

## II. Die Grundnorm: Hypothese oder Fiktion?

### 7. Grundnorm und objektiver Sinn

Die von Kelsen in dem Aufsatz *Die Funktion der Verfassung*<sup>84</sup> von 1964 vertretene These, die Grundnorm – der umstrittenste Begriff der ganzen reinen Rechtslehre – der Rechtsordnung sei keine Hypothese, sondern eine Fiktion, ist als «erstaunlich»<sup>85</sup> bezeichnet worden. In der Tat bedeutet der Übergang von der Grundnorm als Hypothese (im Sinne der Cohen'schen neukantianischen Philosophie) zur Grundnorm als Fiktion keine zweitrangige Veränderung in Kelsens Entwicklung; er kann vielmehr dazu dienen, den Kern der Transformation von logischem Normativismus mit empirischem Hintergrund zu empirischem Realismus mit "normativem" Hintergrund zu erhellen.

Kelsen beruft sich in dem genannten Text auf Vaihingers Theorie der Fiktionen, über die er selbst 1919 einen wichtigen Aufsatz geschrieben hatte. Der Verweis auf Vaihinger könnte den Eindruck entstehen lassen, die These von der Grundnorm als Fiktion – und nicht als Hypothese – sei implizit schon in den frühen Formulierungen der Lehre enthalten gewesen.<sup>86</sup> Und Kelsen scheint ihn geradezu zu bestätigen, daß «die

84 H. Kelsen, *Die Funktion der Verfassung* (1964), jetzt in: H. Kelsen, A. Merkl, A. Verdross, *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, hrsg. von H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck, Wien 1968, Bd. 2, S. 1971 ff. Zu diesem Aufsatz vgl. I. Stewart, *The Basic Norm as Fiction*, in: *Juridical Review* (1980), S. 199 ff.; ders., *Kelsen and the Exegetical Tradition*, in: R. Tur/ W. Twining (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford 1986, S. 133 ff.

85 J. Behrend, *Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkl's und Hans Kelsens*, Berlin 1977, S. 80. Stewart, *Basic Norm* (Fn. 84), S. 208, bemerkt, daß diese Erklärung der Grundnorm als Fiktion zu einem Verlust des Begriffs der Grundnorm selbst und daher der Rechtsordnung führt, die auf ihr beruht: «Der Verlust des Begriffs der 'Grundnorm' und infolgedessen des Begriffs der Rechtsordnung verdrängt den Kern der 'reinen Theorie'. Viele Elemente bleiben gültig, aber es gibt keine kohärente Theorie mehr».

86 R. Horneffer, *Die Entstehung des Staates. Eine staatstheoretische Untersuchung*, Tübingen 1933, S. 63, kritisierte den Gebrauch des Begriffs der Hypothese für die Grundnorm, die nach seiner Ansicht «eine intuitive, nicht demonstrierbare Erkenntnis» darstellt, die etwas als nicht unmöglich annimmt, von dem man schon weiß, daß

Grundnorm im Sinne der Vaihinger'schen Als-Ob-Philosophie keine Hypothese ist – als was ich selbst sie gelegentlich gekennzeichnet habe – sondern eine Fiktion, die sich von einer Hypothese dadurch unterscheidet, daß sie von dem Bewußtsein begleitet wird oder doch begleitet werden soll, daß ihr die Wirklichkeit nicht entspricht». Die Grundnorm ist eine einfach gedachte und folglich eine fiktive Norm. Wenn – für den späten Kelsen – jede Norm der Sinn eines empirischen Willensaktes ist, dann ist diese Grundnorm der Sinn eines fiktiven Willensaktes. Wozu dient aber diese Fiktion? Kurz zuvor schreibt Kelsen: die Grundnorm «kann, muß aber nicht vorausgesetzt werden».<sup>87</sup> Sie wird vorausgesetzt mit dem Ziel, aus dem subjektiven Sinn eines Willensaktes einen objektiven Sinn zu machen. Was ist aber das Recht, wenn nicht objektiver Sinn? Man sieht, daß mit der These der Fiktion der ganze Bau der reinen Rechtslehre in ihrer Spätphase auf dem Spiel steht. Es ist daher notwendig, das Verhältnis Kelsens zu Vaihinger kurz zu betrachten.

## 8. Theorie juristischer Fiktionen

In der Schrift *Zur Theorie der juristischen Fiktionen* von 1919 scheint Kelsen Vaihingers Positionen zuzustimmen. Der Eindruck täuscht und es genügt, die Arbeit aufmerksam zu lesen, um zu sehen, daß die Übereinstimmung sich nur auf einige Punkte bezieht: Kelsen benutzt Vai-

es nicht ist. «Zu tun, als wäre etwas, von dem man weiß, daß es nicht ist, heißt eine Fiktion bilden, keine Hypothese. Alle diese “Grundnormen” sind nichts anderes als Fiktionen». Ähnlich schon H. Triepel, *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, Paris, vol. 1, 1925, S. 87; A. Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Berlin 1926, S. 3. Es ist jedoch kein Zufall, daß Horneffer zu denen gehört, die schon in den zwanziger bis dreißiger Jahren Kelsens Widersprüchlichkeit zwischen reinem Normativismus und Tatsachenpositivismus hervorgehoben hatten, d.h. den Widerspruch zwischen einem “ursprünglichen” Kelsen und einem, der Adolf Merkl's Positivismus vermittelt. Kelsen sei in seinen letzten Schriften zur radikalen positivistischen Position Merkl's zurückgekehrt, behauptet S.L. Paulson, *On the Status of the lex posterior Derogating Rule*, in: Tur/ Twining, *Essays* (Fn. 84), S. 229 ff. Ich selbst bin der Meinung, daß keines der beiden bei Kelsen vorhandenen Systeme in dieser Phase ein Übergewicht gewinnt.

87 Kelsen, *Funktion* (Fn. 84), S. 1977.

hinger zu dem alleinigen Zweck, die Rechtswissenschaft als Normwissenschaft von den empirischen Natur- oder Sozialwissenschaften zu trennen. Die entscheidende Differenz zwischen Kelsen und Vaihinger besteht darin, daß die Fiktion für letzteren eine Entfernung, eine Abweichung von der Realität ist, um sie sodann begrifflich erfassen zu können. Die Fiktion dient folglich dazu, die Wirklichkeit, die Welt des Seins zu begreifen, sie ist Hilfsmittel des logischen Denkens zu einem praktischen Zweck, und zwar mit dem Bewußtsein der Fiktivität. Gerade deshalb kann sie schwerlich im Recht Verwendung finden. Nicht nur im Hinblick auf das Handeln des Gesetzgebers oder des Richters, wo einfach Normen gesetzt werden (allgemeine im ersten, individuelle im zweiten Fall), wo also nichts fingiert wird, vielmehr Anordnungen gegeben werden, sondern auch, was die Rechtswissenschaft angeht, obgleich Kelsen sagt, es gebe Fiktionen in der Rechtswissenschaft. Tatsächlich erscheint diese Behauptung im Gesamtzusammenhang des Aufsatzes als wenig folgerichtig; sie mutet eher wie eine *captatio benevolentiae* an, die den Kern der Argumentation verdeckt, die in Wirklichkeit eine Distanzierung von Vaihinger und eine «klare Ablehnung»<sup>88</sup> seiner Theorie ist. Sein und Sollen liegen in zwei verschiedenen Ebenen und die Übertragung des Mach'schen Prinzips auf die Rechtswissenschaft ist «auf keinen Fall angängig».<sup>89</sup>

Das Recht ist für Kelsen nichts Reales: die Rechtswissenschaft hat es nicht mit dem zu tun, was ist, sondern mit dem, was die Menschen tun *sollen*. Kelsens Methode ist sozusagen eine phänomenologische, die die empirischen, kontingenten, widersprüchlichen, zufälligen Inhalte der Normen einklammert, um nur die logisch-formalen Mechanismen zu erfassen, die jenes besondere Universum zusammenhalten, das die Nor-

88 F. Todescan, *Diritto e realtà. Storia e teoria della fictio juris*, Padova 1979, S. 370. Vgl. auch C. Martyniak, *Le problème de l'unité des fondements de la théorie de Hans Kelsen*, in: *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, Vol. 7/1 (1937), S. 182.

89 W. Jöckel, *Kelsens rechtstheoretische Methode* (1930), reprint Aalen 1977, S. 184 f. «Es handelt sich nämlich bei der Jurisprudenz nicht um eine Wissenschaft, welche eine reale Wirklichkeit zu erkennen, d.h. durch möglichst eindeutige Begriffe zu bezeichnen hätte; sondern die Aufgabe der auf den idealen Gegenstand des Rechtes gerichteten Jurisprudenz ist wesentlich beschränkter als die der explikativen Naturwissenschaften».

men bilden, die normativen Formen, seien es moralische oder eben rechtliche: den Staat als Form.<sup>90</sup> Wenn die Fiktion eine Entfernung von der wirklichen Realität ist, um anschließend zu ihr zurückzukehren, wie kann dann eine Fiktion auf dem Gebiet des Rechts benutzt werden, das gar nichts Reales ist<sup>91</sup>? «In ihrer Einverleibung in die Reine Rechtslehre wird die Lehre von den Fiktionen von Kelsen so stark überarbeitet, daß sie nicht mehr zu Vaihingers System gehört, sondern auf jene “Logik der reinen Erkenntnis” zurückführbar ist, auf der die gnoseologische Grundlage seines Denkens beruht».<sup>92</sup> Für Kelsen nämlich «haben die Fiktionen einen völlig verschiedenen Sinn. Wie für Cohen, so ist auch für Kelsen die Realität für das Denken nicht unerkennbar, sondern wird von ihm hervorgebracht... Die “Realität” des Rechts, vom Denken erzeugt, nicht entdeckt, ist keine Fiktion, sondern eine zur Welt des Geistes gehörende Wirklichkeit».<sup>93</sup>

Das Recht ist für Kelsen ein Wert, ein nach seinen Inhalten relativer, aber objektiver Wert, etwas rein Ideelles. Die Rechtswissenschaft ist

90 «Immer muß Macht der Inhalt des Rechtes sein, aber nicht immer ist Recht die Form der Macht»: H. Kelsen, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, in: Archiv des öffentl. Rechts, Bd. 31 (1913), S. 95. “Form” ist jedoch kein leeres Gefäß, das mit beliebigem Inhalt zu füllen ist. Trotz Kelsens Erklärungen in diesem Sinn ist “Form” auch und vor allem Grenze: Grenze der Freiheit der Individuen und Grenze des Willens des “Souveräns”.

