

## Stumpfe Zuspitzungen der Werturteilsfreiheit in der »Reinen Rechtslehre«

Andreas Kley\*

### I. Emil Brunner: Vier Stufen der »Gerechtigkeit«

Der Zürcher Theologe Emil Brunner (1889–1966) stellte 1943 seinen kühnen Versuch einer Gerechtigkeitslehre vor. Er setzte dem katholischen Naturrecht einen kompakten Gegenentwurf einer protestantischen Naturrechtsordnung entgegen. Brunners Anstrengung fand große Beachtung: Das Buch erlebte vier Auflagen und wurde in viele Sprachen übersetzt. An der Universität Zürich sammelte Brunner einen Kreis von interessierten (Rechts-)Studenten und Doktoranden um sich, die seine »Gerechtigkeit« aufnahmen und auch in der Rechtswissenschaft zur Geltung brachten.<sup>1</sup>

Brunners Buch behandelt die gesellschaftliche Gerechtigkeit, selbstverständlich auch die Gerechtigkeit im Staat. Dabei unterscheidet er, der Genealogie des staatsrechtlichen Naturrechts folgend, vier »Stufen der Gerechtigkeit«.<sup>2</sup> Die vier Stufen folgen einerseits einem historischen Pfad der Gerechtigkeitsentwicklung im Staat und andererseits einer zunehmenden Intensität der pro Stufe erhobenen Gerechtigkeitsforderungen. Es handelt sich um folgende Stufen.

Die *erste Stufe* besteht in der Forderung, dass der Staat als »zentrale Gewalt mit Willen« ein »Gewaltmonopol« ausübt und dadurch eine Ordnung schafft. Die zentralisierte Gewalt entfaltet selbst in der Hand eines Despoten insofern eine »wohltätige Wirkung«, als dass der Staat »das Monopol zwingender Gewalt, vor allem der Tötungsgewalt wirksam für sich in Anspruch nimmt und damit dieses gefährlichste Element den einzelnen entwindet. [...] Der Zustand der Anarchie, des Faustrechts, hört auf, das äusserste Mass von Gefährdung alles Humanen und Geistigen ist beseitigt, es ist jetzt eine gewisse, wenn auch brutale Friedensordnung da.«<sup>3</sup> Die Ordnungsfunktion einer *zentralen Gewalt mit Willen* ist dem Zustand eines allgemeinen Bürgerkrieges vorzuziehen.

Die *zweite Stufe* besteht in der Herrschaft durch generell-abstrakte, konditionale (Wenn-dann-)Regeln. Für Brunner kann auch der Despot »auf die Dauer nicht regieren, ohne dass er sein launisches Willensdiktat in ein allgemein gültiges Gesetz verwandelt. Indem er Gesetz[e] proklamiert, [...] schafft er bereits eine Ordnung zweiten Grades.«<sup>4</sup> Die Wahl der Gesetzesform rationalisiert zwar bloß den Machtwillen des Despoten, trotzdem schafft dieser, »ohne es zu wollen, eine Wirkung im Sinne der Gerechtigkeit«<sup>5</sup>. Die regelhafte Ordnung bezieht sich notwendigerweise auf eine »gewisse Gleichheit« und diese sei »ein entscheidendes Element der Gerechtigkeit. Schon die blosse Konstanz gesetzlicher Regelung ist ein Sieg des Geistes über die Ungeistigkeit der Laune und Willkür.«<sup>6</sup> Es entsteht in einem bescheidenen Umfang Rechtssicherheit, da der Despot »jetzt wenigstens auf einen Teil seiner Willkür verzichtet, er hat seinen Willen an das Gesetz abgetreten«<sup>7</sup>. Brunner bezieht sich hier auf die Spätphilosophie von Platon, der den

---

\* Der Autor dankt seiner Assistentin Rahel Blunschi, MLaw, für kritische Durchsicht.

<sup>1</sup> Andreas Kley, Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, 2. Aufl., Zürich/St.Gallen 2015, S. 426 ff.

<sup>2</sup> Emil Brunner, Gerechtigkeit: eine Lehre von den Grundgesetzen der Gesellschaftsordnung, Zürich 1943, S. 233 ff. Max Weber hat das entsprechende Konzept aus soziologischer Warte entwickelt. Der Staat gilt als alleinige Quelle der Gewaltsamkeit (Stufe 1), und als Rechtfertigungen dafür beschreibt Weber die Sitte (Tradition), die Gnadengabe (Charisma) sowie die legale Satzung, d.h., er trifft wichtige Aspekte von Brunners Stufen 2 bis 4 (Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl., Tübingen 1980, S. 822 [Teil aus Politik als Beruf, 1919]).

<sup>3</sup> Brunner, Gerechtigkeit, S. 234.

<sup>4</sup> Brunner, Gerechtigkeit, S. 234 f.

<sup>5</sup> Brunner, Gerechtigkeit, S. 235.

<sup>6</sup> Brunner, Gerechtigkeit, S. 235.

<sup>7</sup> Brunner, Gerechtigkeit, S. 235.

Philosophenkönig durch die Herrschaft der treuesten Diener der Gesetze ersetzt: »Denn einem Staate, in welchem das Gesetz unter der Willkür der Herrscher steht und ohne Gewalt ist, sehe ich den Untergang bevorstehen; wo es dagegen über den Herrschern steht und sie Sklaven des Gesetzes sind, da sehe ich Wohlstand und alle die Güter erblühen, welche die Götter Staaten verleihen.«<sup>8</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hat diese Aspekte der Stufen eins und zwei in seinem Beamtenurteil von 1957 hervorgehoben und wollte nicht annehmen, dass die gesamte nationalsozialistische Gesetzgebung rechtsunwirksam gewesen sei. Denn »eine ungerechte und von geläuterter Auffassung aus abzulehnende Gesetzgebung [kann] durch das auch ihr innewohnende Ordnungselement Geltung gewinnen; sie schafft [...] Rechtssicherheit und ist [...] einem völligen Rechtschaos [...] gegenüber das geringere Übel«<sup>9</sup>. Die erste und zweite Stufe von Brunners Gerechtigkeitslehre im Staat werden heute vernachlässigt, weil die beiden Stufen als selbstverständlich und nicht mehr erwähnenswert gelten. Seit dem Ende des Zweiten Weltkrieges erscheint es in Europa undenkbar, dass keine zentrale Gewalt mit Willen und auch keine Normherrschaft besteht. Die im Folgenden zu behandelnden weiteren, intensiveren Stufen der Gerechtigkeit im Staat haben diese elementaren Forderungen überdeckt.

In der *dritten Stufe* soll die Tatsache der Gerechtigkeit den Inhalt der Gesetze bestimmen. Die zentrale Gewalt soll nicht nur mittels generell-abstrakter Normen regieren, diese sollen vielmehr »die schöpfungsmässigen Menschenrechte des einzelnen und der Gemeinschaften zur Geltung bringen«<sup>10</sup>. Brunner wandte sich – ohne ihn zu nennen – gegen Kelsen, indem er feststellte: »Kein juristischer Formalismus und keine historisierenden Argumente gegen das Naturrecht können die Tatsache beseitigen, dass es Forderungen der Gerechtigkeit gibt, die in Gesetze zu fassen Aufgabe des gerechten Gesetzgebers ist.«<sup>11</sup> Die Geschichte der Staaten sei zum großen Teil »die Geschichte davon, wie dem blossen Machtwesen Staat gerechte Gesetze abgerungen werden«<sup>12</sup>.

Die letzte und *vierte Stufe* der Gerechtigkeit sorgt für eine gerechte Machtverteilung und bei gegebenen Voraussetzungen für die Einführung der Staatsform der Demokratie. Die Einführung dieser Staatsform setzt allerdings ein reifes Volk und geordnete soziale und ökonomische Verhältnisse in der Gesellschaft voraus.<sup>13</sup>

## II. Jahrhundertwissenschaftler begegnen sich

Hans Kelsen (1881–1973) ergriff den intellektuellen Fehdehandschuh von Brunner rund zehn Jahre später und konterte den Formalismusvorwurf. Kelsen geht in seiner 44-seitigen detaillierten, kritischen Analyse von Emil Brunners »Gerechtigkeit« vom Standpunkt aus, dass Recht »jeden beliebigen Inhalt haben« könne und »nur relativ gerecht« sei<sup>14</sup>. Seine Grundlage ist die in vielen Schriften immer wieder bestätigte Haltung, wonach »[a]bsolute Werte im allgemeinen und absolute Gerechtigkeit im besonderen [...] wissenschaftlicher Erkenntnis nicht zugänglich«<sup>15</sup> sind. Sie gehörten zur Metaphysik und seien deshalb der wissenschaftlichen Erkenntnis entzogen. Daran ändere auch das nach den Weltkriegen entstandene Bedürfnis nach einer Rechtfertigung der individualistisch-liberalen Staatsordnung des Westens nichts. Die relativistisch-positivistische Rechtswissenschaft könne eine solche Rechtfertigung nicht leisten. Brunners Werk passt nach

---

<sup>8</sup> Platon, Nomoi 715c; zur Rolle der generell-abstrakten Gesetzesherrschaft in der antiken Polis: Thomas Gross, Verwaltung und Recht in antiken Herrschaftsordnungen, Tübingen 2022, S. 148 ff.

<sup>9</sup> BVerfGE 6, 132 ff.

<sup>10</sup> Brunner, Gerechtigkeit, S. 236.

<sup>11</sup> Brunner, Gerechtigkeit, S. 236.

<sup>12</sup> Brunner, Gerechtigkeit, S. 236.

