

Schriften zur Rechtstheorie

Band 291

Kelsens Theorie der Rechtserkenntnis

Zugleich eine kritische Betrachtung der Positivität
als Eigenschaft des Rechts

Von

Matheus Pelegrino da Silva



Duncker & Humblot · Berlin

MATHEUS PELEGRINO DA SILVA

Kelsens Theorie der Rechtserkenntnis

Schriften zur Rechtstheorie

Band 291

Kelsens Theorie der Rechtserkenntnis

Zugleich eine kritische Betrachtung der Positivität
als Eigenschaft des Rechts

Von

Matheus Pelegrino da Silva



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br.
hat diese Arbeit im Wintersemester 2018/2019
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2019 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach

ISSN 0582-0472
ISBN 978-3-428-15748-8 (Print)
ISBN 978-3-428-55748-6 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85748-7 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2018/19 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen.

Mein allererster Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Matthias Jestaedt, für die kritische und kompetente Durchsicht des Manuskripts, für seine jahrelange Unterstützung, sowie für den großzügig eingeräumten Freiraum, meinen eigenen – durch das Studium von Hans Kelsen Thesen angeregten – Überlegungen in meiner Forschungsarbeit nachgehen zu können. Für dies alles bin ich ihm zu tiefem Dank verpflichtet. Bedanken möchte ich mich auch bei Herrn Prof. Dr. Ralf Poscher für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und die dort gegebenen Kommentare.

Besonders dankbar bin ich der brasilianischen Organisation für die Wissenschaftsförderung CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), deren Unterstützung den erfolgreichen Abschluss dieser Arbeit ermöglichte.

Ein ganz spezieller Dank gilt meiner Mutter, die mich in Allem vorbehaltlos unterstützt hat.

Freiburg im Breisgau, Februar 2019

Matheus Pelegrino da Silva

Inhaltsverzeichnis

| | |
|-------------------------|----|
| Einleitung | 11 |
|-------------------------|----|

Kapitel 1

| | |
|--|----|
| Grundnorm, Normativität und Positivität als Grundprämissen der Reinen Rechtslehre | 13 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| A. Die Auffassung der Reinen Rechtslehre als Hypothese und die Natur der Grundprämissen | 13 |
| B. Die drei angenommenen Prämissen und ihr Verhältnis zueinander | 17 |
| C. Die eventuelle Notwendigkeit der Annahme der Prämisse Grundnorm und die Anwendung des Begriffs „Recht“ | 21 |

Kapitel 2

| | |
|--|----|
| Gegenstände der Rechtserkenntnis und des Rechts | 32 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| A. Der Gegenstand der Rechtserkenntnis | 33 |
| B. Die Anwendung von individuellen Normen als Ausgangspunkt der Rechtserkenntnis | 34 |
| C. Die Rechtserkenntnis und das Ziel von Kelsens Rechtstheorie | 38 |
| D. Die Rechtswissenschaft und die Erzeugung der Gegenstände des Rechts | 41 |
| E. Wissenschaftliche Debatte über die Gegenstände der Rechtswissenschaft bei Kelsen | 43 |
| F. Die Rolle der Geltung bei der Identifizierung der Gegenstände des Rechts | 46 |
| G. Die Notwendigkeit der Postulierung der alternativen Ermächtigung für die Erklärung der Existenz einiger Rechtsphänomene | 50 |

Kapitel 3

| | |
|--|----|
| Die Beschreibung der gültigen Normen und die Bedeutung der Geltung der Normen | 53 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| A. Die Rechtssätze und die Beschreibungsaufgabe der Rechtswissenschaft | 53 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| B. Die Zurechnung als normative Verknüpfung von Tatbeständen | 55 |
| C. Rechtsfolge, Sanktion und die Zwangsnatur des Rechts | 60 |
| I. Das Verhältnis zwischen Rechtsfolge und Sanktion | 60 |
| II. Die selbständige Norm | 62 |
| III. Sanktion und Zwangsnatur des Rechtes | 64 |
| IV. Die Auffassung der Rechtsfolge angesichts der Wirksamkeit und der Bedeutung der Geltung | 69 |

