Markus D. Fyrnys*

Primat des Völkerrechts – Die Völkerrechtslehre *Hans Kelsens*

„Subjektive und objektive Rechtsanschauung stehen im Kampfe um die heutige Jurisprudenz. Sonderlich die Völkerrechtstheorie schwankt zwischen den Gegensätzen einer staats-individualistischen und einer menschheits-universalistischen Betrachtungsweise, zwischen dem Subjektivismus des Primats staatlicher Rechtsordnung und dem Objektivismus des Primats des Völkerrechts unsicher hin und her. (…) Aber dennoch ist sie auf dem sicheren Wege zu einer objektivistischen Rechtsanschauung."[1]

Abstract

Durch die Konstruktion einer universalen Rechtsordnung mit dem Primat des Völkerrechts relativiert *Kelsen* das traditionelle Begriffsverständnis von Staat und Souveränität und leistet einen entscheidenden Beitrag in der völkerrechtstheoretischen Kontroverse um die zentralen Fragen der Völkerrechtswissenschaft: Worin liegt der Geltungsgrund des Völkerrechts? Wie ist das Verhältnis zwischen Völkerrecht und staatlicher Rechtsordnung zu bestimmen?
Inhalt dieses Beitrages ist es, diese Konstruktion, wie sie *Kelsen* in seinem Werk „Reine Rechtslehre" aus dem Jahr 1934 exemplarisch entwickelt,

* *Markus D. Fyrnys* ist Student der Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für öffentliches Recht und Rechtsphilosophie der Universität Mannheim von Prof. Dr. *Hans-Joachim Cremer*. – Die Grundgedanken des vorliegenden Beitrags wurden im Rahmen eines Seminars von Prof. Dr. *Armin von Bogdandy*, Prof. Dr. *Sergio Dellavalle* und Prof. Dr. *Stefan Kadelbach* zum Thema „Normative Theorien transnationaler Beziehungen" vorgetragen. Aus der Diskussion wurden fruchtbare Anregungen empfangen. Prof. Dr. *Hans-Joachim Cremer* ist für förderliche Kritik zu danken.

1 *Kelsen*, Probleme der Souveränität (PdS), 2. Auflage (1928), S. 319.

unter Berücksichtigung seines Gesamtwerkes in logischen Schritten nachzuzeichnen.
Der rechtstheoretische Bestand der Reinen Rechtslehre bildet das denknotwendige Fundament für *Kelsens* Konzeption. Darum werden zunächst die wesentlichen Merkmale dieser allgemeinen Rechtslehre dargestellt (II). Anschließend rekonstruiert der Beitrag *Kelsens* Völkerrechtslehre in methodenkritischer Auseinandersetzung zur zeitgenössischen Staats- und Völkerrechtslehre (III). Schließlich setzt sich die Arbeit kritisch mit der Völkerrechtskonstruktion *Kelsens* auseinander und stellt ihre Bedeutung im Lichte der aktuellen Kontroverse zwischen Völkerrechtskonzeptionen „amerikanischer" und „europäischer" Prägung dar (IV).[2]

I. Einleitung

In einem internationalen Ordnungssystem, das nach dem westfälischen Prinzip auf der Gleichstellung ihrer Glieder beruht, stellt die Geltung des Rechts ein Problem dar. Als eine koordinationsrechtliche Ordnung unterscheidet sich das Völkerrecht von der staatlichen Rechtsordnung durch das Fehlen bzw. die Schwäche der Zentralgewalt als Rechtsgeltung generierende Macht bzw. Institution. Diese kontraktualistische Schwäche hat von *Hobbes* und *Spinoza* bis an die Schwelle der Gegenwart immer wieder Zweifel an der Rechtsnatur des Völkerrechts laut werden lassen.[3]

Die zentralen völkerrechtstheoretischen Fragen sind damit gestellt: Ist Völkerrecht verbindliches Recht? Wie lässt sich in einer nicht auf Subordination, sondern auf der Gleichberechtigung souveräner Staaten beruhenden internationalen Gemeinschaft eine normative Theorie transnationaler Beziehungen entwerfen? Wie kann das Verhältnis zwischen Völkerrecht und staatlicher Rechtsordnung begriffen werden?

Diese Fragen, deren Beantwortung mit dem Universalisierungsprozess des Völkerrechts im 19. Jahrhundert zur praktischen Notwendigkeit wurde,[4] wurden zur Zeit des Fin de Siècle und des beginnenden 20. Jahrhunderts kontrovers erörtert.

Grundsätzlich wurde das Verhältnis zwischen Völkerrecht und staatlicher Rechtsordnung und die damit verbundene Geltungsbegründung des Völkerrechts dualistisch oder monistisch bestimmt.

---

2 Dieser Beitrag konzentriert sich damit auf die theoretische Begründung des kosmopolitischen Projektes *Kelsens* und vernachlässigt die tatsächlichen Konturen dieses Projektes, wie Akteure, Quellen und Gerichte des universalen Rechts, die in den rechtspolitischen bzw. *de lege ferenda* ausgerichteten Schriften *Kelsens* deutlich werden. Dazu *von Bernstorff*, Der Glaube an das universale Recht – Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler, 2001, S. 109 ff.

3 *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht I/1, 2. Auflage (1989), S. 34.

4 *Ebd.*, S. 35.

1. Dualismus

Nach traditionellem Verständnis sind Völkerrecht und einzelstaatliches Recht zwei getrennte Rechtsordnungen,[5] „zwei Kreise, die sich höchstens berühren, niemals schneiden."[6] Diese dualistische Zwei-Kreise-Lehre lässt außer dem Schnittpunkt einzelstaatlicher Transformation keine selbstständige Rezeption von Völkerrechtssätzen in der staatlichen Rechtsordnung zu.[7] Das Völkerrecht steht zunächst außerhalb der geltenden staatlichen Rechtsordnung. Ein Eindringen des Völkerrechts durch den „Souveränitätspanzer" in die staatliche Rechtsordnung ist nur durch einen staatlichen Transformationsakt möglich. Nur durch diesen staatlichen Rezeptions- oder wie immer gearteten Geltungsbefehl kann die Geltung des Völkerrechts herbeigeführt werden. Durch ihn wird das Völkerrecht in innerstaatliches Recht umgeformt bzw. zur Anwendung gebracht und erfährt dadurch juristische und faktische Geltung.[8]

Der Dualismus perpetuiert das traditionelle Souveränitätsdogma und macht die Geltung des Völkerrechts vom Willen des souveränen Staates abhängig.

2. Monismus

Der Monismus begreift Völkerrecht und staatliches Recht als Teilrechtsordnungen einer einheitlichen Gesamtrechtsordnung. In diesem einheitlichen Ordnungssystem kann entweder dem staatlichen Recht oder dem Völkerrecht Vorrang zuerkannt werden. Die taxonomische Wirkung der Delegation zwischen bedingender, übergeordneter Teilrechtsordnung und bedingter, untergeordneter Teilrechtsordnung stellt dabei den Einheitsbezug allen positiven Rechts her.

Nach der monistischen Lehre mit dem Primat des staatlichen Rechts bestimmt der Staat die Entstehung des Völkerrechts dadurch, dass er das Völkerrecht als für sich verbindlich anerkennt.[9] Durch diese voluntative Selbstverpflichtung des souveränen Staates wird Völkerrecht zum Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung als bloßes, „äußeres Staatsrecht" im noch hegelianischen Sinne.[10]

---

5 Vgl. *Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht, 1899, S. 1 *passim*; *Anzilotti*, Lehrbuch des Völkerrechts I, 3. Auflage (1929), S. 36 – 47; *Rudolf*, Völkerecht und Landesrecht, 1976, S. 1 *passim*; *Walz*, Völkerrecht und staatliches Recht, 1933, S. 1 *passim*.

6 Vgl. *Triepel* (Fn. 5), S. 111.

7 *Triepel* (Fn. 5), S. 156, 256; Zur Konstruktion der dualistischen Theorie nach *Triepel* siehe unten Anschnitt II. 3. a).

8 Der gemäßigte Dualismus räumt Beziehungen und Konfliktmöglichkeiten der beiden verschiedenen Rechtsmassen ein. Demnach könne das Völkerrecht den Staat rechtlich binden, aber nicht unmittelbar verhindern, dass die Staaten jederzeit völkerrechtswidrige aber staatsrechtlich gültige Normen erlassen könnten, sofern die immanenten Vorschriften der eigenen Rechtsordnung gewahrt blieben, vgl. *Walz* (Fn. 5), S. 260 f.

9 Vgl. *Bergbohm*, Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts, 1877, S. 1 *passim*; *Wenzel*, Juristische Grundprobleme, 1920, S. 1 *passim*; *Zorn*, Grundzüge des Völkerrechts, 1919, S. 1 *passim*.

10 *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Auflage (1984), S. 15, 53.

Neben anderen Autoren[11] entwickelt *Kelsen* als Vertreter der Wiener Rechtsschule die monistische Lehre mit dem Primat des Völkerrechts. In seiner theoretischen Konstruktion einer universal-einheitlichen und kohärenten Gesamtrechtsordnung delegiert das Völkerrecht sowohl Geltungsgrund als auch Geltungsbereich der einzelstaatlichen Rechtsordnungen und wirkt als Recht höheren Ranges in die staatliche Rechtssphäre.[12] Dort ist das übergeordnete Völkerrecht gemeinsam mit dem staatlichen Recht unmittelbar, ohne die Notwendigkeit einer Umformung oder sonst eines besonderen Geltungsbefehls auf die Normadressaten, einschließlich des Individuums als dem letztlich eigentlichen Adressaten allen Rechts anwendbar.[13]

II. Reine Rechtslehre als erkenntnis- und rechtstheoretisches sowie methodologisches Fundament für die Völkerrechtslehre *Kelsens*

Die erkenntnis- und rechtstheoretischen Postulate sowie das methodologische Grundprinzip der Reinen Rechtslehre bilden die zentralen Fundamente der Konstruktion einer universalen Rechtsordnung mit dem Primat des Völkerrechts. Ziel ist die Begründung einer ideologiefreien, entmystifizierten Wissenschaft vom Recht, die dem wissenschaftlichen Anspruch an Objektivität – intersubjektiver Nachprüfbarkeit – genügt.[14]

---

11 Vgl. *Scelle*, Manuel élémentaire de droit international public, 1923, S. 1 *passim*; *Kunz*, Völkerrechtswissenschaft und reine Rechtslehre, 1923, S. 1 *passim*; *Guggenheim*, Völkerrechtliche Schranken im Landesrecht, 1955, S. 1 *passim*.

