

IST DIE REINE RECHTSLEHRE KELSENS EINE THEORIE DES RECHTSPOSITIVISMUS?

WOLFGANG SCHILD
Alemania Federal

Die Reine Rechtslehre (RR) des Österreichers Hans Kelsen (1881-1973) gilt herkömmlich als eine Theorie des Rechtspositivismus, vielen sogar als die konsequenteste Fassung dieser Lehre. Im Folgenden soll dargelegt werden¹, daß eine solche Charakterisierung der Eigenart der RR nicht gerecht wird, sondern daß diese zwar in manchen Punkten rechtspositivistisch ist, freilich auch in anderen Momenten das philosophische Niveau einer solchen Rechtsauffassung übersteigt. Eines läßt sich jedenfalls zeigen: daß die Kelsensche Schwerpunktsetzung auf die "Reinheit" der Rechtswissenschaft notwendig zum Verzicht auf eine adäquate Erfassung gerade des positiven Rechts (d.h. des Rechts gerade in seiner Positivität) führen muß; und zwar zu einem Verzicht im doppelten Sinne: die RR muß auf die Positivität des *Rechts* und auf die *Positivität* des Rechts begrifflich verzichten.²

Die erste Form des Verzichts wird von der RR ausdrücklich als bewußtes Ziel angestrebt: die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz, ihre Reinheit als Rechtswissenschaft, sei nur aufrechtzuerhalten, wenn sie vom Wertungsproblem der Gerechtigkeit absehe. Denn die Frage nach der gerechten Regelung sei wissenschaftlich-objektiv nicht beantwortbar, sondern stelle sich nur der (vielleicht im Charakter oder in der Weltanschauung begründeten, aber) letztlich beliebigen, willkürlichen, Ent= scheidung des Subjekts. Nur wenn der Jurist auf ein Sollen als Inhalt einer effektiven Zwangsordnung, auf effektive Normen, abstelle, sei die Willkürlichkeit des Subjekts vermeidbar:

¹ Vgl. zum RR insgesamt auch Schild, *Die Reinen Rechtslehren*, Wien 1975; ders., *Reine und politische Rechtslehre*, *Der Staat* 1975, S. 69 ff; ders., *Die Reine Rechtslehre*, in: Arthur Kaufmann/W. Hassemer (Hrsg), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Karlsruhe 1977, S. 103 ff; ders., *Theorie und Praxis bei Hans Kelsen*, *Rechtstheorie* 1979, S. 199 ff.

² Vgl. dazu auch Schild, *Geschichtlichkeit des Rechtsgesetzes und Rechtswissenschaft*, in: *Geschichte und System-Festschrift für Erich Heintel*, München/Wien 1972, S. 144 ff.

zugunsten der Willkürlichkeit dieser vorgegebenen, ohne subjektive Wertungen “rein” (und daher wissenschaftlich) beschreibbaren Zwangsordnung, damit: zugunsten der Willkürlichkeit eines dem Subjekt entgegengesetzten Objekts. Dieses Objekt allerdings ist nicht selbst Wissenschaft oder wissenschaftlich, sondern subjektive Wertung anderer Menschen (als des Wissenschaftlers selbst), vor al rem politische Zielsetzung. “Das Recht kann von der Politik nicht getrennt werden, denn es ist ein wesentliches Instrument der Politik. Seine Erzeugung sowohl wie seine Anwendung sind politische, und das heißt von Werturteilen bestimmte Funktionen”.³ Da die Subjektivität so vom Subjekt auf das Objekt (auf den Gegenstand) verschoben wird, kann das Subjekt objektiv werden und damit zum reinen Wissenschaftler von einem unreinen Objekt (was freilich zu noch aufzuzeigenden Problemen führen wird).

Die Konsequenz ist die völlige Trennung von Positivität und Legitimität. Das, was allein als positives Recht wissenschaftlich dargestellt werden kann, hat mit Gerechtigkeit nichts zu tun, ist also nicht “Recht” in diesem letzten materiellen Sinne, sondern nur ein formales Sollen, das nicht materiell gesollt ist, sondern nur als rechtliches Sollen “gilt”.⁴ Dabei bedeutet “Gelten” die spezifische Art der Existenz des positiven Rechts, das niemals in sinnlich-empirischer Weise wahrgenommen werden kann. “Den Staat [und das Recht] kann man als Einheit weder sehen noch hören noch tasten. Der sinnlichen Wahrnehmung sind nur einzelmenschliche Handlungen gegeben, die im Bereich –voraussetzungsloser– Naturbetrachtung überhaupt nicht als Staatsakte verstanden werden können”.⁵ Das positive Recht kann deshalb nur “sein”, wenn es als seiendes (=geltendes) Sollen vorausgesetzt (angenommen) wird.⁶ Wird es freilich in dieser Weise vorausgesetzt/angenommen, dann treffen für das “seiende (geltende) Sollen” dieselben Kategorien zu wie für das “seiende Sein” (etwa der Naturdinge). Beide –Sein und Sollen– sind jeweils “Welten”,⁷ “Reiche”,⁸ die (bloß) beschreibend (und nicht mit wertender –weil subjektiv-beliebiger– Stellungnahme) darzustellen sind, begrifflich analysiert⁹ und systematisch aufgearbeitet werden können.

³ Kelsen, in: Wiener Rechtstheoretische Schule (Hrsg. Klecatsky, Marcic, Schambeck), Wien 1968, S. 620.

⁴ Zur Bedeutung dieses formalen “Sollen” vgl. Schild, *Rechtstheorie* 1979, S. 224 f.

⁵ Kelsen, *Wiener Rechtstheoretische Schule* S. 1720.

⁶ Was durch die Grundnorm erreicht wird. Dazu siehe unten.

⁷ Kelsen, *Wiener Rechtstheoretische Schule* S. 6.