Kapitel 4

| | |
|---|-----------|
| Ursprung und Begründung der Geltung der Normen | 74 |
| A. Die Grundnorm und die Identifikation der gültigen Rechtsordnung | 76 |
| I. Die Grundnorm und die Zusammenhänge zwischen Geltung und Wirksamkeit | 77 |
| II. Die Grundnorm und die Legitimierung der Macht | 81 |
| B. Die alternative Ermächtigung und ihre Positivität | 82 |
| I. Die Erzeugung von Normen dank der alternativen Ermächtigung | 83 |
| II. Die Arten und Grenzen der Positivierung der alternativen Ermächtigung .. | 87 |
| III. Positive oder vorausgesetzte alternative Ermächtigung | 93 |
| IV. Die indirekte Positivität der alternativen Ermächtigung aufgrund der Ohnmacht hinsichtlich der Überprüfung der Normangemessenheit | 97 |
| C. Stufenbaulehre und Rechtserkenntnis | 101 |
| I. Die Rolle der Stufenbaulehre für die Rechtserkenntnis und die Begründung der Stufung der Normen | 101 |
| II. Wie viele Stufenbauten (Rangordnungen der Normen) kann eine Rechtsordnung enthalten? | 106 |
| III. Die Bestimmung der rechtssetzenden Fähigkeit als Ermächtigung und die Problematik der alternativen Ermächtigung angesichts der Stufenbaulehre .. | 109 |
| IV. Der Stufenbau nach derogatorischer Kraft, alternativer Ermächtigung und die Suspension als weitere Funktion der Rechtsnormen | 114 |
| V. Ursprünge, Lösungen und Konsequenz der Normenkonflikte | 122 |
| 1. Die Ursprünge der Normenkonflikte und Kelsens Lösung für diese Probleme | 123 |
| 2. Der Status des Grundsatzes <i>lex posterior derogat legi priori</i> und die Anwendung des Gewohnheitsrechts für die Lösung der Normenkonflikten .. | 124 |
| 3. Die Konsequenz der ungelösten Normenkonflikte für die Lehre vom Stufenbau | 129 |
| VI. Bildliche Darstellungen der Stufungen einer Rechtsordnung | 130 |
| 1. Bildliche Darstellung der Stufenbauten der Rechtsordnung nach absolut normgemäßer rechtssetzender Kraft | 133 |

| | |
|--|-----|
| 2. Bildliche Darstellung des Rechtserzeugungsspielraums dank alternativer Ermächtigung | 136 |
| 3. Bildliche Darstellung der Stufung der Rechtserzeugungsformen nach derogatorischer Kraft | 138 |

Kapitel 5

| | |
|---|-----|
| Die Rechtserkenntnis und die Interpretation des Rechts | 140 |
| A. Die drei Arten von Interpretation und die Aufgabe der rechtswissenschaftlichen Interpretation | 141 |
| B. Die rechtswissenschaftliche Interpretation und die Anwendung von Auslegungsmethoden | 145 |
| I. Die Auslegungsmethoden und die Mehrdeutigkeit der Normtexte | 146 |
| II. Das ausgelegte Recht als beobachtbares Phänomen und die Nicht-Erforderlichkeit einer bestimmten Auslegungsmethode | 150 |
| 1. Überlegungen zur Anwendungspflicht einer bestimmten Auslegungsmethode | 151 |
| 2. Die Rechtsnorm als Sinn eines Willensaktes und der Sinn der Rechtsnorm | 153 |
| 3. Die demokratische Legitimität und die Nicht-Existenz der Anwendungspflicht einer bestimmten Auslegungsmethode | 156 |
| C. Der Aufbau des normativen Rahmens und das Problem der Mehrdeutigkeit ... | 160 |
| D. Die Anwendung von nicht-positivierten Quellen beim Aufbau des normativen Rahmens | 163 |
| Schluss | 171 |
| Literaturverzeichnis | 176 |
| Sachverzeichnis | 181 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|------------------------|---|
| a. a. O. | am angegebenen Ort |
| AJM-GS | Adolf Julius Merkl – Gesammelte Schriften |
| Anm. | Anmerkung |
| ARSP | Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie |
| ATN (1979) | Allgemeine Theorie der Normen |
| Aufl. | Auflage |
| Bd. | Band |
| d. h. | das heißt |
| ders. | derselbe |
| ff. | und die folgenden Seiten |
| Fn. | Fußnote |
| FS | Festschrift |
| GS | Gedächtnisschrift |
| GTLS (1945) | General Theory of Law and State |
| HKW | Hans Kelsen Werke |
| Hrsg. | Herausgeber |
| JB | Juristische Blätter |
| M.P.S. | Matheus Pelegrino da Silva |
| Neud. | Neudruck |
| OJLS | Oxford Journal of Legal Studies |
| ÖJZ | Österreichische Juristen-Zeitung |
| ÖZöR | Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht |
| Recht und Logik (1965) | Recht und Logik |
| RJ | Ratio Juris |
| RR ¹ (1934) | Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Studienausgabe der 1. Auflage 1934 |
| RR ² (1960) | Reine Rechtslehre, Studienausgabe der 2. Auflage 1960 |
| RT | Rechtstheorie: Zeitschrift für Logik und Juristische Methodenlehre, Allgemeine Rechts- und Staatslehre, Kommunikations-, Normen und Handlungstheorie, Soziologie und Philosophie des Rechts |
| S. | Seite(n) |
| u. a. | unter anderen |
| unver. | unverändert |
| WRS | Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross |
| ZöR | Zeitschrift für öffentliches Recht |

