

- Nr. 27** **Zur Kritik an Kelsens Theorie von der hypothetischen Grundnorm**
In: "Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion" – Referate und Diskussion auf dem zu Ehren des 100. Geburtstages von Hans Kelsen vom 22. bis 27. September 1981 abgehaltenen Internationalen Symposium. Wien (Manz) 1982.

S. 47-57

Zur Kritik an Kelsens Theorie von der hypothetischen Grundnorm

I. Ausgangspunkt

1. Vorab eine Präzisierung des Themas: Hier ist nicht eine Erörterung sämtlicher je geäußerter Kritik an der Lehre von der Grundnorm im allgemeinen beabsichtigt; vielmehr soll nur eine Auseinandersetzung mit jenen Stimmen gesucht werden, welche die Doktrin von der hypothetischen Grundnorm wie von KELSEN und anderen Vertretern der Reinen Rechtslehre entwickelt, zum Anlaß nehmen, die Reine Rechtslehre als Ganze zu verwerfen, dies mit dem Argument, deren Grundnorm-Doktrin erweise die Widersprüchlichkeit der ganzen Lehre und die Undurchführbarkeit deren methodischen Postulate.¹

2. Bevor die Kritiker zu Wort kommen, möchte ich zeigen, daß die Figur der Grundnorm zweierlei Funktionen erfüllt und zwei verschiedene Aspekte zeigt:

a) Zuerst einmal ist die Grundnorm etwas *Formales*, der oberste Zurechnungspunkt nämlich, der es ermöglicht, die Gesamtheit aller Einzelnormen einer Rechtsordnung auf einen einheitlichen Brennpunkt zu beziehen und damit diese Normen zu einer Einheit zusammenzufassen. So verstanden ist die Grundnorm die zwangsläufige Folgerung der Theorie vom Stufenbau der Rechtsordnung: Wenn jede Rechtsnorm nur zur Rechtsnorm wird, insoweit deren Erlaß durch eine übergeordnete Ermächtigungsnorm gerechtfertigt ist, dann müssen auch die obersten Normen einer staatlichen Rechtsordnung, die Staatsverfassung, wiederum auf eine höhere Norm zurückgeführt werden, die nicht ihrerseits eine positive, d. h. von der Rechtsordnung gesetzte sein kann, sondern nur gedacht wird. Dieses "sich denken", "sich vorstellen" ist nichts anderes als eine Vorstellungshilfe, eine logische Ableitung, die, gewissermaßen aufgrund einer apagogischen Beweisführung ("es muß so sein, weil jede andere Annahme logisch ausgeschlossen ist") eingeführt wird, um einen Systembruch zu vermeiden. So gesehen hat die Theorie von der Grundnorm *deskriptiven Charakter*, in dem Sinne als sie ermöglicht, die einzelnen Rechtsordnungen zu identifizieren und deren inneren Zusammenhalt zu beschreiben.

¹ Kritik an der Figur der Grundnorm mit dieser negativen Zielrichtung zulasten der Reinen Rechtslehre ist, soviel ich sehe, nur im *deutschen Sprachraum* laut geworden, auf den wir uns hier deshalb beschränken. Immerhin sei mit Hinblick auf den *anglo-amerikanischen* Bereich hingewiesen auf die wichtige (im Ergebnis ähnliche Tendenzen wie der Verfasser dieser Zeilen verfolgende) Untersuchung von GRAHAM HUGHES, *Validity and the Basic Norm* (in: *Essays in Honor of H. Kelsen*, *California Law Review* 1971, 695-714) sowie weitere dort genannte kritische Stimmen; HUGHES lehnt mit anderen genannten Autoren wenn nicht die Lehre von der hypothetischen Grundnorm überhaupt, so doch einzelne deren Aspekte ab, ohne deshalb die Reine Rechtslehre als Ganzes in Frage zu stellen oder gar zu verwerfen.

b) *Zum anderen* liegt in der Grundnorm – immer im Verständnis der Reinen Rechtslehre – etwas *Materialies*, nämlich die Qualifizierung der auf der betreffenden Grundnorm beruhenden Normordnung als *Rechtsordnung* und dadurch deren *Legitimierung als Rechtsordnung*. Dieses zweite Element kann vom ersten losgelöst betrachtet werden und ist von diesem unabhängig. Wenn hier von einer Legitimierungsfunktion der Figur der Grundnorm gesprochen wird, die vorab darin zum Ausdruck gelangt, daß Normordnungen, die sich auf eine Grundnorm stützen können, als Rechtsordnungen gelten, während anderen, nicht auf eine Grundnorm zurückführbaren Normordnungen diese Qualifikation abgeht, so ist diese Aussage etwas verschwommen, entspricht aber der Aktenlage, da die Reine Rechtslehre, soviel ich sehe, die Unterscheidung zwischen Rechtsordnungen und anderen Normordnungen (d. h. möglicherweise Unrechtsordnungen, wie die Ordnungen von Räuberbanden) bezüglich der Auswirkungen nicht untersucht, sondern nur deren Voraussetzungen herausstellt, die etwa in der dauernden Wirksamkeit der entsprechenden Ordnung gesehen wird.²

