

I. Allgemeines

Die mir gestellte Aufgabe, über *Hans Kelsens Rechtslehre* im zeitlichen Rahmen eines Vortrags zu sprechen, ist deshalb schwierig, weil es sich dabei um eine sehr ausgebaut Theorie handelt, die sich bisher über einen Zeitraum von etwa 90 Jahren entwickelt hat,¹ zu deren

- 1 Man kann die Entstehung der Reinen Rechtslehre mit dem Erscheinen der ersten Auflage von *H. Kelsens Hauptproblemen der Staatsrechtslehre* im Jahre 1911 annehmen. *H. Kelsen* selbst hat seine Lehre in den folgenden Jahrzehnten weiter ausgebaut. Sein Literaturverzeichnis umfaßt rund 400 Titel. Vgl. die chronologische Bibliographie der Werke *Kelsens* in *R. Walter, Hans Kelsen – Ein Leben im Dienste der Wissenschaft* (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 10, 1985), S. 53 und die Nachträge hiezu: *M. Schmidt*, Nachtrag zur chronologischen Bibliographie der Werke *Kelsens*, in *R. Walter*, Hrsg., Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 18, 1992), S. 157 und *C. Piska*, Nachtrag zur chronologischen Bibliographie der Werke *Kelsens*, in *R. Walter/ C. Jabloner*, Hrsg., *Hans Kelsens Wege sozialphilosophischer Forschung* (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 20, 1997), S. 143.

Die Reine Rechtslehre hat sich auch nach dem Tode *Kelsens* im Jahre 1973 weiterentwickelt. Vgl. dazu zB die Beiträge in *R. Walter*, Hrsg., Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 18, 1992); *R. Walter*, Die Reine Rechtslehre – eine Theorie in steter Entwicklung. Einige Klarstellungen, *JBl* 1994, S. 493.

Über den von der Reinen Rechtslehre ausgeübten Einfluß vgl. insb. die Sammelbände *N. N.*, Der Einfluß der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 2, 1978 und Bd. 8, 1983) sowie den Anhang in *R. Walter*, Hrsg., Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 12, 1988), S. 215. Vgl. auch *R. Walter/C. Jabloner*, *Hans Kelsen (1881–1973). Leben – Werk – Wirkung*, in *M. Lutter/E. C. Stiefel/ M. H. Hoeflich*, Hrsg., Der Einfluß deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland, 1993, S. 521.

Der relativ bescheidene Einfluß, den *Kelsens* Rechtslehre in Deutschland ausgeübt hat, kann hier nur in aller Kürze zu erklären versucht werden: Im Vorwort zur ersten Auflage der Reinen Rechtslehre spricht *Kelsen* im Jahr 1934 von seinem Ziel, „die Jurisprudenz, die – offen oder versteckt – in rechtspolitischem Raisonnement fast völlig aufging, auf die Höhe einer echten Wissenschaft . . . zu heben“ (III). Die Entwicklung der Rechtswissenschaft in Deutschland war einem solchen Bestreben nicht günstig, denn sie entwickelte sich vom Positivismus weg zu einer eher politischen Rechtswissenschaft. Dies hebt etwa *W. Apelt* hervor, wenn er in seiner Geschichte der Weimarer Verfassung, 2. Aufl. 1964, S. 417, davon spricht,

Aufbau mehrere Gelehrte beigetragen haben² und zu der eine Fülle von Sekundärliteratur entstanden ist.³ Es kann daher nur darum gehen,

daß es der jüngeren deutschen Staatsrechtslehre nicht mehr allein darauf ankäme, „in bescheidener Unterordnung unter den Willen des Gesetzgebers Wortlaut und Gedankengänge der Formulierungen getreulich auszulegen“, sie vielmehr vielfach bemüht gewesen sei, „ihre eigenen Vorstellungen von einem zeitgemäßen Verfassungsrecht in das Werk der Nationalversammlung hinein zu interpretieren“.

Auch in der Entwicklung der deutschen Rechtswissenschaft seit dem Kriege zeigt sich eine deutliche Tendenz, den „Positivismus“ – zum Teil mit verfehlten Begründungen – zu verabschieden und Jurisprudenz ohne strikte Trennung der Grenzen zwischen Wissenschaft und Politik zu betreiben. Dieser starken Tendenz steht eine Rechtstheorie wie jene *Kelsens* im Wege und kann somit in diesem Klima nicht reüssieren.

Erst in neuerer Zeit zeigt sich eine stärkere Befassung der deutschen Rechtswissenschaft mit *Kelsens* Rechtslehre. Als bahnbrechend kann wohl *H. Dreiers* Arbeit über „Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen“, die in erster Auflage 1986, in zweiter Auflage 1990, erschienen ist, angesehen werden. In neuester Zeit haben eine Reihe jüngerer Gelehrter Arbeiten verfaßt, in welchen die Reine Rechtslehre Gegenstand der Betrachtung ist oder auf ihre Positionen eingegangen wird. Vgl. dazu zB *M. Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995; *C. Heidemann*, Die Norm als Tatsache, 1997; *U. Held-Daab*, Das freie Ermessen, 1996; *R. Lippold*, Recht und Ordnung (im Druck); *M. Pawlik*, Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie *H. L. Harts*, 1993; *Th. Schilling*, Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, 1994.

2 Als Autoren, die zur Reinen Rechtslehre in der Zeit ihrer Entwicklung bis etwa 1930 beigetragen haben, sind vor allem *Adolf Merkl* und *Alfred Verdroß* zu nennen. Vgl. deren einschlägige Arbeiten in *H. Klesatsky/R. Marcic/H. Schambeck*, Die Wiener rechtstheoretische Schule, Bd. I/II, 1968. Weiters sind die Autoren *L. Pitamic*, *W. Henrich*, *J.L. Kunz*, *F. Kaufmann*, *F. Schreier*, *F. Sander* und *F. Weyr* zu nennen. Verschiedene Arbeiten dieser Autoren finden sich in *R. A. Métall*, Hrsg., 33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre, 1974.

Nach dem zweiten Weltkrieg habe ich in Österreich – im Gefolge meines Lehrers *Adolf Merkl* (1890–1970) – neben *Kurt Ringhofer* (1926 – 1993) die Reine Rechtslehre verfochten. Mir sind in den folgenden Jahren eine Reihe weiterer Gelehrter gefolgt, von welchen *C. Jabloner*, *G. Kucska-Stadlmayer*, *H.R. Laurer*, *H. Mayer*, *R. Thienel* und *G. Wielinger* genannt seien.

Einen Bericht über die – damalige – Situation der Reinen Rechtslehre findet sich bei *R. Walter*, Der gegenwärtige Stand der Reinen Rechtslehre, Rechtstheorie 1970, S. 69.

3 Ein aktuelles Verzeichnis der Sekundärliteratur wurde bisher nicht publiziert. Das interne – mit zusätzlichen Informationen wie Schlagwörtern und Abstracts verse-

einige Bemerkungen über die *Art der Theorie* und ihre Hintergründe zu machen und einige *charakteristische Positionen* vorzustellen.^{4,5}

Hans Kelsens Rechtslehre – auch als *Reine Rechtslehre* bezeichnet – ist ein Programm zur wissenschaftlichen, d.h. objektiven – intersubjektiv nachprüfbaren – Betrachtung des Gegenstandes „positives Recht“. Man kann sie als eine *allgemeine Theorie der Dogmatik des positiven Rechts* qualifizieren. Diese Qualifikation bedarf in verschiedener Hinsicht näherer Erläuterung.

1. Zum Gegenstand „positives Recht“

Der *Gegenstand*, den die Reine Rechtslehre erfassen will, ist jener, der in der Tradition der Rechtswissenschaft die Bezeichnung „positives

hene – Register des Hans Kelsen-Instituts umfaßt derzeit rund 1500 Schriften und wird laufend weiter ausgebaut.

- 4 Da *Kelsen* auf vielen Wissenschaftsgebieten tätig war, ist zu betonen, daß es hier primär um seine Rechtslehre geht. Viele Bereiche müssen daher ausgeklammert bleiben. Vgl. dazu die Werke in der in Fn. 1 zitierten Bibliographie. Auf verschiedene Aspekte von *Kelsen*s wissenschaftlichen Bemühungen gehen die Beiträge in *R. Walter/C. Jabloner*, Hrsg., Hans Kelsens Wege sozialphilosophischer Forschung (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 20, 1997) ein. Die Beiträge stammen von *G. Dux, O. Pfersmann, C. Jabloner, H. Dreier, M. Thaler* und *L. Adamovich*. Daß differente Bereiche des Denkens *Kelsen*s in methodisch einwandfreier Weise in Verbindung gebracht werden können, hat *H. Dreier*, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2. Aufl. 1990, S. 249 gezeigt.
- 5 Wenn über *Hans Kelsen*s Rechtslehre gesprochen wird, so muß dem beigefügt werden, daß es nicht darauf ankommen soll, ob die entwickelten Meinungen in allen Einzelheiten auf *Kelsen* zurückzuführen sind. Zweckmäßig erscheint es, die Lehre so darzubieten, wie sie von *Kelsen* begründet und in vieler Richtung weitergeführt wurde, wie sie sich aber auch im Gefolge in der Diskussion jener, die auf dem Boden der *Kelsen*schen Lehre stehen, fortentwickelt hat. *Kelsen* selbst hat eine Weiterentwicklung seiner Theorie durchaus legitimiert, wenn er im Vorwort zur Reinen Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, schreibt: „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 sonstiger Verbesserungen bedarf. Es hat seinen Zweck erreicht, wenn es solcher Fortführung – durch andere als den schon am Ende seines Lebens stehenden Autor – für würdig erachtet wird.“

Recht“ erhalten hat.⁶ Dieser Gegenstand wird von ihr näher zu bestimmen gesucht:

- a. Es sollen Anordnungen sein, die *von Menschen* – sei es durch *explizite Willensakte* oder durch *Gewohnheit*⁷ – gesetzt werden; nicht also Regeln, die übermenschlichen Autoritäten – wie Gott oder der Natur – zugeschrieben werden.
- b. Es sollen Anordnungen sein, die *für Menschen* gesetzt werden, also *an solche adressiert* sind. Um diese „*Adressierung*“ an Menschen schon einleitend etwas zu umreißen, sei gesagt, daß sie diese dadurch erfassen, indem sie ihnen ein bestimmtes Verhalten – bei sonstigem organisierten Zwang – *vorschreiben* oder sie zu bestimmten Akten *ermächtigen*.
- c. Das *Regelungssystem*, das in Betracht gezogen wird, muß *effektiv* sein, d.h. im großen und ganzen befolgt oder vollzogen werden.⁸

2. Zur Theorie der Dogmatik

Die *Art*, in der jene Regeln erfaßt werden sollen, ist die der *Dogmatik*, d.h. daß sie als *Normen* betrachtet werden.⁹ Dies ist ein ganz entscheidender Punkt, der etwas näher erläutert werden muß:

- 6 Vgl. dazu zuletzt R. Thienel, Der Rechtsbegriff der Reinen Rechtslehre – Eine Standortbestimmung, FS Koja, 1998, S. 161.
- 7 Das Abstellen auf „Willensakte“ bereitet – auch im Hinblick auf die Erfassung der Gewohnheit – gewisse Schwierigkeiten; es wurde deshalb erwogen, auf einen Sprechakt mit befehlender Intention oder einem performativen Akt abzustellen. Vgl. zu diesem Problemkreis zB R. Thienel, Der Rechtsbegriff der Reinen Rechtslehre – Eine Standortbestimmung, FS Koja, 1998, S. 179; C. Jabloner, Kein Imperativ ohne Imperator, in R. Walter, Hrsg., Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 12, 1988), S. 75.
- 8 Hingegen kommt es für die Geltung einer einzelnen Norm eines Systems von im großen und ganzen wirksamen Normen nicht darauf an, ob diese einzelne Norm wirksam ist. Zutreffend R. Thienel, Geltung und Wirksamkeit, in S. L. Paulson/ R. Walter, Hrsg., Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 11, 1986), S. 33.
- 9 H. Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Aufl. 1923, S. 34, spricht von der „dogmatischen Rechtsbetrachtung“ als einer „normativen“.

