

SCHRIFTENREIHE DES HANS KELSEN-INSTITUTS

Band 43

Herausgegeben von:

Clemens Jabloner

Miriam Gassner

Horst Dreier

Johannes Feichtinger

Franz L. Fillafer

Miriam Gassner

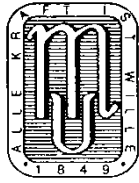
Clemens Jabloner

Sophie Loidolt

Thomas Olechowski

Rudolf Thienel

Hans Kelsen und die österreichische Wissenschaftskultur





1 Adolf Menzel – 2 Helen Silving – 3 Edmund Husserl
4 Otto Weininger – 5 Hans Kelsen – 6 Friedrich Jodl
7 Ernst Mach – 8 Ludwig von Mises – 9 August M. Knoll

SCHRIFTENREIHE DES HANS KELSEN-INSTITUTS

Band 43

**Hans Kelsen und die
österreichische
Wissenschaftskultur**

Herausgegeben von

**Clemens Jabloner
Miriam Gassner**

Wien 2024

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Zitiervorschlag: *Jabloner/Gassner* (Hrsg), Hans Kelsen und die österreichische Wissenschaftskultur (2024) [Seite].

FWF

Der Wissenschaftsfonds.

Veröffentlicht mit Unterstützung des Austrian Science Fund
(FWF): 10.55776/ PUB 1163-G
Dieses Buch wurde einer internationalen peer review unterzogen.

Open Access: Die vorliegende Publikation ist – wo nicht anders festgehalten – gemäß den Bedingungen der internationalen Creative-Commons-Lizenz Namensnennung 4.0 International (CC BY 4.0) (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>) lizenziert, die die Nutzung, gemeinsame Nutzung, Anpassung, Verbreitung und Vervielfältigung in jedem Medium oder Format erlaubt, solange Sie den:die ursprüngliche:n Autor:in bzw. die ursprünglichen Autor:innen und die Quelle in angemessener Weise anführen, einen Link zur Creative-Commons-Lizenz setzen und etwaige Änderungen angeben.

Die Bilder im Frontispiz sind durch die Creative Commons-Lizenz der Publikation abgedeckt, sofern nicht nachstehend etwas anderes angegeben ist:

Bild Nr 2: © Jeremy Sawyer (https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Helen_Silving_1968.png). Licensed under the Creative Commons Attribution-Share Alike 4.0 International license (CC BY-SA 4.0).

Bild Nr 5: mit freundlicher Genehmigung von Anne Feder Lee.

Bild Nr 8: © Ludwig von Mises Institute

(https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Ludwig_von_Mises.jpg).

Bild Nr 9: mit freundlicher Genehmigung von Reinhold Knoll.

Wenn ein Bild nicht durch die Creative-Commons-Lizenz der Publikation abgedeckt ist und die beabsichtigte Nutzung aufgrund von gesetzlichen Bestimmungen nicht gestattet ist oder über die erlaubte Nutzung hinausgeht, muss die Genehmigung für die Nutzung direkt von dem:r Urheberrechtsinhaber:in eingeholt werden.

Sämtliche Angaben in dieser Publikation erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr; eine Haftung des:r Autor:in, des:r Herausgeber:in oder des Verlags ist ausgeschlossen.

ISBN 978-3-214-26068-2

© 2024 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien

Telefon: (01) 531 61-0

E-Mail: verlag@manz.at

www.manz.at

Druck: Prime Rate Zrt., Budapest

Geleitwort

Aus Anlass des 50. Todestages von *Hans Kelsen* fand am 20. Oktober 2023 die Internationale Tagung „Hans Kelsen und die österreichische Wissenschaftskultur“ in Wien statt. Die breit gefächerten Tätigkeitsbereiche *Hans Kelsens* auch nur anzuführen, würde den Rahmen dieses Geleitwortes sprengen. Die Veranstaltung zeigte einerseits die Einbettung *Hans Kelsens* in die Entwicklung der Wissenschaften am Ende des 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts, andererseits seine bislang nicht näher beleuchteten Beziehungen zu anderen wissenschaftlichen und gesellschaftspolitischen Strömungen; die Beiträge des Symposiums werden in diesem Band der interessierten Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt.

Wien, im November 2024

Der Präsident des Kuratoriums
Karl Nehammer, MSc
Bundeskanzler

Vorwort

In der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts entwickelte sich in Wien eine eigene „Wissenschaftskultur“, die auf dem Gebiet der Rechts- und Staatswissenschaften insbesondere durch die von *Hans Kelsen* begründete Wiener Rechtstheoretische Schule zum Ausdruck kam. Anlässlich des 50. Todestages von *Hans Kelsen* wurde im Oktober 2023 vom Hans Kelsen-Institut Wien (Bundesstiftung) in Kooperation mit der Forschungsstelle für Rechtsquellenerschließung (FRQ) der Universität Wien und dem Institut für Kulturwissenschaften (IKW) der Österreichischen Akademie der Wissenschaften ein eintägiges Symposium am österreichischen Verwaltungsgerichtshof veranstaltet, das sich dieser „österreichischen Wissenschaftskultur“ und ihren Besonderheiten auf dem Gebiet der Staats- und Rechtswissenschaften widmete.

Anknüpfend an das Symposium gehen die Beiträge des vorliegenden Bandes der Frage nach, welche Rolle das kulturelle Erbe der Habsburgermonarchie für die Entstehung einer österreichischen Wissenschaftskultur auf dem Gebiet der Rechtswissenschaften spielte, inwiefern auch weibliche Wissenschaftlerinnen an der Entwicklung von *Hans Kelsens* Rechts- und Demokratietheorie beteiligt waren, inwieweit sich die verschiedenen Wissenschaftszirkel – insbesondere die *Kelsen* persönlich nahestehende Wiener Schule der Nationalökonomie – wechselseitig beeinflussten, welche Rolle dabei der damals in Mode stehenden philosophischen Strömung der Phänomenologie zukam und welche Rolle die sog. Linkskatholiken im Kreis um *Hans Kelsen* spielten.

Die Autorinnen und Autoren der einzelnen Beiträge bedienen sich in ihren Beiträgen eines Mix aus wissenschaftsgeschichtlichen und rechtstheoretischen Methoden, welche allesamt zum Ziel haben die österreichische Wissenschaftskultur in der ersten Hälfte des 20. Jahrhundert „greifbar“ zu machen und die verschiedenen Facetten und Ausgestaltungen von *Hans Kelsens* Reiner Rechtslehre unter einem neuen Blickwinkel zu beleuchten.

Der vorliegende Sammelband unternimmt eine Neubetrachtung der Wiener Schule der Rechtstheorie und ihrer zahlreichen, großteils unbekanntem und inhomogenen Akteure. So stellt etwa im vorliegenden Sammelband der Rechtsphilosoph und Verfassungsjurist *Horst Dreier*, Professor Emeritus der Julius-Maximilians-Universität Würzburg, einführend „den ganzen Kelsen“ vor, während *Franz L. Fillafer*, Historiker am IKW die Habsburgermonarchie als Angelpunkt von *Kelsens* Werk in den Mittelpunkt seines Beitrages stellt. Der Kulturwissenschaftler und Direktor des IKW *Johannes Feichtinger* wiederum untersucht in seinem Beitrag die neue Wissenschaftsauffassung des Wiener *Fin de Siecle*, die Philosophin und Professorin für Praktische Philosophie an der TU Darmstadt *Sophie Loidolt* geht einen Schritt weiter und befasst sich in ihrem Beitrag mit der phänomenologischen Rezeption der Reinen Rechtslehre. Eine

andere Betrachtungsweise stellt *Clemens Jabloner*, Vizekanzler a.D. und Professor am Institut für Rechtsphilosophie der Universität Wien in den Vordergrund seiner Untersuchungen: Er geht in seinem Beitrag der Frage nach Verbindungen zwischen dem Wiener Kelsen Kreis und der Österreichischen Schule der Nationalökonomie nach. Die Rechtshistorikerin *Miriam Gassner* von der Hans Kelsen Forschungsstelle der Universität Freiburg i.Br. stellt die Frauen der Wiener Rechtstheoretischen Schule in den Mittelpunkt ihrer Untersuchungen und geht dabei in ihrem – mit dem Theodor Körner-Preis ausgezeichneten Beitrag – der Frage nach, welche Rolle Frauen des Wiener Kelsen-Kreises bei der Entwicklung von Kelsens Rechts- und Demokratietheorie zukam. Der Kelsen-Biograph *Thomas Olechowski*, Professor für Rechtsgeschichte an der Universität Wien, untersucht in seinem Beitrag den „katholischen Flügel“ des Wiener Kelsen Kreises und porträtiert in diesem Rahmen einige fast völlig in Vergessenheit geratene, „unorthodoxe“ Kelsen-Schüler.

Der vorliegende Sammelband unternimmt den Versuch aus verschiedensten Blickwinkeln die österreichische Wissenschaftskultur in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts zu beleuchten, an der *Hans Kelsen* über die Rechtswissenschaften hinaus, einen wesentlichen Anteil hatte.

Die Herausgeberin und der Herausgeber danken dem Verwaltungsgerichtshof für die Zuverfügungstellung seiner Räumlichkeiten. Um die Herstellung des Manuskripts haben sich besonders Herr Dr. *Klaus Zeleny* und Frau *Emilie Witt-Dörning* verdient gemacht. Für das Lektorat sei Herrn Mag. *Michael Bigl*, BA, gedankt. Dem österreichischen Wissenschaftsfonds FWF sei für die Finanzierung der Publikation sowohl im Druck als auch online open access herzlich gedankt.

Wien und Berkeley, im November 2024

Clemens Jabloner
Miriam Gassner

Inhaltsverzeichnis

Geleitwort	V
Vorwort.....	VII
<i>Rudolf Thienel:</i> Eröffnung	1
<i>Horst Dreier:</i> Einbegleitung - der ganze Kelsen?	7
<i>Franz L. Fillafer:</i> Genius loci. Die Habsburgermonarchie als Angelpunkt von Hans Kelsens Werk und Weltwirkung	17
<i>Johannes Feichtinger:</i> Hans Kelsen und die neue Wissenschaftsauffassung des Wiener Fin de Siècle	53
<i>Sophie Loidolt:</i> Die phänomenologische Rezeption der Reinen Rechtslehre	69
<i>Clemens Jabloner:</i> Hans Kelsen und die Österreichische Schule der Nationalökonomie	85
<i>Miriam Gassner:</i> Weiblich, jüdisch, vergessen? Die Frauen des Wiener Kelsen-Kreises und ihr Beitrag zu Kelsens Rechts- und Demokratietheorie	107
<i>Thomas Olechowski:</i> Der „katholische Flügel der Hans Kelsen-Schule“	147
Personenregister	173

Eröffnung

„Professor *Kelsen's* Amazing Reappearing Act“ – so betitelte *Robert Schuett* den einleitenden Beitrag zu einer im Herbst 2022 veröffentlichten Artikelserie in der Österreichischen Zeitschrift für Politikwissenschaft.¹⁾ Tatsächlich ist seit den 80er-Jahren eine zunehmend intensive Beschäftigung mit dem Werk *Hans Kelsens* festzustellen. Natürlich ist *Kelsen* nie in Vergessenheit geraten: Außerhalb des deutschen Sprachraums, insbesondere in den lateinamerikanischen Ländern, hatte *Kelsen* früh den Status eines Klassikers erlangt und nie verloren. In Österreich hat insbesondere *Robert Walter* die Tradition der Reinen Rechtslehre fortgeführt, wobei es ihm auch gelungen ist, einer Reihe – damals – jüngerer Rechtswissenschaftler das Werk *Kelsens* nahezubringen; dazu zählen etwa *Heinz Mayer*, *Clemens Jabloner* und auch ich selbst. Außerhalb des unmittelbaren Kreises um *Robert Walter* ist insbesondere *Friedrich Koja* zu nennen.²⁾ Die *Kelsen*-Tradition ist in Österreich nie abgerissen. Seit 1971 besteht schließlich mit dem Hans Kelsen-Institut ein institutioneller Rahmen für die wissenschaftliche Befassung mit dem Werk *Kelsens*. In Deutschland bestand hingegen – wohl infolge starker naturrechtlicher Strömungen – die Befassung mit *Kelsen* lange Zeit darin, sein Werk mit oft plattesten Vorurteilen zu belegen und als Sündenbock für die Gräueltaten der Nazi-Zeit zu missbrauchen.³⁾ Das hat sich seit den 80-er Jahren gewandelt.⁴⁾ Einen wesentlichen Beitrag dazu hat sicherlich *Horst Dreier* mit seiner 1986 veröffentlichten wegweisenden Dissertation über „Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei *Hans Kelsen*“ geleistet. Andere deutsche Rechtswissenschaftler sind diesem neuen sachlichen Weg gefolgt, so etwa *Matthias Jestaedt* oder *Oliver Lepsius*.

In dieser neueren Auseinandersetzung mit *Kelsen* wurde zunehmend deutlich, dass *Kelsen* nicht nur als Jurist oder Philosoph etwas zu sagen hatte, sondern auch in anderen Disziplinen, insbesondere in der Politikwissenschaft.⁵⁾ Speziell seine Demokratietheorie wird auch in der neueren Diskussion immer wieder herangezogen. Dabei wurde schon von verschiedenen Autoren betont,

1) *Schuett*, Reappearing Act 2ff.

2) Vgl. etwa *Koja*, Rechtslehre.

3) Vgl. dazu etwa *Dreier*, Rechtspositivismus 307ff (319ff, 336ff).

4) Vgl. zu dieser Entwicklung etwa *Dreier*, (Wieder-)Entdeckung 115ff; *van Ooyen*, Forschung und Rezeption 107ff.

5) Vgl. dazu etwa *Ehs*, Hans Kelsen.; *Özmen*; Philosophie; sowie die eingangs erwähnte Artikelserie in der ÖZP.

dass *Kelsens* rechtstheoretisches Werk und seine politikwissenschaftlichen Überlegungen nicht unverbunden nebeneinander stehen, sondern Teil eines – politik- und rechtswissenschaftlichen – Gesamtkonzeptes sind.⁶⁾ So wurde etwa darauf hingewiesen, dass *Kelsens* Staats- und Rechtslehre als Verfassungstheorie einer demokratisch-pluralistischen Gesellschaft verstanden werden kann.⁷⁾ *Lars Vinx* stellt *Kelsens* Werk überhaupt in einen umfassenderen historischen Kontext:

„The classical exponents of modern political philosophy, *Hobbes*, *Locke*, *Kant*, did treat legal theory as part of a broader political-theoretical perspective. Perhaps not coincidentally, they tended to emphasize the idea that political community is possible only as lawful order. *Kelsen's* pure theory differs from contemporary legal theories insofar as it can be read as a late exponent of this tradition.“

Horst Dreier hat versucht, den zentralen Leitgedanken hinter den vielfältigen Überlegungen *Kelsens* zu formulieren: „Frieden durch Recht“.⁸⁾ Ich halte das für überzeugend: *Dreier* nennt als Belege beispielsweise das 1905 veröffentlichte Frühwerk *Kelsens* über „Die Staatslehre des *Dante Alighieri*“, in dem sich *Kelsen* mit der Idee einer universellen friedensstiftenden Rechtsordnung befasst, seine Auseinandersetzung mit der deutschen Staatsrechtslehre zur Verfassungsgerichtsbarkeit, die *Kelsen* als eine „Garantie des politischen Friedens“ ansah,⁹⁾ oder die völkerrechtlichen Schriften. In seiner 1944 veröffentlichten Arbeit mit dem programmatischen Titel „Peace through Law“ entwirft *Kelsen* das Konzept einer internationalen Ordnung, in der Konflikte durch einen internationalen Gerichtshof entschieden werden – und war damit seiner Zeit um Jahrzehnte voraus.

Gerade diese Publikation verdeutlicht freilich, dass man *Kelsen* auch aus seiner Zeit heraus verstehen muss: Sein vielfältiges Werk ist geprägt durch die eigene Anschauung der untergehenden Donaumonarchie, den intellektuellen Hintergrund des fin de siècle und der Zwischenkriegszeit, seine Erfahrungen als Verfassungsrichter, das Schicksal der erzwungenen Emigration, das Miterleben zweier grauenhafter Weltkriege und die weltpolitische Auseinandersetzung zwischen der westlichen Welt und der kommunistischen Realität des Ostens. So schreibt *Kelsen* selbst beispielsweise zu der für sein theoretisches Gebäude zentralen Identifikation von Staat und Recht:

„Angesichts des oesterreichischen Staates, der sich aus so vielen nach Rasse, Sprache, Religion und Geschichte verschiedenen Gruppen zusammensetzte, erwiesen sich Theorien, die die Einheit des Staates auf irgendeinen sozial-psychologischen oder sozialbiologischen Zusammenhang der juristisch zum Staat gehoerigen Menschen zu gruenden versuchten, ganz offenbar als Fiktion. Insofern diese Staatstheorie ein wesentlicher Bestandteil der Reinen Rechtslehre ist, kann die Reine Rechtslehre als eine spezifisch oesterreichische Theorie gelten.“¹⁰⁾

⁶⁾ *Özmen*, Philosophie XII.

⁷⁾ *Van Ooyen*, Pluralismustheorie 70.

