

## Rechtsdynamik für Eilige

### Der Text

Kelsens Aufsatz über Gewaltenteilung aus dem Jahr 1924<sup>1</sup> enthält einen Aufriss seiner gesamten Rechtslehre. Der Text beginnt mit einer Verneinung vor Kant. Er endet durch Abbruch. Man vermutet, Kelsen sei genötigt worden, das Manuskript zu kürzen. Es sieht so aus, als habe er unwillig die letzten Seiten herausgestrichen. Anders wäre schwer einzusehen, weshalb Kelsen gerade dann, wenn er zum richterlichen Prüfungsrecht kommt, erklärt, dass auf „diese Lehre von der Trennung der Gewalten“ nicht mehr eingegangen werden soll.

Der thematische Zusammenhang des Textes ist verwegen. In den Eingangspassagen geht es ums Thema. Gegen Ende werden, weit abseits vom Thema, Grundlagenfragen des Völkerrechts erörtert. Das vermittelnde Glied zwischen Anfang und Ende ist Kelsens Theorie. Kelsen nahm Luhmann stilistisch vorweg. Jedes Thema ist willkommener Anlass zur Reformation der Theorie. Nicht die Sache, sondern die Theorie weist den Weg von A nach B. Auf wenigen Seiten findet man daher ein *staccato* von Kelsens Positionen und Begriffen: das methodische Vertrauen auf die desillusionierende Kraft der begrifflichen Klärung (375-6), die Skepsis gegenüber der Naturrechtslehre, die ideologiekritische Dimension, Kernthesen des Rechtspositivismus sowie Liebkinder der Kelsenliteratur wie die Grundnorm.

Ob Kelsens Text wegen der mannigfaltigen Exkurse und Abschweifungen in Zeiten des strengen peer reviews in dieser Form hätte veröf-

---

1. Siehe Hans Kelsen, Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* 17 (1923/24) 374-408. Die Seitenzahlen im Text beziehen sich auf dieses Werk.

fentlicht werden können, darf bezweifelt werden. Kelsen wären wohl Revisionen aufgetragen worden.

In mancherlei Hinsicht ist der Aufsatz historisch bemerkenswert. Zum einen findet sich der wiederholte Hinweis (ohne Fußnote<sup>2</sup>) auf die „herrschende Lehre“, welche die Verwaltung im rechtsfreien Raum agieren sieht, zum anderen die Bezugnahme auf die von Kelsen unermüdlich bekämpfte Lehre, wonach der Staat nicht von der Rechtsordnung verschieden sei. Zur historischen Erkundung von Kelsens zeitgenössischer Staatslehre fühle ich mich nicht berufen; nicht bloß deswegen nicht, weil mir dies zu aufwändig erschiene (dies ohnedies), sondern weil ich vermute, dass Kelsens Text einen anderen Interpretationsansatz verdient und erfordert.

Wer Kelsen von innen verstehen will, muss sein Ausgangsproblem rekonstruieren. Dazu ist Kelsen so weit wie möglich darin zu folgen, die Antwort auf ein historisch vorgegebenes Problem in einer systematisch vermittelten Neubeschreibung des Phänomens zu vermuten. Kelsen untersucht die Gewaltenteilung aus systematischer Perspektive, indem er historisch vorgefundene Begriffsbildungen beiseite schiebt. Interessanter Weise wird er gerade dadurch dem Problem historisch gerecht.

### Von der Souveränität zur systematischen Normerzeugung

Kelsen deutet an, dass die überlieferte Lehre von der Teilung der Gewalten noch Züge der Mischverfassungstheorie trägt. Zumindest schreibt er Kant die Auffassung zu, wonach die Gewalten drei voneinander verschiedenen „moralischen Personen“ zuzuordnen seien (375).<sup>3</sup>

---

2. Die einzige Fußnote anerkennt Merkl's Stufenbaulehre.

3. Ich meine, dass Kelsen Kant in diesem Punkt nicht richtig deutet. Kant spricht davon, dass der Staat den allgemeinen Willen in dreifacher Person enthält. Das lässt sich so verstehen, dass der einheitliche Wille des Staates in drei verschiede-

Aber was Kant dachte oder Kelsen Kant gedacht zu haben dachte, ist unerheblich. Wesentlich ist, dass Kelsen den Unterschied unterstreicht zwischen einer vorverfassungsrechtlichen Weise, über Gewalten zu denken, und dem für die Rechtswissenschaft durch die Teilung der Gewalten aufgeworfenen Problem.

Die Mischverfassungstheorie geht von drei autochthonen Konstituenten der Verfassung aus. In der Verfassung stellt sich ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Monarch, Adel und den Vielen her. Hätte ich für den Gebrauch systemtheoretischer Begrifflichkeit eine Vorliebe, würde ich behaupten, dass die Mischverfassungstheorie die Verfassung heterarchisch denkt.<sup>4</sup> Denn jede Gewalt hat ihre eigene Verfassung, mit der sie an einem Ausgleich partizipiert, und aus deren Sicht die Vorteile der Partizipation der anderen verständlich werden. Es gibt, um einen Ausdruck aus der Kelsenschen Bundesstaatslehre aufzugreifen, keine Gesamtverfassung.

Wie nicht zuletzt die englische Verfassungskontroverse mit Karl I. gezeigt hat, funktioniert die Mischverfassung auch nur so lange, als die Souveränitätsfrage nicht gestellt wird.<sup>5</sup> Diese Frage markiert einen Wendepunkt. *Mit* der Souveränität kann die öffentliche Gewalt unter einem einheitlichen Gesichtspunkt rechtlich reguliert werden. Es wird vorstellbar, dass es eine homogene Staatsgewalt gibt, die wenigstens der normativen Kontrolle zugänglich ist.<sup>6</sup>

Wie bedeutend dieser Gedanke ist, wird nicht zuletzt an der Selbstverständlichkeit deutlich, mit der James Madison in den *Federalist Pa-*

---

nen Masken auftritt. Siehe Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Werke in zwölf Bänden*, hrsg. W. Weischedel, Frankfurt/Main 1968, Bd. 8, 431 (§ 45).

