großmütigen Meister

²⁷⁾ *Cossio*, La teoría egológica del derecho; vgl. auch oben, Fußnote 17 und unten, Fußnote 39.

²⁸⁾ *Kelsen/Cossio*, Problemas escogidos de la teoría pura del derecho. Infolge dieser Eingriffe auf den Text sollen die in diesem Band enthaltenen Auffassungen besonders vorsichtig behandelt werden.

²⁹⁾ Die Antwort von *Kelsen* wurde in den Zeitschriften veröffentlicht, in denen die „provisorische Bilanz“ von *Cossio* erschienen war: vgl. z.B. *Kelsen*, La teoría pura del derecho y la teoría egológica. Es handelt sich um eine Übersetzung aus: *Kelsen*, Reine Rechtslehre und Egologische Theorie.

kommen, während doch das Kantabile der Partitur mit argentinischen Akzenten moduliert werden muss“, sodass „das Herz der heutigen Jugend für die Egologie entflammt“³⁰⁾ Und weiter: „1949 erlebt Buenos Aires das Ende der Kelsenschen Theorie der Reinen Rechtslehre und gleichzeitig seine Wiederauferstehung dank der egologischen Rechtsauslegung“.³¹⁾ Angesichts dieser erbitterten Kontroverse bietet es sich an, zu untersuchen, wie Cossio die Gerechtigkeitstheorie von Kelsen interpretiert hat.

Zunächst muss eine fast unmögliche Synthese der egologischen Theorie von Cossio, dieser in jeder Hinsicht eklektisch geprägten, wenn auch stark durch Husserl und Heidegger beeinflussten Rechtsphilosophie, versucht werden: Und gerade auf Husserl beruft sich Cossio, um die Namenswahl seiner Theorie zu erklären, der „für einen Juristen überraschend und ungewöhnlich klingen mag“.³²⁾ Cossio weist Max Scheler und Nicolai Hartmann zurück, denn „alles in allem betrachte ich ihre Werke wegen ihrer hypostatischen Natur als inakzeptabel“. Die meisterwähnten Autoren sind in aufsteigender Reihenfolge Husserl, Heidegger, Kant („el nervio vivo del actual pensamiento filosófico de Occidente“) und vor allem Kelsen, sodass sogar Cossio selbst fühlt, dass das Verständnis der egologischen Theorie „eine gewisse Familiarität mit dem Gedankengut dieser Autoren voraussetzt“; ohne diese Familiarität muss man sich damit „begnügen, den egologischen Gedanken mehr oder weniger defizitär zu erfassen“.³³⁾

Die egologische Theorie besteht aus einer Reihe von Teilaspekten, die ebenso viele Abschnitte des Buches „La teoría egológica del derecho“ bilden: die *Rechtsontologie*, das heißt die Analyse des Rechtswesens; die *formelle Rechtslogik*, verstanden als spezifische Logik des Rechtsdenkens; die *transzendente Rechtslogik*, verstanden als spezielle Theorie der Normenkenntnis, das heißt der Kenntnis in Form von Verständnis des rechtlichen Verhaltens; die *Reine Rechtsaxiologie*, das heißt eine Wertlehre des rechtlichen Verhaltens, denn für Cossio widerspiegelt das Recht die menschliche Erfahrung, die sich letztlich in einem Verhalten äußert und sich als solches aufgrund von Werturteilen entwickelt. Abschließend liefert die *Fehler-Erkenntnislehre* die Instrumente, um die wissenschaftliche Rechtskenntnis von seiner ideologischen, das heißt falschen Interpretation zu unterscheiden. Die Gesamtheit dieser Instrumente bildet die egologische Rechtstheorie, die „versucht, das Recht als eine spezifische Erfahrung zu analysieren“, das heißt als einen „kulturellen Gegenstand, dessen Kenntnis eine *Intuition* (im husserlschen Sinn), ein *Verständnis* und ein *normatives Denken*“ erfordert. Cossio geht also über die rein rationale

³⁰⁾ Aus: *Kelsen/Cossio*, Problemas escogidos de la teoría pura del derecho, zit. n. *Sarlo*, La gira sudamericana 971.

³¹⁾ *Cossio*, La valoración jurídica y la ciencia del derecho, zit. n. *Sarlo*, La gira sudamericana 968.

³²⁾ *Cossio*, La teoría egológica del derecho 26: Egologie ist die Kenntnis des ‚Ich‘; *Cossio* jedoch, „dem Husserlschen Beispiel folgend“, setzt das Logos vor dem Ego. Außerdem geht er vom „bewussten oder theoretischen Ich zum wirkenden oder praktischen Ich über“.

³³⁾ *Cossio*, La teoría egológica del derecho 14 ff.

oder wissenschaftliche Rechtskenntnis hinaus und befürwortet „eine gnoseologische, existentielle und werturteilende Theorie“, die sich auch an die dreidimensionale Rechtstheorie von Miguel Reale, dem bedeutendsten brasilianischen Rechtsphilosophen des 20. Jahrhunderts nähert.³⁴⁾

Die ambivalente Beziehung Cossios zur Kelsenschen Rechtslehre zeichnet sich auch in den Erklärungen ab, die Cossio selbst in seinem Buch des Jahres 1964 über die Entwicklung des formellen Teils gibt. Sie spiegelt sich in der „analytischen Diskussion der Reinen Rechtslehre und [in] ihrer Einbeziehung wider, die in der egologischen Theorie hätte erfolgen sollen; es ging darum, sich die Reine Rechtslehre anzueignen, ohne dabei die Verwirrung zu stiften, dass die eine und die andere Theorie ein und dasselbe wären oder dass sie gar auf derselben philosophischen Basis agierten“. Ein schwacher Gegner – so Cossio, wobei er sich auf Kelsen bezieht, – „ist der beste Gegner; in Wahrheit war das Übernehmen der Reinen Rechtslehre als dem besten Gegner, damit sie sofort als der beste Verbündete diene, der Sinn einer resonanzträchtigen strategischen Entscheidung“;³⁵⁾ am Ende dieser „strategischen Entscheidung“ steht „die Einverleibung der Reinen Rechtslehre in die egologischen Theorie“.³⁶⁾ Kelsen war darüber keinesfalls begeistert.

Die Reine Rechtslehre wird im Werk von Cossio fast immer mit Bezugnahme auf Rechtsbegriffe erwähnt. Bedeutsam ist, dass in den langen Passagen über die Gerechtigkeit der Name von Kelsen nirgends vorkommt,³⁷⁾ während Cossio im ganzen Buch – auch in sehr langwierigen Passagen – Kelsen hinsichtlich spezifischer Themen über die allgemeine Rechtstheorie kommentiert und kritisiert. Wir wollen hier nur eine dieser letzten Passagen analysieren.

Die egologische Theorie „übernimmt von der Reinen Rechtstheorie ihre Idee über die Normativität als methodologische Reinheit, ihren analytischen Ansatz der Norm, den dialektischen Ansatz der wissenschaftlichen Dualismen des Rechtsdenkens“; er billigt sie „prinzipiell ohne irgendeine Veränderung ihres Inhalts“, aber er „verändert grundlegend“ ihren theoretischen Ansatz, denn „für die egologische Theorie entspricht das Recht dem Verhalten (und nicht der Norm) als intersubjektive Überschneidung“.³⁸⁾ Nach dieser Veränderung der Ausgangsaxiome ist die Unverträglichkeit der beiden Theorien sowie das reziproke Unverständnis ihrer Autoren unvermeidbar. Zahlreiche andere Passagen beweisen Cossios Interesse für die Reine Rechtslehre, aber auch die

³⁴⁾ Eine Zusammenfassung der Gedanken von *Cossio* und ein Vergleich zwischen *Cossio* und *Reale* findet sich in *Pisi de Catalini*, *La teoría egológica* 53 ff.

³⁵⁾ *Cossio*, *La teoría egológica del derecho* 23.

³⁶⁾ *Cossio*, *La teoría egológica del derecho* 101. Die ausführlichste Abhandlung über die Beziehung zwischen den zwei Theorien befindet sich auf den Seiten 101–112.

³⁷⁾ *Cossio*, *La teoría egológica del derecho* 562–630.

³⁸⁾ *Cossio*, *La teoría egológica del derecho* 101; die Seiten 101–112 befassen sich mit der Behandlung dieser komplexen Beziehung, aber insbesondere mit einer kritischen Analyse von Sebastián *Soler*, *Algunas observaciones a la doctrina de Hans Kelsen*.

Unverträglichkeit der beiden Theorien: Der Kürze wegen werden sie in der Fußnote aufgeführt.³⁹⁾

Auch die spezifische Studie von Héctor Hernández über die Gerechtigkeitstheorie von Cossio beweist, dass Cossio Kelsens Gerechtigkeitstheorie nicht übernommen hat. Hernández geht von philosophischen Axiomen aus, die sich sowohl von Cossios husserlschen als auch von Kelsens neukantischen Ansätzen differenzieren. Schon aus seinen ersten Seiten geht der aristotelisch-thomistische Ansatz seiner Untersuchung hervor: „Ich habe hier, wie ich es auch in meinem eigenen Leben tun möchte, den spirituellen Weg einer Tradition verfolgt, die ihren höchsten Ausdruck in den Genien von Aristoteles und dem Hl. Thomas von Aquin“⁴⁰⁾ findet. Es bleibt demzufolge recht wenig von Cossio – Hernández „lehnt ausdrücklich“ die egologische Auffassung der Quellen, der Logik und der Norm⁴¹⁾ ab – und umso weniger von Kelsen. Ausgehend von Aristoteles glaubt Hernández, dass die Menschen abstrakt gesehen gleich, konkret aber verschieden sind. Kelsen behauptet, dass die Gleichheit der Ausgangspunkte verlangt, dass alle eine angemessene Ausbildung erhalten; Hernández weist diese Behauptung mit diesen Worten zurück: „die (staatliche) Ausbildung muss sich folglich rechtzeitig in Gang setzen und Krippe, Kindergarten als obligatorisch erklären und so dringt die Kollektivierung bis fast in die Gebärmutter der Mutter vor und löst die Familiengruppe auf“.⁴²⁾

Hernández bezieht sich auf dasselbe Werk von Kelsen, um zu behaupten, dass er bei Kelsen in der Befriedigung der primären Bedürfnisse, wie Essen und Wohnen, die Existenz von etwas „natürlich Gerechtem“ erkennt.⁴³⁾ Er erwähnt schließlich die Auseinandersetzung zwischen Kelsen und Cossio und erinnert daran, wie der „liberale Kelsen“ die Theorie von Cossio zurückweist, denn sie gehe von metaphysischen Voraussetzungen aus. Was Hernández hingegen bei Cossio als positiv bewertet, ist, dass er „gegensätzlich zu seinem eigenen ehemaligen Meister Kelsen das *wertende Element* in die Rechtskenntnis“ und „erneut die Kenntnis und die Wirklichkeit der *Gerechtigkeit*“⁴⁴⁾ zurückgebracht habe. Hernández' Hauptkritik an Cossio gilt aber auch für Kelsen und macht diese beiden philosophischen Welten unversöhnlich: Der erste „als negativ betrachtete Aspekt“ bei Cossio ist „der Mangel einer *wahren* Allgemeinen Philosophie, die der ganzen rechtsphilosophischen Thematik zugrunde liegt“.⁴⁵⁾ „Wahr“ bedeutet für Hernández „geoffenbart“; diese Bedeutung des Begriffs ‚Wahrheit‘ ist dem kelsenschen Gedanken vollkommen fremd.⁴⁶⁾

³⁹⁾ Cossio, La teoría egológica del derecho 358–365; 382–390; 390–400; 417–435; 435–437; 437–445; 445–448; 449–456.

⁴⁰⁾ Hernández, La justicia 16.

⁴¹⁾ Hernández, La justicia 15.

⁴²⁾ Hernández, La justicia 123, Fußnote 202, mit Bezugnahme auf Kelsen, Que es la justicia 16

⁴³⁾ Hernández, La justicia 165 ff., Fußnote 275, mit Bezugnahme auf Kelsen/Cossio, Problemas escogidos de la teoría pura del derecho 117.

⁴⁴⁾ Hernández, La justicia en la teoría egológica 162, kursiv von Hernández.

⁴⁵⁾ Hernández, La justicia en la teoría egológica 155, kursiv von Hernández.

⁴⁶⁾ Losano, Hans Kelsen. Relativismo e verità nel diritto e nella politica 33–47.

Angesichts der Verschiedenartigkeit der philosophischen Ausgangssysteme bei Cossio, Hernández und Kelsen, bleibt die Gerechtigkeitstheorie von Kelsen auf den Rahmen der Reinen Rechtslehre beschränkt.

Literaturverzeichnis

- Noberto *Bobbio*, Sulla nozione di giustizia, *Archivio Giuridico* 1952, 16–33
 Norberto *Bobbio*, Teoria della giustizia. Lezioni di filosofia del diritto (Torino 2012)
 Noberto *Bobbio*, Il futuro della democrazia² (Torino 1995)
 Carlos *Cossio*, La plenitud del ordenamiento jurídico² (1947, Nachdruck Buenos Aires 2005)
 Carlos *Cossio*, La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad² (Buenos Aires 1964)
 Carlos *Cossio*, La valoración jurídica y la ciencia del derecho (Buenos Aires 1954)
 Giorgio *Del Vecchio*, La giustizia (Bologna 1924)
 Jerome *Frank*, Law and the Modern Mind² (New Brunswick 2009)
 Héctor H. *Hernández* (Hrsg.), La justicia en la teoría egológica del derecho (Buenos Aires 1980)
 Oliver Wendell *Holmes*, The Common Law (Boston 1881)
 Oliver Wendell *Holmes*, The Path of Law, in: *Harvard Law Review* 10 (1897) 457–478
 Oliver Wendell *Holmes*, Natural Law, in: *Harvard Law Review* 32 (1918) 40–44
 Hans *Kelsen*, Die platonische Gerechtigkeit, in: *Kant-Studien* 38 (1933) 91–117
 Hans *Kelsen* / Carlos *Cossio*, Problemas escogidos de la teoría pura del derecho. Teoría egológica y teoría pura (Buenos Aires 1952)
 Hans *Kelsen*, La teoría pura del derecho y la teoría egológica. Respuesta al artículo de Carlos Cossio: Teoría egológica y teoría pura. Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina, in: *Revista de la Facultad de Derecho de México* 3 (1953) 169–205; der vollständige Text findet sich auch im Internet: [<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/10/pr/pr13.pdf>.]
 Hans *Kelsen*, Reine Rechtslehre und Egologische Theorie. Antwort auf Carlos Cossio. Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien, in: *ZÖR* 5 (1953) 449–482
 Hans *Kelsen*, Die Idee der Gerechtigkeit nach den Lehren der christlichen Theologie. Eine kritische Analyse von Emil Brunners „Gerechtigkeit“, in: *Studia Philosophica* 13 (1953) 157–200
 Hans *Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit? Vortrag, gehalten bei der Sitzung der Wiener Juristischen Gesellschaft vom 11. Februar 1953, *Juristische Blätter* 75 (1953) 180–183
 Hans *Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit? (Wien 1953, Nachdruck Wien 1975)
 Hans *Kelsen*, Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit² (Wien 1960)
 Hans *Kelsen*, ¿Que es la justicia? (Córdoba 1966)
 Hans *Kelsen*, Die Illusion der Gerechtigkeit. Eine kritische Untersuchung der Sozialphilosophie Platons (Wien 1985)
 Hans *Kelsen*, Il problema della giustizia (Torino 1998)
 Mario G. *Losano*, Forma e realtà in Kelsen (Milano 1981)
 Mario G. *Losano*, Das Verhältnis von Geltung und Wirksamkeit in der Reinen Rechtslehre, in: Hans Kelsen-Institut (Hrsg.), Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 7, Wien 1982) 82–96 (ursprünglich in Mario G. Losano, Il rapporto tra validità ed efficacia nella dottrina pura del diritto, *Sociologia del diritto* 8 [1981] 5–23)

- Mario G. *Losano*, Introduzione, in: Hans Kelsen, *Il problema della giustizia*² (Torino 1998) XV–XLII
- Mario G. *Losano*, *Teoría pura del derecho. Evolución y puntos cruciales* (Bogotá 1992)
- Mario G. *Losano*, Introdução à edição italiana de „O problema da justiça“, in: Hans *Kelsen*, *O problema da justiça* (São Paulo 1993) VII–XXXIII
- Mario G. *Losano*, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*. Terza edizione ampliata (Roma/Bari 2000)
- Mario G. *Losano*, *Sistema e struttura nel diritto II: Il Novecento* (Milano 2002)
- Mario G. *Losano*, Hans Kelsen. Relativismo e verità nel diritto e nella politica, in: Antonella *Besussi* (Hrsg.), *Verità e politica. Filosofie contemporanee* (Roma 2013) 33–47
- Marta *Pisi de Catalini*, La teoría egológica de Carlos Cossio y el tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale [http://www.ffyl.uncu.edu.ar/IMG/pdf/05_vol_08-09_catalini.pdf, pp. 49-88]
- Chaïm *Perelman*, *De la justice*, Institut de Sociologie Solvay (Bruxelles 1945)
- Oscar *Sarlo*, La gira sudamericana de Hans Kelsen en 1949: el 'frente sur' de la teoría pura, in: Gregorio Peces-Barba / Javier de Lucas (Hrsg.), *El Derecho en Red. Estudios en Homenaje al Profesor Mario G. Losano* (Madrid 2006) 971 ff.
- Widar Cesarini *Sforza*, *Il diritto dei privati*² (Roma 1963)

Michael Potacs, Wien

Marxismus und Kelsen

Einleitung

Das Verhältnis von Hans Kelsen zum Sozialismus ist durch eine gewisse Ambivalenz gekennzeichnet. Da ist auf der einen Seite seine unverkennbare Sympathie mit Persönlichkeiten und dem Gedankengut des Sozialismus sowie der österreichischen Sozialdemokratischen Partei. Da ist aber auf der anderen Seite auch sein Bemühen um parteipolitische Unabhängigkeit. Besonders bemerkenswert ist jedoch die Kritik Kelsens am Marxismus, die an Schärfe und Kompromisslosigkeit kaum zu überbieten ist. Sie fiel vor allem in die Zeit der 1920er Jahre des vergangenen Jahrhunderts und war damals für einen Sympathisanten der österreichischen Sozialdemokratie keine Selbstverständlichkeit. Denn die Theoretiker der österreichischen Sozialdemokratie verstanden sich zu dieser Zeit allesamt als Marxisten und versuchten ihre Auffassungen (mögen sie auch noch so „bürgerlich“ gewesen sein) stets als „marxistisch“ zu legitimieren. Freilich ist ihnen das nicht immer auf orthodoxe Weise gelungen, weshalb die österreichische Variante des Marxismus auch unter dem Namen „Austromarxismus“ in die Geschichte eingegangen ist. Diese vermochte die kritische Einstellung Kelsens zum Marxismus allerdings nicht zu verändern. Umso überraschender mag es erscheinen, dass Kelsen in seinem Spätwerk den Marxismus gegenüber der Qualifikation als „Secular Religion“ vehement verteidigte.

Auf all diese Aspekte werde ich im Folgenden eingehen, wobei ich zunächst mit dem persönlichen Verhältnis Kelsens zum Sozialismus und zur österreichischen Sozialdemokratie beginnen werde. Daran anschließend werde ich dann auf die wissenschaftliche Kritik Kelsens am Marxismus etwas näher eingehen. Abschließend wird von mir auch noch Kelsens späte Verteidigung des Marxismus gegen den Vorwurf, eine säkulare Religion oder Ersatzreligion zu sein, behandelt. Bei all diesen Ausführungen ist im vorliegenden zeitlichen Rahmen eine allzu genaue Darstellung freilich nicht möglich, weshalb die folgenden Darlegungen auf wesentliche Punkte beschränkt bleiben.

I. Sympathien für die Sozialdemokratie und den Sozialismus

Damit darf ich mit dem Naheverhältnis Kelsens zur österreichischen Sozialdemokratie und zum Sozialismus beginnen, das sich zunächst einmal auf persönlicher Ebene ausmachen lässt. So hat Kelsen insbesondere in der Zeit nach dem ersten Weltkrieg in sozialdemokratischen oder der Sozialdemokratie nahestehenden Publikationsorganen veröffentlicht. Die Beiträge behandeln mitunter staatspolitische Themen (wie etwa das Wahlrecht), sie beinhalten

aber auch sozialphilosophische und historische Studien.¹⁾ Dazu gehört etwa auch die Besprechung des Buches „Die österreichische Revolution“ von Otto Bauer, den stellvertretenden Parteivorsitzenden und geistigen Führer der österreichischen Sozialdemokratie, in der sozialdemokratischen Zeitschrift „Kampf“. Trotz einiger Kritik wird dieses Buch von Kelsen als „Geschichtswerk von hohem wissenschaftlichem Rang“ qualifiziert. Otto Bauer wird von Kelsen „zu den ganz wenigen sozialistischen Schriftstellern“ gezählt, „denen man das Recht – weil den Beruf – zubilligen muss, die Theorie des wissenschaftlichen Sozialismus fortzubilden“²⁾. Damit wird von Kelsen nicht nur eine persönliche Wertschätzung gegenüber dem führenden Theoretiker der österreichischen Sozialdemokratie, sondern auch eine unverkennbare Sympathie mit sozialistischem Gedankengut zum Ausdruck gebracht. Mit Otto Bauer verband Kelsen überdies eine enge Beziehung, die er auch zu anderen leitenden Repräsentanten der österreichischen Sozialdemokratie wie vor allem zu Max Adler und Karl Renner pflegte. Hinzu kam, dass sich Kelsen zu dieser Zeit auch in Kreisen bewegte und an Aktivitäten teilnahm, die in der damaligen Öffentlichkeit als „links“ wahrgenommen wurden. Dazu gehörten seine Besuche bei Sigmund Freuds „Mittwochgesellschaft“ sowie seine Mitwirkung in der „Soziologischen Gesellschaft“, der führende Mitglieder der Sozialdemokraten angehörten. Mit Recht wird auch Kelsens damaliges Engagement in der Volksbildung als Ausdruck seiner Gesinnungsnähe zur Sozialdemokratie gedeutet, weil damit das sozialdemokratische Anliegen einer geistigen Emanzipation breiter Bevölkerungsschichten gefördert wurde.³⁾ Schließlich unterschrieb Kelsen im Jahre 1927 auch den sogenannten „Grünbaum-Aufruf“, der unter dem Deckmantel der parteipolitischen Unabhängigkeit („Für ein geistiges Wien“) doch eine de facto Wahlempfehlung für die sozialdemokratische Partei war.

Diese äußeren Zeichen der Sympathie Kelsens für die Sozialdemokratie werden durch Bekenntnisse in seinen Schriften bestätigt. So wird von ihm in der Vorrede seines marxismuskritischen Buches „Sozialismus und Staat“ „mit allem Nachdruck“ betont, dass sich seine Schrift „nicht gegen den Sozialismus richtet“.⁴⁾ Ganz im Gegenteil gibt er dem sozialdemokratischen Theoretiker und Politiker Karl Renner „vollkommen recht, wenn er ‚die Unentbehrlichkeit einer sozialistischen Staats- und Rechtslehre‘ hervorhebt“.⁵⁾ Dazu passt es, dass Kelsen zumindest in der Zeit nach dem Ersten Weltkrieg einer Planwirtschaft klar den Vorrang vor einer kapitalistischen Wirtschaftsordnung gibt. Er hält es damals für „selbstverständlich, dass die unzulängliche Befriedigung der wichtigsten Bedürfnisse eines Großteils der Menschheit unter anderem darauf zurückzuführen ist, dass die Güterproduktion nicht planmäßig, direkt und ausschließlich mit Rücksicht auf die Bedürfnisbefriedigung, sondern in erster Linie mit Rücksicht auf das Gewinninteresse des kapitalistischen Unterneh-

1) Dazu etwa *Potacs*, Kelsen und der Marxismus 184.

2) *Kelsen*, politische Theorien 50.

3) *Ehs*, Kelsen und politische Bildung 50, 112.

4) *Kelsen*, Sozialismus und Staat V.

5) *Kelsen*, Sozialismus und Staat 125.

mers erfolgt“.⁶⁾ Auch vermochten wohl die ideologiekritischen Analysen Kelsens zum Eigentum, zum subjektiven Recht sowie zur Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht vielen sozialistischen Anliegen Schützenhilfe zu leisten. Schließlich ist zu erwähnen, dass Kelsen auch noch in späteren Jahren in Amerika den Sozialismus gegen die vor allem von Friedrich von Hayek vertretene Auffassung verteidigt, wonach der Kapitalismus gegenüber dem Sozialismus die engere Beziehung zur Demokratie aufweise.⁷⁾ Das ist umso bemerkenswerter, als die Publikation zeitlich in die McCarthy-Ära fiel, in der eine öffentliche Parteinahme für den Sozialismus nicht ganz ungefährlich war.

Trotz aller Sympathie war Kelsen aber auch sehr um Distanz zur Politik bemüht. So machte er in seiner (nicht veröffentlichten) Autobiographie kein Hehl aus seiner Sympathie für die Sozialdemokratie. „Stärker als diese Sympathie“, schreibt Kelsen aber, „war und ist mein Bedürfnis nach parteipolitischer Unabhängigkeit in meinem Beruf. Was ich dem Staat nicht zubillige: das Recht, die Freiheit der Forschung und Meinungsäußerungsfreiheit zu beschränken, kann ich auch einer politischen Partei, durch freiwillige Unterwerfung unter ihre Disziplin, nicht einräumen“.⁸⁾ Wie zum Zeichen seiner Unabhängigkeit publizierte Kelsen daher auch in „bürgerlichen“ Blättern und pflegte enge Kontakte mit Persönlichkeiten des „bürgerlichen“ Lagers wie Josef Schumpeter und Ludwig von Mises. Auch bei seiner Tätigkeit in der Volksbildung achtete Kelsen streng darauf, nur in parteifreien (und nicht der Sozialdemokratie nahe stehenden) Volksbildungseinrichtungen zu unterrichten. Zumindest auch als Zeichen seiner Distanz zur Politik ist es zu verstehen, dass Kelsen die ihm von Seiten der Sozialdemokratie (und nicht auch von anderen Großparteien) angebotene Nominierung als Verfassungsrichter im Jahre 1929 ausschlug. Kelsen wollte eben kein Amt (noch dazu ein Richteramt) als Vertrauensperson einer Partei ausüben. Doch kaum etwas verdeutlicht seine Distanz zum „Mainstream“ der damaligen Sozialdemokratie mehr als seine Auseinandersetzung mit dem Marxismus.

II. Marxismuskritik

A. Ausgangslage

Dabei ist vorweg zu betonen, dass sich die kritische Auseinandersetzung Kelsens in den Jahren nach dem Ersten Weltkrieg auf den sogenannten orthodoxen Marxismus bezog, der sich insbesondere auf das „Kapital“ von Karl Marx und auf das „Kommunistische Manifest“ von Marx und Engels stützt. Diese Form des Marxismus war zu dieser Zeit herrschend und lag auch dem sogenannten „Austromarxismus“ zugrunde. Andere Spielarten des Marxismus wie insbesondere die sogenannte „Neue Linke“, die sich auf die Frühwerke

⁶⁾ *Kelsen*, politische Theorie des Marxismus 560.

⁷⁾ *Kelsen*, Democracy and Socialism 63.

⁸⁾ Zitiert nach *Métall*, Kelsen. Leben und Werk 33.

von Karl Marx beruft, spielen in den Darlegungen Kelsens keine Rolle. Der orthodoxe Marxismus ist durch eine deterministische Geschichtsbetrachtung geprägt. Die Geschichte wird demnach durch historische Gesetze bestimmt, die in Klassenkämpfen ihren Ausdruck finden. Die Entwicklung der ökonomisch bedingten Gesellschaftsformation fasst Marx im Kapital als „naturgeschichtlichen Prozess“⁹⁾ auf, dem man zwar auf die Spur kommen mag, den man aber nicht wesentlich beeinflussen könne. Diese Situation erfährt nun durch die Herausbildung des Proletariats eine entscheidende historische Wende, die nach einem gewissen Übergangsprozess, zu dem auch eine „Diktatur des Proletariats“ gehört, in eine kommunistische Gesellschaft mündet. In dieser ist dann nach der Vorstellung von Marx und Engels im „Kommunistischen Manifest“ die „freie Entwicklung eines jeden die Bedingung für die freie Entwicklung aller“.¹⁰⁾

Kelsen sieht im Marxismus eine gefährliche Utopie, die er schon von seinem Ansatz her ablehnt und insbesondere in seinem Werk „Sozialismus und Staat“ entschieden bekämpft. Denn während für den Marxismus die politische Gesinnung eine Konsequenz wissenschaftlicher Einsicht darstellt („Einsicht in die Notwendigkeit“), basiert sie für Kelsen letztlich auf einem Werturteil. So geht Kelsen in seiner Abschiedsvorlesung „Was ist Gerechtigkeit?“ in Berkeley der Frage nach dem Verhalten von Menschen nach, die sich zwischen einer ihre soziale Existenz sichernden Planwirtschaft oder aber weit gehender individueller Freiheit zu entscheiden haben. Nach Kelsen wird in dieser Situation ein „Mensch von starkem Selbstbewusstsein“ die individuelle Freiheit vorziehen, während sich ein Mensch mit einem „Minderwertigkeitskomplex“ für die „wirtschaftliche Sicherheit“ entscheiden wird.¹¹⁾ Das mag man als etwas überzogen ansehen, doch kommt darin eine grundsätzliche Einstellung deutlich zum Ausdruck: Jede politische Entscheidung ist letztlich eine Sache individueller Wertung. Diese Auffassung basiert wiederum auf einer Skepsis Kelsens an der Leistungsfähigkeit der menschlichen Natur und Erkenntnis, die seiner Auffassung nach vom Marxismus klar überschätzt wird. Der Skeptizismus Kelsens findet in verschiedenen Kritikansätzen Kelsens gegenüber dem Marxismus seinen Niederschlag, die man mit den Schlagworten Unaufhebbarkeit des Unterschiedes von Sein und Sollen, Kontinuität des Staates, skeptisches Menschenbild, Streben nach Objektivität und partieller Erklärungsanspruch umschreiben kann. Auf diese kritischen Ansätze werde ich im Folgenden in der gebotenen Kürze eingehen.

B. Unaufhebbarkeit des Unterschiedes von Sein und Sollen

Zentraler erkenntnistheoretischer Ansatz Kelsens für seine Kritik am Marxismus ist die Sein/Sollen-Dichotomie (Humesche These), der zufolge aus einem Sein (einer Tatsache) niemals geschlossen werden kann, dass sie auch sein soll. Für Kelsen ist dieser Umstand „unserem Bewusstsein unmittelbar gege-

⁹⁾ Marx, Das Kapital 16.

¹⁰⁾ Marx/Engels, Manifest 51.

¹¹⁾ Kelsen, Gerechtigkeit² 8.

ben¹²⁾, weshalb er den Dualismus von Sein und Sollen, von Tatsachen und Wertungen für „unüberbrückbar“¹³⁾ und somit für eine zwingende Begleitererscheinung menschlicher Existenz hält. Für den Marxismus relativiert sich dagegen die Problematik des Dualismus von Sein und Sollen, weil er sie für eine typische und vorübergehende Erscheinung der bürgerlichen Gesellschaft erachtet. Die Sein/Sollen-Dichotomie spiegelt nach marxistischer Sichtweise die Widersprüche der bürgerlichen Gesellschaft zwischen Werten und Wirklichkeit wider. Von marxistischer Seite wird dieser Dualismus daher auch gerne als „bürgerlicher Dualismus“¹⁴⁾ bezeichnet. Mit dem Übergang in die kommunistische Gesellschaft würden diese gesellschaftlichen Widersprüche aber wegfallen und die Problematik zwischen Sein und Sollen würde ihre Bedeutung verlieren.

Für Kelsen ist diese Deutung freilich schon deshalb unbefriedigend, weil sie die moralische Bewertung einer Entwicklung hin zu einer kommunistischen Gesellschaft außer Betracht lässt. Zwar könnte man aus marxistischer Sicht dagegen einwenden, dass eine Entwicklung hin zu einer klassenlosen Gesellschaft moralisch doch zwingend positiv erscheint. Dazu ist aber zu bedenken, dass die Befürwortung einer klassenlosen Gesellschaft letztlich von einem sehr optimistischen Menschenbild abhängt, das man – worauf noch zurückzukommen sein wird – keineswegs teilen muss. Vor allem aber durchläuft der Weg zu einer kommunistischen Gesellschaft auch nach marxistischer Auffassung eine Phase der Diktatur des Proletariats, die aus moralischer Perspektive durchaus fragwürdig erscheinen kann. Auch die vom Marxismus erwartete gesellschaftliche Entwicklung lässt somit moralische Beurteilungen keineswegs überflüssig erscheinen, weshalb Kelsen zutreffend feststellt: „Selbst die Beobachtung der stärksten Entwicklungstendenzen zu einer sozialistischen Gesellschaftsordnung“, so Kelsen, „ist nicht imstande, den Sozialismus als Programm, als Ziel des Wollens und Handelns zu rechtfertigen“.¹⁵⁾

C. Kontinuität des Staates

Eine weitere Kontroverse zwischen Kelsen und dem Marxismus besteht in der Einschätzung der Zukunft des Staates. Für Kelsen besteht das entscheidende Merkmal des Staates in seinem Zwangscharakter. Das wird auch von den Marxisten nicht in Zweifel gezogen. Doch halten sie den Staat wiederum für eine typische Erscheinungsform einer durch Klassengegensätze geprägten Gesellschaft. Der Zwangscharakter diene vor allem der Unterdrückung einer gesellschaftlichen Klasse durch die andere und werde daher mit dem Übergang zu einer klassenlosen kommunistischen Gesellschaft auch wegfallen. Zwar werde es beim Übergang zur kommunistischen Gesellschaft für eine gewisse Zeit einen proletarischen Staat (eine „Diktatur des Proletariats“) weiter geben. Mit dessen Auflösung werde es dann aber zu einem „Absterben des Staates“ kom-

12) *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 5.

13) *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 4.

14) *Reich*, Kelsen und Paschukanis 33.

15) *Kelsen*, Sozialismus und Staat 4.

men, weil die kommunistische Gesellschaft durch ein weitgehend zwangloses Zusammenleben der Menschen geprägt sei.

Gegen diese Konzeption hegt Kelsen in zweifacher Hinsicht erhebliche Zweifel: Zum einen gibt er zu bedenken, dass die als Übergangsphase gedachte Diktatur des Proletariats „nach der ganzen uns zur Verfügung stehenden sozialpsychologischen Erfahrung“¹⁶⁾ doch unerwartet lange dauern könnte, weil Entscheidungsträger einer Diktatur ihre Macht nur ungern freiwillig aus der Hand geben. Zum anderen hält Kelsen die Vorstellung von einem „Absterben des Staates“ in komplexen Gesellschaften an sich für geradezu naiv. Ganz im Gegenteil erscheint ihm die Beugung unter den politischen Willen der Arbeiterklasse – wie sie der marxistischen Vorstellung entspricht – „nach menschlichem Ermessen und aller bisherigen Erfahrung mit der Menschennatur“ nur mit „unerbittlichem Zwange möglich“¹⁷⁾. Die Erfahrung mit den Staaten des so genannten „realen Sozialismus“ dürfte diese Skepsis Kelsens wohl eindrucksvoll bestätigen. Um einiges erfolgreicher hat sich demgegenüber auch aus historischer Sicht eine Alternative erwiesen, für die Kelsen unter der Devise „zurück zu Lassalle“¹⁸⁾ plädiert und die im parlamentarisch-demokratischen Rechtsstaat den geeigneten „Hebel des Sozialismus“¹⁹⁾ sieht.

1. Skeptisches Menschenbild

Gerade die Kontroverse um das Absterben des Staates zeigt sehr deutlich, dass Kelsen und der Marxismus die menschliche Natur unterschiedlich beurteilen. Der Marxismus geht von einem optimistischen Menschenbild aus, weil er dessen Wandlung hin zu einem sozialen Wesen für möglich hält, das seine Erfüllung in der Solidarität findet und für den – so Marx – „die Arbeit nicht nur Mittel zum Leben, sondern selbst das erste Lebensbedürfnis geworden ist“. Voraussetzung dafür ist nach marxistischer Auffassung eine Änderung der sozioökonomischen Verhältnisse durch Aufhebung der Klassengesellschaft und zweifellos auch eine gewisse Umerziehung im Rahmen der Diktatur des Proletariats. Nach diesem Prozess würden die Menschen dann aber Marx zufolge nach dem Motto leben: „Jeder nach seinen Fähigkeiten, Jedem nach seinen Bedürfnissen“.²⁰⁾

Kelsen steht einer Reformierbarkeit der menschlichen Natur dagegen deutlich skeptischer gegenüber. So hält er dem Marxismus entgegen, dass der Kapitalismus vielleicht nur deshalb möglich wurde, „weil dieses verwerfliche System der Ausbeutung doch irgendwie der Natur des Menschen entspricht, weil es einen unverwüsthlichen Trieb des Menschen gibt, andere für sich arbeiten zu lassen, ja überhaupt, andere Menschen als Mittel für eigenen Zwecke zu benutzen“.²¹⁾ Auch den Eigentumstrieb hält Kelsen für einen „elementaren

¹⁶⁾ Kelsen, Sozialismus und Staat 151.

¹⁷⁾ Kelsen, Sozialismus und Staat 104.

¹⁸⁾ Kelsen, Sozialismus und Staat 203.

¹⁹⁾ Kelsen, Allgemeine Rechtslehre 472.

²⁰⁾ Marx, Randglossen 21.

²¹⁾ Kelsen, Sozialismus und Staat 110.

Instinkt des Menschen“, und es handle sich dabei „nicht um eine Folge, sondern umgekehrt um eine Voraussetzung, eine Grundlage der kapitalistischen Wirtschaftsordnung“. ²²⁾ Jede soziale Reform ist daher für Kelsen mit einer Einschränkung menschlicher Instinkte verbunden, die sich nur durch eine staatliche Zwangsordnung herstellen und aufrechterhalten lässt.

2. *Streben nach Objektivität*

Für einen Marxisten erklärt sich dieses Menschenbild Kelsens allerdings aus dessen gesellschaftlicher Position als Repräsentant des Bürgertums. Denn für einen orthodoxen Marxisten ist Wahrheit durch ein auf Grund der jeweiligen Klassensituation geprägtes Erkenntnisinteresse bestimmt, weil die Realität von den Menschen entsprechend ihren gesellschaftlich bedingten Bedürfnissen wahrgenommen wird. Das gelte insbesondere für die an Objektivität und Wertfreiheit orientierte „bürgerliche“ Wissenschaft, weil diese damit die (sie begünstigenden) herrschenden Verhältnisse unkritisch beschreibe und daher einzementiere. Hier zeigt sich ein grundlegend unterschiedliches Wahrheitsverständnis zwischen Kelsen und dem marxistischen Weltbild. Denn Kelsen fühlt sich dem Ideal einer objektiven Wahrheit verpflichtet, die unabhängig von der jeweiligen gesellschaftlichen Position besteht und erkennbar ist. Einer solchen Wahrheit kann nach Kelsen nur durch ein möglichst wertfreies Herangehen an den Erkenntnisgegenstand auf die Spur gekommen werden. In Abgrenzung zur Position des Marxismus hat ein solches Streben nach Wahrheit „keinem politischen, sondern nur einem wissenschaftlichen Ziel, keinem irgendwie gerichteten Wollen, sondern ausschließlich dem Erkennen zu dienen“. ²³⁾

3. *Partieller Erklärungsanspruch*

Schließlich liegen dem Wissenschaftsverständnis Kelsens und jenem des Marxismus auch unterschiedliche Erklärungsansprüche zugrunde. Nach dem positivistischen Konzept Kelsens ist die menschliche Erkenntnisfähigkeit begrenzt, weshalb auch nur wissenschaftliche Aussagen über Teilbereiche der gesellschaftlichen Ordnung möglich und zulässig erscheinen. So erfordert etwa eine soziologische Betrachtung des Rechts (nach dessen Ursachen und Wirkung) einen methodischen Zugang, der auf dem Prinzip der Kausalität beruht. Die Beschreibung der Rechtsordnung als System von Normen (bestehend aus Tatbestand und Rechtsfolgen) basiert dagegen auf dem Ordnungsprinzip der Zurechnung. ²⁴⁾ Der Ansatz Kelsens ist insoweit „bescheiden“, als danach Wissenschaft immer nur in Einzeldisziplinen (wie etwa Rechtssoziologie oder Rechtsdogmatik) sinnvoll betrieben werden kann und daher notwendiger Weise eine „Segmentalisierung“ ²⁵⁾ aufweist.

²²⁾ *Kelsen*, Sozialismus und Staat 137.

²³⁾ *Kelsen*, Allgemeine Rechtslehre 450.

²⁴⁾ *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 78, 110.

²⁵⁾ *Wagner*, Reine Rechtslehre 112.

Die marxistische Wissenschaftstheorie ist demgegenüber durch das „dialektische Allseitigkeitsprinzip“²⁶⁾ gekennzeichnet. Ihr Erklärungsanspruch ist insoweit „total“, als er sämtliche soziale Phänomene wie Rechtsnormen oder Organisationsformen (Familie, Parteien, Verbände) im Sinne einer durch Klasse-gegensätze angetriebenen dialektischen Entwicklung deutet. Aus dieser Perspektive wenden sich dann Vertreter des Marxismus auch gegen die aus ihrer Sicht „Blickverkürzung auf ein reines Sollen“²⁷⁾ wie es der Reinen Rechtslehre Kelsens zugrunde liege. Freilich vermag der Marxismus seinen umfassenden Erklärungsanspruch nur um den Preis eines hohen Abstraktionsniveaus, schwieriger empirischer Begründung und äußerst gewagter und spekulativer Annahmen (Stichwort: klassenlose Gesellschaft) einzulösen. Mit gutem Grund sieht Kelsen hier Berührungspunkte des Marxismus mit christlichem Gedankengut, wenn er in seinem Buch „Sozialismus und Staat“ feststellt: „Zwischen der Konzeption des hl. Augustinus“, der *civitas dei*, „und jener des Marxismus besteht eigentlich nur der Unterschied, dass jener sein Ideal vorsichtigerweise ins Jenseits verlegt, während dieser es vermittels eines kausalen Entwicklungsgesetzes ins Diesseits zwingt“.²⁸⁾

III. Verteidigung des Marxismus

Gerade im Hinblick auf dieses zuletzt erwähnte Zitat mag es erstaunen, dass sich Hans Kelsen in seinem Spätwerk „Secular Religion“ zur Verteidigung des Marxismus gedrängt fühlt. Kelsen richtet sich in diesem Buch gegen eine Mitte des vergangenen Jahrhunderts verbreitete Denkrichtung, die in modernen Sozialphilosophien religiöse Elemente zu erkennen glaubte und sie daher als Ersatzreligionen deutete. Besonderes Augenmerk wurde dabei dem Marxismus und dem mit ihm verbundenen Glauben an eine kommunistische Gesellschaft gewidmet. Religiöse Züge wurden im Marxismus etwa vom französischen Philosophen Raymond Aron gesehen. Er weist zum einen darauf hin, dass der Marxismus ähnlich wie Religionen eine Interpretation der gesamten Welt oder zumindest der gesamten historischen Welt biete. Zum anderen betont Aron zwar den wissenschaftlichen Charakter des Marxismus, stellt aber bei diesem auch eine merkwürdige Vermischung zwischen Notwendigkeit und Wunschenken fest. Eine Wissenschaft sollte nach Aron aber doch besser beide Kategorien voneinander streng trennen. Insgesamt appelliert der Marxismus für Aron damit nicht nur an den Verstand, sondern auch an die Gefühle der Menschen und erwecke Hoffnungen und Leidenschaften, die sonst mit religiösem Denken verbunden sind. Weil aber der Marxismus den Glauben an eine transzendente Welt nachdrücklich ablehnt, wird er von Aron als „säkulare“ Religion bezeichnet.²⁹⁾

²⁶⁾ Dreier, Reine Rechtslehre 134.

²⁷⁾ Wagner, Reine Rechtslehre 113.

²⁸⁾ Kelsen, Sozialismus und Staat 32.

²⁹⁾ Aron, Secular Religions 177.

Gegen dieses Verständnis des Marxismus wendet sich Kelsen ganz entschieden. Er sieht in der Deutung des Marxismus durch Aron als „säkulare“ Religion eine „fundamentale Missinterpretation“.³⁰⁾ So hält er dem Hinweis Arons auf den umfassenden Erklärungsanspruch des Marxismus entgegen, dass dieser ein ganz anderer sei als jener von Religionen. Würde doch Marx etwa menschliche Katastrophen (wie Kriege) als Auswirkungen sozialer Ursachen deuten und nicht als Strafe für die Sünden der Menschheit.³¹⁾ Auch seien die vom Marxismus geweckten Hoffnungen nach Kelsen ganz andere als jene von Religionen. Während sich etwa die Hoffnungen des Christentums auf eine himmlische Seligkeit beziehen, würden jene des Marxismus auf materielles Glück abzielen.³²⁾ Auch räumt Kelsen ein, dass der Marxismus die Wirklichkeit nicht immer in einer objektiv-wissenschaftlichen Weise beschreiben und moralische Wertungen (wie etwa die Verurteilung des Kapitalismus) mit umfassen würde. Doch hätten diese Wertungen keine religiöse Basis, weshalb auch unter diesem Gesichtspunkt die Qualifikation des Marxismus als (sei es auch „säkulare“) „Religion“ gänzlich unangebracht sei.³³⁾

Diese Einwände Kelsens mögen zunächst deshalb überraschen, weil sich die Qualifikation des Marxismus als „säkulare“ Religion durch Aron doch auf Punkte stützt, die sich auch in der Marxismuskritik Kelsens finden. Das betrifft einmal den mit Hoffnungen und Wünschen (auf eine Erlösung von materieller Not) verbundenen umfassenden Erklärungsanspruch des Marxismus, der Kelsen selbst einmal zu einem Vergleich mit der religiösen Lehre des heiligen Augustinus bewog. Dazu gehört aber auch die nicht durchgehaltene Trennung von Sein und Sollen in der marxistischen Lehre, die letztlich in dieser auch zu keiner sorgfältig durchgeführten Trennung zwischen empirischen Analysen und Einschätzungen auf der einen und moralischen Beurteilungen auf der anderen Seite führt. Damit stellt sich die Frage: Wollte sich Kelsen in seinem Spätwerk „Secular Religion“ von seiner früheren Kritik am Marxismus distanzieren?