⁸⁾ *Dreier*, *Kelsen* 201ff.

⁹⁾ *Kelsen*, Staatsgerichtsbarkeit, 84.

¹⁰⁾ *Kelsen*, Autobiographie 59f.

Und *Kelsen* war auch kein Einzelkämpfer: Er verstand es, einen Kreis jüngerer Intellektueller um sich zu scharen, die seine Ideen diskutierten und weiterentwickelten, einen Kreis, der als die „Wiener Schule der Rechtstheorie“ bekannt wurde, und dessen Mitglieder wesentliche Beiträge zur Ausformulierung der Reinen Rechtslehre leisteten.¹¹⁾ Neben *Adolf Merkl* – dessen Stufenbaulehre einen zentralen Bestandteil des Theoriegebäudes bildet – zu nennen sind nur beispielsweise *Alfred Verdross*, *Felix Kaufmann*, *Hans Klinghoffer*, *Rudolf Aladár Métall*, *Leonidas Pitamic*, *Fritz Schreier* oder *Franz Weyr* – der dann seinen eigenen spin-off in Gestalt der „Brünner Schule“ begründete – sowie von den weniger zahlreichen weiblichen Mitgliedern des Kreises *Margit Kraft-Fuchs*, *Gisela Rohatyn* und *Elisabeth de Waal*.¹²⁾ Dieser Kreis fand freilich infolge der Machtergreifung der Nazis und der Vertreibung oder Unterdrückung seiner Mitglieder ein abruptes Ende.

Die andauernde und in jüngerer Zeit intensiver werdende Beschäftigung mit *Kelsens* Werk zeigt, dass seine Untersuchungen von ungebrochener Aktualität sind: Sein Projekt, mit der Reinen Rechtslehre eine – wie er im Vorwort zur ersten Auflage des so betitelten Werkes schrieb – „von aller politischen Ideologie und allen naturwissenschaftlichen Elementen gereinigte, ihrer Eigenart weil der Eigengesetzlichkeit ihres Gegenstandes bewußte Rechtstheorie zu entwickeln“¹³⁾ hat nichts von seiner Berechtigung verloren: Abgesehen von der notwendigen methodischen Abgrenzung von den kausal erklärenden Wissenschaften ist das Bemühen um eine Entpolitisierung der Rechtswissenschaft heute nicht weniger nötig als vor hundert Jahren. Auch derzeit sind aus unterschiedlichsten Richtungen Versuche festzustellen, das politisch Gewollte als das rechtlich Gesollte auszugeben und das, was im demokratischen Rechtssetzungsprozess nicht erreichbar ist, im Wege einer innovativen Rechtsfortbildung umzusetzen. Die Reine Rechtslehre bietet das methodische Rüstzeug, solchen Versuchen argumentativ zu begegnen: Die Einsicht, dass jeder Rechtsakt einen rechtsvollziehenden und einen rechtsschöpferischen Aspekt aufweist, und der Anspruch, dass Rechtsauslegung sich darauf zu beschränken hat, den Inhalt der geltenden Vorschriften präzise zu ermitteln und bestehende Entscheidungsspielräume aufzuzeigen, bietet eine Grundlage dafür, offenzulegen, welche Spielräume der rechtliche Rahmen offenlässt, aber auch wo er endet und wo daher die politische Tätigkeit der jeweiligen Organe beginnt, sei das der Gesetzgeber oder ein Gericht. Nicht weniger aktuell sind die demokratietheoretischen Überlegungen *Kelsens*: Dazu gehört etwa seine Auffassung, dass Demokratie in einem modernen Massenstaat nur als repräsentative, parlamentarische Demokratie verwirklicht werden kann,¹⁴⁾ oder dass Demokratie notwendig ein Parteienstaat sein muss¹⁵⁾ – angesichts einer zunehmenden Parteienfeindlichkeit in den demokratischen Gesellschaften sollten *Kelsens* Überlegungen Pflichtlektüre für jeden politisch Interessierten sein. Und ebenso unverändert aktuell ist auch

¹¹⁾ Vgl. dazu z.B. *Zeleny*, Kreis um Kelsen 137ff.

¹²⁾ Vgl. zu diesen *Jablonec*, Autorinnen 637ff.

¹³⁾ *Kelsen*, Reine Rechtslehre IX.

¹⁴⁾ *Kelsen*, Demokratie² 26ff.

¹⁵⁾ *Kelsen*, Demokratie² 20ff.

Kelsens Betonung des Kompromisscharakters demokratischer Entscheidungen, der notwendigen Schwerfälligkeit demokratischer Willensbildung und des Umstandes, dass die demokratische Willensbildung zu Ergebnissen führen kann, die aus der Sicht einzelner Gruppen unbefriedigend oder nicht richtig sind.¹⁶⁾ *Kelsen* wird nicht müde zu betonen, dass Demokratie durch einen prozeduralen Charakter gekennzeichnet ist, nicht durch bestimmte Ergebnisse dieses Prozesses; den Ansatz, Demokratie als Herrschaft „für das Volk“ statt als Herrschaft „durch das Volk“ zu qualifizieren, entlarvt *Kelsen* als verfehlt.¹⁷⁾ Angesichts des Umstands, dass weltweit – und selbst in europäischen Ländern – vor allem jüngere Menschen mit demokratischen Prozessen unzufrieden sind und mit (Militär)Diktaturen liebäugeln,¹⁸⁾ müssen diese Charakteristika eines demokratischen Systems immer wieder in Erinnerung gerufen werden. Wer etwa meint, eine bestimmte Position – unter Berufung auf welche Wertungen, Interessen oder Notwendigkeiten auch immer – um jeden Preis und durch den Druck der Straße durchsetzen zu müssen, ohne auf gegenteilige Interessen Rücksicht zu nehmen, stellt das demokratische System grundsätzlich in Frage und läuft Gefahr, sich in einem totalitären System wiederzufinden. All das hat *Kelsen* unmissverständlich auf den Punkt gebracht.

Freilich sind nicht alle Positionen *Kelsens* unbestreitbar; die eingangs erwähnte neuere Auseinandersetzung mit *Kelsen* vermeidet auch eine platte Apologetik und setzt sich auch durchaus kritisch mit *Kelsens* Auffassungen auseinander. Das ist insofern nichts Neues, als schon der ursprüngliche Kreis um *Kelsen* ein Ort kritischer Auseinandersetzungen war und auch später von Vertretern der Reinen Rechtslehre viele Aspekte der Theorie anders gesehen wurden als dies *Kelsen* getan hat; die Reine Rechtslehre befindet sich bis heute in Entwicklung. So scheint z.B. mir selbst die Heranziehung der zu Beginn des 20. Jahrhunderts modernen neukantianischen Richtungen zur Fundierung der Reinen Rechtslehre durch *Kelsen* zwar verständlich, diese Denkrichtung überzeugt mich aber nicht, und ich würde insofern andere erkenntnistheoretische Wege beschreiten.¹⁹⁾ Auch *Kelsens* Position, dass eine Demokratie – wenn sie konsequent ist – sich nicht gegen ihre Abschaffung durch Mehrheitsentscheidung wehren kann,²⁰⁾ ist keineswegs zwingend, worauf jüngst *Horst Dreier* nachdrücklich hingewiesen hat.²¹⁾ *Kelsens* Theorie ist für solche Kritik sicher robust genug und wird – davon bin ich überzeugt – auch in Zukunft aus der rechtstheoretischen und politikwissenschaftlichen Diskussion nicht wegzudenken sein.

¹⁶⁾ *Kelsen*, Demokratie² 96ff.

¹⁷⁾ Vgl. dazu insb *Kelsen*, Foundations of Democracy 2 ff und passim.

¹⁸⁾ Vgl. Die Presse v. 12. 9. 2023, 1f: „Die Militärdiktatur soll es richten“.

¹⁹⁾ Vgl. *Thienel*, Rationalismus.

²⁰⁾ *Kelsen*, Verteidigung der Demokratie 90ff.

²¹⁾ *Dreier*, Der Kreis um Kelsen 163ff, mwN.

Literatur

- Horst Dreier, Die (Wieder-)Entdeckung Kelsens in den 80er Jahren – Ein Rückblick (auch in eigener Sache), in: Matthias Jestead / Stanley L. Paulsen (Hrsg), *Kelsen im Kontext* (Tübingen 2019) 115–134.
- Horst Dreier, Hans Kelsen zur Einführung (Hamburg 2023).
- Horst Dreier, Zerrbild Rechtspositivismus, in: Matthias Jestead / Stanley L. Paulsen (Hrsg), *Kelsen im Kontext* (Tübingen 2019) 307–344.
- Tamara Ehs (Hrsg), Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung (Wien 2009).
- Clemens Jabloner, Frühe Autorinnen der Zeitschrift für öffentliches Recht, in: ZÖR 69 (2014) 637–653.
- Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934).
- Hans Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* (= VVdStRL 5, Berlin/Leipzig 1929) 30–84.
- Hans Kelsen, *Autobiographie* (1947), in: Matthias Jestaedt (Hrsg), *Hans Kelsen Werke I* (2007).
- Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*² (Wien 1929).
- Hans Kelsen, *Foundations of Democracy, Ethics LXVI* (1955).
- Friedrich Koja, Hans Kelsen oder Die Reinheit der Rechtslehre (Wien 1988).
- Robert Van Ooyen, *Der Staat der Moderne. Hans Kelsens Pluralismustheorie* (Berlin 2003).
- Robert Van Ooyen, Neuere Forschung und Rezeption zu einer langjährigen persona non grata der (bundes)deutschen Staatsrechtslehre, in: Robert van Ooyen (Hrsg), *Hans Kelsen. Wer soll Hüter der Verfassung sein*² (Frankfurt 2019) 107–118.
- Elif Özmen, Einleitung, in: Elif Özmen (Hrsg) *Hans Kelsen Politische Philosophie XII* (Tübingen 2017) XI–XV.
- Robert Schuett, Professor Kelsen's Amazing Reappearing Act, ÖZP 51(2022/3) 1–10.
- Rudolf Thienel, *Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz* (= Schriftenreihe des HKI 17, Wien 1991).
- Klaus Zeleny, Der Kreis um Kelsen: Die Wiener rechtstheoretische Schule, in: Robert Walter / Werner Ogris / Thomas Olechowski (Hrsg), *Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit* (=Schriftenreihe des HKI 32, Wien 2009) 137–148.

Einbegleitung – der ganze Kelsen?

I.

Der mir vorgegebene Titel mag etwas rätselhaft klingen. Für bundesrepublikanische Ohren ist schon der Terminus „Einbegleitung“ ungewöhnlich. Er klingt zwar wunderbar und hat etwas Einschmeichelndes, ist aber dem deutschen „Duden“ nicht geläufig. Und der ganze *Kelsen* – wer oder was soll das sein? Haben wir den ganzen *Kelsen* nicht schon in der überaus gründlichen und informationsreichen Biographie von *Thomas Olechowski* vor uns?¹⁾ Was also soll gemeint sein, wenn der *ganze Kelsen* das Thema dieser „Einbegleitung“ bildet?

Ganz kurz und knapp geantwortet: Es geht um eine Suchbewegung. Als ich mich vor nunmehr rund 40 Jahren an meine Doktorarbeit über *Hans Kelsen* setzte, interessierten mich im Grunde nur zwei Aspekte wirklich: seine Demokratietheorie und die Reine Rechtslehre.²⁾ Seine „soziologische Untersuchung“ über Vergeltung und Kausalität,³⁾ die mich ganz außergewöhnlich faszinierte, kam sozusagen als Beifang hinzu. Aber: das Völkerrecht, die Verfassungsgerichtsbarkeit, *Kelsens* Rolle als Verfassungsarchitekt und als Verfassungsrichter wie überhaupt sein Lebensweg – das alles war nicht mein Thema und sollte es damals auch nicht sein. Dabei hat, rein bibliometrisch betrachtet, das Völkerrecht den größten Anteil an seinen Publikationen. Und kaum eine juristische Karriere ist vergleichbar mit *Kelsens* steilem Aufstieg zwischen 1918 und 1930, als er ganz unbestritten der wichtigste und einflussreichste österreichische Jurist wurde, der nicht nur an zentraler Stelle an der Verfassung der jungen Republik mitgearbeitet, sondern diese maßgeblich kommentiert und als Richter am Verfassungsgerichtshof wichtige Entscheidungen zu ihrer Auslegung verfasst hatte.⁴⁾

Aber schließlich war ich seinerzeit mit Demokratie und Reiner Rechtslehre vollauf beschäftigt, ja mehr als das. Und die bereits genannten weiteren Schwerpunkte seines Werkes sowie noch andere, etwa die Philosophie der Griechen⁵⁾ oder Secular Religion,⁶⁾ beides postum veröffentlichte Monografien von ihm, sind ja in vielfältiger Weise in den letzten Jahren und Jahrzehnten intensiv erforscht, besprochen, analysiert worden. Dazu haben die hoch verdienstvollen Bände des Hans Kelsen-Instituts, mittlerweile sind es mehr als 40, ganz erheb-

1) *Olechowski*, Hans Kelsen.

2) *Dreier*, Rechtslehre².

3) *Kelsen*, Vergeltung.

4) Zusammenfassend *Dreier*, Hans Kelsen 21ff., 35ff., 52ff.

5) *Kelsen*, Illusion.

6) *Kelsen*, Secular Religion.

lich beigetragen. Und auch *Kelsens* Lebensweg ist mit dem Meilenstein der eingangs erwähnten *Olechowski*-Biographie⁷⁾ so gründlich recherchiert und so detailliert nachgezeichnet, dass kaum ein Wunsch offenbleibt.

Dennoch sind noch immer neue Facetten zu entdecken. Die Themen der heutigen Tagung zeigen das nur zu deutlich. Denn die Frage nach der sozialen Grundprägung eines Menschen und Wissenschaftlers wie *Hans Kelsen* ist doch eine ganz wichtige und erhebliche – und eben auch vielschichtige. Entsprechende Fragen lauten: Worin bestanden die zentralen Faktoren seiner persönlichen wie wissenschaftlichen Sozialisation? Was führte zu seiner ganz eigenartigen juristischen Exposition? Welche wissenschaftlichen Tendenzen, politischen Strömungen, geistigen Richtungen prägten ihn? Ist es die besondere politische Konstellation der Habsburgermonarchie, die Vielfalt der Kulturen, der Religionen und der landsmannschaftlichen Verschiedenheiten? Oder ist es die spezifische Wissenschaftskultur, die sich zwar nicht nur in Wien, aber insbesondere doch hier ausprägte? Darüber und über einige andere Aspekte erwarten wir uns heute wichtige Aufschlüsse. Ohnehin will mir scheinen, dass die Beschäftigung mit den lebensweltlichen Bezügen der Lehren *Kelsens* in jüngerer Zeit deutlich zugenommen hat.⁸⁾

II.

Zum ganzen *Kelsen* gehören, was ich bemerkenswert finde, auch und gerade religiöse Themen, wobei man religiös im weitesten Sinne verstehen muss. Natürlich fällt uns als Erstes seine viel erörterte Parallele von Gott und Staat ein,⁹⁾ und das postum erschienene Werk „*Secular Religion*“ habe ich ja bereits erwähnt.

Aber die Religion kann nicht nur Objekt wissenschaftlicher Betrachtung sein, sie kann auch Movens, Antrieb und Faktor für die wissenschaftliche Arbeit sein – bewusst oder unbewusst. Religion kann prägende und auch auf das Werk durchschlagende Kraft entfalten. Allerdings ist das für einen Juristen jüdischer Herkunft wie *Kelsen* natürlich prinzipiell ein heikles Thema. Der Frage, inwiefern die jüdische Dimension in *Kelsens* Werk überhaupt eine Rolle spielt, will ich mich zunächst widmen, bevor ich dann am Ende meines kleinen Vortrages dem Problem nachgehe, ob es noch einen *Kelsen* als Staatskirchenrechtslehrer oder Religionsverfassungsrechtler zu entdecken gibt (dazu III.).

Schon die Fragestellung nach einer möglichen jüdischen Prägung seines Denkens ist nicht unproblematisch. Jedenfalls ist sie historisch vorbelastet. Die angebliche typische Abstraktheit des jüdischen Denkens, dessen vermeintliche Fremdheit gegenüber einem substantiellen Staatsbegriff, das behauptete Fehlen eines Verständnisses für ein Staatsgebiet als festen Raum und viele weitere Klischees dieser Art waren ja gerade während des Nationalsozialismus gang und

⁷⁾ *Olechowski*, Hans Kelsen.

⁸⁾ *Jablonek*, *Austriaca*; *Techet*, Historical turn; *Schwab*, Kaffeehaus.

