

Zum Problem der Rechtsgeltung

Kelsens Lehre von der Grundnorm und das Hypothesis-Theorem Cohens.¹

Von Geert Edel

Wer dem Problem der Rechtsgeltung im Rahmen einer Verständigung über die Grenzen der kritischen Vernunft nachgeht, wird nach wie vor mit einer Problemkonstellation konfrontiert, die wesentlich durch die Alternative zwischen Rechtspositivismus und natur- bzw. vernunftrechtlichen Theorien gekennzeichnet ist. Im Blick auf diese Alternative hat Helmut Holzhey in zwei wegweisenden Beiträgen über die Beziehungen, welche die positivistische Rechts- und Staatstheorie von Hans Kelsen mit dem Marburger Neukantianismus verbinden, die These vertreten, dass Kelsens *Reine Rechtslehre* – anders als jene Alternative suggeriert – vielmehr selbst „eine Gestalt des Vernunftrechts“ darstellt.² Holzhey begründet diese These insbesondere mit der Auffassung, dass gerade Kelsens Weigerung, die Geltung der staatlichen Rechtsordnung im Rückgriff auf metarechtlich-überpositive Instanzen wie etwa Gott oder Natur zu fundieren, die Idee einer „metaphysikfrei verstandenen Vernünftigkeit des Rechts repräsentiert“³, also eine Vernunft zum Ausdruck bringt, die deshalb *kritisch* zu nennen ist, weil sie sich jeden Ausgriffs in die luftigen Gefilde spekulativer Metaphysik bewusst enthält.

Die folgende Interpretation der transzendentalen Geltungsbegründung des Rechts bei Kelsen stimmt mit dieser Auffassung sachlich überein. Gestützt auf neuerdings publiziertes biographisches Material, das alle vormaligen Zweifel am überragenden Einfluss beseitigt, den Hermann Cohen in erkenntnistheoretischer bzw. logisch-methodologischer

-
- 1 Überarbeitete deutsche Originalfassung. Erweiterte englische Übersetzung unter dem Titel: *The Hypothesis of the Basic Norm: Hans Kelsen and Hermann Cohen*, in Stanley L. Paulson (Hg.): *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (Oxford 1997).
 - 2 H. Holzhey: Die Transformation neukantianischer Theoreme in die Reine Rechtslehre Kelsens, in: *Hermeneutik und Strukturtheorie des Rechts*, hg. von M. W. Fischer, E. Mock, H. Schreiner, Stuttgart 1984, 99-110, hier 100 sowie H. Holzhey: Kelsens Rechts- und Staatslehre in ihrem Verhältnis zum Neukantianismus, in: *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, hg. von S. L. Paulson u. R. Walter, Wien 1986, 167-192.
 - 3 Ebd.

Hinsicht auf Kelsen ausgeübt hat, will sie zeigen, in welcher Weise Kelsen Cohens 'transzendente Methode' in seiner Rechtstheorie nutzt und dabei speziell für deren systematisches Kernstück, die Lehre von der Grundnorm, auf Cohens Theorem der Hypothese, das Schlüsseltheorem seines „Systems der Philosophie“, zurückgreift. Zunächst seien die einschlägigen Selbstzeugnisse Kelsens kurz referiert.

1. Schon in der *Vorrede* zur zweiten Auflage der *Hauptprobleme des Staatsrechts* aus dem Jahr 1923 hatte sich Kelsen ausdrücklich zur „erkenntnistheoretischen Grundeinstellung“ Cohens bekannt, unter Bezugnahme auf dessen Kantinterpretation und „insbesondere“ die *Ethik des reinen Willens*⁴. Auch das Verfahren der Cohenschen *Logik der reinen Erkenntnis*, in welcher, mit Kelsens Worten, „der Erkenntnisgegenstand aus einem Ursprung logisch erzeugt wird“, findet affirmative Erwähnung (HS XVII). Doch bleibt dieses Bekenntnis zu Cohen insofern ambivalent, als sich Kelsen nicht nur auch auf andere Autoren (insbesondere auf Windelband, Simmel und Vaihinger) beruft, sondern zugleich erklärt, dass er erst von dritter Seite auf Parallelen zwischen seinem Begriff des juristischen Willens und „den Auffassungen Cohens“ aufmerksam gemacht worden sei, die ihm also zur Zeit der Abfassung der *Hauptprobleme* (1912) noch gar nicht bekannt gewesen waren (HS, XVII). Zehn Jahre später erneuert Kelsen jenes erste Bekenntnis zur Cohenschen Erkenntnistheorie in einem Brief an Renato Treves.⁵ Er erklärt zunächst, „dass die philosophische Grundlage der Reinen Rechtslehre die Kantische Philosophie, und zwar *in ihrer Deutung* ist, die sie *durch Cohen* erfahren hat“ und hebt als entscheidend hervor, dass er, „so wie Cohen Kants Kritik der Reinen Vernunft als eine *Theorie der Erfahrung* verstanden hat, die *transzendente Methode* zu einer Theorie des positiven Rechts zu verwenden versuche“⁶. Sodann distanziert sich Kelsen zwar entschieden von den spezifisch rechtsphilosophischen Ausführungen der Cohenschen *Ethik des reinen Willens*, da Cohen „die Naturrechtslehre nicht zu überwinden vermochte“ und „nicht darauf verzichten [konnte], hier ein inhaltlich erfülltes, materiell bestimmtes Apriori anzunehmen“.⁷ Wichti-

4 Vgl. H. Kelsen: *Hauptprobleme des Staatsrechts*, 2. Aufl. (Tübingen 1923) S. III-XXIII, bes. S. VI, XVII (zitiert als HS).

5 H. Kelsen: *Reine Rechtslehre*, 'Labandismus' und Neukantianismus. Ein Brief an Renato Treves; in: H. Kelsen, R. Treves: *Formalismo giuridico e realtà sociale*, hg. von S. L. Paulson (Neapel 1992) S. 55-58. Zitiert als Brief an Treves.