Eine nähere Betrachtung zeigt freilich, dass davon keine Rede sein kann. An keiner Stelle des Buches „Secular Religion“ versucht Kelsen die Aussagen des Marxismus auch nur ansatzweise inhaltlich zu verteidigen. Worum es ihm einzig und allein geht, ist den Marxismus (wie im Übrigen auch andere als „Secular Religion“ qualifizierte Denkrichtungen) vom Vorwurf einer Ersatzreligion freizusprechen. Er begründet dies mit dem ihm allem Anschein nach wesentlich erscheinenden Umstand, dass sich der Marxismus in keiner Weise auf eine transzendente Begründung stütze, sondern seine Lehre zur Gänze im Diesseits ansiedle. Man mag darin vielleicht eine gewisse Überempfindlichkeit und Distanz Kelsens gegenüber religiösem Denken sehen, weil von Denkern wie Raymond Aron der nicht transzendente Charakter der von ihnen als Religion beschriebenen Lehren durch den Zusatz „säkular“ ohnehin betont wurde.

³⁰⁾ Kelsen, *Secular Religion* 3.

³¹⁾ Kelsen, *Secular Religion* 26.

³²⁾ Kelsen, *Secular Religion* 163.

³³⁾ Kelsen, *Secular Religion* 164.

Doch für Kelsen war auch die terminologische Trennung zwischen Religion und Wissenschaft offenbar ein sehr ernstes Anliegen, dem er sogar ein ganzes Buch widmete, das aber letztlich – aus welchen Gründen auch immer – von ihm nicht veröffentlicht wurde.

IV. Schlussbemerkung

Damit bin ich am Ende meiner Ausführungen, die ich mit folgendem Resümee abschließen möchte: Kelsen begegnete dem Sozialismus zweifellos mit einer gewissen Sympathie. Ausschlaggebend dürfte neben einer humanitären Grundhaltung vor allem auch der rationalistische Anspruch des Sozialismus gewesen sein. Den Marxismus unterzog er aber einer Kritik, die an Schärfe und Überzeugungskraft nur noch mit jener von Karl Popper zu vergleichen ist. Zentraler Ansatz seiner Kritik war der umfassende Erklärungsanspruch des Marxismus, der die Grenzen zwischen Einsicht und Wunschdenken, zwischen Wert und Wirklichkeit verschwimmen lässt. Obwohl ein solcher umfassender Erklärungsanspruch auch für religiöse Lehren kennzeichnend ist, verteidigte Kelsen den Marxismus gegenüber dem Vorwurf eine säkulare Religion zu sein. Der Grund mag darin liegen, dass Kelsen den Marxismus mit rationalen Argumenten zu bekämpfen vermochte, während ein solcher Kampf mit transzendenten Religionen für ihn von vorneherein wohl kaum einen Sinn ergeben hätte. Man mag darin einen gewissen Ausdruck des Respekts gegenüber dem Marxismus sehen, den Kelsen zwar als ebenbürtigen Diskussionspartner betrachtete, dem er jedoch als entschiedener Gegner in einem rationalen Diskurs entgegentrat.

Literaturverzeichnis

- Raymond *Aron*, The Future of Secular Religions, in: Raymond *Aron*, The Dawn of Universal History (New York 2002) 177–202
- Ralf *Dreier*, Reine Rechtslehre und marxistische Rechtstheorie, in: Hans Kelsen-Institut (Hrsg.), Reine Rechtslehre und marxistische Rechtstheorie (= Schriftenreihe des HKI 3, Wien 1978) 121–140
- Tamara *Ehs*, Hans Kelsen und politische Bildung im modernen Staat (= Schriftenreihe des HKI 29, Wien 2007)
- Hans *Kelsen*, Die ökonomische und die politische Theorie des Marxismus. Eine Selbstanzeige, Der österreichische Volkswirt 12 (1920) 560–562
- Hans *Kelsen*, Sozialismus und Staat² (Leipzig 1923)
- Hans *Kelsen*, Otto Bauers politische Theorien, Der Kampf 17 (1924) 50–56
- Hans *Kelsen*, Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 65 (1931) 449–521
- Hans *Kelsen*, Democracy and Socialism, The Law School. The University of Chicago. Conference on Jurisprudence and Politics, April 30, 1954, Conference Series 15 (1955) 63–87
- Hans *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (Wien 1960)
- Hans *Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit?² (Wien 1975)
- Hans *Kelsen*, Secular Religion (Wien/New York 2012)
- Karl *Marx*, Das Kapital, Band 1 (1867, Neudruck Wien 1981)

-
- Karl *Marx*, Randglossen zum Programm der deutschen Arbeiterpartei (1875, Neudruck in: Marx/Engels Werke XIX [Berlin 1969]) 15–32
- Karl *Marx*/Friedrich *Engels*, Manifest der Kommunistischen Partei (1848, Neudruck Berlin 1977)
- Rudolf A. *Métall*, Hans Kelsen. Leben und Werk (Wien 1969)
- Michael *Potacs*, Hans Kelsen und der Marxismus, in: Robert *Walter* / Werner *Ogris* / Thomas *Olechowski* (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben-Werk-Wirksamkeit (= Schriftenreihe des HKI 32, Wien 2009) 183–193
- Norbert *Reich*, Hans Kelsen und Evgenij Paschukanis, in: Hans Kelsen-Institut (Hrsg.), Reine Rechtslehre und marxistische Rechtstheorie (= Schriftenreihe des HKI 3, Wien 1978) 19–35
- Heinz *Wagner*, Reine Rechtslehre und marxistische Rechtstheorie, in: Hans Kelsen-Institut (Hrsg.), Reine Rechtslehre und marxistische Rechtstheorie (= Schriftenreihe des HKI 3, Wien 1978) 109–120

Und wenn es überhaupt eine Form gibt, die die Möglichkeit bietet, diesen gewaltigen Gegensatz [...] nicht auf blutig-revolutionärem Wege zur Katastrophe zu treiben, sondern friedlich und allmählich auszugleichen, so ist es die Form der parlamentarischen Demokratie, deren Ideologie zwar die in der sozialen Realität nicht erreichbare *Freiheit*, deren Realität aber der *Friede* ist. [...]

Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie² (1929) 68

III. Kelsen als engagierter Denker

Kelsen als Demokrat und Freiheitsdenker

Einleitung

Will man die Auffassung der Demokratie von Hans Kelsen analysieren, so muss man, um Missverständnisse zu vermeiden, zunächst auf den besonderen Status des Politischen bei dem österreichischen Juristen eingehen. Die politische Theorie ist seit dem Beginn seiner akademischen Laufbahn ein spezifischer Bereich seines Werks, doch das Politische ist, wie wir an anderer Stelle bereits ausgeführt haben,¹⁾ nicht auf ein begrenztes Feld eingeschränkt. Es zieht sich wie ein roter Faden durch die gesamte juristische Konstruktion der reinen Rechtslehre, und Kelsen selbst weist immer wieder auf die politischen Auswirkungen seiner juristischen Theoretisierungen hin. Man kann also davon ausgehen, dass das Politische und das Juridische sich bei Kelsen nicht wirklich unterscheiden, wenigstens nicht auf der Ebene der Prinzipien. Es gibt kein „Wesen“ des Politischen, das im Gegensatz zum Recht stünde, oder mit anderen Worten: Es gibt kein politisches Phänomen, das nicht aus einem juridischen Blickwinkel angegangen werden kann. Die Verbindung zwischen diesen beiden Ansätzen wird durch den Begriff des Zwanges hergestellt. Und wenn die Idee einer Rechtsnorm nicht ohne Bezugnahme auf den Zwang verständlich ist, dann steht die Rechtstheorie gleichberechtigt neben der politischen Theorie, denn der Zwang ist „das spezifisch ‚politische‘ Element“.²⁾

Man kann ganz allgemein feststellen, dass Kelsen im Bereich der politischen Philosophie die Frage nach dem richtigen Inhalt der gesellschaftlichen Ordnung durch die Frage nach den (richtigen?) Mitteln, nach der (richtigen?) Methode ersetzt, mit denen beziehungsweise mit der diese Ordnung geschaffen wird.³⁾ Dennoch mobilisiert dieser Ansatz, der sich als ein technischer versteht, auch noch andere Elemente, und vor allem eine psychologische Anthropologie, die mehrmals auftaucht und im Grunde seine ganze theoretische Konzeption und auch die des Rechts überdeterminiert. Doch in einer Welt der sozialen Antagonismen ist der formale und vor allem normative Ansatz der einzig mögliche.

Der Titel des Referats erscheint mir durchaus bezeichnend für die besondere Rolle, die der Jurist Hans Kelsen im politischen Denken des zwanzigsten Jahrhunderts gespielt hat. Sein Projekt umfasst tatsächlich zwei Dimensionen, die beide zwei mögliche Herangehensweisen an seine Auffassung der Demokratie sind. Eine Dimension und folglich eine Herangehensweise theoretischer Natur als „Freiheitsdenker“ (I.) und eine zweite Dimension und Herangehens-

¹⁾ *Herrera*, *Théorie*; *Herrera*, *La philosophie*.

²⁾ *Kelsen*, *The Law* 239.

³⁾ Auf methodologischer Ebene wird *Kelsen* versuchen, einen kausalistischen Ansatz zu theoretisieren, den er rasch aufzugeben scheint. Vgl. *Herrera*, *Science* 99–133.

weise historischer Natur als engagierter Demokrat in den politischen Kämpfen seiner Zeit (II.).

I.

Was Kelsen vom begrifflichen Standpunkt her interessiert, ist die Bestimmung des Stellenwerts und der Bedeutung der Freiheit im Begriff der Demokratie und insbesondere in Bezug auf die Idee der Gleichheit.

Wenn nun die Freiheit, wie er schon am Ende des ersten Jahrzehnts des zwanzigsten Jahrhunderts geschrieben hatte, darin besteht, sich nur seinem Willen zu unterwerfen, dann erscheint sie als das Prinzip der Demokratie schlechthin. Kelsen meint tatsächlich, dass die Freiheit seit Rousseau der Grund- und Eckstein der Demokratie ist, der ursprünglich ihrer direkten Form entspricht. Doch wenn man sich innerhalb dieses Systems platziert, dann entsteht eine Serie von Problemen und darunter gleich anfangs die Tatsache, dass ein Individuum nur dann frei wäre, wenn es so wählt wie die Mehrheit. Rousseau selbst war sich dessen bewusst, glaubt Kelsen nachweisen zu können, denn er forderte die Einstimmigkeit nur für die Bildung des Gesellschaftsvertrags. Das Prinzip der Mehrheit muss man allerdings tatsächlich vom Prinzip der Freiheit ableiten: Wenn alle Menschen frei sind, dann muss wenigstens der Willen der größtmöglichen Zahl von Individuen zum Inhalt der gesellschaftlichen Ordnung werden. Nicht ein Individuum eher als ein anderes – deshalb ist die Gleichheit eine grundlegende Voraussetzung der Demokratie, wenn auch in einem gewissermaßen negativen Sinn –, sondern die größte Zahl von Individuen.

Diese Idee wird mit einer anderen These der Kelsenschen Rechtslehre verknüpft: Die gesellschaftliche Ordnung muss „objektiv“ gültig sein, das heißt in letzter Instanz unabhängig vom Willen der Individuen. Er selbst drückt es mit Nachdruck so aus: „Darum muss, soll überhaupt Gesellschaft, soll insbesondere Staat sein, auch zwischen dem Inhalt der Ordnung und dem Inhalt der ihr unterworfenen Willen die Möglichkeit einer *Differenz* bestehen“. Diese Einstellung scheint im Gegensatz zu stehen zum demokratischen Prinzip der Autonomie, demzufolge die Menschen nur den Normen gehorchen sollen, die sie sich selbst geben.

Die Freiheit der Demokratie ist im Grunde nicht die des Individuums gegen die Gesellschaft. Um die Freiheit *innerhalb* der gesellschaftlichen Ordnung bewahren zu können, oder – wie er sich selbst ausdrückt – damit die Freiheit der Anarchie sich in die Freiheit der Demokratie verwandelt, muss ihr Begriff einen Bedeutungswandel durchmachen, und die Freiheit wird – kraft einer „immanenten Logik“ – zur Teilnahme an der Staatsmacht: „Politisch frei ist, wer keinem anderen als seinem eigenen Willen Untertan“. Was der österreichische Jurist als „unmögliche Freiheit“ des Individuums bezeichnet, wird dann nach und nach von der „Freiheit des Kollektivwesens“ deplatziert. Die Freiheit hat die Bedeutung gewechselt, indem sie die Bedeutung der politischen Autonomie angenommen hat. Kelsen sieht die Beschreibung dieses Prozesses auf den Seiten des *Gesellschaftsvertrags*, auf denen Rousseau die

Bedeutung des Übergangs vom Untertan zum Staatsbürger erklärt. Für den österreichischen Juristen ist „der Untertan das isolierte Individuum einer individualistischen, der Staatsbürger das unselbständige, nur Teil eines höheren organischen Ganzen bildende Glied des Kollektivwesens einer universalistischen Gesellschaftserkenntnis“.⁴⁾

Weiter heißt es: „Allein so wie aus der Freiheit des Individuums die Volkssouveränität des Freistaates, so wird aus der grundsätzlichen Gleichheit der Individuen die Tendenz möglichster Ausgleichung“. Daraus folgt der Gedanke, dass die „dogmatische“ Voraussetzung – in der zweiten Auflage von *Vom Wesen und Wert der Demokratie* im Jahr 1929 wird sie als „demagogische“ bezeichnet – der zufolge alle Staatsbürger gleichermaßen fähig sind, die Regierungsämter auszuüben, sich einfach auf die Möglichkeit beschränkt, alle Staatsbürger fähig zu machen, diese Ämter zu bekleiden, insbesondere durch die Erziehung, die eine der höchsten Anforderungen der Demokratie ist.

Mittels der Volkssouveränität wird die Freiheit des Individuums ersetzt durch die Freiheit des Staats, den Freistaat. Für Kelsen ist die Demokratie jener Freistaat, in dem die Individuen ihrem Willen unterworfen sind und der Staatsbürger die Freiheit wiederfindet, die der Untertan vollständig entfremdet hatte. Diesen Wandel des Begriffs der Freiheit, aber auch der Demokratie nicht zu verstehen, ist für den österreichischen Juristen gleichbedeutend mit einem Verzicht, die Schlussfolgerungen zu verstehen, die Rousseau, „der geistreichste Schilderer der Demokratie“, gezogen hat, schreibt er in seinen Texten über die Demokratie aus den zwanziger Jahren.

Diese Auffassung der Freiheit wird im Laufe eben dieses Jahrzehnts durch eine zweite Reihe von Analysen vervollständigt, die schließlich zur Neuauflage seiner Schrift führen. Diese Fassung von 1929 ist, bedingt durch den Kontext, umfassender – so wird zum Beispiel dem Begriff „Volk“ in der Demokratietheorie ein neues Kapitel gewidmet – aber sie modifiziert seine Theorie der Grundlagen der Demokratie keineswegs.⁵⁾ Die Freiheit als Autonomie erscheint im Mittelpunkt der Ideologie der Demokratie, und er betont nachdrücklicher den negativen und sekundären Charakter der Gleichheit, auch der formalen Gleichheit. Kelsen will aus der Definition, aber auch aus der Geschichte der Demokratie jetzt noch stärker jede Gleichheit im materiellen, ökonomischen Sinn, wie sie von den Anhängern der Sozialdemokratie befürwortet wird, gegen die er in diesen Jahren polemisiert hatte, fernhalten.⁶⁾ Er zeigt wieder die Wandlungen des Begriffs der Freiheit und betont, dass sie aufhört, die negative Freiheit der liberalen Tradition zu sein, um eine politische und gesellschaftliche Freiheit zu werden und somit eine Bedeutung anzunehmen, die spezifisch ist für die Demokratie. Die Vorstellung eines „Zurück zur Natur“, die man auf die eine oder andere Weise bei den Anhängern der direk-

4) *Kelsen*, *Wesen und Wert* 12, 6.

5) Wichtige Veränderungen hingegen findet man zwischen den zwei Fassungen des Artikels über den Charakter der Verwaltung, vgl. *Kelsen*, *Wesen und Wert*².

6) Die wirtschaftliche Gleichheit könnte genauso gut von einer Diktatur verwirklicht werden. Die Behauptung *Rousseaus*, die Freiheit könne nicht ohne die Gleichheit bestehen, wird hier als eine Gleichheit der politischen Rechte interpretiert.

ten Demokratie findet, bedingt die Befreiung von jedem gesellschaftlichen Band, aber Kelsen meint bekanntlich: „Soll Gesellschaft, sogar Staat sein, dann muss eine bindende Ordnung des gegenseitigen Verhaltens der Menschen gelten, dann muss Herrschaft sein.“⁷⁾

Wenn der österreichische Jurist in seinen frühen Arbeiten bereit war zu behaupten, „Demokratie bedeutet Identität von Führer und Geführten, von Subjekt und Objekt der Herrschaft“, so fügt er auch sogleich hinzu, dass diese Einheit faktisch eine Fiktion ist – das Volk ist „nur ein System von einzel-menschlichen Akten, die durch die staatliche Rechtsordnung bestimmt sind“, und innerhalb dieses Rahmens soll „die Fiktion der Repräsentation den Par-lamentarismus vom Standpunkt der Volkssouveränität legitimieren“. „Die De-mokratie des modernen Staates ist die mittelbare, die parlamentarische Demo-kratie, in der der maßgebende Gemeinschaftswille nur von der Menschheit jener gebildet wird, die von der Mehrheit der politisch Berechtigten gewählt werden“. Noch wichtiger ist die Tatsache, dass sie immer die Herrschaft der Menschen und das Vorhandensein eines Führers bedingt, was deutlich hervor-geht, wenn man eine soziologische Analyse der Demokratie vornimmt.

Damals wollte er nachdrücklich auf diese „immanente Tendenz“ zur di-rekten Form der Demokratie hinweisen, die im Proportionalssystem angelegt ist. Angesichts der Unmöglichkeit, die direkte Form als solche zu praktizieren, war das Proportionalprinzip dasjenige, das ihr noch am nächsten kam, insbe-sondere durch seine Integrierung der politischen Minderheiten. Er verteidigt dieses Wahlsystem auch noch im Jahr 1929, aber er zieht es vor, seinen Wert noch stärker mit dem Kompromiss zu verbinden, den es erleichtern würde, da es im Parlament den Ausdruck einer großen Anzahl politischer Kräfte ermög-licht, die je nach ihrem jeweiligen gesellschaftlichen Gewicht repräsentiert sind. Das Proportionalssystem hat nun in seinen Augen einen weiteren Vorzug, den er als seinen „politischen Sinn“ bezeichnet: „So lässt man die Vorstellung fallen, dass es das ‚Volk‘ als ganzes sei, das den Vertretungskörper, als Einheit gedacht, kreiere“. Dadurch kann er implizit die Auffassung der Demokratie attackieren, die Carl Schmitt in seinen Schriften aus dieser Zeit zu entwickeln versuchte, und vor allem dessen *Verfassungslehre*.⁸⁾

Diese Lektüre des Prinzips der Freiheit führt ihn in diesen Jahren zu einer wichtigen Kritik am Liberalismus, die man lange Zeit übersehen hatte. Es besteht eine gleichwesentliche Verbindung zwischen der Vorstellung der Exis-tenz einer freien Sphäre, in die der Staat nicht eingreifen kann, und seiner vertraglichen Gründung. Indem er behauptet, dass „die Rechtsordnung wenigstens grundsätzlich nur durch den Vertrag konstituiert werden dürfe“, wird vorausgesetzt, dass die Rechte des Individuums nicht nur aus ontologischer Sicht, sondern auch aus historischer dem positiven Recht vorangehen. Das

⁷⁾ *Kelsen*, Demokratie¹ 4–5.

⁸⁾ Betrachtet man das Gesamtergebn in einem Idealfall, so kann man sogar be-haupten, schreibt *Kelsen* im Jahr 1920, dass „diese Vertretung von den Stimmen aller und gegen niemandes Stimme, also einstimmig gewählt worden ist“. Zur Diskussion *Kelsen–Schmitt* über den Begriff der Demokratie, insbesondere in Zusammenhang mit der Theorie *Rousseaus*, vgl. jetzt *Herrera*, *Kelsen et Schmitt* 61–82.

objektive Recht würde also nur für den Schutz der subjektiven Rechte existieren; das Recht wäre gleichbedeutend mit der Freiheit vom Staat, und die einzigen Grenzen für die Freiheit der Individuen könnten nur durch die Übereinstimmung der Subjekte, anders ausgedrückt durch einen Vertrag errichtet werden.⁹⁾

Im zweiten Teil seines Werks geht Kelsen weniger auf die philosophischen Grundlagen ein als auf den Charakter der Demokratie. Methodisch lässt sie sich als ein politisches Verfahren definieren, deren Hauptmerkmal die Beteiligung des Volkes an der Regierung ist, das heißt an der Schaffung und Anwendung allgemeiner und individueller Normen der gesellschaftlichen Ordnung durch die, die deren Subjekte sind.¹⁰⁾ Diese Beteiligung kann direkt oder indirekt sein, aber die Hauptsache liegt immer darin, dass es sich um ein Verfahren handelt. Die Demokratie ist folglich kein Inhalt. Wenn man von einem „Rationalismus“ der Demokratie sprechen kann, dann hinsichtlich seiner technisch-politischen Aspekte: Dieser Rationalismus „drückt sich mit einer besonderen Klarheit als Technik aus in seinem Bestreben, eine Staatsordnung als ein System allgemeiner und vorzugsweise schriftlicher Normen zu errichten, in der jeder juristische und administrative Akt in seiner Anwendung möglichst extensiv bestimmt ist und dadurch berechenbar wird“. Die Demokratie ist die rationalste Form der Herrschaft und folglich die erträglichste.

II.

Die in sich vielschichtige Historizität des Kelsenschen Projektes ist nicht immer deutlich erkannt worden. Man kann immer versuchen, die Gründe für die dominierende, ahistorische Herangehensweise herauszuarbeiten, die in der „allgemeinen“ Rechtstheorie zur Anwendung kommt. Sie liegen, zumindest zum Teil, in dem „Erfolg“ der Rechtslehre Kelsens, ein Erfolg, der eher eine erfolgreiche Verbreitung als eine Anerkennung und weitaus größer war als der seiner politischen Theorie. Das führte zu zwei Konsequenzen: zum einen wurde das politische Werk ignoriert oder bestenfalls als ein weit abliegender Teil der reinen Theorie angesehen, in dem Kelsen nicht einmal mit seinen eigenen metatheoretischen Prinzipien kohärent war. Zum anderen umfasste die für die Rechtslehre spezifische Historizität sein gesamtes Denken und damit auch seine politische Theorie, was zu spezifischen Problemen der Interpretation führte. Kelsen wies jedoch im Jahr 1929 selbst auf eine Tatsache hin, die auch ein so hellsichtiger Gegner wie Carl Schmitt im Jahr 1932 in Erinnerung rief: Seine Rechtstheorie bezieht sich auf eine ideale, normale Funktionsweise des Systems, wobei die Stabilität der Form als ein höherer Moment der juristischen Entwicklung erscheint. Seine politische Theorie hingegen und insbesondere seine Theorie der Demokratie entstehen in einer Zeit der Krise und der Umwälzung der politischen Form.

⁹⁾ *Kelsen*, Staatslehre 154–155.

¹⁰⁾ *Kelsen*, Foundations 66.

Wenn wir nun in die Historizität seiner politischen Theorie eindringen, kann man aus interner Sicht mindestens zwei große Momente seiner Theorie der Demokratie unterscheiden oder, wenn Sie so wollen, seines persönlichen Engagements als Demokrat. Der erste ist, wie wir sehen werden, vielschichtiger und reichhaltiger, er umfasst praktisch alle seine europäischen Jahre mit einer deutlichen Trennung zwischen einer kurzen Phase in den Jahren 1918 bis 1923 und einer Periode, die von 1924 bis 1935 reicht. Ein zweiter großer Moment kann von 1948 bis 1955 angesiedelt werden. Dazwischen liegt eine sehr reichhaltige Zeit, in der Kelsen eine mehr als fünfzehnjährigen Reflexion synthetisch bündelt und die theoretischen Grundlagen seiner Konzeption in einer krisengeschüttelten Welt hinterfragt, eine Zeit, die Gegenstand einer getrennten Analyse sein sollte. Der begriffliche Kern der Theorie der Demokratie bleibt zwar stabil, doch die verschiedenen Kontexte führen zu einer Reihe theoretischer Verlagerungen und damit zu sehr wichtigen Auswirkungen.

Wenn man die verschiedenen Verschränkungen der Historizität nicht klar erkennt, kann das zu einer Einschränkung der Analyseperspektiven führen. Dann nimmt man auch nicht wahr, was für ein tiefes Engagement hinter Kelsens Theoretisierungen steht. Ein gutes Beispiel dafür ist die Frage des Parlamentarismus. Im Rahmen einer allgemeinen Staatstheorie könnte man sich mit seiner Definition begnügen: Der Parlamentarismus wäre demnach „die Bildung des maßgebenden Staatswillens durch ein kollegiales Organ, das vom Volk auf der Grundlage eines allgemeinen und egalitären, das heißt demokratischen Wahlrechts gewählt wurde und Mehrheitsentscheidungen trifft“. Oder man könnte Kelsen höchstens – und im Hinblick auf die antiparlamentarische Reaktion der deutschen Theorie der Zwischenkriegszeit – als einen Verteidiger der alten parlamentarischen Tradition hinstellen. In Wirklichkeit ist seine Theorie und seine Verteidigung des Parlamentarismus ein solides Projekt der Erneuerung dieser Institution, das immer darauf abzielt, dessen demokratische Komponenten zu stärken, das heißt den direkten und unmittelbaren Einfluss des Volkes bei der Bildung des Staatswillens. Er befürwortet auch die Entwicklung der gesetzgebenden Volksabstimmung und vor allem des Volksbehrens. Sogar die Nichtverantwortlichkeit der Gewählten in Bezug auf die von den Wählern gegebenen Mandate ist für ihn kein notwendiger Bestandteil des Systems und kann abgeändert werden. Er spricht sich auch gegen die absolute Immunität der Volksvertreter nach dem Ende des Absolutismus aus. Wir wiederholen: Der Parlamentarismus ist in Kelsens Ansicht die einzige Form, die imstande ist, die Demokratie zu verwirklichen. Es handelt sich folglich um ein Verfahren der Schaffung der gesellschaftlichen Ordnung. Doch Kelsen verteidigt den Parlamentarismus nicht nur mit formalen Argumenten, er sieht in ihm auch ein Element der gesellschaftlichen Integrierung und vielleicht sogar das zentrale Element. Der Parlamentarismus mit seiner Dynamik des Kompromisses und des Austauschs ermöglicht eine Integrierung der gesellschaftlichen Kräfte. Das funktionelle Argument wird hier also noch durch diese politische Anschauung verstärkt. Deshalb setzt er sich auch für die proportionale Methode ein, die ermöglicht, dass alle politischen Gruppen je nach ihrem Gewicht im Parlament vertreten sind und somit die Gewichtung der

gesellschaftlichen Interessen präzise widerspiegeln. Wenn das Bild des Parlamentarismus bei Kelsen etwas zu optimistisch ausfällt, so deshalb, weil er glaubt, dass das Parlament die Bühne sein kann, auf der die gesellschaftlichen Kräfte politisch genau repräsentiert sein können. Diese Vision einer perfekten Abbildung des Gesellschaftlichen im Institutionellen (oder Politischen) ist dieselbe, die wir auch in seiner Hochschätzung der politischen Parteien antreffen.

Seine Verteidigung des Parlamentarismus veranlasst ihn nämlich dazu, die Rolle der politischen Parteien in einer Demokratie einzufordern, eine Anschauung, die heute beinahe banal wirkt, aber damals in der Rechtslehre keineswegs gang gäbe war. Wenn man im Namen eines über den Privatinteressen stehenden Staates den Parteien keine Bedeutung zuschreibt, so ist dies für Kelsen eine Attacke gegen die Demokratie als System. Leugnet man die Existenz der politischen Parteien, dann bedeutet das in Wirklichkeit, dass man die Herrschaft der Interessen einer einzigen Gruppe fördert und die Pluralität leugnet. Für Kelsen ist „Demokratie ernstlich nur möglich, wenn sich die Individuen zum Zwecke der Beeinflussung des Gemeinschaftswillens unter dem Gesichtspunkt der verschiedenen politischen Ziele zur Gemeinschaft integrieren, so dass sich zwischen das Individuum und den Staat jene Kollektivgebilde einschieben, die als politischen Parteien die gleich gerichteten Willen der Einzelnen zusammenfassen“.¹¹⁾ Durch ihre Stellung in der Bildung des Staatswillens erscheint die politische Partei in seinen Augen als ein Verfassungsorgan des Staates. Deshalb schlägt er auch eine Reihe von Reformen vor, die darauf abzielen, die politischen Parteien zu stärken, indem man sie institutionalisiert, und dadurch die Demokratie zu festigen. Er schlägt insbesondere vor, dass die Sitze im Parlament nicht Individuen zugewiesen werden, sondern Parteien, die ihre Vertreter aufgrund der zur Debatte stehenden Themen auswählen könnten, sodass diejenigen zu Wort kommen, die mit diesen Fragen am vertrautesten sind.

Bleiben wir noch kurz in der europäischen Periode, die auch deshalb die reichhaltigste ist, weil sich der österreichische Jurist in diesen Jahren mehrmals politisch engagiert (da ist die Zusammenarbeit mit dem österreichischen Bundeskanzler Karl Renner und die Verteidigung der Aktualität des politischen Projekts der Sozialdemokratie gegenüber dem Bolschewismus, die sogar zu einem Aufruf führt, für die sozialistische Partei in Österreich zu wählen). Eine wichtige Spaltung in seiner Auffassung der Demokratie entsteht dann ab 1922, als autoritäre Formen (in Italien, in Polen, in Ungarn) ihn dazu führen, seinen Optimismus über die Zukunft dieser politischen Form zu mäßigen. Das Ende des Ersten Weltkriegs und vor allem die Entstehung von Republiken in Österreich und Deutschland hatten ihn veranlasst, eine rasche und qualitative Ausdehnung der Demokratie in Europa vorherzusehen. Die einzige Bedrohung kam von einer primitiven Konzeption der Demokratie, der der Bolschewiken, die er bereits zu einer Parlamentarisierung der sowjetischen Institutionen über-

¹¹⁾ Kelsen, Demokratie² 20.

gehen zu sehen glaubte. Doch die rasche Ausdehnung des Faschismus¹²⁾ sowie der wachsende Autoritarismus in Russland führten ihn schließlich zu einer komplexeren Anschauung.

Die Spuren dieses Prozesses kann man ganz deutlich in den – bereits im ersten Teil angesprochenen – Unterschieden zwischen den zwei Fassungen seines Textes mit dem Titel *Vom Wesen und Wert der Demokratie* erkennen. Als Kelsen die zweite Fassung seiner Schrift veröffentlicht, wird die parlamentarische Demokratie in Europa nicht mehr nur von der Diktatur des Proletariats in Frage gestellt, sondern auch vom Faschismus, der sich ab 1922 ausbreitet. Die theoretischen Grundlagen seiner Anschauung der Demokratie ändern sich nicht, dafür kann man jedoch eine sehr wichtige Modifizierung der politischen Perspektive erkennen: Aufgrund seines realistischen Ansatzes hatte er vor allem die individuelle Freiheit als unrealisierbar hingestellt, nun aber, im Jahr 1929, wird die gesamte demokratische Ideologie in Frage gestellt – insofern sie eine Wirklichkeit beschönigt, die im Grunde nicht ohne Herrschaft und Befehle auskommt.

Aus der Sicht seines politischen Engagements kann man den Text von 1920 als eine Diskussion mit den Bolschewiken lesen (und ihren Verbündeten vom linken Flügel der westlichen Sozialdemokratien wie zum Beispiel Max Adler), und zwar innerhalb eines Prozesses der Transformation, in dem er, wie übrigens auch in seinen Texten über den Marxismus, einen sozialdemokratischen Standpunkt einnimmt, wobei er, wie ich meiner bereits erwähnten Studie zu zeigen versucht habe, Analysen von Autoren wie Karl Kautsky, Eduard Bernstein oder auch Karl Renner übernimmt (sowie von heute viel weniger bekannten Autoren wie Heinrich Cunow). Diese Optik führt ihn dazu, vor allem die repräsentative Demokratie zu verteidigen, wobei er jedoch immer bestrebt ist, seine Treue zum Geist der direkten Demokratie zum Ausdruck kommen zu lassen. Einzig und allein die Entwicklung der gesellschaftlichen Welt, die eine direkte Praxis der Beschlussfassung unmöglich macht, rechtfertigt ein repräsentatives System, das im Widerspruch zum Geist der Demokratie steht. Kelsen vertritt 1920 dennoch die Auffassung, dass die Repräsentation eine Fälschung darstellt und behauptet folglich, dass die reine Demokratie die direkte Demokratie ist.

Der Wandel in seinem Denken beginnt mit zwei Texten, einem über das Problem des Parlamentarismus, einem anderen über die Soziologie der Demokratie. Sie sind tiefer, als man anhand der direkten Bezugnahmen und Verweise vermuten könnte, und von der Diskussion über die intellektuellen Grundlagen des Parlamentarismus und seine Krisen geprägt, die Carl Schmitt mit seinem Text im Jahr 1923 eröffnet hatte. Die Konsequenzen dieser realistischen Anschauung – Kelsen interessiert sich damals für die Arbeiten von Autoren wie Vilfredo Pareto oder Robert Michels – werden ihn veranlassen,

¹²⁾ Der neue Essay *Kelsens* steht nicht nur in einem neuen Kontext. Er integriert auch eine Reihe von Reflexionen über die Psychoanalyse, den Parlamentarismus und die Soziologie der Demokratie, die er zwischen den zwei Auflagen publiziert hat. Manche Autoren wie Robert *Michels* nehmen in seiner Rekonstruktion des Politischen einen wichtigeren Platz ein. Zum allgemeinen Rahmen, siehe *Herrera*, *Théorie*.

die Idee des Kompromisses ins Zentrum seiner Konzeption zu rücken. Doch die sozialdemokratische Idee, der zufolge der Kompromiss – in letzter Instanz der zwischen Kapital und Arbeit – in dem Konflikt der beiden Klassen eine mögliche Lösung darstellt, bleibt bei ihm zentral, und so gesehen erscheint der Parlamentarismus als ein Weg, der zu einer sozialen Umwandlung führt, zumal Kelsen angesichts des aufkommenden Faschismus die Meinung vertritt, dass der Kapitalismus (zumindest derjenige der freien Initiative) zum Tod verurteilt ist.

Gewiss wird der Pessimismus stärker und stärker. Zunächst, weil er denkt, dass das Proletariat – im Unterschied zur Stellung der Bourgeoisie im neunzehnten Jahrhundert – nicht die Möglichkeit hat, eine Regierungselite zu bilden, die das bürgerliche Personal ersetzt, wodurch diese Umwandlung noch schwieriger wird. Zum anderen, weil aufgrund der seelischen Struktur des Menschen und der Rolle des Vaterbildes in der Wahrnehmung der Autorität die dauerhafte Übernahme der Demokratie sehr schwierig sein wird. Er denkt dennoch, dass die Entwicklung der Welt – mit der zunehmenden Spezialisierung und Arbeitsteilung – dazu beitragen wird, den Herrschaftsinstinkt, auf dem in letzter Instanz die Autokratie beruht, strukturell zu mäßigen. Er spricht zwar weiterhin in schwärmerischem Ton von der ewigen Freiheit des Menschen, aber letztlich sieht er die Möglichkeit der Demokratie in der Eigenentwicklung der politischen Formen.

Eine Reflexion über die Diktatur der Partei aus der Mitte der dreißiger Jahre ist dann der Text, der gewissermaßen den Übergang zwischen den zwei Perioden seines politischen Engagements ermöglicht. Er ist zwar durchaus bereit, in der Diktatur der Partei die aktuelle Form der Autokratie zu sehen und damit ein Modell, das sich anwenden lässt, um sowohl das Experiment im nationalsozialistischen Deutschland als auch das in der stalinistischen Sowjetunion zu erklären, lehnt aber die These des Totalitarismus ab, die damals langsam an Boden gewinnt. In der Diskussion nach der Lektüre seines Textes in Paris beantwortet Kelsen eine Frage von Boris Mirkine-Guetzevitch und macht dabei klar, dass in seinen Augen die faschistische Diktatur bürgerlichen Charakters ist und sich dadurch immer vom sowjetischen Experiment unterscheiden lässt.¹³⁾

Die große Demarkationslinie, und zwar immer noch aus historischer Sicht, im Denken und vor allem im Engagement Kelsens wird natürlich – es war nicht anders zu erwarten – vom Zweiten Weltkrieg gezogen. Der Untergang des Faschismus und der Fortbestand des Stalinismus veranlassen ihn zu der Behauptung, dass der Kommunismus der mächtigste Feind der Demokratie ist, denn er gibt vor, ein System zu übernehmen wie dasjenige, das neunzehnhundert sechsunddreißig von der sowjetischen Verfassung eingeführt wurde, ein System, das noch demokratischer ist als die repräsentativen Institutionen und eher auf der (materiellen) Gleichheit beruht als auf der Freiheit oder, was auf dasselbe hinausläuft, eher auf dem Qualitativen – also eine ökonomische

¹³⁾ *Kelsen, La dictature.*

und soziale Demokratie – als auf dem Quantitativen – den Stimmen der Wähler, die sich bei freien Wahlen ausdrücken.

Dieser politische Perspektivenwechsel ist natürlich auch in seiner Theorie des Völkerrechts spürbar, vor allem nach dem Beginn des Kalten Krieges. Sein Antisowjetismus war zwar durchaus real, aber er ist nicht die alleinige Ursache für die Modifikation seiner politischen Theorie in der Zeit zwischen 1945 und 1955, mag das auch immer wieder behauptet werden. Mir scheint es jedenfalls zutreffender, diese Modifikation mit dem Stellenwert in Verbindung zu bringen, den nunmehr die öffentlichen Freiheiten in seiner Theorie der Demokratie einnehmen. Dieser Stellenwert veranlasst ihn auch dazu, sein Urteil über die liberale Tradition zu nuancieren.

In seinen Schriften aus den zwanziger Jahren erscheinen die Rechte und Freiheiten in seiner Definition der Demokratie als in doppelter Hinsicht sekundär. Zum einen, weil sich in einer derartigen Forderung die Idee der individuellen Freiheit verbarg, die seiner Ansicht nach verurteilt oder unrealisierbar war. Aber zum andern deshalb, weil die möglichen Verletzungen der Rechte und Freiheiten nur in einem demokratischen System stattfinden konnten – das heißt eher von einer Mehrheit verübt werden als von einer Minderheit oder einem Autokraten. Folglich liegen die institutionellen Umsetzungen oder, genauer gesagt, die politische Tragweite dieser Verletzungen weniger in einem Arsenal individueller Garantien als in der Anerkennung eines Rechts der Minderheiten, das wenigstens auf der Ebene der Verfassung als eine bessere Garantie der individuellen Freiheit fungieren würde (rufen wir in Erinnerung, dass sich Kelsen im Rahmen eines Systems der Verfassungsgerichtsbarkeit wie demjenigen, das er schließlich für die österreichische Verfassung von 1920 befürwortet hatte, gegen die Einführung einer Klage auf Verfassungswidrigkeit von Seiten von Privatpersonen ausgesprochen hat).

Aufgrund seiner Erfahrung mit den Autoritarismen der Zwischenkriegszeit wird er dann die Perspektive modifizieren. Kelsen insistiert nunmehr nachdrücklicher auf der Tatsache, dass es eine Reihe von öffentlichen Freiheiten gibt, die untrennbar mit der Demokratie verbunden sind und dadurch den Machtbefugnissen der Mehrheiten eine Grenze setzen. Diese Freiheiten sind die Religionsfreiheit, die Meinungsfreiheit, die Pressefreiheit und vor allem die Freiheit der Wissenschaft. Also Freiheiten, die die intellektuelle Autonomie des Individuums leiten und schützen und gewissermaßen die Vorbedingung seiner politischen Autonomie sind.

Dennoch bleibt immer eine Spannung zwischen Liberalismus und Demokratie bestehen. Kelsen scheint jetzt durchaus bereit zu sein, in den westlichen Staaten eine Form der historischen Koinzidenz zu sehen, doch bei der Definition der Demokratie hat immer noch die formale Entscheidungsmethode Vorrang. Vor allem gibt es keine Äquivalenz zwischen dem wirtschaftlichen Liberalismus und dem politischen Liberalismus. Deshalb vertritt er gegen die Theorien von Hayek und anderen weiterhin die These, dass die Demokratie ein

System ist, das mit jedem beliebigen wirtschaftlichen System vereinbar und folglich keineswegs das Wesensmerkmal des Kapitalismus ist.¹⁴⁾

Kelsens politische Reflexion ist, wie man nun sieht, keine bloße Kritik der Ideologien auf dem Gebiet der Rechtslehre, die sich ebenfalls beinahe unfreiwillig aus seiner wissenschaftstheoretischen Konzeption ergeben würde. Worin besteht also die Originalität Kelsens in der Geschichte der politischen Philosophie des zwanzigsten Jahrhunderts? Ich würde sagen, sie liegt auf begrifflicher Ebene in der Art und Weise, wie er seinen anthropologischen Pessimismus mit seiner Verteidigung der Demokratie kombiniert.¹⁵⁾ Hier liegt jedenfalls der Knotenpunkt, die zentrale Spannung seiner Theorie.

Der Sockel seiner politischen Konzeption wird von einer richtiggehenden Weltanschauung gebildet, in der auch die Anthropologie ihren Platz besitzt. Gelegentlich weist er auch darauf hin, dass die gesellschaftlichen Einrichtungen die Natur des Menschen berücksichtigen sollen, „die auch die gesellschaftlichen Gebilde bestimmen“¹⁶⁾. Kelsen will sich hier, ohne einen „reinen“ Ansatz aufzugeben, auf die Psychoanalyse stützen, die in seinem theoretischen Dispositiv als Analyse der sozialen Beziehungen fungiert, die dadurch auf ihre psychischen Bestandteile reduziert werden, da das Soziale für ihn immer nur individuell denkbar ist. Wenn Kelsen sagt, dass die menschliche Natur durch einen „angeborenen Aggressionsinstinkt“ bedingt ist, so will er nicht ein metaphysisches oder theologisches Postulat aufstellen, sondern eine Feststellung machen, ein „wissenschaftliches“ Resultat anführen. Und die Psychoanalyse zeigt vor allem, dass der Mensch ein Konfliktwesen ist, das die gesellschaftliche Ordnung gefährden kann, wenn es nicht kontrolliert wird. Die Lehre der Psychoanalyse bleibt nicht auf eine beschreibende Ebene beschränkt. Die psychische Realität des Menschen liefert jedenfalls auch den Schlüssel für eine mögliche Veränderung dieser Ordnung: „Sicherlich darf man den Unterschied nicht übersehen, der zwischen einer der Willkür des Menschen völlig entzogenen, natürlichen Entwicklung und dem technischen Fortschritt gesellschaftlicher Institutionen besteht, die dem Geist und der Tat des Menschen ihre Entstehung verdanken. Aber dieser Unterschied ist nicht so groß, als daß nicht auch der gesellschaftliche Fortschritt einem immanenten Gesetz unterworfen wäre, das der Natur des Menschen und sohin der menschlichen Natur der sozi-

¹⁴⁾ *Herrera*, Kelsen et le libéralisme 37–68.

¹⁵⁾ Diese begriffliche Originalität erstreckt sich auch auf die Lektüre der drei Denker, die für seine Konzeption der Demokratie zentral sind, nämlich *Rousseau*, *Max Weber* und *Sigmund Freud*. Von dem Bürger von Genf will *Kelsen* insbesondere in seinen frühen Arbeiten die demokratische Radikalität des Gesellschaftsvertrags übernehmen, um die Institutionen der repräsentativen Demokratie zu denken und zu legitimieren. Zur selben Zeit liest er die Soziologie von *Max Weber* und vor allem dessen Analysen über die Bürokratie und den Staat, und zwar nicht nur als eine Beschreibung der Wirklichkeit, sondern als eine politische Philosophie. Schließlich wird er noch vor *Freud* die Prinzipien der Psychoanalyse auf das sowjetische Experiment anwenden, wobei er die Resultate der Tiefenpsychologie als wissenschaftliches Fundament seiner Anthropologie einsetzt.

