

# Das neueste Werk Hans Kelsens über die allgemeine Theorie der Normen und die Zukunft der Reinen Rechtslehre

Von

Vladimír Kubeš

(Eingegangen am 2. Oktober 1979)

## I. Einleitung

### 1.

Im Herbst des vorigen Jahres erschien das neueste (und letzte) Buch Kelsens, „Die allgemeine Theorie der Normen“.

Nach dem Tode Kelsens sollte sein Freund und treuester Anhänger Rudolf Aladár Métall entscheiden, ob diese, noch nicht vollkommen abgeschlossene Arbeit überhaupt veröffentlicht werden soll. Nach dem Tode Métalls kam der ganze wissenschaftliche Nachlaß dem Hans-Kelsen-Institut zu, dessen Repräsentanten mit Robert Walter an der Spitze sich nach längerer und gründlicher Überlegung für die Veröffentlichung entschieden haben.

Die Herausgabe dieses Werkes aus dem Nachlaß ist nicht nur vom Standpunkt der Kenntnis der gesamten Entwicklung der großen Persönlichkeit Hans Kelsens, sondern auch von der Sicht der wissenschaftlichen Ehrlichkeit aus außerordentlich wertvoll.

### 2.

Zum ersten Mal informierte offiziell Robert Walter die rechtsphilosophische Öffentlichkeit vom baldigen Erscheinen dieses Werkes bei der Tagung des Internationalen Symposiums im Rahmen der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, Österreichische Sektion, im Mai 1979 im Schloß Retzhof bei Graz, wo er über den letzten Stand von Kelsens Normentheorie sprach. In diesem Vortrag hat Walter dargelegt<sup>1</sup>, daß Kelsen in den letz-

<sup>1</sup> R. Walter, Der letzte Stand von Kelsens Normentheorie, Internationales Symposium in Retzhof bei Graz vom 7. bis 12. Mai 1979, Philo-

ten Jahren seines Lebens sich besonders eingehend mit normen-theoretischen Problemen befaßt und als Frucht dieser Bemühung der Nachwelt ein Manuskript hinterlassen hat, das den Titel „Allgemeine Theorie der Normen“ trägt.

Nach Walters Meinung<sup>2</sup> erscheint Kelsens Normentheorie in diesem Werk in ihrer letzten Fassung dargeboten. Dabei zeigt sich — sagt Walter weiter<sup>3</sup> —, „daß Kelsen zwar durchaus auf seinen früheren methodischen Einsichten aufbaut, jedoch in verschiedenen Modifikationen und Ergänzungen vorlegt, die Aufmerksamkeit verdienen“.

### 3.

Ich finde es angebracht, den Standpunkt der Walterschen Bewertung des letzten und umfangreichen Werkes von Kelsen anzuführen<sup>4</sup>.

Zu den grundsätzlichen Positionen Kelsens führt Walter folgendes an:

1. *Rechtswissenschaft* und *Ethik* haben *Normen* zum Gegenstand. *Normen* bedeuten in erster Linie ein *Gebot*; allerdings sind auch Ermächtigen, Erlauben und Derogieren die Funktion von Normen. Norm als *Gebot* bedeutet, daß *etwas sein oder geschehen soll*. Der Akt, dessen *Sinn* ein *Sollen* ist, ist ein *Willensakt*. Sein sprachlicher Ausdruck ist ein *Soll-Satz* (im *vorschreibenden* Sinne), der von der Wissenschaft im *beschreibenden* Sinne darzustellen ist. „*Sollen*“ ist — wie „*Sein*“ — eine *ursprüngliche Kategorie* und daher undefinierbar.
2. „*Geltung*“ einer *Norm* ist ihre *spezifische Existenz*. Eine *positive Norm* ist eine durch einen *Willensakt in der Seinswirklichkeit gesetzte Norm*; nur solche Normen kommen als *Gegenstand des Rechts- oder Moralpositivismus* in Betracht.
3. Die *Natur* ist ein *Komplex von Seins-Tatsachen*, aus denen kein *Sollen* abgeleitet werden kann; es sei denn unter metaphysisch-theologischen Voraussetzungen (Naturrechtslehre).

Walter hebt weiter hervor, Kelsen gehe bei seinen Überlegungen im allgemeinen so vor, daß er analysiert, wie das, was man

---

sophie und Wissenschaften als Basis der Jurisprudenz. Probleme der Gesetzgebung. Kurzfassungen der Referate (Hrsg.: A. Schramm, P. Strasser, O. Weinberger), 1979, S. 83.

<sup>2</sup> R. Walter, l. c., S. 83.

<sup>3</sup> R. Walter, l. c., S. 83.

<sup>4</sup> R. Walter, l. c., S. 84.

mit „Norm“ bezeichnet, am besten *intellektuell* erfaßt werden kann und welche Konsequenzen sich aus bestimmten Auffassungen über das Wesen der Normen ergeben.

Nach Kelsen läßt sich die *individuelle* Norm in keiner Weise aus der *generellen* Norm ableiten. Da jede Norm — die generelle wie die individuelle — der Sinn eines Willensaktes ist, kann die individuelle Norm in der generellen nicht impliziert sein. Es muß sich vielmehr zwischen die Geltung der generellen Norm und die Geltung der ihr entsprechenden individuellen Norm ein Willensakt einschieben, dessen Sinn die individuelle Norm ist. Zwar kann — im logischen Syllogismus — eine Aussage aus einer anderen folgen, es kann aber keine Norm logisch aus einer anderen folgen, da zwischen Aussage und Norm keine Analogie zulässig ist<sup>5</sup>.

Walter befaßt sich mit dem *Dictum von Kelsen* „Kein Imperativ<sup>6</sup> ohne Imperator und ohne Imperaten<sup>7</sup>“. Die diesem Satz zugrundeliegende Auffassung wurzelt in der Überlegung, daß man vom Soll-Sein eines Aktes nur sprechen kann, wenn einerseits der Befehlshaber weiß, was er will, andererseits sein Wollen nur an ein Wesen gerichtet sein kann, das den Sinn des Wollens versteht und sich ihm entsprechend verhalten kann. „Befehl“ und „Befehlsbefolgung“ erscheinen nicht ohne Bezugnahme auf innere Vorgänge deubar, was auch im Satze Wittgensteins „Der Hahn ruft durch sein Krähen die Hühner herbei“ gezeigt werden kann. Die Anerkennungstheorie ist in dem Sinne wichtig, daß es ohne Anerkennung keine „Verletzung“ oder „Befolgung“ einer Norm geben kann.

Walter behandelt<sup>8</sup> auch einen weiteren grundlegenden Punkt von Kelsens Auffassung, und zwar die Untersuchung der *Frage*, ob die *logischen* Prinzipien, die auf die Sätze der Wissenschaft vom Recht und von der Moral zweifellos anzuwenden sind, auch auf den Gegenstand der Wissenschaft, die *Normen*, angewendet werden dürfen. In Auseinandersetzung mit den Untersuchungen von Jörgensen, Husserl, Sigwart, Dubislav, McKinsey, Hofstätter, Ross, Frey u. a. m. verneint Kelsen diese Frage; zwischen der Wahrheit einer Aussage und der Geltung einer Norm besteht seiner Meinung nach keine Parallele, und es läßt sich auch keine Analogie herstellen. Auch zwischen der Wahrheit einer Aussage

<sup>5</sup> R. Walter, I. c., S. 84.

<sup>6</sup> Und daher auch keine Norm, da Befehl und Norm bei Kelsen grundsätzlich dasselbe sind.

<sup>7</sup> R. Walter, I. c., S. 84.

<sup>8</sup> R. Walter, I. c., S. 84—85.

und der Befolgung einer Norm besteht keine Analogie. Daher sind nach Kelsens Meinung die logischen Prinzipien auf Normen *nicht* anzuwenden.

#### 4.

Nachher hat das *Hans-Kelsen-Institut* eine zweiteilige seminari-stische Veranstaltung über das Thema „Kelsens allgemeine Theorie der Normen im Lichte der rechtstheoretischen Strömungen der Gegenwart“ in den Tagen vom 16. bis 17. Mai 1979 in Wien veranstaltet. Über dieses Thema sprach Kazimierz Opałek, der dessen Grundlagen erläuterte und — zwar mit einigen Einschränkungen und nicht gerade einhellig — zu der Feststellung kam, daß dieses Werk in die Reine Rechtslehre harmonisch hineinpaßt.

Meiner Meinung nach ist das *nicht* richtig, und das *Gegenteil* entspricht der Wirklichkeit. Das letzte Werk Kelsens kann man eher zwar nicht gerade als „antikelsianisch“ (da — wie man im weiteren darlegen wird — wichtige Ansätze zu manchen solchen Feststellungen schon in früheren Arbeiten Kelsens enthalten sind) bezeichnen, trotzdem aber *als etwas, was mit den Grundlagen der Reinen Rechtslehre selbst, wie sie in der ganzen Welt, besonders in den Kreisen der sogenannten Wiener und Brünner Schule der Reinen Rechtslehre verstanden werden, im krassen Widerspruch streht.*

In den weiteren Ausführungen möchte ich das klarlegen. Bevor ich aber dazu komme, möchte ich einige allgemeine Bemerkungen vorausschicken.

## II. Die einzelnen Etappen der wissenschaftlichen Entwicklung Kelsens

### 1.

Es ist nichts Neues, daß sich die wissenschaftliche Persönlichkeit des Forschers entwickelt — manchmal auch dialektisch. So hat z. B. Immanuel Kant grundsätzlich zwei solche Entwicklungs-etappen durchgemacht: die vorkritische (vortranszendente) und die kritische (transzendente) mit der epochalen revolutionären Tat, die in der Spontaneität der Vernunft besteht. Oder: Nicolai Hartmann, meiner Überzeugung nach der größte Philosoph des 20. Jahrhunderts, war zuerst ein bedeutender Neokantianer, dann der Führer der orthodoxen, objektivistisch-realistischen Richtung der Phänomenologie in einer Zeit, da Edmund Husserl selbst schon die sogenannte transzendente Phänomenologie lehrte, und erst in der dritten Etappe (siehe besonders Metaphysik der Erkennt-

nis, Ethik, Das Problem der geistigen Seins, Der Aufbau der realen Welt u. a. m.) ist er zu seiner eigenen neuen Lehre, besonders zu seiner modernen kritischen Ontologie gelangt.

## 2.

Ähnlich kann man auch in der wissenschaftlichen Tätigkeit Kelsens mehrere Etappen beobachten.

Die *erste* Etappe ist durch die *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1. Auflage 1911) gekennzeichnet.

Das Hauptmerkmal dieser *ersten* Etappe, besonders in ihren Anfängen, war eher ein negatives und destruktives, d. h. ein heftiger Kampf gegen die traditionellen Richtungen der Rechtslehre, gegen ihren unkritischen, methodologischen Synkretismus<sup>9</sup>. Der aufrichtigste Freund und Bewunderer Kelsens, Franz Weyr, stellt mit Recht fest<sup>10</sup>, daß in den Hauptproblemen die programmatische Festsetzung des Zentralbegriffes der gesamten normativen Erkenntnis d. h. der *Norm*, als des Ausdruckes des Sollens überhaupt *fehlt*. Der Begriff der Norm, der *Rechtsnorm*, und sein Verhältnis zum Begriff des *Rechtssatzes* bleibt unerörtert, und nur aus gelegentlichen Andeutungen<sup>11</sup> kann man urteilen, daß die Rechtsnorm und der *Rechtssatz* dasselbe bedeuten. Trotzdem aber war der Begriff der *Pflicht* (der *Rechtspflicht*) für die damalige Grundauffassung Kelsens ein *Rechtswesensbegriff*. Die *Rechtspflicht* und die *Rechtsnorm* waren von Kelsen und von Weyr besonders *scharf akzentuiert*. Die ursprüngliche Benennung dieser Schule war die *Normative Rechtstheorie*, und unter dieser Bezeichnung tritt diese Schule immer noch in der Tschechoslowakei auf.

Und weiter: Die Auffassung der Rechtsordnung war in den Hauptproblemen *eindimensional* — grundsätzlich nur Gesetze kamen in Betracht — und daher statisch. Auch dieser statische Ausgangspunkt hatte zur Folge, daß die *rein normative Methode* in Kelsens Hauptproblemen viel *folgerichtiger* als in seinen späteren

<sup>9</sup> V. Kubeš, Čirá nauka právní a věda soukromého práva (Die Reine Rechtslehre und die Wissenschaft des Privatrechts), Časopis pro právní a státní vědu XVIII, 1935; F. Weyr, Teorie práva (Theorie des Rechts), S. 338 f.

<sup>10</sup> F. Weyr, l. c., S. 339.

<sup>11</sup> H. Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1. Aufl., S. 539 („Da es keine anderen rechtlich relevanten Pflichten als Rechtspflichten geben kann, ist die Annahme von staatlichen Normen, die keine *Rechtssätze* sind, ein Unding“); vgl. dazu F. Weyr, l. c., S. 339.

Werken vertreten wurde<sup>12</sup>. Das erscheint besonders in genauer Unterscheidung der Begriffe des (physischen) *Menschen* und der *Person*; in den normativen Betrachtungen treten in den „Hauptproblemen“ nur Personen auf, und zwar als Subjekte, denen die Norm zugerechnet wird. „Nur als Zurechnungsobjekt ist der Mensch Person, und darum gibt es Personen, die keine Menschen sind.“<sup>13</sup> Diesen Standpunkt hat Kelsen später vollkommen verlassen<sup>14</sup>.

## 3.

Die *zweite* Etappe beginnt mit der *zweiten* Auflage der „Hauptprobleme“, vielleicht sogar ein paar Jahre früher. Die ursprünglich statische Lehre wird durch den direkten Einfluß von Mehl und den indirekten Einfluß Bierlings und vorher Melanctons und noch viel früher Platons in eine *dynamische* Rechtsauffassung umgewandelt. Das Verlassen des statischen Ausgangspunktes und die Übernahme der dynamischen Rechtsauffassung scheint ein *erster* Schritt zur „Überwindung“ der absoluten Zäsur zwischen dem Sollen und dem Sein zu sein. Einen *weiteren* Schritt bedeutet die neue These Kelsens, daß nur der *Mensch*, als natürliche Realität, nicht die Person durch die Rechtsnorm verpflichtet und berechtigt werden kann; hier ist bereits — wie schon Julius Moór mit Recht festgestellt hat<sup>15</sup> — eine Verknüpfung von Norm und Wirklichkeit hergestellt. Übrigens, auch Franz Weyr stellt zu dieser Frage folgendes fest<sup>16</sup>: „Dadurch scheint die ursprüngliche grundsätzliche Konzeption zwischen der Welt des Seins und der Welt des Sollens verlassen zu werden, weil in dieser kein Platz für physische Individuen, sondern nur für normative Zurechnungspunkte sein kann.“

Nicht weniger bedeutend für Kelsens Abkehr von den ursprünglichen Positionen der Reinen Rechtslehre ist die Änderung in der Fassung der sogenannten *Doppelnorm*. Diese Doppelnorm findet man zwar schon in den „Hauptproblemen“ (1911). Dort aber hat man noch mit *zwei Pflichten* zu tun, von denen die *zweite* (d. h. die Pflicht des Staates, zu exequieren oder zu strafen) von der *ersten* (sc. nicht erfüllten) Pflicht abhängig ist. In seiner

<sup>12</sup> Dazu u. z. f. F. Weyr, l. c., S. 341.

<sup>13</sup> H. Kelsen, Hauptprobleme, 1. Aufl., S. 83.

<sup>14</sup> H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, S. 64 („Das Verhalten einer Person ist nie Inhalt der Rechtssätze. Nur das Verhalten der Menschen“).

<sup>15</sup> J. Moór, Reine Rechtslehre. Randbemerkungen zum neuesten Werk Kelsens, Zeitschrift für öffentliches Recht XV, 1935.

<sup>16</sup> F. Weyr, Teorie práva (Theorie des Rechts), 1936, S. 346.