⁹⁾ *Kelsen*, Gott und Staat.

gäbe. Erinnert sei nur an die Schmähungen, die ein so extrem nationalkonservativer Denker wie *Friedrich Julius Stahl* durch *Johannes Heckel* in der angesehenen „Historischen Zeitschrift“ 1937 erfahren musste. Titel des Beitrages: „Der Einbruch des jüdischen Geistes in das deutsche Staats- und Kirchenrecht durch Friedrich Julius Stahl“.¹⁰⁾ Nur um antisemitische Ressentiments zu schüren, führte *Heckel* aus, dem Juden *Stahl* fehle der Sinn für den Gemeinschaftsbegriff. *Stahl* war zwar als Kind jüdischer Eltern geboren worden, aber mit 17 Jahren zum evangelischen Glauben übergetreten. Nachdem *Heckel* nun *Stahls* liberal-konservative Position zur Abwehrfunktion des Rechts geschildert hat, fährt er fort: „Als Deutscher steht man hier vor einem Rätsel. Aber den Schlüssel bietet wiederum *Stahls* jüdisch-religiöses Erlebnis.“¹¹⁾ Und so geht es immer fort. Überall sieht *Heckel* einen jüdisch-religiösen Ursprung der juristischen Lehren *Stahls*.

Auch *Kelsen* musste solcher Invektiven gewärtig sein, etwa wenn *Carl Hermann Ule* 1940 die Reine Rechtslehre als „Ausgeburt eines fremdrassigen, wurzellosen Intellektualismus“ denunzierte.¹²⁾ Einen absoluten Tiefpunkt dieser Art von Auseinandersetzung hatte schon zuvor die 1936 von *Carl Schmitt* inszenierte Tagung „Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist“ markiert, auf der *Kelsen* immer wieder als besonders wichtiger Vertreter jüdischer Rechtswissenschaft präsentiert wurde.¹³⁾ Namentlich *Carl Schmitt* selbst brachte die absurdesten Beschuldigungen vor. Unter anderem „erinnerte“ er daran, „mit welcher dreisten Selbstverständlichkeit die Wiener Schule des Juden *Kelsen* nur sich selbst gegenseitig zitierte, mit welcher für uns Deutsche unbegreiflichen Grausamkeit und Frechheit andere Meinungen mißachtet wurden.“¹⁴⁾ Das ist natürlich kompletter Unsinn.

Ich verschone uns mit weiteren Beispielen. Andeuten will ich mit alledem nur, wie heikel es von vornherein scheint, Bezüge zwischen der jüdischen Herkunft eines Autors und inhaltlichen Aussagen in seinem Werk herzustellen. Bei *Kelsen* ist es, da sind sich die Fachleute einig, nicht nur heikel, sondern schlicht absolut unergiebig. Denn eine jüdische Prägung ist bei diesem religiös ganz un-musikalischen Menschen schlicht nicht auszumachen.

Vielmehr wurde ihm zutreffend eine innere Gleichgültigkeit gegenüber der Religion bescheinigt.¹⁵⁾ Unser israelischer Kollege *Izhak Englard* hat sich des Themas, ob bei *Kelsens* Rechtslehre ein spezifisch jüdischer Hintergrund auszumachen ist, auf einer Wiener Tagung aus dem Jahre 2012 angenommen, die dem Werk über „Secular Religion“ gewidmet war. Sein Resümee ist an Eindeutigkeit nicht zu überbieten:

„Weder *Kelsens* Reine Rechtslehre, noch seine Faszination für Religion, noch sein Religionsverständnis haben einen jüdischen Hintergrund. Alle drei stammen aus *Kelsens* persönlicher Einstellung zur Wissenschaft und ihrer Methode wie auch zur

¹⁰⁾ *Heckel*, Einbruch.

¹¹⁾ *Heckel*, Einbruch 534.

¹²⁾ *Ule*, Herrschaft 201.

¹³⁾ Dazu statt vieler *Busse*, Maske.

¹⁴⁾ *Schmitt*, Rechtswissenschaft 1195.

¹⁵⁾ *Korb*, Kelsens Kritiker 251.

Religion. *Kelsen* war entfernt von der traditionellen jüdischen Gedankenwelt und ihren Quellen.“¹⁶⁾

Und mit dieser Einschätzung steht er in voller Übereinstimmung mit derjenigen von *Clemens Jabloner*, um nur einen weiteren prominenten Autor zu nennen.¹⁷⁾ *Jabloner* hat immer wieder auf die bürgerliche Herkunft *Kelsens* hingewiesen, seine Einbettung in die intellektuelle Kultur des Wiens der Jahrhundertwende, das völlige Fehlen religiöser Prägungen. Und daher scheint es mir hochproblematisch zu sein, wenn *Raphael Gross* – sicher in bester Absicht – von einer „jüdischen Biographie“ *Kelsens* spricht (selbstverständlich in Anführungsstrichen).¹⁸⁾ Und kann man wirklich sagen, *Kelsens* Versuche – ich zitiere noch einmal *Gross* – „seine jüdische Herkunft zu neutralisieren“, seien „gescheitert“?¹⁹⁾ Welche Neutralisierungsversuche sollen das gewesen sein? Und wichtiger noch: Scheitert man, wenn man Opfer rassistischer Zuschreibungen wird? Ich glaube eigentlich nicht.

So sollte man klar und zugleich in aller Entschiedenheit festhalten: Die jüdische Prägung des *Kelsenschen* Denkens ist keine treffende Beschreibung seiner Theorie, sondern eine klischeehafte Nazi-Deutung, die in allem, was den Abstraktionsgrad, das Niveau, die Denktiefe seines Werkes betraf, nur jüdische Wurzeln wittern konnte. Zu Recht heißt es in der Monographie von *Axel-Johannes Korb* über „Kelsens Kritiker“, *Kelsen* gehörte

„jener Bevölkerungsschicht jüdischer Herkunft an, die vollständig assimiliert war, weder auf ihre jüdischen Glaubenswurzeln noch auf die Pflege einer eigenen jüdischen Tradition irgendeinen Wert legte und sich restlos an den nichtreligiösen Bestandteilen der Gesellschaft ausrichtete.“²⁰⁾

Wer – auch wenn es in bester Absicht geschieht – *Kelsen* irgendwelche jüdischen Prägungen unterstellt, tut ihm Unrecht und steht immer in der Gefahr, letztlich das Geschäft der Antisemiten zu betreiben.

III.

Aber, wie schon angedeutet: man kann religiös völlig unbeeinflusst sein und doch die Religion oder jedenfalls das Verhältnis des Staates zur Religion zum Gegenstand rechtswissenschaftlicher Untersuchung machen. Somit sind wir auf dem Gebiet des Staatskirchenrechts oder, etwas moderner gesprochen, des Religionsverfassungsrechts gelandet. Und hier gibt es vielleicht doch noch eine Facette zu entdecken, die bislang eher wenig belichtet worden ist. Ich meine *Kelsens* Exkurs über „Staat und Kirche“ in seiner Allgemeinen Staatslehre aus dem Jahre 1925.²¹⁾

¹⁶⁾ *Englard*, *Kelsens Reine Rechtslehre* 110f.

¹⁷⁾ *Jabloner*, *Circle*.

¹⁸⁾ *Gross*, *Parallelismus*.

¹⁹⁾ *Gross*, *Parallelismus* 119.

²⁰⁾ *Korb*, *Kelsens Kritiker* 251.

²¹⁾ *Kelsen*, *Allgemeine Staatslehre* 133ff./322ff.

Auffällig ist schon die Form des Exkurses, eine Darstellungstechnik, die er sonst fast nie angewandt hat, wenn man von den außerordentlich umfangreichen „Belegen und Exkursen“ in „Vergeltung und Kausalität“ einmal absieht.²²⁾ Aber auch inhaltlich finden sich hier starke und – wie eigentlich immer – entschiedene Aussagen. *Kelsen* stellt auf den wenigen Seiten, die er dem Thema widmet, zunächst einmal klar, dass ein spezifisches Problem des Verhältnisses von Staat und Kirche solange und soweit gar nicht vorliegt, solange die Kirche – oder, wie er hinzufügt: richtiger die Religion – nicht als Rechtsordnung auftritt. Denn:

„Als ein Inbegriff bloß sittlich-religiöser Normen steht die Kirche – man spricht dann richtiger nur von Religion – der staatlichen Rechtsordnung nicht anders gegenüber wie irgendein anderes Moralsystem.“²³⁾

Aber dann geht es weiter:

„Zum *Problem* wird das Verhältnis von Staat und Kirche erst dadurch, daß die das religiöse Leben regelnden Normen *Rechtsnormen* werden, d.h. die religiöse Ordnung in demselben Sinne als *Zwangsordnung* menschlichen Verhaltens auftritt wie der Staat; und somit die Frage entsteht, in welcher Weise diese Rechtsmasse mit jener der staatlichen Rechtsordnung, bzw. der einzelstaatlichen Rechtsordnungen und des Völkerrechts zu einem einheitlichen Rechtssystem verbunden werden kann.“²⁴⁾

Nicht überraschend ist, dass *Kelsen* die Auffassung ablehnt, das Kirchenrecht sei wegen seiner Besonderheit „ein vom ‚Staate‘ unabhängig entstandenes und existentes Recht“²⁵⁾. Und ausdrücklich „unrichtig“ nennt er die

„vielfach verbreitete Anschauung, Staat und Kirche seien so wesensverschiedene Gemeinschaften, daß sie überhaupt unter keiner höheren Einheit zusammengefaßt werden können; denn der Staat regle nur die irdischen, diesseitigen, die Kirche aber die überirdischen, jenseitigen Beziehungen.“²⁶⁾

Der Grund für seine Ablehnung: die kirchliche Ordnung könne genauso wie die staatliche nur menschliches Verhalten zum Gegenstand haben und könne eben deswegen „nur das irdische, diesseitige Verhalten der Menschen als den allein erkennbaren Gegenstand regulieren.“²⁷⁾

Vor allem aber scheint mir bemerkenswert, wie konsequent und klar *Kelsen* die Koordinationslehre ablehnt. Diese hat ihre große Zeit insbesondere nach dem Zweiten Weltkrieg gehabt, als die Kirchen sich jedenfalls in Deutschland gerne als Widerpart des Nationalsozialismus gerierten und von einem bemerkenswerten Selbstbewusstsein geprägt waren. Sie galten als unbelastet durch das Dritte Reich, als praktisch einzige intakte, politisch-moralisch unbescholtene Großorganisation. *Nota bene* – ich sage ausdrücklich: Sie *galten*. Denn die Tatsachen sprechen eine andere Sprache. Aber in den 1950er und 1960er Jahren

²²⁾ *Kelsen*, *Vergeltung* 283–514.

²³⁾ *Kelsen*, *Allgemeine Staatslehre* 133/322.

²⁴⁾ *Kelsen*, *Allgemeine Staatslehre* 133/322f.

²⁵⁾ *Kelsen*, *Allgemeine Staatslehre* 133/323.

²⁶⁾ *Kelsen*, *Allgemeine Staatslehre* 134/324.

²⁷⁾ *Kelsen*, *Allgemeine Staatslehre* 134/324.

war das die allgemeine Wahrnehmung.²⁸⁾ Die Kirchen firmierten nicht als diskreditierte Stützen des gerade überwundenen Regimes, sondern als seine prominentesten Gegner. Demgemäß strotzten sie sozusagen vor Selbstbewusstsein, was sich nicht zuletzt in den massiven – freilich nicht immer von Erfolg gekrönt – Interventionen bei den Beratungen des Parlamentarischen Rates 1948/49 in Bonn zeigte. Die Kirchen erschienen in jener Zeit als absoluter Stabilitätsgarant. Sie bildeten ein „singuläres Schwergewicht im öffentlichen Raum“, wie es *Michael Stolleis* einmal formuliert hat.²⁹⁾

Dieser Koordinationslehre zufolge handelte es sich bei Staat und Kirche um zwei selbständige, souveräne, voneinander unabhängige und sozusagen auf gleicher Augenhöhe operierende Größen. Abgelehnt war die Vorstellung, die Kirchen seien dem Staat irgendwie untergeordnet. Vielmehr traten sie dem Staat mit einem dezidierten Gleichordnungsanspruch gegenüber. Diese Koordinationslehre, die vom Bundesgerichtshof wie vom Bundesverwaltungsgericht und weiten Teilen der Literatur vertreten wurde,³⁰⁾ betrachtete Staat und Kirche also als eine Dyarchie zweier gleichberechtigter souveräner Größen.

Spätestens in der zweiten Hälfte der 1960er Jahre ließ sich allerdings der massive und dauerhafte Niedergang dieser Lehre beobachten. Und Jahrzehnte später hat *Martin Heckel* es gar als eine „folgenlose Episode“ bezeichnet, daß nach dem staatlichen Zusammenbruch 1945 „die Koryphäen des Fachs [...] in der Koordination zwischen Staat und Kirchen generell das Fundament des modernen Staatskirchenrechts erblicken wollten.“³¹⁾ Das ist eine deutlich negative Bewertung der mehr als anderthalb Jahrzehnte absolut herrschenden Lehre.

Von alledem konnte *Kelsen* 1925 natürlich noch nichts wissen. Und in den Weimarer Jahren war die Koordinationslehre gewiss nicht als herrschende Lehre gehandelt worden. Aber es zeigt *Kelsens* hochentwickeltes Sensorium für komplexe Problemlagen, dass er diese Koordinationslehre bei *Ulrich Stutz* ausfindig macht – und sie als unhaltbar ablehnt. Er verweist auf „gewisse Kirchenrechtslehrer“³²⁾, die meinen, „daß Staat und Kirche zwei koordinierte Gemeinwesen“ seien, die „beide, – und zwar jedes für sein sachliches Geltungsgebiet, wenn auch hinsichtlich derselben Menschen und desselben Raumes – souverän seien.“³³⁾

Kelsen hält dem entgegen, dass beide vielmehr zwingend in Konflikt geraten müssten, weil sie sich mit ihren konfligierenden Anordnungen auf dieselben Menschen bezögen.

„Dieser Konflikt ist nur zu vermeiden, wenn die Kompetenz des Staates und der Kirche gegenseitig abgegrenzt wird. Und diese Grenze muß notwendig eine Rechtsgrenze sein, wenn wirklich Staat und Kirche beide in gleicher Weise Rechtsordnungen sind. Darum ist die eben erwähnte *Koordinationslehre*, die sowohl den Staat als auch die Kirche, und zwar jede Ordnung für ihren Bereich, als souverän, d.h.

²⁸⁾ Statt vieler *Maier*, Staat und Kirche 85ff.

²⁹⁾ *Stolleis*, Geschichte 338.

³⁰⁾ Statt vieler *Walter*, Religionsverfassungsrecht 189ff.

³¹⁾ *Heckel*, Religionskonflikt 44.

³²⁾ *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre 134/325.

³³⁾ *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre 134/325.

unter keiner höheren, beide gegenseitig rechtlich begrenzenden Ordnung stehend annimmt, unmöglich.“³⁴⁾

Es muss also eine Kompetenzabgrenzung erfolgen. Fragt sich nur, durch wen. Nach kirchlicher Lehre, die *Kelsen* sehr präzise rekonstruiert, geht diese Abgrenzung von der Kirche aus.

„Damit beansprucht aber die Kirche die Stellung einer den *Staat* für den ihm überlassenen Bereich *delegierenden* Ordnung, die als Gesamtordnung *über* dem Staate steht, den Staat als Teilordnung umfaßt, hinsichtlich deren die Kirche somit nur eine mittelbare Normierung behauptet. Das ist der Standpunkt der *katholischen* Kirche, die ihrem Wesen nach den Primat über die einzelstaatlichen Rechtsordnungen einschließlich des die zwischenstaatlichen Beziehungen regelnden Völkerrechtes beansprucht.“³⁵⁾

Nimmt man hingegen die entgegengesetzte – und auch dem modernen Verfassungsstaat einzig angemessene – Perspektive ein, so kann man nur von der „*Überordnung des Staates über die Kirche*“³⁶⁾ ausgehen. Danach ist die kirchliche Ordnung „bloß eine [...] Teilordnung innerhalb des Gesamtsystems der [...] staatlichen Rechtsordnung.“³⁷⁾ Die Ausgestaltung dieses Teilsystems kann allerdings recht unterschiedliche Formen annehmen. *Kelsen* stellt zwei eher idealtypisch gemeinte und nicht an positiven Normen einer konkreten Rechtsordnung exemplifizierte Varianten vor:

1. Variante: Trennung von Staat und Kirche

Wie sieht diese Trennung aus? *Kelsen* schreibt:

„Die Kirche oder die verschiedenen Kirchen haben [...] innerhalb des Staates die Stellung von Vereinen und unterstehen hinsichtlich ihrer Entstehung, Funktion und Beendigung den gleichen Rechtsvorschriften wie andere Vereine. Die kirchliche Ordnung ist hier ein von den Mitgliedern durch Vereinbarung geschaffenes Vereinsstatut, die Kirche ein ‚privater‘ Verein, und als solcher ein Stück der Rechtsordnung des Staates. Die staatliche Rechtsordnung [...] stellt lediglich [...] den Untertanen Rechtsformen zur Verfügung, in denen sie sich *autonom* eine religiöse Ordnung geben können.“³⁸⁾

2. Variante: Privilegierung der religiösen Vereine

Bei dieser zweiten Variante verhält es sich so, dass

„die staatliche Rechtsordnung die *religiösen Vereine* gegenüber anderen insofern *privilegiert*, als sie jenen, wenn sie gewisse Minimalbedingungen wie: hinreichende Mitgliederzahl, Übereinstimmung der religiösen Vorschriften mit den allgemeinen Moralvorstellungen usw. erfüllen, die Stellung von sogenannten ‚öffentlich-rechtlichen‘ Korporationen oder Anstalten einräumt.“³⁹⁾

Konkretisierend fügt er kurz darauf hinzu:

³⁴⁾ *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre 134/325f.

