

## REINE RECHTSLEHRE: PRO UND CONTRA

(Bilanz aus Anlaß eines Doppeljubiläums)

OTA WEINBERGER  
Austria

Am 11. Oktober dieses Jahres feiern wir den 100. Geburtstag von *Hans Kelsen*, dem Begründer der Wiener Schule der Reinen Rechtslehre. Am 25. April 1979 hatte *Frantisek (Franz) Weyr*, der Freund Kelsens und das Haupt der Brünner Schule der Reinen Rechtslehre, das gleiche Jubiläum. Ich nehme dieses Doppeljubiläum zum Anlaß, das Für und Wider der Reinen Rechtslehre einer Analyse zu unterziehen. Ich tue dies weniger in ideengeschichtlicher Absicht als mit der Zielsetzung, den wichtigen und auch heute gültigen Beitrag dieser Lehre sowie ihre Mängel darzulegen und zu zeigen, in welcher Richtung sich die Strukturtheorie des Rechts weiter entwickeln sollte.

Es kann nicht die Aufgabe meines Referates sein, eine erschöpfende Darstellung der Reinen Rechtslehre zu geben und die gedankengeschichtliche Stellung dieser Lehre zu erörtern. Ich werde nur das, was mir als grundlegend und wichtig erscheint, diskutieren.

Ich kann in diesem Kreis die Kenntnis der Lehrmeinungen der Kelsenschen Wiener Schule voraussetzen. In bezug auf die schon wegen der Sprachbarriere weniger bekannte, aber nicht weniger interessante tschechische Brünner Schule, die sich auch 'Normative Theorie' nannte, kann ich dies nicht voraussetzen.<sup>1</sup>

Die beiden Schulen sind im selben geistigen und politischen Klima entstanden. Die Schöpfer der Reinen Rechtslehre bekennen sich zum kritischen Idealismus *Kants*; ihr Engagement für die Rechtsstaatlichkeit und für Demokratie entwickelte sich auf dem Boden der Österreichisch-ungarischen Monarchie. Kelsen und Weyr waren eng befreundet. Die beiden Schulen haben sich gegenseitig beeinflußt und ihre Lehrmeinungen decken sich auf weiten Strecken. Es ist beachtenswert,

<sup>1</sup> Zur Information über die Brünner Schule der Reinen Rechtslehre verweise ich auf das Buch *V. Kuboš, O. Weinberger (Hrsg.): Die Brünner rechtstheoretische Schule (Normative Theorie)*, Wien 1980 (Abkürzung: 'BRS').

daß auch gewisse Abweichungen von den ursprünglichen Grundpositionen der Reinen Rechtslehre in beiden Schulen in ähnlicher Weise auftreten.<sup>2</sup>

Ich werde mich im wesentlichen mit Kelsens Lehre befassen und nur gelegentlich auf die abweichenden Auffassungen der Brünner Schule hinweisen.

Meine Aufgabe, die Reine Rechtslehre kritisch zu analysieren, wird durch die Tatsache wesentlich erschwert, daß Kelsen in seinem von Kurt Ringhofer und Robert Walter posthum herausgegebenen unvollendeten Buch "Allgemeine Theorie der Normen" (Wien 1979) Konzeptionen vertritt, die von der klassischen Reinen Rechtslehre wesentlich abweichen. Meine Betrachtungen betreffen vor allem die klassische Reine Rechtslehre; zur Spätphilosophie Kelsens werde ich nur einige kritische Bemerkungen vorlegen.<sup>3</sup>

Ich bin mir dessen wohl bewußt, daß meine Deutung der Reinen Rechtslehre nicht frei ist von subjektiven Momenten, doch glaube ich, daß ich das Wesen der Reinen Rechtslehre – oder genauer gesagt: der klassischen Reinen Rechtslehre – sehr ähnlich sehe, wie es Kelsen selbst in dem Aufsatz "Was ist die Reine Rechtslehre?" dargelegt hat.<sup>4</sup>

Meines Erachtens waren es folgende Grundeinstellungen, die zur klassischen Reinen Rechtslehre geführt haben:

das Bestreben, eine spezifisch juristische, objektive und unpolitische Theorie des Rechts vorzulegen;

die Forderung, in der Wissenschaft logisch konsequent vorzugehen und Fiktionen zu vermeiden;

der normativistisch-logisierende Zutritt zur jurisprudanziellen Analyse;

die Aufgabenstellung, eine formal-allgemeine Theorie der Rechtswesensbegriffe zu erstellen;

die argumentationskritische Einstellung, die zum Non-Kognitivismus und zum Rechtspositivismus hinführt, und last but not least

<sup>2</sup> In der Wiener Schule finden wir bei A. Verdross und R. Marcic naturrechtliche Tendenzen, in der Brünner Schule bei J. Kallab und V. Kubéš. Der Normenirrationalismus der Spätlehre Kelsens ist mit K. Englis' Ablehnung der Möglichkeit einer Normenlogik verwandt.