6 Brief an Treves, S. 56; Hervorhebung G. E.

7 Brief an Treves, S. 57.

ger als diese Distanzierung⁸ ist jedoch die folgende Erklärung, die alle Missverständnisse ausschließen soll: „Obgleich es durchaus richtig ist, dass die Theorie von der Grundnorm in dem Mach’schen Prinzip der Denkökonomie und in Vaihingers Fiktionslehre gewisse Stützen findet, so möchte ich doch heute wegen mannigfacher Missverständnisse, die sich aus diesen Hinweisen ergeben haben, mich *nicht mehr* auf Mach und Vaihinger berufen. *Wesentlich* ist, dass die Theorie der Grundnorm sich restlos aus der von Cohen entwickelten *Methode der Hypothesis* ergibt. Die Grundnorm ist die Antwort auf die Frage: welches die Voraussetzung ist, von der aus alle als Rechtsakte qualifizierten Tatbestände in diesem Sinne, d. h. als Akte gedeutet werden können, durch die Normen gesetzt oder vollzogen werden. Das ist eine im echtsten Geist der Transzendental-Logik gestellte Frage.“⁹

Die Lehre von der Grundnorm ist das Herzstück der *Reinen Rechtslehre*, ihr theoretisches Zentrum und systematischer Kern. Wenn Kelsen sich im Blick auf und für sie auf Cohen beruft, sie „restlos“ auf dessen „Methode der Hypothesis“ zurückführt, dann verblassen dahinter alle Fragen nach Parallelen, die sich auf untergeordnete begriffliche Einzelkonstruktionen (etwa die der juristischen Person) beziehen, so wichtig sie für die Durchführung einer detaillierten Rechtstheorie auch sein mögen. Ohne die Theorie der Grundnorm verliert die *Reine Rechtslehre* ihr transzendentallogisches Fundament. Bevor jedoch hierauf eingegangen und die „Methode der Hypothesis“ für die Verständigung über die Lehre von der Grundnorm fruchtbar gemacht werden kann, seien die Grundzüge der Cohenschen Erkenntnistheorie kurz rekapituliert.

2. Cohens ‘transzendente Methode’ besagt in ihrem Grundgedanken zunächst dies: Die Erfahrung ist gegeben; es sind die Bedingungen zu entdecken, auf denen ihre Möglichkeit beruht.¹⁰ Diese Frage nach den ‘Bedingungen der Möglichkeit’ ist die Grundfrage des Transzendentalismus, stimmt nahtlos mit dem historischen Kant überein.¹¹ Erst das

8 Dass Cohen auf der Basis des wenigen, was die *Ethik des reinen Willens* zum Naturrecht ausführt, tatsächlich als Naturrechtler dingfest gemacht werden kann, lässt sich füglich bezweifeln, und zwar gerade dann, wenn man sein Hypothesis-Theorem ernst nimmt.

9 Brief an Treves, S. 58; Hervorhebung G. E.

10 Vgl. H. Cohen: *Kants Begründung der Ethik* (Berlin 1877) S. 24 (zitiert als KBE) sowie H. Cohen: *Kants Theorie der Erfahrung* (Berlin 1871) S. 206 [Werke, Bd.1.3], ²1885, S. 66-79 (zitiert als KTE2); ³1918, S. 93-110 [Werke, Bd.1.1] (zitiert als KTE3).

11 Cohen knüpft an Kants Erklärungen des Transzendentalen an. Vgl. *Kritik der reinen Vernunft* (Riga ²1787) S. 25, 40, 80 (hier nach dieser zweiten Originalausgabe als KrV, B zitiert, andere Verweise auf Kant nach der Akademie-Ausgabe: AA).

zweite Moment dieser Methode gibt ihr das spezifisch Cohensche Profil: der Ausgang vom „Faktum Wissenschaft“, d. h. die Gleichsetzung von Erfahrung und Wissenschaft, die Cohen wiederholt mit dem Beispiel illustriert: Nicht am Himmel sind die Sterne gegeben, sondern in der Wissenschaft der Astronomie¹². Die transzendente Frage ist damit nicht mehr auf die vor- und ausserwissenschaftliche Erfahrung gerichtet, die Kant im Rückgang auf „ein Erkenntnisvermögen überhaupt“¹³ erklärt, indem er es in die subjektiven Erkenntnisquellen Sinnlichkeit und Verstand zerlegt und ihr Zusammenwirken kraft der Einheit des Bewusstseins begründet; sondern diese Frage zielt nun ausschließlich auf die Bedingungen ab, die Erfahrung *als Wissenschaft* möglich machen. Damit aber steht nichts Geringeres als der Geltungsanspruch der Wissenschaft in Frage, der in der Formulierung objektiver Gesetze kulminiert, solcher Gesetze also, die tatsächlich gelten, noch bevor sie wissenschaftlich erkannt sind und daher auch unabhängig von der spezifischen Verfasstheit der erkennenden Subjekte.

In seiner *Theorie der Erfahrung* von 1885 führt Cohen diesen Geltungsanspruch daher nicht mehr auf die apriorischen „Formen“ von Sinnlichkeit und Verstand und auch nicht auf die Einheit des Bewusstseins selbst zurück, die für Kant den „höchsten Punkt“ der Transzendentalphilosophie bildet (KrV, B 132). Als transzendente Bedingungen, welche den Geltungsanspruch wissenschaftlicher Erfahrung erklären und insofern auch ‘begründen’, werden hier vielmehr allein die (Kantischen) „Grundsätze des reinen Verstandes“ bestimmt. An der Spitze des Systems dieser Grundsätze steht dabei der oberste Grundsatz, in den Cohen die Einheit des Bewusstseins auflöst. Er bildet die ‘letzte’ oder ‘höchste’ transzendente Bedingung wissenschaftlicher Erfahrung, die selbst nicht mehr durch eine höhere Bedingung begründet, nicht mehr auf eine tiefere Grundlage zurückgeführt werden kann. Darauf wird noch zurückzukommen sein.

Das Theorem des „obersten Grundsatzes“ stellt eine Vorform der Theoreme von Ursprung und Hypothesis in Cohens späterem „System der Philosophie“ dar. Auch dort, in der *Logik der reinen Erkenntnis*, wird nach den ‘Bedingungen’ gefragt, welche die Wissenschaft, den Geltungsanspruch ihrer Erkenntnisse zu verstehen erlauben. Aber nunmehr

12 Vgl. H. Cohen: Das Prinzip der Infinitesimal-Methode und seine Geschichte (Berlin 1883) S. 127 [Werke, Bd. 5, Teil I] sowie KBE S. 20.

13 KrV, B 91; vgl. dazu auch AA, Bd. 4, S. 274.

in einer verschärften Ausgangskonstellation: Cohen will die Wissenschaft vollinhaltlich als „Erzeugnis“ menschlicher Erkenntnistätigkeit verstehen, ohne eben dadurch die Objektivität ihrer Gesetze zu relativieren und zu subjektivieren. Deshalb dürfen die fraglichen Geltungsbedingungen nur in der Wissenschaft, in der Erkenntnis selbst gesucht werden. Die *Logik der reinen Erkenntnis* bleibt daher strikt erkenntnisimmanent, greift weder auf das erkennende Subjekt zurück noch hinaus in die Welt der materiellen Dinge. „Denken“ ist hier immer nur die Tätigkeit, welche die Erkenntnisse zwar hervorbringt und „erzeugt“, aber selbst nur an diesen Erkenntnissen fassbar wird. Und „Gegenstand“ meint nicht das materielle Ding in seiner vorwissenschaftlichen Unbestimmtheit, sondern immer nur den wissenschaftlich bereits bestimmten Gegenstand, der in der Erkenntnis allererst entsteht, in ihr „erzeugt“ wird.