12 *Kelsen,* Reine Rechtslehre – Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik (RR), 1934, S. 129 ff. – Dieses Werk bildet die zentrale Textgrundlage dieses Beitrages. Es formuliert exemplarisch den in früheren Werken bereits angelegten Entwurf einer universalen Rechtsordnung mit dem Primat des Völkerrechts, wendet sich zugleich gegen die herrschende Rechts- und Staatslehre des Fin de Siècle und des beginnenden 20. Jahrhunderts und ist der zentrale Gegenstand des zeitgenössischen und späteren rechtstheoretischen bzw. völkerrechtstheoretischen Diskurses. Die zweite Auflage dieses Werkes, *Kelsen*, Reine Rechtslehre (RR 1960), 2. Auflage (1960), erschien 26 Jahre später und ist darum für den Bestand dieses Beitrages weniger geeignet. Die ungleich umfangreichere Auflage wird dort zitiert, wo eine ausführlichere Sicht und Differenzierung der rechttheoretischen Überlegungen der ersten Auflage geboten erscheint.

13 Auf der Grundlage beider monistischen Lehransätze entwickelte sich der gemäßigte Monismus, der Konfliktmöglichkeiten der beiden Rechtsmassen anerkennt. Es sei möglich, dass die Staaten mit bindender Wirkung im innerstaatlichen Bereich völkerrechtswidrige Gesetze erließen. Der innerstaatliche Vorrang von Gesetzen gegenüber dem Völkerrecht sei aber provisorischer Natur, weil Staaten *erga omnes* völkerrechtlich verpflichtet seien, den völkerrechtsgemäßen Zustand wiederherzustellen, also auf Verlangen anderer Staaten völkerrechtswidrige Normen aufzuheben oder außer Kraft zu setzen. Ein Konflikt werde daher stets zugunsten des Völkerrechts entschieden.

14 *Kelsen*, RR (Fn. 12), S. 1.

1. Systemeinheit des Rechts als methodologisches Postulat

Die Reine Rechtslehre folgt dem Postulat der neukantianischen Epistemologie,[15] dass alles Erkennen ein Erzeugen des Objekts durch das Subjekt sei, die Methode daher das Erkenntnisobjekt konstituiere.[16]

Nutzt man ein einheitliches Erkenntnisverfahren, wie die juristische Methode, dann ist auch das Erkenntnisobjekt einheitlich zu fassen.[17] Nach *Kelsen* ist die erkenntnistheoretische Einheit allen Rechts *conditio sine qua non* für die Qualifikation der Rechtswissenschaft als eigenständige, in sich geschlossene Wissenschaftsdisziplin:[18] „Hier genügt die Feststellung, dass die Jurisprudenz in demselben Maße Wissenschaft wird, als sie dem Postulat der Einheit ihrer Erkenntnis genügt, als es ihr gelingt, alles Recht als ein einheitliches System zu begreifen."[19]

Die Aufgabe eines Rechtswissenschaftlers besteht also darin, das Recht – Völkerrecht und einzelstaatliches Recht – als einheitliches System zu denken.[20]

2. Dualismus von Sein und Sollen

Die philosophische Frage, ob die Welt bloß als Sphäre des Seins oder auch als Sphäre des Sollens zu deuten ist, beantwortet *Kelsen* in der kantischen und neukantianischen Tradition, die Logik und Empirie der reinen Vernunft und Werturteile der prakti-

---

15 *Zolo*, Hans Kelsen: International Peace through International Law, EJIL 1998, S. 307, 323: "Kelsen's monistic assumption stands or falls with the neo-Kantian philosohpy from which it derives."; *Jakab*, Kelsens Völkerrechtslehre zwischen Erkenntnistheorie und Politik, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 64 (2004), S. 1045, 1048; *Paulson*, Vorwort zum Neudruck, in: Kelsen, RR (Fn. 12), S. VI, der im späteren Werk *Kelsens*, dessen Abweichen von der rein neukantianischen Epistemologie erkennt, *ebd.*, S. VII f.

16 *Cohen*, Logik der reinen Erkenntnis, 1902, S. 1 *passim*.

17 Die Wiener Rechtsschule unterstützte ihre Auffassung zur neukantianische Methodologie mit Parallelentwicklungen in der modernen Theoretischen Physik, siehe *Verdross*, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes, 1923, Vorwort S. V (Verdross zitiert aus dem Werk: Max Planck, Die Einheit des physikalischen Weltbildes, 1909): „‚Sehen wir genauer zu', schreibt Planck, ‚so glich das alte System Physik gar nicht einem einzigen Bilde, sondern viel eher einer Gemäldesammlung; denn für jede Klasse von Naturerscheinungen hatte man ein besonderes Bild. Und diese verschiedenen Bilder hingen nicht miteinander zusammen; man konnte eines von ihnen entfernen, ohne die anderen zu beeinträchtigen. Das wird in dem zukünftigen physikalischen Weltbild nicht möglich sein. Kein einziger Zug desselben wird als unwesentlich fortgelassen werden können; jeder ist vielmehr unentbehrlicher Bestandteil des Ganzen und besitzt als solcher eine bestimmte Bedeutung für die beobachtete Natur und umgekehrt wird und muß jede beobachtete physikalische Erscheinung in dem Bilde einen genauen ihr entsprechenden Platz finden.' Diese Worte gelten sowohl in historischer, wie in programmatischer Richtung auch für die positive Rechtswissenschaft." so *von Bernstorff* (Fn. 2), S. 70 f.; *Jakab* (Fn. 15), S. 1049.

18 *von Bernstorff* (Fn. 2), S. 70.

19 *Kelsen*, PdS (Fn. 1), S. 123.

20 *Kelsen*, General Theory of Law and State (GT), 1961, S. 373: „The unity of national and international law is an epistemological postulate."

schen Vernunft zuordnet. Die Reine Rechtslehre bestätigt die Existenz beider Sphären, indem sie Sollen und Sein unterscheidet.[21] *Kelsen* kann den Dualismus von Faktizität und Normativität nicht näher begründen. Vielmehr sei er dem menschlichen Bewusstsein unmittelbar gegeben, da niemand leugnen könne, dass daraus, dass etwas sei, nicht folgen könne, dass etwas sein solle, sowie daraus, dass etwas sein solle, nicht folgen könne, dass etwas sei.[22] Einen logischen, unmittelbaren Übergang von deskriptiven zu normativen Aussagen kann es damit nicht geben.

3. Gegensatz von kausaler und normativer Wissenschaft

Die gegenstandskonstituierende Funktion der Methode und der Dualismus von Sein und Sollen führen denknotwendig zur Unterscheidung von kausalen und normativen Wissenschaften. Ihre Differenzierung ergibt sich aus der Verschiedenheit der sie konstituierenden Vorstellungsverknüpfung:[23] Kausalität und Zurechnung.[24]

Kausalwissenschaften wie Naturwissenschaften und Sozialwissenschaften sind auf die Erkenntnis eines Seins gerichtet. Sie verknüpfen Phänomene aus der Lebenswirklichkeit nach dem Gesetz von Ursache und Wirkung. Normwissenschaften sind dagegen auf die Erkenntnis eines Sollens gerichtet. Sie ermitteln den Sinn von Verhaltensvorschriften als objektiv gesollt und verknüpfen diese Phänomene nicht nach dem Prinzip der Kausalität, sondern nach der Zurechnung, nicht durch die Kopula „ist“ als Seinsaussage, sondern durch die Kopula „soll“ als Sollensaussage.[25]

4. Positives Recht als normative Kategorie im objektiv normativen Erkenntnisverfahren

Nach *Kelsen* besteht das Recht aus Soll-Anordnungen, die der Kategorie des Sollens zugeordnet werden. Erst die im Kopf des Juristen vollzogene Anwendung einer juristischen Sollenskategorie *a priori* auf empirisch verifizierbare Normen konstituiert das Recht als Sollensordnung.[26] Die Reine Rechtslehre ist daher eine normative Theorie des Rechts.[27]

Kelsen definiert Recht als Zwangsnorm[28] oder als Zwangsordnung,[29] deren Sätze[30]

---

21 *Walter*, Hans Kelsens Reine Rechtslehre, 1999, S. 10.
22 *Kelsen*, RR 1960 (Fn. 12), S. 5.
23 *Dreier*, Sein und Sollen – Bemerkungen zur Reinen Rechtslehre Hans Kelsens, Juristenzeitung 1972, S. 329, 330.
24 *Kelsen*, RR 1960 (Fn. 12), S. 79 f.
25 *Dreier* (Fn. 23), S. 329.
26 *von Bernstorff* (Fn. 2), S. 70.
27 *Walter* (Fn. 21), S. 10.
28 *Kelsen*, RR (Fn. 12), S. 25.
29 *Kelsen,* RR 1960 (Fn. 12), S. 34.
30 *Kelsen* teilt das Normenmaterial ein in Rechtsnorm als einer Funktion der das Recht schaffenden Autorität und Rechtssatz als einer Funktion der das Recht beschreibenden Rechtswissenschaft, *ebd.*, S. 73 ff.

„der Rechtsgemeinschaft zuschreibbare Zwangsakte statuieren."[31] Der Rechtssatz „wenn a (sanktionsauslösendes Verhalten), so b (Sanktion)" verdeutlicht die spezifische Eigengesetzlichkeit des Rechts gegenüber jener der Natur: die Verknüpfung von Tatbestand und Zwangsakt, die *Kelsen* als Zurechnung bezeichnet.[32] Die im Rechtssatz an eine bestimmte Bedingung geknüpfte Folge ist der staatliche Zwangsakt, die Strafe und die zivile oder administrative Zwangsvollstreckung. Das Zwangsmoment dient der Verwirklichung der Normen und Sätze, ihrer Effektivität. Ob eine Norm bzw. ein Satz effektiv gilt, hängt nach *Kelsen* von einem Minimum ihrer bzw. seiner Anwendung und Befolgung ab.[33] Demnach sei eine Ordnung nur dann gültig, wenn das menschliche Verhalten, das sie regelt, ihr tatsächlich, wenigstens zu einem gewissen Grade, entspreche.[34] Nur durch das wechselwirkende Element „effektiver Zwang – faktische Wirksamkeit" unterscheidet *Kelsen* die Rechtsordnung von jeder beliebigen anderen normativen Ordnung, etwa der der Moral oder Religion.[35]

Das positive Recht besteht also aus effektiven Normen, die von Menschen für Menschen gesetzt werden und damit unabhängig von jeglicher moralischer oder naturrechtlicher Geltungsbegründung deduziert werden.[36]

Die Reine Rechtslehre birgt mit diesen Postulaten ein methodologisches Grundprinzip:[37] Erkenntnisobjekt im rein rechtswissenschaftlichen Erkenntnisverfahren ist allein das positive Recht. Alles, was nicht zu diesem exakt als Recht bestimmten Gegenstand gehört, wird von *Kelsen* im rechtswissenschaftlichen Erkenntnisverfahren ausgeblendet.[38]