3. Der hier getroffenen Unterscheidung zwischen der Funktion der Grundnorm, einen einheitlichen logischen Zurechnungspunkt einer Normordnung zu geben und der materialen Funktion, die identifizierte Normordnung als Rechtsordnung zu qualifizieren, entspricht auch ein analoger Unterschied des *Geltungsbegriffs*: Zurechnung von Normen zu einer Grundnorm im *formalen* Sinn ergibt eine formale Geltung dieser Normen in dem Sinne, daß sie als normativ wirksamer (verbindlicher) Bestandteil der durch die Grundnorm bezeichneten Normordnung erwiesen wird; *materiale* Zurechnung bedeutet, daß eine Norm nicht bloß formal mit Geltungsanspruch ausgestattet ist, sondern den Charakter einer *Rechtsnorm* hat und als solche Beachtung erheischt. Diese Unterscheidung zwischen *formaler* und *materieller Geltung* dürfte sich in gewissem Sinne auch mit der Unterscheidung, die Herr DREIER getroffen hat, decken: Was er "*juristische* Geltung" nennt, ist der hier genannten formallogischen Zurechnung verwandt, während die "*ethische* Geltung" der materialen Legitimierung als Rechtsordnung entsprechen würde. – Vorausblickend darf bereits hier angemerkt werden, daß es lediglich der zuletzt genannte Aspekt der Legitimierungsfunktion der Grundnorm bzw. des damit bedingten Geltungsbegriffs ist, der die hier anvisierte Kontroverse ausgelöst hat.

4. Fragen wir nach der Bedeutung, welche in der Reinen Rechtslehre je diesen beiden genannten Elementen zukommt, ergibt sich kein klares Bild; mehr als die Feststellung, daß bei KELSEN beide Funktionen der Figur der hypothetischen Grundnorm vorhanden sind und von ihm mindestens akzeptiert werden, läßt sich nicht treffen. Die zentrale Formel ist wohl jene, wonach die Grundnorm als hypothetische Grundlage der Geltung einer Rechtsordnung *vorausgesetzt* werde.³ Dieses "Voraussetzen" kann einmal als freier Entschluß des Rechtsbetrachters (z. B. des Wissenschafters) oder des Rechtsunterworfenen verstanden werden, als *frei gewählte* Voraussetzung, als eine zwischen mehreren Betrachtern geschlossene Konvention zur Herstellung eines gemeinsamen Diskussions- und Untersuchungsgegenstandes (d. h. die positive Rechtsordnung eines bestimmten Landes zu einer bestimmten Zeit) oder auch als die von den Rechtsunterworfenen letztlich frei

² Vgl. etwa KELSEN, *Reine Rechtslehre*², 1960, 49.

³ So z. B. *Reine Rechtslehre*¹, 1934, 66 f. oder *Reine Rechtslehre*², 1960, 197.

getroffene Entscheidung, eine bestimmte Normordnung als gültige (oder wenigstens faktisch sich durchsetzende) Rechtsordnung zu anerkennen (eine formale Anerkennung im Grundsätzlichen, die keineswegs die materielle Billigung aller Anordnungen im einzelnen voraussetzt). Diese Lesart bei KELSEN ist zweifellos von zentraler Bedeutung; sie liegt im Begriff des "Voraussetzens" und gelangt etwa weiterhin darin zum Ausdruck, daß die Grundnorm als Instrument der "Deutung" des vorgefundenen normativen Materials bezeichnet wird.⁴

Bei dieser formalen Seite des Verständnisses der Grundnorm durch KELSEN darf man jedoch nicht stehen bleiben. Bereits die immer wieder verwendete Formel von der "*objektiven*" Geltung einer durch eine Grundnorm gestützten Normordnung verbietet das,⁵ ebenso der Umstand, daß die Qualifizierung einer Normordnung als *Rechtsordnung*, die als von anderen, nicht rechtlichen Normordnungen als etwas *qualitativ* Verschiedenes verstanden wird, davon abhängt, ob die Normordnung, sich auf eine hypothetische Grundnorm abstützen lasse oder nicht.⁶

Weiter unten (P IV/2/B) wird zu zeigen sein, daß der Begriff der Geltung, bezogen auf die Figur der Grundnorm bzw. die durch sie gestützte Rechtsordnung schon allein deshalb eine materiale Bedeutung haben muß, weil die "Geltung", in einem formalen Sinn verstanden, in diesem Zusammenhang gegenstandslos ist, damit die Feststellung der Geltung einer Grundnorm bzw. einer Normordnung in keinem anderen denn einem material-legitimierenden Sinn gemeint sein kann. Abschließend erfolge noch der Hinweis, daß KELSEN selber sich zeitlebens nie gegen die in der folgend (P II) dargestellten Kritik enthaltenen Unterstellung, die Reine Rechtslehre könne, da sie auf eine "hypothetische Grundnorm" zurückgreife, nicht auf überpositive ("metaphysische") Fundierung der als positivistisch ausgegebenen Rechtstheorie verzichten, verwahrt und damit wohl doch, wenn nicht die Berechtigung der Kritik, so doch die Richtigkeit deren Voraussetzung anerkannt hat.

II. Darstellung der Kritik

1. Als Exponent der hier betrachteten Kritik der Reinen Rechtslehre soll vereinfachend lediglich auf KARL LARENZ verwiesen werden, der als Wortführer für viele gelten mag und der seinen Standpunkt, im Ansatz bereits in den dreißiger Jahren bezogen, bis in die neueste Zeit aufrecht erhält.⁷ Dieser Autor, obwohl er insbesondere die Berechtigung des Anliegens der Reinen Rechtslehre, die

⁴ "Nur unter Voraussetzung der Grundnorm kann das empirische Material, das sich der rechtlichen Deutung darbietet, als Recht, d. h. als ein System von Rechtsnormen gedeutet werden." (Reine Rechtslehre¹, 1934, 66).