Die ‘logische Erzeugung’ des ‘Erkenntnisgegenstandes’ aus einem ‘Ursprung’, auf die Kelsen in der „Vorrede“ zur zweiten Auflage der *Hauptprobleme* Bezug nimmt¹⁴, ist deshalb keineswegs in jenem berichtigten metaphysischen Sinne zu verstehen, der vorgibt, es sei möglich, die wirklichen, materiellen Dinge aus dem bloßen Denken abzuleiten.¹⁵ Was Cohen, freilich im latenten Blick auf Philosophie- und Wissenschaftsgeschichte, aus dem „Ursprung“ logisch „erzeugt“, das sind diejenigen Begriffe und Urteile, die als letzte Grundbegriffe und basale Urteilsarten der Erkenntnis angenommen und vorausgesetzt werden müssen, damit in den einzelnen Wissenschaftsarten überhaupt von einem Objekt gesprochen werden kann. Sie sind die gesuchten Geltungsbedingungen wissenschaftlicher Erkenntnis, ihre logischen Grundlagen, weil und sofern sie darin immer schon wirksam und in Kraft sind. Und sie sind – das ist das Credo Cohens – reine Erkenntnisse, d. h. allein dem Denken entspringen, weil die bloße sinnliche Wahrnehmung weder zur Bildung von Urteilen noch von abstrakten theoretischen Begriffen ausreicht. Alle

14 Dort heißt es: „Nunmehr ergab sich mir als bewusste Konsequenz der erkenntnistheoretischen Grundeinstellung COHENS, der zufolge die Erkenntnisrichtung den Erkenntnisgegenstand bestimmt, der Erkenntnisgegenstand aus einem Ursprung logisch erzeugt wird, dass der Staat, sofern er Gegenstand juristischer Erkenntnis ist, nur Recht sein kann, weil juristisch erkennen oder rechtlich begreifen nichts anderes bedeutet, als etwas als Recht begreifen.“ (HS, XVII).

15 Vgl. Cohens unmissverständliche Beschreibung des Denkens als Tätigkeit der „Erzeugung“: „Diese Tätigkeit geht nicht in ein Ding über; sie kommt nicht ausserhalb ihrer selbst. Sofern sie zu Ende kommt, ist sie fertig, und hört auf, Problem zu sein. Sie selbst ist der Gedanke, und der Gedanke ist nichts außer dem Denken.“ In: H. Cohen: *Logik der reinen Erkenntnis* (Berlin²1914) S. 29 [Werke Bd. 6]. Zitiert als: LrE.

Begriffe, alle Urteile müssen daher zuletzt als Produkte, als „Erzeugnisse“ des Denkens verstanden werden, das deshalb ihren logischen Ursprung, d. h. den Ort ihrer Herkunft bildet.

Das ist der Punkt, an dem die *Ethik des reinen Willens* das Ursprungstheorem der *Logik der reinen Erkenntnis* zu dem vertieft, was Kelsen Cohens „Methode der Hypothesis“ genannt hatte. Diese Methode, dieses Theorem der Hypothesis ist das Resultat von Cohens Auseinandersetzung mit Platon, was zu beachten ist, wenn man es richtig verstehen will. Denn die Platonische Hypothesis ist keine empirische Hypothese im Sinne der modernen Naturwissenschaft, weil sie durch Erfahrung nicht überprüfbar ist. Hypothesen im Sinne Platons sind z. B. die Definitionen und Axiome der Mathematik. Sie bilden die Voraussetzungen, die Grundlagen ihrer Deduktionen und Beweise, deren Wahrheit deshalb von ihnen abhängig bleibt. Platon unterscheidet davon das Anhypotheton, d. i. die Idee des Guten, die ein Unbedingtes, Voraussetzungsloses, kurz: ein metaphysisches Absolutes darstellt, dessen Erkenntnis in der Dialektik zu einem unbedingten, voraussetzungslos gültigen Wissen führt¹⁶.

Ein solches unbedingtes, voraussetzungsloses Wissen aber kann es nach Cohen nicht geben. Alle Begriffe, alle Urteile müssen als Produkte, als „Erzeugnisse“ des Denkens verstanden werden. Das besagt das Theorem des Ursprungs. Und das gilt auch und gerade für die höchsten Begriffe und die scheinbar letzten Grundlagen wissenschaftlicher Erkenntnis. Sie fungieren zwar in der Wissenschaft als Grundbegriffe und Grundlagen; sie sind ihre Geltungsbedingungen. Aber sie verlieren die Dignität, die ihnen in der Philosophiegeschichte oft zugesprochen wurde. Sie sind keine ewigen Wahrheiten, keine absoluten, an sich gegebenen Grundlagen, sondern „Erzeugnisse“ des Denkens und deshalb und insofern *Grundlegungen*. Das ist der Kern des Hypothesis-Theorems, das Cohen in seinem „System der Philosophie“ mit zunehmendem Nachdruck vorträgt. In der *Ethik des reinen Willens* wird es ausdrücklich als „Summe“, als „Zentrum“ und „Schwerpunkt“ der Logik bezeichnet¹⁷. Hier sei stellvertretend eine Passage aus dem letzten Systemteil zitiert, die im Vorblick auf die Anwendung dieses Theorems auf den Bereich des Rechts besonders signifikant ist: „Alle wissenschaftliche Untersuchung, alles Denken und Erkennen, welches auf alle Tatsachen der Kultur gerichtet

16 Vgl. Platon: *Politeia*, 509 b, 511 a-e, 533 b-e.

17 H. Cohen: *Ethik des reinen Willens* (Berlin ²1907) S. 84 f. [Werke Bd. 7]. Zitiert als: ErW.

sein muss, jede einzelne Untersuchung, wie alle Forschung im allgemeinen, hat zu ihrer methodischen Voraussetzung nicht sowohl eine Grundlage als vielmehr eine *Grundlegung*.“ Wenige Seiten später fügt Cohen verschärfend hinzu, „*dass alle Gesetze nur Grundlegungen sind, nur Grundlegungen sein können*“¹⁸.

