

SCHRIFTENREIHE DES HANS KELSEN-INSTITUTS

Band 22

**Horst Dreier**

# **Rezeption und Rolle der Reinen Rechtslehre**

**Festakt aus Anlaß des 70. Geburtstags  
von Robert Walter**

mit Laudationes von  
**Clemens Jabloner und Ludwig Adamovich**  
sowie einer Bibliographie des Jubilars



Wien 2001

**Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung**

# Inhaltsverzeichnis

Geleitwort .....	5
Vorwort .....	7
 <i>Univ.-Prof. Dr. Clemens Jabloner,</i> Präsident des Verwaltungsgerichtshofes, Wien	
Laudatio .....	11
 <i>o.Univ.-Prof. Dr. DDr. h. c. Ludwig Adamovich,</i> Präsident des Verfassungsgerichtshofes, Wien	
Laudatio .....	15
 <i>Univ.-Prof. Dr. Horst Dreier, Würzburg</i>	
Festvortrag „Rezeption und Rolle der Reinen Rechtslehre“ .....	17
I. Zur Abgrenzung des Themas .....	17
II. Anfänge und Erster Weltkrieg .....	18
III. Vom Ende des Krieges bis zum Ende Weimars .....	20
IV. Die Zeit des Nationalsozialismus .....	25
V. Nach 1945 .....	27
VI. Zur Lage heute .....	30
VII. Schluß .....	33
Hinweise zum Referenten .....	35
Verzeichnis der wissenschaftlichen Arbeiten von Robert Walter ...	37
I. Selbständige Veröffentlichungen .....	37
II. Aufsätze .....	39
III. Herausgegebene Werke .....	52
IV. Buchbesprechungen .....	53
V. Bemerkungen zu Entscheidungen .....	67
VI. Diskussionsbeiträge (gedruckt) .....	67
VII. Publiizierte Prüfungsfälle und Lösungen .....	68
VIII. Unveröffentlichte (jedoch zugängliche) Arbeiten .....	69

## Rezeption und Rolle der Reinen Rechtslehre\*

Nicht ohne eine gewisse Bangigkeit des Herzens nähere ich mich dem Rednerpult und meiner Aufgabe. Denn so sehr ich es als eine große Ehre und eine ebensolche Freude empfinde, heute an diesem Ort aus dem Anlaß des 70. Geburtstages unseres Jubilars sprechen zu dürfen – so sehr plagt mich doch das sichere Wissen, nichts über das vorstehende Thema sagen zu können, was dieser nicht längst wüßte<sup>1</sup>. Ja, schlimmer noch und um ganz ehrlich zu sein – das meiste über Kelsen und die Reine Rechtslehre habe ich ohnehin von ihm gelernt. Der bescheiden als „Zum gegenwärtigen Stand der Reinen Rechtslehre“ überschriebene Aufsatz im ersten Heft der Zeitschrift „Rechtstheorie“ von 1970 war für mich, um nur ein Beispiel zu nennen, eine wichtige Wegleitung und ständiger Begleiter bei meinen einschlägigen Studien, die nun bereits eine ganze Weile zurückliegen. Wenn ich gleichwohl über das angekündigte Thema von „Rezeption und Rolle der Reinen Rechtslehre“ sprechen werde, dann deshalb, weil Hans Kelsen nun einmal unseren gemeinsamen wissenschaftlichen Bezugspunkt bildet. Und die Weite seines Werkes wie der Großmut des Jubilars geben mir Mut, die folgenden Gedanken darzulegen.

### I. Zur Abgrenzung des Themas

Mit „Rezeption und Rolle“ ist angedeutet, daß ich nicht die innere Entwicklung von Kelsens Rechtstheorie nachzeichnen will und den in letzter Zeit zur Periodisierung des Werkes erschienenen Studien somit

---

\* Überarbeitete und mit einem Anmerkungsapparat versehene Fassung des Vortrages, den Verf. beim Festakt zu Ehren des 70. Geburtstages von em. o. Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. Robert Walter am 23. März 2001 in den Festräumen des Österreichischen Verwaltungsgerichtshofes (ehemalige Böhmisches Hofkanzlei) in Wien gehalten hat.

<sup>1</sup> Aus der Fülle der grundlegenden Arbeiten Robert Walters zu Kelsen und dessen Rechtslehre hier nur eine kleine Auswahl: *R. Walter*, Der Aufbau der Rechtsordnung, 1964 (2. Aufl. 1974); *ders.*, Kelsens Rechtslehre im Spiegel rechtsphilosophischer Diskussion in Österreich, in: ZÖR 18 (1968), S. 331–352; *ders.*, Der gegenwärtige Stand der Reinen Rechtslehre, in: *Rechtstheorie* 1 (1970), S. 69–95; *ders.*, Das Lebenswerk Hans Kelsens: Die Reine Rechtslehre, in: *Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag*, hrsgg. von A. J. Merkl, A. Verdroß, R. Marcic und R. Walter, 1971, S. 1–8; *ders.*, Das Problem des Verhältnisses von Recht und Logik in der Reinen Rechtslehre, in: *Rechtstheorie* 11 (1980), S. 299–314; *ders.*, Hans Kelsen – Ein Leben im Dienste der Wissenschaft, 1985; *ders.*, *Rechtstheorie und Erkenntnislehre gegen Reine Rechtslehre?*, 1990; *ders.*, *Hans Kelsens Rechtslehre (= Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Bd. 25)*, 1999.

keine weitere hinzufüge<sup>2</sup>. Nicht wie Kelsen in seinem Entwicklungsgang vorangeschritten ist und was er dabei erdacht und konzipiert hat, bildet den Gegenstand der folgenden Betrachtungen. Sondern: wie sein Werk in seinem jeweiligen, von den Zeitgenossen zumeist auch kaum in seiner inneren Fortentwicklung verfolgten, sondern eher pauschal genommenen Entwicklungsstand aufgenommen, interpretiert, also: rezipiert worden ist. Man kann auch sagen: welche Rolle es in der rechtswissenschaftlichen Entwicklung und Diskussion im 20. Jahrhundert gespielt hat. Dabei blicke ich aus Zeit- und Kompetenzgründen allein auf die bundesdeutsche Rezeption und versetze mich – so gut das geht – in die Rolle eines außenstehenden Beobachters<sup>3</sup>, der nicht wie ein Teilnehmer an der wissenschaftlichen Diskussion Argumente wägt, vorträgt und bewertet, sondern Vorgänge beschreibt, also nicht für eine bestimmte Deutung wirbt, sondern Entwicklungs- und Rezeptionsprozesse zu verstehen und zu erklären versucht.

## II. Anfänge und Erster Weltkrieg

Als Hans Kelsen mit seiner Habilitationsschrift von 1911 die wissenschaftliche Hauptbühne betrat<sup>4</sup>, da wurde dem Publikum rasch klar, daß man es mit einem neuen Ton, einer neuen wissenschaftlichen Herangehensweise, überhaupt mit einer neuen Art von Rechts- oder Staatsrechtswissenschaft zu tun hatte. In einer ebenso ausführlichen wie inhaltlich kritischen Rezension, 1912 in Schmollers Jahrbuch erschienen, vermerkt deren Verfasser sogleich, daß dieses Buch den „groß angelegten Versuch dar(stellt), die Grundbegriffe der Wissenschaft des positiven

<sup>2</sup> Vgl. *S. L. Paulson*, Towards a Periodization of the Pure Theory of Law, in: L. Gianformaggio (Hrsg.), *Hans Kelsen's Legal Theory. A diachronic point of view*, 1990, S. 11 ff.; *ders.*, On the Origins of Hans Kelsen's Spätlehre, in: D. Diner/M. Stollis (eds.), *Hans Kelsen and Carl Schmitt. A Juxtaposition*, 1999, S. 27 ff. (mit der Unterscheidung einer ersten, „realistischen“, einer „klassischen“ zweiten und einer letzten „skeptischen“ Phase); etwas anders *C. Heidemann*, Die Norm als Tatsache. Zur Normentheorie Hans Kelsens, 1997, der einen konstruktivistischen, einen transzendentalen, einen realistischen und einen sprachanalytischen Ansatz bei Kelsen unterscheidet (zu ihm wiederum *S. L. Paulson*, Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization, in: *Oxford Journal of Legal Studies* 18 [1998], S. 153 ff.; *ders.*, Arriving at a Defensible Periodization of Hans Kelsen's Legal Theory, in: *Oxford Journal of Legal Studies* 19 [1999], S. 351 ff.).

