九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

GLANZ UND ELEND DER REINEN RECHTSLEHRE : Theoretische und geistesgeschichtliche Uberlegungen zum Dilemma von Sein und Sollen in Hans Kelsens Rechtstheorie

Winkler, Gunther
Professor, Wien university

https://doi.org/10.15017/1900

出版情報：法政研究. 55 (2/4), pp.183-194, 1989-03-25. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

GLANZ UND ELEND DER REINEN RECHTSLEHRE

Theoretische und geistesgeschichtliche
Überlegungen zum Dilemma von Sein und
Sollen in Hans Kelsens Rechtstheorie

Von

Günther Winkler

Sein und Sollen

Der Schüler denkt sich voller Bangen,
wie er Erkenntnis könnt erlangen,
vom Recht in seinem wahren Wesen,
und schickt sich an in Büchern nachzulesen.

Am Anfang ..., war da nicht das Sein?
Hier stockt er schon und hält rasch ein,
ihm dünkt, er hört ein Kantisch' Grollen:
am Anfang, Freund, war doch das Wollen!

Dem großen Meister will das nicht behagen,
streng mahnend drängt es ihn zu sagen:
am Anfang, Freund, da war die Norm,
sie fügt sich logisch in die Form!

Die Form! Sie birgt in sich das Sollen,
das grundverschieden ist vom Wollen,
das Wollen, Freund, ist nur ein Sein,
trenn scharf daher und denke rein!

Im reinen Sollen liegt des Rechts Natur,
vom Sein und Wollen ist dort keine Spur,
denk dir das Recht als logisches Produkt,
dann sind dir Sein und Wollen nur Konstrukt!

Des echten Wissenschaftlers Logik-Direktive,
liegt einzig in der streng formalen Perspektive,
sie zeigt dir weder Sein noch Wollen,
ihr ist das ganze Recht ein reines Sollen!

Fingier, hypostasier daher das Wollen und das Sein,
dann bleibt des Rechtes richt'ge Lehre völlig rein,
so wirst du frei zum bloßen normativen Sinnen,
und kannst der trüben Wirklichkeit entrinnen!

Der Rechtserkenntnis öffnen Logik und Geometrie,
des Denkens Weg zur strengen Methodologie,
mag auch das ganze Recht davor verbleichen,
das reine Sollen sei dein richtungweisend Zeichen!

(Aus meinen Reminiszenzen)

Inhaltsübersicht

I. Mein Zugang zur "Reinen Rechtslehre" 9

II. Der Schöpfer der "Reinen Rechtslehre" 16

III. Die "Reine Rechtslehre" im wissenschaftlichen Gesamtwerk Kelsens 23

IV. Eine Charakteristik der Entwicklungsstufen der "Reinen Rechtslehre" 25

V. Der kämpferische Stil Kelsens 34

VI. Fundorte, Hintergründe und Wandlungen der "Reinen Rechtslehre" 38

VII. Grundbegriffe der "Reinen Rechtslehre" 45

VIII. Die methodologischen Voraussetzungen 52

IX. Die erkenntnistheoretischen Grundlagen 59

X. Wissenschaftliche Gefolgschaft und Kritik 76

I. Mein Zugang zur "Reinen Rechtslehre"

Nach den freundlichen Begrüßungsworten scheint es mir sinnvoll, meinem Vortrag eine kurze Erklärung über mich selbst und über mein Verhältnis zur "Reinen Rechtslehre" HANS KELSENS vorauszuschicken.

Zunächst einige Bemerkungen über mich selbst. Ich bin durch Zufall in die Wissenschaft geraten und habe mich nie eigentlich schlechthin als Wissenschaftler verstanden. Eine Zeitlang war ich sogar der irrigen Meinung, ich könnte mich zu den Intellektuellen zählen. Als ich dann um 1970 die Definition des *"Intellektuellen"* von RUDOLF AUGSTEIN im Auditorium Maximum der Universität Wien hörte, fand ich, daß ich nicht zu ihnen gehöre. Nicht nur deshalb, weil mir zur Bewältigung der Lebensprobleme die kritische Analyse der Zeit und der geistigen Welt, in der ich lebe, nicht genügt, weil ich also auch die Synthese für unerläßlich erachte, sondern weil ich bei näherer Betrachtung meiner eigenen Person auch entdecken mußte, daß viele meiner Handlungen mehr aus emotional-irrationalen denn aus rationalen Antriebskräften entspringen. Ich habe daher längst schon den Wahn einer solchen persönlichen Fehleinschätzung aufgegeben. Und ich hatte mich eine Zeit lang doch ganz gern als Intellektuellen verstanden!

Überdies bin ich in höherem Maß ein Manager der Wissenschaft als ein maßgerechter Wissenschaftler. Wie kam ich zur Wissenschaft? Als Student entdeckte ich durch Zufall, daß eine wissenschaftliche Hilfskraftstelle für die rechtsgeschichtlichen Fächer an der juristischen Fakultät in Innsbruck frei war. Um diese Stelle bewarb ich mich dann auch. Auf Vorschlag des Zivilrechtlers FRANZ GSCHNITZER erhielt ich die Dienststelle einer *nichtvollqualifizierten, halbtägig beschäftigten wissenschaftlichen Hilfskraft* im Römischen Recht, im Deutschen Recht und im Kirchenrecht, und der Romanist ARNOLD HERDLITCZKA wurde mein erster wissenschaftlicher Vorgesetzter. Drei Jahre später wurde ich bei WALTER ANTONIOLLI Assistent im Staats- und Verwaltungsrecht. Durch diese zufälligen beruflichen Schritte wurden auch meine Zukunftswege als wissenschaftlicher Lehrer faktisch vorbestimmt.

Neben meiner wissenschaftlichen Tätigkeit war ich aber immer wieder auch mit Verwaltungsarbeiten und mit Managementfunktionen befaßt. Die Rechtswissenschaft - die Rechtstheorie eingeschlossen - war daher auch nie mein einziges Betätigungsfeld. Ich würde sagen, sie war inmitten einer Fülle von praktischen Tätigkeiten gewissermaßen mein vorrangiges Hobby.

Dann muß ich Sie noch weiter enttäuschen. Ich bin kein Rechtsphilosoph. Ich *wanderte* immer nur in den Niederungen des geltenden Rechts: *den steinigen Weg* - wie HANS NAWIASKY einmal sagte; sozusagen im Schweiße meines Angesichts. Mir war es nie beschieden, mich hoch über der Welt des Konkret-Rechtlichen den weiten

geistigen Höhenflügen freier Spekulation und Intuition hinzugeben, gleichsam wie der Adler in lichten Höhen seine Kreise durch die Lüfte zieht. Daher erlangte ich wohl auch bis heute nicht die ganz große Perspektive zu den fundamentalen philosophischen Fragen. Die konkreten und die allgemeinen Fragen des geltenden Rechts erschienen mir als solche immer wichtiger als die großen und weiten, unendlich allgemeinen Vorstellungen vom Recht, wie sie der *Rechtsphilosophie* im besonderen und der *Philosophie* im allgemeinen notwendigerweise eignen. Ich war aber dennoch immer auch an der Philosophie interessiert, gewissermaßen in einem dialoghaft-dialektischen Verhältnis. Ungleich neugieriger war ich aber schon zur Studienzeit und bin ich auch heute noch auf das, was die Rechtstheoretiker schreiben, weil es mir für das konkrete Rechtsdenken unmittelbar erkenntnisfördernd scheint. Daher war ich dereinst auch von HANS KELSENS "Reiner Rechtslehre" (1934) fasziniert, die ich im übrigen der *Rechtstheorie* zuordne und nicht der Rechtsphilosophie. - In dieser Einschätzung von KELSENS "Reiner Rechtslehre" bin ich gewiß keine Ausnahme.

Wie kam es zu meinem Interesse für die "Reine Rechtslehre" HANS KELSENS? Schon als Student war ich von ihr ganz begeistert. Ich war geradezu verliebt in die erste Auflage der "Reinen Rechtslehre" aus dem Jahr 1934. Dieses Buch fand ich von einer unglaublichen sprachlichen Ausdruckskraft, von einer Schlichtheit der Gedankenführung, von einer Schönheit der Sprache[1], von einer bestrickenden Abstraktheit. Die *ahistorische und formal-logische Denkweise* KELSENS mag es wohl gewesen sein, die mir den Eindruck von einer Zeitlosigkeit und Allgemeingültigkeit der "Reinen Rechtslehre" 1934 vermittelte. Daß diesem Werk auch methodologische Schwächen, Ungereimtheiten und zahlreiche Mehrdeutigkeiten zu eigen sind, erkannte ich damals noch nicht. Die "Reine Rechtslehre" aus dem Jahr 1934, so kommt es mir heute vor, ist ein Buch, das man bloß zu verstehen glaubt, weil es so klar zu sein scheint, oder das man wenigstens zu verstehen wünscht, weil es eine Reinheit und eine Allgemeingültigkeit des Rechtsdenkens verspricht und weil es vom Prestige eines renommierten Wissenschaftlers getragen ist.

Der besondere Reiz der "Reinen Rechtslehre" KELSENS lag für mich aber vor allem in ihrem utopisch anmutenden Charakter. Sie schien etwas in sich zu bergen, was sich nicht nur die Juristen wünschen, sondern alle Fragenden, die über den Menschen und über die Möglichkeiten und Grenzen des menschlichen Geistes nachdenken und Erkenntnis erlangen wollen. Ich träumte mit ihnen vom *Stein der Weisen*. Als ich die "Reine Rechtslehre" aus dem Jahr 1934 las, hatte ich das Gefühl, ihn mitten

---

[1] ALADAR METALL, Freund, Assistent und Schüler KELSENS, erzählte mir vor vielen Jahren nicht ohne Stolz, daß KELSEN ihm über die technischen Hilfen hinausgehend auch die sprachliche Revision dieses Buches anvertraut hat. - METALL stellte zwar auch für die zweite Auflage das Verzeichnis der Schriften KELSENS zusammen und leistete auch Vorarbeiten zur Herausgabe der Allgemeinen Theorie der Normen, er hatte aber auf die Sprache dieser Werke keinen erheblichen Einfluß mehr.

drinnen zu sehen. Was bisher niemand entdeckt hatte, das schien KELSEN gelungen zu sein, indem er die *Grundnorm* als den *Ursprung des Rechts* in den Brennpunkt seiner Rechtserkenntnis rückte. Um die Grundnorm dreht sich das eigentliche juristische Denken KELSENS. Die *Grundnorm* ist für ihn das *methodologische Fundament des Denkens vom positiven Recht, die Verfassung im rechtslogischen Sinn*[2]. Die Grundnorm ist der Erklärungsgrund des Rechts, die Grundnorm ist der Angelpunkt der juristischen Erkenntnis KELSENS, der *Ursprung des reinen rechtlichen Sollens*, jenseits des realen Seins[3].

Als junger Student war ich von dieser Reinen Rechtslehre aus dem Jahr 1934 so fasziniert, daß ich einen Arbeitskreis über KELSENS Rechtstheorie organisieren half. Dabei war ich von namhaften Professoren beraten und betreut[4] und von erkenntnisdurstigen angehenden Wissenschaftlern begleitet[5]. Der damals noch kaum bekannte Philosoph WOLFGANG STEGMÜLLER bestimmte richtungweisende Leitlinien für eine angewandte Erkenntnistheorie und für die sogenannte *juristische Logik*. Allgemein überzeugendes Ergebnis der kritischen Gespräche war schließlich, daß die *juristische Logik*, in der etwa durch ULRICH KLUG angebotenen Gestalt, dem praktischen Rechtsdenken eigentlich nicht dienlich ist, weil sie im Grunde nur formalisiert und kompliziert ausdrückt, was in der Rechtssprache ohnedies bereits ungleich verständlicher dargeboten wird. Eigentlich gibt es sie gar nicht. Denn in Wahrheit geht es bei der sogenannten *Rechtslogik* nur um die *Anwendung der allgemeinen Logik auf das Recht*[6], der dabei überdies verhältnismäßig enge Grenzen der Anwendbarkeit inhärent sind. Das meinte damals nicht nur STEGMÜLLER. Ich zitiere ihn aber nicht ungern, denn mir selbst mag man, vielleicht nicht ganz zu Unrecht, einen Mangel an

---

2 HANS KELSEN, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre[2] (1923) Vorrede XV; Allgemeine Staatslehre (1925) 248 ff; Reine Rechtslehre[2] (1960) 202.

3 Siehe dazu HANS KELSEN, Reine Rechtslehre[1] (1934) 63 ff; für die spätere Zeit: General Theory of Law and State[3] (1949) 110 f; Was ist ein Rechtsakt? ÖZÖR 4 (1951/52) 263 ff, Die Wiener rechtstheoretische Schule (WRS) II (1968) 1382 f, 1390 f; Reine Rechtslehre[2] (1960) 196 ff; Allgemeine Theorie der Normen (1979) 203 ff, insbesondere 206 ff.

4 Wissenschaftlicher Leiter des Seminars war zuerst der Romanist ARNOLD HERDLITCZKA; ihm folgte später der Strafrechtler FRIEDRICH NOWAKOWSKI.

5 Seminarteilnehmer waren unter anderen die heutigen Professoren FELIX ERMACORA, WINFRIED PLATZGUMMER, RICHARD HOLZHAMMER und CHRISTOPH FAISTENBERGER.

6 Das hat in seinem Alter letztlich auch KELSEN richtig gesehen. Siehe dazu: Was ist die Reine Rechtslehre? FS Giacometti (1953) 149 f. Hier handelt er noch von einer "Normenlogik". - Siehe auch: Recht und Logik, Forum XII (1965), WRS II (1968) 1497 sowie Allgemeine Theorie der Normen (1979) 220. Die Richtigkeit dieser Einsicht bedeutet aber keineswegs schon die Richtigkeit der Ausführungen KELSENS über die Anwendbarkeit der allgemeinen Logik auf das Recht und die Rechtswissenschaft im Einzelnen.

professioneller formalwissenschaftlicher Qualifikation nachsagen. Ich bin kein fachlich ausgebildeter Logiker. Heute müßte man ja alles Mögliche sein, um alle die modernen Denkweisen zu verstehen, die publiziert werden und auch ernst genommen sein wollen[7].

Nach dem Abschluß meines Studiums fing ich an, auch praktisch juristisch zu arbeiten. Ich wirkte als provisorischer Verwaltungsbeamter in der Rechtsabteilung des Stadtmagistrats in Innsbruck, später als provisorischer Mitarbeiter des Verfassungsrichters WALTER ANTONIOLLI. Als angehender Wissenschaftler wollte aber auch ich, obgleich in bescheideneren Dimensionen als KELSEN, in jugendlichem Entdeckerdrang, bestrickt von der Magie des Glasperlenspiels von HERMANN HESSE, so etwas wie den Stein der Weisen finden. Ich befaßte mich nämlich mit dem Wesen der Rechtskraft. Diese hatte mich schon als Student ganz unglaublich fasziniert. Was ist diese verdammte Rechtskraft, so dachte ich mir, die niemand richtig definieren kann. Ich las und studierte die umfangreiche Literatur zum Thema und glaubte ihr entnehmen zu können, daß die Rechtskraft als Ausdruck einer konkreten Form von Rechtsgeltung eine unergründliche Wesenhaftigkeit an sich trägt, ähnlich der juristischen Person, deren *Wesen* auch niemand jemals ganz ergründet zu haben scheint. JHERING[8] meinte einmal scherzhaft, daß es schön wäre, sie aus einem Demonstrations-Kabinett der juristischen Phänomene (*Rechtsobjekte* und *Rechtssubjekte*), irgendwo aus einem Nebenraum zum Auditorium, sozusagen neben dem Vortragspult herauszuholen, um den Studenten bildlich vor Augen zu führen, was die juristische Person eigentlich ist[9]. So schien es mir auch mit der Rechtskraft. Je mehr ich jedoch daran arbeitete, desto resignierter wurde ich. Schließlich legte ich das Problem der Rechtskraft mit ihrem Geltungscharakter beiseite. Ich verzagte an den rechtstheoretischen Schwierigkeiten. So kam es dann auch, daß ich mich zur Habilitation nur mehr mit dem verwaltungsrechtlichen Phänomen befaßte, das der Rechtskraft fähig ist, nämlich mit dem Verwaltungsakt[10]. Ich dachte mir, Rechtskraft und Geltung werden Themen sein, die ich noch später behandeln kann, wenn mein Denken gereifter sein würde.

Die nähere Befassung mit dem konkreten, positiv-rechtlichen Thema *Bescheid* (Verwaltungsakt) brachte mir aber bald die erste große Enttäuschung über die

---

7 Siehe dazu die bunten rechtstheoretischen Themenkreise in den von mir herausgegebenen *Forschungen aus Staat und Recht*.

8 RUDOLF V. JHERING, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (1884) 79ff, insbesondere 88.

9 Der akademische Lehrer weiß, wie schwierig es ist, den Studenten die juristische Person zu erklären und zu definieren.

10 Der Bescheid (1956).

"Reine Rechtslehre" KELSENS[11]. Ich fand vor allem keine Anwendungsmöglichkeit für KELSENS damalige Rechtssatz- und Rechtsnormenlehre in meiner konkreten, positivrechtlich orientierten rechtsdogmatischen Untersuchung. Meine frühen Ausführungen über theoretische und logische Aspekte der Rechtserzeugung aus dem Jahre 1956 weichen so grundsätzlich von der ursprünglich geradezu unerbittlichen *Trennungsideologie* KELSENS von *Sein und Sollen* und von der alles andere ausschließenden Vorstellung vom hypothetischen Urteil als sanktionsbewehrtem Träger des reinen Sollens ab, daß ich ihre Publikation nur auf dringendes Anraten von FRIEDRICH NOWAKOWSKI, meinem langjährigen rechtstheoretischen Gesprächspartner, wagte. In meinen Betrachtungen über den Bescheid und seine Erzeugung schienen mir die Notwendigkeit und die logische Möglichkeit der Verbindung von Sein und Sollen im Recht und in der Rechtswissenschaft unabweislich. Das Verfahren zur Bescheiderlassung sah ich als einen vielfachen Zusammenhang von Wenn-Dann-Beziehungen, darzustellen in notwendiger Weise miteinander verbundenen Sollens- und Seinsaussagen, ohne einen erkennbaren unmittelbaren Zusammenhang zur Sanktion, der von KELSEN als rechtswesentlich verstandenen Rechtsfolge. Meine Ausführungen über die *Rechtserheblichkeit*[12] zeigen, *daß das Recht vor allem in seiner Konkretisierung ein Sinngefüge von Wenn-Dann-Beziehungen sollensförmiger und seinsmäßiger Art ist* und daß sich deshalb seine formal-logische Darstellung keineswegs in der Form des hypothetischen Urteils als Sanktionsnorm erschöpfen kann und daß diese nur eine von mehreren für das Recht in Betracht kommenden Denkformen verkörpert. Die Sanktionsnorm ist zwar eine typische, keineswegs jedoch die überwiegend vorkommende Form von Wenn-Dann-Beziehungen im Recht. Sie ist daher in vielen Hinsichten kein geeigneter Denkbehelf für die Erkenntnis vom Recht. - Der zweite Grund meiner Abkehr von der "Reinen Rechtslehre" war in dem Umstand gelegen, daß KELSEN den *Zweck als kausales Seinselement der Natur* auffaßte und als solches aus dem *Sollensbereich des Rechts* und der Wissenschaft vom Recht verbannte. Zum vollen Verständnis des rechtlichen Phänomens des Bescheides (Verwaltungsaktes) schien mir jedoch die Einbeziehung des Zweckes als objektive Sinngebung und als Inhalt des Rechts unerläßlich. Ja noch mehr, mir erschien der *Zweck im Recht als die Manifestation der Sinngebung und des Wertes im Recht*; als der *Ausdruck von Inhalt und Sinn des rechtlichen Sollens* schlechthin und damit auch als der zentrale Begriff für die Interpretation des positiven Rechts. Meine erkenntnistheoretische Neugierde war damals allerdings noch ungleich größer als mein erkenntnistheoretisches Wissen.

---

[11] Reine Rechtslehre[1] (1934): Das Sollen als transzendentale Kategorie 21 f, Die sekundäre Norm 30 f. General Theory of Law and State[3] (1949): The Rule of Law in a Descriptive Sense 45 f, The Secondary Norm 60 f.

[12] Der Bescheid (1956) 26 ff.

Doch unabhängig davon war ich - und blieb es bis heute - fasziniert von dem hohen Niveau und von der Brauchbarkeit vieler Gedanken von ADOLF MERKL[13], der KELSEN für seine "Reine Rechtslehre" entscheidende Denkanstöße gegeben hat. Ich verdanke MERKL Anregungen für viele meiner Vorstellungen vor allem im formalen Bereich des Rechts, die heute noch meinem gegenstandsgebundenen juristischen Denken dienlich sind.

Nach meiner Habilitation im Jahr 1955 begann ich mit einem selbständigen rechtstheoretischen Seminar. Es war von Anfang an einer kritischen Analyse der "Reinen Rechtslehre" von HANS KELSEN, zunächst in der Fassung der *ersten Auflage* aus dem Jahr 1934 und in der Fassung der *General Theory of Law and State* aus dem Jahr 1945 (1949), später dann in der Fassung der *zweiten Auflage* aus dem Jahr 1960 gewidmet. Dieses Seminar halte ich seither nahezu ununterbrochen; also bereits seit drei Jahrzehnten. KELSENS "Reine Rechtslehre", vor allem in den Fassungen der zwei Auflagen des gleichnamigen Werkes und der *Allgemeinen Theorie der Normen*, bietet sich mir seit Jahren als eine disparate Diskussionsgrundlage dar. Das klingt absurd. Doch wer dieselben Bücher mehrmals liest, weiß, daß er auch bei wiederholter Befassung mit längst Bekanntem und im Fortschreiten der eigenen Erkenntnis immer wieder Neues entdeckt und anscheinend Bekanntes selbst dann besser verstehen lernt, wenn er es für unrichtig hält. Das gilt auch für KELSENS Werke zur "Reinen Rechtslehre". Und zwar nicht eigentlich deshalb, weil so Vielfältiges in dieser Lehre enthalten ist, sondern weil sie zum kritischen Nachdenken in so viele verschiedene Richtungen und zu den wichtigsten rechtstheoretischen Fragestellungen nötigt und weil sie in ihren eigenen Wandlungen und inneren Widersprüchen geradezu herausfordert.

KELSEN schrieb in der ersten Auflage der *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911), gewissermaßen entschuldigend dafür, daß er selbst so kritisch[14] mit all den großen Vertretern der Rechtswissenschaft umging, daß er sie in dem von ihm *bevorzugten kontradiktorischen Verfahren* jeweils als *Widerpart* (*als Reibebaum*) benutzte[15]. Da dachte ich mir, benutze eben ich HANS KELSEN als *Widerpart* und diskutiere mit meinen Studenten ebenfalls im *dialogischen Charakter des Erkennens* über seine "Reine Rechtslehre" bzw. über seine verschiedenen "Reinen Rechtslehren". Die nachfolgenden Ausführungen sind daher kein Bericht über den Widerhall der "Reinen

---

13 Siehe insbesondere sein *Allgemeines Verwaltungsrecht* aus dem Jahr 1927.

14 FRIEDRICH TEZNER, Rechtslogik und Rechtswirklichkeit (1925), Forschungen aus Staat und Recht 75 (1986) 105. Die anschaulichen Belege dafür finden sich in KELSENS eigenen Polemiken gegen wirkliche und vermeintliche Gegner, die bis in die Anmerkungen der Allgemeinen Theorie der Normen aus 1979 reichen.

15 Hauptprobleme[1] (1911) Vorrede XI f.

Rechtslehre" in der Wissenschaft, sondern Wegweiser in meine langjährige Kelsen-Kritik und in meine eigene rechtstheoretische Grundposition.

Von der großen Euphorie und von der ersten Begeisterung des jungen Studenten ist aber nichts mehr geblieben. Infolge der nun schon Jahrzehnte währenden kritischen Befassung mit juristischer Methode, mit angewandter Logik und Erkenntnistheorie bei meiner eigenen juristischen Arbeit entfernte ich mich von KELSENS Gedanken Schritt für Schritt. Dennoch kann ich mich in meiner Vorstellungswelt von den wissenschaftlichen Zielsetzungen und methodologischen Fragestellungen der "Reinen Rechtlehre" nicht frei machen. Ich komme eigentlich immer wieder auf sie zurück[16]. Keineswegs genötigt etwa durch den Umstand, daß es in Österreich noch immer Verfechter der "Reinen Rechtslehre" und Anhänger einer Art von *Monopolvorstellung von der Norm als zwangsbewehrtem hypothetischem Urteil* gibt[17] oder weil die Gefahr besteht, daß KELSENS "Reine Rechtslehre" zum dogmatisierten Glaubensgut erhoben und damit dem vorurteilsfreien, kritischen wissenschaftlichen Dialog entzogen werden könnte, sondern weil ich davon überzeugt bin, daß meine eigenen Interessen auf den Gebieten der Rechtsdogmatik und der Rechtstheorie nur dann einen wissenschaftlichen Rang haben, wenn sie wissenschaftstheoretisch, erkenntnistheoretisch und logisch in einer Weise fundiert sind, die der Gegenstandsbindung der Rechtswissenschaft an das positive Recht ebenso adäquat ist wie den Regeln vom richtigen Denken. Meine Kritik an der "Reinen Rechtslehre" HANS KELSENS ist daher nicht nur eine systemimmanente, sondern auch eine systemtranszendente, in der ihre methodologischen, logischen und erkenntnistheoretischen Prämissen grundsätzlich hinterfragt und letztlich auch auf ihre Haltbarkeit überprüft werden.

---

16 GÜNTHER WINKLER, Der Bescheid (1956). Siehe dort vor allem die Ausführungen über die Rechtserheblichkeit und über die Verbindung von Sein und Sollen im Verfahren der Bescheiderlassung, 26 ff, sowie die Nutzanwendung des Zweckgedankens auf den Betrachtungsgegenstand im allgemeinen; Die absolute Nichtigkeit von Verwaltungsakten (1960); Wertbetrachtung im Recht und ihre Grenzen, Forschungen aus Staat und Recht 12 (1969); Wissenschaftstheoretische Orientierungen, in: Rechtstheorie und Rechtsinformatik, Forschungen aus Staat und Recht 32 (1975) 1 ff; Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, Festgabe für W. Antoniolli, Hg. ERMACORA / WINKLER / KOJA / RILL / FUNK (1979) 3 ff; Sein und Sollen, Betrachtungen über das Verhältnis von Sein und Sollen im Hinblick auf das Verhältnis von sozialer Wirklichkeit und Recht, mit methodologischen Orientierungen für eine kritische und gegenstandsgebundene Theorie vom positiven Recht, Rechtstheorie 10 (1979) 257 ff; Sein und Sollen, Zur Anwendbarkeit der transzendentalen Logik auf das rechtstheoretische Denken, Rechtstheorie Beiheft 1 (1979) 177 ff.

17 Allen voran ROBERT WALTER.

II. Der Schöpfer der "Reinen Rechtslehre"

1. Das Thema, das ich hier abhandeln soll, lautet: *Glanz und Elend der Reinen Rechtslehre*. Dieses Thema ist zwar nicht ganz so umfangreich, doch ebenso komplex wie das Werk KELSENS. Ich bin daher in einiger Verlegenheit, weil ich nicht recht weiß, wie ich die Auswahl treffen soll. Ich werde mich aber bemühen, in diesem engen Rahmen einige wichtige Gedanken zu den zwei Seiten des Themas so darzubieten, daß ich sowohl Informationen vermittle als auch zum kritischen Nachdenken anrege.

Wer sich mit einem solchen Thema beschäftigt, fragt sich zunächst zwangsläufig nach den wesentlichen Bestimmungsgründen der "Reinen Rechtslehre". Was ist die "Reine Rechtslehre"? Die "Reine Rechtslehre" - so versteht sie HANS KELSEN selbst[18] - *ist eine systematisch angelegte Darbietung von Grundbegriffen des Rechtsdenkens und eine Methodenlehre*; also des *Denkens über das Recht und über den Gegenstand Recht in seiner Allgemeinheit*. Diese "Reine Rechtslehre" wird der Person KELSENS als Urheber zugeschrieben. Gleichzeitig spricht man aber auch von einer *Wiener Schule der Reinen Rechtslehre*. Auch dies mit Recht. Denn um KELSEN haben sich im Lauf der Zeit viele namhafte Persönlichkeiten geschart und weitgehend auch zur Erweiterung jener Grundgedanken der "Reinen Rechtslehre" beigetragen, die KELSEN in seinem gleichnamigen Werk zusammenfaßte[19]. Dennoch, so würde ich sagen, ist die Schule, die auch aus Schülern besteht, eigentlich nur ein inhomogener geistig-sozialer Hintergrund und das Umfeld für KELSENS eigenes und eigenwilliges Konzept. Die "Reine Rechtslehre", wie sie als Gedankengut der gleichnamigen *Wiener Schule* verstanden wird, wurde nämlich letztlich immer nur von KELSEN selbst, gewissermaßen authen-

---

[18] Was ist die Reine Rechtslehre? FS Giacometti (1953) 143; siehe auch ALADAR METALL, Hans Kelsen, Leben und Werk (1969) 65, 105. Ferner HANS KELSEN, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre[1] (1911) Vorrede: "Die Arbeit hat vornehmlich methodologischen Charakter" (III). In der Vorrede ist auch von der mit den Grundbegriffen befaßten Jurisprudenz die Rede (VII, IX). - In der Vorrede zur zweiten Auflage verweist KELSEN auf die "fortgesetzte Revision der *methodologischen* Grundlagen der Staatsrechtslehre" (V). - Mit diesem Anliegen folgte KELSEN offensichtlich den Zielsetzungen BIERLINGS, Juristische Prinzipienlehre I (1894) 1 ff und wohl auch von WUNDT, Logik I-III[1] (1883); dritte Auflage 1907/1908; vierte Auflage I u. II, 1919/1920, nach KELSENS eigenen Hinweisen vor allem STAMMLER, Wirtschaft und Recht[2] (1906) und GEORG JELLINEK, Allgemeine Staatslehre (2. Auflage 1905, 3. Auflage 1914).

[19] Hauptprobleme[2] (1923), Vorrede XXIII: "Die Reine Rechtstheorie, zu der die 'Hauptprobleme' einen Grundstein legen durften, ist das gemeinsame Werk eines stetig sich erweiternden Kreises theoretisch gleichgerichteter Männer". Die Ausgabe aus 1923 hat KELSEN seinen Schülern MERKL und VERDROSS gewidmet. Siehe auch noch den Hinweis auf die "Schule" und die "Schüler" in der Reinen Rechtslehre[1] (1934) Vorwort III f. In der Reinen Rechtslehre[2] (1960) ist nur das Vorwort zur ersten Auflage abgedruckt. Die Wiener Schule wird nicht mehr gesondert hervorgehoben; ihre Schüler waren damals bereits in alle Winde zerstreut.

tisch formuliert. KELSEN *erfand*, konstruierte und prägte dieses Gedankengefüge und gab ihm in seiner zweiten Entwicklungsphase auch den Namen[20]. KELSEN begrenzte, erweiterte es; KELSEN *entwickelte* es, änderte es, und ich möchte sagen, KELSEN brachte es auch selbst zu Transmutationen und zum inneren Zerfall. Die "Reine Rechtslehre" findet daher ihre Zuordnung wie auch ihre Prägung und letztendliche Auflösung in den Eigenarten und Veränderungen der wissenschaftlichen Persönlichkeit KELSENS. Daher seien dieser zuallererst einige Gedanken gewidmet.

2. KELSEN begann sehr früh, sich mit der Wissenschaft zu beschäftigen - schon als Student und mit einem brennenden Eros sondergleichen. Über einen Zeitraum von etwa sieben Jahrzehnten betrieb er Rechtswissenschaft, insbesondere aber Rechtstheorie, intensiver bald schon nach seiner Promotion, die im Alter von 26 Jahren stattfand. KELSEN las viel und war unendlich fleißig. KELSEN ist daher zuallererst aus dem Geist der damaligen Zeit zu deuten und zu verstehen. Das heißt, aus den Werken jener Rechtsdenker, die ihn befruchtet, die ihn angeregt haben, die ihn provoziert und die ihn aufgeregt haben, aber auch aus dem Hintergrund der Werke jener Logiker, Erkenntnistheoretiker und Philosophen, deren Lektüre ihm die Assoziationen für sein völlig eigenwilliges theoretisches Instrumentarium vermittelten. Dabei kann man KELSEN zugute halten, daß diese Logiker, Erkenntnistheoretiker und Philosophen den Rechtswissenschaften im besonderen und den Sozialwissenschaften im allgemeinen weniger Aufmerksamkeit zugewendet hatten als den Naturwissenschaften, WILHEM WUNDT ausgenommen.

Kaum jemand kennt heute noch *die geistigen Väter* KELSENS. Es ist nicht üblich, auch ihnen nachzuspüren. *Die Wissenschafts- und die Geistesgeschichte scheinen den modernen geschichtsentbundenen Juristen unserer Tage keine Anliegen zu sein.* Von daher ist es auch erklärlich, daß KELSEN heutzutage sogar in solchen Aussagen als originell verstanden wird, die vor ihrer Aufnahme in sein Werk bereits zum festen Wissenschaftsbestand seiner Schaffenszeit gehörten.

KELSEN hatte zunächst an der Wiener Universität einige wichtige *Lehrer*, die er verehrte; LEO STRISOWER, der über die Geschichte der Rechtsphilosophie gelesen und der weniger Staatsrechtliches und mehr Völkerrechtliches geschrieben hat. Ihm bescheinigte KELSEN einen hohen Grad an Intelligenz und Bildung. In ihm hatte KEL-

---

20 Das Problem der Souveränität (1920) Vorrede III; Hauptprobleme^2 (1923) Vorrede V: "Das Ziel, auf das die 'Hauptprobleme' gerichtet sind und das seither auch all meine anderen Arbeiten bestimmte, ist eine *reine Rechtslehre als Theorie des positiven Rechtes*". Siehe auch Reine Rechtslehre^1 (1934) 1 f und Reine Rechtslehre^2 (1960) 1. Siehe dazu auch die in die Zeit der Namensgebung fallende Aussage von ADOLF MERKL, Hans Kelsens System der Reinen Rechtslehre, AÖR (1921) 171 ff = WRS II (1968) 1243 ff: "... ein bestimmtes Ziel seiner Rechtstheorie, die auf die Ergründung eines ... *einheitlichen* und *reinen* Rechtssystems hinausläuft ..." Siehe dazu die ausführlichen Hinweise auf STAMMLERS *Reine Rechtslehre* von JULIUS BINDER, Rechtsphilosophie (1925) 122 ff, 125 u.a.

