



Professor Dr. Volker Neumann, Berlin/Heidelberg

Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre

Ein erster Grund für die Widerstände und Aversionen, auf die Kelsens reine Rechtslehre noch heute in der deutschen Staatsrechtslehre stößt, ist die Verlagerung des Geltungsgrundes des Rechts von einem als vorrechtlich gedachten Staat in das Recht selbst, d. h. in die Grundnorm. Damit grenzte sich Kelsen ein Stück weit auch vom staatsrechtlichen Positivismus Labandscher Prägung ab, dessen methodischer Tradition er im Übrigen verpflichtet blieb. Die Identifikation des Staats mit der Rechtsordnung brachte ihn in einen scharfen Gegensatz zum Antipositivismus, der sich zu Beginn der Weimarer Republik formierte und vor allem mit den Namen Erich Kaufmann, Carl Schmitt, Rudolf Smend und Heinrich Triepel verbunden ist. Dieser Gegensatz wurde durch die von der reinen Rechtslehre postulierte Trennung von Recht und Politik bzw. Naturrecht sowie die Trennung von Sein und Sollen verstärkt. Wie seicht und dürftig die antipositivistischen Gegenentwürfe waren, legte Kelsens Kritik an der Integrationslehre Smends offen. Diese und andere Kritiken aus seiner Feder begründeten den Vorwurf des „Rationalismus“, der nach dem „Formalismus“ zu einer zweiten Stereotype des Kelsen-„Bashing“ werden sollte. Während die staatsrechtlichen Positivisten den demokratischen Gesetzgeber und das von ihm gesetzte, positive Recht respektierten, versagte der Antipositivismus dem Parlament diesen Respekt und baute an Bollwerken gegen den Popanz eines parlamentarischen Absolutismus. Konfliktfelder waren die Parlamentarismus- und Parteienkritik, das richterliche Prüfungsrecht und die Einrichtung einer Verfassungsgerichtsbarkeit. Kelsen konzipierte auch das Völkerrecht als eine reine Rechtslehre, womit er das Souveränitätsparadigma verabschiedete und den Staaten das Recht absprach, Krieg zu führen („jus belli“). Kriege sind danach nur noch als Reaktion auf die Verletzung von Völkerrecht zulässig. Auch diese Lehre brachte ihn in einen scharfen Gegensatz zu antipositivistischen Staats- und Völkerrechtlern der Weimarer Republik.

S. 149

HFR 9/2012 S. 1

1 I. Biographische Skizze

Zu Hans Kelsen (1881-1973) wird gesagt, er sei „der Jurist des 20. Jahrhunderts“ gewesen – und das nicht nur im deutschsprachigen Raum.¹ Er war Rechtstheoretiker sowie Staats- und Völkerrechtler, publizierte aber auch rechtsphilosophische und politikwissenschaftliche Texte. Er gilt als Gründer und theoretischer Kopf der Wiener Schule, welche die reine Rechtslehre, d. h. einen ausgereiften rechtswissenschaftlichen Positivismus entwickelte, der auf der strikten Trennung sowohl von Sein und Sollen als auch von positivem Recht und Naturrecht bzw. Moral beruht.

2 Kelsen habilitiert sich 1911 an der Wiener Juristenfakultät mit der Schrift „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“, mit der er der gesamten deutschen Staatsrechtslehre den Fehdehandschuh hinwirft.² Die Ernennung zum Professor lässt sieben Jahre auf sich warten. Er ist parteilos, hat aber intensiven Kontakt zu austromarxistischen Intellektuellen und steht der Sozialdemokratie nahe. Als Berater des sozialdemokratischen Kanzlers Karl Renner wird er zum Geburtshelfer der Österreichischen Bundesverfassung von 1920. Vor allem die Einrichtung des österreichischen Verfassungsgerichts geht auf ihn zurück. 1930 bricht er mit Österreich. Er ist empört über politische Manipulationen gegen die Unabhängigkeit der Verfassungsrichter und gekränkt durch antisemitische Pöbeleien, die sich auf seine jüdische Herkunft beziehen. Er folgt einem Ruf an die Universität Köln. In Deutschland

¹ Horst Dreier, Hans Kelsen (1881-1973): „Jurist des Jahrhunderts“?, in: Helmut Heinrichs/Harald Franzki/Klaus Schmalz/Michael Stolleis (Hrsg.), Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, 1993, S. 704 (731) mit weiteren Nachweisen in Fn. 147.

² Zur Biographie s. Rudolf Aladár Métall, Hans Kelsen. Leben und Werk, 1969.

engagiert er sich für die Republik und gegen die deutsche Rechte. Nach der Machtergreifung der Nazis wird er Mitte April 1933 von einem Tag auf den anderen „beurlaubt“. Er gehört damit zu jenen 16 Hochschullehrern, die von den Nationalsozialisten unmittelbar nach Regierungsantritt als erste entlassen wurden. Er emigriert zunächst nach Prag und Genf, 1940 schließlich in die USA, wo er als Gastdozent tätig ist, bis er 1945 zum Professor für politische Wissenschaften ernannt wird. Als sein Hauptwerk gilt die 1934 erschienene „Reine Rechtslehre“ und die völkerrechtliche Studie „Recht der Vereinten Nationen“. Seine zahlreichen Schriften werden in 24 Sprachen übersetzt. 1973 stirbt er in Berkeley, Kalifornien.

S. 150

HFR 9/2012 S. 2

3 II. Kelsen-„Bashing“

Kelsen war in der Weimarer Republik der umstrittenste deutschsprachige Öffentlichrechtler. Nach 1945 wurde sein Name im öffentlichen Recht jahrzehntelang verschwiegen. In der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer gaben bis weit in die 1970er Jahre hinein die Schmitt- und die Smend-Schule den Ton an.³ Nur in der österreichischen Staatsrechtslehre war sein Name präsent. In meinem Jurastudium in Heidelberg (1967-1971) war mir der Name Kelsen nicht begegnet. Was sind die Gründe für diese Ignoranz und Ablehnung?

- 4 Im Jahre 1921 erschien eine Schrift mit dem Titel „Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie“. Dass die Lektüre einen schalen Eindruck hinterlässt, liegt auch daran, dass der Autor die Grundlagen seiner Kritik, die – wie er schreibt – „entgegengesetzten Positivitäten“, nicht benennt:⁴ Der Neukantianismus lasse Recht und Sittlichkeit vollkommen auseinander fallen und vertrete einen „substanzlosen Rationalismus“, dessen „logische Abstraktionen“ den Zugang zu „schaubaren und erlebbaren Werten“ versperren. Diese und andere Schlagworte und Ressentiments⁵ dienen der Kritik an der „herrschenden rechtswissenschaftlichen Methodik“, als deren Grundlage nicht zu Unrecht die neukantianische Philosophie erkannt wird. Der nach Kant in der Studie am häufigsten zitierte Autor ist Hans Kelsen, dessen Arbeiten bestätigen würden, „dass der reine Rationalismus, wenn er einigermaßen konsequent bleibt, zu gar keinen Ergebnissen kommen kann, und dass, wo er solche liefert, sie erschlichen sind“. Damit hat der Autor eine Stereotype formuliert, die bis heute in allen möglichen Variationen wiederholt wird. Das intellektuelle Niveau der Schrift steht in einem umgekehrten Verhältnis zu ihrer Wirkung. Smend schrieb dazu: „Aber ihrer geschichtlichen Wirkung sollte man noch heute dankbar gedenken. Denn noch immer stand um die Wüste, in die uns der Positivismus geführt hatte, der vom Neukantianismus gezogene Zaun, und stand auf jeden Ausbruchversuch aus diesem Konzentrationslager (so!) die Strafe automatischen Verlusts der wissenschaftlichen Ehrenrechte. Damit war es nun zu Ende, unsere Generation, soweit sie gleich gesinnt war, hatte den programmatischen Ausdruck ihrer Befreiung gefunden...“.⁶

³ Frieder Günther, Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949-1970, 2004, aufschlussreich zum Umgang mit Kelsen S. 213 in Fn. 4, s. auch S. 222 und 263.

⁴ Erich Kaufmann, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie. Eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft, 1921, S. VII: „Aber diese Positivitäten selbst sollen noch nicht zur ausdrücklichen Formulierung kommen, sondern können höchstens in ihrer allgemeinen Richtung von dem einen oder anderen Ähnlichstrebenden herausgeföhlt werden“.

⁵ Ähnlich Wolfgang März, Der Richtungs- und Methodenstreit der Staatsrechtslehre, oder der staatsrechtliche Antipositivismus, in: Knut Wolfgang Nörr / Bertram Schefold / Friedrich Tenbruck (Hg.), Geisteswissenschaften zwischen Kaiserreich und Republik, 1994, S. 75-133 (103) und Oliver Lepsius, Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung, 1994, S. 354: „Das positive Anliegen Kaufmanns wird jedoch nicht klar, er kommt über harsche Kritik und beschwörende Andeutungen nicht hinaus“, und S. 354: „Blankoanleihen“ für eigene Zwecke.