<sup>3</sup> Die folgenreiche Unterscheidung zwischen Teilnehmer- und Beobachterperspektive ist insbesondere von Niklas Luhmann herausgearbeitet und fruchtbar gemacht worden. Vgl. *N. Luhmann*, Die soziologische Beobachtung des Rechts, 1986 (und danach in einer Vielzahl von Publikationen). Diese Unterscheidung ließe sich auch mit Gewinn auf die Analyse und Kritik rechtspositivistischer Positionen anwenden.

<sup>4</sup> *H. Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 1911; zweite, um eine Vorrede vermehrte Auflage 1923.

Rechts einer radikalen Revision zu unterziehen.“<sup>5</sup> Und beiläufig weist der Rezensent auf eine Besonderheit hin, die auch gut zur Charakteristik der späteren Werke Kelsen dienen könnte: daß sich die Ausführungen inhaltlich „ihrer Tendenz nach im wesentlichen wohl gegen alles [richten], was bisher über die behandelten Probleme geschrieben worden ist“<sup>6</sup>. Gleichwohl und trotz aller Kritik schließt der Autor mit den anerkennenden Worten, Kelsens Schrift erhebe sich „hoch über die juristische Tagesliteratur“ und verrate „ein wahrhaft wissenschaftliches, ungewöhnlich konsequentes und juristisch originelles Denken“<sup>7</sup>.

Hiermit war nicht nur ein wichtiger Punkt getroffen, sondern zugleich ein Rezeptionsproblem bezeichnet. Denn eben diese Eigenständigkeit und Originalität machte es schwer, wenn nicht unmöglich, Kelsen einer bestimmten Schulrichtung oder einem „Lager“ zuzuordnen<sup>8</sup>. Der feinnervige Radbruch bringt diese Ambivalenz von Zustimmung in bestimmten Einzelfragen und dem Gespür einer gewissen Fremdheit in den grundsätzlichen Positionen in der ersten Auflage seiner „Grundzüge der Rechtsphilosophie“ sehr schön zum Ausdruck, wenn er von einem „scharfsinnigen Werke“ schreibt, „das sich immer wieder dem Standpunkt dieses Buches nähert, um gleich darauf wieder weit von ihm abzubiegen.“<sup>9</sup>

So wenig Kelsen also einem bestimmten Lager zuzuordnen war, so deutlich waren doch die Gegenpositionen auszumachen, gleichsam das „gegnerische“ Lager. Denn für alle Tendenzen und Strömungen einer irgendwie soziologischen Rechtslehre, eines normativen Evolutionismus oder gar einer Lehre vom lebenden Recht<sup>10</sup> war Kelsen mit seiner Habilitationsschrift und den anderen, in rascher Folge erscheinenden Publika-

---

<sup>5</sup> So der Einleitungssatz von *F. Caro*, in: Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich 36 (1912), S. 1928–1942 (1928).

<sup>6</sup> Ebenda, S. 1931.

<sup>7</sup> Ebenda, S. 1942.

<sup>8</sup> Eine gewisse Nähe deutete sich freilich sofort zum späteren Hauptvertreter der sog. „Brünner Schule“, Franz Weyr, an: siehe *F. Weyr*, Über zwei Hauptpunkte der Kelsenschen Staatsrechtslehre, in: Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 40 (1914), S. 175–188. – Vgl. die spätere Geburtstagsadresse von Kelsen, die er dem Freund und Kollegen 1939 in einer nie erschienenen Festschrift widmete: Abdruck des Textes bei *R. A. Métall*, Hans Kelsen und seine Wiener Schule der Rechtstheorie, in: Hans Kelsen zum Gedenken, 1974, S. 15 ff. (24). – Zur „Brünner Schule“ vgl. die Beiträge und weiteren Nachweise in: V. Kubes (Hrsg.), Die Brünner rechtstheoretische Schule: Normative Theorie, 1980.

<sup>9</sup> *G. Radbruch*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, S. 54 Fn. 21.

<sup>10</sup> Zu diesen drei „Gegenbildern“ von Kelsens Rechtslehre *H. Dreier*, Rechtsdeutung zwischen Normativierung der Natur und Naturalisierung des Normativen am Beispiel von Kelsens Rechtsbegriff, in: C. Jabloner/F. Stadler (Hrsg.), Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre. Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule, 2001, S. 291 ff.

tionen<sup>11</sup> eine Provokation ersten Ranges, besonders natürlich wegen ihrer beständig erhobenen Vorwürfe des Methodensynkretismus und der Vermengung von juristischer und soziologischer Betrachtung. So fühlten sich die Vertreter jener Rechtssoziologie nicht nur angesprochen, sondern herausgefordert. Prominenteste Folge war die bekannte Kontroverse mit Eugen Ehrlich<sup>12</sup>, die zwar von wechselseitigen Mißverständnissen nicht frei blieb, mit der der Privatdozent, der Kelsen noch immer war, aber sogleich in der ersten Reihe einer von allen Beteiligten als wesentlich und grundsätzlich empfundenen Kontroverse stand<sup>13</sup>.

So ungefähr haben wir uns die Rezeption Kelsens in den ersten Jahren wohl vorzustellen: als jemand, der ungeachtet des Titels seiner Habilitationsschrift weniger als Staatsrechtler im engeren Sinne denn als Rechtstheoretiker und Methodologe wahrgenommen wurde und der als solcher die Eigenständigkeit der Rechtswissenschaft durch konsequente Reinhaltung von anderen, seinswissenschaftlichen Elementen bewahren und sichern wollte<sup>14</sup>.

### III. Vom Ende des Krieges bis zum Ende Weimars

An dieser grundsätzlichen Einschätzung und Einstufung änderte sich zwar prinzipiell auch in der folgenden Phase zwischen dem Ende des Ersten Weltkrieges und dem Ende der Weimarer Republik nichts. Und doch verschoben sich hier die Gewichte insofern, als Kelsen nunmehr verstärkt als Staatsrechtslehrer auftritt, wahrgenommen und angegriffen wird<sup>15</sup>. Es genügt an dieser Stelle, das Stichwort des legendären „Metho-

---

<sup>11</sup> *H. Kelsen*, Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, 1911; *ders.*, Zur Soziologie des Rechtes, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 34 (1912), S. 601–614; *ders.*, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 39 (1915), S. 839–876; *ders.*, Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft, in: Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich 40 (1916), S. 1181–1239.

<sup>12</sup> Das Hauptwerk: *E. Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913. Siehe näher *M. Rehbinder*, Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich, 1967, 2. Aufl. 1986.

<sup>13</sup> Zusammenfassend *H. Rottleuthner*, Rechtstheoretische Probleme der Soziologie des Rechts. Die Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Eugen Ehrlich, in: Rechtstheorie und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen, hrsgg. von W. Krawietz und H. Schelsky, 1984, S. 521 ff.; *U. Rein*, Rechtssoziologie und Rechtspositivismus. Die Kontroverse zwischen Eugen Ehrlich und Hans Kelsen 1915/16, in: Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, hrsgg. von S. L. Paulson und R. Walter, 1986, S. 91 ff.

<sup>14</sup> Zu dieser, im übrigen durchgehaltenen „Frontstellung“ Kelsens ausführlicher *H. Dreier*, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 1986 (2. Aufl. 1990), S. 29 ff.

<sup>15</sup> Einschlägige Monographien: *H. Kelsen*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 1920 (2. Aufl. 1928); *ders.*, Der soziologische und der

den- und Richtungsstreites“ in der Weimarer Staatsrechtslehre zu nennen<sup>16</sup> – vielleicht nur mit dem zusätzlichen Hinweis versehen<sup>17</sup>, daß es sich bei Licht besehen weder um einen Streit um juristische *canones*, also Auslegungsmethoden im engeren Sinne, handelte, noch um einen Streit zwischen politischen Richtungen, denn dafür waren die verschiedenen Lager politisch zu heterogen zusammengesetzt. Vielmehr handelte es sich um eine staatstheoretische Grundlagendebatte.