Abhandlung „Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht“ sagt Kelsen<sup>17</sup>: „Es ist offenbar, daß die angeführten Normen je eine Einheit bilden, daß immer die erste der beiden Normen *Rechtsnorm* nur ist der zweiten wegen, mit der sie verbunden ist, jener Norm wegen, die den Zwangsakt als Unrechtsfolge statuiert; und daß die erste — von einem rechtsimmanenten Standpunkt aus betrachtet — *daher ganz überflüssig ist*<sup>18</sup>. Will die erste, das zwangsvermeidende Verhalten statuierende Norm eine *Rechtspflicht* ausdrücken, die *Rechts*-Pflicht, nicht zu stehlen oder sich vertragsmäßig zu verhalten, so drückt sie diese Rechtspflicht nur insofern aus, als sie in Verbindung mit der zweiten Norm auftritt. Denn nur sofern als das kontradiktorische Gegenteil der in der zweiten Norm statuierte Zwangsakt als Unrechtsfolge steht, ist es *Rechtspflicht*, nicht zu stehlen oder sich vertragsmäßig zu verhalten. Primär kommt als Rechtsnorm nur die den Zwangsakt als Unrechtsfolge statuierende Norm in Betracht. Die das zwangsvermeidende Verhalten statuierende Norm kann nur als *sekundäre* Rechtsnorm, nur unter der Voraussetzung der den Zwangsakt als Unrechtsfolge statuierenden — eben darum *primären* — Rechtsnorm als solche gelten.“

Wenn aber die Norm „Du sollst nicht stehlen!“ — an sich betrachtet — keine Rechtsnorm ist, dann ist sie ein bloßer Tatbestand, und es kann von einer Rechtspflicht und von einem Pflichtsubjekt keine Rede sein<sup>19</sup>. Übrigens hat Kelsen selbst die Folge gezogen, daß nur der Staat ein Pflichtsubjekt darstellt. Da aber nur der Mensch Rechtspflichten haben kann und da eine echte Rechtsnorm nur die primäre Norm ist, welche die Sanktion als Pflicht der Staatsorgane festsetzt, kann der *Mensch* ein Pflichtsubjekt sein, nur wenn er als ein *Staatsorgan* handelt. Wenn aber nur die sanktionierte Norm eine Rechtsnorm sein kann und die Sanktion auf Verletzung der Rechtspflichten der Staatsorgane in den sogenannten Disziplinarvorschriften besteht, muß man weiter fragen, wo eine Sanktion auf Verletzung dieser Disziplinarvorschriften existiert. Wir stehen daher vor einem Regreß immer in Richtung zur neuen sanktionierten Norm, gelangen aber letzten Endes zu einer Norm, die

---

<sup>17</sup> H. Kelsen, l. c., Zeitschrift für öffentliches Recht XII, 1932; dazu F. Weyr, Povinnost a ručení (Pflicht und Haftung), Vědecká ročenka právnické fakulty Masarykovy university XII, 1933; vgl. auch H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925; *derselbe*, Reine Rechtslehre, 1. Aufl., 1934.

<sup>18</sup> Hervorhebung vom Autor.

<sup>19</sup> Dazu u. z. f. F. Weyr, Teorie práva (Theorie des Rechts), 1936, S. 352 ff.

an sich schon nicht mehr sanktioniert ist, d. h. auf deren Verletzung keine Exekution oder Strafe festgesetzt ist. Infolgedessen würden aber alle vorhergehenden „sanktionierten“ Normen, die von der in der Reihe letzten nicht sanktionierten Norm abhängen, *keine* Rechtsnormen sein, und der Zentralbegriff, der grundlegendste Wesensbegriff allen Rechts und aller normativen Erkenntnis, d. h. die *Pflicht*, würde nicht mehr existieren können.

Zweifellos *stellte also die Entwicklung der Reinen Rechtslehre in Kelsens Auffassung schon damals eine Tendenz zur wahrhaft tragischen Eliminierung des Begriffs der Pflicht (Rechtspflicht) dar.*

In dieser Hinsicht ist sehr interessant Weyrs Feststellung aus dem Jahre 1936<sup>20</sup>: „Kelsens Lehre ging inzwischen — im Vergleich mit der Lehre Kants — den umgekehrten Weg: ausgehend von der dualistischen Noetik nähert sie sich mit ihren späteren Ergebnissen . . . der monistischen Konzeption. Dabei wird sie gleichzeitig aus der ursprünglich normativen Theorie als einer transzendentalen Erkenntnislehre immer mehr eine Rechtslehre, eine Normologie.“

Auch die meiner Meinung nach überflüssige Aufnahme der *Grundnorm* von Edmund Husserl<sup>21</sup> ist für die *zweite* Etappe charakteristisch. Die vorausgesetzte Grundnorm mit ihrer Grundfunktion der vermeintlichen Überbauung des absoluten Gegensatzes zwischen dem Sollen der Norm und dem Sein (der Faktizität) des Rechts und mit ihren zwei weiteren Funktionen: mit der Einsetzung einer obersten rechtserzeugenden Autorität (als oberstes Delegationsprinzip soll sie die Geltung des Rechts begründen) und mit der Einsetzung eines Einheitsprinzips (sie soll die Garantie dafür enthalten, daß das auf solche Weise Erzeugte sinnvoll begriffen werden kann) bringt nur eine *Scheidlösung*.

In diese *zweite* Etappe fällt auch die *unglückliche* Behauptung von der „*Alogizität des Rechts*“<sup>22</sup>.

In seinem Vorwort zur *zweiten* Auflage der Hauptprobleme<sup>23</sup> stellt Kelsen fest, daß erst eine im Jahre 1912 in den Kantstudien erschienene Besprechung seiner „Hauptprobleme“, in denen dieses Werk als ein Versuch anerkannt wurde, die transzendente Methode auf die Rechtswissenschaft anzuwenden, ihn (sc. Kelsen) auf weitgehende Parallelen aufmerksam gemacht hatte, die zwischen

<sup>20</sup> F. Weyr, *Teorie práva* (Theorie des Rechts), 1936, S. 357f.

<sup>21</sup> E. Husserl, *Logische Untersuchungen* I, 3. Aufl., S. 45 ff.

<sup>22</sup> H. Kelsen, *Rechtswissenschaft und Recht, Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der „Rechtsdogmatik“*, 1922, S. 92; dazu siehe weiter Kap. V, 2.

<sup>23</sup> H. Kelsen, *l. c.*, S. XVII.

seinem Begriff des juristischen Willens und den *ihm bis dahin nicht bekannten Aufstellungen Cohens*<sup>24</sup> bestanden. „Nunmehr ergab sich mir als bewußte Konsequenz der *erkenntnistheoretischen Grundeinstellung Cohens, derzufolge die Erkenntnisrichtung den Erkenntnisgegenstand bestimmt, der Erkenntnisgegenstand aus einem Ursprung logisch erzeugt wird*, daß der Staat, sofern er Gegenstand juristischer Erkenntnis ist, nur *Recht* sein kann<sup>25</sup>, weil juristisch erkennen oder rechtlich begreifen nichts anderes bedeutet, als etwas als Recht begreifen.“

Also erst *im Jahr 1912* hatte Kelsen Kenntnis von der „*Spontaneität der Vernunft*“, dieser Grundidee der ganzen transzendentalen Philosophie, bekommen, nach welcher die Gegenstände des Denkens Schöpfungen des Denkens selbst sind, von der berühmten kopernikanischen Tat (d. h. die Dinge müssen sich nach unserer Erkenntnis richten<sup>26</sup>); die Seinssphäre wird in den Begriff der transzendentalen Logik überführt<sup>27</sup>. Der Gegenstand der Erkenntnis ist also erst das Endprodukt des gesamten Erkenntnisprozesses. Man kann daher — im Sinne der transzendentalen Philosophie — nicht sagen, daß das noetische Subjekt nur passiv ist (die sogenannte Rezeptivität der Vernunft), sondern das Subjekt ist schöpferisch im wahren Sinne des Wortes. Das ursprünglich unbekannte X wird erst im gesamten Erkenntnisprozeß bestimmt, und als Endphase dieses Erkenntnisprozesses erscheint der Gegenstand der Erkenntnis.

In der *zweiten Etappe relativiert sich* immer mehr der (absolute) Gegensatz zwischen *Sein* und *Sollen*. Typisch in dieser Richtung sind Kelsens Ausführungen in seinem Buch „Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus“ (1928). Zuerst als Anhänger der Lehre von der Gegensätzlichkeit des Seins und Sollens stellt er zwar fest<sup>28</sup>: „Der Umstand, daß das positive Recht eine Zwangsordnung, das Naturrecht aber eine zwangsfreie, anarchische Ordnung darstellt, läßt die Tatsache unberührt, daß beide — als Ordnungen — *Normensysteme* sind; und daß daher die Normen der einen wie der anderen nur durch ein *Sollen*

<sup>24</sup> Hervorhebung vom Autor.

<sup>25</sup> Hervorhebung vom Autor.

<sup>26</sup> I. Kant, Kritik der Reinen Vernunft, Vorrede zur 2. Ausg. (Hrsg.: Cassirer), Bd. III, S. 18, 615; V. Kubeš, Právní filosofie XX. století (Die Rechtsphilosophie des XX. Jahrhunderts), 1947, S. 33, 58, 77.

<sup>27</sup> E. Lask, Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre. Gesammelte Schriften, Bd. II, S. 28.

<sup>28</sup> H. Kelsen, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, S. 10.

ausgedrückt werden. Es ist nicht die Gesetzlichkeit des Müssens, die *Kausalität*, sondern die von ihr wesensverschiedene Gesetzlichkeit des Sollens, die *Normativität*, unter der das System des Naturrechtes ebenso wie das des positiven Rechtes steht.“

Sofort danach sagt er aber<sup>29</sup>: „Die Gesetzlichkeit des Sollens kann — wenn sie nicht nur als die Form des Naturrechtes, sondern auch als die des positiven Rechtes gelten soll — nur in einem durchaus relativen und formalen Sinne verstanden werden. Als *relativ* muß zunächst der Gegensatz von Sein und Sollen erkannt werden. Denn das positive Recht erscheint im Verhältnis zum Naturrecht als etwas Künstliches, d. h. als etwas durch einen empirischen, im Reiche des Seins, in der Sphäre des tatsächlichen Geschehens verlaufenden menschlichen Willensakt ‚gesetztes‘, als ein Sein also, als *Wirklichkeit*, dem das Naturrecht als *Wert* gegenübersteht; woraus sich ja die Möglichkeit eines wertvollen oder wertwidrigen positiven Rechtes ergibt. Andererseits ist das positive Recht, als Norm, von seinem eigenen, immanenten Standpunkt aus ein Sollen, ein Wert also, und tritt als solcher der Wirklichkeit des tatsächlichen Verhaltens der Menschen, dieses als rechtmäßig oder rechtswidrig wertend, gegenüber. Das *Problem* der Positivität des Rechts besteht gerade darin: daß dieses zugleich als Sollen und Sein erscheint, obgleich sich diese beiden Kategorien logisch ausschließen.“

Kelsen bemüht sich ohne Erfolg um die Lösung dieses Problems.

#### 4.

Die *dritte* Entwicklungsetappe Kelsens kann man vielleicht der Notwendigkeit der Anpassung an die *amerikanischen* Verhältnisse zuschreiben. Die Relativierung des Gegensatzes des Seins und des Sollens geht weiter. Die Form der Verknüpfung beider Tatbestände, die entweder im „ist“ oder im „soll“ besteht, erscheint rein formalistisch und letztlich ohne Bedeutung zu sein.

Trotzdem kann man vielleicht Kelsens Arbeiten aus dieser Zeit, namentlich sein Werk „General Theory of Law and State“ (1949) — sicher mit einem gewissen Zögern —, in die Reine Rechtslehre einreihen.

#### 5.

Die *vierte* Kelsensche Etappe, die ungefähr mit dem Jahr 1963 beginnt, geht aber schon so weit, daß sie im Vergleich mit den Grundthesen der Reinen Rechtslehre unvereinbar ist bzw. mit ihnen

<sup>29</sup> H. Kelsen, l. c., S. 10.

in absolutem Widerspruch steht. In den Arbeiten dieser Etappe<sup>30</sup> ist Kelsen zu Feststellungen gekommen, die zu den Grundlagen der Normativen Theorie im krassen Gegensatz stehen. So z. B., wenn er unter dem Einfluß von W. Dubislav<sup>31</sup> zu dem tragischen Schluß kommt, daß *eine Norm einen „Imperator“ voraussetzt*. Richtig sagt dazu Alfred Verdross<sup>32</sup>, daß damit Kelsen zu der nominalistischen Begründung des Rechts von W. Ockham (1290—1349) zurückkehrt.

Und das *letzte* Werk Kelsens bedeutet nichts anderes als nur den Gipfelpunkt und die Zusammenfassung dieser tragischen Entwicklung, die ihn ganz in die Nähe der *Uppsala-Schule* (Axel Hägerström, Lundstedt, Olivecrona, Ross) führt. Schon der erste Grundzug der Reinen Rechtslehre, d. h. die Anwendung der transzendentalen Methode, und noch mehr der *zweite* Grundzug dieser Lehre, d. h. die scharfe Zuspitzung des Dualismus von Sein und Sollen, mit den Begriffen der Pflicht (der Rechtspflicht), der Norm (der Rechtsnorm), des Pflichtsubjekts usw., und dann besonders die wichtigste Sendung dieser ganzen Schule, nämlich die Sendung, eine *konkrete juristische Logik* zu sein, sind gänzlich erschüttert.

### III. Grundthesen der Reinen Rechtslehre in der Auffassung der Brünner Rechtsschule aus dem Jahr 1947

#### 1.

Wie schon gesagt wurde und übrigens genügend bekannt ist, stellt die Brünner Schule der Reinen Rechtslehre, die sogenannte *Brünner Normative Rechtstheorie*, deren anerkannter Begründer und größte Persönlichkeit Franz Weyr war, den zweiten und — nachdem Kelsen Wien verlassen hatte — den ersten und vielleicht *einzigen* offiziellen Heimatort dieser ganzen Richtung dar.

Uns interessieren jetzt die Grundthesen der Schule der Reinen Rechtslehre, wie sie die *Brünner Normative Rechtstheorie* noch im Jahr 1947 begriff, obzwar auch hier — wie in jeder wirklichen wis-

<sup>30</sup> H. Kelsen, Norm und Logik, Forum 1965, S. 421, 495 ff.; Neues Forum 1967, S. 39 ff.; Neues Forum 1968, S. 333 ff.; *derselbe*, Derogation, in: Essays in Legal and Moral Philosophy, 1973, S. 260 ff.

<sup>31</sup> W. Dubislav, Zur Unbegründbarkeit der Forderungssätze, Teoria 3, 1937.

<sup>32</sup> A. Verdross, Two Arguments for an Empirical Foundation of Natural-Law Norms: An Examination of Johannes Messner's and Victor Kraft's Approaches, Syracuse Journal of International Law and Commerce, 1975, Vol. 3, No. 1, S. 151.

senschaftlichen Schule — manche Unterschiede feststellbar sind. Der Darlegung der Reinen Rechtslehre war damals (im Jahr 1947) § 7 des von Franz Weyr selbst gewissermaßen autorisierten Buches „Právní filosofie 20. století (kantismus, hegelianismus, fenomenologie a theorie myšlenkového řádu)“ — „Die Rechtsphilosophie des 20. Jahrhunderts (Kantianismus, Hegelianismus, Phänomenologie und die Theorie der Gedankenordnung)“ — von Vladimír Kubeš gewidmet<sup>33</sup>. Im folgenden werden wir die wesentlichen Ergebnisse dieser Untersuchung, also die Grundlagen der Reinen Rechtslehre in der Auffassung der Brünner Normativen Theorie, anführen.

Es wurde dargelegt, daß es um eine rechtsphilosophische (rechtstheoretische) Schule geht, die wahrscheinlich bis jetzt den größten Widerhall — einen günstigen und auch einen ungünstigen — in der ganzen Rechtsphilosophie hervorgerufen hat. Es wurde gezeigt, daß eine Fülle „normativ-theoretischer“ Gedanken schon früher ausgedrückt wurde, und zwar von dem tschechischen Rechtsphilosophen Franz Weyr in seinen Arbeiten „Příspěvky k teorii nucených svazků“ (1908) — „Beiträge zur Theorie der Zwangsverbände“ und „Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems“<sup>34</sup>.

## 2.

Dann folgen die weiteren Ausführungen: Die Normative Theorie geht wissentlich von der *kritischen (transzendentalen) Philosophie Kants* aus. Dabei aber kann man im Rahmen dieser Schule *zweierlei verschiedene Auffassungen* wahrnehmen, die allerdings eine ganze Reihe von Berührungspunkten aufweisen. Kelsen und durch ihn beeinflusste Schriftsteller fassen die kritische Methode Kants im Sinne der *neokantischen Marburgschen Richtung* auf, und Kelsen selbst stellt ausdrücklich fest, daß das Werk Hermann Cohens, des Begründers dieser Richtung, einen großen Einfluß auf ihn hatte<sup>35</sup>. Weyr und seine engste Schule dagegen sind mehr durch die *Schopenhauerische* Auffassung der kritischen Philosophie Immanuel Kants beeinflusst<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> V. Kubeš, l. c., 1947, S. 45—63.