⁶ Rudolf Smend, Zu Erich Kaufmanns wissenschaftlichem Werk, in: Um Recht und Gerechtigkeit. Festgabe Erich Kaufmann, Stuttgart, Köln 1950, S. 391-400 (395).

S. 151

HFR 9/2012 S. 3

- ⁵ Die Schrift Kaufmanns wird heute gern als Startschuss für den „Weimarer Methoden- und Richtungsstreit“ angesehen. Diese Bezeichnung ist überzogen, weil es in dem Streit nicht um eine Debatte um die methodischen Grundlagen des Staatsrechts in dem Sinne ging, dass beispielsweise Smend seine geisteswissenschaftliche Methode von Hellers wirklichkeitswissenschaftlichen Ansatz abgegrenzt und beide sich mit Triepels publizistischer Interessenjurisprudenz kritisch auseinandergesetzt hätten. Nein, der „Streit“ kannte nur eine Front: Antipositivisten gegen Positivisten. Mehr noch, im Kern ging es schlicht und einfach um ein „Kelsen-Bashing“. Smend bescheinigte Kelsens Staatslehre, sie verfolge das Ziel, „geistige Wirklichkeit möglichst weitgehend in Fiktion, Illusion, Verschleierung und Betrug (!) aufzulösen“.⁷ Beliebte waren die nationale Verdächtigung und der Verweis aus dem deutschen Kulturkreis. Kelsen habe „weder ein Verhältnis zur Nation noch zum Staate“⁸, sein Verfahren sei „undeutsch“, „intellektuell, substanzlos, ja destruktiv“.⁹ Ja, er wurde verdächtigt, die „akademische Jugend“ zu verderben.¹⁰ Soweit die Kritik überhaupt auf Inhalte und methodische Fragen einging, begnügte sie sich zumeist mit Schlagworten, die alsbald zu Kampfbegriffen wurden: „obrigkeitsstaatlicher Rechtsformalismus“¹¹ oder „logistischer Formalismus“¹². Nach 1933 bekam die Kritik eine antisemitische Note; Carl Schmitt sprach von der „Wiener Schule des Juden Kelsen“¹³.

S. 152

HFR 9/2012 S. 4

⁶ **III. Staat und Recht**

1. Kritik an der Zwei-Seiten-Lehre des Staates

Was sind die Gründe für diese Aversionen? An erster Stelle ist die Bestimmung des Verhältnisses von Recht und Staat zu nennen. Die Hauptströmung der Staatsrechtslehre des Kaiserreichs war sich einig, dass der Staat nicht mit dem Recht identisch ist, sondern diesem kategorial und historisch vorausgeht.¹⁴ Die wirkungsmächtigste Begründung ist Jellineks Zwei-Seiten-Lehre, die eine „Allgemeine Soziallehre des Staates“ und eine „Allgemeine Staatsrechtslehre“ unterscheidet.¹⁵ Der soziale Staat ist die „mit *ursprünglicher Herrschaftsmacht* ausgerüstete Verbandseinheit“, der einzige Verband, der kraft ihm innewohnender ursprünglicher, unabgeleiteter Macht herrscht. Jellinek lässt keinen Zweifel, dass diesem sozialen Staatsbegriff die juristische Erkenntnis des Staates nachfolgt. Der Staat sei „zunächst immer etwas Faktisches“, zu dem dann Gewöhnung und Recht hinzutreten.¹⁶ Die Zwei-Seiten-Lehre unterscheidet methodisch zwischen Sozialwissenschaften, die die Wirksamkeit des Staates betrachten, und der Normwissenschaft, für die der Staat eine

⁷ Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2. Aufl. 1968, S. 119-276 (204).

⁸ Otto Koellreutter, *Besprechung von Hans Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie*, in: *AöR* 17 (1929), S. 138-140 (140).

⁹ Ernst v. Hippel, *Besprechung von Wilhelm Jöckel, Hans Kelsens rechtstheoretische Methoden*, in: *Juristische Wochenschrift* 60 (1931), S. 1175.

¹⁰ Alexander Hold-Ferneck, *Der Staat als Übermensch. Zugleich eine Auseinandersetzung mit der Rechtstheorie Kelsens*, 1926, S. V f.

¹¹ Erich Kaufmann, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie. Eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft*, 1921, S. 81.

¹² Hermann Heller, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung* (1928), in: ders., *Gesammelte Schriften*, 2. Bd. 1971, S. 203-247 (242).

¹³ Carl Schmitt, *Schlusswort*, in: *Das Judentum in der Rechtswissenschaft. Ansprachen, Vorträge und Ergebnisse der Tagung der Reichsgruppe Hochschullehrer des NSRB am 3. und 4. 10. 1936*, 1936, S. 28-34 (30).

¹⁴ Nachweise bei Hugo Krabbe, *Die Lehre der Rechtssouveränität. Beitrag zur Staatslehre*, 1906, S. 85-92, 95-123.

¹⁵ Zur Trennung und gleichzeitigen Verbindung der empirischen und normativen Seite der Staatslehre Jellineks Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Zweiter Band 1800-1914*, 1992, S. 451 f.

¹⁶ Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (1900), 3. Auflage 1914, S. 180 f., 182, 268 f.

normative Größe ist.

- 7 Kelsen kritisiert die Zwei-Seiten-Lehre als methodologisch unmöglich, da ein und derselbe Erkenntnisgegenstand, der Staat, nicht von zwei Wissenschaften erfasst werden könne, deren Erkenntnisrichtungen völlig auseinanderfallen, nämlich von der kausalwissenschaftlich erkennenden Soziallehre vom Staat und der normativen Staatsrechtslehre. Die Identität des Erkenntnisgegenstands bedingt die Identität der Methode.¹⁷ Kelsen erläutert seine These, dass der Staat lediglich der juristischen Erkenntnis zugänglich ist, am Beispiel der Staatssoziologie Max Webers. Weber definiert den Staat so: „Staat soll ein politischer Anstaltsbetrieb heißen, wenn und insoweit sein Verwaltungsstab erfolgreich das Monopol legitimen physischen Zwangs für die Durchführung der Ordnungen in Anspruch nimmt“¹⁸. Kelsen legt nun an den einzelnen Definitionsmerkmalen dar, dass das Deutungsschema nur das Recht sein kann. Ordnung setze Normen voraus, so auch das Recht. Der Erzwingungsstab verweise auf das Zwangselement im Recht. Monopol sei ein aus der Wirtschaft entlehntes Bild für „Souveränität“. Fazit: „der ganze Aufbau des Weberschen Begriffssystems drängt geradezu zu der Erkenntnis: der Staat ist eine Rechtsordnung. Damit ist die Staatssoziologie als Rechtslehre enthüllt“.¹⁹ Der soziale Staatsbegriff ist also sinnlos, der Staat ist nichts anderes als die „Rechtsordnung oder deren Einheitsausdruck“.²⁰

S. 153

HFR 9/2012 S. 5

8 2. Selbstverpflichtungslehre und politische Theologie

Trotz des behaupteten Vorrangs des Staats vor dem Recht ging die deutsche Staatsrechtslehre so gut wie einmütig davon aus, dass der Staat eine juristische Person ist, „eigene Herrschaftsrechte behufs Durchführung seiner Aufgaben und Pflichten“ hat und an das von ihm erlassene Gesetz rechtlich gebunden ist.²¹ Der Staat soll also Rechtsstaat sein. Wie aber kann der Staat, der doch dem Recht kategorial und historisch vorgängig sein soll, rechtlich gebunden werden, wie kann er Rechtsstaat sein, d. h. wie ist seine Unterwerfung unter Rechtspflichten juristisch zu konstruieren? Wiederum ist es Jellinek, der mit der Selbstverpflichtungslehre die wirkungsmächtigste Antwort gibt. Ausgangspunkt ist die „ethische Erkenntnis seit Kant“, wonach nur diejenige Handlung vollkommen sittlich ist, „zu der wir uns selbst kraft unseres Wesens, nicht kraft einer von einem anderen gesetzten Norm verpflichtet fühlen“. Dem nahe liegenden Einwand, die „Selbstgesetzgebung der Vernunft“ begründe die Möglichkeit moralischen Handelns der Menschen, aber doch nicht Rechts- und damit Zwangspflichten der juristischen Person Staat, begegnet Jellinek mit dem weiteren Postulat, *Rechtspflicht* und moralische *Pflicht* seien zwar scharf zu unterscheiden, würden aber in dem Merkmal der *Pflicht* übereinstimmen. Deshalb liege in dem Begriff der staatlichen Selbstverpflichtung so wenig ein Widerspruch wie in dem der sittlichen Autonomie.²²

- 9 Kelsen hält Jellineks Selbstverpflichtungslehren vor, sie betreibe eine „Vergewaltigung der Logik“, wenn sie einerseits den Staat als vorrechtliches Machtphänomen, andererseits als Rechtsstaat denkt. Er begründet seine Kritik mit dem Argument, zwischen der Begriffstechnik der Theologie und jener der Jurisprudenz bestehe eine „weitgehende Analogie“.²³ Einerseits ist Gott die Ursache und der Erzeuger der Welt, so wie der Staat das Recht erzeugt. Andererseits könnten die Menschen den Gedanken Gottes gar nicht fassen, wenn nicht Gott irgendwie von der Natur der Welt und des

¹⁷ Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 6 f. Diese These von der „gegenstandskonstitutiven Kraft der Methode“ hat Kelsen vom Neukantianismus übernommen. Dazu Horst Dreier, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2. Aufl. 1990, S. 84 f.