SEN einen Lehrer, der heute kaum noch bekannt ist und der auch damals nur wenigen bekannt war. Einen Rechtsphilosophen und Völkerrechtler, von dem er selber sagte, daß er sein wichtigster Lehrer gewesen sei. KELSEN hatte aber auch noch einen anderen ihm nahestehenden *Lehrer und Kritiker.* Dieser zweite Lehrer war FRIEDRICH TEZNER, ein Richter am Verwaltungsgerichtshof und Honorarprofessor in Wien[21]. Ihn verschwieg KELSEN *als Lehrer* später fast ganz. In der Biographie von METALL ist TEZNER zwar kurz erwähnt[22], er scheint aber *als Lehrer* KELSENS gar nicht auf. TEZNER war ein wohlwollend kritischer und geradezu gütiger Widerpart KELSENS. Er warnte KELSEN in vornehm verhüllten Aussagen wiederholt und nachdrücklichst, nicht so scharf, nicht so vernichtend zu kritisieren und nicht alles auf die Logik zu setzen[23]. TEZNER vertrat mit Recht die Ansicht, daß die Logik nur eine begrenzte Bedeutung im Recht hat; daher zwangsläufig auch in der Rechtswissenschaft[24]. KELSEN kümmerte sich leider um TEZNERS von reicher Rechtserfahrung und großer wissenschaftlicher Bildung getragene Kritik nicht allzusehr. Die Warnung GEORG JELLINEKS vor den Gefahren der formalen Logik schlug er in den Wind. Im übrigen hielt er sich zwar an die großen Rechtslehrer seiner Zeit, er folgte ihnen im Grunde völlig beliebig, wie insbesondere GEORG JELLINEK, der neben EDMUND BERNATZIK zweifellos einen großen Einfluß auf sein begriffliches Rechtsdenken ausgeübt hat[25]. Von beiden übernahm KELSEN viele formale Begriffe und Denkfiguren, die heute noch Gültigkeit haben und

---

21 Hauptprobleme der Staatsrechtslehre[1] (1911), Vorrede XIII: "Mehr als ich mit Worten ausdrücken kann, schulde ich Herrn Hofrat Professor Dr. FRIEDRICH TEZNER in Wien, dessen tatkräftige Förderung und warme Anteilnahme mir über manches hinweggeholfen hat, was dem Fortgange meiner Arbeit im Wege lag".

22 ALADAR METALL, Hans Kelsen (1969) 95. Weder KELSEN noch METALL scheinen TEZNER als Rechtstheoretiker ernst genommen zu haben. Das ist verständlich, wenn man TEZNERS Stil bedenkt, in welchem die wichtigsten erkenntnistheoretisch fundierten Thesen durch ein "barockes" Gedankengefüge geradezu überwuchert sind.

23 Z. B. FRIEDRICH TEZNER, Rechtslogik und Rechtswirklichkeit (1925), Forschungen aus Staat und Recht 75 (1986) 102 ff. Diese Studie ist aus älteren Einzeluntersuchungen TEZNERS hervorgegangen.

24 FRIEDRICH TEZNER, Rechtslogik und Rechtswirklichkeit (1925/1986) 2, 13, 15 f, 18, 43, 50, 69, 86, 91, 94, 99, 103, 106, 158. "Die Rechtswissenschaft geht über die Schranken der Logik hinaus" (99). "Freilich müßten wir, wenn wir es einmal so weit zu bringen vermöchten, doch noch erwägen, ob wir nicht zwar die Logik gerettet, aber den gesunden Menschenverstand eingebüßt hätten" (106).

25 Hauptprobleme[1] (1911): "Ich hatte das Glück, zu seinen [G. Jellineks] Schülern zählen zu dürfen ... Auch dort, wo ich zu anderen Resultaten gekommen bin, als er gelehrt hat, habe ich dies zum großen Teil auf Wegen getan, die er eröffnet hat, auf denen er als unerreichter Meister vorangeschritten ist" (XIII). Nach ALADAR METALL, Hans Kelsen (1969) 11, hatte KELSEN im übrigen den Eindruck, daß JELLINEK auf dem Gebiet der Rechtstheorie "schwach und unoriginell war". - KELSEN dankte BERNATZIK nur für das wirksame "Interesse", das dieser ihm neben anderen Lehrern entgegengebracht hat (XIII).

die aus Unkenntnis unserer Zeitgenossen KELSEN als Urheber zugeschrieben werden[26]. Es braucht daher nicht zu verwundern, wenn heute KELSENS "Reine Rechtslehre" aus den in ihr enthaltenen traditionellen Begriffen und Vorstellungen vielfach auch als nützlich verstanden und verteidigt und nicht einmal nach ihrer Vereinbarkeit mit KELSENS eigenen methodologischen und erkenntnistheoretischen Prämissen hinterfragt wird.

KELSEN war sogar für einige Zeit Gaststudent bei JELLINEK in Heidelberg (MAX WEBER ist ihm damals dennoch unbekannt geblieben). KELSEN beklagte sich offensichtlich darüber, daß ihn JELLINEK in seinem Seminar nicht so beachtet hat, wie er es sich wohl gewünscht hätte[27]. Der gegenstandsorientierte und umfassend gebildete Rechts- und Staatslehrer JELLINEK, der KELSENS normativ-juristischer Denkweise so starke Anstöße gegeben hat, konnte der eigenwilligen Rechtssatz- und Rechtsnormenvorstellung KELSENS offensichtlich keinen heuristischen Wert abgewinnen.

Ein wichtiger rechtstheoretischer Gesprächspartner KELSENS war schon in der Frühzeit seines rechtstheoretischen Schaffens der tschechische Rechtstheoretiker und *Begründer der sogenannten Brünner Schule* FRANZ WEYR[28]. Ihm verdankte KELSEN schon am Beginn seiner Arbeit an den *Hauptproblemen* und noch Jahre später wichtige Anregungen.

3. Dem Vorverständnis für die Erfassung der "Reinen Rechtslehre" dient neben der *wissenschaftlichen Persönlichkeit* KELSENS und neben seinen *unmittelbaren Lehrern und fachlichen Weggefährten* aber auch sein *beruflicher Lebensweg*. KELSEN habilitierte sich im Jahr 1911 in Wien[29]. Er wurde daraufhin bald außerordentlicher Professor, zunächst an der Export-Akademie in *Wien*, dann an der *Wiener Universität*. Dort wurde er noch vor 1920 ordentlicher Professor. In den frühen zwanziger Jahren war er Dekan der juristischen Fakultät und wurde Mitglied des Verfassungsgerichtshofs. 1930 schied er aus dem Verfassungsgerichtshof aus, als dieser umgebildet wurde. KELSEN wurde dann nach *Köln* berufen. Dort wählte man ihn alsbald zum Dekan. Im Jahr 1933 wurde KELSEN in Köln durch das NS-Regime vom Dienst enthoben und

---

26 Davor warnte KELSEN selber indirekt, indem er schrieb: "Denn die bekämpfte Theorie ist keineswegs so unerhört neu und zu allem bisher Dagewesenen in Widerspruch. Sie kann als Fortentwicklung von Ansätzen verstanden werden, die sich schon in der positivistischen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts ankündigen": Reine Rechtslehre[1] (1934) IV.

27 ALADAR METALL, Hans Kelsen (1969) 11 f.

28 Siehe dazu auch die Hinweise bei METALL, Hans Kelsen (1969) 15, 16, 29, 46, 69, 70, 81, 104. Siehe ferner VLADIMIR KUBES und OTA WEINBERGER, Die Brünner rechtstheoretische Schule (Normative Theorie), in: Schriftenreihe des Hans Kelsen Instituts 5 (1980).

29 Mit dem Werk *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze.*

ohne Pension entlassen. KELSEN suchte eine neue Beschäftigung. Er fand eine solche bei den internationalen Organisationen in *Genf*, in einem wissenschaftlichen Institut, an welchem auch sein Gymnasialfreund, der Nationalökonom LUDWIG v. MISES, wissenschaftlich tätig war. Um diese Zeit erhielt er auch eine Berufung an die deutsche Universität in Prag, die er nicht antreten konnte. Der nationalsozialistische Antisemitismus war auch dort bereits so intensiv geworden, daß KELSEN praktisch nicht einmal die erste Vorlesung durchführen konnte. Damals dürfte KELSEN sein großdeutsches Denken begraben haben. KELSEN ging dann im Jahr 1940 in die USA, zunächst an die Law School nach *Harvard*. Dort war er von ROSCOE POUND betreut. In Harvard erhielt er im Jahr 1942 eine Berufung nach *Berkeley*, wo er bis 1952 als Professor im Aktivstand wirkte und dann emeritierte. KELSEN blieb aber auch als emeritierter Professor in Berkeley und entfaltete von da an noch eine reiche wissenschaftliche Tätigkeit, mit neuen geistigen Ausstrahlungen und mit Kontakten in die weite Welt, vor allem nach Lateinamerika und nach Europa.

Der berufliche Lebensweg gibt gewiß in erster Linie Auskunft über die akademischen Pflichtbereiche, denen KELSEN im Lauf der Zeit zugeordnet war. Für das Verständnis der wissenschaftlichen Persönlichkeit KELSENS liefert er aber vor allem auch verschlüsselte Daten zur Erschließung der *Personenkreise*, in denen KELSEN seine *Gesprächspartner* fand. Sie sind daher nicht nur biographische, sondern auch *geistesgeschichtliche Wegweiser* zum Verständnis der Persönlichkeit und des Werkes von KELSEN durch seine Schüler und Gesprächspartner, in erster Linie aus dem eigenen Fachbereich.

Zunächst gehören zu diesen seine *ersten Schüler*: ADOLF MERKL, LEONIDAS PITAMIC, ALFRED VERDROSS; sodann seine *späteren Schüler* nach dem ersten Weltkrieg: WALTER HENRICH, JOSEF L. KUNZ, FELIX KAUFMANN, FRITZ SCHREIER, FRITZ SANDER, ALADAR METALL, JOSEF DOBRETSBERGER und ERICH VOEGELIN. Ferner die *Schüler und Diskussionspartner*, die in der Zwischenkriegszeit aus aller Welt zu KELSEN nach Wien *pilgerten* und seine Seminare frequentierten. Darunter waren auch später viel beachtete Wissenschaftler, wie TOMOO OTAKA, ALF ROSS, LUIS RECASENS SICHES, LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, CHARLES EISENMANN und WIKTOR SUKIENNICKI, um nur die wichtigsten zu nennen. Sie kamen aus verschiedenen Ländern und traten in die Arena der Seminardiskussionen in Wien, um sich mit KELSEN zu messen; zurückhaltend und kritisch wie KAUFMANN[30] und ROSS[31], oder weniger kritisch und eher

---

30 Logik und Recht (1922).

31 Recht und Wirklichkeit, JBl 1930, 245 ff, der in der Theorie KELSENS "erkenntnistheoretische Absurditäten" sah. Siehe mit der gleichen Grundeinstellung, On Law and Justice (1958) X, 2 f, 67, 70, 317 und 338.

konformistisch wie EISENMANN, einige von ihnen mit voller Zuwendung zunächst und mitunter in Distanz oder gar in Gegnerschaft endend.

KELSENS Aufenthalt in Amerika[32] führte zu neuen Gesprächspartnern, allen voran ROSCOE POUND. Damit öffnete sich für KELSEN aber auch der Zugang zu einer schier unübersehbaren Zahl von Schülern und von weiteren Gesprächspartnern in Nordamerika, in Mexiko, in Südamerika und abermals in Europa (England und Skandinavien).

4. Die *Ehrungen*, die KELSEN im Verlauf seines Lebens erfahren hat, werfen einen hellen Schein auf die Bedeutung, die ihm von der Wissenschaft, von Staat und Gesellschaft zugemessen wurde. KELSEN erhielt viele Ehrendoktorate, er wurde mehrmals zum Honorarprofessor ernannt. Zahlreiche Festschriften wurden ihm gewidmet. Höchste staatliche Auszeichnungen der Bundesrepublik Deutschland und Österreichs wurden ihm zuteil. In Wien, im Arkadenhof der Universität, wo die *wissenschaftlichen Götter der Universität in der Gestalt von Denkmälern* versammelt sind, gibt es seit dem Jahr 1984 auch eine in Erz gegossene Büste von HANS KELSEN[33], in der Nähe jener von SIGMUND FREUD. In Bologna wurde bald darauf ein Gipsabguß davon aufgestellt.

Es gibt aber auch ein *Hans Kelsen-Institut* in Wien. Dieses ist von ganz merkwürdiger Beschaffenheit. Es trägt nämlich nicht bloß HANS KELSENS Namen, sondern es dient eigentlich nur dem Werk KELSENS. Zunächst der Bewahrung der Primärliteratur, also dem, was KELSEN selber geschrieben hat; sodann aber auch der Sammlung der Sekundärliteratur, also dem, was in verschiedenen Staaten in aller Welt im Laufe der Zeit zu KELSENS Werken in Fülle geschrieben wurde. Dieses Institut trägt aber nicht bloß den Namen "Hans Kelsen-Institut", es hat sich nicht nur der Zielsetzung verpflichtet, das wissenschaftliche Werk KELSENS zu pflegen, sondern sich darüberhinaus sogar noch zur Aufgabe gemacht, KELSENS Lehre *weiterzuentwickeln*[34]. Das ist

---

32 STANLEY L. PAULSON, Die Rezeption Kelsens in Amerika, in: Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker, Forschungen aus Staat und Recht 81 (1988) 179 ff.

33 Siehe dazu ROBERT WALTER, Hans Kelsen - Ein Leben im Dienste der Wissenschaft, in: Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 10 (1985).

34 Als würde man KELSENS *captatio benevolentiae* zur zweiten Auflage der Reinen Rechtslehre (1960) Vorwort VII, als Auftrag verstehen: "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 des Lebens stehenden Autor - *für würdig erachtet wird*" (Hervorhebungen von mir). R. WALTER, Der Aufbau der Rechtsordnung (1964/1974) Einleitung 11, verstand diese Worte KELSENS als eine Aufforderung und leistete ihr, KELSENS spätere Fortführung seiner eigenen Lehre vielfach versperrend, auch eine problematische Gefolgschaft. Vgl. demge-

wohl einmalig in der Welt der Rechtswissenschaft. Einmalig ist aber auch, daß der jeweilige österreichische Bundeskanzler Präsident der Stiftung ist und daß hochrangige Politiker, ohne verpflichtende Bindung an wissenschaftliche Qualifikation, als Mitglieder dem Leitungsgremium angehören. Man fragt sich daher unwillkürlich, ob das Hans Kelsen-Institut in Wien ein staatlich behütetes *Mekka der Wissenschaft für jene Pilger aus der Fremde* sein soll, die die Geburtsstätte des Geistes der "Reinen Rechtslehre" aufsuchen wollen. Oder soll es vielleicht sogar als offizielle *Gedenkstätte für eine als unsterblich zu pflegende Lehre* fungieren? Jedenfalls scheint in diesem Institut das vielfältige geistige Produkt KELSENS wie ein ewiger Schatz gehütet und gepflegt, ja sogar durch *Zerlegung des Gegenstandes in kleinste Elemente* und damit anscheinend auch der Grundbegriffe in *engere Begriffe fortgeführt* zu werden[35], was angesichts der mehr als problematischen erkenntnistheoretischen und wissenschaftstheoretischen Denkansätze[36], vor allem aber angesichts der mehrfachen Wandlungen der "Reinen Rechtslehre" KELSENS befremdlich erscheint.

Nun, da man über den Urheber und Träger der "Reinen Rechtslehre", sowie über den äußeren Glanz, der ihn umgibt, besser Bescheid weiß, scheint es geboten, diese "Reine Rechtslehre" innerhalb seines Gesamtwerkes zu orten.

---

genüber die eher kritischen Worte bei Ota Weinberger / Werner Krawietz (Hg.), Die Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker, in: Forschungen aus Staat und Recht 81 (1988) Vorwort.

35 Siehe dazu ROBERT WALTER, Der Aufbau der Rechtsordnung (1964/1974) 11 u. 15, siehe aber auch die bekenntnishaften Orientierungen für das Österreichische Verfassungsrecht und für das Österreichische Verwaltungsrecht bei ROBERT WALTER und HEINZ MAYER: Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechtes[6] (1988) Theoretische Einleitung (1): "Die Grundnorm ist notwendig, weil sich aus der Wirksamkeit (Effektivität) eines Anordnungssystems nicht dessen Verbindlichkeit ergibt, da aus einem Sein (Wirksamkeit) kein Sollen (Verbindlichkeit) abgeleitet werden kann". Grundriß des Besonderen Verwaltungsrechts[2] (1987): Zunächst erfolgt ein Bekenntnis zur "Reinen Rechtslehre" KELSENS und zur Grundnorm (1). Sodann wird das Besondere (materielle) Verwaltungsrecht schlechthin "als ein System von Zwangsnormen" qualifiziert (1 ff). ROBERT WALTER scheint KELSENS "Reine Rechtslehre" gleichsam als verbindliche Direktive für die Rechtsdogmatik zu verstehen.

36 ROBERT WALTER, Der Aufbau der Rechtsordnung (1964/1974), geht zwar von der 2. Auflage der Reinen Rechtslehre (1960) aus (13 FN 5), stützt seine Thesen aber vielfach noch auf Aussagen KELSENS in der Allgemeinen Staatslehre (1925) 46 ff, insbesondere 54 f, die durch die 2. Auflage der Reinen Rechtslehre zweifellos überholt worden sind. Angesichts der Abhandlungen von KELSEN über "Recht und Logik" und zum Begriff der Norm aus dem Jahr 1965 hätte R. WALTER den unveränderten Neudruck im Jahr 1974 wohlweislich unterlassen sollen, da dem Meister zu seinen Lebzeiten das Vorrecht zugebilligt werden muß, seine eigene Lehre selber "fortzuführen", weil und sofern und soweit er selbst Änderungen vorgenommen hat. WALTER hat zwar später, im Anschluß an die Allgemeine Theorie der Normen, noch rechtstheoretische Studien publiziert, die Positionen in "Der Aufbau der Rechtsordnung" (1964/1974) erfuhren aber durch sie keine Veränderung.

III. Die "Reine Rechtslehre" im wissenschaftlichen Gesamtwerk Kelsens

Ein weiterer, für das *Vorverständnis* der "Reinen Rechtslehre" wichtiger Faktor, neben der wissenschaftlichen Persönlichkeit, neben dem beruflichen Lebensweg, neben seinen fachlichen Weggefährten und neben den Ehrungen, ist vor allem KELSENS *wissenschaftliches Gesamtwerk.* KELSEN publizierte mehr als 15 größere Arbeiten, einige von ihnen in mehreren Auflagen. Er schrieb mehr als 400 Aufsätze und Artikel[37], zum Teil mit Wiederholungen oder Paraphrasen zu bereits publizierten Gedanken. Seine Bücher und Aufsätze wurden in zahlreiche Fremdsprachen übersetzt. KELSEN hat während seines langen Lebens wohl mehr geschrieben als irgend ein anderer seiner eigenen und auch unserer Zeitgenossen im Fach.

Kein Wunder, daß er einen so großen Widerhall fand. Die Welt wurde auf ihn aufmerksam. KELSEN wurde nach dem zweiten Weltkrieg vor allem in Österreich geehrt und mitunter geradezu verherrlicht. Und all dieser Glanz kommt letztlich vom Namen der "Reinen Rechtslehre". Diese ist gewiß mit KELSEN zu identifizieren, doch KELSENS Werk ist nicht mit der "Reinen Rechtslehre" identisch. Wie nach KELSEN der Staat zwar gleich Recht und das Recht dennoch nicht gleich Staat ist[38], herrscht auch hier keine volle Identität. KELSEN war als Wissenschaftler mehr und anderes als nur Träger der "Reinen Rechtslehre". KELSEN verfaßte auch politische Schriften und - wie er selbst sagte und meinte - auch philosophische Arbeiten. KELSEN betrieb soziologische Studien und publizierte ihre Ergebnisse. KELSEN verfaßte auch verfassungsrechtliche und völkerrechtliche Bücher. KELSEN war also der Menge seiner Werke und der Vielfalt seiner Interessen nach ein *Pluralist.* Gewissermaßen im Kern seines umfangreichen Gesamtwerkes und nur im Kern steht die "Reine Rechtslehre". Wer also verstehen will, was die "Reine Rechtslehre" bedeutet, muß daher in KELSENS Gesamtwerk suchen und sondieren und aus ihm jene Veröffentlichungen herausheben, in denen die "Reine Rechtslehre" sozusagen manifest geworden ist.

Zu den tragenden Werken der "Reinen Rechtslehre" zählt zunächst die erste Auflage der *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* aus dem Jahr 1911, darin vor allem die Vorrede und die ersten hundert Seiten; sodann die zweite Auflage der Hauptprobleme der Staatsrechtslehre aus dem Jahr 1923, bei welcher eigentlich nur die Vorrede eine zweite Auflage erfahren hat. Der Haupttext blieb nämlich unverändert. Vorbereitende Abhandlungen von 1911 bis 1925 führten zur *Allgemeinen Staatslehre* aus

---

37 ROBERT WALTER, Hans Kelsen - Ein Leben im Dienste der Wissenschaft, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 10 (1985) 27 ff. Siehe aber auch die von ALADAR METALL zusammengestellten Verzeichnisse der Veröffentlichungen HANS KELSENS in der Reinen Rechtslehre[1] (1934) 155 ff und in der Reinen Rechtslehre[2] (1960) 499 ff.

38 Reine Rechtslehre[2] (1960) 289.

dem Jahr 1925 und mit ihr zu einer Zusammenfassung der zweiten Kristallisation der Lehre. Die *Allgemeine Staatslehre*[39] war von den *Hauptproblemen* aus den Jahren 1911 und 1923 zur "Reinen Rechtslehre" aus dem Jahr 1934 aber auch ein Bindeglied. *Auf dem Höhepunkt der rechtstheoretischen Arbeit Kelsens steht das Buch* "Reine Rechtslehre" *aus dem Jahr 1934.* Die zweite Auflage der "Reinen Rechtslehre" stammt aus dem Jahr 1960. Als Brücke zur zweiten Auflage der "Reinen Rechtslehre" fungierte die *General Theory of Law and State* aus dem Jahr 1945 (3. Auflage 1949) und einige Aufsätze über die Norm, über den Rechtsakt, über Recht und Logik u.a[40]. Im Jahr 1979 erschien noch posthum die *Allgemeine Theorie der Normen.* Sie wurde von KELSENS Nachfahren veröffentlicht.

Wer nun meint, er wisse über den geistigen Ort, über Inhalt und Umfang der "Reinen Rechtslehre" KELSENS Bescheid, der irrt sich. KELSEN ist nämlich in der Darbietung der "Reinen Rechtslehre" keineswegs am selben geistigen Ort verblieben. Sein ganzes wissenschaftliches Wirken war eine ständige Wanderung von alten Ufern zu neuen[41], die anscheinend auch das physische Ende des Autors nicht beenden soll[42].

---

39 HANS KELSEN, Allgemeine Staatslehre (1925). Siehe darin vor allem die Ausführungen über "Staat und Recht" 14 ff, 16 ff, 47 ff, 51 ff und 54 f.

40 HANS KELSEN, Was ist ein Rechtsakt? ÖZÖR 4 (1951/52) 263 ff, WRS II (1968) 1381 ff; Was ist die Reine Rechtslehre? in: Demokratie und Rechtsstaat, FS Giacometti (1953) 143 ff; Eine "Realistische" und die Reine Rechtslehre, ÖZÖR 10 (1959); Siehe aber auch die späteren Aufsätze KELSENS: Zum Begriff der Norm, in: FS Nipperdey I (1965) 57 ff; Was ist juristischer Positivismus? ÖJZ 1965, 465 ff; Recht und Logik, Forum XII (1965) = WRS II (1968) 1469 ff.

41 Hauptprobleme^2 (1923) Vorrede I: "Sie (die 1. Auflage) war nur der Ansatz zu einer seither in anderen Arbeiten *fortgesetzten Revision* der methodologischen Grundlagen der Staatsrechtslehre. Ihre Aufstellungen waren darum mit fortschreitender Erkenntnis *allmähligem Wandel* unterworfen, wenn auch die durch sie bestimmte Erkenntnisrichtung dieselbe blieb. Die in den 'Hauptproblemen' gelegten Grundlagen haben sich mir - *trotz wesentlicher Änderungen in wichtigen Einzelfragen* - bewährt". (Hervorhebungen von mir). Diese Selbstaussage KELSENS gilt in viel höherem Maß für alle seine späteren Werke. Siehe dazu an Stelle anderer Reine Rechtslehre^2 (1960) Vorwort VII: "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". - Schon in der Vorrede zur ersten Auflage der Hauptprobleme heißt es bekenntnishaft: "Was dich führt zum Gotte, ist der Weg nicht, ist das Wandern" (IV) - das anscheinend kein Ende nehmen soll? (Anmerkung von mir).

42 Allgemeine Theorie der Normen (1979) Einleitung IV und dazu das "Vermächtnis" im Vorwort zur Reinen Rechtslehre^2 (1960) VII.

IV. Eine Charakteristik der Entwicklungsstufen der "Reinen Rechtslehre"

1. Wie zeigt sich nun die "Reine Rechtslehre" in ihrer Urfassung, in ihren Revisionen, in ihrem Wandel oder in ihrer *Entwicklung* konkreter? Im Mittelpunkt der *Hauptprobleme* steht die Vorstellung vom *Rechtssatz*[43] *in der logischen Form eines hypothetischen normativen Urteils*[44]. Diese Vorstellung ist nicht nur von einem Bekenntnis zum *Dualismus von Sein und Sollen* gekennzeichnet, sondern auch vom *Dogmatismus der Trennung von Sein und Sollen* beherrscht[45]. Der *Dualist* KELSEN[46] machte seine Lehre durch die Bindung an den *Rechtssatz* zunächst zu einem rein *normativen Monismus*[47]. Dieser kennzeichnete KELSENS *erste Entwicklungsetappe* und war seinerseits durch die *erkenntnistheoretische Grundentscheidung für die Trennung von Sein und Sollen* geprägt. Die klassischen Normenlehren BINDINGS und THONS wurden durch KELSEN logisch "seziert"[48] und der *Imperativ* wurde aus den Grundbegriffen ausgeschieden; er paßte nicht in den Rechtssatz. Der objektive *Zweck* wurde als bloßer Inhalt des Rechts und als naturwissenschaftlich-kausaler Begriff des bloßen Seins gewissermaßen normativ disqualifiziert, vom Begriff des *Wertes* getrennt und aus der

---

43 Hauptprobleme[1] (1911) Vorrede: "Das zugrunde gelegte System ergibt sich dadurch, daß der *Rechtssatz* als ein Zentralbegriff juristischer Konstruktion erkannt wird" (III); Hauptprobleme[2] (1923) Vorrede VI f, IX, X ff. JULIUS BINDER, Rechtsphilosophie (1925) 196 f.

44 Diese Denkfigur hat KELSEN teils von ERNST ZITELMANN, Irrtum und Rechtsgeschäft (1879), teils aber von ERNST RUDOLF BIERLING, Juristische Prinzipienlehre I (1894) 72 ff bezogen. Es ist aber auch empfehlenswert, zur Urteilslehre nicht nur die Kritik der reinen Vernunft und die Kritik der Urteilskraft II von KANT zu lesen, sondern beispielsweise auch von CHRISTOPH SIGWART, Logik I, dritte Auflage 1904, (1924[5]) 283 ff, über das hypothetische und das disjunctive Urteil; und WILHELM WUNDT, Logik I[4] (1919) 146-285, dritte Auflage 1908, erste Auflage 1879.

45 Hauptprobleme[1] (1911) VI u. VII, wo von der "*scharfen Trennung*" von Sein und Sollen und von den ihnen gemäßen Betrachtungsweisen die Rede ist. Die von GEORG JELLINEK als Trennung bezeichnete strenge *Unterscheidung* wurde durch KELSEN zu einer *strikten Trennung* überhöht. - In der Allgemeinen Theorie der Normen (1979) ist an prominenter Stelle nur mehr vom Dualismus und von der Disparität von Sein und Sollen die Rede (48 ff), wobei auch auf den Gegensatz von Sein und Sollen hingewiesen wird (60 ff, 62 ff).

46 "Ich bin nicht Monist", Hauptprobleme[1] (1911) VI.

47 Hauptprobleme[1] (1911) Vorrede: "Meine Untersuchungen stehen unter der Annahme der beiden grundlegenden Gegensätze, die Sein und Sollen, Inhalt und Form trennen" (V). - "Die nach meinem Ermessen notwendige ... gänzliche Eliminierung des explikativen und die ausschließliche Akzeptierung des normativen Standpunktes für die Konstruktion der juristischen Grundbegriffe hat zur Voraussetzung die Möglichkeit einer scharfen Trennung beider Betrachtungsweisen" (VII). "Er [der Jurist] kann die Welt des Seins und die Welt des Sollens in seinen Begriffen nicht verbinden ...." (VIII). "The pure Theory of law is a monistic theory", General Theory of Law and State[3] (1949) Preface XVI.

48 Hauptprobleme[1] (1911) 270 ff.

Rechtsbetrachtung verbannt. Das *Formale* wurde zum ausschließlichen Gegenstand erhoben[49]. Der *objektive Zweck*, von KELSEN als Realität des Seins, und der Wert, als bloße Idealität des Sollens verstanden, wurden zu unvereinbaren Gegensätzen[50]. *Das Postulat einer Reduktion der Probleme der Rechtstheorie auf die Lehre vom Rechtssatz*[51] *wurde zum absoluten Prinzip erhoben* und der Rechtssatz auf die formale Struktur der Sanktionsnorm künstlich eingeengt. Der Rechtssatzbegriff wurde nicht neben die anderen juristischen Begriffe gestellt, sondern zu ihrem Mittelpunkt und Maßstab gemacht.

KELSEN entdeckte erst nach dem Erscheinen der *Hauptprobleme* (1911) sein geistiges Naheverhältnis zu den Neukantianern; es wurde ihm vom dritter Seite eröffnet[52]. Bis dahin war ihm diese geistige Verwandtschaft nicht bewußt gewesen. Von da an fand er sich in der Vorstellung bestätigt, daß es die Erkenntnisrichtung ist, die den Erkenntnisgegenstand bestimmt, d.h. daß der Erkenntnisgegenstand aus einem Ursprung logisch erzeugt wird[53]. Von einer vergleichbaren Vorstellung hatte er schon in der ersten Auflage der Hauptprobleme der Staatsrechtslehre jeden ihm günstig scheinenden Gebrauch für seine eigene *juristische Konstruktion*[54] gemacht.

---

49 Hauptprobleme, 57 ff. "Die Eliminierung des Zweckmomentes aus der juristischen Begriffsbildung läßt die Rechtsbegriffe nur als *formale* Kategorien bestehen" (92). - "Erkennt man aber, daß die Jurisprudenz die *Form* und nur die Form zu erfassen hat, dann darf man konsequenterweise in die Rechtsbegriffe keine anderen als formale Elemente aufnehmen" (92). Kausalität und Telos gehören nach KELSEN gleichermaßen der Seinswelt an. Sie werden daher vom Sollen geschieden (65). Die Beschränkung auf die rein formale Rechtsbetrachtung erfolgte vermutlich in Anlehnung an BIERLING, Juristische Prinzipienlehre I (1894) 1 ff, 5 ff; SIGWART, Logik II^3 (1904) 249, 251; RUDOLF STAMMLER, Wirtschaft und Recht^2 (1906) 7, 118 ff.

50 Hauptprobleme^2 (1923) Vorrede VI, 66 ff; vgl. dazu auch Allgemeine Theorie der Normen (1979) 47 f. - Die Kritik der Urteilskraft von IMMANUEL KANT (Suhrkamp 1977) II: Kritik der teleologischen Urteilskraft 305 ff, insbesondere mit der Vorstellung vom "nexus finalis" (320) in Verbindung mit dem Begriff der "technica intentionalis" (341) war dabei für KELSEN gewiß nicht erkenntnisleitend. Im Jahr 1911 war KELSEN die Studie RUDOLF EISLERS, Der Zweck (1914), begreiflicher Weise noch unbekannt. Wohl aber ist ihm die Kenntnis der Zwecklehren von WUNDT und SIGWART für diese Zeit zweifellos zusinnbar.

51 FRITZ SANDER, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (1921) 7. BIERLING, Juristische Prinzipienlehre I (1894) 30 schrieb schon lange vorher: *"Alles Recht besteht in Normen, was sich nicht auf Normen reduzieren läßt, gehört in Wahrheit dem Rechte selbst nicht an".*

52 Hauptprobleme^2 (1923) Vorrede XVII.

53 Hauptprobleme^2 (1923) XVII. KELSEN fand aber später dennoch kein echtes erkenntnistheoretisches Naheverhältnis zu den Neukantianern. Er zog es vor, sich direkt auf KANT zu berufen oder KANTS Erkenntnistheorie "per analogiam" anzuwenden: Reine Rechtslehre^2 (1960) 74.

54 Hauptprobleme^1 (1911) Vorrede V, X, XI und XII.

Nach der Publikation der *Hauptprobleme* beschäftigte sich KELSEN auch mit der Abgrenzung der *Rechtswissenschaft* von der *Soziologie*, mit Fragen des Staatsbegriffs, mit der Souveränität des Staates, mit dem Völkerrecht und mit Hauptfragen der allgemeinen Staatslehre und ihrer Methode. Damit erweiterte er das theoretische Fundament für die spätere Entwicklung seiner Rechtstheorie mit dem Namen der "Reinen Rechtslehre". Dabei lieferten ihm zwei seiner früheren und eigentlichen Schüler, MERKL und VERDROSS, zwei tragende Denkanstöße. MERKL brachte in die "Reine Rechtslehre" die Vorstellung vom *Stufenbau* ein[55]. VERDROSS lieferte eine vertiefte Erkenntnis von der *Grundnorm als Verfassung im rechtslogischen Sinn*[56].