³⁵⁾ *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre 135/326.

³⁶⁾ *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre 135/327.

³⁷⁾ *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre 135/327.

³⁸⁾ *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre 135/327f.

³⁹⁾ *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre 135/328.

„Wo das System der Privilegierung der religiösen Vereine besteht, statuiert die staatliche Rechtsordnung meist an den öffentlichen Schulen für die Angehörigen der privilegierten religiösen Vereine Religionsunterricht obligatorisch, sorgt für die Ausbildung und Entlohnung der Seelsorger entweder aller oder doch gewisser religiöser Gemeinschaften, schreibt für das gerichtliche Verfahren und bei Anstellung staatlicher Beamter eine religiöse Eidesformel vor, regelt den Religionswechsel, überträgt die Matrikelführung den religiösen Korporationen, bzw. den Seelsorgern u.ä.“⁴⁰⁾

Ersichtlich liegt diese zweite Variante im Großen und Ganzen dem staatskirchenrechtlichen System Österreichs (Matrikelführung!) sowie eingeschränkt auch der Weimarer Reichsverfassung zugrunde.

Ich will an dieser Stelle nicht weiter ins Detail gehen, zumal der Exkurs in der Allgemeinen Staatslehre weniger als zehn Seiten umfasst (und zwar in der Studienausgabe von *Matthias Jestaedt*; im Original von 1925 sind es ganze vier Seiten). Aber interessant scheint mir schon, dass *Kelsen* diesem Thema einen seiner ganz seltenen Exkurse widmet und er zudem überaus helllichtig die Koordinationslehre kritisiert. Womöglich ist beim Thema: „*Kelsen* und das Staatskirchenrecht“ noch etwas zu holen. Im sehr differenzierten Personenregister des mehrbändigen deutschen „Handbuchs des Staatskirchenrechts“ erscheint unser Autor bislang nicht, weder in der zweibändigen zweiten noch in der erst kürzlich erschienenen dreibändigen dritten Auflage. Möglicherweise könnte oder sollte sich das ändern.

Nun aber genug der Vorrede oder der „Einbegleitung“. Jetzt zu unserem heutigen Programm: „*Hans Kelsen* und die österreichische Wissenschaftskultur“. Wir freuen uns auf spannende Themen, fundierte Vorträge und ganz sicher anregende Diskussionen.

Literatur

- Christian *Busse*, „Eine Maske ist gefallen“. Die Berliner Tagung „Das Judentum und die Rechtswissenschaft“ vom 3./4. Oktober 1936, in: *Kritische Justiz* 33 (2000) 580–593.
- Horst *Dreier*, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans *Kelsen*² (Baden-Baden 1990).
- Horst *Dreier*, „Secular Religion“ im Kontext von *Kelsens* Gesamtwerk, in: *Clemens Jabloner / Thomas Olechowski / Klaus Zeleny* (Hrsg), *Secular Religion. Rezeption und Kritik von Hans Kelsens Auseinandersetzung mit Religion und Wissenschaft* (Wien 2013) 1–18.
- Horst *Dreier*, *Hans Kelsen zur Einführung* (Hamburg 2023).
- Izhak Englard*, Haben *Kelsens* Reine Rechtslehre, seine Faszination für Religion und sein Religionsverständnis einen jüdischen Hintergrund?, in: *Clemens Jabloner / Thomas Olechowski / Klaus Zeleny* (Hrsg), *Secular Religion. Rezeption und Kritik von Hans Kelsens Auseinandersetzung mit Religion und Wissenschaft* (Wien 2013) 101–111.
- Raphael Gross*, Der Parallelismus als Gefahr. Zur „jüdischen Biographie“ von Hans *Kelsen*, in: *Clemens Jabloner / Thomas Olechowski / Klaus Zeleny*

⁴⁰⁾ *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre 136/329.

- (Hrsg), *Secular Religion. Rezeption und Kritik von Hans Kelsens Auseinandersetzung mit Religion und Wissenschaft* (Wien 2013) 113–129.
- Johannes *Heckel*, Der Einbruch des jüdischen Geistes in das deutsche Staats- und Kirchenrecht durch Friedrich Julius Stahl, in: *Historische Zeitschrift* 155 (1937) 506–541.
- Martin *Heckel*, Vom Religionskonflikt zur Ausgleichsordnung. Der Sonderweg des deutschen Staatskirchenrechts vom Augsburger Religionsfrieden 1555 bis zur Gegenwart (München 2007).
- Clemens *Jabloner*, Kelsen and his Circle: The Viennese Years, in: *European Journal of International Law* 9 (1998) 368–385.
- Clemens *Jabloner*, Einige Austriaca der Reinen Rechtslehre, in: Clemens *Jabloner* u.a. (Hrsg), *Scharfsinn im Recht. Liber Amicorum Michael Thaler zum 70. Geburtstag* (Wien 2019) 3–18.
- Hans *Kelsen*, Gott und Staat (1922/23), in: HKW 7, 435–458; auch abgedruckt in: Ernst *Topitsch* (Hrsg), *Hans Kelsen, Staat und Naturrecht. Aufsätze zur Ideologiekritik²* (München 1989) 29–55.
- Hans *Kelsen*, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925 (Neudruck Tübingen/Wien 2019).
- Hans *Kelsen*, *Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Untersuchung* (Den Haag/Chicago 1941), (ausgeliefert 1946, Nachdruck 1982).
- Hans *Kelsen*, *Die Illusion der Gerechtigkeit. Eine kritische Untersuchung der Sozialphilosophie Platons*, herausgegeben von Kurt Ringhofer und Robert Walter (Wien 1985).
- Hans *Kelsen*, *Secular Religion. A Polemic against the Misinterpretation of Modern Social Philosophy, Science and Politics as „New Religions“*. Edited from the estate of Hans Kelsen by Robert *Walter*, Clemens *Jabloner* und Klaus *Zeleny* (Wien 2012).
- Axel-Johannes *Korb*, *Kelsens Kritiker. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechts- und Staatslehre (1911–1934)* (Tübingen 2010).
- Hans *Maier*, Staat und Kirche in der Bundesrepublik Deutschland. Die politischen und gesellschaftlichen Grundlagen, in: Joseph *Listl* / Dietrich *Pirson* (Hrsg), *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland² 1*, (Berlin 1994) 85–110.
- Thomas *Olechowski*, *Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers*, (Tübingen 2020).
- Carl *Schmitt*, Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist. Schlußwort auf der Tagung der Reichsgruppe Hochschullehrer des NSRB vom 3. und 4. Oktober 1936, in: *Deutsche Juristenzeitung* 41 (1936) 1193–1199.
- Sebastian *Schwab*, Kelsen im Kaffeehaus – Orte der Reinen Rechtslehre, in: *Merkur. Zeitschrift für europäisches Denken* 77, Heft 893 (2023) 91–97.
- Michael *Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland IV* (München 2012).
- Péter *Techet*, „Historical turn“ in der Hans-Kelsen-Forschung? Wechselwirkungen zwischen Rechtstheorie und Rechtsgeschichte, in: *ZÖR* 76 (2021) 1329–1369.
- Carl Hermann *Ule*, Herrschaft und Führung im nationalsozialistischen Reich, in: *Verwaltungsarchiv* 45 (1940) 193–260.
- Christian *Walter*, *Religionsverfassungsrecht in vergleichender und internationaler Perspektive* (Tübingen 2006).

Franz L. Fillafer, Wien

Genius loci Die Habsburgermonarchie als Angelpunkt von Hans Kelsens Werk und Weltwirkung

Hans Kelsens Werk war kein Blitz aus heiterem Himmel, keine *creatio ex nihilo*, es war in seinem habsburgischen Entstehungskontext verankert. *Kelsen*, selbst Kronzeuge für diese Deutung, führte seine geniale Konzeption des Staats als „relativ zentralisierte Rechtsordnung“ darauf zurück,

[...] dass der Staat, der mir am nächsten lag und den ich aus persönlicher Erfahrung am besten kannte, der österreichische Staat, offenbar nur eine Rechtseinheit war. Angesichts des österreichischen Staates, der sich aus so vielen nach Rasse, Sprache, Religion und Geschichte verschiedenen Gruppen zusammensetzte, erwiesen sich Theorien, die die Einheit des Staates auf irgendeinen sozialpsychologischen oder sozial-biologischen Zusammenhang der juristisch zum Staat gehörigen Menschen zu gründen versuchten, ganz offenbar als Fiktionen. Insofern diese Staatstheorie ein wesentlicher Bestandteil der Reinen Rechtslehre ist, kann die Reine Rechtslehre als eine spezifisch österreichische Theorie gelten.¹⁾

Nun gehört diese Selbstauskunft *Kelsens* von 1947 zum Standard-Arsenal jener Beweisstücke, welche die österreichische Tiefenprägung seines Werks belegen sollen. Wenn man sich aber nicht mit der erbaulichen Vermächtnispflege der heutigen Alpenrepublik zufriedengeben möchte, die sich gerne mit dem Österreicher *Kelsen* schmückt, fällt auf: Der Zusammenhang zwischen *Kelsens* habsburgischen Wurzeln und seinem Werk wird üblicherweise eher anekdotisch behauptet als detailliert begründet.²⁾ Letzteres versucht der vorliegende Beitrag mit einer spezifischen Akzentsetzung auf das „habsburgische Staats- und Reichsproblem,³⁾ die politische und juristische Konstellation also, in der *Kelsen* agierte und deren langfristigen Nachwirkungen er zu bewältigen versuchte.⁴⁾

Dabei wird es darum gehen, was man als die Zerfallsstrahlung des Habsburgerreichs bezeichnen könnte: Wie versuchte *Kelsen* die juristisch-politischen Fragen, die ihm die Monarchie aufgab, als Staatsrechtler, Schöpfer der Verfassungsgerichtsbarkeit und Völkerrechtler auf den Ebenen der Weltrechtsordnung und der in diese eingelassenen Republik Österreich zu lösen? Zuerst skizziere ich die Staatsrechtslehre im späten Habsburgerreich und ihre Funktion als Sprengsatz für das bis dahin gepflegte, herkömmliche Wissenschaftsverständnis und versuche dabei, *Kelsens* Werk in diesen Zusammenhang einzubetten. Der

¹⁾ *Kelsen*, Autobiographie 59–60.

²⁾ Jüngst nuanciert: *Teichet*, „Historical Turn“; *Teichet*, „Reine Rechtslehre“; Zuvor: *Baldus*, Habsburgian Multiethnicity; *Wielinger*, Mutmaßungen.

³⁾ *Redlich*, Staats- und Reichsproblem.

⁴⁾ Die Bedeutung des kreativen Wiener Wissenschaftsmilieus für *Kelsen* untermauern die Beiträge von *Feichtinger*, *Jablonek* und *Loidolt* im vorliegenden Band, profunde *Feichtinger*, Wissenschaft als reflexives Projekt und *Jablonek/Stadler*, Empirismus.

zweite Abschnitt befasst sich mit *Kelsens* Rolle im Übergang von der Monarchie zur Republik und mit den wissenschaftsgeschichtlichen und politischen Facetten dieses Prozesses. Abschnitt drei zeigt dann, dass zentrale Innovationen der „jungösterreichischen Schule“ auf verschiedenen Ebenen der Auseinandersetzung mit der Habsburgermonarchie entsprangen. Der vierte und letzte Teil meines Beitrags geht schließlich der Frage nach, inwiefern dieses habsburgische Gepräge die weltweite Aufnahme der Rechtslehre des *Kelsen*-Kreises beflügelte oder hemmte.

I. Die Habsburgermonarchie als Stachel im Fleisch der Staatsrechtslehre

Im Manifest, das die Auflösung des Reichstags von Kremsier und die Kundmachung der oktroyierten Verfassung vom März 1849 verkündete, sprach *Kaiser Franz Joseph* vom „große[n] Werk der Wiedergeburt eines einheitlichen Österreich,“ das „Wir uns zur Unserer Lebensaufgabe gestellt haben.“⁵⁾ Diese stolz proklamierte Lebensaufgabe sollte sich als Lebenslüge entpuppen. Statt eines lupenreinen Staatswillens, eines kompakten Staatsvolks und eines scharfkantig abgrenzbaren Staatsgebiets⁶⁾ herrschten im habsburgischen Zentraleuropa staatsrechtliche Zerklüftung und Verschachtelung vor: Nicht nur die äußere, völkerrechtliche Rechtsnatur und dualistische Staatsordnung der k.u.k. Doppelmonarchie Österreich-Ungarns nach dem Ausgleich von 1867 waren umstritten, auch um den inneren Aufbau, die Kompetenzordnung Cisleithaniens, der „im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder“ wurde im Reichsrat und in Landtagen ebenso gefeilscht wie in der Tagespresse, wobei sich Juristen ausgiebig zu Wort meldeten.

Um die wissenssoziologischen Bedingungen zu verstehen, unter denen sich diese Scharmützel und späterhin auch *Hans Kelsens* Studium und Debüt als Staatsrechtler abspielten, muss man sich die Grundlagen der Juristenausbildung an den Universitäten der Monarchie vor Augen halten: Seitdem *Franz von Zeiller* mit seinem Studienplan von 1810 das Staatsrecht des 1806 erloschenen Heiligen Römischen Reichs entrümpelt und befunden hatte, dass die verbliebenen „Fundamentalgesetze“ der Erbländer sich nicht als Studienfach eigneten, blieb die österreichische Juristenausbildung vom Primat des Privatrechts bestimmt.⁷⁾ Das allgemeine Recht der böhmisch-deutschen Erbländer der Monarchie war das federführend von *Zeiller* selbst vollendete ABGB von 1811, das Staatsrecht wurde weiterhin im Rahmen des aufgeklärten „natürlichen öffentlichen Rechts“ gelehrt.⁸⁾ An der Staatsrechtsferne der Juristenausbildung sollte sich auch mit

⁵⁾ Kaiserliches Manifest vom 4. 3. 1849, wodurch der Reichstag von Kremsier aufgelöst, und den Völkern Österreichs aus eigener Macht des Kaisers eine Reichsverfassung für das gesamte Kaiserthum Österreich verliehen wird, RgBl. 149/1849.

⁶⁾ Zu den „drei Elementen“ von *Georg Jellineks* gleichnamiger Lehre *Jellinek*, Staatslehre 394–434; Anregend *Slapnicka*, Problemlösungsversuche und *Schmetterer*, Rechtskultur.

⁷⁾ *Ebert*, Einfluß *Zeillers* 67; ausführlicher *Fillafer*, Privatrechtsprimat 103–105.

⁸⁾ *Heindl*, Bildung; *Oberkofler* / *Reinalter*, Naturrecht.

der großen, nach der Revolution von 1848 von *Leo Thun-Hohenstein* durchgeführten Universitäts- und Studienreform des Neoabsolutismus nichts ändern: Die 1848/49 an den Universitäten der Monarchie lancierte Einführung verfassungsrechtlicher und verfassungsgeschichtlicher Fächer wurde unter dem zuständigen Minister, dem konservativen böhmischen Aristokraten und Landespatronen *Thun-Hohenstein* im Keim erstickt.⁹⁾ Verteufelte *Thun* das allgemeine Staatsrecht als Resultat der Revolution, so galt ihm das spezielle habsburgische Staatsrecht als Anschlag auf die Eigenständigkeit Böhmens.¹⁰⁾

Als eigentliche Triebfeder der Revolution von 1848 erkannte *Thun* das im Habsburgerreich „gewaltsam festgehaltene“¹¹⁾ Naturrecht der Aufklärung. Damit hatte sich die Monarchie laut *Thun* zur wissenschaftlichen Rückständigkeit verurteilt und politisch selbst sabotiert: Bestätigt wurde diese Diagnose von *Thuns* Günstlingen, der österreichischen Schule der Pandektistenwissenschaft rund um den jungen *Joseph Unger*.

Thun-Hohensteins Reform ebnete den Weg für den Siegeszug der Pandektenwissenschaft, die das Naturrecht und die gesamte vormärzliche Rechtslehre in Bausch und Bogen als unwissenschaftlich und kryptorevolutionär verwarf. Mit der Demontage des Naturrechts beseitigte die *Thun-Hohenstein'sche* Reform den Geltungsgrund, der die habsburgische Rechtslehre bisher fundiert und legitimiert hatte, ohne damit aber die Vorherrschaft des Privatrechts anzutasten, dessen Auslegung nun freilich im Sinne der Pandektistik umgerüstet wurde.¹²⁾

Das Staatsrecht fand in den Studienplan von 1855 keinen Eingang, spärliche Kenntnisse über den österreichischen Staat wurden weiterhin im Fach Statistik vermittelt, unterdessen erhielten die „Deutsche Reichs- und Rechtsgeschichte“ sowie das „Gemeine deutsche Privatrecht“ Ehrenplätze in der Studienordnung.¹³⁾ Während die Pandektenwissenschaft ihre Kategorien auf das öffentliche Recht projizierte¹⁴⁾ und der österreichisch-ungarische Ausgleich die öffentliche Debatte beherrschte, sollte es bis 1893 dauern, dass das österreichische Verfassungsrecht vollwertig in den Studienplan integriert wurde. Der böh-

⁹⁾ Nach der Aufhebung der oktroyierten Verfassung durch das Sylvesterpatent schienen diese Fächer vollends ihre Berechtigung eingebüßt zu haben, vgl. *Oberkofler*, Studien 128–143.