<sup>3</sup> Ich habe mich an anderen Stellen relativ ausführlich mit Kelsens Spätlehre auseinander gesetzt: O. Weinberger: Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik, Duncker & Humblot, Berlin 1981, in Druck; ders.: Zur Idee eines institutionalistischen Rechtspositivismus, Revue Internationale de Philosophie, in Druck; ders.: Logic and the Pure Theory of Law, Symposium "Law and State: In memoriam Hans Kelsen, 1881-1973", Edinburgh 1981.

<sup>4</sup> H. Kelsen: Was ist die Reine Rechtslehre? (Abkürzung, 'WRR'), in: Demokratie und Rechtsstaat, Festschrift für Zacccharia Giacometti, Zürich 1953, S. 143 – 161 (zitiert nach H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck: Die Wiener rechtstheoretische Schule, Wien u.a. 1968, S. 611 – 629).

die strikte Unterscheidung zwischen der Rechtsbetrachtung de lege lata und de lege ferenda.

Diese Grundüberzeugungen bilden den Hintergrund der Lehre von der spezifischen juristischen Methode mit ihrem Reinheitspostulat, der Lehre von der Einheit des rechtlichen Normensystems, der Theorie der Rechtsdynamik zusammen mit der Grundnormtheorie und der ihr entsprechenden normativistischen Lehre von der Geltung des Rechts sowie der normativistischen Staatstheorie.

### *1. Die Reine Rechtslehre als Strukturtheorie des Rechts*

Die Reine Rechtslehre stellt sich die Aufgabe, ein System allgemeiner Grundbegriffe des Rechts zu erstellen und Schemen für die Rechts-erkenntnis beliebiger Rechtssysteme und der dazugehörigen rationalen Operationen vorzulegen, die wegen ihrer formalen Allgemeinheit für alle denkbaren Rechtssysteme und alle Vorgänge im Bereich des Rechts Geltung haben. Die Reine Rechtslehre ist also eine Strukturtheorie des Rechts kat exochen.

Das Programm einer strukturtheoretischen Jurisprudenz schwiebte Kelsen zeit seines Lebens vor, bis ungefähr 1965 mit stark logisierender Tendenz, in seiner Spätlehre, nachdem er die Unmöglichkeit normenlogischer Beziehungen und Operationen erkannt zu haben meinte, mit dem Vorsatz, die Reine Rechtslehre auf voluntaristisch-irrationalistischer Basis zu rekonstruieren.

Zum Programm einer analytischen oder strukturtheoretischen Jurisprudenz bekenne ich mich ebenso wie Kelsen und die gesamte Reine Rechtslehre beider Schulen. Ich meine jedoch, daß die Reine Rechtslehre die Grenzen der strukturtheoretischen und argumentationstheoretischen Analysen zu eng absteckt: auch die Sphäre der materiellen Rechtsbegründung und der De-lege-ferenda-Argumentation sind m.E. der formalen und methodologischen Analyse zugänglich.

Es ist naheliegend, die Strukturanalyse mit der Unterscheidung von Inhalt und Form sowie mit der Theorie der logischen Beziehungen und Operationen in Zusammenhang zu bringen. Der logisierenden Tendenz der Reinen Rechtslehre ist also zuzustimmen; wenn man wie Kelsen in der Spätlehre – normenlogische Beziehungen leugnet, entzieht man meiner Ansicht nach der analytischen Jurisprudenz den Boden.

## 2. Der Normativismus der Reinen Rechtslehre

Das Recht, die Rechtsordnung, ist für die Reine Rechtslehre ein System von Normen und nichts anderes. Gegenstand der Rechtserkenntnis sind Rechtsnormen, ihre Entstehung, ihre Geltung, ihre Aufhebung und ihre Erfüllung. Wenn wir wissen, was unter welchen Tatsachenbedingungen gesollt oder erlaubt ist, wissen wir über die Rechtsordnung alles, was man über sie wissen kann. Zwecke, begriffliche Konstruktionen und die sogenannten rechtsdogmatischen Theorien sind irrelevant; sie dienen nur den Scheinbegründungen der Juristen.<sup>5</sup>

In der klassischen Lehre ist das Recht kein Imperativ, keine Beziehung zwischen Befehlendem und Gehorchein dem – zum Unterschied von der Spätlehre Kelsens, in der jede Norm als Sinn eines tatsächlichen Befehlsaktes angesehen wird, dessen Sinn diese Norm ist.

Die Rechtsnorm ist eine Idealentität mit realer gesellschaftlicher Wirkung: sie ist mit Faktizität ausgestattet.

