

Ingo Elbe

Die ‚Herrschaft der Norm‘ zwischen Geltung und Gewalt Eigentum, Recht und Staat in der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens

Hans Kelsen gilt als ‚Jurist des 20. Jahrhunderts‘. Sein Werk revolutioniert nicht nur das rechtswissenschaftliche Denken, es nimmt auch zu den wichtigsten geschichtlichen Ereignissen und Prozessen dieses Jahrhunderts Stellung, ja, es gehört teilweise sogar zu den Faktoren dieser Geschichte. Kelsen zeichnet wesentlich verantwortlich für die österreichische Bundesverfassung von 1920, hat sich an den Diskussionen um Staat und Arbeiterbewegung in der Zwischenkriegszeit beteiligt, verteidigte die Weimarer Verfassung gegen Carl Schmitts autoritäre Ambitionen und hatte nach 1945 kurzzeitig Einfluss auf die Behandlung der Frage der Rechtsnachfolgerschaft des ‚Dritten Reichs‘.

Im Folgenden können die vielfältigen historischen Reflexionen und Interventionen Kelsens nicht einmal ansatzweise gewürdigt und dargestellt werden. Vielmehr sollen seine grundlegenden Überlegungen zu Recht, Eigentum und Staat thematisiert werden. Kelsens Beiträge zu diesen Themen weisen eine „unerschrockene Folgerichtigkeit“¹ auf und sind für eine kritische Gesellschaftstheorie nicht nur deshalb von Bedeutung, weil sie beanspruchen, diese Phänomene ideologiekritisch zu beleuchten, sondern auch, weil Kelsen seine Theorie stets in Auseinandersetzung mit den marxistischen und sozialistischen Doktrinen seiner Zeit entwickelte. An Kelsen können schließlich die Konsequenzen einer Rechtsphilosophie nach dem Scheitern der Rechtsbegründung aus praktischer Vernunft² studiert werden. Kelsen geht von der Diagnose dieses Scheiterns aus, versucht aber dennoch eine Rechtstheorie jenseits von bloßem Machtrealismus zu formulieren: Der vernunftrechtlich artikulierte Gedanke einer Herrschaftsordnung als Autokratie des allen gleiche Freiheit garantierenden Gesetzes³ wird von Kelsen in das entkernte Modell einer Herrschaft der – welchen Inhalt auch immer annehmenden – Norm transformiert.

1. Reine Rechtslehre als normativistischer Rechtspositivismus

Kelsen wendet sich mit seiner reinen Rechtslehre gleichermaßen gegen einen empiristischen Rechtspositivismus, der Recht als machtgestützten Befehl des

¹ Paschukanis 1969, 23.

² Das Scheitern einer moralischen Begründung der äußeren Gesetzgebung und der Befugnis zu zwingen wird instruktiv von Klar 2007, 133-149 herausgearbeitet.

³ Kant (1998a) spricht von einer Ordnung, in der „das Gesetz selbstherrschend ist“ (464). Das Gesetz soll nichts anderes sein als die rechtliche Form des kategorischen Imperativs, das zwangsbewehrte Rechtsgesetz, das gebietet: „handle äußerlich so, daß der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen könne“ (338).

Souveräns begreift, dem gewohnheitsmäßig gehorcht wird,⁴ und gegen Naturrechtskonzeptionen, die Recht nur dann als gültig betrachten, wenn es mit überpositiven, nicht von Menschen gesetzten, sondern in Gott, der Natur oder der Vernunft vorfindlichen Normen übereinstimmt.

Gegen das Naturrecht zielt die reine Rechtslehre auf eine deskriptive „Theorie des positiven Rechts“⁵, die fragt „was und wie das Recht ist, nicht aber [...] wie es sein oder gemacht werden soll“ (1/15), beharrt also auf dem Titel eines *Rechtspositivismus*.⁶ Gegen die positivistische Machttheorie des Rechts beansprucht Kelsen, die *normative* Spezifik des Rechts und der Rechtswissenschaft gegenüber benachbarten Phänomenen und Disziplinen herauszuarbeiten, „alles aus[zuscheiden [...], was nicht zu dem exakt als Recht bestimmten Gegenstände gehört“ (15). Reine Rechtslehre sei damit Ideologiekritik nicht nur im Sinne einer Kritik der Vermengung ethischer mit deskriptiven Aussagen über das Recht, sondern auch einer Kritik des „Methodensynkretismus“ (16), der rechtswissenschaftliche Methoden und Gegenstände mit empirisch-kausalwissenschaftlichen (psychologischen, soziologischen, biologischen etc.) konfundiere. Damit kombiniert Kelsens Theorieprogramm in eigentümlicher Weise eine positivistische Ideologiekritik, die auf Werturteilsfreiheit abzielt, mit einem neukantianischen Ansatz, der gegen einheitswissenschaftliche Positionen eine Eigenständigkeit ‚geisteswissenschaftlicher‘ Methoden behauptet.

⁴ Die prominenteste Formulierung dieser Machttheorie findet sich in John Austins *The Province of Jurisprudence Determined* aus dem Jahr 1832 (vgl. Austin 2005).

⁵ Ursprünglich steht der Begriff des positiven Rechts (von lat. ponere) für ‚gesetzte‘, d.h. von einer Obrigkeit bewusst und willentlich gesetzte Rechtsnormen (vgl. Koller 1997, 22). Allgemeiner wird es aber verstanden als „durch – faktische – menschliche Willensakte“ (Walter 2001, 3) gesetztes Recht, das auch gewohnheitsrechtlich entstanden sein kann und jedenfalls im Gegensatz zu den als unverfügbar vorgestellten Normen des Naturrechts steht. Unverfügbar bedeutet, dass diese Normen nicht von faktischen menschlichen Willensakten gesetzt und daher nicht von Menschen veränderbar sind. Allenfalls kann ein göttlicher Willensakt angenommen werden, dessen Faktizität aber nicht nachweisbar ist.

⁶ Noch einmal im Überblick: Rechtspositivismus hat zum Gegenstand *positives* (also von empirischen menschlichen Willensakten gesetztes) Recht, das *faktisch* gegeben ist (also geltendes Recht ist) und das von einer *nichtnormativen* Normwissenschaft *beschrieben*, also nicht bewertet, wird. Was als Kriterium tatsächlicher Geltung verstanden werden kann, ist im Rechtspositivismus aber umstritten. Koller führt z.B. „*autoritative Gesetztheit*“, „*soziale Wirksamkeit*“ und „*Anerkennung*“ (ebd., 143) auf. Wir werden noch sehen, welches Kriterium Kelsen vorschlägt. Bei Kelsen finden sich aber auf jeden Fall zwei Kennzeichen des Rechtspositivismus, die Norbert Hoerster a) die „Neutralitätsthese“ und b) die „Subjektivitätsthese“ nennt (Hoerster 1989, 11, 14): a) Begriff und Geltung von Recht sind gegenüber seinen Inhalten neutral; damit können auch als ungerecht bewertete Normen faktisch geltende Rechtsnormen sein und b) es gibt keine objektiven, erkennbaren Maßstäbe richtiger Rechtsinhalte – diese können daher auch nicht Kriterien objektiver Rechtsgeltung sein. Hoerster zählt nur die Neutralitätsthese zum Kernbestand eines jeden Rechtspositivismus und weist zugleich darauf hin, dass sie nicht leugne, dass die rechtssetzende Instanz inhaltliche Ziele und Werte verfolge, sondern dass sie lediglich behaupte, dass die Beschreibung geltenden Rechts ohne Wertung auskommen könne (vgl. ebd., 13).

1.1 Das Recht als Norm

Die reine Rechtslehre ist eine nichtnormative Normwissenschaft, die faktische Normen beschreibt, deren Faktizität aber nicht diejenige empirischer Seinstatsachen ist.⁷ Dies soll im Folgenden erläutert werden: Jeder rechtliche Sachverhalt hat Kelsen zufolge zwei Elemente, einen „sinnlich wahrnehmbare[n] Akt“ menschlichen Verhaltens und einen diesem Akt „anhaftende[n] Sinn, eine spezifische Bedeutung“ (16). Beispiel: „Ein Mann, mit einem Talar bekleidet, spricht von einem erhöhten Platz aus zu einem vor ihm stehenden Menschen bestimmte Worte. Dieser äußere Vorgang bedeutet ein richterliches Urteil“ (17). Dieser Sinngehalt wiederum kann subjektiv oder objektiv sein: Im Gegensatz zu Gegenständen der Naturwissenschaft sagt der zu erkennende Akt in den Sozial- und Rechtswissenschaften häufig „selbst etwas über seine Bedeutung aus[...]“ (17). Die Jurisprudenz findet „eine Selbstdeutung des Materials vor“ (18), z.B. können zwei Privatrechtssubjekte bei der Unterzeichnung eines Papiers die Absicht aussprechen, dabei einen Vertrag einzugehen. Der Rechtswissenschaft obliegt nun die Aufgabe, das deutende Verhalten der Akteure nicht nur zu verstehen, sondern auch hinsichtlich seiner objektiven Geltung zu überprüfen, denn: „Der subjektive Sinn kann, muß aber nicht mit dem objektiven Sinn zusammenfallen, der diesem Akt im [...] Rechtssystem zukommt“ (18). Auch hierfür ein Beispiel: Eine Geheimorganisation verurteilt einen als Verräter titulierten Menschen zum Tode und deutet diesen Akt auch subjektiv als Todesurteil im rechtlichen Sinne. Obwohl die Tötung einer Person als äußerer Sachverhalt „sich durch nichts von der Vollstreckung eines Todesurteils unterscheidet“, ist dieser Akt „im System des objektiven Rechts“ ein „Fememord“ (18). Es bleibt zunächst festzuhalten, dass Kelsen zufolge das kausalgesetzlich bestimmte Sein eines empirischen Sachverhalts (der „ein Stück Natur“ ist (18)), zu dem auch der Wunsch oder Befehl eines Menschen, der an andere gerichtet wird, oder die Selbstdeutung dieses Aktes zählen, keinen rechtlichen Sachverhalt hervorbringt. Dies kann ausschließlich „der objektive Sinn, der mit diesem Akt verbunden ist“ (19). Woher stammt dieser nun?

Den spezifisch juristischen Sinn erhält ein äußerer Sachverhalt „durch eine Norm, die sich mit ihrem Inhalt auf ihn bezieht“ (19). Diese Norm ist ein „Deutungsschema“ (19), das durch einen Denkakt auf einen empirischen Sachverhalt bezogen wird – der Sachverhalt wird mit der Norm konfrontiert, etwas wird *als* Rechtsakt gedeutet. Erst wenn „der Inhalt eines tatsächlichen Geschehens mit dem Inhalt einer [...] Norm übereinstimmt“ (19), hat dieses Geschehen die objektive Bedeutung eines Rechtsakts. Beispiel: Ein Richter stellt einen empirischen Sachverhalt als gegeben fest, z.B. einen Tötungsakt einer bestimmten Person, die diesen mittels einer sprachlichen Äußerung eingeleitet hat. Rechtliche Bedeutung, den objektiven Sinn der Vollstreckung eines Todesurteils (=Rechtsakt)/eines Fememordes (=Unrechtsakt) erhält der Sachverhalt erst, wenn der Richter ihn mit dem Inhalt einer Norm „in Beziehung bringt“ (20f.),

⁷ Vgl. bereits Hermann Cohen (1981, 13), der 1904 betont, „daß vor Allem durch den Gegensatz zum Sein der Natur [...] das *Sein des Sollens* zur Formulierung kommen“ müsse.

d.h., wenn der Inhalt der als gültig vorausgesetzten Norm mit dem Inhalt des empirischen Sachverhalts „in einer bestimmten Korrespondenz steht“ (20). Solche Normen sind in diesem Falle im Strafgesetzbuch niedergelegt.

Die Normen, die einem Sachverhalt rechtliche Bedeutung verleihen, werden durch einen Rechtsakt erzeugt, der wiederum „von einer anderen Norm her seine Bedeutung erhält“ (19) – ein erster Hinweis auf die Autonomie des Rechts: Nicht ein Faktum, sondern die Übereinstimmung mit dem Inhalt einer Norm konstituiert einen empirischen Akt zu einem Rechtsakt. Die Norm wiederum ist durch einen empirischen Akt konstituiert worden, der mit dem Inhalt einer weiteren Norm übereinstimmt, die diesen Akt damit zum Rechtsakt macht usw. Kelsen betont, „daß die Akte, durch die Rechtsnormen erzeugt werden, vom Standpunkt juristischer Erkenntnis überhaupt nur insofern in Betracht kommen, als sie durch Rechtsnormen bestimmt sind“ (2/23).

Auf diese Normen ist die Rechtserkenntnis also gerichtet. Eine Norm beinhaltet, dass etwas geschehen *soll*. Sie ist der „Sinn eines intentional auf das Verhalten anderer gerichteten [Willens-]Aktes“ (5). Der Willensakt ist ein empirischer Tatbestand, die Norm als dessen Sinngehalt ist ein Sollen. Das Sollen als „spezifischer Sinngehalt“ ist von dem „psychische[n] Akt, in dem sie gewollt oder vorgestellt wird“ (1/20) zu unterscheiden. Kelsen betrachtet den Sinn eines auf das Verhalten anderer gerichteten Willensakts, der ein Gebot/ein Verbot/eine Erlaubnis ausspricht, dann als objektiv (=gültig), wenn dieser „auch vom Standpunkt eines unbeteiligten Dritten als gesollt angesehen wird“ (2/7). Was das zu bedeuten hat, wird im Zusammenhang mit dem Grundnormbegriff geklärt. „Seinsvorgänge“ empirischer Art (wie Wollen, Äußerungen, Schriftstücke etc.) sind Kelsen zufolge als solche nicht Gegenstand der Rechtswissenschaft, sondern lediglich insofern sie eine „Norm als Sinngehalt tragen“ (1/20). Das unterscheidet Rechtswissenschaft als Normwissenschaft von Rechtspsychologie oder -soziologie: Die „Norm [ist] eine Kategorie, die im Bereiche der Natur keine Anwendung findet“ (20).⁸

Die spezifische Existenzweise der Norm nennt Kelsen ‚Geltung‘ oder ‚Gültigkeit‘. Dabei geht er vom radikalen logischen Unterschied von Sein und Sollen aus.⁹ Dieser könne „nicht näher erklärt werden. Er ist unserem Bewußtsein unmittelbar gegeben“ (2/5). Normen sind nicht un-/wahr, sondern un-/gültig (19):

⁸ Dies erinnert an Freges Psychologismuskritik, seine Unterscheidung von Gedanke und Vorstellung/Urteil: Zwei empirische Urteils- resp. Vorstellungsakte können denselben Inhalt haben. Die Vorstellungen sind privat, empirisch und psychisch, die Bedeutungen sind öffentlich, nichtempirisch und nichtpsychisch: „Der Gedanke ist dem Denkenden nicht so zu eigen, wie die Vorstellung dem Vorstellenden, sondern steht allen, die ihn auffassen, in derselben Weise gegenüber und als derselbe gegenüber“ (Frege 1969, 144f.).

⁹ Eine differenzierte Typologie möglicher Deutungen der Sein-Sollen-Dichotomie findet sich in Morscher 2001, 67f. Kelsen vertritt demnach folgende Deutungen: a) die *epistemologische* Dichotomie-These, derzufolge Seinsätze wahrheitswertfähig sind, Sollsätze hingegen nicht; b) die ‚normale‘ *logische* Dichotomie-These, derzufolge Sollsätze nicht aus Seinsätzen logisch ableitbar sind und vice versa; c) die *ontologische* Dichotomie-These, derzufolge gültige Normen und existierende Seinsstatsachen zwei verschiedene Bereiche darstellen.

Die Aussagen ‚Man soll nicht bei Rot die Straße überqueren‘/‚Du sollst mir zu Diensten sein‘ als wahr oder unwahr zu bezeichnen, ist demnach unsinnig. Sie können lediglich als gültig oder ungültig bezeichnet werden. Wahr oder unwahr sein können lediglich Aussagen vom Typ: ‚Er überquert bei Rot nicht die Ampel‘ oder ‚A ist B zu dien-sten‘. Wahrheitsfähig ist auch die Aussage: ‚Die Norm ‚Man soll nicht bei Rot die Straße überqueren‘ ist gültig‘, d.h. in einem verfassungsgemäß erlassenen Gesetz niedergelegt (deskriptive Analyse von Normen) oder auch die Aussage: ‚X verhält sich normkonform, indem er bei Rot nicht die Straße überquert‘. D.h., obwohl Sein und Sollen, empirische Existenz und Geltung nicht aufeinander zu reduzieren sind, ist eine deskriptive Normwissenschaft möglich.¹⁰

Kelsen konstatiert zwar einen „logischen Dualismus von Sein und Sollen“ (19), doch bedeute dies nicht, dass beide beziehungslos nebeneinander stünden. Wäre dies der Fall, könne kein normgemäßes Handeln konstatiert werden: ‚Der Richter soll bei Vorliegen bestimmter Tatbestände ein entsprechendes Urteil fällen‘ (Norminhalt) und ‚Der Richter fällt ein bestimmtes Urteil aufgrund des Vorliegens eines bestimmten Tatbestandes‘ (empirischer Sachverhalt) weisen ein gemeinsames Drittes auf – den Inhalt des Handelns, *etwas* soll geschehen/*etwas* geschieht: „Was sie gemeinsam haben ist das ‚Etwas‘“ (19Fn.).¹¹ Unterschieden ist

¹⁰ Die Rechtswissenschaft beschreibt, so Kelsen in seiner Neuauflage der *Reinen Rechtslehre*, Rechtsnormen mit Rechtssätzen: Diese erfassen den Sinn von Rechtsnormen deskriptiv. Rechtssätze können wahr oder unwahr sein, während Rechtsnormen nur gültig oder ungültig sein können. Aufgabe der Rechtswissenschaft ist die Beschreibung von Rechtsnormen bzw. der Rechtsnormerzeugung, während diejenige der „Rechtsautorität“ die Erzeugung des Rechts bzw. seine Anwendung ist. Die eine beschreibt, was die andere *vorschreibt* (2/73ff.) (vgl. auch Hobbes 1999, 212: „Die Autorität der Schriftsteller kann aus ihren Meinungen ohne staatliche Autorität kein Gesetz machen, mögen sie auch noch so richtig sein.“). Während der Rechtssatz ein deskriptives Urteil über eine Rechtsnorm darstellt, ist die Rechtsnorm „überhaupt keine Aussage, sondern der Sinn eines Aktes, mit dem etwas vorgeschrieben [...] wird“ (2/84). Auch Rechtssätze sind zwar „Sollsätze“, weil sie Sollnormen beschreiben: „Daraus, daß der Rechtssatz etwas beschreibt, folgt aber nicht, daß das Beschriebene eine Seintatsache [sic!] ist. Denn nicht nur Seintatsachen, auch Soll-Normen können beschrieben werden.“ (83). Der Rechtssatz, der eine Strafrechtsnorm wie folgt beschreibt, ist unwahr: ‚Diebstahl wird mit Gefängnis bestraft‘ (der Diebstahl kann ja auch nicht bestraft werden). Wahr ist er, wenn er lautet: (Gemäß der gültigen Strafrechtsnorm) ‚Diebstahl soll mit Gefängnis bestraft werden‘ (77). Der Sinn des ‚Sollens‘ im Rechtssatz ist aber ein anderer, nämlich deskriptiver („das Sollen hat im Rechtssatz einen bloßen deskriptiven Charakter“ (83)), als der des Sollens in der Rechtsnorm, der ein präskriptiver Sinn ist. Denn: „Da die Rechtswissenschaft die Geltung einer Rechtsordnung schildert, sagt sie nicht aus, was regelmäßig geschieht, sondern was nach einer bestimmten Rechtsordnung geschehen soll“ (78). Der Rechtssatz ist eine werturteilsfreie Normbeschreibung, „impliziert [...] keinerlei Billigung der von ihm beschriebenen Rechtsnorm“ (83).

¹¹ Normen beziehen sich mit ihrem Inhalt auf raumzeitliches Geschehen, v.a. menschliches Verhalten, welches „im Sinne der Norm vorsichgehen soll“ (1/21). Sie haben einen raumzeitlichen Geltungsbereich (22), sind Kelsen zufolge aber selbst „nicht in Raum und Zeit“ gegeben (21). Daneben haben Normen noch einen sachlichen (verschiedene Formen menschlichen Verhaltens) und personalen Geltungsbereich (alle Menschen oder bestimmte Kategorien von Menschen werden Gegenstand der Norm) (22f.).

allerdings der Modus der Existenz: Gültiger Norminhalt einerseits, empirischer Handlungsgehalt andererseits.

Im Falle von Normen ist „von ausnahmsloser *Gesetzlichkeit*“ (Sb, 76), d.h. von notwendiger Verknüpfung, allein der Sollensaspekt: Wenn A ist, *soll* B folgen. Dieses „Sein des Sollens“ (76) ist Geltung, keine Kausalität. Der normgesetzliche Zusammenhang ist „*in sich* vollendet“ (79), d.h. er bedarf keinerlei empirischer Elemente, ist logisch unabhängig davon, ob tatsächlich B auf A folgt (96).

1.2 Die Rechtsnorm als Zwangsnorm

Rechtswissenschaft ist für Kelsen also Normwissenschaft. Das Recht stellt aber einen spezifischen Normtypus dar, der von moralischen Normen abgegrenzt werden muss. Beide Normtypen sind, wenn sie Gegenstand wissenschaftlicher Analyse (Ethik/Rechtswissenschaft) sein sollen, *positive* Normkomplexe (2/64), d.h. „Sinngelalte empirischer, von Menschen in der Welt der Wirklichkeit gesetzter Tatsachen und nicht [...] Befehle transzendenter Wesenheiten“ (Gott z.B.) (60f.Fn.). Sowohl Moral- als auch Rechtsnormen haben die Eigenschaft, prinzipiell gegen das „egoistische[...] Interesse der Individuen“ gerichtet sein zu können. Doch bedeutet das nicht, dass diese Normen deshalb unter völliger Abstraktion vom Interesse befolgt werden. Ob Moral- oder Rechtsordnung, beide werden sogar nur *aufgrund* des Eigeninteresses der Akteure befolgt, und zwar eines Interesses, „das durch die soziale Ordnung hervorgerufen wird und möglicherweise [...] der Neigung oder dem egoistischen Interesse entgegengesetzt ist, das ohne das Eingreifen der sozialen Ordnung allein vorhanden wäre“ (62).¹² Die entscheidende Differenz zwischen Moral- und Rechtsnormen besteht für Kelsen in der Art und Weise, in der diese Normen ein bestimmtes menschliches Verhalten motivieren: Das Recht ist eine Zwangsordnung, die durch Androhung eines Übels (Entzug von Leben, Freiheit, Eigentum), die einem Unrechtstatbestand zugerechnet wird, das gegenteilige Verhalten gebietet und motivieren soll. Die Moral ist eine zwangsfreie, wenn auch nicht sanktionsfreie Normordnung. Ihr entsprechen Missbilligung oder innere Sanktionen als Strafe für nichtkonformes Verhalten (64f.).

Kelsen versteht unter einer Rechtsnorm nun ein „hypothetisches Urteil¹³ [...], das die spezifische Verknüpfung eines bedingenden Tatbestandes mit einer bedingten Folge ausdrückt“ (1/34), die stets ein Zwangsakt ist. Im Gegensatz zum Naturgesetz („Wenn A ist, so muß [wird] B sein“) „sagt das Rechtsgesetz: wenn A ist, so soll B sein“ (35). Im Naturgesetz besteht eine kausale Verknüpfung zwischen Antecedens und Consequens, in der Rechtsnorm eine normative Zurechnung. Die Rechtsbedingung wird zwar mit der Rechtsfolge verbunden, doch „diese kann von jener nicht als ursächlich bewirkt angesehen werden“ (34). Jemand

¹² Bereits hier wird deutlich, dass Kelsen sich gegen Kants Annahme einer reinen praktischen Vernunft wendet, die als solche handlungsmotivierend sein könnte.

¹³ In der Zweitaufgabe der *Reinen Rechtslehre* wird dies korrigiert: Urteil ist hier nur der Rechtssatz, der eine Rechtsnorm ausdrückt. Diese ist kein Urteil, keine Aussage. Normen beziehen sich zwar auf künftiges Verhalten, sagen aber „darüber nichts aus, sondern schreiben es vor“ (2/91).

wird *wegen* eines Delikts bestraft, das Delikt ist nicht die *Ursache* der Bestrafung. Es kann auch sein, dass, wenn Person x Unrechtstatbestand A erfüllt, er nicht bestraft wird, z.B. weil sein Vergehen nicht bemerkt wird, oder dass x bestraft wird, obwohl er die in Unrechtstatbestand A beschriebene Tat faktisch nicht begangen hat. Der Gültigkeit der Norm tut das keinen Abbruch. Der Begriff Zurechnung ist „Ausdruck der spezifischen Existenz des Rechtes, seiner Geltung“ (34), d.h. des objektiven Sollens.

Mit der Bestimmung der Rechtsnorm als Zwangsnorm wendet sich Kelsen gegen die traditionelle zweistufige Betrachtung von Rechtsnormen (Verhaltens- und Sanktionsnorm) und weist dem Unrecht eine besondere Funktion für den Rechtsbegriff zu: Unrecht ist keine immanente Qualität einer Handlung, „Unrecht ist das im Rechtssatz als Bedingung bestimmte Verhalten jenes Menschen, gegen den sich der im Rechtssatz als Folge statuierte Zwangsakt richtet.“ (38) Damit verliert das Unrecht seine „extrasystematische Stellung“ (39) in der Rechtswissenschaft. Das Unrecht ist keine Negation des Rechts, sondern geradezu dessen Bedingung. An ihm „bewährt sich die Existenz des Rechts, die in seiner Geltung besteht, in dem Sollen des Zwangsaktes als der Unrechtsfolge“ (39). Das Unrecht ist Rechtsbedingung, weil ihm – als Element des Norminhalts – ein Zwangsakt folgen *soll*. Unrecht ist Voraussetzung, Anfangsbedingung der Rechtsnorm (des staatlichen ‚Willens‘), nicht Inhalt des staatlichen Willens im Sinne von ‚gesollt‘. Gesollter Inhalt des staatlichen Willens ist die Sanktion als unrechtsbedingte Rechtsfolge. Die „traditionellen Begriffe der Rechtswidrigkeit und der Rechtmäßigkeit“ beziehen sich dagegen auf „die sekundäre Rechtsnorm als auf den Ausdruck des Rechtszwecks“ (42) (z.B. ‚Mord ist verboten‘). Übersetzt bedeuten sie: „das den Zwangsakt bedingende“ und „das den Zwangsakt vermeidende Verhalten“ (43).

Kelsen reinigt den Verpflichtungsbegriff von allen kontraktualistischen Elementen. Verpflichtung beruht nicht auf der objektiven Vernünftigkeit des Norminhalts oder der intersubjektiven Nützlichkeit desselben, die von den Akteuren anerkannt wird.¹⁴ Ein Individuum ist vielmehr „rechtlich zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet, wenn sein gegenteiliges Verhalten zur Bedingung eines Zwangsaktes (als einer Sanktion) gemacht ist.“ (2/125) Recht hat somit die Funktion, einen von der rechtssetzenden Instanz „erwünschte[n] soziale[n] Zustand“ herbeizuführen, indem „an das menschliche Verhalten, das das kontradiktorische Gegenteil dieses Zustands bedeutet, ein Zwangsakt [...] als Folge geknüpft wird“ (1/40). Die Rechtsnorm hat dann zwei Adressaten: den direkten Adressaten – das zur Setzung des Sanktionsaktes befugte oder verpflichtete Staatsorgan – und den

¹⁴ Kelsen verwahrt sich dagegen, die reine Rechtslehre als „Anerkennungstheorie“ der Rechtsgeltung zu betrachten. Diese sei ein normativer Ansatz, der Recht nur unter der Bedingung der Geltung der naturrechtlichen Norm: „das Individuum soll nur, was es selbst will“ (2/225Fn.) als gültig betrachte, also vom „Ideal der individuellen Freiheit als Selbstbestimmung“ (ebd.) ausgehe. Damit sei diese Theorie normativ kontaminiert, also nicht mehr ‚rein‘. Allerdings diagnostiziert er bei den neuzeitlichen Kontraktualisten zu Recht die „Bewegung von einer subjektivistischen Ausgangsposition zu einem objektivistischen Endresultat“ (D, 161Fn.) und stellt fest, dass die Idee des Gesellschaftsvertrages als freier Zustimmung der einzelnen unvereinbar mit der Idee des allgemeinen Willens sei.

indirekten – das Rechtssubjekt als Akteur, dem ein Verhalten dadurch geboten wird, dass an das gegenteilige Verhalten ein Sanktionsakt als gesollt statuiert wird. Obwohl Recht Kelsen zufolge eine „soziale Technik“ (40) zur Bewirkung beliebigen, von der zur Rechtssetzung autorisierten Instanz erwünschten Handelns ist, erfüllt es diese Aufgabe also in einer merkwürdig ‚verkehrten‘ Weise: „Nur dadurch, daß die Rechtsordnung z.B. das Handeln des Richters und Exekutionsbeamten regelt, regelt sie das Verhalten des Schuldners, der ein empfangenes Darlehen zurückerstattet.“ (Sb, 165) Das in der Rechtsnorm direkt gebotene Handeln ist die Sanktion, der eigentliche Normzweck ist „juristisch aus der inneren Struktur der Norm hinausgepreßt[...]“.¹⁵

Die Rechtsnorm „in ihrer primären Gestalt“ als vollständige Rechtsnorm ist eine Sanktionsnorm, während die „das zwangvermeidende Verhalten statuierende Norm“ (1/42) („Man soll nicht stehlen [...] usw.“ (41)) „nur als sekundäre“ (42), unvollständige gelten kann. Kelsen reduziert die Rechtsnorm, die im klassischen Rechtspositivismus aus positiver Verhaltensnorm (verstanden als psychologisch-faktischer Befehl) und Sanktionsnorm (Sanktionsandrohung im Falle der Nichteinhaltung) zusammengesetzt war, auf die Sanktionsnorm: „Wenn jemand stiehlt, so soll er bestraft werden, und nicht: 1. Niemand soll stehlen, 2. der Dieb soll bestraft werden“ (Sb, 235). Damit wäre § 433 BGB („Der Käufer soll dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zahlen“) eine unvollständige Rechtsnorm, § 242 StGB („Wer einen Diebstahl begeht, soll bestraft werden“) eine vollständige Rechtsnorm. Positive Verhaltensnormen sind Kelsen zufolge entweder rechtlich irrelevant (wenn sie ein Verhalten vorschreiben, ohne eine Sanktionsdrohung als Rechtsfolge zu statuieren) oder unselbständige Normen: Da sie „lediglich die Bedingungen angeben, an deren Nichtvorliegen die zweiten Sanktionen knüpfen, seien sie überflüssig, wenn die Sanktionsnormen vollständig formuliert werden.“¹⁶ Unterschieden werden kann lediglich nach den Sanktionsformen. Sanktionen sind stets die Zufügung eines Übels, resp. Entziehung eines Gutes. Einmal, als Strafe, werden Leben, Freiheit oder Güter entzogen, im anderen Fall, dem der Exekution, wird Zwang zur Wiedergutmachung begangenen Unrechts ausgeübt (2/114). Neben diesen staatlichen Sanktionsformen existieren auf völkerrechtlicher Ebene Repressalien und Krieg als spezifische Sanktionsformen (328).

