

WIE ZEITGEMÄSS IST DIE REINE RECHTSLEHRE?

Von Clemens Jabloner, Wien*

I.

In Berlin über *Hans Kelsen* und die Reine Rechtslehre sprechen zu können, freut mich ganz besonders. Mit Berlin verband Kelsen ein Studienaufenthalt bei *Gerhard Anschütz*¹ und – in gewissem Sinn – die Kontroverse mit dem Ordinarius an der Friedrich-Wilhelms-Universität Berlin *Heinrich Triepel* auf der Staatsrechtslehrertagung 1928 in Wien, als Kelsen gegen die geschlossene deutsche Lehre für die Verfassungsgerichtsbarkeit eintrat.² Zudem wirkte Kelsen etwas mehr als zwei Jahre an der Universität Köln als deutscher Ordinarius und somit auch Staatsbürger – von November 1930 bis zur Machtergreifung der Nationalsozialisten 1933.³ Auch gab es in der Zwischenkriegszeit zwischen deutschen und österreichischen Gelehrten intensivere Diskussionen als heute; als Bühne dafür dienten vor allem die schon angesprochenen legendären Staatsrechtslehrertagungen der zwanziger Jahre.

Kelsen kehrte nach 1945 weder nach Deutschland noch nach Österreich zurück. Seine Fortwirkung in beiden Ländern gestaltete sich indes- sen durchaus unterschiedlich: In Österreich wurde im wesentlichen die von Kelsen maßgeblich mitgestaltete Verfassung der Ersten Republik wieder in Geltung gesetzt, und mit ihr lebte auch die Verfassungslehre der Ersten Republik wieder auf. Auch waren nach 1945 belastete Ordina- rianen auf prominenten öffentlich-rechtlichen Lehrkanzeln kaum zu finden⁴ und gaben die in das Wiener Lehramt zurückgekehrten Rechts-

* Vortrag an der Humboldt-Universität Berlin am 25. Juni 1997. Die Vortrags- form wurde beibehalten, einige Fußnoten hinzugefügt.

¹ Vgl. *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 1911, S. XIII.

² Vgl. *VVDStRL*, Heft 5 (1929).

³ Vgl. näher *Metal*, Hans Kelsen. Leben und Werk (1969), S. 57 und *H. Dreier*, Hans Kelsen (1881 - 1973). „Jurist des Jahrhunderts“? In: *Heinrichs/Franzki/ Schmalz/Stolleis* (Hrsg.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, 1993, S. 705, 715.

⁴ Vgl. auch *Funk*, Die österreichische Staats(rechts)lehre in der nationalsoziali- stischen Ära, in: *U. Davy u. a.* (Hrsg.), *Nationalsozialismus und Recht. Rechtsset- zung und Rechtswissenschaft in Österreich unter der Herrschaft des Nationalso- zialismus*, 1990, S. 388.

positivisten *Adamovich* und *Merkel* wieder den Ton an. Es bestanden somit keine äußeren Anlässe zu einem ostentativen Paradigmenwechsel weg vom Rechtspositivismus. Zwar gab es auch in Österreich so etwas wie eine „Renaissance der Naturrechtslehre“, doch lief diese – soweit es die Rechtstheorie und das öffentliche Recht betraf – bezeichnenderweise zum Teil unter dem Titel einer Diskussion um eine zeitgemäße Deutung der Reinen Rechtslehre ab.⁵ Bis heute erfolgt freilich die Differenzierung der österreichischen Lehre an ihrer Stellungnahme zu Kelsen: Man ist letztlich ein Vertreter oder ein Gegner der Reinen Rechtslehre.

Markant anders verlief die Entwicklung in Deutschland: Mit dem Grundgesetz setzte auch – zwar keineswegs voraussetzungslos, aber doch deutlich diskontinuierlich – eine neue Entwicklung der Verfassungsrechtslehre ein. Zugleich meinte man gerade die Positivisten für den totalitären Gewaltstaat verantwortlich machen zu können. Der Rechtspositivismus überhaupt – und mit ihm auch der „kritische Rechtspositivismus“⁶ der Reinen Rechtslehre – verfielen fast der Verdammung.⁷ Nun ist auch der etwas subtilere Vorwurf, nicht die Rechtspositivisten, wohl aber die von ihnen vertretene Lehre hätten den „Unrechtsstaat“ ermöglicht, durch vielfache Forschungen schon längst widerlegt. Abgesehen davon, daß die Reine Rechtslehre das positive Recht nicht legitimiert (vgl. später II.), wurde klar herausgearbeitet, daß die juristische Durchsetzung des Nationalsozialismus weithin über spezifische naturrechtliche Formeln erfolgte.⁸ Dennoch findet sich noch in einem deutschen Lehrbuch des Jahres 1996 die in jeder Beziehung falsche Aussage: „Kein Wunder, daß die ‚Reine Rechtslehre‘ Kelsens von den Nationalsozialisten als Legitimation ihres völkischen Rechts herangezogen und mißbraucht wurde“.⁹

Meine folgenden Ausführungen tragen einen Kompromißcharakter: Einerseits schulde ich Ihnen, die Sie ja überwiegend Hörer des rechtstheoretischen Seminars sind, eine zumindest grobe Einführung in die Grundpositionen der Reinen Rechtslehre (II.). Andererseits soll ein Vortrag und keine Vorlesung gehalten sein, ich werde also versuchen, eine

⁵ Vgl. nur *Verdroß*, Zum Problem der völkerrechtlichen Grundnorm, Nachdruck in: *Klecatsky u. a.* (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, 1968, Bd. 2, S. 2203.

⁶ Zur Begriffsbildung vgl. unten II.

⁷ In einem historisch merkwürdigen Vorgang blieben zwar einerseits prominente Juristen des Dritten Reiches weiter in Amt und Würden, wurden aber gerade die Rechtspositivisten, die vielfach in Opposition zum Regime gestanden hatten, für den „Unrechtsstaat“ verantwortlich gemacht.

⁸ Vgl. etwa *Franssen*, Positivismus als juristische Strategie, in: *JZ* 1969, S. 766; *Rüthers*, *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, 2. Aufl. 1989; *H. Dreier*, *Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis?* In: *FS Walter*, 1991, S. 117; *Stolleis*, *Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus*, 1994, S. 23.

⁹ So *Schwintowski*, *Recht und Gerechtigkeit*, 1996, S. 34.

kritische These zur gegenwärtigen Rezeption Kelsens zu entwickeln (III.). Zum Abschluß möchte ich Ihnen an einigen Beispielen den Denkstil der Reinen Rechtslehre demonstrieren (IV.).

II.

Bereits in seiner Habilitationsschrift *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* von 1911 war es das Anliegen Kelsens, die Probleme der Staatslehre unter Anwendung *ausschließlich juristischer Methoden* zu lösen. Diesem wissenschaftlichen Grundanliegen stets treu bleibend, nahm Kelsen den Entwurf einer Gesamtdarstellung seiner Lehre immer wieder auf: Der Bogen spannt sich von den bereits erwähnten „Hauptproblemen“ zur *Allgemeinen Staatslehre* (1925), der ersten Auflage der *Reinen Rechtslehre* (1934), der *General Theory of Law and State* (1945), der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* (1960) zur posthum erschienenen *Allgemeinen Theorie der Normen* (1979).

Zur Reinen Rechtslehre in diesem weiteren Sinn – oder besser: zur *Wiener Schule des kritischen Rechtspositivismus* – haben auch andere Gelehrte maßgebend beigetragen, vor allem *Adolf J. Merkl* und *Robert Walter*. Andere sind der Reinen Rechtslehre nahestanden, wie *Franz Weyr* und die „Brünner Schule“.

