ZÖR
54 (1999), 261–278

Zeitschrift für
öffentliches Recht

© Springer-Verlag 1999
Printed in Austria

Verrechtlichung und Rechtsdynamik

Clemens Jabloner, Wien*

I. Reines Recht oder reine Lehre?
II. Verrechtlichung und Zivilisationstheorie
A. Die Garantie der Verfassung
B. Der ideologische Aspekt
C. Verfassungsgerichtsbarkeit und Staatsstreich
D. Funktionsbedingungen der Verfassungsgerichtsbarkeit
E. Befehlsausgabe
F. Menschenbild
III. Verrechtlichung und Rechtsdynamik
A. Erfolg der Verfassungsgerichtsbarkeit
B. Kritik am Modell *Kelsens*
C. Rechtspolitik gegen Rechtstheorie?
D. Das doppelte Rechtsantlitz
E. Formung des Rechts
F. Der Preis der Verrechtlichung
G. Funktion der Rechtswissenschaft
IV. Schluß

Deskriptoren: Kelsen; Merkl; Schmitt; Ideologiekritik; Rechtsdynamik; Reine Rechtslehre; Verfassungsgerichtsbarkeit; Verrechtlichung; Völkergerichtsbarkeit.

Rechtsquellen: B-VG Art 139; WRV Art 19, 48.

I. Reines Recht oder reine Lehre?

Hans Kelsen und *Carl Schmitt*, prominente Staatsrechtslehrer der Weimarer Republik, gerieten 1931 in einer heute als „klassisch" geltenden Kontro-

* Vortrag bei einer internationalen Tagung des Instituts Wiener Kreis „Zum Begriff des Politischen – Hannah Arendt. Hans Kelsen. Carl Schmitt" am 10. Juni 1998 in Wien.

verse um den *„Hüter der Verfassung"* heftig aneinander.[1] Vordergründig ging es dabei um eine verfassungstechnische Frage, in Wahrheit aber darum, eine Antwort auf grundsätzliche Fragen des Verhältnisses von Recht und Politik zu finden. Die Rezeptionsgeschichte dieser Kontroverse schreibt *Schmitt* die politische, *Kelsen* die rechtliche Perspektive zu. Dem entspricht der ebenso verbreitete wie oberflächliche Nachruhm beider Theoretiker: selbst von vielen Juristen kann man die Meinung hören, *Hans Kelsens* Reine Rechtslehre[2] sei eine weltfremde Doktrin, die mit ihrem Paradigma der Trennung von Recht und Politik gegenüber politischen Zusammenhängen blind und für die Realität unbrauchbar sei. Wer *Kelsen* so als „reinen" Juristen sieht, dem kann *Carl Schmitt* als der „Ernstfalldenker" der politischen Realität imponieren.[3] In der Gegenüberstellung erscheint *Kelsen* dann zwar als „politisch korrekt", aber weltfremd, *Schmitt* zwar als „böse", aber als Verkünder häßlicher Wahrheiten.

Ein weiteres Vorurteil über *Kelsen* geht dahin, daß der Rechtspositivismus genauso zum Niedergang der Demokratie beigetragen hätte wie *Schmitts* Dezisionismus.

Beide Beurteilungen – die Reine Rechtslehre im akademischen Elfenbeinturm ebenso wie die Reine Rechtslehre zur Rechtfertigung von „Unrechtssystemen" – sind Zerrbilder, die auf bewußte Entstellungen zurückgehen. Daneben mag es auch Mißverständnisse über die Positionen *Kelsens* geben, die produktiv sein können, wenn sie uns dazu anregen, kritische Punkte schärfer zu beleuchten.

Zunächst zum Reinheitspostulat: nichts lag *Kelsen* ferner als eine *Lehre vom „reinen Recht"*:[4] Wenn man darunter eine Lehre verstünde, die ohne Bedachtnahme auf die positive, dh tatsächlich gesetzte und wirksame Zwangsordnung den Inhalt des Rechts aus Gerechtigkeitsbetrachtungen abzuleiten versuchte, so hätte man es mit einer Naturrechtslehre zu tun. Der Reinen Rechtslehre geht es in ihrem Kern nicht um das Recht im Sinn seiner Herleitung und Gestaltung, sondern um die Rechtswissen-

[1] Vgl *Schmitt*, Der Hüter der Verfassung (1931, Nachdruck 1985); *Kelsen*, Wer soll der Hüter der Verfassung sein? (1931), Nachdruck in *Klecatsky* ua (Hrsg), Die Wiener rechtstheoretische Schule I (1968) 1873.

[2] Als „reine Rechtslehre" im weiteren Sinn bezeichnet man die von *Kelsen* insgesamt vertretenen theoretischen Positionen – vgl *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (1960); für eine Darstellung der Lehre *Kelsens* im Gesamtzusammenhang vgl *H. Dreier*, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen² (1990).

[3] Vgl die Wendung bei *Brock*, Der Teufel steckt zwar im Detail, Satan aber im System der Ernstfalldenker, in *Brock*, Die Re-Dekade (1990) 139.

[4] Vgl *Kelsen*, Was ist die Reine Rechtslehre? (1953), Nachdruck (FN 1) 611 (insb 620).

schaft im Sinn der Bedingungen ihrer Möglichkeit. Die *„reine Lehre" vom Recht* soll mit der Trennung von Recht und Moral und durch die Kritik an naturrechtlichen Residuen den Blick auf den unverfälschten Inhalt des positiven Rechts öffnen. Dieser Inhalt aber ist nichts anderes als der Ausdruck politischer Gestaltung überall dort, wo eine Transformation von Machtausübung in Rechtsetzung stattfindet. Welche Lehre könnte aber politischer sein als eine, die diese Aufklärung über das Recht zu ihrem Anliegen macht? Des weiteren will der „kritische Rechtspositivismus" der Reinen Rechtslehre durch die Einführung der Grundnorm den Fehler des älteren Positivismus vermeiden, die Geltungsfrage nicht zu stellen und damit die Legitimität des Rechts in der Macht zu suchen. Die Grundnorm dient als Werkzeug, um das Recht zu beschreiben; ein Befolgungsanspruch ist damit nicht verbunden. Mit diesen Sätzen sollte nur kursorisch zum Ausdruck gebracht werden, daß der von *Kelsen* geprägte „kritische Rechtspositivismus" weder ein spekulativer Normativismus noch ein kruder Rechtspositivismus ist, womit bereits zwei Mißverständnisse – wenigstens vorerst – geklärt sein müßten.

Die folgenden Ausführungen gelten insgesamt einigen Aspekten des Verhältnisses von Recht und Politik, wobei der Schwerpunkt auf die Analyse der Sichtweise *Kelsens* gelegt wird. Ansatzpunkt ist die Kontroverse von 1931, an der das *rechtspolitische Konzept der Verrechtlichung von Politik* dargestellt werden kann. In einem weiteren Schritt soll der Verrechtlichung die *rechtstheoretische Struktureinsicht der Rechtsdynamik* – ein zentrales Element der Reinen Rechtslehre – gegenübergestellt werden. Im Zentrum der folgenden Ausführungen stehen *Bedingungen und Grenzen einer Verrechtlichung von Politik*.