⁸ Kelsen, *Wiener Rechtstheoretische Schule* S. 38.

⁹ Ziel ist die “möglichst exakte Strukturanalyse des positiven Rechts”: Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien 1934, I S. 61.

Beide sind –abgesehen von der Fundierungsproblematik (wonach im Gegensatz zum Sein der Naturdinge das “seiende Sollen” als geltend vorausgesetzt werden muß)– in gleicher Weise Gegenstände, d.h. dem Subjekt, das sie als beschreibender Wissenschaftler darstellen will, entgegen-steherde Objekte.¹⁰ Diese strukturelle Gleichheit von seiendem (geltendem) Sollen und seiendem Seind findet ihren wesentlichen Niederschlag bei Kelsen in der These, daß beide absolut voneinander getrennt sind: sind sie doch letztlich zwei völlig verschiedene, in sich selbst selbständige, abgeschlossene, nach außen scharf abgegrenzte Gegenstände –und gerade in diesen Merkmalen sind Sein und Sollen völlig gleich–, die noch dazu in ihrer Art der Existenz– bloß voransgesetzte Existenz als Geltung oder wirkliche Existenz– fundamental unterschieden sind.

Häufig wird die Auffassung der RR als philosophische Erkenntnislehre interpretiert und die erkenntnistheoretische Problematik von Sein und Sollen in den Mittelpunkt, zumindest in der Vordergrund, gerückt. Dies muß aber als unzulässige Reduzierung zurückgewiesen werden. Zwar ist richtig, daß Kelsen mit diesen erkenntnistheoretischen Formulierungen jede soziologische (oder gar biologische) Rechtslehre ausschließt, weil diese bloß auf ein seiendes Sein abstellen können und daher den Sollenscharakter des Rechts nicht zu erfassen vermögen. Doch das Verhältnis der Rechtslehre (des Rechts) zur Ethik (zu den Moralnormen) oder Religion (Galubensätzen) kann von der Erkenntnistheorie (bzw. von einer Erkenntnistheorie der Art, wie Kelsen sie vertritt) nicht in Sicht gebracht werden. Denn auch moralische und religiöse Inhalte gehören dem Reich des Sollens an. Die Trennung von rechtlichem Sollen einerseits, moralischem und religiösem Sollen –wozu nach Kelsen auch das Sollen der “Gerechtigkeit” gehört– andererseits ist eine Konsequenz deshalb nicht der erkenntnistheoretischen Differenz von Sein und Sollen, sondern eine Trennung innerhalb des Sollens selbst, die letztlich auf die zugrundeliegende Wissenschaftstheorie zurückzuführen ist. Wissenschaft braucht nach Kelsen nämlich einer vorgegebenen, exakt abgegrenzten Gegenstand, der ohne wertende Stellungnahme bloß beschrieben werden kann. Deshalb scheiden moralische und religiöse Inhalte für eine wissenschaftliche Darstellung aus, weil sie zwar u.U. im moralischen Bewußtsein, in Sitten und Begräben oder in Glaubensakten vorge-

¹⁰ In der Entwicklung der Reinen Rechtslehre lassen sich diesbezüglich allerdings zwei verschiedene philosophische Systemansätze unterscheiden –ein neukantianischer und ein positivistischer–, die durchaus verschiedene Konsequenzen für die Rechtswissenschaft haben. Vgl. dazu Schild, Die zwei Systeme der Reinen Rechtslehre, Wiener Jahrbuch für Philosophie 1971, S. 150 ff.

geben sein können¹¹, aber jedenfalls fließende, unscharfe Konturen haben, die jede exakte Beschreibung von vornherein ausschließen. Noch mehr: Selbst wenn sich moralische/religiöse Inhalte in wissenschaftsfähiger Gestalt auffinden ließen, ist die Trennung von rechtlichem Sollen unbedingtd erforderlich. Bann niemand kann bestreiten, daß Moral/Religion vom positiven Recht unterschieden sind, was eine Reflexion auf die "logischen Voraussetzungen der seit jeher geübten Methode"¹² der Juristen untermauert. Diese Unterscheidung muß für die an der exakten Beschreibung eines vorgegebenen Gegenstandes orientierte Wissenschaftstheorie mit notwendiger Konsequenz zu einer Trennung werden, weil nur so eine "möglichst exakte Strukturanalyse" überhaupt möglich ist.

Die Trennung ermöglicht so erst die Wissenschaft von den einzelnen Arten des Sollens. Dieser Gewinn hat als Kehrseite den Verlust aller trotz und gerade in der (bloßen) Unterschiedenheit liegenden Zusammenhänge, die zerschnitten und abgeschnitten werden müssen, damit reine wissenschaftliche Darstellung möglich ist. Zusammenhänge stören nur die Exaktheit, Wissenschaft muß ihren Gegenstand nach Kelsen mit scharfen Konturen und strengen Grenzen herausstellen und in dieser Gestalt herstellen (konstruieren).¹³ Sie muß Widersprüche und Unklarheiten in ihm beseitigen,¹⁴ seine Subjektivität (Willkürlichkeit, Beliebigkeit) vernachlässigen.

Dies bringt ein Problem. Oben wurde gezeigt, daß die Subjektivität vom Subjekt auf das Objekt geschoben werden muß, damit das Subjekt reiner Wissenschaftler von einem unreinen Objekt werden kann. Nur ergibt sich, daß auch das Objekt nicht unrein bleiben kann und darf. Es muß – um tauglicher Gegenstand einer reinen Wissenschaft sein zu können – selbst gereinigt werden. Es ist daher uninteressant, was die handelnden Menschen wollen, denken, fühlen, selbst was die handelnden Juristen im Prozeß der Gesetzgebung (oder der Gerichtsbarkeit oder Verwaltung) wollen. Selbst wenn sie mit ihrem Produkt (dem Gesetz, dem Urteil, dem Bescheid) moralische Postulate ver-

¹¹ Vgl. Kelsen, *Das Problem der Souveränität*, Tubingen 1920, S. 93; ders., *Reine Rechtslehre*, Wien 19602, S. 198 ff.