Man könnte von Menschen an Menschen gerichtete Befehle und ihre Folgen mit den Mitteln der Naturwissenschaft – als Willensakte und als den Willensakten entsprechendes oder nicht entsprechendes Verhalten – beschreiben. Diesfalls würde man empirische Soziologie betreiben. Ein solches Vorgehen wäre wissenschaftlich nicht unzulässig, würde aber das verfehlten, worum es der dogmatischen Rechtswissenschaft traditionellerweise in der Hauptsache immer gegangen ist, nämlich um die Darstellung, wie sich Menschen dem Rechte gemäß *verhalten sollen*, nicht aber was ihnen *tatsächlich befohlen* wurde und wie sie sich *tatsächlich verhalten*.

Wir sind damit bei einer philosophischen Vorfrage der Reinen Rechtslehre, die für sie von grundsätzlicher Bedeutung ist, angelangt: Ist die Welt bloß als eine *Sphäre des Seins* zu deuten oder ist auch eine *Sphäre des Sollens* anzunehmen? Die Reine Rechtslehre nimmt – ungeachtet aller philosophischen Kontroversen um diese Frage – an, daß es der *Erkenntnis dienlich* ist, wenn man zwischen einer *Welt des Seins* und einer *Welt des Sollens* unterscheidet und die *Normen* – auch die Normen des Rechts – als in der *Welt des Sollens* angesiedelt annimmt.¹⁰

Den letzten Punkt zusammenfassend kann gesagt werden: Die Reine Rechtslehre betrachtet die von Menschen für Menschen gesetzten effektiven Regeln normativ, d.h. als Soll-Anordnungen, als *Normen*. Sie ist daher eine *Theorie der Rechtsdogmatik*.

10 Zu der vom Autor bezogenen Position bezüglich der Annahme einer „Welt des Sollens“ vgl. R. Walter, Sein und Sollen, in Ergänzbares Lexikon des Rechts, 1985; R. Walter, Bemerkungen zu Albert, Zur Kritik der Reinen Jurisprudenz. Recht und Rechtswissenschaft in der Sicht des kritischen Rationalismus, Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebungslehre, 1992, S. 35; R. Walter, Jörgensen's dilemma – and how to face it, Ratio Juris 1996, S. 170; R. Walter, Some Thoughts on Peczenik's Replies to „Jörgensen's Dilemma – and How to face it“, Ratio Juris 1997, S. 392; R. Walter, A Response to Stewart, Ratio Juris 1997, S. 403.

Ausführlich zur Position der Reinen Rechtslehre im angesprochenen Punkt: R. Thienel, Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 17, 1991), S. 95.

Die Reine Rechtslehre ist sich dabei durchaus des Umstands bewußt, daß die *Geltung von Normen* – das ist ihre spezifische Existenz im Reich des Sollens – einer Begründung bedarf. Diese zu geben, dient die *Lehre von der Grundnorm*. Sie kann wie folgt erläutert werden: Intrasystematisch betrachtet, läßt sich jede geltende Rechtsnorm auf eine andere – ihre Geltung begründende – Norm zurückführen: Die Geltung des richterlichen Urteils auf die Ermächtigung des Richters durch das Gesetz, die Geltung des Gesetzes auf die Ermächtigung des Parlaments durch die Verfassung, die Geltung der Verfassung etwa auf die einem konstituierenden Rat erteilte Ermächtigung zur Verfassungserlassung. Diese kontinuierliche Zurückführung des Geltungszusammenhangs stößt jedoch auf eine Grenze. Sie liegt dort, wo ohne rechtliche Ermächtigung – typischerweise nach einer Revolution oder einem Staatsstreich – eine Person oder eine Personengruppe „die Macht übernimmt“ und etwa einen konstituierenden Rat einsetzt. Will man ein Anordnungssystem, das effektiv geworden ist, als geltendes Normensystem deuten, so muß man annehmen, daß der erste – bloß faktische – Akt auf einer Ermächtigung beruht. Diese Annahme ist die *Grundnorm*. Wer die vielen Kontroversen um die Grundnorm kennt, wird vielleicht meinen, die Sache sei hier zu einfach dargestellt. Aber sie muß in der Tat nicht komplizierter gesehen werden.¹¹

An dieser Stelle sei noch bemerkt, daß die erste faktische Anordnung deshalb nicht als Grundlage weiterer Normen angesehen werden kann, weil sie eben bloß ein Faktum ist. Und aus einem Sein kann bekanntlich – worauf schon David Hume aufmerksam gemacht hat¹² – kein

11 Vgl. zu der vom Autor bezogenen Position zur Lehre von der Grundnorm: R. Walter, Entstehung und Entwicklung des Gedankens der Grundnorm, in R. Walter, Hrsg., Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 18, 1992), S. 47; R. Walter, Die Grundnorm im System der Reinen Rechtslehre, FS Krawietz, 1993, S. 86.

12 D. Hume, A Treatise of Human Nature II, S. 211. Deutsch: Traktat über die menschliche Natur, hrsg. von T. Lipps, 1906, Bd. II, S. 204.

Sollen abgeleitet werden.¹³ Deshalb bedarf es eben einer Grund- „Norm“, keiner Grund-Tatsache.

Mit der Lehre von der Grundnorm soll aber auch deutlich gemacht werden, daß die Reine Rechtslehre die positive Rechtsordnung nicht auf eine „höhere Ordnung“ – etwa eine Moralordnung oder ein Naturrecht – zurückführt. Sie will eben ausschließlich das positive Recht darstellen. Indem sie dieses aber eben nur unter der *Annahme der Grundnorm* darstellt, gehen alle Einwände ins Leere, die der Reinen Rechtslehre vorwerfen, sie vertrete die Meinung, daß jeder Mensch verpflichtet sei, den effektiven positiven Anordnungssystemen – und seien sie noch so verwerflich – zu gehorchen. Diese Frage bleibt vielmehr dahingestellt. Die Reine Rechtslehre macht damit die *Problematik des Rechtsgehorsams* vollkommen deutlich: Niemand kann sich zu seiner letzten Rechtfertigung auf das positive Recht berufen. *Es bleibt jedes Menschen moralische Entscheidung, das positive Recht zu befolgen oder gegen dieses zu revoltieren!* „Der juristische Positivismus Kelsens rechtfertigt das positive Recht nicht . . .“ hat Horst Dreier zutreffend geschrieben.¹⁴

3. Gründe für die Wahl des Gegenstands und der Methode

Einer Frage, der sich die Reine Rechtslehre stellen muß, ist die, ob es zweckmäßig ist, den Gegenstand und die Methode einer Rechtslehre so zu wählen, wie sie es getan hat; also die *Anordnungen einer sozialen Macht* als *geltende Normen* zu beschreiben. Darauf gibt es keine „letzte Antwort“. Der *Wahl des Gegenstandes* liegt die Annahme zu-

13 Aus der umfangreichen Literatur zu dieser Frage sei auf folgende Arbeiten hingewiesen: U. Klug, Die Reine Rechtslehre von Hans Kelsen und die formallogische Rechtfertigung der Kritik an dem Pseudoschluß vom Sein auf das Sollen, in S. Engel/R. A. Métall, Hrsg., Law, State and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen, 1964, S. 153; N. Hoerster, Zum Problem der Ableitung eines Sollens aus einem Sein in der analytischen Moralphilosophie, ARSP 40, 1969, S. 11.

14 H. Dreier, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2. Aufl. 1990, S. 231. Vgl. auch H. Dreier, Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis?, FS Walter, 1991, S. 117.

grunde, daß ein *Interesse an der Kenntnis der Systeme des positiven Rechts* besteht – ganz ungeachtet der Frage, ob sie moralischen oder naturrechtlichen Anforderungen entsprechen. Ein Beispiel soll dies aufzeigen: Wer seine kranke Mutter in einem fernen Land besuchen und ihr Geschenke mitbringen will, der möchte nicht wissen, wie die Einreise und Einfuhr moralisch einwandfrei reglementiert sein sollte, sondern wie dies nach dem positiven Recht des Landes, in das er reisen will, geregelt ist. Diese genaue Kenntnis muß selbst jener haben, der die entsprechenden Bestimmungen politisch angreifen will.

4. Konsequenzen der Wahl des Gegenstands und der dogmatischen Methode

Wird als Gegenstand der normativen Betrachtung das positive Recht gewählt, so ist selbstverständlich, daß es bei allen Aussagen nur um eben dieses Normensystem gehen kann. *Dieses allein ist darzustellen*. Nur dadurch kann es klar zutage treten. Jede Vermengung mit anderen normativen Systemen (Moral, Naturrecht) wird deshalb – im Sinne der bekannten *Trennungsthese* – ausgeschlossen. Streng zu unterscheiden von der Darstellung des positiven Rechts ist die Frage, wie es geschichtlich zu diesem gekommen ist, die Frage seiner sozialen Auswirkungen und die Frage, wie das positive Recht moralisch zu bewerten ist. Untersuchungen dieser Fragen sind keineswegs ausgeschlossen, sind jedoch in eigenen Wissenschaftsbereichen – der Rechtsgeschichte, der Rechtssoziologie und der Ethik – vorzunehmen. Daß es Verbindungen zwischen diesen Disziplinen gibt, wird nicht geleugnet, jedoch ihre eigenständige Bedeutung betont. Rechtsdogmatik kann nicht durch Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie oder Ethik ersetzt werden.