Einleitung

Hans Kelsens Rechtstheorie ist an dem Ziel orientiert, das Recht zu erkennen und zu beschreiben. Folglich existiert die Möglichkeit, seine Rechtstheorie angesichts seines Zieles zu analysieren, das heißt zu überprüfen, ob sie erfolgreich ist, ob ihre Beschreibung des Rechts kein fremdes Element miteinschließt oder relevante Elemente ausschließt, ob sie die nötigen theoretischen Mittel und Überlegungen anbietet, um das Recht zu erkennen und diese Rechtserkenntnis zu begründen.

Das Hauptziel der vorliegenden Arbeit ist, zu analysieren, wie erfolgreich Kelsen bei der Formulierung einer Rechtstheorie war, die die rechtliche Natur von Rechtsphänomenen zu erkennen und zu beschreiben versucht. Dieses Ziel wird durch die Untersuchung seiner Theorie der Rechtserkenntnis hinsichtlich der Begründung der Hauptelemente dieses theoretischen Projekts entwickelt. Um diese Analyse durchzuführen, wird erforscht, wie Kelsen die Rechtserkenntnis darstellt, wie diese Erkenntnis mit seiner Auffassung der Rechtsnorm als objektiver Sinn eines Willensaktes verbunden ist, warum sich für ihn die Rechtserkenntnis durch die Annahme von drei Grundprämissen (Grundnorm, Positivität und Normativität des Rechts) konstituiert und welche Situationen existieren, in denen die Begründung der Erkenntnis des Rechts durch das punktuelle Ausschließen der Positivität, d. h. durch die Ablehnung der Erforderlichkeit der Anwendung von ausschließlich positiven Normen, erfolgt.

Die ersten drei Kapitel dieser Untersuchung stellen die Hauptelemente der Reinen Rechtslehre als eine Theorie der Rechtserkenntnis dar, als Theorie, die auf die Beschreibung der Rechtsphänomene zielt, während die letzten beiden Kapitel auf die Präsentation und kritische Untersuchung der von Kelsen entwickelten Lehren zielen, um durch die Darstellung der Art und Weise, wie gültige Normen erzeugt und interpretiert werden, die Rechtserkenntnis zu erklären.

Im ersten Kapitel wird erläutert, was Grundnorm, Normativität und Positivität als angenommene Prämissen in Kelsens Rechtslehre bedeuten, aus welchen Gründen sie nötig sind und in welchem Verhältnis sie zueinander stehen. Das zweite Kapitel wird untersuchen, wie Kelsen die Gegenstände der Rechtserkenntnis und des Rechts darstellt und wie die rechtliche Natur dieser Gegenstände dank gültiger Normen und deren Inhalten anerkannt wird. Das dritte Kapitel zielt auf die Erklärung der Art und Weise, wie gültige Normen von der Rechtstheorie durch Rechtssätze beschrieben werden, sowie auf die Erklärung der Bedeutung der Geltung als Eigenschaft einer Norm in Hinblick auf die Zwangsnatur des

Rechts. Im vierten Kapitel werden die Hauptelemente für die Begründung der Geltung der Normen, d. h. die Lehre von der Grundnorm und der alternativen Ermächtigung, die Stufenbaulehre sowie die Problematik der Normenkonflikte präsentiert und kritisch analysiert. Das letzte Kapitel wird unter Berücksichtigung der Notwendigkeit der Interpretation der gültigen Normen, um die rechtliche Bedeutung der Rechtsphänomene identifizieren zu können, die Rolle der Interpretation für die Erklärung der Rechtserkenntnis analysieren.