<sup>13</sup> Brunner, Gerechtigkeit, S. 236 f.

<sup>14</sup> Hans Kelsen, Die Idee der Gerechtigkeit nach den Lehren der christlichen Theologie: eine kritische Analyse von Emil Brunners »Gerechtigkeit«, in: Studia philosophica. Schweizerische Zeitschrift für Philosophie, Band 13 (1953), S. 157-200 (157). Die Antwort auf die Frage, worin der Unterschied zwischen der relativen und der absoluten Gerechtigkeit besteht, muss hier offenbleiben.

<sup>15</sup> Kelsen, Idee der Gerechtigkeit, S. 157.

Kelsen zur »Renaissance anti-rationalistisch-metaphysischer Spekulation« und dem »Vordringen eines wissenschaftsfeindlichen oder doch wissenschaftsabgewandten religiösen Dogmatismus«<sup>16</sup>.

Brunners »Gerechtigkeit« will gegen den »totalen Staat«, das Ungeheuer von Ungerechtigkeit, kämpfen, der gemäß ihm nur deshalb möglich werde, weil man den Relativismus zulasse und damit die absolute Gerechtigkeit negiere. Gerade die absolute Gerechtigkeit manifestiert sich aber als oberstes Ziel von Brunners Gerechtigkeitslehre. Nach Kelsen setzt sich Brunner damit in Widerspruch zur »Tatsache, daß die klassische Rechtfertigung des totalen Staates gerade durch jene Philosophie erfolgt ist, die den Relativismus auf das entschiedenste ablehnt«<sup>17</sup>, nämlich die Ideenlehre Platons. Dessen Lehre gipfeln in der Idee des absolut Guten und das bedeute den totalen Staat, der nicht ein »Ungeheuer von Ungerechtigkeit«, sondern die höchste Gerechtigkeit verwirklichen wolle. Wenn überhaupt ein Zusammenhang zwischen der platonischen Wertphilosophie und der Brunnerschen Lehre bestehe, »so ist Wertabsolutismus dem politischen Absolutismus des autokratisch-totalitären Staates, Wertrelativismus der Demokratie und dem ihr wesentlichen Prinzip der Toleranz zugeordnet«<sup>18</sup>. Brunner argumentiert in Kelsens Augen un schlüssig, indem er mit seinen vier Stufen absolute Werte fixiert, z.B. in der dritten Stufe die Gerechtigkeit der generell-abstrakten Gesetze. Brunner kann seine letzten Werte – so Kelsen – nicht rational begründen. Die Idee einer absoluten Gerechtigkeit Gottes ist für Kelsen jenseits menschlicher Erkenntnisfähigkeit. Brunner könne, so Kelsen, die absolute Gerechtigkeit nicht eindeutig definieren, und Brunners Versicherung, dass er von der absoluten Gerechtigkeit wisse, behebe diesen grundlegenden Mangel nicht.<sup>19</sup>

Kelsen vertritt mit seiner reinen Rechtslehre den Standpunkt, dass man das Absolute »nicht begreifen, von ihm voraussetzungsgemäß nichts wissen und daher Wissenschaft mit dem Absoluten [...] nichts zu tun haben kann«<sup>20</sup>. Er sieht Brunner von diesem Standpunkt gar nicht so weit entfernt. Letzterer erkläre in seinem Vorwort, dass das Werk den Versuch bilde, »eine Lehre von der Gerechtigkeit auf den Grundlagen des reformierten Glaubensverständnisses aufzubauen«<sup>21</sup>. Brunner möchte die Frage beantworten, »was auf Grund des Glaubens [...] als das Gerechte gefordert ist«<sup>22</sup>. Dabei bemerkt der Autor der »Gerechtigkeit«, dass es sich vielleicht um Fragen handle, »in denen überhaupt nicht die Wissenschaft, sondern die praktische Erfahrung massgebend zu sein scheint«<sup>23</sup>. Zudem habe, so Brunner, die Wissenschaft die Frage nach der absoluten Gerechtigkeit nicht oder noch nicht beantwortet. Aber: »Die Welt kann nicht warten, bis die Männer der Wissenschaft ihre Forschungen abgeschlossen haben, um ihr einmütig zu sagen, was das Gerechte sei, und ebenso hat die protestantische Christenheit ein Recht darauf, von ihren geistigen Führern [...] darüber belehrt zu werden, was denn nun auf Grund des christlichen Glaubens als soziale und staatliche Gerechtigkeit gefordert sei.«<sup>24</sup> Brunner erklärt, dass es ihm gar nicht um Wissenschaft gehe, sondern um die theologische Praxis. Damit möchte er »die gesellschaftliche Wirklichkeit in einer bestimmten Weise gestalten, indem er die handelnden Menschen beeinflusst«.<sup>25</sup> Gemäß Kelsen fordert Brunner dann in widersprüchlicher Weise, »dass aller sinnvollen Verwirklichung die Erkenntnis vorausgehen« müsse und dass eine »klar und sicher gegründete Erkenntnis des Gerechten [...] etwas Unentbehrliches für seine Verwirklichung«<sup>26</sup> sei. Für Kelsen muss dieser Erkenntnisprozess wissenschaftlich geleitet sein, und es ist für ihn nicht verständlich, wie ein solch praktischer Prozess »eine klar und sicher gegründete Erkenntnis des Gerechten

---

<sup>16</sup> Kelsen, Idee der Gerechtigkeit, S. 158.

<sup>17</sup> Kelsen, Idee der Gerechtigkeit, S. 160.

<sup>18</sup> Kelsen, Idee der Gerechtigkeit, S. 160.

<sup>19</sup> Kelsen, Idee der Gerechtigkeit, S. 160.

<sup>20</sup> Kelsen, Idee der Gerechtigkeit, S. 161.

<sup>21</sup> Brunner, Gerechtigkeit, S. VI.

<sup>22</sup> Brunner, Gerechtigkeit, S. VII.

<sup>23</sup> Brunner, Gerechtigkeit, S. VI.

<sup>24</sup> Brunner, Gerechtigkeit, S. VI.

<sup>25</sup> Kelsen, Idee der Gerechtigkeit, S. 161.

<sup>26</sup> Brunner, Gerechtigkeit, S. VIII.

geben kann. Das Unternehmen steht von allem Anfang an im Zeichen eines unlösbaren Widerspruchs: das Unerkennbare zu erkennen.«<sup>27</sup>

Kelsen arbeitet sich in der umfangreichen Rezension weiter in diesem Stil ab und deckt Widerspruch um Widerspruch auf. Seine Argumentation ist schlüssig, exakt und gehorcht der Logik der reinen Rechtslehre. Gemäß ihm darf die Wissenschaft nicht auf Wertungen bauen, sondern nur das Gegebene logisch durchdringen. Der Theologe Brunner arbeitet mit fundamental anderen Grundlagen. Das Alte und Neue Testament bilden den vorausgesetzten Grund, auf dem er seine Lehre der Gerechtigkeit errichtet. Er sucht und findet in der Bibel die Weisungen, die nach seiner Interpretation zu einer gerechten Gesellschafts- und Staatsordnung führen. Er nimmt die Gleichnisse und Aussagen der Bibel, um in einem kreativen Akt eine mögliche Form der Gerechtigkeit zu beschreiben. Sein Verständnis von Gerechtigkeit bildet sich durch diese theologische Arbeitsweise erst heraus. Dabei nimmt er im Fall des Staates die Genealogie der Staatsphilosophie mit den vier Stufen der Gerechtigkeit als Leitlinie.

Dieses Vorgehen ist in der protestantischen Theologie so selten, dass Brunner als ein Jahrhunderttheologe<sup>28</sup> erscheint. Kelsen und Brunner arbeiten mit diametral entgegengesetzten Annahmen ihrer Wissenschaften und können sich nicht verstehen. So lässt sich Brunners Vorgehen auch nicht in die reine Rechtslehre Kelsens integrieren. Brunner geht von der Bibel aus; er setzt ihre Wahrheit voraus und entwickelt gestützt darauf seine Gerechtigkeitstheorie. Kelsens Wissenschaftsideal folgt einer von jeglichen Werten, Ethik oder Moral gereinigten Wissenschaft und trug ihm zusammen mit dem Gesamtwerk den Ehrentitel »Jahrhundertjurist«<sup>29</sup> ein. Im Folgenden ist zu zeigen, dass der Preis für die so verstandene wissenschaftliche Reinheit hoch ist.<sup>30</sup>

### III. Rechtsbegriff der reinen Rechtslehre

Emil Brunner fasst in seiner Gerechtigkeitslehre den möglichen Begriff von »gerechtem« Recht differenziert und erkennt vier unterschiedliche kategoriale Inhalte des Rechts. Sie bauen ideell-historisch aufeinander auf, und jede neue Stufe stellt noch höhere ethische Anforderungen an den Rechtsbegriff. Die Stufen eins und zwei erfassen die formale Seite des Rechts: Dieses geht von einer zentralen Gewalt mit Willen aus und erscheint in der Form als generell-abstrakte Norm. Die Stufen drei und vier haben formale und materielle Gerechtigkeitsforderungen zum Inhalt, indem die Regeln inhaltlich einer Gerechtigkeit entsprechen sollen und der Staat die Entscheide über Normen im besten Fall demokratisch fällt.