Da Kelsen in den zwanziger Jahren unzweifelhaft in den Kreis der Celebritäten unter den Staatsrechtslehrern aufstieg, war in dieser Auseinandersetzung seine Stimme unüberhörbar. Und bei seinem Talent zur Zuspitzung, zum Durchhalten von Grundpositionen und der Ablehnung von wissenschaftlichen Kompromissen verwundert es natürlich nicht, daß er bevorzugtes Angriffsobjekt all' jener wurde, die einer irgendwie ‚materialen‘, nicht positivistisch entleerten, formalen, sondern vorgeblich substanz- und sachhaltigen Staatsrechtslehre das Wort redeten: sei diese nun naturrechtlich, dezisionistisch, integrationistisch oder wirklichkeitswissenschaftlich fundiert<sup>18</sup>. Kelsen nahm diese Rolle wohl auch nicht ungern an, wie seine mehrfachen Wortmeldungen bei den Verhandlungen der Staatsrechtslehrer oder seine in Broschüren- oder gar Monographieform ausgetragenen Kontroversen mit Heller, Smend, Hold von Ferneck und anderen zeigen. Hier konnte er sein nicht unerhebliches polemisches Talent gezielt ausspielen. Wenn der Satz „viel Feind, viel Ehr“<sup>19</sup> stimmt, dann wurde Kelsen in den zwanziger Jahren mit Ehrungen geradezu überhäuft. Doch nichts zeigt deutlicher als die Vielzahl und die Heftigkeit der Angriffe sowie die Prominenz ihrer Autoren, welches Gewicht seiner Lehre mittlerweile beigemessen wurde. Außerdem schärfte er in diesen Auseinandersetzungen seine eigene Position nicht minder als die Kontrahenten die ihren an ihm: „Der Staat als Übermensch“ – eine Erwiderung auf Alexander Hold-Ferneck<sup>19</sup>; „Der Staat als Integration“ – eine prinzipielle Auseinandersetzung mit Rudolf Smend<sup>20</sup>; „Wer soll der Hüter der Verfassung sein?“ – eine fulminante Kritik an Carl Schmitts be-

---

juristische Staatsbegriff, 1922 (2. Aufl. 1928); *ders.*, Allgemeine Staatslehre, 1925; *ders.*, Das Problem des Parlamentarismus, 1925.

<sup>16</sup> Zusammenfassende Darstellungen aus jüngerer Zeit: *M. Friedrich*, Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft, 1997, S. 322 ff.; *C. Gusy*, Die Weimarer Reichsverfassung, 1997, S. 429 ff.; *M. Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Dritter Band: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914–1945, 1999, S. 153 ff.

<sup>17</sup> Ausführlicher *H. Dreier*, Positivisten, Antipositivisten und Österreicher, in: *Rechtshistorisches Journal* 19 (2000), S. 82 ff. (88–96).

<sup>18</sup> Dazu weitere Hinweise bei *H. Dreier*, Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, *VVDStRL* 60 (2001), S. 9 ff.

<sup>19</sup> *H. Kelsen*, Der Staat als Übermensch. Eine Erwiderung, 1926.

<sup>20</sup> *H. Kelsen*, Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, 1930.

kanter Schrift und zugleich die hellsichtige Analyse der sich krisenhaft zuspitzenden Situation der Weimarer Republik<sup>21</sup>. Ein führender politischer Philosoph unserer Tage, Wolfgang Kersting, hat sogar davon gesprochen, daß sich die Kontrahenten „durch wechselseitige Negation in ihrer methodologischen und theoretischen Selbstverständigung“ immer weiter vorantrieben und man insofern, als sich „viele Staatsrechtslehrer bei der Formulierung ihrer Anti-Kelsen-Position aus dem Methoden- und Begriffsarsenal der Hegelschen Philosophie bedienten, . . . Kelsen durchaus als unfreiwilligen Geburtshelfer des staats-theoretischen Neo-Hegelianismus apostrophieren“ könne<sup>22</sup>. Kelsens Arbeiten wäre also, was mir nicht unplausibel erscheint, insofern eine katalysatorische Funktion zuzusprechen. Im Gegenzug wird seine eigene Position ebenfalls geschärft und zugespitzt. Man denke nur daran, daß die vielzitierte, vor allem von Heller gebrauchte Formel, bei der Reinen Rechtslehre handle es sich um eine Staatslehre ohne Staat<sup>23</sup>, von Kelsen selbst stammt und mit dem ganzen Selbstbewußtsein eines Denkers, der seine Lehre als im Einklang stehend mit den großen Tendenzen der Wissenschaft weiß, proklamiert worden ist. Die Passage lautet<sup>24</sup>:

„Der Begriff des Staates spielt in der Rechtswissenschaft durchaus die gleiche Rolle wie der Begriff der ‚Kraft‘ in der Physik, der Begriff der ‚Seele‘ in der Psychologie, allgemein der Begriff der Substanz in der Naturwissenschaft. (...) Und wenn die moderne Physik den Begriff der Kraft aus ihrem Erkenntnisssystem eliminiert hat, so wie die moderne Psychologie keine von den einzelnen psychischen Akten verschiedene ‚Seele‘ mehr kennt, so muß die Rechtswissenschaft den Staat als ein von der Rechtsordnung verschiedenes Wesen aus ihrem Bereich ausscheiden. In diesem Sinn wird es dann eine Staatslehre ohne Staat geben (und das wird die Rechtslehre sein), wie es heute . . . eine Psychologie, das ist eine Seelenlehre ohne Seele und eine Physik (das ist eine Kraftlehre, speziell: Lehre von den Zentralkräften) ohne Kraft gibt.“

Kelsen war nun aber nicht allein bevorzugtes Angriffsobjekt der Anti-Positivisten; auch von einer eindeutigen Zurechnung zum Lager der Weimarer Positivisten, also namentlich Gerhard Anschütz und Richard Thoma, konnte keine Rede sein. Alle drei zählten zwar zu den wenigen aufrechten Demokraten unter den Staatsrechtslehrern der Weimarer

<sup>21</sup> H. Kelsen, Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, in: Die Justiz 6 (1930/31), S. 576–628. Zur paradigmatischen Bedeutung der Kontroverse C. Jabloner, Verrechtlichung und Rechtsdynamik, in: ZÖR 54 (1999), S. 261 ff.

<sup>22</sup> W. Kersting, Neuhegelianismus und Weimarer Staatsrechtslehre. Zum kommunitaristischen Etatismus Hermann Hellers, in: U. Carstens (Hrsg.), Der Wille zur Demokratie, 1998, S. 195 ff. (204).

<sup>23</sup> H. Heller, Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart, in: AöR 16 (1929), S. 321 ff. (323).

<sup>24</sup> Kelsen, Staatsbegriff (Fn. 15), S. 206 ff.



Zeit<sup>25</sup> und können unter einen weiten Begriff von Rechtspositivismus gefaßt werden. Doch wiesen die theoretischen und methodologischen Grundsatzpositionen ganz erhebliche Unterschiede auf, blieb vor allem Kelsens sich immer weiter entfaltende und verfeinernde Rechtslehre den anderen letztlich fremd. Deren Anhängerkreis reduzierte sich im Kern auf Schüler Kelsens aus der Wiener Zeit.

So gab es denn in der Grundlagendebatte des Methoden- und Richtungsstreites nicht nur Positivisten und Anti-Positivisten, sondern noch eine besondere Gruppe der Österreicher, mit Kelsen an der Spitze. Wenn Richard Thoma in den Beratungen der Staatsrechtslehrer über den naturrechtlichen Ansatz von Erich Kaufmann sagte, dieser spreche für ihn gewissermaßen chinesisch<sup>26</sup>, so hätte er sich über die rechts- und staatsrechtlichen Grundannahmen Kelsens wohl in ähnlicher Weise äußern können. Auch wenn Kelsen für Thoma und gleichermaßen für Anschütz vielleicht nicht in einer anderen Sprache redete, so doch gleichsam in einem anderen, schwer verständlichen Dialekt, vom eigenen Idiom ziemlich weit entfernt<sup>27</sup>.

Eine gewisse Fremdheit ist es wohl insgesamt, die die Rezeption der gut ein Dutzend Jahre nach dem Ende des Ersten Weltkrieges bestimmt. Diese Andersartigkeit wirkte oft als Störfaktor, hatte aber für die Formation der Gegner selbst durchaus produktiv aufstörende Funktion; Kelsen zwang immer, die eigene Position besser und tiefer zu begründen<sup>28</sup>. Hinzu kam, daß bei aller Schärfe der Auseinandersetzung und der breiten Ablehnung der inhaltlichen Positionen Kelsen als Wissenschaftler insgesamt hoch geachtet und ernst genommen wurde. Er war Gegner, nicht Feind.

Fragt man, warum die Rezeption in der Zeit der Weimarer Republik eine ebenso intensive wie dezidiert negative war, so mag man an mannigfache Gründe denken: die gewisse Esoterik der neukantianischen Grundlage<sup>29</sup>; die Radikalität, mit der praktisch alle vorangegangenen Konzepte abgelehnt, „entlarvt“, als widersprüchlich, synkretistisch und methodisch naiv abgekanzelt wurden<sup>30</sup>; verbunden damit die Entstofflichung, die be-

<sup>25</sup> Aufschlußreich die Beiträge in: C. Gusy (Hrsg.), *Demokratisches Denken in der Weimarer Republik*, 2000.