Die Reine Rechtslehre kann hier nur ganz grob skizziert werden¹⁰:

1. Ihr Angelpunkt ist die Beschreibung des Rechts als einer *spezifischen Sozialtechnik, die in der Steuerung menschlichen Verhaltens mittels Zwanges* besteht.
2. Dabei ist die Reine Rechtslehre eine *normativistische* Theorie: Sie faßt ihren Gegenstand, das positive Recht, als Sollensordnung auf. Die Rechtsordnung wird als System von Rechtsnormen, nicht als Gefüge von sozialen Tatsachen beschrieben. Nur diese normative Deutung wird dem immanenten Sinn des Rechts, seinem Geltungsanspruch, gerecht. Die Reine Rechtslehre steht damit im Gegensatz zu jenen rechtssoziologischen Auffassungen, die die Möglichkeit einer normativen (rechtsdogmatischen) Rechtswissenschaft bestreiten.
3. Die Reine Rechtslehre ist eine *positivistische* Theorie: Rechtsnormen werden als der Sinn menschlicher Willensakte beschrieben, womit

¹⁰ Wichtigste Quelle: *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960 (in der Folge zit. als „Reine Rechtslehre“). Aus der Sekundärliteratur sei hier nur auf die integrale Darstellung des Gesamtwerkes von Kelsen von *H. Dreier*; *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie* bei Hans Kelsen, 2. Aufl. 1990, und für eine Einführung auf *Walter*; *Der gegenwärtige Stand der Reinen Rechtslehre*, in: *RECHTS-THEORIE* 17 (1986), S. 129, hingewiesen.

alle Naturrechtslehren verworfen werden. Die Aufgabe der Rechtsdogmatik besteht daher grundsätzlich darin, den Willen des Rechtsetzers möglichst exakt zu ermitteln.

4. Die Reine Rechtslehre ist auf die *Trennung von Sein und Sollen* gegründet: Zugrunde liegt ihr der erkenntnistheoretische Dualismus von Tatsachen und Werten, Aussagen und Normen, „Wissen“ und „Wollen“. Die Geltung einer Rechtsnorm als ihre „spezifische Existenz“ kann daher nicht aus ihrer Wirksamkeit abgeleitet werden, sondern nur anhand anderer Normen, die als Deutungsschema fungieren, gewonnen werden. Zur *letzten* Begründung der *objektiven Geltung* des Rechts ist eine Annahme zu treffen, die Kelsen als *Grundnorm* bezeichnet. Diese wird nicht beliebigen, sondern – im Sinne des Rechtspositivismus – im großen und ganzen wirksamen Sollensordnungen vorausgesetzt. Die soziale Effektivität stellt damit aber gerade nicht den Geltungsgrund, sondern (nur) eine zweckmäßige Bedingung für die Rechtswissenschaft dar. Dies aus der Erwägung, daß es ein Interesse daran gibt, wirksame Zwangsordnungen zu beschreiben. Darin kommt auch zum Ausdruck, daß die Reine Rechtslehre den ethischen Wert des positiven Rechts relativiert (daher ist vom „kritischen“ Rechtspositivismus die Rede). Das Interesse an der Erkenntnis des positiven Rechts besteht unabhängig davon, ob der einzelne die Rechtsordnung befolgen, mißachten oder gar bekämpfen soll: Es ist wichtig, auch eine unmenschliche Rechtsordnung zu kennen – und sei es auch nur, um ihr zu entkommen.
5. Die Reine Rechtslehre führt zu einer strikten *Trennung von Rechtswissenschaft und Rechtspolitik*: Im Sinne eines erkenntnistheoretischen *Wertrelativismus* sind oberste Werte nicht erkennbar. Die „Reinheit“ der Rechtslehre erweist sich auch in der Trennung des positiven Rechts von anderen normativen Systemen, besonders von der Moral. Das positive Recht und seine Bewertung sind daher auseinanderzuhalten. Demgemäß sind auch die Rechtswissenschaft – als auf die Erkenntnis des Rechts gerichtet – und die Rechtspolitik – als auf die Gestaltung des Rechts gerichtet – streng zu unterscheiden.
6. Die Reine Rechtslehre *trennt zwischen dem positiven Recht und der Rechtswissenschaft*, zwischen der vorschreibenden Rechtsnorm und dem beschreibenden „Rechtssatz“. Im Rechtssatz beschreibt der Rechtswissenschaftler eine Rechtslage. Die Rechtswissenschaft kann keine Rechtsnormen „erzeugen“.
7. Ein weiteres wesentliches Element der Reinen Rechtslehre liegt in der vor allem von Merkl formulierten Struktureinsicht des doppelten Rechtsantlitzes, der *Relativität des Gegensatzes von Rechtserzeugung*

und Rechtsanwendung. Diese Einsicht führt in ihrer Konsequenz zu einer skeptischen Einstellung gegenüber den Möglichkeiten rechtswissenschaftlicher Interpretation.

Insgesamt ist die Reine Rechtslehre somit einerseits eine Wissenschaftstheorie, eine *Methodologie* für Juristen, die auf ihrer Basis Rechtsdogmatik betreiben können, andererseits ist sie aber auch eine kritische Auseinandersetzung mit der herkömmlichen Jurisprudenz, der es Kelsen zum Vorwurf macht, unter der Verhüllung scheinbar juristischer Konstruktionen das positive Recht „ideologisch“ zu verfälschen, also *Ideologiekritik*. Man könnte sagen, daß die Reine Rechtslehre eine Rechtstheorie mit rechtssoziologischen Exkursen ist.

III.

1. Stellt man die Frage, wie „zeitgemäß“ die Reine Rechtslehre ist, so begibt man sich auf ein schwieriges Terrain: Man kann zunächst empirisch vorgehen und in den Blick nehmen, wie es um die ausdrückliche oder stillschweigende Wirksamkeit der Reinen Rechtslehre steht. Man kann aber auch danach fragen, wie zeitrelevant die Reine Rechtslehre – von einem bestimmten wissenschaftstheoretischen Standpunkt her betrachtet – ist oder doch sein sollte. Aber auch diese Fragestellung ist mehrdeutig. Das hier relevante Phänomen der Reinen Rechtslehre kann nämlich sowohl von einem rechtssoziologischen und/oder rechtshistorischen Standpunkt her betrachtet werden als auch von einem wissenschaftstheoretischen. Die Frage zielt dabei einmal auf die historische Einordnung resp. auf den heutigen „Gebrauchswert“ der Reinen Rechtslehre ab; das andere Mal aber – zumindest tendenziell – auf die Frage ihrer Richtigkeit. Es ist freilich einzuräumen, daß die Reine Rechtslehre eine solche Ambivalenz bis zu einem gewissen Grad dadurch fördert, daß Kelsen in ihr – wie angesprochen – auf verschiedenen Ebenen argumentiert. Der außerordentlich hohe Grad der „Selbstreflexion“¹¹ der Reinen Rechtslehre erzeugt eine gewisse Tendenz zu ihrer Soziologisierung oder Historisierung. Pointiert gesagt: Die Reine Rechtslehre ist eben sowohl eine Theorie des positiven Rechts als auch eine Theorie des Rechtspositivismus.¹²

2. Zunächst ganz wenige Sätze zur *Wirksamkeit* der Reinen Rechtslehre in einem vordergründigen Sinn: Einleitend wurde erwähnt, daß in

¹¹ Zutreffend bemerkt von *Heidemann*, Die Norm als Tatsache. Zur Normentheorie Hans Kelsens, 1997, S. 54, Fn. 8.

¹² Vgl. *H. Dreier*, Hans Kelsen und Niklas Luhmann: Positivität des Rechts aus rechtswissenschaftlicher und systemtheoretischer Perspektive, in: RECHTSSTHEORIE 14 (1983), S. 419, 422.

Österreich die Entwicklung der Lehre kontinuierlich fortgesetzt wurde.¹³ Institutionell fand dies seinen Ausdruck in der Gründung der *Bundesstiftung Hans Kelsen-Institut* im Jahre 1974. Desgleichen entfaltete die Reine Rechtslehre einen bedeutenden Einfluß auf die österreichische Staatsrechtslehre und -praxis, auch dort, wo man sich nicht explizit auf Kelsen und Merkl berief. Dies hat sich in den letzten Jahren, jedenfalls soweit es die Judikatur des österreichischen Verfassungsgerichtshofs und – ihr teils folgend, teils vorangehend – Strömungen in der Literatur betrifft, geändert. Eine ins Gewicht fallende Bedeutung der Reinen Rechtslehre im Sinne einer Ausstrahlung auf das ganze juristische System ist auch in anderen Rechtskulturen gegeben, insbesondere im hispanischen Rechtskreis. In der eigentlich rechtstheoretischen Diskussion kommt der Reinen Rechtslehre unverändert eine herausragende Stellung zu. Dies erklärt sich schon aus dem Umstand, daß zu den zentralen Elementen jeder Rechtstheorie Erwägungen über den Rechtsbegriff gehören und die Reine Rechtslehre die ausgebaute rechtspositivistische Theorie ist.