⁵ In der Reinen Rechtslehre², 1960, 205 wird mehrfach von "objektiver Geltung" bzw. "objektiv gültig" gesprochen; oder es heißt, die Grundnorm "*legitimiert* so den subjektiven Sinn des Befehlsaktes, dessen Existenz im Untersatz ausgesagt ist, als dessen *objektiven* Sinn" (Auszeichnung vom Schreibenden).

⁶ Vgl. Reine Rechtslehre², 1960, 49 wo unterschieden wird zwischen den von Räuberbanden sich gegebenen (nicht rechtlichen) normativen Ordnungen und den – als Rechtsordnungen qualifizierten – Normordnungen, wie von sog. Seeräuber-Staaten gesetzt wurden. Dazu ULRICH KLUG in seinem Einführungsreferat.

⁷ KARL LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁴, 1979, 74-88; DERSELBE, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart², 1935.

Rechtswissenschaft als eine Normwissenschaft von der Soziologie als einer Tatsachenwissenschaft abzugrenzen, als berechtigt anerkennt, bedenkt die Reine Rechtslehre insgesamt mit der Note "ungenügend". "Der wichtigste Einwand, den sich die Reine 'Rechtslehre' machen lassen muß, ist der, daß KELSEN die, 'vollkommene Disparität von Sein und Sollen', von der er ausgeht, nicht festzuhalten vermag".⁸ Es schließen Ausführungen an über die Theorie der *Grundnorm* und deren zentralen Bedeutung innerhalb der Reinen Rechtslehre; die maßgebenden Ausführungen, die uns hier beschäftigen, müssen im Wortlaut gegeben werden:

"Sie (sc. die hypothetische Grundnorm) wird nicht gesetzt, sondern von der Rechtswissenschaft notwendig vorausgesetzt, um das ihr gegebene Normenmaterial als eine Rechtsordnung deuten zu können. In Analogie zu den Begriffen der Erkenntnistheorie KANTS kann sie als 'die transzendental-logische Bedingung dieser Deutung' bezeichnet werden (RR 205). Woher wissen wir denn aber überhaupt, daß gewisse Akte, etwa solche der Gesetzgebung, als normerzeugende Akte gedeutet werden müssen? Darauf antwortet KELSEN: Eine Normordnung muß als 'ein System gültiger Rechtsnormen' gedeutet und eine dem entsprechende Grundnorm angenommen werden, wenn es sich um eine 'im großen und ganzen wirksame Zwangsordnung' handelt (RR 204, 208). Der die Rechtsordnung legitimierende Denkakt (RR 206), die Postulierung der Grundnorm, findet also eine sachliche Rechtfertigung letztlich darin, daß eine bestimmte Zwangsordnung als solche funktioniert – das 'Sollen' ergibt sich damit in der Tat, auf dem Umweg über das erkenntnistheoretische Postulat der 'Grundnorm', aus dem als solchen für KELSEN sinn- und wertfremden Sein, der (bloßen) Faktizität!"⁹ Für LARENZ stellt dieses Zurückführen der Geltung der Grundnorm (und damit der Geltung der durch sie fundierten Rechtsordnung) auf die "im großen und ganzen gegebene Wirksamkeit der Rechtsordnung als Zwangsordnung" eine *Preisgabe der Scheidung zwischen Sein und Sollen* dar; es wird von ihm – wie von zahllosen anderen – der Vorwurf erhoben, daß aus *faktischer Geltung* auf *legitimierende Geltung* geschlossen werde. Es liegt nicht Kritik an der Grundnorm vor, sondern diese Figur wird zum Ansatz der Kritik an der Lehre überhaupt genommen.

2. Soviel zur Kritik an der Reinen Rechtslehre, soweit diese die Figur der Grundnorm zum Ansatzpunkte nimmt. Es sei aber, da die Kritiker das Wort haben, ein bei LARENZ gleich anschließender weiterer Vorwurf ebenfalls referiert, der zum Verständnis die beidseitigen Positionen hinzugenommen werden muß. Das Bisherige gewissermaßen ergänzend heißt es: "Aber nicht nur die von KELSEN behauptete 'Disparität' des Sollens und des Seins, auch sein Begriff des 'Sollens' hält der Kritik nicht stand." Es wird als widersprüchlich bezeichnet, daß KELSEN einerseits das "Sollen" als eine den Adressaten "bindende" "verpflichtende" Norm bezeichnet, was nach LARENZ "nicht anders denn im Sinne einer Ethik oder

⁸ LARENZ, a. a. O., 79. Es folgen Hinweise auf Autoren, die angeblich den gleichen Vorwurf erheben: 'ERICH KAUFMANN, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, S. 31; SIEGFRIED MARCK, Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie, S. 28 f., ... Völlig zutreffend bemerkt HANS-LUDWIG SCHREIBER, Der Begriff der Rechtspflicht, 1966, S. 144, die Reine Rechtslehre, die die Unableitbarkeit des Sollens aus einem Sein postuliert hatte, ende in der Faktizität."

⁹ LARENZ, a. a. O., 80.