Allerdings begreift Kelsen das Recht als Zwangsordnung im weiten Sinne: Zwar ordnen nicht alle Normen innerhalb des Rechtssystems Zwangsakte an, sie sind dann aber „unselbständige Normen [...], da sie nur in Verbindung mit einer einen Zwangsakt statuierenden Norm gelten“ (59). Am Beispiel der positiv ge-/verbotenden Verhaltensnormen wurde das bereits gezeigt. Darüber hinaus führt Kelsen zwei weitere unselbständige Normtypen an:

1) Erlaubende Normen „schränken nur den Geltungsbereich einer Rechtsnorm ein, die dieses Verhalten dadurch verbietet, dass sie an das Gegenteil eine Sanktion knüpft“ (56). Beispiel: a) ‚Der Vertrieb von Alkohol steht unter Strafe‘. b) Positiv erlaubende Norm: ‚Erfolgt der Alkoholvertrieb mit behördlicher Genehmigung, so ist er erlaubt‘. Sinn von b) ist nur mit Bezug auf a) gegeben. Daher

¹⁵ Dreier 1986, 206.

¹⁶ Koller 1988, 140.

folgt c) ‚Wird Alkohol ohne behördliche Erlaubnis vertrieben, so steht er unter Strafe‘.

2) Ermächtigende Normen sind unselbständig, „da sie nur Bedingungen bestimmen, unter denen die Strafsanktionen zu vollstrecken sind“ (58). Die verfassungsmäßige Ermächtigung von Parlamentsmitgliedern zur Setzung genereller Normen und die gesetzliche Ermächtigung von Richtern zur Setzung individueller Normen¹⁷ „sind ebensolche Bedingungen der Vollstreckung des Zwangsaktes wie die Feststellung des Deliktatbestandes oder andere Umstände, die in Rechtsnormen zur Bedingung von Zwangsakten gemacht sind“ (58). Dennoch konstatiert Kelsen eine Spezifik dieser Normen: Die Verfassungsnormen, die das Gesetzgebungsverfahren regeln (wer ist unter welchen Bedingungen zur Gesetzgebung ermächtigt?) „statuieren keine Sanktionen für den Fall, daß sie nicht beobachtet werden“ (52). Die Erzeugung von Normen wird hier nicht geboten, die Folge der Nichtbeachtung ist die Nichtigkeit des Aktes.¹⁸

Der britische Rechtstheoretiker H.L.A. Hart hat Kelsens Zwangsnormenmonismus einer Kritik unterzogen. Die Spezifik Befugnisse erteilender (ermöglichender) Normen werde von Kelsen verfehlt. Diese Normen sehen bei Erfüllung der Normbedingungen ein rechtliches Können, bei Nichterfüllung rechtliche Nichtigkeit vor. Ermöglichende Normen geben Bedingungen an, unter denen rechtswirksame Befugnisse (Vertragsschlüsse, Gesetzgebung usw.) ausgeübt werden können.¹⁹ Nichtigkeit sei dabei nur schwer als Sanktion, resp. Übelandrohung zu begreifen und die Nichterfüllung sei nicht als Delikt zu bezeichnen. Es solle zudem nicht ein gegenteiliges Verhalten bewirkt werden, indem ein Verhalten mit Sanktionen bedroht wird, sondern ermöglichende Normen hätten die Form: ‚Wenn Du Rechtsakt x ausführen willst, musst Du folgende Bedingung y erfüllen‘.²⁰ Die Nichtigkeit als Rechtsfolge bei Nichterfüllung der Bedingungen legitimer Rechtssetzung solle kein Verhalten verhindern, es spreche nur einem Verhalten (z.B. einer Parlamentsabstimmung) den Rechtscharakter ab.²¹ Die ermöglichenden Normen hätten daher eher den Charakter von Spielregeln als von mit Drohungen belegten Befehlen: „Wenn wir dies alles mit den Sanktionen des Strafrechts in einen Zusammenhang bringen, ist das nichts anderes, als wenn wir von den Regeln eines Spieles verlangten, daß sie alle Handlungen im Spiel elimi-

¹⁷ Individuelle Normen richten sich an bestimmte, namentlich kennzeichenbare Personen und gebieten oder verbieten „eine *einzelne* Handlung oder Unterlassung“ (Koller 1997, 17). Vor allem Richter, aber auch Privatrechtssubjekte erzeugen solche Normen auf der Grundlage genereller Normen. Diese wiederum richten sich an alle Personen oder wenigstens an einen „durch *allgemeine artbildende Merkmale* gekennzeichnet[en]“ Personenkreis (sie beziehen sich z.B. auf einen Typus von Handelnden bzw. Handlungen: ‚Wer betrunken ist, darf nicht mehr fahren‘). „[S]ämtliche Handlungen, die dieser Klasse angehören, sind angeordnet bzw. verboten“ (ebd.). Generelle Normen werden v.a. von Gesetzgebungsorganen erlassen.

¹⁸ Allerdings kennt Kelsen auch Pflichtermächtigungen vgl. 2/124.

¹⁹ Vgl. Hart 1973, 52f.

²⁰ Vgl. ebd., 47ff.

²¹ Vgl. ebd., 55.

nierten außer z.B. das Schießen von Toren.“²² Die allgemeine Form der Rechtsnorm, die Kelsen angibt, verwische also die grundlegenden Differenzen zwischen strafrechtlichen und anderen Regeltypen. Es gebe Regeltypen, die eine – möglicherweise sogar unangenehme – Rechtsfolge implizieren, ohne dadurch das gegenteilige Verhalten als das des rechtsbedingenden Tatbestandes zu gebieten. So habe zwar ein Steuergesetz die Form ‚Wenn A (von einem Bürger Einkommen erzielt wurde), dann soll B sein‘ (wobei B der Vollzugsakt eines Staatsorgans, der Steuerbehörde, ist, also gefordert wird, dem Bürger Geld abzunehmen). Dennoch sei es falsch, in diesem Falle den bedingenden Tatbestand als Delikt zu bezeichnen, welches durch die Rechtsfolge verhindert werden soll.²³ Recht besteht demnach aus primären Verhaltensnormen, die sich direkt an die Bürger richten (vgl. §433 BGB) und aus sekundären Sanktionsnormen, die an Amtsträger adressiert sind.²⁴

Das Steuergesetz-Argument ist zwar schlagend, aber man darf fragen, ob es Kelsens Beharren auf dem Zwangscharakter des Rechts grundlegend aushebelt. Schließlich berücksichtigt auch Kelsen Normen, denen ein direkter Zwangscharakter nicht anzusehen ist, bezieht sie aber letztlich konsequent auf die Funktion der sozialen Verhaltenssteuerung qua Zwangsandrohung. Nicht zufällig rückt Hart dagegen Rechtsnormen in die Nähe von Spielregeln – ganz in der Tradition eines Sprachspiel-Kulturalismus Wittgensteinscher Provenienz, der soziale Zusammenhänge auf *geteilte Regeln* zurückführt, ohne ihren Herrschaftscharakter, d.h. auch: ihre *asymmetrische* Struktur zu beachten.²⁵

1.3 Die Grundnorm

Wann ist eine Norm gültig, d.h. existent? Da ein unüberbrückbarer Graben zwischen Sein und Sollen besteht, kann die Gültigkeit einer Norm, das objektive Gesolltsein eines beliebigen Inhalts, niemals aus einem Sein abgeleitet werden: „Der Geltungsgrund einer Norm kann nur die Geltung einer anderen Norm sein.“ (2/196) Die Letztere ist daher die höhere Norm. Der Normsylogismus beinhaltet notwendig eine normative Prämisse, aus der eine normative Konklusion abgeleitet werden kann:

Sollen	<i>Man soll den Geboten von X gehorchen</i>	<i>normativer Geltungsgrund</i>
(Sein)	<i>X hat Gebot Y formuliert</i>	<i>deskriptive Minorprämisse</i>
Sollen	<i>Also soll man Gebot Y gehorchen</i>	<i>begründete, gültige Norm</i>

Die Aussage: ‚Die zehn Gebote gelten, weil Gott sie erlassen hat‘ wäre daher ein naturalistischer Fehlschluss, wenn sie nicht als Kurzform für den Syllogismus im o.a. Sinne (mit der Prämisse: ‚Man soll den Geboten Gottes gehorchen‘) gelesen würde.²⁶

²² Ebd.

²³ Vgl. ebd., 62; Koller 1988, 142

²⁴ Vgl. Hoerster 2006, 13, 16.

²⁵ Vgl. dazu Giddens 1984, 58.

²⁶ Die Grundnorm des Naturrechts ist demnach allgemeiner betrachtet: „man soll den Befehlen der Natur gehorchen“ (2/227). Diese Grundnorm muss vorausgesetzt werden, wenn

Hinsichtlich des Problems der Normbegründung ergibt sich für Kelsen das Problem des „Münchhausen-Trilemma[s]“²⁷: Man verfällt in einen unendlichen Regress; man verfängt sich in einem fehlerhaften Zirkel; man beendet das Begründungsverfahren durch dogmatische Setzung. Der Regress besagt: Eine Norm kann in ihrer Geltung nur von einer Norm begründet werden, die in ihrer Geltung von einer Norm begründet wird usw. Der fehlerhafte Zirkel wird von Kelsen ebenfalls erwähnt: Wenn man Gott als höchste normsetzende Autorität ansieht, wird die Norm, Gottes Normen zu befolgen, wiederum als von Gott gesetzt betrachtet. Kelsen entscheidet sich für den dogmatischen Abbruch des Begründungsverfahrens, das er Grundnorm-Voraussetzung nennt:

„Die in dem die Begründung leistenden Obersatz als objektiv gültig ausgesagte Norm ist eine Grundnorm, wenn deren objektive Geltung nicht weiter in Frage gestellt wird. Sie wird nicht weiter in Frage gestellt, wenn ihre Geltung nicht in einem syllogistischen Verfahren begründet werden kann. Und sie kann nicht so begründet werden, wenn die Aussage der Tatsache, daß diese Norm durch den Willensakt einer Person gesetzt wurde, als Untersatz eines Syllogismus nicht möglich ist.“

Dies wiederum ist dann der Fall, wenn die Person, deren Befehlen man der Norm im Obersatz gemäß gehorchen soll, „als eine höchste Autorität *angesehen* wird“ (205; Herv. I.E.). Die Norm, die nicht als normativer Schlusssatz eines Syllogismus aus einem normativen Obersatz und einer deskriptiven Anfangsbedingung abgeleitet werden kann, „muß [...] als Obersatz an die Spitze eines Syllogismus gestellt werden“ (205f.).

Das impliziert auch, dass die Norm nicht positiv gesetzt (also zunächst subjektiver Sinn des Willensaktes einer Person) sein kann, sondern „nur der Inhalt eines Denkaktes“ (206). Die Grundnorm ist „nicht eine gewollte Norm“ (denn dann müsste das Wollen dieser Norm wiederum gültig, d.h. von einer weiteren Norm ermächtigt sein), sondern „nur eine gedachte Norm“ (206).

„Auf die Frage: wer setzt die Grundnorm voraus? Antwortet die Reine Rechtslehre: *wer immer* den subjektiven Sinn des verfassunggebenden Aktes und der der Verfassung gemäß gesetzten Akte als deren objektiven Sinn, das heißt als objektiv gültige Norm *deutet*.“ (208f. Fn., Herv. I.E.)

Die Grundnorm-Unterstellung ist Kelsen zufolge das, was jeder leistet, der positives Recht als objektiv gültiges deutet und daher Implikation „des Verfahrens, das eine positivistische Rechtserkenntnis seit jeher angewendet hat.“ (209)

Kelsens Rechtstheorie ist damit keine Macht-, sondern eine Ermächtigungstheorie: Er stimmt dem Hobbesschen Satz ‚auctoritas, non veritas, facit legem‘ zu, deutet aber Autorität als Autorisiertheit durch eine übergeordnete Norm:

das Naturrecht keinen naturalistischen Fehlschluss begehen will. Sie ist Kelsen zufolge aber nicht evident (es gibt ihm zufolge überhaupt keine Evidenz von Normen, darin folgt er u.a. Locke). Dass hingegen überhaupt eine Grundnorm vorausgesetzt werden muss, damit eine Norm gültig ist, ist für ihn formallogisch zwingend.

²⁷ Albert 1991, S. 15.

„Nur eine kompetente Autorität kann gültige Normen setzen; und nur auf einer zur Normsetzung ermächtigenden Norm kann solche Kompetenz beruhen. Dieser Norm ist die zur Normsetzung ermächtigte Autorität ebenso unterworfen wie die zum Gehorsam gegenüber den von ihr gesetzten Normen verpflichteten Individuen.“ (197)

Was ‚herrscht‘ ist die Norm. Die Grundnorm ist also die höchste Norm in der Normhierarchie, sie ist 1) „*vorausgesetzt*“ (197), nicht gesetzt, da sie den höchsten und letzten Geltungsgrund für die Normsetzungsbefugnis einer höchsten Autorität darstellt. Sie ist eine überpositive Norm, kann nicht gesetzt sein, weil dann der Setzungsakt wiederum von einer höheren Norm ermächtigt sein müsste und so fort. Sie muss eine Norm sein, weil aus einem Sein kein Sollen abgeleitet werden kann (203). Sie ist aber auch 2) keine metarechtliche inhaltliche Norm, d.h. weder von Gott noch von der Vernunft oder der Natur hervorgebracht, sondern von unseren Denkkonstruktionen voraus-gesetzt, um psychophysische Tatbestände als Rechtsakte zu deuten. Als Geltungsgrund aller niederen Normen kann nur durch Bezug auf diese Grundnorm überhaupt von einem Normsystem die Rede sein.

Dabei unterscheidet Kelsen statisch-inhaltliche von dynamischen Normordnungen. Im Falle eines statisch-inhaltlichen Normzusammenhangs ist die Grundnorm nicht nur Geltungsgrund, sondern auch „Geltungsinhalt“ (198) der durch sie begründeten Normen. Diese sind das Besondere, das sich unter jene als das Allgemeine subsumieren lässt (z.B. ‚Man soll nicht lügen‘, ‚man soll Versprechen halten‘, ‚man soll nicht betrügen‘ etc. lassen sich aus ‚Man soll wahrhaftig sein‘ ableiten). Statische Normsysteme bilden eine Einheit, weil sie ihre Normen aus dem Inhalt einer obersten Norm ableiten. Zwischen Grundnorm und untergeordneten Normen besteht ein „*inhaltliche[r] Ableitungszusammenhang*“.²⁸ Diese Grundnorm-Konzeption sei aber nur bei naturrechtlichen Konzepten anzutreffen, die Kelsen radikal ablehnt.

Dynamische Normsysteme dagegen bilden eine Einheit, weil ihre Normen von Menschen gesetzt werden, die dazu durch eine oberste Ermächtigungsnorm befugt sind. Grundnorm und untergeordnete Normen bilden vornehmlich einen „*Delegationszusammenhang*[...]“ (332). D.h., der Inhalt einer bestimmten Norm des Rechtssystems „kann aus dieser Grundnorm nicht abgeleitet werden. Denn die Grundnorm beschränkt sich darauf, eine normsetzende Autorität zu delegieren, das heißt eine Regel aufzustellen, nach der die Normen dieses Systems zu erzeugen sind“ (199). Die Grundnorm ist eine rein formale Ermächtigungsregel: „Eine Norm gehört zu einer auf einer solchen Grundnorm beruhenden Ordnung, weil sie auf die durch die Grundnorm bestimmte Weise erzeugt ist – und nicht, weil sie einen bestimmten Inhalt hat“ (199). Es gibt aber auch inhaltliche Zusammenhänge der Normen. Die rechtserzeugenden Autoritäten können z.B. an inhaltliche Rechtsvorschriften gebunden sein (Beschränkung der richterlichen Rechtsanwendung durchs Gesetz, des Gesetzgebers durch die Verfassung) (200). Solche inhaltlichen Zusammenhänge betreffen aber nur die untergeordneten

²⁸ Koller 1997, 106.

Normen. Würde der Grundnorm ein solcher Inhalt unterstellt, setzte dies die Existenz „einer normsetzenden Vernunft voraus“ (198), deren Inhalt unmittelbar einleuchtend sei und daher nicht mehr hinterfragt werden könne. Doch „dieser Begriff“, behauptet Kelsen, „ist [...] unhaltbar, da die Funktion der Vernunft das Erkennen, nicht Wollen ist, die Setzung von Normen aber ein Akt des Willens ist“ (198). Wenn Kelsen zufolge nicht die Vernunft, sondern nur der Wille Normen setzen kann, dann gilt ihm der Wille ganz offenbar als etwas rein Irrationales.²⁹

Die Grundnorm verweist auf die Einheit und Autonomie der Rechtsordnung. Diese läßt sich in dem Satz ausdrücken, „daß die Erzeugung jeder zu diesem System gehörigen Norm durch eine andere Norm des Systems und in letzter Linie durch seine Grundnorm bestimmt ist“ (239), das Recht seine Erzeugung und Anwendung selbst regelt.³⁰ Zwischen den Extrempolen des Systems – der Grundnorm, die nicht wiederum gemäß den Bestimmungen einer höheren Norm gesetzt wurde, und dem Zwangsakt, der Anwendung einer Norm ist, ohne selbst eine Norm zu erzeugen – sind alle Rechtsakte zugleich Rechtserzeugungs- und Rechtsanwendungsakte: Rechtsanwendung, denn: „Jeder rechtserzeugende Akt muß ein rechtsanwendender Akt sein“ (241), da z.B. die Erzeugung individueller Normen im Rechtsprechungsakt mindestens von einem von höheren Normen dazu befugten Organ vollzogen werden muss, aber auch inhaltlich durch Gesetze bestimmt sein kann. Rechtserzeugung, denn die Anwendung der Verfassungsnorm der Gesetzgebungsbefugnis ist Setzung genereller Rechtsnormen, die Anwendung der generellen Rechtsnormen auf konkrete Fälle ist Erzeugung individueller Normen (236). Damit wendet sich Kelsen auch gegen die „fehlerhafte Identifizierung des Rechts mit dem Gesetz“ (1/90).

Das Sollen, das nur mit der Grundnorm als objektives gegeben ist, wird von Kelsen als transzendente Kategorie bezeichnet. Es sei „eine relativ apriorische Kategorie zur Erfassung des empirischen Rechtsmaterials“ (35). Die Kategorie ist nicht aus der Erfahrung ableitbar, synthetisiert empirisches Material zu rechtlichen Sachverhalten und kann damit als Bedingung der Möglichkeit der Gegenstände rechtlicher Erkenntnis gelten. Durch ihren „rein formalen Charakter“ unterscheidet sich Kelsens Sollenskategorie von einer „transzendenten Rechtsidee“ (36), die ein erfahrungsüberschreitendes inhaltliches Kriterium anbietet, welches gleichwohl erkannt werden können soll, d.h. eine inhaltliche Erkenntnis von etwas unterstellt, das kein Gegenstand möglicher Erfahrung sein kann. Diese Idee und die Möglichkeit ihrer Erkenntnis werden von jedem Naturrecht prokla-

²⁹ In *Was ist Gerechtigkeit?* spricht Kelsen davon, der Versuch, durch Selbstreflexion der Vernunft inhaltliche ethische Prinzipien zu finden, scheitere, weil a) die Ergebnisse lediglich Leerformeln seien (z.B. ‚Jedem das Seine‘, ‚Tue Gutes, meide Schlechtes‘) und b) „in Wahrheit von den emotionalen Elementen ihres Bewusstseins konstituiert werden“ (WiG, 27). Auch hier steht Kelsen im radikalen Gegensatz zu Kant, für den der Wille etwas Vernunftgetränktes ist. Der Wille kommt Kant zufolge nur Menschen zu. Er ist ein Vermögen, „der Vorstellung gewisser Gesetze gemäß sich selbst zum Handeln zu bestimmen“ (Kant 1998c, 59).

³⁰ Zu den Differenzen dieser Autonomiekonzeption von systemtheoretischen, die Autonomie mit dem Begriff der Paradoxie verkoppeln vgl. Buckel 2007, 20-24.

miert. Die transzendente Kategorie erweitert dagegen nicht den Kreis der Erscheinungen:

„So wie man den Inhalt der Naturgesetze nur aus der Erfahrung, so kann man den Inhalt der Rechtssätze nur aus dem positiven Recht gewinnen. Die Grundnorm schreibt dem Recht ebensowenig einen bestimmten Inhalt vor, wie die transzendental-logischen Bedingungen der Erfahrung dieser Erfahrung einen Inhalt vorschreiben“ (2/208). „Keiner gesellschaftlichen Wirklichkeit“, so Kelsen weiter, „kann wegen ihrer inhaltlichen Gestaltung die Vereinbarkeit mit dieser Rechtskategorie bestritten werden. Sie ist im Sinne der Kantischen Philosophie erkenntnis-theoretisch-transzendental, nicht metaphysisch transzendent“ (1/36).

Jeder Inhalt kann demnach Rechtsform annehmen, jeder Staat ist Rechtsstaat, „die Ordnung der Sowjetrepublik ganz ebenso [...] wie die des faschistischen Italien oder die des demokratisch-kapitalistischen Frankreich“ (36). Ich komme darauf zurück.

Es besteht zwar eine formale Ähnlichkeit zwischen Naturrecht und normativistischem Rechtspositivismus, indem beide ausgehend von einer überpositiven Norm positive (gesetzte oder durch Gewohnheit zustande gekommene (2/231f.)) Rechtsnormen als objektiv gesollte legitimieren – Kelsen nennt dies „eine gewisse Grenze [...], die dem Prinzip des Rechtspositivismus gezogen ist“ (226). Dennoch unterscheiden sie sich: Das Naturrecht unterstellt eine inhaltlich qualifizierte Norm, der das positive Recht entsprechen oder nicht entsprechen kann und dadurch als gültig oder ungültig bestimmt ist, während die Grundnorm jeder im großen und ganzen wirksamen Zwangsordnung unterstellt werden kann, die damit als geltend gesetzt ist (224). Die Grundnorm verleiht somit allen wirksamen Zwangsverhältnissen die Bedeutung eines objektiven Sollens. Der einzige ‚Inhalt‘ der Grundnorm lautet: „Man soll sich so verhalten, wie die Verfassung vorschreibt“ (204), bzw., „wie der Verfassungsgeber vorschreibt“ (8).³¹ Die Grundnorm ist „Verfassung im rechtslogischen Sinne zum Unterschied von der Verfassung im positiv-rechtlichen Sinne“ (202).

³¹ Einerseits bestimmt Kelsen also die Grundnorm als Ermächtigungsnorm (2/199) (der erste Verfassungsgeber ist befugt, eine Verfassung zu geben), andererseits als Gebot (man soll den Befehlen der ersten Verfassungsgeber gehorchen). Nobert Hoerster (2006) bezieht sich (freilich ohne die Grundnormvorstellung zu akzeptieren: 24) auf diese beiden heterogenen Normbegriffe, wenn er den Begriff der internen Ermächtigungsnorm erörtert: Eine interne Ermächtigungsnorm legt fest, dass und auf welche Weise eine Rechtsnorm für Dritte ohne deren Einverständnis hervorgebracht werden kann (32), nicht, dass eine solche hervorgebracht werden soll. Da eine Norm nun aber eine „Verhaltensaufforderung“ (34) sei (der Sinn eines an einen anderen gerichteten Willensaktes, der im Modus des Sollens formuliert wird), seien Ermächtigungsregeln „überhaupt keine echte[n] Norm[en]“ (34). „Sie teil[en] ihrem Adressaten bloß mit, daß sich ein gewisses Ziel – das Ziel, eine gültige Norm zu erlassen – nur auf dem angegebenen Weg erreichen läßt“ (58). Die interne Ermächtigungsnorm befugt also ihre unmittelbaren Adressaten, z.B. Gesetzgeber, dazu, „echte Normen, das heißt Gebotsnormen“ (34) für Dritte zu erzeugen. „Die von U an X gerichtete Ermächtigungsnorm ist also im Grunde eine (mittelbare und bedingte) an Y gerichtete Gebotsnorm.“ (33)

Die „als ‚Recht‘ bezeichnete, spezifisch normative Bedeutung gewisser Tatbestände“ ist allerdings lediglich „das Ergebnis einer möglichen, nur bei einer bestimmten [...] Grundvoraussetzung gegebenen, nicht aber einer notwendigen Deutung“ (1/47).³² Die Existenz des Rechts lässt sich nicht beweisen, weil die rechtliche Dimension eines empirischen Sachverhalts nichtempirisch und zudem logisch nicht zwingend ist. Kelsen stellt fest, „daß man mit zwingenden Argumenten eine Haltung nicht widerlegen kann, wie etwa die des theoretischen Anarchismus, der es ablehnt, dort wo Juristen von Recht sprechen, etwas anderes zu sehen als nur nackte Gewalt.“ (48) Das hat fundamentale Konsequenzen für das Konzept der Rechtsgeltung: Der objektive Sinn erweist sich normlogisch immanent einerseits plötzlich als radikal subjektiv,³³ andererseits wird schließlich der objektive Sinn empiristisch über das Minimum an Wirksamkeit wieder einzuholen versucht.³⁴ Damit ist auch der transzendentallogische Ansatz als Beschreibung des Kelsenschen Verfahrens ausgeschieden.³⁵ Dieser funktioniert nur, wenn man bestimmte Kategorien als notwendig zu unterstellende ausweisen kann, was Kelsen im Falle der Grundnorm explizit verneint. Es gebe kein zwingendes Argument dagegen, das, was der eine als gültigen Zwangsakt betrachtet, als bloße Gewalt zu betrachten: Nur *wenn* man einen Zwangsakt als rechtlichen deuten wolle, müsse man die Grundnorm voraussetzen.³⁶ Man *muss* ihn aber nicht als rechtlichen deuten. Die Rechtswissenschaft mündet damit in eine Philosophie, der klar ist, dass sie empirische Zwangsakte nur so betrachtet *als ob* sie Recht seien.

Geradezu obskur mutet Kelsens pragmatische Begründung der Notwendigkeit einer Berücksichtigung der Normeigengesetzlichkeit an: Die „Erforderlichkeit“ eines normativistischen Rechtspositivismus sei „schon durch das jahrtausendalte Faktum der Rechtswissenschaft erwiesen, die [...] den intellektuellen Bedürfnissen der mit dem Recht Befassten dient. Es liegt kein Grund vor, diese durchaus legitimen Bedürfnisse unbefriedigt zu lassen“ (48). Also weil einige Menschen es stets vorgezogen haben, Machtverhältnisse als Rechtsverhältnisse

³² In 2/224 begründet Kelsen das auch mit dem Argument, Zwangsverhältnisse zwischen Menschen könnten auch soziologisch, also „voraussetzungslos, das heißt [...] als Machtbeziehungen“ gedeutet werden.

³³ Vgl. Dreier 1986, 55: Die objektive Geltung der Ordnung als Rechtsordnung werde „nicht als allgemein verbindliche“ begründet, „sondern gerade ins Belieben des Einzelnen“ gestellt.

³⁴ Vgl. dazu den Abschnitt über Wirksamkeit und Geltung.

³⁵ Vgl. Paulson 2005, 197 sowie Priester 1984, 228: „Daß die Grundnorm keine transzendental-logische Voraussetzung sein kann, zeigt sich schon daran, daß man nach Kelsen die Grundnorm ablehnen [...] kann, was bei einer apriorischen Voraussetzung nicht möglich wäre.“ Michael Power (2000, 246ff.) stellt die Struktur transzendentaler Argumente wie folgt dar: 1) es ist *allgemein akzeptiert*, dass P der Fall ist; 2) P hat als *notwendige* Bedingung Q; 3) also muss jeder, der P akzeptiert, auch Q akzeptieren, ansonsten folgt eine implizite Inanspruchnahme dessen, was man explizit leugnet. Manfred Pascher (1997, 56, 162, 170) weist darauf hin, dass Kelsen sich in seinem Verständnis transzendentaler Argumente von der relativistischen Deutung des Kantischen Apriori im Neukantianismus leiten lässt.

³⁶ Selbst dies leugnet die analytische Rechtsphilosophie Harts und Hoersters, vgl. folgenden Abschnitt.

zu deuten, ist das normlogische Exerzitium Kelsens vonnöten? So konstatiert er denn auch konsequent nominalistisch, das Objekt Recht werde durch eine Deutungsleistung des Rechtswissenschaftlers hervorgebracht.³⁷ Dabei ist vom „bloß erkenntnistheoretischen Charakter der sozialen Einheit“ die Rede, die „in dem Geist des die Gesellschaft Erkennenden konstituiert“ sei (Sb, 65). Zustimmung wird der Neukantianer Georg Simmel zitiert, der feststellt, soziale Gruppen würden betrachtet, „als ob“ (!) (71) ihnen ein einheitsstiftendes Prinzip zugrunde läge.³⁸ Die Konsequenz dieses Nominalismus besteht darin, dass wir es hier mit einer ‚Wissenschaft‘ zu tun haben, die – bis auf ihre eigenen kognitiven Operationen – nichts mehr erkennt, weil sie das, was sie zu erkennen vermeint, selbst hervorbringt.³⁹ Sozialontologisch gesehen dürfte allerdings auch für einen Nominalisten im Falle der Rechtsordnung kein Problem existieren, da die Rechtsordnung ja selbst aus Willensverhältnissen von Subjekten besteht, sodass auch der Nominalist behaupten könnte, dass die Einheit im Falle der Gesellschaft vom Gegenstand selbst bewirkt werde.⁴⁰

Dass Kelsen diesen Weg nicht geht, liegt offenbar in einem weiteren Aspekt seiner Theorie begründet, dem Konzept objektiver Gültigkeit: Als objektiv gültig bezeichnet Kelsen ein Sollen dann, wenn es „auch vom Standpunkt eines unparteilichen Dritten als gesollt angesehen wird“ (2/7). Dass aber gerade eine *bestimmte* Zwangsordnung rechtlich gültig sein soll, kann, wie gezeigt, nicht ausgewiesen werden, weil die Gültigkeit verbürgende Grundnorm jeden rechtlichen Inhalts entbehrt und sei dieser auch nur eine Verallgemeinerungsregel. Es gibt daher kein inhaltliches Kriterium mehr für rechtliche Geltung, d.h. für die *Übereinstimmung* einer empirischen Ordnung mit einer Grundnorm. Es fehlt schlicht das ‚Etwas‘, welches bei untergeordneten Normen gestattet, von normkonformen oder nichtkonformen Taten zu sprechen. Geltung hat nur noch den Charakter des Hinweises auf ein in einem Sollen gründendes Sollen. Der ominöse unbetei-

³⁷ Wohlgermerkt: nicht dessen Inhalte, die von dem jeweils befugten (als befugt gedeuteten) Organ bestimmt werden. Das unterscheidet Kelsens These von den Einmischungsversuchen naturrechtlicher Philosophen in die positive Rechtsordnung.