Kelsen „befreit" die objektive Jurisprudenz von fremden Elementen wie Anlehnungen aus der Psychologie, Naturwissenschaft, Ethik und Theologie[39] oder Methoden der empirischen und nach dem Kausalitätsprinzip erklärenden Sozialwissenschaften.[40] Ihm zufolge stellt die Vermengung der kausalen und normativen Erkenntnisverfahren einen unzulässigen Methodensynkretismus dar.[41] Auch politische Argu-

31 *Ebd.*, S. 35.
32 *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (AS), 1. Auflage (1925), S. 47 ff.
33 *Kelsen,* RR 1960 (Fn. 12), S. 10.
34 *Ebd.*, S. 10.
35 *Ebd.*, S. 52, 57 ff. In der 1. Auflage der Reinen Rechtslehre bleibt *Kelsen* im Hinblick auf dieses faktische Abgrenzungselement wesentlich undeutlicher: „Nicht irgendeine immanente Qualität und auch nicht irgendeine Beziehung zu einer metarechtlichen Norm (…) macht, daß eine bestimmtes Verhalten rechtswidrig (…) zu gelten habe; sondern ausschließlich und allein: daß es im Rechtssatz als Bedingung einer spezifischen Folge gesetzt ist, daß die positive Rechtsordnung auf diese Verhalten mit einem Zwangsakt reagiert," *Kelsen*, RR (Fn. 12), S. 25 f.
36 *Walter* (Fn. 21), S. 9.
37 *Kelsen*, RR (Fn. 12), S. 1.
38 *Kelsen*, RR (Fn. 12), S. 1.
39 *Ebd.*, S. 1.
40 Vgl. *Kelsen*, Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, in: Klecatzky/Marcic/Schambeck (Hg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule – Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, 1968, S. 3 ff.; ausführlich *Dreier*, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2. Auflage (1990), S. 29 – 39.
41 *Kelsen,* RR (Fn. 12), S. 2.

mentationsmuster werden in seinem rechtswissenschaftlichen Erkenntnisverfahren ausgeblendet. Sie geben Wertungen des Betrachters wieder. Mithin sind sie methodologisch unbegründbar und intersubjektiv nicht nachprüfbar.[42]

5. Lehre vom Stufenbau des Rechts

Der solipsistisch kognitiv erzeugte Erkenntnisgegenstand muss dem erkenntnistheoretischen Einheitsbezug Rechnung tragen.[43] Die Aufgabe eines Rechtswissenschaftlers besteht also darin, das positive Recht als einheitliches System zu konstruieren.

Diese Konstruktion einer logisch einheitlichen Struktur leistet die Lehre vom Stufenbau des Rechts. Das Recht ist ein System von Rechtsnormen.[44] Systemintern betrachtet, leitet sich jede geltende Rechtsnorm von einer anderen – ihre Geltung begründenden – Norm ab: „Die die Erzeugung bestimmende ist die höhere, die bestimmungsgemäß erzeugte ist die niedere Norm. Die Rechtsordnung ist somit nicht ein System von gleichgeordneten, gleichsam nebeneinander stehenden Rechtsnormen, sondern eine Stufenordnung verschiedener Schichten von Rechtsnormen."[45] Die taxonomische Wirkung der kontinuierlichen Delegation zwischen bedingender und bedingter Norm stellt dabei den Einheitsbezug allen positiven Rechts her.

6. Lehre von der Grundnorm

Dieser kontinuierliche Geltungszusammenhang im rechtlichen Stufenbau kann systemlogisch nicht abgeschlossen werden; die erste Geltungsanordnung kann durch einen *regressus ad infinitum* nicht ersetzt werden. Die Geltung von positiven Rechtsnormen bedarf einer Begründung.

Die Entscheidung für die Geltungsbegründung des positiven Rechts stellt zugleich ein erkenntnis- und rechtstheoretisches Grundsatzbekenntnis dar. Zum einen kann man den Rekurs auf eine höhere Norm ausdrücklich abbrechen und einen Schluss vom Sein aufs Sollen annehmen, der zwar nicht logisch, aber praktisch erscheint. Macht- und Anerkennungstheoretiker sowie Utilitaristen folgen dieser Lösung.[46] Zum anderen kann man die Geltung des positiven Rechts absolut begründen. Absolute Begründungen sind metaphysisch, wie diejenige *Kants*, philosophisch abstrakt bzw. wie die Lehren der großen Religionen naturrechtlich materiell.[47]

Dass sich für *Kelsen* diese Geltungsbegründungen verbieten, folgt aus den genannten erkenntnistheoretischen Postulaten und dem methodologischen Einheitsprinzip. Darum entscheidet er sich für eine axiomatische Lösung.

---

42 *Kelsen*, RR 1960 (Fn. 12), S. 1.
43 *Jakab* (Fn. 15), S. 1047.
44 *Kelsen*, RR (Fn. 12), S. 62.
45 *Ebd.*, S. 74.
46 *Röhl,* Allgemeine Rechtslehre, 2. Auflage (2001), S. 281.
47 *Ebd.*, S. 281.

Möchte man ein Anordnungssystem, das effektiv geworden ist, als geltendes Normensystem qualifizieren, so müsste man annehmen, dass der erste, bloß faktische Rechtssetzungsakt auf einer Ermächtigung mit Geltungsanordnung beruhe.[48] Dieses normative Axiom nennt *Kelsen* die Grundnorm. Diese hypothetische Annahme *a priori* bilde „die Einsetzung des Grundtatbestandes der Rechtserzeugung. Sie ist der Ausgangspunkt eines Verfahrens; sie hat (…) formal-dynamischen Charakter."[49] „In der Grundnorm wurzelt letztlich die normative Bedeutung aller die Rechtsordnung konstituierenden Tatbestände."[50] Das bedeute, dass nur unter der Voraussetzung der Grundnorm das empirische gesetzte Material, das sich im rechtswissenschaftlichen Erkenntnisverfahren anbietet, als Recht, das heißt als System von Rechtsnormen gedeutet werden könne.[51] Denn die erste faktische Anordnung allein könne nicht als hinreichende Bedingung weiterer Normen qualifiziert werden, da sie bloß ein Faktum sei. Aus einem Sein könne aber kein Sollen abgeleitet werden. Deshalb bedürfe es eben keiner Grundtatsache, sondern der Annahme der Grundnorm,[52] und zwar *a priori*, denn die Annahme der Grundnorm sei transzendentale Bedingung für eine rechtswissenschaftliche Erkenntnis im neukantianischen Sinne: „Ebenso wie die transzendentalen Gesetze der Erkenntnis nicht Erfahrungsgesetze, sondern Bedingungen aller Erfahrung sind, so ist die Grundnorm selbst kein positiver Rechtssatz, weil nicht selbst gesetzt, sondern nur vorausgesetzt: die Bedingung aller positiven Rechtsnormen. Und so wie man die empirische Welt nicht aus den transzendentalen Gesetzen, sondern vermittels ihrer begreifen kann, so kann man das positive Recht nicht etwa aus der Grundnorm gewinnen, sondern nur vermittels ihrer begreifen."[53] Diese das Begreifen ermöglichende Voraussetzung ist wiederum nur ein Kürzel für eine umfassende Argumentation, die *mutatis mutandis* einer „transzendentalen Analytik" *Kants* in dessen Kritik der reinen Vernunft folgt.[54]

7. Trennungslehre

Für *Kelsen* stellt die Geltungsbegründung des positiven Rechts ein erkenntnis- und rechtstheoretisches Grundsatzbekenntnis dar. Mit seiner Lehre von der Grundnorm solle deutlich werden, dass die Reine Rechtslehre das positive Recht nicht auf eine „höhere, göttliche, vernünftige oder natürliche Rechtsordnung" zurückführe.[55] Da in diesem axiomatischen System die Geltung des positiven Rechts nicht von moralischen oder naturrechtlichen Prinzipien, sondern von einer formalen, hypothetischen Grundannahme abhänge, könne die somit formulierte Trennungslehre jede metho-

48 *Walter* (Fn. 21), S. 11.
49 *Kelsen*, RR (Fn. 12), S. 64.
50 *Ebd.*, S. 66.
51 *Ebd.*, S. 66.
52 *Walter* (Fn. 21), S. 12.
53 *Kelsen*, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, in: Klecatzky/Marcic/Schambeck (Hg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule – Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, 1968, S. 281, 338.
54 *Paulson* (Fn. 15), S. V.
55 *Kelsen*, RR (Fn. 12), S. 39.

densynkretistische Vermengung des positiven Rechts mit anderen normativen Systemen ausschließen.[56]

III. Konstruktion einer monistischen Rechtsordnung mit dem Primat des Völkerrechts

Kelsen konstruiert auf Grundlage seiner Reinen Rechtslehre ein einheitliches, universales Rechtssystem mit dem Primat des Völkerrechts. In seinem Theorieentwurf setzt er sich kritisch mit der Staats- und Völkerrechtslehre des Fin de Siècle und des beginnenden 20. Jahrhunderts sowie mit dem zeitgenössischen juristisch-methodologischen Wissenschaftsverständnis auseinander.

1. *Kelsens* Allgemeine Staatslehre – Identität von Recht und Staat

Als Teil der Reinen Rechtslehre ist *Kelsens* Allgemeine Staatslehre deren erkenntnis- und rechtstheoretischen Postulaten unterworfen. Seine Staatslehre ist darum von aller Politik als sozialer Ethik und Technik sowie von aller kausalen Naturwissenschaft und Soziologie befreit. *Kelsen* definiert die Allgemeine Staatslehre als Theorie des positiven Staates.[57] Denknotwendige Folge dieser Postulate ist die These, dass im rechtswissenschaftlichen Erkenntnisverfahren Recht und Staat identisch seien. Spätestens mit dieser These erschüttert der Ikonoklast *Kelsen* die damals herrschende Staatslehre.[58] Die traditionelle Vorstellung vom Staat, der als ungezähmter Leviathan durch das Recht gebunden werden müsse, sollte durch die Identitätsthese profanisiert werden.[59]

a) *Jellinek* – die Selbstverpflichtung des souveränen Staates zum Völkerrecht

Exemplarisches Kritikobjekt *Kelsens* ist die Staats- und Völkerrechtslehre *Jellineks*, die nach traditioneller Auffassung das Recht vom Staat als kollektive Einheit trennt.

