

## Hans Kelsen und die Reine Rechtslehre

Prof. Dr. Andreas Kley und Dr. Esther Topinke, Bern und Lausanne

### 1. Kurzbiografie und Gesamtwerk

Die *Reine Rechtslehre* von Hans Kelsen (1881–1973) hat wie kaum eine andere juristische Theorie weltweit Beachtung gefunden. Kelsen gilt als der bedeutendste Vertreter des sog. Rechtspositivismus des 20. Jahrhunderts. Er befasste sich als Wissenschaftler jedoch nicht nur mit Rechtstheorie, sondern auch mit Verfassungs- und Völkerrecht. Daneben setzte er sich ein Leben lang in *ideologiekritischen Arbeiten* mit verschiedenen Gerechtigkeits- und Naturrechtslehren, mit politischen Theorien (Demokratie, Sozialismus, Bolschewismus usw.) und mit soziologischen Fragen auseinander. Sein breites Betätigungsfeld und seine Wirkung haben ihm den Ehrentitel »Jurist des Jahrhunderts« eingebracht.<sup>1</sup>

Hans Kelsen wurde am 11. 10. 1881 als Erstes von vier Kindern in Prag geboren und wuchs nach der Übersiedlung der Familie (1883) in Wien auf.<sup>2</sup> Er stammte aus einer jüdischen Familie. Sein Vater besaß eine kleine Lampenfabrik. Bereits als Gymnasiast befasste sich Kelsen mit den philosophischen Schriften Platons, Aristoteles', Schopenhauers und Kants. Nach Ablegung der Reifeprüfung wollte Kelsen zunächst Philosophie, Mathematik und Physik studieren. Er entschloss sich jedoch aus praktischen Gründen und ohne Begeisterung zum Studium der Rechts- und Staatswissenschaften. Kelsen habilitierte sich 1911 an der Wiener Juristischen Fakultät mit dem Werk *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Der Titel seiner Habilitationsschrift deutet bereits das Programm der Reinen Rechtslehre<sup>3</sup> an, nämlich die Probleme von Recht und Staat mit Hilfe des Rechtssatzbegriffes einheitlich und wissenschaftlich zu erfassen.

1918 wurde Kelsen an der Wiener Juristischen Fakultät zum außerordentlichen und 1919 zum ordentlichen Professor ernannt. Er lehrte Staatsrecht (Verfassungsrecht) und Allgemeine Staatslehre als »Staatsrechtslehre« und bot Seminare zur Rechtsphilosophie und zur Theorie der Rechtswissenschaft an. Während zehn Jahren galt Kelsen als der eigentliche »Papst« der Wissenschaft vom öffentlichen Recht an der Wiener Fakultät. Als akademischer Lehrer versammelte Kelsen eine Reihe von Schülern um sich, so etwa Adolf Merkl und Alfred Verdross, aus deren Kreis sich die *Wiener Schule der Rechtstheorie* herauskristallisierte.

Kelsen war maßgeblich an der Ausarbeitung der neuen Bundesverfassung der Republik Österreich von 1920 beteiligt, welche in den Grundzügen auch heute noch gilt. Namentlich die Einrichtung einer echten Verfassungsgerichtsbarkeit geht auf seine Initiative zurück. Von 1921–1930 war er selber Richter am Verfassungsgerichtshof.

1930 folgte Kelsen einer Berufung an die Universität Köln, da er in Wien wegen seiner ideologiekritischen Grundhaltung und der Verteidigung liberal-antiautoritärer Verfassungsprinzipien in Bedrängnis geraten war. In die Kölner Zeit fällt die Auseinandersetzung Kelsens mit Carl Schmitt, welche sich um die Frage drehte, wer »Hüter der Verfassung« sein sollte. Während Schmitt den Schutz der Verfassung einem mit diktatorischen Vollmachten ausgestatteten Reichspräsidenten überantworten wollte, trat Kelsen für rechtsstaatliche Prozeduren und für die Demokratie ein. Nach der nationalsozialistischen Machtübernahme musste Kelsen 1933 seiner jüdischen Abstammung wegen aus Deutschland fliehen. In Genf, am Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales, fand er bis 1939 eine Zufluchtsstätte. Von 1936–1939 war er zudem Professor an der Deutschen Universität in Prag.

1940, mit fast 60 Jahren, emigrierte Kelsen in die USA und begann noch einmal eine Universitätskarriere. Er lehrte zunächst in New York, dann an der Harvard Law School und von 1942 bis 1952 an der University of California in Berkeley. 1945 erlangte Kelsen die amerikanische Staatsbürgerschaft. Bis zu seinem Tod am 19. 4. 1973 beschäftigte sich Kelsen mit seiner Strukturtheorie des Rechts aber auch mit Fragen der internationalen Friedens- und Rechtsordnung. Sein Kommentar zur Charta und zum Recht der UNO gilt noch heute als Standardwerk. 1971 wurde das von der österreichischen Bundesregierung gestiftete *Hans Kelsen-Institut* in Wien gegründet.