5. Zur Allgemeinheit der Theorie

Die Reine Rechtslehre will eine allgemeine Theorie, nicht eine Theorie einer oder mehrerer bestimmter Rechtsordnungen sein. Dies schließt nicht aus, daß manche der von ihr gewonnenen theoretischen Einsichten für verschiedene Rechtsordnungen von differenter Frucht-

barkeit sein können. So vermag etwa die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung in kompliziert aufgebauten Rechtssystemen mehr zu leisten, als bei der Erfassung primitiver Rechtsordnungen. Aber dies tut ihrer Allgemeinheit keinen Abbruch.

6. Zum wissenschaftsgeschichtlichen Hintergrund der Reinen Rechtslehre

Wissenschaftsgeschichtlich steht die Reine Rechtslehre mit der *Bestimmung* ihres *Erkenntnisobjekts* durchaus in der Tradition des staatsrechtlichen Positivismus, wie er sich im 19. Jh. in unserem Kulturbereich entwickelt hatte und etwa mit dem Namen *Paul Laband* signalisiert werden kann.¹⁵ Die bestehende Verbindung sei biographisch aufgezeigt: Bei *Laband* und *Otto Mayer* in Straßburg absolvierte *Edmund Bernatzik* (1854–1919) einen Forschungsaufenthalt, bevor er dann zwischen 1894 und 1919 der führende Wiener Dogmatiker des öffentlichen Rechts wurde.¹⁶ *Kelsen* war sein *Schüler* und wurde sein *Nach-*

15 *Kelsen* hat diese Verbindung selbst hervorgehoben, wenn er schreibt, daß seine Lehre „als Fortentwicklung von Ansätzen verstanden werden (kann), die sich schon in der positivistischen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts ankündigen“ (Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, III).

An dieser Verbindung ändert sich auch nichts, wenn man den – erst spät publizierten – Brief *Kelsens* an *Renato Treves* vom 3. August 1933 in Betracht zieht. *Kelsen* distanziert sich von *Laband* darin insoweit, als dieser nach seiner Meinung eine zu stark vom monarchischen Prinzip beeinflußte Lehre vertreten habe, ihm also die Trennung von Politik und positivem Recht nicht gelungen sei, obgleich er dies an sich verfochten habe. Insofern *Laband* eine Trennung der positiven Staatsrechtslehre von der Politik gefordert habe, stehe die Reine Rechtslehre in dieser „Tradition, die in Deutschland schon mit *Gerber* beginnt“ (vgl. dieses Schreiben unter dem Titel „Reine Rechtslehre, ‚Labandismus‘ und Neukantianismus“, in *H. Kelsen/R. Treves, Formalismo giuridico e Realtà sociale*, 1992, S. 55)).

16 *W. Brauner*, 1850 – 1900, in *W. Brauner*, Hrsg., Juristen in Österreich, 1200 bis 1980 (1987) S. 141, bezeichnet *E. Bernatzik* als „Schüler“ der Genannten. Vgl. auch aaO. S. 312. Vgl. über *E. Bernatzik* auch *R. Walter*, Die Lehre des Verfassungs- und Verwaltungsrechts an der Universität Wien von 1810–1938, JBI 1988, S. 617.

In dem – wahrscheinlich von *Kelsen* verfaßten – Nachruf auf *Edmund Bernatzik* in der ZÖR I, 1919/1920, S. IX, heißt es: „*Edmund Bernatzik* gehört mit *Paul La-*

folger. Was freilich die Lehre Kelsens vom staatsrechtlichen Positivismus unterschied, war die *erkenntnikritische Grundlegung seiner Lehre*, wie sie sich vor allem in der Lehre von der Grundnorm zeigt. Der ältere Positivismus wurde zum *kritischen Rechtspositivismus* der Reinen Rechtslehre und damit – wie Horst Dreier prägnant formuliert hat – zur „wohl konsequentesten, klarsten und begrifflich schärfsten Form positivistischer Jurisprudenz“.¹⁷

An dieser Stelle sei vermerkt, daß die Reine Rechtslehre – anders als manchmal angenommen wird – nichts mit dem philosophischen Positivismus, auch nicht mit dem Neopositivismus des Wiener Kreises um Moritz Schlick zu tun hat. Schlick lehnte bekanntlich eine normative Betrachtung grundsätzlich ab, was Kelsen nicht akzeptieren konnte.¹⁸

band, Georg Jellinek und Otto Mayer zu den Begründern und Hauptvertretern jener Theorie des öffentlichen Rechtes, die seit dem Ende des 19. Jahrhunderts . . . herrscht.

- 17 H. Dreier, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2. Aufl. 1990, S. 18.
- 18 Kelsen zitiert M. Schlick erst in der zweiten Auflage der Reinen Rechtslehre (1960), und zwar ablehnend. Vgl. S. 17 f., 60 f., 107. Vgl. auch H. Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, 1979, S. 58 ff., 237 f.

Zur Ablehnung normativer Wissenschaften insbesondere auch der Position Kelsens durch den Wiener Kreis vgl. Richard von Mises, Kleines Lehrbuch des Positivismus, 1939, S. 457. Das Werk ist 1990 in der Reihe „suhrkamp taschenbuch wissenschaft“ erschienen (Nr. 871).

Im Jahre 1963 wurde Kelsen über seine Beziehungen zum Wiener Kreis des Neopositivismus befragt und gab im wesentlichen Punkte folgende Antwort: „Ich kam mit diesem Kreis in persönliche Berührung durch meine Bekanntschaft mit Prof. Schlick, Dr. Otto Neurath, Prof. Philipp Frank und Prof. Victor Kraft. Was mich mit der Philosophie dieses Kreises verband – ohne darin von ihr beeinflußt zu sein – war ihre anti-metaphysische Tendenz. Die Moralphilosophie dieses Kreises – so wie sie in Schlick's ‚Fragen der Ethik‘ zum Ausdruck kommt – habe ich von Anfang an abgelehnt. Doch haben die Schriften von Philipp Frank und Hans Reichenbach über Kausalität meine Auffassung dieses Problems beeinflußt.“ Vgl. C. Jabloner, Kelsen and his Circle: The Viennese Years, European Journal of International Law 9, 1998, S. 368.

Beigefügt könnte noch werden, daß Felix Kaufmann (1895–1949) – ein Mitglied des Wiener Kreises und ein Schüler Kelsens –, der sich bei ihm 1922 mit einer Arbeit über „Logik und Rechtswissenschaft“ habilitierte (vgl. darüber R. Walter, Die Lehre des Verfassungs- und Verwaltungsrechts an der Universität Wien von

Freilich verbindet die Reine Rechtslehre mit dem logischen Empirismus das Streben nach rationaler Erkenntnis und die Ethik der methodischen Reinheit.

7. Zur philosophischen Basis der Reinen Rechtslehre

Über die philosophische Basis der Reinen Rechtslehre wurden zahlreiche Überlegungen angestellt, zu welchen auch *Kelsen* selbst Anlaß gab. Es hat jedoch nicht viel Sinn, in diesem Punkte allzu weit zu gehen. Jede Theorie eines Fachgebietes – auch eine Theorie der Rechtsdogmatik – muß – bewußt oder unbewußt – bestimmte philosophische Grundpositionen haben. Es muß ihr jedoch keineswegs ein bestimmtes philosophisches Lehrgebäude zugrunde liegen.¹⁹ Wichtige Grundpositionen, die die Reine Rechtslehre annimmt, kann man auf bestimmte Lehren der Philosophie *Kants* zurückführen, wie etwa die Annahme einer Welt des Sollens und einer Welt des Seins und die Konstruktion einer Grundnorm als transzental-logische Annahme, um eine effektive Zwangsordnung als System geltender Normen deuten zu können. *Kelsen* hat dies vorsichtig als analoge Anwendung der *Kantschen* Erkenntnistheorie qualifiziert.²⁰

1810–1938, JBI 1988, S. 622), versuchte, die Rechtswissenschaft auf die phänomenologische Philosophie *E. Husserls* zu gründen. Dem ist *Kelsen* nicht gefolgt. Vgl. dazu auch *B. Kohlberg*, Felix Kaufmann, der Phänomenologe des Wiener Kreises in *F. Stadler*, Hrsg., Phänomenologie und logischer Empirismus. Szenarium Felix Kaufmann (Veröffentlichungen des Instituts Wiener Kreis, Bd. 7, 1997, S. 23). Vgl. auch *P. Goller*, Naturrecht, Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie, 1997, S. 226.

Mit normativen Denkern des Wiener Kreises, wie zB *Viktor Kraft* hat sich *Kelsen* nicht auseinandergesetzt.

- 19 *Kelsen* hat durchaus zutreffend gesehen, daß er sich nur zum Teil auf *Kant* und *Cohen* stützen kann. Vgl. *H. Kelsen*, Reine Rechtslehre, „Labandismus“ und Neukantianismus, in *H. Kelsen/R. Treves*, Formalismo giuridico e Realtà sociale, 1992, S. 55. Vgl. dazu auch *M. Pascher*, Einführung in den Neukantianismus, 1997, S. 15, 151.
- 20 *H. Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 205, schreibt, daß „die Grundnorm in ihrer Darstellung durch die Rechtswissenschaft – wenn ein Begriff der

Viele der zu den philosophischen Hintergründen der Lehre Kelsens angestellten Überlegungen sind unfruchtbar, weshalb auf sie nicht näher eingegangen werden soll. Erwähnt sei lediglich das Unternehmen der Kelsen-Schüler Felix Kaufmann (1895–1949) und Fritz Schreier (1897–1981), die Reine Rechtslehre auf die Phänomenologie von E. Husserl zu gründen. Kelsen ist mit Husserls Abgrenzung gegenüber dem Psychologismus einverstanden,²¹ den erwähnten Bemühungen seiner Schüler aber nicht gefolgt.



Kant'schen Erkenntnistheorie *per analogiam* angewendet werden darf – als die transzental logische Bedingung dieser Deutung bezeichnet werden“ könne.

- 21 Vgl. H. Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Aufl. 1923, IX, S. 67. In seiner Allgemeinen Theorie der Normen, 1979, bezieht sich Kelsen mehrfach auf E. Husserl. Vgl. insb S. 138, 140, 158 ff, 225, 249 f, 284, 286 ff.

In neuerer Zeit hat O. Weinberger der Lehre Kelsens Psychologismus vorgeworfen (vgl. O. Weinberger, War Kelsen Antipsychologist?, Rechtstheorie 1995, S. 563; O. Weinberger, Reine Rechtslehre und Logik, ZÖR, Bd. 53, 1998, S. 23). Dabei handelt es sich jedoch weithin um ein Mißverständnis, wie in Kürze aufgezeigt werden soll:

Unter Psychologismus versteht man die Auffassung, daß die Psychologie die Grundlage der Philosophie, insb. auch der Logik sei (vgl. G. Schischkoff, Hrsg., Philosophisches Wörterbuch, 22. Aufl. 1991, S. 590). Richtig kennzeichnet O. Weinberger – ich nehme im folgenden auf den zweitgenannten Aufsatz bezug – daher auch den Antipsychologismus als die Meinung, daß sich „die Logik nicht mit psychischen Denkakten befaßt . . . , sondern einzig und allein mit Gedanken im objektiven Sinne . . . Logik ist nicht eine Theorie des psychischen Erlebens, sondern eine Lehre von den Gedankenstrukturen und deren rationalen Verkettungen“ (S. 28). Diese antipsychologistische Position ist auch die von Kelsens Rechtslehre.