¹² Kelsen, *Wiener Rechts-theoretische Schule* S. 300; vgl. auch ebendort S. 286; ders., *Reine Rechtslehre* 2. Aufl. S. 31 ff.

¹³ Diese These, daß das Objekt vom Subjekt erzeugt werde, wurde von Kelsen im neukantianischen System sogar erkenntnistheoretisch (und nicht nur wissenschaftstheoretisch) verstanden, vgl. dazu Schild, *Wiener Jahrbuch für Philosophie* 1971, S. 150 ff. – Zu dieser Trennung von Erkenntnistheorie und Wissenschaftstheorie vgl. Schild, *Die Reinen Rechtslehren*.

¹⁴ Vgl. Kelsen, *Reine Rechtslehre* 1. Aufl. S. 15: "Die Gerechtigkeit, ein Ideal des Wollens und Handelns, muß sich, zum Gegenstand der Erkenntnis gemacht, unversehens in die Idee der Wahrheit verwandeln, die ihren –negativen– Ausdruck im Identitätssatz findet."

wirklichen wollen, also Gerechtigkeit positivieren wollen, muß die Wissenschaft trennen, analytisch vorgehen und sich ihrer eigenen reiner Gegenstand konstruieren. Sie weiß es immer besser als die handelnden Juristen, weil sie selbst nicht mehr handelt, nicht mehr will, sondern "rein"¹⁵ ist im Sinne von bloßer Theorie, praxislosem Denken, interesseloser Betrachtung.

Sie weiß freilich auch, daß sie die lebendige Wirklichkeit dieser handelnden Menschen nicht erfassen kann, sondern durch ihre analytische (und dabei zugleich: konstruierende) Arbeit zerstört und damit tötet. Das Leben muß aus ihrem Gegenstand vertrieben werden, weil nur so die Ruhe und Starrheit hergestellt werden kann, die eine reine Behandlung und Darstellung —vergleichbar einem Stück Natur—ermöglicht, solange Leben im Gegenstand ist, solange wird der Wissenschaftler in seinem Leben, in seiner Praxis, berührt, angerührt, zur Stellungnahme aufgerufen, zur Kritik, vielleicht sogar zur Revolution herausgefordert; solange bleibt der Wissenschaftler Mensch und damit in "seinem Widerspruch"¹⁶ und in seiner Irrationalität. Kelsen geht davon aus, "daß das Wesen des Menschen im tiefsten Grunde nicht rational und daher nicht logisch ist, und daß der Wille des Menschen die Möglichkeit hat, auch dem Urteil eine Richtung zu geben, die nicht nur den ursprünglichen Neigungen, sondern auch den Postulaten der Korsequenz zuwiderläuft".¹⁷ Wissenschaft betreiben kann deshalb nur derjenige, der nicht mehr handelnd und wollender Mensch ist, sondern der den Willen in sich abgetötet hat; der reine Wissenschaftler ist derjenige, der nicht mehr Mensch, sondern nur mehr Theorie (Denken) ist. Die Fule der Minerva beginnt —um mit diesem Bild von Hegel zu sprechen—¹⁸ richtet schon ihren Flug bei der Abenddämmerung, sondern erst in der Nacht des Todes. Die Fule ist der Totenvogel.

Freilich kann man reiner Wissenschaftler nur werden, wenn man selbst aktiv handelnd eingreift: nämlich durch die analytische Tätigkeit. Man muß töten, damit man nicht mehr als Lebendiger berührt werden kann, was zuletzt nur gelingt, wenn man sich selbst als lebender Mensch tötet. Man muß seine Lebens-Interessen vernichten zugunsten des Interesses an toter Theorie,¹⁹ muß sich selbst ausschalten

¹⁵ Zu diesem Verständnis von "Reinheit" vgl. Schild, *Rechtstheorie* 1979, S. 200 ff.

¹⁶ Kelsen, *Wiener Rechtstheoretische Schule* S. 1925.

¹⁷ Kelsen, *Wiener Rechtstheoretische Schule* S. 1926.

¹⁸ In der Vorrede zu den "Grundlinien einer Philosophie des Rechts". Vgl. dazu Schild, *Juristisches Denken und Hegels Rechtsphilosophie*, *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 1978, S. 5 ff.

¹⁹ Deutlich wird dies in der Feststellung des Juden Hans Kelsens angesichts der Judentötungen im nationalsozialistischen Deutschland, daß den Juden damit "Recht" geschehen ist.

für die Möglichkeit von Wissenschaft. Man muß sein Leben hgeben, damit Wissenschaft existieren kann. Man muß des Opfers seiner Menschlichkeit am Altar der Wissenschaft darbringen.

Kelsen selbst —im Unterschied zu den meisten seiner Anhänger, was die Diskussion gerade seiner eigenen Thesen so fruchtbar macht—sieht durchaus die Konsequenzen seiner Wissenschaftstheorie. Zwei davon seien hier genannt.