Sein und Sollen, Aussagesätze und Normsätze, sind kategorial verschieden. Aus Sein folgt nicht Sollen und aus Sollen nicht Sein. Dies wird als logisches Prinzip angesehen, das den Non-Kognitivismus begründet. „Die logische Unterscheidung zwischen Sein und Sollen und die Unmöglichkeit im Wege einer logischen Schlußfolgerung aus dem Bereich des einen in den des anderen zu gelangen, ist eine der wesentlichen Positionen der Reinen Rechtslehre“.<sup>6</sup>

Die klassische Lehre stützt sich auf die Überzeugung, daß zwischen Normen logische Beziehungen existieren und daß für Normensysteme das logische Postulat der Widerspruchsfreiheit gilt. Sie lehnt zwar die Scheinargumentationen der Juristen ab, doch fordert sie eine allgemeine Normenlogik als spezifische logische Disziplin. „Die Logik, die die Reine Rechtslehre sozusagen erst entdeckt hat, ist die *allgemeine Norm-Logik*, das heißt: eine Logik des Sollens oder der Soll-Sätze, die Logik einer auf Normen, und nicht auf die natürliche Realität gerichteten Erkenntnis“.<sup>7</sup> Kelsen der klassischen Epoche sagt: „die von der Reinen Rechtslehre entwickelte Logik (ist) gar keine spezifi-

<sup>5</sup> Es ist interessant, daß Franz Weyr in seinem Aufsatz „Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems“ (Archiv für Öffentliches Recht, 1908, S. 529 - 580), in dem er den Dualismus von öffentlichem und privatem Recht kritisch analysiert und der als die erste Arbeit der Reinen Rechtslehre angesehen werden kann, das Problem der inhaltlichen juristischen Konstruktion in interessanter und eingehender Weise behandelt (vgl. a.a.O., S. 544 et passim). Später hat er den Kelsenschen Standpunkt der Irrelevanz der inhaltlichen Begriffskonstruktionen voll akzeptiert.

<sup>6</sup> H. Kelsen: WRR, S. 614.

<sup>7</sup> H. Kelsen: WRR, S. 617.

sche Rechtslogik, sondern Normlogik als die Voraussetzung für eine korrekte Rechtslehre".<sup>8</sup>

Trotz dieses Plädoyers für die allgemeine Norm-Logik sucht Kelsen den Rechtssatz (bzw. nach der späteren Terminologie: die Rechtsnorm) strukturell von anderen Normen zu unterscheiden, indem er ihn (sie) prinzipiell als Sanktionssatz konstruiert. Der Rechtssatz ist an die Staatsorgane gerichtet und besagt, unter welchen Bedingungen Zwangsakte (Strafe oder Exekution) gesetzt werden sollen. Diese Auffassung war ursprünglich – d.h. in den "Hauptproblemen" -- durch die These motiviert, daß man nur seine eigene Aktivität wollen kann.<sup>9</sup> Der Staat als Willenssubjekt des Rechts kann nur sein eigenes Verhalten wollen; die Rechtsnormen drücken die Selbstverpflichtung des Staates aus. Später ist es hauptsächlich Kelsens Bestreben, die Rechtsnorm begrifflich von anderen Normen zu trennen und das Recht als System von Zwangsnormen aufzufassen, was ihn zur Sanktionstheorie der Rechtsnorm hinführt. Die das Soll-Verhalten der Bürger darstellende Norm hält Kelsen für überflüssig, da er meint, sie sei eine logische Konsequenz der sanktionsandrohenden Norm.

Die Brünner Schule lehnt die Sanktionstheorie des Rechtssatzes ab; Weyr hat gegen diese Auffassung Kelsens entschieden Stellung genommen.<sup>10</sup>

Erwähnt sei noch, daß in Kelsens Spätlehre die Sanktionsform der Rechtsnorm zwar beibehalten wird, die Existenz (=Geltung) der Rechtsnorm jedoch an die Existenz eines Willensaktes, dessen Sinn diese Norm ist, gebunden wird – eine Normenontologie, welche meines Erachtens die logische Analyse der Normen und dadurch die analytische Jurisprudenz zunichte macht.<sup>11</sup>

Die eine Seite des Klassischen Normativismus scheint mir für die Strukturtheorie des Rechts eine notwendige Basis zu sein: das Recht ist eine Idealentität von normativem Sinn, die als solche verstanden werden muß und die in ihrer Struktur und ihren normenlogischen Beziehungen analysiert werden kann. Aber die Auffassung, daß Rechtserkenntnis *nur* das Erfassen von Normen als Sinngebilden sei, teile ich nicht; zur Rechtserkenntnis gehört meines Erachtens auch die Erkenntnis der sozialen Realität des Rechts. Wenn ich auch mit

<sup>8</sup> H. Kelsen: WRR, S. 618.

<sup>9</sup> H. Kelsen: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, Tübingen 1911, S. 110. Vgl. auch O. Weinberger: Kelsen als Philosoph, in: *ders.: Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik*, Berlin 1981, in Druck.

<sup>10</sup> F. Weyr: *Theorie práva [Theorie des Rechts]*, Brno-Praha 1936, S.72f.

<sup>11</sup> Vgl. O. Weinberger: *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik*, Berlin 1981, in Druck.

Kelsens klassischer Auffassung der Normenlogik voll übereinstimme, muß einiges präzisiert werden.

Normsätze und Aussagesätze sind als semantische Kategorien zu trennen; die Unableitbarkeitthesen sind keine logischen Erkenntnisse, sondern Metapostulate für die Konstruktion von Normenlogiksystemen. Außerdem müssen sie genauer formuliert werden.<sup>12</sup> Die Strukturanalyse des Rechts darf nicht bei dem Grundschema des Rechtsatzes stehenbleiben, sondern es müssen subtilere Differenzierungen eingeführt werden; das Sinngefüge des Rechts muß im Zusammenhang mit seinem teleologischen Hintergrund gesehen werden. Auch die rechtlichen Institutionen und Auffassungen begründenden begrifflichen Konstruktionen dürfen nicht außer Acht gelassen werden.