³⁸ Der Fiktionalismus Hans Vaihingers, seine *Philosophie des Als ob*, wird daher von Kelsen gelobt (Sb, 205f.).

³⁹ „Außerhalb der auf Rechtserkenntnis [!!!] gerichteten Tätigkeit des Rechtswissenschaftlers gibt es [...] nichts, das *Recht* in einem normativen Sinne genannt werden könnte. [...] Mit seiner Interpretation übersetzt der Rechtswissenschaftler also [...] nicht ein [...] bereits vorhandenes Recht in die Sprache der Wissenschaft, sondern *schafft* er erst dieses Recht in seiner Qualität als Recht“ (Pawlik 1993, 191). Wie man diese intellektuelle Posse als „*kritischen Rechtspositivismus*“ (189) feiern kann, bleibt das Geheimnis der Kelsen-Anhänger. Zu den Aporien dieses „Förmchenkonstruktivismus“ vgl. Boghossian 2013, 41-44. Was Jörg Disse (2007, 181) an Wilhelm von Ockhams Nominalismus kritisiert, trifft auch auf Kelsen zu: „Denken und Wirklichkeit scheinen völlig voneinander dissoziiert zu sein. Es ist, als wäre alles Erkennen etwas rein Fiktives, ohne jeden Realitätsbezug.“

⁴⁰ Das ist auch die Konsequenz Simmels (vgl. Simmel 1992, 43): „Die entscheidende Differenz der Einheit einer Gesellschaft gegen die Natureinheit aber ist diese: daß die letztere [...] ausschließlich in dem betrachtenden Subjekt zustande kommt [...]; wogegen die gesellschaftliche Einheit von ihren Elementen, da sie bewußt und synthetisch-aktiv sind, ohne weiteres realisiert wird und keines Betrachters bedarf.“

ligte Dritte kann ja kein empirischer Dritter sein, weil dann die objektive Geltung von faktischen Urteils- und Willensakten abhängig gemacht würde. Wenn ‚unbeteiligt‘ aber etwas bedeuten soll, so doch ein Kriterium der Unparteilichkeit, eine Universalisierungsregel gar? Dann wäre der rein formale Charakter der Grundnorm aber wieder kassiert und Kelsen müsste sich in Richtung Vernunftrecht bewegen.⁴¹ Denn Gelten heißt ‚objektiv Sollen‘, wobei Kelsen gelegentlich sogar in die Nähe zu Kant rückt, wenn er die „Sollnorm“ als „Pflicht“ bezeichnet (Sb, 161). Doch auch hier haben wir die paradoxe Konstruktion einer Pflicht vor uns, die wir uns beliebig auferlegen oder abweisen können, da ihre Geltung ja von unserer willkürlichen Entscheidung abhängt, sie als Pflicht (objektiv gesollt) zu betrachten.⁴² Kelsens Grundnorm-Lehre ist letztlich ein hölzernes Eisen,

„nicht minder rätselhaft, als wenn ein Naturrechtler eine bestimmte Norm, von der er behauptet, sie als vorpositiv geltende, objektiv verbindliche Norm erkannt und dargestellt zu haben, gleichzeitig sagen würde: ‚Ob diese Norm Gehorsam verdient, ist eine offene Frage, die jeder für sich entscheiden mag‘.“⁴³

Kelsen behauptet zudem, dass ‚objektive Gültigkeit‘ ausschließt, dass Menschen diese in der Praxis intersubjektiv geteilter Akzeptanz von Normen hervorbringen und *objektive* Gültigkeit von Normen daher nichts anderes ist als ihre *intersubjektive* Akzeptanz (und Durchsetzung). Auch dies ist eine Folge seines chimärischen Begriffs objektiver Gültigkeit durch die Grundnorm als überpositiver, aber vernunftloser Norm. Denn damit handelt er sich die formalen Kriterien einer naturrechtlichen Geltungsbegründung ein – *Unverfügbarkeit* und *universelle Gültigkeit* der Normen –, ohne die Inhalte zu akzeptieren, die solche Kriterien als sinnvoll erscheinen lassen: Er lehnt den ethischen rationalistischen Realismus (‚es gibt den Sachverhalt vernünftiger Normen‘) ebenso ab wie den ethischen Kognitivismus (‚diese Normen sind erkennbar, normative Aussagen damit wahrheitswertfähig‘). Kelsen konfundiert mit seiner Annahme, die Geltung einer Norm müsse

⁴¹ Darauf macht Peter Koller (1988, 161) aufmerksam. Kelsen mache mit solchen emphatischen Bezugnahmen „für seine Konzeption implizit einen Anspruch geltend, den sie weder einlösen will, noch einlösen kann: nämlich den Anspruch, die objektive Verbindlichkeit rechtlicher Normen zu begründen, und das heißt zu sagen, daß die Menschen sich tatsächlich so verhalten sollen, wie das Recht es vorschreibt.“

⁴² Willensakte als solche sind für Kelsen natürlich keine Quelle von rechtlichen Verpflichtungen: Der Wille ist „bloß inhaltsbestimmende Bedingung“ (Sb/174) im Rahmen einer Rechtsnorm, nicht Verpflichtungsgrund – dieser ist eine Norm, letztlich die Grundnorm. Die Grundnorm wiederum kann, muss aber nicht angenommen werden, sodass der Verpflichtungsgrund des Willens nicht der Wille, sondern die Norm ist, die von der Willkür abhängt. Ein Zirkel, der auch nicht durch Kelsens Taschenspielertrick vermieden wird, die Grundnorm als nicht gewollt, sondern bloß gedacht zu bezeichnen. Dieses Denken scheint gänzlich unmotiviert zu sein, etwas, das ein Determinist wie Kelsen eigentlich als unmöglich betrachten müsste. Zudem entbehrt die Grundnorm jedes zwingenden Grundes zu ihrer Annahme. Sie zu denken ist also weder *motiviert* noch *begründet*. Allerdings widerspricht Kelsen dieser absurden Konsequenz, wenn er das intellektuelle *Bedürfnis* der Rechtsgelehrten als *Grund* zu ihrer Annahme anführt. Sie *wollen* also, dass Recht sei, wollen eine Grundnorm unterstellen. Damit sind wir wieder im Zirkel.

⁴³ Hoerster 2006, 152.

vom *Betrachter* hinzugedacht und könne nicht in sozialen Praktiken selbst generiert werden, das epistemische Argument einer Dichotomie von Sein und Sollen mit seinem pseudonaturrechtlichen Geltungskonzept. Insofern muss er behaupten, jeder, der die Normativität des Rechts berücksichtigt, aber nicht die Grundnorm hinzudenke, praktiziere einen naturalistischen Fehlschluss. Aber es ist kein naturalistischer Fehlschluss zu behaupten, Normgeltung beruhe auf faktischer Akzeptanz (und Befolgung), weil Akzeptanz selbst ein evaluativer Akt ist. Dazu noch einmal eine Befugnis zu suchen (hier: zur Verfassungsgebung befugt zu sein), scheint auf der Verwechslung zweier Bedeutungen von ‚Dürfen‘ zu beruhen, worauf Marco Iorio hinweist: Dass man eine Verfassung geben ‚darf‘ bezeichnet demnach lediglich eine Kompetenz, die von niemandem erteilt wurde, sondern deshalb existiert, „weil es niemanden gibt, der sie verboten hat“⁴⁴ oder verbieten konnte. Davon zu unterscheiden wäre eine rechtliche Befugnis, die von einem Regulator eingeräumt (oder einen Rechtswissenschaftler ‚hinzugedacht‘) wurde.⁴⁵ Kelsen verwechselt die erste mit der zweiten Bedeutung.

Kelsens Begriff der Rechtsform bezieht sich damit auf eine Normgeltung, die sich nur durch Bezug auf eine weitere, höhere Norm explizieren lassen soll. Die Rechtsform ist nichts als die spezifische Verbindung von Rechtsinhalten, das Sollen, dessen Gültigkeit wiederum in einer weiteren Norm gründet. Die beliebige Voraussetzung der Grundnorm generiert eine „reine Geltungssphäre“ (Sb, 101), als deren Inhalt nun faktische Akte zugerechnet werden können. Sie haben den Sinn des Sollens gewonnen. Die Normen holen sich dabei ihren Inhalt aus den faktischen Willensakten (103). Genau diese inhaltliche Gestaltung der Normen ist die Form, die Marx interessiert (die historisch-spezifische Art und Weise der Herrschaftsausübung, die Form, die die Willensakte in einer bestimmten Gesellschaftsformation annehmen), und die erklärtermaßen außerhalb des Untersuchungsbereichs der reinen Rechtslehre steht (104). Allerdings ist dieser Hinweis nicht dazu angetan, Kelsens Konzeptualisierung der Normgeltung gegen Kritik zu immunisieren. So wird von analytischen Rechtsphilosophen gerade Kelsens objektivistische Normauffassung kritisiert: Der logische Unterschied von Sein und Sollen begründe nicht die Notwendigkeit der Kategorie eines ‚objektiven Sollens‘.⁴⁶ Kelsen begehe den Fehler, die empirischen Elemente der Rechtsordnung als bloße Machtverhältnisse von Befehl und Gehorsam zu deuten und abstrahiere damit von der Akzeptanz. Akzeptanz als freiwilliger Akt habe aber in bloßen Gewaltbeziehungen „kein Pendant“.⁴⁷ Der letzte Geltungsgrund der Verfassung sei nicht eine ominöse Grundnorm, die Verfassung daher nicht selbst *gültig*, d.h. aus einer anderen Norm (der Grundnorm) abgeleitet, sondern *geltend*,

⁴⁴ Iorio 2011, 255. Iorio sieht in diesem Argument die Lösung des Problems der „Legitimität aus Faktizität“ (256). Eine solche „naturalistisch passab[le]“ (262) Theorie der Legitimität ursprünglicher Regelsetzung vermeide die Vermischung der zwei Bedeutungen von ‚Dürfen‘. Erst diese Konfusion führt Iorio zufolge zur Annahme, jemand sei nur befugt, Regeln zu setzen, wenn er von einer Regel dazu befugt sei, Regeln zu setzen. Dagegen sei jemand ursprünglich ‚befugt‘, wenn es niemanden gäbe, der die Regelsetzung verbiete.

⁴⁵ Vgl. ebd., 237.

⁴⁶ Vgl. dazu vor allem Hoerster 2006, 138ff., 144ff.

⁴⁷ Ebd., 154.

d.h. ihre Existenz hänge vom willentlichen Akt⁴⁸ der Akzeptanz dieser Regel als verbindlich für das eigene Handeln seitens der Amtsträger ab. Diese Verbindlichkeit sei nichts anderes als eine psychologische Tatsache, nämlich die der freiwilligen Akzeptanz der Verfassung als Verhaltensstandard.⁴⁹ Mit den Verfassungsregeln, so z.B. Hart, kommen wir „an das Ende der Fragen nach der Gültigkeit“, denn es gibt hier „keine weitere Regel mehr, welche Kriterien für die Bestimmung ihrer eigenen rechtlichen Gültigkeit liefert“.⁵⁰ Diese Regel ist eine rechtliche „Tatsache“⁵¹, die auf die tatsächliche Verwendung einer Verfassungsnorm als Verhaltensstandard gegründet ist.⁵² Dies ist ein Anerkennungstheoretischer Rechtspositivismus, der auch weitreichende Folgen für die Gestalt des Rechtspositivismus schlechthin hat. Kelsens Grundaussage: „jeder beliebige Inhalt kann Recht sein“ (1/74), wird damit nämlich in Frage gestellt oder anders formuliert: Wenn man die Geltung der obersten Verfassungsnormen als psychologisches Faktum der Anerkennung konzipiert, dann muss man wieder inhaltlich nachvollziehbare Motivationen zur Anerkennung solcher oberster Verfassungsnormen seitens empirischer Akteure angeben. Das führt zu einem Rechtspositivismus, der nicht jeden beliebigen Inhalt als Recht denkbar werden lässt.

⁴⁸ Bezüglich moralischer Normen wird das motivierte ‚Ich will‘ (die willentliche Akzeptanz) auch von Ernst Tugendhat (2010, 95f.) als letzter Geltungsgrund ausgewiesen, „[d]enn das *Sollen* kann doch seinerseits keinen verständlichen absoluten Sinn haben.“

⁴⁹ Vgl. Hoerster 2006, 154f. Standard bedeutet, dass die Regel nicht nur Verhalten anleitet (Technik), sondern auch zur Begründung/Kritik von Verhalten verwendet wird (Norm). Darauf macht insbesondere Hart aufmerksam: Gewohnheiten sind bloß faktische Akte, die nicht normativ sind (Hart 1973, 89): Aus der Tatsache, dass *in der Regel* gehorcht wurde, kann keine Vorschrift abgeleitet werden, auch in Zukunft gehorchen zu *sollen*. Aus der Tatsache, dass man z.B. in England gewöhnlich einmal die Woche ins Kino geht, kann weder eine Vorschrift dafür abgeleitet werden, noch wird dieses ‚In-der-Regel‘ als Maßstab der Kritik für davon abweichendes Verhalten verwendet. Man kann das, wie Andrea Maihofer, eine „idealistische[...] Trennung von Sein und Sollen“ (1992, 188) nennen, aber damit löst man das sachliche Problem nicht. Zumindest scheint ihre These, Recht entstehe aus der „Idealisierung des gesellschaftlich Normalen [...] zu gesamtgesellschaftlichen Normen“ (208) zu einfach, um das Problem der Geltung und eigentümlichen Normativität des Rechts zu lösen. Sie begreift gar „das Sollen selbst (nicht lediglich sein[en] Inhalt)“ als „ein historisch bestimmtes Phänomen“ (189). Wenn damit gemeint ist, dass Sollen immer etwas ist, das empirische Menschen äußern, dann ist die Aussage banal; wenn damit der Geltungsaspekt auf die Empirie reduziert werden soll, dann handelt man sich unabsehbare logische Schwierigkeiten ein; wenn es heißen soll, man könne sich gesellschaftliche Verhältnisse vorstellen, in denen Sollen (überhaupt) schlicht inexistent ist, dann darf man dies getrost als Utopie der Verwandlung der Menschen in Engel mit Kants ‚heiligen Willen‘ verstehen (Kant 1998b, 203f.).

⁵⁰ Hart 1973, 151.

⁵¹ Ebd., 157.

⁵² Dabei ist diese tatsächliche Anerkennung, die den „originären Geltungsanspruch“ der Verfassungsnormen begründet, nicht identisch mit bloßer Wirksamkeit (Priester 1984, 222). Das heißt, dass natürlich auch den geltenden Verfassungsnormen trotz ihrer Geltung ein gewisses Maß an Unwirksamkeit zukommen kann (vgl. ebd., 223, 235). Dennoch ist die Tatsache der weitgehenden Anerkennung als Verhaltensstandard (Akzeptanz, die mit Geltung identisch ist) nicht vollständig von der Normbefolgung zu trennen, worauf Hoerster aufmerksam macht (vgl. Hoerster 2003, 52).

1.4 Exkurs: Harts Alternativprogramm eines Minimal'naturrechts' der herrschenden Gruppe oder Klasse

Hart betrachtet das klassische Naturrechtsdenken als teleologisch-objektivistische Ethik. Die Dinge streben dort einem „bestimmten optimalen Zustand“ entgegen, der „das für sie angemessene Gute ist“.⁵³ Die Entwicklung hin zu diesem Ziel verläuft nach gewissen Regeln, die mittels Generalisierungen erfasst werden können. Diese Gesetze sind allerdings ein Ineinander von prä- und deskriptiven Regeln: Die Regeln, die zum Ziel führen, beschreiben nicht nur, was sich regelmäßig oder notwendig ereignet, sondern auch, was sich ereignen sollte (die Struktur, die Regel, ist zugleich gut). Hart identifiziert nun aber teleologische Elemente auch im modernen Alltagssprachgebrauch. Man sage z.B.: ‚Es ist gut für den Menschen, wenn er regelmäßig isst‘ und nicht bloß: ‚Menschen essen meist (in der Regel) regelmäßig‘. Solche Aussagen machen nur dann Sinn, wenn man den Menschen die minimale Wertung unterstellt, dass sie ihr Leben erhalten wollen.⁵⁴ Dieser Wunsch wird nur von den „meisten Menschen fast zu aller Zeit“ geteilt und ist eine „einfache[...], aber kontingente[...] Tatsache“⁵⁵, von der aus bestimmte Regeln des Handelns als gut betrachtet werden. Moralkriterien sind hypothetische Imperative vor dem Hintergrund der, wenn auch nicht universell, geteilten Zweckbestimmung der individuellen Selbsterhaltung: ‚Wenn Du überleben willst, dann solltest Du x tun. X ist daher gut für Dich.‘ Damit ist eine „sehr magere Version des Naturrechts“⁵⁶ gewonnen – zumal eine a) *konsequentialistische* und b) *inter-subjektivistische*, denn a) eine Regel/Handlung ist gut, weil sie dazu dient, die von der Mehrheit der Menschen gewünschten Ziele zu erreichen. Und b) diese Ziele sind nicht unverfügbar und metaphysisch begründet, sondern von Menschen gesetzt. Es ist eine „kontingente Tatsache [...], daß die Menschen dies gerade wünschen“, nicht „etwas im Voraus Festgelegtes [...], dem die Menschen notwendig nachstreben müssen“.⁵⁷ Daher ist der Begriff des Naturrechts hier nur in einem sehr uneigentlichen Sinne zu verstehen: Naturrecht ist eine „Erfindung, [die] sich aufdrängt“,⁵⁸ d.h. die ethischen Regeln sind die angemessenen Mittel, um das generell geteilte Ziel der Selbsterhaltung unter Bedingungen bestimmter anthropologisch definierter Systemprobleme zu erreichen. Schließlich ist das ‚Natur‘recht dabei auf einem *normativ unanspruchsvollen Wert*, einem Gut, dessen Erlangung Voraussetzung zur Erlangung aller weiteren Güter ist, aufgebaut, während das klassische Naturrecht metaphysische Vorzugswürdigkeiten als höhere Ziele setzt: Selbsterhaltung ist dort nur die niedrigste

⁵³ Hart 1973, 260.

⁵⁴ Vgl. ebd., 265: „Wir könnten nicht den allgemeinen Wunsch zu leben abziehen und dennoch Begriffe wie Gefahr und Sicherheit, Übel und Wohltat, Bedürfnis und Funktion, Krankheit und Heilung so lassen, wie sie sind. Denn mit diesen Begriffen beschreiben und bewerten wir zugleich Dinge, die zum Überleben als einem akzeptierten Ziel beitragen.“

⁵⁵ Ebd., 263.

⁵⁶ Ebd., 263f.

⁵⁷ Ebd., 264.

⁵⁸ Hume 2007, 47.

Stufe der Ziele, die ein Mensch erreichen soll, die höchsten sind kontemplative Erkenntnis des Kosmos oder die Schau Gottes.⁵⁹

Das Minimalnaturrecht besteht also aus einer Ableitung von Regeln aus dem Ziel der Selbsterhaltung unter bestimmten Bedingungen (Hart nennt als solche Verletzbarkeit, Knappheit, Bedrohungssymmetrie, begrenzten Altruismus und begrenzte Willensstärke). Diese Bedingungen bieten vor dem Hintergrund des Überlebenswillens einen „Grund [...], warum Gesetz und Sitten einen spezifischen Inhalt haben müssen“.⁶⁰ Dieser Inhalt besteht aus Unterlassungs- resp. Verpflichtungsregeln zum Schutz von Leben, Freiheit, Eigentum und Versprechen. Dieser „Minimalinhalt des Naturrechts“ bildet „ein gemeinsames Element des Rechts und der konventionalen Sittlichkeit aller Gesellschaften“.⁶¹ Er stellt die Begründung dafür dar, warum Menschen freiwillig bestimmten Kooperationsregeln gehorchen sollten und die dadurch ermöglichte *faktische* Kooperation ist wiederum die Bedingung dafür, die anderen zwingen zu können, die nicht freiwillig kooperieren oder die nicht gefragt werden.

Harts These ist insofern im Kelsenschen Sinne nichtpositivistisch, als er bestimmte Staatszweckvorstellungen wieder in die Definition des Rechts aufnimmt: Die hobbesianisch-humeanische Rekonstruktion offenbart „den guten Sinn der Naturrechtslehre“. Die erwähnten Bedingungen

„sind von entscheidender Bedeutung für das Verständnis von Recht und Sitten, und sie erklären, warum sich die Definition von deren Grundformen in rein formalen Ausdrücken, ohne Beziehung auf jeden spezifischen Inhalt oder auf soziale Bedürfnisse, als so ungeeignet erwies.“⁶²

Regeln zum Schutz von Leben, Eigentum und Versprechen gelten Hart gar als „unabdingbare Grundzüge des staatlichen Rechts.“⁶³ Die „angemessene Beschreibung“ des Rechts bedarf also einer inhaltlichen Komponente, die die faktische Anerkennung der Regeln seitens einiger Akteure erklärt, ohne die wiederum das Kooperationsminimum, das für die Existenz von Rechtssystemen notwendig ist, nicht verständlich wird. Hart stellt fest, dass man

„neben den Definitionen und gewöhnlichen Tatsachenaussagen noch Platz braucht für eine dritte Kategorie von Aussagen: solche, deren Wahrheit zufällig von den Menschenwesen und der Welt, in der sie leben, abhängt, und die dennoch deren entscheidende Merkmale enthalten.“⁶⁴

Mit diesem pseudo-kontraktualistischen Begründungsprogramm will Hart aber nicht die These aufstellen, das System rechtlicher Wechselseitigkeit aufgrund klugheitstheoretischer Prinzipien sei universalistisch angelegt: Die „peinlichen Tatsachen der Menschheitsgeschichte“ schreibt er, „zeigen, daß, obwohl eine lebensfähige Gesellschaft *einigen* ihrer Mitglieder ein System der wechselseitigen

⁵⁹ Vgl. Hart 1973, 264.

⁶⁰ Ebd., 266.

⁶¹ Ebd.

⁶² Ebd., 274.

⁶³ Ebd., 275.

⁶⁴ Ebd.

Unterlassungen bieten muß, es dies leider nicht für alle tun muß.“⁶⁵ D.h. Harts Begründungsprogramm ist – im Gegensatz zum Anspruch der vertragstheoretischen Tradition eines Hobbes oder Locke – für eine Räuberbande oder ein rassistisches Kollektiv *zwingend*, für eine rechte-egalitäre, liberale Gesellschaftsstruktur aber nicht ausreichend.⁶⁶ D.h. aus den anthropologischen Vergesellschaftungsbedingungen und dem Überlebenswillen folgen nicht unbedingt für alle gleichermaßen geltende Verpflichtungsregeln. Er beansprucht also diese interessenbasierte Konzeption von Kooperationsnormen nicht als Basis für eine universalistische, egalitäre Moral, sondern als Beschreibung der Grundbedingungen für die Existenz organisierter Rechtssysteme. Hart stellt fest, dass „es eine genügende Anzahl von Menschen geben muß, die es freiwillig anerkennen. Ohne deren freiwillige Kooperation, durch die sie Autorität schaffen, gibt es keine Zwangsgewalt des Rechts und der Regierung.“⁶⁷ Er beansprucht damit, eine positivistische Aussage über faktische Geltungsbedingungen des Rechts zu machen, d.h. er formuliert die These, diese überpositiven Rationalitätsbedingungen des Rechts reichten insofern in das positive Recht hinein, als sie dessen faktische Geltung entscheidend beeinflussen. Hart bleibt insofern bei der Neutralitätsthese des Rechtspositivismus als das er nur *beschreibt*, warum die Mitglieder der herrschenden Gruppe bestimmte Regeln als Verhaltensstandards akzeptieren und insofern geltendes Recht hervorbringen. Er nimmt eine „externe“ Analyse des „internen“ Regelas-

⁶⁵ Ebd., 277. „Huckleberry Finn antwortete, als man ihn fragte, ob die Explosion des Kessels im Dampfschiff irgendjemand verletzt habe: ‚Nee, `n Neger is tot.‘ Tante Sallys Kommentar ‚da habt ihr aber Glück gehabt, manchmal gibt’s Verletzte‘ faßt eine ganze Moralität zusammen, die sehr häufig unter Menschen gegolten hat“ (276).

⁶⁶ Dieser Befund lässt sich auch gegen Hoerstes Versuch (1983, 236f.) geltend machen, eine universalistische, egalitäre interessenbasierte Ethik auszuarbeiten. Seine Argumente gegen die These, man könne mit der eigeninteressebasierten Moralbegründung eher die Moral von Sklavenhaltern konstruieren, können allesamt empirisch nicht überzeugen: 1) Das *Sippenegoismus- und Risikoaversionsargument* besagt, dass Sklavenhalter aufgrund der Sorge um ihre Nachkommen und der Furcht, dass diese vom Zorn der Entrechteten getroffen werden können, aus Eigeninteresse auf Ausbeutung und Diskriminierung verzichten sollten. Dagegen kann ganz einfach gehalten werden, dass der Gefahr eines Aufstands durch eine Repressionsoptimierungs- und räumliche Segregationsstrategie begegnet werden kann. 2) Das *Nahbeziehungsargument* besagt, dass freundschaftliche Gefühle von Privilegierten gegenüber Unterprivilegierten für erstere ein Argument sein können, die Unterprivilegierung zu bekämpfen. Auch dies ist angesichts der historischen Erfahrung eher unplausibel, bzw. wäre höchstens zufällig. So konnte doch noch jeder Antisemit seinen ‚Lieblingsjuden‘ und jeder Xenophobe seinen ‚Lieblingstürken‘ von nebenan anführen, ohne zugleich die ‚Einsicht‘ aufgeben zu müssen, gegen Juden oder Türken insgesamt vorgehen zu müssen – Hitlers ‚Antisemitismus der Vernunft‘ ist dafür ein treffendes Beispiel. 3) Dem *Argument der Ansteckung* zufolge, kann aus der Unterdrückung einer bestimmten Minderheit eine Mentalität genereller Unterdrückung von Minderheiten entstehen. Da jeder zu einer Minderheit gehöre, sei also die Unterdrückung von Minderheiten prinzipiell „auf lange Sicht“ von niemandem wünschbar (237). Das Argument träfe nur dann zu, wenn der Satz: ‚Heute die Juden, morgen die Radfahrer‘ zutreffen würde, was aber nachweislich falsch ist. Auch hier spielt zudem wieder eine extreme Risikoaversion eine Rolle.

⁶⁷ Hart 1973, 277.

pekts (also der Anerkennung von Regeln) vor (128),⁶⁸ ohne selbst eine wertende Stellungnahme dazu abzugeben oder diese als für die Rechtsgeltung relevant anzunehmen.

1.5 Geltung und Wirksamkeit

Das Recht erscheint in den bisher betrachteten Ausführungen Kelsens zwar als eine selbstgenügsame Normordnung, die zudem auf einer Fiktion beruht, es hat aber natürlich eine Funktion in der empirischen Wirklichkeit jenseits der Sollgeltung zu erfüllen. Drei Aspekte sind hier von Bedeutung:

1) Der Geltungsaspekt: Da die Grundnorm inhaltslos ist, d.h. kein Kriterium dafür beinhaltet, *welcher* Zwang als rechtlicher zu gelten hat, die reine Rechtslehre aber von der Prämisse ausgeht, nur *positives* Recht zum Gegenstand zu haben, bleibt Kelsen als kriterielles Surrogat für die Feststellung einer *existierenden* Rechtsordnung allein die Rechtswirksamkeit, der faktisch wirksame organisierte Zwang, der willentliche Gesetzhait, reale Anwendung und faktische Befolgung in einem gewissen Ausmaß beinhaltet. Dieser Ordnung wird dann die Fiktion einer Grundnorm unterstellt, welche es erlaubt, organisierten Zwang und faktischen Gehorsam zu deuten, „als ob“ diese Rechtsordnungen wären.“⁶⁹ Der Legitimitätsaspekt des Rechts wird so auf seinen Effektivitätsaspekt bezogen: Das „Prinzip der Legitimität“ (2/213) besteht in der Tatsache, dass die Rechtsordnung ihre eigene Abwandlung regelt, die Norm einer Rechtsordnung solange gültig ist, bis sie in einer von dieser Rechtsordnung bestimmten Weise geändert wurde. Eine Revolution besteht dagegen im Bruch mit diesem Prinzip, in der Ersetzung einer Rechtsordnung durch eine andere, in Form einer Änderung der Rechtsordnung in einer nicht von dieser vorgesehenen Weise. „Die Änderung der Grundnorm folgt der Änderung der als die Erzeugung und Anwendung gültiger Rechtsnormen zu deutenden Tatbestände.“ (214) D.h. das Legitimitätsprinzip folgt dem Effektivitätsprinzip oder wird durch dieses „eingeschränkt“ (215), damit die Rechtstheorie nicht in einen normlogischen Idealismus abgeleitet.

„Von dem Augenblick an, da die alte Verfassung ihre Wirksamkeit verloren hat und die neue wirksam geworden ist [...], werden die neuen Akte, die mit dem subjektiven Sinn auftreten, Rechtsnormen zu erzeugen oder anzuwenden, nicht mehr unter der Voraussetzung der alten, sondern der neuen Grundnorm gedeutet.“ (214)

Denn die Grundnorm bezieht sich auf positive und „im großen und ganzen wirksame Zwangsordnung[en]“ (204). Wenn das Ordnungselement der Zwangsordnung aber ihr normatives Sollen darstellt (Kelsen nennt eine Ordnung einen durch gültige Normen abgesteckten Verhaltensbereich),⁷⁰ dann bleibt der Sinn dieses Satzes unklar: Er setzt das voraus, was durch die Grundnormunterstellung erst nachträglich hinzutreten soll: ihren Ordnungscharakter. Anders formuliert:

⁶⁸ Vgl. ebd., 128.

⁶⁹ Dreier 1986, 49.