Pflichtenlehre verstanden werden kann". Der Widerspruch wird hier darin gesehen, daß die Rechtsnorm in der positivistischen Sicht der Reinen Rechtslehre unabhängig von ihrem Inhalt ist und durch deren Bezogenheit auf die Grundnorm, nicht ihren Inhalt, legitimiert wird, daß damit der Begriff des Sollens gewissermaßen unter der Hand eine Veränderung erfährt und auf eine formallogische Kategorie reduziert wird.¹⁰

Es schließt der Hinweis an, daß auch der Begriff der *Rechtspflicht* der gleichen "Umdeutung" unterworfen werde, der zwar im Ansatz, insbesondere bei KANT, mit der Vorstellung eines "absoluten Moralwertes" verbunden sei, sich in der Reinen Rechtslehre jedoch "ausschließlich auf eine positive Rechtsordnung beziehe".¹¹

III. Kritik in sich widersprüchlich

1. Es soll hier vorerst nur die an die Lehre von der Grundnorm anknüpfende Kritik aufgegriffen werden, nämlich die Behauptung der Inkonsequenz und damit der letztlichen Zwecklosigkeit der Reinen Rechtslehre, welche angeblich ihre methodischen Grundanliegen nicht zu verwirklichen vermag. Werden diese Anliegen, die hier simplifizierend auf die Stichworte der *Methodenreinheit* und der *Ideologiefreiheit* verkürzt seien, durch die Lehre von der Grundnorm wirklich in Frage gestellt? Die Haltlosigkeit dieses Vorwurfs sei nicht aus dem Schrifttum der Reinen Rechtslehre, sondern aus den Argumenten der Kritiker selber abgeleitet:

LARENZ macht der Reinen Rechtslehre, wie dargelegt, noch den weiteren, nicht in direktem Zusammenhang mit der Lehre von der Grundnorm gestellten Vorwurf, daß die Vorstellung des Sollens als eine formallogische Kategorie aufgefaßt wird, der eine moralisch-verpflichtende Dimension fehlt, sodaß Rechtsnormen nicht um ihres Inhalts willen, sondern lediglich infolge ihrer formalen Geltung Befolgung verlangen. Anders gewendet wird der Reinen Rechtslehre hier zum Vorwurf gemacht, daß in deren Optik die einzelnen Normen einer Rechtsordnung (damit aber auch die Rechtsordnung als Ganze) des Elements des moralisch Verpflichtenden beraubt werden, daß die Normen nicht mit einer inhaltsbezogenen Legitimation ausgestattet sind, daß sie nicht "an sich" und "um ihres Inhalts willen" befolgt werden sollen, sondern lediglich, weil es sich um *gesetzte* Normen handelt. Der Vorwurf beanstandet im Ergebnis, daß Rechtsnormen im Verständnis der Reinen Rechtslehre auf ihre formale Geltung reduziert werden, während ihnen eine "Legitimations-Geltung" abgeht. Damit wird aber nichts anderes gesagt, als daß für die Reine Rechtslehre die Legitimations-Geltung, auf einzelne Normen bezogen, nicht existiere oder, genauer gesagt, daß die Reine Rechtslehre im Rahmen der Betrachtung ihres eigentlichen Untersuchungsgegenstandes, den einzelnen Normen einer Rechtsordnung, die Dimension der legitimierenden Geltung vernachlässige. Der Hauptvorwurf, mit

¹⁰ LARENZ, a. a. O., 81, u. a. mit Hinweisen auf OSVI LATHINEN, Zum Aufbau der rechtlichen Grundlagen, 1951, 62 f., der kritisch hervorhebe, daß Kelsen das Wort "Sollen" nicht definiert habe, und auf RUPERT HOFMANN, Logisches und metaphysisches Rechtsverständnis (Zum Rechtsbegriff Hans Kelsens), 1967, der glaube, "bei Kelsen nicht weniger als 18 verschiedene Bedeutungen des 'Sollens' feststellen zu können".

¹¹ LARENZ, a. a. O., 82, je mit Zitaten aus Schriften Kelsens.

dem wir uns hier auseinandersetzen, besteht ja nun aber gerade darin, daß aus faktischer Geltung eine *legitimierende* Geltung abgeleitet werde. Wenn nun hier (zutreffend, soweit es um die Feststellung des Sachverhalts geht) der weitere Vorwurf gemacht wird, daß bei den einzelnen Rechtsnormen, d. h. wohl dem eigentlichen Untersuchungsgegenstand jeglicher Rechtsbetrachtung, auf den Einbezug der Dimension der legitimierenden Geltung verzichtet wird, so heißt das umgekehrt auch, daß der Hauptvorwurf der Ableitung der legitimierenden Geltung aus faktischen Gründen gegenstandslos wird; wird nicht auf die legitimierende Geltung abgestellt, kann es offensichtlich nicht schaden, daß diese Geltung ihrerseits auf angeblich unzulässige Weise abgeleitet wurde.

2. Der Feststellung, daß in KELSENS Werk sich in der Tat eine als solche möglicherweise anfechtbare Herleitung einer legitimierenden Geltung der Grundnorm findet, darf die andere Feststellung gegenübergestellt werden, daß diese legitimierende Geltung auf die Grundnorm als solche und die durch sie fundierte Rechtsordnung als Ganze beschränkt bleibt, diese legitimierende Geltung jedoch nicht auf das Verständnis der einzelnen Rechtsnormen ausgedehnt wird. Bleibt die "Legitimations-Geltung" auf die höchste Stufe beschränkt, so erfaßt sie die Umschreibung des Begriffs des Rechts an sich, wirkt sich aber nicht auf die *konkrete* rechtliche Auseinandersetzung, die immer eine Auseinandersetzung hinsichtlich einzelner Rechtsnormen ist, aus. Die hier kritisierte Kritik der Reinen Rechtslehre hat denn auch, soviel mir bekannt, niemals aktuelle gegenständliche Widersprüchlichkeiten aufzeigen, d. h. Schlußfolgerungen nachweisen können, die z. B. nicht mit der Prämisse der Wertfreiheit des positiven Rechts- oder des Geschiedenseins von Sein und Sollen zu vereinbaren wären. Der Vorwurf der Widersprüchlichkeit als solcher bleibt zwar aufrecht, er beschränkt sich jedoch auf die Stellungnahme der Reinen Rechtslehre in der fast als terminologisches Problem zu bezeichnenden Frage, was unter einer (geltenden) Rechtsordnung zu verstehen sei. Durch die hier diskutierte Stellungnahme wird das Untersuchungsobjekt der Reinen Rechtslehre bezeichnet; die von der Kritik signalisierte Widersprüchlichkeit findet sich damit außerhalb der Untersuchung selber, vielmehr im Bereich der Auswahl des Untersuchungsgegenstandes. Diese Auswahl mag nach Zweckmäßigkeitskriterien und nicht nach formallogischen Gesichtspunkten erfolgen; die Schlüssigkeit der Untersuchung wird durch die Wahl deren Objekts nicht in Frage gestellt.