¹⁸ Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft. 1. Halbband, 5. Aufl. 1972, S. 29.

¹⁹ Hans Kelsen, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, 2. Aufl. 1928, S. 169 f.

²⁰ Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 18.

²¹ Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre (1900), 3. Auflage 1914, S. 478.

²² Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre (1900), 3. Auflage 1914, S. 480 f.

²³ Hans Kelsen, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts (1920), 2. Aufl. 1928, S. 20.

Menschen wäre. Und auch für den Staat gilt, dass man ihn ohne Recht nicht denken kann, weshalb er dem Recht unterworfen und Rechtsperson sein muss. Dieser Parallelität des Problems entspricht – so fährt Kelsen fort – „haargenau“²⁴ die Parallelität der Problemlösung, nämlich die Analogie zwischen dem Dogma von der Menschwerdung Gottes und der Lehre von der Selbstverpflichtung des Staates. Der allmächtige, transzendente Gott spalte sich in zwei Personen, in Gott-Vater und Gott-Sohn. Gott-Vater unterwerfe sich in der Person des Gottessohnes der von ihm selbst gesetzten Weltordnung und verzichtet auf seine Allmacht.²⁵ Ebenso muss der Staat nach der Selbstverpflichtungslehre sich dem Recht unterwerfen, das er selbst erzeugt hat.

S. 154

HFR 9/2012 S. 6

- 10 Kelsen will mit dieser Parallelisierung sagen, dass die Theologie mit „zwei Ordnungen, mit einer doppelten Wahrheit“²⁶ operiere, da sie die zwei voneinander verschiedenen Systeme Gott und Natur innerhalb ein und derselben Erkenntnisphäre auftreten lasse, „während die prinzipielle Tendenz aller Erkenntnis auf systematische Einheit gerichtet ist“²⁷. Die Überwindung und Aufhebung der theologischen Methode ist die Herstellung der Einheit und Reinheit des Systems: Die Staats- oder Rechtslehre muss, „will sie den Forderungen der Logik, der Wissenschaftlichkeit genügen, entweder das Recht im Staat aufgehen lassen, das heißt: die jeweilige Rechtsordnung als Staatsordnung erkennen, oder den Staat im Recht aufgehen lassen, d. h. die jeweilige Staatsordnung als Rechtsordnung erkennen“²⁸. Bekanntlich geht Kelsen den zweiten „Weg zu einer echten Wissenschaft“: Die Identifikation des Staates mit dem Recht, die Erkenntnis des Staates als Rechtsordnung wird zur Voraussetzung einer echten, einer reinen Rechtswissenschaft.²⁹ Folglich ist der Staat nicht mehr als der „Ausdruck für die Einheit eines Systems“, nämlich der Rechtsordnung.³⁰ Und die Souveränität des Staates? Sie ist ebenfalls ein bloßer „Ausdruck für Einheit des Rechtssystems und Reinheit der Rechtserkenntnis“³¹. Streng genommen ist der Staat eine rechtswissenschaftlich überflüssige Kategorie. Kelsen entzieht also der deutschen Staatsrechtslehre ihren Lieblingsgegenstand, den Staat. Das hat sie ihm nie verziehen.

S. 155

HFR 9/2012 S. 7

11 IV. Konflikte mit der antipositivistischen Staatsrechtslehre

1. Staatsrecht und Politik

Es ist der wissenschaftliche Anspruch des staatsrechtlichen Positivismus, Recht und Politik auseinander halten zu können. Genau dieser Anspruch steht im Zentrum der Kritik der antipositivistischen Weimarer Staatsrechtslehre, die sich weitgehend einig war, dass sich Staatsrecht und Politik nicht trennen lassen. Carl Schmitt hielt den Positivisten entgegen, es sei „ein spezifisch politischer Kunstgriff ...“, die eigene Auffassung als unpolitisch, die Fragen und Meinungen des Gegners als politisch hinzustellen“.³² Eine Art Programmschrift des Antipositivismus war die Rektoratsrede Heinrich Triepels zum Thema „Staatsrecht und Politik“. Darin führte er aus, dass die Gewissheit, die mit der formalen Logik erreicht werden solle, ein „trägerischer Schein“ sei, weil die juristische Begriffsbildung ohne Werturteile nicht auskomme und das Staatsrecht sich ohne Rücksicht auf das Politische nicht betreiben lasse. Deshalb sollten teleologisch-politische Erwägungen offengelegt statt hinter der „Maske des Logischen“

²⁴ Hans Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (1922), 2. Aufl. 1928, S. 227.

²⁵ Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 76 f.

²⁶ Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 79 f.; ders., *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (1922), 2. Aufl. 1928, S. 252.

²⁷ Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 76 f.

²⁸ Hans Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (1922), 2. Aufl. 1928, S. 248.

²⁹ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 319 f.

³⁰ Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 76.

³¹ Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 105 f.

³² Schmitt, *Der Hüter der Verfassung* (1931), 2. Aufl. 1969, S. 3.

verborgen werden.³³

- 12 Um was ging es in diesem Streit? Die Weimarer Reichsverfassung stellte die Frage nach der Loyalität zur republikanisch-parlamentarischen Demokratie. Die große Mehrheit der positivistischen Staatsrechtler hat sie mehr oder weniger eindeutig bejaht. „Das gesetzte Recht zu respektieren, bedeutet auch Respekt gegenüber der Volksvertretung, die es setzt³⁴“. Die Antipositivisten taten sich mit diesem Respekt schwerer. Ein historisches Dokument ihrer Motive ist ein Aufsatz, den Triepel zu Beginn des Jahres 1919 geschrieben hatte. Die untergegangene Monarchie habe die Freiheit besser geschützt als die reine Demokratie dies vermag. Denn je folgerichtiger das demokratische Prinzip durchgeführt werde, umso näher liege die Möglichkeit, dass die Minderheit von der Mehrheit vergewaltigt werde. Es komme hinzu, dass der Sozialismus zu einer starken Ausdehnung der staatlichen Gewalt neige. Deshalb forderte Triepel verfassungsrechtliche Vorkehrungen gegen einen „demokratischen Absolutismus“. Die erste Bastion des Schutzes bürgerlicher Freiheit sollten die Grundrechte sein, womit ein Schutz „vor allem gegenüber der Gesetzgebung“ gemeint war. Als zweite Bastion sollte ein „freies Prüfungsrecht“ der Gerichte hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze dienen.³⁵ Triepel hat an der antiparlamentarischen Stoßrichtung dieser Forderungen nie einen Zweifel gelassen.

S. 156

HFR 9/2012 S. 8

- 13 Die reine Rechtslehre will das Recht durch eine strikte Formalisierung der rechtswissenschaftlichen Begriffe vor Politisierungen schützen.³⁶ Aus diesem Anspruch folgen zwei Frontstellungen. Erstens ist die Reinheit der Rechtslehre gegen die *Naturrechtslehre* sicher zu stellen, die „die Rechtstheorie aus dem Bereiche positiver Rechtssätze in den ethisch-politischer Postulate zieht³⁷“. Gegenstand der Rechtswissenschaft ist nur das *positive, gesetzte Recht*. Wenn nun aber das positive Recht von Menschen gesetzt wird, ist es dann nicht das Produkt von empirischen Gesetzgebungsakten, d. h. von Seinstatbeständen? Dieser Schluss ist mit der zweiten Frontstellung der reinen Rechtslehre, nämlich der strikten *Trennung von Sein und Sollen*, unvereinbar.³⁸ Deshalb ist es nicht der empirische Gesetzgeber, der die Normativität des Rechts begründet, sondern die Grundnorm, die der Geltungsgrund aller Rechtsnormen ist, die sich auf sie zurückführen lassen.³⁹ Zugleich soll sie sicherstellen, dass die dergestalt erzeugte Rechtsordnung als eine sinnvolle begriffen werden kann. Sinnvoll ist eine Ordnung aber nur, wenn sie Regeln bereithält, die geeignet sind, interne Widersprüche zu vermeiden bzw. aufzulösen.⁴⁰ Demnach ist das positive Recht eine widerspruchsfreie Ordnung, also ein System von Rechtsnormen.
- 14 Die Formalisierung bezieht sich auf die Rechtslehre, also auf die wissenschaftliche Theorie des Rechts, nicht aber auf die Rechtserzeugung und Rechtsanwendung.⁴¹ Nach Kelsen sind das Urteil eines Gerichts oder der Verwaltungsakt einer Behörde in gleicher Weise Anwendung des Gesetzes und Rechtserzeugung wie die Gesetzgebung

³³ Heinrich Triepel, Staatsrecht und Politik. Rede beim Antritte des Rektors der Friedrich Willhelms-Universität zu Berlin am 15. Oktober 1926, 1927, S. 19, 32, 37.