Weinbergers zentrale Begründung seines Vorwurfs stellt darauf ab, daß Kelsen eine Norm nur annehme, wenn ein Mensch einen normsetzenden Willensakt vorgenommen habe („Kein Imperativ ohne Imperator“) und nennt dies die „aktrelative Definition der Norm“ (S. 30). Daß aber das Vorliegen einer Norm nur angenommen wird, wenn ihr ein entsprechender Willensakt zugrundeliegt, hat mit Psychologismus nichts zu tun. Es geht dabei darum, anzugeben, wann das Vorliegen einer Norm anzunehmen ist, wann also das von der Rechtswissenschaft zu behandelnde Objekt gegeben ist. Erst bei der wissenschaftlichen Behandlung ihrer Objekte hat die Wissenschaft die Regeln der Logik anzuwenden. So kann etwa die Psychologie psychische Phänomene als ihre Objekte bestimmen und mit den Mitteln der Logik behandeln. Darin liegt keinerlei Psychologismus. Denn es werden nicht statt logischer Regeln psychologische Überlegungen angestellt, sondern –

8. Zum historischen Hintergrund der Reinen Rechtslehre

Man hat oft die Frage gestellt, ob es historisch-gesellschaftliche Gründe für das Entstehen der Reinen Rechtslehre in Wien zu Beginn unseres – nunmehr ausgehenden – Jahrhunderts gibt. Man kann auf die allgemeine kritische Stimmungslage dieser Zeit hinweisen. Damals entwickelte *Sigmund Freud* seine *Psychoanalyse*, entstand allmählich die *Wiener neopositivistische Schule*, eine *neue Kunst* – man denke etwa an *Klimt* – wandte sich durch die Gründung der *Secession* von der Tradition ab, *Schönberg* begann mit seiner *Zwölftonmusik* und eine *kritische Literatur* (etwa mit *Schnitzler*) etablierte sich. Man könnte von einem *Geist der Moderne* sprechen, in dessen Rahmen auch eine neue Rechtsschule ihren Platz hatte. Dazu paßt, daß die Reine Rechtslehre gelegentlich ihre Neuheit betonte,²² ohne freilich die Verbindung zur positivistischen Rechtswissenschaft des 19. Jh. zu übersehen.²³

vor aller wissenschaftlicher Behandlung – das Betrachtungsobjekt angegeben. Da *Weinberger* dies verkennt, gehen alle seine daran anknüpfenden Überlegungen ins Leere.

Weinberger wirft *Kelsen* weiters vor, er habe – zur Ablehnung der Möglichkeit von Normfolgerungen – (auch) ein psychologisches Argument gebracht (S. 32). Dieser Vorwurf mag erhebbar sein, bezieht sich aber nur auf ein (entbehrliches) Zusatzargument. *H. Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, 1979, S. 189, hat nämlich gegen die Ableitbarkeit einer individuellen Norm aus einer generellen Norm auch (zusätzlich) ins Treffen geführt, daß der Setzer der generellen Norm noch nicht wissen könne, wie die individuelle Norm gestaltet sein könnte, er könne diese daher nicht wollen, weil man nur wollen könne, was man weiß. Das entscheidende Argument, weshalb aus einer generellen Norm keine individuelle Norm logisch abgeleitet werden kann, liegt für *Kelsens* Lehre aber eben darin, daß jede Norm auf einen Normsetzer zurückgeführt und nicht „abgeleitet“ werden kann. Der Gesetzgeber muß das generelle Gesetz durch einen Willensakt erzeugen, der Richter das Urteil, das nach dem Gesetz gefällt werden soll, durch einen Willensakt erlassen.

22 In der Vorrede zu der zweiten Auflage der Hauptprobleme der Staatsrechtsslehre, 1923, S. V, spricht *Kelsen* von einer begonnenen und fortgesetzten Revision der methodologischen Grundlagen der Staatsrechtslehre. *A. Merkl* betitelt 1922 einen Aufsatz zu Hans Kelsens Rechtstheorie mit „Neue Wege der Rechtswissenschaft“ (Schweizerische Juristen-Zeitung, Bd. 18, 1922, S. 303).

Bemerkenswert erscheint es jedoch, daß eine relevante wissenschaftliche Beziehung zu den wissenschaftlichen Strömungen der damaligen Zeit nicht besteht. Zwar gibt es einen gewissen Kontakt zwischen *Kelsen* und *Freud*, doch hat dieser – ungeachtet der persönlichen Beziehung – wissenschaftlich bescheidene Auswirkungen.²⁴ Mit der *Wiener Schule des Neopositivismus* stimmt *Kelsen* zwar bezüglich der antimetaphysischen Tendenz überein, steht jedoch mit deren Ablehnung der normativen Wissenschaften im schärfsten Gegensatz.

Zu einem anderen Aspekt: Vielleicht könnte man im gegebenen Zusammenhang auf die besondere Situation der österreichischen monarchischen Rechtsordnung eines Vielvölkerstaates hinweisen: Einem österreichischen Verfassungsjuristen mußte es im besonderen Maße klar werden, daß das Recht keine Emanation eines einheitlichen Volksgeistes sein kann, sondern daß die vielen Völker der Donaumonarchie in erster Linie durch die gemeinsame Rechtsordnung zusammengehalten werden, sodaß es sehr naheliegend war – wie es die Reine Rechtslehre später allgemein getan hat – diesen Staat vor allem als Rechtsordnung zu begreifen.²⁵

Über die Rolle der Reinen Rechtslehre im Rahmen der Wiener Moderne vgl. C. Jabloner, Kelsen and his Circle: The Viennese Years, European Journal of International Law 9, 1998, S. 368.

- 23 Im Vorwort zur ersten Auflage der Reinen Rechtslehre, 1934, S. III, weist H. Kelsen darauf hin, daß seine Theorie „keineswegs so unerhört neu“ sei „und zu allem bisher Dagewesenen in Widerspruch“ stehe.
- 24 Vgl. dazu L. Adamovich, Kelsen und die Tiefenpsychologie. Stattgefunden und nicht stattgefunden Begegnungen, in R. Walter/C. Jabloner, Hans Kelsens Wege sozialphilosophischer Forschung (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 20, 1997), S. 129.
- 25 R. A. Métall, Hans Kelsen. Leben und Werk, 1969, S. 22, gibt folgende Sätze aus einer (unveröffentlichten) Selbstbiographie H. Kelsens wieder: „Angesichts des österreichischen Staates, der sich aus so vielen nach Rasse, Sprache, Religion und Geschichte verschiedenen Gruppen zusammensetzte, erwiesen sich Theorien, die die Einheit des Staates auf irgendeinen sozial-psychologischen oder soziobiologischen Zusammenhang der juristisch zum Staat gehörigen Menschen zu gründen versuchten, ganz offenbar als Fiktionen. Insofern diese Staatstheorie ein wesentlicher Bestandteil der Reinen Rechtslehre ist, kann die Reine Rechtslehre als eine spezifisch österreichische Theorie gelten.“

II. Die Normenlehre

1. Allgemeines

Norm im allgemeinsten Sinne bedeutet, daß *etwas sein soll*.

Man kann die *Norm* als den *Sinn eines Willensaktes* kennzeichnen, muß aber zwischen diesem Soll-Sinn und dem tatsächlichen Willensakt strikt unterscheiden. Der *Willensakt* liegt im Bereich des *Seins*, sein *Sinn-Gehalt* im Bereich des *Sollens*.

Die Reine Rechtslehre ist insoferne im philosophischen Sinne eine „realistische“ Theorie, als sie von der *Existenz (Geltung)* von *Normen* als *spezifische Phänomene im Bereich des Sollens* ausgeht, ebenso wie man vielfach auch die Existenz der Dinge im Bereich des Seins annimmt.

Jeder *Normwissenschaft* kommt die Aufgabe zu, *Aussagen über die Existenz und den Inhalt von Normen* zu machen. Diese *Aussagen über die Normen* sind von den *Normen selbst, über die die Aussagen gemacht werden*, strikt zu unterscheiden. Dies vor allem deshalb, weil die *Norm* eine Anordnung darstellt, die *gilt*, die Aussage über die Norm aber nicht gilt, sondern *wahr* oder *unwahr* ist.

Beigefügt sei, daß die Reine Rechtslehre die Einsicht in das Erfordernis strikter Trennung von *Norm* und *Aussage über die Norm* erst allmählich gewonnen hat und die letzten Konsequenzen aus dieser Einsicht noch später gezogen werden. Diese Konsequenzen liegen vor allem in der Einsicht, daß es *keine Logik der Normen* geben kann, sondern sich die logischen Regeln vielmehr nur auf die die *Normen beschreibenden Sätze* beziehen können.

2. Rechtsnormen

Nicht alle Normen, die man annimmt, müssen *Rechtsnormen* sein. Man behandelt auch *Normen der Moral* und *der Sitte*. Sie müssen von den Rechtsnormen abgegrenzt werden. Diese Abgrenzung kann hier nur sehr vereinfacht aufgewiesen werden: Rechtsnormen sind Normen

eines Systems, das bei Normverletzung *letztlich* eine *Sanktion*, d.h. organisierten Zwang, insb. Strafe oder Exekution vorsieht.

3. Arten der Rechtsnormen

Das Problem, wie die Rechtsnorm zu konstruieren ist und welche Arten von Rechtsnormen zu unterscheiden sind, durchzieht die Entwicklung der Reinen Rechtslehre und kann als nicht bis ins Letzte ausdiskutiert angesehen werden.²⁶ Dennoch können einige Einsichten aufgewiesen werden.

- a. Gewissermaßen im Mittelpunkt eines Rechtssystems stehen die *Zwangsnormen* (Verhaltensnormen), die Menschen ein bestimmtes Verhalten – zB nicht zu morden, Steuern zu zahlen, rechts zu fahren – vorschreiben und bei nicht entsprechendem Verhalten eine Strafe oder Exekution vorsehen. Diese Zwangsnormen haben also einen *gebietenden Teil* und einen *sanktionierenden Teil*.
- b. Ein Rechtssystem enthält aber nicht nur die gebietenden Zwangsnormen, sondern auch *ermächtigende Normen*. Wie man zu sagen pflegt, regelt das Recht seine eigene Erzeugung. Dies in der Weise, daß ermächtigende Normen bestimmte Menschen (etwa einen Monarchen oder ein Parlament) zur *Schaffung oder Aufhebung von Recht berufen*. Diese Normen kann man *Rechtserzeugungsnormen* nennen.

