

Hans Kelsen – Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts

Herausgegeben von
STANLEY L. PAULSON und
MICHAEL STOLLEIS

*Grundlagen der
Rechtswissenschaft*

Mohr Siebeck

Grundlagen der Rechtswissenschaft

herausgegeben von
Horst Dreier, Ulrike Seif und Michael Stolleis

3



Hans Kelsen

Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker
des 20. Jahrhunderts

Herausgegeben von

Stanley L. Paulson und Michael Stolleis

Mohr Siebeck

Stanley L. Paulson, geboren 1941, ist William Gardiner Hammond Professor of Law, und Professor of Philosophy an der Washington University, St. Louis, Missouri (USA).

Michael Stolleis, geboren 1941, ist Professor für öffentliches Recht und Neuere Rechtsgeschichte an der Universität Frankfurt a.M. und Direktor am Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte.

Gedruckt mit Unterstützung der Fritz Thyssen Stiftung für Wissenschaftsförderung.

ISBN 978-3-16-148619-7 / eISBN 978-3-16-159711-4 unveränderte Ebookausgabe 2020
ISSN 1614-8169 (Grundlagen der Rechtswissenschaft)

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© 2005 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Sabon gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

Vorwort

I.

Hans Kelsen (1881–1973) sucht sowohl in der Rechtstheorie als auch im Staatsrecht – den beiden im Titel dieses Bandes hervorgehobenen Gebieten – nach wie vor seinesgleichen. In einigen Kreisen war diese Einschätzung bereits in den zwanziger und dreißiger Jahren des vergangenen Jahrhunderts verbreitet und hat sich im Laufe der Zeit bestätigt. Dem könnte man versuchen entgegenzuhalten, dass Kelsens Rechtslehre eine große Zahl von Kritikern gefunden hat. Die Kritik war nicht selten grundlegend und in einigen Fällen bemerkenswert scharf. Dieses Maß und die Schärfe der Kritik spricht jedoch eher für Kelsens Größe als gegen sie. Auch die großen Philosophen der abendländischen Tradition sind stets Gegenstand scharfer Kritik gewesen – in der Tat ist die Schärfe der Kritik an Philosophen ein Merkmal ihrer Größe.

Will man auf einer Tagung Kelsens Beitrag auf diesen Gebieten näher in den Blick nehmen, wird man versuchen, die jeweiligen Experten zu gewinnen. Auch wenn es leider nicht möglich war, sie alle zu berücksichtigen – die Kontroversen im Namen Kelsens halten auch in der Gegenwart an –, so denken wir doch, eine ganze Reihe ausgezeichnete Spezialisten gewonnen zu haben. Die ebenso lebhaft wie fruchtbare Diskussion auf der Tagung bestärkt uns darin.

Selbst wenn Kelsens Werk nicht nur umfangreich, sondern auch intensiv diskutiert ist, bleiben einige seiner Fragen offen. Dies lässt sich vor allem auf dem Gebiet der Rechtsphilosophie Kelsens veranschaulichen.

II.

Normativität. Vielleicht die wichtigste Frage in der Rechtslehre Kelsens ist die Frage der Normativität. In diesem Zusammenhang geht es vor allem darum, ob die Kelsensche Rechtslehre eine Spezies der Normativität zu begründen vermag, und wenn ja, welche. Für die Zwecke der Rechtsphilosophie kann man allgemein zwischen zwei Ansätzen zur Normativität unterscheiden, nämlich einer starken Normativitätsthese, mit Hilfe derer die Pflicht des Subjekts, dem Recht zu gehorchen, begründet werden kann, und einer schwachen Normativitätsthese, welche das rechtliche Phänomen der nicht-kausalen Änderung expliziert und

begründet. Falls einer dieser Ansätze zur Rekonstruktion der Kelsenschen Rechtslehre taugt, lässt sich diese als eine Art „Mittelweg“ zwischen dem herkömmlichen, auf Fakten beruhenden Rechtspositivismus und der Naturrechtslehre beschreiben.

Die Rolle der Neukantianer. Mit der Frage nach der der Kelsenschen Rechtslehre zugrundeliegenden Normativitätsthese hängt die Frage nach dem neukantianischen Ansatz Kelsens zusammen. Ein neukantianischer Ansatz scheint unentbehrlich zu sein, denn Kelsen verzichtet bei der Begründung seiner Rechtslehre sowohl auf faktische Sachverhalte als auch auf die Moral. Schon sein früh in den zwanziger Jahren eingeführtes Reinheitspostulat ist nichts weniger als eine Deklaration dieses Verzichts. Was versteht man eigentlich unter einem auf die Kelsensche Rechtslehre bezogenen „neukantianischen Ansatz“? Nach einer Lesart versucht Kelsen, vom Faktum der Rechtswissenschaft ausgehend eine transzendente Argumentation anzuführen. Nach einer zweiten Lesart geht es dabei um die Rechtsnorm als Sinngehalt, der in einer zweiten, „geltenden“ Welt – im Gegensatz zur ersten, äußeren oder naturalistischen Welt – bewahrt wird. Es lässt sich nicht ausschließen, dass es auch andere neukantianische Ansätze gibt, die als integrale Bestandteile der Kelsenschen Rechtslehre angesehen werden könnten. Bei dieser Frage geht es auch um den Beitrag der Fachphilosophen, deren neuere Forschung auf dem Gebiet des Neukantianismus sich als große Bereicherung erweist.

Die Grundnorm. In der Kelsenschen Rechtslehre ist die Grundnorm einerseits ein schillerndes Phänomen, andererseits von kaum zu überschätzender Bedeutung. Was wird vermöge der Grundnorm eigentlich begründet? Die Ermächtigung der Verfassungsväter, verfassungsrechtliche Normen zu erlassen? Oder die Rechtspflicht des Subjekts, dem Recht zu gehorchen? Oder den „Sinn des Sollens“, wobei darunter die Verbindung zwischen Rechtsbedingung und Rechtsfolge zu verstehen ist? Ein Ansatz zur Grundnorm – und die möglichen Ansätze gehen weit über unsere Beispiele hinaus – lässt sich jedoch nur dann vertreten, wenn eine dazu passende philosophische Fundierung vorhanden ist. Dies bedeutet, dass man in Bezug auf die Rolle der Grundnorm unvermeidlicherweise bei der zweiten Rubrik oben oder wieder gelandet ist, nämlich der des Neukantianismus.

Die Problematik der Wirksamkeits-Bedingung. Ab und zu wird behauptet, Kelsen sei nicht konsequent, denn seine Wirksamkeits-Bedingung beziehe sich auf *faktische* Sachverhalte, doch die Kelsensche Rechtslehre bestehe auf einer scharfen, also begrifflich zu verstehenden Trennung von Sein und Sollen, von Wirklichkeit und Wert, von Faktischem und – neukantianisch ausgedrückt – Geltendem. Wie lässt sich die Wirksamkeits-Bedingung mit dieser grundlegenden Voraussetzung der Rechtslehre Kelsens in Einklang bringen? Findet sich die Wirksamkeits-Bedingung als Teil des Kelsenschen Instrumentariums nicht auf der falschen Seite der Abgrenzungslinie? So ausgedrückt ist das Problem eines faktischen Elements in der „reinen“ Rechtslehre Kelsens bekannt, doch das hin-

ter der Wirksamkeits-Bedingung versteckte Problem ist tatsächlich wesentlich gravierender als die erwähnten Fragen nahelegen. Denn – wie Kelsen in der „Allgemeinen Staatslehre“ selbst schreibt – bedeutet die von ihm vertretene Zwei-Welten-Lehre, dass die Rechtswissenschaft den „Menschen der Biologie und Psychologie“ gar nicht erreichen kann, doch es muss ja eine inhaltliche Beziehung zwischen Wert und Wirklichkeit, zwischen der Person im Rechtssinn und dem Menschen aus Fleisch und Blut geben. Was ist zu tun? Als allumfassendes Problem, das sich aus der Kelsenschen Rechtslehre ergibt – ein Problem, das, wie gesagt, Kelsen selbst in seiner Dimension durchaus gesehen hat – bleibt dieses Rätsel bis heute ungelöst.