³⁴ Bernhard Schlink, Weimar – von der Krise der Theorie zur Theorie der Krise, in: Wilfried Erbguth / Friedrich Müller / Volker Neumann (Hrsg.), Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Austausch. Gedächtnisschrift Bernd Jeand'Heur, 1999, S. 43-55 (51).

³⁵ Heinrich Triepel, Die Entwürfe zur neuen Reichsverfassung, in: Schmollers Jb. 43 (2. Heft 1919), S. 55-106 (63-70).

³⁶ Sehr deutlich Hans Kelsen, Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre, in: Juristische Wochenschrift 58 (1929), 1723-1726 (1724).

³⁷ Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (1910), 2. Auflage 1923, Vorwort S. V.

³⁸ Hans Kelsen, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Berlin 1928, S. 8 und 10.

³⁹ Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 197.

⁴⁰ Hans Kelsen, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Berlin 1928, S. 21, 66.

⁴¹ Hans Kelsen, Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre, in: Juristische Wochenschrift 58 (1929), 1723-1726 (1725 f.).

Anwendung der übergeordneten Verfassungsnorm und Rechtserzeugung ist.⁴² Die anzuwendende Norm determiniert also die Entscheidung des Rechtsanwenders niemals vollständig, woraus folgt, dass nicht nur die Entscheidungen des Gesetzgebers, sondern auch die der Justiz und Verwaltung politische, historische, soziologische oder moralische Elemente aufweisen können. Allerdings bildet die anzuwendende höhere Norm für die Erzeugung der niederen Norm einen Rahmen, dessen Grenzen „mit allen erlaubten Mitteln der Interpretation“ zu ermitteln seien.⁴³ Dass mit dieser Aussage der im Kern dezisionistische Ansatz nicht wirklich zurückgenommen wird, beweist seine Interpretationslehre⁴⁴: Die Auslegung und Anwendung des positiven Rechts ist eine „letztlich willkürliche, in ihrem Kern nicht zu rationalisierende, immer zugleich auch subjektiv wertende Willensentscheidung“.⁴⁵ Die reine Rechtslehre hält also die Trennung von Recht und Politik in der Wissenschaft durch, räumt aber ein, dass in die Auslegung und Anwendung des Rechts durchaus politische Wertungen eingehen können.

S. 157

HFR 9/2012 S. 9

15 2. Der Staat als Integration

Gegen Kelsens Staatsrechtslehre ohne Staat hatte Smend seine Schrift „Verfassung und Verfassungsrecht“ geschrieben. Der Staat sei ein Verband, an dessen „Tatsächlichkeit“ nicht zu zweifeln sei. Freilich sei die Tatsächlichkeit keine „natürliche Tatsache“, sondern eine „Kulturerrungenschaft, die wie alle Realitäten des geistigen Lebens selbst fließendes Leben, also steter Erneuerung und Weiterführung bedürftig, eben deshalb aber auch stets in Frage gestellt ist“. Diese Selbsterneuerung des Staates sei „ein erheblicher, ja der grundlegende Teil seiner Lebensvorgänge“. Diese Lebensvorgänge belegt Smend mit dem Begriff der Integration, den er - pleonastisch - mit „einigendem Zusammenschluss“ übersetzt. Und wo bleibt das Recht? Smend spricht von der Verfassung zwar als der „Rechtsordnung des Staates“, schränkt diese Aussage aber sofort ein: Die Verfassung könne den ständigen Integrationsprozess des Staates nicht vollständig, sondern nur in einzelnen seiner Seiten erfassen.⁴⁶ Die Parallelen zu Gierkes „realer Verbandspersönlichkeit“ springen ins Auge.⁴⁷ Dass das Verfassungsrecht weniger dem Schutz des Einzelnen, sondern vorrangig der Integration des Staates zu dienen hat, zeigt sein Grundrechtsverständnis. Grundrechte sind danach in erster Linie keine individuellen Freiheitsrechte, sondern ein „Wert- oder Güter-, ein Kultursystem“, das zugleich Sinnstiftung, Orientierung und Legitimation des Staates sein soll.⁴⁸ Sie postulieren also nicht Freiheit vom Staat, sondern eine „Pflicht hin zum Staat“⁴⁹.

16 Smend entwickelte seine Integrationslehre auf der Grundlage der Kulturphilosophie Theodor Litts, wobei gestritten werden darf, ob er diese Philosophie unverzerrt rezipiert

⁴² Hans Kelsen, Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, in: Die Justiz VI (1930/31), S. 576-628 (592).

⁴³ Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 2. Aufl. Tübingen 1923, Vorwort S. XII f. und S. 508.

⁴⁴ Kelsen hat seine Interpretationslehre in den Schlusskapiteln §§ 45-47 der Reinen Rechtslehre, 2. Aufl. Wien 1960, S. 346-354 prägnant zusammengefasst.

⁴⁵ Horst Dreier, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2. Aufl. 1990, S. 146. - Kelsens „methodischer Nihilismus“ hat viele Kritiker gefunden. Ulla Held-Daab, Das freie Ermessen. Von den vorkonstitutionellen Wurzeln zur positivistischen Auflösung der Ermessenslehre, 1996, S. 245 fordert eine Ergänzung des positivistischen Ansatzes durch eine Auslegungslehre. Jochen von Bernstorff, Der Glaube an das universale Recht. Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler, 2001, S. 179 sieht in dieser Fehlstelle einen „Einbruch von Subjektivität“ in das positive Recht.

⁴⁶ Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 2. Aufl. 1968, S. 119-276 (134 f., 189).

⁴⁷ Der Staatsbegriff Smends gleiche der „realen Lebenseinheit“ Gierkes „wie ein Ei dem anderen“. Hans Kelsen, Der Staat als Integration, 1930, S. 29.

⁴⁸ Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 2. Aufl. 1968, S. 119-276 (263-268).

⁴⁹ Wolfgang März, Der Richtungs- und Methodenstreit der Staatsrechtslehre, oder der staatsrechtliche Antipositivismus, in: Knut Wolfgang Nörr / Bertram Schefold / Friedrich Tenbruck (Hg.), Geisteswissenschaften zwischen Kaiserreich und Republik, 1994, S. 75-133 (109); vgl. auch Christoph Möllers, Staat als Argument, 2000, S. 112 f.

hat.⁵⁰ Jedenfalls hoffte er, darin eine Stütze gegen die neukantianische Erkenntnistheorie zu finden, die der Rechtstheorie Kelsens zugrunde liegt.⁵¹ Nach Litt stehen die Individuen in Wechselbeziehungen zueinander und bilden durch den Austausch von Lebensäußerungen eine Gemeinschaft, die einen „geschlossenen Kreis“ darstellt, der ein Gesamtgeschehen konstituiert, das aus der Sicht des Einzelnen zum individuellen Erlebnis und aus der Sicht der Gemeinschaft zum Gesamterlebnis wird.⁵² Smend hat diese Lehre auf den Staat übertragen, dessen „Kernvorgang“ die Integration ist, d. h. so etwas wie ein Plebiszit, „das sich jeden Tag wiederholt“.⁵³

S. 158

HFR 9/2012 S. 10

- 17 Kelsen hat alle Widersprüche und Ungereimtheiten des kryptischen Textes in unerbittlicher Strenge herauspräpariert.⁵⁴ In einer früheren Schrift hatte er süffisant angemerkt, dass „Kinder, Wahnsinnige, Schlafende“ schwerlich in einer seelischen Wechselwirkung mit anderen Individuen stehen können, woraus doch wohl folgen müsse, dass allein das Recht über die Zugehörigkeit zum Staate entscheiden könne.⁵⁵ Smend musste das natürlich bestreiten, verstrickte sich dabei aber in allerlei Widersprüche. So sprach er unvermittelt von einer „rechtlichen Zugehörigkeit“ und von den dem Staate „rechtlich Angehörenden“.⁵⁶ Zu den von Kelsen aufgelisteten Ungereimtheiten gehören Smends Anspielungen, die Ostjuden seien „ihrem Wesen nach zu integrierender Funktion ungeeignet“ und die schwarz-rot-goldenen Reichsfarben würden weniger integrierend wirken als Schwarz-Weiß-Rot!⁵⁷ Kelsen schließt seine Schrift mit der knappen Feststellung, dass Smends Integrationslehre dem „Kampf gegen die Verfassung der deutschen Republik“ diene. In der Sache ist seine Kritik bis heute unwiderlegt geblieben. Lediglich an ihrem Stil wurde der „hochfahrende Ton“ gerügt, „in dem zensiert wird, als handele es sich um die missratene Seminararbeit eines Anfängers“.⁵⁸ Dem lässt sich leider nicht widersprechen.