Kelsen war bis zu seinem Tod im 92. Altersjahr im Vollbesitz seiner geistigen Kräfte und hinterließ ein umfangreiches Gesamtwerk von mehr als 600 Publikationen. Zu seinen wichtigsten Werken gehören neben der bereits erwähnten Habilitationsschrift die 1. und die 2. Aufl. der *Reinen Rechtslehre* (1934 und 1960), *Sozialismus und Staat* (1923), *Allgemeine Staatslehre* (1925), *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (2. Aufl., 1929), *Was ist Gerechtigkeit?* (1953), *Principles of International Law* (1966), *Allgemeine Theorie der Normen* (1979), *Die Illusion der Gerechtigkeit* (1985).

1 Dreier in: Heinrichs ua (Hrsg.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, 1993, S 705 ff

2 Zur Biografie: *Métail* Hans Kelsen: *Leben und Werk*, 1969

3 Kelsen *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl., 1934 (im folgenden RR, 1. A); 2. Aufl., 1960 (im folgenden RR, 2. A); Kelsen *Was ist die Reine Rechtslehre?*, in: FS Giacometti, 1953, S 143 ff (im folgenden WRR)

## 2. Die »Reinheit« der Reinen Rechtslehre

*Kelsen* verfolgt mit seiner Reinen Rechtslehre das Ziel, aus der Rechtswissenschaft eine echte Wissenschaft, eine Geistes-Wissenschaft zu machen. Sie soll eine rationale Wissenschaft vom positiven Recht werden und das durch menschliche Akte gesetzte Recht untersuchen. Dabei behandelt sie das Recht als ein vom Menschen erzeugtes Phänomen als solches. Es geht *Kelsen* nicht um eine bestimmte, konkrete Rechtsordnung. Er orientiert sich dabei an einem Wissenschaftsideal, das von Objektivität und Exaktheit, Klarheit und Eindeutigkeit ausgeht.<sup>4</sup> Der Erkenntnisgegenstand des Rechts soll nicht vom Werturteil des erkennenden Subjektes beeinflusst werden. Zentral ist die Frage, was und wie das Recht ist, nicht aber wie es inhaltlich ausgestaltet werden oder in welchem Verfahren es erzeugt werden soll.<sup>5</sup> Unabhängig von seinem wechselnden Inhalt, den das Recht zu verschiedenen Zeiten und an verschiedenen Orten angenommen hat, soll die typische Struktur des Rechts untersucht werden. *Kelsen* will die *Rechtswissenschaft*, nicht aber das Recht von allen ihr fremden Elementen, insb. der *politischen Ideologie reinigen* oder befreien.<sup>6</sup> Ein solcher wissenschaftlicher Begriff des Rechts wird sich vor allem auf die Frage der Struktur der Rechtssätze, des Stufenbaus der Rechtsordnung und der Erzwingbarkeit als besonderes Charakteristikum des Rechts konzentrieren.

Ansätze zu einer von moralischen, ethischen und politischen Inhalten freien Rechtswissenschaft tauchen interessanterweise bereits bei *Immanuel Kant* auf. Für *Kant* ist es – wie bei *Kelsen* – folgerichtig, dass die Erzwingbarkeit ein notwendiger Bestandteil des Rechtsbegriffes ist.<sup>7</sup> *Kelsen* steht in der Tradition der Neukantianer, welche in Analogie zu den Naturwissenschaften reine, apriorische und formale Gesetzmäßigkeiten herauszukristallisieren. Dabei steht ein Wissenschaftsideal im Vordergrund, welches sich strikt an Objektivität und Wertfreiheit orientiert und heute als veraltet gilt.<sup>8</sup> In seinem späteren Werk, bereits in der zweiten Auflage der Reinen Rechtslehre, hat sich *Kelsen* vom Neukantianismus immer mehr entfernt und Veränderungen an der Reinen Rechtslehre vorgenommen.<sup>9</sup>

Die Substanz der Reinen Rechtslehre wird besonders deutlich, wenn man ihre Positionen in Gegensatzbegriffen darstellt. Auf diese Weise soll ihr Verhältnis zu folgenden Antinomien untersucht werden:

- Rechtswissenschaft und Rechtspolitik (3.)
- Rechtswissenschaft (*Sollen*) und Naturwissenschaft (*Sein*) (4.)
- Recht und Moral (5.)
- Rechtspositivismus und Naturrechtslehre (6.)