4. Würde ich dieser Vorliebe fröhnen, würde ich sagen, dass das wechselseitige Koordinationsverhältnis, das Kant für die Gewalten vorschwebte, eine solche „heterarchische“ Sichtweise zum Ausdruck bringt. Siehe Kant (Anm. 4) 434-435 (§ 48).

5. Glenn Burgess, *Absolute Monarchy and the Stuart Constitution*, New Haven 1996.

6. Siehe Dieter Grimm. Siehe auch Martin Loughlin, *The Idea of Public Law*, Oxford 2003, 75, 87.

pers die Kompetenzen des Bundes als amorphe „general mass of powers“ charakterisiert. Dieser Masse ist durch Gewaltenteilung erst Form zu verleihen.<sup>7</sup> Das moderne Verfassungsrecht denkt vom Ganzen der Staatsgewalt zu den Teilen. Die Verfassung gliedert und gestaltet die homogene Gewalt. Die Mischverfassungslehre sieht die Gewalt aus dem gelungenen Zusammenspiel der heterogenen Teile hervorgehen.

Es bedarf nicht der Hervorhebung, dass wohl kaum ein anderer Gedanke in der europäischen Verfassungsgeschichte eine bedeutendere Rolle gespielt hat als jener der gemischten Verfassung. Es lohnt indes die Emphase, dass das moderne Verfassungsrecht sich als Versuch verstehen lässt, diese Verfassungskonzeption zu überwinden.

Souveränität spielt in Kelsens Lehre nicht die Rolle der ungebundenen und vorgeblich unwiderstehlichen Handlungsmacht des Staates. Eine Rolle spielt sie dennoch. Kelsen eignet sich den Souveränitätsgedanken dialektisch in normativer Form an, indem er behauptet, dass die von der traditionellen Staatslehre behauptete vorgebliche Allmacht des Staates nur den ideologisch verschobenen Ausdruck des nicht weiter ableitbaren Geltungsanspruchs des Rechts als eines normativen Systems darstellt.<sup>8</sup> Die Geltung der Rechtsordnung ist für Kelsen das normative Äquivalent der Staatsgewalt—oder vielmehr: die Wahrheit dieser Gewalt (375). Jellineks Vorstellung, der Staat habe „unwiderstehliche Willensmacht“, ist nach Kelsen empirisch fiktiv und nur ein verdrehter Ausdruck für das in einer Normenordnung zum Ausdruck kommende Sollen.<sup>9</sup> Eine „Ursprünglichkeit“ der staatlichen Macht kann es in der Welt des kausalen Geschehens nicht geben. Die Glorifizierung der „Ur-

---

7. Siehe *The Federalist*, ed. B. Fletcher Wright, Cambridge, Mass. 1961, 336 (No. 47).

8. Siehe Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen 1920, 93.

9. Siehe Hans Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchungen des Verhältnisses von Staat und Recht*, Tübingen 1928, 82-83, 128.

sprünglichkeit“ staatlicher Macht kann nichts anderes sein als das Vestigium der relativen Souveränität der Staaten aufgrund des Völkerrechts (also der *rechtlichen* Unabgeleitetheit der Macht von Staaten).<sup>10</sup>

Nach Kelsen hat die Organisation staatlicher Macht durch ein *System* von Normen vermittelt zu sein. Effektivität beruht auf Rechtsanwendung und Normbefolgung.<sup>11</sup> Das Recht ist für die Macht der Organisation konstitutiv, weil diese die Befolgung von Normen zur Bedingung hat. Zwar ist die Normbefolgung nicht durch Normen verursacht; aber die Effektivität des Systems bedarf sowohl einer außersystematischen Ursache als auch des systematischen Zusammenhangs von Normen. Über die Motivation zur Normbefolgung erteilt die Rechtslehre keine Auskunft. Sie kann aber erklären, dass die Unteilbarkeit der Staatsgewalt, insofern sie empirisch aufgrund intervenierender Variable nicht überhaupt unerfahrbar ist, *auch* durch die Einheit des Normensystems konstituiert ist, auf der sie basiert. Den zutreffenden Kern der Auffassung von der Unteilbarkeit der Staatsgewalt bildet nach Kelsen daher die Lehre von der Einheit und Unteilbarkeit der Geltung.

Kelsens Problemstellung tritt damit hervor. Die empirische Teilbarkeit der Staatsgewalt wirft für Kelsen kein Problem auf. Es mag sein, dass ein Staat insofern eine gemischte Verfassung hat, als die Gesetzgebung von armen religiösen Fundamentalisten dominiert wird, während die Justiz am Gängelband der Wirtschaft hängt. Die Staatsmacht ist unter den Gruppen geteilt. Insofern kann Kelsen eine Mischverfassungstheorie akzeptieren. Allerdings kann er nicht die Schlussfolgerung zulassen, wonach die religiösen Fundamentalisten ihr Recht haben, während die Gerichtsbarkeit ein anderes Recht anwendet. Kelsen kann dies deswegen nicht akzeptieren, weil, wenn er es akzeptierte, die Frage, was in diesem oder jenem Fall gilt, beantwortet würde mit der Feststellung,

---

10. Siehe ebd., 129-130.

11. Deutlich bei Kelsen (Anm. 8) 99.

dass für die Gesetzgebung x und für die Gerichtsbarkeit y gelte. Eine solche Aussage lasse sich aber *nicht* für ein- und dieselbe Rechtsordnung treffen: „[D]er Gedanke einer Teilung der Geltung aber [ist] ein Ungedanke“ (375).

Weshalb es sich dabei um einen „Ungedanken“ handeln soll, macht man sich am Besten am Beispiel des moralischen Relativismus verständlich. Wenn moralische Gebote bloß „subjektiv“ gelten, dann gelten die Gebote, die A für geboten hält, eben nur für A und die Gebote, die B für geboten hält, nur für B. Nicht aber gelten die Gebote von B für A und umgekehrt. Deren Geltung ist nicht objektiv. Sie ist bloß subjektiv. Sie ist nicht einheitlich für A und B. Um einheitlich zu sein, müsste die Geltung der Gebote „objektiv“ sein. Wenn die Geltung unabhängig vom Für-Verbindlich-Halten der Adressaten besteht, ist sie objektiv (401).