IV. Immanente Kritik

1. Der hier (P II und III) diskutierten "externen" Kritik, soweit sie sich gegen die Reine Rechtslehre als Ganze richtet, ist die Grundlage entzogen. Aber sie hat doch einen *schwachen Punkt* innerhalb der Reinen Rechtslehre aufgezeigt, was zu einer Selbstprüfung Anlaß gibt. Eine "immanente" Kritik soll daher im folgenden wenigstens ansatzweise versucht werden, d. h. eine Kritik, welche eine Modifikation nicht zu haltender Positionen vorschlägt, dies jedoch unter Bejahung und Beibehalten der methodischen Anliegen der Reinen Rechtslehre.

Die von der "externen" Kritik behauptete Widersprüchlichkeit der Reinen Rechtslehre ist plastisch herausgetreten in der gestrigen Darstellung durch Herrn KLUG, deren Auffassung des Rechtsbegriffs: Die normativen Befehle des Straßenräubers oder der "Gang" sind nicht rechtlicher Art, wohl aber die Normen der

Seeräuberstaaten, wobei dieser *qualitative* Unterschied zwischen rechtlichen und nicht rechtlichen Normen lediglich auf *quantitative* Gesichtspunkte wie denjenigen des Ausmaßes der Organisiertheit der normierten Körperschaft, der Beständigkeit dieser Körperschaft bzw. der Befolgung der Normordnung usw. abgestützt wird.¹² Es läßt sich nicht leugnen, daß im Rahmen einer formallogischen Rechtslehre die Abstützung der Anerkennung einer Normordnung als Rechtsordnung oder, was dasselbe ist, die Anerkennung der Existenz bzw. Geltung einer Grundnorm auf Quantitativ-Faktisches widersprüchlich ist und dem Postulat der Wertungsfreiheit rechtlicher Entscheidung zuwider läuft: Es wird damit einerseits das Axiom der Disparität von Sein und Sollen preisgegeben, andererseits aber verkannt, daß die Feststellung, ob die für die Unterscheidung als maßgeblich erachteten Fakten (Organisiertheit, Dauer usw.) mit der geforderten Intensität vorhanden sind, nicht formal-kognitiv, sondern nur bewertend möglich ist.

2. Der hier unterbreitete Vorschlag geht dahin, *auf die Vorstellung der Geltung bezogen auf die Grundnorm überhaupt zu verzichten*. Wird dieser Schritt getan, ist der vorstehend genannte Einwand gegenstandslos; allerdings ergeben sich, wie bereits hier festgehalten sei, weitere Konsequenzen, insbesondere diejenige, daß eine begriffliche Abhebung der Rechtsordnungen von sonstigen Normordnungen nicht mehr möglich ist; es muß m. a. W. auf die Legitimierungsfunktion der Grundnorm (oben P I/1/b) verzichtet werden. Hinsichtlich staatlicher Rechtsordnungen kann bei der vorgeschlagenen Betrachtungsweise nur noch festgestellt werden, daß sie von dem sie statuierenden Staat tatsächlich mit einem Geltungsanspruch ausgestattet sind, ohne daß die Behauptung aufgestellt würde, dieser Geltungsanspruch wäre eine objektive Gegebenheit. "Sollen an sich" gibt es nicht mehr, sondern nur noch "Gesolltsein einer Einzelnorm bezogen auf eine Rechtsordnung" bzw. "Gesolltsein einer Rechtsordnung bezogen auf einen normsetzenden Staat", während die Entscheidung, ob die Befolgung dieser Rechtsordnung gesollt sei, außerhalb der gestellten Fragen bleibt.

Die Preisgabe des auf die Grundnorm bezogenen Geltungsbegriffs ist je hinsichtlich der *Geltung* im *formalen* und *materialen* Sinn (zur Unterscheidung oben P I/3) gesondert zu betrachten:

A. *Geltung im formalen Sinn*

Der Entschluß, auf die Vorstellung der Geltung im formellen Verständnis der hypothetischen Grundnorm zu verzichten, kann nicht schwer fallen, sondern erscheint als zwangsläufig, da die Entscheidung über die Anwendbarkeit eines formallogischen Geltungsbegriffs nach formallogischen Gesichtspunkten zu erfolgen hat. Geltung in einem formallogischen Sinn kann nur verstanden werden als *Zurechnung* zu einer höheren Norm oder zu einem größeren Normzusammenhang oder Normsystem.¹³ So gesehen kann die hypothetische Grundnorm *per definitionem* keine Geltung beanspruchen, da sie einer Zurechnung zu einer übergeordneten Norm nicht fähig ist. Die Grundnorm ist zwar selber formaler Geltungsgrund

¹² Diese Auffassung bei KELSEN z. B. *Reine Rechtslehre*², 1960, 49.