3. Vor diesem Hintergrund wird schnell deutlich, warum und in welchem Sinne sich Kelsen der „erkenntnistheoretischen Grundeinstellung“ Cohens anschließen und die Theorie der Grundnorm „restlos“ auf die „Methode der Hypothese“ zurückführen kann, obwohl er ihm zugleich mangelnde Konsequenz in deren Anwendung und Recht und Staat vorhält und sein Festhalten am Naturrecht verwirft.

Wie die Wissenschaft, so ist auch das positive Recht ein Faktum der realen, empirischen Welt, das zunächst in Akten menschlichen Verhaltens (z. B. richterlicher Urteilsverkündung) äußere Gestalt gewinnt, vor allem aber, mit Cohen zu reden, „in gedruckten Büchern“ (KBE 27), in Gesetzestexten, Urteilsbegründungen usw., vorliegt und von der Rechtswissenschaft systematisch erforscht wird. Es lässt sich zwar theoretisch bestreiten, dass die darin fixierten Bestimmungen wünschenswert und gut, dass sie in ethischem oder moralischen Sinne ‘gerecht’ sind. Praktisch aber lässt sich die Existenz dieses Faktums nicht leugnen, auch und gerade dann nicht, wenn man einzelne seiner Konkretionen (z. B. ein bestimmtes gerichtliches Urteil) nicht für gut und ‘gerecht’ hält oder die Institution des positiven Rechts insgesamt ablehnt. Denn es zu leugnen, sich also darüber hinwegzusetzen, heißt unmittelbar mit ihm kollidieren, sich nämlich den diversen Sanktionen und Zwangsmitteln auszusetzen, die der Staat bereithält, um den Geltungsanspruch der einzelnen Rechtsbestimmungen durchzusetzen.

Aufgabe einer philosophischen Theorie des positiven Rechts nun ist nicht seine praktische Gestaltung, sondern ausschließlich seine „Erkenntnis“¹⁹. Stellt sie sich *überhaupt* auf den Boden der Transzendentalphilosophie, so wird sie generell nach den ‘Bedingungen’ seiner ‘Möglichkeit’ fragen. Macht sie, wie Kelsen ausdrücklich erklärt, speziell den Versuch, die ‘transzendente Methode’ Cohens „zu einer Theorie des positiven Rechts“ zu verwenden, so spezifiziert sich diese Frage zu der nach den „Geltungsbedingungen“ des positiven Rechts, nach den Vorausset-

18 H. Cohen: *Ästhetik des reinen Gefühls*, Bd. 1 (Berlin 1912) S. 73, 88 [Werke Bd.8].

19 H. Kelsen: *Reine Rechtslehre* (Wien 1934) S. III; vgl. auch S. 1, 17, 49, 52, 58 u. ö. Diese erste Aufl. wird als RR1, die zweite Aufl. von 1960 als RR2 zitiert.

zungen und Grundlagen also, die seinem Geltungsanspruch zugrunde liegen und ihn insofern auch 'begründen'.

Die Folgefrage, ob dabei vom Recht selbst, in Gestalt einer besonderen *Rechtserfahrung* oder von der *Rechtswissenschaft* auszugehen sei, ist zwar einer der Hauptstreitpunkte in der Kontroverse zwischen Kelsen und Fritz Sander gewesen, spiegelt aber nur die Differenz zwischen dem historischen Kant und Cohens Kantinterpretation wider. Berücksichtigt man, dass Cohen Erfahrung und Wissenschaft gleichsetzt, so dass für die Erkenntnistheorie Erfahrung nur *als* Wissenschaft gegeben ist, dann verliert jene Differenz zwischen Rechtserfahrung und Rechtswissenschaft ihre scheinbare Brisanz. Zugleich aber wird fraglich, wie die philosophische Theorie noch auf eine besondere Rechtserfahrung neben oder außer der Rechtswissenschaft zugreifen können soll. Sie könnte sie nur selbst konstruieren, überschritte damit aber die Grenzen ihrer von Kant auf Kritik restringierten Kompetenz und würde so zu dem, was Cohen als Metaphysik ablehnt. Deshalb stellt Kelsen gegen Sander auch immer wieder heraus, dass die transzendente Theorie des Rechts ohne Bezugnahme auf die Rechtswissenschaft nicht auskommt²⁰.

Sodann ist der von Kelsen noch stärker betonte Unterschied zwischen Recht und Natur, zwischen Rechtswissenschaft und Naturwissenschaft zu beachten. Er geht zurück auf die Kantische Differenz von Sein und Sollen, an der auch Cohen mit Entschiedenheit festhält. In welcher Weise Kelsen das Kantische Sollen in den Begriff der Rechtsnorm transformiert und mit dem der Zurechnung als der besonderen „Gesetzlichkeit des Rechts“²¹ verknüpft, wird noch zu betrachten sein. Hier ist zunächst nur dies entscheidend: Die Natur ist, wie sie ist, ganz unabhängig davon, ob ihre Gesetze in der Wissenschaft erkannt werden. Nicht die Natur, wohl aber die Naturwissenschaft ist ein Produkt, ein „Erzeugnis“ menschlicher Erkenntnistätigkeit. Das positive Recht hingegen ist selbst ein Produkt, ein zudem höchst wandelbares „Erzeugnis“ menschlicher Aktivität. Die transzendente Frage zielt deshalb keineswegs auf die Geltungsbedingungen der Rechtswissenschaft, sondern durchaus auf den Geltungsanspruch des Rechts selbst, der sich in staatlichen Zwangsakten

20 Vgl. H. Kelsen: *Rechtswissenschaft und Recht*, in: S. L. Paulson (Hg.): *Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre*, Aalen 1988, S. 279-411, hier S. 303-309; ferner H. Kelsen: *Was ist die Reine Rechtslehre?* in: hg. von H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck (Hg.): *Die Wiener rechtstheoretische Schule* (Wien 1953) S. 611-629, hier S. 611 f. Zitiert als WRR.

21 RR1, S. 20-22, hier 22; vgl. auch HS, S. VI.

unmittelbar-praktisch manifestiert. Für die philosophische Theorie ist dieser nur in der Bezugnahme auf die Rechtswissenschaft zu klären, die dadurch ihrerseits ein neues, transzendentes Fundament gewinnt, durch das sie sich zur *reinen* Rechtslehre vertieft.