Es besteht ein für die praktische Jurisprudenz wichtiger Meinungsstreit zwischen den Normativisten und ihren Gegnern:

Für die Normativisten ist das Recht nichts anderes als das, was gesollt ist; die Bedingungen des Sollens und die zugeordneten Soll—Folgen sind das, was man über die Rechtsordnung wissen kann. Ihrer Meinung nach sind die üblichen Begründungen für die Setzung der Rechtsinhalte und der Ermessensentscheidungen im wesentlichen Scheinargumentationen, die eine kritische Jurisprudenz für irrelevant ansehen muß.

Von den Gegnern der Normativisten wird derauf hingewiesen, (1) daß das in der Rechtsregel auftretende bedingte Sollen uns nicht direkt gegeben ist, sondern aufgrund eines Kommunikationsprozesses durch Interpretation zusammengelesen wird und (2) daß es Dezisionen der gesetzgeberischen Tätigkeit sowie der Entscheidungspraxis der Staatsorgane gibt, bei denen entschieden werden muß, obwohl durch normative Deduktion das Wie der Entscheidung nicht bestimmbar ist. Sowohl die Interpretation als auch die Entscheidungen sind begründungsbedürftig.

Eine rational-analytisch orientierte Jurisprudenz kann vor der Auf der interpretativen Rekonstruktion der Zwecke des Rechts und ohne Rekonstruktion der begrifflichen und legislativ-argumentativen Zusammenhänge nicht gewonnen werden.

Eine rational-analytisch orientierte Jurisprudenz kann vor der Aufgabe, Dezisionen der Entscheidungspraxis und der Gesetzgebung zu begründen, nicht die Augen schließen. Diese Argumentationsstrukturen können und müssen analysiert werden, und man muß – trotz non-kognitivistischer Position – das rationale Geflecht von Grundsätzen.

<sup>12</sup> Vgl. Ch. Weinberger, O. Weinberger: Logik, Semantik, Hermeneutik, München 1979, 35f., S. 97ff.

zen, begrifflichen Konstruktionen und rechtsinhaltlichen (dogmatischen) Theorien in Betracht ziehen, wenn auch nicht als unhinterfragbare Thesen. Sonst verliest man wesentliche rational-analytische Betrachtungsperspektiven der Rechtserkenntnis und wichtige Instrumente für die praktische juristische Arbeit.

Wenn auch das Recht als Ganzes als Zwangssystem anzusehen ist, ist die Lehre von der Sanktionsstruktur der Rechtsnorm verfehlt. Wenn man die Geltung der Rechtsnorm an formale Prinzipien, an die Erfüllung der Erzeugungsbedingungen knüpft – wie es die Reine Rechtslehre tut –, dann ist es inkonsistent, gültig entstandene *leges imperfectae* nicht als Rechtsnormen anzusehen. Sie haben auch unter gewissen Umständen soziale Wirksamkeit. Falsch ist es, vorauszusetzen, daß aus der Sanktionsnorm die Verhaltensnorm logisch folge und daher unnötig sei. Aus der Norm “Wenn *A*, dann soll *S* sein”, folgt logisch keineswegs, daß *non-A* sein soll. Eine solche Folgerung ist nur dann analytisch gültig, wenn man voraussetzt, daß *S* eine Unrechtsfolge ist. *S* ist eine Unrechtsfolge dann und nur dann, wenn im System eine Norm “*non-A* soll sein” gilt, deren Nicht-Erfüllung die Soll-Folge *S* nach sich zieht. Die Norm “*non-A* soll sein” ist also nicht überflüssig, sondern sie muß implizit vorausgesetzt werden. Sie kann aus der Sanktionsnorm genau dann erschlossen werden, wenn *S* als Sanktion charakterisiert ist, was eben heißt, daß *S* eine Unrechtsfolge einer im System vorausgesetzten Verhaltensnorm “*non-A* soll sein” ist.

### 3. Der Rechtspositivismus und der Wertrelativismus der Reinen Rechtslehre

Die Reine Rechtslehre ist eine positivistische Lehre: es kann keine praktische Erkenntnis, d.h. rationale oder empirische Bestimmung von Werten oder von richtigem Recht geben. Der Non-Kognitivismus ist ein Kredo der Reinen Rechtslehre. Sie vertritt einen Wertrelativismus auch deswegen, weil die Erfahrung uns die fundamentale Verschiedenheit der Wertsysteme vor Augen führt.

Die Positivität des Rechts als Dasein einer normativen – also nicht direkt beobachtbaren – Entität beruht einerseits auf der Voraussetzung einer bestimmten normativen Sicht (vgl. die Grundnormtheorie) und der Faktizität der in Betracht stehenden normativen Ordnung.