Ebenso wie KELSEN in vielen seiner signifikanten Vorstellungen nicht wirklich originell ist, sind weder MERKL noch VERDROSS in ihren beiden Beiträgen zur "Reinen Rechtslehre" schlechthin originell. MERKL bekennt, die Anregungen zum Stufenbau von BIERLING erhalten zu haben[57], und es bedarf wohl keines Beweises, daß der rechtsphilosophisch interessierte VERDROSS seine Grundnorm mit der Vorstellung von der Einheit des rechtlichen Weltbildes aus den damals bereits vorhandenen Lehren bezogen hat. KELSEN bekannte jedenfalls im Vorwort zur zweiten Auflage der Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, wesentliche Anregungen zur Einführung der Grundnormidee in den Stufenbau des Rechts von VERDROSS und den Stufenbaugedanken selbst von MERKL empfangen zu haben. Die Anregung für beide hätte er aber genauso gut bei BIERLING finden können[58]. Auch KANT, für den PLATO und ARISTOTELES wichtige Wegweiser waren, hatte schon einschlägige Grundgedanken angeboten. Die Grundnorm und der Stufenbau der sittlichen Werte, also eine hierarchische Normenordnung der Moral, ist in seinen drei Kritiken bereits erkennbar. KELSENS *Originalität bestand daher nicht zuletzt in einer Umdeutung, Formalisierung und Verengung bereits vorhandener Begriffe und Ideen.*

2. Da KELSEN seine Rechtslehre in der ersten Auflage der *Hauptprobleme* (1911) am *Rechtssatzschema* orientierte, hatte sie zunächst nur einen *eindimensionalen Charakter*. KELSEN benutzte vorerst nämlich den *Rechtssatz*, das hypothetische und

---

55 Hauptprobleme^2 (1923) Vorrede XV f.

56 Hauptprobleme^2 (1923) Vorrede XV f. Dabei reklamierte KELSEN allerdings die Priorität der Idee von der Grundnorm für sich selbst.

57 Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in: Gesellschaft. Staat und Recht, FS Hans Kelsen (1931) 252 ff. Siehe ERNST RUDOLF BIERLING, Juristische Prinzipienlehre I (1894) 107 ff. Dort ist auch von koordinierten, von subordinierten und von superordinierten Rechtsnormen die Rede (114 f). JULIUS BINDER, Rechtsphilosophie (1925) 867 ff scheint für den Stufenbaugedanken in FRITZ SANDER den Urheber zu sehen; MERKL scheint ihm unbekannt gewesen zu sein.

58 Die Vorstellung von einer *Grundnorm* ist bei BIERLING schon begrifflich deutlich sichtbar, Juristische Prinzipienlehre I (1894) 107 ff, 109, wo die Grundnorm auch ausdrücklich genannt ist.

sanktionsbehaftete Urteil, nur als ein *lineares formal-logisches Denkschema* für die Erfassung der Begriffe von Staat und Recht. Die Begriffe *Staat* und *Recht* wurden gleichgesetzt und ausschließlich durch die *lineare Form des Rechtssatzes* betrachtet. Die Vorstellungen vom Rechtssatz als einem hypothetischen Urteil und zugleich als einer Sanktionsnorm prägten KELSENS *Rechtslehre* in ihrem ersten Stadium auch als *eine statische Rechtslehre*.

Mit der Einbeziehung des *Stufenbaus* und der *Grundnormvorstellung als Hypothese* zu Beginn der zwanziger Jahre erfuhr jedoch die "Reine Rechtslehre" zwangsläufig auch Anstöße zu Überlegungen in Richtung auf eine *Mehrschichtigkeit des Rechts* und damit auch auf eine *dynamische Betrachtung*[59]. Dazu wäre es ohne die Beiträge von MERKL und VERDROSS, trotz scharfer Kritik von anderen (SANDER), vermutlich wohl nie gekommen. KELSENS *zweite Etappe* in der Entwicklung der Reinen Rechtslehre war jedenfalls von wichtigsten Vorstellungen von MERKL und VERDROSS im Gefolge anderer geprägt[60], die von da an in der "Reinen Rechtslehre" eine zentrale Position einnehmen und der *Rechtssatztheorie* den *Weg zu einem System* öffnen sollten. KELSEN selbst erkannte in diesem Stadium seiner Lehre, wohl in Anlehnung an BIERLING, zwei Arten von *Rechtssätzen*: den *primären* und den *sekundären*[61], die anscheinend der Klärung und Verfestigung des mehrdeutigen *Rechtssatzbegriffes* dienen sollten. Die zweite Doppelbedeutung des Rechtssatzbegriffes, zugleich als Rechtsnorm und Rechtsgesetz, hatte KELSEN schon im Jahr 1911 unreflektiert zweideutig von ZITELMANN übernommen. Die Auflösung dieser zweiten Doppelbedeutung zeigt sich in Ansätzen im Vorwort zu den *Hauptproblemen* aus 1923, in der *Allgemeinen Staatslehre* aus 1925 und in der *General Theory of Law and State* aus 1945, ist aber in der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* aus 1960 noch keineswegs bereinigt.

Dennoch wurde KELSENS "Reine Rechtslehre", methodologisch gesehen, niemals wirklich eine dynamische, obwohl ihr Konzept nunmehr mehrschichtig und stufenmäßig abgeschichtet angeboten wurde. *Der Stufenbau des Rechts blieb nach wie vor statisch; ein Strukturgefüge von gegebenen normativen Bedingungen und normativen Bedingtheiten als bloß logische Voraussetzungen für eine Dynamik des Rechts*. Rechtssatz

---

59 JULIUS BINDER, Rechtsphilosophie (1925) 197 schreibt die Urheberschaft für den Gedanken einer *dynamischen Rechtsbetrachtung* wohl nicht zu Unrecht FRITZ SANDER zu.

60 Hauptprobleme^2 (1923) Vorrede XVI.

61 Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts (1920) 118 FN 1. Siehe den Hinweis dazu bei KELSEN selbst, Hauptprobleme^2 (1923) Vorrede XII und bei METALL, Hans Kelsen (1969) 104. Deutlicher in der Allgemeinen Staatslehre (1925) 51 ff und ausführlich später in der Reinen Rechtslehre (1934) 20 ff, insbesondere 30 f, wo allerdings von "Normen" und nicht von "Rechtssätzen" die Rede ist.

und Rechtsnorm wurden gleichermaßen durch die logische Form des hypothetischen Urteils dargeboten.

Die Entwicklung seiner Gedanken - von den *Hauptproblemen* des Jahres 1911 an bis zur ersten Auflage der *Reinen Rechtslehre* im Jahr 1934 - war eine anhaltende Ergänzung und eine Modifizierung, teils auch eine Verfestigung und eine Verstärkung seiner Grundposition der *Bindung an das Formalkonzept des Rechtssatzes*, verbunden mit dem Versuch eines Beweises der Gültigkeit seiner ursprünglichen These von der formal-logischen *Trennung von Sein und Sollen* durch eine betontere *Gegenüberstellung von Kausalität der Natur und Zurechnung des Rechts*[62], in einer mißglückten Anlehnung teils an ERNST ZITELMANN, teils an ERNST RUDOLF BIERLING. Daher konnte KELSEN auch zu keiner erkenntnistheoretisch fundierten methodologischen Synthese von Sein und Sollen kommen. Das hatte seine Konsequenz für den Versuch einer dynamischen Rechtsbetrachtung durch KELSEN. Eine solche hätte nämlich die erkenntnistheoretische und methodologische Synthese von Sein und Sollen zwangsläufig vorausgesetzt. Die Dynamik des Rechts liegt in der Tatsächlichkeit seiner Erzeugung und Erzeugtheit und nicht in der Normativität seiner Bedingungen und Bedingtheiten; sie liegt in ihrer sozial-kulturellen Kausalität, Teleologie und Funktion und nicht in ihren formal-logischen Strukturelementen und Funktionsbedingungen, die zwar notwendige Regeln der Rechtserzeugung abgeben, aber nicht Erzeugung des Rechts bedeuten. KELSEN nannte daher seine *Rechtstheorie mit Recht eine Strukturanalyse des positiven Rechts*[63].

3. Bis zum Jahr 1934 wurde überdies die schon im Jahr 1911 radikal durchgeführte *Auflösung des Imperativs im hypothetischen Urteil* formal-logisch so verbrämt, als wäre die Rechtsverletzung die Erfüllung des Rechtszwecks. Der primäre Rechtszweck der traditionellen Lehre, manifestiert durch den Imperativ, fiel nun sogar einer logischen Pervertierung und Sublimierung im hypothetischen Urteil anheim, damit dieses als Zentralbegriff normativen Denkens erhalten bleibe. Die traditionelle *Sekundärnorm* (Sanktionsnorm) wurde durch KELSEN zur *Primärnorm* umfunktioniert und umgekehrt die Primärnorm zur Sekundärnorm gemacht[64]. Danach erfüllt sich

---

62 Reine Rechtslehre[1] (1934) 22. Siehe dazu schon die Hauptprobleme[1] (1911) 72 ff. Vergleiche dazu GEORG JELLINEK, Allgemeine Staatslehre[2] (1905) I. Buch.

63 Reine Rechtslehre[1] (1934) 61. General Theory[3] (1949) Preface XIV: "The General Theory ... is directed at a structural analysis of positive law ..."

64 Reine Rechtslehre[1] (1934) 30 f. Dafür wurde der gedankliche Grund bereits im Jahr 1920 bereitet. In der Allgemeinen Staatslehre (1925) 54 heißt es: "... ist es unzulässig, die Rechtsnorm oder das Recht als *Imperativ* zu charakterisieren". Ferner: "Das Recht als Gegenstand der Rechtserkenntnis ... ist ein System von Urteilen, nicht von Imperativen". Und schließlich: "Das Recht als Rechts*gesetz* ist der Rechts*satz*, ist ein hypothetisches Urteil"; General Theory (1945/1949) 45 f, 60 f.

der formal-logische Zweck des Rechts in der Setzung des Unrechts, auf daß die Sanktion verhängt werden könne. Diese formal-logische Normdeutung führte nicht nur zur theoretischen Versperrung des erkenntnismäßigen Zugangs zum Recht, sondern auch zur endgültigen Verdeckung des dem Recht immanenten primären Zweckes[65].

KELSENS alte Triebkraft fand darin eine ihrer stärksten Manifestationen. KELSEN glaubte nämlich schon im Jahr 1911, daß es möglich sein müsse, eine formale Logik im Sinn einer Geometrie des Rechts zu betreiben[66]. Er träumte davon, eine besondere Logik der Normen zu finden und zu entwickeln. Er träumte davon und war dazu vielleicht von LEIBNIZ oder SPINOZA inspiriert, eine Art Mathematik oder Geometrie der Rechtswissenschaft zu entwickeln[67].

Im Jahr 1911 wußte KELSEN noch nicht, daß seine Lehre einmal "Reine Rechtslehre" heißen sollte. Erst im Lauf der Zeit war KELSEN klar geworden, daß die Tendenz seines Denkens von allem Anfang an auf die *Reinheit* gerichtet war[68]. KELSEN hat von 1923 an in mehreren Konzepten zu seinem späteren Buch aus dem Jahr 1934 und schließlich in der ersten Auflage der *Reinen Rechtslehre* seine Lehre selbst als eine *reine* bezeichnet[69]. Gedanklich war diese Richtung durch die Bindung an die Logik und an das Formale gewiß schon durch die *Hauptprobleme* aus dem Jahr 1911 vorbestimmt. KELSEN bekannte aber erst ab dem Jahr 1923 betont, sich an KANT und an damals anerkannte Philosophen und Logiker im Gefolge KANTS angelehnt zu haben[70]. Das formal-logische Instrumentarium der "Reinen Rechtslehre" spricht aller-

---

65 Reine Rechtslehre[1] (1934) 26 ff; insbesondere 28: "Das Unrecht bedeutet nicht - wie die traditionelle Anschauung glauben läßt - eine Unterbrechung in der Existenz des Rechts, sondern gerade im Gegenteil: am Unrecht bewährt sich die Existenz des Rechts, die in seiner Geltung besteht: in dem Sollen des Zwangsaktes als der Unrechtsfolge". Siehe aber auch a.a.O. 30 f. Vgl. dazu auch die Allgemeine Staatslehre (1925) 51 ff; General Theory (1945/1949) 53: "The Delict as a Condition of the Sanction".

66 Hauptprobleme[1] (1911) 94.

67 TEZNER, Rechtslogik und Rechtswirklichkeit (1925/1986) 1 ff, 22 ff, 33 ff, 46 ff. TEZNER nennt KELSEN sogar den "Begründer der normativen, einer Rechtsgeometrie zustrebenden Rechtslehre" (11). HANS VAIHINGER, Die Philosophie des Als Ob[9/10] (1927) 47, sieht eine "Verwandtschaft" und einen "prinzipiellen Zusammenhang zwischen der Methode der Mathematik und der des Jus" (die 1. Auflage stammt aus 1911).

68 Das Problem der Souveränität (1920) Vorrede III. Hauptprobleme[2] (1923) Vorrede V. Siehe dazu METALL, Hans Kelsen (1969) 8, 38. Siehe aber auch KELSEN, Die Problematik der Reinen Rechtslehre, ÖZÖR 18 (1968) 144 f, der auch auf STAMMLER [Theorie der Rechtswissenschaft, 1911] als einen der Erfinder dieses Begriffes verweist. METALL meint, daß COHENS Vorstellung von der "Reinheit der Methode" Anstoß für die Namensgebung war.

69 Reine Rechtslehre[1] (1934), Vorwort und 1 f.

70 Hauptprobleme[2] (1923) VI. Neben WINDELBAND und SIMMEL scheinen in den Fußnoten aber auch noch SIGWART, WUNDT und HUSSERL auf. In seinen Vorlesungen und Diskussionen in den

dings mehr für eine eigenständige KELSENSCHE Logik, die von einer Logik der Erfahrung, wie sie KANT verstanden hat, weit entfernt ist.

In Orientierung an der *Reinen Vernunftwissenschaft* KANTS war es wohl auch naheliegend, eine Art *Reine Rechtswissenschaft*, oder eine *Reine Rechtslehre* zu konzipieren[71]. KELSEN erlangte jedenfalls durch die erste Auflage der "Reinen Rechtslehre" im Strahlenglanz der *Kritik der Reinen Vernunft* KANTS Weltberühmtheit und noch heute sind in KELSENS Lehre die meisten Impulse aus jenen zentralen Werken sichtbar, die zum Buch des Jahres 1934 führten. In diesem Buch manifestiert sich die *dritte Etappe und der geistige Höhepunkt der Reinen Rechtslehre*. KELSEN *entwickelte* seine bis dahin bereits modifizierte, wandelhafte Lehre aus der Zeit vor 1934 sozusagen weiter, perfektionierte, vervollständigte sie, veränderte sie aber auch und gab ihr eine andere Gestalt, einen bewußt differenzierteren Rechtssatzbegriff und ein umfassenderes System, das den bis heute noch verführerischen Namen "Reine Rechtslehre" unterbaute.

4. Dem aufmerksamen Beobachter der weiteren "Entwicklung" der "Reinen Rechtslehre" nach der ersten Auflage kann jedoch nicht verborgen bleiben, daß KELSENS Rechtslehre im Buch aus dem Jahr 1934 und in der *General Theory* aus dem Jahr 1945 zwar eine Verfestigung, doch in der zweiten Auflage aus dem Jahr 1960 ganz wesentliche Veränderungen erfahren hat, und daß sich im Werk aus dem Jahr 1960 in Wahrheit eine *vierte Etappe der Reinen Rechtslehre* manifestiert. Die *Reinheit* der Rechtslehre wurde in eine Tendenz zur *Allgemeinheit* der Rechtslehre gestellt[72].

USA soll sich KELSEN zur Verteidigung seiner Logik - so einige seiner Hörer - mit Vorliebe auf SIGWART berufen haben: "but Sigwart said!" - Es wäre gewiß einer Prüfung wert, ob und wieweit KELSEN seine Gewährsmänner aus der Logik, SIGWART und WUNDT, überhaupt richtig gedeutet hat, selbstredend in erster Linie aber auch KANT. Siehe dazu auch die Bekenntnisse KELSENS zur "Transzendentalphilosophie" KANTS, in: Das Problem der Souveränität (1920) Vorrede VI; in der Reinen Rechtslehre[1] (1934) 24 und in der Reinen Rechtslehre[2] (1960) 204 ff und die Fundstellen im Sach- und Namenverzeichnis 462 unter dem Schlagwort KANT.

71 KANT, Kritik der Reinen Vernunft[2] (1787, Suhrkamp 1977) handelt von *reinen Vernunftwissenschaften* (453) und von *reinen* Gegenständen, die "was die völlige Reinigkeit betrifft, nur in der Vernunft ihren Ursprung haben" (566); siehe aber vor allem die Vorrede zur "Kritik der reinen Vernunft"[2]. Der Begriff der Reinheit wird von KANT der Erkenntnis zugeordnet und insofern als ein Gegensatz zur Erfahrung verstanden. KANT spricht in der Einleitung zur "Kritik der reinen Vernunft" von der *reinen Erkenntnis* und fragt: Wie ist reine Mathematik möglich? Wie ist reine Naturwissenschaft möglich? (Einleitung 59). Warum soll dann KELSEN nicht auch fragen: Wie ist reine Rechtswissenschaft möglich? Doch KELSEN hatte es anscheinend nicht gern, wenn ihm KANT als Vermittler des Reinheitsgedankens unterstellt wurde (Polemik gegen Leiminger, ÖZÖR 18 [1968] 144 ff). Vielleicht kann man auch dem Umstand Bedeutung zumessen, daß ERNST ZITELMANN, Irrtum und Rechtsgeschäft (1879) 17, schon von *reinen Rechtsbegriffen* handelte. JULIUS BINDER, Rechtsphilosophie (1925) 123 ff verweist auf RUDOLF STAMMLER als Vorbild, dessen Erkenntnistheorie auf den Lehren KANTS basiert.

72 Reine Rechtslehre[2] (1960) 1: "Sie ist allgemeine Rechtslehre ..."; Vorwort VII: "Während ich mich damals begnügte, die besonders charakteristischen Ergebnisse einer reinen Rechtslehre zu formulieren, versuche ich nunmehr, die wesentlichen Probleme einer allgemeinen Rechtslehre nach den

Der Zwang KELSENS zur Wanderschaft, von 1933 an bis schließlich zur Emigration, verursacht durch politische Bedrängnis, in eine andere Welt des juristischen Denkens, hatte zu neuen und nachhaltigen Einflüssen auf die *Entwicklung* seiner "Reinen Rechtslehre" geführt. Die Berührung mit der amerikanischen Jurisprudenz brachte ab 1940 wesentliche Veränderungen und Einbrüche. An ihnen mußte KELSEN mit seinem Vorhaben der Reinhaltung der Rechtslehre vor allem von Seinselementen letzten Endes scheitern. Wenn man die zweite Auflage der Reinen Rechtslehre aus dem Jahr 1960 betrachtet, dann versteht man, wie zutreffend das ist. Von der ursprünglichen Klarheit und Reinheit, von der vollständigen Trennung von Sein und Sollen[73], vom schlüssig durchgezogenen Bekenntnis zum Formalen des Rechts und zum reinen Sollen sind nur mehr aufgeweichte Konturen zu sehen; von der Schlichtheit und Knappheit der Sprache ganz zu schweigen. Die transzendentale Logik als Voraussetzung des Denkens wird nun vollends eigenwillig gehandhabt[74]. Die Grundnorm wird zwar ausdrücklich in die Nähe der apriorischen Kategorien von KANT gerückt; gleichsam als Legitimierungsversuch[75]. Doch Sein und Sollen scheinen trotz Trennung nunmehr ineinander zu greifen. Sie sind nicht mehr vollständig voneinander getrennt, obwohl die Trennungsthese durch den Hinweis auf *zwei verschiedene Sphären* aufrecht erhalten scheint. In der zweiten Auflage der "Reinen Rechtslehre" wurde der in einigen ihr vorangehenden Aufsätzen bereits sichtbare Wandel der normativen Methode vom dualistisch fundierten *Monismus des reinen Sollens* zum monistisch akzentuierten *Dualismus von Sein und Sollen* von KELSEN selbst fortgesetzt, der Akt als Sinn und Inhalt der Norm stärker in den Vordergrund gestellt[76] und der alte, noch immer mehrdeutige Rechtssatzbegriff aus dem Rechtsnormbegriff herausgehoben und isoliert[77]. Der Rechtsnorm wurde die Urteilsform abgesprochen. Die Rechtsnorm bedeutet nur mehr ein einfaches Sollen im Sinn von Gebieten, Verbieten, Erlauben und Ermächtigen[78]. Sie wird zwar weiterhin vorwiegend als *hypothetisch* aufgefaßt, in mißverstandener Anlehnung an die herrschende Logik wird aber

Grundsätzen der Methodenreinheit rechtswissenschaftlicher Erkenntnis zu lösen ..." wohl in Anlehnung an die *General Theory of Law and State*.

73 Reine Rechtslehre^2 (1960) 1 ff, 19.

74 Reine Rechtslehre^2 (1960) 204 ff.

75 Reine Rechtslehre^2 (1960) 204 ff.

76 Reine Rechtslehre^2 (1960) 6, 23, 73, 108 u.a.

77 Reine Rechtslehre^2 (1960) 59, 73 f, 76, 81, 83 f, 91, 92, 93 wo sowohl vom "Rechtssatz" als auch von "Rechtssätzen" die Rede ist, als wäre es sinnvoll, das "Rechtsgesetz" als Gegensatz zum Naturgesetz im Plural zu denken.

78 Siehe dazu KELSENS Erklärung für das Sollen und für seine Funktion im Rechtssatz, Reine Rechtslehre^2 (1960) 81 und 83.

neben die *nypothetische* noch eine *kategorische Norm* gestellt[79]. Dabei verwechselt KELSEN die *imperative Form* offensichtlich mit *kategorisch*[80]. Überdies verwechselte er einerseits *kategorisch* sowohl mit *apodiktisch* als auch mit *assertorisch* und *konkret* und andererseits *hypothetisch* sowohl mit *problematisch* als auch mit *abstrakt*. Der Begriff der Rechtsnorm wird nun bereits sichtbar, wenn auch noch methodologisch zurückhaltend, aber doch wohl schon bewußt in die Nähe des Imperativs gestellt[81]. Der Reinen Lehre von der Norm wird eine erweiterte Lehre vom Akt als Sinn der Norm vorangestellt und der Wirksamkeit oder Effektivität der Norm und des Rechts stärker Beachtung geschenkt[82].

5. Diese Entwicklung wurde durch das posthume Werk *Allgemeine Theorie der Normen*, herausgegeben durch KELSENS Nachfahren, fortgesetzt[83]. Der viel geschmähte *Imperativ* prägte von da an sogar unverhüllt den Begriff der Norm. Das Wollen trägt das Sollen. Kein Imperativ ohne einen Imperator[84]. Das Prädikat *kategorisch* wird nun vertretbarer Weise den Imperativen zugeordnet und BIERLINGS Imperativenlehre wird wieder salonfähig gemacht. Der Dualismus von Sein und Sollen bedeutet kaum noch *Trennung*, sondern vorwiegend nur mehr *Disparität* (Verschiedenheit)[85], was im Grunde schon im Jahr 1911 für die rechtswissenschaftliche Allgemeinheit eine Banalität und eine Selbstverständlichkeit war. Von nun an heißt es: Kein Sollen ohne Wollen und in der Norm ist der Imperativ zu sehen! Darin könnte man die *fünfte Etappe der Reinen Rechtslehre* erblicken, wenn man voraussetzen woll-

---

79 Reine Rechtslehre^2 (1960) 106 f. Eine solche Unterscheidung von Normen anstatt von Imperativen findet man schon bei BIERLING, Juristische Prinzipienlehre I (1894) 76 ff. Bei BIERLING ist diese Unterscheidung verständlich, weil er mit der damals herrschenden Lehre in der Norm den Imperativ sah. Prinzipienlehre I (1894) 72 ff, 76 ff.

80 Reine Rechtslehre^2 (1960) 106 f. Darin findet er auch eine eher unschlüssige Gefolgschaft WALTERS, Der Aufbau der Rechtsordnung (1964/1974) 21 f, 34.

81 Reine Rechtslehre^2 (1960) 25 f, 73 f, 77 f, 83, 55 ff.

82 Reine Rechtslehre^2 (1960) 10 ff, 48 f, 212 ff, 215 ff. Diese Tendenz war zwar schon in der ersten Auflage aus 1934 sichtbar, wurde aber teils noch unmißverständlich normativ aufgelöst, teils aber auf Trennungsdistanz gehalten. Siehe dazu den Aufsatz "Was ist ein Rechtsakt?" ÖZÖR 4 (1951/52) 263 ff = WRS II (1968) 1381 ff.

83 Allgemeine Theorie der Normen (1979) 3, 23, 43. Entscheidende Denkansätze dafür finden sich bereits in KELSENS Abhandlung über Recht und Logik, Forum XII (1965) = WRS II (1968) 1469 ff.

84 Allgemeine Theorie der Normen (1979) 2 f; Recht und Logik, WRS II (1968) 1480 ff. *"Norm ist der Ausdruck eines Wollens ..."* (29) und: *"Die gewöhnliche, wohl als die herrschende zu bezeichnende Ansicht geht dahin, daß solche Sätze regelmäßig wahre Imperativsätze sind"* (27) meinte schon BIERLING im Jahr 1894 in seiner Prinzipienlehre I. Vgl. dazu auch die Doppelbedeutung von Rechtssatz als imperative Norm und hypothetisches Urteil 72 ff.

85 Allgemeine Theorie der Normen (1979) 48 f.

te, daß der "Reinen Rechtslehre" aus 1911, aus 1923, aus 1934, aus 1960 und der "Normentheorie" aus 1979 dieselben erkenntnistheoretischen und methodologischen Annahmen zugrunde liegen. Nun fehlte nur mehr die Heimführung des Zweckbegriffs in die Rechtstheorie, den RUDOLF EISLER[86] so beeindruckend dargestellt hat, daß KELSEN sich sogar veranlaßt sah, EISLERS damit verbundene imperative Normvorstellung zur seinen zu machen.

V. Der kämpferische Stil Kelsens

Angesichts dieser geradezu willkürlichen Formalisierung des Rechtsdenkens durch KELSEN kann man heute wohl gut verstehen, warum KELSEN durch seine unerbittlich kritische Art und durch seine kultivierte Kunst, sich *Gegner* zu suchen, jeden zweiten als Gegner hochzustilisieren und anzugreifen, geradezu *vernichtend zu zerlegen* und mitunter auch verächtlich zu machen, auch seinerseits großen Angriffen ausgesetzt war. Sein wissenschaftlicher Weg war von allem Anfang an der Weg ganz großer Konflikte und Eigenwilligkeiten. Zunächst einmal waren es die von KELSEN selbst konstruierten Gegnerschaften, die sich schon in den *Hauptproblemen* abzeichnen, die kunstvoll aufgezogen und nicht wirklich dialoghaft, sondern monologisch-dialektisch konzipiert waren. Mir kommt es so vor, als habe KELSEN sein Leben lang *theoretische Windmühlen oder Vogelscheuchen* aufgestellt, um sie dann als Gegner umso überzeugender bekämpfen und schließlich besiegen zu können[87]. Er holte aus den verschiedenen Vorstellungen bedeutender Autoren, angefangen von KANT, zentrale Begriffe und Thesen heraus, formulierte sie auf seine Weise, um sie dann auf seine Weise entweder zu benutzen oder zu bekämpfen und dann vor allem entweder durch das blinde Schema des Rechtssatzes oder durch seine konstruierte Lehre von der Trennung von Sein und Sollen für die Rechtstheorie abzuqualifizieren oder ad absurdum zu führen.

KELSEN provozierte nicht nur professorale Zeitgenossen, sondern auch manch einen seiner eigenen Schüler zur Gegnerschaft. Wie es dazu kam, läßt sich in kurzen Sätzen schwer sagen. Beispiele müssen hier genügen.

---

86 Der Zweck (1914).

87 Neben den polemischen Schriften liefert wohl die Allgemeine Theorie der Normen (1979) die anschaulichsten Beispiele für KELSENS apodiktischen Stil stets kritisierender Auseinandersetzung, in der auch KANT genötigt scheint, etwas zuzugeben, was ihm KELSEN kritisch vorhält (Allgemeine Theorie der Normen 11 ff u. 234 ff, ferner 62 ff u. 256 ff).

FRITZ SANDER[88], war ihm zunächst als Schüler ebenso zugetan wie später für längere Zeit als fachlicher Gegner feindlich gesonnen; voll von Bewunderung anfangs und voll Neid später. SANDER behauptete allen Ernstes, KELSEN habe geistiges Gut von ihm bezogen (abgeschrieben)[89]. KELSEN leitete deshalb sogar ein Disziplinarverfahren gegen sich selber ein, um die Wahrheit zutage zu bringen. Er wurde freigesprochen[90], hat sich dann aber viele Jahre später mit SANDER letztlich doch wieder ausgesöhnt.

KELSEN griff den Rechtshistoriker ERNST V. SCHWIND, der sich in einer Kelsen-Kritik gewiß auch arge Blößen gegeben hatte[91], so scharf an[92], daß dieser - nach den Aussagen seines Sohnes FRITZ - bald nach dem Erscheinen von KELSENS Verteidigungsangriff an seelischem Kummer darüber gestorben sein soll; kaum ein Jahr nach der Auseinandersetzung. KELSEN hatte ihm unter anderem vorgeworfen, im Hinblick auf die *Grundnorm* nicht *zwischen Hypothese und Hypostase* unterscheiden zu können[93].

KELSEN stand auch mit WENZEL und HELLER in anhaltenden Auseinandersetzungen. Er führte auf Staatsrechtslehrertagungen mit beiden Streitgespräche[94]. Von HELLER wurde ihm unter anderem vorgehalten, daß er in seinen Vorstellungen sich selbst nicht identisch bleibt. Dazu entgegnete er dem jungen Kollegen HELLER, daß wohl jeder Schriftsteller das Recht haben müsse, *bei jenen Lehren genommen zu wer-*

---

88 FRITZ SANDER, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung. Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens (1921). Dazu HANS KELSEN, Rechtswissenschaft und Recht, ÖZÖR 3 (1922/23) 103 ff.

89 FRITZ SANDER, In eigener Sache (1923 im Selbstverlag): *"Beide Versprechen hat Kelsen gebrochen und so kann ich meinem Schüler Kelsen* - ich habe nie eine seiner Vorlesungen, hingegen er täglich meine Privatissima gehört - *das Zeugnis 'vertrauensvollen Zusammenarbeitens' nicht mehr erteilen"* (6). Siehe dazu die Repliken von KELSEN, In eigener Sache, ÖZÖR 4 (1923) 499 ff, 699 ff.

90 ÖZÖR 4 (1923) 699 ff.

91 ERNST V. SCHWIND, Grundlagen und Grundfragen des Rechtes (1928).

92 HANS KELSEN, Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? (1928).

93 Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie (1928) 28 f. Bemerkenswerterweise gab KELSEN im Jahr 1965 die Vorstellung von der Grundnorm als Hypothese auf und verwandelte sie sogar selbst in eine Fiktion, die mit seinen eigenen Vorstellungen von der Hypostasierung eine fatale Verwandtschaft aufweist. Siehe dazu auch die pointierten Aussagen in der Allgemeinen Theorie der Normen (1979) 206 f. Zum Begriff der Hypothese siehe WILHELM WUNDT, Logik I[4] (1919) 433 ff; CHRISTOPH SIGWART, Logik I[5] (1925) 238 ff; II[5] (1924) 307 ff und HANS VAIHINGER, Die Philosophie des Als Ob[9/10] (1927) 143 ff, 603 ff, zum Unterschied und zum Gegensatz der Fiktion von der Hypothese, sowie 50 ff zu den personifikativen Fiktionen bzw. zur Hypostase.

94 VVDStL 5 (1929) 168 ff und 176 ff.

den, die er als seine gereifte Ansicht vertritt[95]. Daher frage ich nun wohl mit Recht: Was ist die *gereifte Ansicht*? Und welche ist dann die *jeweils gereiftere Ansicht*? Und *welcher* KELSEN ist dann der wirkliche Träger der "Reinen Rechtslehre" und in welcher letztlich gültigen, vielleicht noch gereifteren Ansicht?

Auf andere Polemiken gegen HERMANN HELLER sei hier nur kurz hingewiesen. Doch der Konflikt mit HOLD-FERNECK verdient noch gesondert erwähnt zu werden[96]. Für diese Zeit ist aber auch die Kritik KELSENS an RUDOLF SMENDS Lehre vom *Staat als Integration*[97] beachtenswert, deren messerscharfe und unerbittliche Analyse sogar in einer Monographie ihren Niederschlag gefunden hat[98].

Die Streitschriften um KELSEN fanden nach dem zweiten Weltkrieg ihre Fortsetzung. VONLANTHEN[99], LEIMINGER[100], COSSIO[101] u.a. gerieten in pointierte Dialoge mit KELSEN. Mir scheint es dabei als erwiesen, daß KELSEN letztlich unter der Schwere der Kritiken an seiner Lehre sogar von einigen ihrer Hauptthesen Abstriche machte und gerade wegen dieser Kritiken ganz wichtige ältere Grundpositionen aufgab, wie etwa die Auflösung des Imperativs im hypothetischen Urteil, den Normbegriff als hypothetisches Urteil, die Grundnorm als Hypothese. Erwähnenswert ist hier aber auch die Korrektur und Ergänzung seines Begriffs der *Zurechnung* durch den Begriff der *Zuschreibung*, wie schließlich auch der Verzicht auf die Ausschließung des *Wollens* aus den Überlegungen zum Bereich des *Sollens*, in Verbindung mit der zunehmenden Verdrängung der absoluten Trennung von Sein und Sollen durch Ausführungen über die Verbindung beider.