II. Verrechtlichung und Zivilisationstheorie

A. Die Garantie der Verfassung

1931 hatte sich längst die Auffassung durchgesetzt, daß die Verfassung nicht unverbindliche Programmsätze, sondern Rechtsnormen enthalte. Begreift man aber die Verfassung als Geltungsgrund der Rechtsordnung, so stellt sich die Frage nach der Garantie der Verfassungsmäßigkeit des Staatshandelns. Die österreichische Bundesverfassung von 1920, deren Sechstes Hauptstück über die „Garantien der Verfassung und Verwaltung" *Kelsen* formuliert hatte, sah dafür ein spezialisiertes Gericht, den Verfassungsgerichtshof, vor.[5] *Kelsen* kombinierte hier die Zuständigkeiten

[5] Vgl allgemein *Stourzh*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Grundrechtsdemokratie – die historischen Wurzeln, in *Verfassungsgerichtshof der Republik Österreich* (Hrsg), 70 Jahre

des alten Reichgerichtes – individueller Grundrechtschutz und Ministeranklage – mit der Zuständigkeit insbesondere zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen, gedacht als Instrument der bundesstaatlichen Koordination. In einem gewissen Sinn ging der Rechtstechniker *Kelsen* dem Rechtstheoretiker *Kelsen* voran. Das volle Potential der Verfassungsgerichtsbarkeit, insbesondere die Möglichkeit, nunmehr auch grundrechtswidrige Gesetze aufzuheben, mag auch *Kelsen* erst im Laufe der nächsten Jahre zu Bewußtsein gekommen sein. Auf der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer in Wien 1928 hielt *Kelsen* ein Referat über *„Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit"*, in dem er – gegen die fast einhellige Ablehnung der deutschen Staatsrechtslehrer – die Idee und die Funktionsbedingungen der Verfassungsgerichtsbarkeit voll entfaltete.[6]

Die in manchen Zügen der österreichischen Bundesverfassung verwandte Weimarer Reichsverfassung hatte nicht den gleichen Grad verfassungstechnischer Verfeinerung aufzuweisen, obzwar besonders ihr bundesstaatlicher Aufbau dazu gedrängt hätte. Zwar war ein Staatsgerichtshof mit der Zuständigkeit für Verfassungsstreitigkeiten eingerichtet, Kompetenzen und Verfahren waren aber lückenhaft geregelt. Ein fatales Strukturproblem der Reichsverfassung lag vor allem darin, daß der berühmt-berüchtigte Art 48 dem *Reichspräsidenten* in die Verfassungssphäre reichende *Notstandsermächtigungen* übertrug, die höchst auslegungsbedürftig waren und deren Verhältnis zu den Zuständigkeiten des Staatsgerichtshofes zutiefst umstritten war.[7]

Hans Kelsen, seit 1931 Ordinarius in Köln, hatte nun Gelegenheit, sein Modell der Verfassungsgarantie in den immer schärfer werdenden Auseinandersetzungen unmittelbar in Anschlag zu bringen. Auch *Carl Schmitt* tritt uns 1931 vordergründig durchaus als Verteidiger der Weimarer Verfassung entgegen. Die Verfassungsgerichtsbarkeit verwirft er mit dem Argument, daß verfassungsrechtliche Fragen politischer Natur wären und die Gerichtsförmigkeit somit nicht auf eine *„Verrechtlichung der Politik"*, sondern vielmehr auf eine *„Politisierung der Justiz"* hinausliefe. Sein Modell der Verfassungsgarantie knüpfte an die Ermächtigung des Reichspräsidenten nach Art 48 der Reichsverfassung an, also an die Grundlage für die Verhängung des Ausnahmezustands. Im Gegensatz zur Vorstellung einer justizförmigen Lösung baut *Schmitt* auf die Legitimität

Bundesverfassung (1991) 17; zur Rolle *Kelsens*: *Walter*, Die mitteleuropäische Verfassungsgerichtsbarkeit und die Reine Rechtslehre, RZ 1993, 266.

[6] Vgl *Kelsen*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit VVDStRL 5 (1929) 30.

[7] Vgl nur *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919[14] (1933) 159, 267, 271.

des Reichspräsidenten, die er aus der Wahl durch ein als homogen vorgestelltes Volk gewinnt. So gesehen stünde der Reichspräsident als gleichsam neutrale Kraft über den Parteien und Gruppen als „Schützer" der Verfassung.

B. Der ideologische Aspekt

Worin bestehen nun die zugrundeliegenden Konzepte? Die Kontroverse zeigt auf der Seite *Kelsens* eine Vorstellung von Verfassungsgerichtsbarkeit, die auf eine Verrechtlichung der Politik abzielt und dafür dem Verfassungsgesetzgeber ausdifferenzierte Rechtstechnik zur Verfügung stellt. Über den idealistischen – ja: ideologischen – Charakter seines Bemühens läßt uns *Kelsen* nicht im Unklaren, spricht er doch – im völkerrechtlichen Zusammenhang – gelegentlich davon, daß das Recht die tragfähigste Ideologie der Macht sei. 1942 sagt *Kelsen* wörtlich: *„The idea of law, in spite of everything, seems still to be stronger than any other ideology of power"*.[8]

Schmitt trachtet dagegen danach, den ideologischen Charakter der Konstruktion des „pouvoir neutre" des Reichspräsidenten – Angelpunkt der Lehre – zu verdecken. Die praktisch politische Absicht wird schon aus dem zeitgeschichtlichen Hintergrund der Schriften von *Schmitt* und aus seiner damaligen Präferenz für eine Militärdiktatur deutlich; darüber hinaus ist schon die ganze Idee, ein wesentliches Verfassungsorgan gleichsam „staatslogisch" über die anderen Organe zu stellen, eine politische Zweckkonstruktion. Zum Unterschied zu *Kelsens* durch die Einführung der Grundnorm offengelegter Idealisierung der Machtverhältnisse ist die Ideologie *Schmitts*, die sich der Verfassungsbegriffe bemächtigt, verhüllend. Zu fragen bliebe allenfalls, ob es sich um „Ideologie" im Sinne von *Schumpeter* handelt – aufrichtige Aussagen über das, was jemand zu sehen glaubt[9] – oder um blanke Manipulation.

C. Verfassungsgerichtsbarkeit und Staatsstreich

Kelsens Erwägungen waren nur allzu aktuell: Schon im folgenden Jahr 1932 war nämlich der Staatsgerichtshof nicht zuletzt auf Grund konzep-

[8] Vgl *Kelsen*, Law and Peace in international relations, in: The Oliver Wendell Holmes Lectures, 1940–41 (1942) 170.