Die Kelsensche Normentheorie. Auch in der Normentheorie Kelsens harrt eine Reihe Fragen ihrer Antworten. Hierzu zählt die grundlegende Frage, ob die an das Rechtsorgan gerichtete Ermächtigungsnorm oder die an das Rechtssubjekt gerichtete Pflichtnorm primär ist. Die Indizien in Kelsens Schriften scheinen in verschiedene Richtungen zu deuten. Anhand der von Adolf Julius Merkl übernommenen Stufenbaulehre sieht es so aus, als sei die Ermächtigungsnorm zur Normerzeugung primär, doch stünde sie als Ermächtigungsnorm nicht allein. In einer außerordentlich wichtigen Schrift aus den dreißiger Jahren führt Kelsen die Ermächtigungsnorm zur Sanktionsverhängung ein und entwickelt in den vierziger und fünfziger Jahren diesen Begriff weiter. Wenn also die Ermächtigungsnorm tatsächlich primär ist, geht es dabei um einen Komplex, der aus den beiden Arten von Ermächtigungsnormen besteht. Doch Kelsen schreibt mit Nachdruck auch, die Rechtspflicht stelle „die wesentliche Funktion des objektiven Rechts“ dar. Müsste man nicht daraus entnehmen, dass die an das Subjekt gerichtete Pflichtnorm primär ist? Eine Lösung dieses Problems der konkurrierenden Ansprüche auf Priorität liegt vielleicht nahe, wenn man den Kelsenschen Begriff der „Funktion“ ernst nimmt. Die Funktionen des Rechts, so behauptet Kelsen *expressis verbis*, werden *empirisch* festgestellt und begründet. Wenn wiederum die Rechtspflicht als „Funktion“ gekennzeichnet wird, ist auch sie – in schärfstem Gegensatz zu den der Modalität der Ermächtigung zugehörigen Rechtspositionen der zweiten, „geltenden“ Welt – nicht empirisch zu erfassen? Diese Zuweisung der angeblich konkurrierenden Rechtsnormen, was die Frage der Priorität angeht, zu verschiedenen Welten würde dieses Problem lösen, doch eine Lösung in dieser Richtung wäre ausgesprochen paradox.

Diese Fragen sind, wie bereits erwähnt, nicht nur Kelsens Fragen, sondern auch grundlegende Fragen der Rechtsphilosophie, was illustriert, dass die Befassung mit der Kelsenschen Rechtslehre zugleich die Arbeit an zentralen rechtsphilosophischen Problemen bedeutet.

III.

Die unserem Band zugrunde liegende Tagung wurde vom 7. bis 10. November 2002 am Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt a.M. durchgeführt. Die Autoren haben sich bei der Überarbeitung ihrer Manuskripte etwas mehr Zeit gelassen als es sonst üblich sein mag. Doch schien dies den Herausgebern bei einem solchen zu den „Grundlagen der Rechtswissenschaft“ gehörenden Thema durchaus vertretbar.

Für die Vereinheitlichung der Manuskripte und die Lektüre der Druckfahnen danken sie Herrn Rechtsreferendar Tunay Sürek, Frau stud.iur. Sandra Trawny und vor allem Frau Susanne Langner, für gewohnt gute Betreuung im Verlag Herrn Dr. Franz-Peter Gillig.

Sowohl die Tagung als auch die Drucklegung wurden von der Fritz Thyssen Stiftung für Wissenschaftsförderung sowie von der Dr. Bodo Sponholz-Stiftung großzügig unterstützt.

Stanley L. Paulson und Michael Stolleis,
im Oktober 2004

Inhaltsverzeichnis

<i>Stanley L. Paulson</i> und <i>Michael Stolleis</i>	
Vorwort	V

Zurechnung, Neukantianismus und Methodologie

<i>Joachim Hruschka</i>	
Die Zurechnungslehre Kelsens im Vergleich mit der Zurechnungslehre Kants	2
<i>Carsten Heidemann</i>	
Der Begriff der Zurechnung bei Hans Kelsen	17
<i>Ulfrid Neumann</i>	
Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft bei Hans Kelsen und Gustav Radbruch. Zwei „neukantianische“ Perspektiven	35

Rechtsnorm/Grundnorm

<i>Alexander Somek</i>	
Ermächtigung und Verpflichtung. Ein Versuch über Normativität bei Hans Kelsen	58
<i>Eugenio Bulygin</i>	
Das Problem der Geltung bei Kelsen	80
<i>Juan Antonio García Amado</i>	
Grundnorm und Gewohnheitsnorm bei Kelsen	96

Stufenbau

Peter Koller

Zur Theorie des rechtlichen Stufenbaues 106

Martin Borowski

Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl 122

Theo Öhlinger

Die Einheit des Rechts.

Völkerrecht, Europarecht und staatliches Recht als einheitliches

Rechtssystem? 160

Spannungsverhältnis zwischen objektivem und subjektivem Recht

Stefan Hammer

Braucht die Rechtstheorie einen Begriff vom subjektiven Recht?

Zur objektivistischen Auflösung des subjektiven Rechts bei Kelsen 176

Stanley L. Paulson

Zwei radikale Objektivierungsprogramme in der Rechtslehre

Hans Kelsens 191

Bundesstaat

Ewald Wiederin

Kelsens Begriffe des Bundesstaats 222

Wissenschaftsgeschichte

Martin Schulte

Hans Kelsens Beitrag zum Methodenstreit der Weimarer

Staatsrechtslehre 248

Klaus Lüderssen

Hans Kelsen und Eugen Ehrlich 264

Wolfgang Pircher

Der umkämpfte Staatsapparat.

Hans Kelsen und Max Adler: zurück zu Lassalle oder vorwärts

zu Marx? 276

Gerald Mozetič

Über den Stellenwert transzendentaler Argumente bei Hans Kelsen

und Max Adler. Ein Vergleich 302

Verfassungsrecht

Stefan Koriath

„... soweit man nicht aus Wien ist“ oder aus Berlin:

Die Smend/Kelsen-Kontroverse 318

Robert Alexy

Hans Kelsens Begriff der Verfassung 333

Christian Neschwara

Kelsen als Verfassungsrichter.

Seine Rolle in der Dispensehen-Kontroverse 353

Verzeichnis der Autoren 385

Namensregister 387

Sachregister 390

Zurechnung, Neukantianismus und Methodologie

Joachim Hruschka

Die Zurechnungslehre Kelsens im Vergleich mit der Zurechnungslehre Kants

Die folgenden Überlegungen beschränken sich auf die zweite Auflage der „Reinen Rechtslehre“ von 1960, d.i. auf das, wie anzunehmen ist, letzte Werk, in dem sich Kelsen zum Thema „Zurechnung“ äußert. Diese letzte Äußerung kann als Kelsens abschließende Stellungnahme aufgefaßt werden. Darüber hinaus beschränken sich die folgenden Ausführungen auf einen Vergleich von Kelsens Zurechnungslehre mit der Zurechnungslehre Kants.

(I.) Im folgenden geht es *zuerst* um den Begriff der Zurechnung, wie ihn Kelsen in der „Reinen Rechtslehre“ ausarbeitet. Das wird dem Kelsen-Kenner nichts Neues bieten. Doch ist schon an dieser Stelle zu betonen, daß damit auch der Begriff der Zurechnung gegenüber früheren Werken Kelsens eingeschränkt wird. In der 2. Auflage der „Reinen Rechtslehre“ heißt „Zurechnung“ nur noch das, was früher „periphere Zurechnung“ hieß. Die „zentrale Zurechnung“ früherer Arbeiten wird damit ausgeklammert.¹

(II.) Danach werde ich *zweitens* die Zurechnungslehre Kelsens mit einer an Kant orientierten Zurechnungslehre vergleichen. Dabei werden wir auf den Freiheitsbegriff stoßen. Die ersten Unterschiede zwischen Kant und Kelsen werden sich auftun.

(III.) Das führt *drittens* zu einer näheren Auseinandersetzung mit einer Stelle in Kants „Grundlegung zur Metaphysik der Sitten“, und zwar deswegen, weil die Passage bei Kant in Kelsens Lehre eine Rolle spielt. Das Ergebnis unserer Überlegungen wird sein, daß Kelsen Kant mißversteht.

(IV.) Das bringt uns *viertens* zu der Frage nach den Wurzeln des Mißverständnisses. Das Mißverständnis wurzelt darin, daß die metaphysischen Voraussetzungen, die er macht, Kelsen dazu bewegen, Kants Konzept einer reinen praktischen Vernunft zu verwerfen. Das Endergebnis wird sein, daß zwischen der Zu-

¹ Das Thema „Zurechnung bei Kelsen“ haben in jüngster Zeit *Paulson* und *Renzikowski* behandelt; vgl. *Stanley L. Paulson*, „Hans Kelsen’s Doctrine of Imputation“, „Ratio Juris“ Vol. 14, 2001, 47ff.; *Joachim Renzikowski*, „Der Begriff der ‚Zurechnung‘ in der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens“, in: *Robert Alexy / Lukas H. Meyer / Stanley L. Paulson / Gerhard Sprenger* (Hg.), „Neukantianismus und Rechtsphilosophie“ mit einer Einleitung von *Stanley L. Paulson*. 2002, 253ff. Gegenüber diesen umfassenden Darstellungen behandle ich hier nur einen Ausschnitt.

rechnunglehre Kants und der Kelsens nur oberflächliche Gemeinsamkeiten bestehen.