⁷⁰ „Eine ‚Ordnung‘ ist ein System von Normen, deren Einheit dadurch konstituiert wird, daß sie alle denselben Geltungsgrund haben.“ (2/32)

Da Kelsen sich soziale Ordnung nur als Normordnung vorstellen kann, bewegt er sich, wenn er die Geltung der Normordnung von *organisiertem* Zwang, also von einer Zwangsordnung abhängig macht, in einem Zirkel. Es bliebe nichts anderes übrig, als einen weiteren, nichtnormativen Ordnungscharakter zu unterstellen. Das lehnt Kelsen aber ausdrücklich ab: Faktische soziale Interdependenzen psychophysischer Art seien viel zu instabil, um intertemporale Ordnungen hervorzubringen und überschritten häufig den Geltungsbereich von Rechts-/Staatsordnungen.⁷¹ Obwohl Kelsen die Existenz soziologischer ‚Kausalwissenschaft‘ formal nicht leugnet, lässt er für diese bezüglich der Untersuchung der Phänomene Recht und Staat eigentlich wenig bis gar nichts übrig, was in extremster Form in seiner Abhandlung über den *Soziologischen und juristischen Staatsbegriff* zu finden ist. Gleichwohl ist er, wie gezeigt, gezwungen, auf eine ominöse, aber nicht näher spezifizierte nichtjuristische soziale (Zwangs-)Ordnung zu rekurrieren, um einen empirischen Bezugspunkt für seinen Begriff des positiven Rechts zu haben.⁷²

Kelsen konstatiert, dass im Gegensatz zur Geltung logischer Normen die Geltung rechtlicher Normen von einem „Minimum an Wirksamkeit“ (Sb, 93) i.S. der empirischen, kausalen Motivation der Menschen durch die Normvorstellung abhängig ist. Diese Abhängigkeit nennt er die *Geltungsbedingung*. Dies ist aber eine Setzung, die in keiner Weise aus dem *Geltungsgrund* der Rechtsnormen entspringt, der ja selbstgenügsam sein soll. In Bezug auf die einzelnen Rechtsnormen gilt: Auch eine relativ unwirksame Rechtsnorm ist gültig, ja Rechtsnormen sind meist gültig, bevor sie überhaupt angewendet oder befolgt werden können. In Bezug auf die Rechtsordnung als ganze gilt, dass diese im großen und ganzen befolgt werden muss, um als gültig betrachtet werden zu können. Eine „absolut wirksame Norm“, die immer befolgt werde, sei aber keine Norm. D.h. es müsse nicht nur ein Minimum an Wirksamkeit bestehen, es müsse auch die Möglichkeit der Nichtbefolgung bzw. faktisch ein Minimum an Unwirksamkeit geben, um sinnvoll von einer gültigen Rechtsnorm sprechen zu können (2/219). Recht ‚existiert‘ Kelsen zufolge also überhaupt nur im Spannungsfeld eines Minimums an faktischer Befolgung der Rechtsnormen (sonst könnte von positivem Recht keine Rede mehr sein) und einem Minimum an spontaner Nichtbefolgung desselben (sonst entbehrte das Recht des Sinns der Normativität) (1/79f.).

Damit „verknüpft sich Normativität und Faktizität in eigenartigster Weise“ (Sb/96). Würde die Grundnorm z.B. in Russland vor der Revolution auch als nach der Revolution weiterhin gültige aufgefasst werden, so ließe sich „das tatsächliche Verhalten der Russen“ nicht mehr „als irgendwie normgemäß [...] deuten“ (95).

⁷¹ Vgl. Sb, 4-74. „Daraus folgt, daß vom Staate als einer sozialen Einheit nur im Sinne jener unpsychologischen Gültigkeit, nicht einer psychischen Wirksamkeit die Rede sein kann.“ (43).

⁷² Max Adler hat bereits 1922 betont, dass „bei Kelsen die Anerkennung der Soziologie nur eine scheinbare“ ist (Adler 1974, 72) und sein rechtslogischer Normativismus letztlich die kausale Betrachtung sozialer Ordnung (als Ordnung) negiert (vgl. ebd., 68); vgl. dazu auch Fn. 95 des vorliegenden Aufsatzes. Dass Adler als Neukantianer selbst wiederum soziale Synthesis in „[t]ranszendentalsoziale[n]“ (69) Bewusstseinsleistungen (wie er meint, theoretischer, nicht normativer Art) aufgehen lässt, muss hier nicht interessieren.

Das ist ein pragmatisches Argument, das sich vom rein machttheoretischen Rechtspositivismus – Macht und Gehorsam setzen Recht – nicht mehr unterscheidet. Bezeichnend sind Kelsens Argumente für die Unterscheidung von Staat und Räuberbande: Der Befehl eines Straßenräubers ist nicht rechtmäßig, denn es ist keine Grundnorm unterstellt, derzufolge man den Anordnungen des Räubers zu gehorchen hat. Nun fragt Kelsen:

„warum wird eine solche Grundnorm nicht vorausgesetzt? Sie wird nicht vorausgesetzt, weil [...] diese Ordnung nicht jene dauernde Wirksamkeit hat, ohne die keine sich auf sie beziehende, ihre objektive Geltung begründende Grundnorm vorausgesetzt wird“ (2/49).

D.h., die Geltung ist von der Bedingung abhängig, dass innerhalb eines territorialen Geltungsbereichs Rechtsnormen auf die Akte des Räubers *tatsächlich* angewendet werden, diesem Freiheit, Güter oder gar Leben „zwangsweise entzogen“ werden und seiner „Tätigkeit [...] so ein Ende gesetzt wird“ (49). Denn

„[n]ur wenn das tatsächliche Verhalten der Menschen im großen und ganzen dem subjektiven Sinn der auf dieses Verhalten gerichteten Akte entspricht, wird dieser subjektive Sinn auch als ihr objektiver anerkannt, werden diese Akte als Rechtsakte gedeutet“ (48).

Auch das positive Völkerrecht legitimiert Kelsen zufolge jede Macht, die „effektive Kontrolle über die Bevölkerung eines bestimmten Gebietes ausübt“ (221) als legitime Regierung, als Rechtsordnung.⁷³ Es legitimiert eine „Zwangsordnung für den territorialen Bereich ihrer tatsächlichen Wirksamkeit als gültige Rechtsordnung“ (222) und zwar auch dann, wenn diese Rechtsordnung nicht auf dem Wege einer vorher bestehenden Verfassung zustande gekommen ist: „Das bedeutet, daß das Völkerrecht die erfolgreiche Revolution als ein rechtserzeugendes Verfahren legitimiert“ (222), dem Effektivitätsprinzip folgt. Kelsen beharrt gegen die machttheoretischen Konsequenzen seiner Überlegungen aber auf der Differenz zwischen empirischer *Geltungsbedingung* und normativem *Geltungsgrund* des Rechts. Die Reduktion von Geltung auf Wirksamkeit sei „außerstande [...], den eigentümlichen Sinn zu erfassen, in dem sich das Recht an die Wirklichkeit wendet“ (220): Das Recht kann „zwar nicht ohne Macht bestehen“, es ist „aber doch nicht identisch [...] mit der Macht. Es ist [...] eine bestimmte Ordnung [...] der Macht“ (221). Man kann es auch anders formulieren. Die traditionelle Auffassung der Machttheorie lautet in Kurzform: Macht setzt Recht. Kelsen variiert lediglich: (Aufgrund von Macht als) Recht (gedeutete Macht) setzt Recht.

2) Rechtsfunktion: Die Funktion des Rechts besteht darin, durch Zwangsandrohung an ein in einer Norm als Delikt qualifiziertes Handeln einen sozial erwünschten Zustand herbeizuführen: Zwischen der Ausführung der Rechtsfolge und dem diese normlogisch bedingenden Tatbestand steht ein Willensakt eines Menschen. Dabei verwirklicht sich nicht die Norm. Diese hat ja ihre eigene Wirklichkeit, die der empirischen angeblich nicht bedarf. Es verwirklicht sich die Vor-

⁷³ Vgl. Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12.8.1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll II) Teil I.

stellung, die eine Norm zum Inhalt hat. Diese Normvorstellung motiviert den Willen, dieser setzt sich in eine Handlung um (Sb, 80). Das Recht bewirkt ein erwünschtes Verhalten, indem die Normvorstellung („Vorstellung dieses ihnen für den Fall eines bestimmten Verhaltens angedrohten Übels“ (1/40)) zu einer empirischen, kausalen Motivation der Menschen wird, das unerwünschte Handeln zu unterlassen. Kelsen kennt im Gegensatz zu Kant nur sinnliche Bestimmungsgünde des Willens – die Lust-/Unlustkalkulation – als Handlungsmotivation.

Auf „die für das Recht spezifische Weise“, schreibt Kelsen, „kann jeder beliebige soziale Zweck verfolgt werden. Nicht als Zweck, sondern als ein spezifisches Mittel ist das Recht charakterisiert“ (1/43).⁷⁴ Recht „ist ein Zwangsapparat, dem an und für sich kein politischer oder ethischer Wert zukommt“ (44). Kelsen begreift dies als äußerste Entmystifizierung des Rechts. In der Tat beugt seine Zwangsnormtheorie der „Gleichsetzung von legaler Gewalt mit Gewaltlosigkeit“⁷⁵ vor. Im Gegensatz zu den Unterstellungen vieler Gegner des Kelsenschen Rechtspositivismus⁷⁶ erweist sich dieser auch keinesfalls als moralische Legitimierung jeder Gewaltordnung. Die moralische Einschätzung des Rechts, die Vorstellung, was Recht inhaltlich verlangen sollte oder dürfe, ist Kelsen zufolge etwas vollkommen anderes als die Konstatierung seiner Geltung, d.h. seiner Existenz als Recht.

3) Wirksamkeit verlangt Zurechnungsfähigkeit. Diese setzt Kelsen zufolge nun keinesfalls Willensfreiheit voraus: Im Unterschied zum Naturgesetz besteht das Rechtsgesetz nicht aus einer unendlichen Kette von Ursachen und Wirkungen bzw. Unrechtsbedingungen und Unrechtsfolgen. Während beim Naturgesetz jede Ursache wiederum die Wirkung einer (oder mehrerer) Ursache(n) ist, ist im Rechtsgesetz die „Zahl der Glieder einer Zurechnungsreihe [...] begrenzt“ (2/94), d.h. es existiert ein Zurechnungsendpunkt: Die Unrechtsbedingung („Wenn A ist“), also das Verhalten, dem eine Unrechtsfolge („dann soll B sein“) zugerechnet wird, ist nicht wiederum eine Unrechtsfolge, die an einen vorhergehenden Unrechtstatbestand geknüpft wurde.

Dieser normative Sachverhalt sei Grundlage für falsche Vorstellungen von menschlicher Freiheit, welche die Ausdifferenzierung von Kausalitäts- und Vergeltungsprinzip nicht vollständig nachvollzogen hätten. Im primitiven Denken wurden kausale Zusammenhänge personalisiert und nach dem normativen Ver-

⁷⁴ Im Gegensatz zu früheren Texten (Idee, 97) konstatiert Kelsen später, dass selbst die Befriedungsfunktion kein notwendiger Bestandteil des Rechts sei (2/204).

⁷⁵ Römer 2009, 77.

⁷⁶ Vgl. u.a. Hermann Klenner (1972, 51), der dem Rechtspositivismus die Forderung unterstellt, man müsse „sich [...] den Anforderungen des existierenden Staates gegenüber konform verhalten.“ Vgl. zur Kritik an diesem Mythos der Rechtspositivismuskritik in aller Deutlichkeit: Hart 1973, 289f. sowie Hoerster 1989. Bereits die Machttheorie Austins verzichtet sowohl auf die Bestimmung irgendeines inhaltlichen Staats- oder Rechtszweckes als auch auf die moralische oder Nützlichkeits-theoretische Legitimierung des rechtsetzenden Souveräns. Die ihn u.a. kennzeichnende Höhergestelltheit sei einzig und allein durch „die Macht, anderen Übel oder Schmerzen zuzufügen und sie sich durch Furcht gefügig zu machen“ (Austin 2005, 17) gekennzeichnet.

geltungsprinzip gedeutet: Eine Wirkung war stets eine Unrechtsfolge, die ein göttlicher Wille an ein menschliches Verhalten als Unrechtsbedingung geknüpft hatte (vgl. 2/87, GuS, 32). Dort werde das in der Rechtslogik zutreffende Prinzip des „Endpunktes der Zurechnung“ in die empirische Welt mit ihren kausalen Prinzipien transponiert: Es entstünden die Ideen der ersten Ursache, des unbewegten Bewegers, und der absoluten Willensfreiheit, derzufolge der „Wille zwar Ursache von Wirkungen, selbst aber nicht die Wirkung von Ursachen ist“ (2/97). Zusätzlich werde behauptet, nur wenn der Mensch in diesem Sinne frei sei, könnten ihm Unrechtsfolgen zugerechnet werden. Kelsen zufolge setzt aber die „Errichtung einer normativen, das Verhalten der Menschen regelnden Ordnung, auf Grund deren allein Zurechnung erfolgen kann, [...] geradezu voraus, daß der Wille der Menschen, deren Verhalten geregelt wird, kausal bestimmbar, also nicht frei ist.“ (97)⁷⁷ Und zwar, weil das Recht als normative Ordnung durch „die Vorstellungen der ein bestimmtes Verhalten gebietenden Norm zur Ursache eines dieser Norm entsprechenden Verhaltens wird“ (98) oder wenigstens zu werden beansprucht: Die Normvorstellung als empirisch-psychologischer Akt soll ein bestimmtes Verhalten motivieren. Dies ist der Zweck der äußeren, rechtlichen Gesetzgebung.

Unzurechnungsfähigkeit besteht als rechtliche Kategorie demgemäß nicht für Menschen, die ihren Willen nicht allein durch das Sittengesetz bestimmen lassen können (wie Kant das unterstellen würde), sondern für Akteure, die „der Beschaffenheit ihres Bewußtseins wegen, durch die Vorstellung von Rechtsnormen nicht oder nicht hinreichend zu dem gebotenen Verhalten verursacht werden“ (101), die also zur Abwägung der sinnlichen Bestimmungsgründe ihres Handelns in der in einer Gesellschaft üblichen Weise nicht in der Lage sind. Also „nur der vernunft- und willensbegabte Mensch kann durch die Vorstellung einer Norm zu einem normgemäßen Verhalten motiviert werden“, daher „beschränkt sich der Inhalt der Rechtsnormen [...] auf menschliches Verhalten“ (1/41). D.h. nur der zu Kosten-/Nutzenkalkülen fähige Mensch ist Adressat der Rechtsnorm, alle anderen (Kinder, geistig Behinderte, Tiere) gelten als unzurechnungsfähig. Dass solche unzurechnungsfähigen Akteure von einem „unwiderstehlichen Zwang“ zu ihren Taten getrieben werden, deutet Kelsen als Sprachkonvention, da „der Zwang, unter dem der Mensch unter allen Umständen handelt, stets unwiderstehlich ist.“ Es handle sich bei obigem Zwang also um einen „besondere[n] Fall von unwiderstehlichem Zwang“ (2/101), einem, der nicht durchs Folgenkalkül vermittelt sei.⁷⁸

Zwischen Kausalität und Zurechnung besteht aber dennoch ein fundamentaler Unterschied: Die Möglichkeit der Unwirksamkeit von Normen muss stets gegeben sein, damit sie sinnvoll sind (ein Verhalten, das ohnehin alternativlos vollzogen wird, muss nicht normativ geregelt werden (92)). Bei Naturgesetzen hingegen besteht nicht einmal die theoretische Möglichkeit, dass, bei gleichblei-

⁷⁷ Vgl. bereits Hume 1978a, 148.

⁷⁸ Vgl. gegen die Identifizierung von Zwang mit Notwendigkeit aber Pothast 1980, 146f. Die Möglichkeit der Wirksamkeit von Normen in einer deterministischen Perspektive teilt Pothast aber weitgehend mit Kelsen, vgl. ebd., 268f.

benden Bedingungen, im Widerspruch zu ihnen gehandelt wird (92). Das heißt aber nicht, dass für Kelsen ein Widerspruch zwischen der Annahme von kausaler Determiniertheit und normativer Regelung menschlichen Verhaltens bestünde: Die Norm, nicht Lügen zu sollen, sei nicht sinnlos, denn der Mensch handle zwar bestimmt durch Naturgesetze, aber es bestehe kein Naturgesetz, demzufolge man immer (unter allen Umständen) Lügen müsse. Das Verhalten des Lügners sei vielmehr durch ein anderes Naturgesetz bestimmt, und zwar das Gesetz der Lustmaximierung und Unlustvermeidung (98). In beiden Fällen: dem der Möglichkeit der Lustmaximierung durch nicht mit Sanktionen bedrohtes Lügen und dem der Aufrichtigkeit bei Strafandrohung im gegenteiligen Fall wirke dieses Gesetz.

Was bleibt dann noch von der traditionellen Willensfreiheitsannahme? Sie ist für Kelsen unhaltbar und in die Sprache des normativen ‚Als ob‘ wie folgt zu übersetzen: Freiheit bedeutet, dass das Verhalten, welches in einer Norm als Anfangsbedingung (Unrechtstatbestand als Rechtsbedingung) gesetzt ist, den Endpunkt der Zurechnung der Unrechtsfolge darstellt, während es in der Ordnung der Natur lediglich die Wirkung einer anderen Ursache sei (97). Der ‚Synkretismus‘ von Kausal- und Vergeltungsordnung wird aufgelöst:

„Aus dem Vorhergehenden ergibt sich, daß es nicht die Freiheit, das heißt kausale Nicht-Bestimmtheit des Willens, sondern gerade umgekehrt, die kausale Bestimmbarkeit des Willens ist, die Zurechnung möglich macht. Dem Menschen wird nicht darum zugerechnet, weil er frei ist, sondern der Mensch ist frei, weil ihm zugerechnet wird [...] Der Mensch ist frei, weil dieses sein Verhalten ein Endpunkt der Zurechnung ist.“ (102)

Freiheit ist hier lediglich ein technischer Ausdruck für den Sachverhalt, dass Unrechtstatbestände in einer Normordnung nicht wiederum selbst Unrechtsfolgen vorhergehender Unrechtstatbestände sind. Der Gedanke des Endes einer Kette wird beibehalten, aber von jeglicher kausaler Bedeutung gereinigt.

2. Eigentum und Person

Kelsen beansprucht nicht nur, eine monistische Zwangsnormtheorie des Rechts zu formulieren, er arbeitet auch offensiv an einer Ideologiekritik der Dualismen der traditionellen Rechtslehre: subjektives/objektives Recht, privates/öffentliches Recht, Recht/Staat. Hier soll zunächst der Dualismus von subjektivem und objektivem Recht und die daran anschließende Konzeption von Rechtssubjektivität und Rechtsverhältnis interessieren. Der Dualismus wird anhand einer ganzen Reihe von Gegensatzpaaren erkennbar, die in rechtstheoretischen Abhandlungen anzutreffen sind: Rechtssubjekt vs. Rechtsordnung, Interesse vs. Norm, freier Wille vs. äußere Ordnung, Berechtigung vs. Verpflichtung, Freiheit vs. Zwang, Individuum vs. Gesellschaft, Sachherrschaft vs. Personenrecht. Kelsen kritisiert diese Dualismen nun sowohl logisch als auch soziologisch, d.h. seine Ideologiekritik tritt als Geltungsprüfung des Arguments und als Enthüllung der sozialen Funktion des Arguments auf.

2.1 Eigentum und subjektives Recht

Die soziale Funktion der traditionellen Theorie besteht für Kelsen in der besitz-individualistischen und antidemokratischen Tendenz, die bestehende kapitalistische Privateigentumsordnung und deren „sozialökonomisch entscheidende Funktion“, nämlich „Ausbeutung“ (136), als vorsoziales, natürliches Recht zu legitimieren und den demokratischen Gesetzgeber in seiner rechtlichen Eingriffskompetenz zu begrenzen. Die Lehre vom Primat des subjektiven Rechts unterstelle nämlich, dieses gehe dem objektiven Recht „sowohl logisch als auch zeitlich voran[...]“ (1/53). „Rechte im subjektiven Sinne“, so wird Heinrich Dernburg stellvertretend für die neuzeitliche Tradition zitiert, „bestanden schon lange, ehe sich eine selbstbewußte staatliche Ordnung herausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten.“ (zit. 53)⁷⁹ Hier wird die These vom Rechtssubjekt als Träger von Rechtsverhältnissen und der positiven Rechtsordnung vorgeordneter Person virulent. Zudem wird dem Rechtssubjekt das subjektive Recht als Autonomie, Anspruch, Selbstbestimmung zugeordnet und der Rechtsordnung (Staat) das objektive Recht als heteronome Zwangsnorm (2/174). So behauptet G.F. Puchta: „Der Mensch ist Subjekt des Rechts darum, dass [sic!] ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, dass er einen Willen hat“ (zit. 174). Kelsen zufolge wird in diesem Ansatz eine Verknüpfung von freiem Willen mit Rechtspersönlichkeit und von dieser mit Privateigentum als vorstaatlichem (nicht-positivrechtlichem) Anspruch des Individuums hergestellt (175) – am deutlichsten findet sich das bei John Locke. Diese naturrechtliche Konstruktion habe eine gegenüber der Idee der willentlich, evtl. sogar demokratisch wandelbaren Rechtsordnung reaktionäre Funktion der Legitimation des Privateigentums als unverfügbares Recht.

Nun zur inhaltlichen Kritik:

1) Zunächst könne das ‚subjektive Recht‘ nicht als „rechtlich geschütztes Interesse“ (137) begriffen werden, weil dann nicht mehr einsichtig sei, was am subjektiven Recht noch Recht zu nennen ist: „Wenn Recht im objektiven Sinne eine Norm [...], das Recht im subjektiven Sinne aber etwas davon gänzlich Verschiedenes, nämlich: Interesse, ist, kann objektives und subjektives Recht nicht unter einen gemeinsamen Oberbegriff subsummiert werden.“ (137f.)

2) Des Weiteren sei das subjektive Eigentumsrecht keineswegs Ausfluss menschlicher Freiheit oder Selbstbestimmung des Individuums:

„Denn niemand kann sich selbst Rechte einräumen, weil das Recht des einen nur unter der Voraussetzung der Pflicht des anderen besteht und solche Rechtsbeziehung gemäß der objektiven Rechtsordnung auf dem Gebiete des Privatrechts in der Regel nur durch die übereinstimmende Willensäußerung zweier Individuen zustande kommen kann. Und auch dies nur, sofern der Vertrag vom objektiven Recht als rechtserzeugender Tatbestand

⁷⁹ Beispiele für aktuellere Vertreter dieser Ideologie liefert Römer (1982, 93f.Fn.). Sie alle eint, „von einem Begriff von Freiheit und subjektivem Recht aus[zugehen], demgemäß der Einzelne als von den anderen isoliertes, als ungesellschaftliches Wesen betrachtet wird [...] [Es] wird deshalb festgestellt, das subjektive Recht als Entscheidungsbefugnis habe mit Normsetzungsbefugnis nichts zu tun.“

eingesetzt ist; so daß die rechtliche Bestimmung letztlich von eben diesem objektiven Recht, nicht aber von dem unter ihm stehenden Rechtssubjekt ausgeht, somit auch im Privatrecht keine volle Autonomie besteht.“ (174f.)⁸⁰

3) Dies führt zu Kelsens Kritik der Sachherrschaftstheorie des Privateigentums. Die Trennung von *jus in rem* (Sachenrecht) und *jus in personam* (Personenrecht) sei „irreführend“ (135), denn das Privateigentumsrecht von X an Sache z sei nichts anderes als das Reflexrecht der Verpflichtung von Y zur Enthaltung von der Sache des X, die seitens der objektiven Rechtsordnung auferlegt werde. Zur Erinnerung: Man ist zu dem Gegenteil des Verhaltens verpflichtet, das in einer Rechtsnorm mit einem Zwangsakt als Rechtsfolge verknüpft ist. Die Verfügungsgewalt über z als Recht des X ist also *Resultat* des Ausschlusses aller anderen von derselben:

„Was man als ausschließliche Herrschaft einer Person über eine Sache bezeichnet, ist der durch die Rechtsordnung statuierte Ausschluß aller anderen von der Verfügung über die Sache. Die ‚Herrschaft‘ des einen ist rechtlich nur Reflex des Ausschlusses der anderen.“ (136)

Dabei wird ‚relatives‘ von ‚absolutem‘ Reflexrecht unterschieden. Im Falle eines bestimmten Gläubiger-Schuldner-Verhältnisses besteht die Verpflichtung nur auf Seiten des Schuldners Y, das Reflexrecht nur auf Seiten des Gläubigers X. Von diesem relativen Reflexrecht ist das absolute Reflexrecht auf Privateigentum zu unterscheiden, welches in der Verpflichtung aller anderen, von der Verfügung über die Sache von A abzusehen, besteht (136f.). Kelsen begreift die Berechtigung also als „Reflexrecht[...]“ (133):

„das dem verpflichteten Verhalten korrespondierende Verhalten des Individuums, dem gegenüber die Pflicht besteht, ist in dem Verhalten schon mitbestimmt, das den Inhalt der Pflicht bildet. Bezeichnet man die Beziehung eines Individuums, demgegenüber ein anderes Individuum zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet ist, zu diesem anderen Individuum als ‚Recht‘, ist dieses Recht nur ein Reflex dieser Pflicht.“ (132f.)

Der Rechtsanspruch ist nicht das rechtlich geschützte Interesse, sondern „nur der in dem objektiven Recht bestehende Schutz dieses Interesses“, der darin besteht, „daß die Rechtsordnung an die Verletzung dieses Interesses eine Sanktion knüpft“ (138).

Davon zu unterscheiden ist die Rechtsmacht, die in der Tat ein von der Rechtspflicht von Y unterschiedenes subjektives Recht (von X) „im technischen Sinne“ (141) ist.⁸¹ Dieses tatsächliche Recht besteht in der verliehenen Rechts-

⁸⁰ Vgl. die allerdings den rechtlichen Rahmen überschreitende Bemerkung Harald Haslbauers (2010, 31): „Insbesondere zeigt sich das Subjekt in einem solchen Eigentumsverhältnis so gar nicht als Subjekt seiner Verhältnisse, in die es mit der Allmacht über sein Objekt gestellt ist.“

⁸¹ Die „Einräumung“ subjektiver Rechte im technischen Sinne bedeutet „die Gewährung der Teilnahme an der Rechtserzeugung“ (1/61). Neben den subjektiven Privatrechten existieren noch subjektive politische Rechte. Beide berechtigen zur Generierung rechtlicher Normen (im Falle des Privatrechts individueller, im Falle des Wahlrechts z.B. genereller Normen (2/143f.)). Die politische Rechtsmacht dient aber „nicht dazu, die Nichterfüllung einer individuellen Rechtspflicht geltend zu machen, sondern – indirekt – an der Erzeugung von ge-

macht von X, sein eigenes Reflexrecht durch Klage gegen Y geltend zu machen, d.h. ein Gerichtsverfahren, das ohne seine Klage nicht angestrengt worden wäre, in Gang zu setzen (139f.). Nur hier ist X tatsächlich Rechtssubjekt und nur hier hat er einen rechtlich relevanten Anspruch auf das Verhalten von Y (Wiedergutmachung etc.).⁸² Verliehen ist diese Rechtsmacht, weil eine Rechtsnorm X zu dieser ermächtigt hat. Daher ist das subjektive Recht im technischen Sinne ebenfalls nichts anderes als objektives Recht. Die Verleihung subjektiver Rechte in diesem Sinne ist Kelsen zufolge ein Charakteristikum der kapitalistischen Privatrechtsordnung, aber keine „wesentliche Funktion“ des Rechts schlechthin. Selbst im Kapitalismus komme sie vielen Rechtsnormen nicht zu (z.B. im Strafrecht).

Mit der Kritik des Dualismus von subjektivem und objektivem Recht ist „der Begriff des Rechts nicht mehr auf eine besondere technische Gestaltung der Rechtsordnung eingeschränkt“ (1/61). D.h. Kelsen beansprucht gegen die Identifizierung von Recht mit bürgerlichem Recht in der neuzeitlichen Naturrechtstradition, aber auch im Marxismus,⁸³ einen weiteren Begriff von Recht.

Kelsens Kritik an der Naturalisierung des Privateigentums ist allerdings positivistisch verkürzt und sein alternativer Eigentumsbegriff bleibt unvollständig. Der negative⁸⁴ Ideologiebegriff Kelsens zielt allein auf die Kritik der Vermischung von Erkenntnis und Interesse ab: „Alle Ideologie hat ihre Wurzel im Wollen, nicht im Erkennen, entspringt gewissen Interessen“. Ihre Kritik soll „die Schleier

nerellen Rechtsnormen mitzuwirken, durch die Rechtspflichten statuiert werden.“ (145) Während die Rechtspflicht zum Begriff des Rechts gehört, ist die privatrechtliche Berechtigung „Institution einer kapitalistischen“, die politische Berechtigung Institution „einer demokratischen Rechtsordnung“ (1/63). Dazu gehören auch Grundrechte als Rechtsmacht, „an der Erzeugung der Norm mitzuwirken, durch die die Geltung des verfassungswidrigen, die gewährleistetete Gleichheit oder Freiheit verletzenden Gesetzes [...] aufgehoben wird“ (2/149).

⁸² Beispiel § 433 BGB: ‚Der Käufer muss dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zahlen‘: Der Käufer ist hier zur Zahlung *verpflichtet*, weil sein gegenteiliges Verhalten Bedingung eines Zwangsaktes ist (der in dieser unvollständigen Rechtsnorm allerdings nicht erwähnt wird). Das *Reflexrecht* des Verkäufers besteht im Anspruch auf Zahlung aufgrund der Verpflichtung des Käufers. Ein *subjektives Recht* des Verkäufers ist dann vorhanden, wenn er seinen Anspruch auf Zahlung gegenüber dem Käufer durch Klage geltend machen kann.