Der Staat kreiere eine Rechtsordnung, um sich dieser Rechtsordnung zu unterwerfen.[60] Nach der sogenannten Zwei-Seiten-Theorie existiere der Staat sowohl als Normenordnung als auch als realer Herrschaftsverband. Der Staat als eine „mit ursprünglicher Herrschermacht ausgerüstete Verbandseinheit sesshafter Menschen“[61] sei Voraussetzung für das Recht. Denn nur im Rahmen eines solch real existierenden Verbandes könne jene Macht generiert werden, welche die Existenz und Geltung des Rechts begründen könne.[62] Danach sei formaler Grund allen Rechts, auch des Völ-

56 *Walter* (Fn. 21), S. 13.
57 *Kelsen*, AS (Fn. 32), S. VII.
58 *Somek*, Staatenloses Recht, Kelsens Konzeption und ihre Grenzen, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 2005, S. 60, 61.
59 *Dreier* (Fn. 40), S. 208.
60 *Kelsen*, RR (Fn. 12), S. 115 f.
61 *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage (1914), S. 180 f.
62 *Ebd.*, S. 137 f., 174–183, 365.

kerrechts, der souveräne Wille des Staates, da „derselbe Rechtsbegriff, der den unbezweifelten Theilen des Rechts zugrunde liegt, auch das Wesen der für die internationalen Beziehungen gültigen Bestimmungen“[63] bilden müsse.

Jellinek beruft sich explizit auf *Hegel*, der bewiesen habe, dass, solange keine den Staaten übergeordnete Gewalt existiere, die Rechte der Staaten nur in ihrem Willen ihren Ursprung fänden.[64] Für *Hegel* bildet zwar prinzipiell ein von den Rechtssubjekten unabhängiger Wille den Geltungsgrund des Rechts. Da aber das Völkerrecht nicht auf einem überstaatlichen Willen, sondern auf „unterschiedenen souveränen Willen“ beruhe, sei es lediglich „äußeres Staatsrecht“. Das Verhältnis der Staaten zueinander sei „das von Selbständigkeiten, die zwischen sich stipulieren, aber zugleich über diesen Stipulationen stehen.“[65] Da „keine Gewalt vorhanden ist, welche gegen den Staat entscheidet, was an sich Recht ist, und die diese Entscheidung verwirklicht, so muß es in dieser Richtung immer beim Sollen bleiben.“[66]

Das Sollen wird durch den Akt der Selbstverpflichtung des Staates konstituiert. Dadurch können nur solche Sätze als Recht qualifiziert werden, die als Willen des Staates nachweisbar sind. *Jellinek* koppelt die Rechtsqualität des Völkerrechts damit unmittelbar an den empirisch verifizierbaren, voluntativen Erzeugungsprozess durch den souveränen Staat. Nach seiner anerkennungstheoretischen Selbstverpflichtungslehre bilde das „sich selbst verpflichtet Fühlen“ der menschlichen Gemeinschaft Staat den letzten psychologischen Geltungsgrund des Rechts.[67] Ohne eine übergeordnete rechtssetzende Macht könne ein Verpflichtungsverhältnis nur durch Identität zwischen Verpflichtendem und Verpflichtetem gedacht werden:[68] „Es erschöpft das Wesen des Rechts nicht, dass es Staatswille ist, denn nicht der Staatswille schlechthin, sondern der verpflichtete Staatswille ist Recht.“[69]

b) *Kelsens* Kritik an *Jellinek*

Kelsen lehnt die Zwei-Seiten-Theorie als sozial-faktisch geprägtes Verständnis vom Staat und die Selbstverpflichtungslehre ab.[70] Er vermutet hinter diesem Staatsverständnis von einem willensfähigen „Makroanthropos“ eine ideologische Funktionalisierung der Allgemeinen Staatslehre, deren Intention es nicht sei, das Wesen des Staates zu begreifen, sondern seine Autorität zu stärken.[71] Neben dieser Vermutung erklärt *Kelsen* die Hypostasierung des Staates mit der Tendenz des menschlichen Denkens, abstrakte Gebilde mit einer Person zu verbinden.[72] Das abstrakte Gebilde

63 *Jellinek*, Die rechtliche Natur der Staatenverträge, 1880, S. 1.
64 *Ebd.*, S. 2; *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Georg Wilhelm Friedrich Hegel Werke 7, 1986, S. 500.
65 *Ebd.*, S. 498.
66 *Ebd.*, S. 498.
67 *von Bernstorff* (Fn.2), S. 25 ff.
68 *Jellinek* (Fn. 63), S. 7.
69 *Ebd.*, S. 6.
70 *Kelsen*, RR (Fn. 12), S. 116.
71 *Ebd.*, S. 116.
72 *Ebd.*, S. 121.

Rechtsordnung, das allein nicht greifbar erscheine, werde mit einem Träger bzw. Schöpfer der Rechtsordnung verbunden, dem – als faktisch gegeben betrachteten – Staat.[73]

Den Staat als „eine natürliche, realpsychische, in der Welt des kausal bestimmten, seelisch-körperlichen Geschehens existente, ohne Beziehung auf ein als gültig vorausgesetztes Normensystem feststellbare Einheit"[74], als bloßes Faktum der Gewalt rechtswissenschaftlich greifen zu können, verbieten aber seine erkenntnistheoretischen Postulate der Disparität von Sein und Sollen und der Methodenreinheit. Das rechtswissenschaftliche Erkenntnisverfahren kann einen nicht-normativen Staatsbegriff nicht fassen.[75] Die ursprüngliche Herrschermacht sei demnach eine juristische Fiktion und die Verbandseinheit nichts anderes als eine Charakterisierung einer sozialen Zwangsordnung, ein soziales Gebilde als Ordnung menschlichen Verhaltens.[76]

c) Staat als normative Ordnung

Diese Fundamentalkritik liefert noch keine Begründung der Identitätsthese. Die Identität von Recht und Staat ergibt sich nur, aber dann notwendig mit der Annahme der erkenntnis- und rechtstheoretischen Postulate der Reinen Rechtslehre.

Demnach kann die soziale Gemeinschaft Staat als empirisches Faktum als Gegenstand im rechtswissenschaftlichen Erkenntnisverfahren nur als normative Ordnung begriffen werden, durch die der Staat als normatives und damit rechtswissenschaftlich greifbares Phänomen konstituiert wird.

Kelsen verdeutlicht diese denknotwendige Identität in seinem rechtstheoretischen System anhand der dem Staat zugerechneten Staatsakte und Staatsorgane.

Der Staat existiere als Inbegriff eines Normensystems, auf dessen Grundlage Staatsakte als institutionelle Tatsachen entstehen: „All die äußeren Veranstaltungen, in denen man die Macht des Staates zu erblicken pflegt, die Gefängnisse und Festungen, die Galgen und Maschinengewehre sind an sich tote Gegenstände. Zu Werkzeugen der staatlichen Macht werden sie nur, wenn sie von Menschen im Sinn einer bestimmten Ordnung bedient werden, sofern die Vorstellung dieser Ordnung, der Glaube, ordnungsgemäß handeln zu sollen, diese Menschen bestimmt."[77]

Ein Staatsorgan sei kein natürliches Phänomen. Ein Staatsorgan sei vielmehr ein Mensch, der durch die Rechtsordnung ermächtigt sei, für den Staat – als Realisator der Rechtsordnung – zu handeln.[78] Jede menschliche Handlung sei demnach nur dadurch ein Akt, der dem Staat zugerechnet werde, weil eine Rechtsnorm sie als Staatsakt qualifiziere: „Sofern der Tatbestand einer menschlichen Handlung in einer Rechtsnorm in spezifischer Weise statuiert ist, kann dieser Tatbestand auf die Einheit

73 Vgl. *Walter* (Fn. 21), S. 28.
74 *Kelsen*, Der Staat als Integration, 1930, S. 35.
75 *Somek* (Fn. 58), S. 65.
76 *Kelsen*, RR (Fn. 12), S. 117.
77 *Ebd.*, S. 129 f.
78 *Ebd.*, S. 121 f.

der Rechtsordnung bezogen werden, die die den Tatbestand qualifizierende Norm enthält. Der Staat als Subjekt der Staatsakte, das heißt aber der Staat als Person, ist nichts anderes als die Personifikation dieser Ordnung, die als Rechtsordnung eben jene Zwangsordnung ist, als welche allein der Staat begriffen werden kann."[79]

Präziser formuliert: Der Staat ist genau das, was das Recht systematisch macht. Der Staat ist jener *focus imaginarius*, in dessen Perspektive sich die Rechtsordnung als ein konsistenter Begründungszusammenhang von Normen – als eine „Einheit" – ausprägt.[80]

Wenn das, was als Staat bezeichnet wird, nur ein anderer Ausdruck für die Einheit der Rechtsordnung als konsistenter Begründungszusammenhang von Normen ist, dann wäre die Rechtssetzung durch die Entität Staat eine Verdopplung des Rechts. Mithin ist sie als bloße Fiktion abzulehnen.

d) Staat als entwickelte, zentralisierte Rechtsordnung

*Kelsen*s normatives Deutungsschema qualifiziert nur manche Akte als Staatsakte und rechnet nicht jedes Verhalten dem Staat zu: „Der Staat ist eine Rechtsordnung. Aber nicht jede Rechtsordnung wird schon als Staat bezeichnet."[81]

Die Qualifizierung einer Teilrechtsordnung zum Staat setzt im gesamtrechtlichen Stufenbau einen gewissen Grad der Zentralisation der Rechtserzeugung und Rechtsdurchsetzung, die historische Entwicklung von der primitiven, dezentralisierten zur entwickelten, zentralisierten Rechtsordnung voraus.[82]

e) Staatslehre als Rechtslehre

Die drei Elemente der traditionellen Staatslehre Staatsvolk, Staatsgebiet und Staatsgewalt[83] werden bei *Kelsen* denn auch streng rechtswissenschaftlich interpretiert:

Das Staatsgebiet ist demnach nicht als faktischer Herrschaftsbereich, sondern als räumlicher Geltungsbereich der Rechtsordnung zu sehen. Das Staatsvolk ist nicht als Summe von Menschen, sondern als Kreis der Adressaten zu begreifen, die durch die Rechtsordnung verpflichtet oder berechtigt werden. Damit ist der personelle Geltungsbereich der Rechtsordnung umrissen. Dass die Gemeinschaft Staat durch Herrschermacht gekennzeichnet sei, ist im rechtswissenschaftlichen Erkenntnisverfahren überflüssig, da man unter der Rechtsordnung ohnehin eine effektiv normative Ordnung verstehen muss.[84]

79 *Ebd.*, S. 120.
80 *Somek* (Fn. 58), S. 68.
81 *Kelsen*, RR (Fn. 12), S. 119.
82 *Ebd.*, S. 118.
83 Vgl. *Jellinek* (Fn.), S. 394 ff.
84 *Kelsen*, RR (Fn. 12), S. 124 f.