[9] Vgl *Schumpeter*, Wissenschaft und Ideologie (ursprünglich „Science and Ideology" 1949), in *Böhm* (Hrsg und Übersetzer), Joseph Alois Schumpeter. Beiträge zur Sozialökonomik (1987) 117 (122); vgl auch *Mayer*, Das Ideologieproblem und die Reine Rechtslehre (1937), Nachdruck in *Metall* (Hrsg), 33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre (1974) 213.

tiver Schwäche nicht in der Lage, den Verfassungskonflikt zwischen dem Reich und Preußen (sog „Preußenschlag") im Sinne der Reichsverfassung zu lösen.

Vor dem Hintergrund schwerer Unruhen und mit dem Ziel, die sozialdemokratische Regierung von Preußen zu stürzen,[10] hatte in Ausübung des Art 48 der Reichspräsident im Verordnungsweg den Reichskanzler ermächtigt, die preußische Regierung abzusetzen und deren Zuständigkeiten an sich zu ziehen. Auf Antrag Preußens hatte der Staatsgerichtshof zu prüfen, ob diese Verordnung verfassungsmäßig war. In seinem jedenfalls zu spät ergangenen Urteil hat der Staatsgerichtshof die Verordnung nicht aufgehoben – obzwar sie nach den Urteilsgründen „partiell" verfassungswidrig war –, sondern versuchte sie verfassungskonform zu interpretieren: die Verordnung blieb jedenfalls in Geltung.

Kelsen hat sich mit diesem Urteil literarisch sehr eingehend auseinandergesetzt.[11] Wesentlich erscheint, daß der Staatsgerichtshof zum Teil wegen der unklaren Rechtsgrundlagen – das notwendige Ausführungsgesetz zu Art 19 WRV war nicht erlassen worden –, zum Teil aber auch wegen Unschlüssigkeit und politischer Vorbehalte nicht in der Lage war, den eigentlichen rechtlichen Kern des Streitfalles herauszuschälen. Dieser hätte nämlich nicht in der Frage bestanden, wieweit der Reichspräsident ein bestimmtes Verhalten setzen durfte, sondern in der ohne weiteres justitiablen Frage, wieweit der Rechtsakt „Verordnung des Reichspräsidenten" verfassungswidrig war. Nach *Kelsen* hätte der Staatsgerichtshof die Verordnung aufheben müssen, wobei der Aufhebung konstitutiver Charakter zugekommen wäre, dh es hätte – immer unter der Voraussetzung, den Streitfall in juristischen Kategorien zu fassen – nicht der Exekution des Urteils bedurft, die ja wiederum dem Reichspräsidenten oblegen wäre. *Kelsen* muß aber am Ende seiner Urteilskritik einräumen, daß es eben vor allem die mangelhaft formulierten Rechtsgrundlagen der Staatsgerichtsbarkeit waren, die zu einem unbefriedigenden Ergebnis führten.

Im Gegensatz dazu wäre im österreichischen Verfassungssystem im Lichte der Zuständigkeit des VfGH zur Prüfung der Rechtmäßigkeit von Verordnungen nach Art 139 B-VG der Konflikt ein Rechtsstreit gewesen. In Österreich war es daher, gerade weil das System der Verfassungsgerichtsbarkeit entsprechend ausgebaut war, auch notwendig – um in einer

[10] Vgl *Mommsen*, Die verspielte Freiheit. Der Weg der Republik von Weimar in den Untergang (1990) 450.

[11] Vgl *Kelsen*, Das Urteil des Staatsgerichtshofes vom 25. Oktober 1932, Die Justiz VIII/2–3 (1932) 65.

immerhin vergleichbaren Situation autoritär regieren zu können –, den Verfassungsgerichtshof „auszuschalten".[12]

Man darf daher aus der Gegenüberstellung der beiden Verfassungslagen nicht den Fehlschluß ziehen, die Verfassungsgerichtsbarkeit wäre – für sich allein – ein Mittel gewesen, um die die hinter den Fragen der Staatsorganisation stehenden bürgerkriegsähnlichen Spannungen im Reich zu lösen oder in Österreich autoritäre Kräfte daran zu hindern, die Macht zu ergreifen. Der springende Punkt der Verfassungsgerichtsbarkeit liegt darin, daß ein Konflikt wie jener von 1932 einen extremen Fall einer Auseinandersetzung darstellt. Fehlt eine Verfassungsgerichtsbarkeit, so besteht die Gefahr, daß entweder die Verfassung ihre normative Funktion verliert oder daß jeder Konflikt unvermittelt zu einer ernsten Krise eskaliert. Die Verfassungsgerichtsbarkeit stellt ein Instrument dar, das – ständig ausgeübt – eine bestimmte Routine in der juristischen Lösung von Machtkonflikten erzeugt: eine ständige Judikatur bildet sich heraus („stare decisis-Prinzip"), die Akzeptanz für ein richterliches Grenzorgan von wesentlicher Bedeutung wächst, und auf dieser Basis ist es dann möglich, die existentiellen Ernstfälle rechtlich zu lösen, also Politik so weit wie möglich zu verrechtlichen. Nur in diesem *eingeschränkten* Sinn kann die Verfassungsgerichtsbarkeit ein erfolgreiches Mittel zur Verrechtlichung von Politik sein.

D. Funktionsbedingungen der Verfassungsgerichtsbarkeit

Auf der Staatsrechtslehrertagung in Wien 1928 hat *Kelsen* die Funktionsbedingungen der Verfassungsgerichtsbarkeit analysiert: Zunächst hätte an die Stelle der – oder neben die – präventiv und repressiv, also gegen die subjektive Sphäre der die Organfunktionen wahrnehmenden Menschen gerichteten Mittel der Verfassungskontrolle die von *Kelsen* sogenannte *sachliche Verfassungsgerichtsbarkeit* zu treten, die sich nicht mehr gegen Organe, sondern gegen *Rechtsakte* richtet. Zwar kann im Rahmen der verschiedenen Techniken der Verfassungsgerichtsbarkeit auf das traditionelle Element der „Ministeranklage" nicht verzichtet werden, doch werden Streitigkeiten über die Handhabung der Verfassung in *Prozesse über die Geltung von Rechtsakten* transformiert. Dazu muß freilich die Verfassung das Staatshandeln so strukturieren, daß es in Rechtsakten zum Ausdruck kommt, die auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft werden können. So „haften" nicht etwa die Abgeordneten für verfassungswidriges Handeln,

[12] Vgl *Walter*, Die Ausschaltung des Verfassungsgerichtshofes im Jahre 1933, in *Verfassungsgerichtshof der Republik Österreich* (Hrsg), Verfassungstag 1997 (1998) 9.

sondern das von ihnen erzeugte Gesetz wird als verfassungswidrig aufgehoben.[13]

Dazu muß eine zunehmende Determination des Handelns der Verfassungsorgane treten. Diese kann nicht nur durch (Verfassungs-)Gesetzgebung, sondern auch durch richterliche Rechtsschöpfung herbeigeführt werden. Letzteres kann freilich zur Konkurrenz mit dem politischen Rechtsetzer Parlament führen – ein Punkt, den schon *Schmitt* kritisch beleuchtet und der heute aktueller denn je ist. *Kelsen* zeigt, daß rechtstheoretisch zwischen „rechtlichen" und „politischen" Fragen nicht unterschieden werden kann; dies hängt mit der *janusköpfigen Natur des Prozesses der Rechtskonkretisierung* zusammen, worauf wir noch eingehen werden.[14]