Rein ist die Rechtslehre dann, wenn sie den Geltungsanspruch des positiven Rechts, nach dessen transzendentalen Voraussetzungen und Grundlagen sie fragt, ausschließlich aus dem positiven Recht selbst heraus erklärt. Hier liegt eine wichtige Parallele zu Cohen. Wie Cohen in der *Logik der reinen Erkenntnis* die Erkenntnis ausschließlich erkenntnisimmanent betrachtet, so betrachtet auch Kelsen in der *Reinen Rechtslehre* das Recht ausschließlich rechtsimmanent²². Denn nur so ist es möglich „die *Eigengesetzlichkeit des Rechts* gegenüber der *Natur* oder einer nach Art der *Natur* bestimmten sozialen Realität“ unverstellt in den Blick zu bekommen²³. Ohne Verständigung über diese Eigengesetzlichkeit jedoch, d. h. über das, was das positive Recht *als Recht* von der *Natur* und von allen anderen Phänomenen der kulturellen Wirklichkeit unterscheidet, bleibt auch sein Geltungsanspruch unverstanden.

Das positive Recht, wie es sich für die Rechtswissenschaft und durch sie der philosophischen Theorie zunächst darbietet, ist nichts anderes als die Gesamtheit aller seiner Einzelbestimmungen, insbesondere der Gesetze. Nur aus diesem Material dürfen nach Kelsen die Sätze gebildet sein, mit denen die Rechtswissenschaft ihren Gegenstand beschreibt (vgl. RR2, 73 ff. sowie HS, V, 510 ff.). Alsdann tritt in ihnen, den Rechtssätzen, das Recht in seiner spezifischen Eigengesetzlichkeit hervor. Damit erschließt sich eine weitere Parallele zu Cohen: wie dieser in der *Logik der reinen Erkenntnis* die Wissenschaft als ein System von Urteilen betrachtet, so betrachtet Kelsen in der *Reinen Rechtslehre* die Rechtswissenschaft als ein System von Rechtssätzen (vgl. RR 2, 73). Auch diese sind Urteile, die, wie die Urteile der Naturwissenschaft, deren Geltung Cohens Logik thematisiert, mit- und untereinander in einem systematischen Zusammenhang stehen. Aber sie sind von jenen in einer alles entscheidenden Hinsicht radikal verschieden.

22 Daher die Formel, dass „juristisch erkennen oder rechtlich begreifen nichts anderes bedeutet, als etwas als Recht begreifen“ (HS, S. XVII); ähnlich die Formulierungen RR1, S. 6; RR2, S. 72.

23 HS, S. VI. Darauf kommt es Kelsen zuallererst an. Vgl. die Bestimmungen der „Reinheit“ in HS, S. V; RR1, S. III, S. 1, 26 u. ö.; WRR, S. 616 sowie die Beschreibung des „eigentlichste[n] Ziel[es]“ seiner wissenschaftlichen Arbeit seit den *Hauptproblemen*, in: *Rechtswissenschaft und Recht*, S. 281.

Die Urteile der Naturwissenschaft zielen auf ein *Sein*, auf die Natur in ihrem Ansichsein ab, das in ihnen kausalgesetzlich beschrieben wird. Das positive Recht hingegen ist kein Sein, sondern ein *Sollen*²⁴, das als solches, um eine Formulierung Cohens zu verwenden, „in der Natur schlechterdings nicht vorhanden“²⁵, vielmehr ein Produkt, ein Erzeugnis menschlicher Aktivität ist. Seine Gesetze, die Rechtsgesetze, sind daher in der spezifischen Art ihrer Gesetzlichkeit von denen der Natur zu unterscheiden. Als Gesetze des Sollens beschreiben sie nicht kausal, was geschieht, sondern normieren, was geschehen soll, sind also Normen. So präzisiert sich die Frage nach dem Geltungsanspruch des positiven Rechts zur Frage nach dem Geltungsanspruch seiner einzelnen Normen, der Rechtsnormen, die ihrerseits in der Frage nach der Art und dem Grund des Sollens kulminiert.

Der Geltungsanspruch der Rechtsnormen nun überuht nach Kelsen nur auf einer einzigen Säule. *Conditio sine qua non* ist zunächst der systematische Zusammenhang der einzelnen Normen unter- und miteinander. Es ist unmittelbar einleuchtend, dass eine Norm, die nicht in diesen Zusammenhang, nicht in die Rechtsordnung als dem System aller gültigen Rechtsnormen integrierbar wäre, auch nicht gültig sein kann. Das heißt positiv: innerhalb einer bestimmten Rechtsordnung ist eine Norm nur dann gültig, wenn sie den darin dafür vorgesehenen Normen gemäß „erzeugt“, d. h. hervorgebracht worden ist. Dies ist nach Kelsen eine „besondere Eigentümlichkeit“ des Rechts, die er so beschreibt: „Das Recht regelt seine eigene Erzeugung; und zwar in der Weise, dass die eine Rechtsnorm das Verfahren, in dem eine andere Rechtsnorm erzeugt wird, und – in verschiedenem Grade – auch den Inhalt der zu erzeugenden Norm regelt.“ (RR1, 74; vgl. RR2, 73). Damit erschließt sich zugleich eine dritte Parallele zu Cohen: Wie dieser die Erkenntnis als einen Erzeugungszusammenhang betrachtet, dessen philosophische Systematisierung die Einheit der Natur als des idealen Gesamtgegenstandes der Erkenntnis allererst konstituiert, so betrachtet auch Kelsen das Recht als einen „Erzeugungszusammenhang“ (RR1, 63), der letztlich erst durch die rechtswissenschaftliche Systematisierung zu einem „einheitlichen, widerspruchlosen System“ (RR2, 74) wird. Die Rechtsordnung erweist

24 Vgl. HS, S. VI; RR1, S. 22; RR2, S. 73-77; WRR, S. 613 f.

25 H. Cohen: Platons Ideenlehre und die Mathematik. In: H. C.: Schriften zur Philosophie und Zeitgeschichte, hg. v. A. Görland u. E. Cassirer (Berlin 1928) Bd.1, S. 336-366, hier S. 356.

sich dabei nicht als lineares Nebeneinander gleichrangiger Normen, sondern vielmehr als eine „Stufenordnung verschiedener Schichten von Rechtsnormen“, deren Zusammenhang sich daraus ergibt, „dass die Erzeugung und sohin die Geltung der einen auf eine andere zurückgeht, deren Erzeugung wieder durch andere bestimmt ist“ (RR1, 74). Bleibt man im Bild der Stufenordnung, so geht also die Geltung einer beliebigen Norm auf die Geltung einer höheren zurück, deren Geltung ihrerseits auf die Geltung einer noch höheren zurückgeht.