---

95 VVDStL 5 (1929) 180.

96 HANS KELSEN, Der Staat als Übermensch (1926).

97 RUDOLF SMEND, Verfassung und Verfassungsrecht (1928).

98 HANS KELSEN, Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung (1930).

99 ALBERT VONLANTHEN, Zu Hans Kelsen Anschauung über die Rechtsnorm, Schriften zur Rechtstheorie 6 (1965). Dazu KELSEN, Rechtswissenschaft oder Rechtstheologie? ÖZÖR 16 (1966) 233 ff.

100 KARL LEIMINGER, Die Problematik der Reinen Rechtslehre, Forschungen aus Staat und Recht 3 (1967). Dazu die Erwiderung KELSENS in ÖZÖR 18 (1968) 143 ff.

101 CARLOS COSSIO, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, ÖZÖR 5 (1953) 15 ff. Dazu HANS KELSEN, Reine Rechtslehre und Egologische Theorie, ÖZÖR 5 (1953) 449 ff.

Hier sei aber auch festgehalten, daß KELSEN wissenschaftlich letztlich nie tolerant war[102], obwohl ihm persönlich vielfach Freundlichkeit, Güte und Humor bescheinigt wurden. KELSEN trat schon zu Beginn seiner wissenschaftlichen Publikationstätigkeit mit einer großen Streitlust und mit einer kaum noch zu überbietenden Unduldsamkeit in die wissenschaftliche Diskussion ein. Ein früher Beleg dafür sind die *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* in der ersten Auflage aus dem Jahr 1911. Das rechtstheoretische Werk gründet sich von vornherein auf polemische und in hohem Maß aggressive Auseinandersetzungen[103] mit den geistigen Größen der Jurisprudenz aus der Zeit KELSENS und vor KELSEN, obwohl es vielfach nur Paraphrasen zu jeweils bereits aktuell gewesenen wissenschaftlichen Streitfragen bietet. Eigentlich hatte vor KELSENS kritischem, analytischem Blick und vor seiner *spitzen Feder* auch später noch niemandes Lehre Bestand und Geltung.

Der Rechtssatz, das normative hypothetische Urteil, keineswegs von Kelsen entdeckt[104], wurde von ihm zunächst als sanktionsbewehrte Norm und *als starre formallogische Denkfigur* unerbittlich in den Raum gestellt. Recht und Denken über das Recht wurden synkretistisch in das Schema hineingepreßt. Was hineinpaßte war Recht, was nicht hineinpaßte, war nicht Recht. Hinein paßte z.B. nicht der Rechtsakt, der Akt der Rechtserzeugung, insbesondere der Gesetzgebung, weil er nicht mehr durch den KELSENschen Rechtssatz, also nicht mehr normativ erfaßt wurde. Gegenstand und Denkform für den Gegenstand flossen immer wieder ineinander. Die Begriffe und *die Probleme der Rechtstheorie erfuhren ihre Reduktion auf die Lehre vom Rechtssatz*[105]. Vor dieser geradezu willkürlich gewählten formal-logischen Ausgangs-

---

102 ALADAR METALL, Hans Kelsen (1969) schreibt dazu: "In freien Diskussionen war Kelsen in jüngeren Jahren von oft beißender Schärfe. Seine polemische Veranlagung zeitigte ihm die schwachen Punkte seiner Widersacher, die er dann mit sichtlichem Vergnügen ad absurdum führte" (30). Siehe dazu auch die weitere dialektische Charakteristik KELSENS durch METALL in der Biographie von KELSEN, 31 f. METALL zeichnete im übrigen von KELSENS Einstellung zur Wissenschaftstoleranz ein versöhnlicheres Bild, als es die Kritiker KELSENS jemals selbst erleben konnten. Siehe dazu auch TEZNER, Rechtslogik und Rechtswirklichkeit (1925/1986).

103 Vergleiche zB Hauptprobleme (1911) 197, wo von einem "derartigen wissenschaftlichen Kauderwelsch" die Rede ist, das in der Literatur durchaus nicht selten sei. Siehe aber auch Rechtsgeschichte gegen Rechtstheorie (1928) 2: wo von einer "Naivität die Rede ist, die entwaffnet" und von dem "erschreckenden Tiefstand, bis zu dem eine sich wissenschaftlich gebärdende literarische Produktion auf dem Gebiete der Rechtstheorie sinken kann". Im Zusammenhang mit der Polemik über die Grundnorm belustigt sich KELSEN sodann über die "Allgemeinbildung Professor S.'" 29.

104 JULIUS MOOR, Das Logische im Recht, Revue Internationale de la Théorie du Droit (1927/1928) 160 f. KELSEN selbst beruft sich in den Hauptproblemen[1] (1911) 3 FN 1 unter anderem auf ZITELMANN, Irrtum und Rechtsgeschäft (1879) 205. Zum Rechtssatz siehe auch Reine Rechtslehre[2] (1960) 73 ff und 83 insbesondere die Fußnote; ferner Allgemeine Theorie der Normen (1979) 17 f, 19 f.

105 JULIUS BINDER, Rechtsphilosophie (1925) 196 f, unter Berufung auf SANDER, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (1921) 7. Siehe dazu kritisch ALF ROSS, Recht und Wirklichkeit,

position durfte keine abweichende Lehre bestehen und sogar der Gegenstand, das positive Recht, mußte mit seinen Grundbegriffen in der "Reinen Rechtslehre" durch Jahrzehnte hindurch das *Prokrustesbett des mehrdeutigen Rechtssatzes* erleiden. Obwohl in der Norm schlußendlich doch der Imperativ erkannt[106] und die Denkfigur des Rechtssatzes schwergewichtsmäßig auf die Darstellung der Zurechnung oder des Rechtsgesetzes beschränkt wurde[107], sind die Grundbegriffe des Rechts dennoch auf Rechtssatz und Rechtsnorm zentriert geblieben[108].

VI. Fundorte, Hintergründe und Wandlungen der "Reinen Rechtslehre"

1. Wenn man heute wissen möchte, was die "Reine Rechtslehre" HANS KELSENS ist, dann muß man zuallererst auch wissen, wo man ihr Gedankengut findet. Man muß dabei aber auch bedenken, welche die gereiftere, d.h. die letztgültige Ansicht KELSENS ist. Der *erste Fundort* sind zweifellos die *Hauptprobleme* in ihren *zwei Auflagen* und im Umfeld der schriftlichen Äußerungen aus den darauf folgenden Jahren[109]. Weitere Fundorte sind die *Reine Rechtslehre* in der ersten Auflage und ihr Umfeld in den theoretischen Äußerungen aus der Zeit vor 1934 und nach 1945; insbesondere in den *Selbstaussagen* KELSENS *in den Vorworten und Vorreden* zu diesen Werken sowie in einigen *Aufsätzen der Selbstinterpretation* und in Stellungnahmen zu SANDER, WENZEL, HELLER, HOLD-FERNECK, SMEND, SCHWIND, sowie später zu VONLANTHEN, LEIMINGER und COSSIO.

Weitere wichtige Fundorte bilden die *General Theory of Law and State* aus 1945, die zweite Auflage der *Reinen Rechtslehre* aus 1960 und einige Aufsätze zur neuen *Selbstdarstellung der Lehre*[110] wie z.B. in der Festschrift für CARL NIPPERDEY im Jahr

---

JBl 1930, 245 ff, insbesondere 248, wo von "erkenntnistheoretischen Absurditäten" der Sollens-Lehre KELSENS die Rede ist. Vgl. zum Reduktionsgedanken auch BIERLING, Juristische Prinzipienlehre I (1894) 30.

106 Allgemeine Theorie der Normen (1979) 1 ff, 21 ff, 28 ff.

107 Reine Rechtslehre^2 (1960) 73 f.

108 HANS KELSENS Lehre wird seit etwa zehn Jahren erneut kritischen Analysen unterzogen. Zu den jüngeren Kritikern zählen neben anderen: PETER KOLLER, WERNER KRAWIETZ, VLADIMIR KUBES, THEO MAYER-MALY, KAZIMIERZ OPALEK, STANLEY PAULSON und OTA WEINBERGER.

109 Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode (1911); Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft, Schmollers Jb 40 (1916) 1181 ff = WRS I (1968) 37 ff; Das Problem der Souveränität (1922); Vorrede zu den Hauptproblemen^2 (1923); Allgemeine Staatslehre (1925).

110 Was ist ein Rechtsakt?, ÖZÖR 4 (1951/52) 263 ff = WRS II (1968) 1381 ff; Was ist die Reine Rechtslehre? In: Demokratie und Rechtsstaat, FS Giacometti (1953) 143 ff = WRS I (1968) 611 ff;

1965[111]. In ihnen werden wesentliche Abstriche vom Konzept des Jahres 1934 sichtbar, insbesondere in der Veränderung der Normvorstellung, in der *Präzisierung* des Rechtssatzes und in einer Aufweichung der Grundeinstellung zum Verhältnis von Sein und Sollen: von der erkenntnistheoretischen Trennung bis zur praktischen Verbindung beider und mit Abstrichen eigentlich in fast allen wichtigen theoretischen Grundpositionen.

Der letzte und jüngste, in seinen Fußnoten wohl auch der aufschlußreichste Fundort für KELSENS rechtstheoretisches Selbstverständnis ist schließlich die *Allgemeine Theorie der Normen* aus 1979.

Wenn man danach weiß, wo man das geistige Gut der sogenannten "Reinen Rechtslehre" findet, dann weiß man noch keineswegs, was die "Reine Rechtslehre" als *System von Methode und Grundbegriffen der allgemeinen Rechtslehre als Rechtstheorie* wirklich ist. Denn die "Reine Rechtslehre" zeigt sich mindestens in vier[112], wenn nicht sogar in fünf[113] historisch aufeinanderfolgenden und ineinander übergreifenden Gestalten.

Die *erste Gestalt* der zunächst noch namenlosen "Reinen Rechtslehre" ist die Gestalt einer *statisch einschichtigen (eindimensionalen) Rechtstheorie*, wie sie sich in den *Hauptproblemen* der Staatsrechtslehre findet.

Recht und Logik, Forum XII (1965) = WRS II (1968) 1469 ff. Was ist juristischer Positivismus? ÖJZ 1965, 465 ff = WRS I (1968) 941 ff.

111 Zum Begriff der Norm (1965) 57 ff.

112 VLADIMIR KUBES, Das neueste Werk Hans Kelsen über die allgemeine Theorie der Normen und die Zukunft der Reinen Rechtslehre, ÖZÖR 31 (1980) 158 ff; Das Naturrecht und die Reine Rechtslehre in neuer Auffassung, in: Weinberger - Krawietz (GesRed.), Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker, Forschungen aus Staat und Recht 81 (1988) 279, 281 ff.

113 Vielleicht sogar in *sechs Gestalten*, wenn man die "Fortführung" KELSENscher Gedanken in der *Zerlegung des Gegenstandes* "Recht" und in der dementsprechenden Begriffsbildung durch ROBERT WALTER als Erfüllung eines Vermächtnisses von KELSEN auffaßt. WOLFGANG SCHILD, Die Reinen Rechtslehren, Gedanken zu Hans Kelsen und Robert Walter (1975), sieht die Rechtslehre KELSENS zwar ahistorisch und eindimensional. Er glaubt aber in ROBERT WALTERS Gedanken eine andere Reine Rechtslehre erblicken zu können; vgl. dazu den Abschnitt "Fortführung der Reinen Rechtslehre durch Robert Walter", 33 ff und das Verzeichnis der "wichtigsten Werke Walters" 44. Siehe aber auch die Schrift WALTERS, Der Aufbau der Rechtsordnung. Eine rechtstheoretische Untersuchung auf Grundlage der Reinen Rechtslehre (1964/1974) mit einer über KELSENS Lehre hinausgehenden Standortbestimmung in der Einleitung, die als "immanent-kritisch" verstanden werden soll (11). Weitere Schrifttumsnachweise über ROBERT WALTERS Vorstellung von der "Reinen Rechtslehre" finden sich in der Schrift von SCHILD und in WALTERS Abhandlung: Hans Kelsen, Ein Leben im Dienste der Wissenschaft, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 10 (1985) 16 FN 31. WALTERS Positionen einer *fortgeführten* Reinen Rechtslehre, wie sie in der Schrift "Der Aufbau der Rechtsordnung" festgelegt sind, blieben von KELSENS Veränderungen seiner Rechtslehre in der Allgemeinen Theorie der Normen vorläufig unberührt.

Die *zweite* und die *dritte* Gestalt zeigen sich in den "Reinen Rechtslehren", wie sie sich in den Schriften danach anbahnten, nach 1920 in Etappen ausgebaut und später in der ersten Auflage der "Reinen Rechtslehre" zu einer *systematisch geschlossenen Einheit rein normativer, statisch mehrschichtiger (zweidimensionaler)* und nur anscheinend dynamischer *Rechtsbetrachtung* zusammengefaßt wurden; verfestigt durch den Dogmatismus der Neukantianer, daß die Methode den Gegenstand bestimmt (COHEN), gestützt auf die Grundnormvorstellung nach VERDROSS und auf den Stufenbau nach MERKL (1923). Die Akzentuierung der "Reinen Rechtslehre" durch die offenbar von SANDER angeregte Kapitelüberschrift *Rechtsdynamik* in der *Allgemeinen Staatslehre* aus dem Jahr 1925 ist gewiß eine schlüssige Konsequenz aus der *Rezeption der Grundnorm und des Stufenbaus*. Die "Reine Rechtslehre" blieb aber dennoch einer echten dynamischen Betrachtung versperrt, weil eine solche die erkenntnistheoretische Verbindung von Sein und Sollen, des Aktes als Faktum mit der Norm als Form und Sinn zur notwendigen Voraussetzung hat.

Charakteristisch für die *dritte Gestalt* der "Reinen Rechtslehre" ist das betonte Bekenntnis KELSENS zur transzendentalen Logik von KANT, die logische Auflösung der traditionellen primären in der ebenso traditionellen sekundären Norm und ihre Rangverkehrung sowie eine unzureichende Öffnung der Rechtstheorie zur Perspektive des Seins über die Norm als Deutungsschema. Das reale Sein der sozialen Wirklichkeit, die das Recht in seiner Geltung und in seiner andauernden Konkretisierung trägt, blieb aber dennoch aus den erkenntnistheoretischen Prämissen der Reinen Rechtslehre ausgeschlossen. Als bloßer Sinn des Sollens kann es wiederum nur ein Sollen bedeuten.

Die *vierte Gestalt* der "Reinen Rechtslehre", wie sie in der zweiten Auflage des gleichnamigen Buches zutage tritt, bringt eine praktische Verstärkung der Seinsperspektive; dies allerdings ohne explizite Korrektur der erkenntnistheoretischen und wissenschaftstheoretischen Prämissen. Das Sein bleibt aber nach wie vor Inhalt und Sinn des Sollens. Das reale Faktum liegt immer noch außerhalb des Sollens. Der *Reinheit der Lehre* wird aber nun die *Allgemeinheit* als Zielsetzung beigefügt.

Schließlich und endlich findet man KELSENS Gedankengut zur "Reinen Rechtslehre" in der *fünften Gestalt* einer verfremdeten Auflösung der Reinen und der Allgemeinen Rechtslehre in einer *Allgemeinen Theorie der Normen*, mit der Wiederentdeckung des aus den *Hauptproblemen* verbannten Imperativs, in Verbindung mit dem Wollen und mit dem Willensakt, sowie mit einer sichtbaren Abschwächung der erkenntnistheoretischen Prämissen, vor allem durch die *praktische Preisgabe der Trennung von Sein und Sollen*. In der *Allgemeinen Theorie der Normen* (1979) ist nur mehr vom *unauflösbaren Dualismus*, von der *unbestreitbaren Disparität* von Sein und Sollen (44), nicht aber von der absoluten Trennung die Rede. Das Angriffsziel ist daher nur

mehr die angebliche Leugnung des Dualismus von Sein und Sollen; dabei wird sogar KANT vorgeworfen, den Dualismus in der praktischen Vernunft aufgehoben zu haben[114]. KELSEN behauptet allen Ernstes, daß ein Dualismus von Sein und Sollen bei KANT nicht gefunden werden könne (63), obwohl er selbst schon im Jahr 1923, in Anlehnung an andere, demselben KANT die *Erfindung* des Gegensatzes von Sein und Sollen zugeschrieben hatte[115].

KELSEN stellte immer wieder lakonisch fest: *Aus einem Sein kann nicht logisch ein Sollen folgen*[116]. Oder: *Daraus, daß etwas ist, kann nicht folgen, daß etwas sein soll* und umgekehrt. Dabei verabsäumte er jedoch, das kleine Wörtchen *bloß* mitzudenken. Und an diesem kleinen Wörtchen scheiden sich die Geister. KELSEN rettete seine erkenntnistheoretische Prämisse der Trennung in die *Disparität eines Dualismus* und ignorierte einfach die Tatsache, daß es bisher keinem ernstzunehmenden Juristen eingefallen ist, das rechtliche Sollen aus dem Sein bloß *logisch* folgen zu lassen oder durch eine rein logische Operation zu *deduzieren*, schon gar nicht aus einem *bloßen* Sein. In der traditionellen Rechtsdogmatik wird das Sollen der Rechtsnorm vielmehr dem Akt der Rechtserzeugung *ursächlich* (sozial-kausal) zugeschrieben und in diesem Sinn wird auch ein logisch und teleologisch-funktional darstellbarer Zusammenhang von Sein und Sollen als selbstverständlich vorausgesetzt und ebenso selbstverständlich gedanklich vollzogen[117].

Die *Allgemeine Theorie der Normen* hat etwas Besonderes an sich. Sie umfaßt in der Spannweite von der *Reinen Rechtslehre* über eine *Allgemeine Rechtslehre* zu einer *Allgemeinen Theorie der Normen* zweifelsohne KELSENS eigene Gedanken. Sie bringt aber keine neuen Höhepunkte für die alte Lehre, sondern sie repräsentiert weitgehend nur ein altes, bis dahin unveröffentlichtes geistiges Liebkind im Schaffen von KELSEN in zahlreichen neuen und diffusen Facetten. Der bunte Themenkreis der *Normenlogik* hatte KELSEN von Anfang seines Schaffens an immer wieder beschäftigt. Das gilt auch für die ältere *Theorie der Normen* mit ihrer utopischen Vorstellung, daß es eine *Normenlogik* gebe, die man bloß zu entdecken bräuchte. Aus der Normenlogik KELSENS, die eigentlich immer nur eine problematische *Rechtsnormenlogik* war, ist

---

114 Allgemeine Theorie der Normen (1979) 63, 66 f, 256 f.

115 Hauptprobleme (1923) Vorrede VI. Siehe dazu GEORG SIMMEL, Einleitung in die Moralwissenschaft I (1892) 1 - 14, wo von den "Kategorien" Sein und Sollen die Rede ist. Diesen Ausführungen hatte KELSEN sich unzweifelhaft angeschlossen. KELSEN war aber auch von ARNOLD KITZ beeinflußt, in dessen Studie über "Seyn und Sollen" (1864) beiden Begriffen im Sinne KANTS der Rang von "allgemeinen Denkbestimmungen" zugewiesen wird (65 ff u. 74 ff; ferner 76 ff).

116 Zum Begriff der Norm, FS Nipperdey (1965) 58. Allgemeine Theorie der Normen (1979) 3.

117 Siehe dazu das immer noch aktuelle Werk von ERNST ZITELMANN, Irrtum und Rechtsgeschäft (1879).

schließlich eine nicht minder problematische *Allgemeine Theorie der Normen* geworden, in der Recht und Moral geradezu synkretistisch ineinander verwoben werden und in der neben dem Recht - wie schon in den vorangehenden Werken - immer wieder und auf problematische Weise auch von der Moral die Rede ist. METALL erwähnte in der Biographie, daß KELSEN immer wieder an diesem Themenbereich und dessen Grundvorstellungen gearbeitet hat. Mir selbst erzählte KELSEN noch in den frühen sechziger Jahren hoffnungsvoll, daß er nun drauf und dran sei, ein zweibändiges Werk über eine allgemeine *Normenlogik* zu schreiben[118] und damit einen Plan zu verwirklichen, der in ihm schon zur Zeit der Arbeit an den Hauptproblemen aufgekeimt sei.

Wenn man die *Allgemeine Theorie der Normen* liest, dann ist man eigentlich verblüfft. In ihr ist nämlich der alte Wunschtraum von einer besonderen *Normenlogik* (im besonderen als *Rechtslogik*) aufgegeben, und auch tragende Grundbegriffe sind erkennbar umgeformt. Sie ist auch das einzige Buch KELSENS, das großzügig mit Fußnoten ausgestattet ist. Diese Fußnoten sind in ihrer Zitierweise, vor allem aber in den Selbstaussagen über die "Reine Rechtslehre" und in den Stellungnahmen zu anderen Autoren unglaublich aufschlußreich. Mir scheint überdies, daß sie weitgehend *unvergorene Wiedergaben* des bereits vor Jahrzehnten begonnenen *Exzerptenkatalogs* KELSENS sind, beginnend mit der Arbeit an den *Hauptproblemen*. Zitate, die in den *Hauptproblemen* schon vorkommen oder ihr wenigstens zugrunde gelegt waren - und diese sind nur wenige - finden sich auch dort. Es gibt aber auch viele weitere Zitate, die KELSENS Analysen zu Werken der im Lauf der Zeit von ihm noch angelesenen einschlägigen Literatur beinhalten. Gewiß finden sich auch Zitate aus jüngerer Zeit und Kommentare zu diesen, doch die Synopse ergibt keine harmonische Einheit. Sogar der Zwecktheoretiker RUDOLF EISLER gelangt zur späten Ehre mehrfacher Erwähnung und teilweiser Anerkennung.

Zwei namhafte international bekannte Rechtswissenschaftler meinten unabhängig voneinander, die posthum erschienene *Allgemeine Theorie der Normen* vermittle ihnen den Eindruck von einem *Staatsbegräbnis erster Klasse* für die "Reine Rechtslehre". Sie meinten damit wohl, daß die Nachfahren KELSENS mit dieser Arbeit ein Werk publizierten, das letztlich durch seine inneren erkenntnistheoretischen Ungereimtheiten und durch die Preisgabe alter theoretischer Grundpositionen, vor allem aber durch seinen erkenntnistheoretischen und methodologischen Synkretismus geradezu eine Dokumentation der Auflösung des Systems der "Reinen Rechtslehre" ist. Dabei ist es vielen früheren rechtstheoretischen Kritikern KELSENS, allen voran FRIEDRICH TEZNER, neben ihm aber auch ERNST RUDOLF BIERLING, RUDOLF EISLER,

---

118 Siehe dazu als Beleg: Was ist die Reine Rechtslehre? FS Giacometti (1953) 149 f = WRS I (1968) 616 ff.

JULIUS BINDER, FELIX SOMLO, FELIX KAUFMANN, ALF ROSS und anderen nicht mehr beschieden, den späten Triumph der Bestätigung in ihren kritischen Analysen noch zu erleben.

2. Will man also verstehen, was die "Reine Rechtslehre" bedeutet, dann muß man sich nach verschiedenen Richtungen hin umsehen. Einerseits muß man sich mit der Person KELSENS als Wissenschaftler befassen. Man muß dabei aber auch seine Lehrer mit einschließen. Und zwar die *unmittelbaren Lehrer*, die ihn unterrichtet haben, ebenso wie die Träger des Zeitgeistes und die bloß *mittelbaren* Lehrer, wie etwa FRANZ WEYR und GEORG JELLINEK. Man muß aber auch die *Schüler* KELSENS mitbedenken. Zunächst bis 1920 die früheren Schüler; später dann auch die wissenschaftlich renommierteren, die auch antipodische fachkundige *Gesprächspartner* in den zwanziger Jahren waren. Man muß aber schließlich auch die *fachfremden Gesprächspartner und Freunde* KELSENS aus der Frühzeit einbeziehen, die ihm wichtige Impulse gegeben haben, wie den jungen OTTO WEININGER, KELSENS Studienfreund, der das Buch über *Geschlecht und Charakter* geschrieben hat. Oder SIGMUND FREUD, mit dem KELSEN über eine längere Zeit hinweg in einen Dialog eingetreten war. Man sollte aber auch nicht außer Acht lassen, daß KELSEN auch sonst noch interessante Freunde und Gesprächspartner hatte; vor allem auf dem Gebiet der Nationalökonomie: LUDWIG V. MISES, der sein Gymnasialkollege in Wien und sein Gelehrtenkollege in Genf war, und JOSEPH SCHUMPETER, als dessen Trauzeuge KELSEN fungierte. Oder GOTTFRIED V. HABERLER, der das Lied "Brüderlein fein" zur humorvollen Charakteristik der Reinen Rechtslehre in mehreren Strophen mit einem neuen Text versehen hat: *Brüderlein fein, Brüderlein fein, Sollen folgt nicht aus dem Sein*[119], und dabei insbesondere die *Hypostasierung* persiflierte.

Daß die wissenschaftlich selber tätigen, fachfremden Gesprächspartner KELSEN wissenschaftlich nicht schlechthin ernst genommen haben, wird verschiedentlich berichtet. Nach HABERLERS persönlicher Aussage mir gegenüber hat man sich in manch einer Hinsicht über KELSENS Theorien und Begriffe ohne Zweifel auch belustigt. Es hat aber immer wieder auch durchaus ernstzunehmende Diskussionen und Treffen mit diesen Freunden gegeben. Dabei scheinen die zeitgenössischen *Nationalökonomen* und nicht die Philosophen und Erkenntnistheoretiker KELSENS *wichtige fachfremde Wegbegleiter* gewesen zu sein; unter ihnen v. MISES. Mit ihm drückte KELSEN dieselbe Schulbank, mit ihm studierte er seinerzeit schon im Akademischen Gymnasium in Wien die Einführung in KANTS Philosophie an Hand der *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Sie war das erste philosophische Werk von KANT, mit dem sich KELSEN befaßte.

---

[119] Aufgezeichnet im privaten Tagebuch von GOTTFRIED V. HABERLER.

Allem Anschein nach ist KELSEN darüber hinaus auch später nicht viel tiefer in die Erkenntnistheorie und in die transzendentale Logik KANTS eingedrungen. So sehe ich es jedenfalls, wenn ich die Zitate betrachte, die KELSEN aus den Werken KANTS vor allem in der *Allgemeinen Theorie der Normen* anbietet. Sie und KELSENS eigenwillige Kommentare dazu vermitteln den Eindruck, als habe sich KELSEN weder mit der *Kritik der reinen Vernunft*, noch mit der *Kritik der praktischen Vernunft* KANTS in einer erkenntnisfördernden Weise gründlicher befaßt. Das gilt leider auch für die *Kritik der Urteilskraft* mit ihrer Lehre vom Zweck, wo u.a. vom *nexus finalis*, von der *technica intentionalis* und von der *Kausalität durch Zwecke* die Rede ist. Ich sehe mich darin vor allem durch KELSENS eigene *erkenntnistheoretische* Standortbestimmungen bestätigt, in denen er sich zwar mitunter auch in ein Nahefeld zur *Kritik der reinen Vernunft* stellt, annähernd entsprechende erkenntnistheoretische und methodologische Konsequenzen daraus aber vermissen läßt[120].

Wer also die "Reine Rechtslehre" verstehen will, muß KELSEN als wissenschaftliche Persönlichkeit kennen und ihn auch durch die vielen Gesprächspartner zu erkennen versuchen, die seine Wegbegleiter waren. Manch eine fremd anmutende Vorstellung in der "Reinen Rechtslehre", wie etwa die Zurechnungskonzeption oder der Kampf gegen die Psychologismen und gegen den Zweck in der Rechts- und Staatslehre, war zweifellos durch die Gesprächspartner angeregt.

Wer die Reine Rechtslehre verstehen will, nicht zuletzt vor dem Hintergrund der nationalökonomischen Gesprächspartner, muß KELSEN aber auch als Rechtstheoretiker mit einem unglaublichen Bildungsdrang und mit einer großen geistigen Öffnung sehen, mit einer Vielfalt der Interessen. Damit will ich gar nicht selber bewerten, was KELSEN sonst noch geschrieben hat. Über *Vergeltung und Kausalität*[121] gibt es beispielsweise sehr geteilte Urteile. Eigentlich hat keines der Werke KELSENS ungeteilte Anerkennung gefunden. Aber sie alle kennzeichnen KELSEN als Wissenschaftler. Sie gehören alle zum geistigen Umfeld der "Reinen Rechtslehre" und sind vielleicht eine Erklärung dafür, daß KELSEN gerade wegen der Vielfalt der Befassung mit den Dingen dem besonderen Drang folgte, das Recht *methodisch rein* zu begreifen, und daß er tatsächlich jahrzehntelang, wohl aus Überzeugung, den Traum von der Reinheit der Rechtslehre geträumt hat, ohne ihn jemals verwirklichen zu können.

---

120 Siehe dazu die Hinweise auf KANT im Text (11 ff u. 62 ff) und in den Fußnoten der Allgemeinen Theorie der Normen (1979), vor allem aber die FN 19, 65 und 66.

121 HANS KELSEN, Vergeltung und Kausalität (1940) Neudruck mit einer Einleitung von ERNST TOPITSCH (1982); in englischer Sprache: Society and Nature. A Sociological Inquiry (1943). Siehe dazu näheres bei STANLEY L. PAULSON, Die Rezeption Kelsens in Amerika, in: Forschungen aus Staat und Recht 81 (1988) 183 ff: TALCOTT PARSONS beurteilt dieses Werk als "ausgesprochen inkompetent" und nicht einmal für eine Doktorarbeit geeignet.

VII. Grundbegriffe der "Reinen Rechtslehre"

Wie sieht nun dieses Konzept von *Grundbegriffen der Reinen Lehre* vom Recht aus? Im Zentrum stehen bis heute, trotz Wandlung des Rechtssatz- und des Normbegriffs, jedenfalls noch immer der Rechtssatz, die *Norm* und das Sollen, der *Stufenbau der Normen* und die *Grundnorm*, in Verbindung mit der Vorstellung von ihrer *Geltung* und *Wirksamkeit*.

Die Norm wird in den Hauptproblemen und in der ersten Auflage der Reinen Rechtslehre noch schlechthin als *Rechtssatz in der Form des hypothetischen Urteils* (der hypothetischen Urteile) aufgefaßt und dargeboten: Rechtsbedingung - Sollen - Sanktion als Rechtsfolge[122]. Diese Denkfigur hat KELSEN teils von ERNST ZITELMANN[123], teils aber von ERNST RUDOLF BIERLING[124] übernommen und in den Mittelpunkt seiner rechts- und staatstheoretischen Überlegungen gestellt. Seit der zweiten Auflage der Reinen Rechtslehre wird die *Norm* nicht mehr als hypothetisches *Urteil* verstanden[125]. In der *Allgemeinen Theorie der Normen* wird der sprachliche Ausdruck der Norm als *Imperativ* angegeben[126]. Die noch im Jahr 1960 als *unselbständige Normen*

---

122 Hauptprobleme (1923) Vorrede VII: "Das ist der ... Sinn meiner energischen Bemühung, den Rechtssatz als *hypothetisches Urteil* zu formulieren. Das ist der Grund, weshalb ich von allem Anfang an die herrschende Anschauung entschieden zurückweise, für die das Recht eine Summe von *Imperativen* ist ... Ohne Rechtsgesetz aber keine Rechtskenntnis, keine Rechtswissenschaft. Darum objektives Urteil, nicht subjektiver Imperativ". - Ferner: "Erkennt man den Rechtssatz als hypothetisches Urteil, dann ist die Frage nach seiner Adresse überhaupt nicht möglich. Darin gleicht das Rechtsgesetz - *äußerlich* - dem Naturgesetz ..." 395. Siehe auch die Allgemeine Staatslehre (1925) 47 ff, 51 ff, 54 f. Vgl. auch General Theory (1945/1949) 60, 38 f.

123 Irrtum und Rechtsgeschäft (1879) 200 ff, insbesondere 203 ff. Vgl. dazu KELSEN, Reine Rechtslehre^2 (1960) 83 FN.

124 Juristische Prinzipienlehre I (1894) 76 ff.

125 Reine Rechtslehre^2 (1960) 73. "Rechtssätze sind hypothetische Urteile ... Rechtsnormen sind keine Urteile ..."

126 Allgemeine Theorie der Normen (1979) 2 und 11 f. Dabei wird an dieser Stelle unter dem Titel "Norm" verblüffenderweise RUDOLF EISLER, Der Zweck (1914) zitiert und nicht KANT, mit seiner Grundlegung zur Metaphysik der Sitten^2 (1786, Suhrkamp 1977) 41 f: "Die Vorstellung eines objektiven Prinzips, sofern es für einen Willen nötigend ist, heißt ein Gebot (der Vernunft) und die Formel des Gebots heißt *Imperativ*. Alle Imperativen werden durch ein *Sollen* ausgedrückt und zeigen dadurch das Verhältnis eines objektiven Gesetzes der Vernunft zu einem Willen an ...". In den Ausführungen von 41 bis 80 folgen dann definitorische und klassifikatorische Überlegungen zum Imperativ als einem logischen Phänomen (hypothetisch, problematisch-assertorisch, apodiktisch) und als Ausdruck von Regelhaftigkeiten der Geschicklichkeit, der Klugheit und der Vernunft. Dabei bleibt zwangsläufig offen, ob Imperative des positiven Rechts dem ersten, dem zweiten oder dem dritten Regelungsbereich zuzuordnen sind. Die Zuordnung des Rechts mindestens zu einem der drei Bereiche scheint dabei grundsätzlich notwendig, die Zuordnung wenigstens zum Bereich der Geschicklichkeit möglich und ausreichend. Siehe dazu KELSEN, Allgemeine Theorie der Normen (1979) 11 f und Zum Begriff der Norm, FS Nipperdey (1965) 59 ff.

geschilderten normativen Ausdrucksformen des *Gebietens, Erlaubens, Ermächtigens und des Derogierens* werden im Jahr 1979 als *Funktionen der Norm* dargestellt[127], die ihrerseits nun grundsätzlich vom hypothetischen Urteil des Rechtssatzes abgeschieden sind[128], obwohl zu ihrer Erklärung neben dem Sollen des Imperativs noch immer die Form des hypothetischen Urteils als Zwangsnorm verwendet wird. Das Sein wird dem Sollen vorangestellt: "Die Norm ist ein Sollen, der Willensakt, dessen Sinn sie ist, ein Sein"[129]. Dabei wird die Behauptung aufgestellt, daß das Sollen ein einfacher Begriff und daher nicht definierbar sei[130].