<sup>26</sup> R. Thoma, in: *VVDStRL* 4 (1928), S. 86.

<sup>27</sup> Siehe H. Dreier, Ein Staatsrechtslehrer in Zeiten des Umbruchs: Gerhard Anschütz (1867–1948), in: *ZNR* 20 (1988), S. 28 ff. (36).

<sup>28</sup> Treffend Kersting, *Neuhegelianismus* (Fn. 22), S. 204 ff.

<sup>29</sup> Dazu Dreier, *Rechtslehre* (Fn. 14), S. 56 ff., 83 ff.; S. L. Paulson, Läßt sich die Reine Rechtslehre transzendental begründen?, in: *Rechtstheorie* 21 (1990), S. 155 ff.; Heidemann, *Norm* (Fn. 2), S. 43 ff., 222 ff. – Zeitgeschichtlich sehr wirkungsmächtig, aber inhaltlich ohne großes Verständnis für Ansatz und Grundlage des Neukantianismus: Erich Kaufmann, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, 1921.

<sup>30</sup> Zum Beispiel Kelsen, *Über Grenzen* (Fn. 11); ders., Eugen Hubers Lehre vom Wesen des Rechts, in: *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 35 (1921), S. 217–246;

sonders in der Allgemeinen Staatslehre von 1925 ans Licht trat. Im letzten Grunde war es aber wohl noch etwas anderes, nämlich die streng durchgehaltene Staatsdistanziertheit und die systematisch betriebene Profanierung des Staates<sup>31</sup>. In Aufnahme eines Vorwurfes von Rudolf Smend hat Kelsen mit selbstbewußtem Stolz betont, daß die Wiener Schule durchaus „unpolitisch“, im Sinne letzter innerer Unbeteiligung am Staat, am Staat als Objekt der wissenschaftlichen Erkenntnis“ sei und sich darum „zumindest nach allen Kräften bemühe“<sup>32</sup>. Hier gibt es keine Überhöhung des Staates, keine Staatsapothese oder Staatsvergötzung. Recht und Staat werden, wie es Klaus Adomeit einmal sehr plastisch formuliert hat, „mit der Kälte und Genauigkeit des Pathologen“<sup>33</sup> analysiert. Und so sehr Kelsen auch als engagierter Demokrat und profunder Demokratietheoretiker auftritt<sup>34</sup>, so wenig kommt es für die Konstruktion seiner Staats- und Rechtslehre darauf an, wie deren Objekt verfaßt ist, ob es sich um eine Demokratie oder eine Diktatur, eine Monarchie oder eine Republik handelt. Die neutrale Deskription des positiv geltenden Rechts sagt Kelsen zufolge über seine moralische Dignität und dessen innere Verbindlichkeit für das Individuum nichts aus. Keine Rechtslehre, so hat es unser Jubilar mehr als einmal geschrieben, kann und darf dem Einzelnen die schwere Entscheidungslast abnehmen, „ob man einer effektiven Ordnung gehorchen oder ob man gegen sie revoltieren soll“<sup>35</sup>. Diese Art der Distanznahme und der Trennung wissenschaftlicher Analyse von persönlicher Stellungnahme schien viele in den hochgradig aufgewühlten Krisenjahren der Weimarer Republik, diesem Laboratorium der Moderne<sup>36</sup>,

---

*ders.*, Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Überwindung der ‚Rechtsdogmatik‘, in: ZÖR 3 (1922), S. 103–235. Aus den Monographien dieser Zeitspanne sind besonders ergiebig die „Belege und Verweise“ bei *Kelsen*, Staatslehre (Fn. 15), S. 375 ff.

<sup>31</sup> Dazu eingehend *Dreier*, Rechtslehre (Fn. 14), S. 159 ff., 208 ff., 228 ff.; zustimmend *Kersting*, Neuhegelianismus (Fn. 22), S. 208.

<sup>32</sup> *Kelsen*, Integration (Fn. 20), S. 32.

<sup>33</sup> *K. Adomeit*, Hans Kelsen (Nachruf), in: Rechtstheorie 4 (1973), S. 129 f. (130); siehe auch *W. Krawietz*, Art. Grundnorm, in: J. Ritter (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 3, 1974, Sp. 918 ff. (920 f.).

<sup>34</sup> Er war „nicht nur Gelehrter und Theoretiker, sondern politisch engagierter Mensch, aufrechter Demokrat“ (so *J. H. Herz*, Vom Überleben, 1984, S. 99). Die wesentlichen theoretischen Schriften sind: *H. Kelsen*, Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl. 1929; *ders.*, Foundations of Democracy, in: Ethics 66 (1955), S. 1–101. Darstellung und Analyse bei *H. Dreier*, Kelsens Demokratietheorie: Grundlegung, Strukturelemente, Probleme, in: R. Walter/C. Jabloner (Hrsg.), Hans Kelsens Wege sozialphilosophischer Forschung, 1997, S. 79 ff.

<sup>35</sup> *Walter*, Kelsens Rechtslehre (Fn. 1), S. 342; *ders.*, Lebenswerk (Fn. 1), S. 5; *ders.*, Hans Kelsens Rechtslehre (Fn. 1), S. 12.

<sup>36</sup> Siehe *D. J. K. Peukert*, Die Weimarer Republik. Krisenjahre der Klassischen Moderne, 1987, insb. S. 166 ff., 178 ff., 266 ff. sowie jüngst im Überblick *A. Wirsching*, Die Weimarer Republik, 2000, S. 84 ff.

gleichsam zu überfordern. Und zugleich konnte diese Lehre den Glauben an eine höhere Heiligkeit des Staates unterminieren: war dieser, rechtswissenschaftlich betrachtet, auf ein Normensystem reduziert, mochte das „den Glauben an die Macht jener Menschen erschüttern, die nicht in ihrem eigenen Namen, sondern nur als ‚Organe‘, d.h. aber hinter der Maske des Staates Herrschaft ausüben“, wie Kelsen es in seiner *Anti-Smend-Schrift über Integration* umschrieb<sup>37</sup>. Und wenn man dem Staat diese Maske oder diesen Schleier fortzieht, dann starrt einem, wie er auf der dritten Staatsrechtslehrertagung Mitte der zwanziger Jahre in einem Diskussionsbeitrag formulierte, das „Gorgonenhaupt der Macht“ entgegen<sup>38</sup>. Diese Kombination von wissenschaftlicher Distanznahme, Wertungsaskese, Überbürdung von Entscheidungslasten auf den Einzelnen und machtstaatlichem Realismus konnte von den meisten seinerzeit nur als Nihilismus mit latent oder akut staatszersetzenden Tendenzen wahrgenommen werden<sup>39</sup>. Kein Staatsrechtslehrer, sondern ein zeitgenössischer Zivilrechtler und Rechtsphilosoph war es, der diese verbreitete Sichtweise wie folgt auf den Punkt brachte: die Reine Rechtslehre „(ist) nichts weiter als ein auf die Spitze getriebener juristischer Nominalismus, der jede sittlich-geistige Substanz des Rechts und des Staates leugnet und mit seinem rücksichtslosen Formalismus alle tieferen Bindungen des Einzelnen an überpersönliche Werte zerstört, die Gemeinschaft auflöst. Sie ist politischer Nihilismus“<sup>40</sup>.

#### IV. Die Zeit des Nationalsozialismus

Der soeben zitierte Karl Larenz publizierte diese Sätze im Jahre 1935. Wir befinden uns also in der Zeit des Nationalsozialismus. Aus dem wissenschaftlich bekämpften, aber geachteten Gegner war ein politischer Feind geworden, der von den neuen Machthabern – wie so viele andere auch<sup>41</sup> – umgehend seines Amtes enthoben und in den folgenden

---

<sup>37</sup> Kelsen, *Integration* (Fn. 20), S. 30: „Die Einsicht, daß dem Staate nicht ‚Wirklichkeit‘ im gewöhnlichen Sinne des Wortes zukommt, daß der Staat ‚nur‘ ein Sinngebilde, nur ein Normensystem sei, dessen Geltungswert von der Erkenntnis nur hypothetisch vorausgesetzt werden kann, daß der Staat somit nur eine geistige Realität habe: diese Einsicht könnte – so fürchtet man offenbar –, wenn sie zum Gemeingut weitester Kreise wird, den Glauben an die Macht jener Menschen erschüttern, die, nicht in ihrem eigenen Namen, sondern nur als ‚Organe‘, d.h. aber hinter der Maske des Staates Herrschaft ausüben. Die Lehre von Staat und Recht hat bis zum heutigen Tage niemals nur der Idee objektiver Wissenschaft, sondern stets auch der Politik gedient.“

<sup>38</sup> H. Kelsen, *VVDStRL* 3 (1926), S. 55.