Zunächst kann niemand verlangen, daß ein Mensch sich dieser Selbstaufgabe unterzieht. Kelsen "verhehlt sich nicht, daß die als 'Recht' bezeichnete, spezifisch normative Bedeutung gewisser Tatbestände das Ergebnis einer möglichen, nur bei einer bestimmten... Grundvoraussetzung gegebenen, nicht aber einer notwendigen Deutung ist; daß man die Existenz des Rechts nicht... beweisen, daß man mit zwingenden Argumenten eine Haltung nicht widerlegen kann, wie etwa die des theoretischen Anarchismus, der es ablehnt, dert, wo Juristen vom Recht sprechen, etwas anderes zu sehen als nur nackte Gewalt".²⁰ Der Mensch muß sich für die Rechtswissenschaft entscheiden, was nach Kelsen mit seinem "Charakter",²¹ seinem "Persönlichkeitstyp"²² zusammenhängt und ein allgemeines Problem der letztlich kriterienlosen "Weltanschauung" darstellt. Nur eines ist notwendig, wenn der Mensch nicht seine "Ehre"²³ verlieren will: er muß ehrlich sein, muß —wenn er das Opfer der Lebendigkeit für die Wissenschaft nicht bringen will—zugeben, daß er nicht Wissenschaft betreiben will und betreibt, sondern eben leben will. Kelsen verbietet das letztere nicht, er wertet es nicht einmal für gering, Politik zu betreiben, selbst zu werten, sondern er verlangt nur: "das Eine vom Anderen, Erkennen und Wollen, voneinander zu trennen".²⁴

Die zweite hier zu nennende Konsequenz betrifft den Inhalt der Wissenschaft selbst: er darf und kann keinen Bezug zum Leben mehr haben. Er darf deshalb auch keinen Menschen zu einem Handeln (Wollen) motivieren, darf nicht politisch sein. Wissenschaft muß von dem lebendigen Betrieb, in dem das Recht positiviert und angewendet wird, getrennt werden, das dort pulsierende Leben darf nicht auf den Wissenschaftler übergreifen. Was der Gesetzgeber erläßt und was der Richter/der Verwaltungsbeamte konkret entscheiden, muß etwas wesentlich Anderes sein und bleiben als das Geschäft der Wissenschaft,

²⁰ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl. S. 36.; vgl. auch ders., *Wiener Rechtstheoretische Schule* S. 1452.

²¹ Kelsen, *Souveränität* S. 317.

²² Kelsen, *Wiener Rechtstheoretische Schule* S. 1928 f.

²³ Kelsen, *Souveränität* S. 274.

²⁴ Kelsen, *Juristische Wochenschrift* 1929, S. 1724.

nämlich: Rechtspolitik (und damit letztlich subjektiv-willkürlich). Für den Prozeß der Gesetzgebung war diese Charakterisierung stets außer Streit gestellt. Das Verdienst der RR²⁵ liegt darin, den rechtspolitischen Charakter auch der Entscheidung des Richters/des Verwaltungsbeamten herausgearbeitet zu haben; mit der peinlichen Konsequenz, daß der gesamte Vorgang der Interpretation des Gesetzes aus der Wissenschaft vertrieben werden mußte. Die Tätigkeit der Behörde ist keine "bloß logische Subsumption eines konkreten Sachverhaltes unter einen abstrakten Begriff, keine intellektuelle Operation, wie sie jedermann, und daher auch die rechtswissenschaftliche Vernunft, vornehmen kann, sondern eine Entscheidung",²⁶ für die der Entscheidende selbst verantwortlich ist, da "sie niemand anderer, nicht Gott, nicht die Natur und auch nicht die Vernunft als objektive Autorität für uns treffen kann".²⁷ Kelsen "anerkennt als die alleinige Aufgabe der wissenschaftlichen Interpretation, die Möglichen Bedeutungen einer konkreten Rechtsnorm aufzuzeigen, aber die nur durch politische Erwägungen bestimmbare Wahl zwischen den rechtswissenschaftlich gleichermaßen möglichen Deutungen der rechtsanwendenden Autorität zu überlassen. . . Das besagt natürlich nicht, daß es dem interpretierenden Juristen versagt bleibt, eine bestimmte Deutung der Rechtsautorität als die —von irgendeinem Wertstandpunkt aus —beste zu empfehlen. Aber dies darf er nicht— wie es freilich so häufig geschieht— im Namen der Wissenschaft tun. Denn mit seiner Empfehlung versucht der interpretierende Jurist Einfluß auf die Rechtsgestaltung zu nehmen. Damit vollzieht er eine Funktion der Rechtspolitik, nicht der Rechtswissenschaft".²⁸ Deshalb ist für Kelsen jeder Kommentar Politik,²⁹ deshalb hat er selbst sich in seinen dogmatischen Arbeiten nicht einmal an seine Erkenntnistheorie gehalten, was sich etwa darin zeigt, daß er in seinem "Österreichischen Staatsrecht" (Vorwort) ausdrücklich die Berücksichtigung der historischen Entwicklung verlangt, obwohl doch die Geschichte eine Seinswissenschaft (für Kelsen) ist.

Will der Wissenschaftler sich als Wissenschaftler mit dem Inhalt des positiven Rechts beschäftigen, steht er vor einem Dilemma. Wollen die im Rechtspositivierungsprozeß tätigen Menschen ("der Gesetzgeber") moralische/religiöse Inhalte (etwa der Gerechtigkeit)

²⁵ Freilich unter Verwertung älterer Auffassungen, etwa von Bülow und Bierling, vor allem der Freirechtslehre. Vgl. dazu Schild, in: Kaufmann/Hassmer, Einführung S. 203 ff.

²⁶ Kelsen, Wiener Rechtstheoretische Schule S. 1385.-Vgl. dazu Böhm, Juristische Blätter 1975, S. 1 ff.

²⁷ Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. S. 441 f.

²⁸ Kelsen, Wiener Rechtstheoretische Schule S. 619.

