

Die folgenden Seiten sind entnommen aus

Herausgegeben von  
M. Plöse T. Fritsche M. Kuhn S. Lüders

## »Worüber reden wir eigentlich?«

### Festgabe für Rosemarie Will

Humanistische  
Union

1062 Seiten mit 89 Beiträgen von  
94 Autor\*innen und acht farbigen Fotos

ISBN 978-3-930416-34-9 (Print)  
ISBN 978-3-930416-35-6 (PDF)

Zu beziehen über  
Humanistische Union e. V.  
Haus der Demokratie und Menschenrechte  
Greifswalder Straße 4  
10405 Berlin

Fon: (030) 20 45 02 56  
Fax: (030) 20 45 02 57  
info@humanistische-union.de  
www.humanistische-union.de

**Gedruckt mit freundlicher  
Unterstützung von**



*Hans-Böckler-Stiftung*

*Historische Kommission der  
Verfassten Studierendenschaft  
in Berlin. Kommission des  
StudentInnenparlaments der  
Humboldt-Universität zu Berlin*

**Bibliografische Information der  
Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek  
verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie;  
detaillierte bibliografische Daten sind  
im Internet über <http://dnb.dnb.de>  
abrufbar.

1. Auflage 2016  
Humanistische Union, Berlin  
[www.humanistische-union.de](http://www.humanistische-union.de)

Alle Rechte vorbehalten.  
Das Copyright für die Texte liegt bei  
den Autorinnen und Autoren.

**Lektorat** Herbert Mandelartz  
Carola Otte Jörg Pache  
Dagmar Schnürer Jana Schütze  
Jan Wernicke

**Einband**  
Phillip Hofmeister unter Verwendung  
zweier Fotos von Sven Lüders

**Gestaltung und Satz**  
Phillip Hofmeister

**Herstellung**  
Hofmeister Stauder. Büchermacher,  
Berlin

**Druck und Bindung**  
CPI buchbücher.de GmbH, Birkach

**ISBN** 978-3-930416-34-9 (Print)  
**ISBN** 978-3-930416-35-6 (PDF)

## Warum Kelsen so oft missverstanden wird

Meine folgenden Überlegungen zu Hans Kelsen und seiner in dem Werk *Reine Rechtslehre* entfalteten gleichnamigen Theorie knüpfen an ein Gespräch mit Rosemarie Will an, das sich einige Tage nach der Rede Papst Benedikts XVI. im September 2011 im Deutschen Bundestag zufällig ergeben hatte. In dem Gespräch wunderten wir uns über die Bemerkungen, die der Papst über Hans Kelsen gemacht hatte: Kelsen habe, so sinngemäß der Papst, in seinem Spätwerk den Dualismus von Sein und Sollen aufgegeben. Diese These des Papstes ist unhaltbar; Horst Dreier hat dazu das Nötige in JZ 2011, S. 1151 ff. gesagt.

Ich nehme dieses päpstliche Missverständnis zum Anlass, auf einer allgemeineren Ebene nach Gründen dafür zu suchen, dass Kelsens Lehre missverstanden wird. Denn sie wird nach meinem Eindruck oft missverstanden; ich habe den Verdacht, dass manche heftige wissenschaftliche Kontroverse, in die Kelsen verwickelt war (so etwa die mit Georg Jellinek über den Staatsbegriff), und manche Kritik, die an seiner Lehre geäußert wird, zu einem nicht unwesentlichen Teil auf Missverständnissen beruhen.

Der am häufigsten zu hörende Vorwurf an Kelsen geht in die Richtung, dass seine Reine Rechtslehre ein bloßer inhaltsleerer Formalismus sei und dem Begriff und Phänomen des Rechts wie auch des Staates nicht gerecht werde. In der Tat: Zunächst erscheint es merkwürdig und dem »Recht« als Begriff und Phänomen nicht angemessen, wenn Kelsen Rechtsnormen als Sanktionsnormen betrachtet, deren Geltung allein darauf beruht, dass sie von einer Instanz gesetzt werden, die durch eine übergeordnete Rechtsnorm dazu ermächtigt ist. Auf den Inhalt der Normen kommt es für ihre Qualifikation als Rechtsnormen nach Kelsen nicht an; auch Normen, die in einem