Sodann ist auf die zentrale Lehre von der Grundnorm einzugehen (7.); es handelt sich bei dieser um eine

hypothetisch-gedankliche Voraussetzung für die Erkenntnis des Rechts. Fast provokativ ist – voraussetzungsgemäß – das Verhältnis der Reinen Rechtslehre zur Gerechtigkeit und zu den Grundsätzen einer gerechten politischen Ordnung (8.). Hier setzt die Kritik an (9.).

## 3. Rechtswissenschaft und Rechtspolitik

*Kelsen* versteht unter Rechtswissenschaft die objektive Erkenntnis des positiven, durch menschliche Akte (Gewohnheit, Rechtsetzung, Rechtsprechung) gesetzten Rechts. Er möchte die formale Struktur des Rechts untersuchen und zwar unabhängig von seinem Inhalt. Die Rechtswissenschaft beruht auf objektiven Methoden, welche das Ergebnis der wissenschaftlichen Betätigung als wahr oder falsch ausweisen. Die Rechtspolitik befasst sich mit der Erzeugung und der Anwendung des Rechts *durch menschliche Willensakte*. Der Inhalt des Rechts beruht auf der willensmäßigen und werte-verwirklichenden Gestaltung der gesellschaftlichen Ordnung, die sich an der Gerechtigkeit und anderen Werten orientieren.<sup>10</sup>

Die Trennung von Rechtswissenschaft und Rechtspolitik ist unerlässlich, weil die Rechtswissenschaft von allen Werten oder negativer ausgedrückt von allen Ideologien und politischen Inhalten frei sein soll. Die objektive, wissenschaftliche Methode setzt diese Trennung von Recht und Politik voraus. Denn die Rechtserzeugung und Rechtsanwendung sind von Werturteilen getragene Entscheidungen. Als solche haben sie einen emotional-subjektiven Charakter. Eine objektive Erkenntnis und Begründung von Werten der Gerechtigkeit ist nach *Kelsen* nicht möglich. Seine eigene politische und ideologische Position ist der *Werterelativismus*,<sup>11</sup> der den verschiedenen Wert-Positionen ihr Dasein lässt und diese als wissenschaftlich nicht begründbar erachtet.

## 4. Rechtswissenschaft (*Sollen*) und Naturwissenschaft (*Sein*)

Gegenstand der Rechtswissenschaft ist die *Rechtsnorm* als Fundamentalbegriff aller Rechtserkenntnis. Als Methode wendet die Rechtswissenschaft die Logik

4 Vgl. Vorwort RR, 1. A, S III

5 Vgl. RR, 2. A, S 1

6 Vgl. RR, 2. Aufl., S III, S 1; WRR, S 143 f

7 Vgl. *Kant* Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Rechtslehre, Reclam-Ausgabe, 1990, § E, S 69

8 Grundlegend zum Neukantianismus: E. Kaufmann in: *ders* Rechtsidee und Recht, 1960, S 176 ff

9 Vgl. *Paulson* Vorwort zum Neudruck der 1. Aufl. der Reinen Rechtslehre, 1994, S VII f

10 Vgl. WRR, S 152 f

11 Vgl. RR, 2. A (Anhang), S 402 f; WRR, S 153

an: Sie unterwirft die Rechtssätze einer logischen Analyse. Sie stellt die Voraussetzungen fest, unter denen Aussagen über Rechtspflichten, Berechtigungen, Rechtshaftung, Rechtssubjekte, physische und juristische Personen usw überhaupt möglich sind. Rechtsnormen regeln ein menschliches Verhalten in dem Sinne, dass ein bestimmtes Verhalten sein *soll*, dass sich ein Mensch in bestimmter Weise verhalten *soll*. *Kelsen* versteht das Recht als eine Sollens-Ordnung menschlichen Verhaltens.<sup>12</sup> Die Rechtsordnung ist eine Zwangsordnung; sie reagiert auf unerwünschtes menschliches Verhalten mit einem Zwangsakt, einem Übel oder einer Sanktion. Sie entzieht etwa Leben, Freiheit, wirtschaftliche und andere Güter oder wendet nötigenfalls physische Gewalt an.

Die Reine Rechtslehre beschreibt den Gegenstand der Rechtswissenschaft, die Rechtsnormen, in der Form von Rechtssätzen. Das Urschema des Rechtssatzes ist nach *Kelsen* konditional: Wenn ein Unrecht begangen wird, *soll* eine Unrechtsfolge (Sanktion) eintreten. Unter den von der Rechtsordnung bestimmten Bedingungen soll ein bestimmter Zwangsakt erfolgen. Ein bestimmtes menschliches Verhalten soll dadurch herbeigeführt werden, dass an das gegenteilige Verhalten ein gesellschaftlich organisierter Zwangsakt geknüpft wird. Sprachlich handelt es sich um ein hypothetisches Urteil, in dem eine bestimmte Bedingung mit einer bestimmten Folge verknüpft wird.