²⁹ Kelsen, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. S. 98.

verwirklichen, muß er die säuberliche Trennung vollziehen und sich nur auf das von Moral/Religion/Gerechtigkeit gereinigte rechtliche Sollen beschränken. Dieses erscheint in sprachlichem Kleid (etwa einer Formulierung im Gesetz oder im Urteil) und damit in einer Gestalt, die über sich hinaus auf diese gewollten moralischen/religiösen/gerechten Inhalte verweist. Kelsen nennt z.B. "Normen der Moral, der Gerechtigkeit, soziale Werturteile, die man mit den Schlagworten Volkswohl, Staatsinteresse, Fortschritt usw. zu bezeichnen pflegt",³⁰ jedenfalls "Normen, die hier in dem Prozeß der Rechtserzeugung einmünden können",³⁰ die aber gerade nicht von einem Rechts-Wissenschaftler berücksichtigt werden dürfen. Was wissenschaftlich als reiner rechtlicher Inhalt übrigbleibt, kann deshalb nicht mehr (zumindest: nicht vollständig) gesagt werden. Die von den gesetzgebenden Menschen erlassenen Inhalte lassen stets und notwendig verschiedene Auslegungsmöglichkeiten zu, es ist diesbezüglich "sinnlos", eine davon als "richtig oder falsch"³¹ zu bezeichnen. Die Möglichkeiten einer "durchaus legitimen, ohne Fiktionen und logischen Kniffe arbeitenden Interpretation der anzuwendenden generellen Normen [führt] zu Ergebnissen, die von denen einer gesetzfreien Rechtsprechung nicht allzu sehr verschieden sind"³² — wodurch Kelsen nach eigenen Angaben in die Nähe der Freirechtslehre gerät.

Die Urteile/Bescheide der die Gesetze interpretierenden und damit (nach dem Gesagten) in der Anwendung der Gesetze zugleich diese rechtspolitisch weiterbildenden Richter/Verwaltungsbeamten sind deshalb eine zweite Schicht des positiven Rechts, die selbständig neben dem Gesetzesrecht steht. Die RR spricht vom "peinlichen Faktum eines 'doppelten Rechtsbodens'",³³ von einer "doppelten Rechtsordnung",³⁴ einem "doppelten Rechtsantlitz".³⁵ Jedenfalls steht die Wissenschaft vor dem Problem, wie sie diese beiden Rechtsschichten gemeinsam darstellen kann und soll, eine für sie nicht auflösbare Schwierigkeit, die Adolf J. Merkl —der Mitbegründer der RR— mit folgenden Worten umschrieb: "Was für ein Abstand besteht bei solcher Rechtslage zwischen den auf den beiden Rechtserscheinungsstufen gegebenen Rechtsinhalten! Man möchte angesichts solcher inhaltlicher Verschiedenheiten kaum glauben, daß es sich um Recht desselben Systems handelt, um Rechtsinhalte, die durch eine einzige... Konkretisierungsstufe voneinander getrennt sind. Die

³⁰ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. S. 351.

³¹ Kelsen, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 1953, S. 475 f.

³² Kelsen, *Wiener Rechtstheoretische Schule* S. 768 f.

³³ Kelsen, *Wiener Rechtstheoretische Schule* S. 278.

³⁴ Kelsen, *Juristische Wochenschrift* 1929, S. 1725.

³⁵ Kelsen, *Juristische Wochenschrift* 1929, S. 1725.

Rechtswissenschaft, die sich unterfangen würde, Rechtserscheinungen von so großem Abstand in einem Rechtsgebilde zu vereinigen, würde sich eine unmögliche Aufgabe stellen und könnte nur ein Zerrbild zustande bringen”.³⁶ Die Wissenschaft muß sich deshalb auf eine der beiden Schichten –Gesetz oder Urteil/Bescheid– beschränken. Entweder sie konzentriert sich auf die höhere Schicht des Gesetzes und vernachlässigt die Rechtsprechung im Einzelfall oder sie berücksichtigt hauptsächlich die Konkretisierung des Rechts in Urteil/Bescheid und schiebt die generellen Normen in den Hintergrund.³⁷

Jedenfalls muß die Wissenschaft in noch größerem Maße darauf verzichten, das gesamte positive Recht inhaltlich zu begreifen. Sie muß nicht nur moralische/religiöse/gerechte Inhalte, die vielleicht die gesetzgebenden/entscheidenden Menschen verwirklichen wollten, ausscheiden; sie muß sich überdies auf eine der beiden genannten Stufen beschränken. Für Merkl selbst ist die zuletzt erwähnte Frage nicht mehr objektiv, sondern nur durch eine weltanschauliche Entscheidung lösbar.³⁸ Doch ist es durchaus möglich, Kriterien einer Lösung in Sicht zu bringen, wenn man berücksichtigt, daß es dem Wissenschaftler stets darum gehen muß, daß Wissenschaft überhaupt als “reine” möglich ist. Aus diesem Interesse scheidet die Schicht der Urteile/Bescheide von vornherein aus, weil diese Entscheidungen derart vielfältig sind, daß kein einheitlicher Gegenstand mehr dargestellt werden könnte, vor allem dann, wenn man berücksichtigt, daß wegen des Instituts der Rechtskraft³⁹ auch Fehlentscheidungen geltendes (konkretes) Recht werden können. Für die Wissenschaft ist aber das Postulat der widerspruchslosigkeit notwendige Voraussetzung und Grundlage, nur einen in sich widerspruchlosen einheitlichen Gegenstand kann sie rein beschreiben. In dieser Hinsicht besser steht es mit der Schicht der Gesetze, da in der Regel keine widersprechenden Formulierungen derselben Rechtsregel erlassen wird. Nähere Betrachtung freilich zeigt, daß die Wissenschaft nur geltende, aber auch alle geltenden Gesetze heranziehen muß, was das Problem mit sich bringt, diese Geltung etwa anhand der Bestimmungen der Verfassung –und damit: durch Interpretation– zu bestimmen, was die Möglichkeit einer reinen Wissenschaft übersteigt. Diese Frage

³⁶ Merkl, Wiener Rechtstheoretische Schule S. 1096; vgl. ders., ebendort S. 1167 ff.