I. Zurechnung in der „Reinen Rechtslehre“

In der „Reinen Rechtslehre“ unterscheidet Kelsen bekanntlich zwischen „Rechtsnormen“ und „Rechtssätzen“.² Die Rechtsnormen werden von den Rechtsautoritäten erlassen, zu denen nicht nur die Gesetzgeber, sondern auch die Rechtsanwender, die Gerichte und Verwaltungsbehörden, gehören. Rechtssätze werden dagegen von der Rechtswissenschaft produziert. Sowohl die Rechtsnormen als auch die Rechtssätze werden dadurch ausgedrückt, daß das Wort „sollen“ in ihnen vorkommt oder jedenfalls vorkommen kann. Doch hat das „sollen“ in diesen sehr verschiedenartigen Sätzen einen jeweils verschiedenen Sinn. In den von den Rechtsautoritäten stammenden Rechtsnormen gehört das „sollen“ zu einer vorschreibenden Sprache. Die Rechtsautoritäten gebieten den Normadressaten, etwas zu tun. Sie verbieten, erlauben, ermächtigen³. In den von der Rechtswissenschaft gelieferten Sätzen gehört das „sollen“ dagegen zu einer beschreibenden Sprache⁴. Die Rechtswissenschaft gibt wieder, was die Rechtsautoritäten gebieten, verbieten, erlauben, ermächtigen. Daraus ergibt sich ein Unterschied im logischen Status der Sätze. Die von den Rechtsautoritäten herrührenden Sätze sind gültig oder ungültig, sie sind *nicht* wahr oder unwahr. Die von der Rechtswissenschaft produzierten Sätze dagegen sind *nicht* gültig oder ungültig, sondern wahr oder unwahr.⁵

Da die Rechtssätze Sätze einer Wissenschaft sind, eben der Rechtswissenschaft, können sie mit Sätzen anderer Wissenschaften verglichen werden, vor allem mit den von den Naturwissenschaften produzierten „Naturgesetzen“. Naturgesetze haben die Form „Wenn A, so B“ oder, etwas länger: „Wenn A ist, dann ist auch B“ (oder, wie es in der 1. Auflage heißt „Wenn A ist, so muß B sein“⁶). Rechtssätze dagegen haben die Form „Wenn A ist, dann soll B sein“. „Wenn ein Mensch ein Verbrechen begeht, soll eine Strafe über ihn verhängt werden.“ „Allgemein formuliert: unter bestimmten, und zwar von der Rechtsordnung bestimmten, Bedingungen soll ein bestimmter, und zwar von der Rechtsordnung bestimmter, Zwangsakt erfolgen.“ Kelsen nennt das „die Grund-

² Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre – Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, 2. Aufl. 1960 (im folgenden zitiert als „Kelsen“), 73ff. u.ö.

³ Siehe auch Kelsen, 81.

⁴ Vgl. Kelsen, 77.

⁵ Kelsen, 76 oben.

⁶ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre – Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, (1. Aufl.) 1934, Neudruck mit einem Vorwort von Stanley L. Paulson, 1985, 23.

form des Rechtssatzes.“⁷ Noch allgemeiner formuliert: In einem Rechtssatz werden eine „Bedingung“ und eine „Folge“, ein „Unrecht“ und eine „Unrechtsfolge“⁸ miteinander verknüpft. Die Kopula, durch die diese Verknüpfung hergestellt wird, ist das „sollen“,⁹ das aber, wie gesagt, hier eine andere Bedeutung hat als das „sollen“ in einer Rechtsnorm.

Der Vergleich der Rechtssätze mit den Naturgesetzen ist zweckmäßig, um die Verschiedenheit des Gegenstandes herauszuarbeiten, mit dem sich die Rechtswissenschaft bzw. die Naturwissenschaften befassen. In einem Naturgesetz, in dem zwei Elemente¹⁰ durch die Kopula „ist“ miteinander verknüpft werden, wird eine Ursache einer Wirkung zugeordnet; es werden Kausalzusammenhänge beschrieben. Es liegt auf der Hand, daß die Verknüpfung, die in einem Rechtssatz beschrieben wird, nicht ebenfalls eine Kausalverknüpfung ist. Deshalb benötigt Kelsen einen Namen für die spezifische Verknüpfung, die eine Rechtsnorm durch das „sollen“ herstellt, und er nennt diese Verknüpfung „Zurechnung“. In früheren Werken hatte Kelsen zwischen einer „zentralen“ und einer „peripheren“ Zurechnung unterschieden. In der 2. Auflage der „Reinen Rechtslehre“ gibt er die Terminologie auf. Jetzt heißt „Zurechnung“ nur noch „die normative Verknüpfung zweier Tatbestände“, „die der kausalen Verknüpfung analog ist“, also allein die früher so genannte „periphere Zurechnung“.¹¹

Damit habe ich auch schon die Charakterisierung der Zurechnung wiedergegeben, von der Kelsen ausgeht. „Zurechnung“ bezeichnet eine normative Beziehung“,¹² nämlich die normative Verknüpfung zweier Tatbestände. Von den Elementen dieser Charakterisierung ist der Ausdruck „normative Verknüpfung“ nach dem Gesagten klar. Er bezeichnet die Kopula in den Rechtsnormen, das normativ verstandene Sollen. Was aber bedeutet in diesem Zusammenhang der Ausdruck „Tatbestand“?

Um das zu klären, ist eine weitere Unterscheidung einzuführen, die Kelsen macht, nämlich die Unterscheidung von generellen und individuellen Rechtsnormen. Generelle Rechtsnormen sind die von einer Rechtsautorität gesetzten Normen allgemeiner Art wie etwa eine Norm, die gebietet, Diebstahl mit Freiheitsstrafe zu bestrafen. Eine individuelle Rechtsnorm ist dagegen die Anwendung einer generellen Norm, z. B. die Anwendung einer generellen Norm durch ein Gericht. Eine individuelle Norm ist danach eine Norm, die besagt, daß ein konkretes „Individuum“ (Kelsens eigene Terminologie!) wegen Diebstahls zu ei-

⁷ Kelsen, 80.

⁸ Kelsen, 85.

⁹ Kelsen, 81.

¹⁰ Kelsen, 80.

¹¹ So ausdrücklich Kelsen, 154 Fn. *).

¹² Kelsen, 94.

ner Freiheitsstrafe verurteilt wird, oder, wie Kelsen das ausdrückt, in einem bestimmten Gefängnis „zwangsweise interniert“ werden soll.¹³

Betrachten wir zunächst die individuellen Rechtsnormen, also etwa die Verurteilung eines Angeklagten wegen Diebstahls zu einer Freiheitsstrafe. Wenn in einem richterlichen Urteil dieser Art zwei Tatbestände – eine Bedingung und eine Folge – normativ miteinander verknüpft werden, dann sind diese Tatbestände 1) die vorsätzliche Wegnahme, sagen wir, einer goldenen Uhr, die einer anderen Person gehört, durch den Angeklagten in der Absicht rechtswidriger Zueignung (das ist die Bedingung) und 2) die Internierung des Angeklagten in einem Gefängnis (das ist die Folge). „Tatbestände“ sind also ganz konkrete *Tatsachen*, eine vergangene Tatsache, die Wegnahme der Uhr, und eine künftige Tatsache, die Internierung des Diebes in einem Gefängnis. Für diese Auslegung sprechen nicht nur verschiedene Stellen in der „Reinen Rechtslehre“,¹⁴ sondern auch die Zivilprozeßordnungen, die deutsche wie die österreichische¹⁵, wie sie zu Kelsens Zeiten in Geltung waren. Jedenfalls korrespondiert Kelsens Terminologie einer der im 20. Jahrhundert üblichen Bedeutungen des Wortes „Tatbestand“. Setzen wir das voraus, dann meint „Zurechnung“ die Verknüpfung der genannten beiden Tatsachen oder, mit Kelsens eigenen Worten, „die Verknüpfung zweier Akte menschlichen Verhaltens miteinander“¹⁶, zweier tatsächlicher Handlungen, die erste der Akt der Wegnahme der goldenen Uhr, die zweite der Akt der Internierung des Diebes in einem Gefängnis.