91 Vgl. Jöckel, *Methode* (Fn. 89), S. 76 f.: «Es ist um so bedeutungsvoller, diese Differenzen zwischen Vaihinger und Kelsen zu einem klaren Ausdruck zu bringen, weil Kelsen selber keinerlei Versuch gemacht hat, den fraglichen Punkt genauer hervorzukehren. Die Übereinstimmung im Ausdruck und in Worten vermag nämlich die unausgesprochene Verschiedenheit der beiderseitigen Tendenz nicht zu verdecken. Während Vaihinger zu der von ihm begründeten Fiktionentheorie im wesentlichen positiv eingestellt ist, die sogenannte Korrektur und Ausmerzung der Fiktionen dagegen nur eine untergeordnete Rolle spielt, liegt bei Kelsen gerade umgekehrt eine negative Tendenz ziemlich offen zutage. Bei ihm liegt der Hauptnachdruck auf dem Kampf gegen die Fiktion, bei welcher er nicht, wie Vaihinger, die Nützlichkeit und Zweckmäßigkeit des Widerspruchs betont, sondern ihre logische Unhaltbarkeit als einen Grund zu ihrer Beseitigung hervorhebt». Vgl. auch J. Esser, *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen. Kritisches zur Technik der Gesetzgebung und zur bisherigen Dogmatik des Privatrechts*, Frankfurt a.M. 1940, S. 130.

92 Todescan, *Diritto* (Fn. 88), S. 370.

93 Todescan, *Diritto* (Fn. 88), S. 383.

Wissenschaft «des Geistes»,<sup>94</sup> sie beschäftigt sich mit dem von den Fakten und dem Sein getrennten Sollen, wie aus der Rechtsmethodologie klar hervorgeht, die in *Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft* (1916) gegen den «Synkretismus» der Wertphilosophie (Rickert, Lask) und Radbruchs vertreten wird.<sup>95</sup> In dieser Perspektive war die Definition der Grundnorm der Rechtsordnung als Hypothese und transzendental-logische Grundlage, nicht als Fiktion, nicht nur nicht zufällig, sondern befand sich in völliger Übereinstimmung mit den logisch-philosophischen Referenzpunkten, die Kelsen in allen Arbeiten dieser Jahre zur Begründung der reinen Rechtslehre gewählt hatte. Und war diese Konzeption auch umstritten, so war sie jedenfalls folgerichtig, während er sich durch seine Abkehr von ihr definitiv von Kant – wie auch immer vermittelt – entfernte, und Kelsen war, indem er die Positionen Vaihingers und des tschechoslowakischen Rechtsphilosophen Walter Dubislaw – «Kein Imperativ ohne Imperator»<sup>96</sup> – annahm, gezwungen, aus dem Gegenstand, von dem man sich “entfernt” und womit man (bewußt) in Widerspruch gerät, ein empirisches Faktum zu machen, ohne es jedoch deutlich thematisieren zu wollen. An diesem

94 Obgleich sich diese Definition der Rechtswissenschaft als “Geisteswissenschaft” sehr häufig findet, zitiert Kelsen niemals, wie man erwarten könnte, Wilhelm Dilthey.

95 Tatsächlich unverständlich scheint mir also die These Stanley Paulsons, nach der die Rechtsphilosophie Kelsens von Rickerts neukantianischer Kulturphilosophie abhängig wäre: vgl. S.L. Paulson, *Faktum/Wert-Distinktion: Zwei-Welten-Lehre und immanenter Sinn. Hans Kelsen als Neukantianer*, in: Alexy u.a., *Neukantianismus* (Fn. 15), S. 223 ff.

96 H. Kelsen, *Recht und Logik* (1965), in: *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Bd. 2, S. 1480 ff.; später auch in: ders., *Allgemeine Theorie der Normen*, hrsg. von K. Ringhofer u. R. Walter, Wien 1979, S. 23. Zu diesem Aufsatz Kelsens s. die Überlegungen von A.G. Conte, *In margine all'ultimo Kelsen* (1967), jetzt in: R. Guastini (a cura di), *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, S. 197 ff. Wie richtig C. Jabloner, *Kein Imperativ ohne Imperator. Anmerkungen zu einer These Kelsens*, in: R. Walter (Hrsg.), *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II*, Wien 1988, S. 95, bemerkt hat, bedeutet «die Einführung der Imperatortheorie [in die Reine Rechtslehre] ... eine Verschärfung des positivistischen Elans der Reinen Rechtslehre». Diese Verschärfung bedeutet aber auch eine klare Überwindung der kritischen Dimension der Rechtslehre, wie Kelsen sie in seiner frühen Phase erarbeitet hat.

Punkt hätte Kelsen den Konsequenzen aus Dubislaw's Position «erliegen»<sup>97</sup> müssen, die der reinen Rechtslehre völlig entgegengesetzt sind. Nun konnte die Unterschiedlichkeit der beiden Begriffe von Fiktion und Hypothese von Kelsen nicht ignoriert werden, erstens weil gerade Vaihinger sie auf einigen Seiten diskutiert, und zweitens, weil die "Hypothese" das Hauptstück der reinen Erkenntnis Cohens und der "ökonomischen" Philosophie Machs bildete, die Kelsen beide breit zitiert und zur Unterstützung seiner zentralen theoretischen Wahlen heranzieht.<sup>98</sup> Die Hypothese, nicht die Fiktion, erlaubte ihm den Entwurf der Welt des Sollens als einer abgeschlossenen, im Denken vom Sein und vom empirischen Willen abgetrennten Welt an sich. Gerade weil die Fiktion mit der Realität zu tun hat, ist sie als solche für die Rechtserkenntnis unbrauchbar, deren Fiktionen «haben gar nichts spezifisch Juristisches an sich, sie sind keine für die Jurisprudenz charakteristische Methode»;<sup>99</sup> die "Fiktionen" der Rechtstheorie sind nur «Verdoppelungen» des Erkenntnisgegenstandes und führen als solche zu Hypostasierungen und Substantialisierungen "mystischer" Art, gegen die die Rechtswissenschaft eine entscheidende Schlacht schlagen muß, um jede – "theologische" – Verdoppelung dieses Gegenstandes aufzulösen und die magisch-religiöse Hypostasierung als das zu enthüllen, was sie ist: Relation, Funktion, "Wert" vielleicht gerade in jener später von Carl Schmitt bekämpften Bedeutung.<sup>100</sup> Trotzdem, die Methode, die ihren Gegen-

97 N. Leser, *Die Reine Rechtslehre im Widerstreit der Philosophischen Ideen*, in: R. Walter (Hrsg.), *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion*, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 7, Wien 1982, S. 103.

98 Vgl. H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Tübingen 1920, S. 99 ff. Vgl. dazu: L. Pitamic, *Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft*, in: *Österr. Zeitschrift für öffentl. Recht*, III Jahrg., 1918, S. 339 ff.

99 Vgl. H. Kelsen, *Zur Theorie der juristischen Fiktionen*, in: *W.r.S.*, Bd. 2, S. 1241.

100 Zum Begriff des "Wertes" in diesem Sinn s. C. Schmitt, *Der Gegensatz von Gemeinschaft und Gesellschaft als Beispiel einer zweigliedrigen Unterscheidung. Betrachtungen zur Struktur und zum Schicksal solcher Antithesen*, in: *Estudios juridico-sociales. Homenaje a Luis Legaz y Lacambra*, Compostela 1960, Bd. 1, S. 165 ff.; ders., *Die Tyrannei der Werte* (1967), Berlin 2011. In dieser Perspektive gewinnt Kelsens Aufsatz *Gott und Staat* (1922) eine Bedeutung, die die Interpretation der reinen Theorie des Rechts bei weitem überschreitet, sofern gerade damit

stand in dem Erkenntnisprozeß erzeugt, erzeugt sie zweifellos in ihrer formellen “Reinheit”, die unabhängig von den wechselnden Inhalten der Erfahrung ist; die Reine Rechtslehre aber kann nicht vergessen, daß sie eine “positivistische” Rechtstheorie sein will: «Die juristische Hypothese», so Kelsen, «die von der auf die Einheit abzielenden Rechtserkenntnis mit Beziehung auf das zur Einheit zu bringende Material hypothetisch vorausgesetzt wird, hat sich demgemäß nach dem Inhalt dieses zur Einheit zu bringenden Materials zu richten».<sup>101</sup> Hier hilft in besonderem Maße das Prinzip der Denkökonomie von Ernst Mach, das sich bei Kelsen aber zu einem Prinzip der “Wertökonomie” wandelt, in dem Sinne, daß das Sollen vom Denken so erzeugt werden muß, daß es sich mit dem Maximum an Wirklichkeit deckt. Die Hypothese der Grundnorm als Hypothese der Souveränität bedeutet dann, daß sie, obgleich Hypothese, also vorausgesetzte und nicht gesetzte Norm, in einer gewissen Weise die wirkliche Erfahrung “reflektieren” soll, so daß der Inhalt der Pflicht (des “Sollens”) von der Realität möglichst wenig abweicht: «Indem dieser dem Prinzip der von Mach aufgezeigten Denk- oder Erklärungsökonomie analoge Grundsatz unserer Werterkenntnis (des normativen Betrachtens) auf eine möglichste Reduzierung jener Spannung gerichtet ist, die zwischen Sollen und Sein besteht, tendiert er, möglichst viel als wertvoll, d.h. möglichst viel Inhalt des Seins als mit dem Inhalt des Sollens übereinstimmend, möglichst wenig als wertwidrig, d.h. möglichst wenig Inhalt des Seins als mit dem Inhalt des Sollens in Widerspruch stehend zu erkennen; er stellt somit ein wertökonomisches Prinzip, ein Prinzip der erkenntnismäßigen Erzielung eines Wertmaximums dar».<sup>102</sup>