3. Nimmt man nun die *rechtshistorische Perspektive* ein, so soll im folgenden zunächst *Michael Stolleis* zitiert werden. Er führt zur Situation der Staatslehre in der Weimarer Republik u. a. folgendes aus¹⁴:

„Die methodische Herausforderung kam aus Österreich. Die sog. Wiener Schule unter Führung von Hans Kelsen radikalisierte das rechtstheoretische Arbeitsprogramm unter den spezifischen historisch-kulturellen Bedingungen des Vielvölkerstaates: Die Rechtswissenschaft sollte endlich den Rang einer Wissenschaft einnehmen und deshalb von allen politischen, historischen und weltanschaulichen Elementen ‚gereinigt‘ sein. Ihre Ansprüche an Logik und Kohärenz sollten gesteigert werden, um so auf der normativen Seite Anschluß an das Wissenschaftsideal der Naturwissenschaften zu gewinnen. Hinter diesen Anstrengungen, nichtjuristische Elemente auszutreiben, stand ein Bündel von zusätzlichen Motiven: die etatistische Tradition der habsburgischen Bürokratie, die Einsicht, daß ein ethnisch explosives Gemisch nur durch eine ‚Staatsgesellschaft‘, nicht durch einen Nationalstaat beherrscht werden könne, das Mißtrauen emanzipierter liberaler Juden gegen die katholische Kirche und ihre Naturrechtstradition, schließlich der auch in der zeitgenössischen Kunst Wiens auftretende puristische Zug zum Funktionalismus der ‚neuen Sachlichkeit‘“.

Man kann dies nicht treffender sagen, doch will dies nicht zugleich bedeuten, daß man *heute* über methodische Auseinandersetzungen dieser Art im allgemeinen und daher auch über die Reine Rechtslehre im besonderen hinaus sei? Stolleis thematisiert dies durchaus, wenn er meint, heute *scheine* der sogenannte Richtungsstreit der Staatsrechtslehre weit entfernt zu sein und es sei der Positivismus „angeblich dauerhaft über-

¹³ Vgl. namentlich die Beiträge in: Walter (Hrsg.), *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre*, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 18 (1992).

¹⁴ *Staatsrechtslehre und Politik*, Heidelberger Universitätsreden 12 (1996), S. 11.

wunden“.¹⁵ Die gegebene Situation in Deutschland charakterisiert er als eine der „Neuen Unübersichtlichkeit“. Zwar gilt die Sympathie des Autors merklich dem Rechtspositivismus, doch letztlich sei heute ein „methodischer Eklektizismus“ angemessener, der die „Überwindung“ des positiven Rechts nicht ausschließe. Die methodische Verankerung dessen sei fragwürdig, aber in diesem theoretischen Mangel liege – so Stolleis – „auch ein Stück Lebensweisheit“.¹⁶

In den letzten Jahren ist in Deutschland ein neues Interesse an der Reinen Rechtslehre festzustellen, das wesentlich von der Rechtsgeschichte ausgeht. Diese befaßt sich nun – in der weiteren Ausdifferenzierung des Faches – mit der Geschichte der Staatsrechtslehre, und so kommen die Positionen der Reinen Rechtslehre neu beleuchtet wieder in das Blickfeld. Freilich ist ein solcher Ansatz dann nicht unproblematisch, wenn er im Ergebnis zu einer „Historisierung“ einer Lehre führt. Zutreffend werden von Stolleis die biographischen, historischen, soziologischen und selbst die ästhetischen Faktoren benannt, die das Werk Kelsens maßgeblich prägten. Dennoch: Die Erforschung der Herkunft und der Biographie Kelsens kann nur zu einer gewissen Plausibilität führen, wie dies von Stolleis an anderer Stelle auch durchaus eingeräumt wird.¹⁷ Im übrigen ist hier am Rande zu bemerken, daß es vielleicht auch zum Wesen der Emanzipation (in einem subjektiven Sinn) gehört, daß die Verbindung zu Herkunft und Milieu bewußt durchschnitten wird. Kelsen hatte keinen Anlaß, seine Biographie in irgendeiner Weise zu verdunkeln. Aber kaum etwas deutet darauf hin, daß Kelsen selbst diese Faktoren besonders hoch eingeschätzt hätte; Kelsen tritt bescheiden hinter seinem Werk zurück. Ob man jenseits des von *Métall* Überbrachten noch fündig werden kann, erscheint daher eher zweifelhaft.

Es erschiene mir weiters als problematisch, bei Erhellung der Ursprünge der Reinen Rechtslehre von den komplizierten staatsrechtlichen Zusammenhängen der österreichisch-ungarischen Monarchie zu sehr gebannt zu sein. Freilich besteht hier ein Zusammenhang: Kelsen und die ihm nahestehenden Gelehrten sahen sich ja nicht als Theoretiker

¹⁵ Stolleis (FN 8), S. 13 ff.

¹⁶ Ebd., S. 20. Dazu paßt die von *Schlink*, Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *Der Staat* 1989, S. 161, wahrgenommene Entwicklung zu einem unkritischen „Bundesverfassungsgerichtspositivismus“, S. 168. Heute scheint die deutsche Staatsrechtslehre ihre Ressourcen weitgehend nicht in Methodenkämpfen, sondern im Fundus einer bald ein halbes Jahrhundert andauernden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zu finden.

¹⁷ Vgl. Stolleis, „Junges Deutschland“, jüdische Emanzipation und liberale Staatsrechtslehre in Deutschland, Sitzungsberichte der wissenschaftlichen Gesellschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, Bd. XXXIII, Bd. 3 (1994), Fn. 6.

in einem allgemeinen Sinn, sondern als Juristen. Die sehr schwierigen verfassungsrechtlichen Zusammenhänge der Doppelmonarchie und die Probleme des Übergangs zur Republik verlangten nach der Ausarbeitung feinsten rechtstheoretischer Instrumente.¹⁸ Entgegenzuwirken ist aber einer bisweilen spürbaren Tendenz – nicht bei Stolleis –, daß es sich bei der Reinen Rechtslehre um so etwas wie ein „Austriacum“ handelte, um ein ausgeklügeltes Glasperlenspiel, das mit der eigentlichen Rechtswirklichkeit nichts zu tun habe. Hier genügt der Hinweis darauf, daß entgegen einer oft gehörten und ganz falschen Einschätzung Kelsen außerjuristischen Phänomenen keineswegs naiv gegenüberstand.

Ohne die außerordentlichen Verdienste Stolleis' um die „Rehabilitierung“ des kritischen Rechtspositivismus nur irgend schmälern zu wollen: Gebannt von der besonderen Blickrichtung des Rechtshistorikers könnte die Reine Rechtslehre als eine im Grunde überwundene, zu einer vergangenen Zeit gehörende Theorie erscheinen. Sie würde dann zwar nicht aufhören, von wissenschaftlichem Interesse zu sein. Freilich wäre dies dann eine Wissenschaft, die sich weitestgehend (nur mehr) innerhalb oder im Umfeld des Werkes bewegte, indem etwa Phasen der Entwicklung der Reinen Rechtslehre oder Einflüsse auf die einzelnen Perioden Kelsens oder unterschiedliche Auffassungen zwischen Kelsen und anderen Vertretern der Reinen Rechtslehre beleuchtet werden. Diese Bestrebungen sind im Prinzip wichtig und erweitern unser Wissen über die Reine Rechtslehre. Allerdings haben sie einen komplementären Charakter.

Nun mag die Entstehung einer Kelsen-Lehre, einer „Kelsenologie“, die unweigerliche Konsequenz des Verstreichens von Zeit sein. Eine mögliche Fehlentwicklung könnte darin gesehen werden, daß die Reine Rechtslehre aus der eigentlichen juristischen Domäne verdrängt wird. An die Stelle einer kritischen Anwendung der aus der Reinen Rechtslehre gewonnenen Einsichten auf die Rechtsdogmatik und Rechtstechnik könnte so eine – mehr oder weniger esoterische – Diskussion zwischen Kelsen-Exegeten treten.