Gehen wir über zu den generellen Rechtsnormen, also etwa zu der Norm des § 242 StGB, nach der Diebstahl mit Gefängnis bestraft werden soll. Bezogen auf eine generelle Norm wie den § 242 StGB ist klar, was „Tatbestand“ *heute* heißt, jedenfalls in der heutigen Strafrechtslehre. Wir sprechen vom „objektiven Tatbestand“ des Diebstahls und vom „subjektiven Tatbestand“. Der „objektive Tatbestand“ ist die „Wegnahme einer fremden beweglichen Sache“. Der „subjektive Tatbestand“ ist das Ins-Auge-Fassen der Wegnahme zusammen mit der Absicht rechtswidriger Zueignung als einer so genannten „überschießenden Innentendenz“. Das sind, jedenfalls zunächst einmal, keine Tatsachen. Es ist vielmehr so, daß die relevanten Tatsachen unter die gesetzliche Formulierung „subsumiert“ werden. Wir sprechen von der „tatbestandsmäßigen Handlung“. Achten Sie auf den Ausdruck „tatbestandsmäßig“. Die Handlung „erfüllt“ den Tatbestand, sie „verwirklicht“ den Tatbestand. So die heutige Redeweise. Die tatbestandsmäßi-

¹³ Kelsen, 85.

¹⁴ Auf 234 spricht Kelsen von der „Feststellung des Tatbestandes durch das rechtsanwendende Organ“.

¹⁵ § 313 Abs. 1 Nr. 5 deutsche ZPO, § 417 Abs. 2 österr. ZPO (alte Fassung), wo es um die „Darstellung des Tatbestandes“ geht. Vgl. Franz Klein / Hugo Schauer / Rudolf Hermann, Die Zivilprozeßordnung, 9. Aufl. 1934, 861; Maximilian Schuster v. Bonmott, Österreichisches Zivilprozeßrecht, 4. Aufl. 1907, 367 („Urteilstatbestand“).

¹⁶ Kelsen, 103.

ge Handlung ist eine Tatsache. Der Tatbestand hingegen, dem die Handlung zugeordnet wird, ist keine Tatsache. Der Tatbestand ist vielmehr, wie gesagt, eine gesetzliche *Formulierung*, eine – allgemein gehaltene – *Beschreibung* von Tatsachen,¹⁷ der eine Handlung gemäß sein kann, die eine Handlung erfüllen, verwirklichen kann. Entsprechendes gilt für die gesetzlich angeordnete Rechtsfolge. Auch sie ist keine Tatsache, sondern eine *Beschreibung* von Tatsachen.

Trotzdem läßt sich Kelsens Terminologie, wenn auch vielleicht mit einer gewissen Verbiegung, auch für die generellen Rechtsnormen halten, nämlich dann, wenn wir den „gesetzlichen Tatbestand“ – im heutigen Sinne des Wortes „Tatbestand“ – und die gesetzlich angeordnete Rechtsfolge extensional verstehen. Der „Tatbestand“ des § 242 StGB wäre dann die Klasse aller vergangenen, gegenwärtigen und zukünftigen Diebstahlshandlungen, und die gesetzlich angeordnete Rechtsfolge wäre die Klasse der wegen dieser Taten künftig zu verhängenden Freiheitsstrafen. Mit ein bißchen Gewalt sind das „Tatbestände“ im Sinne Kelsens, nämlich *Tatsachen*, die in einer Rechtsnorm miteinander verknüpft werden. Es entspräche dem generellen Charakter der generellen Rechtsnormen, daß unter dieser Voraussetzung die Tatsachen, die die generellen Rechtsnormen miteinander verknüpfen, nicht einzelne individuelle Tatsachen wären, sondern eben Klassen von Tatsachen. „Zurechnung“ mit Bezug auf generelle Rechtsnormen würde dann die normative Verknüpfung zweier Klassen von Tatsachen meinen, und das ist vielleicht eine taugliche Interpretation.

Soweit ersichtlich, hat Kelsen selbst den Begriff des Tatbestandes bei generellen Rechtsnormen nicht reflektiert. Der Witz ist, daß seine Charakterisierung von Zurechnung zwar alle Rechtsnormen, die individuellen wie die generellen Rechtsnormen, abdeckt, daß er aber, wenn er über die bloße Charakterisierung hinausgeht und von „Zurechnung“ tatsächlich redet, im allgemeinen nur die individuellen Rechtsnormen im Auge hat. Das ist kein Zufall. Die gesetzliche Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge, wie sie etwa im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs geschieht, kann man zwar „Zurechnung“ nennen, aber irgendein Erkenntnisgewinn, der über die Parallelisierung von individuellen und generellen Rechtsnormen hinausgeht, ist damit nicht verbunden. Auch in der Tradition, deren sich Kelsen durchaus bewußt ist, an die er sogar appelliert,¹⁸ wird mit Bezug auf generelle Rechtsnormen von „Zurechnung“ nicht geredet. In der Tradition ist Zurechnung eng verbunden mit der *applicatio legis ad factum*, der Anwendung eines Gesetzes auf eine Tat, und damit mit dem, was Kelsen „individuelle Rechtsnorm“ nennt.

¹⁷ Vgl. mein *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2. Aufl. 1988, 191.

¹⁸ Der Anschluß an die Tradition geschieht in der „Reinen Rechtslehre“ durch den Hinweis, mit dem Ausdruck „Zurechnung“ werde „kein neues Wort“ in die Rechtswissenschaft eingeführt, die, wie es heißt, „seit jeher mit der ‚Zurechnungsfähigkeit‘ operiere. Vgl. *Kelsen*, 85.

II. Kelsens Zurechnungslehre im Vergleich

Im folgenden werde ich eine an Kant orientierte Zurechnungslehre mit der Lehre Kelsens vergleichen. Die erstere soll auch „Vergleichslehre“ heißen.¹⁹ Ein wesentlicher Unterschied zwischen der Vergleichslehre und Kelsens Lehre besteht darin, daß die Vergleichslehre das Thema „Zurechnung“ von vornherein in einen größeren Zusammenhang stellt. Sie betrachtet das Handeln von Personen von vornherein in zwei Perspektiven, in der Prospektive und in der Retrospektive, während bei Kelsen die Retrospektive im Vordergrund steht.

Als „Prospektive“ bezeichne ich den Blick auf ein Handeln, das noch in der Zukunft liegt, als „Retrospektive“ den Blick auf vergangenes Handeln. In der Prospektive werden den Normadressaten Gebote, Verbote, Erlaubnis- und Freistellungsnormen vorgesetzt. Die Normen haben eine Gestaltungsfunktion, und es gilt der Satz „Sollen‘ impliziert ‚Können‘“. Die Retrospektive ist die Perspektive der Zurechnung. In ihr werden die Normen – und zwar durchaus dieselben Normen, um die es in der Prospektive geht – in einer der Retrospektive angepassten Formulierung angewendet, die Normen haben eine Maßstabsfunktion, und es gilt der Satz, daß die retrospektivische Anwendung des Gesetzes die Zurechnung impliziert. Schon bei Christian Wolff heißt es: „Ex applicatione legis ad factum intelligitur, actionem esse talem, quae imputari possit.“ – „Aus der Anwendung des Gesetzes auf eine Tat erhellt, daß die Tat eine Handlung ist, die zugerechnet werden kann.“²⁰

Nach der Vergleichslehre sind die beiden Perspektiven, Prospektive und Retrospektive, gewissermaßen zwei Seiten derselben Medaille, die eine Seite kann ohne die andere nicht gedacht werden, und die beiden Seiten sind gleichermaßen wichtig. Demgegenüber steht bei Kelsen die Retrospektive, die Zurechnungsperspektive, wie gesagt, im Vordergrund. Die Prospektive wird zwar nicht völlig ausgeklammert, aber sie wird als zweitrangig behandelt. Damit hängt ein weiterer Unterschied zusammen. Kant denkt in erster Linie an den normalen Menschen als den Adressaten der Normen, um die es ihm geht. Bei Kelsen dagegen sind die Normadressaten staatliche Organe, im Falle des Strafrechts die Strafvollstreckungsbehörde, im Falle des Zivilrechts beispielsweise der Gerichtsvollzieher. Ihnen, den staatlichen Organen, wird vorgeschrieben, was sie zu tun haben, wenn „Unrecht“ geschieht. Die so genannten Individuen kommen nur mittelbar ins Spiel. Die Individuen, so finden wir an einer Stelle der „Reinen Rechtslehre“, „befolgen“ „das Recht“, „indem sie das die Sanktionen vermeidende Verhalten

¹⁹ Dazu etwa mein Beitrag „Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln“, „Rechtstheorie“ Bd. 22, 1991, 449ff. Einige Modifizierungen in meinem Artikel „Zurechnung“ in: Joachim Ritter, Karlfried Gründer, Gottfried Gabriel (Hg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 12, 2004, Sp. 1445–1448.