⁸³ Vgl. Paschukanis 1969, 77f, 80, 98f. und tendenziell Neumann 1967, 44. Abenteuerlich ist allerdings Kelsens Unterstellung, Marx übernehme vom Naturrecht „die Vorstellung, dass das Eigentum ein durch Arbeit [...] begründetes Verhältnis eines Menschen zu einer Sache sei“ (AR, 506), wobei die soziale Ordnung erst als sekundäre, das ursprüngliche Eigentumsverhältnis gefährdende bzw. schützende eingeführt werde. Marx begreift dagegen Eigentum stets als Verhältnis *zwischen* Menschen *in Bezug auf* eine Sache (vgl. MEW 26.3, 370.; MEW 42, 396-404). „[Ü]berhaupt tritt der Mensch [...] immer als Eigentümer auf, ehe er als Arbeiter auftritt.“ „Ein isoliertes Individuum“, so Marx, „könnte so wenig Eigentum haben [...] wie sprechen“. (MEW 26.3, 369, MEW 42, 393)

⁸⁴ Kelsen verwendet auch einen neutralen Ideologiebegriff. Dann bedeutet Ideologie die nichtempirische Sphäre des Geistigen/Normativen. Der negative Ideologiebegriff dagegen steht für „eine die Wirklichkeit verhüllende, sie verklärende oder entstellende Vorstellung“ (1/49). Im ersten Sinne ist Ideologie der *Gegenstand* der Rechtslehre, im zweiten ist reine Rechtstheorie antiideologisch und versucht die ideologische Deutung der Wirklichkeit des Rechts zu destruieren.

zerreißen, die das Wollen um die Dinge legt“ (30). Ob bewusst oder nicht – das Bedürfnis der Veränderung oder Legitimierung eines sozialen Zustands könne den Wahrheitsgehalt der davon ausgehend getätigten Aussagen über die Wirklichkeit beeinträchtigen. Dass diese Wirklichkeit selbst Evidenzen für eine bestimmte verkehrte Deutung liefert, bleibt dabei unberücksichtigt. Hätte Kelsen Marx' Kritik an der Arbeitstheorie des Eigentums rezipiert, so hätte er erklären können, warum die These, es gebe ein Naturrecht auf Privateigentum und dieses sei ein vorsoziales Mensch-Ding-Verhältnis, erst im 17. Jahrhundert aufkommt und woher es seine Plausibilität nimmt.⁸⁵ So bleibt nur eine akteurstheoretische Zuordnung und ein den Subjekten selbst zugeschriebener Irrtum als Ideologievorwurf.⁸⁶

Schließlich reduziert Kelsens Eigentumsbegriff den sozialen Charakter des Privateigentums auf den dauerhaften Ausschluss der anderen vom Gebrauch der Sache. Im Kapitalismus geht es aber nicht vornehmlich um den durch dieses Recht ermöglichten ungestörten Genuss der eigenen Güter, ihren Gebrauchswert, sondern um die Realisierung ihres Werts durch den Austausch der Güter als Waren. Dies wiederum setzt ein Recht auf willkürliche Verfügung und Veräußerung der Güter als Waren voraus, das mit dem Ausschluss Dritter nicht identisch ist.⁸⁷ Mit diesem Veräußerungsrecht soll zudem der *Einschluss* anderer Menschen organisiert werden: Mit den Austauschakten aufgrund des Privateigentumsrechts werden Prozesse der Aneignung fremder Arbeitskraft und ihres Gebrauchs organisiert, wozu diese Arbeitskräfte wiederum das Privateigentum gebrauchen können müssen, ohne dadurch selbst dessen Eigentümer zu werden. Für den Eigentümer von Produktionsmitteln ist es zwar zentral, dass andere vom Eigentum an diesen ausgeschlossen sind, es ist aber ebenso wichtig, dass die unmittelbaren Produzenten mit seinen Produktionsmitteln „verbunden“ werden, „sie mit diesen produzieren und sie im Produktionsprozeß produktiv konsumieren“.⁸⁸ Der rechtsförmige Tauschakt, in dem sich gleichberechtigte und freie Warenbesitzer gegenüber treten, löst dabei das Problem der „Kombination von Produzenten und Produktionsmitteln auf Basis ihrer Trennung“⁸⁹ und zwar in der Weise, dass durch die spezifische Form der Kombination diese Trennung beständig reproduziert wird.⁹⁰ Die durch das Privateigentumsrecht „vermittelte Herrschaft über

⁸⁵ Vgl. dazu MEW 26.3, 369f., MEGA II/2, 47-50 sowie Elbe 2009, 100-103.

⁸⁶ Ideologiekritik ist positivistisch nur als subjektivistischer Ideologievorwurf zu haben, weil falsche Aussagen über reale Sachverhalte entweder durch *bewusste*, interessierte Manipulation zustande kommen (Priestertrugtheorie) oder durch das *unreflektierte* Hineinwirken von Leidenschaften, Bedürfnissen und Wünschen in beabsichtigte Tatsachenaussagen. Entweder sei der ideologisch Urteilende also *böse* oder –im konkreten Fall – *unfähig* zur angemessenen Reflexion.

⁸⁷ Vgl. Römer 1982, 99f.

⁸⁸ Ebd., 97.

⁸⁹ Tuschling 1976, 16.

⁹⁰ Dies wird möglich, indem das Recht von den inhaltlichen Bestimmungen der Warenbesitzer und ihrer Gebrauchswerte abstrahiert und beiden Parteien des Austauschaktes Lohnarbeit-Kapital „soweit sie als Käufer in Betracht kommen [...], die Aneignung des Gebrauchswerts der vom jeweils anderen veräußerten Ware – dem Lohnarbeiter also den Gebrauchswert der Äquivalentware, dem Kapitalisten den Gebrauchswert der Arbeitskraft

fremde Arbeitskraft und über die Produkte, die mit dieser Arbeitskraft hergestellt werden“,⁹¹ wird von Kelsens Ausschließungstheorie verfehlt. Das ist wiederum Konsequenz seiner rein formalrechtlichen Betrachtung des Privateigentums, dessen Charakter ohne die Berücksichtigung originär ökonomischer Sachverhalte (Vergesellschaftungsbedingungen der Arbeit, unmittelbare und vermittelte Gewalt, die das Klassenverhältnis kennzeichnen, Warentausch und Mehrwertproduktion usw.) nicht zu begreifen ist.⁹² Allerdings hat Kelsen recht, wenn er feststellt, man müsse es „ablehnen, die Ausbeutungsfunktion in den Rechtsbegriff [!] des Eigentums aufzunehmen“ (AL, 47). Ausbeutung ist tatsächlich kein *juristischer* Aspekt des Privateigentumsrechts im Kapitalismus im dem Sinne, dass es als Inhalt der Rechtsnormen formuliert wäre.⁹³

Obwohl Kelsen die Naturalisierung des bürgerlichen Eigentumsbegriffs ablehnt, hat er einen äußerst skeptischen Begriff von vergesellschaftetem Eigentum, das er ohne weiteres mit Staatseigentum identifiziert: Im Falle des Staatseigentums ist die

„tatsächliche und rechtsgeschäftliche Verfügung über die Sache bestimmten Individuen, die die Verfügungsakte arbeitsteilig und in Erfüllung einer Amtspflicht leisten, in der Weise vorbehalten [...], daß alle anderen Individuen diese Akte zu dulden verpflichtet und so von der Verfügung über die Sache ausgeschlossen sind und daß auch die Rechtsmacht, die Nichterfüllung der Duldungspflichten durch Klage geltend zu machen, bestimmten Individuen verliehen ist, die die gleiche Qualifikation wie jene haben, denen die tatsächliche und rechtsgeschäftliche Verfügung vorbehalten ist.“ (2/313)

Im Gegensatz zum Privateigentum wird das Eigentumsrecht hier nicht als Schutz des Interesses von Privatleuten, sondern des „Gemeinschaftsinteresses“ gedeutet, weshalb, so Kelsen, „Verstaatlichung des Eigentums [...] stets als [...] Vergesellschaftung des Eigentums verstanden“ wird (313). Diese Zuschreibung des Eigentums zu den Staatsmitgliedern stelle aber, wie jede Zuschreibung, insbesondere diejenige der Repräsentation von Interessen, „eine Fiktion“ dar (313). Denn hier gelte der Wille der Repräsentanten als der Wille der Repräsentierten und *sei* nicht der Wille – nicht die Gemeinschaft handle, sondern Individuen in ihrem Namen, nicht der Gemeinschaftswille, der Wille der Repräsentanten lenke ihre Entscheidungen. Die repräsentationstheoretische Behauptung, „daß der Wille des Repräsentanten der Wille des Repräsentierten ist“, ist Kelsen zufolge immer

– zurechnet“ (ebd., 36). Dadurch wird dem Kapitalisten sowohl die Gratisgabe der Arbeit, den Wert der Produktionsmittel zu erhalten, als auch mit dem gesamten gegenständlichen Produktenteil der produzierte Mehrwert garantiert – und so die Reproduktion der Trennung der Produzenten von den Produktionsmitteln als Resultat des kapitalistischen Produktionsprozesses. Da der Arbeiter durch den Tauschakt und seine Vertragsform eingewilligt hat, „dem Käufer den Gebrauchswert seiner Ware [...] auf Zeit zu überlassen, so wie der Verkäufer (oder Vermieter) jeder anderen Ware dem Käufer den Gebrauchswert der Ware gegen Äquivalent zu überlassen verspricht“ (ebd., 37), hat er auch keinerlei Rechtsanspruch auf das von ihm produzierte Produkt.

⁹¹ Römer 1982, 97.

⁹² Vgl. dazu Nuss 2006, 155-177 sowie Elbe 2009, 105f.

⁹³ Vgl. Tuschling 1976, 51f.

eine Fiktion, selbst wenn es institutionelle und rechtliche Vorkehrungen gibt, die Entscheidungen der Repräsentanten zu binden, denn „auch in diesen Fällen ist der Wille des Vertreters [...] ein vom Willen des Vertretenen [...] verschiedener Wille.“ (302) Kelsen kann das vergesellschaftete Eigentum also nur als staatliches Denken, reale allgemeine Verfügungsgewalt sei per se ausgeschlossen. So spricht er an anderer Stelle auch davon, in einem „sozialistischen Wirtschaftssystem[...]“ werde der ‚demokratische‘ Vertrag der bürgerlichen Privatrechtsordnung⁹⁴ durch einen autokratischen „öffentlich-rechtliche[n] Verwaltungsakt“ (287) ersetzt.

4) Rechtsfähigkeit insgesamt wird von Kelsen bestimmt als Fähigkeit, durch das eigene Verhalten Rechtswirkungen herbeizuführen. Dies ist eine von der Rechtsordnung verliehene Fähigkeit, z.B. zum Begehen eines Delikts. Eine für die bürgerliche Gesellschaft zentrale Rechtsfähigkeit ist die Geschäftsfähigkeit „als Fähigkeit“ durch Verträge „Pflichten und Rechte zu schaffen“ (152). Der Vertrag ist dabei „ein Akt, dessen subjektiver Sinn ein Sollen ist. Indem die Rechtsordnung durch generelle Norm Individuen ermächtigt, Verträge zu schließen, erhebt sie den subjektiven Sinn des rechtsgeschäftlichen Aktes zu einem objektiven“ (152). Der Vertrag schafft also nur dann subjektive Rechte der Vertragsparteien, wenn die Rechtsordnung ihnen die Rechtsmacht der privatrechtlichen Klage verleiht: Die Rechtsordnung verleiht dem Tatbestand der wechselseitigen Willenserklärung von Individuen die Qualität, Rechtsnormen zu erzeugen, „indem sie die Setzung des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes zusammen mit dem rechtsgeschäftwidrigen Verhalten zur Bedingung einer Zivilsanktion macht“ (261). Die Normen, die durch einen Vertrag generiert werden und den einen Vertragspartner verpflichten, den anderen berechtigen, sind daher „keine vollständigen Normen“. Sie statuieren ein Verhalten, „dessen Gegenteil die Bedingung einer Sanktion ist, die die generellen Rechtsnormen statuieren“ (262). Die vertraglich erzeugten Normen sind daher vollständige Normen nur im Zusammenhang mit diesen Zwangsnormen: Das wechselseitige Rechtsgeschäft ist „Bedingung der zivilen Sanktion“ (262), wie das Delikt eine solche ist. Vom Delikt unterscheidet sich das Rechtsgeschäft aber dadurch, „daß es gemäß der Rechtsordnung die Norm erzeugt, die sein Sinn ist, während das Delikt kein [...] normerzeugender Tatbestand ist“ (262).

2.2 Rechtssubjekt und Rechtsverhältnis

Die Überlegungen zum subjektiven Recht haben auch Konsequenzen für den Begriff der Rechtsperson als Träger des Rechtsverhältnisses. Wie gezeigt ist

⁹⁴ Kelsen verwendet den Terminus der demokratischen Rechtserzeugung hier in irritierender Weise. Er spricht bezüglich des kapitalistischen Privatrechts vom „demokratischen Charakter“ (2/287) der Rechtsnormerzeugung: Durch Verabredung zweier oder mehrerer Willen werden individuelle Normen (Rechte und Pflichten) erzeugt. Allerdings wäre zu erläutern, was an dem prinzipiellen Ausschluss anderer von der Verfügungsgewalt, der darin impliziert ist, und der Tatsache, dass hinter den freiwilligen Vertragsakten zumeist struktureller Zwang steht, ‚demokratisch‘ sein soll. Zumindest von der staatlichen Seite her erkennt Kelsen, dass auch die privatautonomen Rechtsakte und ihr Bereich, das Zivilrecht, „nicht minder Schauplatz der politischen Herrschaft“ sind „wie das in Gesetzgebung und Verwaltung erzeugte öffentliche Recht.“ (287)

Rechtsfähigkeit eine von der objektiven Normordnung konstituierte Kompetenz, Rechtswirkungen hervorzubringen, z.B. Delikte zu begehen, Strafen zu verhängen, Verträge zu schließen. Der Mensch gehört daher für Kelsen nicht als solcher zur Rechtsordnung, sondern lediglich bestimmte Handlungen/Unterlassungen, soweit diese Inhalt von Rechtsnormen sind. Der „biologisch-psychologische[...] Begriff“ des Menschen (1/64) ist von dem der Rechtsperson zu unterscheiden. Rechtssubjektivität bedeutet somit nichts anderes, als dass das Verhalten eines Individuums Inhalt einer Rechtsnorm ist. Dies affiziert auch die traditionelle Unterscheidung von natürlichen und künstlichen Rechtspersonen, die Kelsen ablehnt, da auch die vermeintlich natürliche nur eine künstliche sei, ein personalisierender Ausdruck für einen Komplex von Rechten und Pflichten. Die Rechtsperson *hat* demnach nicht Rechte und Pflichten, sie „ist diese Rechtspflichten und subjektiven Rechte“ (2/177). Die Einheit von Rechtsnormen (Pflichten und Rechten),

„die eine [im rechtlichen Sinne] physische Person bilden, ist damit gegeben, daß es das Verhalten eines und desselben Menschen ist, das den Inhalt dieser Rechte und Pflichten bildet, dass es das Verhalten eines und desselben Menschen ist, das durch diese Rechtsnormen bestimmt ist. Die sogenannte physische Person ist somit nicht ein Mensch, sondern die personifizierte Einheit der ein und denselben Menschen verpflichtenden und ermächtigenden Rechtsnormen.“ (178)

Die Rechtsperson ist Kelsen zufolge lediglich ein Hilfsbegriff, „eine Konstruktion der Rechtswissenschaft“ (194), denn jeder rechtliche Sachverhalt könne auch ohne diesen Begriff erfasst werden.

Vom Standpunkt der sozialen Ordnung als Normordnung gibt es also „überhaupt kein selbständiges Individuum“ (1/70). Nur den Inhalt der Normordnung bildende Verhaltensweisen kommen für die rechtswissenschaftliche Analyse in Betracht. Die These vom autonomen Individuum, das in einem unlöslichen Konflikt zur Gesellschaft steht, ist für Kelsen lediglich eine „Ideologie der Freiheit“ (70), „im Kampf bestimmter Interessen gegen ihre Beschränkung durch eine kollektive Ordnung.“ (71) Die subjektivistische Einstellung zum Recht begreift Kelsen als Erbe der „advokatorische[n] Auffassung“ des Rechts in der römischen Jurisprudenz, in welcher das Recht lediglich unter dem Gesichtspunkt des Nutzens oder Schadens für das Individuum aus der „gutachtlichen [sic!] Praxis respondierender Juristen“ betrachtet worden sei (2/195).

Das Rechtsverhältnis wird in der traditionellen Theorie als Verhältnis zwischen zwei Individuen als Rechtssubjekten, z.B. dem Subjekt einer Rechtspflicht und dem Subjekt der korrespondierenden Berechtigung (167) verstanden. Zusätzlich wird zwischen privat- und öffentlichrechtlichem Verhältnis gemäß dem Kriterium der Gleich- oder Über-/Unterordnung der Rechtssubjekte differenziert (168). Kelsens Kritik bezieht sich nun auf sämtliche dieser Bestimmungen:

1) Nicht Individuen, sondern Tatbestände/Verhalten als Norminhalte sind Relata des Rechtsverhältnisses (173).

2) Der bloße Pflicht-Berechtigungskomplex im Verhalten zwischen zwei Individuen, der der traditionellen Theorie als Musterbeispiel für ein Rechtsverhält-

nis gilt, stellt überhaupt kein Verhältnis zwischen zwei rechtlich selbständigen Sachverhalten dar: Die Berechtigung von X ist lediglich Reflex der Verpflichtung von Y: „Das Reflexrecht ist nur die Rechtspflicht – gesehen vom Standpunkt desjenigen, dem gegenüber die Pflicht zu erfüllen ist“ (170). Es fehlen hier also die Relata, um überhaupt von einem Rechtsverhältnis sprechen zu können.

3) Erst im Falle des subjektiven Rechts im technischen Sinne liegt ein Rechtsverhältnis vor, nämlich ein „Rechtsverhältnis zwischen [...] dem durch Rechtsnormen bestimmten Verhalten zweier Individuen“ (170). Das Verhältnis ist eines zwischen der Rechtsmacht zur Klage von X gegenüber dem Delikt von Y.

4) Sollte Über-/Unterordnung der Rechtssubjekte Kriterium für ein öffentliches Rechtsverhältnis sein, so ist dieses Privatrechtsverhältnis demnach ein öffentliches. Das asymmetrische Verhältnis zwischen Gericht und Delinquent besteht im Falle einer Zivilklage „auch zwischen dem Kläger und dem Beklagten“ (171).

5) Über-/Unterordnung stellt Kelsen zufolge aber letztlich nur einen „figürliche[n] Ausdruck“ dafür dar, „daß das Verhalten dieser Individuen den Inhalt der Normen der Rechtsordnung bildet. Die Autorität, die sich in dieser figürlichen Darstellung manifestiert, ist die Autorität der Rechtsordnung“. Was hier ‚herrscht‘ und ‚übergeordnet‘ ist, ist wieder die Norm selbst, unfigürlich: „daß die Rechtsordnung die Tatbestände bestimmt, durch die Rechtsnormen erzeugt werden, die an menschliches Verhalten als Bedingung Sanktionen als Folge knüpfen“ (171). Es ist ja jemand nur *befugt*, d.h. durch eine Norm ermächtigt, an jemandes Verhalten eine Sanktion zu knüpfen oder ein Gesetz zu erlassen, das so etwas gebietet (äußerer Gesetzgeber für jemandes Verhalten zu sein). Es gibt kein gegenüber der Rechtsordnung selbständiges Rechtsverhältnis, welches von der Rechtsordnung nur noch ‚fixiert‘ oder ‚geordnet‘ wird. Die Rechtsordnung *konstituiert* das Rechtsverhältnis (172).

3. Der Staat als Rechtsstaat

3.1 Der Staat als zentralisierte Rechtsordnung

Gegen Anschauungen, die die Staatseinheit an natürlicher Identität oder an realpsychischen Wechselwirkungen festmachen, betont Kelsen den rein normativen Charakter des staatlichen Bandes. Allein dieses erlaube es, von einer stabilen und dauerhaften staatlichen Ordnung zu sprechen, alle anderen Ordnungsprinzipien brächten höchstens vorübergehende Massenansammlungen oder mit den Staatskriterien nicht übereinstimmende Interaktionen hervor. Soziologie, die sich auf den Staat richte, müsse „Jurisprudenz“ sein, „mit den Augen des Juristen sehen, um überhaupt etwas zu sehen“ (Sb, 163).⁹⁵

⁹⁵ Kelsen geht so weit, soziale Ordnung, „die eigenartige ‚Objektivität‘ des als ‚sozial‘ charakterisierten Gegenstandes“ (Sb, 54) prinzipiell nur als normative zu deuten. Er beansprucht damit eine Auflösung der von der Soziologie als emergent bezeichneten Phänomene in selbstgenügsame und daher besonders ‚stabile‘ Normkomplexe. Durkheim spricht bekanntlich von sozialen Tatbeständen *sui generis*, die wie Dinge zu betrachten seien, aber als Kollektivbewusstsein existieren sollen (Durkheim 1999, 89, 94), Simmel von Formen,

Staatliches Handeln ist Kelsen zufolge also nur juristisch definierbar, ein Staatsbegriff, der ‚hinter‘ dem Recht noch einen rechtsetzenden, aber selbst nicht rechtlich verfassten Staat vermutet, wird abgelehnt. Denn Staatsakte sind von bestimmten Individuen ausgehende Handlungen. Sie können dem Staat als Person zugeschrieben werden, was nichts anderes bedeutet als: sie sind Handlungen normativ ermächtigter Individuen, Inhalte von Rechtsnormen. Der Unterschied zwischen dem Handeln eines Menschen als Polizist und als Guerillero ist nur mit Bezug auf diese Normen auszumachen: „Daß der Staat Recht schafft, bedeutet nur, daß Menschen, deren Akte dem Staat auf Grund des Rechtes zugeschrieben werden, das Recht erzeugen. Das heißt aber, daß das Recht seine eigene Erzeugung regelt.“ (2/314) Dabei unterscheidet Kelsen Zurechnung und Zuschreibung. Die erste wird als „normative Verknüpfung zweier Tatbestände“ (154Fn.) definiert („Wenn A ist, so soll B sein“), während Zuschreibung die Verknüpfung des Verhaltens eines Individuums mit der fiktiv als Person gedachten Gemeinschaft, resp. der diese Gemeinschaft konstituierenden normativen Ordnung bezeichnet. In dieser „personifikativen Zuschreibung“ (154) („Herr x handelt als Organ des Staates=der Staat handelt“) kommt „nichts anderes zum Ausdruck, als daß das der Gemeinschaft zugeschriebene Verhalten in der die Gemeinschaft konstituierenden normativen Ordnung bestimmt und in diesem weitesten Sinne von ihr ermächtigt ist“ (154).

Das hieße aber, dass nicht nur das die Rechtsfolge setzende Verhalten dem Staat (der Rechtsordnung) zugeschrieben werden kann, sondern auch das das Delikt bewirkende Verhalten (ein Delikt zu ‚bewirken‘ ist ja ohnehin eine von der Rechtsordnung verliehene Handlungsfähigkeit, kein bloß empirischer Akt). Dies wird, so Kelsen, aber im gängigen „Sprachgebrauch“ abgelehnt. Es werde aber nicht nur nicht das deliktsetzende Verhalten (156), sondern auch nicht alle andere rechtliche Verhalten als Organschaft, resp. dem Staat zuschreibbar angenommen (157). Denn obwohl z.B. das politische Recht der demokratischen Wahl eine Ermächtigung zu indirekter Setzung genereller Normen sei, werde nicht gesagt, der Staat wähle das Parlament, während davon die Rede sei, der Staat erlasse durch das Parlament Gesetze oder spreche durch das Gericht Recht (160). Kelsen folgt ohne weitere Begründung dem Sprachgebrauch, demgemäß eine in der Rechtsordnung enthaltene Funktion (Rechtsmacht) nur dann dem Staat zugeschrieben wird, „wenn sie von einem der Rechtsordnung gemäß hiezu [sic!]

Formbestimmtheiten und in der Sache selbst waltender Synthesis, die als „seelische Verkettungen“ zu beschreiben seien (Simmel 1992, 27, 35, 43ff.). Kelsens Kritik an diesen Theoretikern fragt nun: „Ja, aber welcher Art soll denn dies Seelische sein, das kein Seelisches, dies Körperliche, das kein Körperliches, welcher Art die Existenz des Sozialen, wenn sie weder psychisch noch materiell ist?“ (Sb, 54) Seine Antwort: „die *Norm* des menschlichen Verhaltens in ihrer spezifischen Sollgeltung“ (54), die „durch die wissenschaftliche *Erkenntnis* konstituiert wird“ (123). Damit wird soziale Ordnung nominalistisch verflüchtigt, von empirischen Zusammenhängen abgekoppelt und der strukturelle Zwangscharakter verselbständigter Prozesse, der gerade durch nichtintendierte Vergesellschaftungseffekte gekennzeichnet ist, verfehlt – eine Wirtschaftskrise ist eben etwas anderes als ein Staatsakt.

berufenen, arbeitsteilig funktionierenden Organ geleistet wird.“ (295) Die zentralen Staatsfunktionen sind daher Legislative, Judikative und Exekutive (296).

Wenn der Staat die Rechtsordnung *ist*, dann sind alle nicht in den geltenden Rechtsnormen vorgesehenen Akte keine Staatsakte. Staatsunrecht ist begrifflich ausgeschlossen: „Im Staatsorgane, das gegen oder ohne den Willen des Staates handelt, handelt nicht mehr der Staat, weil dem Staate nicht zugerechnet werden kann, was ohne oder gegen den Willen des Staates geschieht“ (Sb, 234). Dass der Staat eine Rechts- und damit Zwangsnormordnung ist, heißt nicht, dass hiermit empirischer psychophysischer Zwang bezeichnet wäre, sondern meint eine Normordnung, die angibt, dass unter spezifischen Bedingungen physischer Zwang ausgeübt werden *soll* (82). Denn *bloß* faktischer Zwang ist ja für Kelsen nicht staatlicher Zwang, sondern lediglich ein *normativ gebotener* Zwangsakt ist als staatlicher auszuweisen. Nur die Subsumierbarkeit unter eine Norm läßt einen beliebigen Gewaltakt vom staatlichem unterscheidbar werden (83). Damit, so Kelsen, wird der Zwangsakt nicht als Wirkung – wie in der kausalen Betrachtung allein möglich – des ihn ausführenden physischen Individuums betrachtet, sondern dem Staat zugerechnet. Der Gehorsam gegenüber staatlichen Akten ist damit nicht Gehorsam gegenüber dem faktischen Willen einer konkreten Person, sondern gegenüber dem Staat als anonymer Zwangsnormordnung. D.h. nur als Organe des Staates können empirische Akteure Rechtsgehorsam fordern, es herrscht die Norm.

Kelsens Begriff der Herrschaft ist allerdings alles andere als nachvollziehbar. Da er jede inhaltliche Aussage über die Rationalität der ‚herrschenden‘ Normgehalte ablehnt und zudem einem bisweilen Nietzscheanischen Herrschaftsontologismus erliegt, konstruiert er einen Herrschaftsbegriff, der zwischen Autonomie und Heteronomie nicht mehr unterscheiden kann:

1) Jede Interaktion kenne „einen Führer und einen Geführten, einen Stärkeren und einen Schwächeren“ (18). Sind Führung und Stärke gleichbedeutend? Und was soll Stärke heißen? Sind nicht auch Handlungskoordinationen ohne ‚Führer‘ denkbar? Kelsen gibt keine Erläuterungen dazu. Jedenfalls ist es nicht sinnvoll, faktische Ungleichgewichte der Beiträge zu Interaktionen (z.B. Person x folgt der Initiative von y, die auch im Interesse von x liegt) oder auch Machtasymmetrien (Lehrer-Schüler, Arzt-Patient) per se als Herrschaft zu bezeichnen.⁹⁶

2) Allerdings wird Herrschaft definiert als Tatsache, „daß die Willensäußerung des einen zum Motiv für das Verhalten des anderen wird“ (121). Wenn damit gemeint ist, dass B dem Inhalt der Willensäußerungen von A folgt, dann redu-

⁹⁶ Vgl. ausführlich Hartwig Schucks Differenzierung von transformativen und repressiven Machtasymmetrien in Schuck 2012, 72. Auch Max Adler kritisiert an Kelsens undifferenziertem Herrschafts- und Zwangsbegriff, „daß die Bezeichnung jeder Bindung der Individualwillkür durch ihr entgegengesetzte Normen als Zwang schon deshalb eine nichtssagende, zugleich aber irreführende Formel ist, weil sie ebenso wie die soziologische auch die psychologische Struktur dieser Bindung gänzlich außer acht läßt.“ (Adler 1974, 288f.) Er betont hier die Differenz zwischen repressiven und „förderlichen“ Bindungen (289) sowie den spezifischen Charakter von Sachautorität, die auch von keinem Anarchisten in Frage gestellt werde (vgl. auch Bakunin 2010, 76-79).

ziert Kelsen soziale Interaktionen tatsächlich auf Verhältnisse von Befehl und Gehorsam.⁹⁷ Das ist allerdings so abenteuerlich, dass es keiner Erwägung wert ist. Wenn es aber so verstanden wird, dass A's Willensäußerungen eine Handlung von B motivieren (die nicht auf die Befolgung eines Wunsches von A reduzierbar ist), dann wäre auch die Beleidigung eines anderen, die mich dazu veranlasst, ihn zu ohrfeigen, seine Herrschaft über mich oder es wäre die Befolgung eines Rats, den man für vernünftig und im eigenen Interesse liegend erkennt, Herrschaft des Ratgebers.

3) Schließlich sei „jede Ordnung Herrschaftsordnung“ (167), weil die ordnungsstiftende Norm gebietend oder verbietend („als Befehl“) auftrete. Auch hier wird wieder nur die Sollensform überhaupt berücksichtigt, womit alle inhaltlichen Differenzen, wie die zwischen Interessenkonvergenz und Interessengegensatz oder selbstgegebener und oktroyierter Norm verschwimmen. Daher Kelsens These, alle Rechtsverhältnisse seien Gewaltverhältnisse, wenn darunter die Unterwerfung (auch der physischen Zwang Ausübenden) unter die „Verbindlichkeit“ (174) der Norm zu verstehen sei. Oder kein Rechtsverhältnis sei Gewaltverhältnis, wenn unter letzterem normwidriger faktischer Zwang verstanden würde (174).

Zwar ist Kelsen zufolge der Staat eine Rechtsordnung, aber nicht alle Rechtsordnungen sind Staaten. Von anderen Rechtsordnungen unterscheiden sich staatliche durch die Tatsache, dass Rechtsnormen hier von arbeitsteilig funktionierenden Organen erzeugt und angewendet werden, wobei diese Akte in bestimmter Weise zentralisiert sind. Z.B. ist die Rechtsprechung und -durchsetzung Aufgabe von als Gerichte und Verwaltungseinheiten (Polizei, Gerichtsvollzieher etc.) qualifizierten Organen. In vorstaatlich-,primitiven' Rechtsordnungen hingegen sind „die Glieder der Rechtsgemeinschaft selbst“ (2/323f.)