Ermächtigende Normen sind aber auch jene Regeln, die nicht zur Schaffung von Recht, sondern zu dessen *Vollzug* ermächtigen. Um ein Urteil oder einen Verwaltungsakt zu setzen, bedarf der Mensch, der dies tut, einer rechtlichen Ermächtigung; er wird durch sie zum Organ der Rechtsordnung. Er kann zur Setzung des entsprechenden Aktes auch verpflichtet sein. Dann tritt eine dies anordnende Zwangsnorm dazu. Dies muß jedoch nicht der Fall sein.

26 Vgl. zu den wichtigsten Positionen des Autors: R. Walter, Der Aufbau der Rechtsordnung, 2. Aufl. 1974; R. Walter, Su alcumi problemi di teoria del diritto alla luce della Allgemeine Theorie der Normen, in Hans Kelsen nella cultura filosofico - giuridica del novecento, 1983, S. 149; R. Walter, Las normas jurídicas, in Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Bd. 2, 1986, S. 107; R. Walter, Reine Rechtslehre, in Ergänzbares Lexikon des Rechts, 1985.

c. In seiner Spätlehre hat *Kelsen* eine eigene Kategorie der *derogierenden Rechtsnormen* angenommen – Normen also, die lediglich den Inhalt haben, eine andere Rechtsnorm aufzuheben. Solche Normen beruhen zwar auf Ermächtigungsnormen, enthalten aber keine Ermächtigung, sondern haben eine *spezifische normative Funktion*. Ob man sie als eigene Normkategorie annehmen soll, ist derzeit innerhalb der Lehre strittig.²⁷

d. Im Laufe der Entwicklung hat *Kelsen* auch *erlaubende Rechtsnormen* angenommen. Durch eine solche soll eine Zwangsnorm aufgehoben oder eingeschränkt werden. Es kann gezeigt werden, daß eine Rechtsvorschrift dieses Inhalts als Derogationsnorm oder als einschränkender Teil einer Zwangsnorm gedeutet werden kann. Die Annahme eigener Erlaubnisnormen erscheint daher überflüssig.²⁸

4. Rechtsvorschriften

Die *Rechtsnormen* stellen sehr umfassende Gebilde dar. Sie anzunehmen ist deshalb zweckmäßig, um den Gesamt-Aufbau der Rechtsordnung zu zeigen. Die Arbeit der Juristen erfolgt jedoch in der Regel mit bloßen Teilen von Rechtsnormen. Man bildet im allgemeinen nicht die vollständige Rechtsnorm, sondern behandelt jene juristischen Elemente, aus welchen sich die Rechtsnormen aufbauen. Man kann diese – das Rechtsmaterial bildenden – Teile die „*Rechtsvorschriften*“ nennen. Man beschreibt in der Regel diese und untersucht ihre Funktion. Daß man dennoch die umfassenden Rechtsnormbegriffe bildet, hat seinen Grund darin, daß zum Rechtsmaterial nur das gehört, was zur Konstruktion einer Rechtsnorm beiträgt.

- 27 Verneinend *R. Thienel*, Derogation, in *R. Walter*, Hrsg., Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 12, 1988), S. 23 ff. Bejahend *G. Kucska-Stadlmayer*, Rechtsnormbegriff und Arten der Rechtsnormen in *R. Walter*, Hrsg., Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 18, 1992), S. 33 f.
- 28 So auch *G. Kucska-Stadlmayer*, Rechtsnormbegriff und Arten der Rechtsnormen in *R. Walter*, Hrsg., Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 18, 1992), S. 31 f.

Es sei nicht verhehlt, daß auf dem Gebiete der Normkonstruktion im Rahmen der Reinen Rechtslehre in Zukunft noch manches geleistet werden sollte.

III. Die Theorie des rechtlichen Stufenbaus

1. In den – die Reine Rechtslehre begründenden – *Hauptproblemen der Staatsrechtslehre* (1911) konzentrierte sich Kelsen vollständig auf die *Analyse der Gesetze*. *Gesetzeserzeugung* und *Gesetzesvollziehung* blieben bewußt ausgeklammert. Das Werk war also einer *statischen Betrachtung des Rechts* verpflichtet. Dies änderte sich unter dem Einfluß von Kelsens Schüler Adolf Merkl (1890–1970). In der Vorrede zur (unveränderten) zweiten Auflage der *Hauptprobleme* (1923) schreibt Kelsen über die Entwicklung der Lehre unter anderem, er habe „die Stufentheorie als einen wesentlichen Bestandteil in das System der reinen Rechtslehre aufgenommen“ (XVI).

Merkl hatte in mehreren Arbeiten den Gedanken verfochten, daß das Recht als *stufenförmiges Erzeugungssystem* zu sehen sei²⁹, und diese Sicht wurde zu einem festen Bestandteil der Reinen Rechtslehre, wirkte aber auch über diesen Kreis hinaus. Dies führte freilich verschiedentlich zu einer zu vereinfachten Anwendung dieser – bei näherer Betrachtung durchaus komplexen – Theorie.³⁰ Um sie andeutungsweise darzubieten, sei auf zwei zu unterscheidende Stufungen auf-

29 Vgl. zum Standpunkt des Autors insb R. Walter, Der Aufbau der Rechtsordnung, 1974, S. 54; R. Walter, Die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung, Archivum iuridicum Cracoviense, XIII, 1980, S. 5; R. Walter, Der Stufenbau nach der dero-gatorischen Kraft im österreichischen Recht, ÖJZ 1965, S. 189; R. Walter, Der Stufenbau von Verordnungen, FS Seidler, 1985, S. 331.

Vgl. weiters insb H. Mayer, Die Theorie des rechtlichen Stufenbaus, in R. Walter, Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 18, 1992) S. 37.

30 A. J. Merkl selbst schrieb 1931 „Prolegomena zu einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus“ (FS Kelsen, S. 252 ff), beendete aber damit seine Befassung mit den Phänomenen des Stufenbaus.

merksam gemacht: Den *Stufenbau nach der rechtlichen Bedingtheit* und den *Stufenbau nach der derogatorischen Kraft*.

2. Zum Stufenbau der rechtlichen Bedingtheit sei folgendes bemerkt: Kann man Rechtsnormen feststellen, die zur Erzeugung anderer Rechtsnormen (oder von Teilen solcher: Rechtsvorschriften) ermächtigen, so kann man innerhalb der Rechtsordnung zunächst eine Stufung feststellen: Die zwischen den die Erzeugung regelnden und den auf ihrer Basis erzeugten Rechtsvorschriften. Da die nach einer bestimmten Rechtserzeugungsnorm (Rechtserzeugungsregel) geschaffenen Rechtsvorschriften ihre Rechtsgeltung aus der Rechtserzeugungsnorm ableiten, können diese als „höhere“, die nach ihr erzeugten Rechtsvorschriften als „niedrigere“ angesehen werden. Die – „höhere“ – Rechtserzeugungsnorm bedingt die – „niedrigere“ – erzeugte Norm.

3. Beim *Stufenbau nach der derogatorischen Kraft* geht es um die *Gliederung von Rechtsformen*. Die gleiche *Rechtsform* haben die nach der *gleichen Erzeugungsregel* geschaffenen Rechtsvorschriften. Wir sprechen also – ungeachtet des Inhalts – von der Verfassungsform, der Gesetzesform oder der Verordnungsform, in der eine Rechtsvorschrift zutage tritt. Diese Rechtsformen werden nun nach dem Kriterium ihrer derogatorischen Kraft gegliedert. Höher ist jene Rechtsform, deren Vorschriften solchen in anderer Rechtsform derogieren, die aber durch solche der anderen Rechtsform nicht derogiert werden können. So dürfen Regelungen in Verfassungsform regelmäßig den Regelungen in Gesetzesform derogieren, aber nicht umgekehrt. Analoges gilt für das Verhältnis von Gesetzesform und Verordnungsform.

4. Ein schwieriges Problem, das hier nicht näher verfolgt werden kann, ist jenes des Verhältnisses der Stufensysteme zueinander. Es geht aber nicht um Details. Das, was – weil für die Reine Rechtslehre typisch – aufgezeigt werden soll, ist, daß es dieser um das möglichst präzise Aufzeigen der Struktur des positiven Rechts geht. Das ist auch das Anliegen der Stufenbaulehre.

Die Stufenbaulehre will aber vor allem auch folgendes aufzeigen: Die höhere Stufe im Stufenbau der Rechtserzeugung kann die folgende Stufe in stärkerem oder geringerem Ausmaß determinieren. So ist etwa der Gesetzgeber durch die Verfassung in der Regel weniger einge-

schränkt als der Verordnungsgeber oder der Richter durch das Gesetz. Auf allen Stufen zeigen sich jedoch Spielräume des ermächtigten Organs, wie sie sich etwa im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, im Ermessen oder im unbestimmten Rechtsbegriff manifestieren. Die Stufenbaulehre will so der Illusion entgegenwirken, daß die Rechtserzeugung ein quasi-logischer Prozeß sei, und aufzeigen, daß in der Abfolge nicht nur *Recht vollzogen*, sondern auch *Recht erzeugt* wird und so die Rechtsakte einerseits vollziehende, andererseits rechtsschöpferische Funktion haben und so – um Merkls Ausdruck zu gebrauchen – ein doppeltes Rechtsantlitz haben, janusköpfig sind.³¹

IV. Die Interpretationslehre³²

1. Versteht man unter *Interpretation* einen geistigen Prozeß, der dazu dient, den *Inhalt einer Rechtsvorschrift festzustellen*, so muß man zunächst – an die Stufenbaulehre anknüpfend – hervorheben, daß es eine Illusion ist, anzunehmen, es könne durch Interpretation stets eine – richtige – Lösung gefunden werden. Oftmals kann die Interpretation nur einen Rahmen abstecken, innerhalb dessen *verschiedene Lösungen rational gleichwertig* sind. Zwischen ihnen muß *entschieden* werden. Die Setzung eines Rechtsaktes – sei es zB eines Gesetzes oder eines Urteils – ist eben nur soweit determiniert, als die höhere Vorschrift eine *Vorausbestimmung* enthält. Nur diese zu erkennen, kann Aufgabe

31 A. Merkl, Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung der Erkenntnistheorie des Rechtes. JBI 1918, S. 425, 444, 463.

32 Zum Standpunkt des Autors vgl. insb R. Walter, Das Auslegungsproblem im Lichte der Reinen Rechtslehre, FS. Klug, 1983, S. 189; R. Walter, Die Entwicklung der Reinen Rechtslehre und das Auslegungsproblem, in M. W. Fischer/ E. Mock/ H. Schreiner, Hrsg., Hermeneutik und Strukturtheorie des Rechts, ARSP- Beiheft 20, 1984, S. 129; R. Walter, Die Interpretationslehre im Rahmen der Wiener Schule der Rechtstheorie, FS Leser, 1993, S. 191.