²⁰ *Christian Wolff*, *Philosophia Practica Universalis I*, 1738 (Neudruck 1971), § 598.

an den Tag legen“.²¹ Mit anderen Worten, die Funktion der Individuen in Kelsens System ist es, möglichst darum heruzukommen, daß die an die staatlichen Organe gerichteten Normen angewendet werden.

Legen die Individuen das die Sanktionen vermeidende Verhalten nicht an den Tag, dann werden sie zu „Endpunkten der Zurechnung“²². Das heißt: Gelingt es den staatlichen Organen, ihre Aufgabe zu erfüllen (was ja nicht immer der Fall ist), dann werden an den fraglichen Individuen die Unrechtsfolgen festgemacht, die die Normen vorsehen. Die Individuen werden bestraft, oder es werden ihre Sachen gepfändet.

Das entspricht durchaus einem traditionellen Moment der Zurechnung. Pufendorf, der als erster das Thema „Zurechnung“ in den Mittelpunkt seiner Überlegungen gerückt hat, unterscheidet drei Stufen der Zurechnung. Wir rechnen einem Menschen eine Handlung dann zu, wenn wir meinen, (1) „daß der Mensch zu Recht als ihr Urheber angesehen werden kann,“ (2) wenn wir meinen, „daß er verpflichtet werden kann, über sie Rechenschaft abzulegen,“ und (3) wenn wir meinen, „daß auf ihn die Wirkungen zurückfallen, die aus der Handlung hervorgehen.“²³ Die dritte Stufe, von der dann die Rede ist, wenn wir urteilen, daß auf den Menschen die Wirkungen zurückfallen sollen, die aus seinem Handeln hervorgehen, entspricht dem, was Kelsen „Zurechnung“ nennt. Bei Pufendorf ist das, wie gesagt, die dritte von drei Zurechnungsstufen. Diese dritte und letzte Stufe setzt u.a. eine erste Stufe der Zurechnung voraus, von der die Rede ist, wenn wir meinen, daß der Mensch zu Recht als der Urheber seines Handelns angesehen werden kann. Bei Kant, der auf Pufendorfs Zurechnungslehre aufbaut, ist der Urheber eindeutig der Ursprung seines Handelns. Ausdrücklich heißt es (bei Kant): „Zurechnung ... ist das Urteil, wodurch jemand als Urheber (causa libera) einer Handlung ... angesehen wird.“²⁴ Entscheidend ist das „causa libera“. Urheber seiner Handlung ist ein Mensch dann und nur dann, wenn er die causa libera, die freie Ursache des Handelns ist.

Hier nun zeigt sich einer der entscheidenden Unterschiede zwischen Kant und Kelsen. Kant geht von der Freiheit – von der Willensfreiheit – der Normadressaten aus. Kelsen leugnet die Willensfreiheit der Individuen. Das Verhalten von Menschen ist, so Kelsen, „nach der Kausalität der Naturordnung ... nur Glied in einer unendlichen Reihe“.²⁵ Kausalität ist die eine umfassende Kategorie. Mit anderen Worten: Kelsen hängt einem metaphysischen Determinismus an. Die

²¹ Kelsen, 346.

²² Kelsen, 94, 95f., 102.

²³ Vgl. *Samuel Pufendorf*, *De Officio Homini et Civis*, 1673, Lib. I Cap. 1, § 17; Werke Bd. 2 (Hg. *Gerald Hartung*), 1997, 16 Z. 23–26: „quod homo pro earum auctore recte possit haberi, ac ad reddendam de iisdem rationem adstringi, quodque in ipsum redundant effectus, qui ex istis proveniunt.“

²⁴ *Immanuel Kant*, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797, Akademie-Ausgabe Bd. VI 227 Z. 21–23; zitiert „Kant, AA VI“.

²⁵ Kelsen, 97.

Konsequenz, die zu ziehen wäre, ist die, daß es nach Kelsen eigentlich keinen Sinn haben kann, in unserem Zusammenhang noch von „Freiheit“ zu sprechen. Kelsen selbst zieht diese Konsequenz allerdings nicht. Auch er bezeichnet den Menschen, dem Strafe (oder auch Belohnung) zugemessen wird, als „frei“: „Als Subjekt einer Moral- oder Rechtsordnung, und das heißt als Glied einer Gesellschaft, als moralische oder rechtliche Persönlichkeit“, eben als „Endpunkt der Zurechnung“ ist der Mensch „frei“.²⁶ Notgedrungen unterlegt Kelsen dem Wort „Freiheit“ dabei einen neuen Sinn. Denn diese Freiheit muß „mit der kausalgesetzlichen Bestimmtheit“ des menschlichen Verhaltens „vereinbar“ sein.²⁷ Aber der neue Sinn ist leer. (1) „Der Mensch ist frei, weil ihm zugerechnet wird.“ (2) „Der Mensch ist frei, weil ... sein Verhalten ein Endpunkt der Zurechnung ist.“²⁸ „Frei“ ist danach eine Bezeichnung, ein Etikett für einen Menschen, dem eine Strafe oder eine Belohnung zugemessen wird oder dessen Sachen gepfändet werden, und zwar deswegen, weil ihm eine Strafe oder eine Belohnung zugemessen wird oder seine Sachen gepfändet werden. Und das ist auch schon die Definition von „frei“. Mehr bedeutet das Wort „frei“ bei Kelsen nicht.

Damit stellt sich die Frage, warum Kelsen das tut. Warum benutzt er das Wort „frei“ und unterlegt ihm dabei eine neue Bedeutung, obwohl er auf das Wort „frei“ gut verzichten könnte? Und nicht nur das: Er benutzt das Wort „frei“, obwohl es ihm deutlich schwer fällt, ihm einen neuen Sinn zuzuschreiben. „Wenn die Behauptung, daß der Mensch als moralische oder rechtliche Persönlichkeit frei ist, *irgend einen möglichen Sinn* haben soll, dann muß diese ... Freiheit mit der kausalgesetzlichen Bestimmtheit“ des menschlichen Verhaltens „vereinbar“ sein.²⁹ Kelsen sucht „irgend einen möglichen Sinn“, der die von ihm formulierte Bedingung erfüllt, um ihn dem Wort „frei“ zu unterlegen. Und nicht nur das: Kelsen benutzt das Wort „frei“, obwohl es ihm mißlingt, dem Wort irgendeinen von der Tatsache einer Zurechnung unabhängigen Sinn zuzuschreiben. Warum tut er das?

Ich sehe dafür eine einzige, zweigestufte, Erklärung. (1) „Frei“ ist für Kelsen ein Ausdruck, mit dessen Hilfe er versucht, sich dem „üblichen Sprachgebrauch“, wie er ihn nennt,³⁰ anzupassen. Die Wörter „Zurechnung“ und „Freiheit“ gehören nun einmal zusammen.³¹ Daran will auch Kelsen nichts ändern. Dabei denkt er, wie es scheint, nicht zuletzt auch an den von Kant herrührenden Sprachgebrauch. (2) Darauf aufbauend möchte Kelsen Kant selbst, dessen „gro-

²⁶ Kelsen, 97 und 102.

²⁷ Kelsen, 102.

²⁸ Kelsen, 102.

²⁹ Kelsen, 102. Hervorhebung von mir.

³⁰ Vgl. Kelsen, 96.

³¹ Vgl. Kelsen, 102: „Zurechnung und Freiheit sind in der Tat wesentlich miteinander verbunden.“

ße Autorität“ er *expressis verbis* bewundert,³² für seine – Kelsens – Auffassung in Anspruch nehmen. Trotz der Kritik, die er auch in diesem Punkt an Kant übt und auf die ich noch zu sprechen kommen werde, vermittelt er den Eindruck, daß (seiner Auffassung nach) zwischen seiner (Kelsens) und Kants Auffassung kein großer Unterschied besteht.