¹⁰⁾ *Fillafer*, Böhmen 167.

¹¹⁾ Antrag des Grafen *Thun* auf Ernennung des *Josef Unger* zum außerordentlichen Professor an der Universität Prag vom 9. 7.1853, zit. n. *Lentze*, Graf Thun 207.

¹²⁾ *Fillafer*, Aufklärung 423–443.

¹³⁾ Erlaß des Ministeriums für Cultus und Unterricht, 2. 10.1855, RGBl. 172/1855; Verordnung des Ministeriums für Cultus und Unterricht, 16. 4.1856, RGBl. 54/1856; *Lentze*, Germanistische Fächer; *Walter*, Lehre.

¹⁴⁾ *Spiegel*, Ulbrich 297: „Die Publizisten suchten die „allgemeinen Lehren des Privatrechts, die ja eigentlich allgemeine Lehren des Rechts überhaupt waren, dem Staatsrecht dienstbar zu machen und auf dieser Grundlage die Staatsrechtswissenschaft im Stile der Privatrechtsjurisprudenz aufzubauen.“ Zu *Spiegel* vgl. Österreichisches Biographisches Lexikon 13 (Wien 2010), 19–20, *Osterkamp*, Verfassungsgerichtsbarkeit 94f, 199, 204, u. *Spiegel*, Die kaiserlichen Verordnungen.

mische Staatsrechtsexperte *Ludwig Spiegel*, exzellenter Ausleger des kaiserlichen Notverordnungsrechts, belegte 1911 das Zusammenspiel dieser Motive in den Werken, welche die Generation seines Prager Lehrers *Josef Ulbrich*, des Nestors des cisleithanischen Verwaltungsrechts, hervorgebracht hatte: Charakteristisch „für die altösterreichische Denkweise dieser Fachmänner,“ sei nämlich gewesen, „daß sie für den österreichisch-ungarischen Ausgleich ein weit größeres Interesse zeigten, als für die Dezemberverfassung,“ deren Zustandekommen „die privatrechtlich geschulten Juristen verhältnismäßig kalt ließ.“¹⁵⁾

So bildete sich im Habsburgerreich ein Juristenstand heraus, dessen skeptisch gefärbte, transzendente Obdachlosigkeit sich mit seinem ausgeprägten Widerstand gegen all Tendenzen der Staatsvergötzung verband,¹⁶⁾ wobei zugleich eine prononcierte Ablehnung des Naturrechts zutage trat.¹⁷⁾ Während im Deutschen Reich dem Aufstellen abstrakter Rechtsbegriffe das Bedürfnis zugrunde lag, die Einzelstaatsrechte zu einem gemeinsamen wissenschaftlichen System zu vereinigen, führte die Realverfassung des Habsburgerreichs gerade die Fragwürdigkeit eines solchen Zugangs plastisch vor Augen.¹⁸⁾ Zugleich wurde hier der Flächenfraß der privatrechtlich geprägten Pandektenwissenschaft, die ihre Kategorien in das öffentliche Recht hineinrug, zunehmend als

¹⁵⁾ *Spiegel*, *Ulbrich* 295.

¹⁶⁾ Zur „Staatsmetaphysik“ *Kelsen*, Staatsgerichtsbarkeit 81. Das z.T. grobschlächtige, wenig trennscharfe Verständnis der Staatsidolatrie des wilhelminischen „Staatsrechtspositivismus“ lässt wenig Raum für die nuancenreiche Geschichte der allmählichen Verfertigung des Staats als personifizierte Zurechnungseinheit, vgl. *Labands* Versuch, durch die Konstruktion eines impermeablen Individualwillens des Staats den Monarchen als Zentralorgan auszuhebeln oder die Funktion der Staatspersönlichkeitslehre als Korrektiv der älteren Staatszwecklehre. Beim Aufbau des Klischees von der dogmatischen Staatsidolatrie spielt die rabiate antiromanistische Polemik *Otto Gierkes* gegen *Carl Gerber* (Austreibung der „deutschen Seele“ aus dem „deutschen Recht,“ dazu nuanciert *Kremer*, Willensmacht, z.B. 397–398) ebenso eine Rolle wie der verzerrend postulierte „Sonderweg“, der die Apotheose des Staats im öffentlichen Recht als Geburtshelfer der nationalsozialistischen Diktatur erscheinen lässt (als wäre die Führersouveränität als bloße Organfunktion einer übergeordneten Staatspersönlichkeit begründet worden). Aus österreichischer Sicht bietet diese Sonderwegsthese einen Zusatznutzen, lässt sie sich doch bequem zum Zwecke der Selbstexkulpation, als rückwirkender Eigenständigkeitsbeweis gegenüber Deutschland verwerten. Zur älteren Sicht des staatsrechtlichen Formalismus als Wegbereiter des feudal-aristokratischen „*Bismarckschen* Kryptoabsolutismus“ vgl. *Kehr*, *Puttkammer* 258–260 u. *von Oertzen*, Soziale Funktion 45; Differenziert *Schönberger*, *Parlament*; *Haardt*, *Bund* 687ff., *Langewiesche*, *Reich*. Zur emotionalen Überfrachtung und polemischen Stoßrichtung des Positivismusbegriffs *Haferkamp*, *Positivismen*.

¹⁷⁾ *Fillafer / Feichtinger*, *Natural Law*.

¹⁸⁾ Zu *Gerbers* Bemühungen *Uhlenbrock*, *Person* 84, Fn. 1; zur Impermeabilitätsdoktrin *Paul Labands Pauly*, *Methodenwandel* 201–201; zum monokratischen Charakter des Staats *Laband*, *Staatsrecht* 84: „Das Recht, welches die Gesamtheit zur selbständigen Trägerin von Rechten und Pflichten, also zur Person konstituiert setzt sie dadurch der Vielheit als einer von ihr begrifflich verschiedenen Einheit gegenüber, es hebt die Durchdringung der ‚Einheit durch die Vielheit‘ logisch auf, es macht aus der Summe der Sonderexistenzen eine neue Grundeinheit, innerhalb deren es keine Vielheit gibt.“ Zum habsburgischen Gegenmodell *Osterkamp*, *Vielfalt* 205ff., 343ff.

Problem erkannt: Die systemschöpferische Bauart hatte, wie der aus dem ungarischen Buda gebürtige, in Greifswald wirkende *Felix Otto Stoerk* anmerkte, einen Koloss auf tönernen Füßen geschaffen. Der deutsche Staatsrechtspositivismus sei seinen eigenen Begriffsgebilden auf den Leim gegangen.¹⁹⁾ Auch die im Deutschen Reich mit nie versiegendem Forscherfleiß ausgefochtene Polemik zwischen den organisistischen und persönlichkeitsbasierten Staatstheorien nahm sich, wie die Arbeiten des Pragers *Emil Lingg* veranschaulichen, aus der Perspektive des Habsburgerreichs als Scheingefecht aus.²⁰⁾

Als das Fach „allgemeines und österreichisches Verfassungsrecht“ 1893 endlich Eingang in den Studienplan der cisleithanischen Universitäten fand, begann sich bereits eine für die Geschichte der Rechtskultur und -wissenschaft folgenschwere Konstellation abzuzeichnen: Wie die Fachliteratur jener Jahre zeigt, erwies sich das Habsburgerreich als Stachel im Fleisch der Staatsrechtslehre. Das heißt konkret: Statt sich damit abzufinden, diesen „eigenartigen“²¹⁾ Staat als Anomalie abzutun, drehten maßgebliche Juristen den Spieß um. *Michael Stolleis*' Feststellung, dass die „methodische Herausforderung“²²⁾ damals aus Österreich gekommen sei, weist auf diesen Sachverhalt hin. Während die *Neue Freie Presse* im Jänner 1906 anmerkte, dass die „ad hoc-Belesenheit strebsamer Bureau-Adoleszenten“²³⁾ nicht mehr ausreiche, um das habsburgische Staatsrecht zu meistern, hatte der Verwaltungsjurist *Friedrich Tezner* schon im Vorjahr zu bedenken gegeben: Die Monarchie sei keine „Mißbildung“, die als „erratischer Block auf dem Blachfelde“ des Staatsrechts, als „unerheblicher Rest einer abgetanen Epoche“ anzusehen sei. Vielmehr lehre die Beschäftigung mit dem habsburgischen Zentraleuropa, dass es die vermeintliche Normaltypen des Staatsrechts gar nicht gebe, sie seien Retortenprodukte bzw. würden durch juristische „Toilettenkunst“ im Schönheitssalon erzeugt.²⁴⁾ Mit den Pfunden der

¹⁹⁾ *Stoerk*, Methodik 34, 67, 76; *Mayer Tezner*, Bedeutung 644, „Es ist [...] kein bloßer Zufall, daß von außenstehenden Schriftstellern sehr häufig eine wirksame Kritik an Gesetzentwürfen fremder Staaten zur Reform des Privat- oder des Strafrechts geübt worden ist, während ähnliche Versuche Verfassungsentwürfen gegenüber selten unternommen werden [...]“. *Mayer Tezner*, Bedeutung, 645, Versuch der Staatsrechtslehre, sich der „technische[n] Durchbildung des Privatrechts“ anzunähern.

²⁰⁾ *Lingg*, Empirische Untersuchungen VII.

²¹⁾ *Mischler / Ulbrich*, Staatswörterbuch I, III–IV; von den Blick fesselnden „staats-theoretische[n] Merkwürdigkeiten“ berichtet *Redslob*, Länder 143, „Eigenthümliche[n] und verwickelte[n] Partien“ des österreichischen Staatsrechts bespricht *Jellinek* bezüglich den „Kompetenzgrenzen zwischen Reichs- und Landesgesetzgebung“, *Jellinek*, Verfassungsgerichtshof 27.

²²⁾ *Stolleis*, Staatsrechtslehre 11.

²³⁾ *Neue Freie Presse*, 28. 1. 1906, No. 14.882, 33.

²⁴⁾ *Tezner*, Wandlungen 49. Es sei eine Tatsache, dass „eine Nation eine desto geringere Veranlagung zu systematischer, dogmatischer, theoretisch-konstruktiver Denkarbeit im Sinne der deutschen Staatslehre besitzt, je größere politische Schöpferkraft ihr eigen ist.“ Das bewiesen *Tezner* zufolge Engländer, Amerikaner und Ungarn, die der unachtsichtigen Konstruktionstätigkeit ebenso skeptisch gegenüberstünden wie der deutschen Musik. *Tezner*, Bedeutung 643, über den von ihm beobachteten strategischen Vorgang der Gegenstandskonstitution, den man mit *Johann Fabian* als „denial of coevalness“ (vgl. *Fabian*, Time) bezeichnen könnte: „[D]ie einer einheitlichen Konstruktion

habsburgischen Situation wuchern konnten die hiesigen Juristen eben deshalb, weil sich hier in aller Schärfe die Fragen nach dem Verhältnis von allgemeinem und besonderem Staatsrecht, von Verfassungs- und Verwaltungsrecht, von öffentlichem Recht und Privatrecht sowie von einzelstaatlichem Recht und Völkerrecht stellen ließen. Auf diese Weise wurde die Habsburgermonarchie vom Stör- zum Testfall der Staatsrechtswissenschaft und zur Miniaturausgabe oder Vorstufe einer Weltrechtsordnung, zu deren Konstruktion die Befassung mit dem „innerstaatlichen Völkerrecht“²⁵⁾ (*Karl Renner*) des Reichs anspornte.

So reifte bei einigen Juristen des Habsburgerreichs die Einsicht, dass es nicht an der Monarchie lag, wenn die herkömmlichen Staatstheorien nicht auf sie passten, sondern an den Theorien: Statt also zu fragen, warum das Habsburgerreich nicht in die Staatslehre fügte, zerpfückten sie den Standard, dem es nicht entsprach. Als Resultat dieser Entwicklung wurde das habsburgische Staatsrecht vom Aschenbrödel des Fachs zur Königs- bzw. Kaiserdisziplin. Wenn man die Monarchie wissenschaftlich akkurat erfasste, konnte man alle Staaten erfassen, so wurde die Verösterreicherung der Staatsrechtslehre zum Katalysator ihrer Verwissenschaftlichung und Universalisierung. Monokratische, naturalisierende und willensbasiert-ontologisierende Staatskonzepte ließen sich auf diesem Wege als Legenden entlarven. Unmissverständlich sprach *Kelsen* 1911 in seinem bekannten Vortrag vor der Wiener Soziologischen Gesellschaft von für die Wissenschaft „beschämenden Fiktionen.“²⁶⁾

Diese Entwicklung trug reiche wissenschaftliche Früchte: Zu nennen sind hier die Ablösung der Souveränität von der Gebietshoheit, wie sie *Ernst Radnitzky* 1906 präsentierte²⁷⁾ und die von *Kelsens* Freund *František Weyr* 1908 angebahnte Auflösung der scharfen Trennlinie zwischen Privatrecht und „öffentlichem Recht“²⁸⁾: Letzteres stellte *Weyr* als halbseidenes Kunstprodukt des monarchistischen Staatsrechts dar, dessen Ziel darin bestehe, das Verwaltungshandeln gegen die parlamentarische Kontrolle abzuschirmen. Damit stand *Weyr* nicht allein: Der Grazer *Josef Lukas* sowie *Kelsens* Wiener Lehrer *Edmund Bernatzik* zogen in bahnbrechender Weise die alleinige Verordnungshoheit des Monarchen in Zweifel und stellte die Rechtsnatur der Verordnung als Resultat der Delegation und Subordination vom Gesetz her klar.²⁹⁾ Zu diesen beiden Grenz-

widerstrebenden Einrichtungen [des Staatsrechts, FLF] werden übersehen, oder als untergeordnete Rudimente der Vergangenheit ignoriert.“ *Tezner*, Bedeutung., 648, Fn. 2, über „Muster oder vorbildliche Entwicklungstypen,“ die implizit als Entwicklungsziele hingestellt würden: „Der Mustertypus ist zumeist nur in einem Exemplar vorhanden.“ *Tezner*, Funktion 268, welche staatliche Form als „logisch vollendete“ und „allein mögliche“ dargestellt werde, hänge von politischen Vorentscheidungen ab. Zu *Tezner Müßig*, Verwaltungsrechtspflege u. *Wheatley*, Life 73–79 u. 82–84.

²⁵⁾ *Renner*, Selbstbestimmungsrecht (unpag. Vorwort).

²⁶⁾ *Kelsen*, Grenzen 52; *Kelsen*, Hauptprobleme, 293–300, 541–548; *Kelsen*, Staatsbegriff V.

²⁷⁾ *Fillafer*, Imperial Diversity 437–438

²⁸⁾ *Weyr*, Problem.

²⁹⁾ *Lukas*, Stellung, vgl. *Tilitzki*, Albertus-Universität 579f.; *Bernatzik*, Rechtsprechung 108–109; *Merkl*, Befangenheit 3, attestiert *Bernatzik* eine „innerlich und äußerlich

überschreitungen – *Weyrs* Einebnung des kategorialen Gegensatzes von Privatrecht und öffentlichem Recht und *Radnitzkys* Vorstoß, der die Souveränität ihres Territorialsubstrats entkleidete – trat eine dritte maßgebliche Innovation, die das Habsburgerreich zum Laboratorium „innerstaatlichen Völkerrechts,“ zur Versuchsstation des Weltrechts machte, weil sich ihre innere Vielfalt im Weltmaßstab gespiegelt fand, was die in Zentraleuropa ausgearbeitete Rechtswissenschaft global anwendbar machte.³⁰⁾ Auf diese Weise verlor der Staat den Kronschatz der Souveränität, die willensbasierte, zur Person hypostasierte Staatsgewalt, seine Geschlossenheit im Raum und seine Ewigkeitsanmutung in der Zeit.

Die beschriebene Entzauberung des Staats führte dazu, dass man die Habsburgermonarchie als Prüfstein, ja Prüffilter des Staatsrechts entdeckte. In der damaligen österreichischen Rechtswissenschaft wurde diese Einsicht zum Ausgangspunkt zweier rivalisierender Spielarten, die sich als radikaler Empirismus und radikaler Formalismus bezeichnen lassen. Der bereits genannte *Friedrich Tezner* und sein Freund *Hans Kelsen* können stellvertretend für diese beiden Tendenzen stehen, die einander hitzige Wortgefechte lieferten, aber wichtige Kernanliegen und -auffassungen teilten: Beide wandten sich gegen die fadenscheinigen Normaltypen der Staatlichkeit,³¹⁾ gegen die *Jellinek'sche* Definition des Staats als „mit ursprünglicher Herrschermacht ausgestattete Verbandseinheit seßhafter Menschen“³²⁾ und seine berühmte Zwei-Seiten-Theorie des Staates³³⁾ sowie gegen die Ableitung der Staatsunterworfenheit der Bürger aus der

völlig unbefangene,“ eher von „demokratischem und jedenfalls von kritischem Geiste erfüllte Staatsrechtslehre.“ Der Monarch fungiere endlich nicht mehr als „Fixstern, um den sich der gesamte juristische Sternenhimmel“ drehe, bzw. als Brennpunkt „zu dem alle Handlungen der anderen Organe“ konvergierten, *Merkl*, Befangenheit 5, was *Bernatzik* positiv etwa von *Max von Seydel* und *Conrad Bornhak* abhebe. *Merkl* Befangenheit 8, *Laband* und *Jellinek* hätten es fertiggebracht, die Mitbestimmung der Volksvertretung an der Gesetzgebung – eine der wichtigsten Errungenschaften der gegen den absoluten Staat gerichteten Revolution des 19. Jahrhunderts – „zu deteriorieren, wenn nicht zu nullifizieren!“ *Josef Lukas* und *Hans Kelsen* hätten die „politische Konstruktion der Alleingesetzgeberqualität des Monarchen“ gründlich zerstört, *Merkl*, 9; *Kelsen*, Hauptprobleme 549–567, 614f., 855, 857.