Vgl. weiters insb H. Mayer, Die Interpretationstheorie der Reinen Rechtslehre, in R. Walter, Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 18, 1992), S. 61; R. Thienel, Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 17, 1991), S. 183.

einer rechtswissenschaftlichen Interpretation sein. Was darüber hinausgeht, kann nur als rechtspolitischer Vorschlag gewertet werden.

2. Das zur Setzung eines Rechtsaktes berufene Organ hat daher zwei verschiedene Aufgaben: Zu erkennen, inwieweit es durch die höhere Rechtsvorschrift determiniert ist – diese Aufgabe hat es durch eine rechtswissenschaftliche Interpretation zu erfüllen – und dann innerhalb des gefundenen Rahmens zu entscheiden. *Interpretation* und *Anwendung* sind daher zu trennen.

3. Wie *Interpretation* möglich ist, kann von einer exakten Rechtstheorie zunächst nur dahin beantwortet werden, daß es nur zum Einsatz von rationalen Methoden kommen darf, deren Ergebnisse objektiv (intersubjektiv) überprüfbar sind. Damit stehen vor allem folgende Auslegungsmethoden zur Verfügung:

a. Die *Wortinterpretation* einschließlich der grammatischen Interpretation. Die Bedeutung der Worte – innerhalb gewisser Unschärfen – festzustellen, ist eine mit rationalen Mitteln zu bewältigende Aufgabe. Ebenso die Anwendung der grammatischen Regeln.

b. Die *subjektiv-historische Interpretation*, also die Ermittlung dessen, was der historische Gesetzgeber *tatsächlich gewollt* hat. Dies festzustellen ist – selbstverständlich in Grenzen – durch die Heranziehung der Materialien möglich.

Die Betonung des Abstellens auf den tatsächlichen Willen soll insb. ausschließen, daß auf einen fiktiven Gesetzgeber abgestellt wird, dem ja dann – unüberprüfbar – vieles unterstellt werden kann.

c. Die heute sehr moderne *teleologische Interpretation* ist mit dem Vorgesagten nicht ausgeschlossen. Das, worauf es einer exakten Theorie ankommen muß, ist, wie der telos ermittelt wird. Ergibt er sich etwa aus dem Wortlaut oder den Materialien, so ist gegen seine Heranziehung bei der Auslegung nichts einzuwenden. Entspringt er jedoch nur dem Willen des Interpreten, so kann er in einer exakten Theorie keinen Platz haben.

V. Recht und Staat

1. Ein Punkt, der für die Reine Rechtslehre charakteristisch ist, ist der, daß eine juristische Betrachtung eines besonderen Phänomens Staat neben der Rechtsordnung ausgeschlossen wird. Kelsen sieht den Staat als „eine spezifisch *normative* Einheit und kein irgendwie kausalgesetzlich zu erfassendes Gebilde . . .“.³³ Kelsen hat sich mit dieser Lehre insb. gegen die *Zweiseitentheorie* von Georg Jellinek gewandt, der den Staat sowohl als „*rechtliche Institution*“ als auch als „*gesellschaftliches Gebilde*“ auffassen wollte.³⁴ Wie zwei so heterogene „Seiten“ eines „Gegenstandes“ mittels einer Wissenschaft erfaßt werden sollen, bleibt bei Jellinek unklar.³⁵ Kelsen unternimmt es aufzuzeigen, daß sich die zentralen Probleme der „Staatslehre“ als juristische Probleme begreifen und behandeln lassen. Dazu sei auf wenige Punkte hingewiesen:

Nach der „Zweiseitentheorie“ soll das soziale Phänomen „*Staat*“ in erster Linie eine unter einer Herrschermacht stehende *Gemeinschaft von Menschen* sein. Damit stellt sich die Frage, was *mehrere Menschen* zu einer „*Gemeinschaft*“ von Menschen macht. Betrachtet man eine Gruppe von Menschen, die irgendwie zusammenleben, so sieht man, daß es vielfältige, verschieden intensive Beziehungen zwischen ihnen gibt. Es kann nicht das Tatsächliche sein, daß die Menschen zu einer staatlichen Gemeinschaft zusammenfügt. Es ist vielmehr ein normatives Kriterium, nämlich die Rechtsordnung, die sie als Normunterworfen zusammen-

33 Vgl. H. Kelsen, Der juristische und der soziologische Staatsbegriff, 2. Aufl. 1928, S. V. Dieses Werk ist 1922 in erster Auflage erschienen. Er hat auch später noch diese Position vertreten. Vgl. H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 3; H. Kelsen, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. 1934, S. 115, 2. Aufl. 1960, S. 288; H. Kelsen, General Theory of Law and State, 1945, S. 181.

Vgl. weiters insb. R. Thienel, Recht und Staat aus der Sicht der Reinen Rechtslehre, in R. Walter, Hrsg., Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 18, 1992), S. 71.

34 G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1919, S. 11.

35 Wie G. Kleinheyer/J. Schröder, Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten, 2. Aufl. 1983, S. 139, zutreffend bemerken, bleibt bei G. Jellinek „die Verbindung zwischen Soziallehre, Politik und Recht im Detail . . . ungeklärt“.

faßt. Die „Elemente“ des Staates werden bei Kelsen streng juristisch erfaßt:

Das „*Staatsgebiet*“ ist demnach nicht als faktischer Herrschaftsbereich, sondern als *räumlicher Geltungsbereich der Rechtsordnung zu sehen*.

Das *Staatsvolk* ist nicht als Summe von Menschen, sondern als jene Adressaten zu begreifen, die durch die Rechtsordnung verpflichtet oder ermächtigt werden. Es geht somit um den *persönlichen Geltungsbereich der Rechtsordnung*.

Daß die *Gemeinschaft „Staat“* durch eine „*Herrschermacht*“ gekennzeichnet sei, ist dann überflüssig anzunehmen, wenn man unter *Rechtsordnung* nur eine *effektive Ordnung* versteht.³⁶

Auch bei der Erfassung von „*Staatsformen*“ kommt es – wie eine nähere Betrachtung zeigt – auf die rechtliche Gestaltung, wie sie vor allem in der Verfassung zum Ausdruck gelangt, an.

Daß die Zweiseitentheorie mit Erfolg aufgestellt und vertreten wurde und wird, erklärt Kelsen mit der Tendenz des menschlichen Denkens, abstrakte Gebilde mit einer Person (einem „Träger“) zu verbinden. Im vorliegenden Zusammenhang wird das abstrakte Gebilde „*Rechtsordnung*“, das allein nicht begreifbar erscheint, mit einem „Träger“ (oder Schöpfer) der Rechtsordnung verbunden, dem – als faktisch gegeben betrachteten – „*Staat*“. In Wahrheit geschieht hierdurch eine Verdoppelung: Außer der „*Rechtsordnung*“ wird auch noch der „*Staat*“ angenommen, obwarz – bei richtiger Betrachtung – beide *identisch* sind.

Als zweiten Grund für die Annahme eines Dualismus von Staat und Recht könnte man die politische Absicht ansehen, daß man, neben dem Recht, ein zweites System hat, auf das man sich gegebenenfalls berufen kann. Daß man etwa „*Notstandsakte*“, die im Rechtssystem keine Grundlage haben, doch wenigstens als „*Staatsakte*“ rechtfertigen kann,

36 Ausschließlich die Problematik der Wirksamkeit scheint es zu sein, die R. Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 11. Aufl. 1991, S. 33, veranlaßt, den Staat nicht als Rechtsordnung zu begreifen. Er glaubt eine „machtvolle Existenz“ des Staates neben der effektiven Rechtsordnung annehmen zu müssen.

weil sie dem „Wesen“ oder den „Aufgaben“ des Staates – offener gesagt: einer „Staatsräson“ – entsprechen.³⁷

2. Der Begriff des „Staates“ spielt in der Rechtslehre die Rolle eines Zurechnungspunktes: Man spricht von „*Staatsorgan*“ und vom „*Staatsakt*“ und unterscheidet damit die „*Staatsorgane*“ von anderen Menschen und die „*Staatsakte*“ von anderen anordnenden Akten von Menschen. Fragt man, welcher Umstand es ist, der diese Unterscheidung rechtfertigt, so ist darauf zu sagen: Ein *Staatsorgan* ist kein natürliches Phänomen; es ist ein *Mensch*, insoweit er durch die Rechtsordnung *ermächtigt* ist, „für den Staat“ – und das heißt genauer: als Realisator der Rechtsordnung – zu handeln. Und ein *Staatsakt* wird nicht zu einem solchen, weil er gewisse faktische Eigenschaften hat. Der Staatsakt der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe unterscheidet sich, was den natürlichen Vorgang anlangt, nicht von dem Unrechtsakt einer Freiheitsberaubung: Es handelt sich um einen Vollstreckungsakt, wenn zu der Freiheitsentziehung eine *rechtliche Ermächtigung* besteht. Diese Ermächtigung macht den tatsächlichen Akt zum Rechtsakt. Handelt ein nicht von der Rechtsordnung ermächtigter Mensch, so liegt kein Rechtsakt vor.

An dieser Stelle ist freilich zu bemerken, daß die Rechtsordnung verschiedentlich Akte, die nicht genau den Ermächtigungen entsprechen, doch zu Rechtsakten erklärt – wie etwa die gesetzwidrige Verhaftung durch einen Polizisten –, doch ist dann die Ermächtigung in Wahrheit weiter. Es zeigt sich der „*Fehlerkalkül*“ der Rechtsordnung, wie Merkl dieses Phänomen genannt hat.³⁸

37 So will etwa R. Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 11. Aufl. 1991, S. 291, Akte im Staatsnotstand, die rechtlich nicht gedeckt sind, ua. damit rechtfertigen, daß sie zu den „Aufgaben des Staates“ gehören. Dies zeigt die ideologische Funktion des Staatsbegriffes.