Die Rechtswissenschaft ist eine Normwissenschaft; sie befasst sich mit Normen und Rechtssätzen, deren Eigengesetzlichkeit ein Sollen ist. *Kelsen* versteht unter Sollen ein formales Verknüpfungselement zweier Tatbestände in der Form einer *Zurechnung*, die durch einen menschlichen Willensakt geschieht: Wenn A ist, *soll* B sein.<sup>13</sup> Rechtssätze sind daher Sollsätze. Die Naturwissenschaft auf der anderen Seite stellt kausale Gesetzmäßigkeiten in der Natur fest: Wenn ein Metall erwärmt wird, dehnt es sich aus. Diese kausale Verknüpfung ist unabhängig von einem menschlichen Willensakt, denn sie beschreibt eine Gesetzmäßigkeit des *Seins* und nicht des *Sollens*.

## 5. Recht und Moral

Dem Recht und der Moral sind gemeinsam, dass sie beide soziale Normen statuieren, welche das gegenseitige Verhalten von Menschen regeln. Recht und Moral können inhaltlich übereinstimmen. Deshalb können sie nach ihrem Inhalt nicht unterschieden werden. Das Recht ist indessen eine Zwangsordnung, es knüpft an unerwünschtes Verhalten einen organisierten Zwangsakt. Falls erforderlich, kommt es zur Anwendung physischer Gewalt. Die Sanktion der Moral besteht nur in Billigung des normentsprechenden und der Missbilligung des normwidrigen Verhaltens, die Anwendung physischer Gewalt kommt nach *Kelsen* nicht in Betracht.<sup>14</sup>

Die Rechtswissenschaft hat nicht die Aufgabe, eine bestehende Rechtsordnung zu legitimieren. Dagegen kann die Moral als Legitimierung oder als Disqualifizierung einer bestimmten Rechts- oder Staatsordnung gebraucht werden, was unter Umständen politisch gute Dienste leistet.

Der Reinen Rechtslehre geht es um Wahrheit und um Erkenntnis des wirklichen Rechts. Sie will das Recht darstellen, wie es ist. Sie will das positive Recht nicht bewerten, es nicht als gerecht legitimieren oder als ungerecht disqualifizieren.<sup>15</sup> Sie fragt nach dem wirklichen und möglichen, nicht nach dem gerechten Recht. Die Reine Rechtslehre will keinen politischen Interessen dienen, indem sie eine Ideologie liefert. Ideologien verhüllen und verschleiern die Wirklichkeit, weil sie machtpolitische Interessen verfolgen.

## 6. Rechtspositivismus und Naturrechtslehre

Unter »Recht« versteht *Kelsen* also das geltende Recht als ein System von Normen, die durch menschliche Willensakte gesetzt worden sind. Dieses Recht wird durchgesetzt und physisch erzwungen. Die Inhalte des Rechts sind nicht Gegenstand der Reinen Rechtslehre; diese können beliebig sein. »Gerechtigkeit« ist eine Frage des Inhalts des Rechts mit der sich die Reine Rechtslehre voraussetzungsgemäß – und nicht etwa weil sie das Thema ablehnt oder negiert – nicht beschäftigt. Die Reine Rechtslehre steht damit diametral der Naturrechtslehre gegenüber. Die Naturrechtslehre geht von einem Dualismus zwischen einem idealen, natürlichen, gerechten und unveränderlichen Recht aus, das nicht von Menschen gesetzt wurde und einem realen, von Menschen geschaffenen positiven Recht. Das positive Recht gilt nach der Naturrechtslehre nur, wenn es mit dem idealen, gerechten Recht übereinstimmt: Nur gerechtes Recht hat Gültigkeit.<sup>16</sup>

Nach *Kelsen* kann Recht nur positives, durch menschliche Willensakte geschaffenes Recht sein. Der Rechtspositivismus leugnet nicht, dass es auch Gerechtigkeitsnormen gibt. Diese sind jedoch für die Geltung des Rechts nicht von Bedeutung. Die Theorie des Rechtspositivismus nimmt keine Bewertung ihres Gegenstandes vor. Rechtspositivismus geht von einem Werterelativismus aus. Welche Gerechtigkeitsnormen für den Inhalt von Rechtsnormen ausschlaggebend sein sollen, ist eine politische Frage, die außerhalb der Reinen Rechtslehre bleibt.<sup>17</sup>

*Kelsen* wirft der Naturrechtslehre vor, einen fundamentalen logischen Fehler zu begehen. Die Natur-