E. Befehlsausgabe

Wenn in jenen Tagen *Carl Schmitt* die Ermächtigung des Reichspräsidenten nach Art 48 WRV analysierte und seine Vorstellungen der *„kommissarischen Diktatur"* in diese Konstruktion projizierte, blieb er noch auf dem Boden der Weimarer Reichsverfassung. Allerdings sollte mit der durch die Inanspruchnahme dieser Befugnisse hergestellten Rechtslage eine maximal weitgehende Entfernung von der WRV eintreten, wenn man diese – in einem positivistischen Verständnis und gegen *Schmitt* – als Summe verfassungsrechtlicher Regelungen auffaßte. Nimmt man die durch den Ausnahmezustand hergestellte Rechtslage in den Blick, so erkennt man sie gerade an den den *Kelsenschen* Funktionsbedingungen für die Verfassungsgerichtsbarkeit entgegengesetzten Elementen: Der Ausnahmezustand ist – verfassungstechnisch betrachtet – als Vorgang der „Vergröberung", der „Entrechtlichung" zu verstehen. Mit dem Abbau des Rechtes tritt in der Tat der unverhüllte Charakter von Politik als „Befehlsausgabe" zutage. Politische Konflikte werden durch Personalisierung verschärft.

Nun läßt sich eine formale Diktatur, die – im dialektischen Denken *Schmitts* – dazu da ist, das zu hüten, was sie im Begriff steht, abzuschaffen, auf die Dauer nicht halten. Mag die Verrechtlichung und Justizförmigkeit auch ihrerseits zu einer Verschiebung der Macht führen, stellt sich die Frage nach dem, was bleibt, wenn das Recht abgebaut wird. In seiner Denkbewegung folgerichtig wird für *Schmitt* in einem ersten Schritt der Raum frei für die Herrschaft zunächst formaler politischer Begriffe. Die

[13] Zu unterscheiden ist davon freilich die den Abgeordneten – bei freiem oder gebundenen Mandat – treffende politische Verantwortung gegenüber dem Wähler.

[14] Die rechtstheoretische Überlegenheit *Kelsens* gegenüber *Schmitt* zeichnet *Paulson*, Richterliche Gesetzesprüfung. Ein Aspekt der Auseinandersetzung zwischen Kelsen und Schmitt über den „Hüter der Verfassung", nach; vgl in *Carrino/Winkler* (Gesamtredaktion), Rechtserfahrung und Reine Rechtslehre (1995) 41.

mit beträchtlicher rhetorischer Schlagkraft eingeführten Begriffe der *„Dezision"*, des *„Freund/Feind-Verhältnisses"* etc sind zunächst nur leere Formen. Aufgefüllt werden sie in einem weiteren Schritt durch die Hereinnahme der entsprechenden werthaften Ideologien. Es bleibt die oft diskutierte Frage, ob *Schmitts* Zuwendung zu einem radikalen Nationalsozialismus nach 1933 Ausdruck des „formalen" Verständnisses war, die politischen Formen mit sich anbietenden Inhalten zu füllen, oder ob *Schmitt* darüber hinausgehend an die neuen Wertvorstellungen „wirklich" glaubte.[15]

F. Menschenbild

An diesem Punkt der Überlegungen ist die Frage zu streifen, von welchem „Menschenbild" oder von welcher „Anthropologie" *Kelsen* und *Schmitt* geleitet waren. Wie konnte *Kelsen* auf die Verfeinerung der Rechtstechnik setzen und was veranlaßte *Schmitt* dazu, die „Büchse der Pandora" zu öffnen?

Dazu sei hier nur folgendes gesagt: *Kelsen* vertritt letztlich eine *Zivilisationstheorie*, deren wesentliche Elemente die Zentralisation des Rechts, also der Aufbau des staatlichen Zwangsmonopols und die wachsende Affektbeherrschung des Menschen sind.[16]

Das Menschenbild *Schmitts* steht in der alten Tradition der „negativen" Anthropologie. Sie ist gekennzeichnet durch die Annahme der – unabänderlichen – „Wolfsnatur" des Menschen. Für einen Vertreter dieser Anschauung muß jede Formung des menschlichen Wesens im Laufe der Geschichte und auch jeder Prozeß der Verrechtlichung Täuschung und Selbsttäuschung bleiben.

Nach meiner Ansicht findet die Anthropologie *Schmitts* ein Muster – eine „Tiefengrammatik" – in der sehr alten und noch immer bei vielen Menschen bestehenden Auffassung, daß Krise und Krieg einen positiven Einfluß auf den Menschen haben. Die Tugend wächst im Kampf gegen einen gemeinsamen Feind und der Krieg ist notwendig, um den menschlichen Charakter zu festigen. In letzter Instanz steht eine Theorie – oder ein Muster – von „Zivilisation" einer *„Tugendlehre"* gegenüber.[17]

[15] Eine Frage, die oft gestellt wird – vgl etwa *Graf Ballerstrem*, Carl Schmitt und der Nationalsozialismus. Eine Problem der Theorie oder des Charakters? in Buchheim-FS (1992) 115.

[16] Eine soweit ähnliche Theorie hat etwa zeitgleich *Elias* entwickelt – vgl näher *Jabloner*, Menschenbild und Friedenssicherung, in *Walter/Jabloner* (Hrsg), Hans Kelsens Wege sozialphilosophischer Forschung (1997) 57.

[17] Vgl in diesem Zusammenhang die interessanten Reflexionen über *Schmitt* von *Brock* in: Die Re-dekade (FN 3) 139. Freilich war *Brock* mit seinem Glauben im Unrecht, die

III. Verrechtlichung und Rechtsdynamik

A. Erfolg der Verfassungsgerichtsbarkeit

Ein Anhänger *Kelsens* kann darauf hinweisen, daß das Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit nach dem II. Weltkrieg in vielen Rechtsordnungen erfolgreich verwirklicht wurde. Gerade in Deutschland hat das Bundesverfassungsgericht eine ganz überragende Stellung erlangt und selbst in Frankreich ist es zur Einrichtung eines Verfassungsgerichts mit der Kompetenz zur Gesetzesprüfung gekommen. Dabei darf aber folgendes nicht übersehen werden: Während wir es in der Diskussion um den „Hüter der Verfassung" noch mit Problemen der Staatsorganisation zu tun haben – oder dramatischer formuliert: mit der Frage, wie sich Staatsstreich und Bürgerkrieg vermeiden ließen –, ist nach 1945 der Aspekt des Grundrechtsschutzes des Einzelnen gegenüber dem auch in Formen der Gesetzgebung handelnden Staat in den Vordergrund getreten. Man kann sagen, daß die Verfassungsgerichtsbarkeit besonders wirksam ist, wo ihre eine auf den Grundrechtsschutz des Einzelnen bezogene Wurzel mit dem *Kelsen*schen System der Normprüfung, in dem das *Verfassungsgericht als „negativer Gesetzgeber"* fungiert,[18] in Verbindung tritt.