Es liegt auf der Hand, dass Kelsens Rechtsbegriff sich auf den ersten beiden Stufen bewegen muss, wenn er Ethik, Moral und Politik vom Recht möglichst fernhalten will. Kelsen gibt zunächst kaum Auskunft über den Rechtsbegriff, wenn er immer wieder betont, dass das Recht generell einen beliebigen Inhalt<sup>31</sup> besitzen kann. Der Inhalt des Rechts geht die reine Rechtslehre nichts an, da sie sich nicht in die Sphäre des Moralischen, Ethischen und Politischen einmischen darf. Die reine Rechtslehre setzt eine zentrale Gewalt mit Willen, den Staat, voraus. Kelsen identifiziert konsequenterweise Staat mit Recht, sodass jeder Staat ein Rechtsstaat ist.<sup>32</sup> Demzufolge schließt Kelsen die erste Stufe der Gerechtigkeit von Brunner (den Macht- und Gewaltbegriff des Rechts) ein, und

---

<sup>27</sup> Kelsen, Idee der Gerechtigkeit, S. 161.

<sup>28</sup> Frank Jehle, Emil Brunner: Theologe im 20. Jahrhundert, Zürich 2006.

<sup>29</sup> Horst Dreier, Hans Kelsen zur Einführung, Hamburg 2023, S. 11; Horst Dreier, Kelsen im Kontext. Beiträge zum Werk Hans Kelsens und geistesverwandter Autoren, Tübingen 2019, S. 95-114.

<sup>30</sup> Hasso Hofmann, Recht des Rechts, Berlin 1998, S. 51.

<sup>31</sup> Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 1. Aufl., Leipzig 1934 (= RR1A), S. 9, 63; ders., Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2. Aufl., Wien 1960 (= RR2A), S. 201, 229, 440; ders., Was ist die reine Rechtslehre?, in: Festschrift für Zaccaria Giacometti, Zürich 1953, S. 147 ff. (147); ders., Idee der Gerechtigkeit, S. 157.

<sup>32</sup> Kelsen, RR1A, S. 117 ff. und ders., RR2A, S. 314: »Ein dem Recht nicht unterworfenen Staat [ist] undenkbar.«

die folgenden Stufen zwei bis vier schließt er aus. Kelsen durchbricht damit den engen Zusammenhang der Stufen eins und zwei von Brunners Theorie: Erst die Wertentscheidung der Herrschaft von generell-abstrakten Regeln macht die Wertentscheidung für einen Staat als sich durchsetzende Macht und Gewalt erträglich. Die normative, d.h. auf generell-abstrakte Regeln konzentrierte Rechtswissenschaft ist der Versuch, die Rechtsregel als Mittel zur Begrenzung von Macht und Willkür der Macht- und Gewaltinhaber auszugestalten. Kelsens metaphysisch begründete Annahme des Rechts als Macht- und Gewaltinstrument muss mit der weiteren Annahme der Herrschaft generell-abstrakter Regeln korrigiert werden: »Das Recht [ist] ein Versuch mit Worten (im Gesetz), die Macht zu bändigen.«<sup>33</sup> »Das Recht ist Kritik der Macht. Der Mächtige muss sich nicht auf das Recht berufen; er hat die Macht. Der Schwache braucht das Recht.«<sup>34</sup>

Kelsens verkümmertes Rechtsbegriff führt ihn zur folgenden Behauptung: Die Aussage, dass ein Staat eine Rechtsordnung habe oder ein Rechtsstaat sei, stelle »keinerlei politisches Werturteil«<sup>35</sup> dar. Im Sinn der Brunnerschen Gerechtigkeitsstufe bindet Kelsen seine Lehre dessen ungeachtet immer noch an einen metaphysischen Wert, nämlich das Bestehen der faktischen Ordnungsmacht des Staates. Kelsens Staatsbegriff (und damit Rechtsbegriff) als einer Organisation mit zentraler Gewalt und Willen stellt eine nicht begründbare politische, ethische und metaphysische Festlegung dar.

Kelsen folgt mit seinem inhaltsarmen Rechtsbegriff dem Dezisionismus. Der Macht- und Gewaltbegriff des Rechts eignet sich zum ideologisch-politischen Einsatz, wie das Carl Schmitt in seinem Schrifttum vorführt. Carl Schmitt betrachtete den Staat im Ausnahmezustand nicht als Anarchie oder Chaos, sondern es bestehe »im juristischen Sinne immer noch eine Ordnung, wenn auch keine Rechtsordnung«<sup>36</sup>. Die Frage, worin sich die in einem »juristischen Sinne« bestehende Ordnung von einer Rechtsordnung unterscheidet, kann offenbleiben. Schmitt fährt fort: »Alles Recht ist Situationsrecht«<sup>37</sup>. Jeder durchgesetzte Staatsakt ist damit Recht und, mit einem Ausdruck von Carl Schmitt, »höchste Justiz«<sup>38</sup>, wenn er vom obersten Machthaber ausgeht. Allerdings beschreibt Schmitt in der Sache Vorgänge (Ermordung von vorgeblichen Regimegegnern), die mit einem Rechtsstaat, der den Begriff der generell-abstrakten Regel konstitutiv voraussetzt<sup>39</sup>, nichts gemein haben. Schmitts Rechtsbegriff verhüllt die physische Vernichtung eines angeblichen Feindes höchst durchsichtig.

Schmitt und Kelsen kommen sich nahe<sup>40</sup>; denn Kelsen spitzt die Schmittianische Auffassung zu. Er charakterisiert alle Ordnungen, die sich durch eine zentrale Macht realisieren, z.B. eine Despotie, als Rechtsordnungen: »Vollends sinnlos ist die Behauptung, daß in der Despotie keine Rechtsordnung bestehe, sondern Willkür des Despoten herrsche [...], stellt doch auch der despotisch regierte Staat irgendeine Ordnung menschlichen Verhaltens dar. [...] Diese Ordnung ist eben die Rechtsordnung. Ihr den Charakter des Rechts absprechen, ist nur eine naturrechtliche Naivität oder Überhebung. [...] Was als Willkür gedeutet wird, ist nur die rechtliche Möglichkeit des Autokraten, jede Entscheidung an sich zu ziehen, die Tätigkeit der untergeordneten Organe bedingungslos zu bestimmen und einmal gesetzte Normen jederzeit mit allgemeiner oder nur besonderer Geltung aufzuheben oder abzuändern. Ein solcher Zustand ist ein Rechtszustand, auch wenn er als nachteilig empfunden wird. Doch hat er auch seine guten Seiten. Der im modernen

---

<sup>33</sup> Peter Noll, Diktate über Sterben und Tod, Zürich 1984, S. 173.

<sup>34</sup> Peter Noll, Wer gefährdet den Rechtsstaat?, Neue Wege: Beiträge zu Christentum und Sozialismus 79 (1985), S. 79-82 (79); ähnlich Noll, Diktate, S. 23, 190, 204 f.

<sup>35</sup> Kelsen, RR1A, S. 127.

<sup>36</sup> Carl Schmitt, Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität [1922], Berlin 1996, S. 18.

<sup>37</sup> Schmitt, Politische Theologie, S. 19.

<sup>38</sup> Carl Schmitt, Der Führer schützt das Recht, Deutsche Juristen-Zeitung 1934, Heft 15, Sp. 945 ff.

<sup>39</sup> Mit Quellenangabe zur Begriffsgenese: Andreas Kley, Der »Rechtsstaat« – ein Instrument von Recht und Politik, in: Festschrift für Regina Kiener, Bern 2024.

<sup>40</sup> Dreier, Kelsen im Kontext, S. 42 Fn. 74 über die Nähe von Kelsen und Schmitt. Die inhaltliche Nähe der beiden berühmten Autoren erklärt u.a. die Schärfe der geführten Auseinandersetzungen. Dieses Thema wäre ein lohnender Forschungsgegenstand.

Rechtsstaat gar nicht seltene Ruf nach Diktatur zeigt dies ganz deutlich.«<sup>41</sup> Leo Strauss<sup>42</sup> beschreibt am Beispiel dieser Haltung die negativen Folgen eines fehlenden Naturrechts: »Unsere Sozialwissenschaft mag uns sehr weise oder schlau hinsichtlich der Mittel für irgendwelche Zielsetzungen machen, die wir wählen könnten. Sie räumt aber ein, daß sie außerstande ist, uns bei der Unterscheidung zwischen legitimen und illegitimen, zwischen gerechten und ungerechten Zielsetzungen zu helfen. Eine solche Wissenschaft ist instrumentell und nichts als instrumentell: sie ist die geborene Magd beliebiger existierender Mächte oder Interessen.« Zudem konfrontierte er Kelsens Haltung zur Despotie mit folgenden Worten: »Da Kelsen seine Haltung gegenüber dem Naturrecht nicht geändert hat, kann ich mir nicht erklären, warum er diese aufschlußreiche Passage in der englischen Übersetzung ausgelassen hat.«<sup>43</sup>

Strauss hatte Kelsen ertappt, und konsequenterweise ging Letzterer nicht darauf ein. Und selbstverständlich erneuerte Kelsen seine Auffassung »beliebigen Rechts«, wie sich anhand der zweiten Auflage der »Reinen Rechtslehre« von 1960 belegen lässt.<sup>44</sup> Sein Rechtsbegriff lässt sich der ersten Stufe von Emil Brunner zuweisen: Kelsen wie auch Schmitt verbleiben bei ihrem Rechtsbegriff auf der Macht- und Gewalttheorie des Rechts.