Unrechtsregime gesetzt werden, sind nach Kelsen Recht, wenn nur die Ermächtigungsregeln eingehalten werden. Diese völlige Loslösung des Rechtsbegriffs von einer materiell verstandenen Rechtsstaatlichkeit irritiert zumindest und scheint das Recht auf unangenehme Weise inhaltlich zu neutralisieren. Besonders heftige Kritik hat auch Kelsens Theoriebaustein der »Grundnorm« auf sich gezogen: Sie wird von Kelsen als Hypothese bzw. als Fiktion vorausgesetzt und hat zum Inhalt, dass sie die Geltung der Verfassung in einem Staat anordnet und damit die Kaskade von stufenweisen Rechtsetzungsermächtigungen in Gang setzt, die dann von der Verfassung etwa über Parlamentsgesetze und Rechtsverordnungen bis zu Verwaltungsakten und Gerichtsurteilen reicht. Von einer solchen Grundnorm hatte man vor Kelsen in Theorie und Praxis des Rechts nichts gehört; ihre Existenz anzunehmen erscheint willkürlich und auch widersprüchlich (die Geltung dieser Norm beruht entgegen Kelsens sonstigen theoretischen Annahmen gerade nicht auf einer Ermächtigung), und man fragt sich, ob sich hinter der Grundnorm nicht doch eine moralische Rechtsbefolgungspflicht verbirgt, was im Widerspruch zu der von Kelsen nachdrücklich postulierten Trennung von Recht und Moral stehen würde. Politologische und juristische Intuition stößt sich darüber hinaus auch vehement an Kelsens Gleichsetzung von Staat und Recht: Der Staat wird in seiner Theorie nicht etwa mit Hilfe der bekannten Elemente Gebiet, Volk und Herrschaft bestimmt und auch nicht über die Staatsorgane definiert; vielmehr ist nach Kelsen der Staat *identisch* mit dem Recht, so dass der Staat neben dem Recht als eigenständiger Begriff und eigenständiges Phänomen vollkommen verschwindet.

Dass diese Merkwürdigkeiten in Kelsens Theorie zur Kritik herausfordern, liegt nahe. Allerdings muss diese Kritik berücksichtigen, welches *Erkenntnisinteresse* Kelsen überhaupt verfolgt – und das geschieht nach meinem Eindruck viel zu selten. Kelsen geht es um eine besondere Art von Rechtswissenschaft: eine methodenbewusste und methodisch reine Rechtswissenschaft, deren Er-

kenntnisgegenstand das rechtliche Sollen als solches ist und die aufgrund ihrer Methodenreinheit besondere Erkenntnisgewissheit verspricht. Kelsens Erkenntnisansatz fügt sich in eine Strömung ein, die im ersten Drittel des vorigen Jahrhunderts in Wien, also zu der Zeit und an dem Ort, an dem seine Theorie entstand, auch andere (Geistes-) Wissenschaften erfasste wie etwa die Philosophie oder die Mathematik.

Ein zentrales Mittel dieser Strömung, um Methodenreinheit und Erkenntnisgewissheit zu gewinnen, ist die Beschränkung des Erkenntnisgegenstandes: Als mögliche Erkenntnisgegenstände werden nur noch solche Aussagen oder Phänomene zugelassen, für deren Wahrheitsgehalt bzw. Existenz sich klare und eindeutige Kriterien formulieren lassen; hierbei rücken insbesondere die Möglichkeiten und Grenzen der Sprache und die Logik in den Vordergrund. In gewisser Weise versuchte man dabei, das Erfolgsrezept der Naturwissenschaften auch für den Bereich der Geisteswissenschaften fruchtbar zu machen: Die vor allem seit dem 17. Jahrhundert zu verzeichnenden Erfolge der Physik etwa beruhen maßgeblich auf dem Grundgedanken des Experiments; dieses zeichnet sich gerade dadurch aus, dass die Vielfalt von nicht reproduzierbaren Umwelteinflüssen so weit wie möglich reduziert wird, so dass in reproduzierbarer Weise nur noch diejenigen physikalischen Größen interagieren, für die man sich interessiert – die Untersuchung der Gesetze des freien Falls etwa führt nur im Vakuum zu reproduzierbaren Ergebnissen. Die Beschränkung des Erkenntnisgegenstandes führt auf diese Weise zu einer Steigerung der Erkenntnisgewissheit.

Auch Kelsens Reine Rechtslehre verfolgt diesen Ansatz: Das Recht als Begriff und Phänomen wird reduziert auf einige wenige Merkmale, die möglichst einfach definiert werden und deren Wechselwirkungen möglichst klaren Regeln folgen. Kelsen verwendet in seiner Theorie einen stark idealisierten Rechtsbegriff. In dieser Begrifflichkeit kommt er dann – bei allen Problemen, die im Detail bestehen und zu Diskussionen innerhalb der Theorie führen –

zu Aussagen, die wohl gerade wegen ihrer theorieimmanenten Erkenntnisgewissheit so große Anziehungskraft auf die Anhänger seiner Lehre ausüben.

Wegen der dargestellten Beschränkung des Erkenntnisgegenstandes in der Reinen Rechtslehre geht eine Kritik an Kelsen fehl, die ihm etwa vorwirft, er rehabilitiere auch nationalsozialistisches Unrecht, indem er es in seiner Theorie als »Recht« betrachte. Kelsen geht es in seiner Reinen Rechtslehre nicht um eine moralische Bewertung von Rechtsnormen, sondern um die Aufklärung der Strukturen von Rechtsordnungen. Was das Recht im Nationalsozialismus angeht, so mag man etwa in Anbetracht des undurchsichtigen Nebeneinanders von Partei und Staat in diesem System starke Zweifel daran haben, ob die Reine Rechtslehre eine adäquate Beschreibung der Struktur des Rechts im NS-Staat ermöglicht, und eine solche Kritik würde Kelsens Theorie treffen, weil sie mit seinem Erkenntnisanspruch korrespondiert; ihm eine Aufwertung des NS-Rechts vorzuwerfen, geht aber fehl und beruht auf einem Missverständnis seines Theorieansatzes.