<sup>12</sup> Vgl WRR, S 144 f

<sup>13</sup> Vgl RR, 2. A, S 93

<sup>14</sup> Vgl RR, 2. A, S 65

<sup>15</sup> Vgl RR, 1. A, S 17

<sup>16</sup> Vgl RR, 2. A (Anhang), S 402

<sup>17</sup> Vgl RR, 2. A (Anhang), S 403 f

rechtslehre behauptet, aus der Natur Normen ableiten zu können. Die Natur gehört jedoch zur Tatsachenwelt, zum *Sein* und nicht zum *Sollen*. Tatsachen sind nach dem Kausalprinzip (Ursache-Wirkung) miteinander verknüpft. Es handelt sich um eine andere Gesetzmäßigkeit als bei den Rechtsnormen. Aus einem *Sein* kann kein *Sollen* und aus der Natur keine Norm abgeleitet werden. Wer aus der Natur Normen in der Form von Inhalten, Gerechtigkeitspostulaten (Werten) ableiten will, muss diese zuerst – auch unbewusst – in die Natur hineinprojizieren, anschließend kann man sie als sog natürliches, vorgegebenes, unveränderliches Recht aus der Natur deduzieren.<sup>18</sup> Nach *Kelsen* handelt es sich um einen Trugschluss, weil die zu begründende Gerechtigkeit nur behauptet, nicht aber objektiv und wissenschaftlich begründet werden kann.

## 7. Lehre von der Grundnorm und vom Stufenbau der Rechtsordnung

Die letzte wissenschaftliche Begründung für das geltende Recht ist die sog »Grundnorm«. Diese ist nicht gesetzt, sondern wird gedanklich *vorausgesetzt*. Sie bildet eine hypothetische Grundlage für die Geltung der Rechtsordnung. »Sie verleiht dem Akt des ersten Gesetzgebers und sohin allen anderen Akten der auf ihm beruhenden Rechtsordnung den Sinn des Sollens.«<sup>19</sup> Es handelt sich um eine Annahme, die nicht beweisbar ist. Nur unter der Voraussetzung, dass die Grundnorm Geltung hat, gilt auch die auf ihr beruhende Rechtsordnung. Es handelt sich um eine Denkfigur, die einer positiven Rechtsordnung Normativität verleiht.

Die vorausgesetzte Grundnorm gibt vor, wie die Normen einer Rechtsordnung erzeugt werden sollen. Das Recht ist nämlich von einer Eigentümlichkeit geprägt: Das Recht regelt seine eigene Erzeugung »und zwar in der Weise, dass die eine Rechtsnorm das Verfahren, in dem eine andere Rechtsnorm erzeugt wird«, regelt.<sup>20</sup> Dieser Prozess der Verweisung von einer Rechtsnorm als Erzeugungsquelle auf eine andere muss irgendwo enden, will man nicht eine unendliche Reihe von Rechtserzeugungsquellen in Kauf nehmen: Die Reihe endet bei der Grundnorm als der obersten Norm.

Der Stufenbau der Rechtsordnung folgt aus der Grundnorm. Es gilt nämlich die Regel, dass die Norm, welche die Rechtserzeugung bestimmt, als die höhere Norm gilt, währenddem die bestimmungsgemäß erzeugte Norm die tiefere Norm darstellt. Damit kommt zwanglos der Stufenbau der Rechtsordnung zustande: Nach der Ur-Erzeugungsquelle der Grundnorm folgt die Verfassung. Die Verfassung regelt wiederum die Gesetzgebung. Sie bestimmt die Organe und das Verfahren des Erlasses formeller Gesetze. Diese Gesetze bezeichnen weitere Rechtserzeugungsquellen, namentlich die Verordnungen der Regierung. Am En-

de dieser Reihe von Grundnorm und erzeugten Normen folgt der Rechtsanwendungsakt.

*Kelsen* unterscheidet zwischen einer Grundnorm mit materiell-statischem Charakter und einer solchen mit formal-dynamischem Charakter.<sup>21</sup> Im materiell-statischen Normensystem gelten die Normen kraft ihres Inhalts. Das von ihnen bestimmte Verhalten der Menschen wird als gesollt angesehen, weil ihre Geltung auf eine Norm zurückgeführt werden kann, deren Inhalt unmittelbar einleuchtend ist. Der Inhalt der die Ordnung bildenden Normen kann aus dem Inhalt der Grundnorm abgeleitet werden. Diese Ordnung gilt hauptsächlich bei Moralsystemen, etwa bei der Grundnorm der Wahrhaftigkeit. Daraus können Normen abgeleitet werden wie: Du sollst nicht lügen oder du sollst dein Versprechen halten.