– so stellt z.B. E. Kennedy, *Carl Schmitt and the Frankfurt School: A Rejoinder*, in: *Telos* 73 (Fall 1987), S. 104, fest – die Diskussion über politische Theologie und den Begriff der Souveränität unter den deutschen Juristen und Politikwissenschaftlern in den Zwanziger Jahren einsetzt. Eine vergleichende Lektüre von Kelsens Aufsatz und der *Politischen Theologie* Schmitts in der Perspektive auch der Diskussionen über die Souveränität bei Autoren wie H. Heller, O. Kirschheimer und F. Neumann wäre sicherlich von Nutzen.

101 H. Kelsen, *Rechtswissenschaft und Recht*, Zeitschr. für öffentl. Recht, 3, 1922, S. 231.

102 Kelsen, *Souveränität* (Fn. 98), S. 99.

Wenn also der Begriff der Fiktion und Vaihingers Theorie von Kelsen zurückgewiesen<sup>103</sup> werden, weshalb scheint es dann, als billige er diese Lehre in der Frühphase seines Denkens? Und welche Bedeutung kommt dem, diesmal realen, Konsens in der *Allgemeinen Theorie der Normen* zu? Eine Beantwortung der letzteren Frage würde zu weit führen, ich beschränke mich hier auf die Feststellung, daß der späte Kelsen eine (vielleicht) noch radikalere Wende vollzieht, als ich selbst in früheren Arbeiten glaubte: gerade die Definition der Grundnorm als Fiktion kann in der Tat den Zugang zu einer nunmehr endgültig realistischen, voluntaristischen, pragmatistischen Theorie eröffnen. Das Recht ist jetzt etwas Reales. Die Rechtswissenschaft ist eine Wirklichkeitswissenschaft: daher der normative Irrationalismus. Bei der Erzeugung und Anwendung des Rechts gibt es kein «Element der Erkenntnis» mehr, sondern Willen und Willen allein,<sup>104</sup> während Kelsen 1919 noch schreiben könnte,<sup>105</sup> daß zwischen «dem die Welt mit den Kategorien ordnenden und solcher Art – als geordnete Einheit – erst schaffenden Geist der Erkenntnis und dem die Rechtswelt regelnden und so erzeugenden Gesetz», keine «Verwandtschaft» mehr besteht. Man könnte glauben, der letzte Kelsen verzichte bewußt auf die produktive Funktion des Erken-

- 103 Im Zusammenhang mit der Grundnorm – die «keine positive Rechtsnorm», aber bloß eine «gedanklich vorausgesetzte» Norm ist – schreibt Kelsen 1928, daß «von einer Fiktion: Behauptung einer Realität im Widerspruch zur Wirklichkeit, keine Rede sein kann»: H. Kelsen, *Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung*, Wien 1928, S. 25. Und weiter: «Denn nur um den Geltungscharakter des positiven und nur des positiven Rechtes zu begründen, wird die Grundnorm vorausgesetzt; und sie kann mit ihrem Inhalt zu dem des positiven Rechtes in keinem Punkte in Widerspruch geraten, weil sie sich ja in ihrem Inhalt restlos und ausschließlich nach demjenigen Material richtet, das als geltendes positives Recht begriffen werden soll. Eben darum hat man sie mit einer Hypothese im naturwissenschaftlichen Sinne verglichen (...), weil sie wie eine Hypothese das empirische Material erklären, das positive Rechtsmaterial in seiner Geltung begründen, nicht aber ersetzen oder ergänzen will und sich daher niemals in einen Widerspruch zum Material setzen kann».
- 104 Zur amerikanischen Periode Kelsens, seiner Rezeption durch die amerikanischen Juristen und auch den Einflüssen, die er durch den amerikanischen Pragmatismus, Empirismus, Realismus und die Soziologie erfuhr, s. S.L. Paulson, *Die Rezeption Kelsens in Amerika*, in: O. Weinberger/ W. Krawietz (Hrsg.): *Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker*, Wien-New York 1988, S. 179 ff.
- 105 Kelsen, *Theorie* (Fn. 99), S. 1223.



nens und beuge sich gänzlich dem Triumph des Willens. Das Gegenteil dessen, was in den Werken der Zehner und der Zwanziger Jahre behauptet wird, die die reine Rechtslehre “gemacht” haben. Was nicht bedeutet, daß sich nicht auch die These der Grundnorm als transzendental-logische Grundlage der Rechtserkenntnis Einwänden aussetzte, insbesondere, wenn man dafürhält, daß die von Kelsen behauptete Analogie zwischen seiner Grundnorm und der Transzendentalität des Denkaktes bei Kant auf der Voraussetzung einer Dis-Homogenität zwischen dem Feld der Natur und dem Gebiet des Sollens unhaltbar sei.<sup>106</sup>

- 106 Vgl. dazu die ausgezeichnete Arbeit von H. Köchler, *Zur transzendentalen Struktur der "Grundnorm". Kritische Bemerkungen zur erkenntnistheoretischen Fundierung der "Reinen Rechtslehre"*, in: L. Adamovic/ P. Pernthaler (Hrsg.), *Auf dem Weg zur Menschenwürde und Gerechtigkeit*, Festschr. H.R. Klecatsky, 1. Tbd., Wien 1980, insbes. S. 509 ff. Fest steht, daß die Auffassungen Kelsens über die Grundnorm und den Begriff der Norm selbst zuletzt mit einer neukantianischen Begründung des rechtlichen Sollens und dem Sein-Sollen-Dualismus brechen. Der Versuch, Fakten und Normen, Wollen und Sollen zu verbinden, impliziert eine Überwindung des Dualismus. Kelsen dagegen hat, sich widersprechend, in den Schriften der Sechziger Jahre und in der postumen *Allgemeinen Theorie der Normen* versucht, den Dualismus beizubehalten, indem er zwischen den beiden logischen Modi ein “drittes Reich” des “modusindifferenten Substrats” lokalisierte, d.h. jenes “Etwas”, das dem Modus des Gebotenseins (“die Tür muß geschlossen sein”) und dem indikativischen Modus der Deskription (“die Tür wird geschlossen“) gemeinsam ist. Dieser Versuch – der vielleicht mit Alf Ross’ Kritik an Kelsens Dualismus zu tun hat – ist per se mit dem ursprünglichen Dualismus unvereinbar. Schon im *Problem der Souveränität* von 1920 spricht Kelsen von diesem “modusindifferenten Substrat“, aber noch früher findet sich ein Hinweis in dem Aufsatz über die Rechtswissenschaft als Normwissenschaft von 1916, wo es heißt: «Das “Substrat” oder der “Schauplatz” des Wertes ist niemals ein Seinsvorgang oder eine Wirklichkeit, sondern dasjenige, was möglicherweise auch Inhalt, d.h. Substrat oder Schauplatz des Seins ist. Wert und Wirklichkeit sind eben nur verschiedene Anschauungsformen eines und desselben Substrates. Für dieses Substrat, das ich das eine Mal als Inhalt des Seins, somit als Wirklichkeit, das andere Mal als Inhalt eines Sollens, somit als Wert vorstelle, hat die Sprache leider keine spezifische Bezeichnung und die Philosophie noch keinen festen Begriff geschaffen»: *Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung*, in: Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Bd. 1, Wien u.a. 1968, S. 67. Für *diesen* Kelsen also bleibt das völlig außerhalb aller wissenschaftlichen Begründung des Rechts. Es ist nur der gewöhnliche, nicht der wissenschaftliche und “abweichende“ Sprachgebrauch, der die Realität, d.h. “eine Form der Vorstellung“, mit ihrem Inhalt gleichsetzt, der von

Bleibt noch, auf die erste Frage zu antworten. Dazu mag es genügen, Jöckel zu zitieren: «Kelsen (will) den behaupteten fiktiven Charakter der herrschenden Staatslehre als Stütze für seine Ablehnung der Staatssoziologie überhaupt und für seine positive Auffassung des Staates als einer Rechtsordnung verwerten».<sup>107</sup> Vaihinger ist demnach ein Verbündeter im Ringen um die Autonomie der Rechtswissenschaft, gegen jede Verdoppelung des Erkenntnisobjekts, das Naturrecht und besonders gegen die Rechtssoziologie nach Kantorowicz, Ehrlich, aber auch M. Weber, die Kelsen in dieser Phase bekämpft. Die vollständige Normativierung<sup>108</sup> des Staates, die Gleichsetzung von Staat und Recht stehen nicht nur mit Vaihingers These von der Irrtümlichkeit der Verdoppelung des einen Gegenstandes der Erkenntnis in Zusammenhang.<sup>109</sup> Weiters setzen diese Thesen eine äußerst laizistisch-positivistische Kritik an der «mythologischen Naturauffassung»<sup>110</sup> voraus, die noch nicht den Weg der rationalen wissenschaftlichen Erkenntnis zur Trennung und Entfernung des Subjekts vom Objekt der Erkenntnis beschritten hat.<sup>111</sup> Die Desubstantialisierung und Depersonalisierung des Begriffs Staat setzen die Desubstantialisierung Gottes wie auch die Profanierung der Natur voraus; kurz, eine Auffassung der Welt und des Lebens, die das

einer andern und verschiedenen Vorstellungsform hervorgebracht wird. Der ganze Streit mit Radbruch ereignet sich auf der Voraussetzung der logischen und gnoseologischen *Unmöglichkeit* eines “dritten Reiches“ zwischen Sein und Sollen, Wert und Realität.

