HORST DREIER

Kelsen im Kontext

Herausgegeben von
MATTHIAS JESTAEDT und
STANLEY L. PAULSON

Mohr Siebeck

Horst Dreier

Kelsen im Kontext

Horst Dreier

Kelsen im Kontext

Beiträge zum Werk Hans Kelsens und geistesverwandter Autoren

Herausgegeben von

Matthias Jestaedt und
Stanley L. Paulson

Mohr Siebeck

Horst Dreier, geboren 1954; Studium der Rechtswissenschaften; 1985 Promotion, 1989 Habilitation; nach Stationen in Heidelberg und Hamburg seit 1995 Ordinarius für Rechtsphilosophie, Staats- und Verwaltungsrecht an der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg; 2001–2007 Mitglied des Nationalen Ethikrates; seit 2003 ordentliches Mitglied der Bayerischen Akademie der Wissenschaften (philosophisch-historische Klasse); seit 2007 Mitglied der Leopoldina – Nationale Akademie der Wissenschaften (Sektion Kulturwissenschaften).

Matthias Jestaedt, geboren 1961; Studium der Rechtswissenschaften; 1992 Promotion, 1999 Habilitation; nach Stationen in Bonn, Köln, Bochum, Freiburg i. Br. und Erlangen-Nürnberg seit 2011 Ordinarius für Öffentliches Recht und Rechtstheorie an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br.; seit 2014 ordentliches Mitglied der Akademie der Wissenschaften und der Literatur | Mainz (Geistes- und Sozialwissenschaftliche Klasse).

Stanley L. Paulson, geboren 1941; Studium der Philosophie, 1968 Promotion, und der Rechtswissenschaften, 1972 Promotion; Professor of Philosophy and William Gardiner Hammond Professor of Law an der Washington University, St. Louis, bis 2011 (Emeritierung); Ehrendoktorwürden Uppsala 2004 und Kiel 2004; Humboldt Forschungspreis 2005; z. Zt. Gast im Hermann Kantorowicz-Institut für juristische Grundlagenforschung an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

Gedruckt mit Unterstützung der Schulze-Fielitz Stiftung Berlin.

ISBN 978-3-16-158191-5 / eISBN 978-3-16-158192-2
DOI 978-3-16-158192-2

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über *http://dnb.dnb.de* abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Vervielfältigung, Übersetzung sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen aus der Sabon gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Mit „Kelsen im Kontext. Beiträge zum Werk Hans Kelsens und geistesverwandter Autoren“ liegt – nach „Idee und Gestalt des freiheitlichen Verfassungsstaates“ (Mohr Siebeck, Tübingen 2014, XIII und 528 Seiten) sowie „Staatsrecht in Demokratie und Diktatur. Studien zur Weimarer Republik und zum Nationalsozialismus“ (Mohr Siebeck, Tübingen 2016, XV und 449 Seiten) – nun der dritte Sammelband mit Beiträgen *Horst Dreiers* vor. Während die beiden Vorgängerbände 15 Beiträge aus den Jahren 1986–2014 bzw. 10 Beiträge aus den Jahren 2000–2014 vereinigten, deckt der vorliegende Band mit einem Dutzend thematisch zusammenhängender Beiträge aus 35 Jahren (1983–2018) ratione temporis nahezu das gesamte bisherige Forscherleben *Horst Dreiers* ab.

„Kelsen im Kontext“ enthält ein dreifaches Statement: Erstens werden Person und Werk *Hans Kelsens* (1881–1973) in ihrer Zeit, sprich: in ihrem wissenschaftssoziologischen und ideengeschichtlichen Kontext, dargestellt. Zweitens wird gezeigt, dass *Kelsen* mit seiner „Reinen Rechtslehre“ nicht isoliert dasteht, sondern – in der einen oder anderen Weise – Gleichgesinnte und Gleichgestimmte in der Rechtswissenschaft (und darüber hinaus) kennt. Und drittens wird der durch die Nationalsozialisten hors du discours Gesetzte, der bis zum annus horribilis 1933 zu den Protagonisten des sog. Weimarer Richtungs- und Methodenstreits rechnete, wieder in den Diskurskontext der deutschen Rechtswissenschaft einbezogen.

Von den insgesamt zwölf Beiträgen entfallen neun auf Kelseniana, davon fünf unmittelbar zu *Kelsen*, einer zu dessen bedeutendstem, aber in Deutschland bis heute nur wenig bekanntem Schüler, *Adolf Julius Merkl* (1890–1980), einer zur Rezeption der „Reinen Rechtslehre“ in Deutschland und zwei zu – wie *Horst Dreier* eindrücklich belegt – ebenso beliebten wie unhaltbaren Nachkriegskritiken des Rechtspositivismus; bezeichnenderweise sind fünf der neun Beiträge zunächst in Österreich, im Umfeld des Hans Kelsen-Instituts, und nicht in Deutschland publiziert worden. Unter den *Kelsen* gewidmeten Arbeiten findet sich auch *Horst Dreiers* erste publizistische Beschäftigung mit dem „gran maestro de Viena“. Der Beitrag aus dem Jahre 1983 stellt überhaupt erst seine vierte Publikation dar. Sie gilt einem Vergleich der Positivitätskonzepte von *Hans Kelsen* einer- und *Niklas Luhmann* (1927–2005) andererseits – und ist daher thematisch

wie „ideologisch“ in der Zeitschrift „Rechtstheorie“, deren Mitbegründer *Kelsen* ist, bestens aufgehoben. Führt man sich vor Augen, dass *Horst Dreiers* bahnbrechende Dissertation „Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen“, der eine zentrale Rolle im Prozess der (Wieder-)Aneignung *Kelsens* und dessen Lehre durch die deutsche Rechtswissenschaft zukommt, erst drei Jahre später, nämlich 1986, erscheinen wird, kann der Eindruck entstehen, als werde der bislang *Kelsen*-abstinenten deutschen Jurisprudenz die „Reine Rechtslehre“ im Huckepack-Verfahren mit der seinerzeit als dernier cri geltenden und im Diskurs bereits etablierten Systemtheorie angedient. Die übrigen drei Beiträge gelten mit *Gerhard Anschütz* (1867–1948), *Richard Thoma* (1974–1957) und *Max Weber* (1864–1920) drei herausragenden liberalen Stichwortgebern der Weimarer Republik.

Hans Kelsen, *Adolf Julius Merkl*, *Max Weber*, *Gerhard Anschütz*, *Richard Thoma, Niklas Luhmann* – welcher „Geist“ ist es, der diese sechs Protagonisten der vorliegend versammelten Beiträge *Horst Dreiers* durch ein Verwandtschaftsband verbindet? Die einfachste Antwort auf diese Frage ist eine auf die Person *Horst Dreiers* abstellende: Es handelt sich, bezogen auf die Wissenschaft, gleichsam um *Horst Dreiers* „personal heroes“, d.h. um Vorbilder, deren Art, (Rechts-)Wissenschaft zu betreiben, der von *Horst Dreier* selbst beherzigten und praktizierten am nächsten kommt. Damit ist der vorliegende Band gewissermaßen der persönlichste, kreisen doch die in ihm versammelten Beiträge offensichtlicher, unmittelbarer und greifbarer um Fragen der juridischen Weltanschauung – auch und gerade der autor*eigenen* – als die Beiträge der beiden vorangehenden Sammelbände mit Schriften *Horst Dreiers*. Ob man es als „Demythologizing Legal Thought“ (*William Ebenstein* über *Kelsens* Ansatz) charakterisiert oder ob man von der „Entzauberung der Welt“ (*Max Weber*) spricht: *Kelsen*, *Merkl*, *Weber*, *Anschütz, Thoma* und *Luhmann* geht es in der einen oder anderen Weise sowohl um Aufklärung *durch* Wissenschaft als auch um Aufklärung *der* (Rechts-)Wissenschaft. Sie alle propagieren, die Rationalität moderner Wissenschaft unbeschadet ihrer Begrenztheit als alternativlos betrachtend, ein Gegenmodell zu verschwörungstheoretischem Gründeln, antipositivistischem Substanzialismus und irrationalistischem Dunkeldenkertum. Man könnte sie daher mit Fug und Recht als rechtswissenschaftliche „Helldenker“ apostrophieren. Sie alle stehen, ohne das Hintergründige zu leugnen oder das Vordergründige gering zu schätzen, für einen aufgeklärten, mehr oder minder (ideologie- und selbst)kritischen Positivismus, dem es – vor aller Wertung und unabhängig davon – allererst um Bestand und Funktionsgesetzlichkeiten des geltenden Rechts geht.

Mutatis mutandis lässt sich das „Insistieren auf Wertungsabstinenz und das damit verbundene Streben nach echter und wahrer Wissenschaftlichkeit“ für alle sechs Autoren in die Worte fassen, mit denen *Horst Dreier* die „Reine Rechtslehre“ bedacht hat: Sie „präsentierte sich […] als ein Exerzitium in Nüchternheit, Kargheit und klarem Denken. Sie bot keine wärmenden und gesinnungsstiftenden Wohlfühlformeln, sondern führte einen eher in die kalte Laborwelt ihrer Begriffs- und Strukturanalysen. Keine Sonne der Gerechtigkeit, sondern eher ein Kristallpalast des Geistes“ (in diesem Band S. 131 f.).

Damit verbindet sich *Horst Dreiers* eigenes Rechtswissenschafts-aufklärerisches Projekt, das er – wie bereits die Beiträge zu den beiden vorangehenden Sammelbänden belegen – zur Meisterschaft entwickelt und zum Markenzeichen erhoben hat: gegen tradierte und lieb gewonnene Legenden, gegen wohlfeil-praktische Vereinfachungen und Verzerrungen von historisch Entrücktem, gegen Selbstrechtfertigungs- und Schuldbefreiungsnarrative anzuschreiben – und dem die engagierte Unvoreingenommenheit, den klaren analytischen Blick auf die Quellen, die begriffliche Schärfe und Prägnanz des Wissenschaftlers entgegenzusetzen. Dadurch gelingen ihm immer wieder neue, überraschende und bereichernde Perspektiven auf das doch nur zum Schein Altvertraute.

Die hier thematisch und nicht genealogisch gereihten Beiträge wurden für die Zwecke dieser Anthologie in behutsamer Weise in Darstellung und Formatierung vereinheitlicht. Den Mitarbeitern des Würzburger Lehrstuhls von *Horst Dreier*, Dr. *David Kuch* und *Annabelle Meier*, gebührt für ihren Beitrag in puncto Textvorbereitung und Korrekturlesen sowie für die Erstellung des Personen- und Sachregisters herzlicher Dank und größte Anerkennung. In Freiburg haben *Rodrigo Cadore*, *David Freudenberg*, *Helene Jaschinski*, Dr. *Jörg Kammerhofer*, *Sabine Klostermann* und Dr. *Angela Reinthal* in bewährter Manier zur editorischen Betreuung beigetragen; auch ihnen sei ein herzlicher Dank ausgesprochen. Last but not least sei das Wissenschaftsmäzenatentum der Schulze-Fielitz Stiftung Berlin dankbar gewürdigt.

Freiburg im Breisgau und Kiel, *Matthias Jestaedt*
im Mai 2019 und *Stanley L. Paulson*

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V
Abkürzungsverzeichnis XI

1 Hans Kelsen (1881–1973) 1

2 Hans Kelsens Wissenschaftsprogramm 27

3 Kelsens Demokratietheorie: Grundlegung, Strukturelemente, Probleme 67

4 Rezeption und Rolle der Reinen Rechtslehre 95

5 Die (Wieder-)Entdeckung Kelsens in den 1980er Jahren – Ein Rückblick (auch in eigener Sache) 115

6 Merkls Verwaltungsrechtslehre und die heutige deutsche Dogmatik des Verwaltungsrechts 135

7 Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis? 177

8 Ein Staatsrechtslehrer in Zeiten des Umbruchs: Gerhard Anschütz (1867–1948) 201

9 „Unbeirrt von allen Ideologien und Legenden“ – Notizen zu Leben und Werk von Richard Thoma 233

10 Zerrbild Rechtspositivismus. Kritische Bemerkungen zu zwei verbreiteten Legenden 307

11 Max Webers Postulat der Wertfreiheit in der Wissenschaft und die Politik 345

12 Hans Kelsen und Niklas Luhmann: Positivität des Rechts aus rechtswissenschaftlicher und systemtheoretischer Perspektive .. 387

Nachweise der Erstveröffentlichungen 429
Personenregister 431
Sachregister 444

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O., aaO.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz, Absätze
A.c.P., AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AfK	Archiv für Kommunalwissenschaften (bis 2000)
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter. Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung
Bearb.	Bearbeiter
Bd.	Band
Bde.	Bände
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
ch.	chapitre, chapter
DDP	Deutsche Demokratische Partei
DDr. h. c.	Ehrendoktor mit mehreren Würdigungen (Österreich)
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft
DR	Deutsches Recht. Zentralorgan des National-Sozialistischen Rechtswahrerbundes
Dr.	Doktor
Dr. h.c.	Ehrendoktor (honoris causa)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift

DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
ed.	editor, edition
eds.	editors
etc.	et cetera
f.	folgend(e) (Singular)
FDP	Freie Demokratische Partei
ff.	folgende (Plural)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GedS	Gedächtnisschrift
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Halbbd.	Halbband
HdbDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts, herausgegeben von Gerhard Anschütz und Richard Thoma, Bd. 1, Tübingen 1930; Bd. 2, Tübingen 1932
HGR	Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, herausgegeben von Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier, Heidelberg 2004 ff. (Bd. I: 2004; Bd. II: 2006; Bd. III: 2009; Bd. IV: 2011; Bd. V: 2013; Bd. VI/1: 2010; Bd. VI/2: 2009; Bd. VII/1: 2009; Bd. VII/2: 2007; Bd. VIII: 2017; Bd. IX: 2016; Bd. X: 2017)
H.i.O.	Hervorhebungen im Original
Hrsg.	Herausgeber
hrsgg. v.	herausgegeben von
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, herausgegeben von Josef Isensee und Paul Kirchhof, 10 Bde., 1./2. Aufl., Heidelberg 1987–2001 (Bd. I: 1987/1995; Bd. II: 1987/1998; Bd. III: 1988/1996; Bd. IV: 1990/1999; Bd. V: 1992/2000; Bd. VI: 1989/2001; Bd. VII: 1992; Bd. VIII: 1995; Bd. IX: 1997; Bd. X: 2000)
HStR^{3}	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, herausgegeben von Josef Isensee und Paul Kirchhof, 3. Aufl., Heidelberg 2003 ff. (Bd. I: 2003; Bd. II: 2004; Bd. III: 2005; Bd. IV: 2006; Bd. V: 2007; Bd. VI: 2008; Bd. VII: 2009; Bd. VIII: 2010; Bd. IX: 2011; Bd. X: 2012; Bd. XI: 2013)
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.	im Sinne
insb.	insbesondere
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jg.	Jahrgang
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
Joh	Johannes-Evangelium
jur.	juristisch
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift

JZ	Juristenzeitung
KritJ	Kritische Justiz
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KZ	Konzentrationslager
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Nachw.	Nachweis(e)
ND	Nachdruck
NdsStGH	Niedersächsischer Staatsgerichtshof
NdsVBl.	Niedersächsische Verwaltungsblätter. Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung
n.F.	neue Fassung
N.F.	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer(n)
ns	nationalsozialistisch(e)
NSDAP	Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
NSRB	Nationalsozialistischer Rechtswahrerbund
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
o.ä.	oder ähnliche(s)
OLG	Oberlandesgericht
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
ÖZöR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht
ÖZV	Österreichische Zeitschrift für Volkskunde
OVG	Oberverwaltungsgericht
PVS	Politische Vierteljahresschrift
resp.	respektive
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer(n)
RVerf.	Reichsverfassung
Rz.	Randziffer
S.	Seite(n)
s.	siehe
scil., sc.	scilicet (nämlich)
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte(n)
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
Der Staat	Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches Öffentliches Recht
StGH	Staatsgerichtshof
StGR	Städte- und Gemeinderat
StVO	Straßenverkehrs-Ordnung
u.a.	und andere(n), unter anderem
u.ö.	und öfter
UPR	Zeitschrift für Umwelt- und Planungsrecht

VBlBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg. Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung
Verf.	Verfasser
Die Verwaltung	Die Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaften (Untertitel bis 1995: Zeitschrift für Verwaltungswissenschaft)
VerwArch.	Verwaltungsarchiv. Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
vs.	versus
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
w.N.	weitere Nachweise
WissR	Wissenschaftsrecht
WRV	Verfassung des Deutschen Reichs vom 11.8.1919 (Weimarer Reichsverfassung)
z.B.	zum Beispiel
z.Zt.	zur Zeit
ZaörV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZöR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZParl.	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

1

Hans Kelsen (1881–1973)

I. Lebensstationen: Von Prag über Wien und Köln nach Berkeley 1
II. Das Lebenswerk: Die Reine Rechtslehre 5
1. Das Wissenschaftsprogramm 6
2. Die Grundnorm 9
3. Die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung 10
III. Interpretationslehre und Verfassungsgerichtsbarkeit 11
IV. Bundesstaat, Staatslehre, Völkerrecht 15
V. Demokratietheorie 18
VI. Politikwissenschaft, Soziologie, politische Philosophie 20
VII. Rezeption 21
VIII. Wissenschaft als Heimat 23

I. Lebensstationen: Von Prag über Wien und Köln nach Berkeley

Mehr als zehn Ehrendoktorate, darunter die der Universitäten Utrecht (1936), Harvard (1936), Chicago (1941), Berkeley (1952), Berlin (1961), Wien (1961), Paris (1963), Salzburg (1967) und Straßburg (1972); hohe und höchste Auszeichnungen, darunter das Österreichische Ehrenzeichen für Wissenschaft und Kunst (1961) sowie der Ehrenring der Stadt Wien (1966); Übersetzungen der eigenen Werke in weit über 20 Sprachen, darunter englisch, französisch, italienisch, spanisch, portugiesisch, schwedisch, ungarisch, tschechisch, hebräisch, japanisch, koreanisch, chinesisch; drei ihm gewidmete Festschriften; geläufige und häufige Charakterisierung als der „Jurist des 20. Jahrhunderts" – als Hans Kelsen am 19. April 1973 nahe der amerikanischen Pazifikküste starb, war er ohne Zweifel ein berühmter, vielgeehrter und in aller Welt hoch geachteter Mann der Wissenschaft[1].

[1] Zur ersten Orientierung über Werk und Lebensweg: R.A. Métall, Hans Kelsen. Leben und Werk, 1969; R. Walter/C. Jabloner, Hans Kelsen (1881–1973). Leben – Werk – Wirkung, in: M. Lutter/E.C. Stiefel/M.H. Hoeflich (Hrsg.), Der Einfluß deutschsprachiger Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland, 1993, S. 521 ff.; H. Dreier, Hans Kelsen (1881–1973): „Jurist des Jahrhunderts?", in: H. Heinrichs u.a. (Hrsg.), Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, 1993, S. 705 ff. – Wichtig jetzt die Autobiographie Kelsens von 1947, leicht zugänglich in: Hans Kelsen im Selbstzeugnis. Sonderpublikation anläßlich des 125. Geburtstages

Vorgezeichnet war ihm dieser Weg zweifelsohne nicht, als er am 11. Oktober 1881 in Prag als Sohn eines jüdischen Lampenhändlers geboren wurde, und auch nicht, als die Familie nach Wien übersiedelte, wo er nach der Matura 1900 und nach dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften an der Wiener Universität 1906 mit einer Arbeit über Dantes Staatslehre promoviert wurde[2]. Der eigenem Bekunden zufolge religiös indifferente Kelsen trat 1905, um sich eine akademische Karriere nicht zu verbauen, zum römisch-katholischen Glauben, 1912 kurz vor seiner Heirat mit Margarete Bondi wie diese wiederum zum evangelischen Glauben (Augsburger Bekenntnis) über[3]. Den Grundstein für seinen wissenschaftlichen Ruhm legte er dann 1911 mit der Habilitationsschrift[4]. Das grundlegend Neue dieser Arbeit blieb den Zeitgenossen nicht verborgen[5], und in den nächsten Jahrzehnten erarbeitete Kelsen mit einer Vielzahl von Einzelpublikationen eine vollständige Neukonzeption der Rechtswissenschaft, die in dem 1934 erschienenen und „Reine Rechtslehre" betitelten Werk ihre erste gültige Zusammenfassung finden sollte[6]. Doch liegen zwischen diesen beiden Jahreszahlen (1911, 1934) nicht nur wesentliche weltgeschichtliche Ereignisse, sondern auch wichtige Etappen im Leben und im Wirken Kelsens. Während des Ersten Weltkrieges war er krankheitsbedingt im Kanzleidienst tätig, vor allem im Kriegsministerium, wo er zuletzt als Referent des Kriegsministers Stöger-Steiner als Verfassungsexperte wirkte[7].

---

von Hans Kelsen am 11. Oktober 2006, hrsgg. von M. Jestaedt in Kooperation mit dem Hans Kelsen-Institut, 2006 (dort S. 97 ff. eine detaillierte Chronik). – Die drei Festschriften: Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift, Hans Kelsen zum 50. Geburtstage gewidmet, hrsgg. v. A. Verdroß, 1931; Law, State, and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen, Knoxville 1964; Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag, hrsgg. v. A. Merkl, 1971.

[2] H. Kelsen, Die Staatslehre des Dante Alighieri, 1905.

[3] Hintergrund: In Österreich gab es das Institut der Zivilehe erst ab 1938. Zuvor galten also die Regeln der jeweiligen Konfession. Nach katholischem Kirchenrecht waren Scheidung und Zweitehe ausgeschlossen. Mit der Zugehörigkeit zum evangelischen Bekenntnis hielt man sich diese Möglichkeiten offen.

[4] H. Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 1911 (2., um eine Vorrede vermehrte Auflage 1923).

[5] Siehe nur die Rezension von F. Caro, in: Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich 36 (1912), S. 1928 ff.

[6] H. Kelsen, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, 1934 (nachfolgend abgekürzt zitiert: RR[1]). – Zur Entwicklung seiner Lehre in diesen beiden Jahrzehnten eingehend M. Jestaedt, Von den „Hauptproblemen" zur Erstauflage der „Reinen Rechtslehre", in: R. Walter/W. Ogris/T. Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit, 2009, S. 113 ff.

[7] Detailliert zu dieser Lebensphase J. Busch, Hans Kelsen im Ersten Weltkrieg. Achsenzeit einer Weltkarriere, in: Walter/Ogris/Olechowski (Fn. 6), S. 57 ff.

Staatskanzler Dr. Karl Renner zog ihn 1918 zur Mitarbeit am Entwurf einer neuen Verfassung heran. Kelsens verbreitete Charakterisierung als (gar alleiniger) „Schöpfer" der österreichischen Bundesverfassung von 1920 geht sicher zu weit; man wird seiner Bedeutung eher gerecht, wenn man ihn als einen der wesentlichen Mitgestalter oder vielleicht als Architekten dieses Staatsgrundgesetzes apostrophiert[8]. Eine zentrale Rolle hat er zweifelsohne bei der Etablierung einer Verfassungsgerichtsbarkeit gespielt, und zwar in Gestalt eines besonderen, institutionell verselbständigten Gerichtshofes mit der Kompetenz zur abstrakten und konkreten Normenkontrolle von Landes- und Bundesgesetzen[9]. Diesem Verfassungsgerichtshof gehörte er dann auf einen überparteilichen Vorschlag hin seit 1920 als „auf Lebenszeit" gewählter Richter (und einer der wenigen ständigen Referenten) an[10]. Freilich führten in der zweiten Hälfte der 1920er Jahre eskalierende politische Konflikte dazu, daß es bei der Bestellung auf Lebenszeit nicht blieb. Stein des Anstoßes vor allem für die konservativen Kräfte war die maßgeblich von Kelsen geprägte und verantwortete liberale Haltung des Gerichtshofs in der Frage der sog. Dispensehen[11]. In der Folge kam es zu einer unter der Flagge der Entpolitisierung segelnden Ablösung aller Verfassungsrichter; für eine Neuwahl (allein) auf Vorschlag der SPD stand Kelsen nicht zur Verfügung.

Auch in seinem akademischen Hauptamt kam es zu maßgeblichen Veränderungen. Er war seit 1919 als Nachfolger seines akademischen Lehrers, Edmund Bernatzik, ordentlicher Professor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien; mit einigen seiner Kollegen hatte er sich in

---

[8] Vertiefend und differenziert hierzu G. Schmitz, Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung, Wien 1981; F. Ermacora, Die österreichische Bundesverfassung und Hans Kelsen, 1982; G. Stourzh, Hans Kelsen, die österreichische Bundesverfassung und die rechtsstaatliche Demokratie (1982), in: ders., Wege zur Grundrechtsdemokratie, 1989, S. 309 ff.; T. Olechowski, Der Beitrag Hans Kelsens zur österreichischen Bundesverfassung, in: Walter/Ogris/Olechowski (Fn. 6), S. 211 ff.

[9] Statt vieler Olechowski, Beitrag (Fn. 8), S. 227 m. w. N. – Die Konzentration der Prüfung von Gesetzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit auf ein speziell dafür geschaffenes Gericht wird auch als „österreichisches Modell" bezeichnet; s. nur T. Öhlinger, Die Entstehung und Entfaltung des österreichischen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: FS Ludwig Adamovich, 2002, S. 581 ff.

[10] Zu seinem Wirken R. Walter, Hans Kelsen als Verfassungsrichter, 2005.

[11] Speziell zu dieser Problematik eingehend C. Neschwara, Kelsen als Verfassungsrichter. Seine Rolle in der Dispensehen-Kontroverse, in: S. L. Paulson/M. Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen: Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, 2005, S. 353 ff.; ders., Hans Kelsen und das Problem der Dispensehen, in: Walter/Ogris/Olechowski (Fn. 6), S. 249 ff.

jenen Jahren zum Teil heftige wissenschaftliche Dispute geliefert[12]. Zudem dürften ihn die Anwürfe speziell aus katholischen Kreisen sowie die allgemein wachsende antisemitische Stimmung bedrückt haben. So nimmt er denn am 15. Oktober 1930 den Ruf auf den Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Allgemeine Staatslehre und Rechtsphilosophie der Universität Köln (damals nach Berlin die zweitgrößte Preußens) an – ganze acht Monate nach seiner Entsetzung als Richter des Verfassungsgerichtshofs. Ungeachtet der auch bei dieser Berufung nicht ausgebliebenen Querelen[13] folgt eine wissenschaftlich fruchtbare und befriedigende Phase[14]. Sie endet jäh. Während seiner Amtszeit als Dekan wird er am 12. April 1933 als einer der ersten Betroffenen auf Grund des „Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums" vom 7. April 1933 entlassen, wovon er aus der Zeitung erfährt[15]. Es folgen schwierige Jahre. Zunächst lehrt er in Genf am „Institut universitaire des hautes études internationales", ab 1936 hat er dann zusätzlich das Ordinariat für Völkerrecht an der Deutschen Universität in Prag inne, wo es jedoch bald zu antisemitischen Propagandaaktionen der Studentenschaft kommt, so daß seine dortige Lehrtätigkeit mit dem Ende des Wintersemesters 1937/38 endet[16]. Nach dem Ausbruch des Zweiten Weltkrieges emigriert er, mittlerweile 60jährig und der englischen Sprache kaum mächtig, im Juni 1940 in die USA[17]. Dort kann er

---

[12] H. Kelsen, Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der „Rechtsdogmatik", in: ÖZöR 3 (1922), S. 103–235; ders., Der Staat als Übermensch. Eine Erwiderung, 1926; ders., Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, 1928. – Eingehend zu diesen und anderen Konflikten A.-J. Korb, Kelsens Kritiker, 2010, insb. S. 77 ff.

[13] Zur langen Vorgeschichte und den Debatten B. Heimbüchel, Die neue Universität. Selbstverständnis – Idee und Verwirklichung, in: ders./K. Pabst, Kölner Universitätsgeschichte, Bd. II: Das 19. und 20. Jahrhundert, 1988, S. 453 ff.; B. Rüthers, Universität im Umbruch. Hans Kelsen und Carl Schmitt in Köln 1933, in: AnwBl. 1990, S. 490 ff.; O. Lepsius, Hans Kelsen und der Nationalsozialismus, in: Walter/Ogris/Olechowski (Fn. 6), S. 271 ff. (275 ff.).

[14] Eindrucksvolle Schilderung Kelsens als akademischer Lehrer im Hörsaal aus der Sicht eines Studenten: Hans Mayer, Ein Deutscher auf Widerruf. Erinnerungen I, 1982, S. 148 ff.