¹⁶⁾ *Kelsen*, Technik 246.

alen Einrichtungen entspringt“.¹⁷⁾ Aber es stimmt auch, dass jede Zivilisation durch die Unterdrückung und Verdrängung der menschlichen Triebe Fortschritte macht. Und die Psychoanalyse lehrt auch, dass der Mensch in dem Maß, in dem er die Herrschaft verinnerlicht, politische Veränderungen im System erzeugen kann. Deshalb schreibt Kelsen, dass die Demokratie eine Art Psychodrama erlaubt, eine Katharsis der Leidenschaften, indem sie ihren politischen Ausdruck ermöglicht, während die Autokratie die politischen Präferenzen unterdrückt und dadurch eine Neigung zur Gewalt und zur Revolution verstärkt. Der Unterschied zwischen Demokratie und Autokratie liegt nun nicht mehr in einem Willen zur Macht, der in der Demokratie nicht oder nur in geringerem Ausmaß existieren würde, sondern in einer nicht konzentrierten, aufgesplitterten Machtverteilung, die die Autorität erträglicher werden lässt.

Dieser anthropologische Sockel erklärt, warum Kelsen, mag er auch in der Freiheit das „ewige Streben des Menschen“ sehen, in der Herrschaft das „grundlegende Problem“ des Politischen sieht. Herrschaft ist hier nicht gleichbedeutend mit Knechtschaft und noch weniger mit Rechtlosigkeit. Diese Hervorhebung der Herrschaft entfernt den österreichischen Juristen nicht vom Begriff des Rechts, ist doch „eine Herrschaftsrelation nur in der Norm der Sollordnung denkbar“. Und man darf auch nicht vergessen, „dass diese Äußerung der Gewalt nur als Norm die Funktion der Unterwerfung, Herrschaft hat“.¹⁸⁾ Doch dieses System erlaubt bestenfalls die größtmögliche Demokratisierung der Herrschaft, aber keineswegs deren Abschaffung. Das heißt, dass sie für die, die ihr unterworfen sind, erträglicher wird.

Literaturverzeichnis

- Carlos Miguel *Herrera*, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen* (Paris 1997)
 Carlos Miguel *Herrera*, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction* (Québec 2004)
 Carlos Miguel *Herrera*, *Science et politique chez Hans Kelsen*, in: Olivier *Jouanjan* (Hrsg.), *Hans Kelsen, forme du droit et politique de l'autonomie* (Paris 2010) 99–133
 Carlos Miguel *Herrera*, *Kelsen et Schmitt, à travers Rousseau*, in: Carlos Miguel *Herrera* (Hrsg.), *Rousseau chez les juristes. Histoire d'une référence philosophico-politique dans la pensée juridique* (Paris 2013) 61–82
 Carlos Miguel *Herrera*, *Kelsen et le libéralisme*, in: Carlos Miguel *Herrera* (Hrsg.), *Le droit, le politique. Autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt* (Paris 1995) 37–68
 Hans *Kelsen*, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Tübingen 1920)
 Hans *Kelsen*, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*² (Tübingen 1929)
 Hans *Kelsen*, *Allgemeine Staatslehre* (Berlin 1925)
 Hans *Kelsen*, *Die Technik des Völkerrechts und die Organisation des Friedens*, in: *ZÖR* 14 (1934) 240–255
 Hans *Kelsen*, *La dictature du parti*, in: *Annuaire de l'Institut International de Droit Public* (Paris 1935) 23–40

¹⁷⁾ *Kelsen*, *Technik* 245–246.

¹⁸⁾ *Kelsen*, *Staatslehre* 99.

-
- Hans *Kelsen*, The Law as Specific Social Technique, in: The University of Chicago Law Review (1941) 75–97
- Hans *Kelsen*, Foundations of Democracy, in: Ethics 66 (1955) 1–101
- Hans *Kelsen*, What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science (Berkeley 1971)

Ewald Wiederin, Wien

Hans Kelsen als praktischer Verfassungsrechtler

I.

Das Programm dieses Kongresses stellt es eindrucksvoll unter Beweis: Hans Kelsen hat in vielen Wissenschaften Hervorragendes geleistet, in den Politikwissenschaften ebenso wie in der Philosophie und Soziologie. Dennoch gibt es keinen Zweifel, dass im Zentrum seines Werkes die Rechtswissenschaften stehen. Ein Blick auf die rechtswissenschaftlichen Beiträge macht ähnlich schnell klar, dass es die Beschäftigung mit dem Recht an sich ist, die ihn fesselt, und nicht das Interesse an bestimmten Zweigen der Rechtsordnung. Dementsprechend hat Kelsen sich vor allem als Rechtstheoretiker einen Namen gemacht. Er war aber auch als Rechtsdogmatiker und Rechtspraktiker aktiv: Gleich zwei Disziplinen, das Völkerrecht wie das Verfassungsrecht, betrachten ihn als einen der ihren, und es ist nicht leicht zu entscheiden, ob er als Völkerrechtler oder als Verfassungsrechtler bedeutsamer war. Meine Aufgabe besteht darin, das verfassungsrechtliche Werk vorzustellen, und ich will schon einleitend klarstellen, dass es mit einer Rolle wieder nicht getan ist, selbst dann nicht, wenn wir den Verfassungstheoretiker ausblenden und uns ganz auf den praktischen Verfassungsrechtler beschränken. Wenigstens drei Rollen müssen wir unterscheiden: den Verfassungskommentator, dem wir einen wichtigen Kommentar zur österreichischen Bundesverfassung 1920 verdanken, den Verfassungslegisten, der als der Schöpfer dieser Bundesverfassung gilt, und den Verfassungsrichter, der am Verfassungsgerichtshof zehn Jahre lang ständiger Referent war. Diese Rollen hat Kelsen getrennt, weit strikter als andere, so wie er auch die Wissenschaftsdisziplinen strikt getrennt hat, ohne sich auf eine zu beschränken. Sieht man näher hin, springen jedoch Verbindungen und Beeinflussungen ins Auge. Um diese Wechselwirkungen nachzuzeichnen, gehe ich biographisch vor und stelle in chronologischer Reihenfolge dar, wo und wie sich Kelsen mit praktischen Fragen des Verfassungsrechts beschäftigt hat. Die Phase beginnt gegen 1905 und dauert 25 Jahre lang an, dann gibt es einen jähen und radikalen Bruch: Ende 1930 Kelsen tritt in Köln eine Professur für Völkerrecht an und wendet sich damit von Österreich und seiner Verfassung ab.

II.

Am Anfang seiner Karriere beschäftigte sich Kelsen intensiv mit dem Wahlrecht. In seiner zweiten Arbeit, einem 1906 erschienen Aufsatz,¹⁾ war Thema, ob dem Wähler Rechtsmittel dagegen zur Verfügung stehen, dass er zu Un-

¹⁾ *Kelsen*, Wählerlisten.

recht nicht zur Wahl zugelassen wird oder dass andere Wähler rechtswidrigerweise daran teilnehmen dürfen. Die Studie ist rechtsvergleichend und historisch angelegt: Kelsen schildert, welche Methoden sich die Staaten bedienen, um die Wählerlisten zu erstellen und sie überprüfen zu lassen, und er vergleicht die Reformpläne der Regierung mit den bestehenden Regelungen. Beides dient dazu, Schlussfolgerungen abzustützen, die rechtspolitischer Natur sind: Kelsen störte, dass das Reklamationsverfahren nicht weit genug geht, und er plädierte für eine Ausgestaltung, die es jedem Wähler ermöglicht, jede objektive unrichtige Eintragung korrigieren zu lassen, unabhängig davon, wen sie betrifft.

1907 folgte Kelsens zweite wahlrechtliche Schrift, ein Kommentar zur soeben erlassenen Wahlordnung zum Reichsrat, die das allgemeine Männerwahlrecht brachte.²⁾ Der Erscheinungstermin war so gelegt, dass das Werk noch vor dem ersten Wahlgang, der nach den neuen Regelungen erfolgte, am Markt war. Kelsen bediente sich also einer Methode, zu der junge Leute gerne greifen, wenn sie ihren Namen bekannt machen wollen: Man suche ein junges Gesetz, an dem niemand vorbeigehen kann, und verfasse zu ihm einen Kommentar, der vor allen anderen Arbeiten verfügbar ist. Diese Rechnung geht in aller Regel auf; sie war aber damals nicht weniger riskant als heute, weil es vom Inhalt abhängt, ob der Name des Autors in positiver oder negativer Erinnerung bleibt, die Produktionsbedingungen solcher Werke ihrer Qualität jedoch abträglich sind. Den Zeitdruck sieht man auch dem Kelsen-Kommentar an: Die Bearbeitungstiefe ist wenig homogen, und die rechtsvergleichende Dimension ist, wofür sich der Autor entschuldigt,³⁾ nahezu komplett entfallen. Dennoch markiert der Kommentar in der damaligen wahlrechtlichen Literatur einen Meilenstein. Zwei Eigenschaften zeichnen ihn aus: Zum einen hält sich Kelsen mit politischen Bewertungen sehr zurück und versichert schon im Vorwort, „dass des ihm redliches Bemühen war, sine ira et studio, zwischen den kämpfenden Parteien hindurch den Weg zum objektiven Rechte zu finden“.⁴⁾ Zum anderen fällt ein Interesse für wahltechnische Fragestellungen auf, das auf die Einsicht zurückgeht, dass hinter jeder Wahl eine Infrastruktur steht, dass das Volk ein Verfahren braucht, um sich zu artikulieren, dass mit anderen Worten die Demokratie eine sehr technische Angelegenheit darstellt, zu deren Verständnis die Staatsphilosophie allein nicht genügt.

Die Beschäftigung mit dem Wahlrecht war für Kelsen eine glückliche Fügung, weil er dabei mit grundlegenden Problemen konfrontiert war: Schon im ersten Aufsatz hatte ihn die Doppelstellung des Wählers als Bürger und als Staatsorgan fasziniert, hatte ihn das Nebeneinander von Wahlrecht und Wahlpflicht gestört, hatte ihn der Dualismus von subjektivem und objektivem Recht irritiert, hatte er die Verfahrensabhängigkeit aller staatlichen Entscheidungen

²⁾ *Kelsen*, Reichsratswahlordnung.

³⁾ *Kelsen*, Reichsratswahlordnung V = HKW 1, 336: „Die ursprüngliche Absicht des Verfassers, vorliegende Arbeit auf einer rechtsvergleichenden Basis breitesten Stils aufzubauen, musste Zeitmangels halber auf ein Minimum reduziert werden, da das Buch noch vor Einleitung des Wahlverfahrens zum neuen Reichsrat erscheinen sollte.“

⁴⁾ *Kelsen*, Reichsratswahlordnung IV = HKW 1, 335.

erkannt. Die Idee, sich den Hauptproblemen der Staatsrechtslehre zu stellen, ist wohl aus den wahlrechtlichen Forschungen heraus entstanden.

Mit der Habilitationsschrift⁵⁾ ging jedoch eine Akzentverlagerung in Richtung Rechtstheorie einher: Ob der Beschäftigung mit dem positiven Recht an sich trat das Interesse am konkreten positiven Recht in den Hintergrund. Gesetzesbegriff, Staatsunrecht, Rechtseinheit standen fortan im Zentrum, das geltende Verfassungsrecht war nur Anschauungsmaterial. Ein einziger Aufsatz ist einem konkreten Auslegungsproblem gewidmet: 1913 verfasste er eine Glosse⁶⁾ von beißender Schärfe, mit glasklarer Argumentationsführung und einer Kritik, die so vernichtend war, dass die kritisierte Entscheidung in der Folge vom Verwaltungsgerichtshof nicht einmal veröffentlicht worden ist. Kurzum: Die Arbeit ist ein kleines Juwel. Kelsen hingegen dürfte ihr offenbar keinen wissenschaftlichen Wert beigemessen haben, denn er hat sie anonym in einer Tageszeitung veröffentlicht.

III.

Die Entfernung vom praktischen Verfassungsrecht endete jedoch mit dem Zusammenbruch der Monarchie. Kelsen hatte sich in der Zwischenzeit nicht nur als Wissenschaftler einen Namen gemacht, sondern sich auch als Militärjurist versiert gezeigt, zuletzt als juristischer Berater des Kriegsministers. Dass er Demokrat war und der Sozialdemokratie nahe stand, war in diesem Moment ebenfalls kein Nachteil. Staatskanzler Karl Renner verpflichtete ihn als Konsulenten für die Staatskanzlei und betraute ihn mit der Aufgabe, einen Verfassungsentwurf zu erstellen. Kelsen hatte für diese Aufgabe weitgehend freie Hand, nur die Leitlinien waren durch Renner vorgegeben. Von Mai bis Herbst 1919 erstellte er sechs Entwürfe, die einander sehr ähnlich waren, und er stand sodann Michael Mayr, der ab Oktober als Staatssekretär für die Verfassungsarbeiten zuständig war, als Berater zur Seite. In der Folge war er wie Renner, Seipel und Mayr Mitglied einer koalitionsären Arbeitsgruppe, die die Verfassungsarbeiten vorantreiben und die verbliebenen Gegensätze überbrücken sollte. Nach dem Scheitern der Koalition verlagerten sich die Verfassungsberatungen in die Konstituierende Nationalversammlung, der im Laufe des Sommers 1920 die Einigung auf eine neue Verfassung gelang. Auch dort nahm Kelsen an allen Beratungen als Experte teil. Er war also vom Anfang bis zum Ende in die Redaktion des Textes eingebunden, das B-VG trägt stark seine Handschrift.

1. Kelsen legte mit seiner Gliederung, die all seine Entwürfe teilen, die Struktur der Verfassung fest. Die meisten Gegenentwürfe übernahmen diese Struktur, Gliederungsalternativen spielten kaum eine Rolle. Für diese notorisch unterschätzte Ebene hat sich sonst niemand interessiert – mit einer Ausnahme: Renner nahm im Renner-Mayr-Entwurf Ergänzungen vor, die Verbesserungen

⁵⁾ *Kelsen*, Hauptprobleme.

⁶⁾ *Kelsen*, Verwaltungskommission.

gebracht hätten.⁷⁾ Nachdem mit dem Linzer Entwurf aber ein Kelsen-Entwurf den parlamentarischen Beratungen als Grundlage diente, hinterließ das in der Verfassung keine Spuren.⁸⁾

Diese Gliederung ist im Übrigen ausgesprochen konventionell, und dort, so sie originell ist, sind ihre Schwächen nicht zu übersehen. Der Rechnungskontrolle ein eigenes Hauptstück zu widmen, geht in Richtung Anerkennung einer vierten Gewalt, die die im Übrigen strukturgebende Unterscheidung zwischen Gesetzgebung und Vollziehung sprengt. Vergleichbares gilt für das berühmte Sechste Hauptstück mit den „Garantien der Verfassung und Verwaltung“: Es ist aus dem Abschnitt über die Gerichtsbarkeit, in dem es nach der Grundstruktur des B-VG rangieren hätte müssen, ausgekoppelt, und seine Bezeichnung⁹⁾ liegt deshalb schief, weil hier mit den Garantien der Verfassung der Maßstab, dort mit den Garantien der Verwaltung der Gegenstand der Kontrolle in die Überschrift gerutscht ist.

2. Mit den Formulierungen gab Kelsen der Verfassung auch den Grundton, auf den sie gestimmt ist. Die Textierung ist nüchtern, Beschwörungen des Guten, Wahren und Schönen sind vermieden, die Form folgt der Funktion. Was man aus der Monarchie gut übernehmen konnte, ist übernommen, ohne sich sklavisch an die Formulierungen zu halten, und die konservative Gliederung sorgt dafür, dass die fundamentalen Schnitte –Trennung zwischen Bund und Ländern, zwischen Gesetzgebung und Vollziehung, zwischen Verwaltung und Gerichtsbarkeit – transparent und nachvollziehbar sind.

3. Seinen Einfluss auf den Inhalt dürfen wir gewiss nicht überbewerten. Als Redaktor hatte Kelsen von Beginn an den Auftrag, bestimmte Vorgaben umzusetzen und die Entwürfe an zwischenzeitig erzielte politische Vereinbarungen anzupassen. Das B-VG ist keine Kelsen-Verfassung in dem Sinn, dass er am Reißbrett die Ideen entwickelt und die politischen Kräfte jeglicher Couleur begeistert zugestimmt hätten. Diese Selbstverständlichkeit darf indes auch nicht zu Unterschätzungen verleiten: Die revolutionäre Konzeption der Verordnungsprüfung ging auf Kelsen zurück, bei der Bestimmungen des Verhältnisses zwischen Gesetz und Verordnung, seit jeher eines seiner Lieblingsthemen, stellte er die Weichen, und in den Beratungen im Unterausschuss des Verfassungsausschusses war er nicht selten mit Kompromissangeboten zur Stelle, wo die Gräben zwischen den politischen Lagern unüberbrückbar schie-

⁷⁾ Vgl. den Abdruck bei *Ermacora*, Quellen 193–258. Beachtenswert ist insbesondere die Einfügung eines 5. Hauptstücks über die Gemeinde sowie die Veränderungen im 1. Hauptstück („Die grundlegenden Einrichtungen Österreichs“ anstatt „Allgemeinen Bestimmungen“, weitere Untergliederung in die Abschnitte „Der Bund. Das Bundesgebiet und das Bundesvolk“, „Von der öffentlichen Gewalt in der Republik“, „Die Verteilung der Gesetzgebungs- und Vollzugsgewalt“ sowie „Die Hoheitszeichen der Republik“).

⁸⁾ Erst fast 90 Jahre später wurde dem B-VG durch die Novelle BGBl I 2008/2 ein 5. Hauptstück über die Selbstverwaltung eingefügt.

⁹⁾ Sie könnte von *Georg Jellinek* beeinflusst gewesen sein, der das letzte Kapitel seiner Staatslehre mit „Garantien des öffentlichen Rechtes“ überschrieben hat (*Jellinek*, Staatslehre 788).

nen. Sein Vorschlag über die Zusammensetzung des Bundesrates,¹⁰⁾ der im Streit um die paritätische oder die proportionaler Beteiligung der Länder in der zweiten Kammer einen für alle akzeptablen Mittelweg bot, sei als ein Beispiel für viele erwähnt.

IV.

Mit der Arbeit an der neuen Verfassung wandte sich Kelsen wieder stärker dem Verfassungsrecht zu. Wieder war der Kommentar die bevorzugte literarische Gattung, und wieder bestand seine Methode darin, die neuen Verfassungsgesetze, für die sich alle interessierten, so rasch wie möglich zu bearbeiten. Vier Bände zur provisorischen Verfassung¹¹⁾ brachte er heraus, die die Verfassungsgesetze der jungen Republik samt Kommentar enthielten und die wiederum rasch auf den Markt kamen. Anfangs waren die Erläuterungen der Sache nach ein Zwiegespräch mit Renner, der die provisorische Verfassung im Alleingang konzipiert hatte. Kelsen war bemüht, historische Anschlüsse herzustellen, die neuen Weichenstellungen zu erläutern, aber auch, Brüche und Inkonsistenzen aufzuzeigen. Dort, wo wie etwa beim Verfassungsgerichtshofgesetz er selbst den Text formuliert hatte, beschränkte er sich darauf, den offiziellen, von ihm selbst verfassten Motivenbericht abzdrukken. Auch bei den anderen Kommentierungen hat man mitunter den Eindruck, dass sie die offiziellen Erläuterungen ersetzen sollten, für deren Formulierung vielfach keine Zeit mehr geblieben war.

Nach Verabschiedung des B-VG 1920 war Kelsen naturgemäß der Mann, der für die neue Bundesverfassung stand und mit ihr bestens vertraut war. Wiederum legte er rasch, diesmal nicht allein, einen Kommentarband vor, der mit einer historischen Einleitung beginnt und sodann die Bestimmungen artikelweise erläutert. Regelmäßig werden die Vorbilder benannt, mitunter werden auch signifikante Veränderungen während der parlamentarischen Beratungen geschildert. Ansonsten versuchen sich die Erläuterungen auf das zu beschränken, was von einem juristischen Standpunkt zu sagen ist. Mitunter ist das wenig. So manchem Artikel, etwa jenem über die feierliche Deklaration Österreichs als demokratischer Republik an der Spitze der Verfassung, wird beschieden, keinen relevanten Inhalt zu haben und sogar widersprüchlich zu sein.¹²⁾ Hier finden die Kontroversen mit Renner über die Funktion von Selbstbeschreibungen der Verfassung ihre literarische Fortsetzung.¹³⁾ Anson-

¹⁰⁾ *Ermacora*, Quellen 308.

¹¹⁾ *Kelsen*, Verfassungsgesetze, Teile 1 bis 4.

¹²⁾ *Kelsen/Froehlich/Merkl*, Bundesverfassung 65 f.

¹³⁾ Die Gegenposition Renners kommt in den von ihm verfassten Erläuterungen zum *Renner-Mayr*-Entwurf zum Ausdruck. Dort heißt es etwa zu dem in Artikel 1 enthaltenen Satz „Österreich ist eine demokratische Republik“ (*Ermacora*, Quellen 245): „Dieser Satz ist nicht bloß beschreibend, sondern auch Rechtssatz, es gibt in der Verfassung keine Gewalt, und es darf keine geben, die nicht vom Volke eingesetzt ist, sei es direkt durch Volkswahl oder indirekt im Wege der Bestellung durch gewählte Volksvertreter.“

ten sind wichtige Konsequenzen der Regelungen explizit gemacht und dort, wo die Regelungen vage sind, die verschiedenen Deutungsvarianten samt ihren Implikationen extrapoliert. Klare Entscheidungen für die eine oder die andere Variante haben hingegen Seltenheitswert.

Noch zurückhaltender, um nicht zu sagen dürre ist es um Kelsens Lehrbuch bestellt, das 1923 erschienen ist.¹⁴⁾ Die erste Überraschung besteht darin, dass es nicht „Verfassungsrecht“ im Titel trägt, sondern mit „Österreichisches Staatsrecht“ überschrieben ist; die zweite darin, dass es dem Untertitel zufolge eine entwicklungsgeschichtliche Darstellung bringt und gerade nicht einer strikt juristischen Perspektive verpflichtet ist; die dritte darin, dass es sich auf einem Drittel seines Umfangs mit der verflorenen Monarchie und auf einem weiteren Drittel mit der provisorischen Verfassung beschäftigt; die vierte schließlich darin, dass es sich in Exzerpten der Verfassungstexte und der Aufzählung historischer Eckdaten erschöpft. Das Ergebnis ist über weite Strecken farblos, dem fortgeschrittenen Leser unzumutbar, für den Anfänger didaktisch unbrauchbar. Im letzten Drittel des Buches löst sich Kelsen hingegen stärker von der „streng quellenmäßigen“ Darstellung, die er in der Vorrede propagiert,¹⁵⁾ indem er die Grundstrukturen der Verfassung mit eigenen Worten erläutert, indem er Fragen anspricht, auf die kein bestimmter Verfassungsartikel die Antwort gibt, und indem er reflektiert, was die Handlungsoptionen bestimmter Organe politisch bedeuten. In den Ausführungen zur neuen Bundesverfassung gelangt er so über Gesetzkunde hinaus.

Anderes Format weisen seine Berichte über die österreichische Verfassungsentwicklung auf, die im Jahrbuch für das öffentliche Recht der Gegenwart erschienen sind.¹⁶⁾ Sie geben dem fachkundigen ausländischen Leser einen exzellenten Einblick in die Hintergründe und in die Implikationen der wichtigsten österreichischen Verfassungsänderungen, ohne allzu stark ins Detail zu gehen und ohne für bestimmte Strömungen Partei zu ergreifen. Selbst Bestimmungen wie jene über die Abberufung der auf Lebenszeit ernannten Verfassungsrichter, die seine eigene Lebensplanung empfindlich trafen, um nicht zu sagen über den Haufen warfen, sind mit nobler Zurückhaltung kommentiert.¹⁷⁾

V.

Hier der nüchterne Verfassungslegist, dort der zurückhaltende Verfassungskommentator: Im Vergleich zum rechtstheoretischen Oeuvre erscheint das verfassungsrechtliche Werk ziemlich blass, und die Auslegungslehre Kelsens gibt die Erklärung, weshalb es blass bleiben musste. Seit der Zwischenkriegszeit ist deshalb der Vorwurf zu hören, dass es bei Kelsen dort, wo Verfassungsdogmatik zu erwarten gewesen wäre, eine Leerstelle gibt. Sein Ausle-

¹⁴⁾ *Kelsen*, Staatsrecht.

¹⁵⁾ *Kelsen*, Staatsrecht V.

¹⁶⁾ *Kelsen*, Verfassung Österreichs; ferner *Kelsen*, Entwicklung.

¹⁷⁾ *Kelsen*, Verfassung Österreichs (1930) 158.

ungungsagnostizismus und seine Wissenschaftsethik hätten ihn dazu bewegt, mit dem Kommentieren dort aufzuhören, wo die Probleme beginnen.

Das ist richtig und falsch zugleich. Denn wir können einen völlig anderen Umgang mit dem Verfassungsrecht beobachten, wenn wir ihn in seiner Rolle als Verfassungsrichter betrachten. Kelsen hat den österreichischen Verfassungsgerichtshof nicht nur mitgestaltet, er hat die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht nur gegen die Anwürfe von Seiten Carl Schmitts und anderer Vertreter der deutschen Staatsrechtslehre verteidigt, er war auch Verfassungsrichter, und zwar in den entscheidenden Anfangsjahren der Institution. Kelsen gehörte dem Gerichtshof seit dem Jahr 1919 an, er wurde vom Nationalrat 1921 nach den Regeln der neuen Verfassung auf Lebenszeit in den Gerichtshof gewählt, er verlor aber infolge der Verfassungsnovelle 1929 seine Stellung. Über die Art und Weise, wie er sein Richteramt ausgeübt hat, wissen wir aufgrund einer Monographie Robert Walters sehr gut Bescheid.¹⁸⁾ Die Ergebnisse sind überraschend und strafen manches Vorurteil über den Positivismus Lügen: Der Verfassungskommentator und der Verfassungsrichter sind sich so ähnlich wie Tag und Nacht.

Als Verfassungsrichter war Kelsen von Anfang an mit der Funktion eines ständigen Referenten betraut. Schon dadurch, aber auch durch sein Wissen aus den Verfassungsberatungen, durch seine analytische Brillanz und durch seine Streitlust avancierte er bald zu einer der zentralen Figuren des Gerichts. Als Berichterstatter bot er Lösungen an, als Diskutant ergriff er Partei. Er hatte keine Scheu, mit seiner Stimme allein zu bleiben, aber das war selten der Fall, weil seine Argumente Kraft und sein Urteil Gewicht hatten. Die Zurückhaltung, die ihn als Kommentator kennzeichnet, war ihm als Richter völlig fremd. In den Erkenntnissen, die er verfasste, gibt es auf jedes Problem eine Lösung, deren Begründung knapp und oft apodiktisch ausfällt, die aber stets stringent ist.

Nicht weniger erstaunlich war sein methodischer Zugang. Auslegungsagnostizismus kannte Kelsen als Richter nicht, von engem Haften am Normtext gibt es keine Spuren. Er sah den Gerichtshof zur Rechtsfortbildung legitimiert an und verteidigte diese Funktion gegenüber seinen Kollegen. In den schwierigen Fällen argumentierte er regelmäßig systematisch und teleologisch, nicht mithilfe der Entstehungsgeschichte der Verfassung.

Ist er deshalb ein politischer Richter? Ja und nein. Ob die Entscheidung eines konkreten Falles politisch den Sozialdemokraten oder den Christlichsozialen nützte, war ihm sichtlich gleichgültig. Im Unterschied zu manchen seiner Kollegen kümmerten ihn die parteipolitischen Implikationen der Entscheidungen wenig, parteiisch war er in keiner Weise. Ob ein zur Prüfung stehendes Gesetz auf diese oder auf andere Weise zu interpretieren ist, war ihm ebenfalls egal, diese Frage wollte er zur Gänze den Fachgerichten überlassen und sich bei der Prüfung an deren Deutungen halten. Genuines Interesse hatte er jedoch am Prüfungsmaßstab, also an der Verfassung, und insoweit, diesen Rück-

¹⁸⁾ *Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter.

schluss lassen seine Entscheidungen wie sein sonstiges Verhalten als Richter zu, verfolgte er auch eine klare verfassungspolitische Agenda.

Bei der Bundesstaatlichkeit war ihm wichtig, den Gerichtshof als neutrale Schiedsinstanz zu positionieren, die unparteiisch über die Kompetenzverteilung wacht und jede Grenzüberschreitung durch Bund oder Land sanktioniert. Wie strikt er dabei vorging, zeigt ein von ihm konzipiertes Urteil, das ein Bundesgesetz über die Krankenversicherung für Land- und Forstarbeiter betraf.¹⁹⁾ Dieses Gesetz wurde aufgehoben, weil die damals fortgeltende Kompetenzverteilung der Dezemberverfassung 1867 eine solche Zuständigkeit der Zentrale nicht vorsah. Die Konsequenzen der Entscheidung waren fatal, nicht bloß das geprüfte Gesetz war als verfassungswidrig gebrandmarkt, sondern das gesamte Sozialversicherungssystem, das seit der Monarchie schrittweise aufgebaut worden war. Den Gerichtshof focht das nicht an. Seine Entscheidung bewog das Parlament, die Kompetenzverteilung der neuen Verfassung nach fünf Jahren endlich in Kraft zu setzen. Mit anderen Entscheidungen hingegen, die nicht korrigiert werden konnten, hat sich der Gerichtshof erbitterte Feinde gemacht.

Ähnlich kompromisslos war Kelsens Haltung in puncto Demokratie. In Wahlprüfungssachen trat er im Interesse der Demokratie für rigorose Prüfung ein.²⁰⁾ Dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung entnahm er einen Totalvorbehalt des Gesetzes und eine verfassungsrechtliche Verpflichtung des Parlaments, alle wesentlichen Fragen selbst zu entscheiden.²¹⁾ Auf derselben Linie lag die von ihm angestoßene Weigerung des Gerichtshofs, bei Eingriffen in wirtschaftliche Grundrechte nachzuprüfen, ob die Regelung im öffentlichen Interesse erforderlich ist.²²⁾ Dieses Urteil gilt heute als Beleg für Eigentums- und Grundrechtsfeindlichkeit; aus ihm spricht aber auch die Sorge um die junge Demokratie, die zum Scheitern verurteilt gewesen wäre, wenn die wirtschaftspolitischen Pläne der Sozialdemokraten den Verfassungsbogen überspannt hätten oder wenn ihre sozialpolitischen Erfolge durch Richterspruch rückabgewickelt worden wären.

Unter grundrechtlichen Auspizien verdient außerdem Erwähnung, dass das Zensurverbot und die Geschlechtergleichheit mit einer Schärfe exekutiert wurden, die manche Entscheidung noch heute als progressiv erscheinen lässt. Die Gewaltenteilung ist bei den Entscheidungen über Zuständigkeitskonflikte zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden Thema, und hier gelang es Kelsen, in Umkehrung einer früheren Entscheidung ein weites Verständnis des Kompetenzkonfliktes durchzusetzen.²³⁾ Das hat dem Gerichtshof schlussendlich das Genick gebrochen, weil die Anlassfälle brisanter kaum hätten sein können. Die Christlichsozialen weigerten sich beharrlich gegen die Einführung von Zivilehe und Ehescheidung. Das Eherecht bot jedoch der Verwaltungsbehörde die Möglichkeit, von Eehindernissen zu dispensieren, und manche Landeshauptleute machten davon auch für das Hindernis des bestehenden

¹⁹⁾ VfSlg 328/1924.

²⁰⁾ VfSlg 888/1927.

²¹⁾ VfSlg 176/1923.

²²⁾ VfSlg 1123/1928.

²³⁾ Eingehend *Neschwara*, Verfassungsrichter 366–374.

Ehebendes Gebrauch. Die konservativen Gerichte erkannten diese Entscheidungen allerdings nicht an und erklärten die Dispensehen für nichtig, mit dramatischen Folgen für die Beteiligten. Der Verfassungsgerichtshof reagierte darauf, indem er eine solche Entscheidung mit der Begründung kassierte, dass Gerichte die im Zuständigkeitsbereich der Verwaltung ergangenen Entscheidungen zu akzeptieren hätten, ohne sich auf deren Rechtmäßigkeit einzulassen.²⁴⁾ Juristisch steht diese Position auf schwachen Beinen. Kelsen war in dieser Causa der Referent, und er verteidigte in der Folge seine Entscheidung gegen literarische Kritik.²⁵⁾ Solche Konfusion der Rollen als Richter und als Wissenschaftler mag bei anderen üblich sein, bei Kelsen war sie zuvor noch nie zu beobachten gewesen. Das zeigt, wie sehr er die Sache persönlich nahm. Die Gegenseite tat das auch: Sie reagierte mit einer Verfassungsänderung, mit der alle Richter des Verfassungsgerichtshofes über Nacht ihres Amtes enthoben wurden. Das wiederum hat nicht nur Kelsen aus Österreich vertrieben, es hat ihn fortan auch dem Verfassungsrecht entfremdet.

VI.

Damit endet mein Bericht über den Verfassungskommentator, den Verfassungslegisten und den Verfassungsrichter Kelsen. Jede dieser Rollen legt er anders an, nur wer sie alle sieht und zusammen beurteilt, kann sich von Kelsen als praktischem Verfassungsjuristen ein vollständiges Bild machen. Dieses Bild zeigt, vielen Vorurteilen zuwider, einen kompletten Juristen, der all das tut, was Juristen immer schon getan haben, der aber seine Rolle als Rechtswissenschaftler enger anlegt, als dies nach der Tradition üblich ist.

Als Kommentator beschränkt er sich darauf, die Strukturen herauszuarbeiten und die Deutungsoptionen aufzuzeigen. Sein positivistisches Programm hat zur paradoxen Folge, dass er zum positiven Recht wenig zu sagen weiß. Daher läuft er ständig Gefahr, in jene Gesetzeskunde zurückzufallen, die Otto Mayer und Paul Laband eben erst überwunden hatten.

Als Legist ist Kelsen minimalistisch, nüchtern und phrasenabstinent, so traditionell wie nötig und so innovativ wie möglich. Thomas Olechowski hat ihn treffend als Architekten der Verfassung charakterisiert.²⁶⁾ Seine Verfassungsräume sind gut geschnitten und großzügig angelegt, sie verzichten auf Dekoration und lassen viele Nutzungsprofile und Möblierungsstile zu. Dieser Stil ist modern und zeitlos. In der Postmoderne ist er allerdings aus der Mode gekommen, weil in ihr es die Leute wieder gerne gemütlich haben.

Als Richter ist Kelsen aktiv und schöpferisch, stets einer Linie verpflichtet, einerlei, ob er evolutive Auslegung betreibt oder sich richterlicher Zurückhaltung verschreibt. Systematik und Teleologie sind ihm wichtiger als Wortlaut und Genese, und er stellt als Richter unter Beweis, dass er die traditionelle

²⁴⁾ VfSlg 878/1927.

²⁵⁾ *Kelsen*, Zum Begriff des Kompetenzkonfliktes; *Kelsen*, Der Begriff des Kompetenzkonfliktes.

²⁶⁾ *Olechowski*, Beitrag 228.

Jurisprudenz, die er als unwissenschaftlich betrachtet, immer noch besser beherrscht als die anderen. Seiner Überzeugung nach braucht man für diese Rolle jedoch ein Richteramt, ein Lehrstuhl legitimiert nicht dazu. Sein Schicksal als Richter zeigt zweierlei: Verfassungsrichter sind erstens dazu verdammt, Verfassungspolitik zu machen, das ist ihr unentrinnbares Schicksal, wie immer sie ihr Amt auch anlegen mögen. Zweitens sind auch sie nicht davor gefeit, mit ihrer Verfassungspolitik zu scheitern, wenn sie den Bogen überspannen.

Literaturverzeichnis

- Felix *Ermacora*, Quellen zum Österreichischen Verfassungsrecht (1920) (Wien 1967)
- Georg *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre³ (Berlin 1914)
- Hans *Kelsen*, Wählerlisten und Reklamationsrecht, in: Juristische Blätter 1906, 289–290, 301–304, 316–318, 327–329 = HKW 1 (Tübingen 2007) 301–331
- Hans *Kelsen*, Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Wien 1907) = HKW 1, 332–544
- Hans *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz (Tübingen 1911) = HKW 2, 21–878
- Hans *Kelsen*, Die böhmische Verwaltungskommission vor dem Verwaltungsgerichtshof, Neue Freie Presse vom 5. 11. 1913 (Abendblatt), 3 = HKW 3, 105–111
- Hans *Kelsen*, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich, Teil 1 (Wien / Leipzig 1919) = HKW 5, 24–129; Teil 2 (Wien / Leipzig 1919) = HKW 5, 130–255, Teil 3 (Wien/Leipzig 1919) = HKW 5, 256–437, Teil 4 (Wien/Leipzig 1920) = HKW 5, 438–608
- Hans *Kelsen*, Die Verfassung Österreichs, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 11 (1922) 232–274
- Hans *Kelsen*, Österreichisches Staatsrecht. Ein Grundriß entwicklungsgeschichtlich dargestellt (Tübingen 1923)
- Hans *Kelsen*, Die Verfassung Österreichs, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 12 (1923/24) 126–161
- Hans *Kelsen*, Die Verfassung Österreichs, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 15 (1927) 51–103
- Hans *Kelsen*, Zum Begriff des Kompetenzkonfliktes, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 7 (1928) 583–599
- Hans *Kelsen*, Der Begriff des Kompetenzkonfliktes, in: Juristische Blätter 1928, 105–110
- Hans *Kelsen*, Die Verfassung Österreichs, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 18 (1930) 130–185
- Hans *Kelsen*, Die Entwicklung des Staatsrechts in Oesterreich seit dem Jahre 1918, in: Gerhard *Anschütz*/Richard *Thoma* (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts Bd. 1 (= Das öffentliche Recht der Gegenwart 28, Tübingen 1930) 147–165
- Hans *Kelsen*/Georg *Froehlich*/Adolf *Merkel*, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (= Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich V, Wien/Leipzig 1922)
- Christian *Neschwara*, Kelsen als Verfassungsrichter. Seine Rolle in der Dispensehen-Kontroverse, in: Stanley L. *Paulson*/Michael *Stolleis* (Hrsg.), Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtsphilosoph (Tübingen 2005) 353–384
- Thomas *Olechowski*, Der Beitrag Hans Kelsens zur österreichischen Bundesverfassung, in: Robert *Walter*/Werner *Ogris*/Thomas *Olechowski* (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit (= Schriftenreihe des HKI 32, Wien 2009) 211–230
- Robert *Walter*, Hans Kelsen als Verfassungsrichter (= Schriftenreihe des HKI 27, Wien 2005)

Thomas Olechowski, Wien

Kelsen als Pazifist*)

Einleitung

Kelsens Monographie „Peace through law“ aus dem Jahre 1944 gehört zu den weniger bekannten Schriften aus Kelsens Gesamtwerk, und ungewöhnlich wie ihr Inhalt ist auch schon die Art und Weise, wie Kelsen sein Vorwort beginnen lässt: Er erzählt darin nämlich von einem Brauch der alten Inkas, dass sie zuweilen ihre eigenen Kinder den Göttern opferten – sichtlich ist er dabei beeinflusst von dem reichen anthropologischen Material, das er für andere Publikationen, die in derselben Zeit erscheinen, gesammelt hat. Aber schon nach wenigen Zeilen wird klar, wie aktuell Kelsens Rückgriff auf die altamerikanische Geschichte ist: Denn er stellt die Frage, ob sich die Menschheit seit jenen barbarischen Zeiten überhaupt weiterentwickelt hat, oder ob sie nicht auch jetzt ihre Kinder auf den Altären ihrer Zeit opfert. Das Vorwort ist mit Juni 1944 datiert – gerade in jenen Tagen erobern alliierte Truppen unter einem ungeheureren Blutzoll die Normandie. Und ausgerechnet jetzt schreibt Kelsen ein Buch, in dem er den Krieg generell als einen „Massenmord“ bezeichnet, als die „größte Schande unserer Kultur“. ¹⁾

Kelsen war aus innerster Überzeugung Pazifist. Diese Feststellung ist Gemeinplatz für jeden, der sein Werk kennt und nur darum zu betonen, weil 1988 ein Buch über Kelsens Tätigkeit während des Ersten Weltkrieges erschien, in dem behauptet wurde, er hätte als Berater des letzten k.u.k. Kriegsministers der Habsburgermonarchie nichts getan, um die Völker der Habsburgermonarchie „aus Krieg und Kriegsgefahr herauszuführen“, sondern sich aus opportunistischen Gründen darum bemüht, „die sich befreienden Völker in einem imperialistischen Machtblock neu zu integrieren.“ ²⁾ Wer dieses Buch allerdings genauer studiert, wird die kommunistische Grundhaltung der beiden Autoren, denen ein „von den bürgerlichen Juristen [angeblich] als Gott angebetete[r] Kelsen“, der sich allerdings nicht daran beteiligte, dass sich die „kriegsmüden Soldaten“ 1918 mit der „revolutionären Arbeiterklasse“ zusammenschlossen, ³⁾ nur suspekt sein konnte. Bewusst verschweigen sie, dass Kelsen im Herbst 1918 der Verbindungsmann zwischen dem k.u.k. Kriegsministerium und der „Meinl-Gruppe“, einer Reihe einflussreicher Pazifisten rund um den Industriellen Julius Meinl II., war, und als solcher mitzuhelfen ver-

*) Der Aufsatz enthält Ergebnisse des von mir geleiteten FWF-Forschungsprojekts „Kelsens Leben in Amerika (1940–1973) und die weltweite Verbreitung seiner Rechtslehre“ (FWF-Projekt P 23747). Für wertvolle Hilfe danke ich Frau Dr. Tamara Ehs, Frau Dr. Miriam Gassner und Herrn Dr. Stefan Wedrac.

¹⁾ *Kelsen*, *Peace through Law* VIII.

²⁾ *Oberkofler/Rabofsky*, Hans Kelsen im Kriegseinsatz 149.

³⁾ Ebenda 151.

suchte, die Monarchie in friedlichem Wege in ein freies Bündnis der einzelnen Völker umzuwandeln.⁴⁾

Die Absurdität der vorhin genannten Behauptung wird auch darin deutlich, dass sich Kelsen zu den von ihm stets vertretenen Werten: Demokratie und Pazifismus, auch dann bekannte, wenn ihm dies zum persönlichen Nachteil gereichte. So schreibt er in seiner Autobiographie zur Machtergreifung der Nationalsozialisten in Deutschland 1933 „Dass ich als Pazifist, Verfasser der oesterreichischen demokratischen Verfassung, in ein Konzentrationslager gebracht werden wuerde, war ziemlich sicher und meine Situation recht hoffnungslos.“⁵⁾ Nur mit viel Glück gelang ihm die Flucht aus Deutschland, und er erhielt einen Lehrauftrag am Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales in Genf. Hier vollendete er sein berühmtestes Buch, die „Reine Rechtslehre“, in der er sein wissenschaftliches Credo gleich zu Beginn verkündete: das Recht bloß erkennen, nicht verändern zu wollen. Er führte es in diesem Buch auch meisterhaft aus – und doch scheint es, als ob er kurz vor dem Schluss noch straucheln würde, noch auf den letzten Seiten der Versuchung nachgeben wolle, eine rechtspolitische Forderung zu erheben: Als er nämlich feststellte, dass „eines der wesentlichsten Ergebnisse der Reinen Rechtslehre [...] [d]ie theoretische Auflösung des Souveränitätsdogmas“ sei, kam Kelsen nicht umhin zu bemerken, dass diese Erkenntnis durchaus eine politische Wirkung haben könne, welche er hier nur andeutete: Die Relativierung des Staatsbegriffes, wie sie Kelsen vornahm, bahnte den Weg für eine stärkere und vor allem zentralisierte Völkerrechtsordnung. Doch gleich bremste Kelsen ein: „Die Feststellung solch möglicher Wirkung kann der Reinheit der Lehre keinen Abbruch tun.“⁶⁾

I. Kelsens Eintreten für den Frieden im Rahmen seines wissenschaftlichen Gesamtwerks

A. Pazifismus und Methodenreinheit

Kelsens Postulat der Methodenreinheit ist oft missverstanden worden, als ob er kein Interesse an politischen Forderungen gehabt hätte. Das Gegenteil ist der Fall, davon künden die zahlreichen politologischen Schriften, die Kelsen verfasste, die aber in der Tat weit weniger bekannt sind als seine rechtstheoretischen. Zu nennen sind hier vor allem sein Buch „Vom Wesen und Werk der Demokratie“, das viele Themen aufgreift, die von rechtstheoretischer Seite in seiner „Allgemeinen Staatslehre“ behandelt werden – nun aber von einem explizit wertbezogenen Standpunkt aus. Und so wie Kelsen auf einzelstaatlicher Ebene für die Demokratie eintritt, so tritt er auf völkerrechtlicher Ebene für den Frieden ein.

⁴⁾ *Kelsen*, Autobiographie 51; *Busch*, Kelsen im Ersten Weltkrieg 70 ff.

⁵⁾ *Kelsen*, Autobiographie 80.

⁶⁾ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*¹ 153 f.