4. Unter *rechtssoziologischen* Aspekten kommen die gesellschaftlichen *Funktionen* der Reinen Rechtslehre in den Blick: Ohne hier in eine seriöse Auseinandersetzung mit der Theorie von Luhmann eintreten zu können, liegt für den gegebenen Zusammenhang die Schlüsselfrage darin, ob die Reine Rechtslehre ihre Funktion nicht „nur“ gegenüber einer bestimmten Art der positiven Rechtsordnung hat und diese beson-

¹⁸ Vgl. den Satz *Merkl's*, daß es kaum eine positivrechtliche Frage gäbe, hinter der sich nicht ein allgemeines Rechtsproblem verbergen würde (Die Unveränderlichkeit von Gesetzen – ein normlogisches Prinzip, Neudruck in: D. Mayer-Maly/Schambeck/Grussmann (Hrsg.), Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, Erster Band, Erster Teilband, 1993, S. 155).

dere Ausformung wiederum selbst fördert. Setzt die differenzierte Begrifflichkeit der Reinen Rechtslehre als allgemeine Rechtslehre eine entsprechend rechtstechnisch verfeinerte Rechtsordnung voraus? Kommt die Reine Rechtslehre nicht erst im Zusammenspiel zwischen Rechtstheorie, positivem Verfassungsrecht im Sinne der expliziten Ausformung eines „Betriebssystems“ der Rechtsordnung und einer bestimmten Rechtstechnik voll „zur Geltung“? Hat nicht die Reine Rechtslehre – für eine positivistische Theorie fast paradox – unter dem funktionellen Gesichtspunkt ein Problem mit ihrem Gegenstand, dem positiven Recht?

Nun ist auch die Rechtssoziologie in einem bestimmten Sinn rechtspositivistisch orientiert, ist sie doch von der Einsicht geleitet, daß die heute vorgefundene Rechtsordnung eine „positive“, also gesetzte und veränderbare sei. Andererseits wird aber auch betont, daß durch die entsprechenden Verweisungen, die das Rechtssystem – die generelle Rechtssetzung oder die Rechtsprechung – vornimmt, das „Naturrecht“ wieder Eingang in das positive Recht finde. Zwar sei das positive Recht durch seine Exklusivität gegenüber anderen gesellschaftlichen Systemen charakterisiert, zugleich werde die aus dieser Exklusivität entstehende Spannung durch ein „reentry“ eben der zuvor ausgeschlossenen Betrachtungsweisen im System selbst wiederum eingeführt; im Ergebnis eine Immunisierungsstrategie des Rechtssystems.¹⁹ Wenn daher etwa das Grundgesetz – hier im markanten Gegensatz etwa zum österreichischen B-VG – selbst wiederum auf naturrechtliche Kategorien verweise, so hätte auch der zunächst rechtspositivistisch an die Rechtsordnung herangehende Rechtswissenschaftler letztlich „Naturrecht“ zu beschreiben. Im Ergebnis könnte dies heißen, daß die Methode der Reinen Rechtslehre schließlich dort versage, wo das positive Recht selbst seine Positivität wieder aufhebe.

In dieser Kritik kommt eine zutreffende Überlegung zum Ausdruck: Als Theorie des positiven Rechts kann die Reine Rechtslehre nicht über ihren Gegenstand hinausgehen und nicht eine bestimmte Gestaltung des positiven Rechts fordern, sei es auch unter dem rechtstechnischen Kalkül, weil selbst das letzten Endes rechtspolitische Gestaltung wäre. Will der positive Verfassungsgesetzgeber bestimmte Probleme der Rechtserzeugung – etwa den Fehlerkalkül für verfassungswidrige Gesetze – nicht „verstehen“, so hilft auch die Reine Rechtslehre nicht, da sie immer nur erklären kann, daß bestimmte Vorurteile – etwa gegen die Verfassungsgerichtsbarkeit – auf Ideologie und nicht auf juristischen Gesetzmäßigkeiten beruhen. Besteht innerhalb einer Gesellschaft das Bedürfnis, die Abgrenzung zwischen Recht und Moral aufzuheben,

¹⁹ Vgl. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 89.

indem Vollziehungsbehörden als „Ethikkommissionen“ und nicht als Rechtsorgane eingerichtet werden, so muß dies zur Kenntnis genommen werden. Das Gleiche gilt auch, wenn die Verfassung die Normativität der Rechtsordnung durch Deklamationen, Programme, Bekenntnisse und dergleichen ersetzt oder wenn die Rechtswissenschaft als Rechtsquelle eingesetzt wird etc.

All dies betrifft gleichsam den „Gebrauchswert“ der Reinen Rechtslehre.²⁰ Zwar kann mit der Reinen Rechtslehre grundsätzlich jedes Rechtssystem beschrieben werden, und sei es auch noch so primitiv. Es kann aber auch nicht bestritten werden, daß der Erklärungswert der Reinen Rechtslehre – im Sinne ihres Nutzens – von bestimmten Rechtskulturen und von einem bestimmten Grad der Evolution der Rechtssysteme abhängt, ein Phänomen, das in den Naturwissenschaften Parallelen hat.²¹

Ob die Reine Rechtslehre unter diesem Aspekt zeitgemäß ist, kann allerdings nicht allgemein beantwortet werden: Auf der einen Seite scheint der Prozeß der formalen Ausdifferenzierung des Rechts – auch wegen der damit verbundenen Probleme²² – seinen Höhepunkt überschritten zu haben. Auf der anderen Seite geht aber der Prozeß der materiellen Verrechtlichung selbst ganz unvermindert weiter, man denke nur an das Gemeinschaftsrecht. Gerade in diesem Rechtsgebiet zeigt sich aber ganz deutlich der Bedarf nach einer Verfeinerung der formalen Strukturen, des „Betriebssystems“, vor allem bei den Schnittstellen zu den staatlichen Rechtsordnungen. Hier findet die Reine Rechtslehre bedeutende Ressourcen vor, ich werde darauf abschließend noch zu sprechen kommen.

5. Wir haben eingangs unserer Überlegungen etwas unbeholfen die Frage nach der „Richtigkeit“ der Reinen Rechtslehre gestellt. Damit ist gemeint, daß für die Bewertung der Reinen Rechtslehre als Wissenschaftstheorie ein Maßstab gelten muß, der von Elementen der (Wissenschafts)geschichte und der (Wissenschafts)soziologie, die definitionsgemäß durch ihren Anspruch auf Erfassung aller Phänomene („Overall-Aspekt“) gekennzeichnet sind, möglichst frei ist. Gegenüber der Rechtsgeschichte wird ein solcher Anspruch nicht zweifelhaft sein. Gegenüber der Rechtssoziologie liegt die Sache komplexer, weil der spezifische Anspruch einer „normativistischen“ Rechtstheorie zu rechtssoziologi-

²⁰ Hierin liegt auch der Grund dafür, daß die Reine Rechtslehre etwa in den USA auf wenig Widerhall gestoßen ist. Dies obzwar Kelsen keine Schwierigkeit hatte, sich mit Rechtssystemen auseinanderzusetzen, die von Richterrecht geprägt sind.

²¹ Vgl. *Zilsel*, Die Entstehung des Begriffs des wissenschaftlichen Fortschritts, in: Die sozialen Ursprünge der neuzeitlichen Wissenschaft, 1976, S. 127.

²² Siehe nur das Phänomen des „Rechtswegestaates“.

schen Erklärungsmodellen, die auf Tatsachen abzielen, in Kollision treten muß. Dies gilt für realistische Modelle ebenso wie für das funktionalistische Modell von *Luhmann*.

Aus rechtssoziologischer Sicht erscheint die Vorstellung einer normativistischen Rechtswissenschaft allenfalls als Tatsache der für Juristen typischen Selbsttäuschung. Mit Nachdruck ist daher zunächst die Eigenständigkeit einer neben der Rechtssoziologie bestehenden eigentlichen Rechtstheorie zu vertreten.²³

Es ist einzuräumen, daß die Festlegung des Gegenstandes der Reinen Rechtslehre, des positiven Rechts, nach dem Kriterium der Zweckmäßigkeit erfolgt. Die Frage der Gegenstandsbestimmung fällt somit (noch) nicht in den Bereich der Rechtstheorie. Es ist dazu nur soviel zu sagen, daß es offensichtlich sinnvoll ist, regelmäßig wirksame Zwangsordnungen als normative Ordnungen zu beschreiben, um damit dem diesen Systemen innewohnenden Sinn am besten entsprechen zu können.²⁴

Die wissenschaftliche Qualität der Aussagen über diesen Gegenstand bindet die Reine Rechtslehre an das Kriterium der „Reinheit“. Darunter ist – wie schon einleitend ausgeführt – zu verstehen, daß die Rechtswissenschaft einerseits gegen kausale Betrachtungsweisen, andererseits aber auch gegenüber anderen normativen Systemen abzugrenzen ist. Hier sollte ein Mißverständnis vermieden werden: Die Frage der methodischen Begründung der Rechtswissenschaft darf nämlich nicht mit der Frage nach der Gestaltung von juristischen Ausbildungsplänen verwechselt werden. Es steht auch – und gerade – für einen Rechtspositivisten außer Frage, daß eine irgendwie sinnvolle Beschäftigung mit dem Recht nicht unter Ausklammerung anderer einschlägiger Disziplinen vor sich gehen kann. Die Einsicht, daß die juristische Ausbildung – quasi Rechtswissenschaft „im organisatorischen Sinn“ – stets einen „Bündelcharakter“ hat, darf nicht zur methodischen Beliebigkeit innerhalb der jeweiligen Teilbereiche führen.