Leo Strauss deckt Kelsens naturrechtliche Position der Macht- und Gewalttheorie des Rechts von einer anderen Seite her auf. Nach Kelsen kann »eine anti-metaphysische, wissenschaftlich-kritische Weltanschauung mit ihrem Ideal der Objektivität [...] nur in relativ ruhigen Zeiten, in Epochen des sozialen Gleichgewichts gedeihen«<sup>45</sup>. Die »Wahrheit« der objektiven Wissenschaft oder der reinen Rechtslehre kann nach Strauss aber nicht von ruhigen oder unruhigen Zeiten oder vom »sozialen Gleichgewicht« abhängen. Kelsen gebe damit zu, dass von der (Un-)Beruhigkeit der Forscher abhängt, ob der von ihnen vertretene Positivismus möglich ist. Das sei ein rein subjektives Element, das Kelsen doch eigentlich so vehement ausschließen möchte.<sup>46</sup> Strauss legt mit dieser Beobachtung den Finger auf einen wunden Punkt, der die »Reinheit« der Rechtslehre widerlegt.

## IV. Ist Kelsens Rechtslehre rein oder werturteilsfrei?

Der Ausdruck »reine Lehre« entstammt nicht der Rechtswissenschaft. Kelsen verwendet einen Begriff aus dem Bereich der christlichen Theologie und der Kirche.<sup>47</sup> Namentlich die reformatorischen Kirchen haben mit der Kirchenspaltung ab 1515 die Unreinheit der Lehre abgewehrt, indem sie das Glaubensgebäude von behaupteten Fremdkörpern und Unrat gereinigt haben. Sie grenzten sich damit von der Papstkirche ab und installierten die Reformatoren als Kämpfer für die »reine Lehre«.<sup>48</sup> Außerhalb der Theologie gibt es die reine Lehre höchstens in entlehnter Form, sozusagen metaphorisch. Der Anspruch jeder reinen Lehre ist hoch, er signalisiert den Besitz der einzig richtigen Wahrheit in den

---

<sup>41</sup> *Hans Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, S. 335 f.

<sup>42</sup> *Leo Strauss*, Naturrecht und Geschichte, in: ders., Gesammelte Schriften, Band 4, Hamburg 2022, S. 1-311 (11 f.).

<sup>43</sup> *Strauss*, Naturrecht und Geschichte, S. 11 f. Die ausgelassene Stelle findet sich bei: *Hans Kelsen*, General Theory of Law and State, Cambridge 1949, S. 300; die entsprechende Stelle fehlt auch in der amerikanischen Neuauflage von 1961.

<sup>44</sup> *Kelsen*, RR2A, S. 302 ff. betreffend die nicht mögliche Bewertung von Diktatur und Demokratie; weitere Stellen zum Axiom des »beliebigen« Rechts: S. 42 f., 109, 201 (»Jeder beliebige Inhalt [kann] Recht sein«), 229 usw.

<sup>45</sup> *Hans Kelsen*, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburg 1928, S. 77.

<sup>46</sup> *Leo Strauss*, Die politische Wissenschaft des Hobbes. Eine Einführung in das Naturrecht, in: ders., Gesammelte Schriften, Band 3, Stuttgart/Weimar 2001, S. 192 ff., 201-206, 211 f. (204).

<sup>47</sup> Instrukтив etwa: *Otto Michel*, Um lautere und reine Lehre, Zeitschrift für Theologie und Kirche, Neue Folge, Vol. 17 (44), No. 4 (1936), S. 289-315.

<sup>48</sup> *Kurt Aland*, Der Kampf um die reine Lehre. Die Werke Martin Luthers in neuer Auswahl, 4. Aufl., Göttingen 1991.

letzten Fragen. Kelsen hat die Bezeichnung seiner Rechtstheorie mit Bedacht gewählt. Die »Reine Rechtslehre« (Kelsen schreibt »rein« groß) ist eine geschaffene Eigenmarke, die höchsten Ansprüchen genügen will.

Kelsen versucht mit seiner Lehre, »die Frage zu beantworten, was und wie das Recht ist, nicht aber die Frage, wie es sein oder gemacht werden soll. Sie ist Rechtswissenschaft, nicht aber Rechtspolitik.«<sup>49</sup> Die Wissenschaft soll also von der Politik und damit von Überlegungen der Gerechtigkeit gereinigt werden. Kelsen kämpft gegen das Naturrecht, um eben von einem wissenschaftlichen Standpunkt aus Ideologiekritik betreiben zu können. Sein Vorgehen reiht sich in der Wissenschaftsgeschichte in den Positivismus von Auguste Comte ein.<sup>50</sup> Letzterer will das Positive, das (empirisch) Gegebene zu seinem Gegenstand machen. Auch Kelsen beansprucht, dass seine Theorie ausschließlich »den Gegenstand«<sup>51</sup> des Rechts erkennt, und er wandelt auf Comtes Pfaden: Seine »radikal realistische Rechtstheorie [...] lehnt es ab, das positive Recht zu bewerten. Sie betrachtet sich als Wissenschaft zu nichts anderem verpflichtet, als das *positive Recht seinem Wesen nach* zu begreifen«.<sup>52</sup>

Kelsen will sich in der Sphäre des philosophischen Realismus bewegen. Er nimmt nur das Gegebene als Gegenstand seiner Wissenschaft. Den platonischen Idealismus lehnt er rundweg ab und betrachtet ihn als Erfindung oder Ideal<sup>53</sup>. Das hindert ihn indessen nicht daran, sein gesuchtes »positives Recht dem Wesen nach« begreifen zu wollen. Die Rede vom Wesen eines Gegenstandes oder Objekts bezieht sich aber wiederum auf den Essenzialismus oder die platonische Ideenlehre. Seine radikal realistische Rechtstheorie ist sicher nicht radikal, sie ist nicht einmal realistisch, sondern entpuppt sich als Metaphysik. So bekennt Kelsen in seinem eigenen Werk in diametralem Widerspruch zum eben Beschriebenen, dass es »unmöglich ist, das Wesen der Idee oder des Dinges an sich in wissenschaftlicher, d.h. rationaler, an der Erfahrung orientierter Erkenntnis zu bestimmen«. Dieser Widerspruch in der Argumentation ist bemerkenswert.<sup>54</sup> Kelsen benutzt entgegen dieser Aussage den Essenzialismus häufig und kann damit Naturrecht und Metaphysik importieren, die er nicht begründen muss.<sup>55</sup> Der Anspruch einer »reinen Lehre« (über)fordert ihren Schöpfer und zwingt ihm die Figur des (wissenschaftlich nicht beweisbaren) »Wesens des Rechts« auf.

Die Werturteilsfreiheit der (Rechts-)Wissenschaft forderte Kelsen wissenschaftlich heraus. Max Weber hatte diesen Begriff 1913 im Verein für Socialpolitik eingeführt<sup>56</sup> und eine geistesgeschichtliche Großdebatte ausgelöst. Er stellte die Forderung auf, dass die Sozialwissenschaften sich am Ideal der Werturteilsfreiheit orientieren sollten. Weber stellte sich gegen die seit 1872 aktiven Kathedersozialisten<sup>57</sup> und kritisierte die »auf dem Gebiet der praktisch-politischen Wertungen« weit verbreitete Annahme, dass »letztlich eine der möglichen Stellungnahmen die *ethisch* allein richtige sein müsse«<sup>58</sup>. Er hielt es für »ganz und klar unerträglich«, dass im Hörsaal »persönlich gefärbte Professoren-

---

<sup>49</sup> Kelsen, RR1A, S. 1.

<sup>50</sup> Auguste Comte, Rede über den Geist des Positivismus, hrsg. von Iring Fetscher, Hamburg 1994.

<sup>51</sup> Kelsen, RR1A, S. 1.

<sup>52</sup> Kelsen, RR1A, S. 17 [Hervorhebung vom Verfasser].

<sup>53</sup> Kelsen, RR1A, S. 14 ff. (»Gerechtigkeit ist ein irrationales Ideal«), 38.

<sup>54</sup> Kelsen, RR1A, S. 14, was in diametralem Widerspruch zu S. 17 steht.

<sup>55</sup> Siehe etwa in der RR1A: S. 42 Wesen der Rechtspersönlichkeit, S. 102 Wesen der Lücke, S. 110 Wesen der vertraglichen Rechtserzeugung; in der 2. Auflage nimmt der Essenzialismus überhand: RR2A: S. 1 Wesen der Rechtswissenschaft und Wesen des Menschen, S. 15 Wesen der Rechtsordnung, S. 36 Wesen des Rechts, S. 47 Wesen der Voraussetzung, S. 131, 140, 141 Wesen des subjektiven Rechts, S. 289, 319 Wesen des Staates, S. 321 Wesen des Völkerrechts usw.

<sup>56</sup> Max Weber, Das Postulat der Werturteilsfreiheit der Wissenschaft (1913), in: ders., Werk und Person, Tübingen 1964, S. 102-139; umgearbeitet als Der Sinn der »Wertfreiheit« der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften (1917), in: ders., Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 7. Aufl., Tübingen 1988, S. 489 ff.

<sup>57</sup> Andreas Kley, Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, S. 53 ff.

<sup>58</sup> Weber, Postulat der Werturteilsfreiheit, S. 106.

Prophetie« verbreitet werde: »Im Namen der Wissenschaft [werden] Kathederentscheidungen von Weltanschauungsfragen zum besten gegeben«<sup>59</sup>.