Das Prinzip der Methodenreinheit führt nur dazu, dass er seine rechtstheoretischen Betrachtungen stets trennt von seinem persönlichen Eintreten für Demokratie und Frieden. Nichtsdestoweniger sind seine politischen Forderungen vielfach getragen von seinen rechtstheoretischen Erkenntnissen, folgt etwa sein Eintreten für eine Demokratisierung der Verwaltung aus seiner Erkenntnis, dass es sich auch bei dieser Staatsfunktion um eine Rechtsfunktion handle.⁷⁾ Und ebenso folgt aus seiner Erkenntnis der Einheit von staatlichem Recht und Völkerrecht die Forderung, dass das Völkerrecht das staatliche Recht einschränken solle; vor allem aber ermöglicht die Reine Rechtslehre, den Weg zu erkennen, den die Völkerrechtsordnung nehmen müsse.

B. Staatliches Recht und Völkerrecht

Etwas näher muss an dieser Stelle auf Kelsens monistische Völkerrechtslehre eingegangen werden. Schon seit seiner Schrift über das Problem der Souveränität aus dem Jahr 1920⁸⁾ erklärt Kelsen, dass zwei oder mehr Rechtsordnungen nicht gleichzeitig als geltend angesehen werden können, ohne dass eine weitere Rechtsordnung existiert, die den Geltungsgrund für die übrigen Rechtsordnungen abgibt. Daher führt das klassische Souveränitätsdogma, konsequent weitergedacht, dazu, dass nur der eigene Staat als souverän angesehen werden kann, das Völkerrecht aber – quasi als „äußeres Staatsrecht“ im Sinne Hegels – seine Geltung nur aus dieser staatlichen Ordnung und alle andere Staaten die Geltung ihrer Rechtsordnung nur aus dieser Völkerrechtsordnung ableiten können.

In späteren Schriften wird Kelsen hier einen Vergleich zur Astronomie ziehen: Wenn die Erde als Mittelpunkt des Alls angesehen wird, so kreist die Sonne um sie, und die Planeten folgen Schleifenbahnen, weil auch sie sich scheinbar um die Erde, zugleich aber um die Sonne drehen. Es ist dies das bekannte geozentrische Weltbild, und so wie dieses von Kopernikus vom heliozentrischen Weltbild abgelöst wurde, so kann auch in der Völkerrechtslehre eine kopernikanische Wende vollzogen werden: Das Völkerrecht wird als ursprünglich gesollt angenommen, und alle Staaten beziehen aus dem Völkerrecht den Grund für die Geltung ihrer Rechtsordnungen. Dieses Bild ist einfacher, aber nicht richtiger – so wie die moderne Physik der Auffassung ist, dass das alte geozentrische Weltbild nicht als „falsch“, sondern höchstens als „kompliziert“ angesehen werden kann.⁹⁾ Kelsen hat daher – im Gegensatz etwa zu seinem Schüler Verdross¹⁰⁾ – immer an der juristischen Gleichwertigkeit beider Hypothesen festgehalten. An welcher der beiden Hypothesen sein Herz gehangen hat, daran kann allerdings kein Zweifel sein: Es ist die Hypo-

⁷⁾ *Kelsen*, *Demokratie*¹ 20 f. (17). In der 2. Auflage rückt er aufgrund pragmatischer Überlegungen von dem Postulat einer (unmittelbaren) Demokratisierung der Verwaltung zugunsten eines strikten Legalitätsprinzips wieder ab; vgl. dazu *Olechowski*, *Demokratie* 125.

⁸⁾ *Kelsen*, *Souveränität* 151 ff.

⁹⁾ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² 344.

¹⁰⁾ *Verdroß*, *Einheit* 84 f.

these vom Primat des Völkerrechts, die mit einer objektivistischen Weltanschauung korrespondiert. Wer ein Primat des einzelstaatlichen Rechts behauptet, sei dagegen subjektivistisch veranlagt. Da aber das „Wesen des Rechts“ in seiner „Objektivität“ liege, müsse – „ohne damit eine Entscheidung zwischen beiden Weltanschauungen treffen zu wollen“, so Kelsen – „doch hervorgehoben werden, daß die subjektivistische Rechtsanschauung letzten Endes [...] zur Negation der Rechtsidee [...] und zur Behauptung des reinen Machtstandpunktes“ führt.¹¹⁾ Wer daher eine subjektivistische Weltanschauung habe, der tendiere zu einer imperialistischen Lebensanschauung; die objektivistische Weltanschauung dagegen führe zu einer pazifistischen Lebensanschauung.¹²⁾

C. Pazifismus und Demokratismus

Demokratismus¹³⁾ und Pazifismus sind also bei Kelsen eng miteinander verstrickt und verwoben. Voraussetzung für beides ist ein friedliebender Mensch, der in seinem Gegenüber das eigene Ich wiederfindet – ein Erlebnis, das in der indischen Philosophie als *Tat wam asi* bezeichnet wird – und daher dem Anderen nicht seinen Willen aufzwingen will.¹⁴⁾ Tatsächlich beschäftigt sich Kelsen bereits in seinen demokratiethoretischen Schriften intensiv mit dem Friedensgedanken und sieht Demokratie als ein Mittel, um den Frieden im Inneren eines Staates zu gewährleisten. Denn im Gegensatz zur Autokratie sei in der Demokratie die Opposition nicht völlig chancenlos: Da für die Demokratie ein – durch Wahlen bedingter – steter Wechsel in der Führerschaft typisch sei, könne die Opposition hoffen, nach den nächsten Wahlen an die Macht zu kommen.¹⁵⁾ Dies weiß auch die derzeitige Regierung und wird sich daher genötigt sehen, sich mit der Opposition schon jetzt zu verständigen: Es kommt zu einem Dialog zwischen Regierung und Opposition, und zwar im Parlament, nicht auf der Straße, wo sich der Zorn der Ohnmächtigen in sinnloser Gewalt entläßt. „Und wenn“, so Kelsen, „es überhaupt eine Form gibt“, die Gegensätze zwischen den Klassen „nicht auf blutig-revolutionärem Wege [...] sondern friedlich und allmählich auszugleichen, so ist es die Form der parlamentarischen Demokratie, deren Ideologie zwar die in der sozialen Realität nicht erreichbare Freiheit, deren Realität aber der Friede ist.“¹⁶⁾

Kelsens Hinwendung von den innerstaatlichen zu den zwischenstaatlichen Verhältnissen erfolgt langsam und allmählich. Wir sehen eine Phase des Überganges im Jahre 1928, als er auf der Wiener Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer über Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit über die Notwendigkeit berichtet, Streitigkeiten im Bundesstaat durch

¹¹⁾ Kelsen, Souveränität 317.

¹²⁾ v. Schmädels, Kelsen's Peace through Law 73.

¹³⁾ Das Wort „Demokratismus“ ist im heutigen Sprachgebrauch unüblich, jedoch das dem Terminus „Pazifismus“ korrespondierende und wird auch von Kelsen selbst verwendet; vgl. etwa Kelsen, Demokratie² 10 (159).

¹⁴⁾ Jabloner, Menschenbild und Friedenssicherung 64.

¹⁵⁾ Kelsen, Demokratie² 9 (159), 87 (217).

¹⁶⁾ Kelsen, Demokratie² 68 (204); vgl. schon Olechowski, Demokratie 113.

ein Verfassungsgericht entscheiden zu lassen und dies in eine Parallele zu einer internationalen Gerichtsbarkeit setzt: „so, wie die eine den Krieg zwischen den Völkern überflüssig machen will, bewährt sich die andere – in ihrem letzten Sinne – innerhalb des Einzelstaates als eine Garantie des politischen Friedens.“¹⁷⁾

II. „Peace through Law“

A. Entstehung

Das Buch „Peace through Law“ hat eine lange Entstehungsgeschichte.¹⁸⁾ Als Kelsen an das bereits erwähnte Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales berufen wurde, hielt er seine Antrittsvorlesung am 25. Oktober 1933 zum Thema „Die Technik des Völkerrechts und die Organisation des Friedens“.¹⁹⁾ Viele Gedanken der späteren Monographie waren hier bereits angesprochen, wenn auch nicht komplett durchformuliert. Kurz nach Ausbruch des Zweiten Weltkrieges, im September 1939, forderte der Direktor des Genfer Instituts, William Rappard, seine Mitarbeiter auf, Vorschläge wissenschaftlicher Art zur Vorbereitung des Friedens und der Neugestaltung der internationalen Beziehungen in der Nachkriegszeit, zu erstatten, worauf Kelsen mit einem längeren, bislang unveröffentlichten Schreiben antwortet und gemeinsam mit Paul Guggenheim einen Zehn-Punkte-Plan entwirft, in dessen Mittelpunkt die Errichtung eines internationalen Gerichtshofes steht.²⁰⁾

Ein halbes Jahr später emigrierte Kelsen in die Vereinigten Staaten, wo er zunächst an der Harvard Law School unterrichtete. Da es nicht möglich war, für den bereits 60 Jahre alten Gelehrten eine reguläre Professur zu erlangen, wurde eigens für ihn die – noch heute bestehende – Oliver Wendell Holmes-Lectureship geschaffen, die zum Teil von der Rockefeller Foundation finanziert wurde.²¹⁾ In diesem Rahmen hielt Kelsen zwischen Jänner und März 1941 eine Reihe von öffentlichen Vorträgen zum Thema „Law and Peace in International Relations“. Die Vorbereitung der Vorträge gestaltete sich als sehr mühsam, da Kelsen nur holprig Englisch sprach;²²⁾ dennoch werden die Vor-

¹⁷⁾ *Kelsen*, Wesen und Wert der Staatsgerichtsbarkeit (1929) 84 (54).

¹⁸⁾ Dazu *Busch/v. Schmädell/Staudigl-Ciechowicz*, *Peace through Law*.

¹⁹⁾ Abgedruckt in: *Kelsen*, Die Technik des Völkerrechts. Vgl. dazu schon *Bersier Ladavac*, Hans Kelsen in Genf 289.

²⁰⁾ *Bersier Ladavac*, Hans Kelsen in Genf 294 f.

²¹⁾ Da Kelsen der erste Vortragende in dieser Reihe war, ist es missverständlich, wenn *Métall*, *Kelsen 77*, von der „berühmten“ Oliver Wendell Holmes Lectureship schreibt. Siehe zur Einrichtung der Lectureship insbesondere die Korrespondenz mit der Rockefeller Foundation im Rockefeller Archive Center (Sleepy Hollow/NY), Collection RF, Record Group 1.1, Series 2003, Box 344, sowie auch den Artikel in der „Harvard Crimson“ vom 9. 10. 1940: „Kelsen Appointed to Holmes Law Post.“

²²⁾ Dies geht aus einem Brief des Harvard-Professors Lon Fuller an Mitchell Franklin (University of Louisiana) vom 19. 1. 1953 hervor: Harvard Law School Library, Pound Papers, Box 140, Folder 7.

träge 1942 auch in Form eines ca. 180 Seiten starken Buches publiziert.²³⁾ In weiterer Folge erschienen mehrere Aufsätze zu dieser Thematik, so etwa im *American Journal of Sociology*, dem *American Journal of International Law*, der *Revista de Colegio de Abogados de Buenos Aires*, dem *Journal of Legal and Political Sociology*.²⁴⁾

1944 schließlich – Kelsen ist mittlerweile visiting Professor an der University of California in Berkeley – erscheint Kelsens Monographie „Peace through law“, mit 150 Seiten etwas weniger umfangreich als das zwei Jahre zuvor publizierte Buch mit seinen Oliver-Wendell-Holmes-Vorlesungen. Es handelt sich aber um keine Überarbeitung, sondern um ein komplett neues Buch, in das auch Teile der übrigen erwähnten Artikel, zum Teil wörtlich, eingeflossen sind.

B. Duktus

„Peace through law“, so erläutert Kelsen gleich zu Beginn seiner Monographie, ist eine spezielle Methode, um den Frieden zu sichern. Beide, Frieden und Recht, haben mit Gewalt zu tun; der Frieden ist ein Zustand fern von Gewalt, das Recht ist eine Zwangsordnung, die die Gewalt monopolisiert. Nun hat es in der Vergangenheit Versuche gegeben, Frieden unmittelbar durch Gewalt zu sichern, wie etwa zur Zeit des Römischen Reiches in der Pax Romana.²⁵⁾ Aber derartige imperialistische Bestrebungen sind Kelsen fern. Auch die freiwillige Vereinigung von Staaten zu einem Weltstaat ist eine Methode, allerdings eine utopische, die vor vielen, zu vielen praktischen Problemen stehen würde. Wie wolle man sich ein demokratisch gewähltes Weltparlament vorstellen, in denen etwa Indien oder China dreimal so viele Abgeordnete stellen als die USA und das Vereinigte Königreich zusammengenommen? Wie soll die Sowjetunion in einen derartigen Weltstaat integriert werden können?

Zielführender als ein Weltstaat – woran Kelsen als Fernziel festhält – ist eine internationale Organisation auf Basis des Völkerrechts, an der insbesondere auch die Sowjetunion und auch die Achsenmächte, letztere allerdings erst nach ihrer Besiegung, teilnehmen könnten. Für diese Organisation schlägt er die Bezeichnung „Permanent League of the Maintenance of the Peace“ vor; sie solle das Erbe des Völkerbundes übernehmen, welcher im Jahr 1944 zwar noch immer existiert, den Kelsen aber zu Recht als gescheitert ansieht. Das Hauptproblem des Völkerbundes war, dass sein Zentralorgan, der Völkerbundrat, ein politisches Organ war, das seine Beschlüsse nur einstimmig treffen konnte. Nun ist das Prinzip der Einstimmigkeit essentiell für das Völkerrecht, welches von der Gleichheit und der Souveränität der Einzelstaaten ausgeht, dies sei erst kürzlich im Moskauer Memorandum von 1943 bestätigt worden. Die einzige Ausnahme, die akzeptiert werde, ist die bei internationalen Schiedsgerichten, welche ihre Entscheidungen mit Stimmenmehrheit tref-

²³⁾ *Kelsen, Law and Peace*.

²⁴⁾ Siehe die Auflistung dieser Aufsätze unten im Literaturverzeichnis.

²⁵⁾ *Kelsen, Peace through Law* 6.

fen.²⁶⁾ Und hier sieht Kelsen sein erstes Argument für die Schaffung eines starken Weltgerichts. Er kritisiert aber auch den Briand-Kellogg-Pakt, der einerseits zuviel erreichen wollte, indem er jede Art von Krieg ächtete, und andererseits zuwenig Mittel zur Verfügung stellte, um den Frieden zu sichern.²⁷⁾

Kelsens weitere Überlegungen bauen auf seinen rechtstheoretischen Einsichten über das Wesen des Völkerrechts auf. Bereits in seiner Genfer Antrittsvorlesung äußerte er den Gedanken, dass „die Natur dieser Ordnung“ und insbesondere den Krieg, den er als eine „Funktion“ in dieser Ordnung ansieht, genau kennen müsse, um ihn auszuschalten, „so wie ein Chirurg die Funktion des Organs genau kennen muß, das er aus dem menschlichen Körper, um dessen Leben zu erhalten und zu fördern, herauschneiden will.“²⁸⁾ Es ist dieser Vergleich generell für den wissenschaftlichen Impetus der Reinen Rechtslehre passend. Kelsen verfolgte in seinen soziologischen Arbeiten – und hierin ist „Peace through Law“ zu stellen – immer wieder einem Evolutionsgedanken: Er suchte, allgemeine Gesetzmäßigkeiten für die Entwicklung von Rechtsstrukturen herauszuarbeiten.²⁹⁾ Ein wesentlicher Punkt betraf die Zentralisation des Rechts: in primitiven Kulturen sei das Recht dezentralisiert; es entsteht als Gewohnheitsrecht im Wege der Praxis durch die Rechtsunterworfenen, und es werde dezentralisiert im Wege der Selbsthilfe angewendet. Die Zentralisation erfolge in drei Stufen: In einer ersten Stufe wird die Selbsthilfe geächtet und ein Schiedsgericht bzw. ein Gericht geschaffen, das über die inhaltliche Richtigkeit der erhobenen Ansprüche entscheide; in einer zweiten Stufe eine Exekutive, die die gerichtlichen Urteile zur Durchführung bringe; ist auch diese zweite Stufe erfolgt, so ist die Rechtsordnung soweit zentralisiert, dass man von einem Staat sprechen könne. Erst viel später folge noch eine dritte Stufe, wo auch die Rechtsschöpfung zentralisiert werde, indem spezielle Organe, wie vor allem Parlamente, zur Gesetzgebung berufen werden.³⁰⁾ Kelsen sah nun im Völkerrecht eine „primitive Rechtsordnung“, die durch ein hohes Maß an Dezentralisation gekennzeichnet sei. Die Evolution des Völkerrechts müsse den vorhin skizzierten Weg einschlagen und zunächst einen internationalen Gerichtshof schaffen, erst dann könne man daran denken, auch die Exekutive und letztlich die Legislative zu zentralisieren.

In eine andere Stoßrichtung gehen Kelsens Ausführungen zur Frage, ob ein Gericht überhaupt imstande sei, politische Konflikte zu lösen. Sie sind im Wesentlichen schon aus Kelsens Vortrag über „Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit“ von 1928 und aus seiner Streitschrift gegen Carl Schmitt „Wer soll der Hüter der Verfassung sein?“ von 1931 bekannt: Damals noch auf innerstaatlichen Rechtsordnungen und die Verfassungsgerichtsbarkeit bezogen, hatte er dargelegt, dass Rechtsprechung immer auch zu einem gewissen Teil

²⁶⁾ *Kelsen*, Peace through Law 12, 21.

²⁷⁾ *Kelsen*, Peace through Law 18.

²⁸⁾ *Kelsen*, Die Technik des Völkerrechts 241.

²⁹⁾ *Zeleny*, Friedenssicherung 68.

³⁰⁾ *Jabloner*, Menschenbild und Friedenssicherung 61.

politisch, weil rechtsschöpfend, sei. Dies sei eine Konsequenz aus dem Stufenbau der Rechtsordnung.

Es solle nun Hauptaufgabe dieses internationalen Gerichtshofes sein, jene zu bestrafen, die für den Ausbruch eines Krieges verantwortlich seien und die Kriegsverbrechen vergehen. Er solle sich nicht darauf beschränken, Staaten zu verurteilen, sondern eine Stufe weiter gehen und konkrete Menschen zur Verantwortung ziehen. Dies sei, so Kelsen, zwar ungewöhnlich, aber es gelang ihm doch, auch einige Fälle aufzuzeigen, wo das Völkerrecht „durchgreife“ und unmittelbar Menschen berechtige oder verpflichte. Insbesondere hatte der Versailler Vertrag festgestellt, dass Kaiser Wilhelm II. vor ein internationales Tribunal gestellt werden müsse³¹⁾ (was letztlich nicht erfolgte, da ihm die niederländische Regierung Asyl gewährte). Ebenso müssen, so Kelsen 1944, jene, die für den Ausbruch des zweiten Weltkrieg ausgelöst haben, zur Verantwortung gezogen werden; weder die „questio iuris“ noch die „questio facti“ sei hier schwer zu lösen, da Deutschland, Italien und Japan allesamt Unterzeichner des Briand-Kellogg-Pakt gewesen seien und es sich um Diktaturen handle, der Kreis der letztverantwortlichen Personen daher sehr klein sei: In Deutschland sei dies der Führer alleine, in Italien sowohl der König als auch der Duce, in Japan der Tenno gemeinsam mit dem Ministerpräsidenten.³²⁾

III. Nachwirkungen

Kelsens Überlegungen sind aus der Zeit des Zweiten Weltkrieges heraus geboren und muten dennoch utopisch und visionär an: Seine Überlegungen zur Bestrafung der Hauptkriegsverbrecher hängen eng mit seiner Beratungstätigkeit für die War Crimes Commission zusammen, die etwa in jene Zeit fiel, als er das Buch „Peace through law“ schrieb.³³⁾ Seine Forderung nach einer Durchbrechung des Einstimmigkeitsprinzips im Völkerrecht und nach einem völkerrechtlichen Gericht, das nicht nur Staaten, sondern unmittelbar Menschen berechtigen und verpflichten könne, wurden – wenn auch in ganz anderer Form – mit der Gründung der Europäischen Gemeinschaften Wirklichkeit.

Kelsen hat sich weder zu den Römischen Verträgen noch zur nachfolgenden Entwicklung der europäischen Integration jemals schriftlich geäußert; was seine Meinung hiezu war, sind wir auf Spekulationen angewiesen. Sein Hauptaugenmerk war auf die Vereinten Nationen gerichtet, deren Gründung in San Francisco er als Professor der Universität Berkeley zwar aus nächster Nähe, aber doch nur als Zuschauer, nicht als Rechtsberater, wie er es sich gewünscht hätte, mitverfolgen konnte.

³¹⁾ Art 227 Versailler Vertrag, vgl. *Kelsen*, Peace through law 88.

³²⁾ *Kelsen*, Peace through law 91.

³³⁾ *Kelsen* verfasste 1945 im Auftrag des U.S. War Department insgesamt sieben Gutachten zu völkerrechtlichen Fragen, darunter auch zur Bestrafung von Kriegsverbrechen. Es bleibt offen, ob er zur Zeit der Publikation seines Buches schon an diesen Gutachten arbeitete, oder ob das US-Militär aufgrund der Monographie auf *Kelsen* aufmerksam geworden war.

Lediglich in einem kleinen, aber vielleicht nicht so unwichtigen Detail, hatte sein Buch „Peace through law“ auf die Werdung der UNO Einfluss: Kurz nach seiner Veröffentlichung, von August bis Oktober 1944 fand in Dumbarton Oaks bei Washington eine Konferenz statt, bei der Vertreter der USA, der UdSSR, des Vereinigten Königreiches und der Republik China über die Möglichkeit einer Reform des Völkerbundes unter Einbeziehung der USA, die dem Völkerbund ja niemals beigetreten war, berieten. Allgemein wird diese Konferenz als wegweisend hin zur Gründung der UNO ein Jahr später gesehen. Das Schlussdokument vom 7. Oktober 1944 nannte bereits alle vier Hauptorgane – Generalversammlung, Weltsicherheitsrat, Gerichtshof und Sekretariat – und bestimmte, dass es allein in der Hand des Weltsicherheitsrates liegen solle, von Fall zu Fall den Gerichtshof anzurufen.³⁴⁾ Gegen diese Bestimmung wurde nun von einer uns leider unbekanntenen Personengruppe ein Petitionsschreiben an den amerikanischen Politiker Tom Connally verfasst und dabei auch auf Hans Kelsen und sein Buch verwiesen. Kelsen, die „weltweit höchste Autorität im Völkerrecht“ habe sich für eine stärkere Stellung des internationalen Gerichtshofes ausgesprochen, und dies würde auch amerikanischem Rechtsdenken besser entsprechen als das Konzept von Dumbarton Oaks, welches den Weltsicherheitsrat zu sehr stärke und damit der UNO den Charakter eines europäischen Polizeistaates gebe.³⁵⁾ Mochte diese Argumentation auch ein klein wenig übertrieben erscheinen – im Ergebnis hatten die Bittsteller Erfolg, und es ist nunmehr möglich, den Internationalen Gerichtshof gleich direkt, ohne Dazwischenschaltung des Weltsicherheitsrates, anzurufen.

Was Kelsen betraf, so hielt sich das Echo auf sein Buch in Grenzen; dass er aber stets für den Frieden eintrat, wurde international gewürdigt: Bereits 1934 nominierten die beiden Professoren für Politikwissenschaften der Universität Lund in Schweden, Frederik Lagerroth und Einar Tegen Kelsen aufgrund seiner Bemühungen für eine internationale Rechtsordnung für den Friedensnobelpreis. Begründend führten sie dazu u.a. aus, dass sich Kelsen um ein „system of international law emancipated from any political views“ bemühe.³⁶⁾ Zwei Jahre später wiederholten sie ihre Nominierung.³⁷⁾ Und 1960 wurde Kelsen von José Luis Curiel, dem Vorsitzenden der Sociedad Mexicana de Filosofía namens dieser Vereinigung ein drittes Mal für diesen Preis vorgeschlagen. Leider leistete das Nobelpreiskomitee keinem dieser Vorschläge Folge.³⁸⁾

³⁴⁾ Proposals for the Establishment of a General International Organization, Kap VIII Abs 6. Vgl <http://www.ibiblio.org/pha/policy/1944/441007a.html>.

³⁵⁾ Brief einer unbekanntenen Personengruppe an Tom Connally vom 23. 5. 1945, HKI Nachlass Kelsen, 16c2.59.

³⁶⁾ Siehe dazu die Homepage des Nobelpreiskomitees: [<http://www.nobelprize.org/nomination/archive/peace/nomination.php?action=show&showid=2044>] und [<http://www.nobelprize.org/nomination/archive/peace/nomination.php?action=show&showid=2045>] (abgerufen am 26. 12. 2013).

³⁷⁾ [<http://www.nobelprize.org/nomination/archive/peace/nomination.php?action=show&showid=2262>] (abgerufen am 26. 12. 2013).

³⁸⁾ *Métall*, Kelsen 90. Da das Online-Archive des Nobelpreiskomitees nur bis 1956 reicht, existiert hier kein korrespondierender Eintrag.

Literaturverzeichnis

- Nicoletta *Bersier Ladavac*, Hans Kelsen in Genf, in: Robert *Walter* / Werner *Ogris* / Thomas *Olechowski* (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit (= Schriftenreihe des HKI 32, Wien 2009) 289–303
- Jürgen *Busch*, Hans Kelsen im Ersten Weltkrieg. Achsenzeit einer Weltkarriere, in: Robert *Walter* / Werner *Ogris* / Thomas *Olechowski* (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit (= Schriftenreihe des HKI 32, Wien 2009) 57–80
- Jürgen *Busch* / Judith v. *Schmädel* / Kamila *Staudigl-Ciechowicz*, Peace through Law. Kelsen's (and His School's) Struggle for Universal Peace, in: Péter *Cserne* et al. (Hrsg.), Legal and Political Theory in the Post-National Age (Frankfurt et al. 2011) 161–180
- Clemens *Jabloner*, Menschenbild und Friedenssicherung, in: Robert *Walter* / Clemens *Jabloner* (Hrsg.), Hans Kelsens Wege sozialphilosophischer Forschung (= Schriftenreihe des HKI 20, Wien 1997) 57–73
- Hans *Kelsen*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre (Tübingen 1920)
- Hans *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie¹ (1920, Neudruck in: Matthias *Jestaedt* / Oliver *Lepsius* [Hrsg.], Hans Kelsen. Verteidigung der Demokratie. Abhandlungen zur Demokratietheorie [Tübingen 2006] 1–33)
- Hans *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie² (1929, Neudruck in: Matthias *Jestaedt* / Oliver *Lepsius* [Hrsg.], Hans Kelsen. Verteidigung der Demokratie. Abhandlungen zur Demokratietheorie [Tübingen 2006] 149–228)
- Hans *Kelsen*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit (1929, Neudruck in: Robert Chr. *van Ooyen* [Hrsg.], Hans Kelsen. Wer soll der Hüter der Verfassung sein? [Tübingen 2008] 30–57)
- Hans *Kelsen*, Die Technik des Völkerrechts und die Organisation des Friedens, ZÖR 14 (1934) 240–255
- Hans *Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ (Leipzig/Wien 1934)
- Hans *Kelsen*, Law and Peace in international Relations (Cambridge/Mass. 1942)
- Hans *Kelsen*, International Peace – by Court or Government? In: The American Journal of Sociology 46 (1941) 571–581
- Hans *Kelsen*, Compulsory adjudication of international disputes, in: The American Journal of International Law 37 (1943) 397–406
- Hans *Kelsen*, La Paz por el Derecho. Una Liga Permanente para el Mantenimiento de la Paz, in: Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires 21 (1943) 125–161
- Hans *Kelsen*, Peace through Law, in: Journal of Legal and Political Sociology 2 (1943) 52–67
- Hans *Kelsen*, Peace through Law (Chapel Hill 1944)
- Hans *Kelsen*, The Strategy of Peace, The American Journal of Sociology 49 (1944) 381–389
- Hans *Kelsen*, Autobiographie (1947), in: HKW 1 (Tübingen 2007) 29–91
- Hans *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (Wien 1960)
- Rudolf A. *Metall*, Hans Kelsen. Leben und Werk (Wien 1969)
- Gerhard *Oberkofler* / Eduard *Rabofsky*, Hans Kelsen im Kriegseinsatz der k.u.k. Wehrmacht (= Rechtshistorische Reihe 58, Frankfurt a.M. u.a. 1988)
- Thomas *Olechowski*, Von der „Ideologie“ zur „Realität“ der Demokratie, in: Tamara *Ehs* (Hrsg.), Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung (Wien 2009) 113–132
- Judith v. *Schmädel*, Kelsen's Peace through Law and its Reception by his Contemporaries, Hitotsubashi journal of law and politics 39 (2011) 71–83
- Alfred *Verdroß*, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung (Tübingen 1923)

Klaus *Zeleny*, Das Recht als Instrument der Friedenssicherung, in: Robert *Walter* / Klaus *Zeleny* (Hrsg.), Reflexionen über Demokratie und Recht. Festakt für Clemens Jabloner (= Schriftenreihe des HKI 30, Wien 2009) 67–75

Dass die griechische Naturphilosophie aus dem mythisch-religiösen Denken der Vorzeit herauswächst, das zeigt die starke Bindung ihrer Spekulation an normative Elemente. [...] Die neue Wissenschaft von der Natur setzt nur dort an, wo der Mythos endet, aber mit der von allem Anfang an sichtbaren Tendenz, die φύσις vom νόμος, die Natur von der Gesellschaft zu trennen, das eine zum andern und damit die Wissenschaft zur Politik in einen Gegensatz zu bringen [...].

Kelsen, Vergeltung und Kausalität
(1941) 236 f.

IV. Kelsen als Soziologe

Menschenbild und Friedenssicherung*)

I. Rechtstechnik im Dienst des Friedens

Seit jeher gilt das Recht als Mittel zur Herstellung und Bewahrung des Friedens.¹⁾ Das unbestimmte Ideal des Friedens, an dem der Erfolg des Rechts gemessen wird, tritt – nicht selten in merklicher Konkurrenz – neben das unbestimmbare Rechtsideal der Gerechtigkeit. Soweit es nun das Völkerrecht betrifft, so ist seine spezifische, auf dem Prinzip der kollektiven Sicherheit gründende Funktion der Kriegsverhütung freilich erst ein Produkt unseres Jahrhunderts.²⁾ Das klassische Völkerrecht versuchte zwar die Wirkungen des Krieges zu begrenzen, perhorreszierte ihn aber nicht. Erst bei der Konstruktion des Völkerbundes war das Ideal maßgebend, dass das Völkerrecht einen entscheidenden Beitrag zum Frieden liefern kann.³⁾

Mit der Dominanz des Friedens- oder Gerechtigkeitsideals mag auch das unterschiedliche Erkenntnisinteresse „formal“ oder „material“ orientierter Juristen zusammenhängen. Ein kritischer, wertrelativistischer Rechtspositivist wird sich bei rechtspolitischen Überlegungen eher den relativ technischen Fragen der Streitbeilegung als den Problemen der Herstellung von Gerechtigkeit widmen.

Hans Kelsen hat sich in der Phase des Niedergangs des Völkerbundes und der Gründung der Vereinten Nationen intensiv mit der Frage befasst, wie man den Völkerbund reformieren und überhaupt das Völkerrecht besser in den Dienst der Friedenssicherung stellen könnte.

Im Rahmen der Völkerrechtslehre Kelsens⁴⁾ spielen im Wesentlichen drei einander überlagernde und ergänzende Aspekte eine Rolle: Zunächst geht es um die Erfassung völkerrechtlicher Phänomene mit den Mitteln der Reinen Rechtslehre.⁵⁾ Die späte Zwischenkriegszeit, besonders der Wechsel nach Genf,⁶⁾ brachte Kelsen in eine enge Verbindung mit dem Völkerbund. So sehr diese Institution auch einen ideellen Fortschritt für die Menschheit bedeutete, so wenig zeigte sie sich in der Lage, ihrer zentralen Aufgabe, der Sicherung

*) Erstveröffentlichung in *Walter/Jabloner*, Hans Kelsens Wege sozialphilosophischer Forschung 57.

¹⁾ Vgl. grundsätzlich *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 38.

²⁾ Vgl. z.B. *Verdross/Simma*, Völkerrecht 139.

³⁾ Vgl. *Kimminich*, Völkerrecht 142.

⁴⁾ Vgl. nunmehr umfassend *Rub*, Völkerrechtslehre.

⁵⁾ Hervorgehoben seien die Kritik am Begriff der Souveränität, an der Vorstellung der Staaten als Normadressaten oder die Behandlung des Problems des Verhältnisses zwischen dem Völkerrecht und dem staatlichen Recht in allen seinen Facetten. Vgl. insbesondere *Kelsen*, Souveränität.

⁶⁾ Vgl. *Bersier-Ladavac*, Hans Kelsen à Genève.

des Friedens, nachzukommen. Kelsens Kritik am Völkerbund ist mit konkreten rechtstechnischen Reformvorschlägen verbunden.⁷⁾ Freilich geht Kelsen immer deutlicher über den Bereich der Rechtstechnik hinaus und entwickelt eine Evolutionstheorie des Völkerrechts. Der dritte Aspekt der Befassung Kelsens mit der Völkerrechtslehre ist dann schließlich nach 1945 die Bearbeitung des positiven Völkerrechts, namentlich der UN-Charter.

Kelsen war keineswegs der naiven Ansicht, der Weltfrieden könne allein durch eine zweckgerichtete Konstruktion des Völkerrechtes gewährleistet werden. Gelegentlich wird gegen ihn der merkwürdige Vorwurf erhoben, er habe sich nicht um die eigentlichen Probleme gekümmert.⁸⁾ Aber Kelsen ging es eben darum, seine spezifischen rechtstechnischen Kenntnisse als Jurist zur Verfügung zu stellen und nicht allgemeine politische oder historische Thesen zu vertreten.⁹⁾

Später, im genauen Vergleich mit dem Friedensmechanismus nach der UN-Charter, hat Kelsen sehr deutlich die Vorzüge und Nachteile des Völkerbundes beurteilen können:¹⁰⁾ Die Konstruktion, Zwangsmaßnahmen nur als Sanktionen gegen Verletzungen des Völkerrechtes zuzulassen, begünstigte die Tendenz der Verdichtung des Völkerrechtes im Sinne einer „Verrechtlichung“ der Völkergemeinschaft. Den entscheidenden Nachteil des Völkerbundes sah Kelsen indessen darin, dass die Anwendung von Zwangsmaßnahmen nicht einem zentralen Organ vorbehalten blieb, sondern im Wege der Selbsthilfe von den einzelnen Staaten selbst wahrgenommen werden sollte.

Kelsens zentrales Anliegen war die Schaffung einer obligatorischen internationalen Gerichtsbarkeit.¹¹⁾ In ihr sah Kelsen im Prozess der Zentralisation der Völkerrechtsgemeinschaft den notwendigerweise zunächst zu setzenden Schritt.¹²⁾ Kelsen verkannte die mit der Errichtung eines solchen Gerichtes verbundenen Probleme nicht. Beim Versuch, den Einwand zu entkräften, ein Gericht könne keine politischen Konflikte lösen, bringt Kelsen Überlegungen ins Spiel, die wir sinngemäß schon aus der Diskussion um die Verfassungsgerichtsbarkeit kennen. Im Besonderen setzt Kelsen auf eine Verfeinerung des Rechts durch die zu erwartende extensive richterliche Rechtsfortbildung.¹³⁾ Um das Spannungsverhältnis zwischen obligatorischer Justiz und Staatensou-

7) Vgl. z.B. *Kelsen, Rechtstechnik und Abrüstung*; *Kelsen, Die Technik des Völkerrechts*; *Kelsen, Völkerbundstatut*; *Kelsen, Zur Reform des Völkerbundes*; *Kelsen, Revision*.

8) So *Kennedy, Kelsen als Pragmatist* 114.

9) Nach *Kelsen* sind wissenschaftliche Aussagen zur Friedenssicherung möglich, wenn das Friedenspostulat vorausgesetzt wird und die zum Frieden führenden – insbesondere rechtstechnischen – Mittel untersucht werden – vgl. *Kelsen/Rappard, Penser à l'après-guerre*, 44. Zum Verständnis von Rechtstechnik aus der Sicht der Reinen Rechtslehre vgl. allgemein *Kelsen, Völkerbundstatut*.

10) Vgl. *Kelsen, Collective Security* 787.

11) Vgl. zum folgenden auch *Rub, Hans Kelsens Völkerrechtslehre* 293.

12) So verwarf er einen französischen Vorschlag vom Beginn der Dreißiger Jahre, den Völkerbund zu bewaffnen ohne zugleich eine obligatorische Gerichtsbarkeit einzuführen, vgl. *Kelsen, Rechtstechnik und Abrüstung* 881.

13) Vgl. namentlich *Kelsen, Revision* 400.

veränität zu mildern, überträgt Kelsen die zum Mehrheitsprinzip führende Argumentation aus der Demokratietheorie auf die völkerrechtliche Ebene. Dies in der Hoffnung, dass die Staaten es als mit der Souveränität noch am ehesten für vereinbar halten könnten, in einem gerichtlichen Organ überstimmt zu werden.¹⁴⁾ Auch die einer Lösung durchaus noch harrende schwierige Problematik der Richterbestellung wird in diesem Zusammenhang aufgeworfen.¹⁵⁾

II. Evolution des Rechts

Kelsen blieb nicht bei bloßer Rechtstechnik stehen, sondern trachtete danach, sein Konzept – stets mit dem obligatorischen Völkergerichtshof im Focus – in einen rechtssoziologischen Rahmen zu stellen.

Vor näheren Ausführungen dazu sollte zweckmäßigerweise kurz die Funktion der Rechtssoziologie bei Kelsen beleuchtet werden.¹⁶⁾ Nach einem verbreiteten Vorurteil stehen ja Reine Rechtslehre oder überhaupt jede Art von normativistischer Rechtslehre und Soziologie zueinander im schärfsten Gegensatz. In der Tat hat Kelsen stets die (Rechts)soziologie in die Schranken gewiesen, wenn es darum ging, die Möglichkeit, ja Notwendigkeit einer normativen Betrachtung des Rechts – genauer gesagt: einer empirischen Rechtswissenschaft, deren Gegenstand Rechtsnormen bilden – gegen einen „Soziologismus“ zu verteidigen.

Dass es andererseits eine Rechtssoziologie auch vom Standpunkt der Reinen Rechtslehre hergeben muss, liegt auf der Hand. Da das Recht zweifellos auch ein gesellschaftliches und ein historisches Phänomen ist, kann die normative Rechtswissenschaft eine Rechtssoziologie ebenso wenig wie eine Rechtsgeschichte ausschließen. Kelsen legt dar, dass namentlich jene Ideologien, die die Rechtserzeugung, -anwendung und -befolgung begleiten, und unter denen die Idee der Gerechtigkeit die wesentliche Rolle spielt, zu untersuchen seien. Darin läge der spezifische Gegenstand der Rechtssoziologie.¹⁷⁾ Zu ihr hat Kelsen einen bedeutenden Beitrag geleistet.¹⁸⁾

Freilich sind auch schon jene Argumentationen im Kernbereich der Reinen Rechtslehre, die darauf gerichtet sind, ideologische Elemente der traditionellen Rechtswissenschaft zu enthüllen und überholte, weil diesen Ideologien verpflichtete, Konstruktionen des positiven Rechts zu kritisieren, ihrem theoretischen Status nach zur Rechtssoziologie zu zählen. Wie anders sollte man auch etwa eine Überlegung einordnen, die Kelsen unter die Überschrift „Die ideologische Funktion des Dualismus von Staat und Recht“¹⁹⁾ stellt. So gese-

¹⁴⁾ Vgl. *Kelsen*, *The Strategy of Peace* 386.

¹⁵⁾ Vgl. *Kelsen*, *Essential conditions* 85.

¹⁶⁾ Zum folgenden sei pauschal auf *Treves*, *Kelsen y la sociologia* 195 (hier allerdings nicht rezipiert) und auf *Dreier*, *Rechtslehre* 136 hingewiesen.

¹⁷⁾ Vgl. *Kelsen*, *General Theory* 174.

¹⁸⁾ *Kelsen*, *Vergeltung und Kausalität*.

¹⁹⁾ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² 288.

hen, bildet also schon die Reine Rechtslehre einen Beitrag zur Rechtssoziologie.²⁰⁾

Gegenstand von Kelsens Rechtssoziologie ist nun nicht allein die Entwicklung der Rechtsidee, also der ideologiekritische Aspekt, sondern auch die Entwicklung des Rechts selbst.²¹⁾ Interessant ist gerade Kelsens Versuch, in der Entwicklung der Strukturen des Rechts allgemeine soziale Gesetzmäßigkeiten zu erkennen. Wie in der Ideologiekritik folgt Kelsen auch hier dem Modell der Evolution.²²⁾ Er sieht die jeweilige geschichtliche Entwicklung des Rechts durch zwei Elemente charakterisiert: Steigende Zentralisation und zunehmende Arbeitsteilung. Die Funktionen der Rechtserzeugung und der Rechtsanwendung, die ursprünglich allen Mitgliedern der Gemeinschaft zukämen, gingen nach und nach auf spezialisierte Individuen über.

Die ursprünglich vollkommen dezentralisierte Rechtsordnung sei durch Rechtserzeugung mittels Gewohnheitsrecht und Rechtsanwendung mittels des Prinzips der Selbsthilfe gekennzeichnet. An die Struktur „Rechtsetzung und Rechtsanwendung“ anknüpfend, liegt für Kelsen der springende Punkt der Rechtsevolution nun darin, dass die Zentralisation der Rechtsanwendung jener der Rechtsetzung voranginge. Der erste Schritt der Zentralisation sei nämlich die Einrichtung von Gerichten, die das nach wie vor dezentral erzeugte Gewohnheitsrecht auf konkrete Fälle anwendeten. Die Jahrtausende alte Institution des rechtsanwendenden Richters ersetze das noch ältere Prinzip der Selbsthilfe durch Blutrache. Durch die Gerichte erfolge bereits eine Rechtsfortbildung, sei diese unter der Geltung des Gewohnheitsrechtes auch als bloße Rechtsanwendung verschleiert.

Kelsen beleuchtet nun noch genauer den Prozess der Zentralisation der Rechtsanwendung:²³⁾ Man habe zwischen den „Phasen“ der Feststellung der die Sanktion auslösenden Tatsachen, der Anordnung der von der generellen Norm festgelegten Sanktion auf den konkreten Fall und der Vollstreckung der Sanktion zu unterscheiden. Gerichte seien zunächst „tribunals of arbitrations“ gewesen. Sie hätten allein darüber zu entscheiden gehabt, ob ein Delikt tat-

²⁰⁾ Damit soll auch zum Ausdruck kommen, dass es keinesfalls einen „Bruch“ im Denken *Kelsens* gibt, sondern eher die konsequente Fortführung von Tendenzen, die im Werk von Anfang an angelegt sind.

²¹⁾ *Kelsen* kennt „Rechtssoziologie“ anscheinend in drei Bedeutungen: Erstens im Sinne ideologiekritischer Untersuchungen, insbesondere zur Idee der Gerechtigkeit, zweitens im Zusammenhang mit der hier skizzierten Evolutionstheorie des Rechts als Analyse der sozialhistorischen Entwicklung („Genese“) des Rechts, und schließlich stellt für *Kelsen* drittens die eigene normative Rechtstheorie auch eine rechtssoziologische Theorie dar, „inasmuch as sociology is also concerned with the typical forms of society, forms which are determined by the particular formation of the norms constituting the social groups“ – vgl. *Kelsen*, Centralisation and Decentralisation 2 und auch schon *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre 16.

²²⁾ Diesen Gedankengang vertritt *Kelsen* in einer ganzen Reihe von einschlägigen Schriften aus dieser Zeit. Vgl. besonders: *Kelsen*, Social Technique; *Kelsen*, Peace through Law; *Kelsen*, Revision; *Kelsen*, Law and Peace in international relations; vgl. zum folgenden auch *Rub*, Hans Kelsens Völkerrechtslehre 296.

²³⁾ Vgl. zum folgenden vor allem: *Kelsen*, Social Technique.

sächlich begangen worden sei und ob die eine Streitpartei ermächtigt sei, gegen die andere Exekution zu führen, sofern der Konflikt nicht durch eine friedliche Vereinbarung zwischen den Streitparteien habe beigelegt werden können. Friedliche Streitbeilegung und damit der Ersatz der Blutrache sei die erste Aufgabe der Gerichte gewesen. Erst in einem noch späteren Stadium des Zentralisationsprozesses werde auch die Zwangsvollstreckung einem zentralen Organ der Rechtsgemeinschaft übertragen. Dazu benötige die Rechtsgemeinschaft aber nicht nur Gerichte, sondern auch eine machtvolle Exekutive. Erst dann sei eine Zentralisationsstufe erreicht, auf der man von einem „Staat“ sprechen könne.

Die dritte – viel spätere – Phase in der Evolution des Rechts wird für Kelsen mit der Zentralisation der Rechtsschöpfung durch die Einrichtung spezialisierter Organe, namentlich von Parlamenten, erreicht. Dieses allgemeine Strukturmodell, das Kelsen aus der Entwicklung einzelner Rechtsordnungen gewinnt, wird nun auf die Entwicklung des Völkerrechtes angewendet.