Allerdings beweist der Erfolg der Verfassungsgerichtsbarkeit allein noch nicht die Schlüssigkeit des von *Kelsen* vertretenen Konzeptes. Schließlich könnte es sich um ein Mißverständnis oder um eine zufällige Entwicklung handeln, oder es beruht der Erfolg der Verfassungsgerichtsbarkeit gerade darauf, daß *Kelsen* hier Thesen vertreten hat, die mit der Reine Rechtslehre nicht vereinbar sind.

B. Kritik am Modell *Kelsens*

In der letzten Zeit ist auch die literarische Diskussion über die Verfassungsgerichtsbarkeit, soweit sie an der Debatte von 1931 anknüpft, wieder in Gang gekommen: *Michel Troper* meint, daß ein konsequent zu Ende gedachter Rechtspositivismus eine Verfassungsgerichtsbarkeit nicht zuließe.[19] *David Dyzenhaus* wiederum vertritt die These, *Kelsens* Rechtspositivismus habe sein Konzept der Verfassungsgerichtsbarkeit entscheidend geschwächt.[20]

Anziehungskraft von *Schmitt* würde mit dem Ende des West/Ost-Konflikts verschwinden: Das Fehlen eines Feindes scheint die Glut eher noch anzufachen.

[18] Vgl *Kelsen* (FN 1) 1894.

[19] *Troper*, Kelsen und die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit, in *Carrino/Winkler* (Gesamtredaktion), Rechtserfahrung und Reine Rechtslehre (1995) 15.

[20] *Dyzenhaus*, Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar (1997) 103.

Ohne auf sämtliche Aspekte einzugehen, sollen doch zwei Punkte der Kritik näher beleuchtet werden:

a) Mit der Verfassungsgerichtsbarkeit ziele *Kelsen* auf eine bestimmte Gestaltung des Verfassungsrechts ab. Damit betreibe er im Gegensatz zum Postulat einer „reinen" Rechtswissenschaft Rechtspolitik.[21] Oder anders gewendet: Die reine Rechtslehre sei gar nicht rein, sondern richtig verstanden „as the account of law appropriate to the proper functioning of parlamentary democracy".[22]

Nun ist einzuräumen daß *Kelsen* in seinem Aufsatz von 1931 rechtsdogmatische, rechtstheoretische und rechtspolitische Fragen in einer ungewöhnlich verdichteten Weise, quasi auf engstem Raum behandelt. Aber die Ebene der Argumentation wird stets deutlich gemacht. Der Eindruck einer Verquickung mag daraus entstehen, daß *Kelsen* ganz im Sinn der Reinen Rechtslehre rechtstheoretische Struktureinsichten für rechtstechnische Zwecke nutzbar macht: Es ist eine Sache, daß eine Verfassungsgerichtsbarkeit nicht an dem Argument scheitern muß, daß „politische" Fragen nicht zu Rechtsfragen umgeformt werden könnten, und eine andere Sache, eine Verfassungsgerichtsbarkeit de lege ferenda vorzuschlagen.[23] Freilich besteht hier ein Zusammenhang und macht die Reine Rechtslehre, indem scheinbar juristische Einwände als ideologische, weil interessenabhängige enthüllt werden, den Weg frei für die Rechtsgestaltung. Rechtspolitik bedeutet bei *Kelsen* ja im wesentlichen Rechtstechnik, Ausdifferenzierung des Rechtssystems. *Aber diese Nutzung von Synergieeffekten ist kein Methodensynkretismus.*

b) Der zweite Einwand zielt auf folgendes: Dem Verfassungsgericht – als einem Grenzorgan – werde die Zuständigkeit übertragen, die Verfassung frei zu interpretieren. Jedes Verfassungsgericht – so *Troper*[24] – könnte jede Verfassung so interpretieren, daß die eigene Kompetenz ausgedehnt werde; eine Bindung des Verfassungsgerichtes sei, da die Interpretation nicht vollständig determiniert werden könnte, strukturell unmöglich. Ein Verfassungsgericht würde damit letztlich – im juristischen Gewand – eine in einer Demokratie unerträgliche Macht erhalten. Im Grunde um dieselbe Problematik kreisend, aber mit umgekehrter Tendenz, wirft *Dyzenhaus* mit Blick auf die weit gezogenen Kompetenzen des Reichspräsidenten *Kelsen* vor, auf der Grundlage seiner Theorie könnte nicht zwischen

[21] *Troper* (FN 19) 13 („dem Ideal von der Reinheit der Lehre entgegengesetzt"), in der Folge aber differenzierend.

[22] *Dyzenhaus*, Legality 148.

[23] Vgl *Paulson* (FN 14) 57.

[24] *Troper* (FN 19) 35.

verfassungsmäßigen und nichtverfassungsmäßigen Akten unterschieden werden. Der Ermächtigungszusammenhang liefe auf das leere Paradoxon hinaus, „that it is law that constrains law", also daß die Rechtsform schon die Rechtmäßigkeit erzwinge. Da es kein Kriterium gäbe, an dem das positive Recht gemessen werden könne, müsse *Kelsen* „permit Satan to subvert the system from within".[25]

Beide Kritiker knüpfen also am Umstand an, daß nach *Kelsen* die Rechtsentwicklung – und zwar sowohl einerseits der Prüfungsgegenstände des Verfassungsgerichtes als auch andererseits der Verfassungsgerichtsbarkeit selbst – dezisive, also politische Elemente enthielten, die mit dem Gedanken der Verrechtlichung in einen Widerspruch gerieten. *Troper* zieht daraus die „positivistische" Konsequenz der Unmöglichkeit einer Verfassungsgerichtsbarkeit, *Dyzenhaus* die „normativistische" Konsequenz, die Verfassungsgerichtsbarkeit sei nur durch die Hereinnahme extrapositiver Maßstäbe, etwa natürlicher Grundrechte, zu retten.

C. Rechtspolitik gegen Rechtstheorie?

Was immer man nun den Kritikern im Detail entgegenhalten kann – werden wir nicht auf eine in der Tat bestehende Spannung in der Gesamtkonzeption *Kelsens* hingewiesen, die auch zu den einleitend verworfenen Fehleinschätzungen beiträgt? Wie verhält sich die rechtspolitische Idee der Verrechtlichung dazu, daß *Kelsen* als Rechtstheoretiker das herkömmliche juristische Denken so scharf kritisiert? Dazu kommt, daß *Kelsen* im Laufe seines Denkens beide Tendenzen ausbaut, ja radikalisiert: Einerseits wird das Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit auf der völkerrechtlichen Ebene weiterentwickelt. Zur Garantie von Frieden und kollektiver Sicherheit entwickelt *Kelsen* den Gedanken der *obligatorischen Völkergerichtsbarkeit*.[26] Andererseits wird die Skepsis gegenüber der materiellen Selbststeuerung des Rechts, gegenüber der Erkennbarkeit des Rechts, immer ausgeprägter: Im Spätwerk wird mit der These *„Kein Imperativ ohne Imperator"* der juristischen Subsumtionstätigkeit scheinbar der Boden entzogen.[27] Die Reine Rechtslehre bekämpft ja gerade den Anspruch der Juristen, Probleme der Rechtsanwendung allein durch intellektuelle, spezifisch juristische Operationen lösen zu können.[28] Im Gegensatz zu

[25] *Dyzenhaus*, Legality 149, 157.