III. Interpretation einer Stelle in Kants „Grundlegung zur Metaphysik der Sitten“

An dieser Stelle muß ich mich einer Passage im dritten Abschnitt von Kants „Grundlegung zur Metaphysik der Sitten“ zuwenden. Kant spricht dort über den Beweis der Freiheit. Im Kontext seiner Ausführungen möchte er nicht gezwungen sein, „die Freiheit auch in ihrer theoretischen Absicht zu beweisen.“ Vielmehr will er „dieses letztere“ „unausgemacht“ lassen, und einen anderen „Weg“ einschlagen. (Ich bediene mich hier, so gut es geht, des Vokabulars, dessen Kant selbst sich bedient.³³) Im Verlaufe der Argumentation heißt es u.a.: „Ein jedes Wesen, das nicht anders als *unter der Idee der Freiheit* handeln kann, ist eben darum in praktischer Rücksicht wirklich frei, d.i. es gelten für dasselbe alle Gesetze, die mit der Freiheit unzertrennlich verbunden sind, eben so als ob sein Wille auch an sich selbst und in der theoretischen Philosophie gültig für frei erklärt würde.“³⁴ Ich schlage vor, daß wir uns diesen Satz genauer anschauen. Dazu müssen wir wissen, was „ein Wesen“ ist, „das nicht anders als *unter der Idee der Freiheit* handeln kann.“ Die Antwort wird von Kant im unmittelbar folgenden Satz gegeben. „Ein Wesen, das nicht anders als *unter der Idee der Freiheit* handeln kann“, ist „jedes vernünftige Wesen, das einen Willen hat“.³⁵ Ich werde auf das „vernünftige Wesen, das einen Willen hat“ noch zu sprechen kommen. Jedenfalls sagt der Satz, den wir hier interpretieren, daß ein „vernünftiges Wesen, das einen Willen hat“ „in praktischer Rücksicht wirklich frei“ sei, d.h. daß für ein solches Wesen die Gesetze der Freiheit genauso gelten, wie sie gelten würden, wenn sein Wille „auch an sich selbst und in der theoretischen Philosophie gültig für frei erklärt würde.“

Ich konfrontiere Sie mit dem Satz aus Kants „Grundlegung“ deswegen, weil dieser Satz auch von Kelsen wiedergegeben wird. Aber, was macht Kelsen aus dem Satz? Zunächst einmal läßt er das „als ob“ in dem Kant-Zitat, das im Original normal gedruckt ist, kursiv drucken. Sein Kommentar aber lautet folgender-

³² Kelsen, 420.

³³ Immanuel Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1785, Akademie-Ausgabe Bd. IV 448 Z. 28–35; zitiert „Kant, AA IV“.

³⁴ Kant, AA IV 448 Z. 4–9.

³⁵ Kant, AA IV 448 Z. 9–11: Wir müssen „jedem vernünftigen Wesen, das einen Willen hat, notwendig auch die Idee der Freiheit leihen ..., unter der es allein handle.“

maßen: „Vom Standpunkt der theoretischen Erkenntnis aus“ sei die Freiheit des Willens – wohlgemerkt: nach Kant – „eine bloße Fiktion“. Der menschliche Wille werde von Kant „so betrachtet, *als ob* er nicht kausal bestimmt“ sei.³⁶

Der Kursivdruck und Kelsens Kommentar dazu liegen auf der Linie von Vaihinger, der aus Kants Philosophie einen Fiktionalismus gemacht hat. Vaihinger, eine Generation älter als Kelsen, hat auf die Kant-Leser des ersten Drittels des 20. Jahrhunderts, und damit vermutlich auch auf Kelsen, einen großen Einfluß gehabt. In der Tat wird Vaihinger zwei Fußnoten weiter von Kelsen auch zitiert.³⁷

Aber wir brauchen uns den Satz aus der „Grundlegung“ nur etwas genauer anzusehen, um festzustellen, daß Kelsens These nicht stimmt. Kant hat hier, wie in aller Regel, ganz präzise formuliert. Er schreibt nicht, „als ob der Wille des Menschen nicht kausal bestimmt wäre“ – so möchte Kelsen ihn verstehen. Sondern Kant schreibt, „als ob“ der Wille des Menschen „auch an sich selbst und in der theoretischen Philosophie gültig für frei erklärt würde.“ Genau das, ob der Wille auch in der theoretischen Philosophie gültig für frei zu erklären ist, will Kant, wie ich bereits gesagt habe, „unausgemacht“ lassen. Kant und Kelsen reden also von etwas sehr Verschiedenem. Kelsen geht unmittelbar von einem metaphysischen Determinismus aus, und er behauptet, daß auch Kant etwas unmittelbar zum metaphysischen Determinismus sage. Bei Kant geht es jedoch nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar um eine metaphysische These. Statt dessen geht es ihm um die wissenschaftliche *Untersuchung* – um den *Beweis* – einer metaphysischen These. Kant sagt, er verzichte auf den theoretischen *Beweis* eines metaphysischen Indeterminismus. Er sagt *nicht*, daß er einem metaphysischen Determinismus anhängt.

Und dann das „als ob“, das Kelsen so betont! Der Ausdruck kann im Deutschen in verschiedener Weise verwendet werden. Von einer Fiktion kann man sprechen, wenn ich „so *tue*, als ob ...“. Das „*tue*“ ist dabei zu unterstreichen. Wenn ich aber sage: „Der Mann dort drüben sieht aus der Entfernung so aus, als ob er Karl Müller wäre“, dann hat das „als ob“ eine ganz andere Bedeutung. Der Satz bedeutet: „Der Mann dort drüben sieht aus der Entfernung so aus wie Karl Müller.“ Das ist alles andere als eine Fiktion. Statt dessen wird eine Ähnlichkeit hervorgehoben. Auch Kant hebt eine Ähnlichkeit, nämlich Gleichheit, hervor. Unser Satz bedeutet: „Ein jedes Wesen, das nicht anders als unter der Idee der Freiheit handeln kann, ist eben darum in praktischer Rücksicht wirklich frei, d. i. es gelten für dasselbe alle Gesetze, die mit der Freiheit unzertrennlich verbunden sind, eben so, *wie dann* (soll heißen: wie sie gelten würden), *wenn* („als ob“) sein Wille auch an sich selbst und in der theoretischen Philosophie gültig für frei erklärt würde.“

³⁶ Kelsen, 99 Fn. *).

³⁷ Kelsen, 99 Fn. ***).

Kelsens Interpretation läßt sich nicht halten. Er bringt noch zwei weitere Zitate aus der „Grundlegung“, die aber auch nicht belegen, daß Kant den Fiktionalismus vertritt, den Kelsen ihm zuschreiben möchte. Ganz im Gegenteil sagt Kant an einer anderen Stelle weiter hinten in der „Grundlegung“ ausdrücklich, daß die Freiheit des Willens auch vom Standpunkt der theoretischen Philosophie aus gesehen jedenfalls „möglich“ sei und daß die theoretische Philosophie diese Möglichkeit der Freiheit auch „zeigen“ könne.³⁸

Kelsen bleibt nicht dabei stehen, Kant den Fiktionalismus zuzuschreiben, den er ihm zuschreibt. Darüber hinaus kritisiert er diesen (vermeintlichen) Fiktionalismus, er wirft ihn Kant geradezu vor. Die Fiktion der Willensfreiheit sei, so Kelsen, „überflüssig“.³⁹ Das ändert allerdings nichts an dem Eindruck, daß Kelsen Kant für sich in Anspruch nimmt. Gestrichen werden muß der vermeintliche Fiktionalismus Kants, dann kommt eine von allen überflüssigen Zutaten gereinigte Zurechnungslehre heraus, nämlich die von Kelsen selbst vertretene. Das Ergebnis ist, daß an die Stelle des angeblichen Fiktionalismus Kants bei Kelsen eine bloße Sprachregelung tritt. Kelsen definiert, d.i. er *setzt fest*, daß der Mensch, dem zugerechnet wird, als „frei“ zu bezeichnen sei. Ich zitiere noch einmal: „Der Mensch ist frei, weil ... sein Verhalten ein Endpunkt der Zurechnung ist.“⁴⁰ Das scheint mir noch problematischer zu sein als Kants angeblicher Fiktionalismus. Kelsens Versuch einer Sprachregelung ist ein Akt, mit dem er ein Wort, das in der Alltagssprache nicht nur eine andere, sondern eine gegensätzliche Bedeutung hat, kraft seiner Autorität als Autor der „Reinen Rechtslehre“ für seine Zwecke in Anspruch nimmt.

IV. *Kelsen und Kants Konzept einer reinen praktischen Vernunft*

Lassen wir die Kritik einmal beiseite, sowohl die Kritik, die Kelsen an Kant übt (an dem Kant, so wie *er* ihn deuten will), als auch die an Kelsen zu übende Kritik, und fragen wir, wie es zu dem Mißverständnis kommt, dem Kelsen erlegen ist. Das soll heißen: Wie kommt es zu der Fehlinterpretation der Kant-Stelle? Eine mögliche Erklärung besteht darin, daß Kelsen die Prospektive menschlichen Handelns nicht oder kaum in den Blick nimmt. Der Satz aus der „Grundlegung“ aber hat gerade diese Prospektive zum Thema. Wenn ein Wesen nicht anders als unter der Idee der Freiheit handeln kann, dann geht es um das Handeln in der Zukunft, nicht um Vorgänge in der Vergangenheit.