Gegen den kritischen Rechtspositivismus ist manchmal der Vorwurf erhoben worden, er gäbe auf die Interpretationsfrage als auf die eigentliche Frage der Rechtslehre keine Antwort. Dagegen kann darauf hingewiesen werden, daß gerade in den letzten Jahren auf dem Boden der Reinen Rechtslehre wichtige Untersuchungen dazu erschienen sind.²⁵

²³ Zur Selbstbehauptung normativistischer Rechtstheorie vgl. allgemein *Thiernel*, Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz, 1991, und – zum Verhältnis der Systemtheorie Luhmanns zu normativistischen Rechtstheorien – *Bjarup*, Niklas Luhmann's Paradigm and his Theory of Law, in: RECHTSLEHRE 23 (1992), S. 311, 317.

²⁴ Vgl. *Walter*, Der Aufbau der Rechtsordnung, 2. Aufl. 1974, S. 13.

²⁵ Vgl. grundlegend *Walter*, Das Auslegungsproblem im Lichte der Reinen Rechtslehre, in: FS Klug, 1983, S. 187.

Der Kern dieser Interpretationslehre liegt darin, daß innerhalb eines Rechtssystems, in dem die Rechtserzeugung mittels Rechtsetzung erfolgt, die Aufgabe der Rechtswissenschaft in der möglichst exakten Herausarbeitung des Willens des Normsetzers liegen muß. Freilich bleibt die grundsätzlich kritische Haltung Kelsens zur Möglichkeit einer spezifisch rechtswissenschaftlichen Auslegungslehre unbeschadet: Im Vordergrund steht die mittels falsifizierbarer Interpretationsmittel erfolgende Herausarbeitung des – grundsätzlich vorläufig bleibenden – „Interpretationsrahmens“²⁶ und nicht das Auffinden der „richtigen“ Lösung.

Es wäre daher auch keineswegs im Sinne Kelsens, die Reine Rechtslehre durch den Einbau einer Interpretationslehre herkömmlicher Art gleichsam zu „domestizieren“: Das scheinbare Defizit der Reinen Rechtslehre ist in Wahrheit eines ihrer wesentlichen Elemente. Die Reine Rechtslehre dient nicht dazu, dem Anwender einer Rechtsvorschrift dort zur Hand zu gehen, wo der Erkenntnisvorgang der Herausarbeitung des Interpretationsrahmens aufhört und die Willensfunktion einsetzt. Im Gegenteil soll die Reine Rechtslehre gerade in kritischer Distanz zur praktischen juristischen Tätigkeit stehen. Die Reine Rechtslehre macht deutlich, in welchem Maß das letztlich einen Willensakt setzende Rechtsorgan *verantwortlich* ist. Damit kommt nicht zum Ausdruck, daß jenseits der Anwendung juristischer Methoden in irrationaler Weise vorzugehen wäre, sondern nur, daß jenseits dieser Grenze eben keine juristischen Methoden zur Anwendung kommen. In diesen Problemzusammenhang – der hier nur ganz grob angedeutet werden kann – fällt etwa ein wesentlicher Teil der Kontroverse um die Verfassungsgerichtsbarkeit.

6. Zusammenfassend ist daher folgendes zu sagen:

- a) Die Reine Rechtslehre hat unverändert eine überragende Stellung als paradigmatische Theorie des Rechtspositivismus. Die Lehre wirkt auf die Rechtsdogmatik, Rechtstechnik und auf die Staatspraxis in verschiedenen Staaten, insbesondere Österreich.
- b) Zur Entwicklung der Reinen Rechtslehre haben die Herkunft und Sozialisation Hans Kelsens wesentlich beigetragen, ebenso die sozialen und staatsrechtlichen Verhältnisse des späten Österreich-Ungarns. Forschungen in dieser Richtung sind wertvoll. Zu vermeiden ist aber eine „Historisierung“ der Reinen Rechtslehre mit der Tendenz der Durchtrennung der Verbindung der Theorie zu ihren Anwendungsfeldern.
- c) In rechtssoziologischer Perspektive ist es zutreffend, daß der Gebrauchswert der Reinen Rechtslehre mit dem Grad der Evolution

²⁶ Reine Rechtslehre, 2. Aufl., S. 346.

und Ausdifferenzierung des Rechts und auch mit der Selbstdeutung einer Rechtsordnung zusammenhängt. Die hier maßgebenden Tendenzen der Rechtsentwicklung sind uneinheitlich.

- d) Davon unberührt bleibt aber der wissenschaftstheoretische Status der Reinen Rechtslehre, d. h. die Fundierung einer Rechtswissenschaft, die wirksame Zwangsordnungen als Sollensordnungen unter Ausklammerung von externen Wertungen beschreibt.

IV.

1. Im letzten Teil meines Referates möchte ich an einigen Beispielen zeigen, wie die Reine Rechtslehre auf juristische Problemstellungen verschiedener Art angewendet werden kann. Es geht dabei um die Beleuchtung bestimmter Aspekte gleichsam zu „Studienzwecken“ und keineswegs darum, systematisch auf die im einzelnen schwierigen und verzweigten Probleme einzugehen.

2. Mein erstes Beispiel ist das bekannte „*Mauerschützen-Urteil*“ des Bundesgerichtshofs vom 3. November 1992.²⁷ Aus der wissenschaftlichen Diskussion, die diese Problematik begleitet, sei besonders auf die jüngst erschienene Abhandlung von *Horst Dreier*, Gustav Radbruch und die Mauerschützen, hingewiesen.²⁸ Dreier zeigt anschaulich, daß alle Argumentationslinien des BGH letztlich auf vorausgesetztes Naturrecht hinausliefen, dieses aber – selbst wenn man es voraussetzte – keine Strafbarkeit begründen kann.

Hier soll im folgenden das Detailproblem der *Anwendung des Völkerrechtes* herausgegriffen werden: Für den BGH steht im Vordergrund, daß die Heranziehung des § 27 Abs. 2 des DDR-Grenzgesetzes, der eine Ermächtigung zum Waffengebrauch enthielt, als Rechtfertigungsgrund für die „Mauerschützen“ ausgeschlossen sein soll. An erster Stelle bezieht sich der BGH auf den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte aus 1966, den die DDR 1974 ratifizierte. Der BGH führte in diesem Zusammenhang auch unter Berufung auf die Völkerrechtslehre der DDR aus²⁹:

„Allerdings hat die DDR es unterlassen, den Pakt gemäß Art. 51 der DDR-Verfassung zum Anlaß für innerstaatliche Gesetzesänderungen zu nehmen und bei dieser Gelegenheit nach der genannten Verfassungsvorschrift von der Volkskam-

²⁷ Bundesgerichtshof (BGH), Urteil des 5. Strafsenates vom 3. November 1992 – 5 StR 370/92, in: EuGRZ 1993, S. 37.

²⁸ Juristenzeitung 1997, S. 421; vgl. dort auch Hinweise auf die bisherige Literatur.