Objektive Geltung ist auf wenigstens zwei Arten möglich: durch intuitive inhaltliche Übereinstimmung oder durch systematische Vermittlung auf der Grundlage eines Normensystems.<sup>12</sup> Als Positivist entscheidet sich Kelsen für letzteres. Von der Geltung des Rechts kann nur die Rede sein, wenn dieses durch einen einheitlichen Prozess der Rechtserzeugung vermittelt ist.

### Wie unterscheiden?

Das ist es also, was man aus der Sicht der Reinen Rechtslehre vom Staat und dessen Gewalten zu Gesicht bekommt: den systematisch vermittelten Prozess der Rechtserzeugung. Die Frage, die sich Kelsen für sein Thema stellt ist die: wie kann man hier Unterschiede zwischen „Gewalten“ sehen?

---

12. Siehe Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. Wien 1960, 198-199.

Der herkömmlichen Staatslehre hält Kelsen entgegen, dass sie nicht aufklären könne, worin das einheitsstiftende Moment der drei Gewalten bestehe (376). Kelsen ersetzt deren heterogenes Bild durch die „klare und energische Bestimmung des zugrundeliegenden Einheitsprinzips“ (376). Dieses Einheitsprinzip ist der sich selbst regulierende Prozess der Rechtserzeugung (382-3). Dieser Prozess ist hierarchisch gestuft gemessen an den bedingenden und bedingten Rechtssatzformen wie Verfassung, Gesetz und Urteil. Die Schaffung neuen Rechts beruht auf der Subordination der bedingten Rechtssatzform (z.B. dem Gesetz) unter eine andere sie bedingende Rechtssatzform (z.B. die Verfassung) (382). Das Gesetz wird gemäß der Verfassung erlassen. Das Gesetz ordnet sich der Verfassung unter, um von dieser die Würde des Geltens verliehen zu bekommen.

Gleichwohl sind vom Ansatz her alle diese Stufen institutionell gesichtslos. Das Gesetz könnte von einem Gericht gesetzt werden (378). Die Kelsenssche Rechtsdynamik impliziert die *relationale Relativierung der Rechtssatzformen*. Was das Gesetz zum Gesetz macht, ist sein Verhältnis zum Urteil.

Indem er sich über die herkömmliche Lehre von der Gewaltenteilung hinwegsetzt, steht Kelsen vor einem umgekehrten Problem als diese. Er verliert den Ansatzpunkt für die Teilung. Alle Akte sind relational bestimmt.

Kelsen meint, die für die Funktionenordnung maßgebliche Unterscheidung in den beiden Momenten des Rechtserzeugungsprozesses zu finden: in der *legis latio* und der *legis executio*. Später wird Kelsen sie einfach als Rechtserzeugung und Rechtsanwendung bezeichnen. Beide garantieren die systematische Einheit des Rechts. Die diesbezügliche Unterscheidung ist für Kelsen „das Rückgrad der Funktionentheorie“ (378).

Rückblickend betrachtet ist das vom Ansatz her ein großer Schritt, den zu nehmen noch heute einige sich vornehmen. Ich erwähne nur ein Beispiel. Der amerikanische Verwaltungsrechtler Edward Rubin hält die überkommene Drei- oder Vierteilung der Gewalten für ein begriffliches Konstrukt, das dazu angetan ist, den Blick auf die tatsächliche Funktionsweise des modernen, interaktiven Verwaltungsstaats zu verstellen.<sup>13</sup> Vielmehr sei die Funktionsweise dieses Staats von Netzwerken geprägt, denen sowohl Gesetzgebung und als auch die Gerichte zugehören. Worauf es Rubin, anders als Kelsen, freilich ankommt, ist es, die Kommunikationsprozesse freizulegen, auf denen Regulierung basiert.

Der Akzent liegt bei Kelsen freilich auf dem Normativen. Die Teilung der Gewalten orientiert sich bei ihm am *Grad* des rechtsschöpferischen Charakters von Rechtsakten. Die Teilung der Gewalten wird unscharf. Sie wird unscharf, weil sie tiefenscharf die Unschärfe des Rechtserzeugungsprozesses in sich aufnimmt. Der Grund der Unschärfe ist die unscharfe Relation zwischen Anwendung und Erzeugung.

Auf der Grundlage des Stufenbaus der Rechtssatzformen kann sie nicht anders als hierarchisch ausfallen. Sie ist nicht mehr heterarchisch. Die Gewalten stehen auf einer homogenen Grundlage und sind nicht heterogen. Die überkommenen drei Funktionen werden von Kelsen als von der Rechtsordnung ausgezeichnete „relative Ruhepunkte“ des Rechtserzeugungsprozesses bezeichnet (398).

Das ist zu konventionell, um mit Kelsens Neuansatz wirklich verträglich zu sein. Die Rechtssatzform der Gesetzgebung ist bestimmt durch ihre Subordination unter die Verfassung. Es ist denkbar, dass die Verfassung in bestimmten Bereichen sehr eng die Gesetzgebung vorprogrammiert, während sie in anderen Bereichen sich einer über das Gesetzgebungsverfahren hinausgehenden Normierung enthält. Die Ge-

---

13. Siehe Edward L. Rubin, *Beyond Camelot. Rethinking Law for the Modern State*, Princeton – Oxford 2005, 48-66.

setzung müsste demnach gemessen an dem Grad der verfassungsgesetzlichen Determination in sich differenziert werden. Auf diese Überlegung lässt sich Kelsen aber nicht ein. Er unterscheidet im Wesentlichen zwischen der Gesetzgebung einerseits und der Rechtsprechung und Verwaltung andererseits. 1923/24 hebt Kelsen hervor, dass die Verwaltung, wenn sie Recht vollziehe, von der Justiz nur hinsichtlich der Stellung des vollziehenden Organs verschieden sei. Wo sie bloß „rechtsinhaltlich“ als Staatshandeln auftrete, wenn sogenannte Staatsorgane planend oder wirtschaftlich tätig werden, bewege sie sich – wie Private auch – innerhalb des Bereichs der legalen Rechtsbefolgung (390-1).<sup>14</sup> Rechtsbefolgung ist sanktionsvermeidendes Verhalten. Der Unterschied zwischen Rechtserzeugung und Rechtsbefolgung ist wesentlich, denn es ist zweifelfrei eine Sache, die Anwendung von Normen auf einzelne Fälle zum Zweck der Tätigkeit zu machen, und eine ganz andere Sache, irgendeinen Zweck zu verfolgen und dabei bestimmte Regeln nicht zu verletzen. Es wäre so, also ob ich die Katalogisierung einer Musikaufnahme, für deren Datensatz ich bestimmte Kriterien entwickelt habe, auf eine Ebene stellte mit einer Autofahrt, bei der ich die Regeln der Straßenverkehrsordnung einhalte.