Weber gab dem akademischen Lehrer die Aufgabe, die Studenten in folgenden Fähigkeiten zu schulen: »Was aber heute der Student im Hörsaal doch vor allen Dingen von seinem Lehrer lernen sollte, ist: 1. die Fähigkeit, sich mit der schlichten Erfüllung einer gegebenen Aufgabe zu bescheiden; – 2. Tatsachen, auch und gerade persönlich unbequeme Tatsachen, zunächst einmal anzuerkennen und ihre Feststellung von subjektiver Stellungnahme dazu zu scheiden; – 3. seine eigene Person hinter die *Sache* zurückzustellen und vor allem das Bedürfnis zu unterdrücken: seine persönlichen Geschmacks- und sonstigen Empfindungen ungebeten und sozusagen »unkeusch« zur Schau zu stellen.«<sup>60</sup> Jeder, der eine berufliche Aufgabe erfüllt, hat »das auszuschneiden, was nicht streng zur »Sache« gehört, am meisten aber: eigene Liebe und Haß«<sup>61</sup>. Eine akademische Persönlichkeit könne man »nicht absichtsvoll« werden, »der einzige Weg [...], um es (vielleicht!) zu werden«, bestehe in der »rückhaltlosen Hingabe an eine *Sache*«<sup>62</sup>. In der rein ethischen Sphäre könne man sich argumentativ nicht finden: »Ich kann mir aber nicht denken, daß eine [...] Debatte über Möglichkeit oder Unmöglichkeit einer normativen Ethik, oder über die Frage, ob sie nur »formale« oder auch »inhaltliche« Normen ergründen könne [...] irgendwelche erfreuliche Resultate zeitigen würde.«<sup>63</sup> So lassen sich die »Konsequenzen des Postulates der »Gerechtigkeit« nicht eindeutig wissenschaftlich-ethisch bestimmen<sup>64</sup>. Weber verfolgt damit das gleiche Anliegen wie Kelsen. Es stellt sich allerdings die Frage, wie weit dieses Anliegen verfolgt werden kann.

Die Forderung Webers löste viele Missverständnisse und Überinterpretationen aus. Im Kern ging es Weber um die Ermöglichung der vollen »Nüchternheit des Urteils«, um »die Erkenntnis praktischer *Probleme* in ihrer ganzen Tragweite«<sup>65</sup>. Hennis kommentiert Webers Anliegen: »»Ich muß dabei bleiben, daß ich imstande bin, wissenschaftliche Zusammenhänge darzulegen ohne Werturteile, und bin nur auf den Teil meiner Lehrtätigkeit stolz, in dem ich diesem Ideal treu geblieben bin.« [...] Die Logik zwingt nur zur Anerkennung, daß Sachaussagen und praktische Werturteile in »heterogenen Ebenen« liegen. Wer wollte dem widersprechen.«<sup>66</sup> Weber ging es im Werturteilsstreit nicht um »Reinheit«, sondern nur um weit weniger: Er hielt die Stellungnahmen des Wissenschafters für oder gegen Wertvorstellungen für unzulässig. Dazu gehört auch die Vermischung der Rolle des Forschers mit der Rolle des Aktivisten.

Webers Postulat der Werturteilsfreiheit bezog sich zunächst auf die Sozial- und weniger auf die Rechts- und Geisteswissenschaften. Die Rechtswissenschaft weist jedoch Elemente der empirischen Sozialwissenschaften wie auch der normativen Geisteswissenschaften auf. Webers Forderung der Werturteilsfreiheit läßt sich insofern auch auf die Rechtswissenschaft beziehen. Weber forderte vom Wissenschaftler »die intellektuelle Rechtschaffenheit: einzusehen, daß Tatsachenfeststellung, Feststellung mathematischer oder logischer Sachverhalte oder der inneren Struktur von Kulturgütern«<sup>67</sup> zur Wissenschaft gehören. Das Recht, sein Begriff und Gegenstand, sei ein vom Menschen geschaffenes Kulturgut. Weber anerkennt damit, dass der Wissenschaftler ein nicht vermeidbares Werturteil über den Wissenschaftsbegriff und damit den Gegenstand der Wissenschaft fällen muss, wenn er sich mit einem Sachgebiet und einem Gegenstand, eben z.B. dem

---

<sup>59</sup> Weber, Postulat der Werturteilsfreiheit, S. 106.

<sup>60</sup> Weber, Postulat der Werturteilsfreiheit, S. 107.

<sup>61</sup> Weber, Postulat der Werturteilsfreiheit, S. 108.

<sup>62</sup> Weber, Postulat der Werturteilsfreiheit, S. 108.

<sup>63</sup> Weber, Postulat der Werturteilsfreiheit, S. 118.

<sup>64</sup> Weber, Postulat der Werturteilsfreiheit, S. 117.

<sup>65</sup> Wilhelm Hennis, Max Webers Wissenschaft vom Menschen, Tübingen 1995, S. 166.

<sup>66</sup> Hennis, Max Webers Wissenschaft, S. 170.

<sup>67</sup> Max Weber, Wissenschaft als Beruf (1919), in: ders., Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 7. Aufl., Tübingen 1988, S. 582-613 (601 f.). Nicht zur Wissenschaft gehört für Weber dagegen die Bewertung »der Kultur und ihrer einzelnen Inhalte«.



Recht, auseinandersetzen will.<sup>68</sup> Ein Rechtsbegriff, der die sich durchsetzende zentrale Gewalt und ihre Bindung an Regeln (Stufen eins und zwei von Brunner) einschließt, gehört zur »inneren Struktur« des Rechts und muss als ein unvermeidbares Werturteil vorausgesetzt werden. Dieser Rechtsbegriff genügt den Voraussetzungen der Werturteilsfreiheit von Weber, denn nur damit lässt sich die in die Antike zurückreichende Kulturgeschichte der Herrschaft generell-abstrakter Regeln<sup>69</sup> untersuchen.

Die vier Stufen der Gerechtigkeit von Emil Brunner bestimmen in der abstrakten Übersicht die möglichen Begriffe des Rechts<sup>70</sup> und damit die denkbaren Gegenstände der Rechtswissenschaft. Auch Kelsen bestimmt für seine Lehre den maßgeblichen Inhalt des Rechtsbegriffs und damit den Gegenstand der Rechtswissenschaft. Nimmt man Brunners vier Kategorien von Recht, so wählt Kelsen die erste Stufe, nämlich das Bestehen einer zentralen Gewalt mit Willen und er lässt auch die zweite Stufe fakultativ zu, soweit der Staat sich mit generell-abstrakten Normen abgibt. Allerdings bildet der generell-abstrakte Charakter der Normen keinen notwendigen Bestandteil seines Rechtsbegriffs. Kelsen fällt ein Werturteil und verzichtet für seinen Rechtsbegriff darauf, die Herrschaft der generell-abstrakten Norm zu fordern. Damit lässt er ein wichtiges Kulturphänomen des gesellschaftlichen Lebens des Menschen außer Acht.<sup>71</sup> Er erntet mit diesem Verzicht sowieso nicht die Webersche Werturteilsfreiheit und schon gar nicht die Reinheit seiner Rechtslehre. Vielmehr huldigt seine Rechtslehre einer Autorität, die, was immer sie unternimmt, Recht anwendet, Recht setzt und damit gleichzeitig immer rechtmäßig (legal) handelt. Ein derartiges Recht hat keine Funktion.

Das Anliegen von Kelsen bestand in einer konsequenten Naturrechtskritik, die er weit über sein Interesse an der Rechtswissenschaft stellte.<sup>72</sup> Er entleerte den Rechtsbegriff mit seiner Naturrechtskritik in einer Weise, dass die Rechtswissenschaft ihren Gegenstand, das »generell-abstrakte Recht«, verlor und das Recht nur noch in Form der »Kompetenz der Autorität« bestand<sup>73</sup>. Diese äußerte sich am Boden (Stufe eins von Brunner) wie auch zuoberst in der Verfassungsgerichtsbarkeit. »Daß der letztinstanzliche Staatsakt, hinsichtlich dessen die Rechtsordnung keine Überprüfungsinstanz mehr einsetzt, weil sie eben solches nicht ad infinitum tun kann, gültig sei, das muß von der Rechts- und Staatstheorie ebenso vorausgesetzt werden, wie die Grundnorm von ihr vorausgesetzt wird.«<sup>74</sup> Die staatliche Autorität und die Grundnorm sind gemäß Kelsen definitionsgemäß nicht

---

<sup>68</sup> Dreier, Kelsen im Kontext, S. 345-385 (351 ff., 362 f. m.w.H.); Alois Riklin, Unvermeidbare und vermeidbare Werturteile, in: Beiträge zur Methode des Rechts. St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981, Bern/Stuttgart 1981, S. 37-68 (50 ff.).

<sup>69</sup> Fernanda Pirie, The Rule of Laws. A 4000-Year Quest to Order the World, New York 2021; Lorraine Daston, Rules. A Short History of What We Live By, Princeton/Oxford 2022, S. 1-22, übersetzt: Lorraine Daston, Regeln. Eine kurze Geschichte, Berlin 2023, S. 11-35.

<sup>70</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde, Der Rechtsbegriff in seiner geschichtlichen Entwicklung. Aufriss eines Problems, in: Archiv für Begriffsgeschichte 12 (1968), S. 145-165 steht unter dem Eindruck der zeitgenössischen Naturrechtsdiskussion und behandelt ausschließlich die Stufe drei gemäß Brunner. Das ist für einen Lexikonbeitrag eine beachtliche Lücke.

<sup>71</sup> Siehe Anm. 69.