[15] Vgl. F. Golczewski, Kölner Universitätslehrer und der Nationalsozialismus, 1988, S. 114 ff. (118 ff.); Lepsius, Hans Kelsen und der Nationalsozialismus (Fn. 13), S. 271 ff. – Kelsen schildert das in seiner Autobiographie: Kelsen im Selbstzeugnis (Fn. 1), S. 82. – Zur Nachgeschichte des Kampfes um seine Pension detailliert Lepsius, ebd., S. 279 f.

[16] Zu dieser Phase J. Osterkamp, Hans Kelsen in der Tschechoslowakei, in: Walter/Ogris/Olechowski (Fn. 6), S. 305 ff.

[17] Näher J. Feichtinger, Transatlantische Vernetzungen. Der Weg Hans Kelsens

zunächst als Lecturer an der Harvard Law School, zwei Jahre später als Lecturer in Political Science in Berkeley unterkommen, wo er bis an sein Lebensende blieb. Von 1945 bis zu seiner Emeritierung 1952 wirkt er als Full Professor am Political Science Department in Berkeley für „International law, jurisprudence, and origin of legal institutions". Seine Abschiedsvorlesung widmet er der Frage der Gerechtigkeit[18]. Die Zeit der Pensionierung ist gekennzeichnet durch unvermindert rege und intensive wissenschaftliche Tätigkeit bei gleichzeitiger Pflege internationaler Kontakte. Vielfache Ehrungen und Einladungen führen ihn rund um die Welt, auch nach Deutschland und Österreich, ohne ihn dort in irgendeiner Weise wieder heimisch werden zu lassen. Seine Heimat war einzig die Wissenschaft. Im hohen Alter von über 90 Jahren stirbt er am 19. April 1973 in der Nähe von Berkeley und folgt damit seiner wenige Monate zuvor verschiedenen Frau Margarete nach, mit der er über 60 Jahre verheiratet war.

II. Das Lebenswerk: Die Reine Rechtslehre

Zeit seines Lebens hat Kelsen an einer Theorie des Rechts gearbeitet, der er im Laufe der Jahre den Namen „Reine Rechtslehre" gegeben hat. Grundgelegt wurde sie in seiner Habilitation von 1911, sodann in zahlreichen Aufsätzen und Monographien fortentwickelt[19], monographisch in der ersten Auflage von 1934 und der im Umfang mehr als vervierfachten Auflage von 1960 in eine konsolidierte Gestalt gebracht[20], ohne daß er danach seine Bemühungen um weitere Verbesserung, Korrektur oder Vertiefung seines Konzepts eingestellt hätte. Nur folgerichtig befaßt sich Kelsens letzte zu Lebzeiten publizierte Veröffentlichung in sehr detaillierter Weise mit kritischen Einwänden gegenüber seiner Lehre[21]. Auch nach 1960 hat er an seinem Theoriegebäude kleinere und größere Umbauten vorgenommen. Davon legt insbesondere die postum erschienene Studie über eine

---

und seines Kreises in die Emigration, in: Walter/Ogris/Olechowski (Fn. 6), S. 321 ff. (327 ff.).

[18] H. Kelsen, Was ist Gerechtigkeit?, 1953. Dazu (mit diesem Titel) etwa G. Nogueira Dias, in: ZöR 57 (2002), S. 63 ff. (76 ff., 84 ff.).

[19] H. Kelsen, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 1920 (2. Aufl. 1928); ders., Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, 1922 (2. Aufl. 1928); ders., Allgemeine Staatslehre, 1925.

[20] H. Kelsen, Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 1960 (im folgenden: RR²).

[21] H. Kelsen, Die Problematik der Reinen Rechtslehre, in: ÖZöR 18 (1968), S. 143 ff.

allgemeine Normentheorie[22] Zeugnis ab, die zu einigen, zum Teil als gravierend einzuschätzenden Revisionen bestimmter Theorieelemente geführt hat[23]. Im folgenden kann es nur holzschnittartig um zentrale Aspekte und wesentliche Grundzüge gehen.

1. Das Wissenschaftsprogramm

Mit der Reinen Rechtslehre intendiert Kelsen, wie es im Vorwort zur ersten Auflage programmatisch heißt, die „Jurisprudenz auf die Höhe einer echten Wissenschaft, einer Geistes-Wissenschaft zu heben" und die Rechtswissenschaft dem „Ideal aller Wissenschaft, Objektivität und Exaktheit, soweit als irgend möglich anzunähern"[24]. Gefährdungspotential für dieses Wissenschaftsprogramm[25] erblickt Kelsen zum einen in der Vermengung von Aussagen über das Recht mit (rechts-)politischen Auffassungen und persönlichen Wertungen bis hin zu der tief eingewurzelten „Gewohnheit, im Namen der Wissenschaft vom Recht […] politische Forderungen zu vertreten". Die Nähe zu Max Webers Konzept der Werturteilsfreiheit ist unverkennbar[26]. Genauso wie jener erhebt er insofern nicht die Forderung, auf Werturteile zu verzichten, sondern lediglich, wissenschaftliche Aussagen und politische Meinung voneinander zu trennen[27]. Und ebensowenig wie

---

[22] H. Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, hrsgg. v. K. Ringhofer und R. Walter, 1979.

[23] Kelsens Spätwerk wirft zum Teil sehr intrikate Fragen auf, die keineswegs einheitlich eingeschätzt oder gar beantwortet werden. Im Kern geht es um die Erfassung von Normenkonflikten und die Anwendung logischer Schlußregeln auf Normenordnungen. Zur Problematik aus jüngerer Zeit etwa E. Wiederin, Das Spätwerk Kelsens, in: Walter/Ogris/Olechowski (Fn. 6), S. 351 ff.; C. Jabloner, Der Rechtsbegriff bei Hans Kelsen, in: S. Griller/H.P. Rill (Gesamtredaktion), Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung, 2011, S. 21 ff. (28, 33 ff.); S.L. Paulson, Kelsen's Radical Reconstruction of the Legal Norm, in: Gesellschaft und Gerechtigkeit. Festschrift für Hubert Rottleuthner, 2011, S. 101 ff. – Auf keinen Fall aber hat Kelsen im hohen Alter dem Dualismus von Sein und Sollen abgeschworen, wie gelegentlich behauptet worden ist; siehe H. Dreier, Benedikt XVI. und Hans Kelsen, in: JZ 2012, S. 1151 ff.

[24] Kelsen, RR[1] (Fn. 6), S. III.

[25] H. Dreier, Hans Kelsens Wissenschaftsprogramm, in: H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007, S. 81 ff. (im vorliegenden Band S. 27 ff.).

[26] H. Dreier, Max Webers Postulat der Wertfreiheit in der Wissenschaft und die Politik, in: H. Dreier/D. Willoweit (Hrsg.), Wissenschaft und Politik, 2010, S. 35 ff. (im vorliegenden Band S. 345 ff.).

[27] Deutlich H. Kelsen, Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre, in: JW 1929, S. 1723 ff. (1724). Klare, wissenschaftlich aber unhaltbare Gegenposition bei

jener leugnet Kelsen keineswegs die politischen, ökonomischen, sozialen und sonstigen Kausalfaktoren bei der Entstehung und Durchsetzung des Rechts[28]. Kelsen propagiert nicht die Reinheit des Rechts im Sinne seiner illusionären Enthobenheit von realen gesellschaftlichen Prozessen. Gefordert wird vor dem Hintergrund eines in neukantianischer Tradition[29] scharf herausgearbeiteten Dualismus von Sein und Sollen vielmehr die Reinheit der rechtswissenschaftlichen Behandlung des Rechts. Die Reine Rechtslehre will nicht Lehre des reinen (guten, richtigen, gerechten) Rechts, sie will vielmehr reine (unverfälschte, objektive) Lehre des Rechts sein[30]. Die Entpolitisierungsforderung bezieht sich allein auf die Wissenschaft vom Recht, nicht auf das Recht selbst, um dessen wertungsabstinente Rekonstruktion und Darstellung es geht.

Bei der Bewältigung dieser Aufgabe befindet sich Kelsen in einer doppelten Frontstellung[31] einerseits gegenüber den Kausalwissenschaften, insbesondere der Rechtssoziologie, andererseits gegenüber allen Strömungen, die das positive Recht einer höheren, nichtjuristischen Normsphäre unterwerfen wollen, wie das vor allem für das Naturrecht gilt. Kelsen hält auf der einen Seite die Sollensdimension des Rechts gegen alle Versuche fest, rechtswissenschaftliche Normbeschreibung durch Explikation kausaler Zusammenhänge zu ersetzen oder zu verdrängen. „Die Faktizität sagt juristisch eben gar nichts."[32] Das Recht ist ein normatives Deutungsschema realer Vorgänge, das diesen einen bestimmten Sinn verleiht. Deswegen lehnt Kelsen auch „realistische" Konzeptionen ab, die – wie beispielsweise

---

Smend, für den Erkennen, Bekennen und Wollen eine untrennbare Einheit bilden: vgl. Dreier, Wissenschaftsprogramm (Fn. 25), S. 85 f. (im vorliegenden Band S. 32 f.); S. Korioth, Kelsen im Diskurs – Die Weimarer Jahre, in: M. Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre, 2013, S. 29 ff. (36, 40, 44).

[28] Siehe nur Kelsen, Allgemeine Staatslehre (Fn. 19), S. 21.

[29] Die genaue Bestimmung des Verhältnisses Kelsens zum Neukantianismus ist ein (großes und kompliziertes) Thema für sich. Siehe etwa H. Dreier, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen (1986), 2. Aufl. 1990, S. 56 ff., 83 ff.; umfassende Erörterungen zum Gesamtkomplex bei R. Alexy u.a. (Hrsg.), Neukantianismus und Rechtsphilosophie. Mit einer Einleitung von S.L. Paulson, 2002, darin insb. die Beiträge von R. Alexy, C. Heidemann und S.L. Paulson (S. 179 ff., 203 ff., 223 ff.). Siehe noch S. Uecker, Vom Reinheitspostulat zur Grundnorm, 2006; A. Carrino, Das Recht zwischen Reinheit und Realität, 2011.

[30] Prägnant H. Kelsen, Was ist die Reine Rechtslehre?, in: H. Klecatsky/R. Marcic/H. Schambeck (Hrsg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdroß, Bd. I, 1968, S. 611 ff. (620).

[31] Dazu näher Dreier, Rechtslehre (Fn. 29), S. 27 ff.

[32] Kelsen, Problem der Souveränität (Fn. 19), S. 71.

der skandinavische Rechtsrealismus[33] – die Sollenskomponente letztlich leugnen bzw. in psychische Zwangsvorstellungen auflösen wollen. Speziell der Rechtssoziologie wird freilich die Existenzberechtigung nicht abgesprochen, doch besteht Kelsen auf klarer Abgrenzung der verschiedenen Disziplinen mit entsprechendem Bewußtsein für deren je spezifische Methoden sowie ihre unterschiedliche Erklärungsweite und -richtung. „Rechts- und Staatssoziologie sind durch Kelsens Theorie nicht ausgeschlossen, sie sind nur als Soziologie zu betreiben."[34]

Komplettiert wird das Bemühen um die Reinheit rechtswissenschaftlicher Erkenntnis durch die Ablehnung des Naturrechts. Ungeachtet der Vielfalt von Aussagen und Argumenten, die Kelsen im Laufe seiner lebenslangen Auseinandersetzung mit dem Naturrecht vorgebracht hat, steht auch hier der Gedanke im Vordergrund, das Erkenntnisobjekt so klar wie möglich zu erfassen. Resultierte die Gefährdung durch die Kausalwissenschaften aus einem drohenden Verlust der Sollenssphäre, so resultiert sie nun aus der Überlagerung der Rechtssphäre durch eine andere, als höherrangig angesehene Sollenssphäre eines wie auch immer näher begründeten und ausgeformten Naturrechts. Einer solchen Vermengung normativer Welten und Systeme hält Kelsen die Position entgegen, daß die Rechtswissenschaft das positive, vom Menschen gesetzte Recht ohne relativierende oder korrigierende Beimischung anderer Normensysteme zu erkennen und zu erfassen habe, worin zugleich ein Antidot gegen ideologische Aufladungen des Rechts gesehen wird[35]. Es geht, dem Objektivitätsideal der

---

[33] J. Bjarup, Skandinavischer Rechtsrealismus, 1978; M. Schmidt, Reine Rechtslehre versus Rechtsrealismus, in: R. Walter (Hrsg.), Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre, 1992, S. 137 ff.

[34] C. Möllers, Staat als Argument, 2000, S. 56; zum Gedanken der Arbeitsteilung noch O. Lepsius, Die Wiederentdeckung Weimars durch die bundesdeutsche Staatsrechtslehre, in: C. Gusy (Hrsg.), Weimars lange Schatten – „Weimar" als Argument nach 1945, 2003, S. 354 ff. (359). – Kelsen selbst hat etwa sehr klare „richtersoziologische" Aussagen über die Einstellung der Richter zur Weimarer Republik getroffen: siehe seine Diskussionsbemerkung in VVDStRL 3 (1927), S. 53 ff. – Zur notorischen, von wechselseitigen Mißverständnissen nicht freien Debatte Kelsens mit Eugen Ehrlich siehe S.L. Paulson (Hrsg.), Hans Kelsen und die Rechtssoziologie, 1992; K. Lüderssen, Hans Kelsen und Eugen Ehrlich, in: Paulson/Stolleis (Fn. 11), S. 264 ff. m.w.N.

[35] Siehe nur Kelsen, RR[1] (Fn. 6), S. 38: „Ihre anti-ideologische Tendenz bewahrt die Reine Rechtslehre darin, daß sie die Darstellung des positiven Rechts von jeder Art naturrechtlicher Gerechtigkeitsideologie zu isolieren sucht. Die Möglichkeit der Geltung einer über dem positiven Recht stehenden Ordnung bleibt für sie außer Diskussion. Sie beschränkt sich auf das positive Recht und verhindert so, daß die Rechtswissenschaft es für eine höhere Ordnung ausgebe oder aus einer solchen die

Wissenschaft entsprechend, um das Recht, wie es ist, nicht, wie es sein sollte. Rechtswissenschaft soll das Recht weder billigen noch mißbilligen, sondern erkennen und beschreiben[36]. Auch das fehlerhafte, unsittliche Recht gehört dem Normensystem Recht an und kann – und muß unter Umständen – vom Standpunkt der Ethik und der Moral kritisiert werden. Die Qualifizierung einer effektiven Zwangsordnung menschlichen Verhaltens als Rechtsordnung sagt Kelsen zufolge über deren Dignität und Anerkennungswürdigkeit nichts aus, schon gar nicht ziehen die Rechtsnormen eine Gehorsamspflicht nach sich[37]. Die Frage, ob das Recht zu befolgen ist oder ob man dagegen revoltieren sollte, kann nicht vom positiven Recht selbst beantwortet werden. Diese Antwort überläßt die Reine Rechtslehre der autonomen Entscheidung eines jeden Einzelnen und seiner religiösen, weltanschaulichen, politischen oder sonstwie geprägten Werthaltung.