<sup>34</sup> Veröffentlicht im Archiv des öffentlichen Rechts 23 (1908), S. 529 ff.

<sup>35</sup> H. Kelsen, Hauptprobleme, 2. Aufl., S. 7.

<sup>36</sup> F. Weyr bekennt sich in seiner „Teorie práva“ („Theorie des Rechts“) ausdrücklich zur Philosophie Schopenhauers und charakterisiert sehr treffend den Einfluß der Schopenhauerischen Philosophie auf seine normative Methode (S. 335 f.):

„Demgegenüber war meine Auffassung der normativen Methode — und dadurch auch die der Mehrheit anderer tschechischer Autoren — im

*Die Normative Theorie untersucht, in welcher Gestalt die apriorischen Prinzipien unserer (juristischen) Erkenntnis erscheinen, und prüft ihre Geltung und ihren Wert mit Rücksicht darauf, daß sie in der (rechtlichen) Erfahrung allgemein und notwendig angewandt werden können. Sie analysiert den Inhalt des (rechtlichen) Bewußtseins und findet in ihm einerseits formale Elemente, andererseits stoffliche Elemente. Die Normative Theorie will nur eine Theorie von diesen formalen Elementen sein; die „mathematisierende“ Tendenz erscheint schon in Kelsens „Hauptproblemen“, wo Kelsen seine Theorie für eine „Geometrie der totalen Rechtserscheinung“ erklärt<sup>37</sup>.*

Den Begriff des Rechts kann man nur durch die Analyse des Vorganges der Rechtswissenschaft gewinnen. Auch die Normative

Unterschied zu Kelsen sehr bedeutsam durch die Lehre Schopenhauers beeinflußt. Es geziemt sich, daß ich bei dieser Gelegenheit meine tiefe Dankbarkeit diesem Philosophen zum Ausdruck bringe, der neben Kelsen von allen Schriftstellern die größte Wirkung auf mich hatte. Seine meisterhafte Klarheit und der blendende Stil haben mir das Verständnis der tiefen Gedanken Kants erleichtert, welche in den dunklen und manchmal auch schwerfälligen Auslegungen des Weisen aus Königsberg sonst schwer zugänglich sind. Und die Grundsätze der Lebensweisheit Schopenhauers begleiten mich mein ganzes Leben lang. Besonders seine Stellungnahme zur Geschichte der Philosophie und seine Ansicht zur sekulären Ausnahmestellung der Philosophen, deren Lehre einen wirklichen Fortschritt im philosophischen Wissen im Unterschied zu den ephemeren Theorien bildet, die wie Moden kommen und gehen, sind auch meine Stellungnahme und Meinung geworden. Von diesem Standpunkt erscheint mir daher auch heute noch die Philosophie Kants als die neueste Lehre, die über eine Reihe von Jahrhunderten an die durch den Geist verwandten Lehren anknüpft, und das, was nach ihnen folgt, als eine im Wesen nur vorübergehende Erscheinung. Schopenhauer selbst war, wie bekannt, ein überzeugter und begeisterter Kantianer, wies aber den Dualismus der theoretischen und praktischen Vernunft ab und anerkannte nur jenen. Infolgedessen war er ein grundsätzlicher Monist. Trotzdem wurde seine Noetik zur Grundlage der Normativen Theorie, wie sie im tschechischen Schrifttum und besonders auch in der tschechischen wirtschaftlichen Schule (Engliš' teleologische Lehre) gepflegt wird. Vor allem war es sein noetisches Werk „Über die vierfache Wurzel des Satzes vom zureichenden Grunde“, von welchem die tschechische juristische Normologie und die wirtschaftliche Teleologie ausgehen. Auf dem Unterschiede zwischen diesen Wurzeln des Satzes vom zureichenden Grund wurde der Unterschied zwischen der naturwissenschaftlichen Erkenntnis auf der einen Seite und der normativen bzw. teleologischen Erkenntnis auf der anderen Seite aufgebaut!“

<sup>37</sup> H. Kelsen, Hauptprobleme, 1. Aufl., S. 93.

Theorie geht vom *Faktum der Rechtswissenschaft* aus und untersucht die Bedingungen der *Möglichkeit dieser Wissenschaft*. Die Normative Theorie geht von der Kantischen Überzeugung aus, daß uns „Dinge“ nicht gegeben sind, von welchen man gewisse und notwendige Erkenntnisse gewinnen kann, wie die griechische Noetik grundsätzlich meint, sondern daß das Ding an sich, also auch „*das Recht an sich*“, *unerkenntbar* ist. Auch bei Kelsen erscheint — allerdings in Cohens Zuspitzung — die bekannte Stelle Kants: „Kritik der reinen Vernunft“<sup>38</sup>, wo Kant vom Gegenstand der Erkenntnis spricht und durch seine bekannte Kopernikanische Tat ganz anders das Verhältnis der Erkenntnis und des Gegenstandes der Erkenntnis begründet und wo *der Gegenstand der Erkenntnis als die Endphase des Erkenntnisprozesses* erscheint. *Es ist die Methode der Erkenntnis, die erst einen gewissen Gegenstand schafft, d. h. sie schafft ihn im logischen Sinn (der logische Idealismus). Die Kantsche Entdeckung und Begründung, daß die Gegenstände des Denkens in diesem Sinne Kreationen des Denkens selbst sind, diese „Spontaneität der Vernunft“, der tiefste Gedanke der kritischen Philosophie, durch welche jene „Revolution der Art des Denkens“, Kants Kopernikanische Tat, gegeben ist, beherrscht vollkommen auch die Theorie der Erkenntnis des Rechts bei Kelsen*<sup>39</sup>. Die schöpferische Tätigkeit des Intellekts triumphiert.

### 3.

Die Normative Theorie ist von Kants bekanntem *Dualismus der Natur und der Sittlichkeit, des Seins und des Sollens* ausgegangen und hat zur Grundlage ihrer ganzen Lehre Kants bekannten Satz genommen, *daß das Sollen eine Art von Notwendigkeit und Verknüpfung ausdrückt, die in der ganzen Natur sonst nicht vorkommt*<sup>40</sup>. Unter teilweisem Einfluß Herbarts<sup>41</sup> betont Kelsen den Dualismus von Sein und Sollen sehr scharf. Bei ihm handelt es sich

<sup>38</sup> I. Kant, Kritik der Reinen Vernunft (Hrsg.: E. Cassirer), S. 615 f.

<sup>39</sup> Siehe aber auch Weyr: „Zu behaupten, daß das Erkennen des Subjekts (allgemein Wissenschaft) durch seine Funktion erst die Normen schafft, bedeutet, ... das Verlassen der grundsätzlichen noetischen Position, die vom Gegensatz ausgeht: das (erkennende) Subjekt und das (erkannte) Objekt“, *Teorie práva* (Theorie des Rechts), S. 31.

<sup>40</sup> I. Kant, Kritik der Reinen Vernunft (Hrsg.: E. Cassirer), S. 383.

<sup>41</sup> Vgl. H. Kelsen, *Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft*, Schmollers Jahrbuch 1916, S. 95 f.; *derselbe*, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, S. 81; *derselbe*, *Reine Rechtslehre*, 1934, S. 20 f.; W. Ebenstein, *Die rechtsphilosophische Schule der Reinen Rechtslehre*, 1938, S. 17 f.

um den Dualismus der *Realität* und der *Idealität*, um zwei vollkommen verschiedene *Reiche*, um das Reich der *Existenz* und das Reich der *Geltung*, zwischen welchen eine unüberbrückbare Kluft besteht. Die rechtlichen Grundbegriffe, wie z. B. den Begriff der *Pflicht*, den Begriff der *Norm* usw., kann man überhaupt nicht unter dem kausalen Aspekt, sondern nur unter dem normativen Aspekt denken. Dem entspricht auch die Trennung der *Wissenschaften* in die *kausalen* und in die *normativen* Wissenschaften. Kelsen und seine Schule wollen die kritische Philosophie Kants in der Richtung weiter aufbauen, daß er die *noetischen und logischen Grundlagen der normativen Wissenschaften* untersuchen und klarlegen will, und er geht dabei von der Ansicht aus, daß Kant diese Arbeit nur auf dem Gebiet der *Naturwissenschaften* durchführte.

Wenn man in der Normativen Theorie von zwei „*Reichen*“ spricht, fällt man dadurch keinesfalls — wie es scheinen könnte — in irgendeinen ontologischen Dualismus im alten Sinn. Hier geht es vor allem um einen *bildlichen* Ausdruck für eine Bezeichnung des noetischen Dualismus. Und weiter geht es dabei noch um etwas anderes, was *tiefer* verborgen ist. Durch diesen Ausdruck — bei der Mehrheit der normativen Theoretiker vielleicht unbewußt — soll der *Kern der Kopernikanischen Tat* Immanuel Kants ausgedrückt werden. Der Gegenstand der Erkenntnis formt sich — wie wir gesehen haben — erst durch die Tätigkeit bzw. durch die entscheidende Mittätigkeit gewisser Erkenntnisformen, und zwar entweder der dem kausalen Erkennen adäquaten Formen oder der dem normativen (bzw. teleologischen) Erkennen adäquaten Form. Durch diese Tätigkeit werden die Gegenstände und ihr Inbegriff, das ist das ganze Reich, erst geschaffen. Im Begriff des Gegenstandes (des Reiches) ist daher nur ausgedrückt, daß es sich wirklich um verschiedene Gegenstände (Reiche) des Erkennens handelt, und zwar je nachdem, ob wir für die Bearbeitung des Stoffes die Formen dieser oder jener Erkenntnis (kausaler, normativer bzw. teleologischer) benutzen.

So begreifen wir, daß Kelsen als Gegenstand der Rechtswissenschaft das Recht als ein *System von Urteilen über das Recht* erscheint, ähnlich wie die Natur als Gegenstand der Naturwissenschaft ein System von Urteilen über die Natur ist<sup>42</sup>.

Unter dem Einfluß der epochalen, neokantisch orientierten Arbeit von Cassirer „*Substanzbegriff und Funktionsbegriff*“ (1910) bemüht sich auch Kelsen um die *Auflösung des ontologischen Be-*

<sup>42</sup> H. Kelsen, *Rechtswissenschaft und Recht*, Zeitschrift für öffentliches Recht, 3. Bd., 1922, S. 182.

*griffs der Sache in Relationen*; so z. B. zerlegt er die *Rechtsnorm* in eine Relation des bedingenden und des bedingten Tatbestandes in dem hypothetischen Urteil der Form „Wenn A soll B sein“ oder den Staat in den juristischen Zurechnungspunkt<sup>43</sup>.

Auch die *Philosophie von Vaihinger*<sup>44</sup> hatte auf Kelsen einen gewissen Einfluß<sup>45</sup>. Nach Vaihinger besteht alle menschliche Erkenntnis in bloßen Fiktionen, und zwar ohne Unterschied, ob es sich um ein Gebiet einer Einzelwissenschaft oder um das Gebiet der Religion und Metaphysik überhaupt handelt. Die Wissenschaft ist nicht fähig, uns eine objektive Erkenntnis über die Wirklichkeit zu geben. Uns muß es sich aber wenigstens darum handeln, daß die Fiktionen vom Standpunkt des Zwecks, am meisten das Leben zu unterstützen, konstruiert werden. Kelsen sah im Kampf gegen die rechtstheoretischen Fiktionen eine der Hauptaufgaben, und es gelang ihm auch, manche Hypostasen, Personifikationen usw. zu entdecken.

Der kritischen Philosophie, besonders in *schopenhauerischer* Zuspitzung, entspringt auch die genaue Unterscheidung der Sphäre der *Erkenntnis* (der kognitiven Funktion) und der Sphäre des *Willens* (der volitiven Funktion). „Wissenschaft ist nie Wollenschaft“ — „Wissenschaft ist stets nur Intellektualität“<sup>46</sup>. Die Wissenschaft soll sich streng und genau nur auf das Erkennen begrenzen; das ist gerade das Wesen der *Wissenschaft* (der Theorie). Deshalb will die Reine Rechtslehre ausschließlich die *Theorie*, und zwar des *positiven Rechts*, sein bzw. — bei der normativ-phänomenologischen Richtung — des *möglichen Rechts*. Für Kelsen, ebenso wie für Weyr, sind die starke Betonung des *Positivismus* und die Abneigung gegen jedwede Metaphysik gemeinsam. In diesem Punkt ist viel Gemeinsames mit der *neopositivistischen* Bewegung, die besonders durch Moritz Schlick, Rudolf Carnap und Ludwig Wittgenstein re-

<sup>43</sup> Vgl. W. Ebenstein, l. c., S. 36 ff. Es handelt sich um das Problem: Substantialismus — Funktionalismus (Marck, Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie, 1925, S. 1).

<sup>44</sup> H. Vaihinger, *Die Philosophie des Als-Ob*, 5. und 6. Ausg., 1920.

<sup>45</sup> H. Kelsen, *Zur Theorie der juristischen Fiktionen mit Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob*, *Annalen der Philosophie*, Bd. I, 1919, S. 630 ff.; *derselbe*, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2. Aufl., 1923, S. XVII; *derselbe*, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, S. IV; F. Weyr, *Bemerkungen zu Hans Vaihingers Theorie der juristischen Fiktionen*, *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht*, 1917, S. 1 ff.

<sup>46</sup> H. Kelsen, *Die Rechtswissenschaft als Norm- und Kulturwissenschaft*, l. c., S. 97; *derselbe*, *Reine Rechtslehre*, S. 16 f.; F. Weyr, *Teorie práva* (Theorie des Rechts), S. 27 f.

präsentiert war. Ein charakteristischer Zug der Normativen Theorie ist die scharfe *antiideologische Tendenz*. Aus diesem Grunde ist die Normative Theorie stark gegen alle Richtungen der naturrechtlichen Doktrin eingestellt. Hierher gehört der *Relativismus* der Normativen Theorie, der für sie bedeutet, daß irgendeine absolut geltende Norm überhaupt undenkbar ist. „Eine Reihe vornehmer Grundsätze, unter ihnen an erster Stelle den Grundsatz einer absoluten, ohne Bedingungen und Voraussetzungen geltenden Gerechtigkeit, kann sie [sc. die Normative Theorie] infolge ihres grundsätzlich relativistischen Standpunktes nicht anerkennen, in ihr Gegensätze oder Tautologien erblickend.“<sup>47</sup> Das bedeutet aber nicht, daß keiner von den normativen Theoretikern seine eigene Weltanschauung und seine eigene moralische Überzeugung haben könnte. Das bedeutet nur so viel, daß man eine solche Weltanschauung nicht restlos wissenschaftlich begründen kann und daß alle Versuche um eine solche Begründung letzten Endes mit Mißerfolg enden müssen. Daß der relativistische Zutritt mit einer hohen moralischen Veranlagung dieses oder jenes Relativisten vereinbar ist, davon gibt uns ein genügendes Zeugnis die moralische Höhe solcher Persönlichkeiten, wie sie unbestritten Weyr, Sedlaček, Engliš, Kelsen, Merkl, Verdross und von den nichtnormativen Theoretikern, die aber auch die relativistische Anschauung teilen, Max Weber und Gustav Radbruch sind. Weyr bemerkt dazu<sup>48</sup>: „Die angeborene Sehnsucht der menschlichen Natur nach dem Absoluten und nach den absoluten Erkenntnissen einerseits und zugleich die klare Erkenntnis der engen Grenzen, die dem menschlichen Intellekt gesetzt sind, haben etwas Tragisches in sich. Ich bin überzeugt, daß nur die wenigsten Leser dieses Buches sich mehr der Tragik bewußt sein werden, die in der klaren Überzeugung besteht, daß jene Grenze, welche jedwede wissenschaftliche Erkenntnis des absoluten Guten, des absoluten Rechtes und der absoluten Gerechtigkeit unmöglich macht, unüberschreitbar ist, als der Autor selbst. Diese Tragik bedrückt ihn viel mehr als die Unpopularität seiner Lehre.“

Auch dieser *Relativismus* beruht bis zu einem gewissen Grad auf Kants Philosophie, denn der Kritizismus macht aus der Erkenntnis einen ewigen, nie abgeschlossenen Prozeß, verlegt die Wahrheit ins Unendliche und erklärt sie im Wesen für ebenso unerreikbaar, wie das der Skeptizismus tut<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> F. Weyr, l. c., S. 18.

<sup>48</sup> F. Weyr, l. c., S. 20.

<sup>49</sup> H. Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl., 1929, S. 119; W. Ebenstein, l. c., S. 45.