²⁹ A. a. O., S. 42.

mer ‚bestätigen‘ zu lassen. An der völkerrechtlichen Bindung der DDR ändert dieser Sachverhalt nichts. Ein Staat kann sich nicht durch eine Berufung auf seine innerstaatliche Rechtsordnung der Erfüllung von ihm eingegangener Verpflichtungen entziehen ...; er ist ‚Kraft Völkerrecht verpflichtet, im Bereich seiner innerstaatlichen Gesetzgebung entsprechend diesen Verpflichtungen zu handeln und sie zu erfüllen‘. Ergeben sich bei der Bewertung des Rechtes der DDR Widersprüche zwischen den von ihr völkerrechtlich anerkannten Menschenrechten und der tatsächlichen Anwendung der Grenz- und Waffengebrauchsvorschriften, so kann dieser Widerspruch auch bei der Beurteilung der Frage berücksichtigt werden, ob derjenige rechtswidrig handelt, der auf staatlichem Befehl Menschenrechte verletzt, die durch den völkerrechtlichen Vertrag geschützt sind.“

In der weiteren Folge kommt dann der BGH zu dem Ergebnis, daß ein derart schwerer Verstoß gegen die in den Art. 6 und 12 des Internationalen Paktes garantierten Menschenrechte vorliege, daß das Grenzgesetz nicht als Rechtfertigungsgrund zugrunde gelegt hätte werden können. Uns interessiert hier die Frage der „unmittelbaren“ Geltung der von der DDR übernommenen völkerrechtlichen Verpflichtungen. Waren die Grenzsoldaten der DDR unmittelbar Adressaten des internationalen Paktes?

In der Reinen Rechtslehre beginnt Kelsen seine Erwägungen über „Das Wesen des Völkerrechts“ mit dem bekannten Satz, daß das Völkerrecht die Staaten verpflichte und berechtige.³⁰

Dies bedeute aber nicht – so Kelsen weiter –, das Völkerrecht verpflichte und berechtige nicht die Einzelmenschen. Da alles Recht wesentlich Regelung menschlichen Verhaltens sei, könne eine Rechtspflicht nicht anderes zum Inhalt haben als menschliches Verhalten. Die Verpflichtung und Berechtigung von Staaten bedeute also lediglich, daß Einzelmenschen nicht – wie in der innerstaatlichen Rechtsordnung – unmittelbar, sondern nur mittelbar verpflichtet und berechtigt seien, vermittelt durch die einzelstaatliche Rechtsordnung. Der Staat sei eine juristische Person, und die Normen des Völkerrechts, durch welche die Staaten als solche verpflichtet und berechtigt würden, seien unvollständige, ergänzungsbedürftige Normen. Sie bestimmten nur das materiale, nicht das personale Element des menschlichen Verhaltens, das sie notwendigerweise zum Inhalt haben. Sie regelten nicht, welches menschliche Individuum die vorgeschriebene Handlung oder Unterlassung zu setzen habe. Der entscheidende Unterschied zwischen dem Völkerrecht und der innerstaatlichen Rechtsordnung liege also im Mechanismus der Sanktion: Kollektiv- oder Individualsanktion. Wenn nun „der Staat“ sich völkerrechtskonform verhalten will, so muß er jene Menschen, deren Verhalten ihm zugerechnet wird, zu einem entsprechenden Verhalten verpflichten, d. h.

³⁰ Vgl. Reine Rechtslehre, S. 325.

das völkerrechtswidrige Verhalten dieser Person mit einer innerstaatlichen Sanktion belegen. Diese Rechtstechnik bezeichnet man als „Transformation“, und sie stellt einen wesentlichen Regelungsgegenstand des Verfassungsrechts dar.

Fragt man nun nach, ob in der DDR eine „Transformation“ der völkerrechtlichen Verpflichtung stattgefunden habe, so muß dies verneint werden: Das dafür maßgebende Verfahren war in Art. 51 der DDR-Verfassung festgelegt, wonach je nachdem entweder eine generelle Transformation durch parlamentarische Genehmigung oder eine spezielle Transformation durch besondere Gesetzgebung vorgesehen war.

Geht man daher vom positiven Völkerrecht, das grundsätzlich keine Individualsanktion kennt, und von der DDR-Verfassung aus, so ist ohne weiteres zu erkennen, daß die von der DDR eingegangene völkerrechtliche Verpflichtung nicht zur Strafbarkeit eines DDR-Bürgers dieses Staates führen konnte. Die Begründung des BGH ist – ohne naturrechtliche Stütze – nicht haltbar und erweist sich als eine nur vorgeschobene juristische Argumentation.

Aus der Sicht der Reinen Rechtslehre ist damit die Analyse des Verhältnisses von Völkerrecht und innerstaatlichem Recht allerdings noch lange nicht abgeschlossen: In seinen Überlegungen über die *Evolution des Rechts*, die auch Eingang in die Reinen Rechtslehre gefunden haben,³¹ beschreibt Kelsen den Fortschritt des Völkerrechts, der hauptsächlich an der Rechtstechnik der Sanktionierung von Völkerrechtsverletzungen erkennbar sei:

Zum einen trete an die Stelle des ursprünglich dezentralisierten Sanktionsmechanismus – Setzung der völkerrechtlichen Sanktion durch die anderen Mitglieder der Staatengemeinschaft – die Verhängung der Sanktion durch ein zentrales völkerrechtliches Organ. Widerstände dagegen beruhten auf ideologischen Vorurteilen – meist in Gestalt des Dogmas von der Souveränität, auf die wir noch zu sprechen kommen werden. Kelsen, der sich stets für die Weiterentwicklung des Völkerrechts, besonders in Richtung eines tauglichen Instrumentes zur Friedenssicherung einsetzte, trat in vielen Schriften dafür ein, daß zur Einrichtung von zentralen Völkerrechtsorganen auch deren Zuständigkeit zur Verhängung von Individualsanktionen hinzutreten sollte.³² Wie revolutionär Kelsen hier dachte, zeigt, daß sich die Staatengemeinschaft bisher nur in wenigen Fällen dazu aufrufen konnte, solche Organe und Zuständigkeiten

³¹ Vgl. Reine Rechtslehre, S. 326.

³² Vgl. näher *Rub*, Hans Kelsens Völkerrechtslehre, 1995, S. 275; *Jabloner*, Menschenbild und Friedenssicherung, in: Walter/Jabloner (Hrsg.), Hans Kelsens Wege sozialphilosophischer Forschung, 1997, S. 57.

einzusetzen. Die jüngsten Beispiele sind die Tribunale für das ehemalige Jugoslawien und für Ruanda.³³

Was damit demonstriert werden sollte, war, wie umfassend die Reine Rechtslehre eine bestimmte Problemlage beleuchtet. Zunächst als Herausarbeitung der Strukturen des positiven Rechts – hier des Völkerrechts im Schnittpunkt zum innerstaatlichen Recht – und dann die Ideologiekritik an dieser Konstruktion und der Nachweis dafür, daß die Entwicklung des Völkerrechts nicht an irgendwelchen immanenten juristischen Schranken zu scheitern braucht.

Diesen Punkt abschließend, möchte ich noch das Rückwirkungsverbot in den Blick nehmen: Die ganze Problematik der Begründung des BGH liegt in dem Bemühen, das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz zu unterlaufen.³⁴ Aus der Sicht der Reinen Rechtslehre stellt aber auch das strafrechtliche Rückwirkungsverbot eben nur eine positive Verfassungsnorm dar, die geändert werden kann.³⁵ Wenn es daher einem verständlichen Bedürfnis entspricht, Übeltäter eines vergangenen Staates vor Gericht zu stellen, so sollte dies durch einen manifesten „revolutionären“ Akt erfolgen, nämlich durch die explizite Rückwirkung strafrechtlicher Normen. Es zeigt sich, daß mit pseudojuristischen Umwegkonstruktionen nichts gewonnen ist. Die Beurteilung eines bestimmten Verhaltens als rechtmäßig oder unrechtmäßig ist eben nur vom Standpunkt einer je positiven Rechtsordnung möglich, dieser Anspruch aber kann gegen jede vergangene Rechtsordnung durchgesetzt werden.

3. Auch mein zweites Beispiel nimmt kühn ein berühmtes Urteil eines deutschen Höchstgerichtes in den Blick, nämlich das sogenannte „*Maastricht-Urteil*“ des Bundesverfassungsgerichtes.³⁶ Hier ging es um die vom Bundesverfassungsgericht letztlich bejahte Frage der Vereinbarkeit der Europäischen Union mit dem Grundgesetz. Die Grenze sieht das Bundesverfassungsgericht in der Garantie eines Kerns von Staatsaufgaben, die durch den demokratisch legitimierten deutschen Gesetzgeber wahrgenommen werden müssen. Die demokratische Legitimation ist dabei aber

³³ Zur Würdigung des damit verbundenen zivilisatorischen Fortschritts vgl. jüngst *Tönnies*, Töten mit einem Federstrich, in: DIE ZEIT, Nr. 26 vom 9. Mai 1997, S. 44.