<sup>72</sup> Thomas Hochmann, Welche Rolle für die Rechtswissenschaft?, in: Matthias Jestaedt u.a. (Hrsg.), Die reine Rechtslehre auf dem Prüfstand, Stuttgart 2020, S. 161-176 (170 ff.) kommt zum Ergebnis, dass Kelsen an der Rechtswissenschaft desinteressiert ist; Carl August Emge, Hans Kelsen: Théorie pur du droit, Neuchâtel 1953 (französische Ausgabe der Reinen Rechtslehre, 1. Aufl., 1934), Philosophischer Literaturanzeiger 8 (1955), S. 66-73, 123-128 (71) stellt fest, dass Kelsens Werke eine wahre Angst vor Richtigkeitskriterien durchziehe.

<sup>73</sup> Dreier, Kelsen im Kontext, S. 27-66 (65 f. m.w.H.) sieht die bei Kelsen vorliegende Zurückdrängung und Reduktion der Rechtswissenschaft; Péter Techet, Die »Reine Rechtslehre« im Kontext der verfassungsrichterlichen Tätigkeit von Hans Kelsen. Verflechtungen und Widersprüche zwischen Theorie und Praxis, Der Staat 62 (2023), S. 299-359 (357 f.), wonach Kelsen die Verfassungsgerichtsbarkeit zuerst als Kompetenzgerichtshof in einem Bundesstaat begründete.

<sup>74</sup> Kelsen, Allgemeine Staatslehre, S. 277; dazu Dreier, Kelsen im Kontext, S. 307-344 (319 ff.); Techet, Die »Reine Rechtslehre« im Kontext, S. 350 ff., insb. S. 356.

hinterfragbar und die oberste Instanz entscheidet immer verfassungs- und rechtmäßig.<sup>75</sup> Dadurch verfehlt Kelsen die angestrebte Ideologiekritik weitgehend. Kelsens Missverständnis ist von größter Tragweite: Die soziale Tatsache der Herrschaft von Menschen über Menschen erzeugt das Bedürfnis nach legitimierenden politischen Ideologien. Kelsen macht diese Tatsache zum Eckstein seiner Rechtslehre und blendet sie damit vollständig aus. Er schreibt: »Ideologie aber verhüllt die Wirklichkeit, indem sie sie [...] entstellt. Alle Ideologie hat ihre Wurzel im Wollen, nicht im Erkennen, entspricht [...] anderen Interessen als dem Interesse an der Wahrheit.«<sup>76</sup> Jede Staatsform außerhalb des Anarchismus setzt jedoch Herrscher voraus. Und Herrschaft ist ohne ideologische Unterstützung nicht denkbar und nicht möglich. Sie »gründet sich [...] ausschließlich auf Meinung«<sup>77</sup> oder eben Glaube und Ideologie.

Emil Brunner<sup>78</sup> und viele andere Wissenschaftler warfen Kelsen einen inhaltsleeren Formalismus und Logizismus vor. Der Vorwurf setzt einen einigermaßen inhaltsreichen Begriff der Rechtswissenschaft voraus. Die Rechtswissenschaft ist aber stets logizistisch-formalistisch, und sie bezieht diese Eigenschaft vor allem aus der zweiten Stufe von Brunners Gerechtigkeitstheorie, nämlich der Herrschaft der generell-abstrakten Regeln. Das Vorhandensein einer Autorität und ihrer Kompetenz (Stufe eins von Brunner) erlaubt nur einen bescheidenen, nachgerade trivialen Formalismus-Logizismus. Kelsen gibt davon speziell in der zweiten Auflage seiner Reinen Rechtslehre mit den unzähligen Wiederholungen, Aussagevarianten und Redundanzen ein beredtes Zeugnis.<sup>79</sup>

Webers Anliegen war nicht die Kritik an ethischen und politischen Werturteilen, sondern das Eintreten für die »Sache«, den Gegenstand der Wissenschaft. Zu diesem Zweck wollte er mit der Wissenschaft ent-täuschen und aufklären: Die Wissenschaft darf nicht falsche Sicherheiten vermitteln, sie darf nicht legitimieren<sup>80</sup> und die Politik in irgendeiner Richtung anleiten.<sup>81</sup> Für Weber ist die spezifische Funktion der Wissenschaft, »daß ihr das konventionell Selbstverständliche zum Problem wird«<sup>82</sup>. Die Wissenschaft besteht nicht aus einer »durch Konvention geschaffenen faktischen Selbstverständlichkeit«, die das Publikum beruhigen soll. Sie ist vielmehr Diskussion über das scheinbar Selbstverständliche. Prägnant drückte es Robert K. Merton<sup>83</sup> aus: Wissenschaft ist »organized scepticism«. Weber machte die kreative Intention am Beispiel eines anarchistischen Rechtsprofessors deutlich: »Einer unserer allerersten, politisch streng konservativ gesonnenen Juristen erklärte freilich auf einer Tagung des Hochschullehrertages (worin er sich gegen die Exklusion von Sozialisten von den Kathedern aussprach): wenigstens einen »Anarchisten« würde auch er als Rechtslehrer nicht akzeptieren können, da der ja die

---

<sup>75</sup> Auch diese Tatsache ist vielfach zugespitzt worden, so etwa: »Auch Höchstrichter irren, aber sie irren rechtskräftig«, *Matthias Jestaedt*, Wirken und Wirkungen höchstrichterlicher Judikatur – Rechtsprechung von Grenzorganen aus Sicht der Reinen Rechtslehre, in: Clemens Jabloner (Hrsg.), *Wirken und Wirkungen höchstrichterlicher Judikatur*. Symposium zum 60. Geburtstag von Heinz Mayer, Wien 2007, S. 9-33 (31).

<sup>76</sup> Kelsen, RR1A, S. 17.

<sup>77</sup> *David Hume*, Über die ursprünglichen Prinzipien der Regierung, in: ders., Politische und ökonomische Essays, Teilband 1, Hamburg 1988, S. 25-30 (25).

<sup>78</sup> Brunner, Gerechtigkeit, S. 235 f.

<sup>79</sup> Kelsen, RR2A, S. 1, 17, 24, 60 ff., 75 usw. wehrt stets die Vermengung von Recht mit Moral/Ethik ab. In allen anderen rechtstheoretischen Schriften verfährt Kelsen nach demselben Muster der Wiederholungen. Diese stellt auch *Hans Nawiasky*, Staatslehre. Dritter Teil: Allgemeine Staatslehre, Einsiedeln usw. 1956, S. 158 f. als wesentliche Eigenschaft seines Schrifttums fest.

<sup>80</sup> Weber, Postulat der Werturteilsfreiheit, S. 122.

<sup>81</sup> Ein Beispiel dafür ist die intellektuelle Freundschaft von Kelsen mit Zaccaria Giacometti. Kelsen gab davon in seinem Festschriftbeitrag für Giacometti von 1953 Zeugnis ab. Letzterer verhält sich gerade nicht nach Kelsens Maßstäben der »Reinheit«. Vielmehr trat er in der Schweiz für die Geltung der generell-abstrakten Normen ein. Dieses Engagement ist »politisch«, es ist aber im Begriff der Rechtswissenschaft mit den Stufen eins und zwei von Brunner angelegt, *Andreas Kley*, Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, S. 387 f. mit Anm. 2440.

<sup>82</sup> Weber, Postulat der Werturteilsfreiheit, S. 115.

<sup>83</sup> *Robert K. Merton*, A Note on Science and Democracy, *Journal of Legal and Political Sociology* 1 (1942), S. 115-126, insb. S. 118, 126.

Geltung des Rechts als solchen überhaupt negiere, – und hielt dies Argument offenbar für durchschlagend. Ich bin der gegenteiligen Ansicht. Der Anarchist kann sicherlich ein sehr guter ›Jurist‹ sein. Und ist er das, dann kann gerade jener sozusagen archimedische Punkt außerhalb der uns so selbstverständlichen Konventionen und Voraussetzungen, auf die ihn seine Überzeugung – wenn sie echt und praktisch bewährt ist – stellt, ihn befähigen, Grundanschauungen der üblichen Rechtslehre als problematisch zu erkennen, die denjenigen entgehen, welchen sie allzu selbstverständlich sind. Der radikalste Zweifel ist der Vater der Erkenntnis.«<sup>84</sup>

Kelsen steht auf dem gegenteiligen Standpunkt als der von Weber beschriebene anarchistische Rechtsprofessor. Er setzt den archimedischen Punkt der zentralen Gewalt mit Willen voraus und hält das für die reine Lehre. Als Wissenschaftler sollte er gerade dieser Annahme gegenüber skeptisch sein und sie in Zweifel ziehen. Ein skeptischer Forscher würde eine Brunnersche Stufe tiefer steigen, nämlich von der Stufe eins auf die bei Brunner nicht vorhandene Stufe null: eine herrschaftslose Lebensform der Menschen infolge des Fehlens einer zentralen Gewalt mit Willen. Es gibt die positive Variante eines friedlichen herrschaftsfreien Zusammenlebens. In diesem System einer spontanen Ordnung erzeugen die Menschen infolge ihrer sozialen Natur die nötige Koordination selbst<sup>85</sup>, der Staat ist nicht erforderlich. Das »Recht« ist damit ein vom Menschen beiläufig hervorgebrachtes Kultur- und Sozialphänomen. Eine Rechtswissenschaft der Stufe null beschränkt sich darauf, dieses Phänomen zu beschreiben, sie hat einen empirisch-beobachtenden Charakter. Es gibt ferner die Variante eines unfriedlichen, durch Gewaltakte begleiteten Zusammenlebens oder Bürgerkriegs. Die Menschen haben einen asozialen, egoistischen Charakter und kämpfen nur für sich selbst. Der Krieg aller gegen alle, in dem die Stärksten überleben, wäre dann eine Form von Rechtsordnung. Die empirische, d.h. »soziologische Rechtswissenschaft«<sup>86</sup> kann dieses »Faustrecht«, ebenso wie das anarchisch-friedliche Modell der spontanen Ordnung, beobachten.