<sup>39</sup> Nachweise bei Dreier, *Rechtslehre* (Fn. 14), S. 22.

<sup>40</sup> K. Larenz, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, 2. Aufl. 1935, S. 49 f.

<sup>41</sup> Vgl. etwa B. Limberg, *Personelle Veränderungen in der Staatsrechtslehre und ihre neue Situation nach der Machtergreifung*, in: E.-W. Böckenförde (Hrsg.), *Staats-*

Jahren erst aus dem Land, dann auch aus Europa vertrieben wurde und als 60jähriger in den Vereinigten Staaten einen Neuanfang bewältigen mußte<sup>42</sup>. Kelsen war im übrigen einer der Wenigen, auf den gleich beide Tatbestände des „Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamten­tums“ vom 7. April 1933<sup>43</sup> zutrafen: seine Entlassung richtete sich sowohl gegen seine politische Haltung als auch seine jüdische Herkunft.

Man zögert, für die Zeit des Dritten Reiches von Rezeption zu sprechen. Denn eine solche setzt ein gewisses Mindestmaß an inhaltlicher Befassung und intersubjektiv nachvollziehbarer Kritik voraus. Den systemtreuen Rechtswissenschaftlern jener Zeit aber genügte im allgemeinen der bloße Hinweis auf Kelsens jüdische Herkunft, um die Unhaltbarkeit der Reinen Rechtslehre darzutun, deren zersetzender Charakter gern betont wurde und in der man ein Musterbeispiel der nun glücklich überwundenen „geistigen Überfremdung“ sah<sup>44</sup>. Angriffe und Diffamierungen solcher Art erreichten ihren traurigen Höhepunkt und damit zugleich ihren wissenschaftlichen Tiefpunkt mit der Tagung über „Das Judentum in der Rechtswissenschaft“ vom Oktober 1936<sup>45</sup>, auf der der Organisator, Carl Schmitt, in seiner Schlußrede die absurdesten Anschuldigungen vorbrachte. Unter anderem ‚erinnerte‘ er daran, „mit welcher dreisten Selbstverständlichkeit die Wiener Schule des Juden Kelsen nur sich selbst gegenseitig zitierte, mit welcher für uns Deutsche unbegreiflichen Grausamkeit und Frechheit andere Meinungen mißachtet wurden“<sup>46</sup>. Ein anderes Beispiel für die verbreitete Haltung, Kelsens wissenschaftliche

---

recht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich, 1985, S. 44 ff.; weitere Nach- und Hinweise bei *Dreier*, Staatsrechtslehre (Fn. 18), S. 15 ff.

<sup>42</sup> Knappe Darstellung bei *R. Walter*, Kelsen, in: *Neue Deutsche Biographie*, Bd. 11, 1977, S. 479 (480); *ders.*, Hans Kelsen (Fn. 1), S. 12. Ausführlicher *R. A. Métall*, Hans Kelsen. Leben und Werk, 1969, S. 61 ff., 77 ff.; weitere Hinweise bei *H. Dreier*, Hans Kelsen (1881–1973): „Jurist des Jahrhunderts“?, in: H. Heinrichs u.a. (Hrsg.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, 1993, S. 705 ff. (715 ff.).

<sup>43</sup> RGBl. I S. 175. Einschlägig sind § 3 (Beamte „nicht arischer Abstammung“) und § 4 („Beamte, die nach ihrer bisherigen politischen Betätigung nicht die Gewähr dafür bieten, daß sie jederzeit rückhaltlos für den nationalen Staat eintreten“).

<sup>44</sup> *K. Larenz*, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, 1934, S. 11; weitere Nachweise bei *Dreier*, Staatsrechtslehre (Fn. 18), S. 29 ff.

<sup>45</sup> Dazu ausführlicher *H. Hofmann*, „Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist“, in: K. Müller/K. Wittstadt (Hrsg.), *Geschichte und Kultur des Judentums – Eine Vorlesungsreihe an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg*, 1988, S. 223 ff.; *H. Göppinger*, *Juristen jüdischer Abstammung im „Dritten Reich“. Entrechtung und Verfolgung*, 2. Aufl. 1990, S. 153 ff.; *R. Gross*, *Carl Schmitt und die Juden*, 2000, S. 120 ff.; *C. Busse*, „Eine Maske ist gefallen“. Die Berliner Tagung „Das Judentum und die Rechtswissenschaft“ vom 3./4. Oktober 1936, in: *Kritische Justiz* 33 (2000), S. 580 ff.

<sup>46</sup> *C. Schmitt*, *Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist. Schlußwort auf der Tagung der Reichsgruppe Hochschullehrer des NSRB vom 3. und 4. Oktober 1936*, in: *DJZ* 1936, Sp.1193 ff. (1195).

Arbeit allein wegen der Herkunft ihres Autors für erledigt zu erachten, lieferte Carl Hermann Ule, der in seiner Habilitationsschrift aus dem Jahre 1940 ausführte, eine Befassung mit der Reinen Rechtslehre erübrige sich, weil es sich dabei um die „Ausgeburt eines fremdrassigen, wurzellosen Intellektualismus“ handele<sup>47</sup>. Ich lasse es zu unser aller Schonung an dieser Stelle dabei bewenden (lediglich zum Trost hinzufügend, daß andere, wie Rudolf Smend, in jener Zeit vernehmlich schwiegen) und komme zur Nachkriegszeit.

## V. Nach 1945

Kelsens Wiedereintritt in den 1933 gewaltsam abgebrochenen Diskussionszusammenhang vollzog sich auf einem Nebengleis und stand unter keinem günstigen Stern. Denn es revitalisierte sich sofort ein recht deutliches Klima der Ablehnung.

Die Rede ist von Kelsens Position in der Frage nach dem rechtlichen Schicksal Deutschlands nach Beendigung des Krieges, wie er sie im „American Journal of International Law“ dargelegt hatte<sup>48</sup>. Bekanntlich ging er dabei, aufbauend auf einem bestimmten Verständnis von *debellatio*<sup>49</sup>, vom Untergang des deutschen Staates infolge der bedingungslosen Kapitulation der deutschen Wehrmacht und dem vollständigen Erliegen deutscher Staatsgewalt aus. Dagegen entbrannte heftiger Protest, der sich inhaltlich ohne Zweifel gut vertreten ließ<sup>50</sup>. Bezeichnend aber waren die Untertöne, die zum Teil durchaus den Charakter sehr vernehmlicher Obertöne annahmen. So sprach der Schmitt-Schüler Günther Krauss in einem Aufsatz aus dem Jahre 1954 davon, die deutsche Staatsrechtslehre habe nach der Kapitulation „den Fortbestand des deutschen Staates mit einer Art moralischer Einstimmigkeit verteidigt“, um in einer Fußnote hinzuzufügen, daß die Gegner dieser Auffassung, zu denen er unter anderem Staatsrechtslehrer zählte, die sich nicht in Deutschland befanden, in „der Frage der moralischen Einstimmigkeit der deutschen Staats-

---

<sup>47</sup> C. H. Ule, Herrschaft und Führung im nationalsozialistischen Reich, in: Verwaltungsarchiv 45 (1940), S. 193 ff. (201). Zum Schicksal der Publikation der Habilitationsschrift als Monographie vgl. Stolleis, Geschichte III (Fn. 16), S. 305 m. Fn. 382 f.; H. Quaritsch, Carl Schmitt – Antworten in Nürnberg, 2000, S. 119.

<sup>48</sup> H. Kelsen, The Legal Status of Germany According to the Declaration of Berlin, in: American Journal of International Law 39 (1945), S. 518 ff.

<sup>49</sup> Zum Bedeutungsspektrum des Begriffs *K.-U. Meyn*, *Debellatio*, in: Encyclopaedia of Public International Law, Band 1 (1992), S. 969 ff.

<sup>50</sup> Zusammenfassend J. A. Frowein, Die Rechtslage Deutschlands und der Status Berlins, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1. Aufl. 1983, S. 29 ff.; I. v. Münch, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2000, Rn. 41 ff.

rechtslehre nicht mitgezählt“ werden könnten<sup>51</sup>. Und daß Hans Peter Ipsen die wesentliche wissenschaftliche Grundlegung der These vom Fortbestand des deutschen Reiches, nämlich Stödters Buch über „Deutschlands Rechtslage“<sup>52</sup>, als eine „deutsche politische Tat“ gerühmt hat<sup>53</sup>, trug ihm die Gegenfrage ein, ob Kelsens Position denn gewissermaßen als „undeutsch“ zu gelten habe<sup>54</sup>. Es mag überzogen sein, in solchen Zurückweisungen eine Art von wissenschaftlicher Ausbürgerung zu sehen<sup>55</sup>. Aber von einer warmherzigen Einladung zur wissenschaftlichen Wiedereinbürgerung wird man wohl auch nicht gerade sprechen können. Es paßt ins Bild, wenn Kelsens Kritik am Nürnberger Kriegsverbrecher-Prozeß, die in ihrem Ergebnis vielen aus der Seele gesprochen haben dürfte<sup>56</sup>, kaum nachhaltige Resonanz fand.