In dem klassischen Aufsatz “Was ist die Reine Rechtslehre?” charakterisiert Kelsen seinen Rechtspositivismus in folgender Weise: “Erst die Reine Rechtslehre hat das Problem der spezifischen *Rechtswirklichkeit* als Problem der *Positivität* des Rechts klar erkannt und zu

lösen versucht. Sie sieht die Positivität des Rechts in der Tatsache, daß die Rechtsnormen durch menschliche, in der natürlichen Wirklichkeit vor sich gehende, aber durch höhere Normen geregelte Akte gesetzt werden",... "Die eigenartige Beziehung zwischen dem natürlichen Sein der normsetzenden und normentsprechenden Akte einerseits und dem Sollen der gesetzten und entsprochenen Rechtsnormen andererseits, konstituiert die spezifische Rechtswirklichkeit oder, was dasselbe ist, die Positivität des Rechts".<sup>13</sup>

In der Spätlehre wird die Setzung nicht nur als Quelle der Positivität aufgefaßt, sondern es wird als konstitutive Bedingung der Existenz der Norm angesehen, daß ein Willensakt eines ermächtigten Subjekts existiert, dessen Sinn genau der Inhalt dieser Norm ist. Eine folgenschwere und meines Erachtens ganz falsche Konzeption.<sup>14</sup>

#### 4. Zwei Perspektiven der Rechtsbetrachtung

Es ist ein ganz wesentlicher Unterschied, ob man danach fragt, was gemäß einer gewissen Rechtsordnung sein soll, was in ihr Rechtens ist, oder ob man fragt, was in diesem System sein sollte. Die erste Frage führt zu Betrachtungen *de lege lata*, die zweite zu Betrachtungen *de lege ferenda*. Schon *Hume* kannte diesen Unterschied; die Reine Rechtslehre baut auf ihm als einer primären Grundlage auf, da dies eine notwendige Voraussetzung für die Definition ihrer spezifischen juristischen Methode ist.

Die Unterscheidung halte auch ich für grundlegend; sie signalisiert ganz verschiedene Argumentationsweisen, die diesen verschiedenen Fragestellungen entsprechen.

Ablehnen muß ich aber die Meinung der Reinen Rechtslehre,

a) daß Betrachtungen *de lege ferenda* nicht Gegenstand der Jurisprudenz seien und

b) daß die *de-lege-ferenda* Argumentationen keine rationale theoretische Analyse zulassen.

#### 5. Die reine juristische Methode

Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis sind Rechtsnormen, wie sie faktisch in einem System bestehen.

<sup>13</sup> H. Kelsen: WWR, S. 614f.

<sup>14</sup> Meine Kritik am Setzungspositivismus habe ich in den FN3 angeführten Arbeiten dargestellt.

Die Methodologie der Reinen Rechtslehre findet im wesentlichen in folgenden Postulaten ihren Ausdruck:

i) Die Rechtswissenschaft ist eine normative Gesellschaftswissenschaft, die den Synkretismus normwissenschaftlicher und kausaler Betrachtungen vermeiden muß.

ii) Die Rechtswissenschaft betrachtet das Recht nur *de lege lata*, rechtspolitische Überlegungen stehen ihr nicht zu, denn sie will eine entpolitisierter Wissenschaft sein. „Sie versucht, die Frage zu beantworten, was und wie das Recht ist, nicht aber die Frage, wie es sein oder gemacht werden soll. Sie ist Rechtswissenschaft, nicht aber Rechtspolitik“.<sup>15</sup>

iii) Die Methode der Reinen Rechtslehre ist antiideologisch (gegebenenfalls sogar ideologiekritisch) und formalistisch. „Als allgemeine Rechtslehre aber unterscheidet die Reine Rechtslehre an den Phänomenen des positiven Rechts Form und Inhalt, scheidet sie die Rechtsformbegriffe, die sich schlechthin an jeder Rechtsordnung bewähren, von den Rechtsinhaltsbegriffen, die durch eine vergleichende Betrachtung der historischen Rechtsordnungen gewonnen werden und eine Typisierung der Rechtsinhalte darstellen“. ... „Daß aber ein System von Begriffen, so wie sie von der Reinen Rechtslehre bestimmt werden, einen relativ formalen Charakter haben muß, versteht sich für jeden, dem die Prinzipien der Logik und Methodenlehre nicht ganz fremd sind, von selbst“.<sup>16</sup>

iv) Die Rechtslehre hat die Aufgabe der Deutung des Rechts, doch anerkennt die Reine Rechtslehre „als die alleinige Aufgabe der wissenschaftlichen Interpretation, die *möglichen Bedeutungen* einer konkreten Rechtsnorm aufzuzeigen, aber die nur durch politische Erwägungen bestimmbar Wahl zwischen den rechtswissenschaftlich gleicherweise möglichen Deutungen der rechtsanwendenden Autorität zu überlassen“.<sup>17</sup>

Das Postulat, den Synkretismus der Betrachtungsweisen zu vermeiden, halte ich insoweit für berechtigt, als der Charakter der Fragestellung, der erkenntnismäßig verschiedene Antworten erheischt, berücksichtigt werden muß, nicht jedoch als Begründung dafür, die sozial-reale und die *de-lege-ferenda-analytische* Betrachtung aus der Jurisprudenz auszuschließen. Rechtserkenntnis ist die Erkenntnis des Daseins des Rechts, nicht nur als Erfassen des normativen Sinns, sondern auch als Erkenntnis der gesellschaftlichen Realität, die sich in beobachtbaren Phänomen äußert.