Kelsen geht dabei allerdings über die Feststellung bloßer historischer Regelmäßigkeiten hinaus und bringt als verbindendes Element das Bild vom sogenannten biogenetischen Gesetz ins Spiel, also jener evolutionären Vorstellung, nach der die Entwicklung des Einzelmenschen analog zur Entwicklung der Menschheit verlaufe.²⁴⁾ Dementsprechend ginge der Evolutionsprozess des Völkerrechtes analog zu jenem des innerstaatlichen Rechts vor sich. Im Umstand, dass die Zentralisation der Rechtsanwendung der Zentralisation der Rechtsschöpfung vorausginge, zeige sich eine bestimmte Regelmäßigkeit der Evolution, die in der „soziologischen und speziell in der soziopsychologischen Natur des Rechts ihre Grundlage“ habe. Mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit ließe sich daher vorhersagen, dass die Entwicklung des Völkerrechtes von denselben Tendenzen beherrscht sei wie die Entwicklung des nationalen Rechts. Ausgehend von der Prämisse, dass das Völkerrecht in den Dienst des Friedens gestellt werden sollte, sieht Kelsen die Realisierungschancen solcher Versuche steigen, wenn auf die generellen Tendenzen der Rechtsentwicklung Rücksicht genommen werde.

Sieht man von Max Weber ab,²⁵⁾ so haben Rechtssoziologie und Rechtsgeschichte erst spät begonnen, sich mit der Evolution der Struktur von Rechtssystemen zu befassen. Liest man bei Luhmann nach, der neuerdings eine sehr ausgebaute Theorie der Rechtsevolution vorgelegt hat,²⁶⁾ so erscheint der Leitgedanke Kelsens, die Entwicklung des Rechts als Prozess der Zentralisation von Kompetenzen und „Ausdifferenzierung“ von Funktionen zu begreifen, durchaus bestätigt.²⁷⁾ Dazu als Beispiel: Für Luhmann steht am Anfang der Rechtsentwicklung ein Zustand, in dem nicht unterschieden werden kann, ob

²⁴⁾ Vgl. zum folgenden *Rub.*, Hans Kelsens Völkerrechtslehre 296. *Kelsen*, Die Technik des Völkerrechtes 245, formuliert im Übrigen sehr vorsichtig, z.B. „Wenn es gestattet ist, auf dem Gebiet des Rechts Analogien aus dem Gebiet der Natur heranzuziehen“; er war sich also der Problematik des Ansatzes bewusst.

²⁵⁾ Vgl. *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft* 387, 815.

²⁶⁾ *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft* 239.

²⁷⁾ *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft* 258.

der, der eine Norm bricht, dies „einfach tut oder ob er es tut, weil er sich selbst im Recht glaubt“.²⁸⁾ Die von Luhmann beschriebene erste evolutionäre Leistung, die in der Unterscheidung von streitigen und unstreitigen Fällen besteht, bringt aber einen nur von einem Gericht zu befriedigenden Entscheidungsbedarf mit sich. Freilich verfolge dieses Gericht zunächst bloße Schlichtungsziele. Erst auf der nächsten Evolutionsstufe würden die Gerichte jene Instrumente ausdifferenzieren, die es dem Richter ermöglichen, Argumente ad hoc und ad hominem zurückzuweisen, also – in der Sprechweise Kelsens – richterliche Rechtsfortbildung. Damit soll Kelsens Skizze nicht überschätzt werden, doch in der Tendenz erscheint sie als durchaus innovativer Beitrag.

Zum anderen sollte auch nicht außer Sicht geraten, dass es Kelsen vor allem darum ging, den weit verbreiteten Einwand zu entkräften, dass die Etablierung eines solchen Gerichtes bereits die Zentralisierung der Rechtsetzung voraussetze und andererseits auch von einer bereits zentralisierten Exekution abhängig sei. Kelsen versucht darzulegen, dass es unverändert bei der Rechtserzeugung durch Gewohnheitsrecht und bei der Exekution vermittels Selbsthilfe bleiben könne, wenn nur der entscheidende Schritt der Einrichtung eines internationalen Gerichtes gesetzt werde, ein Unternehmen, das man nur noch nicht ernsthaft gegen in Angriff genommen habe.²⁹⁾

III. Der menschliche Faktor

Kelsens Gedanken zur Evolution des Rechts führen zur Frage, ob er von einem bestimmten Bild des Menschen und seiner Entwicklung geleitet war. Obzwar für Kelsen normative Strukturen im Vordergrund stehen, hat er ja stets deutlich betont, dass das Recht eine Sozialtechnik zur Steuerung menschlichen Verhaltens sei.³⁰⁾ Trotz einer gewissen Unschärfe des Begriffs erscheint es sinnvoll, in diesem Zusammenhang nach dem „Menschenbild“ Kelsens zu fragen. Die hier in Rede stehenden Aspekte werden von Kelsen zwar nicht systematisch behandelt, die Konturen sind aber klar erkennbar.

Aus dem Blickpunkt der Reinen Rechtslehre gehören diese Ansätze zum Thema der Wirksamkeitsbedingungen für Normen, aus dem Blickpunkt der von Kelsen entwickelten Demokratie- und Friedenskonzepte zum Thema der Funktionsbedingungen für diese.³¹⁾

Für Kelsen ist das Recht die spezifische Sozialtechnik einer Zwangsordnung.³²⁾ Das Zwangsmoment – konstitutiv für die Rechtsnorm und diese von anderen sozialen Normen unterscheidend – meine den gesellschaftlich organisierten, äußeren Zwang, der auf den Menschen ausgeübt wird. Davon sei der psychische Zwang als Merkmal aller sozialen Ordnungen zu unterscheiden. Er

²⁸⁾ Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* 260.

²⁹⁾ Vgl. den Fehlschlag des Genfer Protokolls von 1925, das eine obligatorische Völkergerichtsbarkeit vorgesehen hätte. Dazu näher: *Rub*, *Hans Kelsens Völkerrechtslehre* 295.

³⁰⁾ Vgl. *Kelsen, Social Technique*.

³¹⁾ Vgl. *Dreier, Rechtslehre* 271.

³²⁾ Vgl. etwa: *Kelsen, Social Technique*.

sei eine Form der Motivation, d.h. des Zwangs in einem psychologischen Sinn. Kelsen unterscheidet die Zwangstechnik der indirekten Motivation durch Strafe von der direkten Motivation als Technik der freiwilligen Befolgung von Normen. Es leuchtet ein, dass die Wirksamkeit einer Rechtsordnung hauptsächlich auf dieser direkten Motivation, also auf dem Regelfall der Befolgung von Rechtsnormen und nicht auf dem Ausnahmefall der zwangsweisen Herstellung des gesollten Zustandes beruhen muss.

Kelsens sozialpsychologische Überlegungen finden sich im Zusammenhang seiner eng miteinander verwandten Konzepte von Demokratie und Friedenssicherung. In seiner Schrift *Staatsform und Weltanschauung* aus 1933 entwickelt Kelsen die Idee der parlamentarischen Demokratie gleichsam am roten Faden der Ideale von 1789: Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit.³³⁾ Da es der tiefste Sinn des demokratischen Prinzips sei, dass die Freiheit auch für das als wesensgleich empfundene Du gewollt werde, würde zur Freiheit auch die Gleichheit hinzutreten und damit das Mehrheitsprinzip rechtfertigen.

Kelsen fragt nun nach dem entsprechenden Charaktertypus und findet ihn bei jenem Menschen ausgeprägt, dessen Grunderlebnis das *Tat wam asi*³⁴⁾ sei, der Mensch, in dem, so er sich dem andern gegenüber sähe, eine Stimme spräche: das bist du. Es sei der Typus des relativ herabgesetzten Ich-Gefühls, der Typus des sympathisierenden, friedliebenden, nicht aggressiven Menschen, des Menschen, dessen primärer Aggressionstrieb nicht so sehr nach außen, sondern nach innen gekehrt sei und sich hier als Neigung zu Selbstkritik und erhöhte Disposition für Schuldgefühl und Verantwortungsbewusstsein äußere.

Die Demokratie sei ein dem Autoritätsprinzip nicht günstiger Boden. Ihrer Idee nach sei sie eine „vaterlose Gesellschaft“. Ihr Prinzip sei die Koordination, ihre primitivste Form: Die mutterrechtliche Bruderschaft. „Und so steht in einem tieferen Sinn als es je gemeint war über der Demokratie das Dreigestirn der französischen Revolution: Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit.“

Die Brücke zum Problemkreis des Pazifismus wird mit Überlegungen geschlagen, die Kelsen 1928 in der Abhandlung *Das Problem der Souveränität* und die Theorie des Völkerrechts anstellt. Dort wird die zunächst rechtstheoretische Problematik des Primates entweder des Völkerrechtes oder der staatlichen Rechtsordnung schließlich unter der Kapitelüberschrift „Die erkenntnistheoretische und ethisch-politische Bedeutung der beiden juristischen Grundhypothesen“ behandelt. Als diese Grundhypothesen sieht Kelsen einerseits die

³³⁾ Vgl. *Kelsen, Staatsform und Weltanschauung* 1927.

³⁴⁾ Dieser Gedankengang findet sich bei *Kelsen* schon früh – vgl. den 1913 veröffentlichten Aufsatz: *Kelsen, Politische Weltanschauung und Erziehung* 1506. Das Prinzip des *Tat wam asi* oder *Tat tvam asi* stammt aus der indischen Philosophie und kommt im 6. Kapitel der *Chandogya Upanisad* vor. Der Satz spricht die Identität von Ich und „Nichtich“, Selbst und „Außenwelt“ aus – vgl. *Hoffmeister, Wörterbuch* 602 – und stellt eine Art „Basismuster“ für reich verzweigte mystische Betrachtungen in Religion und Philosophie dar. *Kelsens* Kenntnis des *Tat wam asi* geht wahrscheinlich auf seine frühe Befassung mit *Schopenhauer* zurück – vgl. *Schopenhauer, Grundprobleme* IV § 22; *ders., Die Welt als Wille und Vorstellung* III § 44; vgl. *Métall, Kelsen* 3; vgl. auch *Dreier, Rechtslehre* 273.

subjektivistische, andererseits die objektivistische Weltanschauung: Subjektivismus sei die Verfängenheit in der Vorstellung, die ganze Welt nur als eigenen Willen begreifen zu können. Die Ausschließlichkeit der Souveränität, die Einzigkeit des souveränen Staaten-Ichs sei „nur die Analogie, ist mehr als die Analogie der unentrinnbaren solipsistischen Konsequenz des Subjektivismus“.

Objektivismus dagegen sei die Voraussetzung einer vorgegebenen Welt, deren „Subjektivationen oder Konkretisationen, deren nur sehr ephemere und vorläufige Erscheinungsformen die erkennenden und wollenden Individuen sind [...]“³⁵. Darin läge das Vorbild für die „Hypothese einer Weltrechtsordnung, der auf der Objektivität des Rechts fußenden Theorie vom Primat des Völkerrechts [...]“³⁶.

Zwischen Erkenntnis und politischer Praxis besteht für Kelsen ein Zusammenhang, der zwar logisch-systematisch nicht nachweisbar, aber faktisch hergestellt werde durch die Charaktereinheit des erkennenden und wollenden Subjekts. Eine bestimmte Weltanschauung verbinde sich einer spezifischen Lebensanschauung, eine Erkenntnistheorie einer ethisch-politischen Überzeugung, weil Weltanschauung und Lebensanschauung letztlich in der Eigenart eines und desselben Charakters wurzeln. Es sei derselbe Mensch, der auf Grund letzter und unkontrollierbarer Bestimmungen zwischen den sich ihm darbietenden Welt- und Lebensanschauungen zu wählen und so für sich eine Entscheidung zu treffen hätte, die objektiver Wissenschaft versagt bliebe.

Es ist unschwer zu erkennen, dass Kelsen bei diesen Ausführungen vom Gedankengebäude Sigmund Freuds beeinflusst ist. Freud hat auf Kelsen namentlich mit den Schriften Totem und Tabu (1912/13) und Massenpsychologie und Ich-Analyse (1921)³⁵ starken Einfluss ausgeübt: Seitdem deutet Kelsen das „totemistische System“ als Staatstheorie der Primitiven und setzt damit einen Ansatzpunkt für die Entfaltung seiner ideologiekritischen Schriften.³⁶)

In den oben zitierten Arbeiten versucht Kelsen darüber hinaus, seinen eigenen weltanschaulichen Überlegungen eine sozialpsychologische Fundierung zu geben. Horst Dreier sieht darin allerdings kritisch bloß eine psychologische Verkürzung.³⁷)

Im Laufe seines Schaffens hat Freud die über die therapeutische Anwendung hinausgehenden Aspekte der Psychoanalyse stetig weiterentwickelt. Für unseren Zusammenhang war der Schritt wesentlich, den Freud als Anwender analytischer Einsichten vom Individuum zur Gruppe und Masse setzte. In Massenpsychologie und Ich-Analyse behandelt Freud die Identifizierung des Individuums mit seinen Mitmenschen auf Grund gemeinsamer Über-Ich-Figuren oder gemeinsamer Ich-Ideale.³⁸) Kelsens Freud-Rezeption ist in diesem Punkt nicht explizit und betrifft nur die vielleicht vereinfachte Vorstellung, dass in der menschlichen Psyche eine normative – gebietende, verbietende – Kontrollinstanz wirke. Die relative Unschärfe der Anknüpfung an Freud –

³⁵) Vgl. in *Freud/Grubich-Simitis*, Freud, Werkausgabe II 201, 427.

³⁶) *Kelsen*, Der Begriff des Staates.

³⁷) Vgl. Dreier, Rechtslehre 274.

³⁸) Vgl. *Freud*, Einleitung zu *Freud/Grubich-Simitis*, Werkausgabe II, 17.

wir werden später bei Norbert Elias einer ähnlichen Situation begegnen – hat ihre Ursache wohl auch in der wechselnden Terminologie, mit der Freud den psychischen Kontrollapparat beschreibt.³⁹⁾

Im Wesentlichen rezipiert Kelsen die Konstruktion des Ich-Ideals in seiner sozialen Dimension. Demnach baue sich das kollektive Ideal aus übereinstimmenden individuellen Ich-Idealen auf, indem die Individuen ein- und dasselbe Objekt an die Stelle ihres Ich-Ideals setzten und sich infolge dessen in ihrem Ich miteinander identifizierten. Schlüsselbegriffe sind somit einerseits die Idealisierung und andererseits die Identifikation. Beim demokratisch und pazifistisch temperierten rationalen Menschen sieht Kelsen offensichtlich das Ideal der „Gleichheit mit dem Du“ an die Stelle der Unterwerfung unter die Autorität treten. Wenn Kelsen in diesem Zusammenhang vom Ideal der „Brüderlichkeit“ – in seiner Substanz ein säkularisierter Begriff der christlichen Nächstenliebe – spricht, bewegt er sich an der Grenze einer religiösen Fundierung seiner Weltanschauung.

Hier stehen mehrere Deutungswege offen, die jedoch – da sie uns in den Bereich der Spekulation führen – nur angedeutet bleiben können: Das schon zitierte Prinzip des *Tat wam asi* könnte ein Nachwirken der von Métall berichteten Befassung des jungen Kelsen mit der Philosophie Schopenhauers sein.⁴⁰⁾ Kelsen mag auch unter dem unmittelbaren oder mittelbaren Einfluss von zeitgleichen Philosophen gestanden sein, die die Ich-Du-Dimension in das Zentrum stellten, wie etwa Franz Rosenzweig, Martin Buber oder Ferdinand Ebner. Schließlich ist auf eine merkwürdig zweideutige Äußerung Freuds im Anhang seines Aufsatzes aus 1921 hinzuweisen,⁴¹⁾ die vielleicht ein Licht auf die Gedanken Kelsens werfen kann.

IV. Zivilisation

Kelsens Überlegungen, die auf einem Zusammenspiel der Entwicklung rechtlicher Instrumente auf der einen und der angedeuteten Formung des Menschen auf der anderen Seite beruhen, können meines Erachtens als Spielart einer Zivilisationstheorie gedeutet werden.⁴²⁾

³⁹⁾ Vgl. *Laplanche/Pontalis*, Vokabular I, 202.

⁴⁰⁾ Vgl. FN 34.

⁴¹⁾ *Freud*, Einleitung zu *Freud/Grubich-Simitis*, Werkausgabe II, 475, spricht hier davon, dass die Kirche nicht nur fordere, dass jeder Christ Christus als ein Ideal liebe und sich den anderen Christen durch Identifizierung verbunden fühle, sondern dass er überdies sich umgekehrt mit Christus identifizieren und die anderen Christen so lieben sollte, wie Christus sie geliebt hat. Die Kirche fordere also an beiden Stellen die Ergänzung der durch die Massenbildung gegebenen Libidoposition. In der Folge beurteilt *Freud* diese Interpretation freilich pessimistisch und wohl in Richtung auf eine Überforderung des Menschen.

⁴²⁾ Als politisches Konzept wird unter „Zivilisation“ ein sich globalisierender Prozess des Verzichtes auf willkürliche Gewaltanwendung und der Unterwerfung unter die „rule of law“, insbesondere die Menschenrechte, – mit der Kompetenz zur zwangsweisen Durchsetzung des Rechts – in einem Rahmen der wissenschaftlichen und industriellen Entwicklung im weitesten Sinn verstanden (vgl. in betont idealistischem Duktus

Eine wissenschaftliche Theorie der Zivilisation, die für unser Thema höchst relevant erscheint, hat Norbert Elias aufgestellt. Abgesehen vom Aspekt der etwa gleichzeitigen Entwicklung der Theorien von Kelsen und Elias interessiert an der Lehre von Elias ihr kaum rezipierter rechtssoziologischer Aspekt, vor allem aber das gegenüber Kelsen wesentlich differenziertere Eingehen auf die psychosoziale Komponente. Dazu kommt, dass beide Theorien Elemente der Sozialpsychologie Freuds in je spezifischer Weise verarbeiten.

Elias hat seine Theorie namentlich im zweiten Teil seines Hauptwerkes Über den Prozess der Zivilisation. Soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen entwickelt.⁴³⁾ Es handelt sich um eine sehr ausgebaut und verfeinerte Theorie, die im Folgenden nur in ganz grobem Umriss und auch nur mit eingengter Blickrichtung auf das hier zu behandelnde Thema skizziert werden kann:⁴⁴⁾

Elias analysiert anhand eines reichen Anschauungsmaterials die gesellschaftliche Entwicklung einiger europäischer Nationalstaaten, namentlich Frankreichs, von den Feudalgesellschaften des Frühmittelalters bis zum höfischen Absolutismus des 18. Jahrhunderts. Zwei miteinander verflochtene interdependente Prozesse werden beschrieben: Auf der einen Seite die Soziogenese als Prozess der Herausbildung gesellschaftlicher Strukturen, insbesondere des Staates, gekennzeichnet durch eine steigende Monopolisierung von Gewalt in wachsenden territorialen Einheiten. Der Monopolmechanismus, der zur Staatenbildung – und darüber hinaus – führe, erscheint als Zusammenspiel des Bodenmonopols, des Gewaltmonopols und des damit verbundenen Steuermonopols: Die dauerhafte Zentralisierung der Macht setze einen Zwangsapparat voraus, der nur über Steuern finanziert werden könne, deren Eintreibung aber wiederum eine bestimmte Stufe der Zentralisierung staatlichen Zwanges voraussetze.⁴⁵⁾

Auf der anderen Seite geht es um die Psychogenese im Sinn der Wandlungen der menschlichen Persönlichkeitsstrukturen. Sie kommen als „Zivilisierung“ in Verhaltensänderungen zum Ausdruck. Elias stellt die Frage, welche spezifischen Veränderungen nun den Menschen „zivilisieren“ und beantwortet dies in einer Schlüsselstelle wie folgt: „Von den frühesten Zeiten der abendländischen Geschichte bis zur Gegenwart differenzieren sich die gesellschaftlichen Funktionen unter einem starken Konkurrenzdruck mehr und mehr. Je mehr sie sich differenzieren, desto größer wird die Zahl der Funktionen und damit der Menschen, von denen der Einzelne bei allen seinen Verrichtungen, bei den simpelsten und alltäglichsten ebenso wie bei den komplizierteren und selteneren, beständig abhängt. Das Verhalten von immer mehr Menschen muss aufeinander abgestimmt, das Gewebe der Aktionen immer genauer und straffer

Collingwood, Leviathan 280; *Jackson*, Quasi-states 142). Dieses Konzept bildet seit der Mitte dieses Jahrhunderts ein überragendes Paradigma für die Gestaltung der internationalen Beziehungen – jedenfalls für die westliche Welt.

⁴³⁾ Vgl. *Elias*, Zivilisation II. Vgl. dort insbesondere den „Überblick“ (434).

⁴⁴⁾ Für die folgenden Ausführungen vgl. die zusammenfassende Darstellung von *Baumgart/Eichener*, Elias 55.

⁴⁵⁾ *Elias*, Zivilisation II, 172, vgl. auch 302.

durchorganisiert sein, damit die einzelne Handlung darin ihre gesellschaftliche Funktion erfüllt. Der Einzelne wird gezwungen, sein Verhalten immer differenzierter, immer gleichmäßiger und stabiler zu regulieren.⁴⁶⁾ Im Einzelnen verfestige sich neben der bewussten Selbstkontrolle zugleich eine automatisch und blind arbeitende „Selbstkontrollapparatur“, werden Zwänge der Menschen aufeinander in Selbstzwänge umgesetzt,⁴⁷⁾ werde ein Teil der Spannungen, die ehemals unmittelbar im Kampf zwischen Mensch und Mensch zum Austrag kamen, als innere Spannung im Kampf des Einzelnen mit sich selbst bewältigt.⁴⁸⁾ Die durch das Gewaltmonopol entstehenden „befriedeten Räume“⁴⁹⁾ ermöglichten die Affektkontrolle des Einzelnen durch Selbstzwang und hingen gleichermaßen selbst von dieser Charakterformung ab.

Die soziogenetische Seite der Elias'schen Theorie klingt vertraut:⁵⁰⁾ Der „Monopolmechanismus“ mit der Betonung des Steuermonopols als wesentliches Merkmal des Staates entspricht der berühmten Definition Merkl's.⁵¹⁾ Allgemeiner gesagt: Auch die Soziogenese kann – quasi von der anderen Seite her – nur erbringen, dass als Staaten relativ zentralisierte, effektive Zwangsordnungen zu deuten sind.⁵²⁾

Wichtiger für die Ergänzung unseres Gesamtbildes ist aber die psychogenetische Seite: Nun ist vorweg zu beachten, dass sich die Zivilisationstheorie von Elias gegenüber dem einleitend skizzierten politischen Zivilisationsparadigma und auch gegenüber den Überlegungen Kelsens nicht unbedingt als ein optimistisches Evolutionsmodell der Menschheit darstellt. Die reine Zentralisierung – ohne gleichzeitige Verrechtlichung – wäre mit der Gefahr der Entwicklung zu einem totalitären „Welpolizeistaat“ verbunden.⁵³⁾

Wesentlich ist, dass wir von Elias eine nicht idealistische Antwort auf die Frage bekommen können, in welcher Weise denn die Menschen dazu gelan-

⁴⁶⁾ Dieses Geflecht zwischenmenschlicher Interdependenzen nennt *Elias* „Figurationen“. „Prozess“ und „Figuration“ sind die Grundelemente seiner Soziologie – näher *Baumgart/Eichener*, Elias 108.

⁴⁷⁾ *Elias*, Zivilisation II, 316, 331.

⁴⁸⁾ *Elias* Zivilisation II, 406.

⁴⁹⁾ *Elias* Zivilisation II, 320. An anderer Stelle (*Zivilisation und Gewalt*, in *Elias*, Studien 225, 232) betont *Elias* das „Doppelgesicht“ des Gewaltmonopols, da der Gebrauch von Gewalt, wie die Ausbildung der Wehrpflichtigen zeigt, keineswegs vollständig perhorresziert wird. Deutlich wird dieses „Doppelgesicht“ auch, wenn man sich mit *Kelsen* immer vor Augen hält, dass das Gewaltmonopol denkbare Gewalt in der Gesellschaft zu verhindern (vgl. z.B. *Kelsen*, General Theory 21), wofür spezifisch ausgebildete Organe erforderlich sind. Von der Tendenz einer absoluten Pazifizierung kann daher keine Rede sein.

⁵⁰⁾ Vgl. insbesondere *Elias*, Zivilisation II, 466.

⁵¹⁾ Vgl. *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht 295. Vgl. weiters *Dux*, Recht als kulturelle Errungenschaft, 129.

⁵²⁾ Vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 289.

⁵³⁾ Diese Problematik wird von *Rub*, Hans Kelsens Völkerrechtslehre 299 präzise thematisiert. Vgl. auch *Baumgart/Eichener*, Elias 105: die Zivilisationstheorie sei keine traditionelle Fortschrittstheorie.

gen, sich selbst im anderen und im anderen sich selbst zu sehen, also jenen Zug der „Brüderlichkeit“ herauszubilden, der für Kelsen so wichtig ist.

Elias sieht den Menschen von seiner Anthropologie her mit dem Vermögen ausgestattet, lernend durch einen Prozess der zunehmenden Sozialisierung zu gehen. Der Mensch sei ein außerordentlich modellierbares und variables Wesen.⁵⁴⁾ Sehr deutlich kommt die gegenseitige Abhängigkeit sozialer und individueller Faktoren zum Ausdruck, wenn Elias folgendes ausführt: „Es handelt sich bei dieser oft beobachteten, geschichtlichen Rationalisierung in der Tat nicht darum, daß im Lauf der Geschichte viele, einzelne Menschen ohne Zusammenhang miteinander, gleichsam auf Grund einer Art von prästabilisierter Harmonie, zur selben Zeit von ‚innen‘ her ein neues Organ oder eine neue Substanz entwickeln, einen ‚Verstand‘ oder eine ‚Ratio‘, die bisher noch nicht da war. Es ändert sich die Art, in der die Menschen miteinander zu leben gehalten sind; deshalb ändert sich ihr Verhalten; deshalb ändert sich ihr Bewußtsein und ihr Triebhaushalt als Ganzes. Die ‚Umstände‘, die sich ändern, sind nichts, was gleichsam von ‚außen‘ an den Menschen herankommt; die ‚Umstände‘, die sich ändern, sind die Beziehungen zwischen den Menschen selbst.“⁵⁵⁾

Auch Elias verwendet eine von Freud inspirierte Terminologie, die jedenfalls durch den Gedanken einer in der menschlichen Persönlichkeit verankerten Kontrollinstanz gekennzeichnet ist:⁵⁶⁾ Freilich sei das „Über-Ich“ „soziogen“.⁵⁷⁾

Mit großer Vorsicht und ohne die immer noch beträchtlichen Unterschiede zu verkennen, die zwischen den Menschenbildern von Kelsen und Elias liegen, lässt sich sagen, dass dessen Zivilisationstheorie Kelsen insoweit ergänzt, als sie das „Menschenbild“ – im Sinne einer spezifischen Formung des Menschen als Funktionsbedingung für Demokratie und Frieden – aus einer relativ vagen quasi-religiösen Sphäre auf eine rationalere Ebene bringt, auf der präzisere Aussagen möglich werden.

Dazu tritt noch folgendes: Der Prozess der Zivilisation und damit einer zumindest relativen Pazifizierung kann – ab einer gewissen Stufe der Reflexion – durch bewusst gesetzte politische Maßnahmen beschleunigt und vertieft werden. Elias nennt als Beispiel die Entwicklung Dänemarks nach der Niederlage gegen Preußen 1866. Der Rückzug von Großmachtvorstellungen ging mit einer breiten Volkshochschulbewegung einher, die die Nation „erneuer-

⁵⁴⁾ Vgl. *Baumgart/Eichener*, Elias 105.

⁵⁵⁾ *Elias*, Zivilisation II, 377.

⁵⁶⁾ Zur Freud-Rezeption durch *Elias* vgl. allgemein *Blomert*, *Psyche und Zivilisation* 9. *Blomert* übt daran Kritik, dass *Elias* nur die repressive Funktion des „Über-Ichs“, nicht aber das Ichideal als quasi positiven Zivilisationsfaktor übernimmt. Hier zeigt sich in der Tat ein wesentlicher Unterschied zu *Kelsen*.

⁵⁷⁾ *Elias*, *Zivilisation* I, 324: „[...] auch jene psychische Struktur, die hier nach dem Vorgang Freuds, wenn auch nicht ganz in seinem Sinne, als ‚Über-Ich‘ bezeichnet ist, in dem einzelnen Individuum, durch die Gesellschaft, in der es heranwächst, ausgeprägt worden ist, dass dieses ‚Über-Ich‘ mit einem Wort soziogen ist.“

te“.⁵⁸⁾ Auch wenn in Dänemark besonders günstige Voraussetzungen für eine dauerhaft friedliche und demokratische Entwicklung bestanden, zeigt dieses Beispiel, dass – wie optimistisch oder pessimistisch man die anthropologischen Prämissen des Menschen auch deutet – verantwortungsvolles politisches Handeln in überschaubaren Zeiträumen zu Veränderungen führen kann. Es liegt auf der Hand, dass zur genannten Entwicklung „Erziehung“ einen wesentlichen Beitrag leisten kann. Dieser Vorgang scheint auf der Ebene der Menschenbildung der von Kelsen herausgestellten Entwicklung rechtstechnischer Instrumente zu entsprechen, die die Eigenart des Rechts immer expliziter zum Ausdruck bringen, zu ihrer Effektivität aber eine bestimmte Menschenformung voraussetzen. Aus dieser Sicht erscheinen Rechtstechnik und Erziehung wie ineinandergreifende Zahnräder.⁵⁹⁾

V. Versuch eines Fazits

Die vorangegangenen Ausführungen waren darauf gerichtet, ein Gedankengebäude zu rekonstruieren, das – auch als Reaktion auf zivilisatorische Zusammenbrüche – etwa um die Mitte dieses Jahrhunderts seinen Höhepunkt erreichte: Die miteinander verbundenen Vorstellungen der Weiterentwicklung (völker)rechtlicher Instrumente und der zivilisatorischen Arbeit am Menschen. Mit dieser zeitlichen Festlegung ist nicht die Absicht einer „Historisierung“ verbunden, aber es entspricht der Erfahrung, dass sich bei Betrachtung aus einer gewissen zeitlichen Distanz die gemeinsamen Strukturen gleichzeitig entstandener Denkgebäude deutlicher abzeichnen.

Zum Abschluss dieser Untersuchung soll der Blick wieder auf die spezifischen Beiträge gerichtet werden, die Hans Kelsen erstattet hat:

Es mag sein, dass Kelsen in der heutigen Völkerrechtslehre keine zentrale Stellung einnimmt. Die Sache liegt allerdings komplizierter als es auf den ersten Blick scheinen mag: Wie schon einleitend betont, wurde das Völkerrecht erst in unserem Jahrhundert explizit in den Dienst des Friedens und umgekehrt die Friedenssicherung unter das Paradigma des Völkerrechtes gestellt.⁶⁰⁾ Im Sinne seines gesamten theoretischen Werkes blieb Kelsen der Vorstellung der Verrechtlichung tief verbunden. Das von allem ideologischen Beiwerk bereinigte Rechtsdenken sollte die notwendigen formalen Instrumente der Rechtsgestaltung – hier: für die Friedenssicherung – bereitstellen. Die Leistung Kelsens lag also darin, das Programm des Völkerbundes beim Wort

⁵⁸⁾ Vgl. *Elias*, *Humana Conditio* 60.

⁵⁹⁾ Zur Bedeutung von Erziehung bei *Kelsen* vgl. auch die frühe – und in manchen Punkten noch undeutliche – Abhandlung *Kelsen*, *Politische Weltanschauung und Erziehung* 1501.

⁶⁰⁾ Zur Geschichte der leitenden Friedensideen vgl. *Janssen*, *Friede* 227 und *Kimminich*, *Völkerrecht* 142. Die Idee der Friedenssicherung durch Völkerrecht ist im übrigen gerade wegen des „Doppelgesichts“ des Gewaltmonopols (vgl. FN 49) nicht unbestritten – heftig ablehnend und für das Konzept „peace by peaceful means“ eintretend z.B. *Galtung*, *Keynote adress* 9. Vgl. ferner *Scheler*, *Die Idee des Friedens*, besonders 44.

zu nehmen und die entsprechenden rechtstechnischen Konsequenzen aufzuzeigen. In diesem Rahmen ist der zentrale Vorschlag Kelsens nach der Etablierung einer obligatorischen internationalen Gerichtsbarkeit von äußerster Systemkonsequenz.

Freilich trat das Völkerrecht mit der Errichtung der Vereinten Nationen und insbesondere mit den Regelungen über Zusammensetzung und Kompetenzen des Sicherheitsrates in eine neue Periode ein. Zwar wurde mit dem Sicherheitsrat ein zentrales Organ zur verbindlichen Anordnung der Gemeinschaftsanktionen geschaffen, aber eben ein politisches Friedenssicherungsinstrument und gerade kein Gericht.⁶¹⁾ Damit nahm das Völkerrecht in diesem zentralen Punkt nicht die von Kelsen geforderte Richtung.

In einem Aufsatz aus 1946 beschreibt Kelsen das neue Paradigma vollkommen präzise:⁶²⁾ Eine korrekte Rechtstechnik hätte die Korrelate der Sanktion – Delikt, Verpflichtung und Verantwortung – deutlich zu machen. Gerade bei den wichtigsten Zwangsmaßnahmen, den in Kapitel VII geregelten Sanktionen des Sicherheitsrates, schreibe die Charter nicht vor, dass die Zwangsakte nur gegen Mitglieder verhängt werden könnten, die ihre Verpflichtungen verletzt hätten: „The charter simply authorizes the Security Council to take such measures after having determined the existence of any threat to the peace [...]“. Die Zwangsmaßnahmen wären „[...] purely political measures to be used by the Security Council as its discretion for the purpose to maintain or restore international peace“. Die Intention der Charter sei die Dominanz des politischen über den rechtlichen „approach“.

Die praktische Handhabung der Zuständigkeiten des Sicherheitsrates seitdem bestätigte den dogmatischen Befund Kelsens. Unbestritten entsprechen die als „Sanktionen“ verhängten Zwangsmaßnahmen nicht notwendig Delikten, also Verletzungen des Völkerrechtes.⁶³⁾ Damit soll nicht übersehen werden, dass die vom Sicherheitsrat gesetzten Maßnahmen Rechtsakte sind. Immerhin wird mit jeder derartigen Maßnahme a posteriori erschließbar, welche Pflichten der Staatengemeinschaft auferlegt werden. Aber es handelt sich nicht – und darauf kommt es im gegebenen Zusammenhang an – um eine Weiterentwicklung des Völkerrechtes im Sinne seiner „Verdichtung“.⁶⁴⁾ Mit dem Blick auf die Terminologie des Verwaltungsrechtes könnte man die im Hinblick auf die allgemeine Ermächtigung des Sicherheitsrates, „Maßnahmen zur Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit zu setzen“, geschaffene Rechtsordnung gleichsam als eine – freilich wenig effektive – internationale „Polizeirechtsordnung“ qualifizieren.

⁶¹⁾ Nach *Delbrück in Simma* (Hrsg.), Charter 369, sollte „dem angeblichen Legalismus des Völkerbundes eine Absage erteilt werden“.

⁶²⁾ Vgl. zum folgenden *Kelsen*, *Sanctions in International Law* 501, 514, 517, 519, 520.

⁶³⁾ Vgl. z.B. *Verdross/Simma*, *Völkerrecht*, 172: Art 39 der UN-Charter als jene Norm, die die Voraussetzungen beschreibt, die Sanktionen des Sicherheitsrates auslösen sollen, geht über das in Art 39 enthaltene allgemeine Gewaltverbot hinaus.

⁶⁴⁾ Gemeint ist hier eine „Verrechtlichung“ in einem rechtssoziologischen Sinn.

Die fortdauernde Relevanz der Erwägungen Kelsens wird allerdings gerade am Beispiel neuerer Entwicklungen deutlich: Zum einen ist es jüngst dazu gekommen, dass der Sicherheitsrat (!) für das ehemalige Jugoslawien und für Ruanda zwei internationale Völkerstrafgerichte eingerichtet hat.⁶⁵⁾ Hier werden zwei für Kelsen wesentliche Elemente verbunden, nämlich die obligatorische internationale Gerichtsbarkeit und die dem überkommenen und ideologisch besetzten Souveränitätsprinzip widersprechende Individualsanktion.⁶⁶⁾ Ein anderer Kelsen bestätigender Entwicklungsstrang ist die außerordentliche Bedeutung, die dem Europäischen Gerichtshof im Rahmen der Weiterentwicklung des Gemeinschaftsrechtes zukommt: Zwar kann man im Bereich der Europäischen Union nicht von einer dezentralisierten Rechtserzeugung im Sinne Kelsens sprechen, doch zeigt das Beispiel, dass unter der Voraussetzung eines relativ hohen Grades an Homogenität richterliche Rechtsfortbildung dann eine besondere Bedeutung erlangt, wenn die zentrale Rechtsetzung nicht in der Lage ist, das Verfassungsrecht nach dem Muster einer staatlichen Rechtsordnung durch explizite Rechtsetzung weiterzuentwickeln.

Die Konsequenz der Gedankenführung Kelsens wird auch deutlich, sobald in der Völkerrechtslehre in die Richtung des Evolutionsprozesses gedacht wird: So tritt Kimminich⁶⁷⁾ zwar für eine weitere Zentralisation der Völkerrechtsordnung ein, hält aber wegen der Unsicherheit des materiellen Völkerrechts den Ausbau der internationalen Gerichtsbarkeit für keinen geeigneten Weg. Damit befinden wir uns 1995 genau an jener Stelle, an der vor einem halben Jahrhundert Kelsens Gedanken angesetzt haben.

Die Bedeutung Kelsens für die heutige Völkerrechtslehre lässt sich damit vielleicht wie folgt zusammenfassen: Mit der Abkehr von einer weiteren Verrechtlichung – im dargestellten „rechtssoziologischen Sinn“ – ging eine Anreicherung jener Phänomene einher, deren Beschreibung sich die Völkerrechtslehre annahm und die ihr den heutigen, stark „politischen“ Einschlag geben. Diese Entwicklung scheint die Lehre Kelsens an den Rand zu drängen. Geht es indessen um die Weiterbildung der rechtlichen Strukturen, bleibt Kelsen von höchster Relevanz.

⁶⁵⁾ Vgl. Resolutionen 827 (1993) vom 25. 5. 1993 und 955 (1994) vom 8. 11. 1994. Vgl. dazu umfassend *Triffterer*, Österreichs Verpflichtung 321. Die Idee eines permanenten Völkerstrafgerichtshofes wird intensiv diskutiert (vgl. *NZZ* vom 16./17. 11. 1996).

⁶⁶⁾ Vgl. auch das BG über die Zusammenarbeit mit den internationalen Gerichten, BGBl 1996/263, und schon Art 145 B-VG! – vgl. dazu *Walter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht 787 und *Rill*, Rang 449. Zum Aspekt der schrittweisen Durchsetzung des Konzeptes der Individualisation vgl. auch *Pisillo-Mazzeschi*, Die reine Lehre Kelsens 145. Vgl. auch *Deiseroth/Reupke*, Frieden durch Recht 339.

⁶⁷⁾ *Kimminich*, Völkerrecht 159.

Literaturverzeichnis

- Ralf *Baumgart* / Volker *Eichener*, Norbert Elias zur Einführung (Hamburg 1991)
- Nicoletta *Bersier Ladavac*, Hans Kelsen à Genève (Genf 1996)
- Reinhard *Blomert*, Psyche und Zivilisation. Zur theoretischen Konstruktion bei Norbert Elias (Münster 1989)
- Robin G. *Collingwood*, The New Leviathan (Oxford 1942)
- Dieter *Deiseroth* / Renate *Reupke*, Frieden durch Recht?, in: Wolfgang R. *Vogt* (Hrsg.), Frieden durch Zivilisierung? (Münster 1996) 319–342
- Jost *Delbrück*, in: Bruno *Simma* (Hrsg.), Charta der Vereinten Nationen. Kommentar (München 1991) 364–374
- Horst *Dreier*, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen² (Baden-Baden 1990)
- Günter *Dux*, Recht als kulturelle Errungenschaft, ARSP, Beiheft 22 (1985) 121–131
- Norbert *Elias*, Humana Conditio (Frankfurt a.M. 1985)
- Norbert *Elias*, Studien über die Deutschen (Frankfurt a.M. 1992)
- Norbert *Elias*, Über den Prozess der Zivilisation. Soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen, Bd. 2: Wandlungen der Gesellschaft. Entwurf zu einer Theorie der Zivilisation (Frankfurt a.M. 1976)
- Anna *Freud* / Ilse *Grubrich-Simitis*, Sigmund Freud. Werkausgabe in zwei Bänden (Gütersloh 1978)
- Johan *Galtung*, Keynote Address in Peace and Conflict Research in the Age of the Cholera: Ten Pointers to the Future of Peace Studies, IPRA XV General conference (1994) 5–17
- Johannes *Hoffmeister* (Hrsg.), Wörterbuch der philosophischen Begriffe² (Hamburg 1955)
- Robert H. *Jackson*, Quasi-states: sovereignty, international relations and the Third World (Cambridge u.a. 1990)
- Wilhelm *Janssen*, Friede. Zur Geschichte einer Idee in Europa, in: Dieter *Senghaas* (Hrsg.), Den Frieden denken (Frankfurt a.M. 1995) 227–275, 489–491
- Hans *Kelsen*, Politische Weltanschauung und Erziehung (1913), Nachdruck in: Hans *Klecatsky* / René *Marcić* / Herbert *Schambeck* (Hrsg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule II (Wien 1968) 1501–1524
- Hans *Kelsen*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre (Tübingen 1920)
- Hans *Kelsen*, Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse, Imago VIII (1922) 97–141
- Hans *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Berlin 1925)
- Hans *Kelsen*, Rechtstechnik und Abrüstung, Der deutsche Volkswirt VI (1932) 877–881
- Hans *Kelsen*, Staatsform und Weltanschauung (1933), Nachdruck in: Hans *Klecatsky* / René *Marcić* / Herbert *Schambeck* (Hrsg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule II (Wien 1968) 1923–1942
- Hans *Kelsen*, Die Technik des Völkerrechts und die Organisation des Friedens, ZÖR 14 (1934) 240–255
- Hans *Kelsen*, Zur rechtstechnischen Revision des Völkerbundesstatutes, ZÖR 17 (1937) 401–490, 590–622
- Hans *Kelsen*, Centralization and Decentralization, in: Authority and the Individual, Harvard Tercentenary Publications (Cambridge/Mass. 1937) 210–239
- Hans *Kelsen*, Zur Reform des Völkerbundes (Prag 1938)
- Hans *Kelsen*, Vergeltung und Kausalität (1940, Neudruck Wien et al. 1982)
- Hans *Kelsen*, The Law as a Specific Social Technique, The University of Chicago Law Review 9 (1941) 75–97

- Hans Kelsen, The Essential Conditions of International Justice, in: Proceedings of the Thirty-fifth Annual Meeting of the American Society of International Law (Washington 1941) 70–86, 91
- Hans Kelsen, Law and Peace in international relations. The Oliver Wendell Holmes Lectures 1940/41 (Cambridge/Mass. 1942)
- Hans Kelsen, Revision of the Covenant of the League of Nations, in: World Organization. A Symposium of the Institute of World Organization (1942) 392–412
- Hans Kelsen, Peace through Law (Chapel Hill 1944)
- Hans Kelsen, The Strategy of Peace, The American Journal of Sociology 49 (1944) 381–389
- Hans Kelsen, General Theory of Law and State (Cambridge/Mass. 1945)
- Hans Kelsen, Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations, Iowa Law Review 31 (1946) 499–543
- Hans Kelsen, Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations, The American Journal of International Law 42 (1948) 783–796
- Hans Kelsen, Reine Rechtslehre² (Wien 1960)
- Hans Kelsen / William Rappard, Comment devant la guerre penser à l'après-guerre, in: Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales Genève. Quarantième Anniversaire 1927–1967 (Genf 1967) 44–49, 50–54, 57
- David Kennedy, Kelsen als Pragmatist des Völkerrechtes, in: Agostino Carrino / Günther Winkler (Hrsg.), Rechtserfahrung und Reine Rechtslehre (= Forschungen aus Staat und Recht 104, Wien/New York 1995) 95–128
- Otto Kimminich, Das Völkerrecht und die friedliche Streitschlichtung, in: Dieter Senghaas (Hrsg.), Den Frieden denken (Frankfurt a.M. 1995) 142–161
- Jean Laplanche / Jean-Bertrand Pontalis, Das Vokabular der Psychoanalyse (Frankfurt a.M. 1972)
- Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft (Frankfurt a.M. 1993)
- Adolf Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht (Wien u.a. 1927)
- Rudolf A. Métall, Hans Kelsen. Leben und Werk (Wien 1969)
- Riccardo Pisillo-Mazzeschi, Die reine Lehre Kelsens und die Realität des heutigen Völkerrechtes, in: Agostino Carrino / Günther Winkler (Hrsg.), Rechtserfahrung und Reine Rechtslehre (= Forschungen aus Staat und Recht 104, Wien/New York 1995) 129–155
- Heinz Peter Rill, Der Rang der allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechtes in der österreichischen Rechtsordnung, ZÖR 10 (1959/60) 439–451
- Alfred Rub, Hans Kelsens Völkerrechtslehre (Wien 1995)
- Max Scheler, Die Idee des Friedens und der Pazifismus² (München 1974)
- Arthur Schopenhauer, Die beiden Grundprobleme der Ethik² (Leipzig 1860)
- Arthur Schopenhauer, Die Welt als Wille und Vorstellung (Leipzig 1819)
- Renato Treves, Kelsen y la sociología, in: Óscar Correas (Hrsg.), El otro Kelsen (México 1989) 195–214
- Otto Triffterer, Österreichs Verpflichtung zur Durchsetzung des Völkerstrafrechtes, Österreichische Juristen-Zeitung (1996) 321–343
- Alfred Verdross / Bruno Simma, Universelles Völkerrecht (Berlin 1976)
- Robert Walter, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (Wien 1972)
- Robert Walter / Clemens Jabloner (Hrsg.), Hans Kelsens Wege sozialphilosophischer Forschung (= Schriftenreihe des HKI 20, Wien 1997) 57–73
- Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft⁵ (Tübingen 1976)

Vor der Vergeltung zur Kausalität: Hans Kelsens Interpretation des frühgriechischen Denkens

I. Kelsens Auslegung des Vergeltungsgedankens und seine Exegese zur Entstehung der Kausalität

„Decken sich Strafe und Tat, so ist der Richtspruch gerade“.¹⁾ „Für feindliches Wort sei feindliches Wort!“ Also ruft Dike, die lautere, laut, wenn die Buße des Hasses sie eintreibt! „Für blutigen Mord sei blutiger Mord! Wer tat, muß leiden!“ So heißt das Gesetz in den heiligen Sprüchen der Väter“.²⁾ Ein alter Gedanke und eine alte Rechtsnorm werden in den obigen Versen, von denen der erste aus Hesiod, der zweite aus Aischylos stammt, zum Ausdruck gebracht – eine Rechtsnorm, welche viele Anhänger in der Menschheitsgeschichte gefunden hat und sich auch in zahlreichen Werken der griechischen Antike widerspiegelt: der Vergeltungsgedanke und der Begriff von der reziproken Gerechtigkeit (*ius talionis*). Die Suche nach dem Ursprung dieser Vorstellung, die Darstellung ihrer Erscheinungsform und Ausdrucksweise im altgriechischen Denken (in Religion, Dichtung und Philosophie) sowie die Begründung der These, das Kausalitätsprinzip in der archaischen griechischen Philosophie sei eine konzeptionelle Entwicklung des Vergeltungsgedankens, bilden unter anderem die Schwerpunkte des interpretativen Ansatzes von Hans Kelsen in seinem Buch *Vergeltung und Kausalität*,³⁾ in dem er „eine große

¹⁾ εἴ κε πάθῃ τὰ κ' ἔρεξε, δίκη κ' ἰθεῖα γένοιτο, zitiert in *Dirlmeier*, Aristoteles 412. Der Vers stand in den *Megala Erga Hesiods*, fr. 174 Rzach, und umfasst laut *Aristoteles*, der ihn zitiert, *Nikomachische Ethik* E 8.1132b25–27, die Gerechtigkeit des *Rhadamanthys*, der als „das mythische Paradeigma des gerechten Richters, im Diesseits und Jenseits“ galt, wie *Dirlmeier*, Aristoteles 412 bemerkt. *Dirlmeier*, Aristoteles 412–413, macht darauf aufmerksam, dass *Platon* den Inhalt des Hesiodverses nicht in Zusammenhang mit *Rhadamanthys* bringt, sondern dass er ihn (dreimal) als uralten Spruch (παθεῖν τὰτὰ ὑπὲρ ἔδρασαν) im Abschnitt über Strafgesetzgebung (*Leges* 870d5–e3; 872e4, 873a1) zitiert. Nach *Aristoteles* galt auch den Pythagoreern die Wiedervergeltung schlechthin als gerecht, „denn sie bestimmten das Gerechte schlechthin als das Erleiden dessen, was man einem anderen angetan hatte (τὸ ἀντιπεπονθὸς ἄλλῳ)“, b21–23. Vgl. *Magna Moralia* A 34.1194a29–30: Die Pythagoreer meinten, „es sei recht, wenn einer das, was er getan hat, zum Ausgleich selber erleide“ (δίκαιον εἶναι, ἃ τις ἐποίησε, ταῦτ' ἀντιπαθεῖν). *Dirlmeier*, a.a.O., stellt fest, dass *Aristoteles* sich damit beschäftigt, „weil er eben die Tradition vorfand. Deren Ursprung ist nicht genauer festzulegen“.