107 Jöckel, *Methode* (Fn. 89), S. 193.

108 Vgl. Kelsen, *Hauptprobleme* (Fn. 57), S. 184-188, in noch nicht völlig auf die Gleichsetzung von Staat und Recht gerichteten Begriffen. Sodann *Souveränität* (Fn. 98), S. 11 ff., und die *Vorrede* aus den *Hauptproblemen*, S. XVI ff.

109 Kelsen, *Theorie* (Fn. 99); ders., *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, Tübingen 1922, S. 205-208.

110 H. Kelsen, *Der Staatsbegriff und die Sozialpsychologie*, S. 137. Vgl. Auch ders., *Staatsbegriff* (Fn. 109), S. 209, zur «anthropomorphe(n), mythologische(n) Verdoppelung der Welt». Aber die Trennung von Staat und Recht – Verdoppelung des einen normativen Gegenstandes – hat für ihn auch eine präzise politische Bedeutung, sofern sie der «volkstümlichen und demokratischen» Rechtsordnung eine “Staatsräson”, das Interesse des Fürsten oder einer «autokratischen Ordnung» gegenüberstellt: H. Kelsen, *Staat und Recht*, in: W.r.S., Bd. 1, S.165. Vgl. auch ders., *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925, S. 90, 389.

111 Vgl. Kelsen, *Staatsbegriff* (Fn. 109), S. 207 ff.

religiöse Fragen als ein Scheinproblem, als Residuum eines primitiven Animismus und Totemismus radikal beseitigt hat.

### 9. *Primat der Rechtswissenschaft gegenüber der Rechtssoziologie*

In den ersten beiden Jahrzehnten seiner wissenschaftlichen Arbeit richtete Kelsen eine radikale Kritik gegen Rechtssoziologen wie Kantorowicz und Ehrlich. Othmar Spann konnte ihn ohne weiteres als einen «Feind der Soziologie» bezeichnen.<sup>112</sup>

Auch unabhängig von der Tatsache, daß Kelsen infolge seines Kontakts mit der analytischen Rechtswissenschaft und der Soziologie in den Vereinigten Staaten seine Position sogar hinsichtlich des von ihm am heftigsten bekämpften Soziologen, Eugen Ehrlich,<sup>113</sup> revidiert und die Idee einer Ergänzung<sup>114</sup> der normativen Rechtswissenschaft durch die Rechtssoziologie (oder den “Rechtsrealismus”) formuliert, ist darauf hinzuweisen, daß Kelsens Kritik zumindest gegenüber Max Weber (neben G. Simmel) eher einer Linie der “Komplizenschaft” als der Kontraste zu folgen suchte. Das Urteil über Webers Versuch einer Begründung der Rechtssoziologie – der «wichtigste» und «bisher glücklichste»<sup>115</sup> Versuch – in der *General Theory of Law and State* (1945) kann ebenfalls auf die Zwanziger Jahre zurückdatiert werden. Im *Staatsbegriff der verstehenden Soziologie* von 1921 wird das eben veröffentlichte

112 O. Spann, *Der Streit um die Möglichkeit und das Wesen der Gesellschaftslehre*, in: Zschft. f. Volkswirtschaft u. Sozialpolitik, Bd. 2 (1922), S. 199.

113 E. Ehrlich, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 1. Aufl. 1913, Berlin 1967. Vgl. H. Rottleuthner, *Rechtstheoretische Probleme der Soziologie des Rechts. Die Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Eugen Ehrlich (1915- 1917)*, in: W. Krawietz/H. Schelsky (Hrsg.), *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*, Berlin 1984, S. 521 ff.; U. Rein, *Rechtssoziologie gegen Rechtspositivismus. Die Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Eugen Ehrlich*, in: Paulson/Walter (Hrsg.): *Untersuchungen* (Fn. 35), S. 91-108; A. Carrino, *Eugen Ehrlich e Hans Kelsen. Una controversia sulla sociologia del diritto*, Einleitung zu H. Kelsen/E. Ehrlich, *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, Napoli 1992, S. 7 ff.

114 Vgl. R. Treves, *Sociologia del diritto e sociologia dell'idea di giustizia in Hans Kelsen*, in: *Sociologia del diritto* (1981/3), S. 10 ff.; A. Carrino, *Weber e la sociologia del diritto nella critica di Kelsen*, in: *Sociologia del diritto* (1987/3), S. 17 ff.

115 H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, (1945), New York 1961, S. 171.

opus magnum Webers, *Wirtschaft und Gesellschaft*,<sup>116</sup> als «die bedeutendste soziologische Leistung, die seit Simmels “Soziologie” erschienen ist» bezeichnet.<sup>117</sup>

Die erste Bezugnahme auf Weber ist jedoch älter: sie findet sich im Vorwort zur ersten Auflage (1911) der *Hauptprobleme*, und ist in der zweiten Auflage (1923) nicht enthalten. Dort macht sich Kelsen – von Seiten der formal-normativen Theorie des Rechts – Webers Worte über die Objektivität der Sozialwissenschaften<sup>118</sup> zu eigen, um die Eigentümlichkeit des Erkenntniszieles zu charakterisieren, das er sich vornimmt, und das dahin geht, über «eine rein formale Betrachtungsweise der rechtlichen Normen» nicht «hinaus(zu)gehen». In dieser Beschränkung nämlich besteht «das Wesen der formal-normativen Betrachtungsweise der Jurisprudenz»<sup>119</sup> im Unterschied zur Sozialwissenschaft als “Wirklichkeitswissenschaft”, von der Weber spricht. Folgt man nun den neukantianischen erkenntnistheoretischen Prämissen, die Kelsen – vor allem nach der Resonanz, die seine erste große Arbeit insbesondere im Hinblick auf Cohens Neukantianismus (noch stärker aber scheint der Einfluß von Cassirers *Substanz- und Funktionsbegriff*<sup>120</sup> zu sein) findet – erklärt und verteidigt, so kann die Beschränkung der Rechtswissenschaft nur eine notwendige sein, sofern das Objekt “Recht” das «Ergebnis» einer der verschiedenen Blickrichtungen ist, in die sich die spontane Aktivität der erkennenden Vernunft ursprünglich teilt: der Blickrichtung auf Sollen, Norm oder Wert, die der Ausrichtung auf das Sein, das Faktum entgegengesetzt ist.<sup>121</sup> Sofern also das Recht nur ein idealer Zu-

116 M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungen und Mächte*. Nachlass (1921), in: Max Weber, *Gesamtausgabe*, Tübingen Bd. 22, 2001.

117 H. Kelsen, *Der Staatsbegriff der "verstehenden Soziologie"*, in: Zschft.f. Volkswirtschaft u. Sozialpolitik 1 (1921), dann in: ders., *Staatsbegriff* (Fn. 109), S. 156.

118 M. Weber, *Die "Objektivität" sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 19. Bd., 1904, S. 45.

119 Kelsen, *Hauptprobleme* (Fn. 57), S. IX.

120 Relevant vor allem Kelsen, *Staatsbegriff* (Fn. 109), S. 211 ff.

121 Kelsen, *Kulturwissenschaft* (Fn. 106), S. 37 f.: «Mit großem Scharfsinn gründet Herbart, der den Gegensatz von Sein und Sollen prinzipieller und konsequenter noch als Kant erfaßt hat, den fundamentalen Dualismus auf eine ursprüngliche Besinnung und konstituiert ihn erkenntnistheoretisch korrekt in der totalen Verschiedenheit der

sammenhang von Normen ist, ein normatives System, ein “Sinngelalt”: kurz, reine Soll-Geltung in Kontraposition zu Wirksamkeit und Empirie. In diesem Sinne aber erscheint es sofort klar, daß Kelsen trotz seines Interesses für die Soziologen (insbesondere Simmel und Weber) mit einer Rechtssoziologie nicht übereinstimmen kann, in der der Ausdruck “Recht” den Gegenstand der normativen Wissenschaft bezeichnet. Seine ganze Anstrengung muß daher darauf gerichtet sein, daß die Rechtssoziologie eine Wissenschaft ist, die das Recht der normativen Rechtswissenschaft voraussetzen muß, d.h. den mit Hilfe der Erkenntnismethode des methodologisch gut ausgerüsteten Juristen erzeugten und ausgearbeiteten Begriff des Rechts. Tatsächlich betritt die reine Rechtslehre in diesem philosophisch-neokantianischen Gewand die Bühne der rechtstheoretischen Debatte der Zehner und Zwanziger Jahre.