¹³ Dies wohl im Ergebnis auch die Auffassung *Kelsens*. Jedenfalls fehlt es an Vorschlägen anderer formallogischer Geltungsbegriffe. Vgl. weiterhin auch BUCHER, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, 1965, 46 ff.

aller auf ihr beruhender untergeordneter Normen, kann selber aber nicht als geltend verstanden werden. Das gleiche gilt auch für eine Rechtsordnung als Ganzes: Jede einzelne Norm des österreichischen Rechts (wie auch jedes anderen Rechts) kann als innerhalb dieses Systems in ihrer Geltung erwiesen werden (und Geltung heißt hier: der inhaltlich sich als Norm darstellende Satz wird der österreichischen Rechtsordnung zugerechnet), während offensichtlich die Geltung der österreichischen Rechtsordnung (immer auf der Ebene formallogischer Beweisführung) logischem Beweis nicht zugänglich ist. Geltung ist "Integriert sein in einen größeren Normzusammenhang", wobei die Frage der Geltung dieses Normzusammenhanges selber (z. B. einer bestimmten staatlichen Rechtsordnung) gar nicht gestellt zu werden braucht, oder besser: nicht gestellt werden kann. In formallogischem Sinn gibt es keine "Geltung an sich", sondern nur "Geltung im Rahmen einer bestimmten Ordnung"; "Geltung" ist Qualifizierung eines Teiles als Bestandteil eines Ganzen, während das Ganze dieser selben Qualifikation nicht zugänglich ist.

B. Keine Geltung der Grundnorm

Der Begründung bedarf die vorgeschlagene Preisgabe der als *material legitimierend verstandenen Geltung* der Grundnorm. Dieser Verzicht, der Verzicht auf die Anwendung eines auf Faktenfeststellung und Faktenbewertung beruhenden Kriteriums darstellt, ist seinerseits nicht formallogisch zwingend, sondern kann nur als zweckmäßig empfohlen werden. Die Gründe seien nur kurz angedeutet:

a) An erster Stelle muß wohl der Gesichtspunkt stehen, daß im Rahmen einer sich als positivistisch und wertungsfrei verstehenden Rechtslehre ein nach anderen denn nach formallogischen Methoden ermittelter Geltungsbegriff keinen Raum hat. Da ein formaler Geltungsbegriff im Bereich der Grundnorm nicht möglich ist (oben lit. A), sollte auf die Vorstellung der Geltung hier ganz verzichtet werden. Der als Substitut eingeführte, auf Effektivität und soziologische Elemente abgestützte Geltungsbegriff läßt sich mit den Methodenpostulaten der Reinen Rechtslehre nicht vereinigen; indem sie einen wertungsabhängigen Geltungsbegriff einführen, wird die Reine Rechtslehre ihren selbstgestellten methodischen Ansprüchen nicht gerecht. Geltung, angewendet auf eine hypothetische Grundnorm bzw. die durch diese fundierte Rechtsordnung, ist offensichtlich auch etwas anderes als bezogen auf eine Einzelnorm: Geltung einer Einzelnorm heißt lediglich, daß diese, rein formal gesprochen, normative Bedeutung und praktische Relevanz hat (nämlich für denjenigen, der die fragliche Normordnung – Rechtsordnung – als verbindlich akzeptiert), während die Behauptung der Geltung bezogen auf eine Normordnung als Ganze weit mehr impliziert: die Aussage, daß diese Normordnung unabhängig von jeder persönlichen Entscheidung des Normadressaten befolgt werden müsse, Verbindlichkeit um ihrer selbst willen besitzt. Bei genauerem Hinsehen zeigt sich, daß der Geltungsbegriff, bezogen auf Grundnormen bzw. auf Rechtsordnungen überhaupt keinen anderen Sinn haben kann als eine Legitimierungsfunktion im Sinn der Verleihung eines Gehorsamsanspruchs. Wenn die Aussage, eine bestimmte Rechtsordnung besitze Geltung, nicht heißt, sie müsse deshalb auch befolgt werden, hat sie keinen (normativen) Aussagegehalt (faktenfeststellend gemeint – da sie Geltung besitzt,

wird sie faktisch befolgt – wäre sie tautologisch). Wenn die Reine Rechtslehre aus der (nicht wertungsfrei zu treffenden) Feststellung einer wie auch immer verstandenen Faktizität einer Rechtsordnung deren Geltung ableitet und diese Geltung nichts anderes heißen kann denn: Dieser Rechtsordnung muß Gehorsam geschuldet werden, gerät in der Tat, wie die Kritik zu recht feststellt, sowohl das Festhalten der Disparität von Sein und Sollen wie auch das Postulat der Ideologiefreiheit rechtswissenschaftlicher Erkenntnis in eine Gefahrenzone.

b) Die Lehre von der Geltung der hypothetischen Grundnorm und die damit verbundene Konstruktion eines Begriffsgegensatzes zwischen Rechtsordnungen einerseits, sonstigen Normordnungen (potentielle "Unrechtsordnungen") andererseits, ist innerhalb der Reinen Rechtslehre *ohne zentrale Bedeutung* und kann deshalb bedenkenlos preisgegeben werden. Auch hier wiederum mag die Stimme der Kritiker zur Illustration dienen: Gerade weil der an zweiter Stelle genannte Vorwurf von LARENZ, daß die einzelnen Rechtsgebote zwar als verbindlich aufgefaßt, jedoch durch ihren Inhalt nicht gerechtfertigt und damit auf eine formallogische Kategorie reduziert würden, i. G. zutrifft, bedarf es nicht des Geltungsanspruchs, der mehr besagen würde als formale Geltung innerhalb eines Normensystems, dessen Geltung hinwiederum außerhalb der Betrachtung bleibt.