Auch durch die Betonung des Erfordernisses der *Reinheit der Methode* in der Rechtswissenschaft („Die *Reine Rechtslehre*“) bewegt sich die Normative Theorie ganz im Geiste der Kantischen Philosophie. Durch das Erfordernis der Reinheit will die Normative Theorie die nur auf das Recht gezielte Erkenntnis sichern und will von der Erkenntnis alles ausschließen, was nicht zum exakt als Recht bezeichneten Gegenstand gehört<sup>50</sup>. Das bedeutet, daß sie die Rechtswissenschaft von allen ihr fremden Elementen befreien will; das ist ihr *methodisches Grundprinzip*.

## 4.

Für Kelsen und die ganze *Normative Schule* — wie ich damals zeigen wollte — war das Hauptproblem, zwei scheinbar gegensätzliche Tendenzen in ein Ganzes zu vereinigen:

1. die Tendenz, das Recht als Ausdruck eines Sollens im Unterschied vom Sein zu begreifen, wodurch der Rechtswissenschaft ihr normativer Charakter garantiert werden sollte, und zwar gegen die Bemühungen, die Rechtswissenschaft unter dem kausalen Aspekt zu begreifen (die *antisozioologische* Tendenz);

2. die Tendenz gegen jedes Naturrecht; daher das Bemühen der Normativen Schule, von den rechtlichen Auslegungen alle Elemente auszuschließen und sich ausschließlich auf das Erkennen des positiven Materials zu beschränken, wodurch die Normative Theorie Berührungspunkte mit dem Positivismus fand (die *positivistische* Tendenz). Das gelang Kelsen durch die Konstruktion der *Grundnorm*<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 1.

<sup>51</sup> Heute vertrete ich *nicht* mehr die Auffassung, daß die *Grundnorm* die Krone des ganzen Rechtssystems ist und daß sie die wichtigste Entdeckung der Rechtstheorie oder der Rechtsphilosophie ist. Gewiß kann man die Grundnorm als eine vorläufige Beendigung des stufenförmigen Aufbaues der rechtlichen Ordnung überhaupt, des positiven Rechts überhaupt, als ein *Hilfsmittel* begreifen und mit diesem auch weiter operieren. Keinesfalls bedeutet aber die Grundnorm das überhaupt letzte, was man in der Rechtsphilosophie vom Recht sagen kann. Es ist nämlich unbedingt notwendig, das ganze positive Recht, alle Staatsrechtsordnungen mit den einzelnen Stufen des Völkerrechts an der Spitze, diese großartige Pyramide der Rechtsordnung der Welt — vielleicht auch mit der Grundnorm an der Spitze — noch in etwas anderem, Tieferem zu verankern. Und zwar muß man die ganze positive Rechtsordnung, den ganzen *objektivierten* Rechtsgeist im *objektiven* Rechtsgeist, wozu auch die *rechtliche Weltanschauung*

Mit Hilfe dieser Grundnorm will die Normative Theorie das Problem der Rechtsnorm selbst, das Problem der Definition des Rechts und auch das Problem der rechtlichen Geltung lösen. Ebenso ergibt sich eine ganze Reihe weiterer wichtiger Erkenntnisse aus dieser Grundnorm<sup>52</sup>.

Die Lösung des Problems der Rechtsnorm<sup>53</sup> selbst und des Problems der rechtlichen Geltung ergibt sich aus der Formulierung der *wissenschaftlichen Voraussetzung*. Die wissenschaftliche Voraussetzung bedeutet so viel, daß wir — Juristen — uns sagen (und uns um eine Vereinbarung bemühen), was alles wir „*Recht*“ nennen wollen, was wir unter der Geltung verstehen wollen; dann bilden wir ein ganzes Arsenal von Begriffen, damit wir uns des empirischen Materials bemächtigen können. Diese Voraussetzung muß man am zweckmäßigsten wählen, d. h. damit sie am besten den eingelebten Vorstellungen vom Recht, von der rechtlichen Geltung usw. entspricht. Eine gewisse Rolle spielt hier der gedanklich-ökonomische Standpunkt von Mach, der übrigens Vaihingers „Pragmatismus“ nahesteht; dieser Standpunkt, der auch Kelsen beeinflusste, drückt so viel aus, daß die Aufgabe der Wissenschaft nicht in dem Ziel besteht, die objektive Wahrheit, welche nur ein Abbild des Seins wäre, festzustellen, sondern die zweckmäßigste und zur Orientation des Menschen im Leben die passendste, kurz gesagt die ökonomischste Erklärung der Wirklichkeit zu geben<sup>54</sup>. Kelsen wendet dann dieses Prinzip auf das *normative* Feld an. Dieses Prinzip wird zum Prinzip „der erkenntnismäßigen Erzielung eines Wertmaximums“<sup>55</sup>.

Diese wissenschaftliche Voraussetzung begreift die Normative Theorie in der Form der Norm, der *höchsten* Norm oder der *Grundnorm*. Kelsens „*Grundnorm*“<sup>56</sup> oder Sedláčeks „*Grundnorm*“

mit der *realen Idee des Rechts* gehört, und letztlich in der *idealen Norm-idee des Rechts*, in dieser dialektischen Synthese der Gedanken der Gerechtigkeit, der Freiheit des konkreten Menschen, der Sicherheit und der Zweckmäßigkeit verankern und damit auch begründen.

<sup>52</sup> Z. f. V. Kubeš, Nemožnost plnění a právní norma (Die Unmöglichkeit der Leistung und die Rechtsnorm), 1938, S. 218—228.

<sup>53</sup> V. Kubeš, Nemožnost plnění a právní norma (Die Unmöglichkeit der Leistung und die Rechtsnorm), S. 218 ff.; *derselbe*, Právní filosofie XX. století (Die Rechtsphilosophie des XX. Jahrhunderts), S. 50 ff.

<sup>54</sup> Jöckel, Hans Kelsens rechtstheoretische Methode, S. 5 f.

<sup>55</sup> H. Kelsen, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 1920, S. 99; Jöckel, l. c., S. 3.

<sup>56</sup> H. Kelsen, Reine Rechtslehre, 1934, S. 62 ff., 66 f.

(„höchste Norm“)<sup>57</sup> ist nichts anderes als eine wissenschaftliche Voraussetzung (Hypothese). Um das Recht als solches überhaupt denken zu können, um mit Recht als solchem überhaupt arbeiten zu können, müssen wir die Voraussetzung schaffen, daß wir dieses Etwas als etwas rechtlich verbindliches, als Recht, als Rechtsordnung betrachten werden.

Die verschiedensten rechtsphilosophischen Richtungen behelfen sich, wenn sie eine Definition des Rechts und eine Definition der rechtlichen Geltung geben wollen, mit verschiedensten Fiktionen. Die normative Theorie hat in dieser Richtung nichts anderes getan, als daß sie eine unwissenschaftliche Fiktion durch eine wissenschaftliche Voraussetzung ersetzte, daß sie die *Metaphysik* durch die *Wissenschaft* ersetzte.

Wie man sehen kann, weist das, was wir „*Recht*“ nennen, in der wissenschaftlichen, von der Normativen Theorie gewählten Voraussetzung folgende *Merkmale* auf:

a) Vor allem ist es ein Inbegriff (ein System) von *Normen*. Schon oben wurde begründet, aus welchem Grund die Normative Theorie das „*Recht*“ unter dem Blickfeld der Normativität ansieht. In der Ebene des *kausalen* Aspektes kann man sich die rechtlichen Grundbegriffe überhaupt nicht denken.

b) Das Recht ist ein *Inbegriff* (ein System) von Normen. Kein Chaos also, sondern eine Einheit, ein Inbegriff, ein System. Das bedeutet, daß man in diesem System keinen logischen Widerspruch denken und dulden kann; hier kann nicht gleichzeitig eine Norm: es soll A sein, und eine Norm: es soll von A sein, gelten. Die Grundnorm in der von uns gewählten wissenschaftlichen Voraussetzung weist sich durch einen Inhalt aus, daß sie in sich eine Garantie einschließt, daß alles, was durch die normschaffenden „*Organe*“ erzeugt werden wird, einen Sinn geben wird („daß das auf solche Weise Erzeugte sinnvoll begriffen werden kann“)<sup>58</sup>.

c) Das, was eben sub b) gesagt wurde, soll auch das weitere Merkmal garantieren: die *Ableitbarkeit* von der vorausgesetzten (hypothetischen) Grundnorm.

d) Das *Festgestelltsein* durch besondere Organe; also kein „im Inneren“ des Menschen nur gedachtes Natur-„*Recht*“, sondern das, was wir *Recht* nennen wollen, muß durch besondere Organe fest-

<sup>57</sup> J. Sedláček, *Občanské právo československé. Všeobecné nauky* (Tschechoslowakisches bürgerliches Recht. Allgemeine Lehren), S. 12 ff.

<sup>58</sup> H. Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, S. 25.

gesetzt werden. Unter dieser Voraussetzung erscheint uns der Begriff „des Naturrechts“ selbst als ein *contradictio in adiecto*. Denn wenn die vorausgesetzte Grundnorm als eines von den Hauptmerkmalen des Rechts sein „Festgestelltsein“ proklamiert, dann negiere ich mit dem Wort „natürliches“ diesen Begriff selbst, und der Begriff „Naturrecht“ ist dann kein Begriff, sondern Unsinn, d. h. ein „Begriff“ (brachylogisch gesagt), der an einem inneren Widerspruch leidet. Aus diesem Grunde begehen wir dann, wenn wir „positives Recht“ sagen und wenn wir mit dem Wort „positives“ ein solches Recht verstehen, das durch gewisse Organe festgesetzt ist (und gewisse Faktizität aufweist), einen Pleonasmus<sup>59</sup>.

e) Die gewählte Voraussetzung bezeichnet als Recht nur einen solchen Begriff von Normen, welcher mit *besonderem organisiertem Zwang (Exekution und Strafe) ausgestattet ist*. Die Exequierbarkeit wird in der hypothetischen Grundnorm als ein charakteristisches Merkmal des *Rechts, als eines Ganzen* betrachtet. Die Eigenschaft der *einzelnen* Norm als einer Rechtsnorm und ihre Unterscheidung von Normen anderer Normenkomplexe ist freilich nicht durch den Umstand bestimmt, daß eine einzelne Norm mit dieser typischen Exequierbarkeit ausgestattet ist, sondern es wird die Eigenschaft der einzelnen Norm als Rechtsnorm durch ihre Einreihung in das System der Normen der Rechtsordnung bestimmt.

f) Unsere Voraussetzung bezeichnet als Recht schließlich nur einen solchen Inbegriff von Normen, der als ein Ganzes eine *gewisse Faktizität* in der betreffenden Zeit aufweist. Hier befindet man sich bei einem der wichtigsten und bedeutendsten Merkmale des Rechts. Die ausgewählte Voraussetzung, welche sub specie der größten Zweckmäßigkeit und im Einklang mit der Empirie gewählt ist, bezeichnet als Recht nur einen solche Inbegriff von Normen, der als ein Ganzes bis zu einem gewissen Maß Faktizität aufweist. Am besten führt dieses Merkmal des Rechts Kelsen<sup>60</sup> aus. Und von neuem muß man streng zwischen dem Recht als einem *Ganzen* und der *einzelnen* Rechtsnorm unterscheiden. Das Merkmal der Faktizität gilt nur, wenn es sich um das *Recht als ein Ganzes*, nicht wenn es sich um eine einzelne Rechtsnorm handelt.

Ad 2. Die Funktion der *Geltung* des Rechts, die auch in der Grundnorm enthalten ist, ist die Kehrseite der Definition des Rechts. Unsere Voraussetzung bezeichnet als gültig ein Recht — wobei

<sup>59</sup> Vgl. V. Kubeš, *Smlouvy proti dobrým mravům* (Verträge gegen die guten Sitten), S. 42 ff.

<sup>60</sup> H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1934, S. 68 f.

man an das Recht als ein *Ganzes* denkt — nur denjenigen Inbegriff von Normen, der mit speziellem organisiertem Zwang (mit der Exekution und der Strafe) ausgestattet ist, für welchen als für ein Ganzes eine gewisse Faktizität charakteristisch ist, wobei die Normen durch besondere Organe gesetzt und aus der hypothetischen Grundnorm ableitbar sind.

Die Geltung des Rechts ist daher eine *Sache der wissenschaftlichen Voraussetzung*. Eine Antwort auf die Frage nach der Geltung des Rechts ist die Bestimmung der Voraussetzung, die Feststellung des Inhaltes der vorausgesetzten Grundnorm. Als gültig wird nur eine solche Rechtsordnung betrachtet, welche alle oben angeführten Merkmale enthält. In diesem Sinne ist das Wort „Geltung“ gedacht.

Man muß aber grundlegend zwischen der *Geltung des Rechts* als einem Inbegriff von Rechtsnormen in der Funktion eines *Ganzen* und der Geltung einer *einzelnen* Rechtsnorm unterscheiden. Die Geltung des Rechts als eines *Ganzen* ist infolge der Voraussetzung der Grundnorm besonders durch ihre *Exequierbarkeit und Faktizität im Durchschnitt* charakterisiert. Nur eine solche Rechtsordnung ist gültig, die eine Exequierbarkeit und Faktizität im Durchschnitt aufweist. Dagegen ist eine *einzelne* Rechtsnorm nur gültig, wenn man sie logisch in *ein System der Rechtsordnung einreihen kann*. Wir operieren also mit *zwei Begriffen der Geltung*: mit der Geltung der Rechtsordnung als eines *Ganzen* und der Geltung einer *einzelnen* Rechtsnorm. Diese Erkenntnis ist von grundlegender Bedeutung. Eine einzelne Rechtsnorm, die nicht exequierbar ist und die in der Wirklichkeit sich nicht durchsetzen kann, die nicht Faktizität aufweist, nicht verwirklichbar ist, kann eine gültige Rechtsnorm sein, wenn sie in den hierarchischen Stufenbau der Rechtsordnung einreihbar ist. Die Rechtsordnung dagegen, die als ein Ganzes nicht exequierbar ist, nicht eine gewisse Faktizität, eine gewisse Verwirklichbarkeit in der realen Welt aufweist, ist keine Rechtsordnung, keine geltende Rechtsordnung. In dem logischen Prozeß wird die Geltung der niederen Norm mit Hinweis auf die höhere Norm begründet, bis wir von den Staatsrechtsordnungen zum Völkerrecht gelangen. *Wie kann man aber die Verbindlichkeit der höchsten Norm von den gesetzten Normen begründen, wie kann man einem Faktum die Qualität der Norm verleihen? Nur mit Hilfe der Voraussetzung der Grundnorm.*

Ad 3. Die vorausgesetzte Grundnorm hat letztlich die Funktion, daß sie logisch den *hierarchischen Gesamtbau der Rechtsordnung schließt*. In der empirischen Rechtsordnung über die Entscheidung und Rechtsgeschäfte, über gewöhnliche Gesetze und Verfassungsgesetze, über die Normen des Völkerrechts kommen wir zur logi-

schen Schließung dieser empirischen Kette — zur vorausgesetzten höchsten Norm oder Grundnorm, welche in diesem Sinne Verdross die Krone des Rechtssystems nennt.

Die Frage, ob die vorausgesetzte Grundnorm direkt über der staatlichen Rechtsordnung oder erst über dem Völkerrecht, welches den einzelnen staatlichen Rechtsordnungen übergeordnet ist, stehen soll, diese Frage, welche in der Normativen Theorie selbst strittig ist<sup>61</sup>, muß unter dem Aspekt der *Zweckmäßigkeit* gelöst werden, da man logisch die vorausgesetzte Norm wie über die staatliche Rechtsordnung so auch über das Völkerrecht stellen kann, wobei man das Erfordernis der Faktizität der einzelnen innerstaatlichen Rechtsordnungen, welches grundsätzlich erst in der vorausgesetzten Grundnorm enthalten ist, schon als eine Regel des Völkerrechts begreifen kann. Unter dem Aspekt der Zweckmäßigkeit entscheiden wir uns dann sicher *für das Primat des Völkerrechts*.

Diese vorausgesetzte Grundnorm selbst ist *kein* Bestandteil der Rechtsordnung, sondern nur eine *Voraussetzung*, die uns erst erlaubt, das, was wir Recht nennen, als Recht zu begreifen<sup>62</sup>, und in ihr ist die Definition des Rechts enthalten. Nur interessehalber kann man bemerken, daß diese Bedeutung der Grundnorm — allerdings für ein anderes Gebiet — schon Edmund Husserl in seinen „Logischen Untersuchungen“ erkannt hatte<sup>63</sup>.