### *10. Komplementarität von Rechtswissenschaft und Individualpsychologie*

Es ist dies auch die Zeit, in der Kelsen im Bewußtsein des Einflusses von Cohen auf die eigene Philosophie beginnt, eine “reine” Theorie des Rechts auszuarbeiten, um die Jurisprudenz zum Rang und zur Würde einer wirklichen Wissenschaft zu erheben, und sie fällt zusammen mit der Geburt jener anderen Disziplin, die ebenfalls auf die Erfüllung des alten Bestrebens der Juristen gerichtet ist: der Rechtssoziologie. Die Soziologie, die Methoden der Naturwissenschaft anwendend und die “Naturgesetze” des Lebens des Rechts zu entdecken suchend, erhob den Anspruch, die wahre Rechtswissenschaft zu sein. Kelsens Schriften hingegen suchen eine spezifische eigenständige Dimension der Juris-

Blickrichtungen. Gerade in diesem Sinne muß der formal-logisch unlösbare Antagonismus von Sein und Sollen zur Grundlage eines Erkenntnisystems und sohin einer Grundeinteilung der Wissenschaften werden. Je nachdem ob das Ziel der Betrachtung das Sein tatsächlichen Geschehens, das heißt die Realität, oder ein sittliches, rechtliches, ästhetisches oder sonstiges Sollen, das heißt also eine Idealität ist, scheiden sich die Bezirke unserer Erkenntnis in zwei von Grund aus verschiedene Gruppen, teilt sich die Welt – als das Ergebnis unserer Erkenntnis (nicht unseres Fühlens oder Wollens) – in zwei Reiche, die kein Weg miteinander verbindet».

prudenz zu bestimmen<sup>122</sup> und betonen die Eigentümlichkeit des “Rechts der Rechtswissenschaft” gegenüber dem (vorgeblichen) “Recht” der Soziologie, das für Kelsen nur mit den Fakten der Rechtspraxis zu tun hat und folglich eine empirische Wissenschaft von empirischen Sachverhalten ist. Kurz, etwas ganz anderes als das Recht, das der Jurist und der Rechtswissenschaftler meinen. Daß irgendwie Vorstellungen vom Recht entstehen, die tatsächlich menschliches Handeln motivieren, sagt Kelsen, könne «innerhalb einer Wissenschaft keinen Platz finden (...), die das Recht als Norm, als Sollen auffaßt, die mit den Begriffen der Geltung, der Pflicht, der Berechtigung, der Person, kurz mit allen jenen Begriffen operiert, die überhaupt keinen anderen als einen normativen Sinn haben können (...) Niemals könnte das Recht, das den Gegenstand (oder das Produkt) solcher Rechtswissenschaft bildet, “positiv”» im Sinne eines empirischen Faktums<sup>123</sup> sein. Der Jurist beschäftigt sich daher mit den Rechtsnormen in einer (husserlianischen) *Epochè* hinsichtlich ihrer wirklichen Realität, und die Rechtswissenschaft als Geisteswissenschaft ist nie eine Wissenschaft von Fakten,<sup>124</sup> sondern eine normative Wissenschaft, eine Wissenschaft vom (relativen) Wert des Rechts, genauer vom «Sein des Sollens».<sup>125</sup> Ihr ist es daher aus ihrem eigenen Wesen heraus verboten, mit naturwissenschaftlichen Methoden wie Induktion und Experiment zu arbeiten, und sie soll alleine den geistigen, “ideellen” (vom “idealen” unterschiedenen) Gehalt ihres Materials mittels der Instrumente der Logik erarbeiten.

Wie die Mathematik, so ist die Rechtswissenschaft für Kelsen eine formale Wissenschaft, die aus ersten Prinzipien oder Postulaten formale Begriffe entwickelt, sodaß das Recht «nichts Wirkliches»<sup>126</sup> ist. «Faßt man nicht das rechtmäßige Verhalten der Menschen ins Auge, sondern lediglich die objektive Norm, d.h. fragt man sich nur – und nichts anderes

122 J. Binder, *Philosophie des Rechts* (1925), reprint Aalen 1967, S. 183 ff.

123 Kelsen, *Souveränität* (Fn. 98), S. 88 f.

124 «Pour Kelsen la science du droit est un système de notions et de propositions purement formelles, une science normative sans lien avec le domaine de la réalité indépendante de l’effectivité (Faktizität) des normes»: C. Martyniak, *Le problème de l’unité des fondements de la théorie du droit de Kelsen* (Fn. 88), S. 172.

125 Vgl. Kelsen, *Staatsbegriff* (Fn. 109), S. 76; ders., *Staatslehre* (Fn.110), S. 45.

126 Kelsen, *Theorie* (Fn. 99), S. 1238.

– wie sollen sich die Menschen rechtmäßig verhalten, und hält man sich dabei lediglich an das positive Recht, an das Gesetz, dann kann und muß man sich bei Beantwortung dieser Frage mit gewissen rein formalen Kriterien begnügen». <sup>127</sup> Das bedeutet, aus dem spezifisch rechtlichen Problemfeld jede Frage – soziologischer, politischer oder anderer Art – auszuschließen, die auf den konkreten Zweck geht, auf das spezifische motivierende Interesse des Rechts im Ganzen ebenso wie der einzelnen Norm. Die Rechtsbegriffe sind formale Kategorien und die Rechtswissenschaft behandelt nur die «Form eines Phänomens», dessen Inhalt von Geschichte und Soziologie, vor allem aber von der Individualpsychologie zu untersuchen ist, die für Kelsen die einzige zur normativen Rechtswissenschaft wirklich komplementäre und sie ergänzende Wissenschaft ist.

Schon in einer Rezension von 1910 behauptete Kelsen, die Soziologie habe «es stets nur mit psychischer Motivation zu tun». <sup>128</sup> Es ist z.B. kein Zufall, daß der junge Kelsen die Grenzen der materialistischen Geschichtsauffassung – für ihn eine einfache Version des Naturrechtsdenkens, <sup>129</sup> das seinerseits mit der Soziologie verwandt ist <sup>130</sup> – gerade im Verhältnis zu den «tieferen(n)» Ursachen der sozialen Phänomene sieht, die nicht in den ökonomischen Beziehungen liegen, sondern in jener letzten Schicht der psychischen Beziehungen zwischen den Individuen, «die dem Erklärungsbedürfnis vieler mehr Befriedigung bieten, als der Einblick in die bloß wirtschaftliche Kausalreihe». <sup>131</sup> Die Gegensätze von Kelsens Rechts- und Staatsphilosophie – zusammengefaßt in dem Grundgegensatz von Demokratie und Autokratie – können alle zurückgeführt werden auf den Kontrast zwischen einer individualistischen und einer objektivistischen Weltanschauung, die ihrerseits in der psychologischen Struktur und im Charakter des Individuums verwurzelt sind, je

127 Kelsen, *Hauptprobleme* (Fn. 57), S. 42.

128 H. Kelsen, *Rezension zu F. von Wieser, Recht und Macht*, in: *Archiv f. Sozialwissenschaft u. Sozialpolitik* 31 (1910), S. 261.

129 H. Kelsen, *Rezension zu A. Menzel, Naturrecht und Soziologie*, in: *Archiv f. d. Geschichte d. Sozialismus u. d. Arbeiterbewegung* 5 (1915), S. 225-229.

130 Vgl. R. Treves, *Kelsen e la sociologia*, in: C. Roehrsen (Hrsg.), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, Roma 1983, S. 169 ff.

131 H. Kelsen, *Politische Weltanschauung und Erziehung* (1913), in: *W.r.S.*, Bd. 2, S. 1505.

nachdem, ob es ein starkes oder ein schwaches Ichgefühl besitzt, das fähig ist, sich im Anderen zu erkennen.

Kelsens Interesse für die Psychologie und für Freud macht auch – zumindest in der europäischen Phase – bestimmte erkenntnistheoretische Inkongruenzen verständlich, die auch für das Verhältnis Rechtswissenschaft–Soziologie relevant sind und von der Kritik im Zusammenhang mit dem von Kelsen unermüdlich behaupteten logischen Gegensatz zwischen der Welt des Seins und der Welt des Sollens, Empirie und Normativität, Soziologie und Rechtswissenschaft, hervorgehoben worden sind. In einer Replik auf Salomon, der einen Widerspruch hinsichtlich des Problems der Beziehung von Sein und Sollen, oder besser: einen Übergang «von einer Gegenüberstellung» zu einer «Verbindung», aufgezeigt hatte, behauptete Kelsen: «Der Standpunkt meines heutigen Referates [über die Demokratie] unterscheidet sich notwendigerweise von demjenigen meiner normtheoretischen Untersuchungen dadurch, daß im letzteren Falle meine Betrachtung ausschließlich auf eine einzige Ideologie, nämlich ein bestimmtes Normensystem gerichtet ist, während ich heute das Verhältnis der demokratischen Ideologie zu den als Demokratie bezeichneten positiven Verfassungen unterworfenen Menschen untersuche. Nennt man eine solche Problemstellung soziologisch, dann ist der soziologische Standpunkt mit dem normtheoretischen durchaus vereinbar». <sup>132</sup> Diese These war schon 1912 in der Kritik an Kantorowicz und Kornfeld erläutert worden, wo es heißt, Aufgabe der Soziologie müsse eine «psychologische Untersuchung» sein. <sup>133</sup>

Dies ist zweifellos eine argwöhnische Auffassung von Soziologie (oder jedenfalls des Selbstverständnisses der Rechtssoziologen), denn man stellt sich dabei wohl eher eine Individualpsychologie als ein Studium jener sozio-historischen Strukturen vor, die auch die Soziologie unter-

132 H. Kelsen, *Demokratie* (1927), jetzt in: *W.r.S.*, Bd. 2, S. 1774.

133 H. Kelsen, *Zur Soziologie des Rechtes. Kritische Betrachtungen*, in: *Archiv f. Sozialwissenschaften u. Sozialpolitik*, Bd. 34 (1912), S. 601-614 (614): «Daß eine derartige Soziologie des Rechtes, die, den obigen Richtlinien entsprechend, keineswegs auf die Untersuchungen der Wirkungen beschränkt ist, die das Bewußtsein der Rechtsnormen auf das Verhalten der Menschen hat, sondern auch den Ursachen der Entstehung der Rechtsnormen nachzugehen hätte, für die Rechtspolitik von größter Bedeutung wäre, braucht kaum hervorgehoben zu werden».