2. Wesen des Völkerrechts

Wenn auch das Völkerrecht als Rechtsordnung im Sinne der Reinen Rechtslehre gewertet werden kann, hat die Qualifikation des Staates als Rechtsordnung weitreichende Konsequenzen. Denn dann kann im Hinblick auf *Kelsens* epistemologisches Einheitspostulat und auf seine Lehre vom Stufenbau des Rechts ein einheitliches Rechtssystem von Völkerrecht und staatlicher Rechtsordnung konstruiert werden.

a) Völkerrecht als zwangbewehrtes Recht

Für *Kelsen* unterscheidet das effektive Zwangsmoment eine Rechtsordnung von anderen normativen Ordnungen.[85] Daher ist die Zwangsqualität des Völkerrechts rechtstheoretische Voraussetzung für die Qualifikation des Völkerrechts als Recht im Sinne der Reinen Rechtslehre.

Als spezifische Unrechtsfolgen des Völkerrechts nennt *Kelsen* Repressalie und Krieg.[86] Die Repressalie wurde von der zeitgenössischen Völkerrechtstheorie als Reaktion eines Staates gegen das ihm von einem anderen Staat zugefügte Unrecht interpretiert und als Verletzung des Völkerrechts ausnahmsweise gerechtfertigt.[87] Die Verrechtlichung des Kriegsbegriffes vollzieht *Kelsen* im Sinne der *bellum iustum*-Lehre.[88] Nach seiner Auslegung statuiert das zeitgenössische positive Völkerrecht, Art. 11 Völkerbundsatzung sowie der *Briand-Kellogg* Pakt, kein generelles Kriegsverbot, sondern versucht die rechtliche Sanktion des Krieges zu internationalisieren.[89] Mit der *bellum iustum*-Lehre sichert *Kelsen* die Annahme, Völkerrecht sei zwangsbewehrt und damit Recht im Sinne der Reinen Rechtslehre.

Im Vergleich zum entwickelten staatlichen Recht qualifiziert *Kelsen* das Völkerrecht als primitive Rechtsordnung.[90] Es mangele ihm an zentralen Rechtssetzungs- und Rechtsdurchsetzungsorganen sowie an einer internationalen Gerichtsbarkeit.[91] Das Völkerrecht sei mit archaischen Gesellschaftsformen vergleichbar, die zwar über eine Konzeption von Unrecht verfügten, aber deren Sanktionsmechanismus auf dem Prinzip der Selbsthilfe basiere. „Demgemäß herrscht das Prinzip der Kollektiv- und Erfolgs-, nicht das der Individual- und Schuldhaftung. (…) Repressalie und Krieg treffen nicht die Staatsorgane, die mit ihrer dem Staat zurechenbaren Handlung oder Unterlassung das Völkerrecht verletzt haben, sondern die Masse der das Volk bildenden Menschen oder ein besonderes Organ: die Armee (…).“[92]

---

85 *Ebd.*, S. 131.
86 *Ebd*, S. 25, 131.
87 Dieses Verständnis ist bis heute vorherrschend geblieben: *Ipsen,* Völkerrecht, 3. Auflage (1990), § 57, Rdnr. 44.
88 *von Bernstorff* (Fn. 2), S. 78.
89 *Kelsen*, GT (Fn. 20), S. 336.
90 *Kelsen*, RR (Fn. 12), S. 131.
91 *Ebd.*, S. 131.
92 *Ebd.*, S. 132.

b) Grundnorm und Stufenbau des Völkerrechts

Die Lehre vom Stufenbau des Rechts und die Lehre von der Grundnorm finden als allgemeine Rechtstheorie direkte Anwendung auf das Völkerrecht.

aa) Stufenbau der Völkerrechtsquellen

Demnach bestehe folgendes Stufensystem der Völkerrechtsquellen: Rechtsgeltungsgrund sei die hypothetische Annahme der Grundnorm *a priori*. Mit Hilfe der Grundnorm könne die Geltung der nächsten Stufe, das Völkergewohnheitsrecht, begründet werden.[93] Die die Geltung des Völkervertragsrechts bedingende Norm *pacta sunt servanda* sei eine positive Norm des Völkergewohnheitsrechts,[94] sodass sich das partikuläre, lediglich die Ratifikationsstaaten bindende Vertragsrecht wiederum aus dem Völkergewohnheitsrecht ableite.[95] Das Völkervertragsrecht begründe die Geltung von Entscheidungen internationaler Gerichte und Beschlüssen internationaler Organisationen. Allgemeine Rechtsgrundsätze sind in der Lesart *Kelsens* keine eigenen Rechtsquellen, jedoch könne ihr Inhalt in Gerichtsurteile einfließen.[96]

bb) Grundnorm im Völkerrecht

Die konsequente Erkenntnis der Grundnormbedingtheit der Völkerrechtsordnung legt die Untersuchung ihres materiellen Gehalts nahe. Diese Materialisierung der völkerrechtlichen Grundnorm entwickelt sich im Gesamtwerk *Kelsens*.

Kelsen geht in seinem Werk „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ aus dem Jahr 1920 zunächst von einer Art hypothetischer Vorsatzung aus, die den Satz *pacta sunt servanda* umfasst: „Und speziell der Völkerrechtssatz pacta sunt servanda verdient zusammen mit den anderen Grundgesetzen des Völkerrechts vollauf den Namen einer Satzung, d. i. einer Rechtssatzung im Sinne einer objektivnotwendigen Voraussetzung von Rechtsnormen, einer Hypothesis, durch die ein Völkerrecht als die Konstituierung einer Gemeinschaft koordinierter Gemeinwesen allererst ermöglicht wird.“[97]

Daraus ergibt sich folgendes Problem: Die völkerrechtliche Grundnorm darf eigentlich keine Norm des Völkergewohnheitsrechts beinhalten, weil sonst das Gewohnheitsrecht selbst die Geltung des Gewohnheitsrechts bedingen würde.[98]

In seinem Werk „Reine Rechtslehre“ aus dem Jahr 1934 formuliert *Kelsen* die Hypothese darum um in den Satz, die Staaten sollen sich so verhalten, wie sie sich gewohnheitsmäßig verhalten haben.[99] *Kelsen* versucht das skizzierte Paradoxon in der abstrakten Idee der Verbindlichkeit des Rechts einzufangen. Die Völkerrechtswissen-

93 *Ebd.*, S. 130.
94 Erstmals in *Kelsen*, PdS (Fn. 1), S. 262.
95 *Kelsen*, RR (Fn. 12), S. 130.
96 *Rub*, Hans Kelsens Völkerrechtslehre, 1995, S. 315.
97 *Kelsen*, PdS (Fn. 1), S. 217.
98 *von Bernstorff* (Fn. 2), S. 144.
99 *Kelsen*, RR (Fn. 12), S. 130; *ders.*, RR 1960 (Fn. 12), S. 222.

schaft solle durch die hypothetische Fassung der Grundnorm vom außerrechtlichen Letztbegründungszwang befreit und zugleich bewahrt werden.[100] Damit sichert die hypothetische Grundnorm als Platzhalter die Idee einer spezifisch-juristischen Normativität und damit die Objektivität rechtwissenschaftlicher Erkenntnis.[101]

3. Monismus

Den Staat sowie das Völkerrecht als Rechtsordnung zu qualifizieren, ist *Kelsens* gedankliche Vorarbeit, um Völkerrecht und staatliches Recht als einheitliches System von Normen einer universalen Weltrechtsgemeinschaft denken zu können.[102]

Dass die Vereinheitlichung dieser Rechtsordnungen zum rechtswissenschaftlichen Pflichtprogramm gehört, begründet *Kelsen* mit der Notwendigkeit, den materiellen Widerspruch zweier geltenden Normen aus der völkerrechtlichen und der staatsrechtlichen Ordnung lösen zu müssen: „Man kann nicht die Geltung einer Norm mit dem Inhalt a und zugleich die Geltung einer Norm mit dem Inhalt non-a behaupten."[103] Dieser Normenkonflikt könne nur gelöst werden, wenn Völkerrecht und staatliches Recht Teilrechtsordnungen eines einheitlich widerspruchsfreien Rechtssystems seien oder wenn eine dritte, zu Völkerrecht und staatlichem Recht höhere Ordnung existiere, die den materiellen Konfliktfall entscheide.[104] Da es eine solche Ordnung aber nicht gebe, sei der notwendige Einheitsbezug begründet.

Diese Argumentation scheint zunächst zirkulär, da sie Widerspruchsfreiheit voraussetzt, um daraus Einheitlichkeit abzuleiten. Eigentlich handelt es sich aber um das kantisch bzw. neukantianische Argument der gegenstandserzeugenden Funktion der Methode: Erzeugt die Methode den Gegenstand, muss dieser Gegenstand ein in sich widerspruchsfreier sein.[105]

Im Übrigen ergibt sich die Notwendigkeit der einheitlichen Rechtsordnung unmittelbar aus dem erkenntnistheoretischen Postulat der Systemeinheit. So formuliert *Kelsen*: „Die Einheit des Erkenntnisstandpunkts fordert gebieterisch eine monistische Anschauung."[106]

Mithin muss *Kelsen* die Teilrechtsordnungen staatliches Recht und Völkerrecht in einem Delegationszusammenhang begreifen.

Den dualistischen Einwand, gerade die Möglichkeit unaufhebbarer inhaltlicher Widersprüche von Völkerrecht und staatlichem Recht ergebe die gegenseitige Unabhängigkeit beider Rechtsordnungen, qualifiziert *Kelsen* als primitiven Standpunkt.[107]

---

100 Die Frage, ob die materielle Formulierung der völkerrechtlichen Grundnorm der neukantianisch transzendentallogischen Deutung der Grundnorm entspricht, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht gelöst werden.

101 *von Bernstorff* (Fn. 2), S. 144 f.

102 *Kelsen*, RR (Fn. 12), S. 135.

103 *Ebd.*, S. 136.

104 *Ebd.*, S. 137 f.

105 *Jakab* (Fn. 15), S. 1049.

106 *Kelsen*, PdS (Fn. 1), S. 123.

107 *Kelsen*, RR (Fn. 12), S. 138 f.