38 A. J. Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft, 1923, S. 293: „Fehlerkalkül ist jene positivrechtliche Bestimmung, die es juristisch ermöglicht, dem Staat solche Akte zuzurechnen, die nicht die Summe der anderweitig positivrechtlich aufgestellten Voraussetzungen ihrer Entstehung und damit ihrer Geltung erfüllen, die es erlaubt, solche Akte trotz jenes Mangels als Recht zu erkennen.“

Indem wir von „Staatsorganen“ und von „Staatsakten“ sprechen, bringen wir diese Gegenstände mit dem „Staat“ in Verbindung. Er wird zum *Zurechnungspunkt*. Bei richtiger Betrachtung ist es eine rechtliche Verbindung. Der Staat zeigt sich auch im gegenständlichen Zusammenhang als rechtliches Phänomen.³⁹

VI. Recht, Rechtswissenschaft, Logik

Wie bereits ausgeführt, betont die Reine Rechtslehre seit langem, daß zwischen den – anordnenden oder ermächtigenden – *Normen des Rechts* einerseits und den diese Normen beschreibenden *Sätzen der Rechtswissenschaft* andererseits streng zu unterscheiden ist.⁴⁰ Eine wichtige Konsequenz aus dieser Einsicht hat Kelsen erst spät deutlich gemacht.⁴¹ Es geht dabei um die *Rolle der Logik im Recht* und in der *Rechtswissenschaft*. Kelsen hat die Position vertreten, daß die *Regeln der Logik* – als Regeln für wahrheitsfähige *Sätze* – zwar auf die *Aussagen der Rechtswissenschaft über Rechtsnormen*, nicht aber auf die *anordnenden Rechtsnormen* selbst Anwendung finden können; er hat damit – wie dies in der anschließenden Diskussion genannt wurde – eine *expressive Konzeption der Normen* zugrundegelegt.⁴² Die Position der Reinen Rechtslehre in diesem Problembereich – sie wurde

39 Wir können auch einen engeren juristischen Staatsbegriff bilden, indem wir nicht alle „Realisatoren“ der Rechtsordnung – zB die einen Vertrag schließenden Privatpersonen, die damit einen Rechtsakt erzeugen – zusammenfassen, sondern nur bestimmte. Etwa jene, die in besonderer Weise bestellt und für ihre Tätigkeit entlohnt werden (Beamte). Faßt man nun diese Tätigkeit dieser Organe als „Staatstätigkeit“ auf, so ergibt sich ein bewußt enger gefaßter Staatsbegriff. Der Staat erscheint als „Apparat beamteter Organe“ (H. Kelsen).

40 Vgl. zB H. Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 73.

41 Vgl. insb. H. Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, 1979, S. 150.

42 Vgl. dazu zB C. E. Alchourron/E. Bulygin, The expressive conception of norms, in R. Hilpinen, Hrsg., New Studies in Deontic Logic, 1981, und in E. Bulygin/E. Garzón-Valdes, Hrsg., Argentinische Rechtstheorie und Rechtsphilosophie heute, 1987, S. 15.

weltweit, teils zustimmend, teils kritisch diskutiert⁴³ – betrifft vor allem das Problem des *Normenkonflikts* und das Problem des *normativen Syllogismus*. In aller Kürze sei zu diesem – sehr schwierigen – Problemkreis folgendes gesagt:⁴⁴ Beim *Normenkonflikt* muß vor allem

- 43 Die Kritik war insoweit nicht unverständlich, als Kelsen seinen Standpunkt noch in vielen Punkten undeutlich und nicht in jeder Hinsicht konsequent ausgebaut hatte. Der Verfasser dieses Beitrags hat sich daher bemüht, die Positionen Kelsens weiterzuentwickeln, zu modifizieren und klarzustellen. Vgl. dazu R. Walter, Das Problem des Verhältnisses von Recht und Logik in der Reinen Rechtslehre, Rechtstheorie 1980, S. 299; R. Walter, Normen und Aussagen über Normen, FS Adamovich, 1992, S. 714; R. Walter, Bemerkungen zu Weinbergers Ausführungen zum „Wesen der Logik“, insb der „Möglichkeit einer Normenlogik“ (Pkt. 5) und zu den „Dimensionen der juristischen Argumentation“ (Pkt. 6), Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung, 1992, S. 379; R. Walter, Das Problem des „normativen Syllogismus“ in Kelsens „Allgemeiner Theorie der Normen“, FS Opalek, 1993, S. 347.
- Die damit bezogene Position wurde erläutert von M. Schmidt, Kelsens Lehre und die Normenlogik, in R. Walter, Hrsg., Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 18, 1992), S. 87.
- 44 Die Beiträge, die auf diesem Gebiet erschienen sind, haben eine Zahl erreicht, die es nicht gestattet, alle anzuführen. Deshalb seien einige Arbeiten hervorgehoben: C. E. Alchourrón/E. Bulygin, Pragmatic Foundations for a Logic of Norms, Rechtstheorie 15, 1984, S. 453; C. E. Alchourrón/A. A. Martino, Logic without Truth, Ratio Juris 3, 1990, S. 46; E. Bulygin, Zum Problem der Anwendbarkeit der Logik auf das Recht, FS Klug, 1983, Bd. I, S. 19; E. Bulygin, Norms and Logic: Kelsen and Weinberger on the Ontology of Norms, in A. Aarnio/D. N. Mac Cormick, Legal Reasoning I, S. 427; L. Gianformaggio, Hans Kelsen on the Deduction of Validity, Rechtstheorie 1990, S. 181; J. W. Harris, Kelsen and Normative Consistency, in R. Turl/W. Twining, Hrsg., Essays on Kelsen, 1986, S. 201; G. Kalinowski, Une mise en question de la logique des normes. En réponse aux objections de Hans Kelsen, Archives de philosophie du droit, 1980, S. 345; R. Lippold, Um die Grundlagen der Normenlogik, in R. Walter, Hrsg., Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts Bd. 12, 1988), S. 146; T. Mazzarese, Kelsen Revisited on Law and Logic, in L. Gianformaggio, Hrsg., Hans Kelsen's Legal Theory. A diachronic Point of View, 1990, S. 139; T. Mazzarese, Nomodynamica e logica delle norme. Note su Kelsen e Weinberger, in L. Gianformaggio, Sistemi normativi statici e dinamici, 1991, S. 145; K. Opalek/J. Wolenski, Is, Ought and Logic, ARSP 1987, S. 373; K. Opalek, Überlegungen zu Hans Kelsens 'Allgemeiner Theorie der Normen' (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 4, 1980); U. Schmill-Ordóñez, Consideraciones sobre „Derecho y Lógica“ de Hans Kelsen, Crítica Revista Hispano-

klar werden, daß Konflikte zwischen Rechtsvorschriften nicht durch die Logik, sondern nur durch Rechtsregeln (wie zB durch die – gänzlich „unlogische“ – Regel „lex posterior derogat legi priori“) gelöst werden können. Beim sog. „normativen Syllogismus“ muß streng zwischen den *Denkvorgängen der Rechtswissenschaft* und den *Vollzugs-vorgängen der Rechtsanwendung* unterschieden werden: Der Obersatz des juristischen Syllogismus ist nicht das anzuwendende Gesetz, sondern eine Aussage über dieses; der Schlußsatz ist nicht das „abgeleitete“ – quasi logisch gewonnene – richterliche Urteil, sondern die Beschreibung dessen, was im Hinblick auf den Inhalt der generellen Norm im konkreten Falle rechtens sein soll. Das *richterliche Urteil* ist aber erst vom Richter zu setzen. Und zwar unter Beachtung der beschriebenen Denkvorgänge der Rechtswissenschaft durch den Richter, wenn dieser von der Rechtsordnung dazu berufen ist, „auf Grund der Gesetze“ zu entscheiden. Dabei wird nicht übersehen, daß die Beschreibung des anzuwendenden Gesetzes dem Richter einen „Spielraum“ einräumen kann, „auf Grund des Gesetzes“ also inhaltlich verschiedene Urteile gesetzt werden können. Die rechtswissenschaftliche Betrachtung kann hier freilich nur bis zur Umschreibung des „Spielraumes“ führen. Innerhalb desselben muß der Richter entscheiden. Es ist daher jeweils nur die eine Hälfte der Medaille erfaßt, wenn richterliche Urteile z.T. als „Erkenntnisse“, z.T. als „Entscheidungen“ bezeichnet werden.

americana, 1978, Bd. 10, Nr. 30, S. 55; R. J. Vernengo, Truth and Validity in Law and Morals, FS Walter, 1991, S. 727; G. H. von Wright, "Is" and "Ought", in E. Bulygin/J.-L. Gardies/I. Niiniluoto, Hrsg., Man, Law and Modern Forms of Life, 1985, S. 263; O. Weinberger, Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik, 1981; O. Weinberger, Kelsens Theorie von der Unanwendbarkeit logischer Regeln auf Normen, in N. N., Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 7, 1982), S. 108; O. Weinberger, Logik, Wirklichkeit und Positivität in der Reinen Rechtslehre, in W. Krawietz/H. Schelsky, Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen, Rechtstheorie, Beiheft 5, 1984, S. 15; H. Yoshino, Zur Anwendbarkeit der Regeln der Logik auf Rechtsnormen, in N. N., Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 7, 1982), S. 142.

Die von mir bezogene Position des Verhältnisses von Recht und Logik wurde jüngst von O. Weinberger⁴⁵ einer kritischen Betrachtung unterzogen. Sie gibt mir den willkommenen Anlaß, meine Auffassung nochmals in aller Kürze darzustellen und zu verdeutlichen:

1. Meiner Auffassung nach gelten die Regeln der Logik nicht für die – in der Welt des Sollens existenten (geltenden) – Normen; so wenig wie die Regeln der Logik für die – in der Welt des Seins existenten – Dinge Geltung haben. Wohl aber gelten die Regeln der Logik für die Aussagen über das Vorhandensein oder über die Eigenschaften von Normen und Dingen. Ob man dies, wie ich es getan habe, „Beschreiben“ nennt, ist mir nicht wichtig.
2. Die Aussagen über ein bestimmtes Normensystem können dazu führen, daß sich ein „Normenkonflikt“ zeigt, d.h., daß Rechtsvorschriften vorhanden sind, die Gegensätzliches (a soll sein – a soll nicht sein) normieren. Dieser Konflikt wird durch die Aussagen über die in Konflikt stehenden Rechtsvorschriften aufgedeckt, indem gefragt wird, was nach der Norm I sein soll und was nach der Norm II sein soll. Gibt man dies mittels Sätzen an, so kommt man zu zwei sich widersprechenden Sätzen über das Gesollte (a soll sein – a soll nicht sein). Weinberger ist darin zuzustimmen, daß zwischen den Sätzen: „Im Normensystem S gilt die Norm a soll sein“ und „im Normensystem S gilt die Norm a soll nicht sein“ kein Widerspruch besteht, da bei Normkonflikten ja beide Sätze wahr sind. Aber um diese logische Spielerei geht es nicht! Vielmehr darum, daß sich ein Widerspruch ergibt, wenn ich den *Inhalt* der beiden Rechtsvorschriften mittels Sätzen „beschreibe“ – womit sich vielleicht zeigt, daß die Wahl des Wortes „beschreiben“ im Sinne von: den Inhalt von Rechtsvorschriften angeben, doch seinen Sinn hat. Es ist aber gleichgültig, welche Bezeichnung man wählt. Es geht darum, daß man – anders als Weinberger, der die *Aussage über die Existenz* (Geltung) der Norm („In S gilt . . .“) mit jener über ihren *Inhalt* verbindet („In S gilt p soll sein“) – diese beiden Aussagen trennt und bezüglich der Identifikation von Normenkonflikten nur auf die *Aussagen über den Inhalt* abstellt.