Darin erschöpft sich Kelsens Theorie der Funktionenordnung. Sie ist eine Anwendung der Theorie des Stufenbaus auf die überkommenen Gewalten. Sie ist insofern wenig originell.

Gleichwohl wirft sie eine interessante Frage auf: Wie tragfähig ist die sie tragende Unterscheidung?

---

14. Siehe auch Kelsen (Anm. 12) 242, 268-270.

## Anwendung und Erzeugung

Die Unterscheidung zwischen Rechtserzeugung und Rechtsanwendung ist rätselhafter, als sie zunächst anmuten mag.

Zunächst ist es denkbar, sie rein extensional aufzufassen. Jede erfolgreiche Rechtsanwendung bringt eine neue Norm hervor. Die Rechtserzeugung ist eine Wirkung der Rechtsanwendung. Die Menge der Normen wird um eine weitere Norm vergrößert.

So versteht Kelsen die Unterscheidung *nicht*. Vielmehr lässt sich Kelsens dynamischer Ansatz nur dann verstehen, wenn man am Prozess der Normerzeugung insgesamt eine erzeugende und eine anwendende Dimension unterscheidet. Kelsen hält das, was an der Normerzeugung insgesamt die Dimension der Rechtsanwendung ausmacht, für ein analytisches Urteil im Verhältnis zur Norm. Die Rechtsanwendung ist ein Erläuterungsurteil.<sup>15</sup> Die Anwendung expliziert die Bedeutung der Norm im Einzelfall. Unser Wissen über die Bedeutung der Norm wird durch sie nicht erweitert. Auch wird das Recht durch die Anwendung nicht *konkretisiert*. Es wird bloß reproduziert. Demgegenüber enthält die Rechtserzeugung im engeren Sinne – als die der Normanwendung komplementäre Leistung der Rechtserzeugung insgesamt – eine Synthese im Verhältnis zur angewendeten Norm. Da sie nicht vom Gefühl der Notwendigkeit begleitet wird, handelt es sich um keine Synthese a priori,<sup>16</sup> aber immerhin handelt es sich um eine Synthese. Denn im Akt der Rechtserzeugung wird zur die Erzeugung ermöglichenden angewendeten Norm etwas hinzugefügt, das den Prozess der fortschreitenden Individualisierung und Konkretisierung des Rechts ermöglicht. Die Rechtserzeugung bewegt sich in dem Bereich, der vom Recht nicht de-

---

15. Siehe Immanuel Kant, *Kritik der reinen Vernunft* B 11.

16. Siehe ebd. 13.

terminiert ist. Bloß durch den Einbau nicht determinierter Elemente lässt sich das Recht konkretisieren (382) und damit inhaltlich erweitern.

Kelsen bringt den relevanten Unterschied zum Ausdruck, indem er sagt, dass die Qualität eines Aktes, Rechtserzeugung oder Rechtsanwendung zu sein, abhängig ist „von dem Grad, in welchem die Funktion des den Akt setzenden Organs durch die Rechtsordnung vorausbestimmt ist.“<sup>17</sup>

Leider ist das gar nicht aufschlussreich.

Aufgrund von Kelsens Prämissen muss jeder Akt *sowohl* Rechtsanwendung *als auch* Rechtserzeugung im engeren Sinne sein. Man kann den Sachverhalt auch so ausdrücken, dass die Rechtserzeugung, um möglich zu sein, sich als durch Rechtsanwendung vermittelt begreifen muss. Nach dem von Kelsen nicht vertretenen extensionalen Verständnis ist jeder Akt der Rechtsanwendung, wenn man vom letzten Vollstreckungsakt absieht,<sup>18</sup> notwendig auch ein Akt der Rechtserzeugung, weil neues Recht gesetzt wird. Aber selbst aufgrund der von Kelsen bevorzugten Lesart der Unterscheidung muss jede Rechtsanwendung rechtserzeugend sein, weil seines Erachtens das Recht nie ganz vorausbestimmt sein kann.<sup>19</sup> Das ist ein allgemeiner Erfahrungssatz. Die Rechtsatzformen unterscheiden sich danach, wie stark oder wie schwach jeweils das eine oder das andere Element ausgeprägt ist.

Kelsen lässt uns darüber im Unklaren, wie man sich die Unterscheidung zwischen Rechtsanwendung und Rechtserzeugung vorzu-

---

17. Siehe Kelsen (Anm. 12) 241-242.

18. Über die von Kelsen behauptete mangelnde Normativität des letzten Vollstreckungsakts ließe sich durchaus länger tiefsinnig werden. Ich will die Diskussion damit nicht belasten.

19. Kelsen (Anm. 12) 250: „In dem Verfahren, in dem eine positive generelle Rechtsnorm individualisiert wird, muss das die generelle Rechtsnorm anwendende Organ stets Momente bestimmen, die in der generellen Rechtsnorm noch nicht bestimmt sind und nicht bestimmt sein können. Die generelle Rechtsnorm ist stets nur ein Rahmen, innerhalb dessen die individuelle Rechtsnorm zu erzeugen ist.“

stellen habe. Es ist beispielsweise nicht klar, worin bei der Nicht-Durchsetzung einer Verabredung über sexuelle Dienstleistungen unter Berufung auf die Nichtigkeitssanktion von Verstößen gegen die „guten Sitten“ das Element der Rechtsanwendung und worin genau das Element der Rechtserzeugung besteht. Durch die Nichtdurchsetzung einer solchen Verabredung wird konkretisiert, was gegen die „guten Sitten“ verstößt. Daran besteht kein Zweifel. Woran erkennt man die Rechtsanwendung? Woran die Rechtserzeugung?