Nach *Kelsen* ist die Rechtsordnung ein formal-dynamisches Normensystem. Die Rechtsnormen gelten nicht kraft ihres Inhaltes, sondern deshalb, weil sie auf bestimmte Weise erzeugt worden sind. Die Grundnorm dieses Systems enthält eine Regel, die bestimmt, wie die Normen der auf dieser Grundnorm beruhenden Ordnung erzeugt werden sollen. Die Grundnorm schafft gewissermaßen die Verbindlichkeit und den Sollens-Charakter des Rechts. Werden die Normen unterhalb der Stufe der Grundnorm auf die vorgesehene Art und Weise erzeugt, gelten sie. Die einzelnen Normen können nicht logisch aus der Grundnorm abgeleitet werden, sondern müssen durch einen menschlichen Willensakt im vorgesehenen Verfahren erzeugt werden. Die Grundnorm liefert hier nur den Geltungsgrund, gewissermaßen die Verbindlichkeit, nicht aber den Inhalt der Rechtsnormen. Die Willensakte der Menschen können die Rechtsordnung inhaltlich beliebig verändern und weiterentwickeln. Die Rechtsordnung hat hinsichtlich ihrer Entwicklung einen dynamischen Charakter. Sie ist ein *Erzeugungszusammenhang*, der sich auf seinen letzten Ursprung, die Grundnorm zurückführen lässt.

## 8. Jeder Staat ein Rechts-Staat?

Für *Kelsen* ist das Wort »Rechtsstaat«, das heute mit einem Schimmer von Heiligkeit umgeben ist, ein Pleonasmus. Für ihn ist – so provokativ das heute klingt – jeder Staat ein Rechts-Staat.<sup>22</sup> Wie kommt *Kelsen* zu dieser Aussage? Ein Staat ist gem *Kelsen* nichts anderes als eine relativ zentralisierte Rechts- und damit eine Zwangsordnung. Denn Staat und Recht sind identisch. Ein dem Recht nicht unterworfenen Staat ist für *Kelsen* undenkbar. Der Staat ist nur in Staatsakten

18 Vgl RR, 2. A (Anhang), S 405

19 Vgl RR, 1. A, S 66

20 RR, 1. A, S 74

21 Vgl RR, 1. A, S 62 ff; RR, 2. A, S 198 ff

22 Vgl RR, 2. A, S 314

existent und das sind von Menschen gesetzte Akte, die dem Staat als juristischer Person zugeschrieben werden. Diese Zuschreibung basiert auf Rechtsnormen, die diese Akte bestimmen. Es ist das Recht, welches das Verhalten von Menschen (und seien diese auch als Staatsorgane tätig) und insb auch ihr auf die Erzeugung des Rechts gerichtetes Verhalten regelt und sich damit diese Menschen unterwirft. Der Staat wird dabei als Fiktion ausgeblendet, da er nur durch Menschen handelt und die Reine Rechtslehre sich nur mit dem vom Recht bestimmten Menschen befasst.

Da nach dem von der Reinen Rechtslehre vertretenen juristischen Staatsbegriff der Staat nichts anderes ist als eine Rechtsordnung, kann das Recht auch nicht zur Legitimation und inhaltlichen Begründung des Staates herangezogen werden. Recht wird dabei als das positive, von Menschen gesetzte Recht und nicht als ein übergeordnetes, gerechtes, ideales Recht begriffen. Deshalb ist auch der autokratisch regierte Staat ein Rechts-Staat. Auch in ihm erzeugen Menschen als Staatsorgane das Recht; sie schaffen eine Zwangsordnung, die sich definitionsgemäß als Rechtsordnung erweist.<sup>23</sup> Demgegenüber wird heute unter Rechtsstaat nur eine solche Staatsform verstanden, welche bestimmte Merkmale aufweist, etwa Rechtssicherheit, Rechtsgleichheit, Willkürverbot, Gewährleistung von Freiheitsrechten, rechtliche Einbindung der Staatsmacht oder demokratische Regierungsform. Die Gegenüberstellung des Rechts-Staatsbegriffs von *Kelsen* mit dem heutigen üblichen Rechtsstaatsbegriff zeigt die drastischen Unterschiede auf, die aus der Ausscheidung jeder ethisch-moralischen Dimension aus dem Recht resultieren. *Kelsen* war sich dieser Gegenüberstellung immer bewusst.