³⁰⁾ Feinspürige Kenner der Verfassungsordnung Zentraleuropas entdeckten, wie *Natasha Wheatley* jüngst in einem ausgezeichneten Buch zeigen konnte, unter dem Deckmantel der Monarchie Staaten im Winterschlaf, deren Eigenständigkeit unter Habsburgs Regierung zeitweilig suspendiert, aber wiederbelebbar war, *Wheatley*, *Life*, v.a. 28–102 u. 181–282; zur „Artificiall Eternity of Life“ des Staats nach *Hobbes*: *Skinner*, *Hobbes*.

³¹⁾ *Tezner* geißelte die Staatsrechtsjurisprudenz als „Bequemlichkeits-“ und „Pauschaljurisprudenz,“ die alles leugne oder abschwäche, „was ihr im Wege steht oder ihrem Blick entgangen“ sei; sie weiche „der Durchführung ihrer allgemeinen Sätze durch die bedeutendsten Einzelprobleme hindurch ängstlich“ aus. „Sie kann wie *Nestroys* Holofernes keine Schlamperei leiden und läßt alles System- und Ordnungswidrige aus dem Wege räumen. Sie zählt nach der Anweisung des *Linné'schen* Systems die Staubgefäße ab und glaubt damit das Wesen der Pflanzen erkannt zu haben.“ *Tezner*, *Wandlungen*, 48. vgl. *Tezner*, *Bedeutung*, 639–643.

³²⁾ *Jellinek*, *Staatslehre*, 180f.

³³⁾ *Kelsen*, *Staatslehre* IX (*Jellineks* zweifelhaftes Verdienst sei die „[...] Zusammenfassung der Staatslehre des XIX. Jahrhunderts“); *Kelsen*, *Staatsbegriff* 105–113.

Einheit des Staatswillens. So einhellig die Anhänger der genannten beiden alt-österreichischen Richtungen des Staatsrechts aber die ältere Lehre verwarfen, so scharf unterschieden sie sich darin, was sie an seine Stelle setzen wollten. *Friedrich Tezners* gehaltvolle Besprechung der *Kelsen'schen Hauptprobleme des Staatsrechts* von 1911 kann diesen Konflikt veranschaulichen.

Als *Friedrich Tezner*, Hofrat am Verwaltungsgerichtshof und maßgeblicher Ideengeber für das Verwaltungsverfahrenrecht, *Kelsens Hauptprobleme* besprach, zollte er der Reife, Originalität und formvollendeten Klarheit des Werks Tribut, deutete es aber auch als Schwanengesang eines „gesetzesstaatlichen“ Liberalismus, der den politisch-sozialen Zeitbedürfnissen nicht gewachsen sei.³⁴⁾ *Kelsens* liberale Reduktion des Staats auf ein Rechtsvollzugssystem war eine Chimäre, mit seinem Postulat des Rechtssatzes als Ausdruck des staatlichen Willens, zu vollstrecken und zu strafen, baute *Kelsen* eine Stringenz- und Kohärenzillusion des Staatshandelns auf.³⁵⁾ Wie *Tezner* feststellte, besaß die habsburgische Rechtsordnung keine klar gestaffelte Kompetenzpyramide, welche die Rangordnung von oben nach unten sowie von innen nach außen gestaltete – *Tezner* verweist hier schelmisch auf die mangelhafte kassatorisch-repressive Normkontrolle des scheinbar höchstrangigen Reichsgerichts, die er mit der Kompetenzfülle der vermeintlich nachgeordneten und peripheren Rabbinatsgerichte Galiziens und der Bukowina vergleicht³⁶⁾ – noch ließe sich eine solche Hierarchie in der Zeit feststellen, im Gegenteil: Anhand des Habsburgerreichs zeige sich, dass in den Institutionen „moderner“ Staaten ihre scheinbar abgeschlossenen patrimonialen, ständischen und polizeiabsolutistischen Vergangenheiten gleichzeitig quicklebendig und wirksam blieben.³⁷⁾ *Kelsens* kühne Entthronung des Staats blende diese Ebenen komplett aus, gehe also völlig an den Fragen der Normerzeugung sowie an den Kompetenz-, Ableitungs- und Delegationszusammenhängen des Staatsrechts vorbei.

³⁴⁾ Im Vorwort der *Hauptprobleme* stattet *Kelsen* *Tezner* seinen Dank ab, *Kelsen*, *Hauptprobleme* 64: „Mehr als ich mit Worten ausdrücken kann, schulde ich Herrn Hofrat Professor Dr. *Friedrich Tezner* in Wien, dessen tatkräftige Förderung und warme Anteilnahme mir über manches hinweggeholfen hat, was dem Fortgange meiner Arbeit im Wege lag.“ Zum Liberalismus *Kelsen*, *Hauptprobleme* 59 u. 581f., Anm 1 (582). *Tezner*, *Betrachtungen*. Zu den Tücken des „gesetzesstaatlichen“ Rechtswissenschaft *Tezner*, *Funktion* 265–266 u. *Tezner*, *Rechtslogik*.

³⁵⁾ *Kelsen*, *Hauptprobleme* 51 („Zentralbegriff juristischer Konstruktion.“) Die Mängel der Rechtssatzdefinition exponierte *Tezner*, dem als profundem Kenner des habsburgischen Staatslebens v.a. *Kelsens* unsachgemäße Beschränkung auf die Tätigkeiten des „strafens und exequierens“ aufstieß, wogegen er auf die Tätigkeit von Kompetenzkonfliktsenaten, die Bedeutung von Nichtigkeits- und Kraftlosigkeitserklärungen und die Entbindung von Gehorsamspflichten verwies, *Tezner*, *Betrachtungen* 328–329. In eine missliche Lage versetze sich *Kelsen* durch seine Annahme der Äquivalenz aller für einen rechtlichen Akt erforderlichen Willenskundgebungen und der postulierten Bedeutungslosigkeit ihres unterschiedlichen Inhalts, so könne er weder die richterliche Prüfungserlaubnis von landtäglichen Budgetbeschlüssen noch die mangelnde Verordnungsbefugnis von Selbstverwaltungsbehörden erfassen, *Tezner*, *Betrachtungen* 334, Fn. 22.

³⁶⁾ *Tezner*, *Betrachtungen* 328, Fn. 8; *Svoboda*, *Wirkung*.

³⁷⁾ *Tezner*, *Betrachtungen* 330 u. 329, sowie 337 (Staat als „eklektischer Doktrinär;“ Vergangenheiten übereinander gelagert wie „geologische Schichten“.)

Tezner zufolge war *Kelsens* Versuch, die Einheit des Staats als System von Rechtssätzen zu begründen, zum Scheitern verurteilt: Indem *Kelsen* den Staat in ein Nebeneinander ebenbürtiger, miteinander Rechtsgeschäfte eingehender Subjekte auflöste, erwies er seinen Zielen, der Erneuerung der Rechtswissenschaft und der Verrechtlichung des Verwaltungshandelns, einen Bärendienst. Zu den Problemen der Rechtserzeugung und Rechtsanwendung, etwa durch richterliche authentische Interpretationen oder durch das Verwaltungshandeln innerhalb des Ermessensspielraums der Behörden, hatten die *Hauptprobleme* nichts zu sagen, die postulierte Identität von Rechtssatz, subjektiver Pflicht und subjektivem Recht werde den Freiheitsansprüchen der Bürgerinnen und Bürger nicht gerecht.³⁸⁾

Laut *Tezner* hatte *Kelsen* also bei seinem Versuch, die Rechtswissenschaft zu reinigen, das Kind mit dem Bade ausgeschüttet: *Kelsens* rigorose Trennung der normativen von der explikativen Methode konnte *Tezner* nichts abgewinnen, die logisch haltbaren Grundbegriffe *Kelsens* hielt er für Leeformeln.³⁹⁾ *Tezners* schalkhafte *Kelsen*-Besprechung ist für unser Thema aber vor allem deshalb sehr ergiebig, weil sie auf eine von beiden Kontrahenten geteilte Problemdiagnose verweist: Wie sich an *Kelsens* Arbeiten zum Wahlrecht und zur Heimatberechtigung, späterhin zu Reichs- und Landesrecht zeigt,⁴⁰⁾ deckte sich seine Diagnose der Fußangeln und Fallstricke der habsburgischen Rechtsordnung wesentlich mit jener *Tezners*. Es wäre also falsch, *Tezners* Besprechung als theorieferne, kaum satisfaktionsfähige Beckmesserei abzutun. Vielmehr spricht sie drei zentrale Probleme an, deren Lösung *Kelsen* erst späterhin im Verbund mit seinen Schülern gelingen sollte, wodurch der Aufstieg der „Wiener Schule“ angebahnt wurde: Wie kann man die üppige Fülle von Rechtsformen durch klare und geschmeidige, normtypübergreifende Erzeugungs- und Anwendungsregeln in ein anwendungsfreundliches, einheitliches System integrieren? Auf welche

³⁸⁾ *Tezner*, Betrachtungen 334, Fn. 33 u. 338; *Tezner*, Betrachtungen, 343, Fn. 50 (Ermessensspielräume der Verwaltung, denen das Einschreiten auf Antrag erlaubt, aber nicht zwingend geboten ist, mit dem schönen Beispiel der Genehmigung von Privatschlachthäusern durch die k.k. Landesstellen); *Kelsen*, Hauptprobleme 638–662; 778–779.

³⁹⁾ *Kelsen*, Hauptprobleme 55–56 (Vorrede 1. Aufl.).

⁴⁰⁾ Vgl. *Kelsens* Beitrag von 1906 über das Reklamationsrecht bei der Erstellung von Wählerlisten, in dem er die verwinkelten und sackgassenhaften, laut den jeweiligen Gemeindeordnungen von Kronland zu Kronland verschiedenen Rekurswege zur Wählerlistenanfechtung verglich, *Kelsen*, Wählerlisten 323; auch in *Kelsen*, Naturalisation 553–554, brachte er eine Facette des habsburgischen Kompetenz- und Hierarchieproblems zum Vorschein, als er bemerkte, dass der „Staatswille“ hier dem „Willen oder gar der Willkür einer Gemeinde“ unterliege. Dabei gelangte *Kelsen* zu der Schlussfolgerung (*Kelsen*, Naturalisation 552), dass die allgemein akzeptierte Auffassung, nach der sich Ausländer zuerst um die Heimatzuständigkeit bemühen müssten, um in den Genuss der Staatsbürgerschaft zu kommen, „durchaus nicht zwingend“ sei: Hier publizierte er aus der Registratur des k.k. Innenministeriums den bislang unveröffentlichten Erlass, der üblicherweise zur Begründung dieser Annahme herangezogen wurde, aber lediglich eine Dienstinstruktion war, *Kelsen*, Naturalisation 550 (der Erlass vom 19. 12. 1851 galt dem Zuckerbäcker *Anton Bernatz* aus dem rheinbayrischen Speyer und war vom k.k. Ministerium des Inneren an den steirischen Statthalter Ritter v. Burg ergangen).

Weise lassen sich Zurechnungsendpunkte für eine gegebene Rechtsordnung eruieren und transparente Verfahren gestalten, die es erlauben, Auslegungs- und Kompetenzkonflikte beizulegen? Und schließlich: Wie lässt sich die sperrig-statische Konstruktion der „Hauptprobleme“ so dynamisieren, dass dadurch die filigran abgestufte Kompetenzhierarchie und die unscharfen Grenzen der Rechtsordnung in Zeit und Raum fassbar werden? Die berühmt gewordenen Antworten auf diese Fragen – die Grundnorm, das doppelte Rechtsantlitz, die Stufenbautheorie, die Lehre von der juristischen Revolution – erarbeitete die „Wiener Schule“ zwischen 1913 und 1918, just während das Reich, auf dessen Grundlage diese Innovationen entstanden, in Trümmer fiel.

II. Kelsen zwischen Monarchie und Republik Umgestaltung Österreich-Ungarns – Umgang mit der legistischen Erbmasse der Monarchie – Anschlussfrage

Knausert *Kelsen* auch in seinem veröffentlichten Werk mit Angaben zu jenen wissenschaftlichen und außerwissenschaftlichen Voraussetzungen, die seinen intellektuellen Werdegang prägten, so lässt *Thomas Olechowskis* meisterhafte *Kelsen*-Biographie diesbezüglich kaum Wünsche offen: Als Mitarbeiter im Sekretariat der Kaiserjubiläumsausstellung von 1908, des k.k. Handelsmuseums im Palais Festetics und als Dozent, der an der Universität Wien als Assistent des damaligen Sektionschefs und späteren Ministerpräsidenten *Ernst von Seidler-Feuchtenegg* über den österreichisch-ungarischen Ausgleich sowie über das Verfassungs- und Verwaltungsrecht der Balkanstaaten las und die sechsstündige Hauptvorlesung „Allgemeines und österreichisches Staatsrecht“ hielt, kannte *Kelsen* den Habsburgerstaat wie seine Westentasche.⁴¹⁾ Als maßgeblicher Karrierebeschleuniger sollte sich für *Kelsen* freilich der I. Weltkrieg erweisen.

Rasch avancierte der nach einer Lungenentzündung „superarbitrierte“ Nachschuboffizier *Kelsen* über einige Zwischenetappen im Kriegsfürsorgeamt, beim Divisionsgericht und in der Justizabteilung des k.u.k. Kriegsministeriums zum persönlichen Berater des Ministers *Rudolf von Stöger-Steiner*, was sich bald bezahlt machte: Gerade das Kriegsministerium der Monarchie, in seiner Machtfülle Nutznießer der Suspendierung des Rechtsstaats, dem *Kelsen* das Wort redete, erwies sich als sein wichtigstes Karriere-Sprungbrett. Der Kriegsminister ebnete *Kelsen* den Weg zur ersehnten außerordentlichen Professur an der Universität, deren „antisemitischen Sperrwall“⁴²⁾ er als Protegé *Stöger-Steiners* plötzlich durchbrechen konnte. Noch im Oktober 1918 hatte *Kelsen* als *Mitarbeiter Stöger-Steiners* eine Reihe von Vorschlägen zur Umgestaltung der Monarchie in einen „freiwilligen“ „zentraleuropäischen Völkerbund“⁴³⁾ ausgearbeitet: Durch die Zerschlagung der historischen Kronländer sollte, wie *Kelsen*

⁴¹⁾ *Kelsen*, Autobiographie 47; *Olechowski*, *Kelsen* 119–123 u. 144–147.

⁴²⁾ *Olechowski*, Bundesverfassung 30; *Olechowski*, *Kelsen* 203–208.

⁴³⁾ „Die ökonomischen und politischen Faktoren, die bisher die Existenz der Monarchie im Herzen Europas notwendig gemacht hatten, würden vielleicht stark genug sein, sie als einen zentraleuropäischen Völkerbund am Leben zu erhalten. Dies könne

in Anlehnung an das Schlagwort des Brünner Nationalitätenprogramms der Sozialdemokratie von 1899 formulierte, ein „Nationalitätenbundesstaat“ mit allgemeinem Wahlrecht und „weitestgehendem Schutz“ der entstehenden Minderheiten entstehen, „der rechtstechnisch überhaupt noch durchführbar“ war.⁴⁴⁾ Während das Schicksal des Reichs am seidenen Faden hing, schrieb *Kelsen* später bitter, wäre immerhin eine nach seinen Vorstellungen einzurichtende Liquidationskommission möglich gewesen, um „den österreich-ungarischen Staatenblock im Zentrum Europas, und damit das europäische Gleichgewicht zu erhalten.“⁴⁵⁾ Daraus ist bekanntlich nichts geworden, aber *Kelsens* verzweigte staats- und völkerrechtliche Gutachtertätigkeit in der Zwischenkriegszeit, etwa für den Freistaat Fiume und die Tschechoslowakei, führt anschaulich vor Augen, dass die Nachfolgestaaten der Monarchie Miniaturausgaben des untergegangenen Staatsgebildes waren, dessen komplexen, vielsprachig-multireligiösen Aufbau und dessen Rechtsinstrumente sie erbten.⁴⁶⁾

Bei der Überleitung von der Monarchie zur Republik war *Kelsen* in zweierlei Hinsicht federführend: Zum einen avancierte der im sozialdemokratischen Milieu der Monarchie vorzüglich vernetzte *Kelsen* als Vertrauensmann *Karl Renners* zum „spiritus rector“ bei der Ausarbeitung des neuen österreichischen Bundesverfassungsgesetzes.⁴⁷⁾ Zugleich erlaubte *Kelsens* und *Merkl*s für die junge Republik „überlebenswichtige und höchst willkommene Lehre“⁴⁸⁾ von

nicht durch Zwang, sondern nur auf Grundlage eines freiwilligen Entschlusses der Nationalitäten geschehen“, *Kelsen*, Autobiographie 50. Wertvolle Wochen verstrichen ungenutzt, während der Kaiser sich unter Umgehung des Ministerpräsidenten *Max von Hussarek* deutschnationale Flausen ins Ohr setzen ließ (durch den Abgeordneten *Oskar Teuffel*, vermittelt durch Ackerbauminister Freiherr *Ernst Emanuel v. Silva-Tarouca*, ausgearbeitet wurde das Konzept von Sektionschef *Johann A. Eichhoff* im Innenministerium), was im gescheiterten „Völkermanifest“ mündete.