Wir müssen uns deshalb näher mit der Frage befassen, was es heißt, daß ein Wesen nicht anders als unter der Idee der Freiheit handeln kann. Dieser Gedan-

³⁸ Kant, AA IV 461 Z. 17–21.

³⁹ Kelsen, 99.

⁴⁰ Kelsen, 102.

ke, daß ich nicht anders als unter der Idee der Freiheit handeln kann, erschöpft sich nicht in den logischen und semantischen Schwierigkeiten, mit denen der metaphysische Determinismus zu kämpfen hat.⁴¹ Er erschöpft sich auch nicht in der Feststellung, daß ich (Determinismus hin, Determinismus her!) gezwungen bin, mich tagtäglich für meine Handlungen zu entscheiden. Wenn Kant von Wesen redet, die nicht anders als unter der Idee der Freiheit handeln können, dann beschreibt er diese Wesen, wie bereits erwähnt, als „vernünftige Wesen, die einen Willen haben“. Die entscheidende Komponente ist dabei die Vernunft der vernünftigen Wesen. Wieso aber kann ein vernünftiges Wesen, das einen Willen hat, nicht anders als unter der Idee der Freiheit handeln? Der Grund ist: Bei unserem Handeln kommt immer wieder die Kategorie der Richtigkeit ins Spiel, und mit der Kategorie der Richtigkeit unseres Handelns bewegen wir uns auf einer neuen Ebene, auf einer Ebene außerhalb der kausalgesetzlich bestimmten Welt der Natur.⁴²

Wir kennen das von der Idee richtigen Denkens. Das richtige Denken steht dem tatsächlichen Denken gegenüber. Das tatsächliche Denken eines Menschen mag Gegenstand der Arbeit eines empirisch vorgehenden Psychologen sein, der das Denken seines Patienten auf seine wirklichen oder vermeintlichen Ursachen hin untersucht. Aber Denken als ein empirischer Vorgang ist nicht richtig oder falsch, genauso wenig, wie andere Naturvorgänge richtig oder falsch sind. Es ist deshalb auch nicht kritisierbar, genauso wenig, wie das Rauschen des Meeres kritisierbar ist. Richtig oder falsch und damit kritisierbar wird ein Denken erst dann, wenn wir es nicht mehr als einen Naturvorgang, infolgedessen als nicht kausiert und also als frei betrachten. Diese Freiheit ist eine Bedingung der Möglichkeit der Anwendung etwa der Regeln der Logik, sei es der Anwendung der Regeln der Logik durch den denkenden Menschen selbst, sei es ihrer nachträglichen Anwendung durch einen Kritiker. Kelsen erwägt „ein Naturgesetz“, „demzufolge der Mensch dasjenige Verhalten an den Tag legt, von dem er sich den größeren Lustgewinn verspricht.“ Deshalb lüge der Mensch manchmal, und manchmal lüge er nicht.⁴³ Aber dieses Naturgesetz oder irgendein anderes vergleichbares Naturgesetz führt nicht dazu, daß Menschen richtig denken. Nehmen wir als Beispiel einen Mathematiklehrer und seinen Mathematikschüler, und nehmen wir weiter an, daß es dem Schüler nicht darum geht, den Lehrer zu ärgern, sondern daß er sich statt dessen den größeren Lustgewinn davon versprechen wür-

⁴¹ Der Determinist, der sagt: „Alles ist determiniert!“, befindet sich in einer Lage, die mit der des Kretischen Lügners vergleichbar ist. Das macht seine Behauptung semantisch sinnlos. – Oder: Ich bin nicht in der Lage, mein zukünftiges Handeln vorherzuerkennen. Wenn ich mein zukünftiges Handeln aber vorhersagen könnte, dann würde das dieses mein zukünftiges Handeln verändern. Denn das Wissen würde als Determinante in die Determination meines zukünftigen Handelns eingehen.

⁴² Zum folgenden vgl. auch meinen Beitrag „Die Würde des Menschen bei Kant“, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* Vol. 88, 2002, 463ff., insbes. 469–471.

⁴³ Kelsen, 98.

de, wenn er dem Lehrer die richtigen Antworten gäbe. Bei richtigen Antworten würde der Lehrer keine unangenehmen Bemerkungen machen, und die Versetzung in die nächste Klasse wäre gesichert. Aber: Der Wunsch nach Lustgewinn mag so groß sein, wie er will, aus ihm ergeben sich nicht die richtigen Antworten. Der Schüler wird die richtigen Antworten nur dann geben, wenn er sich von den Regeln der Logik (und den anderen Regeln der Mathematik) bestimmen läßt, und diese Regeln gehören nicht zur Welt der Natur, sondern liegen, um eine Metapher aufzugreifen, die Wittgenstein benutzt,⁴⁴ an der „Grenze“ der Welt der Natur.

Wenn wir in dem Sinne richtig denken, daß wir dabei die Regeln der Logik beachten, dann wird unser Verstand „praktisch“. Wir können auch sagen, daß reiner Verstand „praktisch“ wird. Reiner Verstand wird „praktisch“, heißt, daß er unser Denken bestimmt.

Ich gebe jetzt einige Elemente der Definition von Freiheit wieder, die Kant in der „Metaphysik der Sitten“ liefert, die aber schon für die „Grundlegung“ maßgeblich sind. Freiheit hat zwei Aspekte, einen negativen und einen positiven. Der negative Aspekt ist: Freiheit des Willens ist die Unabhängigkeit des Willens von seiner Bestimmung durch sinnliche Antriebe. Das soll heißen: Der Wille wird durch sinnliche Antriebe zwar affiziert, aber nicht determiniert. Der positive Aspekt der Freiheit ist (ich zitiere jetzt wörtlich) „das Vermögen der reinen Vernunft, für sich selbst praktisch zu sein.“⁴⁵

Es geht mir um diesen positiven Aspekt, um „das Vermögen der reinen Vernunft, für sich selbst praktisch zu sein.“ Kant geht von einer reinen – praktischen – Vernunft aus, die eben „praktisch“ werden, d.h. unser Handeln zu bestimmen vermag, ähnlich wie reiner Verstand unser Denken zu bestimmen vermag. Diese reine praktische Vernunft ist das, worauf es Kant ankommt. Daß er dabei an den Kategorischen Imperativ denkt, der mit seinem Formalismus auch noch in anderen Beziehungen Parallelen zur Logik aufweist, ist erst ein zweiter Gesichtspunkt. Entscheidend ist vielmehr, daß mit der reinen praktischen Vernunft der Gedanke der Richtigkeit unseres Handelns ins Spiel kommt, genauso wie mit Logik und reinem Verstand der Gedanke der Richtigkeit unseres Denkens gedacht wird. Gehen wir einmal davon aus (ich will das hier nicht nachprüfen), daß die Anwendung des Kategorischen Imperativs zu einem Lügeverbot führt. Dann weiß ich, daß Lügen, jedenfalls in bestimmten Fällen, falsch ist. Kant nimmt an, daß dieses Lügeverbot mich dazu bestimmen kann, eine konkrete Lüge zu unterlassen, und zwar um der Richtigkeit meines Handelns willen, genauso wie das „tertium non datur“ mich davon abhalten kann zu sagen „Es gibt Objekte auf dieser Erde, bei denen es weder der Fall noch nicht der Fall ist, daß sie H₂O enthalten“. Mit dem Gedanken der Richtigkeit unseres Handelns aber bewegen wir

⁴⁴ Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus* (1921) 5.632, 5.641.

⁴⁵ Kant, AA VI 213 Z. 35–214 Z. 4. Vgl. auch Kant, AA IV 446 Z. 13–447 Z. 7.

uns wieder auf einer Ebene außerhalb der kausalgesetzlich bestimmten Welt der Natur, eben an den Grenzen der Welt der Natur. Das ist die Weise, wie Kant den metaphysischen Determinismus hinter sich läßt.

Überlegungen dieser Art bleiben bei Kelsen ungehört. Auch Kelsen nimmt an, „die Vorstellung der Norm, daß man die Wahrheit sprechen soll“, könne „ein wirksames Motiv normentsprechenden Verhaltens sein“. Aber er macht einen charakteristischen Vorbehalt. Die Vorstellung der Norm, daß man die Wahrheit sprechen soll, kann ein wirksames Motiv normentsprechenden Verhaltens nur sein (wörtlich) „im Einklang mit“ dem Naturgesetz, „demzufolge der Mensch dasjenige Verhalten an den Tag legt, von dem er sich den größeren Lustgewinn verspricht“. ⁴⁶ Kelsen kann sich, mit anderen Worten, nicht denken, daß jemand allein um der Richtigkeit seines Handelns willen handelt.