## 9. Würdigung der Reinen Rechtslehre

Gegen *Kelsens* Reine Rechtslehre werden vor allem zwei Einwände vorgebracht:<sup>24</sup>

(1) Die Reine Rechtslehre sei als juristische Lehre unbrauchbar, da sie die gesellschaftliche Wirklichkeit ausblende und die sozialen, politischen, ökonomischen und sonstigen außerjuristischen Bezüge, Bedingungen und Folgen des Rechts nicht berücksichtige. Die Reine Rechtslehre sei der Inbegriff der Entstofflichung und der Entleerung des Rechts, eine Rechtswissenschaft ohne Recht, eine Staatslehre ohne Staat. Die Reine Rechtslehre reduziere das komplexe Phänomen des Rechts auf eine von jeder sozialen Realität abstrahierende Normlogik. Die Reine Rechtslehre sei formalistisch, übersteigere ihr methodisches Prinzip und trenne auf künstliche Art und Weise zwischen Theorie und Praxis, zwischen Recht und Realität.

(2) Der zweite Einwand bezieht sich auf die mittelbaren politischen Folgen der Reinen Rechtslehre. Die

Reine Rechtslehre sei geeignet, jede effektive Zwangs- und Machtordnung zu legitimieren und zu stabilisieren, da sie eine Fundierung des Rechts in überpositiven Rechts-, Kultur- und Gerechtigkeitswerten ablehne. Der Rechtspositivismus habe dazu beigetragen, die Weimarer Republik auf legale Weise in das Terrorregime des Dritten Reiches zu transformieren.<sup>25</sup>

Der Vorwurf, die Reine Rechtslehre *Kelsens* oder allgemeiner der Rechtspositivismus habe den Nationalsozialismus gefördert, ist abwegig. *Kelsen* ist als liberaler Staatsrechtslehrer stets auf der Seite der Gegner Hitlers gestanden und hatte diese Haltung auch publizistisch bekräftigt.<sup>26</sup> Der Rechtspositivismus war den Nationalsozialisten eher ein Hindernis als ein willfähiges Instrument. Seine enge Buchstaben-treue ist der von den Nationalsozialisten geforderten »unbegrenzten Auslegung«<sup>27</sup> im Wege gestanden.

Der zweite Einwand hat allerdings insofern einen Kern von Richtigkeit, als Recht in einer so engen Beziehung zur Gerechtigkeit steht, dass beim Wort »Recht« immer ein Aspekt von *Gerechtigkeit* mitschwingt. Es besteht daher die Gefahr, dass totalitäre Regimes den Begriff »Recht« für eigene Zwecke gebrauchen: Mit der Feststellung, dass jede denkmögliche Regelung Inhalt einer Rechtsnorm sein könne und dass eine Rechtsnorm unabhängig vom Inhalt Geltung habe, wird diese Theorie tatsächlich anfällig für Missbrauch. Es ist allerdings wichtig, dass die Reine Rechtslehre nicht behauptet, es gäbe keine Gerechtigkeit oder diese sei nicht wichtig. Die Reine Rechtslehre basiert auf der Annahme, der Inhalt von Gerechtigkeit könne nicht auf dem Weg wissenschaftlicher Erkenntnis festgestellt werden. Der Entscheid darüber, welchen Gerechtigkeitsnormen Geltung zukomme, sei vielmehr ein politischer. Von der Grundannahme dieses Wertelerativismus aus erscheint die Trennung von Recht und Gerechtigkeit – bei der wissenschaftlichen Tätigkeit des Juristen, nicht jedoch bei der politischen Entscheidungsfindung, wozu *Kelsen* neben der Erzeugung auch die Anwendung des Rechts zählt – als die logische Folge und auch als ein Ausdruck intellektueller Redlichkeit. *Kelsen* verfolgt mit seiner Reinen Rechtslehre in erster Linie ein erkenntnistheoretisches Interesse.

Die Reine Rechtslehre erscheint vordergründig auf Grund ihrer wissenschaftstheoretischen Fundierung im Neukantianismus als ein überholter Versuch, naturwissenschaftliche Ideale in die Rechtswissenschaft einzuführen. Es liegt auf der Hand, dass dieser Versuch gescheitert ist. Allerdings lässt sich die Reine Rechtslehre nicht so leicht auf eine gewesene Tendenz innerhalb der Rechtstheorie reduzieren. Sie hat vielmehr

23 Vgl RR, 2. A, S 50 f, 319 f

24 Vgl H. Dreier Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2. Aufl, 1990, S 19 ff; WRR, S 158

25 Vgl Radbruch in: ders Rechtsphilosophie, 1999, S 211

26 Vgl Kelsen Vom Wesen und Wert der Demokratie, 1. Aufl, 1920, 2. Aufl, 1929; Dazu: A. Kley Liechtensteinische Juristen-Zeitung 2000, 15

27 Vgl Rütters Die unbegrenzte Auslegung, 2. Aufl, 1973

im geistesgeschichtlichen Kontext gesehen eine Reihe wertvoller Punkte herausgestellt.