⁹⁷ Vgl. zur Kritik an diesem Punkt auch Adler 1974, 210. Kelsens Demokratietheorie wird ebenfalls in dieser hemdsärmeligen Weise ‚begründet‘. Hier versteht Kelsen die Koordination der Willen in gesellschaftlicher Praxis ausschließlich als „Last fremden Willens, die die soziale Ordnung auferlegt.“ Freiheit kann daher nur ausgehend von einem isoliert gedachten Individuum als „Freiheit gegen die Gesellschaft“ konzipiert werden. (D, 154) Der Andere taucht klassisch atomistisch nur als Grenze der eigenen Freiheit auf. Damit wäre Robinson auf seiner Insel, oder eher noch ein Wesen, das noch nie mit anderen Menschen in Kontakt gekommen ist, der freieste Mensch von allen. Hat dieses Wesen einen Begriff von Freiheit? Hat es die Freiheit, jemanden zu lieben oder vom Wissen anderer zu profitieren? Hat es die Freiheit, die Vorzüge von Kooperation, die in der Erweiterung individueller Handlungsfähigkeit liegen können, zu genießen? Hat es die Freiheit, ein Individuum zu sein? „Die Freiheit“, so stellt das Unsichtbare Komitee (2010, 14) treffend fest, „ist nicht die Geste, sich von unseren Bindungen loszumachen, sondern die *praktische* Fähigkeit, auf sie zu wirken, sich in ihnen zu bewegen, sie herzustellen oder sie abzuschneiden [...]. Die Freiheit, *sich loszureißen*, war schon immer das Phantom der Freiheit. Man schafft nicht das weg, was uns hemmt, ohne gleichzeitig das zu verlieren, worauf unsere Kräfte sich auswirken können“, bzw. woran unsere Kräfte sich überhaupt erst bilden können (vgl. auch MEW 3, 72, 74). Kelsens Freiheitsbegriff ist so leer, dass sich – wie auch bei anderen Theoretikern, die einen absoluten Gegensatz von Kooperationsregeln und Freiheit postulieren – davon ausgehend „kein qualitativer Unterschied zwischen der Einschränkung einerseits durch die Regelung des Straßenverkehrs und andererseits durch den kapitalistischen Zwang zur Produktion um der Produktion willen mehr begründen“ lässt (Witt 2014, 164, vgl. auch Adler 1974, 206ff.).

ermächtigt a) durch Gewohnheit⁹⁸ generelle Rechtsnormen zu erzeugen, b) Selbstjustiz zu üben und c) Selbsthilfe zu leisten, d.h. im Falle selbst festgestellter Deliktatbestände Sanktionen zu statuieren. Irritierenderweise verwendet Kelsen auch in diesem Zusammenhang den Begriff des Zwangsmonopols, wenn auch den eines „dezentralisiert[en]“ (38). Existiert ein Zwangsmonopol, dann wird jede Anwendung physischer Gewalt verboten, „wenn sie nicht [...] als der Rechtsgemeinschaft zuschreibbare Reaktion auf einen als sozialschädlich angesehen Sachverhalt besonders ermächtigt ist“ (38). Monopolisierung der Zwangsgewalt bedeutet hier also lediglich, dass die Rechtsordnung „in erschöpfender Weise die Bedingungen, unter denen, und die Individuen, durch die physischer Zwang ausgeübt werden soll“ (38) bestimmt. Dabei können die zur Setzung von Zwangsakten ermächtigten Individuen die von einem Delikt betroffenen Individuen selbst sein (wie in der ‚primitiven‘ Rechtsordnung, z.B. im Falle der Blutrache)⁹⁹ oder „den Charakter von besonderen, arbeitsteilig funktionierenden Organen haben“ (38), was ein ‚zentralisiertes Zwangsmonopol‘ im Sinne moderner Staaten darstelle.

3.2 Elemente der Staatsordnung

1) *Das Staatsvolk*: Gegen Theoretiker, die behaupten, es gebe einen nichtrechtlichen Staatsbegriff und in diesem Sinne umfasse der Staat „die Gesamtheit aller Individuen, die zu ihm gehören“ (zit. Sb, 111), fragt Kelsen: „Ja, aber welche ‚gehören‘ zu ihm?“ (111) Der Staatsbürger-Status könne nicht von psychophysischer Wechselwirkung¹⁰⁰ abhängig sein (z.B. der eine Gruppe einenden Kriegsbegeisterung oder dem ähnliche Effekte zeitigenden gemeinsamen Betrachten eines Fußballspiels), da er sonst ein unstetes, sich schnell wandelndes Gebilde darstelle, das sich von der „Augenblicks-,Gesellschaft“ der unorganisierten Masse (112) nicht unterscheiden würde. Das Staatsvolk wird vielmehr als personaler Geltungsbereich der zentralisierten Rechtsordnung gekennzeichnet. Für die Zugehörigkeit zum Staat läßt sich für den Menschen

⁹⁸ Gewohnheit wird entweder von der positivrechtlichen Verfassung oder (wie im Falle ‚primitiver‘ Rechtsordnungen) von der Grundnorm als rechtserzeugender Tatbestand eingesetzt: Dieser ist gekennzeichnet durch das gleichartige Verhalten der zur Rechtsordnung gehörigen Individuen unter bestimmten gleichen Bedingungen, welches über einen hinreichend langen Zeitraum erfolgt und den verbreiteten Willen erzeugt, dass man sich auch so verhalten soll (2/231). Der subjektive Sinn der auf das Verhalten anderer gerichteten Willensakte der Durchschnittsindividuen ist dabei ein Sollen, das durch die Verfassung zum objektiven Sinn dieser Willensakte konstituiert wird. Wird nun aber keine solche Verfassung gefunden, soll aber Gewohnheitsrecht „als rechtmäßig *angesehen* werden“ (232, Herv. I.E.), so kann nur die Grundnorm als die Gewohnheit zum rechtserzeugenden Tatbestand kürende Norm unterstellt werden (das ist auch dann der Fall, wenn die Verfassung selbst durch Gewohnheit zustande gekommen ist. Auch hier muss rechtslogisch vorab Gewohnheit als verfassungsrechtserzeugender Tatbestand unterstellt werden (232f.)).

⁹⁹ Damit ist auch das Völkerrecht problemlos als Rechtsordnung zu begreifen, wenn auch als noch weitgehend „primitive“, vgl. 2/323ff.

¹⁰⁰ Biologische Gemeinsamkeiten fallen als Kriterium ohnehin aus.

„kein anderes Kriterium finden, als daß er mit den anderen einer bestimmten, relativ zentralisierten Zwangsordnung unterworfen ist. Alle Versuche, ein anderes Band zu finden, das die möglicherweise nach Sprache, Rasse, Religion und Weltanschauung verschiedenen, durch Klassengegensätze und mannigfache andere Interessenkonflikte getrennten Menschen zusammenhält [...], müssen scheitern.“ (2/290)¹⁰¹

Empirische Interaktion komme nicht in Frage, da „Menschen, die zu verschiedenen Staaten gehören, miteinander viel intensiver verbunden sein können als Menschen, die zu demselben Staate gehören.“ (291)

„Volk“ ist also die Summe aller unter die Normordnung fallenden Handlungen (Sb, 85). Der Staat besteht nicht aus dem Volk im Sinne empirischer Menschen oder gar einer empirischen Einheit derselben. „Die ‚Menschen‘ haben mit der Körperschaft gar nichts zu tun“. Sie „ist eine Ordnung, die menschliches Verhalten zum Inhalt hat, eine Summe von Normen“ (180). „Handlungen, die in der Rechtsordnung statuiert sind“ bilden den Staat, „nicht etwa ein körperlich-räumlicher Klumpen¹⁰² von Menschenleibern (samt dazugehörigen Seelen!)“ (197). Dabei ist interessant, wie Kelsens methodischer Antihumanismus¹⁰³ sich auf religiöse Analogien bezieht: Ebenso wie für die Theologie das spezifisch Menschliche nicht in der psychophysischen Einheit Mensch, sondern in seiner Gottesebenbildlichkeit bestehe (dem Besitz einer übernatürlichen Seele), der Mensch also als Person „über der Welt“ stehe (237), sei das „Subjekt des Rechtes nicht der *Mensch*“ (als natürliches Individuum), „sondern die *Person*, das Rechtssubjekt, das [...] ebenso nach dem ‚Ebenbilde‘ des Staates [...] geschaffen ist wie die Einzelseele nach dem Ebenbilde Gottes“ (238).¹⁰⁴ Volk ist damit auch nicht zwangsweise identisch mit Staatsangehörigkeit i.S. der Unterscheidung zu ‚Ausländern‘. Dabei handle es sich lediglich „um einen historisch bedingten Rechtsinhalt“. Das „für den Begriff der Staatsgemeinschaft *wesentliche* Moment ist die Normunterworfenheit: Diese gilt ebenso für ‚Fremde‘ wie für ‚Staatsbürger‘“ (198).

2) *Die Staatsmacht* ist nichts anderes als die „motivierende[...] Kraft gewisser Normvorstellungen“ (89), die Menschen dazu veranlasst, physischen Zwang ge-

¹⁰¹ So „ist die Einheit des in psychologischer, ethnographischer, religiöser, wirtschaftlicher Hinsicht ebensowenig einheitlichen ‚Staatsvolkes‘ nur in der Einheit einer als gültig vorausgesetzten Sollordnung begründet“ (Sb, 86).

¹⁰² Dieser Verweis auf den „Klumpen“ von Menschenleibern ist eine Reminiszenz an die augustinische Herabwürdigung der postlapsarischen Menschheit zu einer „Masse Lehm [...], der Masse der Sünde“ (Augustinus 1972, 185; vgl. auch Flasch 2003, 198, der „Klumpen Dreck“ und „Haufen der Sünde“ übersetzt). Allerdings streicht Kelsen an dieser Stelle das Sündige (in seinem politischen Denken wird es wieder auftauchen), während Carl Schmitt bereits 1914 dieses Motiv zu einer ganz und gar nicht mehr bloß *methodisch* antihumanistischen Rechtstheorie ausgearbeitet hat – übrigens damals noch unter dem Beifall der Kelsenschule, vgl. Verdross 1914, Kraft-Fuchs 1930.

¹⁰³ Den Begriff des methodischen oder theoretischen Antihumanismus hat Louis Althusser (1968, 179) geprägt.

¹⁰⁴ Darin, „Staat und Individuum als in derselben Existenzsphäre gelegen zu begreifen“ (Sb/238) sieht Kelsen auch die Wahrheit der organischen Staatsauffassung – des Staates als großem Menschen, der Individuen als Teile dieses „Makroanthropos“. Der Fehler bestehe in der Konfundierung der Existenzsphäre dieser Phänomene mit der der Natur.

genüber anderen auszuüben, nicht etwa das tote Arsenal von Waffen und Gefängnissen oder Gruppen von Menschen, die diese zu ihrer Verfügung haben.¹⁰⁵ Staatsgewalt ist die Wirksamkeit der zentralisierten Rechtsordnung.

3) *Staatswille* ist die „unbedingte Gültigkeit“ (128) der Sollordnung, nicht deren empirische Wirksamkeit. Aufgrund der anthropomorphen Tendenzen menschlichen Denkens werde dieses Sollen (=die Gültigkeit) „durch die Analogie zu dem subjektiven Erlebnis“ dargestellt, „das in dem psychischen Akt des Irgendetwas-Wollens liegt“ (205f.). Dieser Wille ist nicht das empirische konvergierende Wollen Vieler. Hier bezieht sich Kelsen sogar positiv auf Kants nichtpsychologisch, sondern als Norm verstandenen Begriff des allgemeinen Willens (142). Allerdings entleert er diese Norm bis auf den Gedanken der kategorischen Verpflichtung überhaupt. Kelsen zufolge kann ein Konzept empirisch konvergierender Willen den allgemeinen Willen, das normative Einheitsband der Gesellschaft, nicht begründen, weil ersterem zwei Eigenschaften abgehen sollen: 1) der allgemeine Wille kann den individuellen widersprechen; 2) er kann sie verpflichten: „Wie wäre das möglich, wenn es sich nur um gemeinsame Zwecke der einzelnen handelte?“ (50)¹⁰⁶ Allerdings taucht auch hier, bedingt durch die Inhaltsleere des Staatswillens, wieder der Umschlag vom normativen Objektivismus in krassesten Subjektivismus auf: Kelsen fragt nämlich wie „das Mysterium der Wandlung der *volonté de tous* zu der von ihr verschiedenen, *über* ihr stehenden *volonté générale*“ geschehe. Seine Antwort: Aus einem „Wechsel der Erkenntnisweise“ (50), einem Perspektivwechsel des *Staatstheoretikers*, der nun den empirischen Wünschen des Staatspersonals ein Sollen zurechnet bzw. eine „objektiv gültige Norm, einen ‚öffentlichen‘ Willen [...] für eine Vielheit von Menschen voraus[setzt]“ (50).

4) *Das Staatsgebiet* ist der territoriale Geltungsbereich der Zwangsnormordnung, kein physisches Gebiet als solches, auf dem faktisch Macht ausgeübt wird (85).¹⁰⁷

5) *Souveränität* ist die Geltung der nicht weiter ableitbaren Zwangsordnung (84), „die Voraussetzung einer normativen Ordnung als einer höchsten, in ihrer Geltung von keiner höheren Ordnung ableitbaren Ordnung“ (2/334). Die *Ursprünglichkeit* und Hoheit (höchste Gewalt) als Charakteristikum souveräner Macht, so Kelsen, ist im Empirischen nicht zu finden. Faktische Macht ist immer

¹⁰⁵ Dies wendet sich implizit auch gegen Lenins Definition von Staatsmacht: „Worin besteht hauptsächlich diese Macht? In besonderen Formationen bewaffneter Menschen, die Gefängnisse und anderes zu ihrer Verfügung haben.“ (Lenin 1960, 401)

¹⁰⁶ Beide Einwände würden Vertreter einer interessebasierten Ethik zurückweisen: 1) Das langfristige Eigeninteresse, das in moralischen Kooperationsregeln angestrebt werde, könne sehr wohl dem unmittelbaren Interesse widersprechen. 2) Der Sinn des Begriffs Verpflichtung bestehe in nichts anderem als in der Verinnerlichung langfristig selbsterhaltungsförderlicher Regeln als eigener Verhaltensstandards und in der sozialen Sanktionierung der Missachtung dieser Regeln. Klassischer Vertreter dieser Position ist Hobbes, in der modernen Rechtsphilosophie Hart (1973, 119-130, 231-248).

¹⁰⁷ Um diese Geltung zu unterstellen, bedarf es allerdings wieder der stetigen faktischen Machtausübung.

abgeleitet, kausal bedingt, nicht ursprünglich,¹⁰⁸ souveräne Macht dagegen lediglich *rechtlich* ursprünglich, nur von der jeweiligen staatlichen Grundnorm, deren Geltung nicht wiederum von einer anderen staatlichen Norm abhängt, befugte Ausübung der Rechtserzeugung und -durchsetzung (Sb, 129). Souveränität bedeutet zudem rechtliche „*Allmacht*“ des Staates (222), was nichts anderes bedeutet, als das „jede[r] beliebige[...] Inhalt“ Recht sein kann. Schließlich bedeutet sie „*Einzigkeit*“ (223), d.h. „die ausschließliche Geltung, die jedes normative System immanent beansprucht“ (225). Darin entspricht sie dem Gebot „Ich, der Ewige, dein Gott, bin einig und einzig, und: Du sollst keine anderen Götter haben neben mir“ (225). Allerdings geht Kelsen vom Primat der Völkerrechtsordnung aus, womit sich der Geltungsgrund der nationalstaatlichen Rechtsordnungen in der „positivrechtlich gesetzten Norm des Völkerrechts“ (2/222) findet, deren Geltung wiederum in der Grundnorm fundiert ist. Da Kelsen zufolge die Völkerrechtsnormen im Zuge der Gewohnheit staatlichen Handelns erzeugt werden, kann die Grundnorm nur lauten: ‚Staatsgewohnheit ist ein rechtserzeugender Tatbestand‘ (223). Dabei ist die Völkerrechtsordnung der einzige Souverän, d.h. Staaten sind nicht einander, sondern lediglich dieser untergeordnet, sind „völkerrechtsunmittelbare Gemeinschaften“ (223).

6) *Staatsform* ist der Modus der Erzeugung von generellen Rechtsnormen auf der obersten Stufe der positiven Rechtsordnung, der Verfassung, wobei zwei Idealtypen zu unterscheiden sind: „Solche, an deren Erzeugung der zu verpflichtende Mensch beteiligt ist, und solche, die ohne seine Beteiligung zustande kommen.“ (283) Diese Formen werden gewöhnlich als Demokratie/Republik und Autokratie/Monarchie einander gegenübergestellt.

„Damit ist der Staat [...] als eine relativ zentralisierte, in ihrem räumlichen und zeitlichen Geltungsbereich beschränkte, souveräne oder völkerrechtsunmittelbare, im großen und ganzen wirksame Rechtsordnung bestimmt.“
(293)

Der Staat überhaupt ist identisch mit der Rechtsordnung als Inhalt der „Aussagen über Relationen menschlicher Handlungen, die eben in der Rechtsnorm auf spezifische Weise verknüpft werden“ (Sb, 206) oder – auf den Einheitsaspekt bezogen – ist nichts als personifikativer Ausdruck der „die Einheit des Rechtsstoffes erzeugende[n]“ (213) Grundnorm. Diese ist, wir erinnern uns, aber nichts als eine Fiktion, sogar eine Hypothese des Wissenschaftlers, „freie Tat der juristischen Erkenntnis“ (199), bzw., so zitiert Kelsen zustimmend Cassirer, „eine gedankliche Schöpfung, die auf Herstellung einer wissenschaftlichen Ordnung der Phänomene abzielt“ (213).

¹⁰⁸ Sie könnte empirisch gesehen aber die *stärkere* Macht sein, asymmetrisches Machtverhältnis innerhalb eines Territoriums.

3.3 Gedankending und Zwangszusammenhang

In allen Staatsordnungen ist der Mensch Kelsen zufolge nicht unmittelbar dem anderen Menschen, sondern der Normordnung unterworfen.¹⁰⁹ Das ist für ihn unabhängig davon, ob es ein zentralisiertes Gewaltmonopol im Sinne arbeitsteilig fungierender Sanktionsorgane gibt oder ein Geschädigter durch Blutrache selbst die normativ geforderte Sanktion ausführt. In beiden Fällen seien sie Organe der „öffentlichen Gewalt“ (91). Auch das, was in der Regel personale Herrschaft genannt wird,¹¹⁰ ist für Kelsen nur rechtsstaatliche Herrschaft – da *er* stets eine die personale Herrschaftsausübung delegierende Norm *unterstellt*. In diesem Sinne herrscht immer die Norm, die wiederum propositionaler Gehalt (Idee/Gedanke) des Denkens ist: „Denn nichts anderes als ein Gedanke, ein Ordnungsgedanke ist der Staat!“ (91) Die Rechtsstaatsordnung ist demnach nicht Verhaltensregularität

¹⁰⁹ Dies ist eine vordergründige Differenz zu Carl Schmitt, der hinter jeder universellen Norm nichts als direkte Herrschaft von Menschen über Menschen sehen will, die Norm letztlich als Betrug deutet: Er konstatiert, „daß die Souveränität des Rechts nur die Souveränität der Menschen bedeutet, welche die Rechtsnormen setzen und handhaben“. (Schmitt 2002, 66) „Da [...] in der konkreten Wirklichkeit des politischen Seins keine abstrakten Ordnungen und Normenreihen regieren, sondern immer nur konkrete Menschen oder Verbände über andere konkrete Menschen und Verbände herrschen, so hat [...] die ‚Herrschaft‘ der Moral, des Rechts und der ‚Norm‘ immer nur einen konkreten politischen Sinn“ (72). Politischer Sinn heißt bei Schmitt die „seinsmäßige[...] Behauptung der eigenen Existenzform“ (50) in einen möglichen Kampf auf Leben und Tod gegen einen wirklichen Feind, die Existenz unter der permanenten Möglichkeit des Opfers des eigenen Lebens für die politische Einheit. Die Proklamation der Herrschaft einer höheren Rechtsordnung, wie der französischen Revolutionsverfassung, bedeute nichts anderes als dass „Menschen auf Grund dieser höheren Ordnung über Menschen einer ‚niedereren Ordnung‘ herrschen wollen“ (66).

¹¹⁰ Vgl. Hoffmann 1996, 532 (Fn 9): „Personale Herrschaft meint [...] eine direkte, durch Gewalt aufrechterhaltene Herrschaftsbeziehung zwischen Personen – im Unterschied zu einer ökonomisch (Kauf von Arbeitskraft) oder rechtlich (Herrschaft des Gesetzes) vermittelten Herrschaftsbeziehung.“ Wenn diese ‚personale‘ Herrschaft wirksam ist, würde ihr Kelsen eine Grundnorm unterstellen, womit sie wiederum Herrschaft der Norm wäre. Auch Kelsen unterscheidet aber die Gleichheit *im* Gesetz – die Norm, dass z.B. Gesetzgebungsorgane bestimmte Unterscheidungskriterien in den von ihnen geschaffenen generellen Normen nicht anwenden und zur Geltung bringen dürfen (z.B. unterschiedliche Gesetze für Männer und Frauen, Bauern und Adlige) – und die Gleichheit *vor dem* Gesetz – die Norm, dass die rechtsanwendenden Organe „nur jene Unterschiede berücksichtigen dürfen, die in den anzuwendenden Gesetzen selbst gemacht sind“ –, die aber nichts anderes vorschreibt, als „daß Normen normgemäß anzuwenden sind“ (2/146). Während das erste Kriterium in Kelsens kategorialem Rahmen auf der historisch variablen Ebene spezifischer Rechtsformen innerhalb der Form Recht liegt, ist die zweite für das Recht *per se* kennzeichnend. Prinzipiell muss Kelsens Ausdehnung des Begriffs des Gewaltmonopols und der öffentlichen Gewalt als anachronistisch kritisiert werden. Die Bezeichnung völlig dezentralisierter Praktiken als Rechtssysteme, die durch die Unterstellung einer Grundnorm seitens eines Theoretikers ermöglicht wird, verwischt gerade Differenzen zwischen durch Brauch und Gewalt vermittelter Selbstregulierung und der Konzentration von z.B. Aneignungs- oder Konfliktregelungsmechanismen in Rechtsordnungen. Diesen Begriff einer Rechtsordnung, die durch Enteignung, Formalisierung, Konzentrierung zersplitterter familialer und traditionaler Herrschaftskompetenzen entsteht, verdeutlichen Wesel (1979) und Reichardt (2003) an historischen Beispielen.

im Sinne beobachtbarer Gewohnheitshandlungen, eines empirischen Durchschnitts oder einer Handlungswahrscheinlichkeit. Im empirischen Sein erblickt Kelsen ganz neukantianisch lediglich „ein Chaos, ein sinnloses Neben- und Nacheinander“ der Willen der Menschen, dessen Einheit nur durch die „gedankliche Einheit des Staates“ hergestellt werden kann, die wiederum „durch die wissenschaftliche Erkenntnis konstituiert wird“ (123). Der Staat ist, wie er mit Weber sagt, der Sinngehalt von Handlungen, während die Chance des tatsächlich am jeweiligen Sinn orientierten Verhaltens aus der Betrachtung herausfällt (und später doch als Rechtsgeltungsbedingung auf ‚eigentümliche‘ Weise wieder eingeholt werden muss):

„Allein als Sinngehalt, als Zwecksystem oder Deutungsschema [...] ‚existiert‘ der Staat ebensowenig oder ebensosehr wie der pythagoräische Lehrsatz: seine ‚Existenz‘ ist seine *Geltung*, und darum ist er wesensverschieden von der Tatsächlichkeit der Handlungen, deren Sinn er ist“ (160).

Der Staat ist also nichts als ein Komplex von „normativen Gedankendinge[n]“ (73). Diese können das empirische Wollen der Menschen vermittelt über die Normvorstellung motivieren – hier ist explizit die „Wirksamkeitschance“ in die Staatsdefinition einbezogen. Der Staat ist für Kelsen daher wie Gott etwas, das man sich nur aus dem Kopf schlagen muss, um es zu negieren:

Die „Existenz Gottes – nicht in dem Sinne, in dem der Atheist sie leugnet, sondern auch der Atheist zugeben muß –, ist die gleiche wie jene ‚Existenz‘ des Staates, die der Anarchist bekämpft: sie liegt in der motivierenden Kraft gewisser Normvorstellungen. In diesem Sinne sind Gott und Staat nur existent, wenn und insofern man an sie glaubt, und werden samt ihrer ungeheuren, die Weltgeschichte erfüllenden Macht zunichte, wenn die menschliche Seele sich von diesem Glauben befreit“ (GuS, 53).

Kelsen lobt an dieser Stelle ausdrücklich den „erkenntniskritische[n] Anarchismus“ (53) Max Stirners, dessen „Auflösung der Personifikation und Hypostasierung des Staates“ (Sb, 239Fn.) und seine Erkenntnis der Seinsweise des Staates als „Spuk, [...] Fiktion“ (GuS, 53). In diesem Sinne kann „Ich, der ich wirklich ich bin“ (Stirner, zit. Sb, 239Fn.) jederzeit dem „Distelfresser“ Staat seine „Löwenhaut [...] abziehen“. Dabei bewegen wir uns aber in der Sphäre selbstgenügsamer Normgeltung. Wir sahen ja bereits: Da Kelsen eine objektive (und nicht intersubjektive) Normgeltung ohne deren klassische Garanten ‚Gott‘, ‚praktische Vernunft‘, ‚Natur‘ postuliert, die geltungsbegründende Norm daher keinen Inhalt haben kann, ist diese objektive Normgeltung subjektiv beliebig unterstellbar (es fehlt einfach das Kriterium, anhand dessen eine Normkonformität empirischer Zwangsbeziehungen festgestellt werden kann). Auf der anderen Seite *existieren* wirksame Zwangssysteme und Kelsen *entscheidet* sich dafür, nur diesen den Rechts(staats)charakter zuzuschreiben. Akzeptiert man dieses Kriterium, was Kelsen zufolge nicht zwingend ist, dann bleibt vom erkenntnistheoretischen Anarchismus nichts übrig. Dieser ist allerdings ohnehin irrelevant für faktische Zwangsordnungen: Zwar ist es korrekt, dass Zwangsordnungen nur dann wirksam sein können, wenn Menschen diese in irgendeiner Form als motivierende

Vorstellung verinnerlicht haben (die einen, weil sie ihnen nützt oder sie sie als heilig betrachten, die anderen, weil sie aus Furcht vor Strafe konform handeln oder schlicht von den ‚Staatsgläubigen‘ gezwungen werden), doch sagt das noch nichts über die Ursachen und Gründe aus, aufgrund deren überhaupt eine Zwangsordnung entsteht oder in einer bestimmten Form (z.B. zentralisiertes Gewaltmonopol) existiert. Die sozialstrukturellen Reproduktionsbedingungen des Staates bleiben hier verborgen und das abstrakte Plädoyer: ‚Schlagt Euch den Staat aus dem Kopf‘ nützt niemandem, der in einer historisch-spezifischen Zwangsordnung lebt oder unter ihr leidet. Kelsens Ideologiekritik der Hypostasierung des Staates verbleibt offenbar weitgehend im Diskurs einer junghegelianischen Sozialontologie, die alle überindividuellen Entitäten lediglich nach dem Muster der Religion als Gedankending konzeptualisieren kann:¹¹¹

„Der Fortschritt bestand darin, die angeblich herrschenden metaphysischen, politischen, rechtlichen, moralischen und andern Vorstellungen auch unter die Sphäre der religiösen oder theologischen Vorstellungen zu subsumieren; ebenso das politische, rechtliche, moralische Bewußtsein für religiöses oder theologisches Bewußtsein, und den politischen, rechtlichen, moralischen Menschen, in letzter Instanz „den Menschen“, für religiös zu erklären. Die Herrschaft der Religion wurde vorausgesetzt. Nach und nach wurde jedes herrschende Verhältnis für ein Verhältnis der Religion erklärt und in Kultus verwandelt, Kultus des Rechts, Kultus des Staats pp. Überall hatte man es nur mit Dogmen und dem Glauben an Dogmen zu tun. [...] Die Althegeleaner hatten Alles *begriffen*, sobald es auf eine Hegelsche logische Kategorie zurückgeführt war. Die Junghegeleaner *kritisierten* Alles, indem sie ihm religiöse Vorstellungen unterschoben oder es für theologisch erklärten. Die Junghegeleaner stimmen mit den Althegeleanern überein in dem Glauben an die Herrschaft der Religion, der Begriffe, des Allgemeinen in der bestehenden Welt. Nur bekämpfen die Einen die Herrschaft als Usurpation, welche die Andern als legitim feiern.“¹¹²

Freilich ist Kelsen trotz seiner ideologiekritischen Auflösung sozialer Entitäten in Gedankendinge weit davon entfernt, auch einen „ethisch-politische[n] Anarchismus“ gutzuheißen, der „die Gültigkeit verbindlicher Zwangsnormen überhaupt negiert“ (GuS, 53). Im Gegenteil sieht er aus der egoistischen Triebnatur des Menschen heraus keine andere Möglichkeit des Zusammenlebens als mittels einer solchen Zwangsordnung (AR, 466f.), d.h. er führt die materiellen Bedingungen des Staates, die eben noch im bloßen ‚Glauben‘ geleugnet wurden, als anthropologische wieder ein. Nicht spezifische Bedingungen materieller Repro-

¹¹¹ Während der ‚erkenntnistheoretische Anarchismus‘ sich mit der banalen Aussage zufrieden gibt: ‚Wenn keiner an den Staat glaubt, gibt es ihn auch nicht‘ (Stirner), bzw. ‚Wenn die „Fiktion Gott“ zerstört ist, ist auch die Herrschaft zwischen den Menschen aufgehoben‘ (Bakunin 2010, 144f.), fragt die materialistische Staatstheorie danach, warum es kein Zufall ist, dass die Menschen an den Staat glauben und eine Zwangsordnung etablieren. Das Geheimnis steckt in der Formulierung, sie müssten: „ihrem *durch diese* [spezifischen gesellschaftlichen] *Verhältnisse bedingten Willen* einen allgemeinen Ausdruck als Staatswillen geben, als Gesetz“ (MEW 3, 311, Herv. I.E.).

¹¹² MEW 3, 19.

duktion, sondern die ewige Menschennatur mache den Staat notwendig. Die „Natur des Menschen“ bringe spontan „ökonomische Ausbeutung“ hervor und müsse – wir kommen darauf zurück – durch den Staat „dauernd verhindert werden“ (467). Insofern ist es auch nicht weit her mit der Aussage Kelsens, dass der Staat Menschenwerk sei „und daß darum aus dem Wesen des Staates nichts gegen den Menschen gefolgert werden kann“ (GuS, 53f.). Dies kann sich in seinem Bezugssystem immer nur auf bestimmte Staaten beziehen,¹¹³ nicht auf den Staat als solchen. Damit wird indirekt doch wieder etwas aus dem Staat gegen den Menschen gefolgert: ‚Du *kannst* nicht ohne Staat (Zwangsordnung) sein!’

3.4 *Rechtmäßige Selbstaushhebung des Rechts*

Kelsen geht zwar strikt gegen die Hobbessche These der Nichtreflexivität des Rechtssystems, des über dem Recht stehenden Souveräns¹¹⁴ vor. Er hält dagegen, nur Recht ermögliche Rechtserzeugung. Doch bedeutet das nicht, dass er mit der These, eigentlich sei die Rechtsnorm souverän, den Zwangscharakter des Rechts zum Verschwinden bringt¹¹⁵ oder das Problem der systemischen Grenzen der Rechtsstaatlichkeit, sprich das Problem der ‚Materialität’ des Souveräns ignoriert.¹¹⁶

¹¹³ Vgl. seine Darstellung des Nationalismus als „ins Sinnlose gesteigerte[r] Staatsfetischismus“. Auch hier wird aber wieder anthropologisiert. Spricht Kelsen hier doch vom „Instinkte“ der Unterwerfung und Selbstvernichtung des Menschen (Sb, 250). Ebenso suche sich ein untilgbarer „Wille zur Macht“ immer neue „Maske[n]“ (250), um sein Bedürfnis nach Herrschaft und Größe zu stillen und die anderen indirekt zu unterwerfen, weil sie der eigenen Autorität ebenso unterworfen sind wie man selbst und man sich indirekt durch religiösen Hochmut oder nationale Prahlerei als Teil der jeweiligen Gemeinschaft selbst loben kann (GuS, 35f.) Dieser ohne jede Begründung auskommende Anthropologismus ist ein running gag des bürgerlichen Staatsdenkens.