2. *Die Grundnorm*

Kelsens doppelte Frontstellung gegen die Okkupation der Rechtswissenschaft durch die Kausalwissenschaften einerseits, die Subordination unter ein Naturrecht andererseits wirft die schwierige Frage nach dem verbleibenden Geltungsgrund für das Recht auf, wenn dieser weder in der puren Faktizität einer effektiven Zwangsordnung noch in der Legitimation durch überpositive Normen gefunden werden kann. Hier kommt die in mancherlei Bedeutungsvarianten schillernde Figur der Grundnorm[38] ins

---

Rechtfertigung des Rechts hole; oder daß die Diskrepanz zwischen einem irgendwie vorausgesetzten Gerechtigkeitsideal und dem positiven Recht zu einem juristischen Argument gegen dessen Geltung mißbraucht werde." Zu Kelsen als Ideologiekritiker vgl. einige Beiträge in: W. Krawietz/E. Topitsch/P. Koller (Hrsg.), Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 1982.

[36] Nachdrücklich Kelsen, RR^2 (Fn. 20), S. 70 f.

[37] Hierzu und zum folgenden ausführlich Dreier, Rechtslehre (Fn. 29), S. 179 ff., 228 ff.; in aller Kürze R. Walter, Hans Kelsens Rechtslehre, 1999, S. 12. – Besonders deutlich Kelsen, RR^2 (Fn. 20), S. 441 f.

[38] Siehe exemplarisch, aber nicht erschöpfend: Kelsen, RR^2 (Fn. 20), S. 196 ff. – Die Sekundärliteratur dazu ist abundant. Vgl. etwa Dreier, Rechtslehre (Fn. 29), S. 27 ff., 42 ff., 86 ff., 128 ff.; R. Thienel, Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz, 1991, S. 100 ff.; R. Walter, Entstehung und Entwicklung des Gedankens der Grundnorm, in: ders. (Hrsg.), Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre, 1992, S. 47 ff.; S. L. Paulson, Die unterschiedlichen Formulierungen der „Grundnorm", in: Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag, 1993, S. 53 ff.; C. Heidemann, Die Norm als Tatsache. Zur Normentheorie Hans

Spiel, die als – von Kelsen teils als hypothetisch, teils als fiktiv gedeutete – Annahme gewissermaßen die Last der Normativitätsstiftung zu tragen hat. Nur durch ihre Zugrundelegung wird es möglich, eine effektive, faktisch wirksame staatliche Zwangsordnung als Rechtsordnung zu betrachten und das Recht als Deutungsschema für reale Vorgänge anzuwenden[39]. Da aber für den Wertrelativisten Kelsen[40] die Verbindlichkeit von Rechtsnormen in einer weltanschaulich pluralen Welt nicht mehr objektiv und allgemeingültig begründet werden kann, bietet die Grundnorm zwar einen letzten, aber keinen festen Halt: denn ihre Annahme beruht auf einer keinesfalls zwingenden Entscheidung des Rechtsbetrachters. Man kann die jeweilige staatliche Rechtsordnung auch schlicht als bloß faktisch überlegenes Macht- und Gewaltaggregat, als große Räuberbande im Sinne des Augustinus ansehen.

3. Die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung

Neben die normativitätsstiftende Funktion tritt die einheitsstiftende Funktion der Grundnorm, die als gleichsam höchster Abschlußpunkt (*apex norm*) des Stufenbaus der Rechtsordnung fungiert[41]. Die wesentlich auf Adolf Merkl zurückgehende Stufenbaulehre rückt das Phänomen der Selbsterzeugung (und Selbstvernichtung) des Rechts in einem interdependenten Normenkosmos als Abfolge stufenweise zunehmender Konkretisierung ins Bewußtsein[42]. Die Rechtsnormen stehen demgemäß in einem wechselseitigen Delegations- und Ableitungszusammenhang. Die

---

Kelsens, 1997, S. 90 ff., 144 ff., 208 ff., 348 ff.; U. Bindreiter, Why Grundnorm?, 2002.

[39] Kelsen, RR[1] (Fn. 6), S. 66.

[40] Dazu näher H. Dreier, Joh 18, Wertrelativismus und Demokratietheorie, in: Reflexionen über Demokratie und Recht. Festakt aus Anlass des 60. Geburtstages von Clemens Jabloner, 2009, S. 13 ff. (18 ff.).

[41] Zur Stufenbaulehre vgl. Kelsen, RR[2] (Fn. 20), S. 228 ff.; aus der umfänglichen Sekundärliteratur m.w.N. etwa Dreier, Rechtslehre (Fn. 29), S. 129 ff.; Heinz Mayer, Die Theorie des rechtlichen Stufenbaus, in: Walter, Schwerpunkte (Fn. 33), S. 37 ff.; M. Borowski, Die Lehre vom Stufenbau nach Adolf Julius Merkl, in: Paulson/Stolleis (Fn. 11), S. 122 ff.; kritisch P. Koller, Zur Theorie des rechtlichen Stufenbaues, ebd., S. 106 ff.; A. Jakab, Probleme der Stufenbaulehre, in: ARSP 91 (2005), S. 334 ff.; weitere Nachweise aus der neueren Literatur bei Dreier, Wissenschaftsprogramm (Fn. 25), S. 107 f. (im vorliegenden Band S. 58 f.); nachzutragen ist E. Wiederin, Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkls, in: Griller/Rill, Rechtstheorie (Fn. 23), S. 81 ff.

[42] Sehr plastisch Kelsen, RR[1] (Fn. 6), S. 63 ff.

Geltung einer Norm läßt sich nur aus der Geltung einer höheren Norm herleiten. Dabei reduziert die Reine Rechtslehre die Rechtsordnung nicht auf generelle Normen einschließlich des Gewohnheitsrechts, sondern begreift sie als Gesamtheit der auf den verschiedenen Rechtsebenen erzeugten Rechtsakte: von der Verfassung über Gesetze und Verordnungen bis hin zu richterlichen Urteilen, behördlichen Entscheidungen oder den zwischen Privatpersonen geschlossenen Verträgen (*lex contractus*)[43]. Ein einheitliches System formen die mannigfachen positivrechtlichen Normen allein dadurch, daß sie auf denselben letzten Geltungsgrund, die gedachte Grundnorm, verweisen.

Dieses theoretische Gesamtarrangement von disziplinärem Selbstand der Rechtswissenschaft, neukantianisch-wertrelativistischer Geltungsbegründung und Stufenbaulehre zeitigt konkrete Folgen für Kelsens Positionierung in Fragen der Interpretationslehre, der Verfassungsgerichtsbarkeit und des Staatsverständnisses.

III. Interpretationslehre und Verfassungsgerichtsbarkeit

Der Zusammenhang zwischen der Stufenbaulehre und der Interpretationstheorie Kelsens[44] liegt auf der Hand. Denn wenn es jeweils höhere und niedrigere Stufen der Normerzeugung mit unterschiedlichem Konkretisierungsgrad gibt, dann ist unmittelbar evident, daß die höherrangigen Normen wie etwa die Bestimmungen der Verfassung über Inhalt, Form und Verfahren der Gesetzgebung die darunter liegende Normerzeugung, also die vom Parlament beschlossenen Gesetze selbst, nicht vollständig determinieren, sondern nur in gewisser formeller und materieller Weise vorstrukturieren, ihnen gleichsam einen Rahmen geben kann. Und was für das Verhältnis von Verfassung und Gesetz gilt, gilt Kelsen zufolge auch für die weiteren Stufen, etwa für die Verordnunggebung, die sich im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben halten muß, oder noch stärker für die Anwendung des Gesetzes auf einen Einzelfall. Abstrakter gesprochen:

„Das Verhältnis zwischen einer höheren und einer niederen Stufe der Rechtsordnung, wie zwischen Verfassung und Gesetz oder Gesetz und richterlichem

[43] Eingängige Darstellung bei Kelsen, RR[1] (Fn. 6), S. 62 ff., 73 ff.; ders., RR[2] (Fn. 20), S. 228 ff.

[44] Siehe Kelsen, RR[1] (Fn. 6), S. 90 ff.; ders., RR[2] (Fn. 20), S. 346 ff. – Dazu Dreier, Rechtslehre (Fn. 29), S. 145 ff.; Thienel, Rationalismus (Fn. 38), S. 133 ff., 168 ff.; Heinz Mayer, Die Interpretationstheorie der Reinen Rechtslehre, in: Walter, Schwerpunkte (Fn. 33), S. 61 ff.

Urteil, ist eine Relation der Bestimmung oder Bindung; die Norm höherer Stufe regelt […] den Akt, durch den die Norm tieferer Stufe erzeugt wird […]. Diese Bestimmung ist aber niemals eine vollständige. Die Norm höherer Stufe kann den Akt, durch den sie vollzogen wird, nicht nach allen Richtungen hin binden. Stets muß ein bald größerer, bald geringerer Spielraum freien Ermessens bleiben, so daß die Norm höherer Stufe im Verhältnis zu dem sie vollziehenden Akt der Normerzeugung oder Vollstreckung immer nur den Charakter eines durch diesen Akt auszufüllenden Rahmens hat."[45]

Daraus ergibt sich zwingend, daß es bei der interpretatorischen Anwendung einer Norm eine einzige richtige Entscheidung nicht geben kann, woraus wiederum folgt, daß die nicht selten anzutreffende Einordnung Kelsens als Vertreter der Begriffsjurisprudenz vollständig in die Irre geht[46]. Er selbst hat sich aufgrund seiner ausgeprägten Skepsis gegenüber der disziplinierenden Kraft der gängigen Interpretationsmethoden eher der Freirechtsschule zugeordnet[47]. Jedenfalls ist für ihn klar, daß jeder Rechtsanwendungsvorgang auch und zugleich ein Rechtserzeugungsvorgang ist, in dem – in unterschiedlicher Mischung der Bestandteile – volitive und kognitive Elemente zusammentreffen. Interpretation ist somit teils Erkenntnis, teils Willensakt, Kognition und Dezision zugleich, was Adolf Merkl in das plastische Bild vom „doppelten Rechtsantlitz" gekleidet hat[48]. Vorstellungen von Rechtsanwendung als einem mechanischen, sich sozusagen automatenhaft vollziehenden Vorgang sind ihm ebenso fremd wie der Mythos von der einen, einzig richtigen Entscheidung. Von einem simplen Subsumtionsschluß oder von Interpretation als einem Akt reiner Logik kann bei ihm keine Rede sein. Ganz im Gegenteil öffnet Kelsen das Tor weit für das subjektive, von Werturteilen geprägte Ermessen des jeweiligen Rechtsanwenders, der eben immer zugleich auch Rechtsschöpfer ist[49]. Mit

---

[45] Kelsen, RR[1] (Fn. 6), S. 90 f.

[46] Ausführlicher als hier H. Dreier, Zerrbild Rechtspositivismus, in: Vom praktischen Wert der Methode. Festschrift Heinz Mayer zum 65. Geburtstag, 2011, S. 61 ff. (84 ff.) (im vorliegenden Band S. 307 ff. [336 ff.]).

[47] Kelsen, Formalismus (Fn. 27), S. 1726. – Zur Ablehnung der Begriffsjurisprudenz Kelsen, RR[1] (Fn. 6), S. 99 f.; ders., RR[2] (Fn. 20), S. 353.

[48] A. Merkl, Das doppelte Rechtsantlitz, in: Juristische Blätter 1918, S. 425 ff., 444 ff., 463 ff.

[49] Gerade daß Kelsen hier kaum taugliche Disziplinierungsmöglichkeiten der konkreten Praxis durch die Rechtswissenschaft, etwa durch eine elaborierte juristische Methodik, sieht, hat ihm die Kritik eingetragen, Auslegungsnihilist zu sein. Wenn das auch vielleicht etwas zu weit geht, wird man auf jeden Fall festhalten müssen, daß seine Lehre für die konkreten Probleme der Rechtsanwendung nichts austrägt (näher Dreier, Rechtslehre [Fn. 29], S. 148 ff.). Das trifft allerdings auf die anderen drei des berühmten Weimarer Staatsrechtslehrerquartetts (außer Kelsen noch Schmitt, Smend

der Unterscheidung zwischen authentischer und rechtswissenschaftlicher Interpretation wird einerseits die geringe Bedeutung, die Kelsen der Wissenschaft für die konkrete Rechtspraxis beimißt, evident, andererseits der politische Charakter des Handelns der Rechtsanwender, zuvörderst der Richter, offengelegt, die sich nicht länger hinter der Vorstellung wertfreier, unpolitischer Normanwendung verschanzen können[50].

Auch zwischen Stufenbaulehre und Kelsens Konzeption einer Verfassungsgerichtsbarkeit als einer Normprüfungsinstanz besteht ein evidenter Zusammenhang, den er bei seinem Wiener Staatsrechtslehrervortrag deutlich expliziert hat[51]. Wenn die Frage der Konformität eines Rechtsaktes oder einer Norm mit den Vorgaben einer ranghöheren Norm juristischer Überprüfung zugänglich ist und wenn es insbesondere der Idee des Rechtsstaates entspricht, gemäß dem tradierten Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung das Handeln der Verwaltung gerichtlich auf Übereinstimmung mit den förmlichen Gesetzen hin überprüfen zu können – dann gibt es keinen prinzipiellen Grund, die Gesetze ihrerseits als Normen einer höheren, aber wiederum unter der Verfassung stehenden Stufe von einer solchen, strukturell gleichen Prüfung auszunehmen. Die in der politischen Diskussion der Weimarer Zeit außerordentlich umstrittene gerichtliche Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von (Reichs-)Gesetzen[52]

---

und Heller) genauso zu. – Skizze einer den Normbindungs- wie den Normsetzungsaspekt integrierenden „Rechtsgewinnungstheorie" bei M. Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 279 ff.