Wollte man Kelsens Kriterium für die Unterscheidung heranziehen, nämlich den „Grad“ der Vorausbestimmtheit, dann relativiert sich die Angelegenheit im Verhältnis zum Verständnis des rechtsanwendenden Organs. Für manche mag es klar erscheinen, dass die Prostitution gegen die guten Sitten verstößt. Der Eindruck solcher Klarheit wäre eine bedrückende Erfahrung für Kelsens Lehre. Denn wenn klar wäre, dass die Vereinbarung sexueller Dienstleistungen gegen die „guten Sitten“ verstößt, dann würde man nach dem rechtserzeugenden Element vergeblich suchen. Die Rechtsanwendung wäre ein analytisches Urteil. Das Recht reproduziert sich ohne Konkretisierung. Aber selbst wenn unklar wäre, ob sexuelle Dienstleistungen gegen die guten Sitten verstoßen, würde sich die Frage stellen, was – angesichts der Unklarheit – es ermöglichen sollte, einer diesbezüglichen Vereinbarung die Rechtswirkung zu versagen. Wie kommen „sexuelle Dienstleistungen“ in den „Verstoß gegen die guten Sitten“ hinein? Sie subsumieren sich nicht von selbst, wenigstens dann nicht, wenn eine Interpretation vorauszusetzen ist.<sup>20</sup>

Es ist zu beachten, dass die gesuchte rechtserzeugende Synthese zwei Dimensionen hat. Einerseits fügt sie Einzelfall und Norm zur *kon-*

---

20. Ich folge hier, weil es bequem ist, der Wittgensteinschen Rechten, die annimmt, dass es Regelfolgen gibt, das nicht auf einer Interpretation beruht. Hauptvertreter dieser Position sind Baker und Hacker. In der Rechtstheorie hat Dennis Patterson diese These vertreten.

*ketisierenden* Rechtsanwendung zusammen, obwohl diese Synthese nicht von der angewendeten Norm bewirkt wird; zweitens stellt sie auch (im Verein mit Verfahrensnormen) die Verbindung her zwischen der erzeugenden und der erzeugten Norm. Durch die letztere wird die Geltung der erzeugten Norm konstituiert.

Damit die Rechtserzeugung sich auch als Rechtsanwendung begreifen kann, muss sie ein ihr eigentümliches synthetisches Prinzip voraussetzen. In der dynamischen Version von Kelsens Lehre fungiert die Ermächtigungsnorm als dieses synthetische Prinzip. Die rechtserzeugende Synthese wird als Kompetenzausübung verstanden. Dieses Prinzip ist im besten Fall „schwach“ transzendental. Die Ermächtigungsnorm ist die Bedingung der Möglichkeit einer Rechtserzeugung, die eine Rechtsanwendung einschließt. Das Prinzip ist schwach transzendental, weil es beileibe nicht das einzig denkbare darstellt.<sup>21</sup> Man mag etwa die gültige Rechtserzeugung von Bedingungen der Handlungsrationalität abhängig sehen. Nach Kelsen liefe dies wohl auf eine statische Betrachtung der relevanten Synthese hinaus.

Die Ermächtigungsnorm zum Prinzip zu erheben, schließt eine bestimmte Deutung des Rechtsmaterials ein. Der unklare Zusammenhang zwischen Einzelfall und Norm – der Mangel an Synthese – ist als Bedingung der Möglichkeit einer Rechtserzeugung zu verstehen, die ebenso Rechtsanwendung ist. Der Mangel an Synthese markiert den Rahmen, in welchem sich die Synthese bewegen darf. Die unklare Extension von „gegen die guten Sitten“ ist Ausdruck der Ermächtigung, etwas als gegen die guten Sitten verstoßend zu deuten.

---

21. Dieser Einwand wurde zunächst von Stanley L. Paulson gegen den mangelnden transzendentalen Charakter der Grundnorm v. erhoben. Siehe Stanley L. Paulson, *Lässt sich die Reine Rechtslehre transzendental begründen?*, *Rechtstheorie* 21 (1990), 155-179; ders., *Die unterschiedlichen Formulierungen der 'Grundnorm'*, in: *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit* (=FS Krawietz), hrsg. v. A. Aarnio et al., Berlin 1993, 53-74.

Was der Rechtserzeugung insgesamt Einheit verschafft, ist die Einheit von Rechtserzeugung im engeren Sinne und Rechtsanwendung. Das Einheitsprinzip ist die Kompetenzausübung. Sie wird durch prozessuale Regeln *determiniert* und durch die anzuwendenden Verhaltensnormen *limitiert*. Die Kompetenz zur Rechtserzeugung würde also überschritten, wenn ein Gericht den Kauf einer Tageszeitung als gegen die guten Sitten verstoßend klassifizierte.

### Das Folgeproblem

Kompetenzgrenzen bestimmen sich nicht von selbst. Die Rechtserzeugung ist nur möglich, wenn sie die Bedingung identifiziert, unter der sie auch Rechtsanwendung ist. Mit dem Prinzip der Kompetenzausübung ist also wenig gewonnen. Die Rechtserzeugung ist möglich aufgrund des Verfahrensrechts. Begrenzt wird sie durch dieses selbst und durch die Bedeutung einer allenfalls angewendeten Verhaltensnorm. Die Ausübung von Kompetenz ist daher nur denkbar, wenn man schon vorverstanden hat, was Rechtsanwendung ist (vor allem die Anwendung von prozeduralen Normen). Kompetenzausübung klärt den Begriff der Rechtsanwendung nicht auf. Sie setzt ihn vielmehr voraus.

Aus diesem Dilemma lässt sich ein rechtsdynamischer Ausweg nur finden, indem man mit dem synthetischen Prinzip ernst macht. Die Bestimmung der Rechtsanwendung (d.h., der Grenzen der Kompetenzausübung) ist selbst als Kompetenzausübung zu verstehen. Damit wird die Bestimmung der Unterscheidung von Rechtsanwendung und Rechtserzeugung zu einer Angelegenheit, die dem sich selbst setzenden Prozess der Rechtserzeugung immanent ist.