Wäre dieser Einwand richtig, dann wäre es schlechthin unmöglich, die staatliche Rechtsordnung und das Völkerrecht oder zwei staatliche Rechtsordnungen nebeneinander als zugleich geltende, normative Systeme zu begreifen;[108] lediglich die Faktizität des widersprechenden Systems könnte anerkannt werden. Damit erfahre die eigene Rechtsgemeinschaft und die sie konstituierende Rechtsordnung eine Überhöhung, die darauf hinausliefe, andere Ordnungssysteme nicht als „Recht" zu begreifen und ein normatives Völkerrechtsverständnis unmöglich zu machen.[109]

Vor dem rechtswissenschaftlichen Ideal *Kelsens* einer logisch-kohärenten Einheit des Rechtssystems kann der zeitgenössische Dualismus, vornehmlich von *Triepel* vertreten, keinen Bestand haben.

a) *Triepel* – Dualismus von Landesrecht und Völkerecht

In seiner Staats- und Völkerrechtslehre vertritt *Triepel* den strengen Dualismus: „Völkerrecht und Landesrecht sind nicht nur verschiedenen Rechtstheile, sondern auch verschiedene Rechtsordnungen. Sie sind zwei Theile, die sich höchstens berühren, niemals schneiden."[110]

Zum einen bestehe demnach ein Gegensatz hinsichtlich der geregelten Rechtsverhältnisse. Das Völkerrecht habe andere Adressaten als das staatliche Recht. Es regele die Verhältnisse koordinierter Staaten zueinander, während das staatliche Recht hauptsächlich die rechtlichen Beziehungen zwischen Staat und rechtsunterworfenen Bürgern sowie die Beziehungen zwischen den Bürgern regle.[111]

Zum zweiten entstamme das Völkerrecht einer anderen Quelle als das staatliche Recht. Das Gemeinwesen der Staaten erzeuge einen Gemeinwillen der Staaten, aufgrund dessen Völkerrecht durch Vereinbarung geschaffen werden könne.[112] Ungeachtet dieser Umstände bestehe aber keine Verpflichtung des Staates, seine Rechtsordnung entsprechend den völkerrechtlichen Verpflichtungen auszugestalten.[113]

b) *Kelsens* Kritik an *Triepel* – zugleich eine Lehre der Völkerrechtssubjekte

Diese dualistische Konstruktion wird von *Kelsen* radikal kritisiert. Seine Kritik ist zugleich eine Lehre der Völkerrechtssubjekte, die sich gegen die traditionelle Konzeption des Westfälischen Friedens wendet, in der nur Staaten als Völkerrechtssubjekte qualifiziert werden.[114]

Die Beziehung Völkerrecht/Staat bzw. Staat/Bürger sei als Beziehung zwischen Rechtssubjekten innerhalb einer Rechtsordnung zu begreifen. Im rechtswissenschaftlichen Erkenntnisverfahren seien Rechtssubjekte ihrerseits dogmatisch personifizierte Teilordnungen einer Rechtsordnung. Als Pflichten- bzw. Rechtekomplexe

108 *Ebd.*, S. 138.
109 *Ebd.*, S. 138.
110 *Triepel* (Fn. 5), S. 156, 256.
111 *Ebd.*, S. 11.
112 *Ebd.*, S. 27.
113 *Ebd*, S. 266.
114 *Rub* (Fn. 96), S. 381.

besäßen sie keine Rechtsqualität außerhalb der Rechtsordnung, sondern sind aus einer Gesamtrechtsordnung ableitbare Teilrechtsordnungen.[115]

Hierauf aufbauend geht *Kelsen* davon aus, dass Rechtsnormen letztlich immer das Verhalten von Menschen zum Gegenstand haben – auch das Völkerrecht.[116] Die Aussage, Völkerrecht regele Beziehungen von Staat zu Staat, bedeute aus rechtswissenschaftlicher Perspektive nur, dass durch Völkerrechtsnormen geregeltes menschliches Verhalten dem Staat als personifizierter Einheit eines Normenkomplexes zugerechnet werden könne. Dass das menschliche Verhalten wiederum durch Rechtsnormen den verschiedenen, aus der Gesamtrechtsordnung abgeleiteten personifizierten Teilrechtsordnungen zugerechnet werden könne, ändere an dem festgestellten gemeinsamen Regelungstatbestand nichts,[117] sondern bedeute lediglich, dass das Völkerrecht den Einzelmenschen nicht – wie die staatliche Rechtsordnung – unmittelbar, sondern nur mittelbar verpflichte und berechtige, vermittelt durch die einzelstaatliche Rechtsordnung.[118] *Kelsen* qualifiziert Staaten als unmittelbare, Einzelmenschen als mittelbare Völkerrechtssubjekte.

c) Verhältnis der Teilrechtsordnungen Völkerrecht und staatliches Recht im universalen Rechtssystem

Wenn Völkerrecht und staatliches Recht in einem logisch-kohärenten Delegationszusammenhang begriffen werden müssen, stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis diese Teilrechtsordnungen zueinander zu denken sind, welche Rechtsordnung Vorrang besitzt.

aa) Wahlhypothese

Nach *Kelsen* ist die Lösung dieser Frage sowohl nach der Lehre vom Primat des Völkerrechts als auch nach der Lehre vom Primat des Staatsrechts denkbar.[119] Diese Wahlhypothese ist *Kelsens* Reaktion auf das Grunddilemma der modernen Völkerrechtstheorie: Der Antagonismus der scheinbar unvereinbaren Zugänge zum Völkerrecht, die universal-objektivistische Weltanschauung einerseits, der Staatssubjektivismus andererseits.[120]

Kelsen qualifiziert die Wahl zwischen diesen Lösungsansätzen als rein weltanschaulich-politische Entscheidung des Rechtswissenschaftlers.[121]

(1) Primat des Völkerrechts

Das Primat des Völkerrechts ordnet die staatlichen Rechtsordnungen dem Völkerrecht in einem monistischen Rechtssystem unter. Im Konfliktfall müsse die Geltung

115 *Kelsen*, PdS (Fn. 1), S. 126.
116 *Kelsen*, RR (Fn. 12), S. 132.
117 *Kelsen*, PdS (Fn. 1), S. 126 f.
118 *Kelsen*, RR (Fn. 12), S. 132 f.
119 *Ebd.*, S. 142.
120 *von Bernstorff* (Fn. 2), S. 94.
121 *Kelsen*, PdS (Fn. 1), S. 317.

der staatlichen Norm zunächst angenommen werden und bleibe davon abhängig, ob das übergeordnete Völkerrecht über ein Verfahren zur Vernichtung des rechtswidrigen, aber gültigen Rechtsaktes verfüge.[122] Obwohl ein solches Verfahren nicht existiere, könne die Setzung völkerrechtswidrigen nationalen Rechts dennoch als Völkerrechtsverstoß durch Repressalien anderer Staaten sanktioniert werden.[123] Mithin sanktioniere die Völkerrechtsordnung als übergeordnete Rechtsordnung das Setzen von völkerrechtswidrigen staatlichen Rechtsnormen durch staatliche Organe.

(2) Primat des Staatsrechts

Die Theorie des „äußeren Staatsrechts" sieht das Völkerrecht als Teil des Staatsrechts. Demnach gelte das Völkerrecht auf Grund der „Anerkennung" durch den einzelnen souveränen Staat. Im Gegensatz zur Lehre vom Primat des Völkerrechts delegiere das staatliche Recht die Völkerrechtsnormen, indem es alle anderen staatlichen Rechtsordnungen und die Völkerrechtsordnung selbst anerkenne.

bb) *Kelsens* Argumentation für die Konstruktion eines überstaatlichen Völkerrechts

Kelsen entscheidet sich für das Primat des Völkerrechts. Die Völkerrechtsordnung ist den staatlichen Teilrechtsordnungen im Delegationsverhältnis des einheitlichen Rechtssystems übergeordnet.

Kelsen begründet seine Entscheidung sowohl völkerrechtssystemlogisch als auch rechtspolitisch.

Kelsen sieht die Zentralfunktion des Völkerrechts in der Koordination und Abgrenzung der verschiedenen staatlichen Rechtsordnungen, die wiederum ein überstaatliches Völkerrecht voraussetzt. Er leitet dieses völkerrechtliche Aufgabenprofil von dem völkerrechtlichen Effektivitätsprinzip ab[124] und liefert damit eine völkerrechtssystemlogische Begründung seiner Entscheidung.

Nach dem völkergewohnheitsrechtlichen Effektivitätsprinzip ist auch eine durch Revolution oder Staatsstreich an die Macht gelangte Regierung als völkerrechtslegitim anzusehen, solange sie die Staatsgewalt effektiv ausübt. Das Völkerrecht schützt in diesem Fall den territorialen Geltungsbereich der staatlichen Rechtsordnung, indem es seine Unrechtsfolgen an einen Eingriff in diese von ihm geschützte Herrschaftssphäre knüpft. Bricht die Ordnung jedoch zusammen, so kann aufgrund der völkerrechtlichen Effektivitätsnorm nicht mehr von einem Staat im Sinne des Völkerrechts gesprochen werden. Damit bestimme, so *Kelsen*, eine Völkerrechtsnorm den räumlichen und zeitlichen Geltungsbereich staatlicher Rechtsordnungen.[125]

Aber auch der materielle Geltungsbereich staatlicher Rechtsordnungen werde durch das Völkerrecht begrenzt.[126] Indem das Völkerrecht durch das Instrument des Ver-

122 *Kelsen,* RR 1960 (Fn. 12), S. 331.
123 *Kelsen,* RR (Fn. 12), S. 146.
124 *Ebd.*, S. 147–149.
125 *Ebd.*, S. 148.
126 *Ebd.*, S. 149.

trages jedes beliebige menschliche Verhalten regeln könne, gelte dies auch für Lebenssachverhalte, die zuvor allein von der staatlichen Rechtsordnung geregelt worden waren. Nach *Kelsen* unterliegt der staatliche Totalitätsanspruch auch hinsichtlich der materiellen Regelungskompetenz einer Beschränkung durch die Völkerrechtsordnung.[127]

Da das Völkerrecht die zeitliche, territoriale und materielle Geltung der staatlichen Teilrechtsordnung delegiere, befinde es sich in dem durch den Stufenbau strukturierten Erzeugungs- und Geltungszusammenhang des Gesamtrechtssystems auf einer dem staatlichen Recht übergeordneten Stufe.