[50] Zum Vorstehenden eingehender Dreier, Wissenschaftsprogramm (Fn. 25), S. 109 ff. (im vorliegenden Band S. 61 ff.). – Treffend M. Jestaedt, Einleitung, in: Hans Kelsen im Selbstzeugnis (Fn. 1), S. 1 ff. (2): Es handelt sich um einen „doppelten Tabubruch": Kelsen „zieht der eigenen Disziplin den Schleier weg, hinter dem diese ungestört politisieren kann, und er nimmt den Rechtserzeugungsorganen umgekehrt die Möglichkeit, sich auf vorgeschobene recht(swissenschaft)liche Bindungen herauszureden, wo politische Entscheidungen zu verantworten sind." Desgleichen U. Lembke, Weltrecht – Demokratie – Dogmatik. Kelsens Projekte und die Nachwuchswissenschaft, in: Jestaedt, Staatsrechtslehre (Fn. 27), S. 223 ff. (238).

[51] Vgl. Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 5 (1929), S. 30 ff.; zur Sache H. Wendenburg, Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit der Staatslehre in der Weimarer Republik, 1984, S. 129 ff.; R. Walter, Die mitteleuropäische Verfassungsgerichtsbarkeit und die Reine Rechtslehre, in: Österreichische Richterzeitung 1993, S. 266 ff. – Zur Wiener Staatsrechtslehrertagung 1928 T. Olechowski, Hans Kelsen als Mitglied der Deutschen Staatsrechtslehrervereinigung, in: Jestaedt, Staatsrechtslehre (Fn. 27), S. 11 ff. (14 ff.).

[52] Wendenburg, Debatte (Fn. 51), S. 130 ff. (dort S. 133 ff. auch der richtige Hinweis darauf, daß Kelsen immer für möglichst präzise Normen als Kontrollmaßstäbe

erscheint auf einsichtige und geradezu elegante Art und Weise funktionell als gedanklich zwingende Komplettierung der (allgemein akzeptierten) Überprüfung von Verwaltungsakten auf ihre Übereinstimmung mit dem Gesetz. Neben die Verwaltungsgerichtsbarkeit tritt eine „Gesetzgebungsgerichtsbarkeit“[53]. Demgemäß hat Kelsen davon gesprochen, daß die österreichische Verfassung von 1920 von Anbeginn Garantien „nicht nur für die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, sondern auch für die Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung“ enthalte[54]. Weil er aber um die Schwierigkeiten effektiver Hegung rechtsinterpretatorischer Gerichtsmacht wußte, drängte er sowohl auf die Konzentration entsprechender Gesetzesüberprüfungskompetenzen bei einem eigens dafür geschaffenen Gerichtshof (einschließlich eines eng umrissenen Kreises von Antragstellern) als auch auf unbedingte Vermeidung von generalklauselartigen Bestimmungen in der Verfassung selbst; präzise Kontrollmaßstäbe sollten eine Machtverschiebung vom demokratisch gewählten Parlament hin zur Judikative vermeiden[55]. Das in der Weimarer Republik von vielen propagierte (diffuse) allgemeine richterliche Prüfungsrecht[56] erachtete er hingegen angesichts der bekannten sozialen Rekrutierung der meisten Richter und ihrer entsprechenden politischen Einstellung als „Selbstmord der Demokratie“[57].

---

eingetreten ist, um es nicht zu einer Machtverschiebung vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber auf die Judikative kommen zu lassen); H. Dreier, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik, in: T. Simon (Hrsg.), Schutz der Verfassung: Normen, Institutionen, Höchst- und Verfassungsgerichte, 2014, S. 317 ff.

[53] Terminus bei K. Schlaich/S. Korioth, Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 10. Aufl. 2015, Rn. 6.

[54] H. Kelsen, Die Entwicklung des Staatsrechts in Oesterreich seit dem Jahre 1918, in: G. Anschütz/R. Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. I, 1930, S. 147 ff. (158). Der österreichische Verfassungsgerichtshof findet sich im sechsten Hauptstück der österreichischen Bundesverfassung, welches überschrieben ist „Garantien der Verfassung und Verwaltung“.

[55] Kelsen, Wesen und Entwicklung (Fn. 51), S. 69 f.

[56] In dem präzisen und „eminenten Sinne“ als „das Recht jedes Richters, jedes, auch jedes vorschriftsmäßig verkündete Reichsgesetz auf seine Verfassungsmäßigkeit zu prüfen und ihm im Falle des Nichtbestehens der Prüfung die Anwendung zu versagen“ (G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1933, Art. 70 Anm. 5 [S. 372]).

[57] So wird Kelsen zitiert bei F. Neumann, Gegen ein Gesetz über Nachprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen, in: Die Gesellschaft VI (1929), S. 517 ff. (534); freilich behandelt Neumann dort speziell die umstrittene Frage der Übertragung weiterer Kompetenzen auf den Staatsgerichtshof. Doch Kelsen hatte seine Skepsis gegen das diffuse richterliche Prüfungsrecht ja an anderer Stelle deutlich geäußert (vgl. Fn. 34).

IV. Bundestaat, Staatslehre, Völkerrecht

Die These vom Föderalismus als einer starken Wurzel der Staatsgerichtsbarkeit[58] bestätigend, hatten die Beratungen zur österreichischen Bundesverfassung von 1920 ihren Ausgang bei der Frage nach den Kontrollmöglichkeiten für bundesstaatswidrige Landesgesetze genommen, um dann in einem zweiten bedeutsamen Schritt auch die Verfassungsmäßigkeit von Bundesgesetzen einzubeziehen, also die föderale Hierarchie um die Normenhierarchie zu ergänzen[59]. Kelsen zufolge vollendet sich mit der Verfassungsgerichtsbarkeit erst die politische Idee des Bundesstaates[60]. Ihn konzipiert er in Aufnahme älterer Traditionen in dreigliedriger Weise[61]. Neben den Gliedstaaten und dem Zentralstaat kennt er eine dritte Größe, den Gesamtstaat bzw. besser und genauer: die Gesamtverfassung. Sie übergreift Zentralstaat und Gliedstaaten und organisiert die Zuordnung der Kompetenzen auf den Zentralstaat und die Gliedstaaten sowie deren näheres Verhältnis zueinander. Dieser dritten (verfassungstheoretischen) Größe entspricht keine weitere staatliche Ebene; vielmehr fungiert der Bund das eine Mal als Zentralstaat, das andere Mal als Gesamtstaat bzw. als Gesamtverfassung. Obwohl in Deutschland noch immer die Zweigliedrigkeitslehre vorherrscht[62], hat man Kelsens Lehre doch attestiert, die weder auf hierarchische Subordinationsverhältnisse noch auf reine Koordinationsbeziehungen reduzierbaren föderalen Strukturen differenziert(er) zuzuordnen und auch einschlägige positivrechtliche Bestimmungen des Grundgesetzes besser und gewissermaßen „zwanglos" zu erklären[63].

---

[58] Schlaich/Korioth, Bundesverfassungsgericht (Fn. 53), Rn. 498.

[59] Nachweise: Dreier, Hans Kelsen (Fn. 1), S. 706 f.

[60] Kelsen, Wesen und Entwicklung (Fn. 51), S. 81.

[61] Siehe insb. Kelsen, Allgemeine Staatslehre (Fn. 19), S. 193 ff., 207 ff.; ders., Die Bundesexekution, in: Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag, 1927, S. 127 ff. – Eingehend E. Wiederin, Kelsens Begriffe des Bundesstaats, in: Paulson/Stolleis (Fn. 11), S. 222 ff. mit Nachweisen der älteren Literatur.

[62] Zur Kontroverse eingehend S. Oeter, Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht, 1998, S. 385 ff. – BVerfGE 13, 54 (77) bekennt sich explizit zur Zweigliedrigkeit.

[63] Zitat: M. Jestaedt, Bundesstaat als Verfassungsprinzip, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. II, 2004, § 29 Rn. 10; näher J. Isensee, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. VI, 2008, § 126 Rn. 88 ff., 91 mit Hinweis darauf, daß manche Regelungen des Grundgesetzes wie etwa die über die Bundesorgane allein für den Bund als Zentralstaat gelten und insofern eine Teilverfassung bilden, andere wiederum wie die Kompetenzregeln oder die Vorkehrungen

Ganz abgesehen von den Besonderheiten bundesstaatlicher Organisation zeitigen die Prämissen der Reinen Rechtslehre (neutrale Deskription des Gegenstandes, Werturteilsfreiheit, Methodenreinheit) Konsequenzen für den Staatsbegriff[64]. Jeder Staat hat demnach eine Rechtsordnung, sei diese auch ihrem Inhalt nach noch so verwerflich. Mehr noch: in diesem reduzierten und speziellen, entmaterialisierten Sinn *ist* jeder Staat ein Rechtsstaat[65], sofern es sich nur um eine effektive Zwangsordnung menschlichen Verhaltens handelt. Aus dem Postulat der gegenstandskonstitutiven Kraft der jeweiligen wissenschaftlichen Methode folgt sodann die Ablehnung der Zwei-Seiten-Theorie des Staates, wie sie insbesondere von Georg Jellinek verfochten wurde[66]. Demgemäß ließ sich der Staat von der einen Seite her als soziales und politisches, von der anderen Seite her als rechtliches und rechtswissenschaftliches Phänomen betrachten. Kelsen leugnet diesen Dualismus schon aus methodologischen Gründen, weil jener eine irgendwie vorgegebene Entität „Staat" voraussetzt, der dann zum Objekt unterschiedlicher wissenschaftlicher Zugriffe wird. Für Kelsen gibt es aber keinen Staat an sich: weder als factum brutum noch als Realisation einer metaphysischen Idee. Das vor der Konstitution durch die jeweilige Wissenschaftsdisziplin vorhandene Substrat könnte man ja nur als diffuses Norm-Faktum-Konglomerat umschreiben, als disziplinär ungefüges „Staat-Recht-Dinges"[67]. Für Kelsen steht der Staat weder vor noch hinter und schon gar nicht über der Rechtsordnung, für ihn *ist* der Staat die Rechtsordnung; Staat und Recht sind identisch. Daher gibt es für den juristischen Zugriff keine legitime staatliche Gewalt über die rechtlich begründete und begründbare hinaus[68].

Das Völkerrecht hat seit jeher Kelsens besondere Aufmerksamkeit gefunden. Die Wendung von der ‚reinen Rechtslehre' begegnet nicht zufällig im Untertitel seiner Monographie von 1920 über Souveränität und Völkerrecht[69]. Konstruktiv traktiert Kelsen vor allem das Problem einer

---

für die Verfassungsänderung Bund und Länder gleichermaßen betreffen und insofern nur als Gesamtverfassung adäquat zu verstehen sind.

[64] Vgl. Kelsen, Allgemeine Staatslehre (Fn. 19), S. 1 ff., 16 ff. u.ö.; ders., RR^2 (Fn. 20), S. 289 ff.

[65] Kelsen, Allgemeine Staatslehre (Fn. 19), S. 44, 91, 109; ders., RR^2 (Fn. 20), S. 314 f., 320; näher Dreier, Rechtslehre (Fn. 29), S. 208 ff.

[66] Zum folgenden Dreier, Wissenschaftsprogramm (Fn. 25), S. 95 ff. (im vorliegenden Band S. 44 ff.).

[67] Kelsen, Staatsbegriff (Fn. 19), S. 105; vgl. ders., Allgemeine Staatslehre (Fn. 19), S. 74 ff.

[68] Kelsen, Staatsbegriff (Fn. 19), S. 88.

[69] Vgl. Kelsen, Problem der Souveränität (Fn. 19).

Einheit von Völkerrecht und einzelstaatlichem Recht, wobei er gegen einen Dualismus beider Rechtsordnungen vor allem den Gedanken der erkenntnismäßigen Einheit allen Rechts bemüht und so den Monismus für „denklogisch" zwingend hält[70]. Konzipierbar sei dieser Monismus entweder als geltungstheoretisches Primat der staatlichen Rechtsordnung (Souveränitätsdogma) oder der Völkerrechtsordnung (Dogma der einheitlichen Gesamtrechtsordnung): sog. monistische „Wahlhypothese"[71]. Die Wahl selbst erscheint letztlich als Frage der Weltanschauung[72]. Kelsens Beiträge zum Völkerrecht reichen indes über theoretische Grundkonzeptionen weit hinaus und umfassen auch zahlreiche bzw. zahllose Beiträge zu dogmatischen Fragen des Völkerrechts[73] bis hin zur Kommentierung der UN-Charta von 1945, bei der er seinen methodologischen Prämissen zu entsprechen sucht[74]. Es dürfte gerade die Verbindung eines hohen Abstraktionsniveaus mit der Mannigfaltigkeit der erörterten Themen und Fragestellungen sein, die zur Anschlußfähigkeit und der verstärkten Rezeption des Völkerrechtlers Kelsen in jüngerer Zeit maßgeblich beigetragen haben[75]. Auch für die schwierig zu deutende Gesamtkonstruktion der Europäischen Union und ihr Verhältnis zu den Mitgliedstaaten hat man die Souveränitätskonzeption Kelsens mit ihrer Offenheit gegenüber fluiden Gestaltungs- und Verteilungsmöglichkeiten hoheitlicher Kompetenzen auf verschiedene Ebenen und Träger

---

[70] Hierzu und zum folgenden Kelsen, RR[1] (Fn. 6), S. 129 ff., 134 ff.; ders., RR[2] (Fn. 20), S. 328 ff.

[71] M. Jestaedt, Hans Kelsens Reine Rechtslehre. Eine Einführung, in: ders. (Hrsg.), Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 1. Auflage 1934, 2008, S. LIV; J. v. Bernstorff, Der Glaube an das universale Recht. Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler, 2001, S. 91 ff.; Lembke, Weltrecht (Fn. 50), S. 235.

[72] Kelsen, Problem der Souveränität (Fn. 19), S. 317; ders., RR[1] (Fn. 6), S. 139 ff.; Kelsen wollte sie an der ideologischen Grenze zwischen Imperialismus und Pazifismus verorten: H. Kelsen, Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht, in: ZaöRV 19 (1958), S. 234 ff.

[73] Umfangreiche Auflistung bei A. Rub, Hans Kelsens Völkerrechtslehre: Versuch einer Würdigung, 1995, S. 595 ff.

[74] H. Kelsen, The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems (1950), 4th printing, New York 1964, S. XIII ff. – Näher v. Bernstorff, Glaube (Fn. 71), S. 199 ff.; B. Fassbender, Hans Kelsen und die Vereinten Nationen, in: FS Tomuschat, 2006, S. 763 ff. (insb. 770 ff.).