Die Koordination einer Gesellschaft durch ein Mittel, z.B. die Herrschaft eines Einzelnen oder eines abstrakten Staats, oder die im Sinn von Brunner höheren Stufen von »Recht« ist eine kulturelle Leistung des Menschen. Die Methode der Koordination lässt sich indes nicht vom Menschenbild trennen. Jede Koordinationsform bedingt Annahmen über den Charakter des Menschen. Soll die Rechtswissenschaft beliebiges Recht zum Gegenstand haben, so bedeutet das übersetzt, dass der Mensch, der sich in den höheren Stufen von Brunners »Gerechtigkeit« organisiert, keinerlei Aufmerksamkeit seitens der reinen Rechtslehre erhält. Diese Stufen sind aus der Sicht der absolut gesetzten Stufe eins metaphysisch-politisch, eben unrein, und verdienen nicht die Würde eines wissenschaftstauglichen Sachgegenstands. Die Stufe eins ist freilich ebenso essenzialistisch-metaphysisch verunreinigt und vermag nicht den Boden für eine reine Lehre abzugeben.<sup>87</sup>

Die Antwort auf die im Abschnittstitel gestellte Frage lautet deshalb: Kelsens Rechtslehre ist unter keinen Umständen rein und schon gar nicht werturteilsfrei.

---

<sup>84</sup> Weber, Postulat der Werturteilsfreiheit, S. 110; Kelsen, RR2A, S. 224 Fn. \*\* anerkennt, dass ein Anarchist ein guter Jurist sein kann, aber er lehnt den Anarchismus als »utopisch« (RR2A, S. 39) ab; Dreier, Kelsen im Kontext, S. 42 Fn. 73 und 74 und S. 350 Anm. 22 m.w.H.

<sup>85</sup> Friedrich August von Hayek, Die Verfassung der Freiheit, 3. Aufl., Tübingen 1991, S. 72, 193.

<sup>86</sup> Kelsen, RR2A, S. 224 Fn. \*\*: Der Anarchismus wünsche eine zwangsfreie Gemeinschaft, was eine politische Haltung darstelle. »Die die Grundnorm nicht voraussetzende, soziologische Deutung ist eine theoretische Haltung.«

<sup>87</sup> Den großen Ertrag, den der Zweifel an der zentralen Gewalt mit Willen ergab, zeigen die herausragenden Leistungen von Ludwig Wittgenstein in seiner Spätphilosophie mit seinem Konzept des Regelfolgens und der Ethnomethodologie von Harold Garfinkel, dazu: Andreas Kley, Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, Habil. HSG, St.Gallen/Zürich 1995, S. 174 ff. (Wittgenstein) und S. 201 ff. (Ethnomethodologie).

## V. Was bleibt von der Rechtswissenschaft nach Kelsens Reinigung übrig?

In der reinen Rechtslehre signalisiert der Begriff des »Rechts« nur, dass eine Handlung dem Staat zugerechnet wird. Gegenstand der gereinigten Rechtswissenschaft Kelsens sind vorrangig Fakten, Gewalt- und Machtakte, die der Staat<sup>88</sup>, also die zentrale Gewalt mit Willen, durchsetzt. Generell-abstrakte Normen können vorkommen, aber Kelsens Rechtsbegriff verzichtet darauf, die Herrschaft von Regeln als das Charakteristikum des Rechts zu definieren. Diese gereinigte Rechtswissenschaft wäre eine entkernte und einigermaßen leere Wissenschaft und hat bedeutende Konsequenzen, die im Folgenden aufzuschlüsseln sind.

Leonard Nelson (1882–1927) analysierte in seinem 1917 veröffentlichten Werk »Die Rechtswissenschaft ohne Recht«<sup>89</sup> die Staats- und Völkerrechtslehren zahlreicher deutscher Rechtswissenschaftler, darunter auch diejenige Georg Jellineks. Für Jellinek sind »Rechtssätze unvermögend, staatliche Machtverteilung tatsächlich zu beherrschen«<sup>90</sup>, und »ohnmächtig gegenüber eingewurzelter sozialer Sitte«<sup>91</sup>. Ihm zufolge gehen die faktischen Verhältnisse den von ihnen erzeugten Normen stets voraus<sup>92</sup>: Fakten erzeugen Recht (normative Kraft des Faktischen). Jellineks Theorie verabschiedet die Vorstellung einer Bestimmung der sozialen Wirklichkeit des Menschen durch generell-abstrakte Normen radikal. Die Rechtsetzung verläuft vielmehr umgekehrt. Die Wirklichkeit schafft nach Jellineks Ansicht Recht, und damit stimmen im Ergebnis Wirklichkeit und Recht immer überein. Die Rechtswissenschaft beschreibt lediglich empirische Tatsachen und damit das Recht. In der Konsequenz decken sich die Theorie und die Praxis des Rechts. Vermutlich gab es noch nie eine Theorie, die so genau zur Wirklichkeit passte wie Jellineks Theorie der normativen Kraft des Faktischen.<sup>93</sup>

Kelsen schließt direkt an Georg Jellineks Theorie der normativen Kraft des Faktischen an. Er hält seine reine Rechtslehre für »radikal-realistisch«. Diese wolle »das Recht darstellen, so wie es ist, ohne es als gerecht zu legitimieren oder als ungerecht zu disqualifizieren; sie fragt nach dem wirklichen und möglichen, nicht nach dem richtigen Recht«<sup>94</sup>. Dieses wirkliche Recht kann keine Rechtssicherheit verschaffen, da das Recht keine »feste Ordnung«<sup>95</sup> ist. Vielmehr lassen sich Rechtsetzung, Rechtsauslegung und Rechtsdurchsetzung nicht voneinander trennen.<sup>96</sup> Entscheidend ist, dass das kompetente Staatsorgan<sup>97</sup> handelt: Jeder Akt, den es setzt, ist »Recht«. Hinzu kommt, dass Recht Beliebiges zum Inhalt haben kann. Ist die Kompetenz der »Rechtsautorität« gegeben, stellen sich keine Rechtsfragen mehr. Die vom Staat geschaffenen und durchgesetzten Fakten haben Geltungskraft und sind Recht.<sup>98</sup> Kelsen illustriert damit die Binsenwahrheit: Wenn alles

---

<sup>88</sup> *Nawiasky*, Staatslehre. Dritter Teil, S. 160, 164 macht darauf aufmerksam, dass der Staat für Kelsen »als Apparat beamteter Organe« (*Kelsen*, RR1A, S. 121) verstanden wird.

<sup>89</sup> *Leonard Nelson*, Die Rechtswissenschaft ohne Recht. Kritische Betrachtungen über die Grundlagen des Staats- und Völkerrechts, insbesondere über die Lehre von der Souveränität, Leipzig 1917, S. 6 ff., insb. S. 11 ff.

<sup>90</sup> *Georg Jellinek*, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, Berlin 1906, S. 72.

<sup>91</sup> *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1921, S. 336, 343.

<sup>92</sup> *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 356.

<sup>93</sup> *Nelson*, Rechtswissenschaft ohne Recht, S. 147 f. zu Erich Kaufmann.

<sup>94</sup> *Kelsen*, RR1A, S. 17; RR2A, S. 112.

<sup>95</sup> *Kelsen*, RR1A, S. 99.

<sup>96</sup> *Kelsen*, RR2A, S. 244, Rechtserzeugung entsteht nicht durch das Setzen der generellen Norm, sondern auch durch das Urteil (als individuelle Norm). Qualitativ besteht kein Unterschied, da der Rechtserzeugungsprozess fortgesetzt wird.

<sup>97</sup> *Kelsen*, RR1A, S. 65, 119 und auch Anm. 73 sowie *Techet*, Die »Reine Rechtslehre« im Kontext, in Fn. 427.

<sup>98</sup> *Emge*, Hans Kelsen: Théorie pur du droit, S. 125: »Bei Kelsen aber wird das Faktische [...] im Verbindlichkeitssinne einfach zum Maßgeblichen«. Diesen Aspekt übersehen nahezu alle Kelsen-Interpreten.

Recht ist, was der Staat unternimmt, dann ist das Recht nicht mehr vorhanden. Diese rechtsunsichere Lage macht ein Staatsnotrecht überflüssig.<sup>99</sup>

Die reine Rechtslehre schlägt sich mit ihrer radikal realistischen Tendenz auf die Seite der von Menschen geschaffenen und sich durchsetzenden Fakten.<sup>100</sup> Kelsen gibt mehrfach Zeugnis von dieser Leistungsfähigkeit seiner reinen Rechtslehre. Er hält dafür, dass es wissenschaftlich sinnlos sei, von einer »richterlichen Entscheidung zu sagen, sie sei falsch. Wenn ein gültiger Akt des rechtsanwendenden Organs keine der vom Standpunkt der Rechtswissenschaft möglichen Deutungen der anzuwendenden Rechtsnorm darstellt, kann der wissenschaftliche Jurist nur feststellen, daß durch diesen Akt neues Recht – wenn vielleicht auch nur für den konkreten Fall – erzeugt wurde«<sup>101</sup>. Kelsen illustriert damit erneut, dass die Gesetzherrschaft, Brunners zweite Stufe, für ihn keine begriffsprägende Relevanz hat. Er verurteilt sie als ein ideologisches Element, das der Reinheit seiner Lehre widerspricht. Für die Herrscher im Staat ist diese Aussage vorteilhaft. Sie können rechtlich gesehen nie etwas falsch machen. Entweder wenden sie das Gesetz (generell-abstraktes Recht) korrekt an oder ihre Willkür schafft Einzelfall-Recht (individuell-konkreter Akt).