<sup>15</sup> H. Kelsen: Reine Rechtslehre, 2. Auflage (RR2), Wien 1960, S. 1.

<sup>16</sup> H. Kelsen: WRR, S. 627.

<sup>17</sup> H. Kelsen: WRR, S. 619.

## 6. Die dynamische Theorie des Rechts

Zu den markantesten Zügen der Reinen Rechtslehre gehört die dynamische Konzeption des Rechts. Überlegungen, die in diese Richtung weisen, finden wir schon bei Weyr (1920).<sup>18</sup> Die dynamische Theorie als umfassende Theorie des Rechts entwickelt zu haben, ist vor allem das Verdienst von Adclif Merkl.<sup>19</sup>

Für die klassische Reine Rechtslehre steht fest, daß ein Normensystem als logische Einheit aufzufassen ist, die durch das Postulat der Widerspruchsfreiheit des Systems konstituiert wird. Diese Einheit kann inhaltlich – durch ein Prinzip, das die Geltung der anderen Normen inhaltlich begründet<sup>20</sup> – oder durch Erzeugungszusammenhänge geschaffen werden. Die Rechtsordnung bildet – zum Unterschied von der Moral – eine durch Erzeugungsprozesse geschaffene Einheit.

Neben dem Postulat der Einheit, das beim Recht durch die Erzeugungsrelationen erfüllt wird, ist es die Idee der Begründung der Geltung von Rechtsnormen, was zur allgemeinen dynamischen Konzeption des Rechts führt. Wenn wir fragen, warum eine Rechtsnorm *N* gilt, dann kann diese Begründung durch Hinweis auf eine Ermächtigungsnorm und den ihr entsprechenden Erzeugungsakt gegeben werden. Alles, was im Rechtsleben vor sich geht, kann als Vorgang im Bereich der Normen gedeutet werden: als Normerzeugung oder Aufhebung gegebenenfalls Erfüllung von Normen. Die Lehre von der Rechtsdynamik ist meines Erachtens eine bedeutsame Theorie, weil sie die Besonderheiten der normativen Prozesse darzustellen erlaubt und weil sie eine einheitliche und universelle Betrachtungsweise aller rechtlichen Phänomene bietet.

Im Geiste des Normativismus, der die Rechtsbetrachtung auf das Erfassen von Normen beschränken will, deutet Kelsen nur die ermächtigende Norm als eigentlichen Geltungsgrund und spricht der die Ermächtigungsnorm erfüllenden Tatsache den Charakter eines Geltungsgrundes ab. Nur die übergeordnete Norm sei conditio per quam für die Entstehung der abgeleiteten Norm, während die Tatsachen

<sup>18</sup> S. F. Weyr: Základy filosofie právní [Grundlage der Rechtsphilosophie], Brno 1920; ferner J. Sedláček: Die Rechtsnorm, in: BRS, S. 330, S. 332f.

<sup>19</sup> A. Merkl: Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus Rechtsbegriff, Leipzig – Wien 1923; ders.: Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbauses, in: A. Verdross (Hrsg.): Gesellschaft, Staat und Recht, FS für Hans Kelsen, Wien 1931, S. 252 – 294.

<sup>20</sup> Mit der logischen Problematik dieses Zusammenhangs müssen wir uns hier nicht auffalten. Ich möchte bloß anmerken, daß aus einem inhaltlichen Grundprinzip (z.B. dem Prinzip der Nächstenliebe) konkretere Normen nur unter Heranziehung weiterer inhaltlicher Prämissen abgeleitet werden können. Vgl. H. Kelsen: RR2, S. 198.

nur conditiones sine qua non seien.<sup>21</sup> Das ist logisch gesehen ein Unding, denn wenn beide Argumente zur Begründung einer Folge erforderlich sind, kann man nicht einem den Charakter eines Grundes zu und dem anderen absprechen. Eine Unterscheidung von conditio per quam und conditio sine qua non ist unsinnig. Diese Unlogik findet ihre Erklärung nur in der Tendenz, die Rechtsdynamik "rein", d.h. bloß als Geschehen im Bereich der Normen, zu verstehen; zu diesem Zwecke werden tatsächliche Vorgänge (insbes. faktische Akte) bloß als notwendige Umstände, die nicht zum Wesen des Rechts und seiner Dynamik gehören, gedeutet.

Hatte Kelsen 1953 gerade im Zusammenspiel von natürlichen Sein der Akte mit Rechtsnormen das Wesen der Rechtswirklichkeit erblickt (siehe das oben angeführte Zitat), werden später die Rechtsvorgänge möglichst aus der juristischen Betrachtung verdrängt.

Ich meine dagegen, daß nur eine Rechtsdynamik die vom Zusammenspiel von Normen und beobachtbaren Tatsachen ausgeht, eine Möglichkeit bietet, das Recht angemessen zu erfassen. Diese Auffassung führt offensichtlich zu einer von der Kelsenschen Lehre sehr verschiedenen Rechtstheorie.