Der *Stufenbau*[131] der Normen kann bildlich wie eine Pyramide dargestellt werden. An der Spitze steht die *Grundnorm*[132]. Unter ihr gibt es die Verfassung, unter der Verfassung das Gesetz, unter diesem die Verordnung. Unter ihr stehen das Rechtsgeschäft, das richterliche Urteil und der Verwaltungsakt als *Normenerzeugungsformen*. Unter den individuell konkreten Normenerzeugungsformen gibt es die Vollstreckungsanordnung und die Vollstreckungsverfügung. Auf diese gründet sich schließlich die tatsächliche Befolgung und die zwangsweise Umsetzung des normativ Gesollten in die soziale Wirklichkeit, sofern sie nicht durch Rechtsbefolgung einer entsprechenden Norm höherer Stufe bereits erübrigt ist. Weder dem tatsächlichen Ursprung des Rechts noch der tatsächlichen Befolgung oder zwangsweisen Verwirklichung des Rechts kommt nach KELSEN eine normative Qualität zu. Alle Rechtserzeugungsstufen tragen rangmäßig verschiedene Normenformen, die durch die Grund-

---

127 Reine Rechtslehre[2] (1960) 55 ff; siehe aber auch 4 ff, 25 f, 73. Vgl. zu der Unterscheidung zwischen selbständigen und unselbständigen Normen BIERLING, Juristische Prinzipienlehre (1894) 72 ff.

128 Allgemeine Theorie der Normen (1979) 76 ff.

129 Reine Rechtslehre[2] (1960) 5.

130 Reine Rechtslehre[2] (1960) 5, auch die FN. Siehe aber schon Reine Rechtslehre[1] (1934) 21 ff. Der alte und gründlich mißverstandene "Gewährsmann" KELSENS für die fatale Trennungsideologie von Sein und Sollen, GEORG SIMMEL, Einleitung in die Moralwissenschaft I, schrieb schon im Jahr 1892: "es gibt keine Definition des Sollens". Im Jahr 1960 wußte KELSEN offensichtlich nichts mehr von dieser These, andernfalls hätte er wohl SIMMEL und nicht G. E. MOORE zitiert. Siehe demgegenüber Reine Rechtslehre[2] (1960) 81, aber auch 77, wo dem "Sollen" Funktionen und Eigenschaften des Rechts zugeschrieben werden.

131 Reine Rechtslehre[1] (1934) 62 ff; Was ist ein Rechtsakt? ÖZÖR 4 (1951/52) 263 ff = WRS II (1968) 1382 ff, 1391 und Reine Rechtslehre[2] (1960) 228 ff. Vgl. dazu BIERLING, Juristische Prinzipienlehre I (1894) 107 ff, insbesondere 114 ff.

132 Sie wurde von KELSEN immer als sanktionsloses Sollen angeboten. Vgl. dazu die Aussagen KELSENS in der Vorrede zur zweiten Auflage der Hauptprobleme (1923) XIV f, wo die Grundnorm bereits als Verfassung im rechtslogischem Sinn bezeichnet wird. Vgl. dazu auch General Theory of Law and State[3] (1949) 110 ff, 115 ff. Siehe zur Grundnorm auch BIERLING, Juristische Prinzipienlehre I (1894) 107 ff; ferner KANT, Kritik der praktischen Vernunft (1788, Suhrkamp 1977) 234 ff, 276; und Grundlegung zur Metaphysik der Sitten[2] (1786, Suhrkamp 1977) 43.

norm zur Einheit verbunden werden. *Der Stufenbau ist daher auch das formale Deutungsschema der Rangordnung von Normenerzeugungsformen in einer Rechtsordnung.*

KELSEN hat in der ersten Auflage der Hauptprobleme der Staatsrechtslehre seinen Überlegungen über das Recht und den Staat noch den *Rechtssatz*[133] (die Rechtssätze) zugrunde gelegt. Er war damals schon der Meinung, daß der Staat gleich Recht ist. Recht und Staat kann man nach der "Reinen Rechtslehre" von damals nur aus dem normativen Bedingungssatz: *Wenn A soll B* begreifen. *A* bedeutet die Rechtsbedingung und *B* die Rechtsfolge, die immer als Sanktion zu verstehen ist. Das Sollen fungiert dabei als die spezifische Verbindung (Kopula) von Bedingung und Folge. *Rechtssatz* bedeutete damals nicht nur *Rechtsgesetz*, sondern auch *Rechtsnorm*. Daraus ist wohl auch zu erklären, warum KELSEN immer wieder auch von *Rechtssätzen* handelte. Dabei war offensichtlich auch von Bedeutung, daß KELSEN die Denkform des *Rechtssatzes* auch noch mit den Rechtsnormen vermengte. Der Rechtssatz als Denkform für das Rechtsgesetz der *Zurechnung* ist sinnvoller Weise nur im Singular zu denken. Wie die Natur durch das Gesetz der *Kausalität* erkennbar ist, so kann auch das Recht nur durch das Gesetz der *Zurechnung* erkennbar sein. Die Denkform dafür kann daher für das Recht nur eine einzige sein.

Aus dieser ursprünglichen Vorstellung vom Rechtssatz und von der Norm (von den Normen) zugleich hat KELSEN im Lauf der Zeit das sogenannte *Rechtsgesetz als Erkenntnisprinzip* abgesondert; d.h. er benutzte die hypothetische Rechtssatzvorstellung ZITELMANNS und BIERLINGS dazu, um durch sie sein sogenanntes *Rechtsgesetz* zu begründen und darzustellen. Das *Rechtsgesetz* stellte er in mißglückter Analogie zu ZITELMANNS[134] besonderer Kausalität des Rechts dem *Kausalgesetz als Ausdrucksform des Naturgesetzes* gegenüber. Dieses lautet: *Wenn A ist B*. Das Rechtsgesetz hingegen lautet: *Wenn A soll B*. Wie das Kausalgesetz das Grundverständnis für die Eigenart der Natur vermittelt, so erbringt nach KELSEN das Rechtsgesetz das Grundverständnis für die Eigenart des Rechtes[135]. Der *Zweck* wird kausalgesetzlich gedeutet und der normativen Betrachtung entzogen[136].

---

133 "Die logische Form des Rechtssatzes" in den Hauptproblemen^2 (1923) 189 ff. Siehe dazu auch den späteren Kommentar KELSENS, Hauptprobleme^2 (1923) Vorrede X ff; Allgemeine Staatslehre (1925) 54 f; ferner für später Reine Rechtslehre^2 (1960) 82 ff. Darin folgte er ERNST ZITELMANN, Irrtum und Rechtsgeschäft (1879).

134 ERNST ZITELMANN, Irrtum und Rechtsgeschäft (1879) 200 ff, insbesondere 204 ff.

135 Reine Rechtslehre^1 (1934) 21 ff; Reine Rechtslehre^2 (1960) 73 u. 79 ff; vor allem aber die Klarstellung gegenüber früheren Mehrdeutigkeiten in der Fußnote auf Seite 83.

136 Allgemeine Theorie der Normen (1979) 7 ff und 231 ff, FN 16.

Das Kausalgesetz der Natur bedeutet nach KELSEN: Die Ursache zieht die Wirkung zwangsläufig nach sich. Die Wirkung ist mit der Ursache in einer unendlichen Kette (Reihe[137]) untrennbar und notwendigerweise verknüpft. Demgegenüber hat nach dem Rechtsgesetz die Rechtsbedingung die Rechtsfolge nur möglicherweise und in begrenzter Zurechnungsreihe[138] zur Folge. Die Rechtsfolge ist, konditional gesehen, der Rechtsbedingung zuzurechnen. Formal-logisch kategorial gesehen, ist sie aber als bloßes Aussagenelement mit der Bedingung ähnlich notwendigerweise verbunden wie die Wirkung mit der Ursache[139].

KELSEN identifiziert die Kausalität mit dem Naturgesetz[140], nach welchem die Wirkung aus der Ursache unmittelbar hervorgeht. Demgegenüber kann man nach KELSEN das *Rechtsgesetz*[141] *nur* als formal-logische Form der *Zurechnung*[142] verstehen, d.h. daß die (Rechts)Bedingung eine formal-logische Voraussetzung für die (Rechts)Folge oder Sanktion ist. Die Sanktion wird der Rechtsbedingung zugerechnet: *Wenn A soll B sein.* Wer gegen einen anderen, in der Absicht ihn zu töten, so handelt, daß daraus dessen oder eines anderen Tod erfolgt, begeht einen Mord und *soll* zu einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe verurteilt werden. *Er soll mit einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe bestraft werden*, wird der Bedingung, die den Mord konditional beschreibt, logisch zugerechnet. Hier die Kausalität der Natur, da die Zurechnung des Rechts. KELSENS späte Orientierung an DAVID HUME[143] führte zu keiner Veränderung dieser Grundposition.

---

137 ERNST ZITELMANN, Irrtum und Rechtsgeschäft (1879) 206.

138 Reine Rechtslehre[2] (1960) 94. - Im Vergleich dazu zeigt vor allem das naturwissenschaftliche Experiment, daß man sich die Kausalität der Natur auch in begrenzten Zusammenhängen vorstellen kann und muß. Siehe auch ZITELMANN, a.a.O. 206.

139 Vergleiche dazu die Kommentare KANTS zur dritten und vierten Gruppe von Urteilen und zur dritten und vierten Gruppe von Kategorien, Kritik der reinen Vernunft[2] (1787, Suhrkamp 1977) 113 ff, 119 ff und die näheren Erklärungen dazu bei KANT a.a.O. weiter unten. Siehe aber auch ERNST ZITELMANN, Irrtum und Rechtsgeschäft (1879) 204 ff.

140 Reine Rechtslehre[2] (1960) 79 ff. Darin weicht er sowohl von KANT als auch von ZITELMANN ab. Siehe dazu JULIUS BINDER, Rechtsphilosophie (1925) 856 ff und 861 ff.

141 Ausdruck und Begriff "Rechtsgesetz" liest man bereits bei ERNST ZITELMANN, Irrtum und Rechtsgeschäft (1879) 204. Das "Rechtsgesetz" hat bei ZITELMANN aber die Bedeutung einer besonderen Kausalität und nicht die Bedeutung einer bloß formal-logischen Zurechnung.

142 Siehe dazu die frühe Kritik von FRITZ SANDER, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (1921) 62 ff.

143 Reine Rechtslehre[2] (1960) 109 f; Allgemeine Theorie der Normen (1979) 68 f.

Woher KELSEN die Anregungen für diese Denkfigur der *Zurechnung*, die nur formal-logisch verstanden werden darf, letztlich bezogen hat, kann ich nur vermuten. Denn der Begriff der *Zurechnung* war in einer anderen Bedeutung schon seit langem ein bekannter juristischer Begriff und ist es heute noch. Er kommt auch schon bei KANT in einer durchaus verständlichen und plausiblen Weise vor; nämlich wie er in der Rechtswissenschaft immer schon verwendet worden ist und noch immer ganz allgemein gedacht wird: daß ein bestimmtes Verhalten einem bestimmten Rechtssubjekt als das seine rechtlich zugeordnet wird[144]. Doch KELSENS neue Vorstellung von der *Zurechnung* ist davon völlig verschieden. Sie ist nicht kausal zu verstehen, sondern sie hat eine rein formal-logische Bedeutung; ohne Rücksicht auf Inhalt, Funktion und Teleologie des Rechts. Die Folge wird der Bedingung bloß logisch-formal und konditional zugerechnet[145]. Diese Konstruktion erinnert an die Nationalökonomie; dabei vor allem an die österreichische Lehre von der Zurechnung des Wirtschaftsertrages zu den verschiedenen Produktionsfaktoren[146]. Es ist nicht von der Hand zu weisen, daß KELSEN für seine Zurechnungskonzeption ebenso wie für die Eliminierung des Zweckes aus der Rechtstheorie Anregungen und Denkkontraste auch von jenen Nationalökonomen empfangen hat, die seine Gesprächspartner waren und die ich bereits erwähnt habe. Die entscheidende Orientierung fand KELSEN aber wohl in seiner von ihm selbst konstruierten formalen Logik, durch die er der Rechtsbetrachtung die dem *Recht gemäße Kausalität* entzog und das Rechtsgesetz auf eine an sich vertretbare formal-logische Aussage reduzierte, die sich in der formal-logischen Form eines hypothetischen Urteils erschöpft und daher nicht einmal für eine umfassende logische Erklärung des Rechts ausreicht.

Wie mißbräuchlich die Zweckentfremdung des Terminus *Zurechnung* durch KELSEN tatsächlich ist, erweist allein schon der Umstand, daß KELSEN sich später genötigt sah, für den traditionellen juristischen Begriff der *Zurechnung* den Terminus der *Zuschreibung* einzuführen[147], da er bis dahin in die *Zurechnung* nicht nur seine

---

144 Kritik der praktischen Vernunft (1788, Suhrkamp 1977) 222 ff.

145 Reine Rechtslehre[1] (1934) 21 f; Reine Rechtslehre[2] (1960) 73 ff. Vgl. dazu schon die Hauptprobleme (1911) 71 ff und Allgemeine Staatslehre (1925) 48 ff.

146 Hauptprobleme (1911) 78, wo von der "wirtschaftlichen Zurechnung" die Rede ist.

147 Reine Rechtslehre[2] (1960), Sach- und Namensregister 497, Schlagwort "Zuschreibung". A. METALL sieht darin anscheinend eine wesentliche Neuerung der Reinen Rechtslehre: Hans Kelsen, Leben und Werk (1969) 105. HANS KELSEN, Reine Rechtslehre[2] (1960) 85: "Die Zurechnung, die im Begriff der Zurechnungsfähigkeit zum Ausdruck kommt, ist somit nicht - wie die traditionelle Theorie annimmt - die Verknüpfung eines bestimmten Verhaltens mit dem sich so verhaltenden Menschen; dazu bedarf es keiner Verknüpfung durch eine Rechtsnorm, da sich das Verhalten von dem sich so verhaltenden Menschen gar nicht trennen läßt." (Welch köstlicher Anthropomorphismus und theoretischer Rück-

neue Vorstellung, sondern auch den in der Rechtswissenschaft üblichen Begriff einbezogen, ihn also gleichzeitig auch in der traditionellen Weise verstanden hatte und damit der durch ihn selbst willkürlich herbeigeführten Doppeldeutigkeit zum Opfer gefallen war[148].

Das Naturgesetz bedeutet also nach KELSEN *Kausalität*, das Rechtsgesetz hingegen bedeutet bloß eine formal-logische *Zurechnung*. Das ist KELSENS *"neue" erkenntnis- und wissenschaftstheoretische Kontraposition* der Grundvoraussetzungen rechtstheoretischen Denkens, beginnend mit den *Hauptproblemen der Staatsrechtslehre*, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz, bis zur *Allgemeinen Theorie der Normen*. Wenn man sich nun vorstellt, daß nach KELSEN Staat und Recht durch dieses Schema: *Wenn A soll B sein*, durch dieses auf eine formal-logische Denkform reduzierte *Zurechnungsprinzip* oder *Rechtsgesetz*, als ein einheitlicher Gegenstand gesehen und verstanden werden sollten, dann kann man auch verstehen, wie begrenzt die Leistungsfähigkeit einer solchen Theorie sein muß, die alle Begriffe des Staates und des Rechtes, wie etwa Norm, Recht, Pflicht, Rechtsverhältnis, Geltung, Person, Organ, Kompetenz, Rechtshandlung, Staatsakt, Haftung, Verantwortung und anderes mehr in das formal-logische Schema der Sanktionsnorm, des hypothetischen Urteils preßt, das eigentlich nur als ein rechtslogisches Auswahlprinzip oder Denkschema zur Abgrenzung des Rechtlich-Normativen vom Nichtrechtlich-Normativen verstanden werden kann. Daher haftet auch den Konsequenzen aus der Anwendung des Schemas eine große Willkürlichkeit an. Soweit Recht und Staat in dieses Schema passen, sind sie nach KELSEN Recht. Soweit sie nicht hineinpassen, sind sie nach KELSEN nicht Recht. Dazu gehört in den *Hauptproblemen* vor allem auch das Faktum der Erzeugung und der Verwirklichung des Rechts. Das rechtliche *Agere* - hin zum *Actum*, und das rechtliche *Fieri* - hin zum *Factum*, liegen außerhalb des stringent normativ zu begreifenden Rechts[149].

---

schritt in primitive Rechtsvorstellungen in dieser Aussage gelegen ist, trat KELSEN offensichtlich nicht ins Bewußtsein! Er wiederholt diese Feststellung sogar auf Seite 95).

148 Hauptprobleme^2 (1923) Vorrede IX: "Die Darstellung der 'Hauptprobleme' leidet aber unter der Tatsache, daß ich den Fall der Verknüpfung der beiden *Tatbestände* im Rechtssatze nicht von jenem anderen auch als Zurechnung bezeichneten Fall unterscheide, in dem ein Tatbestand auf eine *Person* bezogen wird". Die "Zuschreibung" wird von KELSEN für Handlungen aus der Organschaft und aus der Stellvertretung verwendet: Reine Rechtslehre^2 (1960) 154 ff und 162 ff; es ist aber auch von den der Rechtsgemeinschaft zuschreibbaren Akten die Rede 37.

149 Vgl. demgegenüber, MERKL, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927) 174 ff. Der Kontrast zu KELSEN wird darin deutlich sichtbar. Vergleiche Reine Rechtslehre^2 (1960) 23: "Die Aussage der Beziehung eines Verhaltens zu der dieses Verhalten als gesollt setzenden Norm ist sehr wohl möglich, ohne dabei die Tatsache des Befehlsaktes oder der Gewohnheit in Betracht zu ziehen, durch die die Norm erzeugt wurde".

Zu der in der Beginnzeit der Lehre noch nicht präzisierten Vorstellung vom Rechtssatz aus den *Hauptproblemen* kamen um 1920 die Vorstellungen von der *Grundnorm* als *Hypothese*, von den *primären* und *sekundären Rechtssätzen* (*später Rechtsnormen*) und vom *Stufenbau des Rechts und seiner Geltung* hinzu. Der Stufenbau des Rechts zeigt, daß es *Normen verschiedenen Ranges* gibt. Normen höheren Ranges und Normen nachgeordneten Ranges. Eine Norm bedingt die andere, die niedere Norm ist durch die höhere Norm bedingt. Die rangverschiedenen Rechtsnormen stehen zueinander in einem *Delegationszusammenhang*, verbunden mit derogatorischer Kraft. Der Stufenbau des Rechts ist nach KELSEN demgemäß auch als ein strukturiertes Normengefüge zu verstehen, das Voraussetzung der *Rechtskonkretisierung* ist. *Nicht inhaltlich-teleologisch, final und funktionell, sondern nur logisch-formal, strukturell und konditional.* Die *Konkretisierung* des Rechts ist im Normengefüge aus dem Abstrakten zum *Konkreten nur normativ* angelegt, bis zur Umsetzung des Normativen in das tatsächliche Verhalten, das nicht mehr Recht ist. Die jeweils *höhere Norm delegiert* sozusagen die jeweils *niedrigere Norm*, die jeweils höhere Norm *bedingt* die jeweils niedrigere, kann ihr *Geltung* verleihen und ihr daher auch *derogieren*. Dieser *Delegations- und Konkretisierungszusammenhang* erstreckt sich als formales *Strukturgefüge normativer Bedingungen und Bedingtheiten* von der Grundnorm bis zur Verwirklichung des Rechts. Dabei wird die *Derogation* von KELSEN in seinen späteren Schriften so hervorgehoben, als wäre sie eine primäre Rechtsfunktion und nicht die negative Seite der Ingeltungsetzung und damit überhaupt nur der negative Aspekt der *Geltung*[150].

MERKL[151] trug in Anknüpfung an BIERLING[152] zur Frage der *Rechtskonkretisierung* unter anderem einen besonders wertvollen Gedanken bei: Jede Konkretisierungsstufe im Normengefüge bedeutet das Aufeinandertreffen von *autonomen* und

---

150 Reine Rechtslehre[2] (1960) 57. Die Derogation wird - wie auch andere normative Funktionen - als unselbständige Norm gedeutet, ohne daß ihre logische und funktionelle Voraussetzung in der Geltung miteinbezogen würde. Das scheint die notwendige Konsequenz der Ignorierung des Zweckes im Recht zu sein. Darin folgt ihm WALTER, Der Aufbau der Rechtsordnung (1964/1974) 67, der die Meinung vertritt, daß die Stufenordnung der derogatorischen Kraft nicht aus jener der rechtlichen Bedingtheit erfaßt werden kann (anscheinend wohl aber umgekehrt?).

151 Allgemeines Verwaltungsrecht (1927) 142. Siehe dazu die beiden Aufsätze: Das doppelte Rechtsanlitz, JBl 1918, 425 ff, 444 ff und 463 ff = WRS I (1968) 1091 ff; Das Recht im Lichte (Spiegel) seiner Anwendung (Auslegung), Dt. RichterZ 9 (1917) Heft 7/8, 3 ff = WRS I (1968) 1167 ff.

152 ERNST RUDOLF BIERLING, Juristische Prinzipienlehre I (1894) 107 ff, insbesondere 114, wo von koordinierten, von subordinierten und superordinierten Rechtsnormen die Rede ist; ferner 107 ff insbesondere 109 wo die Grundnorm ausdrücklich erwähnt ist. BIERLING unterscheidet auch zwischen Normen erster Ordnung, zweiter, dritter usw. Ordnung, sowie zwischen Über- und Unterordnung und Gleichordnung (107). Siehe dazu KELSENS Terminologie in der General Theory (1945/1949) 123 f, im Kapitel: The Hierarchy of the Norms. A. The Superior and the Inferior Norm.

heteronomen Determinanten. Die heteronome Determinante, also das in der abstrakten, höherrangigen Norm Vorgeschriebene, ist der vorgegebene bindende Bestimmungsgrund für das Verhalten des Organs. Die autonome Determinante hingegen besteht in dem, was das Organ kraft der in der höheren Norm relativ offen gehaltenen Kompetenz, aus seiner Verpflichtung durch die heteronome Determinante, gewissermaßen in deren Rahmen und komplementär, autonom in die Konkretisierung einbringen soll. In dieser Konkretisierungsvorstellung fand auch die ähnlich konzipierte Interpretationslehre KELSENS eine bessere Stütze. KELSEN versteht nämlich das Recht letztlich bloß als einen formalen Rahmen und die *Interpretation* gewissermaßen als teils autonome Realisierung einer offenen Entscheidungsermächtigung durch das Staatsorgan. Was das Staatsorgan entscheidet, das ist im Rahmen des Rechts jedenfalls das legitime, legale und rechtsverbindliche Ergebnis der Konkretisierung durch Rechtsanwendung[153]. Dabei fehlt die verpflichtende Bindung des Staatsorgans an die dem Recht inhärenten objektiven Zwecke.

VIII. Die methodologischen Voraussetzungen

KELSEN hat schon in seiner frühen Auflehnung gegen die Rechtswissenschaft seiner Zeit vermerkt, daß sie keine entsprechende *methodologische Fundierung* aufweist[154]. Zur Zeit der Arbeit an den *Hauptproblemen* bekämpfte KELSEN insbesondere die erkenntnistheoretische und die *logische Verarmtheit* des juristischen Denkens[155]. Darüberhinaus prangerte er aber auch das *psychologische*, das *soziologische* und in diesem auch das durch ihn *teleologisch-kausal* verstandene Denken in der Rechtswissenschaft an. Diese Tendenzen hat er wohl, so scheint es, teilweise übertrieben verstärkt gesehen (etwa bei seiner Kritik an der "Willenslehre" und an den "Zwecktheorien") oder gewissermaßen gar hinzu erfunden. Der sogenannte *Anthropo-*

---

153 Reine Rechtslehre[1] (1934) 94 ff; Reine Rechtslehre[2] (1960) 346 ff, 350 ff. Der Gleichheitssatz und das darin eingeschlossene Willkürverbot sowie das Gebot zu objektiver Sachlichkeit standen dieser der Willkür staatlichen Handelns geöffneten Interpretationslehre offensichtlich nicht als Paten zur Seite. Zur Interpretationslehre siehe auch KELSENS Aufsatz "Was ist die Reine Rechtslehre?" FS Giacometti (1953) 150 ff, WRS I (1968) 618 ff.

154 Für diese Einsicht scheint unter anderen auch WUNDT mit seiner dreibändigen Logik eine Fundgrube von Anregungen geboten zu haben. Auch ERNST ZITELMANN scheint dafür vorbildhaft gewesen zu sein. Siehe dazu das Kapitel "Methode", in: Irrtum und Rechtsgeschäft (1879) 14 ff; insbesondere aber 17, wo von *reinen* Rechtsbegriffen die Rede ist. Gewiß sind hier aber auch BIERLING, STAMMLER und JELLINEK zu erwähnen.

155 Dafür hat offensichtlich SIGWART mit seiner zweibändigen Logik bis zur Allgemeinen Theorie der Normen brauchbare Argumente geliefert.

morphismus[156] war für Kelsen ein ebenso beliebtes Angriffsziel wie das von ihm angenommene kausalwissenschaftlich-naturwissenschaftliche und soziologische Denken in der Rechtswissenschaft.

KELSEN war von allem Anfang an bemüht, für seine Theorie einen *methodologischen Standort* zu beziehen, der ihn in die Lage versetzen sollte, *das Recht bloß als Recht, d.h. nur als Rechtssatz und Norm zu begreifen, und methodisch einwandfrei,* also in einer Weise *zu denken*, die dem Recht angemessen wäre. Er hat daher nicht nur gegen kausales und soziologisches Denken in der Rechtswissenschaft angekämpft und sich in diesem Vorhaben vor allem der formal-logischen Trennung von Sein und Sollen bedient. Sein Schlachtruf war auch gegen den *Synkretismus* gerichtet, d.h. gegen methodologisch unkritische Vermischungstendenzen. Darüberhinaus hat er aber auch gegen die Bindung der Rechtswissenschaft an die Naturrechtslehre, gegen die Bindung an die Theologie und insbesondere an die politische Ideologie angekämpft[157]. Die antiideologische Tendenz, die der "Reinen Rechtslehre" von ERNST TOPITSCH[158], WERNER KRAWIETZ[159], OTA WEINBERGER[160], HANS ALBERT und anderen in dieser Hinsicht nicht zu Unrecht zugeschrieben wird, war gewiß ein begründetes Anliegen KELSENS. Dabei ist aber unverkennbar, daß sich KELSEN insbesondere durch seine eigenwillige methodologische, erkenntnistheoretische und wissenschaftstheoretische Standortbestimmung selber einer *ideologischen Tendenz* ergeben hat[161]. Er traf nämlich für seine Methodenwahl willkürliche Vorentscheidungen und schuf teils künstliche, den Gegenstand verzeichnende, teils ideologisch akzentuierte antiideologische, teils aber bloß formal-logisch verengte Begriffe, die das ganze System seines Denkens prägen. Wissenschaftliche Vorentscheidungen und Begriffsbildungen sind aber nur

---

156 Diese Denkfigur der kritischen juristischen Denkweise findet man schon in Schriften BERNATZIKS im Zusammenhang mit dem Begriff der Person im Rechtssinn. FRITZ SANDER, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (1921) hält auch KELSEN Anthropomorphismen vor.

157 Das Problem der Souveränität (1920) Vorrede III; Reine Rechtslehre[1] (1934) 1; Reine Rechtslehre[2] (1960) 1, 112 u. a.

158 HANS KELSEN, Aufsätze zur Ideologiekritik, Hg. Heinz Maus / Friedrich Fürstenberg (1964) Einleitung 11.

159 Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen. Hg. Werner Krawietz, Ernst Topitsch, Peter Koller, in: Rechtstheorie, Beiheft 4 (1982).

160 Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker, Hg. Ota Weinberger / Werner Krawietz, in: Forschungen aus Staat und Recht 81 (1988) u.a.m.

161 In seiner Vorrede zu den Hauptproblemen[1] (1911) XII f findet sich sogar das Bekenntnis, "daß die Gegensätze juristischer Theorie letzten Endes Weltanschauungsgegensätze sind". KELSEN bekennt sich selbst zur dualistischen Weltanschauung, a.a.O. XII und VI. Siehe zur ideologischen Komponente in KELSENS Lehre ALF ROSS, Recht und Wirklichkeit, JBl 1930, 245 ff, insbesondere 249.

insofern legitim und gerechtfertigt, als sie ihre Begründung im Gegenstand selber finden. Gegenstand der Rechtslehre ist das Recht in seiner Gegebenheit und in seiner Geltung; ist die Positivität seines Inhalts und nicht die Logik, auch nicht die Grammatik. Aus der Logik selbst kann man weder Recht noch Rechtsfolgen ableiten. Gleiches gilt auch für die Grammatik.

Die Rechtslehre KELSENS, wie sie sich anfangs in den *Hauptproblemen* darbot, war eine einschichtige formal-logische und statische. Das Schema des Rechtssatzes als Norm, das als Deutungs- und Denkschema für Recht und Staat angeboten wurde, erhob KELSEN zunächst undifferenziert auch zum Rechtsprinzip. Der Rechtssatz und -normbegriff wurde nicht neben die anderen Rechtsbegriffe gestellt, sondern diese in ihn eingeschlossen. Zu dieser einschichtigen statischen Fundierung der Rechtslehre traten dann nach den Anregungen von VERDROSS, MERKL und SANDER scheinbar noch die Dynamik und die Konkretisierung[162]. In Wahrheit bot KELSEN letztlich dann doch nur strukturelle, formal-logische, mehrschichtig angelegte Prämissen für eine dynamische Rechtsbetrachtung an.

Angesichts des Gedankengefüges des Stufenbaus der Rechtsordnung nach MERKL fragt KELSEN, woher das Recht kommt[163]: Woher kommt ein richterliches Urteil, woher kommt - um es in die Terminologie KELSENS umzusetzen - die konkrete individuelle Norm? Sie kommt aus einer höheren, generell abstrakten Norm; sie ist durch diese bedingt; sie ist durch diese und auf Grund dieser erzeugt. Die höhere Norm determiniert die niedrigere Norm. Und wenn man also fragt, woher die Norm kommt, die im Verwaltungsakt und in einem richterlichen Urteil enthalten ist, dann kann man antworten: Sie kommt aus einer generell-abstrakten. Der Verwaltungsakt vielleicht aus einer Verordnung, das richterliche Urteil möglicherweise primär aus einem Rechtsgeschäft, auf jeden Fall aber auch aus der generell abstrakten Norm eines Gesetzes. Und wenn man weiter fragt, woher das Gesetz kommt, dann ist die Antwort einfach. Das Gesetz ist auf der Grundlage der höheren Norm erzeugt. Diese höhere Norm liegt in der Verfassung. Und wenn man dann noch fragt, woher die

---

162 In einer kindlich anmutenden Weise verglich MERKL noch in seinen Vorlesungen die Konkretisierung des Rechts mit dem Nil und meinte, daß das Recht sich von Stufe zu Stufe konkretisiere, wie der Nil von Katarakt zu Katarakt zu Tale fließe. Doch MERKL war anscheinend nie am Nil. Als ich selber den Nil sah, konnte ich an den Katarakten eigentlich nichts finden, was diesen Vergleich plausibel erscheinen ließe. Der Nil zeigt in seinem Oberlauf nur banale Stromschnellen. Man muß also von der Wirklichkeit sehr abstrahieren, um zu diesem Vergleich zu gelangen. Doch so ist es eben mit Beispielen und bildhaften Vergleichen der Lehre. Sie sind meistens falsch und vielleicht gerade deshalb so anschaulich, weil sie die Phantasie schöpferisch beflügeln. Als ich noch Student war, konnte ich mir sogleich vorstellen, was die Konkretisierung bedeutet, wenn und weil ich an die Katarakte des Nils dachte, die ich damals noch gar nicht gesehen hatte.

163 HANS KELSEN, Reine Rechtslehre[1] (1934) 73 ff; Reine Rechtslehre[2] (1960) 228 ff; Allgemeine Theorie der Normen (1979) 203 ff.

Verfassung kommt, dann scheint man zwangsläufig gezwungen zu sein, eine noch höhere Norm, eine Urnorm zu suchen. Denn die banale Antwort, daß die Verfassung entweder aus sich selber oder bloß aus der sie tragenden politischen Wirklichkeit kommt, scheint doch nicht juristisch zu sein. Danach wäre nämlich die Verfassung bloß aus dem Willen jener ersten Machthaber zu erklären, die sich durchgesetzt haben, die in der Lage waren, Gehorsam zu erzwingen, die ihre Ordnung in einer bestimmten menschlichen Gemeinschaft durchzusetzen vermochten!

Einerseits muß es wohl eine jeweils höhere Norm geben. Doch andererseits kann das kein Regreß ad infinitum sein. Insbesondere kann und darf es nach KELSEN keinen unmittelbaren normativen Regreß aus dem positivrechtlichen Normengefüge hinaus in die kausale Seinswelt der Tatsachen oder in eine Norm der Moral oder der Sittenordnung, vielleicht sogar bis hin zum *höchsten Gut* geben. Jeder derartige Regreß würde den Gegenstand des positiven Rechts transzendieren und den inneren Zusammenhang der normativen Einheit des positiven Rechts sprengen. Das könnte nicht mehr positives Recht sein, sondern nur noch eine Vermischung mit dem Naturrecht oder mit der Moral oder vielleicht sogar mit der Wirklichkeit, mit dem bloßen *Sein. Recht kann und darf nach* KELSEN *aber nur Norm und Sollen sein.*

Zur Vermeidung eines Regresses auf das Sein bediente sich KELSEN *der Grundnorm*[164]. In die Grundnorm legte er den Inhalt, daß sie die Rechtssetzungsautorität einsetzt; d.h. die Grundnorm bestimmt, daß man den Anordnungen des Verfassungsgesetzgebers gehorchen soll. Sie ist die höchste Erzeugungsnorm des Rechts. Damit scheint KELSEN etwas ganz Entscheidendes gewonnen zu haben. Er sieht nämlich durch die Grundnorm das normative Gefüge des stufenförmig angelegten positiven Rechts zu einer Einheit geschlossen, vergleichbar dem Schlußstein in einem gotischen Gewölbe, der dieses zu einer Einheit fügt und daher auch als architektonische Einheit verstehbar macht. Wie der Schlußstein das Gewölbe zur Einheit der Architektur fügt, so scheint die *Grundnorm* das rechtliche Normengefüge zur *Einheit der Rechtsordnung* zu schließen und der Rechtswissenschaft das Recht als einen rein normativen Gegenstand zu vermitteln.