²⁾ ἀντὶ μὲν ἐχθρᾶς γλώσσης ἐχθρὰ / γλώσσα τελείσθω· τοῦφειλόμενον / πράσσουσα Δίκη μέγ' ἀντεῖ / ἀντὶ δὲ πληγῆς φονίας φονίαν / πληγὴν τινέτω. δράσαντα παθεῖν, / τριγέρων μῦθος τάδε φωνεῖ: *Aischylos*, *Choephoron* 309–314.

³⁾ Das Buch wurde 1940 gedruckt und erschien 1943 in englischer Übersetzung (*Society and Nature. A Sociological Inquiry*; ND 2009). Zur Entstehungsgeschichte des

Theorie über die Sozialgeschichte des menschlichen Denkens⁴⁾ vorstellt. Dabei ist Kelsen von der Grundintention geleitet, „zu zeigen, wie entscheidend diese Vorstellung die Naturdeutung und insbesondere den Seelenglauben bestimmt, und zugleich nachzuweisen, wie sich aus ihr der Gedanke des Kausalgesetzes entwickelt“.⁵⁾

Kelsen stellt in der Einleitung des Buches die Hauptfrage, woher die Denkgewohnheit, kausal zu denken, stammt,⁶⁾ Die Tatsache, dass man kausal denkt, lässt sich Kelsen zufolge weder psychologisch erklären noch durch die Annahme, sie sei eine von Jahrtausenden ererbte Gewohnheit des menschlichen Geistes.⁷⁾ Darüber hinaus sei die Kausalität „nicht eine dem menschlichen Bewusstsein naturnotwendig gegebene Denkform, ein angeborener Verstandesbegriff“;⁸⁾ dabei stimmt Kelsen mit Cassirer darin überein, dass das Kausalgesetz „kein selbstverständlicher Besitz des Geistes, sondern eine seiner spätesten methodischen Errungenschaften ist“.⁹⁾ Deshalb setzt sich Kelsen

Buchs bemerken *Jabloner/Zeleny*, Philosophen 11, Anm. 49 (vgl. auch 4, Anm. 14) folgendes: „Die Überlegungen zu diesem Buch dürften vorwiegend in Genf entstanden sein; nach der Drucklegung 1940 erhielt der Band das Copyright 1941, konnte aber wegen der Kriegswirren erst 1946 ausgeliefert werden“. Ein Neudruck der Ausgabe 1941 erschien 1982 in der Reihe *Vergessene Denker*, Bd. 1. Nach dieser letzten Ausgabe wird das Buch in der Folge zitiert. Es war mir in einem begrenzten Umfang zugänglich; die Einleitung von *Topitsch* war mir nicht zugänglich. Auch sonstige Zusätze *Kelsens*, die sich auf das Thema „Vergeltung und Kausalität“ beziehen und von *Jabloner*, Bemerkungen, in *Aliprantis*, *Zeitlosigkeit* 186, Anm. 5 zusammengestellt wurden, kamen zu spät zu meiner Kenntnis und konnten hier nicht in Betracht gezogen werden.

⁴⁾ *Jabloner/Zeleny*, Philosophen 11. *Dux*, Sollen 10, bemerkt, dass *Kelsen* in Vergeltung und Kausalität das Denken bis in die Frühzeit der Geschichte zurück verfolgt, „um deutlich zu machen, dass sich dieses Denken bis in die Antike und über die Antike hinaus bis zur Neuzeit fortgesetzt hat, von uns aber überwunden werden muss“; darüber hinaus diene *Kelsens* Buch der Absicht, „die Geltungsdimension neuzeitlichen Denkens zu sichern“. Ferner bemerkt *Dux*, a.a.O., folgendes: „Man wird Ernst Topitsch zustimmen müssen, dass Kelsen keine systematische Rekonstruktion der Geistesgeschichte anbietet; das liegt außerhalb des Vermögens der Zeit seiner Schaffensperiode, wie es außerhalb des Vermögens eines einzelnen liegt. Gleichwohl enthält die mit historischem Material geradezu überfrachtete Studie prägnante Einsichten in die frühe Logik“.

⁵⁾ *Kelsen*, Vergeltung XXXV.

⁶⁾ *Kelsen*, Vergeltung 1: „Woher stammt diese uns schon zur Selbstverständlichkeit gewordene Annahme, dass jedes Ereignis nach einem unverbrüchlichen Gesetz die notwendige Wirkung einer Ursache sein muss?“

⁷⁾ *Kelsen*, Vergeltung 1: „Denn die tatsächliche Beobachtung der Wirklichkeit, die Erfahrung, konnte niemals zur Annahme ausnahmslos gültiger Regeln des Geschehens führen, und die Vorstellung von der verursachenden Funktion des eigenen Ich setzt den Begriff der Kausalität offenbar schon voraus“.

⁸⁾ *Kelsen*, Vergeltung 2.

⁹⁾ *Kelsen*, Vergeltung 2. *Mehring*, *Kelsen* 449 weist darauf hin, dass *Kelsens* Kritik des archaischen Seelenglaubens in *Kelsen*, Vergeltung, unter dem Eindruck von Sigmund *Freud* und Ernst *Cassirer* entstanden ist. Auf die mehrfache Abhängigkeit *Kelsens* von den Theorien *Freuds* und der Psychoanalyse bei seiner Auslegung der griechischen Philosophie, z.B. bei seiner Platoninterpretation, hat die Forschung immer wieder aufmerksam gemacht; s. z.B. *Pechriggl*, *Kelsens* Platon 31–49, bes. 39 ff. *Pech-*

zum Ziel, zu zeigen, „wie der Glaube an das Kausalgesetz geistesgeschichtlich entstanden, wie – d.h. insbesondere aus welchen Vorstellungen – er sich entwickelt hat“.¹⁰⁾ Nach Kelsen kann man vermuten, dass, wie die gesamte Zivilisation durch ein Stadium der ‚Primitivität‘ hindurchgegangen ist, so auch ihr wissenschaftliches und sohin insbesondere ihr kausales Denken aus primitiven Anfängen entstanden ist, die aus dem uns gegebenen ethnographischen Material rekonstruiert werden kann. „Kelsens Theorie geht dahin, eine Analyse ‚primitiver Gesellschaften und der Eigenheit primitiver Mentalität‘ zeige, dass die Frühmenschen die Natur nicht nach dem Prinzip der Kausalität, sondern nach dem der Zurechnung, also mittels der Verknüpfung zweier Tatsachen durch einen Soll-Satz erklären. Eine Natur in unserem Sinne gäbe es noch gar nicht, sondern ausschließlich Gesellschaft. Als ‚Grundnorm‘ dieser Gesellschaft fungiere die Vergeltung. Das Vergeltungsprinzip werde so zu dem der Kausalität analogen Erklärungsprinzip“.¹¹⁾

Kelsen geht ferner davon aus, dass der Kausalbegriff der modernen Wissenschaft in der Naturphilosophie der alten Griechen zum ersten Mal im Bewusstsein der Menschheit Gestalt gewonnen hat; „schon die griechische Philosophie habe sich aus dem mythisch-religiösen Denken der Vorzeit heraus bis zu einer fast völligen Loslösung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip entwickelt“.¹²⁾ Diese Naturphilosophie aber sei aus religiös-mythischen Vorstellungen hervorgegangen, die in weitgehender Übereinstimmung mit der uns bekannten Mentalität der Primitiven stehen. Folgende Prämissen bilden also Kelsens Erklärungsschema: (1) Die der Mentalität des Primitiven inhärente Idee der Vergeltung drückt sich weiterhin in den altgriechischen religiös-mythischen Vorstellungen aus; (2) diese religiös-mythische Vorstellungen sind Ausgangspunkte der altgriechischen Naturphilosophie, wobei auch die Vergeltungsidee und der frühgriechische Seelenglauben eng miteinander verwoben sind; (3) der Kausalitätsbegriff entsteht innerhalb der altgriechischen Naturphi-

riggl, Kelsens Platon 44, Anm. 27 weist auf den Einfluss hin, „den die Psychoanalyse und ihre Einschätzung des mythischen als zum Primärprozesshaften neigendes Denken für Kelsens Einschätzung Platons hat, ganz abgesehen von seinen Theorien über Platons gegen sich gewandte Homophobie“. Ferner bemerkt *Pechriggl*, Kelsens Platon 44, folgendes: „In Kelsens Theorie der Vergeltung, die sich, unter Bezugnahme auf Aischylos und die Vorsokratiker, stark an Freuds Arbeiten über Verdrängung und primärprozesshaftes Denken in der Gesellschaft anlehnt, spielt die bereits bei Platon zentrale Verknüpfung zwischen Psychologie und politischer Philosophie bzw. Sozialphilosophie als Philosophie des politischen ‚Körpers‘ eine wichtige Rolle. Die von Kelsen ins Feld geführte platonische (aber auch vorsokratische) ‚Gut-Böse-Spekulation‘ im Zeichen der Spaltung sei vor allem Vergeltungslehre (ethische Pädagogik mit Strafen und Belohnen im Diesseits und im Jenseits)“. Den Einfluss *Freuds* auf *Kelsens* sozialpsychologischen Thesen betont *Jabloner*, Menschenbild 65 ff. Zur Auseinandersetzung *Kelsens* mit der Psychoanalyse s. *Jabloner*, Freud und Kelsen, worauf *Pechriggl*, Kelsens Platon 44–45, Anm. 27 verweist. Zum Thema s. ferner *Adamovich*, Tiefenpsychologie 129–138.

¹⁰⁾ Kelsen, Vergeltung 2.

¹¹⁾ *Jabloner/Zeleny*, Philosophen 11–12.

¹²⁾ *Jabloner/Zeleny*, Philosophen 12.

losophie als eine Art Transformation der Vergeltungsidee bzw. als eine Anwendung des Vergeltungsgedankens für die Interpretation des kosmischen Geschehens.

II. Die Vergeltungsidee im religiösen Umfeld: Von Homer bis Platon

Die vorliegende Arbeit konzentriert sich auf den zweiten Teil des Kelsen-Buches, der ‚Griechische Religion und Philosophie‘ betitelt wird,¹³⁾ und beschränkt sich auf die Darstellung und Diskussion seiner hierin enthaltenen Auffassungen von dem Vergeltungsgedanken und seinem Übergang zum Kausalitätsprinzip. Dieser Teil des Buchs enthält zwei Kapitel, von denen das erste ‚die Vergeltungsidee in der Religion der Griechen‘ zum Gegenstand hat, während sich das zweite auf ‚die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip in der griechischen Naturphilosophie‘ bezieht.¹⁴⁾ Kelsen hat bereits im ersten Teil des Buchs, der ‚Primitive Naturauffassung‘ betitelt wird,¹⁵⁾ untersucht, wie der Primitive die Natur und ihre Funktion im Hinblick auf das Vergeltungsprinzip auffasst, und gezeigt, in welchem Zusammenhang mit der Vergeltungsidee der Seelenglaube der Primitiven steht. Im Mittelpunkt des Interesses Kelsens steht jetzt die Religion der alten Griechen und er untersucht zunächst, in welchem Zusammenhang mit der Vergeltungsidee die homerische Religion steht. Er stellt fest,¹⁶⁾ dass die homerische Religion einerseits die Religion der olympischen Götter ist, welche die offizielle Religion der herrschenden Klasse war; andererseits gab es zugleich in den unteren Volksschichten eine Strömung, welche sich auf die Totenkult und den Dämonenglauben konzentrierte und aus der vorhomerischen, ja aus der vorhellenischen Zeit weiterging. Allerdings regieren die Götter die Welt gerecht und als Gerechtigkeit erscheint dem homerischen Menschen das Gesetz der Vergeltung; der Glaube an die göttliche Gerechtigkeit und der Glaube an die göttliche Vergeltung sind somit zwei äquivalente Ausdrücke. Darüber hinaus stellt Homer die bestehende gesellschaftliche Ordnung als eine gottgewollte dar; die staatliche Herrschaft gilt als von Gott eingesetzt und die Frage nach der ‚Sittlichkeit‘ der Götter hat – vom Standpunkt der Gläubigen aus – keine andere Bedeutung als die nach der ‚Sittlichkeit‘ des Monarchen.¹⁷⁾

Kelsen bespricht in der Folge die Idee der Vergeltung in der nachhomerischen Zeit und zunächst bei Hesiod. Ihm gilt der Glaube an die göttliche Gerechtigkeit als unerschütterter. Weil die Menschen das Recht beugen, darum muss es Zeus schützen – Zeus’ Recht wird von Hesiod verherrlicht. Die Gerechtigkeit des Zeus manifestiert sich dort, wo gegen das Recht und das Gesetz

¹³⁾ Kelsen, Vergeltung 177–256.

¹⁴⁾ Der Schwerpunkt des Gedankengangs Kelsens in diesen beiden Kapiteln wird von Jabloner/Zeleny, Philosophen 10–13 umfassend dargestellt.

¹⁵⁾ Kelsen, Vergeltung 7–175.

¹⁶⁾ Kelsen, Vergeltung 178 ff.

¹⁷⁾ Kelsen, Vergeltung 180–182, 187–190.

verstoßen wird, d.h. in der menschlichen Gesellschaft.¹⁸⁾ Das Recht bei Hesiod ist das unter den Menschen geltende Recht, „wie wir sagen würden das positive Recht“, seine Quelle ist aber die göttliche Gerechtigkeit. Dike ist Tochter des Zeus und sein Vertreter auf der Erde. Die Gerechtigkeit ist die Umkehrung des Bestehenden, weil das Bestehende eben ungerecht ist. Bei Solon, der der „berufene Ideologe der göttlichen Gerechtigkeit“¹⁹⁾ ist, bricht die Überzeugung hervor, dass sich die göttliche Gerechtigkeit im Leben mit Notwendigkeit verwirklichen muss, weil es auf Erden eine Vergeltung gibt, während bei Theognis gewisse Zweifel an dem System der göttlichen Gerechtigkeit geäußert werden. „Dass sich die Gerechtigkeit auf Erden verwirklicht, wird schon ernstlich bezweifelt; nicht aber, dass diese Gerechtigkeit in der Vergeltung besteht“.²⁰⁾

Die Frage nach Gerechtigkeit und Recht steht Kelsen zufolge im Mittelpunkt der meisten Dramen von Aischylos und Sophokles, deren tragisches Element zumeist in einem Konflikt des Individuums mit der geltenden sozialen Ordnung besteht. Das von Zeus stammende Recht ist die Göttin Dike, die jetzt eine rächende Göttin ist, eine Strafgöttin, die in engster Verbindung mit den Erinnyen auftritt.²¹⁾ Allmählich macht sich aber ein sehr bedeutender Wandel des Vergeltungsprinzips bemerkbar. „Ein neuer Rechtsgedanke taucht auf: Nur der bewusst und gewollt herbeigeführte Erfolg darf dem Täter voll zugerechnet werden“.²²⁾ Darüber hinaus wird die Gerechtigkeit vielmehr als ein unentrinnbares Schicksal dargestellt. Zeus ist nicht die absolut höchste Macht; über ihm steht das Schicksal. „Die Herrschaft des Zeus und mit ihr der Kosmos überhaupt steht unter dem gleichen Gesetz, nach dem der Olympier die Welt der Menschen regiert: unter der Ananke, deren Steuerruder die Erinnyen führen. Auch dieses universale Weltgesetz ist das der Vergeltung“.²³⁾ Mit Euripides wendet sich das Drama von der religiösen zur nationalen Ideologie; trotz des stärksten Zweifels an den Göttern treten in seinen Dramen „eine tiefe Ehrfurcht vor Δίκη und eine rückhaltlose Verherrlichung des Νόμος“ zutage.²⁴⁾ Es handelt sich aber nicht um die Dike des Zeus, sondern um die irdische Gerech-

¹⁸⁾ Kelsen, Vergeltung 190 ff.

¹⁹⁾ Kelsen, Vergeltung 193.

²⁰⁾ Kelsen, Vergeltung 195. Kelsen, a.a.O., fügt folgendes hinzu: „Das Bedürfnis, die homerische Religion in irgendeiner Weise zu ergänzen, um die Vorstellung aufrechtzuerhalten, dass das Weltgeschehen schließlich doch der Idee der Gerechtigkeit entspricht, macht sich hier deutlich fühlbar“.

²¹⁾ Kelsen, Vergeltung 196 f.

²²⁾ So Kelsen, Vergeltung 201–202, mit Berufung auf Oidipus auf Kolonos des Sophokles. Ferner bemerkt Kelsen, Vergeltung 202, folgendes: „So wie der Orestes des Aischylos der Rache der Erinnyen entzogen wird, weil an Stelle der Blutrache die Staatsgerichtbarkeit tritt, bleiben dem Oidipus des Sophokles die Rachegöttinnen wohlgesinnt, weil die Erfolgshaftung von der Schuldhaftung verdrängt wird. [...] So bezeichnen die Figuren des Orestes und des Oidipus, das Drama des Aischylos und des Sophokles zwei bedeutende, vielleicht die bedeutendsten Etappen in der Entwicklung der Vergeltungsidee, die für diese Zeit mit der Rechtsidee zusammenfällt“.

²³⁾ Kelsen, Vergeltung 204.

²⁴⁾ Kelsen, Vergeltung 204.

tigkeit. Kelsen betont, dass die Dike des Euripides keine transzendente Göttin, sondern „das Prinzip der irdischen, dem Geschehen immanenten Gerechtigkeit“ ist – einer Gerechtigkeit, die als Funktion der Zeit dargestellt wird.²⁵⁾ Gerechtigkeit und Zeit werden beinahe identifiziert, die Vergeltung wird als eine Funktion der Zeit und damit als allgemeines, dem Geschehen immanentes Weltgesetz konzipiert, ein Gedanke, der sich in der älteren Naturphilosophie wiederfindet.²⁶⁾ Dike erhält ihren Vergeltungscharakter weiter, aber ihr Bereich wird beinahe schon zu einer wertindifferenten Sphäre, die sich für eine moderne Anschauung in dem Geltungsbereich der Kausalgesetzlichkeit eines Natur-Seins darstellt, sie wird darüber hinaus mit den verschiedensten Namen (μοῖρα, τύχη, ἀνάγκη, δαίμων, φύσις oder θεός) bezeichnet.²⁷⁾

„Gleiches zu Gleichem“ (ὄμοιον-ὄμοιῳ) ist nach Kelsen dasjenige Prinzip, welches dem Vergeltungsgedanke zugrundeliegt²⁸⁾ – ein Prinzip, das, wie die Forschung später zeigte,²⁹⁾ einen breiten Anwendungsbereich im frühgriechischen Denken hat, denn es wurde vornehmlich in der vorsokratischen Naturphilosophie sowie in der Medizin verwendet, wobei es auch dem sophistischen Relativismus zum Dienste war.³⁰⁾ Gutes wird mit Gutem aufgewogen, Böses mit Bösem. Die göttliche Gerechtigkeit hat einen doppelten Charakter; sie ist eine strafende und eine belohnende Gerechtigkeit, aber die strafende ist in erster Linie, denn es ist wichtiger, dass der Schuldige bestraft wird, als dass der Unschuldige straflos bleibe. „Ein Symptom dafür, dass diese Gerechtigkeits-Idee eine Ideologie des Staates, der positiven Gesellschaftsordnung ist, die eine Zwangsordnung, eine Ordnung der Strafe, nicht des Lohnes ist.“³¹⁾

²⁵⁾ Kelsen, Vergeltung 206 f.

²⁶⁾ Kelsen, Vergeltung 207.

²⁷⁾ Kelsen, Vergeltung 207.

²⁸⁾ Kelsen, Vergeltung 209 f.

²⁹⁾ Dazu s. Müller, Gleiches.

³⁰⁾ Müller, Gleiches XIX bemerkt, dass „in dieser Epoche [i.e. in der Vorsokratik] die Grundlegung und die für die Folgezeit exemplarische Ausprägung des Grundsatzes Gleiches zu Gleichem als eines Prinzips spekulativer Natur- und Weltauslegung erfolgt. Mit Platon und Aristoteles treten andere Prinzipien und Philosopheme in den Vordergrund und überlagern oder modifizieren das ὄμοιον-ὄμοιῳ. Sein Grundgedanke aber bleibt als eine Einsicht der ἀρχαῖοι im Bewußtsein“. Zu Platons Verständnis des Prinzips ὄμοιον-ὄμοιῳ s. Müller, Gleiches 177 ff. Müller, Gleiches 176 bemerkt ferner, dass der Gedanke der Erkenntnis des Gleichen durch Gleiches eine lange Nachwirkung weit über die Philosophie der Vorsokratiker hinaus bis hin zu modernen Theorien des Verstehens gehabt hat. „Immer wieder begegnet er, in mannigfaltiger Abwandlung, im Zusammenhang mit dem Problem der apriorischen Erkenntnis“ (a.a.O.).

³¹⁾ Kelsen, Vergeltung 209. Im IV. Exkurs des Buches, a.a.O. 474–478, dessen Thema „Das Überwiegen des Strafmoments in der Vergeltungsidee“ ist, weist Kelsen zunächst darauf hin, „dass in den Zeugnissen, die wir von dem Glauben der Griechen an die Gerechtigkeit der Götter besitzen, die Vorstellung von der Strafe eine viel größere Rolle spielt, als die von der Belohnung“ (474). Kelsen stellt ferner (474–475) folgendes fest: „Während die religiöse Ideologie gegenüber dem Bösen auf das Äusserste darauf bedacht ist, durch eine Fülle von Konstruktionen die Möglichkeit, dass er straflos bleibe, auszuschliessen, sieht sie ihre Aufgabe dem Guten gegenüber eher darin, seine Belohnung als überflüssig erscheinen zu lassen. Dies leistet die Lehre: die

Entscheidend ist, dass das Böse früher oder später bestraft wird, was eine Lösung zum Problem der Theodizee gibt. Dabei greift die griechische Theologie zu der Lehre von der stellvertretenden Vergeltung, was bedeutet, dass die Strafe nicht gerade den unmittelbaren Täter treffen mag.³²⁾ Die Vergeltung wird in allen Fällen als ein Prinzip der Gerechtigkeit angesehen und im Vergeltungsprinzip kommt der Grundsatz der Gleichheit zum Ausdruck. „Die Gleichheit erscheint gerade im Zusammenhang mit der Vergeltungsidee als Gleich-Gewicht: zwischen Schuld und Strafe, Verdienst und Lohn“;³³⁾ Funktion der Vergeltung ist es, das Gleichgewicht herzustellen.³⁴⁾

Tugend trage ihren Lohn in sich selbst“. Auch bei der Vorstellung einer Vergeltung im Jenseits steht das Strafmoment im Vordergrund; „zumal in der Seelenwanderungslehre der Orphiker und der Pythagoreer ist das Strafmoment überbetont. Schon darum, weil hier das ganze irdische Leben als Strafe gedeutet wird“ (476). Die Frage, was dieses offenkundige Übergewicht der strafenden gegenüber der belohnenden Vergeltung in dem Bilde der göttlichen Gerechtigkeit bedeutet, lässt sich nach *Kelsen*, Vergeltung 477, richtig beantworten, „wenn man die griechische Religion nicht als ein isoliertes System ansieht, sondern in innigster Beziehung zu den gesellschaftlich lebenden Menschen begreift, denen dieses Gebilde zu ihrer Lebenserhaltung dient; das heisst aber, dass man Religion als soziale Ideologie versteht. [...] Gerechtigkeit ist eine exquisit soziale Kategorie. Für das von seiner menschlichen Umwelt losgelöste Individuum gibt es keine Gerechtigkeit“. *Kelsen* betont, dass das Recht ursprünglich ein Strafrecht ist, und bemerkt: „Da der Grieche das Wesen des Rechts, das für ihn nur ein Strafrecht im weiteren Sinne war, in der Vergeltung erblickt, muss ihm die göttliche Gerechtigkeit auch nur als Vergeltung erscheinen. Dass aber die göttliche Gerechtigkeit der griechischen Religion vornehmlich nur eine strafende und nicht wesentlich eine belohnende Vergeltung ist, bedeutet: die göttliche Gerechtigkeit verklärt das positive Recht“ (a.a.O.). *Kelsen* kommt zum folgenden Schluss: „Die griechische Religion ist eine Ideologie des griechischen Staates, der ein Gerichts- und kein Verwaltungsstaat ist. Seine Aufgabe war, die Bösen zu bestrafen, nicht aber, die Guten zu belohnen. Aus diesem Geiste des Gerichtsstaates stammt die als sittliches Prinzip verbreitete Vorstellung, dass der gute Bürger auf den Dank des Vaterlandes keinen Anspruch habe“ (*Kelsen*, Vergeltung 478).

³²⁾ *Kelsen*, Vergeltung 210.

³³⁾ *Kelsen*, Vergeltung 478.

³⁴⁾ *Kelsen*, Vergeltung 478. Das soziale Gleichgewicht wird nicht nur dadurch gestört, dass man etwas Böses tut, „sondern auch dadurch, dass man etwas Gutes erfährt, und zwar dann, wenn es zu viel des Guten ist, mehr als einem nach der Stellung, die man in der gesellschaftlichen oder gar kosmischen Ordnung einnimmt, gebührt; weshalb einem ein Übel zum Ausgleich zugefügt werden muss; was auch eine Vergeltung ist. Denn [...] man soll das Mass an – materiellen und immateriellen – Gütern nicht überschreiten, das der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Stand, einer Kaste, Klasse oder sonstwie gekennzeichneten Gruppe entspricht; wobei natürlich dieses Mass, d.h. das Verhältnis zwischen den Gruppen, von der jeweiligen Gesellschaftsverfassung abhängt“. So *Kelsen*, Vergeltung, der im V. Exkurs des Buches, 478–487, der „Die soziologische Bedeutung der Vorstellung vom ‚Neid der Götter‘“ betitelt wird, die Vorstellung vom ‚Neid der Götter‘ diskutiert. Nach *Kelsen* war das, was die Griechen als den ‚Neid der Götter‘ fürchteten, ein Rest jenes Affektes, „mit dem sich der Primitive vielfach den Groll der Totenseele erklärt, die den Überlebenden das Glück zu leben missgönnt. Es scheint nicht ausgeschlossen, dass mit dem Übergang der Funktionen auch etwas von der Psychologie der Totenseele auf die an ihre Stelle tretenden Götter übertragen wurde, obgleich es sich mit der gehobenen Stellung der neuen Autorität

Dass die göttliche Gerechtigkeit im Diesseits, nicht im Jenseits waltet, ist eine feste Überzeugung des homerischen Menschen. Das wirkliche Leben ist das diesseitige Leben und der Glaube an eine Vergeltung im Jenseits ist Homer fremd. Sowohl bei Homer als auch bei Solon und Theognis, wie auch bei den Rednern des fünften und vierten Jahrhunderts und den großen Tragikern rächt sich alle Schuld auf Erden.³⁵⁾ Kelsen weist darauf hin, erst allmählich dränge „die verschärfte historische Kritik, die den menschlichen Ursprung der staatlichen Ordnung erkennt, und ein verfeinertes Rechtsempfinden, das an den theologischen Fiktionen der Erfolgs- Erb- und Kollektivhaftung kein Genüge mehr findet, zu der über die ungerechte Wirklichkeit tröstenden Illusion einer postumen Vergeltung, die der Idee individueller Schuldhaftung und höchst persönlichen Lohnanspruches entspricht“.³⁶⁾ Dieser Vorstellung entspricht die Idee einer vom Körper gelösten Seele, der Unsterblichkeit zugesprochen werden muss, zu der die Vorstellung von der vorhomerischen Anschauung von der Natur der Seele, der Toten-Seele, viel näher steht als das Bild, das uns Homer von den Seelen der Toten als von völlig kraft- und wesenlosen Schatten zeichnet.

Zur Diskussion dieser Toten-Seele kommt jetzt Kelsen mit dem Ziel, mehr Licht in die homerische Psychologie zu werfen. Die vorhomerischen Toten-Seelen sind mächtige Dämonen, und diese Seelenvorstellung äußert sich in dem hochentwickeltesten Totenkult, von dem wir aus der vorhomerischen Zeit zahlreiche Zeugnisse haben und der noch in der homerischen Zeit weiter lebte. Kelsen nimmt an, dieser Totenkult sei Bestandteil einer vorhomerischen Religion der chthonischen Mächte gewesen, welche sich neben dem Glauben an höhere Götter, die göttlichen Mächte der Erde, der Erdmutter vor allem, in

nicht mehr recht vertritt, dass diese den Menschen – zwar nicht das Leben an sich – aber doch ein zu gutes, zu glückliches Leben neide“ (*Kelsen*, Vergeltung 479). Was man nach *Kelsen* – sehr zu Unrecht – als „Neid der Götter“ bezeichnet, ist „eine religiöse Ideologie, deren spezifische soziale Funktion die Aufrechterhaltung der Klassenscheidung und damit eines wesentlichen Bestandteils der bestehenden Rechtsordnung ist. [...] Wie sehr der sogen. ‚Neid der Götter‘, richtiger die Vorstellung einer absoluten Schranke zwischen Gott und Mensch eine religiöse Ideologie sozialer Institutionen ist, das zeigt sich darin, dass jene in voller Parallele zum Wandel dieser ihre Bedeutung ändert“ (483). *Kelsen* macht darauf aufmerksam, dass dieser Neid der Götter sich vor allem gegen die bei einem einzigen Menschen vereinigte Übermacht, d.h. gegen den absoluten Monarchen, gegen den Tyrannen, wendet und dass es die Hybris ist, die den Neid der Götter hervorruft (*Kelsen*, Vergeltung 484–485). Der Übergang der Königs- und Adelherrschaft zur Demokratie drückt sich ideologisch *Kelsen* zufolge in dem Wandel aus, den die Bedeutung dieser Vorstellung erfährt; das ins Jenseits verlegte Vorrecht, das Vorrecht der Götter, wird zur religiösen Sanktion einer der Grundlagen der Polis: der demokratischen Gleichheit ihrer Bürger (486). Ist der Neid der Götter mit seiner Spitze gegen die Hybris zu einer religiösen Ideologie der Demokratie geworden, dann ist es nach *Kelsen* „nur konsequent, wenn Platon ebenso wie Aristoteles bei ihrer durchaus antidemokratischen Einstellung diese Vorstellung entschieden ablehnen“ (*Kelsen*, Vergeltung 486–487).

³⁵⁾ *Kelsen*, Vergeltung 210–211. Zum homerischen ψυχή-Begriff und zum Wandel im Jenseitsbild und im Seelenbegriff s. *Kalogerakos*, Seele 1–17.

³⁶⁾ *Kelsen*, Vergeltung 211.

voller Kraft erhalten habe.³⁷⁾ Dabei erklärt Kelsen³⁸⁾ die Furcht vor den Toten als eine Transformierung der Furcht vor dem Tode; „in dem Zorn des Toten drückt sich also seine Rache, drückt sich Vergeltung aus“.³⁹⁾ Der Totenseelenglaube und der Vergeltungsgedanke stehen also in engem Zusammenhang. Das lässt sich ferner beweisen, wenn die Rolle der Erinnyen, der ältesten Gottheiten des Rechts, in Betracht gezogen wird.⁴⁰⁾ „Die Erinnyen, die in der Rechtsideologie der griechischen Religion eine so entscheidende Rolle spielen, stammen aller Wahrscheinlichkeit nach aus dem Totenseelenglauben“.⁴¹⁾ In der Doppelnatur der Erinnyen, d.h. als böser und als guter Gottheiten, spiegelt sich die für die Funktion der Totenseele charakteristische Ambivalenz. In der Folgezeit und unter den neuen historischen und sozialen Gegebenheiten geht die Rechtsfunktion und damit die Vergeltung auf die olympischen Götter, vor allem auf Zeus.⁴²⁾

Die Stadien der Entwicklung der Vergeltungsidee in Zusammenhang mit dem Wandel am Seelenbild skizziert Kelsen⁴³⁾ auf folgende Weise: (1) ursprünglich rächende Seele (die zum Dämon gewordene), (2) dann die in den Olymp erhobene strafende Gottheit, (3) schließlich die Seele, die im Jenseits bestraft wird. Der Seelenglaube wird neuerlich zu einem Werkzeug der Gerechtigkeitsidee, d.h. zu einem Instrument der sozialen Ideologie. Die Seele wird jetzt aus dem Subjekt zum Objekt der Vergeltung, aus einem richtenden Gott zu dem gerichteten oder zu richtenden Menschen, wobei das Recht schließlich als Menschenwerk erkannt wird.⁴⁴⁾ Fragen wie, warum die Unschuldigen leiden, warum Strafflosigkeit herrscht und schließlich, wo sich die göttliche Gerechtigkeit findet, lassen sich jetzt unter neuem Gesichtspunkt beantworten. Der Dionysos-Mythos bzw. die mythologische Erklärung der doppelten Natur des Menschen als halb titanischer, halb dionysischer Wesen bietet den Ausgangspunkt der neuen Seelenvorstellung. Kelsen bemerkt,⁴⁵⁾ das letzte Ziel der Orphiker wie der Pythagoreer sei eine Theodizee: die Gerechtigkeit des menschlichen Schicksals nachzuweisen. Die Antwort darauf geben der Glaube an das Totengericht und die Lehre von der Seelenwanderung, wobei sie auch die Art der Bestrafung kennzeichnen. Kelsen diskutiert ferner,⁴⁶⁾ welche Rolle die eleusinischen Mysterien bei der Gestaltung des neuen Seelen- und Jenseitsbilds gespielt haben. Das Wenige, das wir von den Mysterien

³⁷⁾ Kelsen, Vergeltung 212.

³⁸⁾ Kelsen, Vergeltung 213 ff.

³⁹⁾ Kelsen, Vergeltung 215. Ferner bemerkt Kelsen, a.a.O.: „Wohl ist der Grund dieses Zornes Rache, Vergeltung für erlittenes Unrecht; aber das muss nicht, das kann nicht nur ein Unrecht sein, das dem schon Toten zugefügt, sondern das muss zumindest auch ein Unrecht sein, das an dem noch Lebenden begangen, aber bei Lebzeiten nicht gesühnt wurde“.

⁴⁰⁾ Kelsen, Vergeltung 219 ff.

⁴¹⁾ Kelsen, Vergeltung 222.

⁴²⁾ Kelsen, Vergeltung 223 f.

⁴³⁾ Kelsen, Vergeltung 224 f.

⁴⁴⁾ Kelsen, Vergeltung 225.

⁴⁵⁾ Kelsen, Vergeltung 226.

⁴⁶⁾ Kelsen, Vergeltung 227–230.

selbst wissen, „lässt mit hinreichender Sicherheit erkennen, dass die leitende Idee die Verwirklichung der Gerechtigkeit und dass diese Gerechtigkeit die Vergeltung war“.⁴⁷⁾ Die Teilnahme an den Mysterien bedeutete die Vorwegnahme der im Jenseits gefürchteten Vergeltung in symbolischer Form: in den Vorweihen gereinigt, in den Hauptweihen symbolisch bestraft und wiedergeboren, hat der Geweihte in der Wirklichkeit des Jenseits nichts mehr zu fürchten, denn er hat das Gesetz der Vergeltung bereits vorher erfüllt.⁴⁸⁾

Pindars Vorstellungen von der Seele, der Seelenwanderung und einem Gericht im Jenseits sind nach Kelsen auf orphische und pythagoreische Einflüsse zurückzuführen; auch bei Aischylos wird die orphische Jenseitsvorstellung erwähnt, obgleich diese die Gerechtigkeitsidee des Dichters völlig unberührt lässt.⁴⁹⁾ Der orphisch-pythagoreischen Heilslehre musste Kelsen zufolge Platon besonders zugänglich sein, bei wem schon der Dualismus von Seele und Leib deutlich als Gegensatz von Gut und Böse auftritt und der auch den Unsterblichkeitsglauben in den innigsten Zusammenhang mit der Verwirklichung vergeltender Gerechtigkeit bringt.⁵⁰⁾ „Im Hinblick auf das Schicksal, das die Seele im Jenseits erwartet, muss man im Diesseits gerecht sein“.⁵¹⁾ Ferner meint Kelsen, Platon habe von den Orphikern und den Pythagoreern nicht nur den Seelenglauben mit all seiner Vergeltungsmechanik, sondern auch ihre ethisch-politische Deutung des sinnlich wahrnehmbaren Geschehens übernommen.⁵²⁾ Platon setzt sich in einem bewussten Gegensatz zu der Naturphilosophie seiner Zeit, die immer entschiedener zu wissenschaftlich-kausaler Erkenntnis drängt. „Es ist eine Weltanschauung, in deren Zentrum nicht die Natur, sondern die Gesellschaft, d.h. der Mensch in seiner Beziehung zum Nebenmenschen, sohin das Problem der Gerechtigkeit und darum auch die Unsterblichkeit der Seele steht; weil diese die notwendige Voraussetzung für die Annahme eines ausnahmslosen Rechtsgesetzes der Vergeltung ist, das als das Grundgesetz der Welt gilt“.⁵³⁾ In der hiesigen Diskussion muss Aristoteles außer Betracht bleiben, denn er behauptet nur eine diesseitige, keine jenseitige Gerechtigkeit und der Gedanke der Vergeltung ist ihm völlig fremd, wie Kelsen bemerkt.⁵⁴⁾ „Seine Ethik und Politik ist eine durchaus auf den Bereich des Irdischen beschränkte Ideologie des gegebenen Staates und positiven Rechts. Was der im Grunde optimistische Aristoteles lehrt, das ist die Gerechtigkeit auf Erden, an die der – trotz aller gegenteiligen Anwendungen – tief pessimistische Platon niemals ganz geglaubt hat. Daher hat Aristoteles keine Verwendung für das Kerndogma der metaphysischen Ethik Platons, für die Unsterb-

47) *Kelsen*, Vergeltung 228.

48) *Kelsen*, Vergeltung 230.

49) *Kelsen*, Vergeltung 230–232.

50) *Kelsen*, Vergeltung 232.

51) *Kelsen*, Vergeltung 233.

52) *Kelsen*, Vergeltung 234.

53) *Kelsen*, Vergeltung 235.

54) *Kelsen*, Vergeltung 472, Anm. 247.

lichkeit der Seele⁵⁵⁾ Mit der Ablehnung einer Jenseitsgerechtigkeit ist die wirklich unsterbliche Seelensubstanz der platonischen Theologie überflüssig geworden.⁵⁶⁾

III. Auf dem Weg zu einer kausalen Naturerklärung: Die Frühgriechische Naturphilosophie

Kelsen konzentriert sich in der Folge darauf, den Prozess darzustellen, nach der sich das Kausalgesetz von der Vergeltungsnorm schrittweise losgelöst hat. Er geht davon aus, dass die griechische Naturphilosophie aus dem mythisch-religiösen Denken der Vorzeit herauswächst und dass dieser erste grandiose Versuch, sich der Wirklichkeit wissenschaftlich zu bemächtigen, noch mit der Vorstellung von Werten, die aus der sozialen Sphäre stammen, behaftet ist.⁵⁷⁾ In der Philosophie der Ionier und Eleaten werde die Natur nach Analogie der Gesellschaft gedeutet, diese Analogie aber werde mit fortschreitender Beobachtung stetig gelockert.⁵⁸⁾ Zur Unterstützung dieser These sei zunächst das Fragment des Anaximander heranzuziehen, welches übrigens der älteste erhaltene Satz der griechischen Philosophie ist. Es lautet: Und was den seienden Dingen die Quelle des Entstehens ist, dahin erfolgt auch ihr Vergehen „gemäß der Notwendigkeit; denn sie strafen und vergelten sich gegenseitig ihr Unrecht

⁵⁵⁾ *Kelsen*, Vergeltung 472, Anm. 247. *Kelsen*, Vergeltung 472–473, Anm. 247, erwähnt die aristotelische Auffassung von der Seele, gemäß der die Vorstellung einer vom Körper unabhängigen Existenz der Seele unvollziehbar ist. Dabei weist er darauf hin, dass Aristoteles diesen Seelenglauben freilich nicht konsequent festgehalten hat, indem er sich von dem Nus vorgestellt hat, dass er von außen in den Menschen hineingelangt und auch an dessen Tod keinen Teil hat. Aber diese Postexistenz hat keinen sachlichen Gehalt, denn „nach seiner Trennung vom Leib und dessen Lebens-Seele hört der Nus auf zu denken, verliert er sein Erinnerungsvermögen, sein Bewusstsein. Weder über das Wo noch über das Wie dieses inhaltlosen Sein kann Aristoteles irgendetwas Bestimmtes aussagen“ (a.a.O.). Offenbar handelt es sich hier nur mehr um einen letzten, nicht ganz abgestreiften Rest platonischen Einflusses, wie *Kelsen*, Vergeltung 473 bemerkt. – In *Kelsens* Kritik an *Aristoteles*, die „wahrscheinlich der bekannteste Teil des griechischen Oevres Kelsens ist“, wie *Jabloner/Zeleny*, Philosophen 10 bemerken, kann hier nicht eingegangen werden. Zu *Kelsens* Verständnis der praktischen Philosophie des *Aristoteles* s. *Kersting*, *Kelsen und Aristoteles*, der zum folgenden Schluss kommt: „Als der Neukantianer und Grundnormapriorist Kelsen sich jedenfalls in die hermeneutische Gefilde der praktischen Philosophie des Aristoteles begab, um in gewohnter Manier ideologische Machenschaften aufzudecken, hat er sich gründlich verirrt. Und das war wohl unumgänglich: denn Aprioristen und Hermeneutiker haben ein gegensätzliches theoretisches Temperament und können kaum vermeiden, einander entschieden misszuverstehen“ (30).

⁵⁶⁾ *Kelsen*, Vergeltung 473, Anm. 247.

⁵⁷⁾ *Kelsen*, Vergeltung 236.