[26] *Kelsen* hat diesen Gedanken in mehreren Publikationen aus den Dreißiger- und Vierzigerjahren vertreten, vgl zB The strategy of peace, The American Journal of Sociology XLIX/5 (1944) 381 (386).

[27] Vgl *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen (1979) 23.

[28] Vgl *Dreier* (FN 2) 151.

diesem Minimalismus läuft aber andererseits das Projekt der „Verrechtlichung" – und hier insbesondere der Einsatz von Gerichten an den Schlüsselstellen der Vollziehung des Völkerrechts und des Verfassungsrechts – anscheinend darauf hinaus, gerade dieses traditionelle juristische Denken vorauszusetzen oder sogar zu fördern.

D. Das doppelte Rechtsantlitz

Hier muß nun genauer die *„Rechtsdynamik"* in den Blick genommen werden: Die Reine Rechtslehre unterscheidet zwischen einer *„statischen" und einer „dynamischen" Rechtsbetrachtung*.[29] Letztere ist entscheidend von *Adolf Julius Merkl* in berühmten Aufsätzen von 1917 und 1918 entwickelt worden,[30] ihre Bedeutung für die Reine Rechtslehre kann nicht hoch genug veranschlagt werden. In der statischen Perspektive bilden – wie in einer Momentaufnahme – die jeweils erzeugten Rechtsvorschriften aller Stufen den Gegenstand der Betrachtung. In der Rechtsdynamik wird hingegen der Akzent auf die Erzeugung des Rechts gelegt. Die Entwicklung des Rechts unterliegt selbst der rechtlichen Regelung. Rechtliche Ermächtigungen übertragen Menschen Kompetenzen zur Rechtserzeugung und engen dabei die Rechtserzeugung regelmäßig durch Verfahrensregelungen und inhaltliche Determinanten ein. Dieser Ermächtigungszusammenhang ist es, den wir zunächst als „Stufenbau der Rechtsordnung" bezeichnen; seine Erkennntnis bildet ein tragendes Element der Reinen Rechtslehre.

Das von *Merkl* geprägte Bild vom *„doppelten Rechtsantlitz"* trifft das Wesen der Rechtsdynamik genau: Bevor neues Recht erzeugt werden kann, muß die Rechtserzeugungsregel angewendet und zuvor interpretiert werden. Sie wird angewendet und damit vollzogen. Da die Determination niemals eine vollständige sein kann, bleibt ein Element der autonomen Rechtserzeugung durch das rechtsetzende Organ. Diese Struktureinsicht steht in einer engen Verbindung mit dem Standpunkt der Reinen Rechtslehre zur Interpretationsfrage: Wird Recht einer niedrigeren Stufe erzeugt, so ist in der Gedankenbewegung des das Recht konkretisierenden Organs zwischen einem Bereich der Ausübung einer Erkenntnisfunktion und einem Bereich der Ausübung einer Willensfunktion zu unterscheiden. Wesentlich ist nun zunächst, daß eine rechtstheoretisch exakte Antwort, wo die Grenzlinie verläuft, nicht zu geben ist. Sieht man in der

[29] Vgl *Kelsen* (FN 2) 196.

[30] Vgl *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz (Nachdruck von 1918) und *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung (Nachdruck von 1917), beide in *Klecatsky* ua (Hrsg) Die Wiener rechtstheoretische Schule I (1968) 1091; 1167.

Abgrenzung der Funktionen den Niederschlag einer Verteilung von Kompetenzen,[31] so kommt es auf die Interpretation der positiven Rechtsordnung an. Da auch hier wiederum die entsprechenden Abgrenzungen vorzunehmen sind, kann auch auf der Basis der positiven Rechtsordnung die Grenzziehung nicht endgültig gelingen.

Sieht man das „doppelte Rechtsantlitz" als *Strukturmsymbol der Rechtsdynamik*, dann wird deutlich, daß der Prozeß der Verrechtlichung nicht weiter reichen kann als das Recht, eine vollständige Verrechtlichung der Politik daher nicht möglich ist. Aus rechtlicher Sicht ist somit Politik das, was bleibt, wenn die Rechtserkenntnis ihre Grenze erreicht. Hier wird auch deutlich, daß der Prozeß der Verrechtlichung gleichsam zwischen Skylla und Charybdis segelt: Wird der Aspekt der Rechtserzeugung überbetont, so droht die Gefahr eines Dezisionismus, mit dem wir aus dem Recht gleichsam hinausfallen, einer *„Ideologie der Politik"*, die *Carl Schmitt* recht zu geben droht; wird der Aspekt der Rechtserkenntnis überbetont, so droht die *„Ideologie des Rechts"* mit der Verschleierung der Machtausübung hinter den traditionellen juristischen Formeln. *Gerade im Versuch, hier eine Balance zu halten, liegt das Spezifische der Position Kelsens.*[32, 33]

E. Formung des Rechts

Dieses Spannungsverhältnis ist schon *Kelsen* und dann vielen Vertretern der Reinen Rechtslehre bewußt gewesen. Eine Konsequenz ist die rechtspolitische Forderung, gerichtliche Entscheidungen soweit wie möglich zu determinieren. So fordert *Kelsen* in einer oft zitierten Stelle seiner Abhandlung aus 1928 als Funktionsbedingung der Verfassungsgerichtsbarkeit eine Gestaltung des Verfassungsrechts, die von „positiviertem Naturrecht" Abstand nimmt.[34] Nun ist freilich eine Rechtsgestaltung, die durch die – zumindest relative – Schärfung des politischen Willens zur Klärung der Sphären beiträgt, nicht immer durchsetzbar: Häufig ist das politische System gerade darin überfordert, Entscheidungen zu treffen. Hinter der Delegation an Gerichte kann sogar die Strategie stehen, daß durch freie Rechtsfortbildung der politische Charakter soweit wie möglich nicht wahrgenommen wird, und zwar auch nicht in der Innenperspektive der agierenden Richter. Dies ist etwa beim EuGH der Fall. Weiters führt der Weg der Determination der Gerichte durch generelle Rechtsetzung zur allseits verpönten „Normenflut" und „Überreglementierung". Diese aktuellen Entwicklungsmomente lassen für die Gerichtsbarkeit hinkünftig sogar noch eine Bedeutungsteigerung erwarten.[35]