Der Bereich der Rechtsanwendung ist ein Produkt der Rechtserzeugung, die sich selbst differenziert in ein ungebundenes Element und in das Element der Rechtsanwendung, das dieses ermöglicht. Es gibt

nur einen Erzeugungsprozess. Mit den Rechtssatzformen des Stufenbaus (Gesetz, Verordnung, Urteil) wird dessen produktiver Aspekt hervorgehoben. Das Element der Anwendung bleibt abgedunkelt. Sie ist möglich – kraft Setzung –, aber unbestimmt. Das Recht regelt seine eigene Erzeugung. Folglich zieht es selbst die Grenze zwischen Anwendung und Erzeugung.

Für das ungeschulte Ohr mag das abstrakt klingen. Damit verbunden ist wenigstens ein konkretes Problem. Es ist altbekannt und markiert den Punkt, an dem Kelsens denkwürdiger Aufsatz abbricht. Unlängst hat Alex Stone Sweet dem Problem den Namen „*juridical coup d'État*“ gegeben. Damit meint er eine fundamentale Veränderung der normativen Grundlagen des Rechtssystems durch die Verfassungsrechtsprechung.<sup>22</sup> Ein Höchstgericht oder Verfassungsgericht beginnt beispielsweise, Grundrechte in der Verfassung zu entdecken, obwohl der Text der Verfassung dafür keinen Anhaltspunkt bietet. Die Gesetzgebung findet sich mit Ermessensbegrenzungen konfrontiert, die aus dem Verfassungstext bislang nicht ablesbar waren. Man mag dem Verfassungsgericht entgegenhalten, dass es mit solchen Weistümern den Boden der Anwendung von Verfassungsrecht verlassen habe.

Kelsen war solcher Wandlungsprozesse gewahr. Er nahm sie gelassen hin. (406-407):

Die als ‚Verfassungswandlung‘ bezeichnete Tatsache, dass sich die Handhabung der Verfassungsnormen allmählich und unmerklich dadurch ändert, dass den unverändert bleibenden Worten des Verfassungstextes ein anderer als der ursprüngliche Sinn beigelegt, oder dass sich eine zum Wortlaut in jedem möglichen Sinne der Verfassung in Widerspruch stehende Praxis bildet, ist kein, den verfassungsnormen spezifischer [sic], sondern ein auf allen Rechtsgebieten zu beobachtendes Phänomen.

---

22. Alex Stone Sweet, *The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority*, *German Law Journal* 8 (2007) 915-927.

In der zweiten Auflage der Reinen Rechtslehre spricht Kelsen aus, dass es höchste Organe geben müsse, deren Zuständigkeit nicht mehr durch noch höhere Organe überprüft werden könne.<sup>23</sup>

Sie erweisen sich als höchste Organe dadurch, dass die von ihnen gesetzten Normen im großen und ganzen wirksam sind. Denn dann wird die sie zur Setzung dieser Normen ermächtigende Norm als gültige Verfassung vorausgesetzt.

Es sieht so aus, als meinte Kelsen, dass es letztlich eine Frage der Effektivität sei, welche Akte die höchsten Organe als Akte der Rechtsanwendung ansehen.

Aber so einfach ist das nicht. Das Verhältnis von Geltung und Wirksamkeit, vor dessen Hintergrund die Bestimmung der Rechtsanwendung abläuft, ist durchaus ein vertracktes.

Nehmen wir an, ein rechtsanwendendes Organ gelangt zur Überzeugung, jegliche Vereinbarung von sexuellen Dienstleistungen sei für nichtig zu erklären, weil solche Vereinbarungen gegen die guten Sitten verstoßen. Das Organ mag glauben, dass es von Rechts wegen dazu verpflichtet sei, Nichtigkeitserklärungen dieser Art auszusprechen. Dieser Glaube ist naiv. Aus der Sicht der Kelsenschen Theorie verhält es sich so, dass das Organ dazu ermächtigt ist, seinen Glauben zu Recht zu machen. Es ist unter der Bedingung dazu ermächtigt, dass aus der Sicht des Appellationsorgans sich von Rechts wegen kein Einwand dagegen erheben lässt, die Vereinbarung von sexuellen Dienstleistungen als gegen die guten Sitten verstoßend zu deuten. Das Appellationsorgan bestimmt für das untergeordnete Organ, was es bedeutet, sich bei der Rechtserzeugung im Rahmen der Rechtsanwendung zu bewegen.

Die Schwierigkeit beginnt dann, wenn das Appellationsorgan sich in seiner Bestimmung des „Rahmens“ gültiger Rechtsanwendung über bestehende Konventionen hinwegsetzt. Was bleibt von der Normativität

---

23. Siehe Kelsen (Anm. 12) 280.

der Normen, wenn das Appellationsorgan den Ankauf einer bestimmten Tageszeitung für einen Verstoß gegen die guten Sitten hält?

Lass Dich überraschen ...

Man mag geneigt sein, die Normativität der Normen in Regeln des Sprachgebrauchs zu verankern und daraufhin zu schließen, dass semantisch absurde Rechtsanwendungen nichtig sein müssen. Das Appellationsorgan hätte folglich nicht Recht gesprochen.

Ich habe Zweifel, ob Kelsen mit dieser Antwort zufrieden gewesen wäre. Nach Kelsen müsste man wohl schrittweise vorgehen:

1. Die rechtsanwendenden Organe können kraft positiven Rechts nur dann Rechtsakte setzen, wenn diese auf generellen Normen basieren.
2. Diese Bedingung gilt auch für das Appellationsorgan.
3. Sollte ein Akt des Appellationsorgans aus der Sicht der Normadressaten dieser Bedingung nicht genügen, ist der Akt als (absolut) nichtig zu betrachten.
4. Untergeordnete Organe, die Akte setzen, welche der Auffassung des Appellationsorgans widersprechen, müssen damit rechnen, ihre eigenen Akte vom Appellationsorgan für nichtig erklärt zu erhalten.