³⁴ Vgl. zum folgenden *H. Dreier*, in: JZ 1993, S. 431.

³⁵ Zu beachten sind hier freilich allfällige völkerrechtliche Schranken (Art. 7 EMRK) – vgl. dazu allgemein und auch in bezug auf das hier in Rede stehende Urteil *Polakiewicz*, Verfassungs- und völkerrechtliche Aspekte der strafrechtlichen Ahndung des Schußwaffeneinsatzes an der innerdeutschen Grenze, in: EuGRZ 1992, S. 177, 189.

³⁶ BVerfG, Urteil v. 12. 10. 1993 – 2 BvR 2134/92 und 2 BvR 2159/92, in: EuZW 1993, S. 668.

schon das Ergebnis dessen, daß das positive Recht – also das Grundgesetz – die vom Bundesverfassungsgericht anscheinend als letzte Bezugsgröße angenommene „relative Homogenität“ des deutschen Volkes eben auf diese Weise organisiert. Als Maßstab zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Kompetenzen der Gemeinschaftsorgane respektive der Ausübung dieser Kompetenzen dient dabei (auch) die Bezugnahme auf die „Souveränität“, die jedenfalls an zwei Stellen der Urteilsbegründung aufscheint. An der meines Erachtens entscheidenden Stelle ist wie folgt formuliert:

„Die Wahrnehmung von Hoheitsgewalt durch einen Staatenverbund wie die Europäische Union gründet sich auf Ermächtigungen souverän bleibender Staaten, die im zwischenstaatlichen Bereich regelmäßig durch ihre Regierungen handeln und dadurch die Integration steuern.“

Später – nach erfolgter Prüfung der Rechtmäßigkeit des Maastricht-Vertrages – spricht das Bundesverfassungsgericht davon, daß Deutschland damit die Qualität eines souveränen Staates aus eigenem Recht und den Status der souveränen Gleichheit mit anderen Staaten im Sinne der UN-Satzung wahre.

Der argumentative Stellenwert, der der Bezugnahme auf die Souveränität letztlich zukommt, ist nicht recht klar. Es kann also dahingestellt bleiben, wie weit das Interpretationsergebnis des Bundesverfassungsgerichtes nicht auch ohne Bezugnahme auf die Souveränität – also durch bloße Auslegung des deutschen Ermächtigungsgesetzes – erzielbar wäre, so daß der Gebrauch des Souveränitätsbegriffes nur zur Herstellung einer höheren staatsrechtlichen „Gediegenheit“ diene.³⁷

Gerade das Problem der Souveränität war für Kelsen besonders wichtig, bildete es doch geradezu den Ansatzpunkt für sein weit verzweigtes völkerrechtliches Werk.³⁸ Kelsen geht es dabei um zweierlei: Zunächst trachtet er, einen „juristischen“, d. h. von faktischen („höchste Macht“), theologischen etc. Elementen freien, Begriff der „Souveränität“ zu bilden: Souveränität bedeutet so, „daß die staatliche Rechtsordnung höchste, sohin alle anderen Ordnungen als delegierte Teilordnungen umfassende, diese daher in ihrem Geltungsbereich bestimmende, selbst aber von keiner höheren Ordnung bestimmte, einige und – weil alle anderen Ordnungen ausschließende – einzige Ordnung ist“.³⁹

Dieser Begriff der Souveränität steht in einem engen Zusammenhang mit der Deutung des Völkerrechtes als einer vom Staatsrecht delegierten

³⁷ Vgl. zum folgenden – mit gleicher Tendenz wie hier – *Frowein*, Das Maastricht-Urteil und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *ZaöRV* 1994, S. 1, 5.

³⁸ Grundlegend: *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 2. Aufl. 1928, Neudruck 1981.

³⁹ So *Allgemeine Staatslehre*, 1923, S. 109.

Teilrechtsordnung („Primat des Staatsrechtes“).⁴⁰ Es kann hier offen bleiben, ob im Bezug auf das Gemeinschaftsrecht von einem solchen Delegationsmodell auszugehen ist – offenbar der Standpunkt des Maastricht-Urteils – oder von einer völkerrechtlichen Teilrechtsordnung mit besonderem Geltungsgrund.⁴¹ Denn auch ausgehend von der zuerst genannten Konstruktion läßt sich zeigen, daß die so verstandene Souveränität zwar den formalen Geltungsgrund des Völkerrechtes bildet, nicht aber aus der Souveränität dem Völkerrecht inhaltliche Grenzen gezogen werden können.

Kelsen warnt davor, den Souveränitätsbegriff in durchaus naheliegender Weise ideologisch zu mißbrauchen: Daraus, daß das Völkerrecht nur Kraft seiner Anerkennung durch den Staat und sohin nur als Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung gelte, werde fehlerhaft geschlossen, daß der Staat nicht notwendig an die Verträge gebunden sei, die er geschlossen habe, oder daß es mit seiner Natur unvereinbar sei, sich – selbst in einem von ihm geschlossenen Vertrag – einem internationalen Gericht mit obligatorischer Jurisdiktion zu unterwerfen oder durch den Majoritätsbeschluß eines Kollegialorgans gebunden zu werden, auch wenn dieses Organ und sein Verfahren durch einen von dem Staat geschlossenen Vertrag errichtet worden sei. Habe der Staat das Völkerrecht anerkannt und gelte es daher für diesen Staat, dann gelte es ebenso, wie wenn es als überstaatliche Rechtsordnung gelten würde. Kein Inhalt könne nach Völkerrecht aus einer durch Staatenvertrag erzeugten Norm aus dem Grunde ausgeschlossen werden, weil er mit der Natur des vertragsschließenden Staates, insbesondere mit seiner Souveränität, unvereinbar sei. Abschließend meint Kelsen:

„Die Frage, wie weit diese Souveränität des souveränen Staates durch das von ihm anerkannte Völkerrecht beschränkbar ist, läßt sich nur auf Grund des Inhalts des Völkerrechtes beantworten, nicht aber aus dem Begriff der Souveränität deduzieren ... Durch völkerrechtlichen Vertrag kann eine internationale Organisation geschaffen werden, die so zentralisiert ist, daß sie selbst Staatscharakter hat, so daß die vertragsschließenden Staaten, die ihr eingegliedert sind, ihren Charakter als Staaten verlieren.“⁴²

Meine Kritik am Maastricht-Urteil kann also nicht dahingehen, daß von „souverän bleibenden“ Staaten, die einen Staatenverbund gegründet

⁴⁰ In der Reinen Rechtslehre, S. 335, drückt dies Kelsen wie folgt aus: „Die Frage, ob ein Staat souverän ist, ist die Frage, ob man die staatliche Rechtsordnung als höchste voraussetzt. Das tut man, wenn man das Völkerrecht nicht als eine über der staatlichen Rechtsordnung stehende, sondern als eine von der staatlichen Rechtsordnung delegierte Rechtsordnung ansieht, d. h.: wenn man das Völkerrecht als für den Staat gültig nur betrachtet, wenn es von dem Staat anerkannt ist.“

⁴¹ Vgl. dazu *Grussmann*, Grundnorm und Supranationalität – Rechtsstrukturelle Sichtweisen der europäischen Integration, in: Von Danwitz u. a. (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Staatlichkeit, 1993, S. 47.

⁴² Reine Rechtslehre, S. 342.

hätten, die Rede ist, sondern weil der Souveränitätsbegriff über den formalen Delegationscharakter hinaus so mit Realelementen aufgeladen wird, daß sich aus ihm inhaltliche Schranken ergeben, die bis zur Behauptung der Unverbindlichkeit von Rechtsakten von Gemeinschaftsorganen reichen.

Es sei in diesem Punkt abschließend nochmals betont, daß es hier nur darum ging, die Verwendung des gerade im Zusammenhang mit dem Phänomen der Europäischen Integration besonders problematischen Begriffs der „Souveränität“ zu beleuchten. Kelsens Analyse der Beziehungen zwischen Staatsrecht und Völkerrecht, des Bundesstaates, der Staatenverbindungen etc. erweist sich vor allem deshalb als so fruchtbar, weil es Kelsen gelang, das starre 0/1-Schema, das mit dem Souveränitätsdogma verbunden ist, zugunsten eines Modells der *sukzessiven* Verlagerung ehemals staatlicher Kompetenzen an zwischenstaatliche Organisationen zu ersetzen. Vielfältige Entwicklungen beweisen die Tragfähigkeit dieses Konzeptes, man denke nur an das Staatengebilde der GUS.⁴³

4. Endgültig abschließend, möchte ich mich noch kurz einer Frage zuwenden, die die österreichische Rechtsordnung und diesmal ein Problem der *Rechtstechnik* betrifft.