Die Theorie lässt sich am Beispiel des Usurpators der Verfassung vertiefen. Frage man – so Kelsen – nach dem Geltungsgrund einer Verfassung, so stoße man am Ende einer Kette ergangener Rechtsakte auf eine historisch erste Verfassung, die von einem einzelnen Usurpator oder von einem irgendwie gebildeten Kollegium erlassen wurde<sup>102</sup>. Der Begriff des Usurpators ist »in einer radikal realistischen Rechtsanwendungslehre sinnlos [...], weil die rechtliche Qualität eines Rechtsaktes nicht von der Eigenschaft des Rechtsaktes, sondern von der Wirksamkeit der Autorschaft abhängt«<sup>103</sup>. Erlässt ein Usurpator ein generelles Gesetz und wird vom zuständigen Kontrollorgan auch nicht daran gehindert, so liege – im Fall der Wirksamkeit dieses Gesetzes – »eine revolutionäre Änderung der Verfassung und damit ein verfassungsmäßiges, der neuen Verfassung entsprechendes Gesetz vor«<sup>104</sup>. In diesem Sinne besitzt jeder Usurpator, der sich erfolgreich durchsetzt, die verfassungs- und gesetzgebende Gewalt. Kelsens Rechtsbegriff ist eben, wie von Leo Strauss festgestellt, instrumenteller Natur.

Für die Inhaber von Macht und Gewalt im Staat erweist sich diese inhaltsleere Form von Recht als ausgesprochen praktisch (»griech. praxis, Handeln, Tun, Beschäftigung«<sup>105</sup>). Jeder sich durchsetzende Akt der Staatsgewalt ist als »Recht« definiert, womit die Herrscher des Staates die Möglichkeit erhalten, bei ihrem Handeln den Ausdruck »Recht« ideologisch einzusetzen. Kelsen gibt zu, dass der Anspruch, wonach das positive Recht der Wirklichkeit entsprechen soll, eine »Ideologie« darstelle.<sup>106</sup> Die reine Rechtslehre hält jeden sich durchsetzenden Staatsakt für Recht. Die Inhaber der Staatsgewalt nehmen diese Aussage gerne auf und halten jede ihrer Handlungen für »rechtskonform«, d.h. verfassungs- und gesetzmäßig. Die Sprachwurzel von »Recht« aus dem

---

<sup>99</sup> Dreier, Kelsen im Kontext, S. 49 ff. m.w.H.; Kelsen, RR1A, S. 112; Kelsen, RR2A, S. 286.

<sup>100</sup> Dieser radikale Realismus (siehe dazu die Nachfolger von Kelsen bei Techet, Die »Reine Rechtslehre« im Kontext, S. 348) findet sich ausgeprägt in der realistischen Theorie der internationalen Beziehungen von z.B. Hans J. Morgenthau, Politics Among Nations. The Struggle for Power and Peace [1948], Fifth Ed., New York 1978, S. 4-15. Sie findet sich auch in den juristischen Völkerrechtslehren, die das Recht zwischen den Völkern mit Macht und Gewalt identifizieren, z.B. Erich Kaufmann, Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula rebus sic stantibus, Tübingen 1911, S. 153: »So stellt sich auch für das Koordinationsrecht der siegreiche Krieg als Bewährung des Rechtsgedankens, als die letzte Norm heraus, die darüber entscheidet, welcher der Staaten Recht hat.« Die militärische Gewalt und der Ausgang des Kräftemessens ist ein Vorgang der Rechtsetzung. Diese Theorie und gleichzeitige Praxis verbreitet sich zurzeit weltweit.

<sup>101</sup> Kelsen, Was ist die reine Rechtslehre?, S. 151.

<sup>102</sup> Kelsen, RR1A, S. 65.

<sup>103</sup> Techet, Die »Reine Rechtslehre« im Kontext, S. 348.

<sup>104</sup> Kelsen, RR2A, S. 279.

<sup>105</sup> Friedrich Kluge, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 22. Aufl., Berlin 1989, S. 560.

<sup>106</sup> Kelsen, RR1A, S. 38.

Mittelhochdeutschen meint »gerade«, »richtig« und auch »lenken«, »richten« und »leiten«. <sup>107</sup> Sie schließt ein, dass der Akt sich auf eine generell-abstrakte »Regel« bezieht und bezogen darauf als »richtig und gerade« gelten kann. <sup>108</sup> Die reine Rechtslehre wertet beliebige Akte des Staates semantisch als »richtig und gerade«. <sup>109</sup>

Die Antwort auf die im Abschnittstitel gestellte Frage lautet deshalb: Kelsens Reinigung nimmt der Rechtswissenschaft jede Aufgabe weg.

## VI. Epilog

Der hohe Anspruch der reinen Rechtslehre lässt sich nicht einlösen, sie erweist sich als einigermassen inhaltsleer und zeigt einen Autor, der an der Rechtswissenschaft und ihren höherwertigen Rechtsbegriffen der Stufen zwei bis vier wenig interessiert ist. Kelsens reine Rechtslehre erklärt Macht- und Gewaltakte zu Recht, was theoretisch (also von der »Anschauung« her) keinen Erklärungswert hat. Kelsen hat seine »Reine Rechtslehre« nicht nur in zwei Auflagen monographisch dargestellt, sondern in unzähligen Artikeln, Beiträgen, Rezensionen und sonstigen Schriften erörtert, variiert und selbstinterpretiert. Sein umfangreiches Schrifttum zur reinen Rechtslehre ist ein gigantisches Labyrinth von (ungebräuchlichen) Begriffsdefinitionen, Wiederholungen, Widersprüchen, vor allem Äquivokationen (Rechtsbegriff) und weiteren rhetorischen Figuren.

Unzutreffend ist der Vorwurf, Kelsen habe mit seiner Lehre generell die Nationalsozialisten und ihre Gewaltherrschaft unterstützt. Seine Lehre spielte für die juristisch desinteressierten Nationalsozialisten keine Rolle. Kelsen lebte neben seiner reinen Rechtslehre ein zweites Wissenschaftlerleben und dachte über jene Dinge nach, die in seiner Lehre zwecks Reinhaltung nicht vorkommen durften <sup>110</sup>.

Die Rechtswissenschaft ist eine Wissenschaft vom Menschen, Teil seines Soziallebens und insofern nicht objektiv und wertungsfrei möglich. Wie immer man es dreht und wendet: Jeder Rechtsbegriff wird vom Menschen erzeugt, und der theoretische Erforscher des Rechts muss sich explizit oder implizit auf einen oder mehrere Begriffe konzentrieren. Die Forderung einer werturteilsfreien Rechtswissenschaft stößt auf immanente Schranken. Emil Brunner hat mit seinen genealogisch gestuften Rechtsbegriffen eine wertvolle Orientierung geschaffen. Der Gegenstand der Rechtswissenschaft im Sinn der vier Stufen Brunners muss gewählt werden, und damit ist mit jeder Wahl einer Gerechtigkeitsstufe ein Werturteil verbunden. Kelsen hat sich für die Macht- und Gewalttheorie des Rechts entschieden: Er fällte ein naturrechtliches, metaphysisches und politisches Werturteil. Sein gewählter Rechtsbegriff ist rudimentär. Eine dermaßen begrenzte (»reine«) Rechtslehre lässt nicht nur zentrale Aspekte des gesellschaftlichen Kulturlebens des Menschen weg <sup>111</sup>, sondern sie ist auch metaphysisch-naturrechtlich verunreinigt. Kelsens Rechtsbegriff der zentralen Gewalt zersetzt nicht nur die Rechtswissenschaft, sondern bestimmt auch, wie Leonard Nelson feststellte, »das Schicksal des Rechtes selbst. Die Existenz oder Nichtexistenz der Seele hängt nicht davon ab, ob die Psychologie sie anerkennt. [...] Wenn aber die Wissenschaft der Unterscheidung von Recht und Unrecht die Anerkennung verweigert, so wird dadurch die [...] Geltung des Rechtes selbst untergraben. [...] Denn wenn schon die berufenen Hüter des Rechtes seine Heiligkeit nicht achten, wie viel mehr werden es dann diejenigen mit Füßen treten, denen bei der skrupellosen Verfolgung ihrer Interessen nur das Recht eine Schranke setzen könnte.« <sup>112</sup>

---

<sup>107</sup> Kluge, Etymologisches Wörterbuch, S. 586.

<sup>108</sup> Kluge, Etymologisches Wörterbuch, S. 588.

<sup>109</sup> Kelsen verwendet wie Carl Schmitt das rhetorische Kampfmittel der Äquivokationen, dazu: Jay F. Rosenberg, Philosophieren, 6. Aufl., Frankfurt a.M. 2009, S. 89.

<sup>110</sup> Hans Kelsen, Was ist Gerechtigkeit?, Wien 1953, S. 42 und die Würdigung durch Dreier, Hans Kelsen zur Einführung, S. 201 ff.

<sup>111</sup> Die von Dreier, Kelsen im Kontext, S. 65 f. benutzten Begriffe »Zurückdrängung« und »Reduktion« sind zu verharmlosend.

<sup>112</sup> Nelson, Rechtswissenschaft ohne Recht, S. 4.