c) Besteht auf der Ebene der Theorie nicht nur keine Möglichkeit, sondern auch kein Bedürfnis nach Begründung der Geltung von Grundnorm bzw. Rechtsordnung, so kann auch auf der Ebene der Praxis ein solches Bedürfnis nicht erkannt werden. Die Gerichte wenden die Normen einer bestimmten Rechtsordnung an, nicht weil die Geltung der Rechtsordnung als Ganzes theoretisch erwiesen wäre, sondern weil die Maßgeblichkeit dieser Rechtsordnung axiomatisch vorausgesetzt, und von niemandem, der sich nicht der Lächerlichkeit preisgeben will, in Frage gestellt wird. Die Ableitung der Geltung aus faktischen Gesichtspunkten der relativen Durchsetzbarkeit usw. i. S. der Reinen Rechtslehre stellt die überflüssige Antwort auf eine Frage dar, die im Rechtsalltag niemand zu stellen Anlaß oder Lust hat. Gerade wenn Gerichte, was ja immer wieder vorkommt, aufgrund kollisionsrechtlicher Prinzipien ausländische oder zwischenzeitlich aufgehobene Rechtsnormen anzuwenden haben, wird besonders deutlich, daß die Frage nach der Geltung einer gesamten Rechtsordnung falsch gestellt ist und die praktisch allein interessierende Frage jene nach der formalen Geltung ist, d. h. nach der Maßgeblichkeit einer bestimmten Norm in einem konkreten Tatbestand.

Im Völkerrecht hat die Geltung, bezogen auf Rechtsordnungen, eine "Positivierung" in der Praxis der Anerkennung der Staaten gefunden, die eine gewisse Verwandtschaft mit den von der Reinen Rechtslehre entwickelten Prinzipien der Feststellung der Geltung einer Grundnorm aufweist. Ein Bedürfnis, diese völkerrechtlichen Praktiken zu einem allgemeingültigen rechtlichen Prinzip hochzustilisieren, kann nicht ersehen werden.

d) Im Ergebnis wird man wohl annehmen dürfen, daß die Lehre von der Geltung der hypothetischen Grundnormen bzw. von Rechtsordnungen eine gewissermaßen phänomenologische Konzession an die im Publikum vorherrschenden Auffassungen von Recht darstellt: Es sollen die staatlichen Rechtsordnungen auch begrifflich von "minderen" Normordnungen abgehoben werden. Diese Konzession an Populärvorstellungen ist jedoch in einer Rechtstheorie nicht nötig.

Sie möchte zwar wünschbar sein, ist aber mit der Gefahr des Mißverstandenwerdens belastet, eine Gefahr, welche die hier diskutierte, nun über Jahrzehnte dauernde Kritik bis zum Überdruß demonstriert hat.

V. Schlußbemerkungen

1. Gegenüber dem hier unterbreiteten Vorschlag, auf die Vorstellung der Geltung der hypothetischen Grundnorm wie auch der durch diese fundierten Rechtsordnung gänzlich zu verzichten, damit die staatlichen Rechtsordnungen formallogisch vorerst irgendwelchen anderen Normensystemen gleichzuachten und auf die Behauptung zu verzichten, Rechtsordnungen müßten befolgt werden, wird der Vorwurf der "Sinentleerung" und des mangelnden Wertbezugs erhoben werden, der ja die Reine Rechtslehre schon bisher trifft. Sie werden mich nicht dahin mißverstehen, daß ich die materiale, ethische Dimension des Gerechten aus der Rechtsbetrachtung überhaupt ausschließen wolle. Bloß innerhalb einer sich als konsequent positivistisch-wertfrei verstehenden Rechtslehre hat sie keinen Raum. Ich glaube, heute muß man einer Rechtsbetrachtung auf mehreren Ebenen das Wort sprechen, damit vielleicht allerdings in Widerspruch zu HANS KELSEN geratend, der die Reine Rechtslehre wohl weitgehend als eine universalistische, d. h. alle Aspekte des Rechts erfassende Lehre gesehen hat. In Zukunft wird die Reine Rechtslehre, glaube ich, nur ernst genommen werden, wenn sie von diesem ihrem Schöpfer ohne weiteres nachzusehenden Universalitätsanspruch aufgibt und eingesteht, daß sie bloß eine unter zahlreichen möglichen Betrachtungsweisen des Rechts, dieses vielleicht komplexesten aller Kulturphänomene, bildet.