S. 159

HFR 9/2012 S. 11

18 3. Kritik des Parlamentarismus

Antiparlamentarische Polemiken sind – mit der wirklichen Ausnahme Hermann Heller – bei so gut wie allen Weimarer Antipositivisten anzutreffen. Symptomatisch ist einmal mehr die Kritik Triepels.⁵⁹ In einer 1927 gehaltenen Rede sind so ziemlich alle Topoi der Parlamentarismuskritik der Weimarer Rechten anzutreffen: atomistischer Individualismus, Massendemokratie, Verfehlung der ideellen Grundlagen des Parlamentarismus, Parteiherrschaft, Parteienstaat etc. Abhilfe soll eine organische Staatsauffassung schaffen, wonach „Kräfte einer personell und territorial reich

⁵⁰ Das bestreiten Hans Kelsen, *Der Staat als Integration*, 1930, S. 7-9 und Hanns Mayer, *Die Krisis der deutschen Staatslehre und die Staatsauffassung Rudolf Smends*, 1931, S. 43-46.

⁵¹ Stefan Koriöth, *Integration und Bundesstaat. Ein Beitrag zur Staats- und Verfassungslehre Rudolf Smends*, 1990, S. 114.

⁵² Theodor Litt, *Individuum und Gemeinschaft. Grundlagen der sozialen Theorie und Ethik*, 3. Aufl. 1926.

⁵³ Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2. Aufl. 1968, S. 119-276 (136).

⁵⁴ Hans Kelsen, *Der Staat als Integration*, 1930. Zur „Eigenart“ des kryptischen Textes schreibt Kelsen: „ein völliger Mangel systematischer Geschlossenheit, eine gewisse Unsicherheit der Auffassung, die klaren, eindeutigen Entscheidungen ausweicht, sich am liebsten nur in vagen Andeutungen ergeht und jede einigermaßen fassbare Position mit vorsichtigen Einschränkungen belastet; daher ein dunkler, von allzu vielen sich selbst nur halb erklärenden Fremdwörtern erfüllter, überaus schwerfälliger Sprachstil“ (S. 2).

⁵⁵ Hans Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (1922), 2. Aufl. 1928, S. 9

⁵⁶ Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2. Aufl. 1968, S. 119-276 (134). Dazu Hans Kelsen, *Der Staat als Integration*, 1930, S. 40-43.

⁵⁷ Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2. Aufl. 1968, S. 119-276 (145, 163).

⁵⁸ Stefan Koriöth, „soweit man nicht aus Wien ist“ oder aus Berlin: Die Smend/Kelsen-Kontroverse, in: Stanley L. Paulson / Michael Stolleis (Hrsg.), *Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, 2005, S. 319-326 (326).

⁵⁹ Heinrich Triepel, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, Berlin 1928.

gegliederten neuen Selbstverwaltung wirtschaftlicher und geistiger Art“ den Staat von unten her aufbauen. Kelsen hatte gespottet, dass die Selbstverwaltung, die Triepel an die Stelle der parlamentarischen Demokratie setzen wolle, „doch eine recht demokratische Einrichtung“ sei.⁶⁰

- 19 Für Kelsen ist Demokratie der Protest gegen den fremden Willen, dem sich der eigene beugen soll, woraus die Forderung der Freiheit erwächst. Mit Rousseau ist er sich einig, dass frei nur sein kann, „wer zwar untertan, aber nur seinem eigenen, keinem fremden Willen untertan ist“. Die Idee der Demokratie gründet also in der Freiheit, zu der die Gleichheit dienend hinzutritt.⁶¹ Die Priorität der Freiheit ist der erste Unterschied zu Carl Schmitt, für den die Identität, die Gleichheit das Prinzip der Demokratie ist. Bekanntlich bedeutet Gleichheit für ihn nicht „Gleichheit alles dessen, was Menschenantlitz trägt“, sondern wesentlich Gleichartigkeit des Volkes, Homogenität.⁶² Erstaunlich ist, dass auch in Kelsens Demokratietheorie Homogenität positiv besetzt ist: Voraussetzung der Verständigung von Mehrheit und Minderheit ist „eine kulturell relativ homogene Gesellschaft, insbesondere gleiche Sprache“. ⁶³ Deshalb habe „das Majoritätsprinzip nur innerhalb eines national einheitlichen Körpers vollen Sinn“, wobei Nation in erster Linie eine „Kultur- und Sprachgemeinschaft“ meint.⁶⁴ Erstaunlich ist die positive Bewertung der Homogenität deshalb, weil sie in einem deutlichen Widerspruch zu einer gängigen und von Kelsen selbst angebotenen Deutung der Motive steht, die der reinen Rechtslehre zugrunde liegen: „Angesichts des österreichischen Staates, der sich aus so vielen nach Rasse, Sprache, Religion und Geschichte verschiedenen Gruppen zusammensetzte, erwiesen sich Theorien, die die Einheit des Staates auf irgendeinen sozial-psychologischen oder sozial-biologischen Zusammenhang der juristisch zum Staat gehörigen Menschen zu gründen versuchten, ganz offenbar als Fiktionen. Insofern diese Staatstheorie ein wesentlicher Bestandteil der Reinen Rechtslehre ist, kann die Reine Rechtslehre als ein spezifisch österreichische Theorie gelten⁶⁵“. Kelsens Meinungsumschwung in den 1920er Jahren könnte mit der geschichtlichen Erfahrung erklärbar sein, dass ein stabiles Gemeinwesen eben doch mehr als eine widerspruchsfreie Rechtsordnung voraussetzt.

S. 160

HFR 9/2012 S. 12

- 20 Was Kelsen unter Homogenität versteht, lässt sich mit Hilfe seiner Rechtstheorie entschlüsseln: Die Wirksamkeit, d. h. der Seinstatbestand, dass Rechtsnormen im Großen und Ganzen befolgt werden, ist nicht der Grund der Geltung des Rechts, sondern lediglich die *Bedingung* seiner Geltung. Gleiches gilt für die Homogenität: Sie ist nicht der Grund der Demokratie, aber eine wesentliche *Bedingung* dafür, dass demokratische Verfahren ihre Geltung behalten. Deshalb kann Kelsen an einem strikt formalen Begriff der Gleichheit festhalten⁶⁶, ohne damit in Widerspruch zu seinem materialen Verständnis von Homogenität zu geraten. Homogenität steht bei ihm für ein Set relativer Gemeinsamkeiten, auf deren Grundlage härteste Konflikte (Klassenkampf!) ausgefochten werden können, ohne die demokratischen Verfahren in Frage zu stellen. Homogenität ist eine Bedingung für die Dynamik der Demokratie.
- 21 Für Kelsen ist der Parlamentarismus „die einzige reale Form ..., in der die Idee der Demokratie innerhalb der sozialen Wirklichkeit von heute erfüllt werden kann“⁶⁷. Zugleich äußert er sich aber skeptisch gegenüber einer Verbindung von Demokratie und Repräsentation. Der Gedanke der demokratischen Selbstbestimmung werde durch

⁶⁰ Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl. 1929, S. 112.

⁶¹ Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl. 1929, S. 4, 93.

⁶² Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 5. Aufl. 1970, S. 223, 226, 227.

⁶³ Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 324; ders., *Das Problem des Parlamentarismus*, 1926, S. 36 f.

⁶⁴ Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl. 1929, S. 66; ders., *Das Problem des Parlamentarismus*, 1926, S. 36 f.

⁶⁵ So Kelsen in einer Autobiographie, zitiert nach Rudolf Aladár Métall, Hans Kelsen. *Leben und Werk*, 1969, S. 42.

⁶⁶ Deutlich Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 368.