---

164 Hauptprobleme[2] (1923) Vorrede XIV; Allgemeine Staatslehre (1925) 248 ff; Reine Rechtslehre[1] (1934) 62 ff, 67 ff; General Theory of Law and State[3] (1949) 110 ff, 115 ff; Was ist ein Rechtsakt? ÖZÖR 4 (1951/52) 263 = WRS II (1968) 1382 ff; Reine Rechtslehre[2] (1960) 196 ff; Allgemeine Theorie der Normen (1979) 203, 205 ff. Siehe dazu die Ausführungen von GEORG JELLINEK zur juristischen Methode in der Allgemeinen Staatslehre (2. Auflage 1905, 3. Auflage 1914): I. Buch 50 f. Dabei scheint beachtlich, daß G. JELLINEK Sein und Sollen zwar voneinander unterschied aber nicht trennte, sondern in dualistischer Denkweise sogar miteinander verband.

Die Grundnorm ist der Erzeugungsgrund des Rechts und *begründet* (konstituiert)[165] nach KELSEN daher auch die *Geltung* und die Einheit der Rechtsordnung, sie *delegiert* die historisch erste Verfassung[166]. KELSEN gewinnt daher aus der Grundnorm auch die Möglichkeit, eine "Reine Rechtslehre", *d.h. eine rein normative Rechtslehre* zu betreiben. Damit scheint die *Methodenreinheit* gewährleistet. Die Grundnorm soll KELSEN von der Mühsal des direkten Rekurses auf die Welt des Faktischen und damit vom Synkretismus des Denkens, d.h. von der Vermischung von Sein und Sollen befreien. Die Realität, das Sein des Faktischen, kann auf diese Weise aus dem Recht hinausverbannt bleiben. Das Recht kann man nach KELSEN eben nur als Recht, d.h. nur als Norm begreifen. Wer irgendeinen Gegenstand juristisch betrachten will, so meint KELSEN, der kann ihn nur als Recht begreifen[167]. Diesen Gedanken präzisierte KELSEN anfangs vor allem in seinen Untersuchungen über den soziologischen und den juristischen Staatsbegriff[168]. Zweifellos ist das keine zufriedenstellende Aussage, weil sie in Wahrheit die Folgerungen schon in die Gegenstandsprämissen hineinzieht. KELSEN aber findet mit Hilfe der *Grundnorm den Delegationszusammenhang der Rechtsnormen durch eine bloß gedachte oberste Norm abgeschlossen*, und meint, daß er dadurch in die Lage versetzt ist, das Recht nur und rein normativ zu sehen und ausschließlich normativ zu deuten. Die Realität des Faktums, etwa der Rechtserzeugung, wird dabei nur als Inhalt der Normen und daher auch rein normativ (d.h. nur problematisch und nicht auch assertorisch) gedacht. Das Recht findet als Form und Inhalt in der als geltend angenommenen Grundnorm seinen normativen Ursprung und seine normative Begrenzung. Die soziale Wirklichkeit, aus der das Recht kommt, ist nicht mehr Recht. Aber auch die soziale Wirklichkeit, auf die sich das Recht bezieht, sowie jene, die sich auf das Recht gründet, ist nicht mehr Recht. Danach braucht man nach

---

165 Reine Rechtslehre^2 (1960) 205, 209, aber auch 8, 47 ff, 51 ff. ROBERT WALTER, Der Aufbau der Rechtsordnung (1964/1974) 33 meint sogar, "die Grundnorm ... beruft den Verfassungsgesetzgeber also durch *Willensakt* dazu, eine Regelung zu treffen".

166 Reine Rechtslehre^2 (1960) 51: "Die Grundnorm delegiert die historisch erste Verfassung, das Verfahren zu bestimmen, in dem Zwangsakte statuierende Normen zu setzen sind". ALF ROSS, Recht und Wirklichkeit, JBl 1930, 248 ff, sieht in der Grundnorm eine *Absurdität*, eine *Zirkelbegründung*, eine *Tautologie*: "Recht ist, was aus der Grundnorm folgt; Grundnorm ist, was als Voraussetzung für das Recht gesetzt werden muß".

167 Hauptprobleme^2 (1923) Vorrede XVII: "... daß der Staat, soferne er Gegenstand juristischer Erkenntnis ist, nur Recht sein kann, weil juristisch erkennen oder rechtlich begreifen nichts anderes bedeutet, als etwas als Recht begreifen". Reine Rechtslehre^2 (1960) 72: "Die Rechtswissenschaft sucht ihren Gegenstand 'rechtlich', das heißt: vom Standpunkt des Rechts aus zu begreifen. Etwas rechtlich begreifen kann aber nichts anderes bedeuten, als etwas als Recht und das heißt: als Rechtsnorm oder als Inhalt einer Rechtsnorm, als durch eine Rechtsnorm bestimmt begreifen".

168 HANS KELSEN, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff^2 (1928) 75 ff und 105 ff.

KELSEN zur Erklärung des Rechts auf die soziale Wirklichkeit, auf das Faktische, eigentlich überhaupt nicht Bedacht zu nehmen; oder vielleicht doch?

Nach KELSEN bedarf nämlich auch die *Grundnorm* einer Voraussetzung. Ist durch sie nicht nur die Einheit, sondern auch die Geltung des Rechts begründet, dann muß sie wohl auch selber *Geltung* haben. Woher bekommt aber die Grundnorm ihre Geltung? Nach KELSEN erhält sie diese Geltung zwar nicht, wie das positive Recht, aus einer höheren Norm, aber man kann sie dadurch erklären, daß man sich vorstellt, daß der Grundnorm dann Geltung zukommt, wenn sie im großen und ganzen *wirksam* ist, oder m.a.W. wenn die Rechtssetzungsautorität im großen und ganzen anerkannt ist, also kurz gesagt, wenn die Grundnorm "effektiv" ist[169]. Man halte mir nun nicht entgegen, daß das ein *synkretistischer Rückgriff auf die Realität des bloßen Seins* ist und daß ich damit gedanklich nicht mehr in der reinen Idealität des *Sollens* bleibe. Nach KELSEN ist das nämlich gar *kein echter kausaler Rückgrifff auf das Sein*. Denn die Effektivität ist nach ihm keine *conditio per quam* für die Geltung der Grundnorm, sondern nur eine *conditio sine qua non*[170]. Sie ist sozusagen nur eine logische Bedingung und nicht eine Ursache; also eine konditional-logische und keine kausal-funktionelle Voraussetzung der Geltung der Grundnorm. Damit koppelt KELSEN, gewissermaßen mit einem logischen Kunstgriff, die Normativität der Geltung der Rechtsordnung an die Effektivität der sozialen Wirklichkeit an, ohne die reine Normativität preiszugeben und ohne die Seinswelt in das Recht einzubeziehen. Die konditionale Einkleidung der Faktenwelt, eine bloße Annahme, ist also nach KELSEN die logische Voraussetzung einer weiteren bloßen Annahme (der Grundnorm), welche die Geltung des Rechts begründet. Die Grundnorm, die besagt, man soll dem Verfassungsgesetzgeber gehorchen, ist unter dieser Voraussetzung die Geltungsgrundlage für die Verfassung; diese wiederum ist die Geltungsgrundlage für die Gesetze usw. Bis zur letzten Norm begründet sie einen *in sich abgeschlossenen Delegationszusammenhang, eine normative Konkretisierungs- und Geltungseinheit*. Die einzelnen Formen der Rechtserzeugung werden dabei nicht als tatsächliche Akte, sondern nur als Inhalt und Sinn von Normen; als Gesolltes verstanden. Der letzte Akt der Umsetzung des Rechts in die soziale Wirklichkeit, sei es durch Rechtsanwendung, also durch das Organverhalten, oder durch Rechtsbefolgung des Normadressaten, trägt nach KELSEN nicht mehr eine Norm, sondern ist bloße Wirklichkeit. Der unmittelbare Zwangsakt, sozusagen die verwirklichte normative Zwangsandrohung, ist also auch nicht mehr Recht. Auf diese Weise scheint das Normengefüge derart in sich geschlossen zu sein, daß KELSEN sich erlauben kann, rein normativ zu denken. Darauf gründet sich KEL-

---

169 BIERLING, Juristische Prinzipienlehre I (1894) 40 ff handelte von der *Normen-Anerkennung*, die auch den Rechtszweck umfassen muß.

170 Reine Rechtslehre^2 (1960) 197, 215 ff, 219.

SENS *Vorstellung, daß die rein normative Methode die juristische Methode schlechthin ist,* und daß es auf solche Weise möglich ist, eine "Reine Rechtslehre" zu betreiben.

Obwohl in Ergänzung zur linearen Rechtssatzvorstellung der ersten Etappe der "Reinen Rechtslehre" ab der zweiten Etappe das Recht nun stufenförmig normativ gesehen wird, ergibt sich daraus dennoch keine echte dynamische Betrachtung, sondern nur deren logische Voraussetzung und deren Bestimmungsgründe. Das ist gewiß ein Fortschritt, doch *eine dynamische Betrachtung setzt neben der normativen Vorgabe auch noch die methodologische Einbeziehung der Rechtserzeugung als rechtserhebliches Faktum notwendigerweise voraus. Die Konkretisierung des Rechts erfolgt wesensgemäß über tatsächlich gesetzte Rechtsakte, deren sinnvolle Erklärung die methodologische Einbeziehung des realen Seinsaspektes erforderlich macht.* Eine dynamische Rechtslehre kann keine bloße formal-logische Strukturlehre von einem stufenmäßigen Aufbau der Normen des Rechts sein, sondern sie ist zwangsläufig eine Funktionslehre, d.h. eine *Lehre von den rechtserheblichen Akten*, von den Rechtshandlungen und deren Zweck-Mittel-Beziehungen zueinander, gesehen durch Struktur und Telos des Rechts. Die Dynamik des Rechts liegt in seinen realen und nicht bloß in seinen normativ gedachten Konkretisierungsbedingungen, d.h. in seiner tatsächlichen Erzeugung, die ohne entsprechendes *Fieri* und *Factum*, ohne entsprechendes *Agere* und *Actum* als erhebliche Seinsphänomene nicht sinnvoll erklärt werden kann[171].

Das reale Sein des Rechts ist für KELSEN *kein Gegenstand legitimer juristischer Betrachtungsweise.* Für den Juristen KELSEN ist es nämlich nur Inhalt von Normen und kann daher nur normativ verstanden werden[172]. Der Inhalt des Sollens im Recht bedeutet nur ein mögliches und kein wirkliches Handeln, er kann wiederum nur dem Begriff des Sollens und nicht dem Begriff des Seins zugeordnet werden. Vom bloß gesollten Rechtsakt unterscheidet sich daher der faktisch gesetzte Rechtsakt wesentlich. Er gehört als rechtserhebliches Faktum dem Sein der sozialen Wirklichkeit an. Diesem würde eine *kausal-teleologische Betrachtungsweise* entsprechen. Eine solche ist aber durch KELSEN aus der Rechtsbetrachtung hinaus verbannt. Darin erweist sich das Kernproblem der "Reinen Rechtslehre" als ein erkenntnistheoretisches.

Die notwendige rechtstheoretische Konsequenz aus der Einbettung des Rechts in die soziale Wirklichkeit liegt in einer gedanklichen Verbindung des gesollten Seins mit dem faktischen Sein, der normativen Potentialität mit der entsprechenden aktuellen sozialen Wirklichkeit. Daher darf das real-soziale Sein nicht aus der Rechtsbe-

---

171 Daher irrt WALTER, Der Aufbau der Rechtsordnung (1964/1974) 16 ff, wenn er meint, durch Anfüllung der Denkform der schematisierten Sanktionsnorm mit Strukturelementen des positiven Rechts zu einem dynamischen Rechtsnormbegriff gelangen zu können.

172 Reine Rechtslehre^2 (1960) 4 ff.

trachtung eliminiert werden. Recht und Wirklichkeit sind nach Maßgabe und im Umfang der normativen Erfassung der Realität als solcher, d.h. als Erscheinungsformen des Sollens einerseits und des *normgebundenen und daher rechtserheblichen Seins* andererseits, aufeinander bezogen zu sehen. Dabei prävaliert zweifelsohne *der normative Sinnzusammenhang. Er bestimmt und begrenzt die rechtliche Erheblichkeit der sozialen Wirklichkeit.* Deshalb ist das Recht zwar in erster Linie Norm und Sollen, doch keineswegs nur das. Das Recht ist ohne entsprechende Fakten, also ohne reales Sein, nicht sinnvoll erklärbar. Es *kommt* aus der sozialen Wirklichkeit, es ist von ihrer Handlungs- und Faktenwelt getragen und es tendiert in die soziale Wirklichkeit. In dieser Dualität und *in dieser teleologischen Verknüpfung von Sollen und Sein ist das Recht aber auch selbst etwas Gegebenes*, kommt dem Recht selbst ein real-soziales, sinnhaftes Sein zu, das sich in der Geltung, die ein bloßes Sollen bedeutet, nicht erschöpft, weil es auch ein gegebenes, ein tatsächlich erzeugtes und effektives zweckgeprägtes Gesolltes ist. So gesehen *ist das Recht* ein Phänomen der sozialen Wirklichkeit, *ein Kulturphänomen*, das in jeder seiner Erscheinungsformen Sein und Sollen in wechselseitiger Bezogenheit gleichzeitig bedeutet und das von der sozialen Wirklichkeit getragen ist und durch das Sollen eingegrenzt und geprägt ist.

Darüber müßte man nun eigentlich tieferreichend diskutieren und noch gründlicher nachdenken, vor allem über die Frage, ob das Recht in seiner Verwirklichung seine Normativität verliert und ob dem verwirklichten Recht noch ein normativer Charakter zukommen kann, von der kategorialen Problematik ganz zu schweigen. Die Ergebnisse solcher Nachforschungen bieten dann zweifellos tragfähige methodologische Voraussetzungen auch für eine Lehre vom Recht, vom Staatsakt, von den Rechtsgeschäften und von den bloßen Rechtshandlungen, die weder durch eine rein normative Rechtstheorie noch durch eine rein normativ schematisierte Rechtsquellenlehre hinreichend erfaßt werden können.

IX. Die erkenntnistheoretischen Grundlagen

1. Die entscheidenden *erkenntnistheoretischen Fragen* sind damit nur angeschnitten, doch noch keineswegs beantwortet; vor allem nicht durch den bloßen Hinweis auf die transzendentale Logik, auf die transzendentale Ästhetik und auf die Lehre von den Urteilen und von den apriorischen Kategorien bei KANT. Dennoch versteht man im bisher Ausgeführten bereits das Grundanliegen KELSENS von der *Reinheit seines Rechtsdenkens* und die wichtigsten Anhaltspunkte für eine begründete Kritik an ihr.

Die Grundnorm, so sagt KELSEN in der zweiten Auflage der Reinen Rechtslehre, ist im Sinn der *apriorischen Kategorien* KANTS zu verstehen[173]. Daher frage ich, und ich bin gewiß nicht der einzige, wie das begründet werden kann. Eine *apriorische Kategorie* ist nämlich eine Vorstellung, ein *transzendental-logischer Begriff von allgemeinster Allgemeinheit, eine Denkform ohne konkret bestimmten Inhalt*, d.h. ohne Elemente konkreter Erfahrung. Eine apriorische Kategorie ist gewiß nicht ohne jedes Merkmal, sie ist aber ohne konkret bestimmten erfahrungsgebundenen Inhalt. Sie ist eine Denkform von so allgemeinster Allgemeinheit, daß sie *geeignet* ist, *einer unendlichen Erkenntniserweiterung aus Erfahrung zu dienen*. Gleiches gilt auch für die *apriorischen Begriffe der transzendentalen Ästhetik*, die ursprüngliche, *reine Denkformen oder Vorstellungen der Anschauung* sind. Die Grundnorm bei KELSEN fungiert aber als *Gegenstandsbegriff* und hat sogar einen bestimmten normativen Inhalt, einen empirischen Bezug: Du sollst der effektiven Verfassung bzw. dem anerkannten Verfassungsgesetzgeber gehorchen. So gesehen könnte sie eigentlich nur eine abstrakte aposteriorische Kategorie sein; das heißt ein Erfahrungsbegriff, dessen bestimmter Inhalt an den Gegenstand, d.h. an das positive Recht gebunden ist.

Wenn man nun aber auf den Gegenstand *positives Recht* blickt und fragt, wo die Vorstellung vom Ursprung einer geltenden Rechtsordnung zu orten ist, dann kommt man als einzelwissenschaftlicher Positivist zu zwei verschiedenen sinnvollen Antworten. Der *Rechtshistoriker* würde sagen, diese Frage findet ihre Antwort selbstverständlich in der historisch ersten Verfassung, sofern man die Staatsentwicklung unter der Vorstellung von Identität und Kontinuität des Staates und des Rechtes betrachtet. Die historisch erste Verfassung, die *revolutionäre* Verfassung, auf die dann kontinuierlich und systemkonsequent die anderen Verfassungen oder Verfassungsänderun-

---

173 Reine Rechtslehre[2] (1960) 204 ff: Die Grundnorm als transzendentale Voraussetzung. Ferner: "Wenn die Grundnorm nicht eine gewollte Norm sein kann, ihre Aussage aber in dem Obersatz eines Syllogismus *für die Begründung der objektiven Geltung von Normen logisch unerläßlich ist, kann sie nur eine gedachte Norm sein*" 206 (Hervorhebungen von mir). Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? (1928) 24 f: "Immer wieder habe ich betont, daß die sogenannte Grundnorm keine positive Rechtsnorm ist, weil sie nicht *gesetzt*, sondern bloß gedanklich *voraus*gesetzt ist, daß daher bei ihr von einer *Fiktion*: Behauptung einer Realität im Widerspruch zur Wirklichkeit, keine Rede sein kann. Weder zur Wirklichkeit des tatsächlichen Geschehens - eine solche wird ja gar nicht behauptet - noch zur Wirklichkeit des positiven Rechtes".

Siehe zum Wesen der juristischen Fiktion WILHELM WUNDT, Logik III (1908[3]) 600 ff. Vergleiche dazu aber vor allem KELSENS eigene antithetische Auffassung in der Allgemeinen Theorie der Normen (1979) 206: "Die Grundnorm einer positiven ... Rechtsordnung ist ... eine fingierte Norm, der Sinn nicht eines realen, sondern eines bloß fingierten Willensaktes. Als solche ist sie eine echte oder 'eigentliche' Fiktion ... die dadurch gekennzeichnet ist, daß sie nicht nur der Wirklichkeit widerspricht, sondern auch in sich selbst widerspruchsvoll ist". Danach scheint es, als würde der doppelte Widerspruch sich selbst aufheben, etwa wie Minus mal Minus Plus ergibt, denn es ist einem Wissenschaftler wohl nicht zusinnbar, einen nicht aufgelösten qualifizierten Widerspruch zum fundamentalen Erkenntnisprinzip von Gegenständen der Erfahrung zu machen, zu denen auch das positive Recht zählt.

gen folgen, ist die eigentliche positivrechtliche Grundnorm. Sie gründet sich auf die Macht, die sich in ihr durchgesetzt hat. Soweit der Rechtshistoriker.

Der *Rechtsdogmatiker* könnte aber sagen, daß er den historischen Rückgriff gar nicht benötigt. Ihm genügt es, daß es eine geltende und wirksame Rechtsordnung, eine geltende und wirksame Verfassungsordnung gibt, weil bereits in ihr die grundlegende "Norm" enthalten ist. So gibt es z.B. in der österreichischen Bundesverfassung eine Norm, die ihre "Gesamtänderung" regelt und diese an qualifizierte Voraussetzungen der Rechtserzeugung bindet. Im Begriff der *Gesamtänderung* sind die Baugesetze oder die Grundprinzipien des Staates, wie das demokratische Prinzip, die Gewaltentrennung, das Rechtsstaatsprinzip, das föderalistische Prinzip usw. eingeschlossen. Die Norm über die *Gesamtänderung* fungiert sozusagen als tragende Basisnorm, an die sich der einfache Verfassungsgesetzgeber halten muß, weil diese Norm die Fundamente der Staatsordnung regelt[174] und weil sich diese Norm seiner Rechtssetzungsbefugnis entzieht. Ihre Geltung ist in die Entscheidungsbefugnis eines noch höheren Organs, nämlich des Volkes gestellt. Die Konzeption einer Art von *Staatsfundamentalnorm* findet sich auch im Bonner Grundgesetz und in anderen Verfassungen. Voraussetzung der Geltung dieser die Legalität und die Legitimität der gesamten Rechtsordnung zugleich begründenden *Staatsfundamentalnorm* ist allerdings ihre Effektivität bzw. ihre Anerkennung durch die Rechtsgemeinschaft.

Man kann also einerseits sagen, daß für eine geltende Verfassung die historisch erste Verfassung die Grundnorm ist. Man kann aber andererseits auch sagen, daß es innerhalb der geltenden Verfassung - und viele geschriebene Verfassungen zeigen diese Besonderheit - Verfassungsrecht höheren Ranges gibt, auf das sich das einfache Verfassungsrecht gründet, das zwar eine Änderung des einfachen Verfassungsrechts, nicht aber des Wesens der Verfassung erlaubt. So gesehen wäre die Grundnorm dann ein positiv-rechtlicher, ein aposteriorischer Begriff, ein rechtlicher Erfahrungsbegriff. Ihre unmittelbare Geltungsvoraussetzung kann dann aber nur die Welt des Faktischen sein, die von KELSEN jenseits der Rechtsbetrachtung gestellt wird, nämlich die wirksame Herrschaftsmacht, die mit Erfolg Gehorsam fordert. Ein zweckbestimmtes effektives Wollen ist es dann also, das dem höchsten rechtlichen Sollen der Verfassung Geltung verleiht[175].

---

174 Siehe dazu HANS NAWIASKY, Allgemeine Rechtslehre^2 (1948) 31 ff.

175 Dieses Ergebnis ruft die Erinnerung an ein Zitat bei KELSEN wach: "Wer den Schleier hebt und sein Auge nicht schließt, dem starrt das *Gorgonenhaupt der Macht* entgegen." H. KELSEN, Diskussionsbeitrag, VVDStL 3 (1927) 55. Es scheint so, als wollte KELSEN die Grundnorm als Schleier benutzen, um damit das schreckliche Antlitz bloßer Macht zu verhüllen.

Doch KELSENS *Grundnorm ist kein aposteriorischer Begriff*, denn sie ist kein Bestandteil des geltenden Rechts. Sie ist aber auch *kein apriorischer Begriff*, denn sie ist nicht von allgemeinster Allgemeinheit. Sie ist *weder eine reine Form der Anschauung noch eine reine Form des Denkens* ohne konkret bestimmten Inhalt, die im Sinne KANTS einer unendlichen Erkenntniserweiterung dienlich sein könnten. Das heißt also, KELSENS *Grundnorm ist eine willkürlich konstruierte Vorstellung ohne reale* (gegenstandsgebundene) *und ohne apriorische* (erkenntnistheoretische) *Fundierung, eine reine Fiktion zum bloßen theoretischen Gebrauch*. Dabei zeigt sich im Wandel der Grundnormvorstellung KELSENS ein besonders anschauliches Beispiel für den Mangel an haltbaren erkenntnistheoretischen Grundlagen der "Reinen Rechtslehre", durch KELSENS eigene Korrektur zutage gefördert. Zu einer Zeit, da er die Grundnormvorstellung noch nicht erkannt hatte, im Jahre 1911, schrieb er nämlich in der Vorrede zu den Hauptproblemen der Staatsrechtslehre: "Der Kampf gegen die Fiktion, diese verwerfliche Notlüge der Wissenschaft, ist eines der Ziele meiner Arbeit"[176]. Die Fiktion wurde in der Folgezeit, vor der ersten Auflage der "Reinen Rechtslehre", von KELSEN immer wieder perhorresziert[177]. Von da an verstummten KELSENS Kampfesrufe gegen die Fiktion zusehends[178].

---

176 Vorrede VIII. Siehe dazu aber auch die kämpferische Abhandlung zur Theorie der juristischen Fiktionen, Annalen der Philosophie I (1919) 630 ff = WRS II (1968) 1215 ff, insbesondere 1216: "Der Zweck ist: Erkenntnis der Wirklichkeit, das Mittel: eine Fälschung, ein Widerspruch, ein Kunstgriff, ein Umweg und Durchgangspunkt des Denkens ... der Widerspruch zu der Wirklichkeit ist eines der Hauptmerkmale der Fiktion" (unter Berufung auf VAIHINGERS Philosophie des Als Ob). Diese Lehre VAIHINGERS wird von KELSEN für die Rechtswissenschaft verworfen, weil das Recht von vornherein nichts Wirkliches sei (WRS 1238). Siehe dazu aber auch die geradezu poetisch-dramatische Verdammung der Fiktion in: Das Problem der Souveränität (1920) Vorrede IV: "... daß der Blick des Rechtstheoretikers ... [von] der Rechtsnorm, in andere Erkenntnisgebiete abgelenkt werde, wie von Hypostasierungen und Scheinprobleme erzeugenden Fiktionen getrübt, durch diesen Schleier zu seinem ursprünglichen Objekt gar nicht durchdringen kann, das ihm das Bedürfnis nach Veranschaulichung, Denkgewohnheit und Denkbequemlichkeit verhüllen. Gespenstern gleich stellen sich zu selbständigen Wesenheiten verdichtete Metaphern, als Realitäten gesetzte Denkbehelfe der juristischen Erkenntnis in den Weg und verhindern sie, als Einheit zu erfassen, was nur ein für Wirklichkeit gehaltener Schein trennt". Darauf folgt ein erneutes Bekenntnis zum Kampf gegen die *"rechtstheoretische"* Fiktion. - Zum Wissensstand um das Phänomen der juristischen Fiktion zur Zeit der Entstehung der Grundnormvorstellung vgl. u.a. WILHELM WUNDT, Logik III^3 (1908) 600 ff; zur Hypothese, Logik I^4 (1919) 433 ff. Siehe aber vor allem HANS VAIHINGER, die Philosophie des Als Ob$^{9/10}$ (1927) zur Fiktion 25 ff, 46 ff, 50 ff und ihren Unterschied bzw. Gegensatz zur Hypothese insbesondere 143 ff und 603 ff. Die erste Auflage der Philosophie VAIHINGERS stammt aus dem Jahr 1911.

177 Z.B. über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, WRS I (1968) 3 ff. Siehe im übrigen KELSENS Analyse des Wesens der Fiktionen: Zur Theorie der juristischen Fiktionen, Annalen der Philosophie 1 (1919) 630 ff, WRS II (1968) 1203 ff.

178 Siehe die eher versöhnliche Einstellung zur Fiktion in der zweiten Auflage der "Reinen Rechtslehre" (1960) 302 ff und das schließliche Bekenntnis zur Fiktion in der Allgemeinen Theorie der Normen (1979) 206 f.

Nun aber macht die *Vorrede zur zweiten Auflage der Hauptprobleme* aus dem Jahr 1923 deutlich, daß die Gedanken von VERDROSS über die Einheit des rechtlichen Weltbildes und die Vorstellungen von MERKL über Stufenbau, Delegationszusammenhang, Konkretisierung etc. nur durch die Vorstellung von der Grundnorm so greifbar geworden sind, daß sie KELSEN dazu motivierten, über die statische Rechtsbetrachtung hinaus seinen Blick auch auf eine dynamische Rechtsbetrachtung zu richten. Dazu verhalfen die Grundnorm und der Stufenbau, getragen von der Grundnorm, die KELSEN ursprünglich als eine *Hypothese*[179] mißdeutete, gewissermaßen auch *hypostasierte* und leidenschaftlich verteidigte, was ihn in den 60er Jahren nicht daran hinderte, in ihr letztlich eine bloß fingierte Norm zu sehen und ihr schließlich auch noch einen fingierten Willensakt zu unterstellen[180] und damit die Geltung des Rechts aus einer doppelten Fiktion zu erklären.

KELSEN fand sich durch die Einführung der Grundnorm in sein Rechtssystem nicht nur ermutigt, sondern auch genötigt, eine *reine*, erkenntnistheoretisch nun anscheinend noch besser fundierte methodologische Standortbestimmung seiner Rechtstheorie vorzunehmen. KELSEN mußte in diesem Zusammenhang natürlich auch seine *wissenschaftstheoretische Entscheidung für den Gegensatz von Kausal- und Normwissenschaften* (Natur- und Geisteswissenschaften, Natur- und Gesellschaftswissenschaften) beibehalten, die auch zu seinem sonstigen Gesamtkonzept der "Reinen Rechtslehre" paßte. Dieses Gesamtkonzept war von Anfang an von der verunglückten Vorstellung der Trennung von Sein und Sollen, und demgemäß auch der Trennung von Inhalt und Form, von Wirklichkeit (Zweck) und Wert, von Realität und Idealität in Recht und Rechtswissenschaft getragen. Aus einem Sein folgt kein Sollen, sagte KELSEN immer wieder und berief sich dabei auf KANT, den er offensichtlich nicht genau genug studiert hatte. KANT hat in seiner *Kritik der reinen Vernunft* nämlich folgendes geschrieben: "Denn in Betracht der Natur gibt uns Erfahrung die Regel an die Hand und ist der Quell der Wahrheit; in Ansehung der sittlichen Gesetze aber ist Erfahrung (leider!) die Mutter des Scheins und es ist höchst verwerflich, die Gesetze über das, was ich *tun soll*, von demjenigen herzunehmen oder dadurch einschränken

---

179 Siehe dazu CHRISTOPH SIGWART, Logik I (1904³, 1924⁵) 235 ff, 292 ff und 305 ff. Vgl. dazu aber auch die KELSEN bereits zugänglich gewesenen Ausführungen SIGWARTS, Logik II (1904³, 1924⁵): "Die Auffindung der Hypothesen" 307 ff, und "Die Reduction" 298 ff.

180 FS Nipperdey (1965), Zum Begriff der Norm 63; Allgemeine Theorie der Normen (1979) 206: "Die Grundnorm ... ist ... eine fingierte Norm ... der Sinn ... eines bloß fingierten Willensaktes. Als solche ist sie eine echte oder 'eigentliche' Fiktion im Sinne VAIHINGERS Philosophie des Als Ob, die dadurch gekennzeichnet ist, daß sie nicht nur der Wirklichkeit widerspricht, sondern auch in sich selbst widerspruchsvoll ist".

zu wollen, was *getan wird*"[181]. - Das bedeutet: *bloß* aus dem, was die Menschen tun, kann man nicht ableiten, daß sie das auch tun sollen. Hingegen dem, was sich in der Natur bloß vollzieht, kann man ablesen, daß es sich so vollbringen muß, weil es sich eben so vollbringt, weil es sich zwangsläufig so vollbringt[182].

Das Sollen verwirklicht sich gewiß nicht von selbst, sozusagen in einem logischen Automatismus, und ganz gewiß nicht durch ein bloßes Sein. Deshalb wird von KELSEN die Folge der Bedingung auch nur *zugerechnet*. Eine derartige *Zurechnung* kann ihre volle Erklärung aber nur in dem entsprechenden Akt finden, d.h. in dem tatsächlichen, zweckgebundenen Handeln des Menschen, das zur Konkretisierung des Rechtes führt[183]. Der Zusammenhang von Bedingung und Folge ist nämlich in seiner Anwendung auf das Recht nur das logische Deutungsschema für die besondere Art der rechtlichen Verbindung von verschiedenen Tatsächlichkeiten menschlichen Verhaltens[184]. Das wird auch durch die Frage verdeutlicht, was anzunehmen ist, wenn gar keine Rechtshandlung tatsächlich gesetzt ist? Findet nämlich kein Tun der Rechtserzeugung statt, dann kann dem faktischen Nichts begreiflicherweise auch kein Sollen abgelesen werden. Ist das wirkliche Tun aber ein Gesolltes, dann kann man ihm selbst auch sein Gesolltsein ablesen, indem man es zum Gesolltsein, das Inhalt von Normen im Gesamten der Rechtsordnung ist, in Beziehung setzt.

KELSEN hat es sich mit der vordergründigen Anwendung dieses einen Satzes von KANT auf die "Reine Rechtslehre" sehr leicht gemacht. Denn einerseits bekannte er sich ausdrücklich zur transzendentalen Logik KANTS, andererseits ließ aber gleichzeitig außer Betracht, daß sie eine Logik der Erfahrung ist. Er hielt sich gar nicht an diese Logik. Er unterließ vor allem jede Auseinandersetzung mit der III. Antinomie und

---

181 Kritik der reinen Vernunft^2 (1787, Suhrkamp 1977) 325. Siehe dazu HANS KELSEN, Allgemeine Theorie der Normen (1979) 62 ff.

182 In diesem Zusammenhang erscheint es höchst sinnvoll, über das naturwissenschaftliche Experiment und über die Bedeutung der methodologischen Regeln der Naturwissenschaft für die willkürliche Auslösung bruchstückhafter Kausalitäten nachzudenken und nach einem Erklärungszusammenhang von Natur und experimentellen Eingriff in die Natur nach den Regeln wissenschaftlichen Denkens zu suchen. Die Analogie zum juristischen Handeln drängt sich dabei unabweislich auf. Siehe dazu KELSENS überraschenden Vergleich der Setzung von individuellen Rechtsnormen mit dem naturwissenschaftlichen Experiment. KELSEN sieht in der wissenschaftlichen Befassung mit beiden eine Analogie zwischen Rechtswissenschaft und Naturwissenschaft, Reine Rechtslehre^2 (1960) 85.