## 5.

Dann folgten die Ausführungen über den Begriff der *einzelnen Rechtsnorm*. Was diesen Begriff betrifft, kann man beim Studium der führenden normativtheoretischen Schriften sich nicht des Eindrucks erwehren, daß in der Normativen Theorie selbst nicht scharf genug besonders die *zweifache Bedeutung* der *Norm* unterschieden wird. Bei näherer Untersuchung finden wir nämlich, daß man unter der Norm *einerseits* jene besondere Erkenntnisform versteht, die normative Form, welche Erkenntnisform dann auf die Wirklichkeit des Rechts appliziert wird, in welche sich also diese Wirklichkeit

<sup>61</sup> Vgl. besonders die interessante Abhandlung von Budník: Verdrossova konstrukce mezinárodního práva (Verdrosssche Konstruktion des Völkerrechts), Časopis pro právní a státní vědu, 1935, S. 207f., 311f.

<sup>62</sup> So Kelsen, Grundlagen, S. 25; vgl. aber auch Sedláček, Normologický obsah občanského zákoníku (Der normologische Inhalt des bürgerlichen Gesetzbuches), Vědecká ročenka VII, S. 123, und V. Kubeš, Smlouvy proti dobrým mravům (Verträge gegen die guten Sitten), 1933, S. 41f.

<sup>63</sup> E. Husserl, Logische Untersuchungen, I, 3. Aufl., S. 45f.

einzwängt und dadurch auf eine von dem kausalen Gesetz verschiedene Weise bearbeitet wird — *andererseits* wird unter der Norm der „Stoff“ (das Material), welcher (welches) in diese normative Form schon eingearbeitet ist, verstanden. Darauf habe ich schon in meinem Vortrag „Norma v právní vědě“ („Die Norm in der Rechtswissenschaft“) hingewiesen<sup>64</sup>. Auf dieses Problem ist auch Emil Svoboda in seiner Rezension von Weyrs „Teorie práva“ („Theorie des Rechts“) gestoßen<sup>65</sup>. Die Ausführungen von Svoboda verdienen wörtlich angeführt zu werden: „... reine Formen des geometrischen Denkens sind nicht identisch mit dem, was wir als die Welt unserer Vorstellungen kennen, weil ihnen die Materie fehlt. Von diesem Standpunkt aus würde die Norm eine reine Form sein, die a priori gegeben ist und das normative Denken als Hypothese (Voraussetzung) bedingt, aus der alles hervorgeht, welche aber schon vom Nichts abgeleitet werden kann — ähnlich wie die Formen des Raumes und der Zeit. Eine solche von allem materiellem Inhalt gereinigte Form des menschlichen Erkennens kann selbstverständlich Gegenstand unseres Beurteilens nur im Gebiet principii rationis sufficientis *cognoscendi* sein. Das Objekt der Erkenntnis spiegelt sich da in der unbeweglichen Oberfläche des erkennenden Subjekts — alle Willensbewegungen (Affekte) sind zur Ruhe gebracht, und aus der volitiven Komponente des Geistes bleibt ein einziges Residuum übrig: *der Wille nach Erkenntnis*. Sobald wir die Norm mit materiellem Inhalt füllen, geht sie in die Welt der Vorstellungen über. Und das erste, was hier geschehen muß, ist das Herunterreißen der Welt der Vorstellungen von der unbeweglichen Ruhe des statischen Anschauens in den Strom der Bewegung und Entwicklung. Der *dynamische* Standpunkt besagt sicher: Nichts ist, alles geschieht. An die Stelle des Seins tritt das Schaffen. Zur Norm wird der Normschöpfer hypostasiert. „Principium rationis sufficientis *fiendi*.“

Die Rechtspflicht ist grundsätzlich nichts anderes als eine typische, für die Rechtsnorm rein formale Verknüpfung beider Tatbestände, die Rechtspflicht ist — wie Kelsen feststellt<sup>66</sup> — nur die Rechts-

<sup>64</sup> V. Kubeš, Norma v právní vědě (Die Norm in der Rechtswissenschaft), Sociologická Revue VII (1936), S. 182; vgl. allerdings auch Weyr, Teorie práva (Theorie des Rechts), 1936, S. 79; dazu J. Kallab, Několik poznámek k Weyrovu spisu „Teorie práva“ (Einige Bemerkungen zu Weyrs Schrift „Theorie des Rechts“), Časopis pro právní a státní vědu, 1937, S. 261.

<sup>65</sup> E. Svoboda, F. Weyr, Teorie práva (Theorie des Rechts), Naše věda XVIII, Nr. 4-5, Sonderabdruck, S. 2.

<sup>66</sup> Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 47.

norm in ihrem Verhältnis zu dem konkreten, von ihr festgesetzten Handeln eines gewissen Individuums.

Die *Rechtsnorm* erscheint dann Kelsen als ein besonderes Werturteil mit der typischen *Pflichtbindung* und gewöhnlich mit der Struktur: Wenn *A* ist, so soll *B* sein. Die Normative Theorie stellt sich das *Recht* als ein System von hierarchisch eingeordneten Normen vor, welche durch den Gedanken der *Dynamik* beherrscht sind, wodurch man allerdings — wenn wir in der normologischen Denkweise des Denkens bleiben wollen — nur die logische Unterordnung der niederen Norm in den Rahmen der höheren Norm und dadurch in die Rechtsordnung überhaupt vornimmt<sup>67</sup>. Das Recht als ein Inbegriff (ein System) der Rechtsnormen muß immer und um jeden Preis *logisch* wenigstens *zwei* Schichten von Rechtsnormen aufweisen, und zwar die eine *delegierende* Norm und in deren Rahmen die Möglichkeit der Schaffung der *delegierten* Normen. In der *Möglichkeit der Applikation*, besser gesagt in der Applikation selbst, besteht eine charakteristische Eigenschaft des Rechts<sup>68</sup>. Das *empirische* Erkennen einzelner Rechtsordnungen zeigt uns, daß es in der Regel *mehrere* dieser Schichten gibt.

Die Normative Theorie betrachtet so auch den *Vertrag* oder ein anderes Rechtsgeschäft und ebenso die *Entscheidung* (das Urteil oder den Beschluß) als eine Rechtsnorm; es handelt sich um sogenannte *konkrete* Rechtsnormen. Die konkrete Rechtsnorm<sup>69</sup> zeigt aber, zum Unterschied von abstrakten Normen, eine gewisse Besonderheit. Der Inhalt der konkreten Norm ist genau individualisiert und weist keine Delegation auf<sup>70</sup>. Jede niedere und daher auch die konkrete Norm enthält im Verhältnis zur korrespondierenden höheren Norm „*aliquid novi*“<sup>71</sup>.

<sup>67</sup> Vgl. V. Chytil, Soubornost právního řádu (Die Einheitlichkeit der Rechtsordnung), Právny obzor XV (1932), S. 407 ff.

<sup>68</sup> Vgl. V. Kubeš, Smlouvy proti dobrým mravům (Verträge gegen die guten Sitten), S. 44 ff.

<sup>69</sup> Siehe besonders F. Weyr, Studie k pojmu exekuce (Eine Studie zum Begriff der Exekution), Vědecká ročenka VIII, S. 14 f.; *derselbe*, Teorie práva (Theorie des Rechts), S. 14 f., 43 f.; J. Sedláček, Obligační právo (Das Obligationsrecht, I, 2. Aufl., S. 4 f.; V. Míša, Konkrétní norma právní, studie ze semináře obč. práva prof. Sedláčka, Brno (Die konkrete Rechtsnorm, eine Studie aus dem Seminar des Zivilrechts von Prof. Sedláček, Brno); vgl. auch Merkl, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, Gesellschaft, Staat und Recht, Kelsen-Festschrift (Hrsg.: A. Verdross), 1931, S. 253.

<sup>70</sup> Vgl. J. Sedláček, l. c., S. 4; V. Míša, l. c.

<sup>71</sup> So V. Míša, l. c.

Wenn wir *einzelne Stufen* der Rechtsnormen beobachten<sup>72</sup>, sehen wir, daß sie einerseits *materielle*, andererseits *formelle* Bedingungen, die die Entstehung der niederen Norm bestimmen, enthalten. Die niedere Rechtsnorm entsteht dann aus der höheren nicht durch eine einfache gedankliche Operation, sondern bei den Rechtsnormen ist immer ein *Akt* eines gewissen „*Organs*“ zur Entstehung der niederen Norm nötig. Die Tätigkeit dieses Organs, welches z. B. der Richter bei Urteilen, Private beim Abschluß von Verträgen sind, wird determiniert einerseits durch formelle Bedingungen, d. h. durch jene, welche den Vorgang, den jenes Organ beibehalten soll, bestimmen, andererseits durch materielle Bedingungen, welche hier einmal strikter, einmal weniger strikt bestimmen, wie die niedere Norm inhaltlich aussehen soll. Diese materiellen Bedingungen bestimmen in der Regel nicht — und sind dazu auch nicht imstande — den Inhalt der niederen Norm ganz genau, so nämlich, daß jenes Organ durch bloße *analytische* Urteile den Inhalt der niederen Norm — nichts „aus sich selbst“ gebend — bestimmen könnte. Die höhere Norm im Gegensatz überläßt dem Organ einen gewissen, einmal einen größeren, einmal einen kleineren, Raum, in dem sich das Organ relativ frei bewegen kann. Relativ deswegen, weil es — da es selbst nichts anderes als ein „immanenter“ Bestandteil der Rechtsordnung ist — immer so entscheiden soll, daß seine Entscheidung in das Ganze der Rechtsordnung harmonisch hineinpasst. Wenn dieser ganze Akt der Schaffung zu Ende ist, erscheint eine *fertige neue Norm*. Was beobachten wir an ihr? Daß sie gewisse Elemente aufweist, die wir keinesfalls aus der delegierenden Norm ableiten können. Es ist ein *Grundirrtum*, zu meinen, daß es möglich ist, wie Beccaria und der Absolutismus und auch der Liberalismus des 17. und 18. Jahrhunderts forderten und wie bis heute in der Unaufgeklärtheit des Problems einige juristische Schriftsteller denken und fordern, daß das Organ — der Richter, wenn er aufgrund der delegierenden Norm (des Gesetzes) entscheidet — seine Entscheidung aus diesem Gesetz durch analytische Urteile deduziert.

## 6.

Wie ich schon erwähnt habe, unterscheidet sich Weyrs Auffassung der Normativen Theorie in gewissen Punkten von der Auffassung Kelsens. Ich meine, daß die Hauptursache dieser Verschiedenheit der Umstand ist, daß Kelsen zu Kants kritischer Philosophie durch die Vermittlung der Neukantischen Marburger

<sup>72</sup> Z. f. V. Kubeš, *Smlouvy proti dobrým mravům* (Verträge gegen die guten Sitten), S. 53 ff.

Richtung Hermann Cohens herantritt, wobei einen bedeutenden Einfluß auf den empfänglichen Kelsen auch Simmel, Vaihinger, Mach und die *Phänomenologische Schule* hatten, besonders durch die Wirkung von zwei Schülern Kelsens auf ihren Lehrer, und zwar von Fritz Schreier und Felix Kaufmann, während bei Weyr die Kantsche transzendente Philosophie in der Gestalt erscheint, die ihr Weyrs beliebter Philosoph Arthur Schopenhauer gab. Die Schopenhauersche Auffassung der kritischen Philosophie erscheint an allen möglichen Stellen von Weyrs großartigem rechtsphilosophischem System. Ich meine mich nicht zu irren, wenn ich behaupte, daß auch die ganze und sehr fruchtbare *Polemik zwischen Weyr und Kallab*<sup>73</sup> über das Wesen des kritischen Idealismus — über das, was der eigentliche Gegenstand der Normativen Theorie ist, über das Problem der Einheit unserer Erkenntnisse — mit ihren Wurzeln in der Tatsache beruht, daß Weyr die kritische Philosophie im Lichte der Lehre von Schopenhauer begreift. So z. B. ist schon die typische *Vereinfachung* des Systems der *Kategorien*, wie sie von Schopenhauer dargelegt wurde, auch für Weyr typisch. Nach Weyr „ist sich der kritische Idealismus, wie ihn Kants Philosophie und seine ganze nachfolgende, sehr verbreitete Schule lehrt, bewußt, daß man die sogenannte Außenwelt oder die Natur durch eine bestimmte Methode erkennt, die als ihr Erkenntnismittel die Anschauungsformen von Zeit und Raum und das sogenannte Kausalgesetz benutzt.“<sup>42</sup> Ebenso *schopenhauerisch* ist Weyrs Überzeugung, daß die Formen der Zeit und des Raumes und das Kausalgesetz für den Bereich der naturwissenschaftlichen Erkenntnis und der ganze normative Standpunkt dem menschlichen Intellekt „angeboren“ seien<sup>75</sup>. Obwohl einzelne Stellen von Kants philosophischem System zu dieser Vorstellung der „Angeborenheit“ verführen können, ist im Sinne der großen, durch die *neukantischen* philosophischen Systeme durchgeführten Arbeit mit aller Folgerichtigkeit auf der Feststellung zu beharren, daß diese Vorstellung

<sup>73</sup> J. Kallab, *Právní věda a věda o právu* (Die Rechtswissenschaft und die Wissenschaft vom Recht), *Časopis pro právní a státní vědu XVIII* (1935), S. 321—343; F. Weyr, *Právní věda a věda o právu* (Die Rechtswissenschaft und die Wissenschaft vom Recht), *Časopis pro právní a státní vědu XVIII* (1935), S. 81—120; V. Kubeš, *Právní filosofie XX. století* (Die Rechtsphilosophie des XX. Jahrhunderts), 1947, S. 57 ff., 73 ff.

<sup>74</sup> F. Weyr, *Úvod do studia právní vědy* (Einführung in das juristische Studium) 1946, S. 12; *derselbe*, *Teorie práva* (Theorie des Rechts), 1936, S. 24.

<sup>75</sup> F. Weyr, *Úvod* (Einführung), S. 14 f.; *derselbe*, *Teorie práva* (Theorie des Rechts), S. 24.

von der „Angeborenheit“ ganz und gar *unkantisch* ist, daß es nicht richtig ist, daß z. B. der Raum und die Zeit irgendwie zeitlich apriorisch wären, und daß die *Apriorität* bzw. die *Reinheit* dieser Vorstellung bzw. Begriffe nichts anderes bedeutet, als daß sie *von der Erfahrung unabhängig sind*, daß sie *notwendig* in dem Sinne sind, daß sie nicht weggedacht werden können. Meiner Meinung nach ist ebenso *schopenhauerisch* Weyrs Überzeugung, daß der *Gegenstand* der normativen Erkenntnis die *Norm* ist, welche also wahrscheinlich erst erkannt werden muß, und daß der *Erkenntnisprozeß kein* schöpferischer Prozeß ist. Nach Kant allerdings — wie besonders der Neokantismus darlegt — ist der Gegenstand der Erkenntnis erst das *Endprodukt* des ganzen Erkenntnisprozesses, ein *Endprodukt*, das sich uns erst am Ende des Erkenntnisprozesses zeigt, wenn wir das chaotische Empfindungsmaterial schon durch gewisse apriorische Formen bearbeitet haben, und *kantisch* ist die Überzeugung von der *Spontaneität der Vernunft*, also von einer gewissen *schöpferischen* Eigenschaft der Vernunft — wenn auch nicht einer schöpferischen Eigenschaft vom „Nichts“ her — zum Unterschied von der bloßen Rezeptivität. Ebenso ist Weyrs ganze Überzeugung vom *Wesen des kritischen Idealismus*, wie sie z. B. in seiner ausgezeichneten „Einführung in das juristische Studium“<sup>76</sup> dargelegt ist, vollkommen durch die *schopenhauerische* Auffassung der kritischen Philosophie beeinflußt. Das wahre Wesen der kritischen Philosophie aber besteht in der bekannten *kopernikanischen Wendung*, darin also, daß Kant als *erster den Dualismus des Seins und des Bewußtseins, des noetischen Subjekts abgeschafft hat und daß er das Sein in die transzendente Logizität der Urteile überführt hat*, daß er erkannt hat, daß jedwedes Erkennen nur so verwirklicht werden kann, daß wir das chaotische Empfindungsmaterial in die Urteilsformen überführen und daß nur diese Urteile uns die Wirklichkeit bzw. die Natur vorstellen, soweit wir ontologisch (im Englißschen Sinne) denken.

Nach Weyr sind also die Normen ein Gegenstand der normativen Erkenntnis, und die Norm ist ein Ausdruck dessen, was sein soll<sup>77</sup>. Das Erkennen einer Norm bedeutet ein Erkennen ihres konkreten Inhalts, und dieser Inhalt erscheint allgemein als Pflicht<sup>78</sup>. *Pflicht und Norm sind Zentralbegriffe des normativen Erkennens*

<sup>76</sup> F. Weyr, Úvod do studia právnického (Einführung in das juristische Studium), 1946, S. 17.