suchen möchte. Diese – Recht, Staat etc. – bleiben für Kelsen ausschließliches Objekt jener spezifischen Wissenschaft, die diese “Realitäten” in ihrer authentischen Dimension erfaßt und die rein formale, normative Wissenschaft ist und nur sein kann. Kelsen erkennt und will erkennen einerseits die einzelnen Individuen mit ihren realen Motivationen und ursprünglichen Impulsen,<sup>134</sup> andererseits die ideellen Phänomene wie eben Recht und Staat, Strukturen des Geistes. Diese Position findet sich auch in den *Hauptproblemen der Staatsrechtslehre* wieder, obgleich es hier zu einer noch ungenauen Spezifizierung der Soziologie als Untersuchung des Rechts als «massenpsychologische Tatsache»<sup>135</sup> kommt, während Kelsen später präzisieren wird, daß man nur von einer Individual-, aber nie von einer “Sozial”- oder “Massen”-Psychologie sprechen kann.<sup>136</sup>

### 11. *Der Ursprung des Staates im Denken: Kelsens Hypothese der Grundnorm*

In der ‘klassischen’ Phase der reinen Rechtslehre ist für Kelsen ein soziologischer Rechtsbegriff, sei er dem juristischen (normativen) auch nur an die Seite gestellt, ein Widersinn, denn die spezifisch rechtliche normative Einheit “Staat” kann nicht gedacht werden ohne die exklusive und fundierende Anwendung der rein rechtlich-formalen Betrachtungsweise. «Nur die irrige Vorstellung, daß die Soziologie überhaupt denselben Gegenstand wie die normative Jurisprudenz: das Recht, erfassen könne, führt zu der Vorstellung einer selbständigen Rechtssoziologie. Allein die Rechtsnorm, dieses spezifische Objekt der Rechtswissenschaft, ist einer auf das Sein gerichteten Soziologie überhaupt nicht gegeben (...). Ein soziologischer Begriff des Rechtes, von dem Ehrlich und mit ihm viele Neueren sprechen, ist ebenso möglich wie der mathema-

134 Vgl. Kelsen, *Weltanschauung* (Fn. 131), S. 1522 ff., insbes. zum Spieltrieb als Motivation zum Handeln und zum politischen Leben.

135 Kelsen, *Hauptprobleme* (Fn. 57), S. 42.

136 H. Kelsen, *Der Staatsbegriff und die Psychoanalyse* (1927), in: *W.r.S.*, Bd. 2, S. 209 ff.

tische Begriff eines biologischen Vorganges oder der sittliche Begriff des freien Falles. Gerade der Ehrlich'sche Versuch zeigt deutlich, daß eine Soziologie des Rechtes zu einer Soziologie der Gesellschaft überhaupt wird, weil sich soziologisch der Begriff des Rechtes nicht abgrenzen läßt». <sup>137</sup> Anders gesagt, es gibt keine Rechtssoziologie: was unter diesem Namen gehandelt wird, kann nur eine experimentelle und induktive Psychologie sein.

Der Grund für die Unmöglichkeit einer soziologischen Definition von Staat oder Recht ist die Unfähigkeit der Naturwissenschaft (und die Soziologie ist für ihn eine Naturwissenschaft), jenen «Sinn für Wert und Autorität» zu erfassen, der «nur einer spezifisch normativen Betrachtungsweise eigen ist»: <sup>138</sup> «der Wert (ist) eben nicht durch eine kausale Betrachtung der Wirklichkeit erfäßbar (...) und (besteht) nur unter der Voraussetzung von Normen». <sup>139</sup> Angesichts der säuberlichen Trennung – auch im Gefolge Husserls – zwischen «geistigem Inhalt» und den psychischen Akten, denen er sich verdankt, ist für Kelsen Simmel der einzige Soziologe, dem es gelungen sei, die Unterscheidung von Form und Inhalt, Sein und Sollen, durchzuhalten. <sup>140</sup>

Hier ist demnach die Bedeutung von Kelsens “Formalismus”, wie er ihn von Cohen <sup>141</sup> übernimmt, und seines Ausschlusses eines soziologischen Begriffes vom Staat (oder Recht) zu suchen, der kein Begriff des Staates ist, sondern einen solchen formalen und rechtlichen Begriff *voraussetzt*. Dieser Ausschluß ist Ausdruck der Zurückweisung einer konflikthaften Sicht des Staates (die in gewisser Weise nicht “ethisch”, da nicht

137 H. Kelsen, *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie*, in: Archiv f. Sozialwissenschaft u. Sozialpolitik 39 (1914/1915), S. 839-876 (876).

138 Kelsen, *Weltanschauung* (Fn. 131), S. 1506.

139 Kelsen, *Soziologie* (Fn. 133), S. 608.

140 Vgl. Kelsen, *Rezension zu A. Menzel* (Fn. 129), S. 229.

141 H. Kelsen, *Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre*, in: Juristische Wochenschrift 1929, S. 1723: «Wie jede Erkenntnis muß auch die Rechtserkenntnis ihren Gegenstand formalisieren. Diesen “Formalismus” kann ihr niemand zum Vorwurf machen. Denn gerade in diesem Formalismus liegt dasjenige, was man als Tugend dem als Laster verpönten “Formalismus” entgegenhält: liegt ihre *Sachlichkeit*. “Nur das Formale ist sachlich, je formaler eine Methodik ist, desto sachlicher kann sie werden. Und je sachlicher in der ganzen Tiefe der Sache ein Problem formuliert wird, desto formaler muß es fundamentiert sein” (Cohen, *Logik der reinen Erkenntnis*, S. 587)».

auf den Wert des Friedens begründet, wäre),<sup>142</sup> wie sie die soziologisch-naturalistische ist, sofern sie das dem Einfluß irrationaler, emotionaler Momente unterworfenen menschlichen Handeln zum Gegenstand hat. Die Soziologie ist die Untersuchung des Vielfältigen, des Nicht-Formalisierbaren, des Nicht-Rationalisierbaren: «Jede soziologische Untersuchung stellt der die Gesellschaft – als Einheit – erzeugenden Assoziation eine die Gesellschaft zerstörende Dissoziation entgegen».<sup>143</sup> Die Einheit kann nur durch die “reine” (im neukantianischen Sinn der ursprünglichen Reinheit der erkennenden Vernunft) Rechtswissenschaft bestimmt werden, denn nur vom formalen Standpunkt aus ist der Staat Einheit, Assoziation,<sup>144</sup> “Allheit”, Rationalität und zwar in dem Maße, wie er jede “Persönlichkeit” und jeden “Mehrwert” gegenüber anderen Rechts-subjekten, die ihm unter- und auch, und vor allem, übergeordnet sind (die Föderation, die *civitas maxima* der internationalen Rechtsordnung etc.), verliert. Die individuellen Verhaltensweisen ergeben keine Einheit. Nur rechtlich: normativ kann eine einheitliche Ordnung konzipiert werden.<sup>145</sup> «Juristische Erkenntnis (...) setzt das Recht als ausschließliches, in sich geschlossenes System, als eine Welt für sich. Innerhalb dieses Systems ist die Frage: Was ist Recht? als Frage nach einer spezifischen Differenz sinnlos, denn innerhalb dieses Systems gibt es nichts als Recht, alles ist Recht».<sup>146</sup>

Die Hypothese der Souveränität – der *Grundnorm*<sup>147</sup> – begründet oder eröffnet die Möglichkeit einer Wissenschaft von Recht und Staat. Das juristische Erkennen muß aber zugleich «das Recht als *exklusives* Sys-

142 Zu Sinn und Wert des Friedens bei Kelsen vgl. A. Carrino, *Kelsen e il problema della scienza giuridica*, Napoli 1987, S. 108 ff.

143 Kelsen, *Staatsbegriff* (Fn. 109), S. 7.

144 Lübke, *Theorie* (Fn. 77), S. 102: «Schlüsselbegriff der Cohenschen Ethik ist die “societas”. Der sittlich handelnde Mensch, von dem in der Ethik die Rede sein soll, dürfe „nicht nur als Individuum gelten“. (...) Die “Einheit” des Menschen als Menschen liegt in der Einheit seiner Sittlichkeit, und diese ihrerseits hat ihre Realität im “Staat”».

145 Vgl. K. Engisch, *Die Einheit der Rechtsordnung* (1935), reprint Darmstadt 1987.

146 Kelsen, *Souveränität* (Fn. 98), S. 14.

147 Zu den Äquivalenzen “Grundnorm”, “Ursprungsrechtshypothese”, “Ursprungsnorm” vgl. F. Kaufmann, *Die Kriterien des Rechts*, Tübingen 1924, S. 129. Kaufmann bevorzugt, trotz des angepassten Gebrauchs, den Cohen davon macht, nur den

tem, in sich geschlossen, wie eine Welt für sich»<sup>148</sup> ursprünglich voraussetzen. Diese Voraussetzung, diese fundierende, fundamentale und originäre Hypothese, ist eben nichts anderes als die Souveränität selbst. Die Souveränität ist jedoch keine wahrnehmbare Tatsache in der äußeren Welt;<sup>149</sup> sie ist vielmehr ein Postulat – im Sinne Cohens eine Hypothese, eine Idee – und eine Voraussetzung der *reinen* juristischen Vernunft, nach der es keinerlei Notwendigkeit mehr gibt, die positive Rechtsordnung metajuristisch (auf Gott, in der Natur) zu begründen – und zwar nicht aus *positivistischen* oder roh empiristischen Gründen, sondern aufgrund jener historischen Entwicklung der mundanen Vernunft, die