[75] C. Leben, Hans Kelsen and the Advancement of International Law, in: European Journal of International Law 9 (1998), S. 287 ff.; v. Bernstorff, Glaube (Fn. 71), S. 39 ff. (insb. 49 ff.); R. Walter/C. Jabloner/K. Zeleny (Hrsg.), Hans Kelsen und das Völkerrecht, 2004; H. Brunkhorst/R. Voigt (Hrsg.), Rechts-Staat. Staat, internationale Gemeinschaft und Völkerrecht bei Hans Kelsen, 2008; Lembke, Weltrecht (Fn. 50), S. 233 ff.

in durchaus fruchtbarer Weise herangezogen[76], zumal Kelsen selbst die Schaffung einer internationalen Organisation, die ihren Mitgliedern den Staatscharakter entzieht, für durchaus möglich gehalten hat[77].

V. Demokratietheorie

Kelsen war nicht allein Rechtstheoretiker und Verfasser ungezählter rechtsdogmatischer Schriften, Kommentare durchaus eingeschlossen, sondern – neben seiner praktischen Tätigkeit in der Volksbildung[78] – auch der Autor einer „der großen Demokratiebegründungsschriften überhaupt"[79]. Seinen zentralen Beitrag über „Wesen und Wert der Demokratie"[80] verfaßte er in den unruhigen Jahren der Weimarer Republik, in denen nicht zuletzt auch unter vielen Staatsrechtslehrern Parlamentarismus-, Pluralismus- und Parteienkritik dominierten. Kelsen hingegen spricht ausdrücklich davon, daß der Parlamentarismus die „einzige reale Form" sei, „in der die Idee der

---

[76] Nachweise: Dreier, Wissenschaftsprogramm (Fn. 25), S. 102 f. (im vorliegenden Band S. 52 f.); nachzutragen wäre M. Jestaedt, Der Europäische Verfassungsverbund, in: GedS Blomeyer, 2004, S. 637 ff. (657 ff.); T. Ehs (Hrsg.), Hans Kelsen und die Europäische Union, 2008.

[77] Kelsen, RR^2 (Fn. 20), S. 343.

[78] Zu diesem Tätigkeitsbereich T. Ehs, Hans Kelsen und politische Bildung im modernen Staat, 2007. – Nur erwähnt seien hier zudem seine zahlreichen Beiträge zu aktuellen politischen Fragen in der Tagespresse.

[79] H. Boldt, Demokratietheorie zwischen Rousseau und Schumpeter, in: M. Kaase (Hrsg.), Politische Wissenschaft und politische Ordnung. Festschrift für Rudolf Wildenmann, 1986, S. 217 ff. (217). – Zur langsam wieder einsetzenden Rezeption des Demokratietheoretikers Kelsen in der Politikwissenschaft siehe K. G. Kick, Politik als Kompromiß auf einer mittleren Linie: Hans Kelsen, in: H. J. Lietzmann (Hrsg.), Moderne Politik. Politikverständnis im 20. Jahrhundert, 2001, S. 63 ff.; R. v. Ooyen, Der Staat der Moderne. Hans Kelsens Pluralismustheorie, 2003; ders., Hans Kelsen und die offene Gesellschaft, 2010.

[80] H. Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl. 1929; vorangegangen war ein sehr viel kürzerer (und deutlich rousseauistischer) Text mit gleichem Titel im Jahre 1920; auch weite Teile seiner Allgemeinen Staatslehre (Fn. 19) widmeten sich einschlägigen Fragen demokratischer Staatsorganisation (insb. §§ 43 ff.). Viele Jahre später präsentierte Kelsen mit „Foundations of Democracy" (Ethics 66 [1956], Nr. 1, S. 1–101) eine nicht nur stark erweiterte und neuere Entwicklungen berücksichtigende, sondern völlig anders gegliederte Publikation zur Demokratietheorie, die zudem andere thematische Schwerpunkte setzte. – Abdruck dieser Texte und weiterer einschlägiger Publikationen zur Demokratie, darunter der bewegende Aufsatz „Verteidigung der Demokratie" von 1932, in: Hans Kelsen, Verteidigung der Demokratie, hrsgg. v. M. Jestaedt u. O. Lepsius, 2006.

Demokratie innerhalb der sozialen Wirklichkeit von heute erfüllt werden kann"; daß diese Demokratie „notwendig und unvermeidlich ein Parteienstaat" sein müsse; daß sie in der Moderne auf der Basis eines vielfältigen gesellschaftlichen Pluralismus mit entsprechend divergenten Auffassungen und Interessen denkbar sei, deren Ausgleich im Wege der „Erzielung eines Kompromisses" im dafür prädestinierten parlamentarischen Verfahren erfolgen müsse[81].

Seinen argumentativen Ausgangspunkt nimmt Kelsens Demokratieverständnis nicht beim Kollektivsubjekt Volk, sondern bei der Idee der Freiheit des Einzelnen, bei dessen Autonomie und Selbstgesetzgebung. Sie bildet den entscheidenden Fixpunkt. Freilich unterliegt dieser aufgrund der Komplizierung sozialer Verhältnisse, der Vorteile arbeitsteiliger Organisation und der Notwendigkeit gesamtgesellschaftlicher Einheitsbildung einer ganzen Reihe gravierender Metamorphosen, die das utopische und im Grunde a-staatliche Ideal absoluter individueller Autonomie in die realistische Form der Mehrheitsherrschaft gewählter parlamentarischer Repräsentanten transformiert. Die anarchische Freiheit von jeglicher Ordnung wandelt sich zur stets beschränkten Freiheit im Staat, in dem gewählte Repräsentanten mit Mehrheit die für alle geltenden Gesetze beschließen. Diese können nicht für sich reklamieren, Ausdruck einer höheren Vernunft mit objektivem Geltungsanspruch zu sein, sondern stellen lediglich die temporär gültige, prinzipiell revisible Fixierung einer Position dar, die den Willen der jeweiligen Mehrheit verkörpert. Demokratie wird auf diese Weise verstanden als eine politische Koexistenzordnung auf der Basis eines akzeptierten Pluralismus der Meinungen, Glaubensrichtungen und Interessen, von denen keine für sich reklamieren kann, die objektive Wahrheit zu verkörpern. Insoweit hat Kelsen davon gesprochen, daß der Relativismus diejenige Weltanschauung sei, die die Demokratie voraussetzt[82].

---

[81] Kelsen, Wesen und Wert (Fn. 80), S. 18 ff., 56 ff.; die drei Zitate im Text finden sich der Reihenfolge nach S. 27, 20, 57. – Kelsen votiert im übrigen für die verfassungsrechtliche Verankerung der Parteien und ihre demokratische Binnenstruktur (ebd., S. 23 f.). – Hierzu und zum folgenden ausführlicher Dreier, Rechtslehre (Fn. 29), S. 249 ff.; ders., Kelsens Demokratietheorie: Grundlegung, Strukturelemente, Probleme, in: R. Walter/C. Jabloner (Hrsg.), Hans Kelsens Wege sozialphilosophischer Forschung, 1997, S. 79 ff. (im vorliegenden Band S. 67 ff.); T. Gross, Neu Gelesen, in: KritJ 40 (2007), S. 306 ff.; O. Lepsius, Kelsens Demokratietheorie, in: T. Ehs (Hrsg.), Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung, 2009, S. 67 ff.; K. Groh, Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik, 2010, S. 129 ff., 212 ff., 276 ff., 488 ff., 587 ff.

[82] Kelsen, Wesen und Wert (Fn. 80), S. 101; dazu und zu den mit dieser Sentenz

VI. Politikwissenschaft, Soziologie, politische Philosophie

Das Gesamtwerk Hans Kelsens umfaßt zahlreiche Schriften, die über den engeren Bereich der Rechtswissenschaft im allgemeinen, des Staats- und Völkerrechts einschließlich der Demokratietheorie im besonderen weit hinausreichen, ohne aber doch jeden Bezug zu ihnen zu verlieren. Genannt seien hier seine politologischen Studien zum Marxismus und zur kommunistischen Rechtstheorie, deren rein ideologische Funktion und gedankliche Unhaltbarkeit er schonungslos offenlegt[83]. Auch die kürzlich erschienene Monographie über „Secular Religion" gehört in diesen Zusammenhang[84]. Denn so wie er an der kommunistischen Rechtstheorie den Verlust der Eigenständigkeit des Normativen kritisiert und bekämpft, so fürchtet er, daß die Konzepte säkularer Religionen die aufklärerischen Errungenschaften der Freiheit der Wissenschaft und der Trennung von Politik und Religion gefährden könnten.

Genannt sei ferner seine große Studie über „Vergeltung und Kausalität"[85], in der er im Rückgang auf die Vorstellungswelten archaischer („primitiver") Gesellschaften und unter Rückgriff auf Erkenntnisse der Ethnologie demonstriert, wie sich die für das moderne Denken selbstverständliche und für unser Verständnis von Recht und Rechtswissenschaft konstitutive Differenz von Natur und Gesellschaft, Sein und Sollen, Kausalgesetzlichkeit und Normgesetzlichkeit erst allmählich herausgebildet hat – und zwar dadurch, daß die ursprünglich soziomorphe Deutung von Natur *und* Gesellschaft gemäß dem Vergeltungsgedanken im Laufe der Entwicklung gewissermaßen auf die normative Sphäre eingeschränkt und dem Naturgeschehen der Erklärungsmodus der Kausalität zugeordnet wird.

---

verbundenen Mißverständnissen Dreier, Kelsens Demokratietheorie (Fn. 81), S. 96 ff. (im vorliegenden Band S. 87 ff.); ders., Joh 18 (Fn. 40), S. 18 ff., 25 ff.

[83] H. Kelsen, Sozialismus und Staat, 2. Aufl. 1923; ders., The Political Theory of Bolshevism, 1948; ders., The Communist Theory of Law, 1955.

[84] H. Kelsen, Secular Religion. A Polemic against the Misinterpretation of Modern Political Philosophy, Science and Politics as „New Religions", 2012.

[85] H. Kelsen, Vergeltung und Kausalität, 1941 (ausgeliefert 1946). Zu dieser Schrift etwa C. Jabloner, Bemerkungen zu Kelsens ‚Vergeltung und Kausalität', besonders zur Naturdeutung der Primitiven, in: Krawietz/Topitsch/Koller, Ideologiekritik und Demokratietheorie (Fn. 35), S. 47 ff.; H. Dreier, Vom mythologischen Weltbild zur demokratischen Staatsordnung – Hans Kelsen als politischer Soziologe (1988), in: C. Jabloner u.a. (Hrsg.), Gedenkschrift Robert Walter, 2013, S. 123 ff.

Großen Raum nimmt in seinem Werk seit jeher die durchweg kritische Beschäftigung mit dem Naturrecht ein[86]. An Ausführlichkeit unübertroffen ist insofern die intensive Beschäftigung mit der griechischen Philosophie, allen voran mit Platon, wie die posthume Publikation eines langen Manuskriptes zeigt[87].

VII. Rezeption

Was internationale Ausstrahlung und Einfluß auf die Rechtswissenschaft in verschiedenen Ländern anbetrifft, so dürfte kaum ein Jurist des 20. Jahrhunderts Kelsen gleichstehen. In drei Sammelbänden ist dieses vielfältige Wirken dokumentiert[88]. In Österreich genoß seine neue Lehre zwar keineswegs ungeteilte Zustimmung, wurde jedoch als bedeutsame Leistung gewürdigt und führte dazu, daß sich schon bald eine Gruppe von Schülern und Mitstreitern (unter ihnen Adolf Merkl und Alfred Verdroß) um ihn scharte[89] und das „label" der Wiener Rechtstheoretischen Schule mit Kelsen als unumstrittenem Haupt entstand. Anders sah das in Deutschland aus. Dort stieß er schon in den 1920er Jahren, insbesondere im Kontext des sog. Methodenstreites, nicht nur auf Unverständnis (wie etwa bei staatsrechtlichen Positivisten wie Anschütz und Thoma), sondern auch (so etwa bei Smend, Schmitt und Heller und vor allem den konservativen

---

[86] H. Kelsen, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, 1928; der Anhang aus RR^2 (Fn. 20), S. 355–444 („Das Problem der Gerechtigkeit") gehört ebenfalls hierher. Siehe hierzu und zum folgenden auch R. Walter, Hans Kelsen, die Reine Rechtslehre und das Problem der Gerechtigkeit, in: Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts (Rechtsethik, Bd. 3), 1996, S. 207 ff.

[87] H. Kelsen, Die Illusion der Gerechtigkeit. Eine kritische Untersuchung der Sozialphilosophie Platons, hrsgg. v. K. Ringhofer u. R. Walter, 1985. Siehe dazu und seinen weiteren einschlägigen Schriften, die bis in die 1920er Jahre zurückreichen, die Beiträge in: R. Walter/C. Jabloner/K. Zeleny (Hrsg.), Griechische Philosophie im Spiegel Hans Kelsens: Ergebnisse einer internationalen Veranstaltung in Wien, 2006.

[88] Der Einfluß der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern, 1978; Der Einfluß der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern, Teil II, 1983; Hans Kelsen anderswo. Hans Kelsen abroad. Der Einfluss der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern, Teil III, hrsgg. v. R. Walter/C. Jabloner/K. Zeleny, 2010.

[89] Umfänglich R. Walter/C. Jabloner/K. Zeleny (Hrsg.), Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre, 2008. – Merkl und Verdroß sind wegen ihrer überragenden eigenständigen Bedeutung nicht mit aufgenommen worden.