³⁷ In den Worten Merkls muß sie sich entscheiden zwischen dem “Primat der Rechtskenntnis” und dem “Primat der Rechtsanwendung”; vgl. Merkl, Wiener Rechtstheoretische Schule S. 1097 ff.

³⁸ Vgl. Merkl, Wiener Rechtstheoretische Schule S. 1113.

³⁹ Vgl. dazu Schild, in: Kaufmann/Hassemer, Einführung S. 105 f.

—ob ein Gesetz gilt oder nicht— “wird durch die zuständige Rechtsautorität, die die Norm anzuwenden hat, insbesondere durch das Gericht, beantwortet”.⁴⁰ “Wenn [z.B.] der amerikanische Kongreß ein Gesetz beschließt, so kann jedermann eine Meinung darüber äußern, ob dieser Akt verfassungsgemäß, d.h. ob er ein verbindlicher Rechtsakt ist oder nicht. Aber eine so geäußerte Meinung ist rechtlich irrelevant. . . Wenn aber ein Gericht. . . der Meinung ist, daß das Gesetz verfassungswidrig ist. . . dann hat das Gericht gemäß der geltenden Rechtsordnung den. . . Beschluß nicht anzuwenden und den vorliegenden Fall so zu entscheiden, als ob dieser Beschluß nicht gefaßt worden wäre, d.h. als ob der Akt nicht existierte”.⁴¹ Die Wissenschaft selbst, die keine Entscheidung in dieser Art treffen kann, da sie sonst ihre Reinheit verlieren würde, ist auf den Spruch des dafür zuständigen Gerichtes angewiesen: wann aber ein Organ für diese Frage zuständig ist, ergibt sich wiederum nur durch Interpretation usw.

Was der reinen Wissenschaft bleibt, ist der Verzicht auf jede inhaltliche Darstellung des positiven Rechts. Denn nur in der Inhaltslosigkeit kann der Gegenstand von seiner Unreinheit befreit und derart gereinigt werden, daß er von einer reinen Wissenschaft dargestellt werden kann. Diese kann ihre Reinheit auch nur dann behalten, wenn sie stets darauf hinweist, daß ihr Gegenstand eigentlich inhaltlich unrein ist⁴² (weshalb sie ihn ja auch erst reinigen muß, was nur um den Preis der Inhaltslosigkeit gelingen kann): Sie muß theoretisch erkennen, daß das positive Recht nicht selbst Theorie ist, sondern eben positiv —und damit Praxis (Politik)— ist. Notwendig muß die reine Rechtswissenschaft zur Theorie des Stufenbaus werden dergestalt, daß sie das positive Recht “in seiner Bewegung, in dem ständig sich erneuernden Prozeß seiner Selbsterzeugung”⁴³ charakterisiert und damit in seiner Positivität.^{43a} Was der Inhalt dieses Stufenbaus —den Merkl mit dem Nervensystem, dem Blutgefäßsystem, einem in Katarakten abfallenden Fluß vergleicht—⁴⁴ ist, was sich hier bewegt und sich ständig erneuert, damit: was hier

⁴⁰ Kelsen, Wiener Rechtstheoretische Schule S. 1478 Anm. 9.

⁴¹ Kelsen, Wiener Rechtstheoretische Schule S. 1384 ff.

⁴² Denn: die Phänomene des Rechts sind “politische, und das heißt von Werturteilen bestimmte”: Kelsen, Wiener Rechtstheoretische Schule S. 620.-Darin zeigt sich der Charakter der Reinen Rechtslehre als Ideologiekritik.

⁴³ Kelsen, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. S. 107.-Zu den verschiedenen Formen des Stufenbaus der Rechtsordnung vgl. Schild, Rechtstheorie 1979, S. 219 Anm. 34.

^{43a} Deshalb muß die Grundnorm sich inhaltlich auf die Positivität (Positivierung) beziehen, konkret: sie muß “dem Akt des ersten Gesetzgebers” den Sinn des Sollens verliehen (Reine Rechtslehre, 1. Aufl. 66).

⁴⁴ Vgl. Merkl, Wiener Rechtstheoretische Schule S. 1184 f.

lebt und lebendig ist und bleibt, kann die reine Wissenschaft nicht erfassen, weil sie dafür selbst leben müßte und nicht mehr Wissenschaft sein könnte.

Die RR ist somit in der Tat die konsequenteste Theorie des Rechtspositivismus. Denn sie ist überhaupt nichts anderes als der ununterbrochene Aufweis und Hinweis, daß das Recht positiv ist und damit kein Natur-Recht sein kann. Sie "hat das Problem der spezifischen Rechtswirklichkeit 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... Akte gesetzt werden".⁴⁵

Freilich bleibt die RR —und dies ist ihr Verdienst— dabei nicht stehen. Denn sie beharrt darauf, daß das Recht nicht nur positiv ist, nicht in dieser Tatsache der Setzung von bestimmten menschlichen Akten aufgeht, sondern letztlich eines Normativen bedarf, das überhaupt erst den "Sinn des Sollens" fundiert. "Seine eigentümliche Rechtliche Bedeutung erhält der fragliche Sachverhalt durch eine Norm, die sich mit ihrem Inhalt auf ihn bezieht, die ihm die rechtliche Bedeutung verleiht, so daß der Akt nach dieser Norm gedeutet werden kann",⁴⁶ zuletzt durch eine "grundnorm",⁴⁷ die den Sinn des Sollens verleiht und in der "letztlich die normative Bedeutung aller die Rechtsordnung konstituierenden Tatbestände (wurzelt)".⁴⁸ Damit überschreitet die RR die Ebene der herkömmlich als "Rechtspositivismus" bezeichneten Auffassung: das Recht kann nicht im Positiven als dem sinnlich Wahrnehmbaren, Vorgegebenem, in dem "Sein" aufgehen, es ist immer auch Sollen, ein Normatives, damit immer —neben dem Positiven (dem Akt der Setzung)— auch "Recht". Es "ermöglicht die Grundnorm, das der Rechtserkenntnis aufgegebenes Material als sinnvolles Ganzes (und als Sollen) zu deuten".⁴⁹ "Mit dem Postulate einer sinnvollen, d.i. widerspruchsfreien Ordnung überschreitet die Rechtswissenschaft bereits die Grenze des reinen Positivismus... Man wird daher die Theorie der Grundnorm am besten als transzendental logisches Naturrecht charakterisieren".⁵⁰