183 Das wurde schon von ERNST ZITELMANN, Irrtum und Rechtsgeschäft (1879) 200 in Anlehnung an SIGWART u.a. richtig erkannt und findet seine erkenntnistheoretische Fundierung in KANTS Kritik der reinen Vernunft^2 (1787, Suhrkamp 1977), in den Ausführungen über die Antinomie, insbesondere über die III. Antinomie 427 ff und deren Auflösung 488 ff.

184 KELSEN, Allgemeine Theorie der Normen (1979) 131 meint, daß "zwischen zwei Willensakten als realen Seins-Tatsachen keine logische Beziehung bestehen kann".

deren Auflösung bei KANT und ignorierte sogar KANTS *Kritik der teleologischen Urteilskraft mit den Begriffen des nexus finalis und der technica intentionalis in der Kritik der Urteilskraft*.

KELSEN wurde wegen seiner erkenntnistheoretischen Grundpositionen auch mit Recht sehr angegriffen, und insbesondere nach dem Zweiten Weltkrieg in die Enge getrieben. Und plötzlich erkannte er, daß seine Gegner eigentlich Recht haben und meinte nun völlig zu Recht, die *Grundnorm* sei keine Annahme, *keine Hypothese*, die in ihrer Gültigkeit bewiesen werden könnte, sondern die Grundnorm sei eine *Fiktion* im Sinne der Philosophie des "Als Ob" von VAIHINGER, für die ein fingierter Willensakt vorauszusetzen sei[185]. Daß er dabei gleichzeitig Bereiche des Sollens mit Bereichen des Seins, wenn auch fingiert, direkt miteinander verknüpfte, scheint ihm gar nicht bewußt geworden zu sein.

Damit ist KELSEN schließlich am Ende seines Lebens weitgehend dorthin gelangt, wo er ursprünglich absolut nicht hinkommen wollte. Ursprünglich hatte er der Fiktion ebenso den unerbittlichen Kampf an gesagt wie der Verbindung von Sein und Sollen. Mit seinem Einbekenntnis des erkenntnistheoretischen Fehlers zeigt er nun aber, daß die Grundnorm immer schon eine bloße Fiktion war, der dennoch positivrechtliche Eigenschaften wie Geltung und Rechtserzeugungsfunktion zugeschrieben werden. Die Grundnorm wird nun nicht bloß als eine fingierte Rechts*norm* aufgefaßt, sondern sogar noch einem fingierten *Willensakt* als fingierter sozialer Realität zugeschrieben. Dabei läßt es KELSEN offen, ob nun dieser fingierte Willensakt als eine conditio per quam (selbstverständlich nur fingiert) oder als eine conditio sine qua non aufzufassen ist.

---

185 In der FS Nipperdey 1965, Zum Begriff der Norm 63: "Eine bloß gedachte Norm ist der Sinn eines fingierten Willensaktes, zum Unterschied von einer positiven Norm, die der Sinn eines realen Willensaktes ist. Ganz allgemein formuliert: kein Sollen ohne ein - wenn auch nur fingiertes - Wollen". - Es erscheint sinnvoll, in diesem Zusammenhang eine Passage aus der Reinen Rechtslehre^2 (1960) 182 für einen analogen Gedanken heranzuziehen: "Die Mißdeutung der anthropomorphen Metapher als reales Wesen, als eine Art Übermensch oder Organismus ist die unzulässige Hypostasierung eines Denkbehelfes oder Hilfsbegriffes, der zum Zweck der Vereinfachung und Veranschaulichung der Darstellung eines komplizierten rechtlichen Sachverhaltes von der Rechtswissenschaft konstruiert ist. Solche Hypostasierung hat nicht nur eine Verdunkelung des zu beschreibenden Sachverhaltes zur Folge, sondern führt auch zu Scheinproblemen, um deren Lösung sich die Wissenschaft vergeblich bemüht. Solche Scheinprobleme spielen eine besonders verhängnisvolle Rolle, wenn die juristische Person des Staates hypostasiert wird und dann die Frage nach dem Verhältnis auftaucht, in dem diese Realität zu dem Recht, 'ihrem' Recht steht". - Im Licht dieser Aussage ist es besonders reizvoll, KELSENS unerbittliche Polemik gegen SCHWIND zu lesen und über die von ihm dort angebotenen Erklärungen von der Grundnorm, von der Hypothese und von der Hypostasierung vergleichsweise nachzusinnen (Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie [1928] 23 ff, insbesondere 28 f), wo SCHWIND vorgeworfen wird, daß er "offenkundig keine Ahnung vom Wesen der *Hypothese*" habe. Siehe dazu aber auch KELSENS Auseinandersetzung mit dem Fiktionsbegriff bei VAIHINGER aus dem Jahr 1919, Zur Theorie der juristischen Fiktionen, Annalen der Philosophie 1 (1919) 630 ff = WRS II (1968) 1215 ff und die Begriffe von Fiktion und Hypothese sowie ihren Unterschied und ihren Gegensatz bei VAIHINGER selbst.

Diese dialektische Neuorientierung hat aber nicht nur für die Grundnorm weitreichende Konsequenzen. Die ganze "Reine Rechtslehre" steht nämlich nicht nur methodologisch, sondern auch erkenntnistheoretisch unter der formalen Annahme, die KELSEN mit der Grundnorm vorausgesetzt und in die Grundnorm eingekleidet der Öffentlichkeit angeboten hat, weil in ihr die methodologische Grundentscheidung für die Reinheit einer normativen Rechtstheorie gründet. So gesehen erscheint die "Reine Rechtslehre" nun überhaupt zur Gänze als eine komplexe, systematisch gegliederte Fiktion[186]: "Mit demselben Rechte, mit dem ich das Sollen ein fingiertes Sein, könnte ich das Sein ein fingiertes Sollen nennen. Darum kann ein normativer Begriff wohl in sich selbst widerspruchsvoll sein, er kann aber nie zur Wirklichkeit in Widerspruch geraten. Denn normative Erkenntnis ist überhaupt nicht auf das Sein gerichtet"[187].

2. KELSEN hat im Lauf der Zeit die wichtigsten seiner früheren Grundpositionen entweder modifiziert oder weitgehend aufgegeben, wie etwa die *Trennung von Sein und Sollen* und den *Absolutheitsanspruch des Rechtssatzes*, zugleich als hypothetisches Urteil und Sanktionsnorm, *gegenüber dem Imperativ*. Nur zur Einbeziehung des *Zweckes* in die rechtstheoretische Betrachtung konnte er sich letztlich doch nicht entschließen, weil er in der teleologischen Notwendigkeit eine bloß kausale sah[188]. Dabei sind eigentlich immer nur die Probleme dieselben geblieben, nicht jedoch die Lösungsversuche KELSENS. Die von KELSEN angeschnittenen rechtstheoretischen Probleme sind noch immer von allergrößter Bedeutung, nicht nur in der Lehre von KELSEN. KELSEN war aber schon zu Beginn seiner ersten großen Arbeit über die *Hauptprobleme* mehreren verhängnisvollen Irrtümern erlegen. Darunter vor allem der Vorstellung, er habe in der juristischen Begriffsbildung die Freiheit, den Gegenstand *positives Recht* ebenso hintanzustellen wie die allgemeinen Regeln der Logik und der Erkenntnistheorie. Diese Freiheit nahm er sich sogar unter gleichzeitiger Berufung auf

---

186 Siehe dazu die kritische Auseinandersetzung KELSENS mit VAIHINGERS Theorie von den juristischen Fiktionen, WRS II (1968) 1215 ff.

187 Zur Theorie der juristischen Fiktionen, WRS II (1968) 1239.

188 Allgemeine Theorie der Normen (1979) 7 ff insbesondere 9 und dazu die FN 16 auf Seite 231 ff, insbesondere 232, mit einer höchst problematischen Kritik an der ihm immer unverständlich gebliebenen Zwecktheorie von RUDOLF EISLER (Der Zweck 1914). Damit stellt sich KELSEN aber auch gegen SIGWART und WUNDT, deren starke Bindung an die KANTische Erkenntnistheorie er anscheinend nie zur Kenntnis nehmen wollte.

die transzendentale Logik KANTS[189], die zweifellos eine Logik der Erfahrung ist[190]. Er bediente sich aber auch der Logik WUNDTS und SIGWARTS nach seinem Belieben.

Gewiß war es von KELSEN richtig zu bedenken, daß auch der Rechtswissenschaftler gut daran tut, sich *wissenschaftstheoretisch* zu orientieren. Zunächst war es auch richtig davon auszugehen, daß der Rechtswissenschaftler gut daran tut, sich auch *erkenntnistheoretisch* und *logisch* zu orientieren. Und es war schließlich auch richtig sich vorzustellen, daß die Rechtswissenschaft, soll sie als Wissenschaft ernst genommen werden, einer entsprechenden *Methode* bedarf. Das heißt, sie bedarf nicht nur der Erkenntnisvoraussetzungen, sondern auch der Denkweisen, der Denkverfahren und der Denkmittel, die geeignet sind, den Gegenstand *positives Recht* erkenntnismäßig erfassen und durchdringen zu helfen.

Aber KELSEN hat aus der damaligen Diskussion um die wissenschaftstheoretische Orientierung der Wissenschaften einfach die wissenschaftstheoretische Entscheidung für den *vordergründigen Dualismus von Kausalwissenschaften und Normwissenschaften* (Naturwissenschaften - Geisteswissenschaften)[191] unkritisch übernommen. Von daher erklärt sich auch sein problematisches Verständnis vom Dualismus von Sein und Sollen, das ihm sogar zu einer Zweiteilung der Gesellschaftswissenschaften in kausale und normative veranlaßte. KELSEN zog in Verbindung mit dem Dualismus von Sein und Sollen aus dem Unterschied zwischen Kausalwissenschaften und Normwissenschaften bzw. später aus dem Unterschied zwischen Naturwissenschaften und Geisteswissenschaften geradezu regulative Konsequenzen auf das Verhältnis von Sein und Sollen im Recht statt umgekehrt. Er schloß aus einer vordergründigen Einteilung und Standortbestimmung der Wissenschaften für ihre allgemeinen Denkweisen auf das Verhältnis der Kategorien zueinander und dessen richtungweisende Bedeutung für die einzelnen Wissenschaften und ihre Erfahrungsobjekte. Weil er die apriorischen Kategorien voneinander getrennt sieht, findet er sich auch genötigt, den

---

189 Das Problem der Souveränität (1920) Vorrede VI: "Worauf es allein ankommt ist: sich des - relativen - a priori dieses Systems bewußt zu werden. Ich versuche dies gestützt auf die KANT'sche Transzendentalphilosophie ..." Parallelstellen dazu findet man auch in den zwei Auflagen der "Reinen Rechtslehre".

190 Kritik der reinen Vernunft[2] (1787, Suhrkamp 1977) 97 ff: "Ohne Sinnlichkeit würde uns kein Gegenstand gegeben, und ohne Verstand keiner gedacht werden. Gedanken ohne Inhalt sind leer, Anschauungen ohne Begriffe sind blind" (98). Siehe dazu die Hinweise bei GÜNTHER WINKLER, Sein und Sollen, Zur Anwendbarkeit der transzendentalen Logik auf das rechtstheoretische Denken, Rechtstheorie, Beiheft 1 (1979) 177 ff.

191 Siehe dazu WILHELM WUNDT, Logik II[4] (1920) Das System der Wissenschaften, 85 ff, insbesondere aber 89 ff. *Derselbe*, Logik III[3] (1908) 1 ff, 513 ff; insbesondere aber zur Rechtswissenschaft und zu ihren Methoden 568 ff und 596 ff. JULIUS BINDER, Rechtsphilosophie (1925), nennt WINDELBAND als Gewährsmann für KELSENS Denkansatz.

Gegenstand *Recht kategorial zu teilen*. KELSEN geriet daher zwangsläufig auch in einen Gegensatz zunächst nicht nur zu WILHELM WUNDT[192], CHRISTOPH SIGWART[193], HANS VAIHINGER[194] und ERNST ZITELMANN[195]. Er setzte sich bewußt in einen Gegensatz zu RUDOLF EISLER[196], HEINRICH RICKERT[197], zu EMIL LASK[198], zu FELIX SOMLO[199] und später auch noch zu HERMANN HELLER[200], die mit KANT richtigerweise den Begriff der *Naturwissenschaften* und nicht der *Kausalwissenschaften* dem Begriff der *Kulturwissenschaften* gegenüberstellten, und einen Begriff von den *Kulturwissenschaften* annahmen, in dem auch die *Rechtswissenschaft* ihren Platz findet[201], *die richtigerweise als eine empirische Wissenschaft zugleich des Normativen und des Faktischen im Recht aufgefaßt wird*[202].

Trotz seiner unbestreitbar richtigen Einsichten in die Notwendigkeit einer Orientierung des rechtswissenschaftlichen Denkens an theoretischen Voraussetzungen machte KELSEN von Anfang an entscheidende Fehler. Nicht nur, daß er mit seiner wissenschaftstheoretischen und wissenschaftssoziologischen Orientierung zu eng

---

192 Logik III (1908).

193 Logik^5 (1924), 1. Auflage 1873/78, 3. Auflage 1904, 4. Auflage 1911.

194 Die Philosophie des Als Ob$^{9/10}$ (1927), 1. Auflage 1911, 7/8. Auflage 1922, 9/10. Auflage 1927.

195 Irrtum und Rechtsgeschäft (1879) 200 ff.

196 Der Zweck. Seine Bedeutung für Natur und Geist (1914).

197 Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft^3 (1915), 4/5. Auflage 1921.

198 Rechtsphilosophie, in: Windelband (Hrsg.) Die Philosophie im Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts (1907) 269 ff.

199 FELIX SOMLO, Juristische Grundlehre (1917^1, 1926^2) 24 f.

200 Zur Veranschaulichung siehe HERMANN HELLER, Staatslehre^3 (1963), 1. Auflage 1934, insbesondere zur Methode 50 ff. Demgegenüber vergleiche die Polemiken in: VVDStL 5 (1929) und VVDStL 4 (1928).

201 Zum Verständnis für das Grundsätzliche siehe HERMANN HELLER, Staatslehre (1934) 30 ff, insbesondere 32 ff und HEINRICH RICKERT, Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft^3 (1915) sowie FELIX SOMLO, Juristische Grundlehre^2 (1927) und JULIUS BINDER, Rechtsphilosophie (1925).

202 EMIL LASK, Rechtsphilosophie (1907) 297 ff; insbesondere 305: "Für uns dagegen kann die juristische Wissenschaft nur die ganz unvergleichbare Methode eines rein empirischen Operierens mit einer gedachten Welt von Bedeutungen darstellen". LASK handelt sodann vom ständigen Ineinandergreifen von lebendiger Wirklichkeit und rechtlicher Bedeutung (309). Unter Berufung auf ZITELMANN u. a. erwähnt LASK dann eine eigene juristische Kausalität, die in Analogie zur natürlichen geschaffen ist (310). FELIX SOMLO, Juristische Grundlehre^2 (1926) 52 ff, 61 f. Siehe aber auch schon WILHELM WUNDT, Logik III^3 (1908) 577 ff und 596 ff.

ansetzte; er zog aus den allgemeinen formal-logischen Denkweisen oder Denkformen, die eigentlich nur erkenntnisfördernden Charakter haben, auch methodologisch-normative Konsequenzen für den Gegenstand Recht und seine Betrachtung. Über den vordergründigen wissenschaftstheoretischen Dualismus von Kausalwissenschaften und Normwissenschaften (Geisteswissenschaften, Gesellschaftswissenschaften) geriet er in einen unüberbrückbaren erkenntnistheoretischen Gegensatz von Sein und Sollen, den er mit dem Gegensatz von rein kausaler Natur und rein normativem Recht geradezu identifizierte[203]. Dieser Gegensatz verfestigte sich in seiner Lehre so sehr, daß er sein Leben lang nicht mehr davon loskommen konnte und sich selbst den Weg versperrte, das geistige Sein und das soziale Sein zwar vom natürlichen Sein zu unterscheiden, doch schließlich die verschiedenen Arten des Seins und das Sollen in der Gegenstandserkenntnis dennoch zwangsläufig miteinander verbunden zu sehen und den Zweck im Recht zu erkennen. Der verhängnisvolle Fehler lag darin, daß KELSEN die abstrakte, transzendental-logische, also die rein erkenntnistheoretische Ebene und die ihr vorgegebene empirische Ebene der Vorstellungen häufig miteinander verschmolz und die apriorischen Begriffe und Kategorien überdies ständig mit den Gegenständen der Erkenntnis schematisch identifizierte: den apriorischen Begriff des Seins mit der kausalen Natur und den apriorischen Begriff des Sollens mit der Normenordnung des Rechts und der Moral[204]. So mußte er geradezu zwangsläufig zur Trennung des Gegenstandes Recht in einen reinen Sollensbereich und in einen reinen Seinsbereich gelangen.

KELSEN hatte schon mit den *Hauptproblemen* (1911) diesen entscheidenden Fehlweg eingeschlagen. Man muß ihm dabei aber zugute halten, daß er die *Hauptprobleme* bereits als junger Doktor iuris geschrieben hat, ohne große Wissenschaftserfahrung und ohne ausreichende konkrete Rechtserfahrung. Solch ein Werk, wie die *Hauptprobleme*, hätte er wohl erst schreiben sollen, als er sich bereits einigermaßen im Zustand des wissenschaftlichen Erwachsenseins befand. Und erwachsen wird man als Mensch und als Jurist viel später, als man wahrhaben möchte, solange man noch jung ist; erwachsen wird man viel früher, als man hinzunehmen geneigt ist, wenn man bereits älter geworden ist. Rückblickend auf mich selber scheint es mir, daß man in seiner Jugendzeit eigentlich nicht schnell genug erwachsen sein kann. Wenn man hingegen älter wird, möchte man ewig jung bleiben. Erwachsensein bedeutet, über eine Erfahrungsdichte verfügen, sowohl als Mensch als auch in seiner Anschauung vom wissenschaftlichen Gegenstand. Erwachsensein bedeutet aber auch, aus der Erfah-

---

203 Allgemeine Theorie der Normen (1979) 7 ff, 17 ff, 19 ff, 44 ff, 48 ff; ferner 232 f.

204 Siehe zu dieser Thematik die Ausführungen KANTS, Kritik der reinen Vernunft[2] (1787, Suhrkamp 1977) zum regulativen Gebrauch der Ideen der reinen Vernunft 563 ff; insbesondere die Ausführung zur völligen "Reinigkeit von Begriffen" 566.

rungsdichte die Fähigkeit zur Gelassenheit und Distanz des kritischen Urteils, eines erarbeiteten, eines vielfach durch Erfahrung und Anschauung erarbeiteten und immer wieder kritisch überprüften wissenschaftlichen Urteils erworben zu haben. Im Laufe der Zeit hat ein Wissenschaftler, der ernst genommen sein will, und der sich selber ernst nimmt, wohl zahlreiche gegenstandsgebundene Arbeiten geliefert, in denen er sich selber erprobt hat und durch die er im Lauf der Zeit zum kritischen und selbstkritischen Denken gelangt ist, von dem er sagen kann, daß es jenes wissenschaftliche Niveau und jene wissenschaftliche Reife erlangt hat, die ihn legitimiert, den großen Wurf einer eigenständigen Lehre zu wagen. Doch KELSEN war zur Zeit der ersten Auflage der *Hauptprobleme* noch nicht so weit. Er war damals noch unreif, jung, stürmisch, aggressiv und kritisch, geradezu mit Leib und Seele einem von ihm selbst bereiteten Instrumentarium der formalen Logik verschrieben, obwohl seine Lehre noch "nicht fertig" war[205].

KELSEN wollte die wissenschaftliche Welt aufrütteln und glaubte an *seinen Rechtssatz* wie an eine Offenbarung. Ihn bot er, später fundiert durch *seine Grundnorm*, letzten Endes nach mehreren *Metamorphosen*, im Laufe der Zeit in verschiedenen Bedeutungen, im Singular und im Plural immer wieder dar. Er identifizierte ihn mit dem reinen Sollen. Er destillierte aus ihm die Norm und das Rechtsgesetz[206]. In eine zweifache Dualität gespalten, leitete er aus dem Rechtssatz die (Rechts-) Norm als hypothetisches Urteil (die Sanktionsnorm) auf der einen Seite und das Rechtsgesetz auf der anderen Seite ab. Schließlich fand er - zur Zeit der Neige seines Lebens - über den Rechtssatz und die Sanktionsnorm sogar den Weg zurück zum doppelten Imperativ[207], den er BINDING und THON, aber auch BIERLING in eloquenter und breit angelegter Form im Jahr 1911 zum Vorwurf gemacht hatte[208].

Das Dilemma, in das KELSEN im Lauf der Zeit geraten ist, rührt vor allem daher, daß er seine ersten wissenschaftstheoretischen Entscheidungen autodidaktisch

---

205 Auch nach seinen eigenen Worten: VVDStL 5 (1929) 180. KELSEN nannte die Hauptprobleme mit Recht sein "Jugendwerk" und bekannte, daß seine Lehre nicht von allem Anfang an fertig war.

206 Darin folgte er ERNST ZITELMANN, Irrtum und Rechtsgeschäft (1879) 200 ff.

207 Allgemeine Theorie der Normen (1979) 43: "... wenn man annimmt, jede generelle Rechtsnorm sei die Verbindung von zwei Normen, von denen die eine ein bestimmtes Verhalten der Rechtssubjekte als gesollt setzt, die andere für den Fall der Verletzung dieser Norm die Setzung eines bedingten Zwangsakts seitens eines Rechtsorganes als gesollt setzt". Siehe demgegenüber Hauptprobleme[1] (1911) 201 ff. "Der nackte Imperativ als solcher, der nichts zum Inhalt hat als den auf das Verhalten der Untertanen gerichteten Willen des Staates, ist also durchaus ungeeignet, den Zweck der Rechtsordnung ... zu erfüllen" (203). "Damit ist die Imperativtheorie mit ihren eigenen Voraussetzungen widerlegt" (208).

208 Hauptprobleme (1911) 270 ff, 299 ff, vergleiche aber auch 201 ff, 210 f. Siehe dazu auch noch die Allgemeine Staatslehre (1925) 54.

zubereitet und für absolut verbindlich genommen und geradezu unerbittlich verteidigt hat. Das hatte zur Folge, daß er ein Leben lang nicht von ihnen los konnte, obwohl er im Lauf der Zeit viele Grundbegriffe preisgeben mußte. Sein *formal-logischer Dogmatismus* aus dem Jahr 1911 wurde ihm zum Verhängnis. Die Umkehr in Richtung auf eine mehr *gegenstandsorientierte empirische Rechtstheorie, die vor allem die Denkformen des Seins und des Sollens in ihrer Anwendung auf die Rechtsbetrachtung gegenstandsadäquat miteinander verbindet*, erfolgte viel zu spät, um noch ein schlüssiges, erkenntnistheoretisch und methodologisch fundiertes System daraus werden zu lassen.

3. Die allzu frühe erkenntnistheoretische Entscheidung über die *Trennung von Sein und Sollen* in der Rechtswissenschaft und im Recht war von Anfang an fatal. *Denn Sein und Sollen sind weder im Recht noch in der Rechtswissenschaft, noch in anderen empirischen Sozialwissenschaften, ja nicht einmal in den Naturwissenschaften trennbar.* Sein und Sollen sind nämlich apriorische Begriffe mit kategorialem Rang, also allgemeinste Vorstellungen, reine Formen unseres Denkens aus Anschauung, vergleichbar den apriorischen Begriffen von Raum und Zeit und daher unserem ganzen Denken gleichermaßen inhärent[209]. Sie sind nur an sich voneinander wesensverschieden. Es gibt aber keinen geistigen Gehalt, kein Bewußtsein und keine Anschauung, keine Reflexion über Bewußtsein und Anschauung in den Bereichen der Erfahrung, die nicht *gleichzeitig unter den Vorstellungen von Raum und Zeit* gedacht werden sollten, könnten oder müßten. Alles was wir denken, ist *gleichzeitig* unter den Vorstellungen von Raum und Zeit gedacht und auch nur so verstehbar.

Alles, was wir denken und tun, ist aber auch gleichzeitig unter den Vorstellungen und im Dualismus von Sein und Sollen gedacht. Daß etwas ist und daß wir etwas tatsächlich tun, ist unserem Bewußtsein ebenso gegenwärtig wie, daß etwas sein soll und daß wir etwas tun sollen. Daher ist auch das, was wir tun oder was wir getan haben, dennoch auch als ein Gesolltes zu denken. Dabei ist das Sollen des Tuns nicht unbedingt entweder nur ein moralisches oder nur ein rechtliches. Gemeinschaftsbezogenes Tun und Lassen der Menschen ist nämlich schlechthin zweckhaft und trägt das Sollen des objektiv Zweckhaften als Wert in manch einer und mitunter auch in mehrfacher Hinsicht an sich. Ein reines Sollen, ohne Beziehung zum Sein und ohne Ver-

---

209 Die Analogie des Begriffspaars von Sein und Sollen zum Begriffspaar von Raum und Zeit schwebte offensichtlich schon GEORG SIMMEL vor. Vgl. dazu die Einleitung in die Moralwissenschaft I (1892) 1 - 15. KANT stellte zwar das Begriffspaar Sein und Sollen nicht im Kapitel über die transzendentale Ästhetik dar, er verwendete es aber sowohl in der Kritik der reinen Vernunft als auch in der Kritik der praktischen Vernunft, in der Kritik der Urteilskraft ebenso wie in der Grundlegung zur Metaphysik der Sitten völlig analog und begründete damit eine fundamentale Denkvoraussetzung nicht nur für die Rechtswissenschaft, sondern überhaupt für alle Sozialwissenschaften und für die Wissenschaften schlechthin.

knüpfung mit diesem, ist in einer Betrachtung, die das positive Recht zum Gegenstand hat, jedenfalls sinnlos[210].

KELSEN *erkannte nicht, daß es eine Art Trennung von Sein und Sollen im Sinn einer strengen Unterscheidung zwar im begrifflich-apriorischen, erkenntnistheoretischen Bereich, nicht jedoch in der Anschauung von den Gegenständen und in der Welt der Erfahrung geben kann.* Ihm blieb verborgen, daß in den Phänomenen unserer Anschauung die *Notwendigkeit der Verbindung der apriorischen Begriffe und der apriorischen Kategorien manifest* wird. *Erfahrung aus Anschauung ist wesensgemäß synthetisch, weil die Gegenstände der Erfahrung synthetisch sind. Die Trennung im Sinn einer strengen Scheidung und insofern trennenden Unterscheidung* gibt es nur im Bereich des reinen transzendental-logischen Denkens, im Bereich des apriorisch Begrifflichen und des apriorisch Kategorialen an und für sich, und selbst dort sind Sein und Sollen im Sinne KANTS synthetisch zu denken[211]. Alle apriorischen Begriffe und alle apriorischen Kategorien sind gewiß je und je ursprünglich und insofern voneinander unabhängig und *insofern getrennt vorstellbar*, sie gehören aber in ihrer Gesamtheit zum Gedankengefüge und zur Systemeinheit der ursprünglichen Begriffe und ursprünglichen Kategorien und der ihnen zuordenbaren Urteile. Aus dem apriorischen *Begriff* des Seins kann man gewiß ebenso wenig den apriorischen *Begriff* des Sollens logisch ableiten (deduzieren) wie aus dem apriorischen Begriff der Zeit den apriorischen Begriff des Raumes. Sie alle sind ursprüngliche Formen unserer Anschauung und damit auch unseres Denkens[212]. *Doch in der Welt des konkretisierten Geistes, in der Welt geistiger, sozialkultureller Realität und in der Welt natürlicher Wirklichkeit und Erfahrung, in der wir leben, sind die apriorischen Begriffe und die apriorischen Kategorien in ihrer Anwendung auf Gegenstände unserer Anschauung und unseres Denkens als gleichzeitig, als nebeneinander und als aufeinander bezogen manifest. Es ist nur unser wissenschaftliches Bedürfnis nach Unterscheidung, welches uns in den Gegenständen unserer Erfahrung durch die Erkenntnisformen der apriorischen Begriffe und der apriorischen Kategorien das jeweils Verschiedene, das Besondere, das Gemeinsame, das Ähnliche und das für uns Er-*

---

210 Siehe dazu KANT, Kritik der Urteilskraft[3] (1799, Suhrkamp 1977), insbesondere Teil II: Kritik der teleologischen Urteilskraft, Einleitung 78 ff; des weiteren 305 ff. KANT bietet seine teleologische Naturlehre, mit den Begriffen der "technica naturalis" und des "nexus effectivus" wiederholt und mit Beispielen der Veranschaulichung versehen, als eine *Analogie zur Kunst* an, *die Kausalität nach Ideen zu versuchen*. Dabei verwendet er die Begriffe des "nexus intentionalis" und der "technica instrumentalis" analog (305 ff, 320, 341).

211 Kritik der reinen Vernunft[2] (1787, Suhrkamp 1977) 135: "... denn alle Kategorien gründen sich auf logische Funktionen in Urteilen, in diesen aber ist schon Verbindung, mithin Einheit gegebener Begriffe gedacht. Die Kategorie setzt also schon Verbindung voraus".

212 ARNOLD KITZ, Seyn und Sollen (1864) handelt von "allgemeinsten Denkbestimmungen" 65 ff, 74 ff.

hebliche oder Beachtliche hervorstechend erkennbar macht. Vor allem in der Analyse, weil diese eine denknotwendige Voraussetzung der Synthese ist. Daher ist es schlechthin verfehlt, komplexe Gegenstände unseres Denkens und unserer Anschauung, wie das positive Recht, gewissermaßen apriorisch-begrifflich und apriorisch-kategorial zu trennen, zu zerlegen und zu teilen, sie ihrer Komplexität zu berauben, sie damit einem adäquaten Sinnverständnis zu entziehen und auf solche Weise den Weg zur Gegenstandserkenntnis erkenntnistheoretisch zu versperren.

So gesehen, offenbart sich nun auch die Erklärung für das bis in das Grundsätzliche reichende Mißverständnis von KANT durch KELSEN. KANT hat keineswegs so gedacht, wie es KELSEN annimmt. Aus KANT läßt sich daher kaum etwas von dem, was KELSEN *erkenntnistheoretisch* so eigenwillig entwickelt hat, ernsthaft begründen. KANT stellte mit gutem Grund nicht etwa *Kausalität* und *Zurechnung* im formal-logischen Sinn einander gegenüber. KANT *handelte vielmehr von zweierlei Arten von Kausalität*[213]. *Nichts, was als Wirkung oder als Hervorbringung von uns wahrgenommen wird, kann ohne die Ursache vorgestellt werden, die es hervorgebracht hat. Die Ursache ist entweder eine solche, die aus der Notwendigkeit der Natur zu erklären ist, oder sie ist eine Ursache, die aus der menschlichen Handlung kommt, welche vom Willen getragen ist, der seinerseits von der Freiheit geprägt wird. Die Kausalität nach der Natur*[214] *und die Kausalität aus Freiheit*[215], das wäre *nach* KANT *der richtige Dualismus von Gesetzlichkeiten des Seins und des Sollens*, einerseits in der Welt der Wirklichkeit des Natürlich-Kausalen und andererseits in der Welt der Wirklichkeit des Sozial-Kulturell-Kausalen[216].

---

213 Kritik der reinen Vernunft[2] (1787, Suhrkamp 1977) III. Auflösung der kosmologischen Ideen von der Totalität der Ableitung der Weltbegebenheiten aus ihren Ursachen, 488 ff; 492 ff; insbesondere 498 ff. Siehe dazu die anschauliche Präzisierung der Kausalität aus Freiheit in der Grundlegung zur Metaphysik der Sitten[2] (1786, Suhrkamp 1977) 81 ff. Dazu siehe die Nutzanwendung in der Kritik der praktischen Vernunft (1788, Suhrkamp 1977). Darin folgte ihm offensichtlich auch ERNST ZITELMANN, von dem KELSEN zwar seine "Krönungsideen" vom Rechtssatz und vom Rechtsgesetz bezog, dem er aber die Gefolgschaft in die doppelte Kausalität verweigerte.

214 Gesehen durch die Kategorie der *Relation* als Inhärenz bzw. Kausalität und Dependenz, der Gemeinschaft und durch die Formen der "Urteile der Relation". Kritik der reinen Vernunft 118 ff und 111 ff.

215 Gesehen durch die Kategorien der *Relation* als Subsistenz bzw. Kausalität und Dependenz, der Gemeinschaft, sowie durch die Formen des hypothetischen und des disjunktiven Urteils. Kritik der reinen Vernunft 118 ff und 111 ff.

216 Vgl. dazu auch JULIUS BINDER, Philosophie des Rechts (1925) 1. Kapitel "Philosophische Grundlegung" 1 ff, 53 ff, 59 ff, 64 f. Ferner § 4 "Begriff der Kulturphilosophie" 96 ff, 108 ff; § 5 "Begriff der Rechtsphilosophie" 118 ff, 164 ff, 168 ff, 190 ff; 2. Kapitel "Der Begriff des Rechts". § 6 "Das empirische Recht" 212 ff, 230 ff und schließlich 6. Kapitel "Rechtswissenschaft", 836 ff, 853 ff, insbesondere 857 u. 903. BINDER wirft KELSEN die Verwechslung von *Sein* und *Seinsollen* vor (863). BINDER liefert dabei eine ausführliche und wohlbegründete Auseinandersetzung mit KELSENS formaler Rechtslehre und stellt mit Recht fest, daß auch KELSEN nicht um die Tatsache herum kommt, daß das Recht eine positive, em-

Dabei kann man vernachlässigen, daß KANT seine überwiegend an naturwissenschaftliches Denken angelehnte Erkenntnislehre in den Dienst der Ethik stellte. In den Abgrenzungen der Moral von anderen Normenordnungen findet man nämlich in seiner Lehre ein reichhaltiges Instrumentarium auch für die Kultur- und Sozialwissenschaften, die es zur Zeit KANTS zwar noch nicht gegeben hat, deren Gegenstände aber unzweifelhaft bereits zu KANTS Zeit erkennbar waren und von KANT gewissermaßen nur nebenbei abgetan wurden. Seine Erkenntnistheorie ist trotz ihrer Indienstnahme für die Ethik eine universale, d.h. eine allgemein brauchbare Voraussetzung jeglichen wissenschaftlichen Denkens.