Natürlich befinden wir uns mit diesen Debatten auf einem Neben- gebiet. Fragt man umfassender nach der Rezeption der Reinen Rechts- lehre in den Nachkriegsjahren und -jahrzehnten, so fällt das Ergebnis allerdings nicht viel ermutigender aus: es begegnet uns eine Mischung aus Distanz, Ignoranz und Desinformation. Die Distanznahme, vertraut aus Weimarer Zeiten, ist von diesen dreien die am leichtesten zu ver- schmerzende und angesichts der beträchtlichen Theoriehöhe des Kelsen- schen Werkes durchaus verständlich. Denn Distanznahme setzt immer- hin noch eine gewisse Zurkenntnisnahme voraus. Schon daran fehlte es aber in vielen Diskussionen völlig. Das kritische Potential der Reinen Rechtslehre blieb so weitgehend unausgeschöpft. Der Zeitgeist hungerte – wieder einmal, wie schon in der Weimarer Republik – nach materialen Werten, nach Naturrecht, was zu einem Gutteil dessen mächtige Renaissance nach 1945 erklärt<sup>57</sup>. So attestierte man der Reinen Rechtslehre in lang anhaltender, bis in die siebziger Jahre reichender Konstanz, sie ver-

<sup>51</sup> G. Krauss, Die Verfassung Deutschlands 1945–1954, in: DÖV 1954, S. 579 ff. (580 mit Fn. 10). – Dieser Autor hatte im Jahre 1934 einen scharfen, gegen liberale und vor allem „artfremde“ Staatsrechtslehrer gerichteten Artikel in der Zeitschrift „Deutsches Recht“ publiziert (G. K., DR 1934, S. 241 ff.). Vgl. ferner: G. Krauß/O. v. Schweinichen, Disputation über den Rechtsstaat. Mit einer Einleitung und einem Nachwort von Carl Schmitt, 1935.

<sup>52</sup> R. Stödter, Deutschlands Rechtslage, 1948.

<sup>53</sup> H. P. Ipsen, Ein Hamburger Leben für Wirtschaft und Wissenschaft, in: Recht über See. Festschrift für Rolf Stödter, 1979, S. XIII ff. (XVI).

<sup>54</sup> So J. Perels, Die Restauration der Rechtslehre (1984), in: ders., Das juristische Erbe des „Dritten Reiches“. Beschädigungen der demokratischen Rechtsordnung, 1999, S. 71 ff. (83 mit Fn. 36).

<sup>55</sup> Ebenda, S. 83.

<sup>56</sup> H. Kelsen, Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?, in: The International Law Quarterly 1 (1947), S. 153 ff.

<sup>57</sup> Eingehende Darstellung bei K. Köhl, Rückblick auf die Renaissance des Naturrechts nach dem 2. Weltkrieg, in: G. Köbler u.a. (Hrsg.), Geschichtliche Rechtswissenschaft. Freundesgabe für A. Söllner, 1990, S. 331 ff.; knapp A. Kaufmann, Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit. Abschiedsvorlesung, 2. Aufl. 1992, S. 8 ff.

liere sich in fruchtloser Normlogelei, sei sinnleer und vermöge von daher zur Lösung der eigentlichen Sachfragen nichts beizutragen, da sie deren wahre Dimensionen verfehle<sup>58</sup>. Es war *communis opinio* von Hans Welzel über Heinrich Henkel bis hin zu Hermann Klenner und Ernst Bloch<sup>59</sup>, in der Reinen Rechtslehre wegen ihrer theoretischen Abgehobenheit und ethischen Indifferenz nur die Hohlform eines zur Problemlösung untauglichen, sich seiner Inhaltslosigkeit wegen gleichsam selbst ad absurdum führenden Rechtsdenkens zu erblicken. Insofern war Kelsen weder Gegner noch Feind, sondern einfach uninteressant und unergiebig: kein satisfaktionsfähiger Streiter im Agon, sondern einfach ein Nullum.

Derartige Einschätzungen der Reinen Rechtslehre als einem bloßen Glasperlenspiel hatte es zuweilen bereits in Weimar gegeben<sup>60</sup>. Bezeichnenderweise trat nach 1945 aber verstärkt eine zweite Kritikrichtung hinzu, die mit der ersten keineswegs zusammenstimmen konnte, was aber einige Autoren nicht hinderte, sich gleich in beiderlei Hinsicht zu äußern.

Hatte man in der Zwischenkriegszeit Kelsen zumeist als letztlich staatsverneinenden Liberalen oder gar Anarchisten geschildert<sup>61</sup>, so erschien seine Lehre nun als fatale Legitimation einer jeden effektiven Zwangsordnung, sei diese auch zutiefst unsittlich. Nicht in der Staatszersetzung, sondern in der Staatsvergottung<sup>62</sup> sah man nun das Gefährdungspotential der Reinen Rechtslehre, nicht in ihrer esoterischen Irrelevanz, sondern in ihrem vorgeblich apologetischen Charakter und der damit verbundenen Affirmation der jeweils herrschenden Machtverhältnisse<sup>63</sup>. Und natürlich war es von hier aus nur noch ein kleiner Schritt, den viele bereitwillig gingen, dem Rechtspositivismus im allgemeinen und Kelsens Lehre im besonderen ein gerüttelt' Maß an Mitschuld für

---

<sup>58</sup> Nachweise dazu bei Dreier, Rechtslehre (Fn. 14), S. 19 ff.

<sup>59</sup> H. Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. Aufl. 1962, S. 186, 189 f.; H. Henkel, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. 1977, S. 494 ff.; H. Klenner, *Rechtslehre. Verurteilung der Reinen Rechtslehre*, 1972; E. Bloch, *Naturrecht und menschliche Würde* (1961), 2. Aufl. 1980, S. 168 ff.

<sup>60</sup> Kaufmann, *Kritik* (Fn. 29), S. 20 ff., 79 ff.; H. Heller, *Die Krisis der Staatslehre*, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 55 (1926), S. 289 ff. (303, 308); R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 3. Aufl. 1994, S. 119 ff. (124); G. Leibholz, *Zur Begriffsbildung im öffentlichen Recht* (1931), in: ders., *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 1974 (Neuausgabe der 3., erweiterten Ausgabe 1967), S. 262 ff. (263).

<sup>61</sup> Beispielsweise O. Koellreutter, *Staatsrechtswissenschaft und Politik*, in: *DJZ* 1928, S. 1221 ff. (1225); H. Heller, *Europa und der Faschismus*, 1929, S. 16; ders., *Rechtsstaat oder Diktatur?*, 1930, S. 11; C. Schmitt, *Politische Theologie*, 2. Aufl. 1934 (1. Aufl. 1922), S. 31; A. Köttgen, *Nation und Staat*, in: *Blätter für deutsche Philosophie* 5 (1931), S. 190 ff. (200, 201, 213, 218).

<sup>62</sup> So ausdrücklich E. v. Hippel, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl. 1967, S. 143.

<sup>63</sup> Ausführlich dazu Dreier, *Rechtslehre* (Fn. 14), S. 20 ff., 159 ff.

den Gang in die Diktatur zuzuweisen. Deren Opfer ernteten auf diese Weise Schuldvorwürfe<sup>64</sup>, während die Legitimationsbeschaffer des NS-Regimes an ihren materialen, substanzhaften Positionen und ihrer Verurteilung des Rechtspositivismus strukturell festhielten bzw. sich zu Naturrechtsaposteln wandelten. Auch diese Vorgehensweise läßt sich erklären, am besten vermutlich psychologisch: als menschlich verständlicher Verdrängungsmechanismus. Doch wird die Positivismuslegende<sup>65</sup> damit natürlich nicht wahrer, sondern bleibt, was sie ist: eine (überaus erfolgreiche) Desinformationskampagne, die aus Opfern Täter und aus Tätern Opfer machte.