Das Recht lässt sich für *Kelsen* mit beliebigen Inhalten füllen. Diese Kontingenz des Rechts trifft sich mit der Entwicklung der modernen Gesellschaft, die ganz in die Richtung der Rationalisierung verläuft. Die Rechtsetzung ist ein Mittel gesellschaftlicher Steuerung, das sich zu dauernd ändernden, ja fast beliebigen Zwecken instrumentalisieren lässt. Eine Rechtslehre, die von dem zunehmend trivialen Inhalt des Rechts<sup>28</sup> Abstand nimmt, ist in der Tat nichts anderes als dem Forschungsgegenstand angemessen. *Kelsen* hatte die spätere Entwicklung vorweggenommen; aber er lässt es in seinem Werk gerade nicht damit bewenden.

Die Inhalte des Rechts sind nach der Reinen Rechtslehre nicht eine Sache der Rechtswissenschaft, sondern der Politik. *Kelsen* nimmt nun hier in seinen ideologiekritischen Arbeiten den Faden auf und untersucht die Organisation der Politik, welche für die Inhalte des Rechts zuständig wird. Es ist namentlich seine großartige Verteidigungsschrift *Vom Wesen und Wert der Demokratie*,<sup>29</sup> welche es unternimmt, den in der Aufklärung entwickelten Demokratiedanken gegen vor-aufklärerische Rückfälle zu verteidigen. *Kelsen* steht dabei in der Tradition der großen Werke der politischen Ideengeschichte, etwa von *Rousseau*, *Montesquieu*, *Locke* und *Paine*. In einer mutigen und klaren Sprache wendet er sich gegen den diktaturgetränkten Zeitgeist und konzediert dem Parlamentarismus, dass er die politischen Zustände jeweils auf einer »vernünftigen mittleren Linie gehalten« hat.<sup>30</sup> Gerade diese Mitte und damit die Abwesenheit extremer Situationen ermöglicht es den Menschen am ehesten, ein Leben nach eigenen Vorstellungen, ganz in liberaler Anschauungen zu führen. Man kann *Kelsen* im Kontext seines Gesamtwerks alles andere vorwerfen, als dass er mit seiner Reinen Rechtslehre ein beliebiges und damit auch ein stoßend ungerechtes Recht ermögliche.

Die Reine Rechtslehre stellt im Rahmen des Richtungsstreites innerhalb der Weimarer Staatsrechtslehre nachgerade das Zentrum der gesamten Debatte. Die klare Sprache und die konsequente Argumentation haben den Richtungsstreit erst richtig entfaltet, indem sich der Widerspruch an der Reinen Rechtslehre sozusagen entladen konnte. *Kelsen* stand gewissermaßen für die aus der deutschen Niederlage hervorgegangene, vernunftmäßig begründete Weimarer Republik. In der Tat lassen sich seine konservativen Kritiker gewissermaßen um ihn herum einreihen, allen voran *Carl Schmitt*,<sup>31</sup> aber auch *Rudolf Smend*,<sup>32</sup> *Heinrich Triepel*<sup>33</sup> und andere. Der sozialdemokratisch orientierte Republikbefürworter *Hermann Heller* kritisiert an *Kelsen* die »leeren Abstraktionen dieses nomokratischen Denkens«,<sup>34</sup> welche unter der wirklichkeitshungrigen Jugend den Diktaturgedanken fördere. Er beschränkt sich damit auf den oben erwähnten ersten Einwand.

Die Reine Rechtslehre ist noch heute ein beeindruckendes Geisteswerk, das konsequent und schlüssig als Musterbeispiel eines auf die Spitze getriebenen und damit überaus deutlich gewordenen Rechtspositivismus steht. Die moderne Rechtslehre ist ohne sie nicht zu denken.

<sup>28</sup> Vgl. *Luhmann* Rechtssoziologie, 2. Aufl., 1983, S. 255

<sup>29</sup> Siehe Fn 26. In der Schweiz gab es ähnliche Verteidigungsschriften gegen die »frontistische« Agitation: Vgl. *Egger* Die deutsche Staatsumwälzung und die schweizerische Demokratie, 1934

<sup>30</sup> Vgl. *Kelsen* (Fn 26) S. 31

<sup>31</sup> Vgl. *Rüthers* in: Liechtensteinische Juristen-Zeitung 2000, 1 mit zahlreichen Hinw.

<sup>32</sup> *Smend* Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, S. 2, 4 f., 13, 17 usw. *Smend* wollte den juristischen Formalismus Kelsens um die materialen Gehalte erweitern, die »Voraussetzung und Gegenstand seiner Normen sind« (S. 5)

<sup>33</sup> Vgl. *Triepel* Die Staatsverfassung und die politischen Parteien, 1927

<sup>34</sup> *Heller* Rechtsstaat oder Diktatur? 1930, S. 11