KELSEN hat vor allem die *Kritik der reinen Vernunft* von KANT und ihre Nutzanwendung in der *Kritik der Urteilskraft*[217] mit der Gegenüberstellung von Sein und Sollen, ferner über die *Methodenlehre der teleologischen Urteilskraft* niemals wirklich gründlich durchdacht[218]. Er hat KANT in seinen apriorisch begrifflichen und apriorisch kategorialen Grundlegungen weder angenommen noch seiner "Reinen Rechtslehre" die transzendentale Ästhetik und die transzendentale Logik KANTS, als Logik der Erfahrung, tatsächlich zu Grunde gelegt, sondern seine eigene bloß konstruierte. KELSEN konnte daher auch RUDOLF EISLERS an KANT orientierte Zwecktheorie Zeit seines Lebens nicht begreifen. Wäre KELSEN wenigstens ab dem Jahr 1914 EISLER, LASK, SOMLO oder später BINDER gefolgt, dann wäre er mit seiner Rechtstheorie höchstwahrscheinlich zu einem bleibenden und festgefügten System von großer Überzeugungskraft gelangt, und die ständigen theoretischen Positionsänderungen wären ihm erspart geblieben. Für KELSENS Theorie hätte es allerdings auch genügt, sich vor allem zur Beginnzeit tiefgründiger mit WUNDT[219], SIGWART[220], mit ZITELMANN[221] und

---

pirische Ordnung ist (867). Mit Recht kritisiert BINDER an KELSEN aber auch die "bewußt verteidigte Identifikation von Sein und Natur, Wirklichkeitswissenschaft und Naturwissenschaft" 861 f. Siehe auch FELIX SOMLO, Juristische Grundlehre^2 (1927) 24 ff, 52 ff, 62 f; ferner ERNST RUDOLF BIERLING, Juristische Prinzipienlehre V (1917) 189 ff, 204 ff. Siehe aber vor allem RUDOLF EISLER, Der Zweck (1914) der an KELSEN vor dem Hintergrund seiner überzeugenden Theorie begründete Kritik übte.

217 1799, Suhrkamp 1977, 305 ff, insbesondere 356 f, 371 ff.

218 Nur wenige Hinweise KELSENS auf die Lehre KANTS beziehen sich auf die Kategorienlehre in der Kritik der reinen Vernunft.

219 WILHELM WUNDT, Logik I^4 (1919) 374 ff, mit den entsprechenden Passagen der dritten Auflage zu den "allgemeinen Richtungen des Denkens"; ferner Logik III^3 (1908) 1 ff, 26 ff (Prinzipien und Methoden der Geisteswissenschaften), 458 ff (Logik der Gesellschaftswissenschaften), 664 ff (Methoden der Philosophie).

220 CHRISTOPH SIGWART, Logik I (1. Auflage 1873, 2. Auflage 1888, 3. Auflage 1904, 5. Auflage 1911) und II (1. Auflage 1878, 2. Auflage 1893, 3. Auflage 1904, 5. Auflage 1924).

221 Irrtum und Rechtsgeschäft (1879).

mit BIERLING[222] zu befassen oder auch nur mit KITZ[223], der *seinen Kant* besser verstanden hat, wiewohl er manche mißverständliche, weil nur begrenzt gültige Formulierungen hinterlassen hat, die offensichtlich von KELSEN völlig irrig aufgegriffen wurden, wie etwa die Feststellung, daß "aus dem Seyn kein Sollen folgt" und daß es daher ein Drittes geben müsse[224]. Spätestens nach dem Erscheinen der Studie von EISLER[225] hätte KELSEN seinen fundamentalen erkenntnistheoretischen Irrtum erkennen und die entscheidende geistige Wende vollziehen sollen. Eine solche Wende hätte allerdings ein richtiges Verständnis von KANTS Erkenntnistheorie, wie sie sich in der Kritik der reinen Vernunft darbietet, unerläßlich gemacht. Weil jedoch KELSEN *an Stelle der transzendentalen Logik von* KANT eine problematische, selbstgemachte, *eine Kelsensche Logik* verwendete, mußte seine Theorie zwangsläufig erkenntnistheoretisch unfundiert bleiben. Von daher wird auch verständlich, warum die formale Logik und die Grammatik sogar in gegenstandsgebundenen Aussagen KELSENS geradezu den Rang normativer Regelsysteme einnehmen. Eine bloß konstruierte, erfahrungsentfremdete Logik genügt eben nicht für den Erkenntnisbedarf einer gegenstandsgebundenen Rechtstheorie, d.h. einer Theorie vom positiven Recht, die als eine rechtspositivistische deutbar ist. Das gilt auch für die Grammatik.

---

222 Juristische Prinzipienlehre I (1894).

223 ARNOLD KITZ, Seyn und Sollen (1864) 65 ff und 74 ff, 76 ff.

224 ARNOLD KITZ, a.a.O. 76 ff, insbesondere 82. Siehe dazu KELSENS Ausführungen zum "modalindifferenten Substrat" als einer grammatikalischen Brücke zwischen den transzendental-logischen Kategorien von Sein und Sollen: Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode (1911) = WRS I (1968) 6 ff. Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft (1916) = WRS I (1968) 37 f, insbesondere 65; Reine Rechtslehre^2 (1960) 6, wo von einem "Etwas" die Rede ist, das das eine Mal ein "ist", das andere Mal ein "sein soll" bedeutet. Dazu auch in der Fußnote gegen ALF ROSS, 19; ausführlich aber in der Allgemeinen Theorie der Normen (1979) 44 ff. Dieser Gedanke ist unverkennbar die Abwandlung einer Denkfigur von KITZ, Seyn und Sollen (1864) 76, der Sein und Sollen durch das tertium comparationis (sollte wohl heißen: coniunctionis) des Willens miteinander verbindet. KELSENS Gedanke vom "Denkmodus" stammt dabei aber offenkundig von GEORG SIMMEL, Einleitung in die Moralwissenschaft I (1892) 9. ALF ROSS, Recht und Wirklichkeit, JBl 1930, 245 ff, nimmt nicht nur zum "Substrat" kritisch "vernichtend" Stellung, sondern hält KELSEN mit Recht vor, die *psychologische* Morallehre SIMMELS in seine Formallehre vom Recht synkretistisch einbezogen zu haben, 249.

225 RUDOLF EISLER, Der Zweck. Seine Bedeutung für Natur und Geist (1914): Wesen und Arten der Teleologie 1, Teleologische Begriffsbestimmungen 30, Kausalität und Finalität 38, Zielstrebigkeit und Zweckmäßigkeit 55, Explikativer und normativer Zweckbegriff 65; ferner: Der Zweck in den Geistes- und Kulturwissenschaften 152, Der Zweck in den Sozialwissenschaften 165, Der Zweck in der Logik und Erkenntnistheorie 229.

X. Wissenschaftliche Gefolgschaft und Kritik

1. KELSENS "Reine Rechtslehre" war von Anfang an in ihren wissenschaftstheoretischen und erkenntnistheoretischen Prämissen ohne tragfähige Fundamente und sie ist es bis zur *Allgemeinen Theorie der Normen* auch geblieben. Das schmälert jedoch die wissenschaftspolitischen Verdienste KELSENS keineswegs. KELSEN setzte durch viele Jahrzehnte unüberhörbare Signale für eine wissenschaftlich selbstbewußte Rechtswissenschaft. Er wird daher mit Recht zu den Bedeutenden der Wissenschaft gezählt, mag auch seine Lehre eine wandelhafte, ewig unvollendete und auch unvollendbare sein. KELSENS Lehre ist gewiß erkenntnisfördernd. Allein schon deshalb, weil sie den Widerspruch provoziert. Sie war aber ständigen Veränderungen ausgesetzt und ist keineswegs wirklich so feiernswert, wie manche meinen. Ich glaube aber, daß überhaupt keine wissenschaftliche Hervorbringung so sehr feiernswert ist, als wäre sie einmalig und endgültig. Ich halte es daher auch für grotesk, Wissenschaftler in einer so unglaublichen Weise zu verherrlichen, wie es etwa JEREMY BENTHAM in London widerfährt, daß man ihn sogar zum mumifizierten Gegenstand eines *ewigen Kultes* erhoben hat. Das wissenschaftliche Werk eines Menschen muß jenseits jeden Kultes dem freien Urteil der Zeitgenossen und den Generationen ihrer Nachfolger überlassen bleiben.

Die *Metamorphosen der "Reinen Rechtslehre"* haben bei ROBERT WALTER anscheinend nur begrenzt Anerkennung gefunden[226]. Er huldigt noch immer der Rechtsnormvorstellung in der Konzeption der Jahre 1925 und 1934, als hypothetischem Urteil und als Sanktionsnorm und sieht demgemäß sogar im materiellen Verwaltungsrecht schlechthin einen *Bereich von Zwangsnormen*[227]. Der Umstand, daß die Logiker vom *Urteil* und nicht von der *Norm* handeln, und die Tatsache, daß sie die hypothetische und die kategorische Urteilsform als (sprachlich) vertauschbare (Ausdrucks)Formen auffassen, schien ihm zwar erwähnenswert, letztlich aber doch unerheblich[228]. Abgesehen davon, daß sich die logisch-normative Struktur der meisten Gebiete des materiellen (Verwaltungs)Rechts keineswegs überwiegend in Sanktions-

---

226 Der Aufbau der Rechtsordnung (1964/1974). Die Allgemeine Theorie der Normen fand vorderhand noch keinen Eingang in die dort formulierten rechtstheoretischen Grundpositionen WALTERS.

227 ROBERT WALTER - HEINZ MAYER, Grundriß des Besonderen Verwaltungsrechtes[2] (1987) Einleitung 1 ff: "Das Besondere Verwaltungsrecht ist ein *Bereich von Zwangsnormen*" (2).

228 ROBERT WALTER, Der Aufbau der Rechtsordnung (1964/1974) 22. Vergleiche demgegenüber den Kommentar KELSENS, Allgemeine Theorie der Normen (1979) 15 ff, FN 22, 23, 24 (236 f). Unter Berufung auf SIGWART löst KELSEN die generelle *apodiktische* Norm im wesensgemäßen Bedingungscharakter der hypothetischen Norm auf. *Kategorisch* wird nun den *Imperativen* als Prädikat zugeordnet 11 f!

normen darbietet, wird durch WALTER der Eindruck erweckt, als bedürfe das materielle Recht zu seiner Verwirklichung schlechthin der zwangsweisen Durchsetzung. Einer solchen Vorstellung käme nicht einmal in einer totalitären Staatsordnung eine Berechtigung zu. Der Unterschied des Rechts zu anderen Ordnungen findet seine Erklärung und Charakteristik gewiß in seiner letztlich *möglichen* zwangsweisen Durchsetzung. Die Gebiete des materiellen Verwaltungsrechts erfahren aber ihre Kennzeichnung in erster Linie aus Aufgaben und Zielsetzungen der Verwaltung, die in einfachen Sollvorschriften ausgedrückt, keineswegs primär auf Zwang abgestellt sind und vielfach des Zwanges auch gar nicht bedürfen[229]. Doch ROBERT WALTER faßt die "Reine Rechtslehre" offensichtlich als ein Regulativ auf, dem der Rechtsdogmatiker verbindliche Vorgaben zum unmittelbar juristischen Gebrauch entnehmen kann, obwohl und vielleicht auch weil er die rechtsdogmatische Betrachtungsweise für die ausschließliche Betrachtungsweise der Reinen Rechtslehre hält[230]. Den dieser theoretischen Grundkonzeption zugeordneten Lehrbüchern aus dem Verfassungsrecht und aus dem Verwaltungsrecht stellt er seit Jahren eine bekenntnishafte Bindung an die Theorie der "Reinen Rechtslehre" voran.

WOLFGANG SCHILD schreibt WALTER eine eigene Konzeption der "Reinen Rechtslehre" zu[231]. Die Einschätzung WALTERS durch SCHILD hat viel für sich. WALTERS eigene Beiträge zur "Reinen Rechtslehre" KELSENS, vor allem in der Schrift *Der Aufbau der Rechtsordnung*[232], sind nämlich, aus der Perspektive der methodologischen und erkenntnistheoretischen Grundentscheidung betrachtet, in Wahrheit transzendente Kritiken an KELSENS Lehre, weil und soweit sie einer vordergründigen Anschauung von der verbalen Einkleidung des positiven Rechts und nicht erkenntnistheoretischen Voraussetzungen entspringen, obwohl sie an KELSENS Formulierungen anknüpfen. Sie bergen eine erhebliche erkenntnistheoretische und methodologische Ferne nicht nur von KELSENS jüngerer Standortbestimmung in sich. Man denke dabei beispielsweise an WALTERS Versuch, KELSENS Rechtsnormbegriff gegen die neuere Denkrichtung des Meisters "weiterzuentwickeln", ferner an die von ihm neu eingeführten Unterscheidungen zwischen statischen und dynamischen Rechtsnormbegriffen (17) oder zwischen Zwangsnormerzeugungsregel, Zwangsnorm und Zwangsnorm-

---

229 Man denke beispielsweise nur an die Förderungsverwaltung oder an gestaltende Bereiche des Verwaltungsrechts, wie die Raumordnung, das Baurecht und vor allem die weiten Bereiche der "Daseinsvorsorge".

230 Der Aufbau der Rechtsordnung (1964/1974) 14 FN 9. Eine vergleichbare Denkweise hat er aber im Zusammenhang mit der Stufenbaulehre an anderen Autoren mit Recht gerügt, a.a.O. 67, insbesondere FN 117.

231 Die Reinen Rechtslehren (1975).

232 1. Auflage 1964, 2. unveränderte Auflage 1974.

vollzugsregel (23), ferner zwischen dynamischen und statischen Normsystemen (32) und zwischen zwei Arten von Stufenordnungen des Rechts (55 ff), sowie an die Hervorhebung der Vorstellung von den "Rechtsvorschriften" als Bestandteilen des "Rechtsmaterials" (46), die anscheinend eine Rechtsquellenlehre auf der Ebene der Rechtstheorie zu sein beansprucht. Den Salto mortale KELSENS vom hypothetischen Urteil zum Imperativ, gewissermaßen rückwärts, der sich zunächst in der Reinen Rechtslehre[2] (1960), später dann in der Abhandlung "Zum Begriff der Norm", FS Nipperdey (1965) und im Aufsatz "Recht und Logik", Forum XII (1965), abzeichnet, konnte WALTER im Jahr 1964 gewiß schon erahnen (16). WALTER blieb aber dennoch der älteren Rechtsnormvorstellung KELSENS mit der Unterscheidung zwischen primären und sekundären Normen treu und hielt sich daher in höherem Maß an die früheren Entwicklungsstufen der "Reinen Rechtslehre", wie sie sich in der Allgemeinen Staatslehre (1925), in der Reinen Rechtslehre (1934) und in der General Theory of Law and State (1945) abzeichnen. Es war ihm wohl kein Anliegen, für seine der "Reinen Rechtslehre" aus dem Jahr 1960 angeschlossenen und den Aufsätzen KELSENS nachfolgenden Ausführungen erkennbare ernstzunehmende Konsequenzen zu ziehen, andernfalls hätte er sich im Jahr 1974 nicht mit einem unveränderten Neudruck der im Jahr 1964 in erster Auflage erschienenen Schrift begnügt.

Es ist jedenfalls erstaunlich, zu welcher Schlichtheit der Begriffsbildung[233] man gelangen kann, wenn man sich von den gegenstandsadäquaten Direktiven der Wissenschaftstheorie und der Erkenntnistheorie entbindet und sich von den Grundregeln kategorialen Denkens gleichermaßen freimacht. In einer eigenwilligen Art der *Zerlegung des Gegenstandes und entsprechender Begriffsbildung* werden Funktionen des wissenschaftlichen Denkens zu normativen Begriffen[234] und werden Funktionen des Rechts zu Normen[235] und Normensystemen besonderer Art[236]. Die Rechtsnorm wird trotz KELSENS Neuorientierung in der zweiten Auflage der Reinen Rechtslehre

---

233 LUDWIG ADAMOVICH und BERND-CHRISTIAN FUNK haben zur Charakterisierung der "Reinen Rechtslehre" den Ausdruck "formaler Reduktionismus" geprägt, dem in der Rechtsdogmatik und für diesen Bereich ganz zu Recht ein Vorwurfscharakter beigelegt wird (Allgemeines Verwaltungsrecht[3] [1987] 82 ff und Österreichisches Verfassungsrecht[3] [1985] 41 f). Siehe zur "Reduktion" allerdings auch schon SANDER, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? (1921) 7 und BIERLING, Juristische Prinzipienlehre I (1894) 30 f, 32..

234 ROBERT WALTER, Der Aufbau der Rechtsordnung (1964/1974) 16 ff, wo vom dynamischen und vom statischen Rechtsnormbegriff die Rede ist.

235 ROBERT WALTER, Der Aufbau der Rechtsordnung (1964/1974) 25 ff.

236 ROBERT WALTER, Der Aufbau der Rechtsordnung (1964/1974) 32 ff, wo von statischen und dynamischen Normsystemen gehandelt wird; ferner 55 ff, wo die Rechtsordnung in zwei voneinander verschiedene Stufenordnungen zerlegt wird.

(1960) noch als ein monströs aufgeladenes hypothetisches Urteil verstanden[237]. ROBERT WALTER vertritt überdies abweichend von KELSEN die Auffassung, daß die *Rechtsnorm gar kein Sollen eines Menschen im üblichen Sinne enthält, sondern nur ein Können*[238]. Hier verwechselt er offensichtlich die jüngere Rechtsnormvorstellung KELSENS aus dem Jahr 1960 mit dem älteren Begriff des Rechtssatzes aus dem Jahr 1925 und löst die imperativen Formen des Sollens von "Gebot" und "Verbot" in der normativen Ermächtigung auf. Neben die *hypothetische Norm* wird in Gefolgschaft nach KELSEN noch eine *kategorische* gestellt[239] und die Sanktionsnorm zum erneuerten Credo erhoben. ROBERT WALTER wagte unter Berufung auf VIKTOR KRAFT[240] vor Jahren sogar die kühne These, daß "ein Sollen letztlich wissenschaftlich nicht erkennbar ist"[241].

Wenn man sich von den erkenntnistheoretischen und methodologischen Prämissen entbindet, dann kommt man wohl auch zu der banalen Weisheit, daß das Recht in *Vorschriften* in Erscheinung tritt[242]. Einem solchen vordergründigen Gedanken hat KELSEN bis zur Allgemeinen Theorie der Normen gewiß kaum Beachtung geschenkt, obwohl die traditionelle Rechtswissenschaft seit jeher mit diesem banalen Begriff der äußeren Erscheinung des Rechts arbeitete, ohne ihn aus dem Rechtsmaterial gesondert ableiten zu müssen. Doch für eine Rechtstheorie, die sich völlig dem reinen Sollen verschrieben hat, müssen die *Vorschriften* als rechtserhebliche Seinsphänomene wohl eine überraschende Entdeckung sein. Der Begriff *Vorschriften* bezieht sich nämlich nur auf das äußere, das reale sprachliche Erscheinungsbild des Rechts. Ein solcher Begriff kann daher auch nur das konkrete Dasein des Rechts in seinen äußeren

---

237 ROBERT WALTER, Der Aufbau der Rechtsordnung (1964/1974) 16 ff.

238 ROBERT WALTER, Der Aufbau der Rechtsordnung (1964/1974) 16 FN 18. Das ist zweifellos keine systemimmanente Fortführung der Lehre KELSENS. Bei seinem Regreß in eine ihrer älteren Ausformungen konnte WALTER anscheinend nicht erkennen oder wollte vielleicht nicht zur Kenntnis nehmen, daß KELSEN in der 2. Auflage der Reinen Rechtslehre sein Dogma vom Verhältnis der primären zur sekundären Norm aufgegeben und das Fehlen eines Adressaten verständlicher Weise dem Rechtssatz als Ausdrucksform des Rechtsgesetzes zugeschrieben hat (WALTER, Der Aufbau der Rechtsordnung [1964/1974] 24 FN 52). In einer solchen Denkweise kann man eigentlich keine "Fortführung" mehr erkennen. Sie ist bereits eine transzendente Kritik.

239 ROBERT WALTER, Der Aufbau der Rechtsordnung (1964/1974) 20 ff.

240 Die Grundlagen einer wissenschaftlichen Wertlehre^2 (1951).

241 Der Aufbau der Rechtsordnung (1964/1974) 14. VIKTOR KRAFT, Die Grundlagen 258, handelt aber nicht vom Sollen. Seine These lautet: "eine wissenschaftliche Erkenntnis absoluter Werte ist unmöglich". Sollte WALTER etwa der Meinung sein, daß *Wert* und *Sollen* identisch sind, dann wäre er noch genötigt, sich mit dem Anliegen KRAFTS auseinanderzusetzen, der eine relative Wertlehre als wissenschaftlich möglich erklärt.

242 ROBERT WALTER, Der Aufbau der Rechtsordnung^2 (1964/1974) 46 ff.

Erscheinungsformen erfassen. Er ist daher nur ein deskriptiver, ein empirisch akzentuierter wissenschaftlicher Begriff, ein Seinsbegriff und kein primärer Gegenstandsbegriff, d.h. nicht Inhalt eines Sollens, das ein Handeln vorschreibt. In dieser Thematik wird deutlich erkennbar, wo Rechtstheorie und Rechtsdogmatik aufeinandertreffen, miteinander vermischt werden und einander verdrängen können. Mehr als man es durch theoretische Beweisführungen jemals vermöchte, erbringt ROBERT WALTER mit seiner Zerlegung des Gegenstandes und den daran anschließenden Begriffsdifferenzierungen den Beweis für die Unbrauchbarkeit der Grundbegriffe der "Reinen Rechtslehre" HANS KELSENS für eine am positiven Recht als Gegenstand der Betrachtung ausgerichtete Rechtstheorie; nicht zuletzt deshalb, weil auch er die Rechtstheorie dennoch auf die Denkform der Norm als hypothetisches Urteil reduziert. Das Recht manifestiert sich aber nicht nur im Begriff des Sollens der Norm, wie man diese auch immer sehen mag, sondern in einer Vielzahl und Vielfalt von Grundbegriffen, zu welchen die Fixierung an den Normbegriff in Wahrheit den erkenntnismäßigen Zugang verdeckt.

Die Bewahrer und Förderer des Gedankengutes der Lehre von HANS KELSEN werden einerseits nicht umhin können, den Beweis dafür zu liefern, daß die Dogmatisierung des Gedankengutes der mehrgestaltigen "Reinen Rechtslehre" nicht ihr Anliegen ist. Andererseits werden sie sich aber wohl auch mit jenen erkenntnistheoretischen und wissenschaftstheoretischen Denkhilfen ausrüsten müssen, die dem System und den methodologischen Voraussetzungen der "Reinen Rechtslehre" nicht nur ebenbürtig, sondern sogar noch überlegen sind. Dann mag es ihnen auch gelingen, zwischen den formalen und allgemeinen Aussagen rechtstheoretischen Denkens und zwischen jenen konkreten Aussagen zu unterscheiden, die unmittelbar gegenstandsgebunden und daher dogmatisch sind. Rechtstheorie und Rechtsdogmatik sind im Denkansatz und in der Art der Gegenstandsorientierung zwei voneinander verschiedene juristische Wissenschaften. Sie sind zwar gegenseitig erkenntnisfördernd, sie repräsentieren aber verschiedene juristische Denkweisen und Denkebenen[243].

2. Gewiß können zu Gunsten des wissenschaftlichen Menschen KELSEN katastrophale historische Verstrickungen ins Treffen geführt werden, die von einer Urgewalt waren, der viele nicht entrinnen konnten und unter welcher auch KELSEN unverhältnismäßig zu leiden hatte. Die jüdischen Menschen wurden unter dem NS-Regime mit einer kaum zu übertreffenden Grausamkeit verfolgt. KELSEN wurde nicht nur kritisiert, sondern auch angegriffen, bloß weil man in ihm einen Juden sah. Sogar Wissenschaftler von Rang ließen sich dazu hinreißen, in ihrer Wissenschaftskritik KELSEN

---

243 Vgl. dazu VLADIMIR KUBES, Grundfragen der Philosophie des Rechts, in: Forschungen aus Staat und Recht 39 (1977) 4 ff, der allerdings von der höheren Denkebene der Rechtsphilosophie ausgeht, die auch die Rechtstheorie umschließt.

abwertend als *Juden* zu bezeichnen, und in den wissenschaftlichen Bibliotheken wurden KELSENS Schriften als *jüdische Schriften* ausgesondert, geradeso, als wäre der Umstand, Jude zu sein, für die Qualität einer wissenschaftlichen Leistung bedenklich. Eine solche Werthaltung gegenüber Wissenschaftlern ist ohne Zweifel eine Ursünde wider den Geist und die Menschenwürde. Doch die persönliche Verfolgung und die Diffamierung KELSENS ist eine Sache, die Kritik an seiner Lehre ist eine andere. KELSENS bitteres Schicksal ist ein legitimer Grund für persönliche Achtung und Wertschätzung, die in der Benennung eines wissenschaftlichen Instituts nach seiner Person und in der Errichtung eines Denkmals für ihn einen würdigen Ausdruck gefunden hat; sie ist aber weder ein Grund zur Verherrlichung und zur Dogmatisierung seiner Lehre noch zu ihrer Verdammung. Jenseits solcher persönlicher Umstände muß es daher auch zu KELSENS Rechtstheorie einen bleibenden freien Zugang für kritisches und kritisch nachvollziehbares wissenschaftliches Denken geben.

KELSEN war ein Großer der Rechtswissenschaft; ein phantasiereicher und fleißiger Denker, der den kühnen Entwurf einer "Reinen Rechtslehre" wagte, der in sich verkörperte, was ARISTOTELES in seiner *Politik* und in seiner *Metaphysik* mit den *gebildeten* Menschen meinte. ARISTOTELES nannte im Gegensatz zu ihnen bloße Techniker und Handwerker *Banausen*, weil ihre Gedankenwelt nicht den Rang der großen Bildung hat (frei übersetzt). Dennoch und gerade deshalb ist Kritik an KELSENS Werk geboten und legitim. Auch KELSEN muß sich die entscheidenden kritischen Fragen der Wissenschaft an ein wissenschaftliches Werk ebenso gefallen lassen, wie er sie vergleichsweise für sein eigenes wissenschaftliches Urteil über andere mit Recht in Anspruch genommen hat[244]:

1. Wie ist das zu verstehen, was der Autor schreibt, wie er es schreibt und wie er es meint; im Einzelnen und im Zusammenhang?

2. Ist das widerspruchsfrei, was der Autor schreibt und meint?

3. Ist das, was der Autor schreibt und meint, auf die methodologischen Prämissen abgestellt, die er für sich beansprucht?

---

244 KELSEN, Der Staat als Integration (1930) Vorbemerkung 7 f: "Ein Autor von dem Range SMENDS hat den Anspruch, mit seinem eigenen Maß gemessen zu werden. Die hier unternommene Kritik will daher eine *immanente* sein. Von dem Standpunkt aus, den SMEND selbst für für sein Unternehmen gewählt hat, soll untersucht werden, ob er die Ziele, die er sich gesteckt hat, erreicht hat, ob diese Ziele mit den besonderen, von der Integrationstheorie bereitgestellten Mitteln überhaupt erreicht werden können; das heißt: es soll geprüft werden, ob die einmal eingeführten *Begriffe* im Verlaufe des Verfahrens festgehalten werden und so hinreichende Grundlage für die auf sie aufgebauten Ergebnisse bilden; insbesondere ob die spezifische, im Hinblick auf das beabsichtigte Resultat angewandte *Methode* der Erkenntnis das, was sie im vorliegenden Falle verspricht, auch wirklich geleistet hat, ob sie es überhaupt zu leisten vermag".

4. Ist das, was der Autor schreibt, von seinen eigenen Prämissen her auch haltbar, d.h. ist seine "Konstruktion"[245] und sind die gewählten Mittel und Verfahren seines Denkens durchgehalten?

Das wären Aspekte einer systemimmanenten Kritik.

1. Ist die von einem Wissenschaftler gewählte Methode tatsächlich geeignet, dem Wissenschaftsanspruch, nämlich den Gegenstand zu erkennen, wissenschaftlich und erkenntnisgemäß aufzubereiten, zu genügen[246]?

2. Ist die Methode der wissenschaftlichen Betrachtung des Autors dem gewählten Gegenstand angemessen (adäquat)?

3. Werden nicht die Methode und die Denkform letztlich zum Gegenstand, wenn ihnen über ihren eigenen Gegenstandsbereich hinaus normative Qualität beigelegt wird und wird dann der Gegenstand als Erkenntnisobjekt nicht selbst zu einer bloßen gedanklichen Konstruktion, zu einer generatio aequivoca[247], zu einer Fiktion?

Das wären Aspekte einer systemtranszendenten Kritik.

---

245 HANS KELSEN, Hauptprobleme[1] (1911) Vorrede I, X, XI, XII; siehe dazu die scherzhaft formulierte Kritik an einer bloßen theoretischen "Konstruktion" der Rechtswissenschaft bei RUDOLF VON JHERING, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (1884) 6 ff. Vgl. aber auch HANS VAIHINGER, Die Philosophie des Als Ob[9/10] (1927) 15 ff, wo von Kunst*griffen* und Kunst*regeln* die Rede ist. "*Kunstgriffe* aber sind solche Operationen, welche, einen fast geheimnisvollen Charakter an sich tragend, auf eine mehr oder weniger paradoxe Weise dem gewöhnlichen Verfahren widersprechen, Methoden, welche, dem nicht in den Mechanismus eingeweihten, nicht so fertig geübten Zuschauer den Eindruck des Magischen machend, Schwierigkeiten, die das bezügliche Material der betreffenden Tätigkeit in den Weg wirft, indirekt zu umgehen wissen" (17).

246 Hauptprobleme[1] (1911) III. In Anlehnung an KELSENS Worte: reicht die Konstruktion über das in ihr zutage tretende Konstruktionsprinzip zu einer allgemeinen Konstruktionsmaxime? (die dem Gegenstand gerecht werden sollte und nicht nur "die einheitlichste und einfachste Struktur des totalen Systems gewährleistet", würde ich hinzufügen).

247 TEZNER, Rechtslogik und Rechtswirklichkeit (1925/Neudruck 1986) 11, sieht in KELSEN den "Begründer der normativen einer Rechtsgeometrie zustrebenden Rechtslehre" und nimmt dann zu dieser Lehre wie folgt Stellung: "So ist denn auch die Kelsensche Lehre keine Geometrie der wirklichen Rechtserscheinungen, die eine geometrische Erfassung nicht zulassen, sondern eine Konstruktion, bei der der Ausgangspunkt durch ein von vornherein festgestecktes Ziel bestimmt ist, nämlich durch das empirisch nicht nachweisbare geometrische Wesen der Rechtserscheinungen" 118; siehe dazu auch die Ausführungen TEZNERS insbesondere 46 ff, 49 ff, 55 ff.

Meinen Ausführungen will ich zunächst die für HANS KELSEN bestimmten Worte FRIEDRICH TEZNERS[248] anschließen: "Ist es somit wissenschaftliche Pflicht, den Begründern der streng logischen Methode der Erforschung und Bestimmung des öffentlichen Rechts, als den ersten großen Konstrukteuren, gerechte Würdigung zuteil werden zu lassen, so wird man anderseits der neuesten Normentheorie nicht nachlassen können, zur banausischen Jurisprudenz des täglichen Lebens hinabzusteigen. Es ist nicht genug, den Handwerkern der Jurisprudenz ihre bisherigen Werkzeuge als untauglich zu entwinden und ihr Verfahren verkehrt zu schelten; man wird ihnen anderes Handwerkzeug in die Hände geben und sie richtiger arbeiten lehren müssen ....

Denn es besteht sonst die Gefahr, daß trotz der an dem Alten geübten, vernichtenden Kritik zuletzt doch alles beim Alten bleibt und die getane schwere Arbeit vergeblich getan ist. Es kann nicht genügen, auf den Satz zu verweisen, daß, was in der Theorie richtig sei, in der Praxis nicht unrichtig sein könne, es muß vielmehr die Probe der Richtigkeit einer Theorie durch ihre Übertragung in die Praxis gemacht werden, genau so wie die Richtigkeit eines mathematischen Lehrsatzes an den Exempeln erprobt wird"[249].

In einem zweiten geistesgeschichtlichen Rückgriff will ich zum Abschluß noch GEORG JELLINEK zu Wort kommen lassen. Als KELSEN sein ganzes rechtstheoretisches Credo auf die formale Logik setzte, hatte GEORG JELLINEK bereits seine warnende Stimme erhoben. JELLINEK stellte zwar in Anlehnung an LABAND die Bedeutung der Logik für das Rechtsdenken außer Streit, meinte aber mit Recht, daß die Feststellung des Inhalts aller Rechtssätze mit der reinen Logik nicht möglich sei. Und als wollte er einen vorausahnenden Kommentar zu KELSENS Rechtslehre abgeben, schrieb er wörtlich: *"Mit der formalen Logik allein kommt man daher leicht zur Zeichnung staatsrechtlicher Bilder, denen in der Wirklichkeit der Dinge gar nichts entspricht. In Wahrheit spielt ... die formale Logik bei der Feststellung der staatsrechtlichen Grundbegriffe lange nicht die ihr von der konstruktiven Methode zugedachte Rolle"*[250].

---

248 Rechtslogik und Rechtswirklichkeit (1925/Neudruck 1986) 104 f.

249 Siehe zur Bedeutung der Beispiele für die Erprobung der Urteilskraft IMMANUEL KANT, Kritik der reinen Vernunft[2] (1787, Suhrkamp 1977) 184 f. KANT handelt dort über Voraussetzungen der transzendentalen Urteilskraft und betrachtet die Beispiele als ihren "Gängelwagen".

250 Zitiert nach der Allgemeinen Staatslehre[3] (1914) 17.