## VI. Zur Lage heute

Mittlerweile ist nun allerdings die Positivismuslegende auf breiter Front als solche entlarvt<sup>66</sup>, und auch die Naturrechtsrenaissance ist längst vorüber. Gibt es stattdessen vielleicht eine Kelsen-Renaissance? Natürlich hätte ich hier und heute nur allzu gerne dem Jubilar die frohe Botschaft eines auf breiter Front erfolgten Durchbruchs der Reinen Rechtslehre überbracht. Doch halten wir es auch an dieser Stelle mit Hans Kelsen und Robert Walter: bleiben wir nüchtern und realistisch. Von einer Renaissance *solcher* Art, die ja eigentlich auch eher eine ‚naissance‘ wäre, kann in der Bundesrepublik Deutschland nach wie vor nicht die Rede sein. Wenn man dennoch die heutige Lage als ermutigender als in den Nachkriegsjahren und -jahrzehnten einschätzen kann, dann aufgrund

---

<sup>64</sup> M. Sattler, Naturrecht und Geschichte: Hans Kelsen, Leo Strauss und Eric Voegelin, in: M.-R. Lotter (Hrsg.), Normenbegründung und Normenentwicklung in Gesellschaft und Recht, 1999, S. 107 ff. (109 f.): „Emigranten auf diese Weise zu den Schuldigen ihres eigenen Schicksals zu machen, ist eine alte Methode derer, die sich mit einer Diktatur arrangiert haben.“

<sup>65</sup> Die sachlichen Fragen werden auch unter verschiedenen anderen Stichworten verhandelt: Radbruchsche Formel, Positivismuskritik, Hitler-Argument. Siehe auch die folgende Fußnote.

<sup>66</sup> Zu ihrer Widerlegung früh E. Franßen, Positivismus als juristische Strategie, in: JZ 1969, S. 766 ff.; eingehend später G. Grünwald, Zur Kritik der Lehre vom überpositiven Recht, 1971; H. Geddert, Recht und Moral. Zum Sinn eines alten Problems, 1984, S. 217 ff.; M. Walther, Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im „Dritten Reich“ wehrlos gemacht?, in: R. Dreier/W. Sellert (Hrsg.), Recht und Justiz im „Dritten Reich“, 1989, S. 323 ff.; W. Ott, Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus, 2. Aufl. 1992, S. 187 ff.; W. Heun, Der staatsrechtliche Positivismus in der Weimarer Republik, in: Der Staat 28 (1989), S. 377 ff.; H. Dreier, Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis?, in: Staatsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Robert Walter zum 60. Geburtstag, 1991, S. 117 ff. (127 ff.); K. Füller, Rechtspositivismus und gesetzliches Unrecht, in: ARSP 78 (1992), S. 301 ff.; A. Engländer, Zur begrifflichen Möglichkeit des Rechtspositivismus, in: Rechtstheorie 28 (1997), S. 437 ff. (456 ff.).



von bestimmten Symptomen unterschiedlicher Art, die abschließend skizziert seien.

(1) Zum einen läßt sich ein Prozeß der Versachlichung konstatieren. Es kommt nicht mehr in erster Linie zu Vorwürfen und Schuldzuschreibungen; vielmehr werden die Positionen Kelsens und seine Rolle im allgemeinen fair geschildert<sup>67</sup>. Die großen Summen zur Entwicklung der deutschen Staatsrechtswissenschaft, wie sie Manfred Friedrich und Michael Stolleis vorgelegt haben, sind dafür beispielhaft und ihrerseits vorbildlich<sup>68</sup>. Auch in den aktuellen Lehrbüchern zur Rechtsphilosophie überwiegt mittlerweile die sachlich-kritische Darstellung und Behandlung<sup>69</sup>.

(2) Zum zweiten hält das Fachinteresse an Kelsen an, wie schon ein Blick in die einschlägigen rechtstheoretischen und rechtsphilosophischen Fachzeitschriften zeigt<sup>70</sup>. Für umfängliche Monographien mögen an dieser Stelle die Namen von Carsten Heidemann oder Rainer Lippold genügen<sup>71</sup>. Das gilt aber nicht weniger für Grundfragen gewidmete staats- und verfassungstheoretische Werke, in denen Kelsen heute wieder stärker präsent ist als noch vor einigen Jahrzehnten<sup>72</sup>. Zwar hat Josef

<sup>67</sup> Vgl. zur „Normalisierung“ insoweit auch *M. Stolleis*, Staatsrechtslehre und Politik, 1996, S. 15 f.; warnend vor einer „Historisierung“ Kelsens *C. Jabloner*, Wie zeitgemäß ist die Reine Rechtslehre?, in: *Rechtstheorie* 29 (1998), S. 1 ff. (6 f.).

<sup>68</sup> *Friedrich*, Geschichte (Fn. 16), S. 341 ff.; *Stolleis*, Geschichte III (Fn. 16), S. 117 f., 154 ff., 166 ff., 175 ff., 194 f. und öfter.

<sup>69</sup> Siehe (naturgemäß mit unterschiedlicher Intensität der Beschäftigung) *W. Naucke*, Rechtsphilosophische Grundbegriffe, 4. Aufl. 2000, Rn. 187 ff.; *K. Seelmann*, Rechtsphilosophie, 1994, § 2 Rn. 34, 72, 83 f.; *M. Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 1996, S. 151 ff.; *R. Gröschner u.a.*, Rechts- und Staatsphilosophie. Ein dogmenphilosophischer Dialog, 2000, S. 262 ff.; *H. Hofmann*, Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, 2000, S. 14 ff., 24; *N. Horn*, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 2001, Rn. 157 f., 362. – Man nimmt angesichts dessen nur mit umso größerem Erstaunen zur Kenntnis, daß in einem über 40 Seiten starken und mit mehr als 200 Fußnoten versehenen Beitrag zur Rechtsphilosophie in der Bundesrepublik Deutschland nicht ein einziges Mal der Name Kelsens fällt: vgl. *U. Neumann*, Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945, in: D. Simon (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, 1994, S. 145–187.

<sup>70</sup> *R. Geffken*, Rechtsreinheit als Substanzverlust. Zur Kritik W. R. Beyers am Rechtspositivismus Hans Kelsens, in: *ARSP* 79 (1993), S. 536 ff.; *R. Mehring*, Staatsrechtslehre, Rechtslehre, Verfassungslehre: Carl Schmitts Auseinandersetzung mit Hans Kelsen, in: *ARSP* 80 (1994), S. 191 ff.; *M. Pavènik*, An den Grenzen der Reinen Rechtslehre, in: *ARSP* 81 (1995), S. 26 ff.; *O. Weinberger*, War Kelsen Antipsycholog? in: *Rechtstheorie* 26 (1995), S. 563 ff.; *P. Warta*, Die Grundnorm als logisches Problem, in: *Rechtstheorie* 28 (1997), S. 383 ff.; *C. M. Herrera*, La théorie politique de Kelsen et le socialisme réformiste, in: *ARSP* 84 (1998), S. 195 ff.; vgl. schließlich noch die Beiträge in: *O. Weinberger/W. Krawietz* (Hrsg.), *Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker*, 1988.

<sup>71</sup> *C. Heidemann*, Die Norm als Tatsache. Zur Normentheorie Hans Kelsens, 1997; *R. Lippold*, Recht und Ordnung. Statik und Dynamik der Rechtsordnung, 2000.

Isensee, insofern repräsentativ für eine gewisse nachwirkende Tendenz, in seinem großen Konzept-Artikel über „Staat und Verfassung“ im Handbuch des Staatsrechts aus dem Jahre 1987<sup>73</sup> Kelsen tatsächlich so gut wie vollständig unerwähnt gelassen<sup>74</sup>; man wird aber vor dem Hintergrund der seitdem von ihm publizierten Arbeiten, in denen Kelsen immer häufiger erscheint (und zwar sowohl mit seinen demokratietheoretischen als auch seinen staatsrechtlichen Werken und der Reinen Rechtslehre)<sup>75</sup>, mit einiger Sicherheit prognostizieren können, daß bei der anstehenden Neuauflage Isensees Beitrag insofern ein anderes Gesicht haben wird.