Man sollte auch nicht übersehen, daß wir es bei den Konzepten *Kelsens* zur Verfassungs- und Völkergerichtsbarkeit nicht mit einer Verrechtlichung in einem bloß formellen Sinn zu tun haben, also damit, daß im Zuge der Rechtsdynamik Organe eingesetzt sind, die zwar Rechtsakte erzeugen, der dorthin führende Prozeß aber nicht „rechtlich", sondern „politisch" gedeutet wird, und zwar sowohl aus der Perspektive der agierenden Organe als auch in der externen Wahrnehmung. Anders wäre *Kelsens* Einsatz für einen Völkergerichtshof und gegen ein „politisches" Organ an der Spitze der Völkergemeinschaft – wie es mit dem UN-Sicherheitsrat 1945 schließlich eingerichtet wurde – nicht zu erklären. *Kelsen* meint mit Verrechtlichung: *„Vergerichtlichung"*.[36]

Ein traditionelles rechtstechnisches Mittel zum Abbau der Spannung von Rechtserzeugung und Rechtsvollziehung sind in einer gegebenen Rechtsordnung eingeräumte implizite oder explizite Ermessensräume.[37] Sie haben den Sinn, gegenüber der gerichtlichen Nachprüfung Grenzen zu sichern. Die Erfahrung zeigt aber, daß Gerichte dazu tendieren, solche Räume durch juristische Konstruktionen zu verengen: In Österreich

[31] So *Lippold* in seiner noch unveröffentlichten, demnächst in der Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts erscheinenden Schrift „Recht und Ordnung" (vgl 339 im gebundenen Manuskript).

[32] Damit ist auch klargestellt, daß der kritische Rechtspositivismus der Wiener Schule keineswegs ein deduktiver „Subsumtionspositivismus" ist. Bisweilen zeigt *Kelsen* im Diskussionsrahmen der Zwanzigerjahre sogar eine Nähe zur „Freirechtsschule" – vgl Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre, Juristische Wochenschrift, 58. Jg (1929) 1723.

[33] Im Sinne der Diskussion mit *Sluga*, der bei dem zum Titel zit Symposion zum Thema „Regel und Entscheidung" referiert hat, wäre auch folgende Überlegung festzuhalten: Meines Erachtens bleibt auch nach einer „regelskeptischen Dekonstruktion" des Rechtsanwendungsprozesses nicht etwa die *Schmitt*'sche Entscheidung als existentielle Tatsache gleichsam „über". Vielmehr ist auch die Kategorie der „Entscheidung" in einen Zurechnungszusammenhang zu stellen – vgl dazu *Luhmann*, Die Paradoxie des Entscheidens, Verwaltungs-Archiv LXXXIV/3, 287. Jedenfalls im juristischen Kontext wird vor jeder Entscheidung eine Regel vorgefunden, die „angewendet" oder eben gebrochen wird. So gesehen läuft aber eine a posteriori erfolgende Deutung des politischen Prozesses als Folge von willensathletischen „Entscheidungen" – ohne Element der Regelanwendung – auf eine bloße Ideologie, sozusagen auf eine „Stilisierung" des Geschehens hinaus. Damit sei zum Ausdruck gebracht, daß mit der Kritik an der Regelanwendung zugleich auch eine Kritik am Element der Entscheidung zu verknüpfen wäre: Es sind quasi zwei Seiten einer Medaille, ein Januskopf auch auf dieser Abstraktionsstufe.

[34] Vgl *Kelsen* (FN 6) 70.

[35] Zu allgemeinen Entwicklungslinien vgl *Kucsko-Stadlmayer*, Die zukünftige Bedeutung der Staatsfunktion Gerichtsbarkeit für die Rechtsetzung, in *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), Rechtspolitik der Zukunft – Zukunft der Rechtspolitik (1999) 121.

[36] Vgl etwa die in FN 26 zit Schrift *Kelsens*.

[37] „Ermessen" ist im gegebenen Zusammenhang in einem weiteren, rechtstheoretischen Sinn zu verstehen, mithin als die sich bei der Konkretisierung des Rechts eröffnenden Entscheidungsressourcen.

lassen sich dafür Beispiele in der Judikatur des VwGH gegenüber dem Verwaltungsermessen oder des VfGH gegenüber dem „rechtspolitischen Spielraum" des Gesetzgebers finden.[38]

F. Der Preis der Verrechtlichung

Letztlich scheint die in Rede stehende Problematik auf eine fast trivial anmutende rechtssoziologische Regelmäßigkeit zurückführbar zu sein: Wird von einer Rechtsordnung ein Organ zur Rechtsetzung ermächtigt, an das spezifisch fachliche Anforderungen gestellt werden, zB eine hohe juristische Qualifikation, und/oder wird ein solches Organ als Gericht organisiert, so ist damit die Erwartung verbunden, dieses Organ möge in einem möglichst weiten Maß Erkenntnisfunktionen ausüben. Man will von einem solchen Organ nicht die Antwort bekommen, man habe eine politische Entscheidung getroffen. Auch im Selbstverständnis eines solchen Organs wird die Tendenz vorherrschen, entweder durch entsprechende Methodenwahl den Bereich der Erkenntnis- gegenüber dem Bereich der Willensfunktion zu vergrößern oder allenfalls auch zu verhüllen. Solche juristische Operationen zur Ausweitung der Erkenntnisfunktion bringen aber genau jene Elemente ins Spiel, die die Reine Rechtslehre verbannen will, also insbesondere naturrechtliche Wertungen oder naturalistische Fehlschlüsse. Es wird die Tendenz herrschen, das notwendigerweise widersprüchliche und lückenhafte positive Recht „zu verbessern" und anzureichern. Genau das ist etwa der Fall, wenn etwa ein Verfassungsgericht durch juristische Konstruktionen – Sachlichkeit, Verhältnismäßigkeit etc – Vorgänge politischer Wertung und Entscheidungen „verhüllt".

Meiner Einschätzung nach ist all dies bei realistischer Betrachtung bis zu einem bestimmten Grad in Kauf zu nehmen: Verrechtlichung ist eben nur um den Preis der Steigerung von Rechtsideologie zu erreichen. Wer ein Gericht – besonders ein Verfassungsgericht – einsetzt, muß eben diese Konsequenz gewärtigen.