Es ist zu erwarten, dass die Normadressaten und die subordinierten Organe in der Regel *aus Gründen der Klugheit* der Auffassung des Appellationsorgans folgen werden. Die Auffassung des übergeordneten Organs wird – und das ist der entscheidende Gesichtspunkt – von ihnen so

behandelt, *als ob* sie gilt.<sup>24</sup> Präziser gesagt bestimmt nicht die tatsächliche Auslegung der Norm durch das Appellationsorgan die Norm, sondern jene weitere Norm, wonach man der tatsächlichen Auslegung folgen soll. Ob eine solche Norm Bestandteil einer Rechtsordnung ist, ist eine *quaestio facti*. Natürlich wirft dieser Frage die *quaestio iuris* auf, ob diese Regel von der Verfassung autorisiert ist. Stone Sweet dürfte vermuten, dass richterliche Coups die Grundnorm der Verfassung ändern, insofern sie das Rechtssystem inhaltlich auf eine Weise verändern, die vom ursprünglichen Rechtserzeugungssystem nicht antizipiert gewesen war.<sup>25</sup> Aber das ist nicht der entscheidende Gesichtspunkt, wenn wir konzedieren, dass die Verhältnisbestimmung von Anwendung und Erzeugung dem Rechtserzeugungsprozess immanent ist. Wesentlich ist, dass vorgebliche richterliche Coups dann geltendes Recht darstellen, wenn die Verfassung die Gerichte dazu ermächtigt, ihre Bestimmung von Rechtsanwendung als geltendes Recht zu setzen.

Daran knüpfen sich zwei weitere Fragen.

Erstens ist ungewiss, ob durch „überraschende“ gerichtliche Rechtserzeugung – sie ist beim EuGH notorisch – überhaupt die Kontinuität der Verfassung gebrochen wird. Einerseits mag man annehmen, dass, sobald die subordinierten Organe aus Gründen der Klugheit die Divinationen der höchsten Gerichte für geltendes Recht nehmen, die Verfassung um eine Erzeugungsregel ergänzt wird, die beispielsweise besagt, dass ein Verfassungsgericht der Verfassung derogieren darf, wenn es vorgibt, die Verfassung anzuwenden. Das ist eine präzisere Formulierung dessen, was Stone Sweet als Änderung der Grundnorm vorschwebt. Andererseits ist aber nicht zu entscheiden, ob diese Regel, sobald der ersten Erleuchtung des Verfassungsgerichts gefolgt wird, nicht

---

24. Dies ist übrigens der Art und Weise analog, wie Normenkonflikte gelöst werden.

25. Siehe Stone Sweet (Anm. 22) 917.

ohnedies schon in der Verfassung enthalten war. Sie wird bloß zum ersten Mal angewandt. Insofern muss von einem Kontinuitätsbruch *nicht im Entferntesten* die Rede sein.

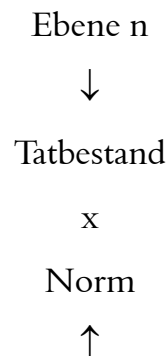
Zweitens aber ist fraglich, ob ein Rechtssystem des Kelsenschen Typs überhaupt *effektiv* sein könnte, wenn es im Verhältnis zwischen subordinierten und superordinierten Organen nicht eine Regel zur Auflösung von Konflikten enthielte. Wenn die subordinierten Organe den schrägen Rechtsauffassungen des Appellationsorgans nicht folgen, droht das Rechtssystem auseinanderzufallen oder in einer Pattsituation zu verharren. Man *mag* daraus schließen, dass jeder Prozess der Rechtserzeugung, um sich ermöglicht zu sehen, eine Regel zur Auflösung solcher Konflikte vorzusehen hat, weil andernfalls die Kontinuität des Prozesses nicht garantiert wäre. Die effektive Kontinuität ist eine Bedingung, wenn auch nicht der Grund, der Geltung. Man könnte sogar so weit gehen zu behaupten, dass unter quasi-transzendentalen Vorzeichen es *irgendeine* Regel zur Auflösung der Pattsituation geben müsse, weil andernfalls das Rechtssystem nicht möglich wäre. Jedes Rechtssystem hätte eine Blankoermächtigung enthalten, eine auflösende Regel einzuführen, sofern man als Organwalter *de facto* die Autorität dazu hat, unabhängig davon, um was für eine Regel es sich handelt (man könnte das Obergericht auch an die Untergerichte binden, womit sich das Subordinationsverhältnis freilich umkehrte).

Allerdings handelt es sich dabei letztlich um eine reine Konstruktionsfrage. Ob man Kontinuität oder Diskontinuität annimmt, ist eine Frage des Temperaments (sie ist insofern der Frage, welche Form des Monismus man bevorzugt, nicht unähnlich). Jedenfalls bestimmt die Effektivität dessen, was als Normanwendung aufgefasst wird, den Inhalt der geltenden Norm. Nichts gilt, ohne *in einer bestimmten Bedeutung* zu gelten.

Daraus folgt nicht, dass nach Kelsen Geltung und Effektivität zusammenfallen. Die für die Geltung maßgebliche Effektivität einer Normauslegung unterscheidet sich von der Effektivität der Normen dadurch, an jener „reflective critical attitude“<sup>26</sup> manifest zu sein, mit der Organe Verhalten im Hinblick auf anzuwendende Normen beurteilen. Es ist möglich, dass beide auseinanderfallen. Alle Organe mögen darüber Einverständnis haben, dass Abmachungen über sexuelle Dienstleistungen nach geltendem Recht gegen die guten Sitten verstoßen, aber niemand mag die Norm anwenden, weil sie allen hoffungslos veraltet erscheint.

### Zweifach grundlose Geltung

Der Rechtserzeugungsprozess wird von Kelsen, der darin Merkl folgt, als Stufenbau gedacht. Die hierarchisch übergeordnete Norm verweist auf einen Tatbestand, der vorliegen muss, damit eine hierarchisch untergeordnete Norm erzeugt werden kann. Menschliche Akte erhalten damit nach Kelsen ein Janusgesicht. Aus der Sicht der erzeugenden Norm sind bestimmte Akte rechtserzeugende Tatbestände. Sind diese Tatbestände geltungsbegründend gesetzt worden, erscheinen sie aus der Sicht der nächsten subordinierten Stufe als Norm (400).