⁶⁷ Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl. 1929, S. 27.

die parlamentarische „Mittelbarkeit der Willensbildung“ gebrochen, was notwendig zu einer Einschränkung der Freiheit führt. Diese Einschränkung müsse anerkannt werden und dürfe nicht mit der Lehre von der Repräsentation verdeckt werden. Denn diese Lehre sei eine „Fiktion⁶⁸ⁿ“, weil der Repräsentant an die Instruktionen der Wähler rechtlich nicht gebunden ist.⁶⁹ Lässt sich also die mit dem Parlamentarismus verbundene „Reduktion der Idee der Demokratie⁷⁰ⁿ“ nicht rechtfertigen? Doch, antwortet Kelsen, aber nicht mit Ideen, sondern pragmatisch und funktional mit dem Erfordernis differenzierender Arbeitsteilung. Es gibt für Kelsen also keine nicht-pragmatische Begründung der repräsentativen Demokratie. Einerseits ist der Parlamentarismus unverzichtbar für die Durchführung von Demokratie, andererseits muss redlicherweise anerkannt werden, dass die parlamentarische Repräsentation eine Einschränkung von Demokratie ist.

S. 161

HFR 9/2012 S. 13

22 4. Richterliches Prüfungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit

Die Frage nach einem richterlichen Prüfungs- und Verwerfungsrecht, die schon vor der einschlägigen Entscheidung des Reichsgerichts⁷¹ kontrovers diskutiert wurde, spaltete die deutsche Staatsrechtslehre einmal mehr entlang der vertrauten Frontlinie – allerdings mit einer irritierenden Abweichung. Vertraut war, dass die republikanisch orientierten Staatsrechtslehrer, also vor allem die Vertreter des staatsrechtlichen Positivismus, befürchteten, ein richterliches Prüfungsrecht werde den Klassenkompromiss der Weimarer Verfassung zu Lasten der Arbeiterschaft verschieben, und es folgerichtig ablehnten.⁷² Diejenigen Staatsrechtslehrer, die der demokratischen Republik ablehnend oder skeptisch-distanziert gegenüber standen, und das war die Mehrheit, begrüßten die zitierte Entscheidung des Reichsgerichts, die ohne Begründung ein Recht der Gerichte auf Prüfung und Verwerfung von Parlamentsgesetzen nach Maßgabe der Verfassung behauptet hat. Die freundliche Aufnahme der Rechtsprechung verwundert nicht, kam doch die Forderung nach einem richterlichen Prüfungsrecht aus der Staatsrechtslehre. Triepel hatte m. W. als erster Staatsrechtler ein „freies Prüfungsrecht“ der Gerichte gefordert⁷³: „Denn das richterliche Prüfungsrecht ist in der parlamentarischen Republik, wenn nicht der einzige, so doch der wichtigste Schutz der bürgerlichen Freiheit gegenüber einem machthungrigen Parlament⁷⁴ⁿ. Es war schon so: Motiv der Erfindung des richterlichen Prüfungsrechts war die „Furcht des bürgerlichen Mittelstandes vor einer sozialistischen, eigentumsfeindlichen Gesetzgebung des Parlaments“. ⁷⁵

23 Irritierend war, dass Kelsen nicht ohne weiteres dem Lager der Gegner eines richterlichen Prüfungsrechts zugeordnet werden kann. Denn die reine Rechtslehre läuft auf ein solches Prüfungsrecht hinaus. Es kann ja sein, dass eine vom Gesetzgeber erlassene Norm in formeller oder materieller Hinsicht der Verfassung widerspricht. Dann stellt sich das „eigentliche Problem“: „Wer entscheidet, ob die zu vollziehende Norm rechtmäßig, d. h. zu vollziehen ist, oder nicht?“⁷⁶ Da innerhalb einer

⁶⁸ Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl. 1929, S. 30.

⁶⁹ Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 310-317.

⁷⁰ Theo Öhlinger, *Repräsentative, direkte und parlamentarische Demokratie*, in: Werner Krawietz/Ernst Topitsch/Peter Koller (Hrsg.), *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1982, S. 215-229 (216).

⁷¹ RGZ 111, 320 (323).

⁷² Zum Meinungsstand Ernst v. Hippel, *Das richterliche Prüfungsrecht*, in: Gerhard Anschütz/Richard Thoma (Hrsg.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*. Band 2, 1932, S. 554 f. in Fn. 32 und 33; Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, 14. Aufl. 1933, Art. 70 Anm. 4 und 5 (S. 370-375).

⁷³ Heinrich Triepel, *Die Entwürfe zur neuen Reichsverfassung*, in: *Schmollers Jb.* 43 (2. Heft 1919), S. 55-106 (63-70).

⁷⁴ Heinrich Triepel, *Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichsverfassung*, in: *AöR* 39 (1920), S. 456-546 (537 f.).

⁷⁵ So Helge Wendenburg, *Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik*, 1984, S. 57 mit weiteren Nachweisen in Fn. 43.

⁷⁶ Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 289.

Rechtsordnung eine Rechtsnorm nicht nichtig, sondern nur vernichtbar sein kann⁷⁷, bleibt ein formell oder materiell verfassungswidriges Gesetz gleichwohl gültig und zwar solange, bis dasjenige Organ, das nach der Verfassung für die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zuständig ist, dieses Gesetz aufgehoben hat. Die Verfassung tut also gut daran, die für diese Entscheidung zuständige Stelle zu bestimmen. Bis hierher kann man Kelsen folgen.

S. 162

HFR 9/2012 S. 14

- 24 Was aber ist, wenn die Verfassung – wie in der Weimarer Reichsverfassung geschehen – eine solche Bestimmung nicht enthält? Dann – so Kelsen – seien die Organe, die von der Verfassung ermächtigt sind, Gesetze anzuwenden, also insbesondere die Gerichte, zugleich ermächtigt, die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit vorzunehmen.⁷⁸ Gewiss, die Verfassung könne von der Ermächtigung, die Gesetze anzuwenden, die Befugnis zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit jedenfalls bis zu einem gewissen Grade ausschließen. Tue sie das nicht, bleibe es bei dem Prüfungsrecht der zur Gesetzesanwendung berufenen Organe. Wenn das alle Gerichte sind, dann seien sie in der Regel nur befugt, die Anwendung des für verfassungswidrig erachteten Gesetzes in dem konkreten Fall aufzuheben. Das Gesetz bleibe für alle anderen Fälle, auf die es sich bezieht, in Geltung und sei von allen Gerichten auf diese Fälle anzuwenden.⁷⁹
- 25 Der Streit um das richterliche Prüfungsrecht gehört zur Vorgeschichte der Debatte um die Einrichtung einer Verfassungsgerichtsbarkeit. Dabei ist es nicht so, dass die Gegner des Prüfungsrechts auch einer Verfassungsgerichtsbarkeit ablehnend gegenüber gestanden wären. Ein so kompromissloser Kritiker der Entscheidung des Reichsgerichts vom 4. 11. 1925 wie Anschütz hielt ein Prüfrecht für tragbar, „wenn es durch Gesetz zentralisiert, d. h. einem obersten, für das ganze Reich zuständigen Gerichtshof ... ausschließlich übertragen wird“.⁸⁰ Die fachlichen Einwände gegen ein Prüfrecht eines jeden Gerichts, also insbesondere die Gefahren für die Rechtseinheit und Rechtsicherheit, liegen so offen auf der Hand, dass zu erwarten gewesen wäre, dass seine Befürworter bereitwillig der Alternativforderung nach einem Verfassungsgericht zugestimmt hätten. Dass das nicht der Fall war, liegt daran, dass es den Befürwortern eben weniger um fachjuristische als um politische Fragen ging, nämlich um den Schutz bürgerlicher Interessen gegen das demokratisch gewählte Parlament. Diese Stoßrichtung wird in Triepels Referat auf der Tagung der Staatsrechtslehrer in Wien im Jahre 1928 sehr deutlich: Da Verfassungsstreitigkeiten politische Streitigkeiten seien, sei zu erwarten, dass über die Organisation, das Verfahren und vor allem über die Besetzung eines Staatsgerichtshofs „unter Mitwirkung der Legislatur“ politisch entschieden würde. Deshalb hielt er eisern daran fest, dass jeder Richter den Bürger gegen den Gesetzgeber zu schützen habe, „nicht bloß ein Staatsgerichtshof“.⁸¹

S. 163

HFR 9/2012 S. 15

- 26 Kelsen hielt auf eben dieser Jahrestagung der Staatsrechtslehrer das Ko-Referat zu Triepel, der alle Bedenken, Vorbehalte und Vorurteile gegen eine Verfassungsgerichtsbarkeit zusammentrug, ohne sich aber klipp und klar gegen sie auszusprechen. Das Referat von Kelsen war doppelt so lang und inhaltlich „von einem anderen Stern“. Er setzte sich mit allen Aspekten des Themas bis ins kleinste Detail auseinander und bemühte sich um die Widerlegung jeden Einwands, um zu dem klaren Ergebnis zu gelangen, dass eine Verfassungsgerichtsbarkeit zwar mit Risiken verbunden ist, gegen die aber rechtliche Vorkehrungen getroffen werden können. Da

⁷⁷ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 280 f.

⁷⁸ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 275 f.

⁷⁹ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 277 f.; ders., *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 254 f., 290.

⁸⁰ Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 14. Aufl. 1933, Art. 70 Anm. 5 (S. 374 f.).