⁴⁴⁾ *Schmetterer*, Überlegungen 6. Als Kompensationsobjekt schlug *Kelsen* das Küstenland vor: Es sollte dem zu schaffenden deutsch-österreichischen Gliedstaat zugeschlagen werden, falls die Einverleibung der deutschsprachigen Gebiete Böhmens in denselben fehlschläge. Dem tschechischen Gliedstaat wiederum sollte die Angliederung der Slowakei den Verlust der deutschsprachigen Teile Böhmens versüßen. Ungarn wiederum würde ein südslawisches Königreich Illyrien unter seiner Oberhoheit über den Verlust Oberungarns hinwegtrösten. Vgl. *Olechowski*, *Kelsen* 215–216: Auch das neu wiedererstandene Polen sollte sich der Personal- und Wirtschaftsunion mit dem erstarkten Habsburgerreich nicht verschließen können.

⁴⁵⁾ *Kelsen*, Autobiographie 52.

⁴⁶⁾ Dazu hervorragend *Egry*, *Transitions u. Slapnicka*, Recht; *Kelsens* Gutachten kreisten um Fragen der völkerrechtlichen Option, der Verfassungsgebung und legitimen Staatsgründung, *Wedrac*, Fiume (*Kelsens* Verfassungsentwurf für *D'Annunzios* Widersacher *Riccardo Zanella*); *Olechowski*, *Založení* (zu *Kelsens* Gutachten von 1927 über Entschädigungsansprüche nach Trianon für Ungarn optiert habender Staatsbürger, die zum Zeitpunkt der Gründung der Tschechoslowakei auf deren Territorium lebten); *Tauchen*, Ermächtigungsgesetzgebung; *Kuklík / Němeček*, Czecho-Slovakia.

⁴⁷⁾ *Jabloner / Olechowski / Zeleny*, Verfassungsentwicklung. Zu *Kelsen* als Kompromissmanager im Unterausschuss des Verfassungsausschusses der Provisorischen Nationalversammlung hervorragend *Jabloner*, Verfassungslegistik.

⁴⁸⁾ *Olechowski*, *Kelsen* 230.

der juristischen Revolution der junge Republik, abzustreiten, dass sie Rechtsnachfolger jenes Habsburgerstaats war, von dem sie den Löwenanteil ihrer Gesetzgebung übernahm⁴⁹): Selbstverständlich schien die Beseitigung des Monarchen, der Gesetzgebung über den Ausnahmezustand, das kaiserliche Notverordnungsrecht (Art 18 B-VG) und die doppelte, landesfürstliche und autonome Verwaltung auf Landesebene.⁵⁰)

Darüber hinaus bekundete *Kelsen* aber freimütig, im Zuge der Ausarbeitung des B-VG „alles Brauchbare aus der bisherigen Verfassung“⁵¹) beibehalten zu haben. Das betraf die Wahlordnung und das Gesetzgebungsverfahren ebenso wie die Ministerverantwortlichkeit, die Staatshaftung und territoriale Gliederung in Länder und Gemeinden, die Gerichtsorganisation, den Aufbau der Verwaltungsbehörden und die Trennung von Verwaltung und Justiz. Der Monarchie verdankte die junge Republik auch die Ausgestaltung der Zivil- und Strafrechtsgerichtsbarkeit, die Verwaltungsgerichtsbarkeit und die Staatsgerichtsbarkeit des Verfassungsgerichts sowie ganz zentrale Leitlinien: das Legalitätsprinzip, die Grund- und Freiheitsrechte und das Rechtsstaatsprinzip.⁵²) Dementsprechend darf es nicht überraschen, dass *Kelsens* Werturteile über die habsburgische Verfassungsordnung durchaus anerkennend lauten, wenn es um den Grundrechtskatalog der Dezemberverfassung („nicht das schlechteste Produkt des Liberalismus d. 19. Jhdts.“⁵³) geht, der ja in der Republik gültig blieb, oder wenn *Kelsen* festhält, dass sich die Verfassung von 1867 darin positiv vom Vertrag von Saint-Germain unterscheidet, dass sie keine Staatssprache vorsah.⁵⁴) Auf tieferliegende Schichten der habsburgischen Verfassungsgeschichte verweist *Kelsen*, wenn er auf „allerdings unbeabsichtigte“ Ähnlichkeiten zwischen dem Kremsierer Entwurf von 1849 und dem B-VG aufmerksam machte, wobei er die Teilung der „Gesetzgebung und in gewissem Sinne auch die Vollziehung zwischen dem Reich und den das Reich bildenden Ländern“ und das Modell des Reichsgerichts anführte.⁵⁵)

Für *Kelsens* Werk und seine Wirkmacht ist schließlich ein weiteres Erbstück aus der Monarchie relevant, mit dem sich die Erste Republik auseinandersetzen musste, weil es ihre Wissenschaftslandschaft und ihre politische Handlungsspielräume formte: das Verhältnis zum Deutschen Reich, dem die kleine Republik (Deutsch-)Österreich sich ja gleich zu Beginn angliedern wollte. Abseits der rabiat nationalistischen, häufig antisemitischen Deutschtümelei, die schon in der Monarchie das Klima an den Universitäten vergiftete, bewährte

⁴⁹) Beschluß der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich vom 30. 10. 1918 über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt, StGBI 1, 30. 10. 1918, § 16; *Schmetterer*, Ústava.

⁵⁰) *Kelsen*, Staatsrecht 89; *Kohl*, Doppelgleisigkeit.

⁵¹) *Kelsen*, Staatsrecht 161.

⁵²) *Kelsen*, Staatsrecht 74ff., 81f. Selbst Artikel 7 des Staatsgesetzes über die richterliche Gewalt von 1867, demzufolge Gerichten die Prüfung der Gültigkeit kundgemachter Gesetze nicht zustand, fand Eingang in Art 89 Abs 1 B-VG, wird jetzt allerdings durch die Kompetenz des *Kelsen'schen* VfGH (Art 139 und 140 Abs 3 B-VG) überwölbt.

⁵³) *Kelsen*, Autobiographie 68.

⁵⁴) *Kelsen*, Staatsrecht 63.

⁵⁵) *Kelsen*, Staatsrecht 3, 4–5.

sich Deutschland für sehr unterschiedliche Gruppierungen als Projektionsfläche.⁵⁶⁾ Auch *Kelsen* und viele Mitglieder seines Kreises betrieben nach 1918 – wie es damals auch unter der sozialdemokratischen Intelligenz Österreichs rund um *Karl Renner* und *Otto Bauer* ganz selbstverständlich war – offensiv Österreichs Anschluss an Deutschland⁵⁷⁾: Allerdings schwingt hier fast immer das Motiv der Selbstbehauptung mit, in dem Sinne nämlich, dass es bei einer Angliederung österreichische Errungenschaften im Bereich der Verfassung, auf die Weimarer Republik zu übertragen gelte.⁵⁸⁾ Die vielschichtigen politischen Referenzebenen, die sich mit dem Hoffnungsträger Deutschland verbanden, werden klar, wenn *Merkel* 1930 den antisemitischen Österreichern schadenfroh vorrechnet, dass die Universität Köln – in einer der „deuthesten Städte“ – eben anders als die Wiener wisse, was sie an dem deutschen Gelehrten *Kelsen* habe, als dieser auf seinen Kölner Lehrstuhl wechselte.⁵⁹⁾

⁵⁶⁾ *Fritz / Rossolinski-Liebe / Starek*, Alma mater; anschaulich *Kriechbaumer*, Große Erzählungen 120–127, 160–169, 424–493.

⁵⁷⁾ Vgl. *Kelsen*, Anschlussfrage (Österreich als „ein willkürlicher Fetzen Landes“) und *Pfersmann*, Colonialisme. *Otto Pfersmann* danke ich herzlich für die Überlassung seines Manuskripts.

⁵⁸⁾ Österreichs „radikaler Parlamentarismus“ unterschied sich ja markant von der Weimarer Verfassung, die den Reichspräsidenten mit quasimonarchischen Vollmachten ausstattete, gleiches gilt für die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit. vgl. die Entwürfe *Kelsens* zum B-VG, wobei Entwurf Nr. V sich an das Vorbild der Weimarer Reichsverfassung anlehnte, *Schmitz*, Vorentwürfe 53ff.; *Kelsen*, Österreichisches Staatsrecht 238, über den „Vernunft und Sittlichkeit“ hohnsprechenden Verlauf der jüngeren Geschichte, garniert mit den Versen aus *Conrad Ferdinand Meyers* „Huttens letzte Tage“ von 1872: „Geduld, es kommt die Zeit, da wird gespannt/ Ein enig Zelt ob allem deutschen Land“. *Kelsen*, Durchführung 352, vernimmt die „Zukunftsmusik“, deren „Grundakkord“ heute „als leiser Klang aus unbekanntem Fernen zu uns“ herüber töne und als „Zusammenklang der Stimmen aller deutschen Stämme“ einst „gewaltig durch die Welt brausen“ möge; *Merkel*, Verfassungsreform 35: „Die Verwandtschaft zwischen dem Deutschen Reiche und Österreich tritt – namentlich für den sachverständigen ausländischen Beurteiler – auf keinem Rechtsgebiete so sinnfällig in Erscheinung wie in der Verfassungen der beiden Nachbarstaaten, in die das deutsche Volk durch eine geschichtlich sinnlos gewordene Grenze noch geschieden ist. Von den drei unverkennbaren Vorbildern der in der Hauptsache heute noch geltenden österreichischen Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920, nämlich der altösterreichischen Verfassung vom 21. Dezember 1867, die mit ihrem Dualismus von Reich und gesetzgebungsberechtigten Ländern schon unverkennbar bundesstaatliche Züge aufgewiesen hatte, sodann der schweizerischen und nicht zuletzt der deutschen Reichsverfassung, hatte doch wohl die letzte am stärksten auf die österreichische Verfassung eingewirkt; im Übrigen hat diese, namentlich mit der überaus originellen und auch außerhalb unserer Staatsgrenzen schon viel bemerkten Gestaltung der Verfassungsgarantien, insbesondere der Verfassungsgerichtsbarkeit, neue Rechtsgedanken verwirklicht.“ Zum Anschmiegen an das Reich *Merkel*, Verfassungsreform 36: „Drohte anfänglich die Verfassungsreform den Rahmen der Normativbestimmungen, die der Art. 17 der deutschen Reichsverfassung den Verfassungen der deutschen Länder gesetzt hatte, zu sprengen, so wird das Reformgesetz diesen Rahmenbestimmungen, die aus nationalpolitischen Gründen auch für jede Verfassung Österreichs oberste Richtschnur sein müssen, in jedem Punkte gerecht.“

⁵⁹⁾ *Merkel*, *Kelsen*, 363: „In wenigen Tagen verläßt *Hans Kelsen* Österreich, um seine Lehrtätigkeit an der Universität Köln aufzunehmen. Nicht mit fliegenden Fahnen

Merks Abschiedsbrief verweist darauf, dass Deutschland für die Juristen der Ersten Republik in einem ganz fundamentalen Sinn der primäre Referenzhorizont blieb: Wie schon in der Monarchie waren sie in die größere deutschsprachige Wissenschaftslandschaft eingebettet. Hier hatte die seit den *Thun-Hohenstein'schen* Universitätsreformen in den 1850er Jahren verankerte Ausbildung angehender österreichischer Juristen in den Fächern „Deutsche Reichs- und Rechtsgeschichte“ sowie im „Gemeinen Deutschen Privatrecht“ ganze Arbeit geleistet.⁶⁰⁾ Stipendien führten den österreichischen Nachwuchs an Universitäten im Deutschen Reich, hier winkten Karrierechancen, hier wurden die Zentralorgane der Zunft herausgegeben. Die durch die *Thun-Hohenstein'sche* Umgestaltung der habsburgischen Rechtskultur herbeigeführte, nach 1918 weiterhin bestehende inhaltliche und praktische Verzahnung mit der deutschen Staatsrechtslehre machte es möglich, dass die in meinem Beitrag eingangs besprochenen wissenschaftlich-politischen Gegensätze überhaupt entstehen und – in gemeinsamen Zeitschriften und auf Fachtagungen – ausgetragen werden konnten: Ohne die gemeinschaftliche intellektuelle Sozialisierung der Juristen in der Donaumonarchie und im wilhelminischen Deutschland mit ihren geteilten Referenzpunkten – ich nenne nur die Werke von *Jhering, Gerber, Laband, Jellinek*, aber auch rezenter von *Bülow, Bierling, Haenel* und der Freirechtsschule⁶¹⁾ – hätte keine fruchtbare Debatte stattfinden können, wären auch die markanten Unterschiede zwischen den Gegebenheiten im Deutschen Reichs und in der Habsburgermonarchie nicht so produktiv zu Tage getreten und ausgefochten worden. Diese Divergenzen prägten die Eigenentwicklung der österreichischen Verfassungsschöpfung und Rechtstheorie, die wiederum im Rahmen des nach 1918 fortgeführten gemeinsamen Gesprächszusammenhangs in Gestalt des „Methodenstreits“ sichtbar wurde. So waren *Kelsen* Aufmerksamkeit und Wi-

folgt *Kelsen* dem stimmeneinhelligen Vorschlag der Rechtsfakultät einer der deutschesten Städte, der sein Deutschtum außer jedem Zweifel stand, dem ehrenden Rufe der Unterrichtsverwaltung des größten deutschen Landes, die für den wissenschaftlichen Rang des großen österreichischen Juristen ein besseres Verständnis fand als die maßgebenden offiziellen und politischen Kreise seiner Heimat.“ Vgl. auch *Kelsens* Brief an *Renato Treves* v. 3. 8. 1933 in dem er von seiner Lehre als der deutschesten Rechtsphilosophie seit Kant spricht, was er der antisemitischen Schmähkampagne gegen seine angeblich „undeutsche“ Theorie entgegenhält, *Paulson* (Hrsg), Normativity 172.

⁶⁰⁾ Zum Kontext *Lentze*, Germanistische Fächer; *Brauneder*, Formen; *Wiederin*, Vereinigung 245–246 (Vereinigung als „Vorgriff auf Reichs- und Rechtseinheit“) u. 267–269. Vgl. *Joseph Roths* Bemerkung aus der Pariser Tageszeitung v. 11. 3. 1939 über die „konstitutionelle Bedingtheit“ des Anschluss-suchenden Deutsch-Österreich, „die sich aus den Irrtümern der alten Monarchie noch herleitet und die in der Hauptsache darin bestanden hat, innerhalb eines großen Reiches von sechzehn Nationen die deutschsprachigen Österreicher als eine Art von dominierendem ‚Staatsvolk‘ gelten zu lassen. Großdeutsche Professoren wilhelminischer Gesinnung, und beinahe auch wilhelminischen Aussehens, hielten die wichtigsten Lehrstühle der österreichischen Hochschulen besetzt und lehrten dort den Made-in-Germany-Hochmut.“ Zit. n. *Csáky*, Gedächtnis 348.

⁶¹⁾ Vgl. luzide *Paulson* Konstruktivismus. Die oben Letztgenannten führt *Merkl* – neben *Verdroß, Kelsen, Sandner* und *Richard Thomas* – als Impulsgeber für die Stufenbaulehre an, *Merkl*, Rechtskraft 182ff.

derspruch sicher, wenn er auf den Tagungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer mit seinen pointierten Wortmeldungen zur Einheit des Rechtssystems, der Stufenbaulehre, zur Verfassungsgerichtsbarkeit und zur Gleichrangigkeit von Bundes- und Landesrecht ins Wespennest stach.⁶²⁾

Schließlich erwies sich Zugehörigkeit zu dieser deutschsprachigen Wissenschaftsszene für *Kelsen* und seine rechtstheoretische Schule in einer Hinsicht als Glücksfall: *Kelsen* publizierte in einer damals global anerkannten, breit rezipierten Wissenschaftssprache, was seiner Weltwirkung sehr zustatten kam. Weil die internationale Juristenzunft gut mit dem Diskussionsstand und mit den heißen Eisen der deutschen Staatsrechtswissenschaft vertraut war, konnte sie seismographisch auf *Kelsens* Konzepte reagieren, deren Innovations- und Provokationswert sie erkannte.