Es ist aus logischen Gründen klar, dass dieser Prozess der Geltungsbegründung einer Norm durch ihre Zurückführung auf die Geltung einer höheren Norm nicht in infinitum fortgesetzt werden kann, sondern an irgendeiner Stelle enden muss. Dieses Ende, das bei einer Umkehr der Blickrichtung vielmehr als Ursprung betrachtet werden muss, aus dem alle gültigen Normen hervorgehen, ist die „*Hypothesis der Grundnorm*“²⁶. Dass die Grundnorm Hypothese ist, dass sie, pointiert gesagt, sich nicht aus der gleichnamigen Methode Cohens nur „ergibt“, sondern der Sache nach durchaus Hypothese – Grundlegung – ist, ja gar nichts anderes sein kann (und deshalb von Kelsen selbst auch ausdrücklich, wengleich nicht durchgängig so betitelt wird²⁷), bedarf genauerer Darlegung.

Zunächst sei an das Ziel und die Grenzen einer transzendentalen Geltungsbegründung des positiven Rechts erinnert. Sie zielt nicht darauf ab, das positive Recht in irgendeiner Weise philosophisch zu überhöhen oder im Interesse irgendeiner Ideologie zu ‚legitimieren‘. Es geht dabei überhaupt nicht darum, das positive Recht zu bewerten, d.h. darzulegen, dass seine Bestimmungen in moralischer Hinsicht gerecht oder ungerecht oder ob sie politisch nützlich oder gesellschaftlich sinnvoll sind²⁸. Alles dies wären Überlegungen, die im Kontext der ethischen Selbstverständi-

26 H. Kelsen: Die Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus (Berlin 1928) S. 25. Hervorhebung G. E. [Philosophische Vorträge der Kant-Gesellschaft Nr. 31]. Zitiert als PGNR.

27 Insbesondere in der Schrift über die *Philosophischen Grundlagen*. Im Vorwort zur 2. Aufl. der *Hauptprobleme* ist unpräzise von einer „Hypothese nach Analogie der naturwissenschaftlichen Hypothese“ die Rede ist (HS, S. XV). Die *Reine Rechtslehre* selbst bezeichnet die Grundnorm als „hypothetische Grundlage“ (RR1, S. 66) bzw. als „transzendental-logische Voraussetzung“ (RR2, S. 204); in beiden Fällen ist gemeint, was der Terminus „Hypothese“ besagt.

28 Die Freiheit von allen Wertstandpunkten, das betont Kelsen bekanntlich immer wieder mit großem Nachdruck, ist *konstitutives* Element der Reinheit der Rechtslehre, nämlich die negative Kehrseite des Vorhabens, den Geltungsanspruch des positiven Rechts ausschließlich aus diesem selbst heraus zu erklären. Vgl. WRR S. 620 f.

gung des Menschen zwar unentbehrlich sind, aber an dem faktischen Geltungsanspruch des positiven Rechts kein Jota ändern. Nicht Legitimation, nicht Affirmation, sondern Erkenntnis des positiven Rechts ist das Ziel seiner transzendentalen Geltungsbegründung und die Faktizität seines Geltungsanspruchs ihr unmittelbarer Grund. Sie ist notwendig, nicht damit, sondern *weil* das positive Recht gilt. Das macht die Frage unabweisbar: Was ist und woher stammt das Sollen, das sich im staatlichen Zwangsakt unmittelbar-praktisch Geltung verschafft?

Die *Conditio sine qua non*, die Integrierbarkeit einer Norm in den Zusammenhang aller gültigen Normen, bietet keine Antwort auf diese Frage, weil sie von der Gültigkeit der Rechtsordnung immer schon ausgeht. Der Prozess der Geltungsbegründung einer Norm durch ihre Zurückführung auf die Geltung einer höheren Norm muss, wie gesagt, an *irgendeiner* Stelle enden, wenn der Geltungsanspruch des positiven Rechts *überhaupt* begründbar sein, wenn das Recht als Recht, als Sollen und Norm überhaupt verständlich werden soll. Das, was das Recht als Recht ausmacht, worin seine spezifische Eigengesetzlichkeit besteht, ist nach Kelsen die Zurechnung der Rechts- (bzw. Unrechts)folge zur Rechtsbedingung (vgl. RR1, 22; WRR, 612.) Sie besagt, dass ein bedingender Tatbestand (ein Delikt) mit der Rechtsfolge (der Strafe) notwendig verknüpft ist, genauer, notwendig verknüpft sein *soll*. Diese Verknüpfung lässt sich nach Kelsen nicht kausalgesetzlich deuten (denn die Strafe kann de facto ausbleiben, wenn etwa der Delinquent sich ihr zu entziehen versteht). Sondern sie hat normative Bedeutung: sie verknüpft bedingenden und bedingten Tatbestand mit der „nicht geringeren Strenge des Sollens“ (HS, VI) und ist „ebenso unverbrüchlich“ wie eine kausale, da im System des Rechts oder „von Rechts wegen“ die Strafe „stets und ausnahmslos“ auf das Delikt folgt (RR1, 23). Und nur diese Verknüpfung, nicht mehr, aber auch nicht weniger, ist der Sinn des rechtlichen Sollens, „der Ausdruck der spezifischen Existenz des Rechts, seiner Geltung“ (RR1, 22).

Die Frage nach dem Geltungsgrund der Rechtsnormen, als Frage nach dem Grund des Sollens, zielt daher nicht auf irgendeinen transzendenten Wert in einem metaphysischen Jenseits, sondern allein und ausschließlich auf jene Verknüpfung ab. Woher also stammt das so gefasste Sollen? Woher stammt die Notwendigkeit, die Rechtsbedingung und Rechtsfolge im System des Rechts miteinander verknüpft? –Die theoretischen Alternativen, auf die man hier zurückgreifen könnte, sind aus der philo-

sophischen Tradition bekannt. Sie lauten kurz: Natur, Mensch, Gott. Da Kelsen sich mehrfach auf die Kantinterpretation Cohens beruft, ist es sinnvoll und zulässig, Cohens *Theorie der Erfahrung* zur Klärung dieser Alternativen heranzuziehen. Wie erwähnt, führt sie die wissenschaftliche Erfahrung geltungsmässig auf ein System von Grundsätzen zurück, deren Geltung wiederum auf den obersten Grundsatz zurückgeht. Und Cohen diskutiert dort ein dem vorliegenden analoges Problem, indem er die Frage aufwirft, was denn nun den obersten Grundsatz seinerseits ermöglichen oder 'begründe'. Die Antwort lautet: „Nichts, ausser ihm selbst. Es gibt keine Instanz über dem obersten Grundsatz: es gibt keine Notwendigkeit über dem Gedanken, dass wir Notwendigkeit anerkennen wollen in demjenigen Gebiete unseres Bewusstseins, welches als Wissenschaft, als mathematische Naturwissenschaft ausgezeichnet ist. Woher sonst sollte Notwendigkeit kommen, wenn nicht aus dieser Festsetzung für solchen ausgezeichneten Inhalt des Bewusstseins, wenn nicht also *aus dem Faktum selbst*, auf welches unsere Frage gespannt ist. Wer andere Notwendigkeit, andere Gewähr derselben erwartet und für denkbar hält, stellt sich *ausserhalb* des Interesses, auf welches unsere Frage gespannt ist, – mag er sie vom *Himmel* oder vom eigenen *Leibe* erwarten. Wer die *Quelle des Gesetzes* in einer übernatürlichen Offenbarung anerkennt, wird als des philosophischen Tugendfleisses *baar* betrachtet.“ (KTE2, 139; KTE3, 185; Hervorhebung G. E.)