Rechtsnormen entstehen nicht nur durch Ermächtigung und ermächtigte Akte, sondern auch durch andere Tatsachen, welche die Bedingungen von Rechtsregeln erfüllen (die sogenannte automatische – d.h. aktun – abhängige – Normentstehung).<sup>22</sup>

Aus der dynamischen Theorie läßt sich die Stufenbautheorie ableiten: die normative Relevanz von Normenarten wird durch ihre Rolle im dynamischen Prozeß definiert, nämlich durch ihre derogatorische Kraft. Die Hierarchie der Normerzeuger und die Bestimmung ihrer Beziehungen sind im Rahmen der dynamischen Theorie des Rechts gut erklärbar.

## *7. Die Geltung des Rechts: die Grundnormtheorie*

Wenn man das Problem der Geltung des Rechts diskutiert, müssen zwei verschiedene Fragen unterschieden werden: die Frage der Geltung eines gewissen Normensystems und die Frage, ob eine gewisse Norm in einem gegebenen Normensystem gilt.

Wenn man die Geltung der Rechtsnorm im Sinne der dynamischen Theorie als Begründungskette konstruiert, kommt man naturgemäß zur Frage des Abschlusses dieser Kette.

<sup>21</sup> H. Kelsen: RR2, S. 196f.

<sup>22</sup> Vgl. J. Procházka: Normative Theorie und Rechtserzeugung, in: BRS, S. 304 - 323.

Die Reine Rechtslehre beendet diese Kette mit der Grundnorm als letztem Geltungsgrund.

Die Grundnorm als letzte dynamisch-logische Begründung der Rechtsgeltung wird von Kelsen in sehr verschiedener Weise charakterisiert; als tranzendental-logische Voraussetzung, als axiomatische Annahme, als Voraussetzung jeder möglichen Rechtskenntnis, als Hypothese und schließlich – in der Spätlehre – als fiktive Norm, weil sie das Grundmerkmal jeder Norm (sc. im Sinne der Spätlehre), der Sinn eines realen Willensaktes zu sein, nicht erfüllt.

Ich möchte hier weder den ontologischen noch den methodologischen Charakter der Grundnorm eingehend diskutieren, ebensowenig wie ich mich mit den vielen Polemiken um die Grundnormtheorie befassen kann. Ich möchte nur drei Fragen behandeln:

i) Gehört die Grundnorm zum Rechtssystem oder steht sie außerhalb, sozusagen als vorgelagerte Norm?

ii) Wie werden die beiden Geltungsprobleme von der Grundnormtheorie beantwortet?

iii) Kann man mit Hilfe der Grundnorm das Problem der Rechtsgeltung ohne soziologische Feststellungen lösen?

Da die Grundnorm nicht – wie alle anderen Normen des Rechtssystems – in einem Kreationsprozeß erzeugt wird, sondern selbst das System der Normerzeugung kreiert, könnte sie als vorgelagerte und außerhalb des Rechtssystems stehende Norm angesehen werden. Kelsen scheint zu dieser Auffassung zu neigen. Ich halte es jedoch für undenkbar, der Norm, welche die Erbeigenschaft der Zugehörigkeit zum Recht bringt, nicht diese Eigenschaft, d.h. die Eigenschaft ‘eine Rechtsnorm sein’ zuzusprechen, sie nicht zum System zu zählen. Wenn die Grundnorm lautet “Man soll sich Rechtens so verhalten wie der Gesetzgeber gebietet”, und der Gesetzgeber die Norm *N* setzt, dann gilt Rechtens die Norm *N*. Diese logische Bindung der abgeleiteten Norm und das Rechtssystem kommt nur dann zustande, wenn die Grundnorm mit zur Kategorie der Rechtsnormen gehört.

Die Frage nach der Geltung der Ordnung rekurriert letztlich auf den Begriff der Faktizität der Ordnung, der tatsächlichen Wirksamkeit des von der Grundnorm abhängigen Rechtssystems im gesellschaftlichen Durchschnitt. Die Geltung der einzelnen Norm als Bestandteil des Systems ist aber durch den Erzeugungszusammenhang mit dem System – also mit der Grundnorm – bestimmt.

Durch Voraussetzungen allein, oder durch axiomatische Festsetzungen kann man reale Objektivität nicht begründen. Dies will Kelsen jedoch mit seiner Grundnorm leisten.

Man kann jedoch – wenn man das Recht als soziale Realität ansieht

– z.B. auf folgendem Weg zu einer objektiv deutbaren Geltungsfeststellung gelangen. Man steht vor der Aufgabe, eine vorschwebende Rechtsordnung als sinnvolle Einheit zu erfassen. Man stellt nun eine Grundnorm als echte Hypothese auf, die man in folgender Weise der Bewährung aussetzt: entspricht die Gesamtheit der so erfaßten Normen der beobachtbaren sozialen Realität, die zu erfassen intendiert war? Wenn dies der Fall ist, kann diese Hypothese als bewährt gelten.