<sup>77</sup> F. Weyr, Teorie práva (Theorie des Rechts), S. 34; *derselbe*, Úvod (Einführung), S. 17.

<sup>78</sup> F. Weyr, Úvod (Einführung), S. 17.

und kommen im Bereich des naturwissenschaftlichen (kausalen) Erkennens überhaupt nicht vor<sup>79</sup>. Mit den Zentralbegriffen der Pflicht und der Norm hängen die Begriffe des *Pflichtsubjekts* und *normschöpferischen Subjekts* zusammen. Wenn man den *Begriff der Norm* als einen *Willensausdruck* begreift, kommt man in das Gebiet der teleologischen Erkenntnis, deren Methodologie bzw. Noetik Karl Engliš bei uns aufgebaut hatte<sup>80</sup>. Die *Normologie*, die *Teleologie* und die *Ontologie* bilden nach Weyr<sup>81</sup> „eine gewisse methodologische Dreigliedrigkeit, in welcher aber die Normologie und die Teleologie wechselseitig näher stehen als zur Ontologie“.

Nach längerem Zögern löst Weyr, angeregt von Karl Engliš, die strittige Frage der *Norm* und des *logischen Urteils* in dem Sinne, daß die Norm als Ausdruck eines Sollens *kein* Urteil im Sinne der allgemeinen Logik ist<sup>82</sup>. Durch das *Urteil im logischen Sinn* drücken wir immer eine Erkenntnis aus, die wahr oder unwahr, richtig oder unrichtig sein kann. Jedes *Urteil* kann man *negieren*, eine *Norm* aber kann man *nicht* negieren. Ein *Urteil* im Sinne der allgemeinen Logik bedeutet immer eine Funktion des *Intellekts*, während eine *Norm* immer eine Funktion des *Willens* ist. Es ist allerdings notwendig, die Norm bzw. das Postulat, d. h. einen Ausdruck dessen, was zur Pflicht festgesetzt ist oder gewollt ist, von der *Aussage* darüber, was gesollt bzw. gewollt ist, zu unterscheiden. Der Satz, daß Herr A nach einer bestimmten Norm das oder jenes zu erfüllen verpflichtet ist, oder daß Herr B das oder jenes als Mittel zu einem gewissen Zweck will, bedeutet allerdings ein *Urteil* im logischen Sinn, und daher auch eine *Erkenntnis*; die Sätze aber, welche das, was sein soll, oder das, was gewollt ist, grammatisch auf welche Weise auch immer ausdrücken, sind als solche *keine* logischen Urteile. Ein *Urteil* kann man immer als eine Antwort auf eine gewisse Frage betrachten, eine *Norm* oder ein Postulat als Ausdruck dessen, was sein soll oder gewollt ist, ist hingegen niemals eine Antwort auf eine solche Frage. Ein *Urteil* kann wahr

<sup>79</sup> F. Weyr, Úvod (Einführung), S. 17.

<sup>80</sup> F. Weyr, Úvod (Einführung), S. 16 ff.

<sup>81</sup> F. Weyr, Úvod (Einführung), S. 16.

<sup>82</sup> Noch in seiner „*Theorie des Rechts*“ kann man eine gewisse Unentschiedenheit Weyrs beobachten, ebenso wie in Weyrs Abhandlung „K problému tzv. automatické normotvorby“ (Zum Problem der sog. automatischen Normschöpfung), Časopis pro právní a státní vědu XXI (1938), S. 100 ff. Dagegen entscheidet sich Weyr in „Úvod“ („Einführung“) unter dem direkten Einfluß von Engliš für die — meiner Meinung nach — *unrichtige* Stellungnahme, daß eine Norm kein logisches Urteil ist.

oder unwahr bzw. richtig oder unrichtig sein, während die Vorstellung einer unwahren bzw. unrichtigen *Norm* unmöglich ist, da man von einer Norm nur aussagen kann, ob sie gültig oder ungültig ist<sup>83</sup>.

Eine typische Art der normativen Existenz des Gegenstandes des normativen Erkennens ist seine *Geltung*, ebenso wie eine typische Art der naturwissenschaftlichen Existenz nach Weyr seine Wirklichkeit ist<sup>84</sup>. Die *Rechtsnorm* begreift dann Weyr als eine Norm, die von einem gewissen Normschöpfer, nämlich von dem Staat herkommt<sup>85</sup>. Das ist evident ein rein *formales* Kriterium. Weyr wendet sich gegen die Ansicht<sup>86</sup>, daß nur die sanktionierte, d. h. für den Fall der Nichtbefolgung mit der Exekution oder Strafe drohende Norm eine echte Rechtsnorm sei, weil das bedeuten würde, daß letzten Endes in der Reihe erwähnter Verbindungen die letzte notwendigerweise ohne Sanktion, d. i. *lex imperfecta*, sein muß.

Es ist auch notwendig, die Frage der sogenannten *automatischen Normschöpfung* zu berühren, welche mit dem Namen Adolf Procházka verbunden ist<sup>87</sup>. Das Problem der automatischen Normschöpfung ist in der normativen Theorie entstanden, sobald neben dem statischen Standpunkt die Normative Theorie auch den *dynamischen* Standpunkt angenommen hatte, wo es um Fragen der Änderung und des Untergangs der Normen ging. Es handelte sich darum, alle die unzähligen Fälle, in denen die Normen *ohne Inter-*

<sup>83</sup> Gegen diesen Standpunkt jetzt V. Kubeš, Die Logik im rechtlichen Gebiet, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 27 (1976), S. 284 ff.

<sup>84</sup> F. Weyr, Theorie práva (Theorie des Rechts), S. 39 f.

<sup>85</sup> F. Weyr, Úvod (Einführung), S. 30 f.; *derselbe*, Theorie práva (Theorie des Rechts), S. 67 f.

<sup>86</sup> F. Weyr, Theorie práva (Theorie des Rechts), S. 71 ff.

<sup>87</sup> A. Procházka, Normativní teorie a tvorba práva (Die normative Theorie und die Normschöpfung), Festschrift für Engliš, 1931, S. 436 ff.; *derselbe*, Příspěvek k nové konstrukci civilního sporného procesu (Ein Beitrag zur neuen Konstruktion des Zivilprozesses), Vědecká ročenka X, S. 198; *derselbe*, Tvorba práva a jeho nalézání (Die Schöpfung des Rechts und seine Findung), S. 31, 133 ff.; *derselbe*, K problému tzv. automatické normotvorby (Zum Problem der sog. automatischen Normschöpfung), Časopis pro právní a státní vědu XXI (1938), S. 92 ff.; Z. Neubauer, Weyrova teorie práva (Weyrs Theorie des Rechts), Časopis pro právní a státní vědu XX (1937), S. 86 ff.; V. Kubeš, Smlouvy proti dobrým mravům (Verträge gegen die guten Sitten), 1933, S. 53; *derselbe*, Nemožnost plnění a právní norma (Die Unmöglichkeit der Leistung und die Rechtsnorm), 1938, S. 228.

*vention* eines bewußt ausgedrückten Willens zu entstehen scheinen<sup>88</sup>, zu erfassen. Das sind eben Fälle der sogenannten automatischen Normschöpfung; so z. B. wenn ein Blumentopf vom Fenster fällt. Procházka unterscheidet genau *einerseits* zwischen dem, was sein soll, und der Norm, die sagt, daß das sein soll, *andererseits* zwischen dem Tatbestand und der Norm. Der Tatbestand ist vom dynamischen Standpunkt aus eine Voraussetzung für das Entstehen der Norm, und dieser kann jedwedes Ereignis in der Außenwelt (der Ausdruck menschlichen Willens, die Geburt eines Menschen, das Fallen eines Blumentopfes vom Fenster usw.) sein. Diese „Wirklichkeiten“ entstehen, ändern sich und vergehen, nicht aber die Rechtsnormen als solche. Und Procházka argumentiert<sup>89</sup>, daß „es ungenau wäre zu meinen, daß das Entstehen und der Untergang der Norm das Entstehen und den Untergang ihrer Geltung bedeuten, so daß dann die Geltung etwas, was in der Zeit situiert ist, was beginnt und endet, wäre. Auch wenn wir uns laufend so ausdrücken, da man kaum für die zuständigen Vorstellungen einen passenden Termin finden kann, dürfen wir nicht vergessen, daß in der Zeit nicht die Norm (die Geltung) situiert ist, sondern ihr bedingter Tatbestand, also jene Leistung bzw. jenes menschliche Verhalten, das nach der Norm sein soll. Die Norm bzw. die Geltung (jenes ‚Sollens‘) ist ewig, besser gesagt zeitlos: sie entsteht nicht, sie vergeht nicht, und sie ändert sich nicht. Sie konkretisiert sich aber in den Pflichtleistungen, die durch die Zeit und den Raum determiniert sind.“

## 7.

Es bleibt noch kurz dazu Stellung zu nehmen, wie die Normative Theorie das *Problem der Interpretation* löste. Diesem Problem widmete sie leider nicht die Aufmerksamkeit, welche dieses Problem als eines der rechtlichen Hauptprobleme überhaupt verdient. Vielleicht war es mit dem Umstand verbunden, daß beide Begründer der Normativen Theorie, Kelsen und Weyr, ebenso wie Merkl und Verdross Lehrer des *öffentlichen* Rechts waren, wo das Problem der Interpretation nicht so scharf in den Vordergrund tritt wie im Privatrecht mit seiner tausendjährigen Tradition. Am tiefsten hat sich mit diesem Problem Jaromír Sedláček befaßt, und man kann beobachten, wie seine Lösung von der kritischen Philosophie Kants beeinflußt wurde, besonders von Kants „Kritik der

<sup>88</sup> F. Weyr, l. c., S. 96 ff.

<sup>89</sup> A. Procházka, *Tvorba práva a jeho nalézání* (Die Schöpfung des Rechts und seine Findung), S. 98.

Urteilkraft“, wo Kant die Brücke, welche die Welt des Seins mit der Welt des Sollens verbinden sollte, aufbauen wollte und solch eine verbindende Brücke in der Teleologie fand. Auch Sedláček findet<sup>90</sup> den Ausgangspunkt für die Lösung des Interpretationsproblems in der Teleologie: „Wenn einander der kausale Aspekt und der normologische Aspekt begegnen, sprechen wir von der Teleologie oder Finalität. Die Teleologie hat keinen selbständigen Gegenstand, der nicht entweder in die Quantität (die Kausalität) oder in die Qualität (die Normologie) gehören würde.“<sup>91</sup> „Warum ist der Tatbestand teleologisch gegeben? Die Norm sagt: ‚Wenn A ist, soll B sein.‘ Wenn wir B durch einen inneren Widerspruch der Norm nicht eliminieren wollen, muß B so beschaffen sein, daß B möglich sein kann.“<sup>92</sup> „Inhaltlich genommen, denken wir nicht, daß B nach A in solch einer Weise folgen wird, wie wir dies im Naturgesetz denken; inhaltlich denken wir B nur als möglich. Gerade durch diese Möglichkeit erscheint der Zustand A als ein Mittel zum Zustand B.“<sup>93</sup> „Neben dieser inneren Begründung haben wir noch eine zweite, mit der wir aber sehr vorsichtig umgehen müssen. Wenn wir zum Inhalt der Norm zusehen, erscheint dann das Schema der Norm folgendermaßen: Wir haben den Stand X; wenn sich die Norm N erfüllt (d. i. wenn nach dem Zustand A der Zustand B eintritt), wird der Zustand Y als kausale Folge des Zustandes B eintreten. Die Norm ist uns ein Mittel, den Zustand Y zu erreichen, den wir durch die menschliche Aktivität erreichen wollen, durch Pflichten (sei es autonome, sei es heteronome Pflichten); daher haben wir zwischen dem Zustand X und dem Zustand Y eine normologische Verbindung. Dabei müssen wir aber sehr darauf achten, die Grenzen der Normologie und der Kausalität nicht zu überschreiten, worin die Gefahr dieses Vorganges besteht. Wenn N ein Mittel zur Erreichung von Y ist, so muß der Inhalt N mit Rücksicht auf die Möglichkeit Y, also teleologisch bestimmt werden. Dieses sehr vereinfachte Schema durchdringt die Hierarchie der Normen. Wenn die Normen gegeben sind, daß die Menschen miteinander leben können, dann müssen wir der höchsten Norm den Inhalt zuerkennen, daß es um heteronome menschliche Pflichten geht, miteinander leben zu können. Dadurch haben wir den Inhalt der Norm bestimmt,

<sup>90</sup> J. Sedláček, *Obecné právo československé. Všeobecné nauky* (Tschechoslowakisches bürgerliches Recht. Allgemeine Lehren), 1931, S. 25 ff.

<sup>91</sup> J. Sedláček, l. c., S. 27.

<sup>92</sup> J. Sedláček, l. c., S. 28.

<sup>93</sup> J. Sedláček, l. c., S. 28.

und diese Norm erscheint uns dann für niedrigere Normen als Zweck. Was in jener Norm als eine Begrenzung der niederen Normschöpfer (das menschliche Zusammenleben) festgesetzt ist, erscheint für die niedrigere Norm als Zweck. Dieser Zweck ist formell bestimmt, d. i. es geht um bloßes Zusammenleben überhaupt, es geht nicht um das Zusammenleben nach gewisser Fassung. Auf unseren Fall überführt, ist auch der Zustand Y normologisch durch die höheren Normen bestimmt, zuletzt durch die höchste Norm, und die Verbindung zwischen X und Y ist so normologisch durchgeführt, daß die beiden Zustände direkt oder indirekt als Tatbestände in den Inhalt der Norm aufgenommen sind. Die Teleologie bestimmt also den Inhalt der Normen, und die Teleologie macht uns den Inhalt überhaupt möglich. Damit beantworten wir die Frage der kritischen Philosophie: Wie ist der Inhalt der Normen überhaupt möglich? Die Normative Theorie, von deren Grundlage wir ausgehen, hat jedweden Inhalt der Normen abgewiesen. Für die Aufgabe, die besonders ihr Begründer, Hans Kelsen, stellte, die traditionelle unkritische (also *stricto sensu* naive) Teleologie in der Rechtswissenschaft zu überwinden, blieb nichts anderes übrig, als vom Inhalt der Norm überhaupt zu abstrahieren, damit man zum reinen Begriff der Norm komme. Die kritizistische Stellungnahme kann sich damit aber nicht zufriedengeben und muß eine weitere Frage stellen, wie der Inhalt einer Norm möglich ist, da anders die Beziehung zwischen der Norm und dem menschlichen Verhalten, das Kelsen selbst in den Begriff der reinen Norm legt, nicht möglich ist. Durch die Einbeziehung der Teleologie in unsere Ausführungen verlassen wir keinesfalls die normologische Auffassung, sondern wir führen sie folgerichtig durch.<sup>94</sup>

Bei Sedláček sehen wir daher, daß bei den rechtlichen Betrachtungen der normologische Aspekt durch den teleologischen Aspekt ergänzt wird. Und wieder ist hier eine gewisse Parallele mit Kant, wenn er seinen kausalen Standpunkt in seiner „Kritik der Urteilskraft“ durch die teleologische Weise ergänzte. Allerdings ist es — wie man sieht — auch Sedláček nicht gelungen, das schwierige Problem des Verhältnisses der Teleologie und der Normologie, welches typisch in der Interpretationsfrage erscheint, voll zu erklären.

## 8.

Zum *Schluß* habe ich zur Normativen Theorie *damals* folgendes festgestellt: „Es ist unbestritten, daß diese Lehre — wie bis jetzt keine andere — die logischen Probleme, vor welche die Rechtswissen-

<sup>94</sup> J. Sedláček, l. c., S. 28 f.

schaft gestellt ist, meisterte. Als Rechtslogik ist die Normative Theorie unumstritten. Die noetische Problematik wurde durch die Normative Theorie ebenso auf eine verdienstvolle Weise gelöst, wenn auch hier bei weitem nicht das letzte Wort gesagt wurde.“

Schon damals habe ich noch hinzugefügt, ein gewisser Fehler der Darsteller der Normativen Theorie bestehe darin, daß sie der Meinung zu sein scheinen, daß die Normative Theorie „selbstrettend“ ist, daß sie uns das Instrument gibt, mit dem wir alle Probleme, vor welche der Jurist gestellt wird, lösen können. Und dem ist in Wirklichkeit nicht so! Das Problem der *Interpretation* und das Problem der *Normschöpfung*, diese wichtigen rechtlichen Probleme, sind meiner Meinung nach unter normologischem Aspekt nicht lösbar. Dadurch wollte ich — wie ich ausdrücklich festgestellt habe — keineswegs die epochale Bedeutung der Normativen Theorie vermindern. Nur muß man sich bewußt sein, vor welche Probleme diese oder jene Wissenschaft — im gegebenen Fall die Rechtswissenschaft — gestellt ist und welches von den gegebenen Problemen durch dieses oder jenes „Instrument“ gelöst werden kann.