Die Übertragung dieser Auskunft auf die Frage nach der Herkunft des Sollens liegt auf der Hand. Das Sollen von Gott, von einer „übernatürlichen Offenbarung“ 'abzuleiten', hiesse schlicht, den Glauben an die Stelle philosophischer Erkenntnis zu setzen. Zugleich ist klar, dass keine Brücke vom Sein zum Sollen führt²⁹, weder vom Sein der Natur noch vom leiblichen Sosein des Menschen. Auch dies liefe, um im Cohenschen Bild zu bleiben, auf eine Art der „Offenbarung“ hinaus, deren Unzulässigkeit heute durch das Stichwort vom „naturalistischen Fehlschluss“ kenntlich gemacht wird³⁰. Fasst man das Sollen nicht als einen transzendenten Wert auf, sondern als eine transzendente Kategorie, dann ist es in der

29 Vgl. dazu H. Kelsen: „Daraus, dass etwas ist, kann nicht folgen, dass etwas sein soll; so wie daraus, dass etwas sein soll, nicht folgen kann, da etwas ist. Der Geltungsgrund einer Norm kann nur die Geltung einer anderen Norm sein.“ RR2, S. 196.

30 Kelsen diagnostiziert ihn so: „Und daher glaubt denn auch eine metaphysische Rechtslehre in der Natur als einer Manifestation des göttlichen Willens ein Natur-Recht zu finden, d. h. aber aus einem Sein auf ein Sollen schließen zu können. Das ist ein Trugschluss; und auf diesen Trugschluss ist die *Naturrechtslehre* gegründet.“ WRR, 613.

Natur sowenig wie irgendeine andere Kategorie vorhanden und muss deshalb, wie alle anderen Begriffe auch, als „Erzeugnis“ des Denkens aufgefasst werden.

Die philosophische Theorie kann diese Kategorie – den reinen Gedanken des rechtlichen Sollens – daher nur dem Recht selbst entnehmen, in dem sie *als* transzendente Kategorie immer schon wirksam und in Kraft, in Funktion ist. Gewonnen wird sie auf dem Weg einer „logischen Analyse“ der Rechtssätze, in denen die Rechtswissenschaft die Rechtsnormen fixiert (WRR, 612). Sie ist in jeder einzelnen Norm, unabhängig von ihrem jeweiligen Inhalt, als das Moment enthalten, das diesen Inhalt zur Norm macht, und kann also auch daran „erkannt“, d. h. daraus entnommen werden. Im Verfahren der rechtsnormgemäßen Erzeugung, d. h. der Setzung einer Norm, wird dieses Moment des rechtlichen Sollens, der Ausdruck der Geltung des Rechts, von Norm zu Norm, von der höheren auf die niedere übertragen.

Die philosophische Geltungsbegründung verfolgt dieses Verfahren, diesen „Erzeugungszusammenhang“ bis an sein logisches Ende zurück: bis zu dem Gedanken einer ‘letzten’ oder ‘höchsten’ Norm, deren Geltung *nicht mehr* auf eine noch höhere zurückgeht und die deshalb und insofern den Grund der Geltung aller niederen bildet. Dieses ist die Grundnorm. Anders als die Normen, deren Geltung sie eben dadurch begründet, dass diese norm-, mithin grundnormgemäß erzeugt, also gesetzt sind, kann sie ihrerseits (als letzte oder höchste Norm) nicht mehr normgemäß erzeugt oder gesetzt sein, sondern muss vielmehr vorausgesetzt werden³¹. Da sie *als* Norm weder irgendwo in der Natur vorhanden und ‘verborgen’ noch auf geheimnisvolle Weise irgendwie vom Himmel gefallen sein kann, muss sie als letzter Geltungsgrund der Normen zugrunde gelegt werden, ist also keine an sich (in der Natur oder von Gott) gegebene Grundlage, sondern Grundlegung, d. h. Hypothese. Sie ist keine empirische Hypothese, die durch Erfahrung verifiziert oder falsifiziert werden könnte, da Normen, die kein Sein *be-*, sondern ein Verhalten *vor-*schreiben, überhaupt nicht wahr oder falsch sein können, sondern entweder gültig oder ungültig sind³². Die Grundnorm ist vielmehr durch-

31 Vgl. RR1, S. 66; PGNR, S. 24f.; RR2, S. 197, 203-208.

32 Vgl. RR2, S. 73, 75 f. Das heißt natürlich nicht, dass es keine Vorgänge in der Wirklichkeit gäbe, die mittels der Hypothese der Grundnorm erfasst und gedeutet würden: Kelsen selbst illustriert ja die Bedeutung der Grundnorm mit Hilfe des Beispiels der revolutionären Ersetzung einer alten durch eine neue Rechtsordnung (vgl. RR1, S. 67 f.). Aber der *Sinn* der Grundnorm, letzter Geltungsgrund zu sein, hängt gerade nicht von den je

aus Hypothesis im Sinne Cohens. Denn sie ist die transzendentallogisch notwendige Voraussetzung, die angenommen, die zugrunde gelegt werden *muss*, wenn überhaupt irgendeine Bestimmung als gültige Norm, als Rechtsnorm gedacht und verständlich werden soll. Sie ist daher keineswegs etwa ein „Produkt freier Erfindung“ (RR2, 204), dessen Annahme willkürlich oder beliebig wäre. Sondern sie wird de facto immer dann und überall dort als Grundlage in Anspruch genommen, mithin vorausgesetzt, wo einer Norm oder der Rechtsordnung insgesamt objektive Geltung zugesprochen wird³³. Gleichwohl ist sie nicht als eine besondere positive Norm in der Rechtsordnung selbst „enthalten“ (RR2, 201). Denn die Positivität des Rechts wie aller seiner Normen besteht nach Kelsen – neben seiner faktischen Wirksamkeit, die sich im staatlichen Zwang manifestiert – allein darin, gesetzt, d. h. rechtsnormgemäß erzeugt worden zu sein (RR 2, 207; WRR, 614). Das aber trifft auf die Grundnorm nicht zu, da sie vielmehr die ‘letzte’, ‘höchste’ oder erste Norm ist: der „oberste[n] Geltungsgrund“, der nichts weiter als die „Grundregel“ der Normenerzeugung selbst ist und daher zugleich die „Einheit“ des „Erzeugungszusammenhanges stiftet“ (RR1, 74), den die Rechtsordnung darstellt.