Eines scheint mir gewiß (auch wenn man die Deutung der Grundnormtheorie als echte Hypothese nicht akzeptiert): nur die Betrachtung sozialer Tatsachen, genauer: von Normen im Kontext sozialer Tatsache, kann über die Geltungsfrage entscheiden. Eine reine – soziologische Betrachtungen ausschließende – Rechtstheorie kann es daher nicht geben, da die Rechtsgeltung von soziologischen Erkenntnissen abhängt.

## *8. Die Staatstheorie der Reinen Rechtslehre*

Die Reine Rechtslehre vertritt die These von der Identität von Recht und Staat: der Staat ist Rechtsordnung. In juristischer Sicht ist der Staat identisch mit dem Rechtssystem und die Merkmale des Staates sind Charakteristiken des Normensystems bzw. der Beziehungen zwischen Teilnormenordnungen, die ein Normensystem – einen Staat bilden. Gewisse Schwierigkeiten, den Staat als Normsubjekt, als mittels seiner Organe handelndes Subjekt und als Rechtssubjekt, das gemäß der Rechtsordnung Rechte und Pflichten hat, anzusehen, sind m.E. im Rahmen einer Theorie, die das soziale Sein des Rechts und Staates zugunsten einer reinen Normativität außer Betracht lassen will, schwer überwindbar.

Richtig ist m.E., daß das Wesen des Staates als soziale Realität nur mittels normativer Charakteristiken erklärt werden kann, wobei aber gerade das Zusammenspiel von realen und normativen Prozessen die Erklärungsbasis bildet.

## *9. Die Interpretationstheorie der Reinen Rechtslehre*

Mit Nachdruck behauptet Kelsen, die Reine Rechtslehre biete dem Juristen eine Theorie der Interpretation an.<sup>23</sup> Ist das wahr? Es ist jedenfalls sehr umstritten, und viele werfen der Reinen Rechtslehre vor, daß sie im Bereich der juristischen Hermeneutik vollkommen versagt.

<sup>23</sup> H. Kelsen: RR2, S. 1.

Die Reine Rechtslehre bietet dem Rechtsdogmatiker ein Deutungsschema an, d.h. sie sagt ihm, was die Interpretation des Rechts bestimmen muß: die Subsumtionsbedingungen und die zugeordneten Sollfolgen.

Die Reine Rechtslehre leistet aber gar nichts für die Methode des Deutens, ja sie schneidet ich glaube in unberechtigter Weise – alle Mittel der Interpretationsanalyse ab: Zwecke, dogmatische Konstruktionen und soziale und Sachbeziehungen.

Eine kritische Rechtstheorie und eine formal-analytische Lehre kann – und muß – hier weiter gehen und einen Apparat der herme-neutischen Argumentationen entwickeln, obwohl wir wissen, daß diese Operationen nicht algorithmisierbar und von Dezisionen durch-setzt sind.

## 10. Eine Anmerkung über die Spätlehre Kelsens

Wenn meine Behauptung richtig ist, daß es die grundlegende Charakteristik der klassischen Reinen Rechtslehre ist, daß sie eine logisie-rende und normativistische Jurisprudenz ist – und Kelsen bestätigt diese Meinung in dem schon wiederholt zitiertem Aufsatz “Was ist die Reine Rechtslehre?” sehr nachdrücklich –, dann muß erklärt wer-den, wie Kelsen zu seiner Spätlehre gekommen ist, die vor allem durch den Normenirrationalismus charakterisiert ist.

Der analytische Normativismus basiert auf der kategorialen Unter-scheidung deskriptiver und präskriptiver Sätze; er benötigt eine Nor-menlogik.

Kelsen war nicht in der Lage eine solche logische Lehre zu schaffen. Es gelang ihm auch nicht, einzusehen, daß es möglich ist, die traditio-nelle Orientierung der Logik auf Aussagesätze und logische Beziehun-gen, die ihre Thesen und Operationen wahrheitsfunktional begründet, zu überwinden und durch eine allgemeinere Konzeption zu ersetzen.

Die unbewältigte Aufgabe, eine Normenlogik zu schaffen und der Einfluß von Jorgensen und Englis führte Kelsen zu einer dem Positi-vismus scheinbar entsprechenden, aber die logische Analyse unmöglich machenden Definition der Norm als Sinn eines faktisch vorliegenden Willensaktes.

Ich halte es für zweifelhaft, ob die These von der Unmöglichkeit normenlogischer Beziehung in der Spätlehre selbst konsequent durch-gehalten werden kann – denn

1) der generelle Normsatz kann nicht sinnvoll gedeutet werden, wenn man die Geltung der individuellen Konsequenzen leugnet und

2) ermächtigte Normerzeugung, die Kelsen als Bedingung der Entstehung geltenden Rechts ansieht, kann ohne Subsumtion der tatsächlichen Akte unter die Kreationsbedingungen (also ohne logische Operation) nicht verstanden werden—, jedenfalls bedeutet sie aber die Liquidierung der analytischen Jurisprudenz.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> Vgl. O. Weinberger: *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik*, Berlin 1981, in Druck.