45 O. Weinberger, Reine Rechtslehre und Logik, ZÖR, Bd. 53, 1998, S. 23.

3. Was *Weinberger* über normenlogische Folgerungen sagt, vermag ich als Einwand gegen meine Position nicht zu akzeptieren, da ich von anderen Grundannahmen ausgehe, die hier nur verkürzt angegeben seien: Gibt es keine Norm ohne einen Normsetzungsakt, so kommt es – wenn eine generelle Norm existiert – für das Vorliegen einer dieser entsprechenden individuellen Norm darauf an, ob eine solche Norm *gesetzt* wurde. Aus der Existenz der generellen Norm, daß alle Diebe mit Gefängnis bestraft werden sollen, „folgt“ nicht etwa logisch die Existenz der individuellen Norm, daß der Dieb A mit Gefängnis bestraft werden soll. Eine solche individuelle Norm muß erst durch richterlichen Akt gesetzt – das entsprechende Urteil also erlassen werden. Es ist demnach also so, daß „keine individuelle Norm als Folge einer vorangesetzten generellen normativen Regel (gilt)“, sondern nur, wenn sie gesetzt wird. In diesem Punkte ist es wichtig, zwischen den logischen Ableitungsmöglichkeiten der Rechtsverwirklichung zu unterscheiden:

Gehen wir davon aus, daß in einem Rechtssystem generelle Normen („Gesetze“) die zu bestrafenden Tatbestände und einen Strafrahmen festlegen und einen Richter dazu berufen, Übeltäter „auf Grund des Gesetzes“ mittels Urteils entsprechend zu bestrafen. Die Aufgabe, die der Richter rational bewältigen kann und muß, ist es, den Inhalt der generellen Norm genau zu ermitteln – man könnte sagen: sie zu beschreiben. Bei dieser Aufgabe kann ihm die Rechtswissenschaft (hier: die Strafrechtsdogmatik) helfen. Danach – und nach dem Treffen der Tatsachenfeststellungen – weiß er, welches Urteil er dem Gesetze gemäß setzen soll (oder: kann). Dabei kann sich ergeben, daß – man denke nur an unbestimmte Gesetzesbegriffe im Tatbestand und an den Strafrahmen – verschiedene Urteile möglich sind. Das Setzen des Aktes „Urteil“ – und damit die Erzeugung der individuellen Norm – kann dem Richter niemand – insb. auch nicht die Rechtswissenschaft – abnehmen. Diese kann nicht etwa die individuelle Norm „logisch ableiten“. Wohl aber kann sie – freilich ohne normative Konsequenz – kritisch untersuchen, ob der Richter im Rahmen des Gesetzes geblieben ist, indem sie den Inhalt der generellen Norm mit dem Inhalt der individuellen Norm vergleicht.

Damit wurde angedeutet, wie rationale Überlegung (unter Einsatz logischer Regeln) und willentliche Entscheidung beim Rechtsvollzug ineinander greifen, jedoch strikt trennbar bleiben.

4. Soweit sich *Weinberger* mit meiner Behandlung des *Jörgensen-schen Dilemmas* kritisch auseinandersetzt, bleiben seine Überlegungen fruchtlos, weil er von anderen Grundannahmen als ich ausgeht. Dies betrifft vor allem meine grundlegende Position – sie ist nicht, wie *Weinberger* meint, ein „Glaubenssatz“ –, daß sich die *Regeln der Logik* auf *Sätze*, nicht aber auf *Normen* beziehen. Wenn man dies leugnet, umgeht man das von *Jörgensen* aufgezeigte Dilemma und braucht sich mit ihm nicht zu beschäftigen.

Was *Weinberger* gegen meine Annahme einer „Welt des Sollens“ ins Treffen führt, geht an der Sache vorbei. Der Einwand, es gebe „keine Welt der Normen als Seinssphäre“ (S. 42) verkennt meine Position, da ich die „Welt des Sollens“ als Gegenwelt zur „Welt des Seins“ konstruiert habe.

Im übrigen meint *Weinberger*, auch bei der Diskussion um das *Jörgensensche Dilemma* seine Argumente gegen die von mir aufgezeigte Lösung hinsichtlich der Normenkonflikte und der logischen Ableitung in bezug auf Normen ins Treffen führen zu können. Diese Argumente wurden bereits zurückgewiesen.

VII. Schluß

Mit dem, was über die Rechtslehre *Kelsens* und die von ihr bezogenen Positionen gesagt wurde, konnte nur ein begrenzter Einblick in dieses – relativ ausgebaute – Theoriegebäude gegeben werden. Erfreulicherweise ist dieses in zahlreichen Publikationen niedergelegt und erläutert. Es ist – ebenso erfreulicherweise – nicht abgeschlossen und abgelegt, sondern ist eine Theorie in steter Entwicklung, an der weiterzubauen alle aufgerufen sind!



Robert Walter

Geboren	30.1.1931 in Wien
1949 - 1953	Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Wien
1953 - 1955	Studium der Staatswissenschaft an der Universität Wien
1953	Promotion zum Dr. jur. an der Universität Wien
1955	Promotion zum Dr. rer. pol. an der Universität Wien
1953 - 1957	Richterlicher Vorbereitungsdienst
1957 - 1962	Richter
1960	Habilitation an der Universität Wien für Verfassungsrecht Habilitationsschrift: „Verfassungs und Gerichtsbarkeit“, 1960
1962	Außerordentlicher Professor für öffentliches Recht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz
1965	Ordentlicher Professor an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz
1966	Ordentlicher Professor für Verfassungs- und Verwaltungsrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien
Seit 1971	Geschäftsführer des Hans Kelsen-Instituts (nebenamtlich)
Seit 1975	Ordentlicher Professor an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien
1995	Verleihung des Ehrendoktorats der Universität Salzburg
1998	Verleihung des österreichischen Ehrenzeichens für Wissenschaft und Kunst

Buchveröffentlichungen (Auswahl): Der Aufbau der Rechtsordnung, 1964, 2. Auflage 1974; Österreichisches Bundesverfassungsrecht. System, 1972; Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 1976, 8. Auflage 1996 (gemeinsam mit *H. Mayer*); Grundriß des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts, 1978, 6. Auflage 1995 (gemeinsam mit *H. Mayer*); Die Entstehung des Bundes-Verfassungsgesetzes 1920 in der Konstituierenden Nationalversammlung (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 9), 1984; Hans Kelsen – Ein Leben im Dienste der Wissenschaft (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 10), 1985; Vorarbeiten zu einer Reform der Legistischen Richtlinien 1979 (Schriftenreihe zur Verwaltungsreform, Bd. 11), 1985; Parlament und Bundesverfassung (Juristische Schriftenreihe, Bd. 18), 1990 (gemeinsam mit *R. Thienel*); Rechtstheorie und Erkenntnislehre gegen Reine Rechtslehre? (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 15), 1990; Überlegungen zu einer Neukodifikation des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Bd. 1 und 2, 1994; Die Verwaltungsverfahrensnovellen 1995, 1995 (gemeinsam mit *R. Thienel*).

Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie

- Heft 1: Arthur Kaufmann: **Theorie der Gerechtigkeit.** Problemgeschichtliche Betrachtungen, 1984, 51 S., 19,80 DM
- Heft 3: Niklas Luhmann: **Die soziologische Beobachtung des Rechts,** 1986, 48 S., 16,80 DM
- Heft 4: Ernst-Wolfgang Böckenförde: **Die verfassunggebende Gewalt des Volkes – Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts,** 1986, 34 S., 16,80 DM
- Heft 5: Ralf Dreier: **Rechtsbegriff und Rechtsidee.** Kants Rechtsbegriff und seine Bedeutung für die gegenwärtige Diskussion, 1986, 37 S., 18,80 DM
- Heft 6: Günter Dux: **Der Täter hinter dem Tun.** Zur soziologischen Kritik der Schuld, 1988, 58 S., 24,- DM
- Heft 7: Franz Bydlinski: **Recht, Methode und Jurisprudenz,** 1987, 46 S., 19,80 DM
- Heft 8: Martin Kriele: **Freiheit und „Befreiung“.** Gibt es eine Rangordnung der Menschenrechte?, 1988, 52 S., 26,- DM
- Heft 9: Manfred Rehbinder: **Fortschritte und Entwicklungstendenzen einer Soziologie der Justiz,** 1989, 63 S., 26,- DM
- Heft 10: Klaus Lüderssen: **Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs,** 1989, 62 S., 26,- DM
- Heft 11: Norbert Hoerster: **Verteidigung des Rechtspositivismus,** 1989, 31 S., 26,- DM
- Heft 12: Giuseppe Duso: **Der Begriff der Repräsentation bei Hegel und das moderne Problem der politischen Einheit,** 1990, 55 S., 24,- DM
- Heft 13: Otfried Höffe: **Gerechtigkeit als Tausch?** Zum politischen Projekt der Moderne, 1991, 37 S., 18,- DM
- Heft 14: Klaus F. Röhle: **Die Gerechtigkeitstheorie des Aristoteles aus der Sicht sozialpsychologischer Gerechtigkeitsforschung,** 1992, 59 S., 26,- DM



NOMOS Verlagsgesellschaft
76520 Baden-Baden

Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie

- Heft 15: Hans Albert: **Rechtswissenschaft als Realwissenschaft.** Das Recht als soziale Tatsache und die Aufgabe der Jurisprudenz, 1993, 37 S., 19,- DM
- Heft 16: Gerd Irrlitz: **Moral und Methode.** Die Struktur in Kants Moralphilosophie und die Diskursethik, 1994, 56 S., 26,- DM
- Heft 17: Hasso Hofmann: **Gebot, Vertrag, Sitte.** Die Urformen der Begründung von Rechtsverbindlichkeit, 1993, 49 S., 26,- DM
- Heft 18: Klaus Adomeit: **Das bürgerliche Recht, das Bürgerliche Gesetzbuch und die bürgerliche Gesellschaft,** 1996, 42 S., 26,- DM
- Heft 19: Wolfgang Schild: **Schuld und Unfreiheit.** Gedanken zur Strafjustiz und Psychoanalyse in Leonhard Franks »Die Ursache«, 1996, 50 S., 26,- DM
- Heft 20: Kurt Seelmann: **Theologie und Jurisprudenz an der Schwelle zur Moderne.** Die Geburt des neuzeitlichen Naturrechts in der iberischen Spätscholastik. 1997, 36 S., 22,- DM
- Heft 21: Winfried Brugger: **Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte.** 1997, 54 S., brosch., 28,- DM
- Heft 22: Michael Stolleis: **Rechtsgeschichte als Kunstprodukt.** Zur Entbehrlichkeit von „Begriff“ und „Tatsache“, 1997, 30 S., brosch., 24,- DM



NOMOS Verlagsgesellschaft
76520 Baden-Baden