ersten Ausdruck um Mißverständnisse der zeitlichen Beziehung zu vermeiden. Zu den Verwandlungen des Konzepts der “Grundnorm” s. R. Walter, *Su alcuni problemi di teoria del diritto alla luce della Allgemeine Theorie der Normen di Kelsen*, in: C. Roehrsen (Hrsg.), *Hans Kelsen nella cultura giuridico-filosofica del Novecento*, Roma 1983, S. 155; ders., *Der gegenwärtige Stand der Reinen Rechtslehre*, in: *Rechtstheorie 1* (1970), S. 69-95. Heute wird verschiedentlich versucht, die “Konstitutivität” der Kelsenschen Grundnorm hervorzuheben. Für G. Carcatera, *Le norme costitutive*, Milano 1974, S. 108, z. B. schreibt die Grundnorm nicht vor, «wie andere zu einem anderen Zeitpunkt das System bilden oder definieren müssten, sondern sie formt es, definiert es, konstituiert es unmittelbar». A.G. Conte, *Paradigmi d'analisi della regola in Wittgenstein*, in: R. Egidi (Hrsg.), *Wittgenstein. Momenti d'una critica del sapere*, Napoli 1983, S. 82, untersucht die Paronymien von “konstitutiv” bei Kelsen. Mir scheint einerseits, daß all das ganz außer Frage ist, insofern Kelsen selbst die Grundnorm als *Konstitution* definiert und sie von der *Verfassung* unterscheidet («Doch liegt die “Konstitution”, d.h. die Konstituierung der einzelstaatlichen Rechtsordnung, die Begründung ihrer Einheit, eigentlich in der als Verfassung im rechtslogischen Sinn bezeichneten, nicht gesetzten, sondern nur vorausgesetzten Grundnorm»: Kelsen, *Staatslehre* [Fn.110], S. 249); andererseits scheint mir in alledem eine Gefahr zu liegen, insofern die Tatsache nicht genügend betont wird, daß diese Konstitution Konstitution der Einheit ist, d.h. daß das “erzeugte”, “erschaffene” Objekt als solches nur im Prozeß des Erkennens, im Erkenntnisakt, ist, und daß man sich in dem Maße, wie man diese Produktivität über die Theorie hinaus ausdehnt (was Kelsen in Wahrheit genau beabsichtigt), etwas ganz anderem als einer reinen “positiven” Wissenschaft gegenübersteht, nämlich einem logisch-formalen Naturrechtsdenken, einem Ordnungsmodell, das einer rechtlich-normativen Methode entsprechend realisiert werden soll, und einem politisch-ethischen Projekt.

148 Kelsen, *Souveränität* (Fn. 98), S. 14. «So wird Souveränität zum Ausdruck für Einheit des Rechtssystems und Reinheit der Rechtserkenntnis»: Ders., *Staatslehre* (Fn. 110), S. 105 f.

149 Kelsen, *Souveränität* (Fn. 98), S. 14.

sie schließlich auf das Niveau einer produktiven Macht von hinreichender Kraft und Zuverlässigkeit gehoben hat, um eines Ausganges aus sich selbst und der Zuflucht zu äußeren hypostasierten Kräften nicht mehr zu bedürfen. Wissenschaft, Denken und wissenschaftliche Methode sind für Kelsen der fundamentale und fundierende Wert der modernen Zeit. Und die Wissenschaft *fundiert* die Rechtsordnung – den Rechtsstaat – nicht in dem Sinne, daß sie *tatsächlich* Normen (Gesetze, Maßnahmen, Entscheidungen etc.) erzeugt,<sup>150</sup> sondern derart, daß sie das Recht als ihren eigentümlichen *Erkenntnisgegenstand* erzeugt. Die Wissenschaft genügt sich selbst und sie genügt sich auch ethisch selbst; sie ist begründend und selbstbegründend (und dies ist ein entscheidender Punkt, der unmittelbar zum Problem des politischen Sinns der reinen Lehre führt) und sie verwandelt, was sie mit ihrer Methode, ihrer *Denkform* berührt wie Midas in *Einheit*<sup>151</sup> (des Erkenntnisobjekts), sofern sie ihren Ursprung, ihr Fundament in sich hat, im Denken, in der Vernunft. Kelsen will auf diese Weise der Jurisprudenz die Autonomie und Würde einer authentischen Wissenschaft geben, was bis dahin bloß ein nicht völlig bewußtes Resultat war; ein Resultat der Auflösung der metaphysischen Einheit der *res publica christiana* in die säkularisierte und nunmehr konflikthafte Pluralität der Formen des Lebens und des Denkens, in den individualistischen Atomismus, dessen verknüpfendes Band als Erzeuger von *Realität* und *Wahrheit* nun allein die cartesianische Vernunft in ihren konsequentesten Entwicklungen zu sein scheint. Mit seiner Theorie der Grundnorm sucht Kelsen nur die logisch-transzenden-

150 Vgl. W. Ebenstein, *Die rechtsphilosophische Schule der reinen Rechtslehre*, Prag 1938, unv. Neudruck Frankfurt a.M. 1969, S. 18. Ausgeführt bei Kelsen, *Rechtswissenschaft* (Fn. 101), S. 181 ff.; ders., *Staatslehre* (Fn.110), S. 54; vgl. auch Jöckel, *Methode* (Fn. 89), S. 59; K. Larenz, *Rechts- und Staatsphilosophie*, Berlin 1931, S. 26.

151 «Einen Gegenstand erkennen und ihn als Einheit erkennen, bedeutet dasselbe. (...) daß die Einheit eines Normensystems zugleich dessen Einzigkeit bedeutet, ist nur eine Konsequenz des – wie für alle Erkenntnis, so auch für die Erkenntnis des Sollens, für die Normerkenntnis maßgebenden – Prinzips der Einheit, dessen negatives Kriterium die Unmöglichkeit des logischen Widerspruches ist»: H. Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts und des Rechtspositivismus*, Philosophische Vorträge, veröffentlicht von der Kant-Gesellschaft, Charlottenburg 1928, jetzt in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Bd. I (Fn. 84), S. 305.

talen Bedingungen der traditionellen Methode des positiven juristischen Erkennens zusammenzufassen. In dieser Perspektive beerbt<sup>152</sup> die reine Rechts- und Staatslehre sicherlich – unabhängig von der Frage, ob Kelsen zur Zeit der Hauptprobleme Cohens Philosophie kannte oder nicht<sup>153</sup> – den deutschen Neukantianismus und repräsentiert die Begegnung dieser Philosophie als einer reinen Logik und Methodologie der Wissenschaft mit dem Positivismus des 19. Jahrhunderts eines Gerber, Laband oder Jellinek.

Die reine Rechtslehre ist im eigentlichen Sinne Methodenlehre der positiven Rechtswissenschaft, eine in ihrer Radikalität von der neukantianischen Philosophie Cohens, Natorps und Cassirers formulierte Methodologie. Wie das Atom der Naturwissenschaft, schreibt Kelsen 1922, so ist auch der Staat der Rechtswissenschaft «eine *Idee*, nicht die Idee des Rechtes im soziologisch- oder naturrechtlich-ethisch-metaphysischen Sinn, sondern eine logische Idee; die Idee der Einheit des Rechtes»,<sup>154</sup> die «in der Rechtswissenschaft durchaus die gleiche Rolle [spielt] wie der Begriff der Kraft in der Physik, der Begriff der Seele in der Psychologie, allgemein der Begriff der Substanz in der Naturwissenschaft»;<sup>155</sup> eine Idee, so zitiert Kelsen Cassirer weiter, «die zum Zwecke

152 Ich bin nicht sicher, ob es sich dabei wirklich um ein «spätes» Erbe handelt, wie H. Heller, *Die Krisis der Rechtsstaatslehre* (1926), jetzt in *Gesammelte Schriften*, Leiden 1971, Bd. 2, S. 18, meint.

153 Er habe sie nicht gekannt, behauptet Kelsen ausdrücklich in der *Vorrede* von 1923 zur 2. Auflage der *Hauptprobleme*, S. XVII, wo er jedoch auch erklärt, nur durch Cohens *Ethik* habe er «den entscheidenden erkenntnistheoretischen Gesichtspunkt» gewonnen, von dem ausgehend eine korrekte Bestimmung der Begriffe von Recht und Staat möglich war. Folgt man Robert Walter, der sich als Nachfolger Hans Kelsens präsentiert, hat Kelsen «zunächst seine Lehre begründet und dann auch danach betrachtet, sie auch philosophisch zu untermauern; so stieß er auf Kant und die verschiedenen Strömungen des Kantianismus, zuletzt auf die von Vaihinger eingeschlagene Richtung. Dabei ging es aber stets nur um die erkenntnistheoretische Basis der Lehre, nicht um ihren Ausbau im einzelnen»: R. Walter, *Die Rechtslehre von Kelsen und Verdross unter besonderer Berücksichtigung des Völkerrechts*, in: Walter/Jabloner/Zeleny (Hrsg.), *Hans Kelsen und das Völkerrecht*, Wien 2004, S. 49.