¹¹⁴ Vgl. Hobbes 1999, 204, 248.

¹¹⁵ Das behauptet Gerhard Scheit. Mit der These, die Souveränitätsvorstellung müsse radikal verdrängt werden bzw. das Souveränitätsdogma müsse theoretisch aufgelöst werden (vgl. 1/161) „verschwindet“, so Scheit, „letztlich auch das ‚Zwangsmoment’ für die Verhältnisse innerhalb des Staats – der Souverän, der allein die Rechtsordnung zwischen den Warenbesitzern zu regeln vermag, wird eben wirklich vollständig verdrängt.“ (Scheit 2009, 241) Dagegen muss betont werden, dass Kelsen die Rechts-Staatsordnung unablässig als Zwangsordnung bezeichnet, dass er deren Geltung letztlich wieder von der Bedingung der Wirksamkeit abhängig macht und dass das Zwangsmoment auch keinesfalls aus dem zwischenstaatlichen Verhältnis verschwindet, wenn ein Völkerrechts-Primat angenommen wird (vgl. 2/321ff.). Letzteres scheint aber Daniel Loick (2012, 137) anzunehmen, wenn er Kelsens These vom Völkerrechtsprimat als Muster einer „souveränitätskritische[n]“ Theorie der Rechtsordnung mit „objektiv verbindliche[r] Sollenskraft“ interpretiert. Unter Souveränitätskritik versteht Loick die Idee einer Rechtsordnung ohne Zwang – für Kelsen eine *contradictio in adjecto*.

¹¹⁶ Zudem gesteht Kelsen in *Das Problem der Souveränität* zu, „daß mit der *faktischen* Existenz eines speziellen Rechtserzeugungs- und Durchsetzungsapparates die Betätigung einer vom Inhalt der Rechtsordnung abweichenden, sozusagen eigengesetzlichen ‚Macht’ möglich wird, die eben wegen dieser Differenz nicht als Rechtsmacht empfunden wird.“ In „Verfolgung ihrer Eigeninteressen“ könnten so die „zur Realisierung des Zwanges berufenen Menschen [...] zu einem selbständigen Machtfaktor“ mutieren, der aber keinen recht-

Das Hobbessche Problem der letztinstanzlichen Entscheidung in Rechtsprechung und Gesetzgebung, der Souveränität, die das Recht schafft und daher über diesem steht, wird von Kelsen in spezifischer Weise *reformuliert*. Zwar ist eine Staatsmacht über dem Recht bei ihm definitorisch ausgeschlossen, doch konstatiert er im Zuge der Erläuterung der Rechtsdynamik, die Rede von ‚gesetzwidrigen‘ richterlichen Entscheidungen und von ‚verfassungswidrigen‘ Gesetzen“ sei „ein Selbstwiderspruch“ (2/271). Ausgangspunkt ist die Frage: Wer entscheidet? D.h., wer ist befugt, zu entscheiden, Recht zu sprechen? Dies betrifft nicht nur die einfache Erzeugung individueller Normen im Rechtsprechungsakt, sondern auch die Frage, ob ein Gerichtsentscheid rechtswidrig ist. „Würde die Rechtsordnung jedermann ermächtigen, diese Frage zu entscheiden, so käme kaum eine die Parteien bindende gerichtliche Entscheidung zustande.“ (272) Es muss eine Entscheidungsbefugnis und ein jeweiliges Entscheidungsmonopol geben, damit von einer verbindlichen Ordnung überhaupt die Rede sein kann¹⁷ – dies ist ein Hobbessches Argument.

Um bindende Gerichtsentscheidungen, d.h. gültige Anwendungen genereller Normen zu ermöglichen, ist die Frage der Rechtmäßigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung „nur von dem Gericht selbst oder einem höheren Gericht zu entscheiden.“ (272) Der Rechtssatz lautet nämlich nicht: ‚Wenn ein Mensch einen Mord begangen hat, soll er bestraft werden‘. Er beinhaltet zusätzlich die Norm, die eine bestimmte Person dazu ermächtigt, festzustellen, ob der Tatbestand überhaupt vorliegt, an den eine solche Rechtsfolge geknüpft werden soll. An die Stelle des empirischen Sachverhalts (als Anfangsbedingung der Rechtsnorm: X hat einen Mord begangen) tritt „die verfahrensmäßig festgestellte Tatsache“ (246).

„Nicht die Tatsache an sich, daß ein Mensch einen Mord begangen hat, sondern die Tatsache, daß ein nach der Rechtsordnung zuständiges Organ in einem von der Rechtsordnung bestimmten Verfahren festgestellt hat, daß ein Mensch einen Mord begangen hat, ist die von der Rechtsordnung statuierte Bedingung.“ (245)

Der korrekte und vollständige Rechtssatz lautet demnach:

„Wenn das zuständige Gericht in einem durch die Rechtsordnung bestimmten Verfahren rechtskräftig festgestellt hat, daß ein bestimmter Mensch einen Mord begangen hat, soll das Gericht über diesen Menschen eine bestimmte Strafe verhängen.“ (246)

lichen, also auch keinen staatlichen Charakter aufweise, eine potestas, keine auctoritas darstelle (PS, 260).

¹⁷ Allerdings steht das im Widerspruch zu Kelsens These, es gebe auch primitive Rechtsordnungen, in denen jedes Mitglied der Rechtsordnung solche Befugnisse wahrnehmen kann (vgl. 2/38f.). Hier wird zudem auf eine inhaltliche Qualität der Rechtsordnung abgestellt, die mit der Institution der Rechtskraft verbunden ist – „daß des Streitens ein Ende werde“ (Idee, 97) –, die Kelsen an anderer Stelle ebenfalls als für das Recht verzichtbar ansieht (vgl. 2/204).

Im Falle der Anwendung der Rechtsnorm kann nur die Meinung des dazu befugten Organs gelten, alle anderen Meinungen sind rechtlich irrelevant. Zwar kann in einem „Rekursverfahren“ (246) diese Entscheidung angefochten werden und insofern die Meinungen der anderen Prozessteilnehmer von einem anderen Gericht geprüft werden. Dabei wird „ein Gerichtsverfahren Gegenstand eines anderen Gerichtsverfahrens“ (247) – es werden hier die Zuständigkeit des Gerichts 1, die Korrektheit des Verfahrens 1 oder die Entscheidung des Richters 1, dass ein bestimmter Tatbestand (Delikt) vorliegt oder nicht vorliegt, zum Gegenstand des Gerichts 2. In der positiven Rechtsordnung ist diese Rekursivität von Gerichtsverfahren aber „begrenzt“. Diese Begrenzung ist mit der Kategorie der letztinstanzlichen Entscheidung eines obersten Gerichtshofes erfasst:

Dann „gibt es ein Gerichtsverfahren, das nicht mehr Gegenstand eines anderen sein kann, dann kann an Stelle der Tatsache eines Gerichtsverfahrens nicht mehr die verfahrensmäßig festgestellte Tatsache dieses Verfahrens treten, dann muß der Grenzfall eines letzten Gerichtsverfahrens als Tatsache *an sich* hingenommen werden. Das ist der Fall, wenn die Entscheidung des letztinstanzlichen Gerichtes in Rechtskraft erwächst.“ Nun ist „jede andere Meinung rechtlich ausgeschlossen“. (247)

Die generellen Normen bestimmen also nicht einfach einen Deliktfall, an den eine Zwangsfolge geknüpft werden soll, sondern zusätzlich eine Instanz, die bestimmt, ob ein Deliktfall vorliegt, d.h. ob eine generelle Norm auf einen Fall angewendet werden kann. Behauptet daher Gericht 1 als erste zuständige Instanz, dass ein Unrechtstatbestand vorliegt und daher eine generelle Norm anzuwenden sei, „dann ist die Frage in einem positiven Sinn entschieden“ (272) und bleibt es, bis ein höheres Gericht diese Entscheidung für rechtswidrig erklärt und sie aufhebt.

„Denn die Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichtes [...] ist nach geltendem Recht, auch wenn sie von dem zur Entscheidung der Frage zuständigen Gericht für ‚rechtswidrig‘ angesehen wird, nicht nichtig. Sie ist nur vernichtbar, das heißt: sie kann nur in einem von der Rechtsordnung bestimmten Verfahren vernichtet werden.“ (272)

Hat aber das von der Rechtsordnung als letztinstanzlich bestimmte Gericht entschieden, „kann die ‚Rechtmäßigkeit‘ dieser Entscheidung nicht mehr in Frage gestellt werden“ (272) – *was immer* dieses Gericht inhaltlich nun entschieden haben mag.¹¹⁸

¹¹⁸ Diese Tendenz werde durch die Interpretationsbedürftigkeit jeder generellen Norm (vgl. gegen diese These: Hoerster 2006, 118ff.) noch verstärkt: Kelsen bezeichnet die Interpretation von Rechtsnormen durch rechtserzeugende Organe als authentische Interpretation, um sie von den privaten, rechtsunverbindlichen Deutungen der Rechtsunterworfenen und Wissenschaftler zu unterscheiden (2/351). Interpretation bedeutet stets die Feststellung des Sinnes eines bedeutsamen Objekts, wobei aber im Falle von Rechtsnormen festgestellt werden muss, dass diese notwendige Unbestimmtheiten aufweisen, d.h. nur einen Rahmen angeben, innerhalb dessen verschiedene Möglichkeiten realisiert werden können. Diese Realisierung ist Kelsen zufolge schließlich ein nicht weiter rechtfertigbarer Willensakt der Entscheidung zwischen den gegebenen Möglichkeiten (351). Eine Interpretation ist

Das bedeutet: es gibt, wenn die von der Rechtsordnung befugte Instanz entscheidet, individuelle Normen erzeugt, in der Hierarchie der Rechtsordnung nur eine „provisorische“ oder eine „definitive“ Geltung dieser Normen (273), nicht aber ungültige Normen. Definitiv ist sie dann, wenn die Rechtsordnung eine letztinstanzliche Entscheidung vorsieht und ihr Rechtskraft verleiht. Es bedeutet auch, dass per se nichtige Entscheidungen in diesen Fällen unmöglich sind. Die in diesem normgemäßen Verfahren erzeugten Normen sind mindestens „vorerst“ gültige (272), d.h. von einer höheren Instanz „vernichtbar[e]“ (280), maximal aber letztthin gültige Normen. Die Anfechtbarkeit von Entscheidungen ist also von der Rechtsordnung durch Verfahren geregelt, nicht aber inhaltlich bestimmt und nicht jedermann erlaubt:

„Der objektive Grund ihrer Vernichtbarkeit ist nicht [...] ihre Rechtswidrigkeit, das ist die Tatsache, daß sie der von ihr anzuwendenden generellen Norm nicht entspricht [...], sondern die von der Rechtsordnung vorgesehene Möglichkeit, in einem dazu bestimmten Verfahren die andere, von der angefochtenen Entscheidung nicht verwirklichte Alternative zu definitiver Geltung zu bringen.“ (273f.)

Die Tatsache, dass die Rechtsordnung letztinstanzliche Entscheidungen ermöglicht, enthüllt den „Alternativcharakter“ (278) der die Rechtsprechung regelnden Bestimmungen der Gesetzgebung:

D.h., „daß nicht nur eine generelle Norm in Geltung steht, die den Inhalt der gerichtlichen Entscheidung vorausbestimmt, sondern auch eine generelle Norm, derzufolge das Gericht den Inhalt der von ihm zu erzeugenden individuellen Norm selbst bestimmen kann.“ (273)

Selbst wenn daher eine generelle Norm gültig ist, die die vom Gericht zu erzeugende individuelle Norm inhaltlich vorausbestimmt („Bei heimtückischer und aus niederen Motiven erfolgender Tötung liegt ein Mordtatbestand vor. Wenn Mord vorliegt, dann soll der Richter Strafe y darauf folgen lassen“), kann eine vom „letztinstanzlichen Gericht erzeugte individuelle Norm in Geltung treten [...], deren Inhalt dieser generellen Norm nicht entspricht.“ (273) Es zeige sich, so Kelsen, „daß die Möglichkeit, die von den Gerichten zu erzeugenden individuellen Normen durch im Wege der Gesetzgebung [...] erzeugte generelle Normen vorauszubestimmen, erheblich eingeschränkt ist.“ (274)¹⁹

auch dann authentisch, wenn sie dem Gesetzestext offensichtlich widerspricht: „daß im Wege authentischer Interpretation [...] einer Norm durch das Rechtsorgan, das diese Norm anzuwenden hat, nicht nur eine der durch die erkenntnismäßige Interpretation der anzuwendenden Norm aufgezeigten Möglichkeiten realisiert, sondern eine Norm erzeugt werden kann, die völlig außerhalb des Rahmens liegt, den die anzuwendende Norm darstellt.“ (352)

¹⁹ Michael Pawlik (1993, 120f.) weist auf zwei inkompatible Begriffe von Rechtmäßigkeit hin, die sich bei Kelsen finden. Dem „*inhaltlich orientierten*“ Begriff zufolge, sei ein Rechtsakt „dann rechtmäßig, wenn er sich innerhalb des durch die übergeordnete Norm vorgegebenen inhaltlichen Rahmens hält“, der „*geltungsbezogene*[...]“ stelle lediglich auf die „mit entsprechender Rechtsmacht ausgestattete autoritative Instanz“ ab. Der zweite Rechtmäßigkeitsbegriff führe direkt in den dezisionistischen Regelskeptizismus der realistischen

Die Kategorie staatlicher Missachtung des Rechts – hier: gesetzwidriger Gerichtsentscheidungen – unterstelle ein inhaltliches Kriterium der Unrechtmäßigkeit, das von jedem vernünftigen Bürger anzuwenden sei. Diese Möglichkeit ist durch das Rechtsverbindlichkeits- bzw. Rechtssicherheitsargument und den dynamischen Charakter der Rechtsordnung aber vorab ausgeschlossen. D.h. in Gesetzen niedergelegte Rechtsinhalte können aufgrund des Charakters der Rechtsordnung als Delegationszusammenhang ausgehebelt werden: So könnte, wenn Kelsen diese paradoxe Formulierung zuließe, von einer rechtmäßigen Aushebung des Rechts gesprochen werden.

Die gleiche Problematik besteht im Falle der Behauptung verfassungswidriger Gesetze: Das Rechtsverbindlichkeitsargument, diesmal auf der Ebene genereller Normen, lautet: „Würde die Verfassung jedermann ermächtigen, diese Frage“ – ob die Gesetze verfassungsgemäß sind – „zu entscheiden, könnte kaum ein die Rechtssubjekte und Rechtsorgane bindendes Gesetz zustandekommen.“ (275) Es gibt in diesem Falle aber keine Hierarchie vieler Instanzen, sondern lediglich die Möglichkeiten a) der Legislative allein die letzte Entscheidung zu überlassen oder b) ein von der Legislative zu unterscheidendes Gericht damit zu beauftragen. Hier taucht wieder der „Alternativcharakter“ (278), nun aber der die Gesetzgebung regelnden Bestimmungen der Verfassung, auf: Die den Gesetzgebungsakt inhaltlich bestimmenden

„Normen der Verfassung stellen nur eine von zwei durch die Verfassung geschaffene [sic!] Möglichkeiten dar. Die andere ist von der Verfassung dadurch geschaffen, daß sie keinem anderen Organ als dem Gesetzgeber die Entscheidung der Frage überlässt, ob die von ihm als Gesetz erlassene Norm Gesetz im Sinne der Verfassung ist.“ (277)

Dieses Problem verschiebt sich im Falle der Existenz einer Verfassungsgerichtsbarkeit nur.

3.5 *Etatismus und soziologistische Inhaltstheorie des Staates*

Wir sahen bereits am Beispiel des Widerspruchs zwischen voluntaristischem Geltungsanarchismus (ob eine Zwangsordnung Recht ist, entscheidet jeder für sich) und Zwangsanthropologismus (Zwangsordnungen erwachsen alternativlos aus der Menschennatur), dass Kelsen trotz aller Bemühungen um methodische Reinheit seiner Rechtslehre nicht umhin kommt, auch als politischer Theoretiker aufzutreten. Würde er sich auch noch dieser minimalen inhaltlichen Aussagen über die Gründe, Ursachen und Funktionen von Zwangsordnungen enthalten, bliebe er im geltungstheoretischen Nirwana gefangen – eine Rechtsnorm wäre dann in der Tat kaum noch vom pythagoreischen Lehrsatz zu unterscheiden.

Die Funktion der staatlichen Zwangsordnung sah Kelsen darin, die asoziale Menschennatur zu bändigen und die Menschen voreinander zu schützen, insbesondere vor Ausbeutung und Gewalt. Mit diesen Bestimmungen bezieht er offen

Rechtstheorie, derzufolge nur der Richter entscheidet und nicht das Gesetz bestimmt, was Recht ist (vgl. ebd., 122f.). „Kelsens ‚reiner‘ Normativismus“, so Pawlik, „hebt sich selber auf.“ (123)

Position im politischen Streit innerhalb der europäischen Sozialdemokratie nach dem ersten Weltkrieg. In der traditionsmarxistischen Staatsauffassung stehen sich zu diesem Zeitpunkt zwei Modelle gegenüber: Von Lenin wird der Staat als Instrument der ökonomisch herrschenden Klasse zur Niederhaltung der Ausgebeuteten begriffen, wobei Klassenherrschaft personalistisch und der Zusammenhang mit dem Staatsapparat manipulationstheoretisch begriffen wird.¹²⁰ Die spezifische Form moderner Gewaltorganisation wird ignoriert oder als bürgerliches Vorurteil abqualifiziert. Der Etatismus der Mehrheitssozialdemokratie dagegen versteht den Staat als Schutzinstanz der ökonomisch Geknechteten, Werkzeug einer kulturellen Höherentwicklung des Menschen und Garant des Gemeinwohls.¹²¹ Die neutrale Form des modernen Staates, seine relative Autonomie, wird hier nicht als Illusion abgetan, sondern als Inkarnation des sittlichen Allgemeinen identifiziert. Kelsen, obgleich moralischem Pathos durchaus abhold, verteidigt die zweite Position in einer spezifischen Weise.

Er betrachtet Lenins *Staat und Revolution* als authentische Interpretation der Marxschen „Staatslehre“ – Lenin habe diese durch seine Schrift sogar „restituiert“ (MoL, 264). D.h. Kelsen unterstellt Marx ein instrumentalistisches Staatsverständnis, demzufolge der Staat „ausschließlich der Ausbeutung der einen Klasse durch die andere gedient“ (266) habe, „nur einen Vollzugsausschuß der Kapitalisten“ darstelle (268), ja er sogar „nur die besitzende Klasse sein soll“ (293, Herv. I.E.). Dieses Staatsverständnis teilt Kelsen mit den traditionellen Marxisten aller Couleur, er setzt lediglich ein negatives Vorzeichen. Diese Tendenz setzt sich aber insbesondere nach dem Ersten Weltkrieg auch im orthodoxen Marxismus der Zweiten Internationale durch, was Kelsen befriedigt konstatiert. Er führt zum Beleg Kautsky, Bauer, Renner, Hilferding, Cunow¹²² und sogar Engels an. Dabei beweist Kelsen teilweise einen klareren Blick auf staatstheoretische Probleme als

¹²⁰ Vgl. Lenin 1960, 399, 403; Lenin 1963, 477. Kritisch dazu Elbe 2012, 157-162.

¹²¹ Vgl. Lassalle 1963, 235f. Vgl. dagegen (direkt auf Kelsens Lassalle-Adaption bezogen) Adler 1974, 75: Dass der Staat auch sog. kulturelle oder tatsächlich gemeinwohlbezogene Zwecke verfolge, sei „für sein soziologisches Wesen nicht charakteristisch. Denn umgekehrt bestimmt sein wirklich charakteristisches Merkmal, die Rechtsform der Ausbeutung zu sein, vollständig den Umfang und den Grad des Interesses, mit dem alle anderen Zwecke durch den Staat verfolgt werden.“ Oder anders formuliert: „Die Interessen der abhängig Beschäftigten an reiner Luft, unverseuchten Lebensmitteln, an bekömmlichen Arbeits- und Wohnbedingungen lässt er [der bürgerliche Staat] gegen die Interessen des Eigentums soweit zum Zuge kommen, wie es das von ihm repräsentierte Interesse als dem Gemeinwohl verpflichteter Schutzherr der kapitalistischen Eigentumsordnung aus seiner Sicht erfordert und zulässt“ (Krölls 2009, 77).

¹²² Bauer erkennt in der Phase der österreichischen Koalitionsregierung nach dem 1. Weltkrieg folgende Situation: „Es war eine Republik, in der keine Klasse stark genug war, die anderen Klassen zu beherrschen, und darum alle Klassen die Staatsmacht untereinander, miteinander teilen mussten. So hatten tatsächlich alle Klassen des Volkes an der Staatsmacht ihren Anteil, war tatsächlich die Wirksamkeit des Staates die Resultierende der Kräfte aller Klassen des Volkes; deshalb können wir diese Republik eine Volksrepublik nennen.“ (zit. MoL, 275f.) Renner stellt fest, dass der „Kern des Sozialismus heute schon in allen Institutionen des kapitalistischen Staates steckt“ (zit. 272). Cunow schließlich folgert, heute sei wahr: „Der Staat sind wir.“ (zit. 290)

die genannten Sozialdemokraten: Insbesondere Engels' „schwankende Haltung“ (277Fn.) zwischen extremem Staatsinstrumentalismus (Staat als unselbständiges Instrument der Herrschenden) und Verselbständigungsdiagnose (Staat als über den Klassen stehende, relativ autonome Instanz) erkennt Kelsen richtig. Engels spricht von nur momentaner Selbständigkeit des Staates durch Klassengleichgewichte, wobei er die vermittelnde Funktion des Staates andererseits wieder als Schein bezeichnet.¹²³ D.h. Engels' Verselbständigungsdiagnose ist rein gruppensoziologisch unterfüttert und auf quasi-bonapartistische Verselbständigungstendenzen der Exekutive bezogen, die etwas wesentlich Spezifischeres darstellen als die strukturelle Selbständigkeit des Staates. Kelsen erkennt auch deutlicher als die enthusiastierten Etatisten aus dem rechten Austromarxismus, dass von einem Gleichgewicht der Klassenkräfte z.B. im Nachkriegsösterreich nicht die Rede sein kann (vgl. 287) und andererseits die Idee des Staates als Volksstaat nicht erst mit der Existenz einer sozialdemokratisch-bürgerlichen Koalitionsregierung soziologisch korrekt geworden sei, wie Otto Bauer meint (274f.). Gegen die Auffassung des Staates als Instrument der herrschenden Klasse spricht Kelsen schließlich – gar nicht zu Unrecht – vom „Zusammenbruch“ der „politische[n] Theorie des Marxismus“ (271) bzw. einer „Krisis des Marxismus“ (295), die durch die sozialstaatlichen Tendenzen und gewerkschaftliche Organisation des Proletariats (286), zunehmende politische Partizipationschancen – sogar Koalitionsregierungen von bürgerlichen und proletarischen Parteien in Deutschland und Österreich (275f., 290) – und den Nationalismus der Massen im Ersten Weltkrieg (268f.) ausgelöst worden sei.

Nun stelle sich heraus, dass der Staat *niemals* bloßes Instrument einer Klasse sei, sondern sich immer auch „als ein brauchbares Instrument erwiesen hat, die Besitzlosen gegen allzu arge Ausbeutung zu schützen“ (267).¹²⁴ Die staatliche Rechtsordnung sei ein Kompromissgebilde, welches „einen *Ausgleich* der Klassenkräfte bewirkt“ (266), als Resultante eines „sozialen Kräfteverhältnisses“ (274) begriffen werden müsse und immer auch von den Beherrschten im großen und ganzen akzeptiert werden müsse, damit die von Lenin einseitig in den Vordergrund gestellten Zwangsinstrumente des Staates überhaupt angewendet werden könnten.¹²⁵ Dabei könne der Marxismus die „immanente Tendenz [der Staatsorgane,] sich zu verselbständigen“ (268) nicht erklären.¹²⁶ Diese Tendenz ‚begrün-

¹²³ Vgl. MEW 21, 167: „So war [...] der moderne Repräsentativstaat Werkzeug der Ausbeutung der Lohnarbeit durch das Kapital. Ausnahmsweise indes kommen Perioden vor, wo die kämpfenden Klassen einander so nahe das Gleichgewicht halten, daß die Staatsgewalt als scheinbare Vermittlerin momentan eine gewisse Selbständigkeit gegenüber beiden erhält.“ Zur Kritik an Engels vgl. Elbe 2012.

¹²⁴ Angesichts der historischen Realität von Ausbeutung und Unterdrückung im Zuge staatlich organisierter Klassenherrschaft von der Antike bis zur Gegenwart, reibt man sich bei nonchalanten Formulierungen wie ‚Schutz vor „allzu arger“ Ausbeutung‘ die Augen. Hier schlägt eine historische Blickschränke und ein theoretisch schwach unterfütterter Fortschrittsoptimismus sozialdemokratischer Provenienz unfreiwillig in puren Zynismus um.

¹²⁵ Kelsen stellt fest: „Auch die ‚Gewalt‘ wirkt letztlich durch den Geist“ (MoL, 285).

¹²⁶ Obwohl er sich in AR ausführlich mit Paschukanis' *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus* beschäftigt, ignoriert Kelsen, dass dieser dem traditionellen Marxismus ebenfalls vorwirft,

det' Kelsen nun metaphysisch-psychologistisch aus einem „unverwüstlichen und von allen ökonomischen Bedingungen unabhängigen Willen zur Macht [...], der die Entwicklung aller von Menschen getragenen Institutionen beherrscht“ (268) sowie aus dem Revolutionspräventionsethos der Bürokratie, das zur Milderung der Klassengegensätze motiviere und dieses Staatspersonal in einen „Antagonismus [...] zu den Kapitalisten“ bringe (268). Der Staat sei also „Staat nicht nur der Besitzenden, sondern auch [...] der Besitzlosen“ (269), „auch ein Staat der Proletarier“ (274), was durch die Nation-Form, den Anspruch des Staates, die nationale Idee zu repräsentieren, noch verstärkt werde. Denn die Besitzlosen seien „nie so besitzlos [...], daß sie nicht ihre Nationalität besäßen und diesen Besitz festzuhalten entschlossen wären“ (269). Auch wenn dies „ein eingebildetes Gut“ sei, sei es doch für die Proletarier psychische Realität, ein Gut, für das sie sogar ihr Leben zu geben bereit seien. Weil der Staat also bereits diese volksstaatlichen Tendenzen in sich trage, seien diese auf reformerischem Wege lediglich zu verstärken, um der Sache des Proletariats zu genügen.¹²⁷ Der Staat steht Kelsen zufolge zwar keineswegs „über den Interessengruppen“ (D, 169). Ihm stellen sich die bisherigen Staaten allesamt „als Organisationen dar, die überwiegend im Interesse einer herrschenden Gruppe funktionieren“ (170). Zudem sei die Idee einer „Interessensolidarität“ aller gesellschaftlichen Gruppen „eine metaphysische [...], metapolitische Illusion“ (170).¹²⁸ Soll schließlich der demokratische Gedanke eines Gemeinwillens nicht nur das ideologisch verschleierte Interesse einer Gruppe sein, so kann er „nichts anderes als die Resultante, das [sic!] Kompromiß zwischen entgegengesetzten Interessen sein“ (171). Der Gemeinwille ist demnach als Resultat des politischen Prozesses diesem nicht vorausgesetzt. Wenn Kelsen aber postuliert:

die Verselbständigung und spezifische Form des Staates nicht erfassen zu können. Paschukanis fragt, warum der Zwangsapparat „nicht als privater Apparat der herrschenden Klasse geschaffen [wird], warum spaltet er sich von der letzteren ab und nimmt die Form eines unpersönlichen, von der Gesellschaft losgelösten Apparats der öffentlichen Macht an?“ (Paschukanis 1969, 120) Auch den alternativen Erklärungsansatz erwähnt Kelsen mit keinem Wort. Paschukanis' Antwort lautet, dass der bürgerliche Staat aufgrund seiner inneren Verschränkung mit der Waren- und Rechtsform eine spezifische Form annehmen muss, die der außerökonomischen, öffentlichen Gewalt und zugleich mit der neutralen Gestalt – der Garantie des Privateigentums als solchem – die kapitalistische Struktur und Klassenherrschaft reproduziert. Paschukanis will zeigen, dass v.a. Marx' Überlegungen zur Rechtsform den Keim eines, mit seinem Begriff sachlicher Herrschaft korrespondierenden, Rechts- und Staatskonzepts enthalten. Er kann dieses Konzept sowohl gegen die isolierte Betrachtung und Verherrlichung der abstrakt-allgemeinen Form des Staates in der Sozialdemokratie als auch gegen die isolierte Betrachtung seines partikularen Klasseninhalts bei Lenin ins Feld führen: Dieser könne nicht erklären, wie der Klasseninhalt die rechtsstaatliche Form annimmt, jene könne nicht erklären, wieso diese Form den Klasseninhalt notwendig reproduziert.

¹²⁷ Die (vermeintlich) staatskritische Haltung der frühen Sozialdemokratie erklärt Kelsen mit Hilferding aus dem undemokratischen und reformfeindlichen Charakter des Kaiserreichs (MoL, 287).

¹²⁸ Kelsen ignoriert dabei, dass es im Kapitalismus eine allgemeine Kooperationsnorm aller Warenbesitzer geben muss, die innerhalb dieser Ordnung im Interesse aller ist und vom Staat repräsentiert werden muss. Allerdings hat er recht damit, dass dies keine Interessensolidarität im emphatischen Sinne ist.