Dieses Problembewußtse die könnte die RR in einem tieferen. Sinne zu einem "Rechtspositivismus" führen, nämlich zu einer Lehre vom Recht, das nur als positiviertes, aber nicht darin aufgehendes,

⁴⁵ Kelsen, Wiener Rechtstheoretische Schule S. 614.

⁴⁶ Kelsen, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. S. 5.

⁴⁷ Zum erkenntnistheoretischen bzw. wissenschaftstheoretischen Charakter dieser "Grundnorm" vgl. Schild, Die Reinen Rechtslehren.

⁴⁸ Kelsen, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. 66.

⁴⁹ Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. S. 212.

⁵⁰ Kelsen, Wiener Rechtstheoretische Schule S. 339.

gedacht würde, damit zu einer Auffassung, die jenseits der Alternative von Rechtspositivismus und Naturrecht (und diese als Scheinalternative entlarvend) stünde.^{50a} Doch kann die RR diesen Weg nicht gehen und nicht durchhalten, weil sie aufgrund ihres Wissenschaftsverständnisses dieses "Recht" nur als Gegensatz zum Positiven (Positivierten) und als davon absolut getrennten Inhalt der Moral/Religion/Gerechtigkeit denken kann; und damit nicht mehr in (bloßer) Unterscheidung, aber (auch) Beziehung. Für die RR können "Recht" und "Positivierung" nicht zusammenkommen, nicht mehr vermittelt werden, weil sie jede Vermittlung für unwissenschaftlich ansieht und daher durch analytische Trennung zerbrechen muß.⁵¹ Auf der anderen Seite kann sie ihr Problembewußtsein auch nicht mehr vergessen, daher nicht mehr den Weg des (einfachen) Rechtspositivismus gehen und nur mehr das Moment des Positiven (der Positivierung) herausstellen.^{51a} Sie muß die Vermittlung zum Recht (zum Normativen) denken, kann dies aber aus ihren Wissenschaftstheoretischen Kriterien nicht.

Ihr Ausweg aus diesem Dilemma ist der Verzicht; und zwar nicht nur in der Weise, daß jede inhaltliche Darstellung eines rechtlichen Sollens ausgeschlossen und ihr verschlossen bleibt; sondern auch und gerade in dem Aufweis, daß dieser Verzicht notwendig ist. Dieses Ergebnis der RR kann und muß aufgenommen und sehr ernst genommen werden. Wenn man Wissenschaft so versteht, wie Kelsen sie

^{50a} Eine solche jenseits der Alternative von Rechtspositivismus und Naturrecht stehende Rechtsbegründung hat vor allem der deutsche Idealismus (Kant, Hegel) vorgelegt. Zu Kant vgl. Schild, Die Sinnräume der Freiheit im Recht und die Menschenrechte, in: J. Schwartländer (Hg), Menschenrechte in Kirche und Gesellschaft (in Druck); zu Hegel vgl. Schild, Savigny und Hegel, Anales de la Catedra Francisco Suarez 18/19 (1978/79) 271 ff.

⁵¹ Vgl. oben Anm. 14.-Der "Wert der Wahrheit" wird durch die "Idee der widerspruchlosen Einheit" ersetzt, vgl. Kelsen, Wiener Rechtstheoretische Schule S. 342. Damit wird für Kelsen die Rechtswissenschaft "in demselben Maße Wissenschaft, als sie dem Postulate der Einheit ihrer Erkenntnis genügt, als es ihr gelingt, alles Recht als ein einheitliches System zu begreifen" (Souveränität S. 152).

^{51a} Anzumerken ist, daß Kelsen im neukantianischen System versucht hat, das Problem der "Positivität" in anderer Weise zu formulieren, um dem Dilemma zu entgehen. "Unter der Positivität der Rechtsordnung kann. . . logischerweise nichts anderes verstanden werden als die Eigenschaft der Rechtsordnung, derzufolge sie als ein oberstes, von keiner höheren Norm ableitbares oder der Ableitung bedürftiges Normensystem angesehen wird" (Wiener Rechtstheoretische Schule S. 73). "Positiv, das heißt wörtlich 'gesetzt-', ist somit die einzelne Rechtsnorm (Grundnorm) einheitlich gegründeten System einer bestimmten Rechtsordnung gesetzt ist, innerhalb dieses so konstituierten Systems ihren Platz findet. Dabei ist es gewiß verfehlt, die Positivität des Rechtes, was mitunter geschieht, mit seiner *Gesetztheit* zu verwechseln, das hier entscheidende Moment in den Satzungsakt, in die Tatsache zu verlegen, daß die Rechtsnorm in einem Gesetzgebungsprozeß 'erlassen' wird" (Souveränität S. 93).- Auch darin (d.h. der wechselnden Terminologie) wird das Scheitern der RR in ihrem Versuch, das positive Recht zu erfassen, deutlich. Zum Ganzen vgl. Schild, Rechtstheorie 1979, S. 216 f.

einzig verstehen zu können glaubte, wenn also die Wissenschaftlichkeit in reiner Theorie, bloßem Denken und interesseloser Darstellung besteht, dann kann es keine Rechtswissenschaft geben, die inhaltliche Aussagen abgeben könnte. Denn alles Rechtliche in diesem Sinne ist nicht-theoretisch, nicht bloßes Denken, nicht interesselos, sondern ist darauf bezogen, daß Menschen miteinander und trotzdem freiheitlich leben können. Diesen Bezug darf die rechtliche Betrachtung gerade auch als Theorie und als Denken nicht aufgeben, an diesem Ziel muß sie interessiert sein.