Soviel zur Gestalt der Reinen Rechtslehre (der Normativen Theorie), wie sie der *Brünner Schule* in groben Zügen im Jahre 1947 erschien. An dieser Darstellung sieht man klar, daß auch bei den tschechischen Anhängern dieser Schule gewisse, nicht geringe strittige Punkte auftraten. Trotzdem aber war es immer noch möglich, von einer *Schule*, d. h. von einer Vereinigung in den Grundzügen gleichgerichteter Wissenschaftler, zu sprechen.

Die *Entwicklung* der Brünner Schule der Reinen Rechtslehre ging selbstverständlich weiter. Besonders die *neue* philosophische Fundierung, die im Grunde genommen in einer Verbindung der *transzendentalen* Philosophie mit der modernen *kritischen Ontologie* unter Ausnutzung einiger Gedanken des *komplex-dialektischen* Zutritts bestand, hat die Lösung mancher bis zu jener Zeit nicht oder nicht genügend gelöster Probleme (z. B. das Wesen des Rechts, das Verhältnis der rechtlich kognitiven zur rechtlich volitiven Sphäre, die rechtliche Geltung, das Verhältnis des Rechts und des Staates und jenes des Rechts und der Wirtschaft sowie das Verhältnis des Rechts und der Moral, die Problematik des entarteten Rechts, die Problematik des Verhältnisses des Rechts und der Revolution) gebracht<sup>95</sup>. In allen diesen Fragen stehen wir aber grundsätz-

<sup>95</sup> Siehe V. Kubeš, Reine Rechtslehre und die kritische Ontologie in der Tschechoslowakei, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 25 (1974), S. 305 ff.; *derselbe*, Die Logik im rechtlichen Gebiet, *ibid.* 27 (1976), S. 271 ff.; *derselbe*, Die heutige Sendung der Rechtsphilosophie, Österreichische Juristen-Zeitung, Jg. 30, S. 600 ff.

lich noch am Anfang der Untersuchungen, und es eröffnet sich gerade hier eine große *Perspektive* für die Zukunft der Reinen Rechtslehre überhaupt und des Hans-Kelsen-Institutes im besonderen.

#### IV. Die Fragwürdigkeit der philosophischen Grundlage der Reinen Rechtslehre und die Notwendigkeit einer neuen philosophischen Fundierung

##### 1.

Der Einfluß der transzendentalen Philosophie Kants auf die Reine Rechtslehre Kelsens ist immer noch nicht genügend erklärt. Sicher ist nur, daß Kelsen in der *ersten* Auflage seiner Hauptprobleme von der Kantschen *Unterscheidung von Sein und Sollen* ausging. Allerdings stützte sich schon viele Jahre früher Rudolf Stammler<sup>96</sup> in seinem Kampfe gegen die materialistische Geschichtsauffassung auf diesen Gegensatz von Sein und Sollen, Wirklichkeit und Wert.

Erst nach der ersten Auflage der Hauptprobleme hat sich — wie schon angedeutet wurde — Kelsen mit den Lehren Cohens näher befaßt. Man kann sagen, daß er dann die ganze transzendentalen Philosophie durch die Brille der *Cohenschen* Interpretation von Kants Lehre sah. Wir wissen schon, daß die *Cohensche* Interpretation der transzendentalen Philosophie einseitig und keinesfalls der gesamten philosophischen Auffassung Kants gerecht war. Die extrem idealistische Stellungnahme Cohens, seine absolute Negation des zweiten Grundsteins der Kantschen Philosophie, nämlich des „Dinges an sich“, dieses „gesunden“ Kerns der ganzen Kantschen Auffassung, seine ebenso extrem starke Betonung des Methodenproblems, die schon in der Bezeichnung seiner Philosophie als „methodischer Idealismus“ zum Ausdruck kam<sup>97</sup>, hatte auf die *Kelsensche* Lehre einen entscheidenden Einfluß.

##### 2.

Dabei wirkten auf Kelsens Lehre — wie wir auch schon wissen — die neokantisch orientierten Arbeiten Ernst Cassirers, dann

<sup>96</sup> R. Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte, 1902, S. 134, 22, 27, 37, 116 ff.; vgl. J. Moór, Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus, in: A. Verdross (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht, 1931, S. 58 ff.; V. Kubeš, Právní filosofie XX. století (Die Rechtsphilosophie des XX. Jahrhunderts), 1947, S. 26 ff.

<sup>97</sup> Vgl. W. Ebenstein, Die rechtsphilosophische Schule der Reinen Rechtslehre, 1938, S. 43.

die Auffassungen Simmels<sup>98</sup>, Wilhelm Wundts<sup>99</sup>, Hans Vaihingers, Sigwarts, auch das Prinzip der erkenntnismäßigen Erzielung eines Wertmaximums im Sinne Machs und die *Herbatsche* Auffassung<sup>100</sup> und besonders auch — unter dem evidenten Einfluß von Felix Kaufmann und Fritz Schreier — die *Phänomenologie* Edmund Husserls.

Für Kelsen stimmt der *Gegensatz von Sein und Sollen* mit dem von Wirklichkeit und Wert, Natur und Geist überein. Das kausal geordnete Sein ist eins mit der Wirklichkeit oder mit der Natur im weitesten Sinne, genauso wie Geist, Wert oder Zweck eins sind mit dem Sollen. Ist das Kausal- oder Naturgesetz ein Ausdruck für das Sein, die Wirklichkeit, die Natur, so ist die Norm ein Ausdruck für Sollen, Wert, Geist.

Eben das ist nicht richtig. Die moderne kritische Ontologie demonstriert und beweist, daß das *geistige* Sein ein *reales* Sein ist und daß die Realität keineswegs mit der Materialität identisch ist<sup>101</sup>. Die neue Ontologie beweist, daß die wirklichen Merkmale der Realität keineswegs an die Kategorien des Raumes und der Materie gebunden sind, sondern an die Kategorien der *Zeit* und der *Individualität*. Die neue Ontologie zeigt, daß der Raum und die Zeit ontologisch nicht gleichwertig sind, sondern daß die Zeit eine fundamentalere Kategorie ist als der Raum. Zeitgebunden sind auch die seelischen und die geistigen Prozesse. Nur ein Teil des Realen ist raumgebunden; alles Reale unterliegt jedoch der Kategorie der Zeit.

Es wurde vergessen, daß das geistige Sein ein reales Sein ist und daß es als höchste Schicht (Stufe) in den stufenförmigen Aufbau der Welt gehört. Das geistige Sein wurde überhaupt aus der realen Welt eliminiert, und man behauptete, daß es in die ideale Welt gehört, daß es etwas Unreales ist. Sehr klar zeigt sich das bei der Schule der *Reinen Rechtslehre*. Gerade Kelsen — wie wir eben gesehen haben — ist es, der unter dem Einfluß des Marburger Neukantianismus im *Recht* und im *Staat* nur eine *Norm*, ein *Sollen*, einen *Geist* sieht und alles in die Welt der *Idealität* einreicht. Hier

<sup>98</sup> G. Simmel, Einleitung in die Moralwissenschaft, 1892 F., 3. Aufl. 1911; *derselbe*, Die Probleme der Geschichtsphilosophie, 1892, 4. Aufl., 1921.

<sup>99</sup> W. Wundt, Ethik, 1903.

<sup>100</sup> Siehe besonders H. Kelsen, Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft, Schmollers Jahrbuch, 1916, S. 95 ff.; *derselbe*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, 1928, S. 75 ff.; vgl. W. Ebenstein, I. c., S. 17 f.

<sup>101</sup> N. Hartmann, Neue Wege der Ontologie, S. 217 ff.

spielte das alte Vorurteil eine entscheidende Rolle, wonach nur das, was dinglich ist, real ist.

## 3.

Der *Begriff des Sollens* selbst hat mehrere Bedeutungen<sup>102</sup>:

a) Das Sollen im *reinen* Sinne findet man nur in den *Normideen*. Nur die Normideen stellen sich als reines Sollen dar. Nur hier ist das Sollen absolut. Es ist nicht formal, sondern es hat denselben Inhalt wie die betreffenden Normideen. Das ganze Sein als solches ist ein Versuch, die ideale Höhe der Normideen zu erreichen und mit ihnen zusammenzuzießen. Die ganze Kulturgeschichte ist nichts anderes als der kontinuierliche, immer von neuem unternommene und nie zu Ende kommende Versuch, das reine Sollen der Normideen zu erreichen. Dieser Versuch bringt die Menschheit — trotz mancher Rückschläge — immer ein wenig weiter auf dem *unendlichen* Weg zu den Normideen. Es ist klar, daß das reine Sollen der Normideen ohne jede Beziehung zu irgendeiner Autorität und daher auch ohne jede Beziehung zu irgendeinem Willen ist.

b) Das Sollen im *abgeleiteten* Sinn ist der Schicht des *geistigen* Seins (dem personalen, objektiven und objektivierten Geist bzw. Rechtsgeist) eigen. Das abgeleitete Sollen dieser Sphäre entsteht durch die immerdauernde Tätigkeit des *Menschen* als des Vermittlers zwischen der realen Welt und dem Reich der Normideen. Man begegnet dem abgeleiteten Sollen in der Rechtsüberzeugung der betreffenden Gemeinschaft, aber auch in der geltenden Moral dieser Gemeinschaft (das sogenannte *primär abgeleitete Sollen*) und auch im Bereiche der Rechtsordnung (das sogenannte *sekundär abgeleitete Sollen*). *Das ist der wahre Grund für die Normativität des Rechts und der Moral.*

c) Das Sollen als bloße *formallogische* Kategorie. Nur dieses Sollen kennen z. B. Kelsen und die *Schule der Reinen Rechtslehre*. Grundsätzlich handelt es sich um eine typische Form der Verbindung zweier Tatbestände (des bedingenden und des bedingten Tatbestandes) in einer Norm. Es ist klar, daß dieses „*formallogische*“ Sollen *ohne* Beziehung zum abgeleiteten und in letzter Instanz zum reinen Sollen — ontologisch gesehen — *sinnlos* ist.

## 4.

Man sieht also, daß die philosophische Basis schon im Jahr 1911 ungenügend war und daß auch später der *gelegentliche* Einfluß der

<sup>102</sup> V. Kubeš, Grundfragen der Philosophie des Rechts, 1977, S. 36 f.

*verschiedenen* philosophischen Strömungen und Richtungen, einschließlich der Phänomenologie Edmund Husserls, nicht gerade glücklich war.

Jedenfalls steht *jetzt* die Schule der Reinen Rechtslehre und ihr führender Repräsentant, d. h. *das Hans-Kelsen-Institut in Wien*, vor der überhaupt grundlegendsten *Aufgabe, eine neue philosophische Fundierung für die in der ganzen Welt so verbreitete und so berühmt gewordene Schule zu suchen*.

Es wäre ganz *unrichtig*, zu meinen, daß eine rechtstheoretische Richtung auch ohne philosophische (rechtsphilosophische) Grundlagen existieren kann. *Rechtstheorie* ist ein Teil der *Rechtsphilosophie*. Der wichtigste Teil jeder Philosophie (Rechtsphilosophie) ist die *kritische Ontologie* (Rechtsontologie) als Wissenschaft vom Seienden (konkret: Wissenschaft vom Sein des Rechts, von seinem Wesen, d. h. vom Platz, wohin im Aufbau der Welt das Recht überhaupt gehört und welche ontologischen Kategorien für den rechtlichen Bereich dominant sind). Ja, die kritische Ontologie als Teil der Philosophie muß unbedingt allen Untersuchungen, z. B. auch allen *logischen* (rechtslogischen) Untersuchungen vorangehen.

## 5.

Was die philosophische Grundlage betrifft, muß sie zuerst *tragbar* sein; sie muß fähig sein, das Erfassen des *Wesens des Rechts*, den Platz, wohin das Recht in dem stufenförmigen Aufbau der realen Welt gehört, zu ermöglichen. Sie muß auch fähig sein, das *Wesen des Menschen*, seine *Würde*, die dem (positiven) Recht vorgegeben ist, zu erläutern. Es ist durchaus richtig, was in seinen Schriften, an welche jede Arbeit an der neuen rechtsphilosophischen Basis immer anknüpfen muß, Alfred Verdross<sup>103</sup> mit solcher Beweiskraft und Klarheit dargetan hatte, nämlich daß die Idee der Würde des Menschen bis in die Anfänge der abendländischen Rechtsphilosophie zurückreicht (Hesiod, Heraklit, Protagoras, Lykophron, Alkidamas), ebenso wie sie lebendig ist bei Sokrates, Platon, Aristoteles, in der griechischen wie in der römischen Stoa, in der Patristik (wo Sacramentarium Leonium ausdrücklich von der „*humanae substantiae dignitas*“ spricht und die Menschenwürde formuliert),

<sup>103</sup> A. Verdross, *Abendländische Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., 1963; *derselbe*, *Statisches und dynamisches Naturrecht*, 1971; *derselbe*, *Die Begründung der antiken Rechtsphilosophie durch Hesiod*, 1963; *derselbe*, *Two Arguments for an Empirical Foundation of Natural Law Norms. An Examination of Johannes Messner's und Viktor Kraft's Approaches*, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 1975, Vol. 3, No. 1.

bei Thomas von Aquin, Samuel Pufendorf, Immanuel Kant usw. Man muß an diese große philosophische und rechtsphilosophische *Tradition* eng anknüpfen. Jeder Bruch mit dieser Tradition wäre schicksalhaft. Die philosophische (rechtsphilosophische) Grundlage muß auch *gesund* sein. Eine Philosophie der Angst, wäre sie in auch noch so schöne und dunkle Phrasen gehüllt, wird nichts Nützliches, Brauchbares, nichts Wahres bringen.

Eine tragbare und gesunde Grundlage kann man *jetzt* in der modernen, *kritischen Ontologie* Nicolai Hartmanns finden bzw. in einer *Synthese* dieser mit der *transzendentalen Philosophie* Kants, mit einigen Grundlehren von Karl Marx, so wie auch mit Ausnutzung einiger Ergebnisse, zu welchen andere Philosophen und Rechtsphilosophen, besonders Leonard Nelson, Emil Lask, Gustav Radbruch, Jaroslav Kallab, Alfred Verdross, Victor Kraft und Johannes Messner gelangten.

Es ist klar, daß es sich um *kein* „eklektisches“ Tun handeln darf. Es muß um *eine auf höherer Stufe liegende dialektische Synthese* bisheriger Ergebnisse gehen.

Man steht auch — und immer von neuem — vor dem *Grundthema des Sollens* und seines Verhältnisses zum *Sein*. Dieses Grundproblem ist meiner Meinung nach nur lösbar, wenn wir von einigen *Grunderkenntnissen* ausgehen:

1. Man muß zuerst von der *optimistischen Weltanschauung* ausgehen, nämlich von der grundlegenden Voraussetzung, daß es nicht nur bei den Individuen im Durchschnitt um eine aufsteigende Tendenz auf dem unendlichen Weg zur Erreichung der Vollkommenheit (zur Erreichung der Normideen — konkret juristisch gesehen — zur Erreichung der Normidee des Rechts) geht, sondern auch im geschichtlichen Ausblick, mit Rücksicht auf die Menschheit als ein Ganzes<sup>104</sup>. Nach Ansicht von Nicolai Hartmann ist es zwar nicht möglich, durch ein Studium der *Phänomene* festzustellen, ob sich die Menschheit auf dem Wege zu den Normideen bewegt. In dieser Formulierung hat Hartmann selbstverständlich recht; durch das Studium der Phänomene kann man diese Frage nicht beantworten. Doch hier handelt es sich *nicht* um eine Frage des Studiums der Phänomene, sondern um die *fundamentalste Voraussetzung der Philosophie und jeder Wissenschaft überhaupt*. Ohne diese Voraussetzung ist jede wissenschaftliche Tätigkeit undenkbar, ja widersinnig. Widersinnig wäre auch alles, was der Mensch tut. Widersinnig wäre das menschliche Streben, widersinnig wäre das ganze menschliche Le-

<sup>104</sup> Z. f. V. Kubeš, Grundfragen der Philosophie des Rechts, 1977, S. 33 ff.

ben. Die immerwährende Tendenz zur Vollkommenheit (vgl. Platon, Aurelius Augustinus, Kant, Herder, Hegel, aber auch die Vertreter der *materialistischen Geschichtsauffassung*) ist die grundlegendste Voraussetzung jeder Wissenschaft, weil sie sonst nicht sinnvoll wäre.