Aus demselben Grund geht die erwähnte Kritik an Kelsens Grundnorm fehl. Es ist nicht Kelsens Anliegen, mit der Grundnorm eine allgemeine Rechtsbefolgungspflicht zu postulieren. Die Grundnorm ist vielmehr eine Konsequenz der von Kelsen in seiner Theorie vorgenommenen Beschränkungen: Weil die Geltung einer Norm nach Kelsens Ansatz immer von der Normsetzungsermächtigung durch eine übergeordnete Norm abgeleitet werden muss, bedarf es zur Beendigung eines andernfalls unendlichen Regresses einer »Grundnorm« als konstruktivem Schlussstein der Theorie. Problematisch ist daher nicht die Grundnorm als solche, sondern allenfalls Kelsens Annahme, dass die Geltung einer Norm immer auf eine übergeordnete Norm zurückgeht (in der Tat kann man bezweifeln, dass die Reine Rechtslehre die Kategorie der Normgeltung ausreichend erschließt).

Was schließlich den Staatsbegriff angeht: Die Gleichsetzung von Staat und Recht widerspricht zwar allem,

was seit der Antike über den Staat geschrieben worden war, aber auch sie ist innerhalb der Theorie als Folge der vorgenommenen Beschränkungen des Erkenntnisgegenstandes konsequent, denn Kelsen interessiert sich für die staatlichen Stellen innerhalb der Reinen Rechtslehre nur in ihrer Funktion als Rechtsetzungsorgane. Dass er auch eine andere Perspektive einnehmen kann, zeigt sich etwa in seiner Demokratieschrift (*Vom Wesen und Wert der Demokratie*).

Missverständnisse in Bezug auf Kelsens Reine Rechtslehre lassen sich also vermeiden, indem der beschränkte Erkenntnisgegenstand dieser Theorie bedacht wird. Die Theorie macht Aussagen über Strukturen eines Rechts, das bestimmte, in der Theorie definierte Eigenschaften hat. Erkenntnisgewissheit und überhaupt ein Erkenntnisinteresse bestehen für Kelsen nur innerhalb dieser Grenzen seiner Theorie. Aussagen, die diese Grenzen überschreiten, etwa über Interdependenzen des Rechts mit Moral, Gesellschaft oder Institutionen, sind nicht anschlussfähig an Aussagen, die die Theorie macht, und taugen daher nicht für direkte Kritik an der Theorie. Allenfalls kann indirekt gerade die fehlende Anschlussfähigkeit der Theorie und damit der Umfang der von Kelsen vorgenommenen Beschränkungen kritisiert werden.

Auch bei der Kritik an diesen Beschränkungen in Kelsens Reiner Rechtslehre ist aber Sorgfalt und genaues Hinschauen geboten. Dass Kelsen etwa soziologische oder moralische Aspekte aus dieser Theorie ausblendet, bedeutet nicht, dass er Wechselwirkungen von sozialen oder moralischen Faktoren mit dem Recht abstreitet; er lehnt ihre Einbeziehung in die Reine Rechtslehre vielmehr deswegen ab, weil dies die »Reinheit«, also methodische Stringenz und Erkenntnisgewissheit der Lehre zerstören würde. Dieses Vorgehen hat freilich zur Folge, dass sich die auf diese Weise abgesicherte Erkenntnis über das Recht, so wie es Kelsen definiert, von dem Phänomen »Recht«, wie es von der Praxis und auch von anderen Wissenschaftszweigen wahrgenommen wird, entfernt. Das kann man nun Kelsen

genauso viel oder genauso wenig zum Vorwurf machen, wie man einem Mathematiker vorwerfen kann, dass seine komplexe und wohldurchdachte Theorie sich von den Phänomenen der realen Welt entfernt. (Kelsens Erkenntnisinteresse in der Reinen Rechtslehre scheint mir in der Tat eher dem eines Mathematikers als dem etwa eines Astronomen zu ähneln.)

Aus meinen Ausführungen sollte deutlich geworden sein: Kelsens Reine Rechtslehre ist nicht *die* Rechtswissenschaft und kann es aufgrund der Beschränkung ihres Erkenntnisgegenstandes auch nicht sein. Auch die Rechtsphilosophie, die Rechtssoziologie oder die Rechtsdogmatik sind Disziplinen, die das Recht wissenschaftlich untersuchen; sie sind ebenfalls erkenntnisbringende Zweige der Rechtswissenschaft, die freilich mit anderen Methoden und auch mit anderen Erwartungen an die Erkenntnisgewissheit arbeiten als die Reine Rechtslehre. Kelsen war in diesem Punkt wohl anderer Meinung und hielt die Reine Rechtslehre für die einzig mögliche Art *wissenschaftlicher* Beschäftigung mit dem Recht. Seine von dieser Überzeugung herrührenden bisweilen harschen und apodiktischen Äußerungen über das Recht und die Rechtswissenschaft mögen die Entstehung von Missverständnissen, wie sie Gegenstand meiner Ausführungen waren, befördert haben.