⁸¹ Heinrich Triepel, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, in: *VVDStRL* 5 (1929), S. 1-29 (15, 17).

es – wie oben dargelegt⁸² – keinen grundsätzlichen Unterschied zwischen Gesetzgebung und Gesetzesvollziehung gibt, muss es möglich sein, dass die Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung in gleicher Weise wie die Rechtmäßigkeit der Gesetzesvollziehung durch die Justiz kontrolliert wird. Und auch den Einwand, die Aufhebung eines Akts der Gesetzgebung sei ein Eingriff in die gesetzgebende Gewalt und deshalb ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung, lässt er nicht gelten. In der demokratischen Republik würde die Macht nämlich nicht deshalb auf verschiedene Organe aufgeteilt, um sie gegenseitig zu isolieren, sondern um eine gegenseitige Kontrolle zu ermöglichen. Dann aber stehe eine Verfassungsgerichtsbarkeit nicht nur nicht im Widerspruch zum Prinzip der Trennung der Gewalten, sondern bestätige im Gegenteil dieses Prinzip.⁸³ Das ist ein ausgesprochen modernes Verständnis der Gewaltenteilung.

- 27 Kelsen optiert für die Einrichtung einer Verfassungsgerichtsbarkeit, tut das aber alles andere als vorbehaltlos. Dass Prüfungsmaßstab nur positive Verfassungsnormen, nicht aber irgendwelche überpositiven Normen sein können, ist für den Protagonisten der reinen Rechtslehre eine Selbstverständlichkeit. Allerdings könne – so Kelsen weiter – der Verfassungstext selbst Formeln wie „Gerechtigkeit“, „Gleichheit“, „Billigkeit“, „Sittlichkeit“ usw. enthalten. Die Grenze zwischen Formeln, die dem bloßen Schmuck der Verfassung dienen, und positiven Bestimmungen zum Inhalt von Gesetzen sei gerade „im Katalog der Grund- und Freiheitsrechte“ leicht zu verwischen. Problematisch seien solche sprachlich offene Formeln, weil sie die Gefahr einer „Machtverschiebung vom Parlament zu einer außerhalb desselben stehenden Instanz“ enthalten, „die zum Exponenten ganz anderer politischer Kräfte werden kann als jener, die im Parlament zum Ausdruck kommen“. Kelsen hat auch verfassungsprozessuale Vorbehalte. Eine *actio popularis*, also ein Recht des Jedermann auf Erhebung einer Verfassungsbeschwerde, wäre zwar das effektivste Mittel zur Beseitigung rechtswidriger Akte, würde aber zu einer unerträglichen Überlastung des Verfassungsgerichts führen.⁸⁴ Dass diese Warnung fast schon prophetische Qualität hat, belegt das geltende Verfassungsprozessrecht, in dem der Topos „Überlastung des Bundesverfassungsgerichts“ zu einer Art ungeschriebener Zulässigkeitsvoraussetzung der Verfassungsbeschwerde geworden ist. Ein Argument Kelsens soll noch genannt werden: Einer Verfassung fehle der Charakter voller Rechtsverbindlichkeit, solange verfassungswidrige Akte der Staatsgewalt nicht aufgrund ihrer Verfassungswidrigkeit aufgehoben werden können.⁸⁵ Deshalb sei eine Verfassungsgerichtsbarkeit die „logische Konsequenz jeder ernstgemeinten Verfassung“⁸⁶. Das ist eine pointierte, aber im Kern richtige Folgerung.

S. 164

HFR 9/2012 S. 16

28 V. Völkerrecht als reine Rechtslehre

Eine Reaktion auf den 1. Weltkrieg war eine internationale Bewegung für ein neues Völkerrecht. Völkerrechtler verschiedener Nationen wollten eine friedlichere Weltordnung schaffen, in deren Mittelpunkt nicht mehr die Souveränität des Staates stehen sollte. Im deutschsprachigen Raum gehörte zu dieser Bewegung vor allem die Wiener Schule mit Hans Kelsen. Zwar verbot die reine Rechtslehre mit ihrer strikten Trennung von Wissenschaft und Politik die Einbringung völkerverständigender oder pazifistischer Motive und Absichten in die völkerrechtswissenschaftliche Theoriebildung. Gleichwohl wurde Kelsen mit der Monographie „Das Problem der Souveränität“ zu einem der „völkerrechtstheoretischen Schrittmacher der Erneuerungsbewegung der

⁸² S. oben bei Fn. 41.

⁸³ Hans Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, in: *VVdStRL* 5 (1929), S. 31-88 (54 f.).

⁸⁴ Hans Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, in: *VVdStRL* 5 (1929), S. 31-88 (68 f., 70, 74).

⁸⁵ Hans Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, in: *VVdStRL* 5 (1929), S. 31-88 (78).

⁸⁶ Dieter Grimm, *Zum Verhältnis von Interpretationslehre, Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratieprinzip bei Kelsen*, in: Werner Krawietz/Ernst Topitsch/Peter Koller (Hrsg.), *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1982, S. 149-157 (152).

Zwischenkriegszeit⁸⁷. Denn mit dieser Schrift verabschiedete er das Souveränitätsparadigma aus dem Recht und der rechtswissenschaftlichen Debatte und versetzte ihm den „diskursiven Todesstoß“. Souveränität lässt sich seit Kelsen nur noch als Eigenschaft der Rechtsordnung, aber nicht mehr des Staates denken.⁸⁸

- 29 Kelsens Völkerrechtslehre ist ein Teilelement seiner reinen Rechtslehre. Aus dem erkenntnistheoretischen Postulat, dass die Methode ihren Gegenstand konstituiert⁸⁹, folgt zwingend der Monismus, wonach Völkerrecht und staatliches Recht Teile einer einheitlichen Rechtsordnung sind. Denn wenn die einheitliche juristische Methode benutzt wird, muss auch der Untersuchungsgegenstand ein einheitlicher werden.⁹⁰ Staatliches Recht und Völkerrecht bilden ein einheitliches und widerspruchsfreies System, das sich auf eine gemeinsame Grundnorm zurückführen lässt. Der Monismus ist in der Völkerrechtslehre Kelsens also erkenntnistheoretisch und nicht etwa politisch motiviert.⁹¹

S. 165

HFR 9/2012 S. 17

- 30 Das erste Problem, das der Monismus zu lösen hat, ist die Zwangsbewehrtheit des Rechts. Nach der reinen Rechtslehre ist Zwang das Unterscheidungskriterium zwischen Recht und Moral; die Rechtsordnung ist „ihrem Wesen nach eine Zwangsordnung“.⁹² Was berechtigt dazu, Völkerrecht als ein zwangsbewehrtes Recht zu verstehen? Die Wiener Schule folgt einem Lösungsweg, den ein deutscher Völkerrechtler des 19. Jahrhunderts gewiesen hatte: Repressalien und Krieg seien Zwangsmittel, die sich „nur dem Grade nach von den übrigen Executionsmitteln des Rechts“ unterscheiden.⁹³ Ganz in diesem Sinne begründet Kelsen die Rechtsqualität des Völkerrechts mit der These, dass die spezifischen Unrechtsfolgen des Völkerrechts die Repressalie und der Krieg sind⁹⁴. Daraus folgt, dass der Krieg „nur als Reaktion gegen eine Völkerrechtsverletzung, d. h. unter ganz bestimmten, vom Völkerrecht gesetzten Bedingungen zulässig ist“.⁹⁵ Jeder andere Krieg ist im Sinne des positiven Völkerrechts rechtswidrig, nur der als Reaktion gegen ein Unrecht geführte Krieg rechtmäßig, ein *bellum iustum*. Die Unterscheidung zwischen Angriffs- und Verteidigungskrieg, die in der internationalen Politik eine so erhebliche Rolle spielt, hat für Kelsens Lehre so gut wie keine Bedeutung, da als Reaktion gegen ein erlittenes Unrecht auch ein Angriffskrieg zulässig sein kann.⁹⁶
- 31 Mit der Unterscheidung zwischen rechtmäßigen und unrechtmäßigen Kriegen geriet Kelsen in eine doppelte Frontstellung. Erstens stellte er sich in einen Gegensatz zu pazifistischen Autoren, die Kriege völlig außerhalb des Rechts stellen wollten.⁹⁷ Den

⁸⁷ Jochen v. Bernstorff, *Der Glaube an das universale Recht*, 2001, S. 5.

⁸⁸ Stefan Oeter, *Souveränität und Staat bei Kelsen*, in: Hauke Brunkhorst/Rüdiger Voigt (Hrsg.), *Rechts-Staat. Staat, internationale Gemeinschaft und Völkerrecht bei Hans Kelsen*, 2008, S. 283-298 (283, 287).

⁸⁹ Hans Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (1922), 2. Aufl. 1928, S. 106, 109 f., 116 f.