Diese Überlegungen zielen auf zwei Ergebnisse: Erstens auf eine umfassende Darstellung und Analyse der Elemente von Kelsens Theorie der Rechtserkenntnis und zweitens auf eine kritische Behandlung von Kelsens Auffassung, dass die Positivität eine wesentliche Eigenschaft des Rechts sei, indem Situationen bearbeitet werden, in denen Rechtsphänomene als solche zu betrachten sind, obwohl bei der Zuschreibung der rechtlichen Bedeutung eine für die Erklärung dieser rechtlichen Bedeutung notwendige positive Norm fehlt. Die Durchführung dieses Projekts ist nicht mit dem Zweck verbunden, Kelsens Theorie der Rechtserkenntnis als Ganzes in Frage zu stellen, sondern zu zeigen, dass Kelsens Reine Rechtslehre in einigen Situationen mit einer Bifurkation konfrontiert wird, bei der zwischen der Beachtung des Grundsatzes der Positivität oder der Beschreibungsaufgabe entschieden werden muss. Im Einzelnen wird gezeigt werden, dass Kelsens Rechtstheorie ihrer angenommenen Aufgabe (in der Regel) treu geblieben ist, denn in mehreren problematischen Fällen wird sie den Grundsatz der Positivität nicht als erforderlich betrachten, um weiter in der Lage zu sein, das Recht, die Rechtsphänomene, nicht nur dank positiver Normen weiterhin beschreiben zu können.

Kapitel 1

Grundnorm, Normativität und Positivität als Grundprämissen der Reinen Rechtslehre

Hans Kelsen präsentiert seine Reine Rechtslehre nicht als eine fertige Theorie des Rechts, sondern als einen Versuch, die wesentlichen Elemente und Eigenschaften des Rechts darzustellen und zu beschreiben. Weil Kelsen aber trotz der von ihm selbst getroffenen Einschränkung auf die Formulierung einer Theorie des Rechts zielt, werden in diesem ersten Kapitel die Grundelemente, von denen die Reine Rechtslehre ausgeht, dargestellt und analysiert. Zuerst wird dem Argument nachgegangen, warum die Reine Rechtslehre als eine Hypothese verstanden werden muss, und die drei angenommenen Prämissen (Grundnorm, Normativität und Positivität des Rechts) der Theorie von Kelsen werden ausführlich erörtert. Danach wird diskutiert, warum nach Kelsens Perspektive genau von diesen drei Prämissen ausgegangen werden muss und in welchem Verhältnis sie zu einander stehen. In der letzten Sektion werden in einem anderen Zusammenhang die Gründe dargestellt, warum die Grundnorm als eine der Prämissen der Reinen Rechtslehre anzunehmen ist, sowie die Konsequenzen ihrer eventuellen Ablehnung.

A. Die Auffassung der Reinen Rechtslehre als Hypothese und die Natur der Grundprämissen

Kelsens Rechtslehre bestätigt sich als Hypothese über das Recht¹, solange sie ihr Ziel erfüllt und eine Beschreibung des Rechts anbietet². Bei allen Untersu-

¹ Kelsens Rechtstheorie ist als Hypothese dargestellt, da sie eine Erklärung, einen Grund für das Einschließen mehrerer Phänomene anzubieten versucht, die als Rechtsphänomene identifiziert sind. Als Hypothese kann sie auf die Probe gestellt und ihr Erfolgsgrad eingeschätzt werden. Der Begriff „Hypothese“ wird in diesem Zusammenhang verwendet, um die wissenschaftliche Natur der Reinen Rechtslehre hervorzuheben, sowie um klarzustellen, dass die Reine Rechtslehre als Hypothese bestätigt (aber nicht verifiziert) oder widerlegt werden kann. Zu der Idee, dass wissenschaftliche Theorien Hypothesen sind, die falsifiziert oder bestätigt werden können, ist folgende Bemerkung zu berücksichtigen: „To say that a hypothesis is *testable* is at least to say that some prediction made on the basis of that hypothesis may confirm or disconfirm it. Science demands evidence. But, of course, the evidence accumulated that could confirm the hypothesis in question can never be complete (...); *all* the evidence is never in hand. Therefore, even when that supporting evidence is very strong, some doubt must remain, and certainty is unattainable. On the negative side, however, if the evidence shows indisputably that the predictions made on the basis of that hypothesis are false,