Damit kommt nach dem erkenntnislogischen Status und ihrer Funktion nun auch der rein formale Inhalt der Grundnorm in den Blick, dessen Formalität sicherstellt, dass mit Hilfe dieser Hypothesis beliebige konkrete Rechtsordnungen rechtswissenschaftlich erfasst, durchdrungen und erkannt werden können³⁴. Als oberster Geltungsgrund ist sie nichts weiter als die Grundregel der Normenerzeugung selbst und besteht daher nur aus zwei Komponenten. Sie verbindet den Gedanken des Rechts, also des rechtlichen Sollens als der gesetzlichen Verknüpfung von Rechtsbedingung und Rechtsfolge, mit dem Gedanken einer obersten Autorität zu seiner Erzeugung: „Sie verleiht dem Akt des ersten Gesetz-

konkreten Ereignissen und Umständen ab, die einen solchen Vorgang ausmachen: sie ist keine *historische* Hypothese, deren Bedeutung sich in der Erschließung realhistorischer Ereignisse erschöpfte, durch die sie dann auch falsifiziert werden könnte.

33 Daher Kelsens Hinweis darauf, dass die Lehre von der Grundnorm „nur die transzendentallogischen Bedingungen der seit jeher geübten Methode positiver Rechtserkenntnis durch eine Analyse des tatsächlichen Verfahrens“ bloßlegt, RR1, S. 67; PGNR, S. 26; RR2, S. 209.

34 Vgl. dazu Kelsens Stellungnahme gegen den Vorwurf des Formalismus, die bezeichnenderweise auf eine Passage aus Cohens *Logik der reinen Erkenntnis* Bezug nimmt: (WRR, S. 627) sowie seinen Hinweis, die Grundnorm sei nur die „Voraussetzung jeder positivistischen Erfassung des Rechtsmaterials“ (RR1, 66; PGNR, S. 26).

gebers und sohin allen anderen Akten der auf ihm beruhenden Rechtsordnung den Sinn des Sollens, jenen spezifischen Sinn, in dem die Rechtsbedingung mit der Rechtsfolge im Rechtssatz verbunden ist“ (RR1, 66). Sie „beschränkt sich“ – so akzentuiert Kelsen denselben Sachverhalt in der zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* – „darauf, eine normsetzende Autorität zu delegieren, nach der die Normen dieses Systems zu erzeugen sind.“ (RR2, 199). In der Grundnorm ist also der Zwangscharakter des Rechts, der seinen Geltungsanspruch in der realen, empirischen Welt oder dem System der Natur äusserlich sichtbar macht und unmittelbar-praktisch manifestiert, ebenso enthalten wie seine spezifische Eigengesetzlichkeit, die es als Sollen vom Sein der Natur unterscheidet. Eben deshalb hat sie selbst: „die Grundform des Rechtsgesetzes [...] Und weil diese Hypothese jeder positiven Rechtsordnung die Form des Grundgesetzes alles Rechtes hat, ist mit ihr der Gedanke der Gesetzlichkeit selbst mitgesetzt. Das ist der Gedanke, dass an eine bestimmte Bedingung eine bestimmte Folge geknüpft ist [...] Die Grundnorm sagt, dass unter bestimmten bzw. zu bestimmenden Bedingungen eine bestimmte bzw. zu bestimmende Folge als gesollt gesetzt ist.“ (PGNR, 25)

Inhalt und Form der Hypothese der Grundnorm entsprechen also einander: Das positive Recht ist nicht die naturnotwendige Wirkung, sondern lediglich die gesollte Folge eben jener Bedingung, dass ein „erster Gesetzgeber“, eine „normsetzende Autorität“ die Macht erlangt hat, ihm Geltung zu verschaffen, d. h. seinen Zwangscharakter auch tatsächlich durchzusetzen. Den Inhalt der Grundnorm – die Verknüpfung des Gedankens des Rechts mit dem der obersten Autorität zu seiner Erzeugung – nicht nach Art des Sollens, sondern nach dem Kausalschema zu deuten, würde heißen, jenen Machtfaktor zu ignorieren, ohne den das positive Recht, salopp gesprochen, nicht in die Welt kommt und nicht in der Welt bleibt: denn es gilt nur, solange sein Geltungsanspruch auch durchgesetzt werden kann.³⁵ Und weil Inhalt und Form der Hypothese der Grundnorm einander entsprechen, sie also nur die Grundform des Rechtsgesetzes selbst zum Inhalt hat, den sie in seine konstitutiven Komponenten auseinanderlegt, ist durch sie nur die Geltung, nicht aber der je besondere Inhalt der einzelnen Rechtsnormen ‘begründet’³⁶. Wel-

35 Vgl. dazu Kelsens Ausführungen zum Verhältnis von Geltung und Wirksamkeit der Rechtsordnung, RR1, S. 69 ff.

36 RR2, S. 199 f., 208; WRR, S. 616.

cher konkrete Inhalt Rechtsnorm wird, das ist in und mit ihr nicht präeterminiert, sondern kann nur auf dem Wege einer norm-, d. h. grundnormgemäßen Erzeugung gesetzt werden.

Man könnte nun meinen, dass mit der Hypothese der Grundnorm der Geltungsanspruch des positiven Rechts 'in Wahrheit' gar nicht 'begründet', sondern lediglich beschrieben und bestenfalls erklärt sei. So richtig diese Meinung ist, so abwegig wäre sie, wenn sie als Einwand gemeint wäre. Denn die philosophische Theorie kann das positive Recht nur „erkennen“; sie bringt es weder selbst hervor noch vermag sie seine 'Notwendigkeit' zu erweisen. Sie kann nur die transzendentallogisch notwendigen Voraussetzungen aufweisen, auf denen sein Geltungsanspruch beruht. Verzichtet sie im Wissen um die Grenzen ihrer Kompetenz und wissenschaftlichen Glaubwürdigkeit auf den spekulativen Ausgriff ins metaphysische Jenseits, so kann der letzte Grund, auf den sie die Geltung des positiven Rechts zurückführt, seinem erkenntnislogischen Status nach nur Hypothese sein, eine Grundlage, die Grundlegung ist. In dieser tritt lediglich rein hervor, was das positive Recht ist, nicht jedoch, wie es sein soll.

Seitenähnlicher (zitierfähiger) Text der Druckfassung; 30 October 2019; G.E.