„[g]erade die Klassenherrschaft zu verhindern, ist das *parlamentarische* Majoritätsprinzip geeignet“ (193), dann ist dies entweder eine unklare oder eine uneinsichtige Aussage. Denn damit wird letztlich doch suggeriert, dass ein Kompromiss ohne Dominante, die „Erzielung einer [...] mittleren Linie zwischen den einander entgegengesetzten Interessen“ und „sozialen Kräfte[n]“ (196) möglich sei. Aber in der bürgerlichen Gesellschaft wird auf der vorausgesetzten Grundlage des kapitalistischen Privateigentums, also des Klassengegensatzes, über bestimmte Kompromisse verhandelt.¹²⁹ Kelsen glaubt hingegen, dass die parlamentarische Demokratie auf kapitalistischer Grundlage „zur Ausgleichung vitaler Interessenkonflikte geeignet“ sei (203), dazu taugt, „diesen gewaltigen Gegensatz [der Klassen], den man bedauern, aber nicht leugnen kann, nicht auf blutig-revolutionärem Wege zur Katastrophe zu treiben, sondern friedlich und allmählich auszugleichen“. (204) Was Ausgleichung hier bedeutet, bleibt zunächst unklar. Richtig ist das, wenn er ein Kompromissgleichgewicht mit Dominante unter Voraussetzung des nicht angetasteten Klassengegensatzes meint. Dann stimmt es, dass die parlamentarische Demokratie der „wahre‘ Ausdruck der heutigen wesentlich in zwei Klassen gespaltenen Gesellschaft“ ist. (204) Aber Kelsens sonst so realistisches Pathos verlässt ihn hier offenbar und ein wishful thinking tritt an seine Stelle, wenn er behauptet, diese Konflikte bzw. Interessengegensätze seien demokratisch „zu überwinden“. (203)¹³⁰

Seine Staatstheorie vereinigt eine etatistische Steuerungseuphorie – er spricht von den „unbeschränkten Möglichkeiten, die der Staat in sozialtechnischer Hinsicht bietet“ (MoL, 270, vgl. auch SuS, 25f.) –, mit einem Extremsozialismus, den Inhalt der Rechtsnormen des Staates betreffend – er spricht ja von einer Resultante von Gruppeninteressen und führt die Verselbständigung des Staates auf psychologische oder bewusst-strategische Tendenzen zurück. Wenn es aber einen Machttrieb des Menschen gäbe, der zur Verselbständigung des Politischen führte, dann müsste in jeder Epoche eine verselbständigte ‚politische‘ (‚Macht‘-)Organisation „unabhängig[...]“ (MoL, 268) von und neben ‚ökonomischen‘ Verhältnissen existieren, was nicht der Fall ist. Dass es ein ‚Machtstreben‘ des staatlichen Personals und einen organisatorischen ‚Selbsterhaltungsimperativ‘ gibt, kann zwar kaum geleugnet werden. Sie setzen nur das voraus, was Kelsen durch den Machttrieb erst erklären will: die Existenz der zu erhaltenden Institutionen. Des Weiteren ändert die Mit-Berücksichtigung proletarischer Interessen, ändern Kompromisse zwischen bürgerlichen und proletarischen Interes-

¹²⁹ Vgl. Blanke 1976, 208.

¹³⁰ In *Sozialismus und Staat* (1920/23) stellt er fest: „Gewiß hat auch die sozialpolitische Gesetzgebung der letzten Jahrzehnte den Klassengegensatz [...] nicht grundsätzlich beseitigen können. Aber sie zeigt, daß das politische Mittel, das heißt der Staat, geeignet ist, *in der Richtung* der Aufhebung des Klassengegensatzes zu wirken“ (SuS, 25). Vgl. dagegen, allerdings nur bedingt auf der Höhe der Marxschen Theorie, Adler 1974b, 80f. Gegen solchen Gradualismus und solche Steuerungseuphorie argumentieren auch Müller/Neusüß 1972 im Anschluss an Marx’ *Kapital* (MEW 23, Kapitel 8), in dem detailliert gezeigt wird, dass erfolgreiche Sozialpolitik keineswegs prinzipiell systemfremd ist, sondern im Gegenteil die Erfordernisse des Gesamtkapitals gegen die systemisch aufgenötigten Interessen des Einzelkapitals geltend macht.

sen oder die Anwesenheit von Parteien des Proletariats im Parlament oder in der Regierung nichts am bürgerlichen Charakter des Staates.

Was Kelsen in diesem Zusammenhang den Inhalt der Rechtsnormen nennt, ist gerade das, was bei Marx und Paschukanis die Form des bürgerlichen Staates ausmacht, sein Charakter als relativ autonome öffentliche Gewalt, „die keinem im besonderen gehört, über *allen* steht und sich an *alle* richtet“.¹³¹ Diese Form wird von Kelsen aufgrund des Fehlens einer ökonomischen Theorie, die die Form aus den spezifischen, ganz und gar nicht normativen Geltungsverhältnissen der Wertvergesellschaftung erklären könnte,¹³² verfehlt und auf eine plumpe Theorie des Interessenkampfes sozialer Gruppen reduziert. Auch hier zeigt sich wieder, dass die Gesellschaftstheorie Kelsens eine Kombination von idealistischem Normativismus mit Hobbesianischem Materialismus darstellt: Normativistisch ontologisiert Kelsen die Form Recht zu einer selbstgenügsamen Geltungssphäre, interessen-materialistisch wird die Form nachträglich aufgefüllt: Damit wird die Form des bürgerlichen Willens als Rechtsform einer objektiven Sollgeltung zugeschlagen, die jeder Erklärung unzugänglich bleibt und letztlich als nachträgliche, subjektive Zutat des Theoretikers erscheint, während die historisch-spezifischen Inhalte auf eine Summierung partikularer Willensinhalte und Interessen reduziert werden. Kelsen begreift die ‚Bürgerlichkeit‘ des modernen Staates als Ausdruck des Vorherrschens partikularer bürgerlicher Klasseninteressen, nicht als institutionelle Form der Trennung von Politik und Ökonomie.¹³³ Finden aber auch andere als bürgerliche Interessen Zugang zum Staat, dann ist diesem Ansatz zufolge der Klassencharakter des Staates essentiell in Frage gestellt und der Weg zur Volksstaatsideologie frei.

4. Resümee

1. Kelsens Versuch, die Existenzweise des Rechts jenseits empiristischer Machttheorien zu begründen, führt in Aporien, in eine äußerliche und erklärtermaßen zufällige Verknüpfung von Norm und Gewalt, in einen extremen normativen Subjektivismus, der einem wirksamkeitsorientierten Empirismus übergestülpt wird. Hier liegt eine Rechtsphilosophie des ‚Als ob‘ vor, in die sich Philosophie verwandeln muss, wenn sie keine notwendigen Bedingungen der Möglichkeit ihres Gegenstands mehr angeben kann, aber nicht auf die transzendente Begründungsstrategie verzichten will.

So sehr Kelsen sich daher bemüht, den normativen Charakter des Rechts herauszuarbeiten, so deutlich wird, dass eine derartige Bemühung ohne natur- oder vernunftrechtliche Fundierung letztlich im Dezisionismus münden muss. Souverän ist zwar vordergründig die (Grund-)Norm. Doch welchen sozialen Verhältnissen diese Norm zugeschrieben wird, darüber entscheidet *wer auch immer*:

„Auf die Frage: wer setzt die Grundnorm voraus? Antwortet die Reine Rechtslehre: wer immer den subjektiven Sinn des verfassunggebenden Ak-

¹³¹ Paschukanis 1969, 126.

¹³² Vgl. zu einem Begriff ökonomischer Geltung: Wolf 2005 sowie Elbe 2010, 255-259, 302-305.

¹³³ Vgl. dazu Heinrich 2004, 193-209.

tes und der der Verfassung gemäß gesetzten Akte als deren objektiven Sinn, das heißt als objektiv gültige Norm deutet.“ (2/208f. Fn.)

Souverän ist, wer über die Grundnorm entscheidet – und das tut die Grundnorm nicht selbst. Die Herrschaft der Norm, wie Kelsen sie konzipiert, ist nichts anderes als *personale Herrschaft* in einer sachlich verschleierte¹³⁴ Gestalt.¹³⁵ Kelsens These der Herrschaft der Norm ist in höchstem Maße irreführend, weil es dabei nicht um verselbständigte Strukturmomente menschlichen Handelns geht, wie im Falle einer tatsächlich anonymen Herrschaft, sondern um eine letztlich äußerliche und extrem nominalistische Aufpflropfung normlogischer Kategorien auf empirisches Machtgeschehen.¹³⁶ Dass Kelsen dieses Machtgeschehen in seiner Formspezifik verfehlt, d.h. den Zusammenhang von ökonomischen Formen und Rechtsformen im Kapitalismus nicht begreift, zeigt seine extrem gruppensoziologisch ausgedünnte und ohne eine fragwürdige anthropologische Machttheorie im Stile Nietzsches nicht auskommende Staatsauffassung.

¹³⁴ Unterhalb der Ebene der ‚Herrschaft‘ der vom Theoretiker unterstellten Grundnorm scheint es bei Kelsen nur personale Herrschaft zu geben. So wirkt es, als werde auch der Wandel vom personalen Herrschaftsbegriff der Vormoderne zum apersonalen in der modernen Demokratie an einigen Stellen lediglich als Schleier über der personalen Herrschaft betrachtet: Er spricht bezüglich der „Konstruktion der anonymen Person des Staates“ im demokratischen Denken als einem „Schleier der Staatspersonifikation“, einer „fiktiven Isolierung“ des Herrschaftssubjekts von konkreten Menschen, das dem Bürger das „unerträgliche Faktum einer Herrschaft von Mensch über Mensch“ „verdeckt“ (D, 160). Hier wird, bei allem berechtigten Kampf gegen Hypostasierungen, der Formwandel der Herrschaft vom Feudalismus zum Kapitalismus ignoriert: Trennung von Ausbeutungsmitteln und Herrschaftsmitteln, Enteignung des Herrschaftspersonals vom Eigentum an den Herrschaftsmitteln, Garantie der abstrakt-allgemeinen Aneignungsgesetze des Warentauschs durch generelle Normen als positives Recht.

¹³⁵ Damit gerät er unfreiwillig in die Nähe Carl Schmitts. Ingeborg Maus betont allerdings, dass im Falle Schmitts die verfassungsgebende Gewalt, trotz aller willkürlichen, dezisionistischen Momente, einen „bürgerlich-substantiellen Rechtsbegriff“ voraussetzt (Maus 1980, 54), der den Willen des Verfassungs- und Gesetzgebers binden solle. Tatsächlich plädiert Schmitt schon in der Weimarer Republik gegen Kelsens ‚formalen‘ Begriff des Gesetzes“ (Schmitt 2005a, 26) für eine überpositive „substanzlich[e]“ Legitimität (45), die er mit einer antidemokratischen inhaltlichen Wertorientierung füllt. Dagegen bedeutet Maus zufolge Kelsens „bedenkliche Preisgabe eines materiellen Gerechtigkeitsanspruchs [...] zugleich die Offenheit der positivistischen Theorie gegenüber einer realen Durchsetzung solchen Anspruchs im Wege revolutionärer Verfassungsgebung“ (Maus 1980, 55). Eine weitere Differenz zu Schmitt besteht darin, dass Kelsen es hier offenbar jedem Einzelnen überlässt, zu entscheiden, ob er eine Machtordnung als Rechtsordnung deutet – er bleibt erkenntnistheoretischer Anarchist.

¹³⁶ Insofern ist Iorio zuzustimmen, dass die Aussagen, eine ‚Regel gebiete‘ oder eine ‚Norm herrsche‘ letztlich schlichte Hypostasierungen darstellen (Iorio 2011, 67f.). Normen weisen, anders formuliert, nicht die entsprechende Verselbständigungsstruktur auf, die unbewusste Bedingungen und nichtintendierte Effekte aufweisen, die man als Regularitäten bezeichnen könnte, denen keine präskriptiven (!) Regeln entsprechen. Zwar kann auch die Akzeptanz von Normen menschliche Handlungsfreiheit einschränken, aber erstens können Normen an sich das nicht, und zweitens tun sie das offenbar in anderer Weise als undurchschaute Kausalrelationen menschlichen Zusammenlebens das tun.

2. Auch die Kritik Kelsens an der Naturalisierung besitzindividualistischer Rechtskategorien, seine Aufweisung des Zwangscharakters des Rechts und die Entlarvung der Legitimationsideologie, Recht sei Ausdruck der autonomen Subjektivität, bleiben ambivalent. Einerseits ist dies ein Fortschritt gegenüber dem Liberalismus, andererseits bleiben dabei die zeitweise emanzipatorischen Gehalte des liberalistischen Kontraktualismus und seines individualistischen, Recht mit bürgerlichem Recht identifizierenden Denkens unterbelichtet. Zudem hat Kelsens Kritik des Besitzindividualismus auch zwei inhaltliche Probleme. Erstens kann er dessen ideologischen Effekt – den Gedanken, Privateigentum sei ein monologisches Mensch-Sachen-Verhältnis und Resultat der Person oder Arbeit – zwar extern, d.h. aus seinem eigenen Rechtsverständnis heraus, negieren, aber nicht aus der Praxis moderner Vergesellschaftung heraus erklären – Resultat seines positivistischen Ideologiekonzepts. Zweitens bleibt sein Eigentumsbegriff formalrechtlich und damit unzureichend. Privateigentum, das ist der Sinn der Marxschen Kritik am bloß juristischen Denken, muss als Phänomen der kapitalistischen Totalität und ihrer historischen Konstitution begriffen werden. Hier spielen Momente direkter Gewalt (sog. ursprüngliche Akkumulation), originär ökonomische Praktiken (austauschvermittelte Aneignung des Mehrprodukts als Mehrwertaneignung) neben rechtlichen Implikationen (Privatrecht und seine notwendig staatliche Existenzweise) eine bedeutende Rolle.¹³⁷

3. Wenn die reine Rechtslehre auch machttheoretische Souveränitätskonzepte ablehnt, die einen Staat *hinter* dem Recht vermuten, so findet sich in ihr doch eine deutliche Aufweisung des voluntaristischen Machtmoments *im* Rechtssystem, obwohl bzw. gerade weil Kelsen in einer ganz spezifischen Weise von der Autonomie des Rechts spricht. Kelsen ist daher keineswegs der naive Vertreter einer Autokratie des Gesetzes, als der er bisweilen hingestellt wird. Er rechnet den Individuen durchaus einige der nicht wegzudenkenden unangenehmen Konsequenzen rechts-staatlicher Vergesellschaftung vor. Seiner Kritik der Staatsverherrlichung auf der rechtstheoretischen Ebene steht allerdings die Staatsverherrlichung auf der politiktheoretischen Ebene gegenüber: Der Staat gilt ihm als Schutzinstanz der Benachteiligten und Ausgebeuteten, dessen Quellen direkt in der Menschennatur verortet werden.

4. Die landläufige Kritik an Kelsen, er betreibe eine „Rechtsleere“ (Klenner), er berücksichtige nicht den Klasseninhalt des Rechts (Wyschinski) muss aber zunächst einmal zurückgewiesen werden. Denn zum einen gibt es etliche Bemerkungen Kelsens zum Klasseninhalt des Rechts. Er ist sich darüber im Klaren, dass gesellschaftliche Verhältnisse in ihrem Wandel auch die Rechtsinhalte verändern. Doch er interessiert sich nur am Rande für diese Inhalte. Ihm geht es um die Form des Rechts und dieser Formbegriff ist ein vom Marxschen gänzlich verschiedener: die Rechtsform als letztlich auf einer Grundnorm basierende Zwangsnorm. Aufgrund des dargelegten Scheiterns der normativistischen Grundlegung des Rechtspositivismus wird aber auch die tendenzielle Reduzierung des Sozialen aufs apriorisch Ideelle selbst fragwürdig. Analytische Philosophen wie

¹³⁷ Vgl. Elbe 2014, 62-65.

Hart bemühen sich daher, einen Rechtspositivismus ohne die neukantianischen Dualismen Kelsens zu formulieren und Rechtsgeltung aus empirisch-psychologischer Anerkennung unter bestimmten sozialen Bedingungen zu erklären. Eine an Marx orientierte kritische Rechtstheorie interessiert sich aber gerade für die historische Spezifik dieser Bedingungen, die bei Hart zwar als kontingente angegeben, aber doch letztlich anthropologisch begründet werden. Um die Form des bürgerlichen Rechts zu erklären, greift Marx dabei auf systematisch in Tauschverhältnissen gründende Willensverhältnisse zurück: auf ein Sollen, das wiederum Implikation eines anderen, allerdings nichtnormativen Geltungsverhältnisses ist, des ökonomischen Werts. Diese elementare Vergesellschaftungsform des Kapitalismus ist weder anthropologisch noch bloß rechtstheoretisch zu fassen.¹³⁸ Problematisch an Kelsens Theorie ist also das Nichterfassen einer Geltungsdimension jenseits kognitiv-ideeller Aspekte. Er betreibt einen Dualismus von normativer und natürlicher Ordnung und sieht das spezifisch Gesellschaftliche über die normative Ordnung hinaus nicht: die objektive Semantik und Verselbständigungstendenz moderner kapitalistischer Vergesellschaftung qua Wert, „das Verhältnis von Sachen, das als eines von Menschen erscheint.“¹³⁹

Siglen

- 1: Kelsen, Hans (2008) [1934]: Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 1. Auflage 1934. Tübingen.
- 2: Ders. (2000) [1960]: Reine Rechtslehre. Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 1960, Nachdruck. Wien.
- SuS: Ders. (1965) [1920/23]: Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus. 3. Aufl. Wien.
- PS: Ders. (1920): Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. Tübingen.
- D: Ders. (2006) [1921/29]: Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl. In: Ders.: Verteidigung der Demokratie. Abhandlungen zur Demokratietheorie. Tübingen.
- GuS: Ders. (1989) [1922]: Gott und Staat. In: Ders.: Staat und Naturrecht. Aufsätze zur Ideologiekritik. 2. Aufl. München.
- MoL: Ders. (1967) [1924]: Marx oder Lassalle. Wandlungen in der politischen Theorie des Marxismus. Sonderausgabe der Ausgabe von 1924. Darmstadt.
- AL: Ders. (2006) [1925]: Allgemeine Staatslehre (Auszüge). In: Ders.: Verteidigung der Demokratie. Abhandlungen zur Demokratietheorie. Tübingen.
- Idee: Ders. (1989) [1927]: Die Idee des Naturrechts. In: Ders.: Staat und Naturrecht. Aufsätze zur Ideologiekritik. 2. Aufl. München.

¹³⁸ Vgl. Wolf 2005. Dagegen hat Franz Petry (1974) 1916 versucht, auch die ökonomischen Formen, von denen Marx spricht, noch ausschließlich als Willensverhältnisse zu begreifen. Hier ist eine deutliche Nähe zu Kelsens neukantianischem Normabsolutismus in der Sozialwissenschaft zu spüren.

¹³⁹ Scheit 2004, 178.

- Sb: Ders. (1962) [1928]: Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht. Neudruck der 2. Auflage von 1928. Aalen.
- AR: Ders. (1931): Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Staatsauffassung. In: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 66.
- WiG: Ders. (2007) [1953]: Was ist Gerechtigkeit? Stuttgart.
- MEW 3: Marx, Karl/ Engels, Friedrich (1983) [1845/46]: Die deutsche Ideologie. Kritik der neuesten deutschen Philosophie in ihren Repräsentanten Feuerbach, B. Bauer und Stirner, und des deutschen Sozialismus in seinen verschiedenen Propheten. In: MEW 3. 8. Aufl. Berlin, 9-530.
- MEW 21: Engels, Friedrich (1984) [1884]: Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats. In: MEW 21. 8. Aufl. Berlin 1984, 25-173.
- MEW 26.3: Marx, Karl (1968) [1861-63]: Theorien über den Mehrwert. Dritter Teil. MEW 26.3. Berlin.
- MEW 42: Ders. (1983) [1857/58]: Ökonomische Manuskripte 1857/1858. MEW 42. Berlin.
- MEGA II/2: Ders. (1980) [1858]: Zur Kritik der politischen Ökonomie. Urtext. In: MEGA II/2. Berlin.
- Adler, Max (1974) [1922]: Die Staatsauffassung des Marxismus. Ein Beitrag zur Unterscheidung von soziologischer und juristischer Methode. Köln.
- Albert, Hans (1991) [1968]: Traktat über kritische Vernunft. 5. erw. Aufl. Tübingen.
- Althusser, Louis (1968) [1965]: Für Marx. Frankfurt/M.
- Augustinus, Aurelius (1972): Dreiundachtzig verschiedene Fragen. De diversis quaestionibus octoginta tribus. Paderborn.
- Austin, John (2005) [1832]: Rechtsnormen als Befehle des politischen Machthabers. In: N. Hoerster (Hg.): Recht und Moral. Texte zur Rechtsphilosophie. Stuttgart.
- Bakunin, Michail (2010) [1871]: Gott und der Staat. Frankfurt/M.
- Blanke, Bernhard (1976): Entscheidungsanarchie und Staatsfunktionen: Zur Analyse der Legitimationsprozesse im politischen System des Spätkapitalismus. In: R. Ebbinghausen (Hg.): Bürgerlicher Staat und politische Legitimation. Frankfurt/M.
- Boghossian, Paul (2013) [2006]: Angst vor der Wahrheit. Ein Plädoyer gegen Relativismus und Konstruktivismus. Frankfurt/M.
- Buckel, Sonja (2007): Subjektivierung und Kohäsion. Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts. Weilerswist.
- Cohen, Hermann (1981) [1904]: Ethik des reinen Willens. 5. Aufl. Hildesheim/New York.
- Disse, Jörg (2007): Kleine Geschichte der abendländischen Metaphysik. Von Platon bis Hegel. 3. Aufl. Darmstadt.
- Dreier, Horst (1986): Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen. Baden-Baden.

- Durkheim, Emile (1999) [1895]: Die Regeln der soziologischen Methode. 4. Aufl. Frankfurt/M.
- Elbe, Ingo (2009): Privateigentum – „tief im Wesen des Menschen“ begründet? John Lockes Formulierung des bürgerlichen Eigentumsbegriffs. In: Ders./S. Ellmers (Hg.): Eigentum, Gesellschaftsvertrag, Staat. Begründungskonstellationen der Moderne. Münster.
- Ders. (2010) [2008]: Marx im Westen. Die neue Marx-Lektüre in der Bundesrepublik seit 1965, 2. Aufl. Berlin.
- Ders. (2012): Staat der Kapitalisten oder Staat des Kapitals? Rezeptionslinien von Engels' Staatsbegriff im 20. Jahrhundert. In: S. Salzborn (Hg.): '... ins Museum der Altertümer'. Staatstheorie und Staatskritik bei Friedrich Engels. Baden-Baden.
- Ders. (2014): Entfremdete und abstrakte Arbeit. Marx' *Ökonomisch-philosophische Manuskripte* im Vergleich zu seiner späteren *Kritik der politischen Ökonomie*. In I. Elbe/P. Hogh/Ch. Zunke (Hg.): Oldenburger Jahrbuch für Philosophie 2012. Oldenburg.
- Flasch, Kurt (2003) [1993]: Augustin. Einführung in sein Denken. 3. bibliogr. erg. Aufl. Stuttgart.
- Frege, Gottlob (1969): Nachgelassene Schriften. Hamburg.
- Giddens, Anthony (1984) [1976]: Interpretative Soziologie. Eine kritische Einführung. Frankfurt/M./New York.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus (1973) [1961]: Der Begriff des Rechts. Frankfurt/M.
- Haslbauer, Harald (2010): Eigentum und Person. Begriff, Notwendigkeit und Folgen bürgerlicher Subjektivierung. Münster.
- Heinrich, Michael (2004): Kritik der politischen Ökonomie. Eine Einführung. Stuttgart.
- Hobbes, Thomas (1999) [1651]: Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates. 9. Aufl. Frankfurt/M.
- Hoerster, Norbert (1983): Moralbegründung ohne Metaphysik. In: Erkenntnis 19.
- Ders. (1989): Verteidigung des Rechtspositivismus. Frankfurt/M.
- Ders. (2003): Ethik und Interesse. Stuttgart.
- Ders. (2006): Was ist Recht? Grundfragen der Rechtsphilosophie. München.
- Hoffmann, Jürgen (1996): Politisches Handeln und gesellschaftliche Struktur. Grundzüge deutscher Gesellschaftsgeschichte. Münster.
- Hume, David (2007) [1739f.]: Ein Traktat über die menschliche Natur. Buch III: Über Moral. Frankfurt/M.
- Ders. (1978) [1739f.]: Ein Traktat über die menschliche Natur. Buch II: Über die Affekte. Hamburg.
- Iorio, Marco (2011): Regel und Grund. Eine philosophische Abhandlung. Berlin.
- Kant, Immanuel (1998a) [1785]: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. In: Ders.: Werke Bd. IV. Darmstadt.
- Ders. (1998b) [1788]: Kritik der praktischen Vernunft. In: ebd.
- Ders. (1998c) [1797]: Die Metaphysik der Sitten. In: ebd.

- Klar, Samuel (2007): *Moral und Politik bei Kant. Eine Untersuchung zu Kants praktischer und politischer Philosophie im Ausgang der „Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft“*. Würzburg.
- Klenner, Hermann (1972): *Rechtsleere – Verurteilung der Reinen Rechtslehre*, Berlin.
- Koller, Peter (1988): *Meilensteine des Rechtspositivismus im 20. Jahrhundert: Hans Kelsens Reine Rechtslehre und H.L.A. Harts „Concept of Law“*. In: O. Weinberger/W. Krawietz (Hg.): *Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker*. Wien/New York.
- Ders. (1997): *Theorie des Rechts. Eine Einführung*. 2. erw. Aufl. Wien/Köln/Weimar.
- Kraft-Fuchs, Margit (1930): *Prinzipielle Bemerkungen zu Carl Schmitts Verfassungslehre*. In: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 9.
- Krölls, Albert (2009): *Das Grundgesetz – ein Grund zum Feiern? Eine Streitschrift gegen den Verfassungspatriotismus*. Hamburg.
- Lassalle, Ferdinand (1963) [1863]: *Arbeiterprogramm*. In: H. Hirsch (Hg.): *Ferdinand Lassalle. Eine Auswahl für unsere Zeit*. Frankfurt/M./Wien/Zürich.
- Lenin, Wladimir Iljitsch (1960) [1918]: *Staat und Revolution. Die Lehre des Marxismus vom Staat und die Aufgaben des Proletariats in der Revolution*. In: Ders., *Werke* Bd. 25. Berlin.
- Ders. (1963) [1929]: *Über den Staat*. In: Ders.: *Werke*, Bd. 29. Berlin.
- Loick, Daniel (2012): *Kritik der Souveränität*. Frankfurt/M./New York.
- Maihofer, Andrea (1992): *Das Recht bei Marx. Zur dialektischen Struktur von Gerechtigkeit, Menschenrechten und Recht*. Baden-Baden.
- Maus, Ingeborg (1980): *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts*. 2. erw. Aufl. München.
- Morscher, Edgar (2001): *Die Sein-Sollen-Dichotomie im Logischen Positivismus und im Rechtspositivismus*. In: C. Jabloner/ F. Stadler (Hg.): *Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre. Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule*. Wien.
- Müller, Wolfgang/Neusüß, Christel (1972) [1970]: *Die Sozialstaatsillusion und der Widerspruch zwischen Lohnarbeit und Kapital*. In: *Probleme des Klassenkampfes. Zeitschrift für politische Ökonomie und sozialistische Politik*, Sonderheft 1.
- Neumann, Franz (1967) [1937]: *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft*. In: Ders.: *Demokratischer und autoritärer Staat. Beiträge zur Soziologie des Politik*. Frankfurt/M.
- Nuss, Sabine (2006): *Copyright&Copyriot. Aneignungskonflikte um geistiges Eigentum im informationellen Kapitalismus*. Münster.
- Paschukanis, Eugen (1969) [1924]: *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus. Versuch einer Kritik der juristischen Grundbegriffe*. 2. Aufl. Frankfurt/M.
- Paulson, Stanley L. (2005): *Zwei radikale Objektivierungsprogramme in der Rechtslehre Hans Kelsens*. In: Ders. (Hg.): *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*. Tübingen.

- Pawlik, Michael (1993): Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts. Ein kritischer Vergleich. Berlin.
- Petry, Franz (1974) [1916]: Der soziale Gehalt der Marxschen Werttheorie. In: H.G. Nutzinger/E. Wolfstetter (Hg.): Die Marxsche Theorie und ihre Kritik. Eine Textsammlung zur Kritik der Politischen Ökonomie. Frankfurt/M./New York.
- Pothast, Ulrich (1980): Die Unzulänglichkeit der Freiheitsbeweise. Zu einigen Lehrstücken aus der neueren Geschichte von Philosophie und Recht. Frankfurt/M.
- Power, Michael (2000): Habermas und das Problem der transzendentalen Argumentation. Eine Neubewertung. In: S. Müller-Doohm (Hg.): Das Interesse der Vernunft. Rückblicke auf das Werk von Jürgen Habermas seit „Erkenntnis und Interesse“. Frankfurt/M.
- Priester, Jens-Michael (1984): Die Grundnorm – eine Chimäre. In: W. Krawietz/H. Schelsky (Hg.): Rechtstheorie. Beiheft 5: Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen. Berlin 1984.
- Reichart, Tobias (2003): Recht und Rationalität im frühen Griechenland. Würzburg.
- Römer, Peter (1982): Die Kritik Hans Kelsens an der juristischen Eigentumsideologie. In: W. Krawietz/E. Topitsch/P. Koller (Hg.): Rechtstheorie. Beiheft 4: Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen. Berlin.
- Ders. (2009): Die Kelsensche Lehre vom Zwangscharakter des Rechts. In: Ders.: Hans Kelsen. Köln.
- Scheit, Gerhard (2004): Suicide Attack. Zur Kritik der politischen Gewalt. Freiburg.
- Ders. (2009): Präliminarien des Unstaats. Über die Einheit von Hans Kelsens reiner Rechtslehre und Carl Schmitts politischer Theologien – und ihre Kritik bei Leo Strauss und Franz Neumann. In: I. Elbe/S. Ellmers (Hg.): Eigentum, Gesellschaftsvertrag, Staat. Begründungskonstellationen der Moderne. Münster.
- Schmitt, Carl (2002) [1932]: Der Begriff des Politischen. 7. Aufl. Berlin.
- Ders. (2005) [1932]: Legalität und Legitimität. 7. Aufl. Berlin.
- Schuck, Hartwig (2012): Macht und Herrschaft. Eine realistische Analyse. In: I. Elbe/S. Ellmers/J. Eufinger (Hg.): Anonyme Herrschaft. Zur Struktur moderner Machtverhältnisse. Münster.
- Simmel, Georg (1992) [1908]: Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung. Ff/M.
- Tugendhat, Ernst (2010) [1993]: Vorlesungen über Ethik. 7. Aufl. Frankfurt/M.
- Tuschling, Burkhard (1976): Rechtsform und Produktionsverhältnisse. Zur materialistischen Theorie des Rechtsstaates. Köln/Frankfurt/M.
- Unsichtbares Komitee (2010) [2007]: Der kommende Aufstand. 4. Aufl. Hamburg.
- Verdross, Alfred (1914): Das Problem von Recht und Macht im Lichte der neuesten rechtsphilosophischen Forschungen. In: Reichspost Nr. 322, 12. Juli.
- Wesel, Uwe (1979): Zur Entstehung von Recht in frühen Gesellschaften. In: Kritische Justiz 1979/Heft 3.

- Witt, Raban (2014): Die Lehre von der Automatisierung der Freiheit. Zu Politik und Ökonomie in Horkheimers Spätwerk. In: U. Ruschig/ H.E. Schiller (Hg.): Staat und Politik bei Horkheimer und Adorno. Baden-Baden.
- Wolf, Dieter (2005): Semantik, Struktur und Handlung im „Kapital“. [http://www.dieterwolf.net /pdf/Struktur\(1\).pdf](http://www.dieterwolf.net/pdf/Struktur(1).pdf) (letzter Zugriff: 19.8.2010).