Bekanntlich hat sich Österreich in einem Bundesverfassungsgesetz aus 1955 zur immerwährenden Neutralität bekannt.⁴⁴ Im Zusammenhang mit dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union, aber auch vor dem Hintergrund gegenwärtiger Bestrebungen, Österreich in die NATO und/oder WEU zu führen, wird die Einschränkung oder Abschaffung der Neutralität diskutiert.

Bereits beim Beitritt Österreichs in die EU ist man einen nicht unproblematischen Weg gegangen: Nachdem in der österreichischen Lehre lang die Ansicht vertreten worden war, daß die Neutralität einem solchen Beitritt entgegenstünde, wurde diese Position von Österreich später nicht mehr vertreten. Es wurde aber in die Bundesverfassung eine Bestimmung eingefügt, nach der Österreich an der GASP mitwirke und daß dies auch Maßnahmen miteinschließe, mit denen die Wirtschaftsbeziehungen zu einem oder mehreren dritten Ländern ausgesetzt, eingeschränkt oder vollständig eingestellt würden. Zutreffend wird die Ansicht vertreten,⁴⁵ daß diese Bestimmung (Art. 23 f Abs. 1) eine Sondervorschrift zum zitierten Bundesverfassungsgesetz darstellt.

⁴³ Gerade für die Deutung der EU erweist sich Kelsens Konzept eben als besonders fruchtbar – vgl. *Pauly, Sovereignty and International Order. Hans Kelsen's Concept of Universality* (erscheint 1998).

⁴⁴ BVG über die Neutralität Österreichs, in: BGBl. 1955, S. 211.

⁴⁵ Vgl. *Holzinger, Die Auswirkungen der österreichischen EU-Mitgliedschaft auf das österreichische Verfassungsrecht*, in: JRP 1996, S. 160, 176.

Nunmehr – im Lichte eines allfälligen Beitritts zur NATO/WEU – wird teilweise die Ansicht vertreten, in Verfolgung der referierten Rechtstechnik eine verfassungsrechtliche Sondernorm für diese Mitgliedschaft zu schaffen, teilweise aber auch die Meinung, das Bundesverfassungsgesetz über die Neutralität wäre aufzuheben, wobei dies aus verfassungspolitischer Sicht an das Erfordernis einer Volksabstimmung geknüpft wird.⁴⁶

Sieht man diese Vorgänge unter dem Blickpunkt der Reinen Rechtslehre, so ist zunächst klarzustellen, daß die verfassungspolitische Seite nicht Gegenstand des kritischen Rechtspositivismus sein kann. Ob es zweckmäßig ist, daß Österreich der NATO beitrifft, ist hier aber kein Thema.

Zu fragen ist aber nach der Rechtstechnik, in der dies erfolgen soll, und ob die Reine Rechtslehre zur Rechtstechnik – letztlich ein anderes Wort für angewandte Gesetzgebungslehre⁴⁷ – einen ausgeprägten Standpunkt hat.

Kelsen hat die maßgebenden Überlegungen in einem Aufsatz zur Reform des Völkerbundesstatuts aus 1934 entwickelt.⁴⁸ Im Kern seiner Ausführungen steht die Überlegung, daß es nach erfolgter rechtspolitischer Willensbildung Aufgabe der Rechtstechnik wäre, durch geeignete Formulierungen und entsprechende Gesetzssystematik den Willen des Gesetzgebers so vollständig und so eindeutig wie möglich zum Ausdruck zu bringen.

Dieses Konzept von Rechtstechnik ist keineswegs frei von rechtstheoretischen und von rechtssoziologischen Elementen: Es setzt nämlich eine Rechtsordnung voraus, in der Rechtserzeugung durch Rechtsetzung, also in einer von vornherein expliziten Technik, erfolgt. Weiters steht die Forderung an die Rechtstechnik, den Willen des Rechtsetzers möglichst deutlich zum Ausdruck zu bringen, in einer Wechselwirkung mit einer Forderung an diesen Rechtsetzer selbst. Damit es nämlich möglich ist, den Willen eindeutig zum Ausdruck zu bringen, muß dieser zuvor in einer möglichst eindeutigen Weise gebildet sein. Dies bedeutet aber, daß sich die als Gesetzgebungsorgane fungierenden Menschen soweit wie möglich darüber im klaren sein müssen, welche Regelung sie erlassen wollen. Nun hängt auch dies von der Gestaltung des positiven Verfas-

⁴⁶ Vgl. Art. 44 Abs. 3 B-VG. Festzuhalten ist, daß die Auffassung dieses BVG keine „Gesamtänderung“ der österreichischen Bundesverfassung darstellt, die – wie der Beitritt zur EU – an eine obligatorische Volksabstimmung gebunden wäre. Außer Betracht bleibt hier, wie weit sich Österreich völkerrechtlich zur Neutralität verpflichtet hat.

⁴⁷ Vgl. *Walter*, Reine Rechtslehre und Gesetzgebungstechnik, in: *Zu einer Theorie der Gesetzgebung* 1982, 1982, S. 144.

⁴⁸ Zur rechtstechnischen Revision des Völkerbundesstatuts, in: *ZÖR* 1937, S. 401.

sungsrechtes ab: Der Gesetzgeber wird – etwa unter der Geltung eines allgemeinen Legalitätsprinzips oder bei der Begründung von Grundrechtseingriffen – gehalten sein, seinen Willen möglichst exakt zu bilden, keine „formalgesetzlichen Delegationen“ vorzunehmen. Für den Verfassungsgesetzgeber mag anderes gelten können. Denkmöglich ist es auch, dem Rechtsetzer den Willen zu lassen, eine Sache gerade nicht eindeutig regeln zu wollen, um den vollziehenden und die Vollziehung kontrollierenden Organen einen weiten Spielraum zu lassen. Aber auch ein solcher Wille muß eindeutig zum Ausdruck gebracht werden.

Diese Schärfung des Willens hat vor allem eine Bedeutung in bezug auf Derogationsverhältnisse. Im allgemeinen sind die Regeln über die Rechtsetzung in positiven Rechtsordnungen nicht so weit entwickelt, daß sie materielle Derogationen ausschließen. Teilweise wird ein solcher Effekt – wie im Bonner Grundgesetz – durch eine „Inkorporationsklausel“ bewirkt. Vermutlich ist es auch gar nicht möglich oder auch nicht sinnvoll anzuordnen, daß sämtliche Derogationsverhältnisse in formelle Novellierungen umgeformt werden: Häufig werden diese Rechtslagen ja erst a posteriori, bei der Anwendung der allgemeinen Regel auf einen gegebenen Fall, deutlich.

Wird aber ein verfassungspolitisch so bedeutsamer Akt wie die Veränderung der Neutralität gesetzt, so sind die Konsequenzen wohl zu bedenken: Es kann keinem vernünftigen Zweifel unterliegen, daß der Beitritt Österreichs zu einem Militärbündnis das Ende der Neutralität bedeutet.⁴⁹ Es wäre daher in einem hohen Maß unaufrichtig, scheinbar die Neutralität unangetastet zu lassen, ihr in Wahrheit aber zumindest in ihrem Hauptanwendungsfeld zu derogieren. Es ist daher der Rechtstechnik der Vorzug zu geben, das Neutralitätsgesetz – so schmerzhaft dies auch für die Österreicher sein mag – gegebenenfalls ausdrücklich aufzuheben.

Der genannte Zusammenhang zeigt auch, daß das Recht verschiedenen Werten verpflichtet sein kann, der Gerechtigkeit als „Rechtsideal“, dem Frieden oder der Sicherheit – die Wissenschaft aber stets nur einem Ideal, dem der *Wahrheit*.

⁴⁹ Art. I Abs. 2 des Neutralitätsgesetzes ordnet explizit an, daß Österreich keinen militärischen Bündnissen beitreten wird. Das betrifft m. A. nach auch ein militärisches Bündnis, das manche Mitgliedstaaten bloß zu wechselseitigen Polizeiaktionen verhält.