G. Funktion der Rechtswissenschaft

Gehen wir zum Grundanliegen der Reinen Rechtslehre zurück, zur Frage, unter welchen Bedingungen Rechtswissenschaft möglich ist und worin

[38] Zur stetigen Umwandlung von „Entscheidungskomponenten in Erkenntnisanteile" durch die „gerichtliche Intellektualisierung des Rechtsanwendungsprozesses" am Beispiel der zunehmenden Kontrolldichte der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit vgl die scharfsinnigen Darlegungen von *Franßen*, 50 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, Deutsches Verwaltungsblatt Heft 9 (1998) 413 (417).

ihre Funktion im Systemzusammenhang des Rechts liegt. Wenn wir in Betracht ziehen, daß Verrechtlichung mit der „unerwünschten Nebenwirkung" einer stetigen Zunahme von Rechtsideologie verbunden ist, so bleiben der Rechtswissenschaft meiner Einschätzung nach drei Wege:

Man kann die Konsequenz ziehen, daß eine radikal positivistische Rechtswissenschaft sich der Kritik an der Rechtsentwicklung – insbesondere durch Gerichte – zu enthalten hat, weil es sich ja jeweils um die Erzeugung von positivem Recht handelt:[39] eine solche Rechtswissenschaft würde sich in die Richtung der *„realistischen"* Rechtswissenschaft bewegen. Eine solche Rechtswissenschaft ist positivistisch, aber nicht mehr normativ. Sie beschränkte sich auf die Perspektive des Advokaten, der Judikatur sucht, um einen Prozeß zu gewinnen. Seine Ausbildung müßte nicht mehr auf der Universität erfolgen, sondern es würden Fachhochschulen reichen. Eine andere Möglichkeit liegt darin, daß sich die Rechtswissenschaft mehr und mehr als *Hilfsdienst und Legitimationsverstärkung der Rechtsanwendung* versteht. Entscheidungen werden rechtswissenschaftlich überhöht, Judikaturlinien herausgearbeitet, künftige Entscheidungen vorbereitet, die Judikatur wie mit dem Silberstift nachgezeichnet. Dieser Weg wird in Deutschland und auch Österreich bisweilen beschritten, kann aber zu einer Verquickung von Rechtswissenschaft und Rechtsanwendung und zu einem fragwürdigen System der Selbstreferenz und wechselseitigen Bestätigung führen, in dem mit verteilten Rollen die Rechtspolitik am demokratisch legitimierten Rechtssetzer vorbei geführt wird.

Nach meinem Dafürhalten hat eine positivistische Rechtswissenschaft vor allem die Aufgabe, die Grenzlinie zwischen Erkenntnis- und Willensfunktion jeweils kritisch nachzuziehen und zu zeigen, daß das Gericht diese Linie an einer anderen Stelle überschritten habe, als es dies vorgibt. *Reine Rechtslehre bedeutet so gesehen permanente Ideologiekritik, dauernde Kritik des tatsächlichen juristischen Geschehens und nicht dessen Affirmation.* Dafür kann die auf dem Boden der Reinen Rechtslehre in Entwicklung stehende Interpretationstheorie einiges beitragen.[40] Freilich darf man sich davon nicht zu viel erwarten, weil eine letzte erkenntnistheoretische Sicherheit in Auslegungsfragen nicht zu gewinnen ist: Nicht grundlos nahm *Kelsen* in Interpretationsfragen eine äußerst zurückhaltende Position ein.

[39] Die Rechtordnung als Summe „authentischer Interpretationen" im Sinne *Tropers* (FN 19) 37.

[40] Vgl grundlegend *Walter*, Das Auslegungsproblem im Lichte der Reinen Rechtslehre, in Klug-FS I (1983) 187.

IV. Schluß

Zum Schluß: Das Thema „Recht und Politik" kann schwerlich befriedigend abgehandelt werden. Der Autor hat seine Aufgabe nicht darin gesehen, Lösungen anzubieten, sondern auf bestimmte Problemfelder hinzuweisen und Spannungen deutlich zu machen. Besonders ging es darum, zu zeigen, daß wir *Hans Kelsen* und *Adolf Julius Merkl* nicht nur rechtstheoretische Erkenntnisse, sondern auch tiefe Einsichten in das Verhältnis von Recht und Politik verdanken.

Summary

Starting point of the essay is the famous controversy between *Hans Kelsen* and *Carl Schmitt* on who should be "guardian of the constitution". An attempt is made to describe the paradigms underlying their respective concepts of constitutional guarantees. *Schmitt's* doctrine of the "Ausnahmezustand", aiming at a deliberate aggravation of existing (constitutional) conflicts is opposed to *Kelsen's* idea of a gradual "juridification" of politics.

The essay then examines whether *Kelsen's* concept of "juridification" which belongs to the sphere of legal policy is compatible with his analysis of "Rechtsdynamik", a main element of critical legal positivism. On the one hand *Kelsen* lays hopes on the solution of conflicts by legal means, especially at the keypoints of international law and constitutional law, on the other hand his emphasis on epistemological limits of legal science implies that any "ideology of law", a byproduct of "juridification", has to be confronted. Thus, the essay returns to the fundamental object of the Pure Theory of Law, i.e. to clarify the possibilities and limits of legal science.

Korrespondenz: a.o. Univ.-Prof. Dr. Clemens Jabloner, Präsident des Verwaltungsgerichtshofes, Judenplatz 11, A-1010 Wien.

ZÖR
54 (1999), 279–281

Zeitschrift für
öffentliches Recht

© Springer-Verlag 1999
Printed in Austria

In memoriam

Edwin Loebenstein

10. Mai 1911 – 27. August 1998

Edwin Loebenstein, überragende *Gestalt* und überragender *Gestalter* österreichischen Rechtslebens der Zweiten Republik, ist in seinem 88. Lebensjahr am 27. August 1998 gestorben.

Seine Wirkkraft war *immens* und *unvergleichlich*. Glücklich trafen Persönlichkeit, Amt und in der tausendjährigen österreichischen Geschichte wieder einmal eine „Stunde Null" zueinander. Nach vorbildlichen Schul- und Universitätsleistungen zunächst in der Finanzprokuratur, dann schon im Bundeskanzleramt, vom NS-Regime daraus verdrängt, übernahm er als 34jähriger 1945, als Österreich aus den Trümmern des niedergekämpften Dritten Deutschen Reiches wieder auftauchte, die Leitung des *Verfassungsdienstes* im Bundeskanzleramt. Das bedeutete für ihn von allem Anfang an, als Verfassungs*wissen* und Verfassungs*gewissen* der Republik zu fungieren. 28 Jahre lang durch neun parlamentarische Gesetzgebungsperioden – seit 1951 in Unmittelbarkeit zu fünf Chefs von dreizehn verschiedenst zusammengesetzten Bundesregierungen, seit 1957 auch als Sektionschef – prägte er bis zu seiner Ernennung zum *Präsidenten des Verwaltungsgerichtshofes* (1973–1979) den *Verfassungsdienst* zu einer einzigartigen Institution: zu einem rastlos tätigen, die Grundprinzipien moderner Volks- und Rechtsstaatlichkeit in aller Welt reflektierenden und sie in sämtliche Teile der Rechtsordnung präzise hineinfordernden juristischen Laboratorium wissenschaftlichen Ranges. Riesenhaft waren die verfassungsrechtlich zu bewältigenden Problemlasten: Wiederaufbau der Zweiten Republik, zehnjähriges alliiertes Besatzungsregime, Ringen um den schließlich zustandegekommenen Staatsvertrag 1955, Entfaltung und systematische Reform der schon in der Ersten Republik gescheiterten, von der Zweiten Republik übernommenen Staatsverfassung.