2. Das Postulat, auf den Begriff der Geltung, bezogen auf Grundnorm bzw. Rechtsordnung zu verzichten und damit von vornherein auf die zu Mißverständnissen Anlaß gebende begriffliche Abhebung der Rechtsordnungen von sonstigen Normordnungen bzw. Unrechtsordnungen zu verzichten, bedeutet nicht eine Entscheidung i. S. eines Verzichts auf wertende Betrachtung, nicht grundsätzliches Außerachtlassen der Dimension des Materialen, inhaltlich Gerechten. Es ist jedoch demgegenüber festzuhalten, daß eine Berücksichtigung des Rechtsinhalts, die materiale Unterscheidung zwischen Gerechtem und Ungerechtem, niemals auf der Ebene der Grundnorm erfolgen kann. So wenig es das "Schöne an sich" gibt, so wenig existiert die "Gerechtigkeit an sich" oder die schlechthin gerechte bzw. ungerechte Ordnung: es gibt nur gerechte oder ungerechte Einzelanordnungen. Dementsprechend kann sich der Gerechtigkeitsvorbehalt nur auf normative Einzelentscheidungen, nicht aber auf eine Normordnung als Ganzes beziehen; die Gegenüberstellung zwischen Rechts- und Unrechtsordnungen ist sinnlos. Das Theorie-Gegensatzpaar: "Räuberbanden-Ordnung und Rechtsordnung eines zivilisierten Staats" liegt neben der Realität. Wenn wir, um aktuellere Beispiele zu meiden, die normative Ordnung des tausendjährigen Reiches betrachten: Soll hier von Rechtsordnung gesprochen werden oder nicht? Die Frage nach der Geltung (Existenz) der Grundnorm, auf welche diese tausendjährige Ordnung gestützt gewesen wäre oder die Frage nach dem "Rechts-Charakter" dieser Ordnung läßt sich nicht mit ja oder nein beantworten, ist daher falsch gestellt. Während einzelne Anordnungen dieser Ordnung unsere ganze Empörung provozieren und als Unrecht in Reinkultur erscheinen, finden andere (und statistisch gesehen die meisten) Vorschriften unsere volle Billigung: Es genügt der Hinweis, daß BGB,

StGB und zahllose andere Gesetzeswerke im tausendjährigen Reich gegenüber früher wenig verändert und auch seither nicht im Grundhabitus umgestaltet wurden. Wir können dieser Rechtsordnung (in historischer Sicht) den Rechtscharakter in einem Sinne materialer Gerechtigkeit weder zu- noch aberkennen; die Trennung zwischen Recht und Unrecht verläuft hier wie überhaupt quer durch die Rechtsordnung als Ganzheit hindurch.

3. Wenn hier vorgeschlagen wird, auf der Ebene einer formalen Rechtstheorie auf die Vorstellung der Geltung der Grundnorm und damit auch auf den Geltungsanspruch der auf ihr beruhenden Rechtsordnung zu verzichten, soll damit zum Ausdruck gebracht werden, daß auf der Ebene ethischer Betrachtung jegliche Rechtsordnung nicht um ihrer selbst willen einen unbedingten und absoluten, sondern nur einen gewissermaßen vorläufigen Anspruch auf Befolgung besitzt. Die Entscheidung des einzelnen, sich der rechtlichen Anordnung zu unterziehen oder umgekehrt allenfalls einer materiell ungerechten, d. h. mit dem Gewissensanspruch nicht zu vereinbarenden Anordnung Ungehorsam entgegenzusetzen, kann nicht gegenüber einer Rechtsordnung als Ganzer, sondern nur gegenüber Einzelnormen getroffen werden. Wenn ich vorschlage, den Begriff der Rechtsordnung von dem (wenigstens in Ansätzen in der Reinen Rechtslehre vorhandenen) materiellen Legitimierungsaspekt zu befreien, geschieht dies nicht bloß in der Meinung, Ballast über Bord zu werfen, rational nicht haltbare Positionen zu bereinigen und die Reine Rechtslehre noch "reiner" zu machen, sondern auch, um neben der damit klarer hervortretenden Ebene des Wertfrei-Formalen die Bedeutung des letztlich rational nicht ergründbaren Materialen deutlicher zu machen und festzustellen, daß einerseits die Geltung i. S. der Verbindlichkeit einer Rechtsordnung auf moralisch-ethischer Ebene nicht formallogisch zu erweisen ist, andererseits aber der ethisch verstandene Geltungsanspruch nicht einer Rechtsordnung infolge ihrer Eigenschaft als Rechtsordnung, sondern nur deren Einzelanordnungen kraft der ihnen innewohnenden materiellen Rechtfertigung zukommt.¹⁴

Damit soll die *Verantwortung des einzelnen* sichtbar gemacht werden, die angesichts der Annahme der (einen unbedingten Gehorsamsanspruch einschließenden) Geltung der Rechtsordnungen ihren Platz verlieren würde; diese Verantwortung wiederum kann sich nur in der konkreten Entscheidungssituation verwirklichen und nicht in einer Gehorsamsverweigerung gegenüber einer Rechtsordnung schlechthin, sondern nur gegenüber einer rechtlichen Einzelanordnung bestehen.

¹⁴ Mit dieser Feststellung soll natürlich nicht der Umstand weggeleugnet werden, daß jede Rechtsordnung, unabhängig von ihrer inhaltlichen Ausgestaltung, einen *Eigenwert* als sozialen Ordnungsfaktor darstellt und daher, ohne Billigung jeder Einzelanordnung voraussetzen zu müssen, Befolgung verdient. Dies darf jedoch nicht vergessen lassen, daß bei mit dem Gewissen nicht zu vereinbarenden Gerechtigkeitsverstößen der Gesichtspunkt dieses Ordnungswertes zurückzutreten hat und Ungehorsam geboten sein kann. – Den Begriff des "*Widerstandsrechts*" möchte ich hier nicht bemühen, denn er enthält nicht bloß einen Widerspruch in sich selber (sofern ein Recht zum Widerstand besteht, ist der Widerstand kein Widerstand mehr), sondern er setzt einen Geltungsanspruch der Rechtsordnung "per se" voraus, den ich auf der Ebene einer formalen Rechtstheorie für nicht gegeben halte.