⁵⁸⁾ *Kelsen*, Vergeltung 236–237.

nach der Ordnung der Zeit“.⁵⁹⁾ Die ‚Ungerechtigkeit‘ wird also früher oder später zwangsläufig bestraft; und das Gleichgewicht sei hier im Sinne der vergeltenden Gerechtigkeit zu verstehen.⁶⁰⁾ Es ist die erste Fassung des Kausalgesetzes,⁶¹⁾ welches aber – zwar verallgemeinert, weil auf alles Geschehen schlechthin bezogen – dennoch im wesentlichen noch das Gesetz der Vergeltung ist.⁶²⁾ An dieser Dynamik der Vergeltung wird sich nach Kelsen das wissenschaftliche Denken zuerst der Zeitkategorie (τοῦ χρόνου τάξις) bewusst.⁶³⁾ „Wenn noch die moderne Naturwissenschaft die Beziehung von Ursache und Wirkung als asymmetrisch kennzeichnet, wenn man noch heute daran festhält, dass die Ursache der Wirkung zeitlich vorangehen muss, so darum, weil die Ursache ursprünglich die Schuld und die Wirkung die Strafe war“.⁶⁴⁾

Auch bei Heraklit ist laut Kelsen das Kausalgesetz unverbrüchlich, wie es sich aus Heraklits Lehre von dem Logos und dem Weltgeschehen bestätigen lässt.⁶⁵⁾ Dike wird zur Überwacherin des Weltgeschehens und zur Garantin der Kontinuität des Werdens und des Kosmos;⁶⁶⁾ denn das Weltgesetz „ist seinem Tenor nach ein Gesetz der Vergeltung und als solches der unerschütterliche Wille einer Gottheit. Dieser Logos ist Dike, die Göttin der unentrinnbaren Rache“.⁶⁷⁾ Nach Kelsen stammt letzten Endes die in der modernen Naturwissenschaft so umstrittene Unverbrüchlichkeit des Kausalgesetzes, die Absolutheit seiner Geltung, „aus der Unverbrüchlichkeit, die der Mythos und die sich aus ihm nur allmählich loslösende Naturphilosophie dem Vergeltungsprinzip als dem Inhalt eines göttlichen und sohin absolut verbindlichen Willens zusprach. Aus diesem Vergeltungsprinzip erarbeitete sich die erste Naturwissenschaft ihr Naturgesetz“.⁶⁸⁾ Dass das Vergeltungsprinzip dem Weltgesetz des Heraklits zugrunde liegt, zeigt sich ferner laut Kelsen auch in der Lehre Heraklits vom Weltfeuer: „Der Weltprozess, als Umwandlung des Feuers in die Dinge und der Dinge wieder in das Feuer, wird als Tausch-Vorgang darge-

⁵⁹⁾ ἐξ ὧν δὲ ἡ γένεσις ἐστὶ τοῖς οὐσι, καὶ τὴν φθορὰν εἰς ταῦτα γίνεσθαι „κατὰ τὸ χρεῶν“ διδόναι γὰρ αὐτὰ δίκην καὶ τίσιν ἀλλήλοις τῆς ἀδικίας κατὰ τὴν τοῦ χρόνου τάξιν“: *Simplikios* in *Phys.* 24, 17 – das wörtliche Zitat steht in Klammern; ich folge dem Text und der Übersetzung v. *Kirk/Raven/Schofield*, *Philosophen* 128. Zur Interpretation des Fragments s. *Kalogerakos*, *Gerechtigkeit* 183–195. Zum Rechtsbegriff bei den Vorsokratikern s. *Kalogerakos*, *Naturphilosophie* 95–104; zur griechischen Auffassung von der Gerechtigkeit von Homer bis Platon s. *Havelock*, *Concept*.

⁶⁰⁾ *Kelsen*, *Vergeltung* 241.

⁶¹⁾ *Kelsen*, *Vergeltung* 241 mit Berufung auch auf *Capelle*, *Vorsokratiker* 71, dass „hier zum ersten Mal im Denken der Menschheit der Begriff einer alles Geschehen, d.h. den gesamten Weltprozess beherrschenden, ihm immanenten Gesetzlichkeit, d.h. der des Weltgesetzes, erfasst ist“. *Dux*, *Sollen* 18–22, übernimmt es, den Befund, den *Kelsen* bei seinem Diskurs über Gerechtigkeit im griechischen Rechtsdenken erhoben hat, strukturell zu rekonstruieren.

⁶²⁾ *Kelsen*, *Vergeltung* 241.

⁶³⁾ *Kelsen*, *Vergeltung* 241–242.

⁶⁴⁾ *Kelsen*, *Vergeltung* 242.

⁶⁵⁾ *Kelsen*, *Vergeltung* 242 ff.

⁶⁶⁾ Zur Deutung der Dike bei *Heraklit* s. *Kalogerakos*, *Dike* 225–243.

⁶⁷⁾ *Kelsen*, *Vergeltung* 244.

⁶⁸⁾ *Kelsen*, *Vergeltung* 244.

stellt, und der Tausch ist nur ein besonderer Fall der Vergeltung⁶⁹⁾ Nicht minder deutlich als bei Heraklit tritt nach Kelsen das Naturgesetz als Vergeltung auch bei Parmenides hervor. „Um zur Erkenntnis dieses Gesetzes, zur Wahrheit zu gelangen, tritt er die fingierte Reise an, die er in seinem Lehrgedicht darstellt; und diese Reise führt ihn zu Δίκη πολύποιος, zur ‚Göttin der Vergeltung‘⁷⁰⁾ Dike, die Göttin des Rechts, sei zugleich die Göttin der Wahrheit und wird ferner mit der ‚starken Notwendigkeit‘ und dem ‚Schicksal‘ identifiziert. Kelsen meint ferner, dass die Vergeltung auch ein, wenn nicht der Grundbegriff der – von orphisch-pythagoreischen Elementen beeinflussten – Philosophie des Empedokles ist. Seine Lehre von der Seelenwanderung sei „hier – wie überall, wo sie auftritt – eine spezifische Vergeltungsideo-logie“⁷¹⁾ Die Vergeltungsidee stehe in engem Zusammenhang auch mit der Naturlehre des Empedokles, denn „es ist die Natur selbst, die vier Elemente, aus denen sie sich nach der Lehre des Empedokles zusammensetzt: Luft, Wasser, Erde und Feuer, die den Übeltäter straft, es ist die Natur selbst, als deren Funktion hier die Vergeltung erkannt wird“⁷²⁾ Darüber hinaus meint Kelsen, dass die kosmischen Kräfte φιλία und νεῖκος nur die Projektion der menschlichen Liebe und Feindschaft sind, dass das Gesetz des ewigen und naturnotwendigen Wechsels von Liebe und Streit bei Empedokles den Sinn der Vergeltung hat und dass daher seine Unverbrüchlichkeit einen spezifisch normativen Charakter hat.⁷³⁾ „Auch bei Empedokles ist Ananke identisch mit Dike, ist die Unverbrüchlichkeit des Naturgesetzes die Absolutheit einer normativen Bindung“⁷⁴⁾

Der moderne Begriff der Kausalität ist nach Kelsen bei den Atomisten Leukipp und Demokrit im wesentlichen erreicht. „Die beinahe völlige Loslösung des Kausalgesetzes von dem Vergeltungsprinzip wird durch die konsequente Ausschaltung aller teleologischen Gesichtspunkte aus der Naturbetrachtung, durch die strikte Ablehnung von sogenannten Zweckursachen seitens der beiden Begründer reiner Naturwissenschaft erzielt“⁷⁵⁾ Anstelle jegliches mit göttlichen Merkmalen umgebenen Naturgesetzes, welches in der vorangegangenen Naturphilosophie das Gleichgewicht in der Natur erklären sollte, tritt jetzt die Notwendigkeit ein. Zwar betrachten die Atomisten die Urbewegung des Stoffes als eine Ureigenschaft der Atome, „aber alle Veränderung innerhalb des von dieser Hypothese, als dem Ausgangspunkt wissenschaftlicher Betrachtung, aus gedeuteten Weltprozesses geht nach dem Gesetz von Ursache und Wirkung vor sich“⁷⁶⁾ Ein mechanisches Weltbild, das von Göttern völlig frei ist, tritt hier zum ersten Mal zutage, denn die bisherigen vorsokratischen Welterklärungsschemata ließen immer freien Raum für das göttliche Element,

69) Kelsen, Vergeltung 244.

70) Kelsen, Vergeltung 245.

71) Kelsen, Vergeltung 246.

72) Kelsen, Vergeltung 246–247.

73) Kelsen, Vergeltung 248–251.

74) Kelsen, Vergeltung 251.

75) Kelsen, Vergeltung 251.

76) Kelsen, Vergeltung 252.

welches sich dem Naturgesetz zufügte. Kelsen meint auch, dass die Loslösung der Naturdeutung vom Vergeltungsprinzip in der Atomistik in voller Parallele zu der analogen Emanzipation der Sozialtheorie in der Sophistik steht.⁷⁷⁾ Als Beispiel dafür sei Protagoras' These über die Strafe zu erwähnen, der zufolge die Strafe nicht aus der religiösen Idee der Vergeltung noch aus einem anderen dunklen Grund, sondern durch die rationale Absicht der Prävention zu erklären sei und zu diesem klaren Ziel erfolge; niemand straft den Missetäter im Hinblick darauf und um deswillen – denn das Geschehene kann er nicht ungeschehen machen –, sondern um des Künftigen willen; man straft der Abschreckung wegen. „Das soziale Gesetz wie das Naturgesetz streift die Fesseln des Vergeltungsmythos ab“.⁷⁸⁾

Immerhin, meint Kelsen,⁷⁹⁾ kann das Kausalgesetz selbst in der gereinigten Form, die es bei den Atomisten annimmt, nicht ganz seinen Ursprung verleugnen, denn zeigt sich bei Leukipp und noch deutlicher bei Demokrit, welcher Provenienz der Gedanke der strengen Kausalität ist. Den antiken Zeugnissen zufolge werden von Demokrit die Atombewegungen in einem Vorgang konzipiert, „der sich ihm wesentlich als zwei gleichartige, aber ihrer Richtung nach einander entgegengesetzte Aktionen, als Stoss und Gegenstoss der aufeinanderprallenden Atome, darstellt. Das ist aber ganz nach Analogie des Vergeltungsprinzips gedacht, das eine Aktion mit der ihr spezifischen Reaktion, die Schuld mit der Strafe, das Verdienst mit dem Lohn verknüpft“,⁸⁰⁾ wobei auch nach dem Kausalgesetz Demokrits zwischen den ‚in Zwist‘ stehenden Atomen nur Gleiches auf Gleiches wirken kann. Schließlich weist Kelsen auf die Bedeutung von αἰτία hin: „Wenn die Ursache bei Demokritos selbst und auch sonst schon in der älteren Naturphilosophie αἰτία heisst, so darf man nicht vergessen, dass dieses Wort ursprünglich so viel wie ‚Schuld‘ bedeutet; so wie ja auch noch heute in der deutschen Sprache ‚etwas verschuldigen‘ vielfach gleichbedeutend ist mit ‚etwas verursachen‘. Die Ursache ist ‚schuld‘ an der Wirkung. Das ist der innere Zusammenhang zwischen den beiden Tatbeständen des Kausalgesetzes, der noch aus dem naturwissenschaftlichen Denken der neuesten Zeit nicht ganz verschwunden ist“.⁸¹⁾

IV. Schlussbemerkungen

Der Begriff ‚Kausalität‘ wird heute nuanciert dargestellt. „Die neuzeitliche Philosophie und Wissenschaft, für die Kausalität ein zentrales Problem darstellt, versteht unter ‚Kausalität‘ durchweg den wirkursächlichen Zusammenhang (causa efficiens) von Ereignissen“,⁸²⁾ wobei sich das Kausalitätsproblem historisch vor allem in zwei Varianten darstellt: „als Frage nach dem

⁷⁷⁾ Kelsen, Vergeltung 253.

⁷⁸⁾ Kelsen, Vergeltung 253.

⁷⁹⁾ Kelsen, Vergeltung 253 ff.

⁸⁰⁾ Kelsen, Vergeltung 255.

⁸¹⁾ Kelsen, Vergeltung 256.

⁸²⁾ Gabriel/Mainzer/Janich, Kausalität 373. Zum „Kausalitätsprinzip“ s. Arndt, „Kausalitätsprinzip“ 803–806.

‚Kausalprinzip‘ und dem ‚Kausalgesetz‘.⁸³⁾ „Während das Kausalprinzip besagt, dass jedem Ereignis ein anderes, mit jenem im Zusammenhang stehendes vorausgeht, formuliert das Kausalgesetz, dass zwischen Ereignissen regelmäßige Zusammenhänge bestehen“.⁸⁴⁾ In der modernen Forschung der frühgriechischen Philosophie wird immer wieder betont, dass der Begriff der Kausalität als einer der bedeutenden Faktoren bezeichnet werden kann, welche den naturalistischen und wissenschaftlichen Charakter des vorsokratischen Denkens bestimmen.⁸⁵⁾ „Das Zurückführen einer Vielfalt von Erscheinungen auf wenige Ursachen“ wird für ein bedeutsames Beispiel der wissenschaftlichen Orientierung gehalten, die im sechsten Jahrhundert v. Chr. eine neue Ära der Geschichte wissenschaftlichen Denkens eröffnete.⁸⁶⁾ Die drei anderen Beispiele sind „die Reduktion der Qualität auf Quantität, Symmetrieerwägungen und die Benutzung mechanischer Modelle“.⁸⁷⁾ Die vorsokratischen Wissenschaftler und Philosophen haben im Grunde einfache und weniger komplexe kausale Schemata angenommen und verwendet, während die darauf folgenden Philosophen die Kausalität theoretisch diskutiert haben.⁸⁸⁾ Nach den Ergebnissen der modernsten Forschung der frühgriechischen Philosophie steht

⁸³⁾ *Gabriel/Mainzer/Janich*, Kausalität 373.

⁸⁴⁾ *Gabriel/Mainzer/Janich*, Kausalität 373. Dazu bemerkt auch *Arndt*, Kausalitätsprinzip 803: „Im Unterschied zu den Kausalgesetzen, die allgemeine Aussagen über spezifische Ereignisklassen und singuläre Kausalerklärungen machen, wird im Kausalitätsprinzip die kausale Bedingtheit allen Geschehens ausgesagt“. Nach *Arndt*, a.a.O., werden frühe Formulierungen des Kausalitätsprinzips *Heraklit* und *Demokrit* zugeschrieben. – Zum Inhalt des „Kausalgesetzes“ im Rahmen der neueren und der modernen Philosophie s. *Scheibe*, Kausalgesetz 789–798.

⁸⁵⁾ *Andriopoulos*, Causality 9, der sich dabei auf *Wheelwright*, Presocratics 41–42 verweist. *Andriopoulos*, Causality untersucht den Begriff der Kausalität bei *Thales*, *Anaximander*, *Anaximenes*, *Xenophanes*, den Pythagoreern, *Heraklit*, *Demokrit*, *Alkmaion* und *Hippokrates*. In der erweiterten neugriechischen Ausgabe des Buchs erörtert *Andriopoulos*, Grundbegriff auch die Auffassungen von der Kausalität *Platons*, *Aristoteles*, der Stoiker (besonders *Chrysipps*), der Skeptiker und *Galens*.

⁸⁶⁾ *Sambursky*, Weltbild der Antike 16, den *Andriopoulos*, Causality 12 zitiert.

⁸⁷⁾ *Sambursky*, Weltbild 31–32. *Sambursky*, Weltbild 32 zufolge, entstammen alle diese Beispiele den Lehren der milesischen Philosophen, „die einen bemerkenswerten Rationalismus aufweisen“, wobei sich „ähnliche rationalistische Elemente“ auch bei zwei griechischen Philosophen des fünften Jahrhunderts, und zwar bei *Empedokles* und noch auffälliger bei *Anaxagoras*, finden.

⁸⁸⁾ *Andriopoulos*, Grundbegriff 17. Er kommt zu dem Schluss, 191, dass die Vorsokratiker die „Ursache“ anscheinend nicht in einheitlicher Weise erfasst und verwendet haben und dass sie sie eher auf verschiedene Weise verwendet haben, und zwar nach dem Gegenstand ihrer Forschung, nach dem jeweiligen Zusammenhang und/oder nach ihrer eigenen philosophischen Orientierung. *Andriopoulos* zufolge, a.a.O., muss es aber in Betracht gezogen werden, dass es auch heute noch keine einstimmige und klare semantische Definition der Termini „Ursache“, „Kausalität“, „Verursachung“, „Determination“ und „Determinismus“ besteht und dass es daher nicht zu erwarten wäre, dass die Vorsokratiker die Bedeutung dieser Termini mit Klarheit bestimmen hätten.

jedenfalls fest, dass sich der Unterschied von mythischem und logischem Denken im Blick auf die kausale Naturerklärung klar fassen lässt.⁸⁹⁾

Kelsen hat versucht, mit der Hilfe eines reichen soziologischen Materials den Ursprung der Kausalität aufzusuchen, und sein Erklärungsschema auf seine Darstellung und Interpretation des frühgriechischen Denkens konsequent angewandt. Dabei hat er die geschichtliche Entwicklung der frühgriechischen Philosophie scharfsinnig und mit bewundernswertem Reichtum an Wissen wie auch mit dauernder Berücksichtigung des zeitgenössischen Stands der philosophiehistorischen Forschung behandelt. Kelsens interpretativer Ansatz in Vergeltung und Kausalität wurde in der älteren wie auch in der neueren Vorsokratiker-Forschung nicht berücksichtigt.⁹⁰⁾ Wäre er beachtet, hätte es wohl zu einer fruchtbaren Diskussion geführt. Im Gegensatz dazu hat bekanntlich Kelsens Platon- und Aristotelesinterpretation immer wieder die Forschung angereizt, sich mit ihm, und zwar meistens heftig, auseinanderzusetzen. Auf jeden Fall gibt Vergeltung und Kausalität weiterhin Anlass zum Nachdenken über das kausale Denken.⁹¹⁾

Literaturverzeichnis

- Ludwig *Adamovich*, Kelsen und die Tiefenpsychologie. Stattgefundene und nicht stattgefundene Begegnungen, in: Robert *Walter/Clemens Jabloner* (Hrsg.), Hans Kelsens Wege sozialphilosophischer Forschung. Ergebnisse eines Internationalen Symposions in Wien (14.–15. Oktober 1996) (Wien 1997), 129-138
- Aischylos*, Choephoren, zit. in der Übersetzung von Johann Gustav *Droysen* (Berlin 1832)
- Nikitas *Aliprantis* (Hrsg.), Hans Kelsen. Η διαχρονικότητα του πνεύματος στο νομικό και κοινωνιολογικό του έργο. Οι εργασίες του Διεθνούς Συνεδρίου [Hans Kelsen.

⁸⁹⁾ *Bremer*, Ursprung 69. *Bremer*, a.a.O., fügt folgendes hinzu: „Die strengen Forderungen des Logos haben eine methodische Präzisierung von Sprach- und Begriffsformen ermöglicht, die das Fundament für eine Wissenschaft von der Natur bilden, die paradigmatisch geworden ist bis in die Neuzeit.“

⁹⁰⁾ Vergeltung und Kausalität wurde in den Fachbibliographien nicht eingenommen; s. z.B. *Totok*, Handbuch¹; *Paquet/Roussel/Lafrance*, Présocratiques; *Navia*, Philosophers; *Totok*, Handbuch²; *Flashar/Bremer/Rechenauer*, Philosophie.

⁹¹⁾ Nach *Dux*, Sollen 23, zeigt die historisch-genetische Rekonstruktion der pristin Logik, „dass sie sich aus einer jeder Geistigkeit entsetzten Natur mit der spezifisch menschlichen Sozialität hat entwickeln können“. Heute, fast fünfundsechzig Jahre nach der Verfassung von Vergeltung und Kausalität, scheinen auch andere, und zwar neuere, Wissenschaften ein leitendes Wort über das kausale Denken zu haben. Besonders in den letzten Jahren befassen sich bekanntlich die Neurowissenschaften intensiv mit der Erforschung der Fähigkeit des menschlichen Geistes, kausale Beziehungen zu suchen. Die Beantwortung der Frage, ob das kausale Denken eine dem menschlichen Bewusstsein naturnotwendig gegebene Denkform ist oder nicht ist, macht anscheinend eine interdisziplinäre Zusammenarbeit erforderlich. – Ich möchte Professor Dr. Nikitas *Aliprantis* meinen Dank dafür aussprechen, dass er mich zum Internationalen Kongress über Hans Kelsen in Athen eingeladen hat. Danken möchte ich auch Professor Dr. Thomas *Olechowski* dafür, dass er mir die Bände 20 und 28 der Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts zugänglich gemacht hat.

- Die Zeitlosigkeit des Geistes in seinem juristischen und soziologischen Werk. Die Akten des Internationalen Kongresses] (Athen 2013)
- Dimitrios Z. *Andriopoulos*, Ατιότητα: η θεμελιώδης έννοια της αρχαίας ελληνικής φιλοσοφικής σκέψης. Ins Neugriechische übersetzt von Eleni *Kalogera* und Jorgos *Zographidis* [Kausalität: der Grundbegriff des griechischen philosophischen Denkens] (Thessaloniki 1995)
- Dimitrios Z. *Andriopoulos*, *The Concept of Causality in Presocratic Philosophy* (Thessaloniki 1988)
- Heinz Wolfgang *Arndt*, „Kausalitätsprinzip“, in: Joachim *Ritter*/Karlfried *Gründer* (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 4 (Basel 1976), 803-806
- Aristoteles*, *Nikomachische Ethik*, zit. in der Übersetzung von *Franz Dirlmeier*⁶ (1974)
- Dieter *Bremer*, *Der Ursprung der Philosophie bei den Griechen*, in: Hellmut *Flaschar*/Dieter *Bremer*/Georg *Rechenauer* (Hrsg.), *Die Philosophie der Antike*, Bd. 1/1: *Frühgriechische Philosophie* (Basel 2013), 61-96
- Wilhelm *Capelle*, *Die Vorsokratiker. Die Fragmente und Quellenberichte. Übersetzt und eingeleitet* (Leipzig 1935)
- Franz *Dirlmeier*, *Aristoteles. Nikomachische Ethik. Übersetzt und kommentiert*⁶ (Darmstadt 1974)
- Günter *Dux*, *Das Sollen in der Positivität des Seins. Zur Genese der normativen Verfassung der Gesellschaft*, in: Robert *Walter*/Clemens *Jabloner* (Hrsg.), *Hans Kelsens Wege sozialphilosophischer Forschung. Ergebnisse eines Internationalen Symposiums in Wien (14.–15. Oktober 1996)* (Wien 1997), 9-26
- Gottfried *Gabriel*/Klaus *Mainzer*/Peter *Janich*, „Kausalität“, in: Jürgen *Mittelstraß* (Hrsg.), *Enzyklopädie, Philosophie und Wissenschaftstheorie*, Bd. 2 (Stuttgart–Weimar 1995), 372-376
- Eric A. *Havelock*, *The Greek Concept of Justice. From Its Shadow in Homer to Its Substance in Plato* (Cambridge–Massachusetts–London 1978)
- Clemens *Jabloner*, *Bemerkungen zu Kelsens „Vergeltung und Kausalität“, besonders zur Naturdeutung der Primitiven*, in: Werner *Krawietz*/Ernst *Topitsch*/Peter *Koller* (Hrsg.), *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen* (Berlin 1982), zit. in der neugriechischen Übersetzung von Nikitas *Aliprantis* (Hrsg.) (2013), 185-206
- Clemens *Jabloner*, *Freud und Kelsen: wirkliche und imaginierte Begegnungen im Kontext*, Manuskript eines Vortrags gehalten im Oktober 2003, zit. in: *Pechriggl* (2006).
- Clemens *Jabloner*, *Menschenbild und Friedenssicherung*, in: Robert *Walter*/Clemens *Jabloner* (Hrsg.), *Hans Kelsens Wege sozialphilosophischer Forschung. Ergebnisse eines Internationalen Symposiums in Wien (14.–15. Oktober 1996)* (Wien 1997), 57-74
- Clemens *Jabloner*/Klaus *Zeleny*, *Kelsen und die griechischen Philosophen – eine Einführung*, in: Robert *Walter*/Clemens *Jabloner*/Klaus *Zeleny* (Hrsg.), *Griechische Philosophie im Spiegel Hans Kelsens. Ergebnisse einer Internationalen Veranstaltung in Wien (2. Dezember 2005)* (Wien 2006), 1-13
- Ioannis G. *Kalogerakos*, Δίκαιο και πρώτη ελληνική φυσική φιλοσοφία [Der Rechtsbegriff und die frühgriechische Naturphilosophie], in: Georgia *Xanthaki-Karamanou* (Hrsg.), *Athlon. Festschrift für Evangelos Moutsopoulos* (Athen 2001), 95-104
- Ioannis G. *Kalogerakos*, Δίκης όνομα: Διαστάσεις της δίκης στη φιλοσοφία του Ηράκλειτου [Der Name der Dike: Dimensionen der Dike bei Heraklit], in: *Hellenika* 49 (1999), 225-243

- Ioannis G. Kalogerakos, Η έννοια της δικαιοσύνης στο απόσπασμα του Αναξίμανδρου [Der Begriff der Gerechtigkeit im Fragment des Anaximander], in: Evangelia Marangianou (Hrsg.), Philosophias Agonisma. Festschrift für Professor Konstantinos Boudouris (Athen 2004), 183-195
- Ioannis G. Kalogerakos, Seele und Unsterblichkeit. Untersuchungen zur Vorsokratik bis Empedokles (Stuttgart–Leipzig 1996)
- Hans Kelsen, Vergeltung und Kausalität: eine soziologische Untersuchung. Mit einer Einleitung von Ernst Topitsch (Neudruck, Wien–Köln–Graz 1982)
- Wolfgang Kersting, Kelsen und Aristoteles, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Griechische Philosophie im Spiegel Hans Kelsens. Ergebnisse einer Internationalen Veranstaltung in Wien (2. Dezember 2005) (Wien 2006), 15-30
- Geoffrey S. Kirk/John E. Raven/Malcolm Schofield, Die vorsokratischen Philosophen. Einführung, Texte und Kommentare. Ins Deutsche übersetzt von Karlheinz Hülsler (Stuttgart–Weimar 1994)
- Reinhard Mehring, Kelsen, Hans, in: Bernd Lutz (Hrsg.), Metzler-Philosophen-Lexikon: von den Vorsokratikern bis zu den Neuen Philosophen² (Stuttgart–Weimar 1995), 447-450
- Carl Werner Müller, Gleiches zu Gleichem. Ein Prinzip frühgriechischen Denkens (Wiesbaden 1965)
- Luis E. Navia, The Presocratic Philosophers. An Annotated Bibliography (New York–London 1993)
- Léonce Paquet/Michel Roussel/Yvon Lafrance, Les Présocratiques: Bibliographie analytique (1879–1980), t. I & II (Montréal–Paris 1988 & 1989)
- Alice Pechriggel, Wie undogmatisch ist Kelsens Platon? Drei Annäherungen an Die Illusion der Gerechtigkeit, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Griechische Philosophie im Spiegel Hans Kelsens. Ergebnisse einer Internationalen Veranstaltung in Wien (2. Dezember 2005) (Wien 2006), 31-49
- Samuel Sambursky, Das physikalische Weltbild der Antike (Zürich–Stuttgart 1965)
- Erhard Scheibe, „Kausalgesetz“, in: Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 4 (Basel 1976), 789-798
- Wilhelm Totok, Handbuch der Geschichte der Philosophie. I. Altertum. Indische, Chinesische, Griechisch-römische Philosophie¹ (Frankfurt am Main 1964)
- Wilhelm Totok, Handbuch der Geschichte der Philosophie. I. Altertum. Indische, Chinesische, Griechisch-römische Philosophie² (Frankfurt am Main 1997)
- Philip Ellis Wheelwright, The Presocratics (New York 1966)

Die neuzeitliche Aufwertung des Kausalitätsprinzips

I. Begriffsgeschichtlich-begriffskritische Reflexion¹⁾

Mit dem Begriff „Kausalitätsprinzip“ wird grundsätzlich die Vorstellung bezeichnet, dass alles, was ‚in der Natur‘ geschieht, Wirkung einer bestimmten Ursache sei. Dieses Konzept begegnet in unterschiedlichen Ausprägungen und Ansätzen bei Philosophen der griechischen Antike, etwa Heraklit, Demokrit oder Platon.²⁾ Bei Platon etwa heißt es, alles „Gewordene“ (γινόμενα) sei „notwendig“ (ἀναγκαίον) durch eine „Ursache“ (αἰτία) geworden.³⁾ αἰτία, Kelsen weist darauf hin, ist ein doppeldeutiger Begriff: Er meint zunächst einmal „Schuld“ oder auch „Beschuldigung“, „Anklage“, dann aber auch „Ursache“, „Anlass“ oder „Grund“.⁴⁾

Man darf hier allerdings nie übersehen, dass neuzeitliche oder ‚moderne‘⁵⁾ Vorstellungen und antike Kausalitätskonzepte schon darin differieren, dass die verwendeten Begriffe von „Ursache“ nicht als konsensual gelten können. Als Beispiel sei hier kurz daran erinnert, dass etwa Aristoteles gleich vier Bedeutungen von „Ursache“ (αἰτίον) aufzählt.⁶⁾

Das neuzeitlich-frühaufklärerische Kausalitätsdenken ist in seiner konkreten Ausprägung wohl nicht zuletzt dem Bemühen um sichere Erkenntnis geschuldet, die unabhängig sein sollte von allen Traditionen und Vorurteilen. Dass die Vorstellung zwingender Ursache-Wirkungs-Zusammenhänge dabei allen Versuchen, ein „*fundamentum inconcussum*“ zu beweisen, vorausgesetzt wurde, indes ihr Vorliegen doch eben erst hätte bewiesen werden sollen, scheint die Tradition cartesischen und post-cartesianischen Denkens nicht wirklich erschüttert zu haben.⁷⁾ Die neuzeitliche Rationalität mochte sich in ihrem Bemühen, die Fesseln eines entgrenzten „theologischen Absolutismus“ *more geometrico* und nachhaltig abzuschütteln, durch derlei Nachfragen viel-

1) Vgl. z.B. *Koselleck*, Begriffsgeschichte und Sozialgeschichte 107 ff.; *Koselleck*, Standortbindung 176 ff.; zu Adaptionenmöglichkeiten im Kontext philosophischer Fragestellungen vgl. z.B. auch *Donhauser*, Türhüter 31 ff.

2) Vgl. *Arndt*, Kausalitätsprinzip 803.

3) *Platon*, Philebos 26e.

4) Vgl. z.B. *Gemoll*, Griechisch-deutsches Schulwörterbuch⁹ 22; *Kelsen*, Vergeltung und Kausalität 256.

5) Zum Begriff vgl. z.B. *Gumbrecht*, Modern 93 ff.

6) Vgl. *Aristoteles*, Metaphysik 1013a, 24 ff.; *Aristoteles*, Physik, 194b, 30 ff.

7) Zum Problem im Kontext der 4. Meditation, 76 ff. (*Descartes* 1994, 116 f.), vgl. z.B. *Röd*, Gott 60; *Rohls*, Theologie 207; *Beysade*, Idea 176. Zu *Descartes*’ „methodischem Zweifel“ vgl. z.B. *Kemmerling*, Bezweifelbarkeit.

leicht nicht weiter hemmen lassen.⁸⁾ Denn „nach dem theologischen Absolutismus des späten Mittelalters“ sei, so Hans Blumenberg, „Selbstbehauptung die Implikation jedes philosophischen Systems“ gewesen.⁹⁾ Die rationale Erklärbarkeit der Welt, und namentlich der *natürlichen* Welt, trat langsam an die Stelle eines Weltbilds reiner Kontingenz, die gekennzeichnet war durch das gänzlich unberechenbare Agieren einer omnipotent und durch nichts, nicht einmal durch sich selbst, begrenzt gedachten Gottheit.¹⁰⁾ Im Blick auf *die Natur* (ein vielschichtiger und schwieriger Begriff, der an dieser Stelle unmöglich kritisch hinterfragt werden kann) hatte sich dies über weite Strecken wohl in einem angsterfüllten Deuten von Zeichen geäußert, die apokalyptische Veränderungen, mit deren Eintreten unweigerlich zu rechnen war, erkennbar machen würden.¹¹⁾ Vielleicht spielt zudem auch die Logik wissenschaftlicher Revolutionen eine Rolle, die ein Paradigma, sobald es sich hinreichend stabilisiert hat, festschreiben.¹²⁾

Wie auch immer, der „Satz vom zureichenden Grunde“ wurde seit dem 17. Jahrhundert zu einer zentralen Maxime (natur-) wissenschaftlichen Denkens sowie des Denkens über Wissenschaft. In den Naturwissenschaften entwickelte sich in dieser Zeit langsam „das Experiment“ als „technisch erzeugte, kontrollierte Erfahrung“ zum Bezugspunkt insbesondere physikalischer Erkenntnis.¹³⁾

Spinoza betont, dass „[a]us einer bestimmten Ursache [*causa*] notwendig [*necessario*] eine Wirkung [*effectus*] folge, und umgekehrt [...]“ An anderer Stelle heißt es, „von jeder Sache“ müsse sich „eine Ursache [*causa*] oder ein Grund [*ratio*] angeben lassen, warum es existiert oder nicht“.¹⁴⁾ Bei Leibniz

⁸⁾ Zur „Legitimität der Neuzeit“ aus dem Geist der Befreiung von „theologischem Absolutismus“ vgl. Blumenberg, Legitimität³, insb. 178, 180, 194, 208. Zur Methode „more geometrico“ vgl. z.B. Röd, Geometrischer Geist.

⁹⁾ Vgl. Blumenberg, Legitimität³ 167.

¹⁰⁾ Zur Idee einer „potentia Dei absoluta“ vgl. z.B. Courtenay, Potentia absoluta/ordinata 1157 ff.

¹¹⁾ Zum Ganzen vgl. z.B. Fried, Aufstieg, insb. 42 ff.

¹²⁾ Zum Thema vgl. Kuhn, Struktur¹³, insb. 38 ff.

Abgesehen davon gilt selbst für formalsprachliche Systeme (also weitaus stärker determinierte „Sprachspiele“; zum Begriff vgl. Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen¹¹ 572; Schulte, Hinnahme 156–170; vgl. auch Donhauser, Kunst 131 f. als jene, von denen wir hier sprechen), was Kurt Gödel in seinem „Unvollständigkeitstheorem“ ausgedrückt hat. Demnach gebe es in jedem einigermaßen ausdrucksstarken widerspruchsfreien formalen deduktiven System einen formulierbaren Satz, der in diesem System unentscheidbar ist, also weder bewiesen noch widerlegt werden kann (vgl. Gödel, Diskussion 202). Mit Aristoteles mehr ins Allgemeine gewendet: „Wenn ein Wissen von den Vorannahmen, aus denen der Beweis (erfolgt), notwendig ist, andererseits aber die Annahmen unvermittelt irgendwo zum Stillstand kommen, dann müssen notwendig diese unbeweisbar sein [...].“ (Aristoteles, Analytika hystera 72b 20 ff. Übers. hier nach Zekl, in: Aristoteles, Erste Analytik. Zweite Analytik 321).

¹³⁾ Vgl. Hieber, Naturphilosophie 176; vgl. auch Gloy, Verständnis 191 ff.

¹⁴⁾ Spinoza, Ethik I, 3. Axiom, in: Spinoza, Ethica 46, 52. Zu Spinozas Epistemologie vgl. z.B. Renz, Erklärbarkeit, insb. 215 ff.

heißt es, „das *Prinzip des zureichenden Grundes*“ bestehe darin, „daß niemals etwas ohne eine Ursache oder wenigstens einen bestimmten Grund geschieht“.¹⁵⁾

Derlei deterministischer Überzeugung gegenüber skeptisch äußerte sich bekanntlich David Hume. Daraus, dass ein „Gegenstand“ einem anderen „vorausgeht“, folge nicht schon zwingend eine „notwendige Verknüpfung [*necessary connexion*]“.¹⁶⁾ Als „Ursache“ bezeichnet werde demnach

„ein Gegenstand, der einem anderen vorausgeht, ihm räumlich benachbart, und zugleich mit ihm so verbunden ist, dass die Vorstellung des einen Gegenstandes den Geist nötigt, die Vorstellung des anderen zu vollziehen, und als Eindruck des einen ihn nötigt, eine lebhaftere Vorstellung des anderen zu vollziehen“.¹⁷⁾

Mithin lägen Kausalrelationen (salopp formuliert) weniger in den Dingen als vielmehr im Auge des Betrachters. Dass dem generell so ist, hat bekanntlich Immanuel Kant in der „Kritik der reinen Vernunft“ hervorgehoben. Er schlägt daher vor anzunehmen, „die Gegenstände müssten sich nach unserer Erkenntnis richten“.¹⁸⁾ „Kausalität“ zählt für Kant zu den Kategorien menschlicher Erkenntnis, sie stammt aus seiner Sicht nicht aus einer wie immer bestimmten Erfahrung, sondern bildet eine (von mehreren) Voraussetzung(en) derselben.¹⁹⁾ Bezogen auf „Gegenstände“ oder „Erscheinungen“ könne sich die Anwendung von „Regeln“ aber immer nur im Rahmen „regulative[r] Prinzipien“ bewegen.²⁰⁾

In nichtphilosophischer, naturwissenschaftlich orientierter Theoriebildung dominierte im 19. und 20. Jahrhundert die Vorstellung einer Wirkung von Kausalgesetzen „im Sinne von beobachtbaren Abhängigkeiten“ in geschlossenen Systemen.²¹⁾ Dieses Konzept verband sich mit der Vorstellung von möglichst exakter Prognostizierbarkeit künftiger Ergebnisse. Als Protagonist eines solchen Ansatzes wird häufig Pierre Simon de Laplace zitiert.²²⁾ Die damit verbundene dogmatische Tendenz einer dem Glauben an Machbarkeit und Fortschritt verpflichteten Konzeption der Naturwissenschaften zog umgekehrt wiederum entsprechende Kritik von philosophischer und epistemologischer Seite nach sich. Prominent ist Wittgensteins apodiktisches Urteil aus dem „Tractatus“: „Der Kausalnexus ist der *Aberglaube*.“ Und: „Die Ereignisse der Zukunft *können* wir nicht aus den gegenwärtigen erschließen.“²³⁾

¹⁵⁾ Leibniz, Theodicée I, 44.

¹⁶⁾ Vgl. Hume, Traktat 104 ff.; vgl. auch ebd. 210–233.

¹⁷⁾ Hume, Traktat 230.

¹⁸⁾ Vgl. Kant, KrV, B XVI.

¹⁹⁾ Vgl. Kant, KrV, A 80 f., 223, B 107, 225, 270 f., 273.

²⁰⁾ Vgl. Kant, KrV, B 222 f./A 179 f.

²¹⁾ Vgl. Arndt, Kausalitätsprinzip 804.

²²⁾ Vgl. z.B. Laplace, Théorie.

²³⁾ Wittgenstein, Tractatus 5.1361.

II. Kelsens Fokus auf das Themenfeld

In seiner Abhandlung „Vergeltung und Kausalität“ knüpft Kelsen dort, wo er sich der „[m]oderne[n] Naturwissenschaft“ zuwendet, an Hume²⁴⁾ und Kant an. Auch Kelsen interpretiert ihre Überlegungen zum „Kausalnexus“ als Einwände gegen die „Vorstellung [...], zwischen Ursache und Wirkung bestehe ein objektiver, in den Dingen selbst gelegener Zusammenhang“. Demgegenüber würde die „Verknüpfung von Ursache und Wirkung [...] in das Subjektive, aus dem Sein in das Bewusstsein, verlegt“.²⁵⁾ Doch woher, so fragt Kelsen, stamme überhaupt „diese Vorstellung, dass die Notwendigkeit der Verknüpfung von Ursache und Wirkung objektiv begründet und sohin dem Geschehen immanent sei, dass die Ursache die Wirkung herbeiführe oder nach sich ziehe?“ Kelsen führt sie auf das Vergeltungsprinzip zurück, das „Ausdruck des transzendenten, von den ihm unterworfenen Menschen unabhängigen Willens einer spezifisch objektiven Autorität“ sei, „die mit der Schuld die Strafe, mit dem Verdienst den Lohn verknüpft“.²⁶⁾ In diesen Kontext gehört auch Kelsens Kritik an der „populäre[n] Vorstellung [...], dass eine Ursache nur eine Wirkung habe und dass eine Wirkung auf eine Ursache zurückzuführen sei“. Auch hier klinge die „Norm der Vergeltung“ durch, denn die „These, dass die Wirkung der Ursache gleich sein müsse“, gehe auf den „Grundsatz“ zurück, „dass Gleiches mit Gleichem vergolten werde“.²⁷⁾

Gegen dieses Vergeltungsprinzip setzen sich für Kelsen die skizzierte begriffliche Kritik Humes und Kants bzw. Modifikationen der konkreten Gestalt des Kausalitätsprinzips mehr und mehr ab. Selbst der Ansatz von Laplace steht Kelsen zufolge im Kontext eines Abschieds von der Vorstellung kausaler Beziehungen in der „Welt der Dinge“: „Zwischen der Heisenberg’schen Unbestimmtheitsrelation und dem bekannten Laplace’schen Geist“ bestehe „kein prinzipieller Unterschied“²⁸⁾ – eine doch einigermaßen gewagte Behauptung. In Parenthese bemerkt: Bei der so genannten Unschärferelation Heisenbergs handelt es sich, sehr vereinfacht ausgedrückt, um ein Gedankenexperiment, das die Annahme einer starren Korrelation zwischen Subjekt und Objekt einer Experimentalanordnung radikal infrage stellt, auch auf physikalischer Ebene (in den Sozialwissenschaften ist das Problem ja ohnedies mehr als auffällig). Bei dem Versuch, ein Teilchen mikroskopisch zu messen, erfährt dieses Teilchen selbst einen Impuls und wird dadurch in seiner Position verändert.²⁹⁾ Das Konzept exakter Beschreibbarkeit wiederholbarer Bedingungen unter feststehenden Versuchsanordnungen mit daran anschließender Prognostizierbarkeit bei Laplace scheint doch in eine ganz andere Richtung zu weisen. Kelsen sieht die Gemeinsamkeit wohl vor allem in der von ihm vermuteten Einsicht in die

²⁴⁾ Zur Bedeutung *Humes* für das Denken *Kelsens* vgl. z.B. *Dvořák*, David Hume 133 ff.; *Topitsch*, Einleitung zu *Kelsen*, Vergeltung XVII.

²⁵⁾ Vgl. *Kelsen*, Vergeltung 259 f.

²⁶⁾ Ebd. 260.

²⁷⁾ Ebd. 263 f., 261 f.

²⁸⁾ Ebd. 271.

²⁹⁾ Vgl. dazu z.B. *Taschner*, Zahlen 45 ff.

„Unzulänglichkeit der menschlichen Erkenntnis“, denn auch Laplace spreche nur von „Wahrscheinlichkeiten“.³⁰⁾ Gedacht ist dabei an einen statistischen Wahrscheinlichkeitsbegriff, also ein mathematisches Konzept.³¹⁾ Die „Annahme einer Gesetzmäßigkeit des Geschehens“ bleibt für Kelsen durchaus erhalten, wobei allerdings der Anspruch auf „Wahrscheinlichkeit“ an die Stelle eines solchen auf „Notwendigkeit“ trete. Als „höchstes zu Grunde liegendes Postulat gelte, dass dasjenige, was die größere mathematische Wahrscheinlichkeit besitzt, in der Natur auch in entsprechendem Masse häufiger vorkommt“ [...] [D]ie Annahme, dass zwischen Ursache und Wirkung ein notwendiger Zusammenhang bestehe“, werde „durch die Annahme ersetzt, dass dieser Zusammenhang nur ein ‚wahrscheinlichkeitsgemässer‘ [sic!] ist.“³²⁾ Im Gefolge der Präzisierungen Humes drücke der „Kausalbegriff [...] nicht mehr eine absolute Notwendigkeit“ aus, „sondern eine bloss [sic!] statistische Wahrscheinlichkeit [...] Ist die Kausalität kein objektives Band zwischen Ursache und Wirkung, dann ist jenes Element beseitigt, dem allein die absolute Notwendigkeit, die Unverbrüchlichkeit anhaften kann; der tranzendente Wille, der diese objektive Verknüpfung stiftet.“³³⁾ In dem so beschriebenen Wandel des „Gesetzesbegriff[s]“ sieht Kelsen eine „Revolution“ des wissenschaftlichen Denkens“, die den letzten Rest an Vergeltungsidee hinter sich lasse.³⁴⁾

Dem liege eine erhebliche Abstraktionsleistung zugrunde: „Verallgemeinert sich das Vergeltungsprinzip zur Kausalität, werden Tatbestände als Wirkungen mit anderen Tatbeständen als Ursachen verknüpft, die keineswegs nur normwidrige oder normentsprechende Handlungen der Individuen sind.“ Das „Kausalgesetz“ ist eben gerade keine Norm im juristischen oder auch in einem moralischen Sinn, sondern eine Aussage über das Verhältnis von „Tatbestände[n] in der Natur“.³⁵⁾ Anders gewendet: Mit dem Vergeltungsprinzip wird für Kelsen zwangsläufig auch eine „soziozentrische Naturbetrachtung“ verabschiedet, wie sie sich für ihn im „ptolematische[n] Weltbild“ ausdrückt. „Parallel mit der Loslösung des Kausalgesetzes vom Vergeltungsprinzip geht die Scheidung der Begriffe von Natur und Gesellschaft.“³⁶⁾ Für Kelsen ist damit freilich das letzte Wort noch nicht gesprochen, zu problematisch erscheint der Gesetzesbegriff im Zusammenhang mit dem Terminus „Natur“. Erforderlich scheint die

„Auflösung des Normbegriffs. Der Anspruch des Sollens: als ein vom Sein völlig verschiedener Sinn [...] wird als bloss [sic!] Ideologie durchschaut, hinter der sich als Realität höchst konkrete Interessen von Individuen oder Gruppen verbergen [...].“

³⁰⁾ Kelsen, Vergeltung 271, unter Verweis auf Laplace, Essai 3 f.