Daß Kelsen sich das nicht vorstellen kann, hat zwei miteinander zusammenhängende Gründe. Der erste ist, daß Kausalität bei ihm die eine entscheidende Kategorie ist. Kausalität ist aber eine rückwärts gerichtete Kategorie. Als endliche Menschen können wir von Kausalzusammenhängen erst reden, wenn nicht nur die Ursachen, sondern auch die Wirkungen in der Vergangenheit liegen. Deshalb steht bei Kelsen die Retrospektive auf menschliches Handeln ganz im Vordergrund, und deshalb vermag Kelsen Kants reine praktische Vernunft nicht zu sehen, bei der es in erster Linie um unser künftiges Handeln geht.

Der zweite Grund ist: Kelsen kann sich nicht vorstellen, daß eine Richtigkeit menschlichen Handelns gedacht werden kann, die willkürliches (allenfalls von Zweckmäßigkeitserwägungen geleitetes) menschliches Festsetzen von Regeln übersteigt, genauso wie die Logik willkürliche menschliche Festsetzungen übersteigt. In dem Aufsatz „Das Problem der Gerechtigkeit“, der zusammen mit der 2. Auflage der „Reinen Rechtslehre“ publiziert und in ein und demselben Band abgedruckt ist, widmet Kelsen einen Abschnitt Kants praktischer Philosophie, ⁴⁷ der er vor allem Selbstwidersprüche nachzuweisen versucht. Meines Erachtens erfolglos. Das ist hier nicht weiter auszuführen. Klar ist jedenfalls, daß nach Kelsen „eine sehr nahe Verwandtschaft zwischen [Kants] Ethik und der naturrechtlichen Lehre vom Vernunftrecht besteht“. ⁴⁸ Das ist Kelsens endgültiges Verdikt über Kant.

Obwohl es natürlich eine ganze Reihe möglicher Kritikpunkte gibt, nicht zuletzt die aus der Analogie der Idee richtigen Handelns zu der Idee richtigen Denkens, verzichte ich auf eine Kritik. Ich will lediglich zusammenfassen. Nimmt man alles zusammen, dann sehe ich nicht, daß zwischen Kants und Kelsens Zurechnungslehre eine enge Beziehung besteht. Ich kann mir im Gegenteil kaum einen größeren Gegensatz vorstellen. Hier Kants Unterscheidung von Sinnenwelt

⁴⁶ Kelsen, 98.

⁴⁷ Kelsen, 420ff.

⁴⁸ Kelsen, 425.

und intelligibler Welt, dort der metaphysische Determinismus Kelsens, dem der Gedanke einer reinen praktischen Vernunft absurd ist. Was Kelsen tut, ist, daß er Kants Vokabular entlehnt. Aber weiter geht die Verwandtschaft der beiden in der Zurechnungslehre nicht.

Carsten Heidemann

Der Begriff der Zurechnung bei Hans Kelsen

0. Einleitung

Die Entwicklung der Rechtstheorie Hans Kelsens läßt sich in vier Phasen einteilen. Die „konstruktivistische“ Phase umfaßt seine Habilitationsschrift *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* von 1911 und einige Aufsätze der Folgezeit. Die zweite, „neukantische“ Phase beginnt ungefähr 1916; sie wird durch Kelsens wichtigste Arbeit aus dieser Zeit, die erste Auflage der *Reinen Rechtslehre* von 1934, im wesentlichen abgeschlossen. Die folgende „realistische“ Phase dauert bis etwa 1960; ihr ist unter anderem die bekanntere zweite Auflage der *Reinen Rechtslehre* zuzuordnen. Die letzte „sprachanalytische“ Phase schließlich umfaßt einige in den sechziger Jahren erschienene Aufsätze sowie die 1979 posthum veröffentlichte *Allgemeine Theorie der Normen*.¹

Der Begriff der Zurechnung spielt von Beginn an eine große Rolle in der Theorie Kelsens. Allerdings bleibt er in der ersten Phase noch unklar. Zurechnung ist dort einerseits jener Solloperator, der Normsubjekt und Normobjekt miteinander verbindet,² andererseits jene Operation, durch die eine Handlung „zugegeschrieben“ und damit eine Rechtspersönlichkeit konstruiert wird,³ ohne daß diese Fälle begrifflich voneinander unterschieden werden. In der zweiten Phase differenziert Kelsen dann ausdrücklich zwischen der normkonstitutiven „peripheren“ Zurechnung und der mit der Fiktion der Rechtspersönlichkeit verknüpften „zentralen“ Zurechnung. Diese Unterscheidung wird in der dritten Phase scheinbar ohne größere Änderungen durch die Differenzierung zwischen „Zurechnung“ und „Zuschreibung“ wieder aufgenommen. In der vierten Phase wird der Zuschreibungsbegriff nicht mehr thematisiert, und für den Zurechnungsbegriff ergeben sich keine wesentlichen Abweichungen gegenüber den vorangehenden Phasen.

Im folgenden sollen lediglich die ausgearbeiteten Zurechnungstheorien der neukantischen und der realistischen Phase der Reinen Rechtslehre näher untersucht werden.

¹ Vgl. dazu Carsten Heidemann, *Die Norm als Tatsache* (Baden-Baden 1997), 23ff., 43ff., 103ff., 159ff.

² Etwa Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*¹ (1. Aufl., Tübingen 1911), 73ff.

³ Etwa Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*¹ (Fn.2), 145.

1. Die „neukantische“ Phase

Der Ausdruck „Neukantianismus“ bezeichnet eine Vielzahl verschiedener philosophischer Theorien insbesondere aus der Zeit um 1900, die sich einerseits auf die Philosophie Kants berufen und sie andererseits bewußt modifizieren. Zwei Hauptrichtungen lassen sich unterscheiden: die durch Hermann Cohen begründete „Marburger“ Schule und die vor allem durch Wilhelm Windelband, Heinrich Rickert und Emil Lask vertretene „südwestdeutsche“ Schule. Kelsen übernimmt Elemente aus Theorien beider Richtungen. Die spezifisch neukantische Basis seiner Rechtstheorie in der zweiten Phase läßt sich grob durch die folgenden Thesen charakterisieren:

- Es gibt kein Ding an sich.
- Die objektive Welt als Gegenstand der Erkenntnis wird erst durch die Erkenntnis selbst konstituiert.
- Erkenntnis manifestiert sich ausschließlich in (gültigen) Urteilen.
- Ansatzpunkt der als Erkenntniskritik verstandenen Philosophie sind die als objektiv vorausgesetzten Urteile der institutionalisierten Wissenschaften.
- Normative Wissenschaften unterscheiden sich von theoretisch-empirischen Wissenschaften grundlegend allein durch die Art der in ihren Urteilen angewandten Kategorie.⁴

Hiervon ausgehend argumentiert Kelsen wie folgt:

Die objektive Realität werde durch die Erkenntnis in der Weise konstituiert, daß die reinen Verstandesbegriffe, die Kategorien, mit einem „alogischen“ Material verbunden würden. Ergebnis sei ein System synthetischer Urteile, die nicht aufgrund ihrer Übereinstimmung mit einer erkenntnisunabhängigen Wirklichkeit gültig seien, sondern deswegen, weil sie den die Erkenntnis bestimmenden Regeln entsprächen.⁵

Daher sei die Natur als Gegenstand der Erkenntnis keine Ansammlung erkenntnisunabhängiger Objekte, sondern ein Zusammenhang naturwissenschaftlicher Urteile, in denen die Kategorie der Kausalität auf ein durch die Sinne geliefertes Empfindungsmaterial angewendet werde. Entsprechend sei das objektive Recht – verstanden als Gegenstand der analog einer Naturwissenschaft aufgefaßten institutionalisierten Rechtswissenschaft – identisch mit dem System der gültigen Erkenntnisurteile „über“ das Recht, die durch die korrekte Anwendung der Kategorie des Sollens auf ein bestimmtes nichtnormatives Substrat, nämlich

⁴ Prägnante Zusammenfassungen des neukantischen Programms *Kelsens* finden sich vor allem in der Vorrede zur 2. Auflage der Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (Tübingen 1923) und der Abhandlung Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus (Charlottenburg 1928). Seine detaillierteste, allerdings sehr unsystematische Auseinandersetzung mit dem (Neu-)Kantianismus ist die Polemik gegen *Fritz Sander* „Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Überwindung der ‚Rechtsdogmatik‘“ (in: ZöR 3 1922, 103–235).

⁵ Etwa *Hans Kelsen*, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus (Fn. 4), 62; *ders.*, Rechtswissenschaft und Recht (Fn. 4), 133, 214f.