(3) Schließlich der dritte und wohl wichtigste Punkt: die Reine Rechtslehre findet wieder Eingang bei der Bewältigung der Sachprobleme. Bei den wiederum eher rechtstheoretischen Fragestellungen wie solchen nach der Einheit der Rechtsordnung versteht sich das ja fast von selbst<sup>76</sup>. Doch noch bemerkenswerter will mir scheinen, daß man die Reine Rechtslehre auch bei anderen, nicht von vornherein einschlägig erscheinenden Problemstellungen wieder heranzieht. So hat man des öfteren das Erkenntnispotential der „Grundnorm“-Lehre zum Ausgangspunkt genommen, um die schwierige Frage des Verhältnisses zwischen nationalem Recht der Mitgliedstaaten und supranationalem Recht der Europäischen Gemeinschaft zu erfassen<sup>77</sup>. Ein jüngerer deutscher Autor,

<sup>72</sup> T. Schilling, Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, 1994, S. 13 ff., 31 ff., 159 ff., 372 ff., 377 ff.; D. Heckmann, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen. Elemente einer Theorie der autoritativen Normgeltungsbeendigung, 1997, S. 59, 142, 145, 161, 163; J. Lege, Pragmatismus und Jurisprudenz, 1997, S. 406 ff.; O. Lepsius, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, S. 14 ff., 31 f.; K. Meßerschmidt, Gesetzgebungsermessens, 2000, S. 13, 119, 418, 699 ff.; C. Möllers, Staat als Argument, 2000, S. 36 ff.

<sup>73</sup> J. Isensee, Staat und Verfassung, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1987, § 13, wo Kelsen nur in Fn. 258 und 259 Erwähnung findet.

<sup>74</sup> Hinweis darauf bei H. Schulze-Fielitz, Grundsatzkontroversen in der deutschen Staatsrechtslehre nach 50 Jahren Grundgesetz, in: Die Verwaltung 32 (1999), S. 241 ff (242).

<sup>75</sup> Siehe etwa J. Isensee, Das Volk als Grund der Verfassung – Mythos und Relevanz der Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt, 1995, S. 13 f., 18 ff., 72; ders., Rechtsstaat – Vorgabe und Aufgabe der Einung Deutschlands, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IX, 1997, § 202 Rn. 83, 107; ders., Vom Stil der Verfassung, 1999, S. 43, 55, 64 f.; ders., Der Bundesstaat – Bestand und Entwicklung, in: P. Badura/H. Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, 2001, S. 719 ff (720, 721).

<sup>76</sup> M. Baldus, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995; Schilling, Rang (Fn. 72), S. 372 ff.; nur wenige Bezugnahmen aber bei D. Felix, Einheit der Rechtsordnung, 1998 (etwa S. 149, 151).

<sup>77</sup> W.-D. Grussmann, Grundnorm und Supranationalität – Rechtsstrukturelle Sichtweisen der europäischen Integration, in: T. v. Danwitz u.a. (Hrsg.), Auf dem Wege zu einer europäischen Staatlichkeit, 1993, S. 47 ff. (48 ff., 58 ff.); daran anschließend M. Bal-

den man sicherlich kaum als ‚Kelsenianer‘ wird apostrophieren können, hat dazu angemerkt<sup>78</sup>:

„Rechtstheoretisch läßt sich die dahinterstehende Konstruktion am präzisesten mit dem begrifflichen Apparat derjenigen Theorielinie nachzeichnen, die von jeher die Auflösung des Staats- im Rechtsbegriff verfolgt hat: der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens, Adolf Merkl's und ihrer Nachfolger. Im Lichte der zentralen Kategorien des ‚Wiener‘ Rechtsparadigmas – Stufenbau der Rechtsordnung und Grundnorm – wird deutlich, daß die Konstruktion einer autonomen europäischen Gemeinschaftsrechtsordnung auf nicht weniger als die Annahme einer eigenen supranationalen ‚Grundnorm‘ hinausläuft, d.h. auf eine höchste vorausgesetzte Norm, die den Geltungsgrund der normativen Ordnung des Europarechts bildet.“

Und schließlich mag noch ein kleines positives Indiz angeführt sein: die erstaunliche Tatsache nämlich, daß jüngst in einer bundesdeutschen juristischen Ausbildungszeitschrift ein Überblicksaufsatz über Kelsen und die Reine Rechtslehre erschienen ist – übrigens verfaßt von Rechtswissenschaftlern aus der Schweiz<sup>79</sup>. Also: ein schweizerisches Autorenteam schreibt in einer deutschen juristischen Zeitschrift über den bedeutendsten Rechtstheoretiker Österreichs – das scheint mir schon außerordentlich bemerkenswert zu sein.

## VII. Schluß

Freilich muß man sich angesichts der Rezeption Kelsens in aller Welt über seine anhaltende Bedeutung und das Weiterwirken seines imposanten Gedankengebäudes ohnehin keine Sorgen machen: dem Hans Kelsen-Institut kommt insofern eine wichtige Vermittlungs- und Aktivierungsfunktion zu. Noch wichtiger allerdings als gleichsam auflistbare Aktivitäten, abzählbare Häupter von Jüngern oder faßbare Publikationen, die einer „Schule“ zuzuordnen wären, scheint mir der *Geist* zu sein, der Kelsen und seine Lehre getragen und geprägt hat: der Geist intellektueller Offenheit und wissenschaftlicher Unbestechlichkeit. Dieser kann

---

*das*, Zur Relevanz des Souveränitätsproblems für die Wissenschaft vom öffentlichen Recht, in: *Der Staat* 36 (1997), S. 381 ff. (395 ff.). Siehe auch *Jablonek*, *Wie zeitgemäß* (Fn. 67), S. 16 ff.; *T. Schilling*, Zum Verhältnis von Gemeinschafts- und nationalem Recht, in: *ZfRV* 1998, S. 149 ff.

<sup>78</sup> *M. Kaufmann*, Permanente Verfassungsgebung und verfassungsrechtliche Selbstbindung im europäischen Staatenverbund, in: *Der Staat* 36 (1997), S. 521 ff. (527).

<sup>79</sup> *A. Kley/E. Tophinke*, Hans Kelsen und die Reine Rechtslehre, in: *JA* 2001, S. 169 ff.; vgl. auch die Darstellung im Rahmen eines Überblicks zum Rechtspositivismus von *A. Engländer*, Grundzüge des modernen Rechtspositivismus, in: *Jura* 2000, S. 113 ff. (116 f.).

nicht überall gleich gut gedeihen. Niemand hat das schöner und klarer ausgedrückt als Kelsen selbst in seiner Abschiedsvorlesung über die Frage „Was ist Gerechtigkeit?“<sup>80</sup> Wir verfügen seit kurzem wieder über eine sehr gut greifbare, zudem mit einem informativen Nachwort versehene Ausgabe dieses wichtigen Textes, die wir dem Jubilar verdanken<sup>81</sup>. Sie ist nicht nur schön, sondern auch praktisch, weil man die Abhandlung nun wirklich jederzeit mit sich führen kann. Die bekannten Schlußsätze der Abschiedsvorlesung Kelsens lauten<sup>82</sup>:

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

Wann immer ich diese Worte lese, denke ich mir: sie könnten auch von Robert Walter stammen. Jedenfalls, da bin ich mir ziemlich sicher, wird er ihnen zustimmen. Und ganz sicher bin ich, daß das Auditorium mir zustimmen wird, wenn ich abschließend dem Jubilar zurufe: Ein herzlicher Glückwunsch von uns allen an Sie, hochverehrter Herr Walter, und – *ad multos annos!*

---

<sup>80</sup> H. Kelsen, Was ist Gerechtigkeit? (1953), 2. Aufl. 1975.

<sup>81</sup> H. Kelsen, Was ist Gerechtigkeit? Nachwort von Robert Walter, 2000 (Reclams Universalbibliothek Nr. 18076).

<sup>82</sup> Kelsen, Gerechtigkeit (Fn. 81), S. 52.

## Hinweise zum Referenten

Univ.-Prof. Dr. *Horst Dreier* wurde 1954 in Hannover geboren, wo er nach dem rechtswissenschaftlichen Studium 1985 zum Dr. iur. promovierte. Seine Habilitation erfolgte an der Universität Würzburg im Jahr 1989 für Öffentliches Recht, Rechtstheorie und Verwaltungswissenschaften. Nach Professuren an den Universitäten Heidelberg und Hamburg ist er seit 1995 Univ.-Prof. an der Universität Würzburg (Domerschulstraße 16, D-97070 Würzburg).

Aus den zahlreichen Veröffentlichungen sind folgende besonders hervorzuheben: „Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen“ (1986, 2. Aufl 1990), „Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat“ (1991), „Dimensionen der Grundrechte“ (1993), „Kelsens Demokratietheorie: Grundlegung, Strukturelemente, Probleme“ (in *Walter/Jaboner* [Hrsg], *Hans Kelsens Wege sozialphilosophischer Forschung*, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd 20, 1997, 79 ff) und „Grundrechtsschutz durch Landesverfassungsgerichte“ (2000) sowie (als Herausgeber und Mitautor) „Grundgesetz-Kommentar“ (Bd 1: Art 1–19 [1996]; Bd 2: Art 20–82 [1998]; Bd 3: Art 83–146 [2000]).