154 Kelsen, *Staatsbegriff* (Fn. 109), S. 213.

155 Kelsen, *Staatsbegriff* (Fn. 109), S. 206 f.

der Ordnung der Erscheinungen konzipiert ist».<sup>156</sup> Wie die moderne Physik und Psychologie aus ihren Systemen *Kraft* und *Seele* als Substanzen und Hypostasierungen eliminiert haben, «so muß die Rechtswissenschaft den Staat als ein von der Rechtsordnung verschiedenes Wesen aus ihrem Bereich ausscheiden».<sup>157</sup>

Der Begriff des Staates ist nichts anderes als der Ausdruck der fundamentalen gegenstandserzeugenden Verstandesfunktion. Er wird nicht mehr als von Anfang an gegeben genommen, sondern als das Ergebnis einer dem Denken eigenen logischen Produktivität, die wohlgermerkt nicht die 'positiven' Rechtsnormen schafft, sondern deren Einheit als Einheit des Stoffes.<sup>158</sup> Der Staat wird so als Idee, genauer: *Ordnungsgedanke*,<sup>159</sup> in eine funktionale Erkenntnisrelation aufgelöst; die Souveränität (die Souveränität der *civitas maxima*)<sup>160</sup> ist die fundamentale Norm, die ursprüngliche Norm im logisch-formalen Sinn: eine *denknotwendige Hypothese*,<sup>161</sup> die die Einheit und Einheitlichkeit der Rechtsordnung schafft und determiniert (im vorliegenden Fall die universale, denn nach Kelsen wird erst vom Standpunkt des Primats des Völkerrechts der normative Charakter des Begriffs des nationalen Staates sichtbar).<sup>162</sup> Die Souveränität ist eine hypothetische Norm, d.h. eine konsti-

156 E. Cassirer, *Substanzbegriff und Funktionsbegriff. Untersuchung über die Grundfragen der Erkenntniskritik*, Berlin 1910, reprint Darmstadt 1980, S. 224.

157 Kelsen, *Staatsbegriff* (Fn. 109), S. 207 f.

158 Kelsen, *Staatsbegriff* (Fn. 109), S. 213. «Die Sterne sind nicht am Himmel gegeben, sondern in der Wissenschaft der Astronomie»: so H. Cohen, zitiert nach P. Natorp, *Hermann Cohens philosophische Leistung*, Berlin 1918, S. 9.

159 Kelsen, *Staatsbegriff* (Fn. 109), S. 91.

160 Vgl. Carrino, *Normenordnung* (Fn. 15), S. 62 ff.; ders., *Il problema della sovranità nell'età della globalizzazione*, Napoli 2011.

161 Kelsen, *Souveränität* (Fn. 98), S. 33: «Diese Ursprungsnorm, die ich als Verfassung im rechts-logischen Sinne bezeichne, ist eben die denknotwendige Hypothese jedes positiven Rechtssystems, jeder konkreten Rechts- oder Staatsordnung».

162 Kelsen, *Staatsbegriff* (Fn. 109), S. 105. «Nur durch eine den Primat des Völkerrechts begründende Hypothese wird die Einheit des Rechtes – und damit juristischer Erkenntnis – auf solche Weise gewahrt, daß die einzelstaatlichen Rechtsordnungen koordiniert, d.h. nebeneinander auf der gleichen Stufe der Rechtskonkretisation, oder mit anderen Worten: die Einzelstaaten als gleichartige und gleichgeordnete Verbände gleichzeitig vorgestellt werden können»: a.a.O., S. 87 f. Vgl. auch ders., *Souveränität* (Fn. 98), S. 151 ff.; *Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates*, (1922), jetzt in: W.r.S., Bd. 1, S. 167.

tutive Annahme, eine rein logisch-formale Vorstellung, die ihren Charakter der Hypothesizität<sup>163</sup> auf die Rechtsordnung als Ganzes überträgt und vom logisch-transzendentalen Standpunkt aus nichts anderes bedeutet als Rechtmäßigkeit: ideale *Reinheit*, logische Kohärenz, das Fehlen von Widersprüchen. Nun: darf man die so begriffene Grundnorm mit Cohens Staatsideal schon deshalb gleichsetzen, weil sie als «das spezifisch neukantianische Element in der Theorie Kelsens»<sup>164</sup> beschrieben wird? Nein, glaube ich, da der Grundnorm Kelsens «im Gegensatz zum Cohenschen Staatsideal keine ethische Begründungsfunktion zukommen kann, da sie auf der Ebene der theoretischen Vernunft angesiedelt ist».<sup>165</sup> Und so ist die Unterscheidung von Sein und Sollen für Cohen keine so absolute und radikale – wie bei Kelsen –, daß er nicht auch dem Sollen ein Sein zuspräche: «Das Recht ist für ihn zwar kein System von Realitäten des Lebens, aber von Wertbedeutungen, die nicht bloße Begriffe, Abstraktionen sind».<sup>166</sup>

163 Vgl. Ebenstein, *Schule* (Fn. 150), S. 85. «Die Geltung des positiven Rechts ist demnach letzten Endes im Gegensatz zum Naturrecht bloss hypothetisch». «Räumt man nämlich ein, daß der rechtliche Charakter der Grundnorm bloß hypothetisch ist, dann wird der rechtliche Charakter des ganzen Systems hypothetisch»: R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli 1974, S. 41. Vgl. auch Walter, *Stand* (Fn. 147), S. 69 ff., für den es den Anschein hat, «als ob die Rechtsordnung in der reinen Lehre Kelsens, auf der Basis der Ursprungshypothese, eine Ordnung gesollter Verhaltensweisen sei».

164 So M. Pascher, *Einführung in den Neukantianismus*, München 1997, S. 169.

165 Müller, *Rechtsphilosophie* (Fn. 70), S. 132.

166 H. Isay, *Rechtsnorm und Entscheidung*, Berlin 1929, S. 48. Vgl. auch Wielikowski, *Neukantianer* (Fn. 39), S. 126.





## Prof. Dr. Agostino Carrino

- |           |   |
|-----------|---|
| 3.4.1950  | geb. in Salerno, Italien  |
| 1968-1973 | Studium der Rechtswissenschaft  |
| 1974      | Promotion zum Dr. jur. in Neapel („Hegel und der Staat“)  |
| 1975      | Erstes Juristisches Staatsexamen in Neapel  |
| 1975-1980 | Assistent an der Juristischen Fakultät in Neapel  |
| 1980-1981 | Studium an der Universität des Saarlandes bei Prof. Dr. Alessandro Baratta  |
| 1982      | Professore associato für Methodenlehre der Rechtswissenschaft an der Juristischen Fakultät der Universität Neapel Federico II   |
| 1982-1986 | Visiting Professor an der Universität des Saarlandes (Institut für Rechts- und Sozialphilosophie)   |
| 1988      | Visiting Professor an der San Diego State University, Calif. (Department of Philosophy)   |
| 1989      | Visiting Professor an der Washington University, St. Louis, Mo. (Department of Law)<br>Begründung der Reihe „Diritto e cultura. Per la storia della filosofia sociale tedesca“ (Esi Verlag, Neapel) |
| 1991      | Visiting Professor an der Washington University, St. Louis, Mo. (Department of Law)   |

1992	Visiting Professor an der Universidad Autonoma de Barcelona (Departamento de Derecho)
1994	Ordentlicher Professor für Öffentliches Recht und Staatslehre an der Universität Neapel Federico II
1996	Gastprofessor für Staatslehre an der Universität Wien
1998	Begründung der wissenschaftlichen Reihe „Leviathan“ (Guida Verlag, Neapel)
1999	Mitglied der Prüfungskommission für Richter beim italienischen Rechnungshof
2000-2010	Mitglied von Prüfungskommissionen für a.o. und o. Professoren in italienischen Universitäten
2002	Gastprofessor an der Universität Paris-X Begründung der wissenschaftlichen Reihe „Jus publicum europaeum“ (Giappichelli Verlag, Turin)
2006	Gastprofessor an der Universität von Paris-XI
2009	Gastprofessor an der Universität von Paris-II (Panthéon Assas) Herausgeber der Sektion über die Deutsche Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert (Springer Verlag)
2010	Gastprofessor an der Universität von Paris-II (Panthéon Assas) Begründung der Zeitschrift „Leviathan“ (Guida Verlag, Neapel)
2011	Gastprofessor an der Universität von Paris-Ouest

### *Wichtige Veröffentlichungen*

*Stato e filosofia nel marxismo occidentale. Saggio su Karl Korsch*, Napoli, Jovene, 1981 pp. XII-329.

*L'irrazionale nel concetto. Comunità e diritto in Emil Lask*, Napoli, ESI, 1983, pp. 196.

*L'ordine delle norme. Stato e diritto in Hans Kelsen*, 1984, dritte, erw. Auflage, Napoli, ESI, 1992, pp. 374.

*Kelsen e il problema della scienza giuridica*, Napoli, ESI, 1987, pp. 161.

*Scienza e politica nella crisi della modernità*, Roma, Edizioni Lavoro, 1989, pp. 275.

*Ideologia e coscienza. Critical Legal Studies*, Napoli, ESI, 1993, pp. 151.

*Die Normenordnung. Staat und Recht in der Lehre Kelsens*, Wien-New York, Springer Verlag, 1998, pp. 181.

*Sovranità e costituzione nella crisi dello Stato moderno*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 331.

*Carl Schmitt and European Juridical Science*, in C. Mouffe (ed.), *The Challenge of Carl Schmitt*, London, Verso, 1999, pp. 180-194 (dt. Übers. in *Staat und Recht*. FS G. Winkler, Wien-New York, Springer Verlag).

- Democrazia e governo del futuro*, Roma, Edizioni Lavoro, 2000, pp. 181.
- L'Europa e il futuro delle costituzioni*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 230.
- Oltre l'Occidente. Critica della Costituzione europea*, Bari, Dedalo, 2005, pp. 224.
- Rechtstaat und Demokratie in der Verfassung von Liechtenstein*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 176.
- Ideologie und Werte in der europäischen Menschenrechtecharta*, in Plures, *Der Wert des menschlichen Lebens im XXI. Jahrhundert*, Wien, Ealiz, 2010, pp. 131-151.
- La destra e le libertà*, Napoli, Guida, 2010, pp. 356.
- La giustizia come conflitto. Crisi della politica e Stato dei giudici*, Milano, Mimesis, 2011, im Druck.

Übersetzungen ins Italienische, etwa von Werken Hans Kelsens (u.a. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, *Das Problem der Souveränität*, *Der juristische und der soziologische Staatsbegriff*).