Gegen den Einwand, diese Konstruktion lasse sich nicht mit der Tatsache verbinden, dass es letztlich die Staaten seien, die das Völkerrecht durch Gewohnheits- und Vertragsrecht erzeugten, führt *Kelsen* folgende Überlegung an: Er betrachtet den jeweiligen Entstehungsprozess des Völkerrechts als einen bereits völkerrechtlich geregelten Vorgang, in dem die Staaten als Organe der universellen Rechtsordnung auftreten: „Es sind somit nicht (…) die Einzelstaaten, sondern es ist die Staaten-, richtiger die Völkerrechtsgemeinschaft, die das im Wege völkerrechtlicher Verträge entstehende Recht erzeugt; so wie es der Staat ist, der durch staatliche Organe das staatliche Recht erzeugt.“[128] Auch die Tatsache, dass Völkergewohnheitsrecht und Völkervertragsrecht ihrer Entstehung nach jünger seien als die einzelstaatlichen Rechtsordnungen, ändere nichts an dieser normativ-konsistenten Betrachtung. Man dürfe die historische nicht mit der normlogischen Beziehung verwechseln.[129]

Ferner betont *Kelsen*, dass die Annahme des Primats des Staatsrechts letztlich zu einer Leugnung des Völkerrechts führe.[130] Die Konsequenz dieser Vorrangentscheidung sei die Überhöhung einer einzigen staatlichen Rechtsordnung.[131] Nach der Anerkennungslehre müssten alle anderen staatlichen Rechtsordnungen und das Völkerrecht als abgeleitete Teilrechtsordnungen der eigenen, staatlichen Rechtsordnung begriffen werden. Zu Ende gedacht bedeute dies nicht nur die Unmöglichkeit des Völkerrechts, sondern letztlich auch, die Lehre vom Primat des Staatsrechts durch die bedingte Rechtsqualität der eigenen staatlichen Rechtsordnung *ad absurdum* zu führen.[132]

Neben diese völkerrechtssystemlogischen Kriterien treten rechtspolitische und sittliche Begründungsmuster. Das Primat des Staatsrechts sei imperialistisch, das Völkerrechtsprimat pazifistisch orientiert.[133] Die nur durch das Völkerrechtsprimat ermöglichte Vorstellung einer rechtlichen Koordination einer Vielheit von Staaten sei Grundlage einer sittlichen Idee.[134]

---

127 *Ebd.*, S. 150.
128 *Ebd.*, S. 152.
129 *Ebd*, S. 130.
130 *Ebd*, S. 142.
131 *Ebd.*, S. 141.
132 *von Bernstorff* (Fn. 2), S. 93.
133 *Kelsen*, PdS (Fn. 1), S. 317 f.
134 *Ebd.*, S. 204.

cc) Souveränität als Völkerrechtsunmittelbarkeit

Durch die Entscheidung für das Völkerrechtsprimat prägt *Kelsen* einen neuen Souveränitätsbegriff. Nach der Reinen Rechtslehre bedeute Souveränität die Eigenschaft einer Rechtsordnung, ihre Geltung unmittelbar, d. h. ohne Vermittlung einer positivrechtlichen Norm, von der hypothetischen Grundnorm abzuleiten.[135] Nach dem Monismus mit dem Primat des Völkerrechts könne es demnach keine souveräne staatliche Rechtsordnung geben, da sie sich unmittelbar von dem Völkerrecht und nur mittelbar von der Grundnorm ableite.[136] Nur das Völkerrecht sei souverän, weil es seine Geltung unmittelbar aus der Grundnorm ableite. Die normativ-hierarchische Position der staatlichen Teilrechtsordnung, die der traditionelle Souveränitätsbegriff beschreibt, müsse demnach als völkerrechtsunmittelbar qualifiziert werden. Souveränität sei nicht länger die Eigenschaft eines Staates, sondern die Eigenschaft einer Rechtsordnung. Die Souveränität ist damit ein logisches Prinzip als „Ausdruck der Einheit einer Ordnung" und der „Reinheit einer Rechtsordnung."[137] *Kelsen* übersetzt den Begriff Souveränität im traditionellen Sinn in Völkerrechtsunmittelbarkeit.[138]

IV. Kritische Würdigung der Konstruktion eines universalen Rechts mit dem Primat des Völkerrechts

Die Kritik an *Kelsens* Konstruktion einer universalen Rechtsordnung mit dem Primat des Völkerrechts wendet sich gegen den rechtstheoretischen Entwurf der Reinen Rechtslehre sowie gegen seine Völkerrechtslehre als Teilsystem dieser analytischen Rechtstheorie.

1. Universales Recht als Utopie?

Gegen *Kelsens* Völkerrechtskonstruktion wird eingewendet, dass sie als „rationaler Logizismus"[139] die Realität durch die methodologische Ausblendung soziologischer Einheiten und durch den hohen Abstraktionsgrad der logischen Schlüsse verkennt. Aus der Konstruktion einer universalen Rechtsordnung folgt beispielsweise eine Souveränitätslehre, die das soziologische Machtproblem in den transnationalen Beziehungen völlig ausblendet. Hier wird nun die kritische Frage gestellt, ob jemand allen Ernstes glaube, „dass sich auf diese Weise soziologisch individualisierte Herrschaftsbeziehungen in logische Abhängigkeitsbeziehungen umdeuten lassen."[140]

135 *Kelsen*, RR (Fn. 12), S. 119; *Kelsen*, AS (Fn. 32), S. 103.
136 *Kelsen*, RR (Fn. 12), S. 119.
137 *Kelsen*, AS (Fn. 32), S. 105 f.
138 *Ebd*, S. 119.
139 *Kaufmann*, Kritik der neukantianischen Rechtsphilosophie, in: Kaufmann (Hg.), Gesammelte Schriften III – Rechtsidee und Recht, 1960, S. 176, 198.
140 *Heller*, Krisis der Staatslehre, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 55 (1926), S. 289, 308.

Dieser Vorwurf von Realitätsfremdheit trifft eigentlich nicht die Substanz der Völkerrechtslehre *Kelsens*, sondern wirkt als Fundamentalkritik der neukantianischen Epistemologie. Die Akzeptanz der Völkerrechtslehre *Kelsens* hängt von dem erkenntnistheoretischen Verständnis des einzelnen Rechtswissenschaftlers ab.

2. Missbrauchsgefahr der Universalität?

In der abstrakt-normativen Konstruktion einer universalen Rechtsordnung liegt allerdings die sehr reale Missbrauchsgefahr des Universalitätsgedankens. Die Gefahr besteht darin, hegemoniales, aggressives Machtstreben von Staaten über die *bellum iustum*-Lehre mit dem Anschein der Normativität auszustatten.[141]

Diese politische Missbrauchsgefahr schwächt allerdings nicht *Kelsens* Konstruktion, sondern weist auf die Schwäche eines rein positivierten Völkerrechts hin und unterstreicht aus *Kelsens* Perspektive die Notwendigkeit, neutrale Institutionen zu errichten, die als zentralisierte Organe der universalen Rechtsordnung einen einseitigen Missbrauch des „Rechtsnamens" verhindern.[142]

3. Universales Recht als politische Ideologie?

Kelsen wertet die theoretische Auflösung des Souveränitätsdogmas, „dieses Hauptinstrument der imperialistischen gegen das Völkerrecht gerichteten Ideologie," und die damit verbundene Relativierung des Staates als wesentliche Ergebnisse seiner Völkerrechtslehre. Diese völkerrechtstheoretische Leistung beseitige die zentralen Hindernisse im Bemühen um die Fortbildung des Völkerrechts durch Zentralisation der internationalen Rechtsordnung.[143] *Kelsen* wird demnach vorgeworfen, in seiner Völkerrechtslehre sein antipolitisches Reinheitspostulat zugunsten der Errichtung einer im Zeitgeist der Völkerbundsbestrebungen liegenden Lehre überschritten zu haben.[144] *Kelsens* Entscheidungen an den zentralen Schaltstellen seiner Völkerrechtslehre sind sowohl völkerrechtssystemlogisch begründet als auch völkerrechtspolitisch motiviert. Da *Kelsen* aber deutlich macht, wann er politisch argumentiert,[145] kann seine Völkerrechtslehre nicht als politisch „entlarvt" werden.[146] Gerade die Formulierung der Wahlhypothese zwischen Völkerrechts- und Staatsrechtsprimat vermittelt einen wichtigen Einblick in den völkerrechtswissenschaftlichen Anspruch *Kelsens*: „Reinheit" der Völkerrechtswissenschaft von politischen Wertungen. So

141 *Schmitt*, Der Begriff des Politischen, 2. Auflage (1963), S. 54 f.; *Herz*, Kelsen's Doctrine in Nuclear Age, in: Law, State an International Legal Order – Essays in Honor of Hans Kelsen, 1964, S. 107, 108 f.

142 *von Bernstorff* (Fn. 2), S. 95.

143 *Ebd*, S. 153 f.

144 *Rub* (Fn. 96), S. 564.

145 Vgl. die bewusste Entscheidung eines Juristen, die Grundnorm anzunehmen sowie die rechtspolitische Entscheidung, den Primat des Völkerrechts zu denken, siehe *Jakab* (Fn. 15), S. 1047 f., 1050 f.

146 *Ebd.*, S. 1055.

sehr *Kelsen* die rechtspolitischen Ziele der Völkerrechtsmodernisierung vertritt, versucht er die eigenen theoretischen Konstruktionen von rechtspolitischen Schleiern zu befreien. Völkerrechts- und Staatsrechtsprimat sind für ihn gleichermaßen vertretbar und im völkerrechtswissenschaftlichen Diskurs demnach zuzulassen.[147]

4. Universales Recht als Naturrecht?

Die normlogische Konstruktion des universalen Rechts hegt den Anspruch, auf eine metaphysische Fundierung zu verzichten. Es kann in Frage gestellt werden, ob dieser Anspruch der formulierten Trennungslehre durchgehalten wird, denn *Kelsens* Völkerrechtslehre nimmt wegen der – schon in seiner Reinen Rechtslehre angelegten – Überposivität der Grundnorm eine Mittelstellung zwischen Positivismus und Naturrecht ein.

Die Kritik wendet sich vornehmlich gegen die Materialisierung der völkerrechtlichen Grundnorm nach der Idee einer allgemeinen, apriorischen Verbindlichkeit vom Recht als kohärentem System. Verbindet man das Problem der ursprungshypothetischen Grundnorm mit der *prima causa*, hält man die geforderte scharfe Trennung der positivrechtlich rechtsanalytischen Perspektive zu einer naturrechtlich rechtsphilosophischen Betrachtung nicht durch. Man transformiert in die rechtliche Form der Grundnorm die Zuordnung des Rechts in ein objektives Wertesystem, indem man das semantisch unklare Wort „Grundnorm" als rechtliche Erscheinungsform eines Wertes begrifflich qualifiziert.

Damit eröffnet man den Rekurs von der Analyse des positiven Rechtserfahrungsmaterials zum philosophischen Einbau des Rechts in die Weltordnung oder den Rekurs auf metaphysische Begründungsmuster.[148] *Kelsen* konzediert: „Der ‚naturrechtliche' Charakter einer solchen Grundlegung des Völkerrechts kann und soll nicht geleugnet werden."[149]

5. Normative Kraft des Faktischen?

Kelsen kann sein erkenntnistheoretisches Postulat des Dualismus von Sein und Sollen nicht durchhalten, wenn er für die Qualifikation von Normen als Recht ein effektives Zwangsmoment voraussetzt. Ob eine Norm effektiv gelte, hänge von einem Minimum ihrer tatsächlichen Anwendung bzw. Befolgung und damit von ihrer Wirksamkeit ab.[150] Demnach sei eine Norm nur dann als geltendes Recht, als Er-

147 *von Bernstorff* (Fn. 2), S. 93.

148 *Métall*, Skizzen zu einer Systematik der völkerrechtlichen Quellenlehre, in: Métall (Hg.), 33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre, 1971, S. 231, 236.