⁹⁰ Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (1920), 2. Aufl. 1928, S. 123: „Die Einheit des Erkenntnisstandpunktes fordert gebieterisch eine monistische Anschauung“.

⁹¹ So András Jakab, *Kelsens Völkerrechtslehre zwischen Erkenntnistheorie und Politik*, in: *ZaöRV* 64 (2004), S. 1045-1057 (1049 f.).

⁹² Hans Kelsen, *Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht*, in: *ZöR* 12 (1932), S. 481-608 (583).

⁹³ C. Kaltenborn von Stachau, *Kritik des Völkerrechts*, 1847, S. 75, zitiert nach Jochen v. Bernstorff, *Der Glaube an das universale Recht*, 2001, S. 17 f.

⁹⁴ Hans Kelsen, *Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht*, in: *ZöR* 12 (1932), S. 481-608 (568, 596): „Wird der Krieg als Rechtsmittel charakterisiert, so kann damit nichts anderes gesagt sein, als dass der Krieg eine vom Völkerrecht vorgesehene Reaktion gegen Unrecht, d. h. eine Unrechtsfolge ist. Zu dem Zwangsakt der Strafe und Exekution des innerstaatlichen Rechts steht der Krieg – ebenso wie die Repressalie – in Analogie und nur in diesem Sinn ist er als eine Prozesshandlung zu bezeichnen: als der letzte Akt in dem Verfahren, das der Feststellung des Unrechtstatbestandes und der Setzung der Unrechtsfolge dient“.

⁹⁵ Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 125 f.

⁹⁶ Hans Kelsen, *Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht*, in: *ZöR* 12 (1932), S. 481-608 (580, 593).

⁹⁷ Dieser Gegensatz wird sehr klar im Kommentar von Walther Schücking/Hans Wehberg, *Die Satzung des Völkerbundes*, 2. Aufl. Berlin 1924, S. 145: Der Krieg dürfe überhaupt kein Rechtsinstitut des Völkerrechts sein: „Man wird also nicht stehen bleiben dürfen bei der Unterscheidung zwischen einem gerechten und einem ungerechten Krieg, sondern man wird den Krieg schlechthin aus der Rechtsordnung verbannen

zweiten Gegensatz bilden „widersprechend Lehrmeinungen, insbesondere deutscher und italienischer Juristen, während des letzten Jahrhunderts“. Diese Meinungen, die in Carl Schmitt einen prominenten Vertreter haben, erblicken in der Lehre vom „gerechten Krieg“ eine Einschränkung der Freiheit des souveränen Staates, Krieg zu führen, und einen Widerspruch zum Zweck des Völkerrechts, das nur der Erhaltung des Staates diene. Kelsen wendet dagegen ein, dass die behauptete Staatssouveränität in der über den Staaten stehenden Völkerrechtsordnung überhaupt keinen Platz hat und das angebliche Grundrecht auf Selbsterhaltung positivrechtlich nicht nachweisbar ist.⁹⁸ Festzuhalten ist auch an diesem Punkt, dass die Unterscheidung zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Kriegen aus dem Rechtsbegriff Kelsens folgt und nicht etwa aus einer politischen oder naturrechtlichen Option für eine friedlichere Weltordnung.

S. 166

HFR 9/2012 S. 18

- 32 Es bleibt freilich ein Problemrest: Die Entscheidung, ob eine Völkerrechtsverletzung vorliegt und der Krieg ein rechtlich zulässiges Sanktionsmittel ist, obliegt anders als im staatlichen Recht nicht einer unabhängigen Zwangsgewalt, sondern den Interessenten selbst. Kelsen räumt ein, dass das Völkerrecht im Vergleich mit dem staatlichen Recht ein „primitives“ Recht sei. Es ist primitiv, weil erstens die Sanktion des *bellum iustum* sich auch gegen Menschen richtet, die die Völkerrechtsverletzung nicht begangen haben, also eine Kollektivhaftung ist, zweitens der Staat, der sich in seinem Recht verletzt glaubt, selbst über den Tatbestand der Rechtsverletzung entscheidet und drittens keine arbeitsteilig funktionierenden Organe für die Erzeugung und Anwendung der Normen des Völkerrechts vorhanden sind.⁹⁹ Man kann in diese Mängelliste den politischen Wunsch hineinlesen, die Völkerrechtsordnung gemäß der Rechtsordnung eines Rechtsstaates zu gestalten.¹⁰⁰ Und in der Tat erkennt er in seiner Lehre vom *bellum iustum* den Ansatzpunkt zu einer Entwicklung, die den Krieg allmählich aus einem Mittel der Selbsthilfe zu einem Zwangsakt zentraler, arbeitsteilig funktionierender Rechtsschutzorgane verwandeln wird; die ersten, wenn auch noch sehr bescheidenen Spuren dieser Entwicklung finde man in der Völkerbundsatzung.¹⁰¹ Das sind völkerrechtspolitische Erwartungen an die Zukunft, die aber nichts daran ändern, dass die genannte Liste Mängel benennt, die aus dem erkenntnistheoretischen Ansatz und nicht aus einer abstrakten politischen Option folgen.¹⁰²
- 33 Die Normen des Völkerrechts und des staatlichen Rechts bilden also ein einheitliches Rechtssystem. Welche der beiden Teilrechtsordnungen geht der anderen innerhalb des monistischen Rechtssystems vor? Nach der Primatsthese ist das Völkerrecht dem staatlichen Recht überordnet und hat die Aufgabe, die verschiedenen staatlichen Rechtsordnungen zu koordinieren und gegenseitig abzugrenzen. Wenn es eine völkerrechtliche Schule Kelsens gibt, dann wird sie von der Primatsthese zusammen gehalten.¹⁰³ Gegen diese These wird eingewandt, dass es doch letztlich die Staaten seien, die das Völkerrecht durch Übung oder durch Vertrag erzeugen. Kelsen widerlegt den Einwand mit dem Hinweis auf das allgemeine Völkerrecht, dessen gewohnheitlich erzeugte Rechtsnormen die Staaten binden und sie zur Rechtserzeugung ermächtigen. So haben die vertraglich erzeugten Rechtsnormen des Völkerrechts ihren Geltungsgrund in gewohnheitlich erzeugten Rechtsnormen des allgemeinen Völkerrechts, die die Staaten ermächtigen, ihre gegenseitigen Beziehungen durch Verträge zu regeln. Die Grundnorm, die die Staatengewohnheit als rechtserzeugenden

müssen, in die er eigentlich niemals hineingehört hat. Denn das Recht beruht auf dem sittlichen Gedanken der Gerechtigkeit, und der Krieg beruht auf der Anwendung von Gewalt, und nichts garantiert, dass der Sieg der Gewalt auch den Sieg der Gerechtigkeit bedeutet“.

⁹⁸ Hans Kelsen, Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht, in: ZöR 12 (1932), S. 481-608 (580 f., 581 f.).

⁹⁹ Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 323 f., 326 f.

¹⁰⁰ So Jochen v. Bernstorff, Der Glaube an das universale Recht, 2001, S. 80 in Fn. 55.

¹⁰¹ Hans Kelsen, Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht, in: ZöR 12 (1932), S. 481-608 (586).

¹⁰² András Jakab, Kelsens Völkerrechtslehre zwischen Erkenntnistheorie und Politik, in: ZaöRV 64 (2004), S. 1045-1057 (1054).

¹⁰³ Jochen v. Bernstorff, Der Glaube an das universale Recht, 2001, S. 82.

Tatbestand einsetzt, muss demnach lauten: „Die Staaten, d. h. die Regierungen der Staaten, sollen sich in ihren gegenseitigen Beziehungen so verhalten, oder, Zwang von Staat gegen Staat soll unter den Bedingungen und in der Weise geübt werden, wie es einer gegebenen Staatengewohnheit entspricht¹⁰⁴“.

- 34 Es ist immer wieder auf Unverständnis gestoßen, dass Kelsen das Primat der Völkerrechtsordnung durch die These in Frage stellt, der Lehre vom Primat des Staatswillens dürfe die theoretische Existenzberechtigung nicht abgesprochen werden. Nach dieser Lehre, die auch als Lehre vom „äußeren Staatsrecht“ bezeichnet wird, ist das Völkerrecht ein Teil des staatlichen Rechts und gilt aufgrund seiner Anerkennung durch die einzelnen souveränen Staaten. Kelsen meint, dass beide Lehren grundsätzlich gleichberechtigte erkenntnistheoretische Hypothesen seien. Welcher Lehre man folgt, ist also eine politische und keine wissenschaftliche Entscheidung.¹⁰⁵

Zitierempfehlung: Volker Neumann, HFR 2012, S. 149 ff.

¹⁰⁴ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 321 f.

¹⁰⁵ Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (1920), 2. Aufl. 1928, S. 153 f, 317.