---

26. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2. Aufl. Oxford 1994, 57, 98.

## Ebene n+2

Damit wird deutlich, weshalb der Tatbestand, dass die subordinierten Organe den schrägen Auffassungen des Appellationsorgans folgen, sich systemimmanent als Erzeugungsnorm darstellen muss. Sonst hätte die Praxis aus der Sicht derer, die sie für verbindlich halten, keinen Grund. Der Grund ist eine Rechtserzeugungsregel, der sie folgen. Das Explizit-Machen dieser Regel erklärt, weshalb es der Grundnorm bedarf.

Die Grundnorm begründet die Einheit der Rechtsordnung in ihrer Selbstbewegung (399). Sie ist die erste Kompetenznorm. Indem sie die erste Kompetenznorm ist, repräsentiert sie, was die Kontinuität des Rechtserzeugungsprozesses zusammenhält und damit auch den Grund der Unterscheidung zwischen Rechtserzeugung und Rechtsanwendung.

Die Grundnorm ist Norm, ohne auf der Erfüllung eines Tatbestands einer noch höherrangigeren Norm zu basieren. Sie ist *bloß Norm* für die untergeordneten Normen, ohne aufgrund einer anderen Norm *gesetzt* worden zu sein.

Grundnorm

Norm

↑

Ebene 1

Über die Grundnorm und ihren Inhalt ist viel geschrieben worden.<sup>27</sup>  
Ich will zu dieser Literatur keinen Beitrag leisten, sondern abschließend

---

27. Für eine glänzende Darstellung der unterschiedlichen Versionen der Grundnorm in Kelsens Lehre siehe unlängst Stanley L. Paulson, Ralf Dreiers Kelsen, in: R. Alexy (Hrsg.), *Integratives Verstehen. Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers*, Tübingen

eine alternative Deutung vorschlagen, die – zugegeben – an Hart gemahnt.

Die Grundnorm gibt eine notwendige Effektivitätsbedingung als (unzureichende) Geltungsbedingung aus. Damit kontinuierliche Normerzeugung und damit die Effektivität der Rechtsordnung möglich sein kann, sind Rechtsnormen von den rechtsanwendenden Organen so zu behandeln, *als ob* sie gelten. Kelsen hat das Pferd beim Schwanz aufgezügelt, als er sagte, sobald man eine im großen und ganzen effektive Zwangsordnung vor sich habe, sei eine Grundnorm vorauszusetzen, um diese Zwangsordnung als etwas Normatives beschreiben zu können. Dahinter verbirgt sich, wie wohl Hart schon mutmaßte, eine Verwechslung von Grund und Folge, die Kelsen einst selbst am soziologischen Staatsbegriff gerügt hatte. Eine Rechtsordnung wäre als soziales Phänomen nicht zu haben (und also ineffektiv), wenn sie nicht als ein geltendes normatives System behandelt würde.<sup>28</sup>

Selbstverständlich ist die Grundnorm keine soziale Regel. Insoweit man Geltung als Verbindlichkeit versteht,<sup>29</sup> ist sie vielmehr ein tiefsinniges Symbol für die Grundlosigkeit der Rechtsgeltung. Sie anzunehmen korrespondiert dem normativ grundlosen sozialen Einverständnis darüber, dass man dem Recht folgen soll.

Ermöglicht wird die Existenz einer Rechtsordnung indes *auch* durch grundloses Einverständnis darüber, dass bestimmte Akte der Rechtserzeugung sich als Akte der Anwendung verstehen lassen. Indem die Grundnorm dem Rechtserzeugungsprozess Einheit verleiht, steht sie nicht bloß an dessen hierarchischer Spitze, um gleich einer Billardkugel

---

2007, 159-197. Siehe auch die Hinweise bei Sylvie Delacroix, Hart's and Kelsen's Concept of Normativity Contrasted, *Ratio Juris* 17 (2004) 501-520.

28. Siehe Kelsen (Anm. 9) 83.

29. Für eine Einführung in Kelsens methodologisches Normativitätsverständnis siehe Stanley L. Paulson, Der Normativismus Hans Kelsens, *Juristenzeitung* 11 (2006) 529-536.

diesen Prozess anzustoßen (adäquater wäre es die Grundnorm als Billardtisch zu bezeichnen, aber dieser Vergleich mutet seltsam an), sondern garantiert auch die Kontinuität des Prozesses. Ein Rechtssystem a la Kelsen ist nur möglich, wie wir gesehen haben, wenn Akte objektiv als Akte der Rechtsanwendung bestimmt werden können. Die Bestimmung solcher Akte ist dem Prozesses immanent. Die Möglichkeit, dass dabei Einverständnis bestehen kann, wird ebenfalls durch eine Grundnorm garantiert.

Die Grundnorm betrifft die Geltungsbegründung also *auch* beim Geltungstransfer. In beiderlei Hinsicht ist wesentlich zu sehen, was die Grundnorm nicht ist. Sie ist nicht ein Äquivalent des Sozialkontrakts oder des ursprünglichen Kontrakts. Letztere Vorstellung charakterisiert Kelsen als „primitive Form der Darstellung“, die dem individualistischen Prinzip huldigt, wonach ein Mensch nur soll, was er will (400-401). Hinter dem Sozialkontrakt stehe diese weitere inhaltliche Norm, durch welche alle Geltung subjektiviert werde. Worauf es aber ankomme, sei die objektive, vom „Wünschen und Wollen der Unterworfenen unabhängige Geltung der sozialen Ordnung“ (401). Die Grundnorm ist demgegenüber inhaltsunabhängig (402). Sie muss inhaltsunabhängig sein, weil der Prozess ja ein Prozess der Rechtserzeugung ist. Die Grundnorm ist aber auch nicht die *pouvoir constituant* im Sinne der Nation, die faktisch die Verfassung autorisiert oder auch vermöge ihrer Homogenität den Eindruck der Kontinuität des Rechtserzeugungsprozesses sichert.

Auf dem Grund des Geltungsanspruchs des Rechts herrscht tiefe Leere. Oberflächlich verspricht Kelsens Lehre Nüchternheit. Was sie uns darüber hinaus bietet, ist bodenloser Pessimismus.