In letztem Grunde bedeutet der Verzicht der RR noch mehr: nämlich den Verzicht, das positive Recht selbst zu begreifen. Dieses ist positiviert und tritt uns daher in positiven Formen (Gesetz, Urteil, Bescheid) entgegen; aber es versteht sich selbst —und ist auch so von es positivierenden Menschen gemeint, zumindest erheben sie diesen Anspruch— als Positivierung der gerechten Regelung, damit einer Norm, die das freiheitliche Zusammenleben von Menschen ermöglicht, sichert, erleichtert, fördert. Nimmt man diese Positivität ernst, dann wird man notwendig auf das Gerechtigkeitsproblem verwiesen, dessen Lösung für eine bestimmte Gesellschaft zu einer bestimmten Zeit das positive Recht sein will (zu sein beansprucht) —und sich nur darin von willkürlicher Gewalt unterscheidet—, noch mehr: dessen Lösung nur dadurch angestrebt werden kann, daß positives Recht gesetzt wird, weil die Gerechtigkeit kein naturrechtlicher Gegenstand⁵² sein kann, da sie das Zusammenleben freier Menschen betrifft. So verweist nicht nur die Positivität des Rechts auf die Gerechtigkeit, sondern diese selbst verlangt die Positivierung, freilich in stets erneuter Weise: denn niemals kann Gerechtigkeit absolut, total, positiviert werden, da sie damit wiederum versteinern und zu einem vorgegebenen Gegenstand werden würde. Gerechtigkeit bleibt dem positiven Recht —und nur ihm— stets aufgeben.

Freilich schließt diese Unterscheidung, aber Aufeinander-Bezogenheit von Positivität und Gerechtigkeit eine Wissenschaftsauffassung aus, die —wie die der RR— nur streng abgegrenzte und getrennte Gegenstände an-erkennt. Für eine solche Theorie kann es —und hier ist Kelsen voll zuzustimmen— in der Tat keine Rechtswissenschaft als inhaltliche Wissenschaft vom positiven Recht geben; und zwar deshalb, weil sie diese Theorie nicht will, weil diese Theorie sich eben nur mit vorgegebenen, exakt und scharf abgrenzbaren Gegenständen, damit auf leblose (tote) Objekte befassen will.⁵³ Dieser Wille

⁵² Vgl. dazu Schild, in: Festschrift für Erich Heintel S. 144 ff.

⁵³ Oder anders gesagt: weil die Wissenschaftstheorie Kelsens sich an der Naturwissenschaft orientiert. Vgl. Schild, Die Reinen Rechtslehren.

ist ihr selbst wichtiger als das positive Recht, weshalb sie ihren Gegenstand überhaupt nicht ernst nimmt, sondern ihn zerteilt und so einen eigenen, selbstherrlichen Gegenstand erzeugt. In tiefstem Grunde erweist sich die RR damit als das Gegenteil eines Rechtspositivismus: sie will eine Naturrechtslehre sein, da sie dann einen vorgegebenen Gegenstand in der Art eines leblosen Naturdinges hätte, kann dies aber nicht sein, da sie die Unmöglichkeit eingesehen hat, naturrechtliche Inhalte zu finden. So verzichtet sie auf Inhalte, bleibt aber in den Formen und Denkfiguren einer Naturrechtslehre stehen und stecken. Sie erfährt einen Anhauch von Freiheit, der ihr die Möglichkeit eines inhaltlichen Naturrechts nimmt; sie flieht vor ihm in die bloße Form des Sollens als des letzten Restes eines Naturrechts.⁵⁴

Freilich ist damit das letzte Wort nicht gesprochen. Es muß hinterfragt werden, ob diese Wissenschaftsauffassung der RR haltbar ist, ob sie selbst mit ihren eigenen Kriterien als Wissenschaft begründet werden kann.⁵⁵ Wenn dies nicht der Fall wäre —was hier nicht näher zu prüfen ist—, wenn sie also nur selbst Praxis, Wille, Willkür wäre,⁵⁶ hätte sie als Wissenschaft und auch als Begründung von Wissenschaftlichkeit aufgehoben. Das Problem der Kriterien von wissenschaftlicher Rede und damit der Möglichkeit einer Rechtswissenschaft wäre dann von der RR nicht gelöst, sondern stünde weiterer Erörterung offen.

⁵⁴ Deshalb ist Kelsen voll recht zu geben: "Man wird daher die Theorie der Grundnorm am besten als transzendentallogisches Naturrecht charakterisieren" (Wiener Rechtstheoretische Schule S. 339). Aus diesem Grunde kann die Reine Rechtslehre ohne Probleme mit der Naturrechtslehre verbunden werden, was etwa Günther Winkler oder Rene Marcic durchgeführt haben.

⁵⁵ Zu diesem Problem vgl. Schild, Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu makulatur, in: Arthur Kaufmann (Hrsg.), WEK-Rechtsphilosophie, Karlsruhe 1976, S. 65 ff.

⁵⁶ Unter diesem Gesichtspunkt wäre Kelsens Demokratiekonzeption oder seine Thesen zur Erziehung zu überdenken (vgl. Wiener Rechtstheoretische Schule S. 1502 ff, 1687). Vgl. dazu Schild, Rechtsatheorie 1979, S. 227.