149 *Kelsen*, PdS (Fn. 1), S. 252. Dabei sehen seine Kritiker überhaupt keine Notwendigkeit, die Grundnorm zu materialisieren. Die Grundnorm sei vielmehr rein formalen Charakters. Für die rechtsanalytische Untersuchung erschöpfe sich die Funktion der entmaterialisierten Grundnorm darin, die Erzeugung geltenden Rechts denken zu können, *Métall*, (Fn. 148) S. 236.

150 *Kelsen,* RR 1960 (Fn. 12), S. 10.

kenntnisobjekt im rechtswissenschaftlichen Erkenntnisverfahren zu betrachten, wenn das menschliche Verhalten, das sie regelt, ihr tatsächlich, wenigstens zu einem gewissen Grade, entspreche.[151]

Ob eine Norm aber tatsächlich angewendet, befolgt und als verbindlich oder gültig betrachtet wird, kann als kausalgesetzlich zu bestimmendes Faktum im rein rechtswissenschaftlich postulierten Erkenntnisverfahren eben nicht betrachtet werden. *Kelsen* verfällt dem Methodensynkretismus. Er leitet postulatswidrig von dem Sein ein Sollen ab.[152] Letztendlich folgt aus der Effektivitätsvoraussetzung, dass *Kelsen* ein machtgenerierendes Faktum am Beginn seines Entwurfes einbaut, wenn er das Erkenntnisobjekt positive Rechtsordnung qualifiziert. In Bezug auf dieses Faktum unterscheidet sich damit *Kelsens* Konstruktion von den Machttheorien allenfalls systemchronologisch. Diese verorten das faktische Element Macht an der zentralen erkenntnistheoretischen Schaltstelle der letzten Geltungsbegründung des positiven Rechts, bei dem bekannten Problem des Positivismus, dort wo *Kelsen* das hypothetisch-normative Axiom Grundnorm installiert. *Kelsen* konzediert die Ambivalenz von Sein und Sollen in seiner konstruktiv-axiomatischen Lösung des Problems der Positivität, ohne seine Reine Rechtslehre in Frage zu stellen: „Die außerordentliche Schwierigkeit, die es [das Problem der Positivität] birgt, besteht in der – wie es scheint unvermeidlichen – Antinomie eines notwendigerweise voraussetzenden Dualismus von Sein und Sollen, Wirklichkeit und Wert, und der nicht abzuweisenden Anerkennung einer inhaltlichen Beziehung zwischen den beiden – als beziehungslos vorausgesetzten – Systemen."[153]

6. Aktuelle Bedeutung der Völkerrechtslehre *Kelsens*

Mit dem Scheitern der Reinen Rechtslehre an ihren erkenntnistheoretischen Postulaten wird deutlich, dass im Recht – blendet man absolute Geltungsbegründungen aus und fokussiert das positive Recht – normative und faktische Elemente zusammentreffen, die von einer auf die umfassende Erkenntnis ihres Gegenstandes gerichteten Rechtswissenschaft zu beachten sind.[154] Gerade die Völkerrechtswissenschaft, für die historische und politische Prozesse wegen der spezifischen Natur ihres Gegenstandes notwendigerweise Objekte des Erkenntnisprozesses sind, darf ihre aktuelle gesellschaftspolitische und damit interdisziplinäre Funktion nicht leugnen.[155] Dies gilt umso mehr, weil *Kelsens* reine Völkerrechtslehre als Teilsystem einer positivistischen Rechtstheorie den grundsätzlichen Vorwurf gegen den Rechtspositivismus, unkritische Rechtswissenschaft zu betreiben, fürchten muss. Sie lässt dem Völkerrechtswis-

151 *Ebd.*, S. 10.

152 *Schmitt* spricht von einem Abbruch der Normativität, an deren Stelle die „Tautologie einer rohen Tatsächlichkeit: etwas gilt, wenn es gilt und weil es gilt" tritt, *Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, S. 9; *Kaufmann* spricht von der „restlosen Kapitulation vor dem extremsten Empirismus", *Kaufmann*, Kritik der neukantianischen Rechtsphilosophie, 1921, S. 30.

153 *Kelsen*, AS (Fn. 32), S. 19.

154 *Hendler*, Die Staatstheorie Hans Kelsens, JUS 1972, S. 489, 496.

155 Vgl. e*bd.*, S. 496.

senschaftler im Rahmen seiner Disziplin keinen Raum, über die realen Auswirkungen seiner Tätigkeit zu reflektieren.[156] Diese Auswirkungen sind Erkenntnisgegenstand der Rechtssoziologie. Da die Reine Rechtslehre keine materiellen, sondern lediglich formale Kriterien für das Recht aufstellt – „jeder beliebige Inhalt" kann Recht sein[157] – liefert sie kein rechtsanalytisches Verfahren zur Begründung von Werturteilen, keinen wertebewussten Maßstab, eine Rechtsordnung als gerecht oder ungerecht zu qualifizieren.

Vor diesem Hintergrund kann die theoretische Konstruktionsleistung *Kelsens* in den Bereichen Völkerrechtsquellen, Völkerrechtssubjekte, Völkerrechtsprimat und Zentralisation, die auf das kosmopolitische Projekt einer *civitas maxima* zielen[158] und eine Erhöhung des globalen Organisationsgrades antizipieren, nur mit dem soziologisch motivierten Glauben an das evolutionäre Potential des universalen Rechts, an die Leistungsfähigkeit des Rechtsmediums als soziale Technik der transnationalen Beziehungen,[159] die globalen Aufgaben nach einer sittlichen Idee bewältigen zu können, erklärt werden.

Hier liegt die aktuelle Bedeutung der Völkerrechtslehre *Kelsens* für die gegenwärtige Diskussion über die völkerrechtskonzeptionellen bzw. völkerrechtstheoretischen Unterschiede zwischen Amerika und Europa.

Die aktuell maßgebliche amerikanische Sicht auf das Völkerrecht folgt im Wesentlichen realistischen[160] bzw. neokonservativen[161] Konzeptionen und begreift den Staat als zentrale Organisationseinheit der internationalen Ordnung. Diese Sicht führt das westfälische System fort.[162] Der souveräne Staat ist in seiner Interessen- und Machtdurchsetzung im internationalen Rahmen grundsätzlich frei. Einschränkungen ergeben sich aus dem Völkerrecht. Recht im Allgemeinen bedeutet Einschränkung von Freiheiten.[163] Völkerrecht im Besonderen bedeutet Einschränkung staatlicher Souveränität, die dem breiten staatlichen Interessenspektrum als einziges Durchsetzungsmittel nicht gerecht werden kann. Um die Souveränität des Staates zu wahren, soll Völkerrecht nur durch den souveränen Willen des Staates im Wege des Völkervertragsrechts oder durch die tatsächliche Staatenpraxis im Wege des Völkergewohnheitsrechts entstehen können.

---

156 *Ebd.*, S. 496.

157 *Kelsen*, RR 1960 (Fn. 12), S. 201.

158 Vgl. die programmatische Terminologie Völkerrecht als „primitive Rechtsordnung", *Kelsen*, RR (Fn. 12), S. 131.

159 *von Bernstorff* (Fn. 2), S. 202.

160 Vgl. *Morgenthau*, Politics Among nations. The Struggle for Power and Peace, 1954, S. 25 – 34, 469 – 477, 518 – 535; *McDougal*, International Law, Power, and Policy: A Contemporary Conception, in: Académie de Droit International, Recueil des Cours 82 (1953-I), S. 165 – 194.

161 Vgl. *Kagan*, A Tougher War for the US is One of Legitimacy, in „New York Times", 24th January 2004; *Lal*, In Defense of Empires, 2004, S. 26 – 37.

162 *Morrison*, No Left Turn: Two Approaches to International Law, in: Dicke/Hobe/Meyn/Peters/Riedel/Schütz/Tietje (Hg.), Weltinnenrecht – Liber amicorum Jost Delbrück, 2005, S. 461, 467.

163 *Ebd.*, S. 467.

Die verbreitete europäische Völkerrechtskonzeption bezieht eine post-westfälische Position und begreift den Staat als funktionales Element einer objektiven internationalen Ordnung.[164] Die Leistungsfähigkeit des Rechtsmediums als soziale Technik der transnationalen Beziehungen, die globalen Aufgaben nicht staats-individualistisch, sondern menschheits-universalistisch bewältigen zu können, wird akzeptiert und findet in den Erfahrungen aus der europäischen Integration,[165] der Entwicklung des Völkerstrafrechts sowie der regionalen Menschenrechtsschutzsysteme ihre Bestätigung.

Dass der „Kampf" zwischen staats-individualistischer und menschheits-universalistischer Betrachtungsweise des Völkerrechts[166] auch innerhalb Europas tobte, wurde dargestellt. Dass man heute von der Venus für eine Verrechtlichung der internationalen Beziehungen und nicht vom Mars für eine Politisierung der internationalen Ordnung argumentiert, liegt sicherlich u. a. an Vordenkern wie *Kelsen*.

Die aktuelle Forschung nach universalen Ordnungsmodellen für das 21. Jahrhundert kann auf *Kelsens* Völkerrechtslehre aufbauen. Darin liegt ihre künftige Bedeutung. Sie hat die ideologisch-politische Funktionalisierung vieler Staats- und Völkerrechtslehren aufgedeckt sowie die traditionellen Bedeutungen der Begriffe Staat und Souveränität relativiert. In der pluralistischen Staatenwelt der Gegenwart, in der es um die fortbestehende Universalisierbarkeit von Werten, Normen und Institutionen, um kulturübergreifende Einheit oder Aufspaltung entlang der Bruchlinien der Großmächte, Großideologien und Weltreligionen geht,[167] ist dieses Fundament im Bemühen um den Aufbau einer funktionalen, dem Subsidiaritätsprinzip verpflichteten Weltordnung, in der der souveräne Nationalstaat nicht mehr die zentrale Organisationseinheit darstellen kann, von großer Bedeutung.

---

164 *Ebd.*, S. 467.

165 Das europäische Gemeinschaftsrecht lässt sich durch den Monismus mit dem Primat des Völkerrechts als hoch integrierte, partikularrechtliche Teilrechtsordnung rekonstruieren, vgl. *Griller*, Völkerrecht und Landesrecht – unter Berücksichtigung des Europarechts, in: Walter/Jabloner/Zeleny (Hg.), Hans Kelsen und das Völkerrecht, 2004, S. 104 ff.

166 *Kelsen*, PdS (Fn. 1), S. 319.

167 *Graf Vitzthum*, Die herausgeforderte Einheit der Völkerrechtsordnung, in: Dicke/Hobe/Meyn/Peters/Riedel/Schütz/Tietje (Hg.), Weltinnenrecht – Liber amicorum Jost Delbrück, 2005, S. 849, 863 Fn. 40.