³¹⁾ Kelsen, Vergeltung 269.

³²⁾ Ebd. 269; vgl. auch ebd. 271.

³³⁾ Ebd. 276.

³⁴⁾ Ebd. 277.

³⁵⁾ Ebd. 280.

³⁶⁾ Ebd. 280.

Auf Kelsens fundamentale, an Kant orientierte Unterscheidung zwischen „Sein“ und „Sollen“ in der „Reinen Rechtslehre“ muss an dieser Stelle nicht eigens hingewiesen werden.³⁷⁾ Hier wendet sich Kelsen konkret gegen die Auffassung des britischen Biologen Thomas Henry Huxley, wonach „Rechtsgesetze [...] Naturgesetze[n] [...] gleichartig“ seien, weil sie „angeben“ würden, „wie sich die Menschen verhalten werden“. Darin äußert sich, wie Kelsen zutreffend betont, ein grundlegendes „Missverständnis“ über das Wesen von Rechtsnormen. Sie treffen eben gerade „keine Aussagen über die Wirklichkeit“, sondern stellen „Forderungen“ dar, „die statuieren, was geschehen soll“.³⁸⁾

Umgekehrt gelte:

„Die Unmöglichkeit, in den sozialen Vorgängen ebensolche Gesetze zu erkennen wie in der Natur, verschwindet, sobald das Naturgesetz den Anspruch auf absolute Notwendigkeit aufgegeben hat und sich damit begnügt, eine Aussage über statistische Wahrscheinlichkeit zu sein.“³⁹⁾

Das Problem ist vermutlich die einheitliche Verwendung des Begriffs „Gesetz“ für höchst unterschiedliche Bezugsgrößen. Ähnliche Überlegungen finden sich übrigens in einer rezenten Abhandlung des Philosophen Michael Pauen und des Neurobiologen Gerhard Roth.

„Anders als juridische Gesetze haben Naturgesetze keinen aktiven Einfluss auf das Verhalten der Dinge; sie sorgen also nicht etwa dafür, daß Planeten, fallende Körper oder Neurone etwas tun, was sie ansonsten nicht täten. Vielmehr beschreiben sie nur (z. B. in Form von Differentialgleichungen), was die Dinge ‚von sich aus‘ unter bestimmten Anfangs- und Rahmenbedingungen tun werden.“⁴⁰⁾

Und wie sieht es für Kelsen in den Gesellschaftswissenschaften aus? Unter der Voraussetzung, dass „aus dem Begriff der Kausalität das Element der Notwendigkeit [...] eliminiert und durch das der bloßen Wahrscheinlichkeit [...] ersetzt[t]“ wird, erscheint für ihn eine Adaption „der Kausalität [...] auch auf das menschliche Verhalten“ möglich.⁴¹⁾ Da ihm die Idee der menschlichen Willensfreiheit fragwürdig erscheint, versucht er dies über den Begriff der „Zurechnung“ zu erreichen. Dabei geht es in letzter Konsequenz aber weniger um eine sozialwissenschaftliche Perspektivierung als vielmehr um die Möglichkeit, Rechtsnormen unter den Auspizien letztendlicher Determiniertheit menschlichen Verhaltens auf eben dieses zur Anwendung zu bringen.⁴²⁾ Im

³⁷⁾ Vgl. *Kelsen, Reine Rechtslehre*², z.B. 5 f., 19, 196. Zum ideengeschichtlichen Kontext vgl. *Kant, KrV*, B 375 f./A 318 f.; vgl. dazu z.B. auch *Brague, Vorgeschichte* 21 ff.

³⁸⁾ *Kelsen, Vergeltung* 273.

³⁹⁾ Ebd. 281 f.

⁴⁰⁾ *Pauen/Roth, Freiheit* 59.

⁴¹⁾ *Kelsen, Reine Rechtslehre*² 548.

⁴²⁾ Vgl. *Kelsen, Reine Rechtslehre*² 553 ff., 561 ff. Ein spezielles Problem stellt die Eingemeindung antiker griechischer Philosophie in dieses Umfeld dar; zu freundlich-kritischen Würdigungen von *Kelsens* durchaus ambivalentem Umgang mit letzterer vgl. *Jablonek/Zeleny, Kelsen und die griechischen Philosophen* 1 ff.; *Pechtriggel, Kelsens Platon* 31 ff.

Strafrecht setze dies freilich die Ersetzung jeglichen Vergeltungsgedankens durch das Konzept der Prävention voraus. Dann erfolge „die Strafe [...] nicht mehr wegen des begangenen Unrechts, sondern um künftiges zu verhindern.“⁴³⁾

III. Abschlussreflexion

Im Bemühen um ein idealtypisches Modell glättet Kelsen in „Vergeltung und Kausalität“ eine ganze Reihe von Problemen und kontroversiellen Auseinandersetzungen, die sowohl im Kontext des Konzepts „Kausalprinzip“ als auch mit jenem der Möglichkeit bzw. Möglichkeitsbedingungen „exakter Erkenntnis“ ent- und nach wie vor bestehen. Dies geht, für Kelsen eigentlich untypisch, wenigstens teilweise zu Lasten begrifflicher Schärfe.

Gerade zwischen der Laplace'schen und der quantenmechanischen Auffassung von ‚Wahrscheinlichkeit‘ liegen durchaus Welten,⁴⁴⁾ und die Verabschiedung jeglicher Willensfreiheit ist keinesfalls zwingend.⁴⁵⁾ Der jeweilige Umgang gerade mit dem Thema „Willensfreiheit“ hängt sehr stark von definitiven Voraussetzungen ab, denen Kelsen in seinem Aufsatz „Kausalität und Zurechnung“ leider nur sehr wenig Aufmerksamkeit zuteil werden lässt. Auch im Kontext seiner Überlegungen zum Vergeltungsprinzip wird Kelsen erstaunlich unscharf (einmal abgesehen von einer zumindest aus heutiger Sicht hochproblematischen Rede von „primitivem Denken“ und „Primitiven“ im Sinne von „primitive Menschen“⁴⁶⁾).⁴⁷⁾

Gleichwohl, Kelsens Anliegen in seiner 1946 erstmals veröffentlichten Monographie „Vergeltung und Kausalität“ scheint im Kern in einer grundlegenden Entkoppelung wissenschaftlicher von ethisch-moralischen bzw. religiösen Kategorien zu liegen.⁴⁸⁾ Dieser ideologiekritische Ansatz findet in

⁴³⁾ Vgl. *Kelsen*, Vergeltung 263.

⁴⁴⁾ Zur letzteren vgl. z.B. *Bokulich*, *Philosophy* 63 ff.; *Cook*, *Probability*.

⁴⁵⁾ Vgl. z.B. *Bieri*, *Handwerk*³, insb. 29 ff., 381 ff.; *Himmelmann*, *Freiheit*, insb. 127 ff., 388 ff.; *Pauen/Roth*, *Freiheit*, insb. 21 ff., 99 ff.; *Safranski*, *Wahrheit* 198 ff.

⁴⁶⁾ Vgl. *Kelsen*, *Vergeltung*, z.B. 7 ff., 26 ff., 277.

⁴⁷⁾ An dieser Stelle wäre auch nach anderen Möglichkeiten begrifflicher Differenzierung zu fragen. *Kelsen* ist es um ein idealtypisches Modell zu tun, um den Aufweis von etwas wie grundsätzlichen Strukturen. Insofern vertritt er auch die Auffassung, die etwa von Fritz *Mauthner* relevierte Ersetzung der Vorstellung einer Ursache durch jenen einer Mehrzahl von Bedingungen (vgl. *Mauthner*, *Wörterbuch*, 96) ändere am prinzipiellen Problem nichts, sondern modifiziere die Ausrichtung am „Vergeltungsgrundsatz“ lediglich (*Kelsen*, *Vergeltung* 265). Ähnlich ließe sich bezüglich des oben angesprochenen Talionsprinzips (unabhängig davon, wie man selbiges insgesamt einschätzen mag) ins Treffen führen, dass es gegen andere Formen von „Vergeltung“, wie sie aus anderen alten Hochkulturen bekannt sind, eine Eingrenzung des Ausmaßes an „Vergeltung“ darstelle und einem Konzept von Fairness zumindest tendenziell näher komme als etwa der Codex Hammurapi (vgl. zum Themenkomplex z.B. *Miller*, *Eye for an Eye* 17 ff., 46 ff.; *Otto*, *Talion* 224 ff.; *Strenge*, *Codex Hammurapi* 22 ff.; *Viel*, *Codex Hammurapi* 38 ff.). Dem würde *Kelsen* vermutlich entgegenhalten, dass dies am grundlegenden Problem nichts ändere.

⁴⁸⁾ Vgl. auch *Topitsch*, *Einleitung zu Kelsen*, *Vergeltung* XI ff.

Kelsens Werk immer wieder Ausdruck, besonders deutlich und mit weit größerer begrifflicher Schärfe vielleicht in seinem posthum erschienenen Werk „Secular Religion“.⁴⁹⁾ Das Beharren auf dem Eigenrecht wissenschaftlicher Weltansicht und Welterschließung als eines rationalen, argumentierbaren Unterfangens gegen die Zumutungen gleichermaßen unhinterfragbarer wie endgültiger „Wahrheiten“ ist nach wie vor von ungebrochener Aktualität. Dass wissenschaftliche Aussagen im Kontext politischer Populärdiskurse, leider aber auch wissenschaftlicher Alltagspraxis, nach wie vor mit ethischen bzw. moralischen Kategorien vermenget und entsprechend missbraucht werden, erweist sich in vielen Bereichen, von der Psychiatrie bis hin zur sogenannten „Zypern-Krise“.⁵⁰⁾ Die grundsätzliche Infragestellung solcher Zugänge, verbunden damit, Kategorien, Möglichkeiten, Grenzen und Spezifika „modernen“ Wissenschaftsverständnisses bewusst zu machen und ernst zu nehmen, schiene heute vielleicht wichtiger denn je.

Literaturverzeichnis

- Aristoteles*, Erste Analytik. Zweite Analytik, hier zit. nach Hans Günter Zekl, *Organon*, Bde. 3 und 4 (Hamburg 1998)
- Aristoteles*, *Metaphysik*, in: Immanuel Bekker (Hrsg.), *Aristotelis Opera*, Vol. I (Berlin 1960) 980a–1093b
- Aristoteles*, *Physik*, in: Immanuel Bekker (Hrsg.), *Aristotelis Opera*, Vol. I (Berlin 1960) 184a–248b
- Aristoteles*, *Analytikon hysteron* [Analytica posteriora], in: Immanuel Bekker (Hrsg.), *Aristotelis Opera*, Vol. I (Berlin 1960) 71a–100b
- H. W. Arndt, *Kausalitätsprinzip*, in: Joachim Ritter / Karlfried Gründer (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 4: I–K (Basel/Stuttgart 1976) 803–806
- Jean-Marie Beysade, *The idea of God and the proofs of his existence*, in: John Cottingham (Hrsg.), *The Cambridge Companion to Descartes* (Cambridge et al. 1992) 174–199
- Peter Bieri, *Das Handwerk der Freiheit*³ (München 2005)
- Hans Blumenberg, „Nachahmung der Natur“, in: Hans Blumenberg, *Wirklichkeiten, in denen wir leben. Aufsätze und eine Rede* (Stuttgart 1981, Nachdruck 1996) 55–103
- Hans Blumenberg, *Die Legitimität der Neuzeit*³ (Erneuerte Ausgabe. Frankfurt am Main 1997)
- Alisa Bokulich, *Philosophy of quantum information and entanglement* (Cambridge et al. 2010)
- Rémi Brague, *Zur Vorgeschichte der Unterscheidung von Sein und Sollen*, in: Thomas Buchheim / Rolf Schönberger / Walter Schweidler (Hrsg.), *Die Normativität des Wirklichen* (Stuttgart 2002) 21–34
- David B. Cook, *Probability and Schrödinger’s mechanics* (New Jersey et al. 2002)
- W. J. Courtenay, *Potentia absoluta/ordinata*, in: Joachim Ritter / Karlfried Gründer (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie VII* (Darmstadt 1989) 1157–1162
- Ralf Dargent, *Europa – Der Spielplatz für überforderte Politiker*, in: *Die Welt*, 28. 3. 2013, online-Ausgabe, [<http://www.welt.de/vermishtes/article114836729/Europader-Spielplatz-fuer-ueberforderte-Politiker.html>] (abgerufen am 1. 4. 2013)

⁴⁹⁾ Vgl. Kelsen, *Secular Religion*, resümierend insb. 251 ff.

⁵⁰⁾ Vgl. z.B. Renschmidt/Schmidt, *Multilaxales Klassifikationsschema* 147 ff.; Dargent, *Europa*.

- René *Descartes*, *Meditationes de prima philosophia in quibus Dei existentia et animae humanae a corpore distinctio demonstratur*, in: Hans-Georg *Zekl* / Lüder *Gäbe* (Hrsg.), René *Descartes*, Philosophische Schriften in einem Band (Sonderausgabe Hamburg 1996)
- Gerhard *Donhauser*, *Kunst – Erkenntnis – Deutung. Eine philosophische Annäherung* (Wien 2001)
- Gerhard *Donhauser*, *Türhüter. Wie Recht wird, was es ist* (Wien 2013)
- Johann *Dvořák*, David Hume. Wissenschaft und Religion bei Kelsen, in: Tamara *Ehs*, (Hrsg.), Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung (Wien 2009) 133–151
- Johannes *Fried*, *Aufstieg aus dem Untergang* (München 2001)
- Wilhelm *Gemoll*/Karl *Vretska*, *Griechisch-deutsches Schulwörterbuch*⁹ (Wien 1997)
- Karen *Gloy*, *Das Verständnis der Natur I* (München 1995)
- Kurt *Gödel*, Diskussion zur Grundlegung der Mathematik (1931), in: Solomon *Feferman* et al. (Hrsg.), Kurt *Gödel*, *Collected Works I, Publications 1929–1936* (New York et al. 1986) 200–204
- Hans-Ulrich *Gumbrecht*, *Modern*, in: Otto *Brunner* / Werner *Conze* / Reinhart *Koselleck* (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 4 (Stuttgart 1978) 93–131
- Hermann *Helmholtz*, Über das Verhältnis der Naturwissenschaften zur Gesamtheit der Wissenschaften, in: Hermann *Helmholtz*, *Populäre Wissenschaftliche Vorträge, Erstes Heft* (Braunschweig 1876) 1–29
- Lutz *Hieber*, Die aristotelische Naturphilosophie und der epistemologische Bruch der neuzeitlichen Wissenschaft, in: Lutz *Hieber*/Rudolf Wolfgang *Müller* (Hrsg.), *Gegenwart der Antike* (Frankfurt am Main/New York 1982) 170–182
- Beatrix *Himmelmann*, *Freiheit und Selbstbestimmung* (Freiburg/München 1996)
- David *Hume*, Ein Traktat über die menschliche Natur I, hier zit. nach Theodor *Lipps*, hrsg. von Rainer *Brandt* (Nachdruck der 2. Aufl. von 1904; Hamburg 1989)
- Clemens *Jabloner* / Klaus *Zeleny*, Kelsen und die griechischen Philosophen – eine Einführung, in: Robert *Walter* / Clemens *Jabloner* / Klaus *Zeleny* (Hrsg.), *Griechische Philosophie im Spiegel Hans Kelsens* (Wien 2006) 1–14
- Immanuel *Kant*, *Kritik der reinen Vernunft*, 2 Bde., in: Wilhelm *Weischedel* (Hrsg.), *Immanuel Kant, Werkausgabe*¹² III und IV (Frankfurt am Main 1992)
- Hans *Kelsen*, *Vergeltung und Kausalität* (1940, Neudruck Wien et al. 1982)
- Hans *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² (1960, Neudruck Wien 2000)
- Hans *Kelsen*, *Kausalität und Zurechnung*, in: Hans *Klecatsky* / René *Marcic* / Herbert *Schambeck* (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Bd. 1 (Stuttgart/Wien 2010) 541–565
- Hans *Kelsen*, *Secular Religion. A Polemic against the Misinterpretation of Modern Social Philosophy, Science and Politics as „New Religions“* (Wien 2011)
- Andreas *Kemmerling*, Die Bezweifelbarkeit der eigenen Existenz, in: Hans-Peter *Schütt* / Andreas *Kemmerling* (Hrsg.), *Descartes nachgedacht* (Frankfurt am Main 1996) 80–122
- Reinhart *Koselleck*, *Begriffsgeschichte und Sozialgeschichte*, in: Reinhart *Koselleck*, *Vergangene Zukunft*⁵ (Frankfurt am Main 1995) 107–129
- Reinhart *Koselleck*, *Standortbindung und Zeitlichkeit*, in: Reinhart *Koselleck*, *Vergangene Zukunft*³ (Frankfurt am Main 1995) 176–207
- Thomas S. *Kuhn*, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen. Zweite revidierte und um das Postskriptum 1969 ergänzte Auflage*¹³ (Frankfurt am Main: Suhrkamp 1995)
- Pierre Simon de *Laplace*, *Théorie analytique des probabilités* (Paris 1812)
- Pierre Simon de *Laplace*, *Essai philosophique sur les probabilités*⁴ (Paris 1819)
- Gottfried Wilhelm *Leibniz*, *Versuche die Theodicee, über die Güte Gottes, die Freiheit des Menschen und den Ursprung des Übels*, in: Artur *Buchenau* (Hrsg.), *Gott-*

- fried Wilhelm *Leibniz*, Philosophische Werke in vier Bänden in der Zusammenstellung von Ernst Cassirer, Bd. 4 (Hamburg 1996)
- Fritz *Mauthner*, Wörterbuch der Philosophie I, in: Ludger *Lütkehaus* (Hrsg.), Fritz *Mauthner*, Das philosophische Werk. Nach den Ausgaben letzter Hand I/1 (Wien/Köln/Weimar 1997)
- William Ian *Miller*, *Eye for an Eye* (Cambridge et al. 2006)
- Eckart *Otto*, Die Geschichte der Talion, in: *Otto*, Eckart Kontinuum und Proprium (Wiesbaden 1996) 224–245
- Michael *Pauen*/Gerhard *Roth*, Freiheit, Schuld und Verantwortung (Frankfurt am Main 2008)
- Alice *Pechriggl*, Wie undogmatisch ist Kelsens Platon? in: Robert *Walter* / Clemens *Jabloner* / Klaus *Zeleny* (Hrsg.), Griechische Philosophie im Spiegel Hans Kelsens (Wien 2006) 31–50
- Platon*, *Philebos*, in: *Platonis Opera*. Ed. Ioannes *Burnet*, Vol. II (Oxford 1901)
- Helmut *Remschmidt* / Martin H. *Schmidt* (Hrsg.), Multiaxiales Klassifikationsschema für psychische Störungen des Kindes- und Jugendalters nach ICD-10 der WHO3 (Revidierte Aufl. Bern et al. 1994)
- Ursula *Renz*, Die Erklärbarkeit von Erfahrung (Frankfurt am Main 2010)
- Wolfgang *Röd*, Geometrischer Geist und Naturrecht (München 1970)
- Wolfgang *Röd*, Der Gott der reinen Vernunft (München 1992)
- Jan *Rohls*, Theologie und Metaphysik (Gütersloh 1987)
- W. D. *Ross* (Hrsg.), *Aristotle's Metaphysics*. A revised text with introduction and commentary, Vol. I/2 (London 1958)
- Rüdiger *Safranski*, Wieviel Wahrheit braucht der Mensch? (Frankfurt am Main 1993)
- Joachim *Schulte*, Die Hinnahme von Sprachspielen und Lebensformen, in: Wilhelm *Lütterfelds* / Andreas *Roser*, Der Konflikt der Lebensformen in Wittgensteins Philosophie der Sprache (Frankfurt am Main 1999) 156–170
- Benedictus *de Spinoza*, *Ethica*, in: Benedictus *de Spinoza*, *Opera*, hier zit. nach Carl *Gebhardt*, Vol. II/2 (Unveränderter Nachdruck der Ausgabe 1925; Heidelberg 1976)
- Irene *Streng*, Codex Hammurapi und die Rechtsstellung der Frau (Würzburg 2006)
- Rudolf *Taschner*, Der Zahlen gigantische Schatten³ (Wiesbaden 2005)
- Ernst *Topitsch*, Einleitung, in: Hans *Kelsen*, Vergeltung und Kausalität (Wien et al. 1982) XI–XXXIII
- Heinz-Dieter *Viel*, Der Codex Hammurapi (Göttingen 2002)
- Ludwig *Wittgenstein*, *Tractatus logico-philosophicus*, in: Ludwig *Wittgenstein*, Werk-ausgabe, Bd. 111 (Frankfurt am Main 1997) 7–85
- Ludwig *Wittgenstein*, *Philosophische Untersuchungen*, in: Ludwig *Wittgenstein*, Werk-ausgabe, Bd. 111 (Frankfurt am Main 1997) 225–580

Abschließender Ausblick

I.

Die Initiative von Professor Aliprantis, den heutigen Kongress zu organisieren, bewies großen Mut, da es, abgesehen von den großen praktischen Problemen, die er zu bewältigen hatte, nicht einfach ist, ein Werk von solchem Umfang und solcher Reichweite, wie das von Hans Kelsen, an einem Tag zu präsentieren, sowie die Leistungen und die Persönlichkeit dieses großen Rechtswissenschaftlers und Soziologen des 20. Jahrhunderts aufzuzeigen. Dank der Teilnahme hervorragender Akademiker und internationaler Gelehrter, die sich mit Hans Kelsen befassen, ist es dem heutigen Kongress gelungen, aus Anlass seines 40. Todestages, die vielseitigen und vielgestaltigen Dimensionen sowie die Zeitlosigkeit seines Werkes aufzuzeigen.

Es ist selbstverständlich nicht möglich, die Gesamtheit der Themen abzudecken, die der österreichische Philosoph und Rechtssoziologe vertiefte, und insbesondere diejenigen, die mit den absolut modernen Tendenzen nicht nur der Rechtswissenschaft, sondern allgemein des wissenschaftlichen und philosophischen Denkens verbunden sind. Man sollte vor allem nicht vergessen, dass eine enorme Anzahl unveröffentlichter Schriften erst nach seinem Tod gefunden wurden. Es ist, glaube ich, gewiss, dass nach der Publikation seines Gesamtwerkes, der sich Professor Jestaedt mit Wissen und Hingabe angenommen hat, eine ergänzende Beurteilung und Bewertung dieses brillanten und sich durch beeindruckenden Arbeitseifer und Produktivität auszeichnenden Geistes notwendig sein wird.

Aber vor der Publikation des Gesamtwerkes, wäre es vielleicht zweckmäßig, in einem nächsten Kongress, das Verhältnis Kelsens zu den Theoretikern der Rechtslogik, auch der Nachkriegszeit, wie Gerhard Frey, und allgemein zu den Philosophen des 20. Jahrhunderts, wie Husserl, Psychologen wie Freud oder zu römisch-katholischen und protestantischen Theologen und auch die Kontroverse zwischen ihnen, hervorzuheben.

II.

In jedem Fall wurden auf dem heutigen Kongress alle entscheidenden Dimensionen seines Werkes dargestellt, was nicht nur das gesamte Spektrum der Rechtstheorie abdeckt und erneuert, sondern sich auch auf vertiefende und kritische philosophische Analysen erstreckt. Ich werde in aller Kürze versuchen, den Beitrag Kelsens zur neuen Rechtsanschauung, wie diese durch die Vortragenden analysiert wurde, zusammenzufassen. Sein höchstes Anliegen war, schon in den ersten Stadien seiner schriftstellerischen Tätigkeit, die Untersuchung des Rechts ausschließlich in Hinblick auf seine Kenntnis, d.h. frei

von jedem bewertenden, politischen, ideologischen Merkmal (sowohl im positiven als auch im negativen Sinn des Begriffs).

Seine streng positivistische Ansicht nannte Kelsen reine Rechtstheorie, die oftmals missdeutet (absichtlich und unabsichtlich) und kritisiert wurde. Sein ganzes Leben lang verteidigte er die zwar nur erkenntnistheoretische aber notwendige Unterscheidung zwischen dem „Sein“ und dem „Sollen“, ohne aber ihre gegenseitige Beziehung zu einander abzulehnen. Er analysierte das „Sollen“ des Rechts nicht nur isoliert als Rechtsnorm, sondern als Gesamtheit, d.h. als Regelsystem, das die Rechtsordnung bildet, was von der traditionellen aber häufig auch von der modernen Rechtstheorie vernachlässigt wurde. Eine Originalität, die er in Zusammenarbeit mit seinem Schüler Adolf Merkl entwickelte, ist vor allem die dynamische Rechtsbetrachtung, d.h. die Tatsache der Selbsterzeugung des Rechts, die mit der Grundnorm beginnt. Auf dieser logisch vorausgesetzten Norm baut sich die Einheit der Rechtsordnung auf, da dies die erste Norm ist, welche den Entstehungsgrund anderer Normen bildet und stellt somit den abschließenden Geltungsgrund aller ihrer Normen dar. Die Rechtsordnung ist somit hierarchisch abgestuft durch ermächtigende Normen, wobei jede dieser Normen als Geltungsgrund die unmittelbar höherrangige Norm hat und gleichzeitig den Geltungsgrund für die unmittelbar darunter stehende bildet. Dies alles ist von den Vortragenden vorbildlich ausgeführt worden und das Einzige, was noch hinzugefügt werden kann, ist, dass Kelsen als Einheit, bedingt durch die Grundnorm, nicht nur die einzelstaatliche Rechtsordnung ansah, aber auch die, wie er sagt, dezentralisierte Völkerrechtsordnung.

III.

Die Vorträge bezogen sich, natürlicherweise, wie ich schon angedeutet habe, auf die philosophischen Abhandlungen Kelsens. Diese konzentrieren sich zunächst auf das Thema der Gerechtigkeit mit Schwerpunkt auf die Philosophie von Platon und Aristoteles des antiken Griechenlands und gelangen, über die scharfe Kritik am Naturrecht, zur philosophischen Grundlage moderner politischer, soziologischer und natürlich rechtlicher Theorien, wie des Marxismus, des Existenzialismus und sogar der sogenannten egologischen Rechtstheorie des Argentiniers Carlos Cossio.

IV.

Es muss insbesondere betont werden, dass der Kongress auch das sehr bedeutende und bis heute fast unbekannte soziologische Werk Kelsens, welches er in den 8 Jahren zwischen 1933 und 1940 verfasste, während seinem selbstgewählten Exil in Genf, nachdem ihm von der Universität in Köln gekündigt worden war und nach einem mühevollen Umherziehen in der Tschechoslowakei. Ich glaube, dass, außer den außerordentlich bedeutenden Studien von Professor Jabloner, zum ersten Mal, wenn ich mich nicht irre, dieses Werk von enormen Umfang und Bedeutung aus der Verborgenheit zu Tage tritt, das auf

Material beruht, welches Kelsen im Grunde schon seit der Zeit seines Aufenthalts in Wien zusammengetragen hatte. Dieses Werk, das im Jahre 1941 zum ersten Mal von einem mutigen holländischen Verleger veröffentlicht wurde, welches aber dann wegen des Krieges nicht in Umlauf kam, wurde dann um Kriegsende in den USA und Großbritannien in englischer Übersetzung publiziert und wurde erst 1982 in Graz in deutscher Sprache wiederaufgelegt, war aber schnell vergriffen.

Wie von den Vortragenden ausführlich ausgeführt wurde, handelt es sich im Grunde um die historische Soziologie der Weltanschauungen des Menschen welche bei den Anfangsstadien der menschlichen Gesellschaften beginnt und dann mit einer beeindruckenden Ausführlichkeit, das gesamte Spektrum des antiken griechischen Denkens von allen Seiten durchleuchtet, um dann bis in die Gegenwart zu gelangen. Zentrale Idee des Verfassers ist es, aufgrund der Tatsache, dass der menschliche Geist über Jahrhunderte hinweg nicht in der Lage war, sich das Prinzip der Kausalität bewusst zu machen, natürliche Phänomene und Tatsachen auf soziologische Gründe zurückgeführt wurden (menschliche Handlungen, Einwirkungen von Geistern), gestützt auf die Idee der vergeltenden Gerechtigkeit. Erst in der heutigen Zeit änderte sich diese Ansicht mit der Anerkennung des Kausalitätsprinzips im wissenschaftlichen Denken. Dieses Werk trägt entscheidend nicht nur zur Kenntnis der Denkweise und der Weltanschauung der Menschen aus der tiefen Vergangenheit bei, sondern auch der gegenwärtigen Gesellschaften, wie beispielsweise solchen des heutigen Afrikas.

In den Fußnoten auf mehr als 230 Seiten, die fast die Hälfte des Werkes ausmachen, „diskutiert“ und „streitet“ Kelsen mit den herausragendsten Forschern, Anthropologen und Soziologen, wie Durkheim und Lucien Lévy-Bruhl und offenbart dabei seine seltene, sehr breite Bildung. Kelsen war tatsächlich, außer aller anderen seiner Eigenschaften, ein universeller Geist und sein streng methodologischer Rechtspositivismus existierte schon ab dem ersten Viertel des 20. Jahrhunderts neben seinem intensiven Interesse an der Soziologie. Dies fand in Veröffentlichungen seinen Ausdruck, die oft missverstanden wurden und die sich durch die methodische Unterscheidung der Rechtswissenschaft als Sollenswissenschaft und der Soziologie als Seinswissenschaft auszeichnen.

V.

Kelsen war aber, über sein theoretisches Werk hinaus, wie schon von den Vortragenden erwähnt wurde, auch ein Jurist der Praxis. Er war nicht nur der Inspirator und Schöpfer des ersten europäischen Verfassungsgerichts in Österreich sondern, nach dem Krieg, machte er als Experte des Völkerrechts Vorschläge in Hinblick auf die Struktur der sich damals in der Gründung befindenden Organisation der Vereinten Nationen, die, wenn sie angenommen worden wären, nach Ansicht vieler, die Funktionsfähigkeit der UNO, und insbesondere des Sicherheitsrates, ohne die bekannten Blockaden gewährleisten würde. Ich meine damit seinen Vorschlag, einerseits ein ausschließlich rechtssprechendes Organ zu bilden und andererseits ein zweites, ausführendes Or-

gan. Dem Sicherheitsrat, der letztendlich als Organ gegründet wurde, welches gleichzeitig als rechtsprechendes und ausführendes Organ agiert, haften die Nachteile und die Schwierigkeiten in Bezug auf seine Funktionsfähigkeit dieser doppelten, gemischten Zuständigkeit an.

VI.

Was in diesen abschließenden Bemerkungen besonders betont werden muss, ist die außergewöhnliche geistige Integrität Kelsens, kombiniert mit einer Bescheidenheit, die bei genialen Geistern eher selten zu finden ist.

Ich brauche hier weder seine starke demokratische Ideologie zu wiederholen und die Tatsache, dass er alles Totalitäre bekämpfte, noch an seine umfangreiche Kritik, die er an der kommunistischen Rechtstheorie übte, erinnern. Auch erübrigt es sich, seinen Standpunkt gegenüber dem Nationalsozialismus zu erwähnen, als dieser die Macht übernahm, wo Kelsen unter den ersten Professoren war, die von den Universitäten entlassen wurden. Dieser Umstand hatte im Nahhinein gravierende persönliche Abenteuer zur Folge, sogar Verhöhnungen und Beschimpfungen von unglaublicher Primitivität und Härte, bis zu seiner Niederlassung in Genf im Jahre 1933.

VII.

Das rechtstheoretische Werk Kelsens bildet eine Errungenschaft des juristischen Denkens, unter anderem auch, da er es schaffte, die Vielfältigkeit des Rechts, mittels der begrifflichen Grundlage der Grundnorm, in eine Einheit zusammenzufassen. Sein Werk fand auf der ganzen Welt enormen Anklang, mit Ausnahme vielleicht der USA (ohne dass ich hier übersehen möchte, dass es auch dort hervorragende amerikanische kelsianische Rechtswissenschaftler gibt, wie Stanley Paulson oder Jeremy Telman). Sein Einfluss von Südamerika, wo dieser sehr intensiv ist, bis nach Japan, wobei er natürlich vorrangig durch Europa führt, gab den Anlass für zahlreiche Sammelwerke, die diesen Einfluss ausdrücken. Die Hauptrolle bei vielen von diesen hat das Hans Kelsen-Institut in Wien gespielt, welches sich durch seine Tätigkeit in ein Zentrum der Kelsen-Studien entwickelt hat, die schon 33 Bände füllen, was die zeitlose Bedeutung des Werkes hervorhebt und gleichzeitig zu seiner kritischen Bewertung beiträgt.

Was Deutschland betrifft, nachdem man sich den Selbstbetrug bewusst gemacht hatte, der den Rechtspositivismus als einen den Nationalsozialismus begünstigenden Faktor ansah, fiel der Hauptgrund für die Ablehnung Kelsens Theorie weg, eine Tatsache, die zu einem nüchterneren Umgang damit führte.

VIII.

In Bezug auf Griechenland müssen wir die nicht so erfreuliche Feststellung machen, dass, wenn wir Konstantin Tsatsos und bestimmte Akademiker, Professoren der Universität und höchstrangige Richter ausnehmen, das Werk

kaum bekannt ist und auch nicht ins Griechische übersetzt ist. Nur drei Studien-Artikel Kelsens waren im Archiv der Philosophie und Theorie der Wissenschaften in den Jahren 1929, 1934 und 1935 veröffentlicht worden.

Somit war, in Hinblick auf Griechenland, Hauptzweck des heutigen Kongresses, das Werk und die Persönlichkeit Kelsens allgemein bekannt zu machen, insbesondere der jüngeren Generation der Rechtswissenschaftler aber auch generell dem breiten griechischen wissenschaftlichen Publikum der Sozialwissenschaften und als Anlass, Anregung und Auslöser für die Übernahme der Initiative der Übersetzung seiner Werke zu dienen. Die sich in Ausgabe befindende Auflage seines Gesamtwerkes, was, wie schon erwähnt, Professor Jestaedt übernommen hat, stellt eine einmalige Gelegenheit für die Förderung einer entsprechenden Initiative dar.

Es ist nicht denkbar und nicht tragbar, dass unser Land im Grunde über das Werk und den Mann, der das 20. Jahrhundert geprägt hat, nicht ausreichend informiert ist.

Kurzbiographien

Nikitas Aliprantis

Geboren 1941 in Sparta (Griechenland). Studium der Rechts-, Wirtschafts- und Politikwissenschaften an der Universität Athen. Diplom des Instituts für hohe europäische Studien in Strasbourg. Weiterstudium in Deutschland (Universitäten Köln und Tübingen) und Spezialisierung in Rechtstheorie, Soziologie und Arbeits- und Sozialrecht. Ab 1971 Wohnsitz in Strasbourg (aufgrund der Diktatur in Griechenland). Doctorat d'Etat und Lehrtätigkeit bis 1980 an der Universität Strasbourg. 1984 ordentlicher Professor an der Demokritos Universität Thrazien (Griechenland) und Lehrtätigkeit in Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Ab 1988 ordentlicher Professor an der Universität Strasbourg. 1996–2008 Mitglied als unabhängiger Experte des Europäischen Komitees für Sozialrechte im Europarat. Soziologische Forschungsaufträge vom frz. Justizministerium, vom Europarat und von der EU. Veröffentlichungen in Rechtstheorie, Soziologie und Arbeits- und Sozialrecht (auf frz., dt., ital., griech., engl., span.). Heute emeritierter Professor (Festschrift der Universität Strasbourg 2014) und korrespondierendes Mitglied der Akademie von Athen. Soziale Betätigung in Afrika.

Gerhard Donhauser

Geboren 1969; studierte Rechtswissenschaften (Dr.iur.), Geschichte und Politikwissenschaft (Dr.phil.) sowie Philosophie, Germanistik und Wissenschaftstheorie (Dr.phil.) an den Universitäten Wien, Innsbruck und Salzburg. (Mit-) Autor mehrerer Schulbuchreihen; Publikationstätigkeit zu philosophischen, rechtsphilosophischen und rechtstheoretischen, kunsttheoretischen, kulturgeschichtlichen und schulrechtlichen Themen; Forschungs- und Lehrtätigkeit aktuell vor allem in den Bereichen Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Politikwissenschaft, Literaturwissenschaften und Genderstudies (Universitäten Innsbruck und Klagenfurt) sowie in der Lehrerfortbildung (diverse Pädagogische Hochschulen)..

Apostolos Georgiades

Geboren 1935 in Kalamata (Griechenland). Studium der Rechtswissenschaft in Athen, Promotion 1962 in München, Habilitationen in München (1967) und Athen (1970). Professor für Zivilrecht, Zivilprozessrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung in München (1970–1972), anschließend für Zivilrecht in Athen (1972–2002). Verfasser und Herausgeber zahlreicher Lehrbücher, Kommentare, Monographien, Aufsätze und Zeitschriften zum

griechischen und europäischen Privatrecht; Dr. h.c. der Universitäten Thessaloniki und Komotini; Mitglied der Akademie von Athen.

Carlos Miguel Herrera

Geboren 1966, studierte Rechtswissenschaften an der Universität Buenos Aires (Rechtsanwalt 1988) sowie Recht und Philosophie an der Universität Paris Ouest Nanterre (Dr.phil. 1996), Habilitation für öffentliches Recht 2000, Mitglied des Institut Universitaire de France (2001–2005), seit 2003 ordentlicher Professor für Staatstheorie und Rechtsphilosophie an der Universität Cergy-Pontoise. Direktor des Centre de philosophie juridique et politique (CPJP – Cergy-Pontoise). Autor mehrerer Bücher und Essays über Hans Kelsen in Französisch, Spanisch, Italienisch und Portugiesisch.

Clemens Jabloner

Geboren 1948, Studium der Rechtswissenschaften in Wien, Promotion 1972. Ab 1975 Assistent von Prof. Walter zunächst an der Hochschule für Welthandel, dann an der Universität Wien, ab 1978 im Verfassungsdienst des Bundeskanzleramtes, ab 1984 Leiter der Abteilung für Länderangelegenheiten. 1988 Habilitation an der Universität Wien. 1991–1993 Vizepräsident, 1993–2013 Präsident des Verwaltungsgerichtshofes. Seit 1993 Geschäftsführer des Hans Kelsen-Instituts. 1998–2003 Vorsitzender der Österreichischen Historikerkommission. 2006 Dr.h.c. der Universität Salzburg.

Matthias Jestaedt

Geboren 1961 in Bonn, Studium der Rechtswissenschaften, 1992 Promotion und 1999 Habilitation für Öffentliches Recht einschließlich Staatskirchenrecht sowie Rechtstheorie an der Universität Bonn. Lehrstuhlvertretungen in Bonn, Köln, Bochum, Freiburg im Breisgau und Erlangen, 2002–2011 Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Mitdirektor des Instituts für Staats- und Verwaltungsrecht an der Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg, seit 2011 Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Rechtstheorie und zugleich Mitdirektor des Instituts für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau. Seit 2006 Herausgeber der „Hans Kelsen Werke“ sowie Leiter der Hans-Kelsen-Forschungsstelle, zunächst Erlangen, seit 2011 Freiburg im Breisgau. Seit 2002 Internationaler Korrespondent, seit 2011 Mitglied des Vorstands des Hans Kelsen-Instituts.

Ioannis G. Kalogerakos

Geboren 1960; studierte Philosophie, Klassische Philologie und Pädagogik an der Universität Athen. Graduiertenstudium derselben Fächer an der Universität zu Köln und der Philosophie (als Zweithörer) an der Universität Bonn; Promo-

tion an der Universität zu Köln 1991. Ab 1993 Forscher am Forschungsinstitut für griechische Philosophie der Athener Akademie der Wissenschaften, ab 2001 Assistant Professor für griechische Philosophie an der Universität Patras, seit 2007 an der Universität Athen. Gastprofessor für Forschung an der Universität Heidelberg (SS 2006); Gastprofessor an der Universität Zypern (WS 2011).

Jörg Kammerhofer

Geboren 1977 in Graz, Studium der Rechtswissenschaften in Wien und Cambridge, Mag. iur. 1999, LL.M. 2001, Dr. iur. 2006; derzeit wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Hans-Kelsen-Forschungsstelle (Prof. Dr. Matthias Jestaedt) der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i.Br.; Lehrauftrag an der Wirtschaftsuniversität Wien. Forschungsschwerpunkte: allgemeines Völkerrecht und Rechtstheorie.

Mario Losano

Geboren 1939, Studium der Rechtswissenschaften in Turin (1962), Privatdozent für Rechtsphilosophie in Mailand (1971), Professor für allgemeine Rechtstheorie an der Staatlichen Universität Mailand (1969–2004) und für Rechtsphilosophie und Rechtsinformatik an der Universität Piemonte Oriental, Alessandria (2002–2009). Nach der Emeritierung Professor an der Scuola di Dottorato der Universität Turin. Übersetzer von mehreren Werken Kelsens und Wissenschaftlicher Berater bei der Herausgabe der Hans-Kelsen-Werke. Mitglied der Accademia delle Scienze, Turin, und der Academia Pernambucana de Letras, Recife (Brasilien). Forschungsbereiche: Zirkulation der lateinisch-germanischen Rechtsideen auch ausserhalb Europas und Rechtsinformatik. Weitere Informationen: www.mariolosano.it.

Thomas Olechowski

Geboren 1973 in Wien, Studium der Rechtswissenschaften in Wien, Mag. iur. 1995, Dr. iur. 1998, Habilitation 2003, seitdem ao.Univ.-Prof. für Österreichische und Europäische Rechtsgeschichte an der Universität Wien, daneben seit 2004 Lehrtätigkeit an der Paneuropäischen Hochschule Bratislava. Ab 2008 korrespondierendes, ab 2013 wirkliches Mitglied der Österreichischen Akademie der Wissenschaften. 2006–2010 und seit 2011 Leiter zweier FWF-Projekte zu Leben und Werk von Hans Kelsen; 2009–2013 Leiter eines FWF-Projekts zur Geschichte der Wiener rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät. Seit 2011 Geschäftsführer des Hans Kelsen-Instituts.

Jesús Padilla Gálvez

Geboren 1959, Studium der Philosophie an der Universität zu Köln (Magister 1983, Promotion 1988), seit 1999 Professor am Departamento de Derecho

Civil an der Universidad de Castilla-La Mancha in Toledo (Spanien), davor Lehraufträge in Spanien (Universidad de Murcia, ab 1988; Universidad de León, ab 1991) und Österreich (Johannes Kepler Universität Linz, ab 1994), Forschungsaufenthalte als Humboldt-Stipendiat in Deutschland (Universitäten Erlangen-Nürnberg, Potsdam, München) sowie Research Fellow in Großbritannien (St. John's College Oxford, Univ. of Cambridge), Herausgeber der Reihe *Aporia* (Ontos/de Gruyter) und der Zeitschrift *Dókos* (Plaza y Valdez), Publikationen zu Philosophie, Philosophie des Rechts, Sprachanalytische Themen und Logik.

Otto Pfersmann

Geboren 1954; studierte Rechtswissenschaften (Dr.iur. 1978) und Philosophie (Dr.phil. 1982) an der Universität Wien. Lehr- und Forschungsaufträge in Österreich und Frankreich (Centre National de la Recherche Scientifique). Nach Habilitation an der Universität Aix en Provence (1992) seit 1994 ordentliche Professur in Vergleichendem Verfassungsrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Jean Moulin Lyon III, seit 1998 an der Universität Paris I Pantheon-Sorbonne; dort Leiter des Forschungszentrums und der Masterstudien in Vergleichendem Öffentlichem Recht; Deputy Director am Institute of European and Comparative Law sowie Visiting fellow am University College in Oxford (2000–02). Internationaler Korrespondent des Hans Kelsen-Instituts. Dr. h.c. der Universität Triest (2009).

Michael Potacs

Geboren 1958 in Wien; studierte Rechtswissenschaften (Dr.iur. 1983) und Philosophie (Dr.phil. 1986) an der Universität Wien. Assistent am Institut für Verfassungs- und Verwaltungsrecht der WU Wien. Nach Habilitation (1991), Lehr- und Forschungstätigkeit an der Universität Freiburg (1991–94), Verfassungsdienst des österreichischen Bundeskanzleramtes (1995–98) und Professor für Öffentliches Recht an der Universität Klagenfurt (1998–2010), seit 2010 Professor für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht an der WU Wien.

Ewald Wiederin

Geboren 1961, Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien 1979–1983, Dr. iur. 1984. Ab 1984 Universitätsassistent am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien; 1995 Habilitation für die Fächer Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht und öffentlich-rechtliche Rechtsvergleichung; 1995/1996 Referent im Verfassungsdienst des Bundeskanzleramtes; 2000–09 Universitätsprofessor für Allgemeine Staatslehre, Verwaltungslehre, Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht an der Universität Salzburg; ab 2009 Professor an der Universität Wien. 2003–05 Mitglied des Österreich-Konvents. Forschungsschwerpunkte: Staatsorganisationsrecht, Verwaltungsverfahren-

recht, allgemeines Verwaltungsrecht, Verfassungs- und Verwaltungsrechtsgeschichte.