Vertretern der Zunft) auf vehemente und bei weitem nicht immer nur rein wissenschaftlich motivierte Ablehnung[90]. Doch immerhin blieb er hier noch ein letztlich geachteter, wenn auch scharf attackierter Gegner mit katalytischer Funktion[91]. In der Zeit des Nationalsozialismus wurde daraus der jüdische, zudem der Sozialdemokratie nahestehende Feind, der vertrieben und – nicht zuletzt von Carl Schmitt – nach Kräften geschmäht wurde. Nach 1945 bestand die – wohl auch auf unterschwellige antisemitische Reflexe gegründete – Rezeptionsunwilligkeit gegenüber dem Positivisten, Ideologiekritiker, Demokraten, Pluralisten und Emigranten fort[92]. Ignoranz und Abschottung bildeten die vorherrschende Form des Umgangs mit Kelsens Lehre. Die Positivismuslegende[93], letztlich eine erfolgreiche Desinformationskampagne, machte aus Opfern Täter und hielt dem 1933 vertriebenen Demokraten vor, mit seinem Denken zum Sieg des Nationalsozialismus beigetragen zu haben. Bestenfalls galt die Reine Rechtslehre als skurril oder absurd, als sinnlose Logelei, wenn nicht als irgendwie anarchisch oder – genau umgekehrt – als eine Form der Staatsapotheose[94]. Sich hierzulande zu Kelsen zu bekennen, „löste noch am Ende der sechziger Jahre deutliches Befremden aus und stellte ein akademisches Risiko dar“[95]. Ein Umschwung trat in den 1980er und 1990er Jahren ein[96]. Seitdem läßt sich ein Prozeß zunehmender Versachlichung und Normalisierung im Umgang mit seinem Lebenswerk beobachten[97], wovon nicht zuletzt die

---

[90] Zu seiner Rezeption im Gesamtüberblick (vom Ersten Weltkrieg bis zum Ende des Jahrhunderts) H. Dreier, Rezeption und Rolle der Reinen Rechtslehre, 2001, S. 17 ff. (im vorliegenden Band S. 95 ff.).

[91] Sowohl Schmitts „Verfassungslehre“ als auch Smends „Verfassung und Verfassungsrecht“ (beide 1928 erschienen) sind im Grunde eine Reaktion auf Kelsens „Allgemeine Staatslehre“ von 1925.

[92] Siehe Dreier, Rezeption (Fn. 90), S. 27 ff. (im vorliegenden Band S. 106 ff.); F. Günther, „Jemand, der sich schon vor fünfzig Jahren selbst überholt hatte“, in: Jestaedt, Staatsrechtslehre (Fn. 27), S. 67 ff.; C. Schönberger, Kelsen-Renaissance?, ebd., S. 207 ff. (208).

[93] Nähere Hinweise dazu bei Dreier, Rezeption (Fn. 90), S. 29 f. (im vorliegenden Band S. 109 f.); L. Foljanty, Recht oder Gesetz, 2013, S. 19 ff.

[94] Sammlung einschlägiger Invektiven: Dreier, Wissenschaftsprogramm (Fn. 25), S. 81 (im vorliegenden Band S. 27 f.).

[95] M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. IV: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost 1945–1990, 2012, S. 389.

[96] H. Dreier, Die (Wieder-)Entdeckung Kelsens in den 1980er Jahren – Ein Rückblick (auch in eigener Sache), in: Jestaedt, Staatsrechtslehre (Fn. 27), S. 175 ff. (im vorliegenden Band S. 115 ff.).

[97] Dreier, Rezeption (Fn. 90), S. 30 ff. (im vorliegenden Band S. 110 ff.); zustimmend Günther, Jemand (Fn. 92), S. 83; Lembke, Weltrecht (Fn. 50), S. 225 ff.

in den Fußnoten dieses Textes genannten Titel Zeugnis ablegen. Es ist ein Zeichen dieser Normalisierung, daß die Meinungen über die Zukunftsfähigkeit und aktuelle wissenschaftliche Anschlußfähigkeit von Kelsens Werk auseinandergehen[98].

VIII. Wissenschaft als Heimat

Im Laufe seines langen Lebens hat Hans Kelsen die Staatsangehörigkeit mehrfach gewechselt. Er besaß kraft Geburt zunächst die österreichische, infolge der Berufung auf den Lehrstuhl in Köln die deutsche, infolge der Prager Professur sodann die tschechische Staatsangehörigkeit. 1945 wurde er amerikanischer Staatsbürger. Doch das waren Äußerlichkeiten, gewissermaßen Adiaphora. Seine eigentliche Heimat, die er nie verlassen hat, fand er in der Wissenschaft[99]. Er selbst hat das in den bewegenden Schlußworten seiner Abschiedsvorlesung so ausgedrückt:

„Und in der Tat, ich weiß nicht und kann nicht sagen, was Gerechtigkeit ist, die absolute Gerechtigkeit, dieser schöne Traum der Menschheit. Ich muß mich mit einer relativen Gerechtigkeit begnügen und kann nur sagen, was Gerechtigkeit für mich ist. Da Wissenschaft mein Beruf ist und sohin das Wichtigste in meinem Leben, ist es jene Gerechtigkeit, unter deren Schutz Wissenschaft, und mit Wissenschaft Wahrheit und Aufrichtigkeit gedeihen können. Es ist die Gerechtigkeit der Freiheit, die Gerechtigkeit des Friedens, die Gerechtigkeit der Demokratie, die Gerechtigkeit der Toleranz.“[100]

(225: „erfreuliche Normalisierung“); Schönberger, Renaissance (Fn. 92), S. 210 f. (210: „unspektakuläre Normalisierung“); für Versuche einer – von Schönberger (ebd., S. 208 ff.) zu Recht als unwissenschaftlich und unhistorisch abgelehnten – beflissen geschichtsmoralischen Rehabilitierung Kelsens im Sinne einer Wiedergutmachung für erlittenes Unrecht sind Anzeichen nicht ersichtlich.

[98] Eher skeptisch Schönberger, Renaissance (Fn. 92), S. 211 ff., eher zuversichtlich O. Lepsius, Hans Kelsen und die Pfadabhängigkeit in der deutschen Staatsrechtslehre, in: Jestaedt, Staatsrechtslehre (Fn. 27), S. 241 ff. (257 ff.).

[99] R. Walter, Hans Kelsen. Ein Leben im Dienste der Wissenschaft, 1985; wieder abgedruckt in: R. Walter/C. Jabloner/K. Zeleny (Hrsg.), Hans Kelsens stete Aktualität. Zum 30. Todestag Hans Kelsens, 2003, S. 65 ff.

[100] Kelsen, Was ist Gerechtigkeit? (Fn. 18), S. 43.

Auswahlbibliographie

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze (1911), 2. Aufl. 1923 (Neudruck 1969).
Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre (1920), 2. Aufl. 1928 (Neudruck 1981).
Der soziologische und der juristische Staatsbegriff (1922), 2. Aufl. 1928 (Neudruck 1981).
Allgemeine Staatslehre, 1925 (Nachdruck 1966).
Vom Wesen und Wert der Demokratie (1920), 2. Aufl. 1929 (Neudruck 1981).
Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), S. 30–80.
Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, 1934 (Neudruck 1985); auch als Studienausgabe, hrsgg. und eingeleitet von Matthias Jestaedt, 2008.
Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Untersuchung, 1941, ausgeliefert 1946 (Nachdruck 1982).
General Theory of Law and State, 1945.
Was ist Gerechtigkeit? (1953), 2. Aufl. 1975.
Was ist die Reine Rechtslehre?, in: Demokratie und Rechtsstaat. Festgabe für Zaccaria Giacometti, 1953, S. 143–162.
Foundations of Democracy, in: Ethics 66 (1955), S. 1–101.
What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science, 1957.
Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2. Aufl. 1960; auch als Studienausgabe, hrsgg. und eingeleitet von Matthias Jestaedt, 2017.
Staat und Naturrecht, Aufsätze zur Ideologiekritik. Mit einer Einleitung hrsgg. v. Ernst Topitsch, 2. Aufl. 1989 (1. Aufl. v. 1964 unter dem Titel: Aufsätze zur Ideologiekritik).
Demokratie und Sozialismus. Ausgewählte Aufsätze, hrsgg. und eingeleitet von Norbert Leser, 1967.
Allgemeine Theorie der Normen, hrsgg. v. Kurt Ringhofer und Robert Walter, 1979.
Die Illusion der Gerechtigkeit. Eine kritische Untersuchung der Sozialphilosophie Platons, hrsgg. v. Kurt Ringhofer und Robert Walter, 1985.
Secular Religion. A Polemic against the Misinterpretation of Modern Political Philosophy, Science and Politics as „New Religions“, 2012.

Zahlreiche Beiträge auch in:
Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdroß, hrsgg. v. Hans Klecatsky, René Marcic und Herbert Schambeck, 2 Bände, 1968, 2. Aufl. 2010.

Gesamtbibliographie der Publikationen Kelsens in systematischer, chronologischer und alphabetischer Ordnung:
Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Hans Kelsens stete Aktualität, 2003, S. 79 ff., 115 ff., 233 ff.

Seit einigen Jahren erscheint im Tübinger Verlag Mohr Siebeck eine historisch-kritische, auf mehr als 35 Bände konzipierte Gesamtausgabe der Schriften Kelsens in chronologischer Reihenfolge:

Hans Kelsen Werke (HKW), hrsgg. v. Matthias Jestaedt in Kooperation mit dem Hans Kelsen-Institut, 2007 ff. Bislang sind sechs Bände erschienen, die den Zeitraum von 1905 bis 1921 umfassen.

Sekundärliteratur

Métall, Rudolf Aladar: Hans Kelsen. Leben und Werk, 1969.

Dreier, Horst: Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen (1986), 2. Aufl. 1990.

Jestaedt, Matthias: Hans Kelsens Reine Rechtslehre. Eine Einführung, in: Hans Kelsen, Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 1. Auflage 1934, hrsgg. von Matthias Jestaedt, Tübingen 2008, S. XI–LXII.

Walter, Robert: Hans Kelsens Rechtslehre, 1999.

Die Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts in Wien umfaßt derzeit 38 Bände.

2

Hans Kelsens Wissenschaftsprogramm

I. Wissenschaftlichkeit als Anspruch und Ziel der Reinen Rechtslehre ... 29
1. Ausschluß der Rechtspolitik ... 29
2. Abgrenzung zu den Kausalwissenschaften ... 34
3. Ablehnung des Naturrechts ... 38
II. Staat und Staatsrecht ... 40
1. Inhaltsneutraler Staatsbegriff ... 40
2. Identität von Staat und Recht ... 44
III. Elemente der Staatsrechtskonzeption ... 47
1. Ablehnung der Selbstverpflichtungslehre Jellineks ... 47
2. Negation ungeschriebenen Staatsnotrechtes ... 49
3. Pluralistisches Gemeinwohlkonzept ... 51
4. Offene Souveränitätskonzeption und Europäische Union ... 52
5. Verfassungsgerichtsbarkeit ... 54
6. Zwischenbilanz ... 56
IV. Zu Kelsens „Theorie der Interpretation" ... 56
1. Fehlen einer Methodenlehre ... 56
2. Rechtsanwendung im Stufenbau ... 58
3. Authentische und rechtswissenschaftliche Interpretation ... 61
4. Kapitulation? ... 62
V. Schluß ... 65

Gäbe es eine Rangliste der am heftigsten kritisierten, wenn nicht geschmähten Rechtswissenschaftler des 20. Jahrhunderts in Deutschland, so hätte Hans Kelsen beste Aussichten auf einen Spitzenplatz. Um nur wenige Kostproben zu bieten: Er wurde zu den „Zeloten eines blinden Normativismus" gerechnet[1] und seine Allgemeine Staatslehre zum „Nullpunkt" erklärt[2]; die Reine Rechtslehre sei ein „blutleere(s) Gebilde"[3], „ein auf die Spitze getriebener juristischer Nominalismus, der jede sittlich-geistige Substanz des Rechts und des Staates" leugne[4], „Ausgeburt

[1] C. Schmitt, Der Hüter der Verfassung, 1931, S. 30 (ohne explizite Namensnennung Kelsens).

[2] R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 2. Aufl. 1968, S. 119 ff. (124).

[3] E. Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts (1913), 4. Aufl. 1989, S. 20.

[4] K. Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 2. Aufl. 1935, S. 49 f.

eines fremdrassigen, wurzellosen Intellektualismus"[5], in der „Absurdität" endend[6], eine „Rechtsleere"[7], wurzelnd in einer „Haltung prinzipieller moralisch-politischer Verantwortungslosigkeit"[8]. Kelsens Ausführungen zur Interpretation schließlich hat man als „methodologischen Nihilismus"[9] charakterisiert[10].

Nun ist *ein* Grund für diese vehemente Abwehr sicher der, daß Kelsen selbst – wie seine zahlreichen polemischen Schriften zeigen[11] – es an Streitlust niemals hat fehlen lassen[12]. Und vor allem hat er, damit die anderen Deutungsversuche und Richtungen natürlich stark herabsetzend, für sich und seine Reine Rechtslehre reklamiert, die (einzig) richtige, nämlich die „wahre Rechtswissenschaft"[13] zu verkörpern. Hat er trotz oder vielleicht gerade *wegen* dieses Anspruches so heftige Abwehrreaktionen ausgelöst?

---

[5] C. H. Ule, Herrschaft und Führung im nationalsozialistischen Reich, VerwArch. 45 (1940), S. 193 ff. (201).

[6] P. v. Oertzen, Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus (Diss. phil. Göttingen 1952/53), 1974, S. 261.

[7] H. Klenner, Rechtsleere. Verurteilung der Reinen Rechtslehre, Berlin (Ost) 1972.

[8] M. Kriele, Recht und praktische Vernunft, 1979, S. 129.

[9] K. Adomeit, Rechtstheorie für Studenten, 3. Aufl. 1990, S. 77.

[10] Allgemeiner zur Aufnahme Kelsens und seiner Reinen Rechtslehre im Laufe der Jahrzehnte H. Dreier, Rezeption und Rolle der Reinen Rechtslehre. Festakt aus Anlaß des 70. Geburtstages von Robert Walter, 2001, S. 17 ff. (im vorliegenden Band S. 95 ff.) – Für die Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg spricht problembewußt und sensibel D. Jesch, Rezension zu Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, DÖV 1961, S. 435 ff. (435) von der „etwas befremdliche[n] Mauer [...], die man um Kelsen gerade in der deutschen Rechtswissenschaft errichtet" habe; K. Engisch, Rezension zu Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, ZgesStrW 75 (1963), S. 591 ff. (591) bemerkt in feiner Differenzierung, die Reine Rechtslehre sei „oft verschwiegen und oft verlästert aber nie vergessen, nach dem Zusammenbruch des Jahres 1945 bei uns nicht mehr zu voller Aktualität gelangt, aber als mögliche rechtstheoretische Position stets beachtet und geachtet" worden.

[11] Vgl. etwa H. Kelsen, Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Überwindung der „Rechtsdogmatik", ÖZöR 3 (1922), S. 103 ff.; ders., Der Staat als Übermensch. Eine Erwiderung, 1926; ders., Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung, 1928; ders., Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, 1930; ders., Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, Die Justiz 6 (1930/31), S. 576 ff.