2. In dieser fundamentalsten Voraussetzung ist die Konstruktion *zweier „Welten“* verankert. Neben der *realen* Welt, die sich als ein grandioser Aufbau der vier grundlegenden Seinsschichten darstellt, existiert, weil sie notwendig existieren muß, eine *ideale* „Welt“, vor allem das Reich der Normideen mit der Normidee des Guten (der konkreten Menschlichkeit) an der Spitze sowie mit den Normideen der Wahrheit und der Richtigkeit, der Sittlichkeit, des Rechts und des Schönen.

Der einzige bekannte Vermittler dieser zwei Welten ist der *Mensch* als Subjekt und Person; der Mensch mit seinem „organ du coeur“, mit seiner Fähigkeit, die Stimme der Normideen, ihren kategorischen Imperativ zu hören, mit seinem freien Willen, mit seiner Zwecktätigkeit, mit seiner Fähigkeit, den Befehl der Normidee in der realen Welt bis zu einem gewissen Grad zu verwirklichen.

Freilich ist dieser Weg zur vollkommenen Erreichung der Normideen unendlich. Die Erreichung würde den Untergang des Menschen als solchen, die vollkommene Identifizierung des Seins und des Sollens, die absolute Vollkommenheit bedeuten. Dabei handelt es sich keineswegs um irgendeine Metaphysik, um einen „Idealismus“. Es handelt sich vielmehr um eine *gedankliche Notwendigkeit*, um die Voraussetzung des Sinnes jeder philosophischen oder jeder anderen Wissenschaft und des ganzen menschlichen Lebens überhaupt. Denn jede Wissenschaft, jede Kunst, jede Tätigkeit des Menschen und jedes Werk der Menschheit ist nur möglich, wenn alles das einen *Sinn* hat. Der Pessimismus der geschichtlichen Anschauung bedeutet die Proklamation im voraus, daß alles, was der Mensch tut, sinnlos sei. Das ist ein Standpunkt, der in diametralem Gegensatz zur Wissenschaft steht. Jede Wissenschaft erfordert eine *optimistische* geschichtliche Einstellung.

3. Alles *Relative*, alles *Positive* weist eine nie aufhörende *Tendenz zum Absoluten* auf. Aus der drohenden Tragödie des Relativismus rettet uns die eben angedeutete grundlegende Voraussetzung, welche auch durch das *Sollen*, dessen man sich im *Urerlebnis des Gewissens* bewußt ist, bestätigt wird.

4. Der Mensch als Subjekt und Person steht unter einer *doppelten Determination des Sollens*, unter einer zweifachen Kategorie der Normativität, und zwar unter der *reinen* Normativität der

Normideen und der *abgeleiteten* Normativität gewisser Bereiche des geistigen Seins und speziell des objektiven Rechtsgeistes (des Rechtsbewußtseins des Volkes der betreffenden Rechtsgemeinschaft) und des objektivierten Rechtsgeistes (der positiven Rechtsordnung der betreffenden Rechtsgemeinschaft).

## V. Die Rolle der Logik in der rechtlichen Sphäre

### 1.

Auch die Problematik der Logik der Normen (Sollsätze) ist *ohne vorhergehende ontologische Untersuchungen nicht* lösbar. Das beobachtet man klar an der großen ontologischen Literatur (Ernst Mally, Karl Menger, A. Hofstätter, J. C. C. McKinsey, W. Dubislav, J. Yorgensen, F. Kaufmann, Heinz Reichenbach, Alf Ross, Karl Engliš, Wright, Rose Rand u. a.).

Es wird grundsätzlich gelehrt, daß die *Sollsätze* sich wesentlich von den *Aussagen* unterscheiden und daß ihnen, im Gegensatz zu Aussagen, weder *Wahrheit* noch *Falschheit* zukommt. Es wird behauptet, daß der *Sollsatz nicht verifizierbar ist*. Für die Sollsätze — so lautet die weitere Argumentation — gilt nicht *principium exclusi tertii*.

Alle mir bekannten Versuche, die manchmal im heftigen Widerstreit zueinander stehen, sind bisher ohne einen bedeutenden Erfolg geblieben. Es entsteht die Frage, ob es sich bei *all* diesen Versuchen nicht um einen *gemeinsamen Grundfehler* handelt<sup>105</sup>.

Der Kern dieses Grundfehlers liegt meiner Meinung nach in der *Unkenntnis des objektiven Geistes*, besonders seiner Sphären, welche die *abgeleitete Normativität* aufweisen. Die ganze Entwicklung in dieser Richtung von Hegel bis Nicolai Hartmann ist unbekannt oder wird ignoriert. Sonst würde man wissen, daß der objektive Geist mit seiner abgeleiteten Normativität ebenso *real* und, wenn auch mit größerer Schwierigkeit, *erkennbar* ist wie die niedrigeren Schichten des stufenförmigen Baues der realen Welt (die anorganische, organische und seelische Schicht).

In den *Sollsätzen* erkennen wir nämlich den objektiven Geist abgeleiteter *normativer* Provenienz, ganz analog wie wir in den

<sup>105</sup> Z. f. V. Kubeš, Die Logik im rechtlichen Gebiet, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 27 (1976), S. 284 ff.; vgl. A. G. Conte, Bibliografia di logica giuridica, Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto, 1961, S. 120 ff.; H. W. Wagner und K. Haak, Die moderne Logik in den Rechtswissenschaften; U. Klug, Juristische Logik, 3. Aufl., 1966; A. Ross, Directives and Norms, 1968.

Seinsurteilen (in den Aussagen) das anorganische Sein, das organische Sein und das seelische Sein erkennen.

Es ist *nicht* richtig, die Sollsätze als Gebilde zu begreifen, bei denen man nach ihrer Wahrheit überhaupt nicht fragen darf und kann und bei welchen es sich um etwas wesentlich anderes handelt, als wenn man die Seinsurteile verifizieren will.

Schon der große tschechische Rechtsphilosoph Jaroslav Kallab<sup>106</sup> hat erkannt, daß das, was der Norm den Sinn einer Norm gibt, keineswegs die Form der Norm ist, sondern ihr Inhalt, nämlich daß die richtige Norm ein Ergebnis der Wahl zwischen möglichen Antworten auf die Frage, was sein soll, ist; und zwar eine Wahl, bei der es denen, die erkennen wollen, um die Bildung allgemeingültiger *Erkenntnisse* geht.

Erst die auf das Rechtliche angewandte und weiter entwickelte moderne, kritische Ontologie hat gezeigt, daß ein objektiver Geist, welcher real und erkennbar ist, existiert und daß im Rahmen dieses objektiven Geistes Bereiche (besonders der rechtliche und der moralische Bereich) mit abgeleiteter Normativität existieren. Es handelt sich also um die *Erkenntnis dieses objektiven Rechtsgeistes*. Die Antworten, die diesbezüglichen Sollsätze, in welchen wir zur Erkenntnis des objektiven Rechtsgeistes gelangen, sind — mit soziologischen (rechtssoziologischen) Techniken — verifizierbar; sie können als wahr oder unwahr charakterisiert werden. Der Unterschied zwischen dem Erkennen des objektiven Rechtsgeistes (dem Rechtsbewußtsein des Volkes der diesbezüglichen Rechtsgemeinschaft einschließlich der rechtlichen Weltanschauung) und dem Erkennen des objektivierten Rechtsgeistes (der Gesetze, Verordnungen, Urteile, Rechtsgeschäfte usw.) ist nur quantitativ, nicht qualitativ. Es handelt sich nur um *Grade der „Gewißheit“ der Erkenntnis*. Es ist leichter, die herausgegebenen Gesetze als die wissenschaftlich-rechtliche Weltanschauung zu erkennen.

## 2.

Hier begegnet man auch dem *weiteren* Grundfehler der Auffassung Kelsens, dessen Wurzeln allerdings schon in der Vergangenheit liegen. Schon im Jahre 1922 behauptete Kelsen<sup>107</sup>, daß das

<sup>106</sup> J. Kallab, Úvod ve studium method právnických (Einführung in das Studium der juristischen Methoden), 1921, S. 74 ff.; derselbe, Právní věda a věda o právu (Die Rechtswissenschaft und die Wissenschaft vom Recht), Časopis pro právní a státní vědu, 1935, S. 81 ff., 321 ff.

<sup>107</sup> H. Kelsen, Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der „Rechtsdogmatik“, 1922, S. 92.

*Recht* (die Rechtsordnung), also „Gesetzbeschlüsse, richterliche Urteile, Verwaltungsurteile etc., aus welchem Material die Rechtswissenschaft erst ihre Urteile, die Rechtssätze, bildet, *ein Analogisches*“ sei. Kelsen lehrt<sup>108</sup>: „Unterscheidet man zwischen Recht und Rechtswissenschaft, so wie man zwischen Natur und Naturwissenschaft unterscheidet, dann ist das Recht . . . — ebenso wie die Natur, sofern man sie dabei nicht als Gegenstand einer Erkenntnis im Auge hat — ein Alogisches.“ Nach Kelsens Meinung bildet erst die *Rechtswissenschaft* aus diesem „alogischen Material“ die hypothetischen Urteile des Rechts, die Rechtssätze, die Rechtsnormen. — Diese Behauptung, daß das Recht etwas Alogisches ist, ist durchaus *unrichtig*<sup>109</sup>.

Die Parallele zwischen dem Recht und der Rechtswissenschaft auf der einen Seite und zwischen der Natur- und der Naturwissenschaft auf der anderen Seite ist — wie schon Julius Moór erkannt hat<sup>110</sup> — falsch. Zwischen dem Recht und der Natur ist ein fundamentaler Unterschied. Die *Natur* gehört in die niedrigsten Schichten des Stufenbaues der realen Welt (in die anorganische und organische Schicht), wo besonders die Kategorien der Teleologie (der Zwecktätigkeit) und der Normativität vollkommen unbekannt sind. Das *Recht* — im Gegenteil — gehört in erster Linie in die oberste Schicht der realen Welt, in die Schicht des geistigen Seins mit den Kategorien der Teleologie und der Normativität. Das Recht ist ein Produkt der geschichtlichen und gesellschaftlichen Entwicklung und ist vor allem ein ungemein bedeutender Teil des geistigen Seins — ähnlich wie die Rechtswissenschaft und die Wissenschaft als solche. Die *Natur* (zum Unterschied von der *Naturwissenschaft*) ist ganz und gar alogisch. Das *Recht* aber ist schon als solches etwas Geistiges; das bedeutet, daß man schon im Recht selbst mächtige *logische* Spuren des Geistes findet. In einem Gesetz oder einem Urteil ist so viel logische Arbeit, daß man schon beim ersten Blick die Unrichtigkeit der Behauptung von der alogischen Natur des Rechts sehen kann. Sehr klar hat es Emil Lask ausgedrückt<sup>111</sup>. „Wenn man von der Wissenschaft selbst absieht — gibt es keine Kulturerscheinung, die sich als *begriffsbildender Faktor* auch nur annähernd mit dem Recht vergleichen ließe.“

<sup>108</sup> H. Kelsen, l. c., S. 92f.

<sup>109</sup> Siehe V. Kubeš, Die Logik im rechtlichen Gebiet, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 27 (1976), S. 273.

<sup>110</sup> J. Moór, Das Logische im Recht, Revue internationale de la Thorie du Droit 11 (1927/28), S. 183 ff.

<sup>111</sup> E. Lask, Rechtsphilosophie, 1965, S. 35.

Derselbe falsche Gedanke lag auch den *späteren* Arbeiten Kelsens<sup>112</sup> zugrunde.

Nur eine *Fortsetzung* dieser unrichtigen Auffassung kann man in den betreffenden Ausführungen des *neuesten* Werkes Kelsens über die allgemeine Theorie der Normen beobachten. Aber auch die Norm selbst ist für Kelsen jetzt in erster Linie ein *Gebot*. Sein früherer scharfer Kampf gegen die *Imperativtheorie* ist schon ganz und gar vergessen: Kein Imperativ, keine Norm ohne Imperator.

Wenn das Rechtssystem auch ein System von Gedanken ist, hat jede Rechtsnorm einen *gedanklichen Inhalt*, einen *logischen Sinn*. Die einzelne Rechtsnorm tritt in der logischen Form des Urteils und die Gesamtheit der Rechtsnormen in der Einheit des logischen Systems in Erscheinung. Mit Hilfe der strengen Rechtsbegriffe bemächtigt sich das Recht der Fülle des gesellschaftlichen Lebens, wie Heinrich Rickert<sup>113</sup> und Julius Moór<sup>114</sup> dargelegt haben.

Aber auch die Basis jeder Rechtsordnung, jedes objektivierten Rechtsgeistes, d. h. *der objektive Rechtsgeist*, wohin auch die *rechtliche Weltanschauung* gehört, die von den besten rechtsphilosophischen Denkern der Zeit als ein Stufenbau von einzelnen realen Ideen formiert wurde und die progressiver ist als der *allgemeine objektive Rechtsgeist*, ist keinesfalls etwas Alogisches, sondern etwas *Logisches*.

## VI. Zur Zukunft der Reinen Rechtslehre

Die Schule der Reinen Rechtslehre hat wie keine andere den größten Einfluß auf die Theorie des Rechts hervorgerufen. Es ist keinesfalls übertrieben, daß diese Schule weltverbreitet und weltbekannt geworden ist. So bezeichnete schon im Jahre 1934 Roscoe Pound<sup>115</sup> Kelsen als den zweifellos führenden Juristen der Gegenwart.

Nicht nur als ein Ehrendenkmal für Hans Kelsen, sondern vor allem für die weitere *Entwicklung* der Reinen Rechtslehre wurde in Wien nach dem Tode Kelsens das *Hans-Kelsen-Institut* gegründet. Seine bisherige Tätigkeit ist verdienstvoll. Jetzt aber — nach der Herausgabe des letzten Werkes Kelsens — steht dieses Institut

<sup>112</sup> H. Kelsen, Norm und Logik, Forum 1965, S. 421 ff., 495 ff.; Neues Forum 1967, S. 39 ff.; Neues Forum 1968, S. 133 ff.

<sup>113</sup> H. Rickert, Zur Lehre von der Definition, S. 39.

<sup>114</sup> J. Moór, l. c., S. 175.

<sup>115</sup> R. Pound, in: Yale Law Journal, 1934, S. 532; vgl. H. Klenner, Rechtslehre — Verurteilung der Reinen Rechtslehre, 1972, S. 16.

vor einer für die Zukunft der Reinen Rechtslehre ungemein schweren und großen *Aufgabe*.

*Erstens:* Es scheint angebracht zu sein, die *einzelnen Etappen* der wissenschaftlichen Entwicklung Kelsens klar und scharf zu untersuchen und darzulegen.

*Zweitens:* Man muß entscheiden, *welche* Etappe die *wirkliche* Reine Rechtslehre darstellt. Sicher ist es möglich, einige Merkmale einer anderen Etappe in die wahre Darstellung der Reinen Rechtslehre hineinzuarbeiten. In dieser Hinsicht finde ich als zweckmäßig, besonders den zweiten Heimatort der Reinen Rechtslehre gründlich zu berücksichtigen. Man darf nicht vergessen, daß Franz Weyr schon drei Jahre vor Kelsen mit dem Grundgedanken der Reinen Rechtslehre gekommen ist. Die *Brünner* Rechtsschule war tief *philosophisch* fundiert. Ich möchte noch einmal besonders auf die Arbeiten von Weyr, Kallab, Sedláček, Jan Loewenstein aufmerksam machen. Auch die weitere Entwicklung dieser Schule unter dem Einfluß der *kritischen Ontologie* sollte nicht außer acht gelassen werden. Ebenfalls die *Theorie der Gedankenordnung* des bekannten tschechischen Logikers und Nationalökonomens Karl Engliš ist sehr bedeutsam.

*Drittens:* Auf der Grundlage dieser Untersuchungen sollte man dann die *Grundsteine* und die *Grundthesen* der Reinen Rechtslehre herauspräparieren und klarlegen. Ich möchte noch einmal auf eine Sache aufmerksam machen. Das alles sollte nicht bedeuten, daß wir „dogmatisieren“ wollen. Die Schule der Reinen Rechtslehre ist eine *wissenschaftliche* Schule per eminentiam und hat nichts mit Dogmen zu tun. Trotzdem muß man sich aber Klarheit in den Grundthesen dieser Schule verschaffen. Sonst würde man sich in der Wirrnis verschiedenster Auffassungen nicht orientieren können und wird dann von einer Schule überhaupt nicht sprechen dürfen.

Anschrift des Verfassers: o. Univ.-Prof. Dr. Vladimír Kubeš, Gastprofessor der Universität Wien, Mercova 7, 61200 Brno, ČSSR.