[12] Zu diesen und anderen Gründen seiner insgesamt eher negativen Rezeption Dreier, Rezeption (Fn. 10), S. 20 ff., 25 ff. (im vorliegenden Band S. 97 ff.).

[13] H. Kelsen, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik (im folgenden: Kelsen, RR), 1934 (ND 1985), S. 17; ders., Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2. vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 1960 (im folgenden: Kelsen, RR²), S. 112.

I. Wissenschaftlichkeit als Anspruch und Ziel der Reinen Rechtslehre

Es zeichnet die Reine Rechtslehre Hans Kelsens aus, daß der Anspruch auf Wissenschaftlichkeit explizit und demonstrativ erhoben wird. An denkbar herausgehobener Stelle, nämlich im Vorwort zur ersten Auflage von 1934, finden sich die in selbstbewußter Grundsätzlichkeit formulierten Worte, Ziel der Reinen Rechtslehre sei es von Anfang an gewesen, die Jurisprudenz „auf die Höhe einer echten Wissenschaft, einer Geistes-Wissenschaft zu heben" und sie so dem „Ideal aller Wissenschaft, Objektivität und Exaktheit, soweit als möglich anzunähern."[14] Das Wissenschaftsprogramm der Reinen Rechtslehre zielt auf die unverfälschte, von rechtsfremden Wertungen freie Erfassung und neutral-objektive, in diesem Sinne „reine" Beschreibung der positiven Rechtsordnung[15]. Kelsens Name steht, wie man zu Recht gesagt hat, „für ein rigoroses Programm wissenschaftlicher Methodenreinheit"[16]. Drei Komponenten dieses Programms sind hervorzuheben: das Freihalten der Rechtswissenschaft von jeglicher Form der Rechtspolitik (dazu 1.), die Abgrenzung gegenüber den Kausalwissenschaften (2.) und die Ablehnung des Naturrechts (3.).

1. Ausschluß der Rechtspolitik

Kelsens permanente Rede davon, die Rechtswissenschaft sei von der Politik im allgemeinen und speziellen politischen Wertungen im besonderen freizuhalten, ist nicht selten so aufgefaßt worden, daß hier die Reinheit des Rechts im Sinne seiner Enthobenheit von realen gesellschaftlichen, politischen und sozialen Vorgängen postuliert würde. Nichts wäre falscher

[14] Kelsen, RR (Fn. 13), S. IX.

[15] Jüngst wieder hervorgehoben von M. Handstanger, Die Bedeutung der Reinen Rechtslehre für die Rechtspraxis, ÖJZ 2004, S. 621 ff. (622 f.). Schon eine sehr gründliche Rezension zu Kelsens Habilitationsschrift hatte betont, diese verrate „ein wahrhaft wissenschaftliches, ungewöhnlich konsequentes und juristisch originelles Denken" (F. Caro, Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich 36 [1912], S. 1928 ff. [1928]). – Gleichsinnig hebt M. Llanque, Die politische Differenz zwischen absoluter Gerechtigkeit und relativem Rechtsstaat bei Hans Kelsen, in: H. Münkler/M. Llanque (Hrsg.), Konzeptionen der Gerechtigkeit, 1999, S. 219 ff. (222) hervor, Kelsens Habilitationsschrift habe unter der einzigen Fragestellung gestanden, wie Jurisprudenz als (normative) Wissenschaft möglich sei.

[16] M. Jestaedt, Einleitung, in: Hans Kelsen im Selbstzeugnis, 2006, S. 1 ff. (1).

als dies. Die Reine Rechtslehre will nicht Lehre des reinen (also guten, wünschbaren, richtigen) Rechts, sie will reine (unverfälschte) Lehre des Rechts sein[17]. Der Inhalt einer konkreten Ordnung war für Kelsen immer ganz selbstverständlich ein sozial bestimmter und bedingter, Produkt gesellschaftlicher Entwicklungen, Resultat des Kampfes der Interessengruppen, geronnene Form der Politik[18]. In seiner Allgemeinen Staatslehre hält er es als einen offenkundigen Gemeinplatz fest, „daß es die natürlichen, ökonomischen, kurz die Tatsachen der kausal bestimmten historischen Entwicklung sind, die den Inhalt der Rechtsordnung bestimmen"[19]. Es besteht also kein Bedarf dafür, ihm die soziale und politische Bedingtheit des Rechts und seiner Zwecke in Erinnerung zu rufen[20]. Seine Entpolitisierungsforderung bezieht sich allein auf die Wissenschaft vom Recht, nicht auf das Recht selbst[21]. Mit dieser Purifizierungsstrategie unvereinbar ist es, das Objekt der rechtswissenschaftlichen Betrachtung mitzugestalten: sei es durch versteckte Beimengung rechtspolitischer Aspekte oder Argumente, sei es durch offen proklamierte Rechtsgestaltung unter Verweis auf die besondere Kompetenz des Juristen für Rechtsfragen, sei es durch Abrücken von einer Rechtsmeinung aus ersichtlich politischen Gründen[22].

---

[17] Prägnant H. Kelsen, Was ist die Reine Rechtslehre? (1953), in: H. Klecatsky/R. Marcic/H. Schambeck (Hrsg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross, Bd. I, 1968, S. 611 ff. (620). Aus der Sekundärliteratur statt aller C. Heidemann, Norm als Tatsache, 1997, S. 50 f., 112 f.

[18] Vgl. näher H. Dreier, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen (1986), 2. Aufl. 1990, S. 113 ff.

[19] H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925 (ND 1966), S. 21; vorher bereits ders., Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze (1911), 2. Aufl. 1923 (ND 1960), S. 89; ders., Was ist die Reine Rechtslehre (Fn. 17), S. 620.

[20] Für Beispiele siehe Dreier, Rechtslehre (Fn. 18), S. 114 Fn. 140. Dies auch gegen die ansonsten von großer Sachkenntnis und ebensolcher Fairneß gekennzeichnete Rezension von Jesch, Rezension (Fn. 10), S. 436, der offenkundig Kelsen meint darauf hinweisen zu müssen, daß die Rechtsordnung „auf politischen Konzeptionen, soziologischen Gegebenheiten, ethischen Wertvorstellungen usw." beruht.

[21] Kelsen, Was ist die Reine Rechtslehre (Fn. 17), S. 620: „Die *Entpolitisierung*, die die Reine Rechtslehre fordert, bezieht sich auf die *Wissenschaft* vom Recht, nicht auf ihren Gegenstand, das Recht. Das Recht kann von der Politik nicht getrennt werden, denn es ist ein wesentliches Instrument der Politik." (H.i.O.).

[22] Ein schönes Beispiel präsentiert R. Thoma, Der Vorbehalt des Gesetzes im preußischen Verfassungsrecht, in: FS Otto Mayer, 1916, S. 165 ff. (188). Er schildert die Auslegung des Gesetzesbegriffs durch v. Stockmar, der zunächst zu der – von Thoma für richtig gehaltenen – Auffassung eines formellen Begriffsverständnisses gelangt, sich aber aus offen rechtspolitischen Gründen anders entscheidet:

Dies alles verfällt strikter Ablehnung. Es gilt Distanz zum Objekt der Betrachtung zu wahren. Allerdings schließt das natürlich nicht das Verbot ein, sich eine politische Meinung zu bilden und diese zu äußern. „Wissenschaft treiben zwingt ja nicht", so Kelsen, „auf politische Werturteile zu verzichten, verpflichtet nur: das Eine vom Anderen, Erkennen und Wollen, voneinander zu trennen"[23]. Aber der Rechtswissenschaftler ist hier Bürger wie jeder andere auch, kann keine besondere Rolle oder herausgehobene Bedeutung für seine subjektiven Präferenzen reklamieren. Mit dieser wohl im großen und ganzen auch heute allgemein konsentierten Überzeugung[24] steht Kelsen ersichtlich der berühmten Forderung Max Webers nach Werturteilsfreiheit der Wissenschaften und der Verbannung der Politik aus dem Hörsaal nahe[25]. Dessen Ablehnung der „Kathederprophetie"[26] blieb freilich

---

„Statt dessen verläßt unsern scharfsinnigen Autor plötzlich die Besinnung, sein verfassungsfreundliches Herz erfaßt ein bleicher Schrecken vor einer Verfassungsauslegung, wonach dem Landtag nicht einmal ‚dieses Minimum' (der Teilnahme an der Zivil- und Kriminalgesetzgebung) eingeräumt wäre und er erklärt, diese Auslegung sei ‚historisch-politisch' nicht hinnehmbar! [...] Also: weil ihm [...] *politisch* nicht gefällt, was er als unbefangener Forscher gefunden hat, ‚greift' er zu einer zwar unbegründeten, aber politisch hübscheren ‚Auslegung'!"

[23] H. Kelsen, Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre, JW 1929, S. 1723 ff. (1724). An vielfachen rechtspolitischen Beiträgen (etwa zum Wahlrecht, zu Fragen der Universitätsorganisation, der Verfassungsreform u.a.m.) hat es Kelsen nicht fehlen lassen (man denke etwa nur an seinen leidenschaftlichen Aufruf „Verteidigung der Demokratie" aus dem Jahre 1932 [jetzt wieder neu abgedruckt in: Hans Kelsen, Verteidigung der Demokratie, hrsgg. v. M. Jestaedt/O. Lepsius, 2006, S. 226 ff.]; eine umfassende, systematisch wie chronologisch geordnete Bibliographie findet sich in: R. Walter/C. Jabloner/K. Zeleny [Hrsg.], Hans Kelsens stete Aktualität, 2003, S. 79 ff., 115 ff.), die andere „Literaturgattung" (Häberle) allerdings deutlich gemacht.

[24] Schlicht statuierend und keinen Zweifel lassend Jesch, Rezension (Fn. 10) S. 436: „Es ist wissenschaftlich schlechthin verwerflich, politische Wünsche oder ethische Konzeptionen, kurz: alle persönlichen rechtspolitischen Zielsetzungen als den objektiven Sinn von Rechtsnormen auszugeben."

[25] M. Weber, Wissenschaft als Beruf (1919), in: ders., Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 5. Aufl. 1982, S. 582 ff. (603 ff.). Gerade in Bezug auf die oft mißverstandene Rede Webers von der „Wertfreiheit" der Wissenschaft (ders., Die „Objektivität" sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis [1904], ebd., S. 146 ff.; ders., Der Sinn der „Wertfreiheit" der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften [1918], ebd., S. 489 ff.) sei daran erinnert, daß sie sich im Kern gegen subjektive *Wertungen* durch den einzelnen Wissenschaftler wendet, ohne den Wertbezug gerade der normativen Disziplinen zu leugnen. – R. Thoma, Die Lehrfreiheit der Hochschullehrer, 1952, S. 29 konstatierte, Webers Lehre habe sich „verdientermaßen durchgesetzt". Vgl. aber die nächsten Fußnoten.

[26] Weber, Wissenschaft als Beruf (Fn. 25), S. 613.

ebensowenig unangefochten wie Kelsens Forderung nach Wertungsaskese[27]. Kein Geringerer als Rudolf Smend war es, der in deutlicher Wendung gegen Weber[28] sowohl vor wie nach dem NS-Regime in aller Deutlichkeit den Anspruch der deutschen Universität formulierte, „letzte Richtlinien und Wertsetzungen auch für die Politik aufzuweisen"[29] und davon sprach, die

---

[27] Zu aktuell zu beobachtenden und selbstbewußt vorgetragenen „Auflockerungen" gegenüber einer strikten Trennung von Rechtswissenschaft und Politik vgl. symptomatisch, aber nicht unwidersprochen die programmatische Einführung von A. Vosskuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2006, § 1 Rn. 1 ff., 10 ff. – Wenn dort in Rn. 12 für die These, schon immer habe man Rechtspolitik zu den anerkannten Aufgaben der Rechtswissenschaft gezählt, auf R. Dreier, Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft (1971), in: ders., Recht – Moral – Ideologie, 1981, S. 48 ff. (56) verwiesen wird, so ist doch gegen eine solche Pauschalaussage anzumerken, daß an der besagten Stelle zeittypisch gegen die Unterdrückung kritischer Stimmen aus der Rechtswissenschaft votiert wird; außerdem bindet Ralf Dreier die „rechtspolitische Dimension" an die „Ausarbeitung einer Theorie der Rechtspolitik und des richtigen Rechts, für die die Rechtswissenschaft an anderweitige normative Entscheidungstheorien und letztlich an die Gesellschaftstheorie verwiesen ist" (R. Dreier, Sein und Sollen [1972], in: ders., ebd., S. 217 ff. [230]), an die zu glauben Anfang der 70er Jahre des 20. Jahrhunderts im damaligen geistigen Gesamtklima deutlich leichter fiel als heute, wo eine solche, sichere normative Orientierung vermittelnde Leittheorie entfernter denn je scheint. Die „neue" Verwaltungsrechtswissenschaft träumt den alten Traum einer rationalen Politik, einer wissenschaftlichen Gesetzgebung. Zur Kritik am Konzept der neuen Verwaltungsrechtswissenschaft auch R. Wahl, Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006, S. 87 ff. sowie F. Schoch, Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Verwaltungsrechtslehre und Staatsrechtslehre, in: H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007, S. 177 ff. (203 ff.).

[28] R. Smend, Hochschule und Parteien (1930), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen (Fn. 2), S. 277 ff. (284 ff.).

[29] Smend, Hochschule (Fn. 28), S. 285 f. Die interessante Passage lautet etwas ausführlicher: „Die grundsätzliche Frage wird aber zunächst wohl offen bleiben, ob der deutsche Professor als solcher in Zukunft, im Gegensatz zu den Zeiten von Dahlmann, Droysen und Treitschke, mit Max Weber auf die Politik zu verzichten haben wird oder nicht. Alle Zeichen sprechen freilich dafür, daß jene Lehre von der den Hochschulen auferlegten Askese, von dem Charakter der Hochschule als eines von Leben und Politik streng abgeschiedenen heiligen Bereichs, nur eine geistesgeschichtliche Episode gewesen ist. Die deutsche Universität müßte ihre ganze geistige Grundlage aufgeben, wenn sie darauf verzichten wollte, das Leben des Geistes als eine Einheit zu begreifen, insbesondere also Wissenschaft und Politik als Lebensformen ein und desselben Geistes zu verstehen, in der geistigen Totalität, die als sinngebende Voraussetzung für die wissenschaftliche Arbeit gewonnen werden muß, letzte Richtlinien und Wertsetzungen auch für die Politik aufzuweisen. […]