III. Spricht die „Reine Rechtslehre“ habsburgisch?⁶³⁾

Die habsburgischen Bedingungen des *Kelsen'schen* Oeuvres im Sinne des „genius loci“ – die Entzauberung des Staats, der als Rechtsordnung begreifbar wird – habe ich schon dargelegt, die langfristige rechtswissenschaftliche und rechtspolitische Wirkmacht der untergegangenen Monarchie bleibt aber noch zu untersuchen. Um diese Spurensicherung vorzunehmen, muss man Legistik und Rechtstheorie genauer unter die Lupe nehmen. Das setzt voraus, dass man die Selbststilisierung des schnörkellos universalen, apolitischen, antimonarchischen und antiteleologischen Projekts *Kelsens* nicht für bare Münze nimmt,⁶⁴⁾ führt also zu einer gewissen Verunreinigung der Reinen Rechtslehre, die sich aber als anregend und lehrreich erweisen kann. Die Abnabelung der legistisch von *Kel-*

⁶²⁾ Zu den Konfliktherden konzise *Olechowski*, Staatsrechtslehrervereinigung.

⁶³⁾ Ich spiele hier auf ein Aperçu *Robert Walters* an, der unüberbrückbare Verständigungsschwierigkeiten ins Treffen führte, als er am 21. 12. 1983 brieflich seinen Austritt aus der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer mitteilte: *Walter* mutmaßte, „daß es vielleicht (obgleich alle Deutsch sprechen) die Verschiedenheit der Sprache ist, die die Kluft so tief erscheinen läßt. Es ist aber unmöglich geworden, durch eingehende Lektüre aller wesentlichen Schriften im gesamten deutschen Sprachraum sich alle diese verschiedenen Sprachen anzueignen, um einerseits zu verstehen und andererseits verstanden zu werden.“ *Robert Walter* an *Peter Lerche*, 21. 12. 1983, zit. n. *Wiederin*, Vereinigung 251 Fn. 23. Schon 1929, anlässlich der Wiener Aussprache der Vereinigung über die Verfassungsgerichtsbarkeit, stellte *Heinrich Triepel* fest, dass er und *Kelsen* „mit verschiedenen Zungen“ redeten, *Korioth*, Diskurs 30 Fn. 5.

⁶⁴⁾ *Kelsen*, RR¹ (St.-Ausg. *Jestaedt*) 205–206: „Betrachtet man [das Recht] im Verhältnis zu einer ‚höheren‘ Ordnung, die den Anspruch erhebt, das ‚ideale‘, das ‚richtige‘ Recht zu sein, und fordert, daß das positive Recht ihr entsprechen solle, etwa im Verhältnis zum Naturrecht oder einer – sonstwie gedachten – Gerechtigkeit, dann stellt sich das positive, das heißt von menschlichen Akten gesetzte, das geltende, im großen und ganzen angewendete und befolgte Recht als das ‚wirkliche‘ Recht dar, und dann muß eine Theorie des positiven Rechts, die dieses mit einem Naturrecht oder sonst einer Gerechtigkeit vermengt in der Absicht, jenes zu rechtfertigen oder zu disqualifizieren, als ideologisch [...] abgelehnt werden. In diesem Sinne hat die Reine Rechtslehre eine ausgesprochen anti-ideologische Tendenz.“

sen ausgestalteten Republik von der Monarchie führte auch zu einer überscharfen, mitunter zäsurideologischen Abgrenzung von der Rechtswissenschaft, die vor 1918 gepflegt worden war.⁶⁵⁾ In seinen Streitschriften unterstellte der polemisch begabte, schlagfertige Schöpfer der Reinen Rechtslehre, dass jede aus seiner Sicht „metaphysische“ Wissenschaft als Steigbügelhalter der Monarchie oder Wegbereiter diktatorisch-autoritärer Systeme fungierte.⁶⁶⁾ Zugleich betonte *Kelsen* die Symbiose der republikanischen Staatsform mit der von ihm entworfenen antimetaphysischen Rechtswissenschaft: So wurden personelle, ideologische und interpretationstechnische Kontinuitätslinien kaschiert, die ins Zeitalter der konstitutionellen Monarchie zurückreichten. Auf diese Weise geriet ein fundamentaler Sachverhalt in Vergessenheit: Der Habsburgerstaat gab *Kelsen* offene Fragen auf und spornte ihn zu Lösungskonzepten an, die ihn in seinem Lebenswerk nicht mehr losließen.⁶⁷⁾ Das betraf die spezifischen Ausprägungen der Züge jener Rechtsordnung, die ihm typenbildend und abstrahierend vorschwebte. Ich möchte hier auf sieben Aspekte hinweisen:

Erstens stellt die Staatsauffassung *Kelsens* gewissermaßen ein „hölzernes Eisen“ dar: Zweifellos ist *Kelsens* Staats-Idealtyp ein parlamentarischer Staat, bei dem die Suprematie des Parlaments sich aber aus seiner Qualität als Normschöpfer, nicht etwa als Gefäß, Träger oder Organ der Volkssouveränität speist: So wird ein aus dem kaiserzeitlichen Abwehrdiskurs gegen den Monarchen als alleiniger Gesetzgeber gewonnenes Konzept in einen von „Fiktionen“⁶⁸⁾ (Volk,

⁶⁵⁾ *Merkl*, Befangenheit 12: „Das was Untersuchungen über die Monarchie bemängelt wurde, sollte freilich für die Republik ein Memento sein, der höchsten Forderung strenger Wissenschaftlichkeit vor allem zu gedenken.“ Vgl. *Merkl*, [Selbstdarstellung], 144: „Es war ein anfängliches Mißverständnis der allgemeinen Rechtslehre, dem auch ich zunächst verfallen war, diese Erkenntnismethode als bloße Formenlehre und als Verzicht auf die Erkenntnis von Rechtsinhalten zu verstehen. Form und Inhalt zusammen machen aber den einzelnen Rechtssatz so wie das Rechtsganze aus.“ Zur Rechtsanwendungslehre, die durchaus nur bedingt rational begründbare Wertvorstellungen anerkennt, ja – die Rechtsinterpretation aufwertend – versucht, den Rahmen der Rechtskonkretisierung abzustecken und mit dem Fehlerkalkül bzw. der Alternativermächtigung gerade bei vorliegender Rechtserzeugungswidrigkeit schlagend werdende Rechtsfolgen fassbar zu machen vgl. *Dreier*, Preis; *Techet*, Tätigkeit. Zu *Kelsens* systematisch-teleologischem Zugang als Verfassungsrichter im Dienst der jungen Republik vgl. *Wiederin*, Praktiker.

⁶⁶⁾ Vgl. die Polemik gegen *Rudolf Smend* bei *Korioth*, Diskurs 41–42.

⁶⁷⁾ *Wheatley*, Life 220 stellt fest: „[A] theory developed to tame the legal chaos of Habsburg sovereignty was retooled to tame the legal chaos of state birth that followed in its wake.“ Während *Kelsen* selbst im Kriegsministerium mit der Reform der Monarchie befasst war (vgl. oben Abschnitt II), arbeiteten seine Schüler *Adolf J. Merkl* und *Leonidas Pitamic* im „staatsrechtlichen Departement“ des k.k. Ministerpräsidenten, wobei *Pitamic* in den letzten Tagen der Monarchie von Amtswegen „Untersuchungen über das Wesen und die wichtigsten Merkmale des Staatenbundes“ betrieb, vgl. *Olechowski*, *Kelsen* 218; *Merkl*, der zuvor im staatsrechtlichen Departement mit den Vorbereitungen für den Friedensschluss von Brest-Litowsk betraut gewesen war, wurde per Dienstanweisung seiner eigenen Behörde verpflichtet, sich am 2. 11. 1918 beim designierten Kanzler der neuen Republik zum Dienst zu melden, *Merkl*, Selbstdarstellung 128.

⁶⁸⁾ *Dreier*, Preis; *Öhlinger*, Stufenbau 34.

Volkssouveränität, Repräsentation) gesäuberten, „reinen“ Begriff umgemünzt.⁶⁹⁾

Zweitens lässt sich die Konstruktion der Grundnorm als Surrogat für den Monarchen aus dem 1913 eskalierten Kompetenzkonflikt in Böhmen deuten: Damals kam anlässlich der Suspendierung der böhmischen Landesverfassung durch ein kaiserliches Patent die Gleichrangigkeit von Reichs- und Landesgesetzen mit dem Kaiser als Scharnierfigur aufs Tapet.⁷⁰⁾ Wie *Kelsen* in seinem brillanten Beitrag über „Reichsgesetz und Landesgesetz“ von 1914 feststellte, lag der Präferenz, ob man als Zurechnungsendpunkt die Dezemberverfassung oder die nie formell aufgehobenen, einen Anhang zum Februarpatent bildenden Landesordnungen zugrunde legte, letztlich eine politische Entscheidung zugrunde.⁷¹⁾ Das unklare Derogationsverhältnis zwischen zwei verkoppelten Normsystemen – sei es innerhalb von Cis-, sei es zwischen Cis- und Transleithanien – legte, wie die einschlägigen Arbeiten *Kelsens* und *Alfred Verdross'* zeigen, den Sprung ins Völkerrecht nahe.⁷²⁾

Drittens wurde bei *Kelsen* und seinen Schülern der binnenhabsburgische „Monismus“, der das dualistische Österreich-Ungarn überdachte, sowohl in die Weltrechtsordnung als auch in die „Drei Kreise-Theorie“⁷³⁾ des Bundesstaatsaufbaus nach 1918 umgestülpt: Bei *Verdross* und *Kelsen* bildet die Verarbeitung der Trias pragmatischer, dualistischer und separater Angelegenheiten den Ausgangspunkt für kreative Lösungsvorschläge.⁷⁴⁾

⁶⁹⁾ Ein bürokratisch organisiertes, josephinisches Berufsbeamtentum sorgt für die Vollziehung des parlamentarisch geformten Volkswillens unter strenger Einhaltung des Legalitätsprinzips vgl. *Kelsen*, Gesetz 239–240; *Wielinger*, Zusammenhang.

⁷⁰⁾ *Kazbunda*, Otázka.

⁷¹⁾ *Kelsen*, Reichsgesetz 371, 385–386, 399, 408: „Es ist stets eine metajuristische, im Grunde eine politische Frage, welche Norm man derart als letzte oder oberste ansehen will, daß man auf eine weitere juristische Rechtfertigung ihrer Geltung verzichtet. Irgendwo muß jede juristische Betrachtung auf einen solchen letzten Punkt stoßen, auf dem das ganze System der juristischen Konstruktion ruht, gleichsam von außen her gestützt.“ *Kelsen*, Verwaltungskommission 111; aus Mach'scher Perspektive (lex parsimoniae) *Pitamic*, Denkökonomische; rekapitulierend *ders.*, *Smeri* 257–258, Fn. 4. Noch *Jellinek* hatte einen Willenswiderspruch zwischen dem Kaiser in seiner Organfunktion im Reich und im Kronland für undenkbar erklärt, Verfassungsgerichtshof, 31; *Kleczyński*, Landesvertretung 582; *Wiederin*, Bundesrecht 57–69.

⁷²⁾ *Kelsen*, Reichsgesetz 375 („paktierte Gesetze“); *Verdross*, Neuordnung 134. Zur Aufstufung des binnenhabsburgischen Problems ins Völkerrecht *Kelsen*, Selbstdarstellung 23: „Die hier [i.e. in *Kelsens* „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts,“ FLF] angestellten Untersuchungen über das mögliche Verhältnis zwischen zwei Normsystemen – dieses Problem hatte ich schon in meiner im Jahre 1914 erschienenen Abhandlung ‚Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung‘ behandelt – brachten mir die wichtige Erkenntnis von der notwendigen systematischen Einheit aller als positives Recht als gültig vorausgesetzten Normen.“

⁷³⁾ *Kelsen*, Bundexekution; *Wiederin*, Bundesrecht 12–27.

⁷⁴⁾ *Verdross*, Neuordnung 135–137 („Selbstbindung beider Legislativen“); *Kelsen*, Wehrmacht (Drei Kreise-Theorie in nuce, vgl. *Jabloner*, *Austriaca* 16).

Viertens stellt die Ausgestaltung des österreichische Verfassungsgerichtshofs, von *Kelsens* „liebstem Kind,“⁷⁵⁾ auch eine Art Schadensabwicklung dar, die ihre Lehren aus den Konstruktionsmängeln des Reichsgerichts als Kompetenz- und Grundrechtsgerichtshof zieht⁷⁶⁾: Die dem VfGH verliehene Kompetenz repressiv-kassatorischer Normenkontrolle ist sowohl eine Antwort auf das mangelnde Normprüfungs- und Kassationsrecht des Reichsgerichts als auch auf das Kompetenzzwirrwarr im Wechselspiel von Reich und Ländern, das die junge Republik erbt und erst einer rechtstechnisch sauberen, verfahrensmäßig praktikablen Lösung zuführen musste.⁷⁷⁾ Zudem übertrug *Kelsen* das in der Monarchie erfolgreich ausgeübte Kassationsrecht des 1875 geschaffenen k.k. Verwaltungsgerichtshofs auf die Verfassungsgerichtsbarkeit und modellierte auch die Gesetzesprüfung nach dem Muster der Verordnungsprüfung.⁷⁸⁾ Die Schlüssel-funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Reich bzw. Republik und Ländern legte auch hier wieder den Brückenschlag zum Weltrecht, zum Primat des Völkerrechts mit zentralen, arbeitsteilig funktionierenden Rechtsschutzorganen, nahe.⁷⁹⁾

Fünftens findet sich die Rahmentheorie der Reinen Rechtslehre, welche die rechtserzeugende Funktion der Vollziehung betont, in der Debatte um die richterliche Prüferlaubnis der kaiserlichen Notverordnungen gemäß § 14 Staats-

⁷⁵⁾ *Wiederin*, Praktiker 86, Fn. 21.

⁷⁶⁾ Vgl. Fn. 52 oben; *Jaques*, Wahlprüfungsgerichtshof, plädierte für repressive Normkontrolle; *Jellinek*, Verfassungsgerichtshof 218, für eine präventivkassatorische Kompetenz der Gerichte im Gesetzgebungsprozess, nicht für ein Prüfungsrecht bereits kundgemachter Gesetze. Die Gerichte besaßen allerdings neben dem Prüfungsrecht von Verordnungen jenes der gehörigen Kundmachung und Sanktionierung von Gesetzen, *Pražak*, Prüfungsrecht 10–11.

⁷⁷⁾ Vgl. *Kelsen*, Staatsgerichtsbarkeit 81 u. *Kelsen*, Staatsrecht 97–102 (Republik als postulierter Einheitsstaat versus Beitrittserklärungen der sich als souverän stilisierenden Landesversammlungen). Vgl. Beilagen, 3: Das ursprüngliche, von *Kelsen* ausgearbeitete und am 30. 1. 1919 verabschiedete Verfassungsgerichtshofgesetz stand im Zeichen der Beibehaltung bewährter Institutionen aus der Monarchie, die Kompetenzen des Reichsgerichts wurden nicht angetastet. *Karl Renner* nahm zunächst für seine Staatsregierung das Recht des Monarchen, die Landesgesetze zu prüfen und zu sanktionieren, in Anspruch (*Kelsen*, Staatsrecht 124; Vorarlbergs Landeshauptmann *Otto Ender* nannte Renner folgerichtig „imperator redivivus“, *Wiederin*, Praktiker 88). Dieser Überlegung und der angestrebten Konformität mit der Weimarer Reichsverfassung entsprach *Kelsens* anfängliche Beschränkung des richterlichen Prüfungsrechts auf die Bundesrechtskonformität der Landesgesetze (auf Antrag der Staatskanzlei), was aber am Widerstand der Länder scheiterte und schließlich zugunsten des symmetrischen, Bundes- und Landesgesetze umfassenden Prüfungsrechts des VfGH aufgegeben wurde.

⁷⁸⁾ *Wiederin*, Praktiker 90.

⁷⁹⁾ *Kelsen*, Staatsgerichtsbarkeit 84: Die „Aufgaben, die sich einem Verfassungsgerichte im Rahmen eines Bundesstaates bieten, lassen besonders deutlich die Verwandtschaft hervortreten, die zwischen der Verfassungsgerichtsbarkeit und einer zwischenstaatlichen, die Wahrung des Völkerrechts dienenden Gerichtsbarkeit [...] besteht, um deren Garantien es sich handelt. Und so wie die eine den Krieg zwischen den Völkern überflüssig machen will, bewährt sich die andere – in ihrem letzten Sinne – innerhalb des Einzelstaats als eine Garantie des politischen Friedens.“

grundgesetz über die Reichsvertretung angebahnt, wie die zwischen *Alfred Verdross* und *Adolf J. Merkl* in den Jahren 1915 und 1916 ausgetragene Kontroverse belegt.⁸⁰⁾

Sechstens lässt sich auch der panazehaft wirkende Stufenbau der Rechtsordnung von *Kelsens* kongenialem Schüler *Adolf J. Merkl* aus der turbulenten Schlussphase der Monarchie herleiten. *Merkl*s Stufenbaulehre war nicht nur insofern von fundamentaler Bedeutung, als sie es der Wiener Schule erlaubte, gewaltenteilige und monokoratische Staatskonzepte zu überwinden.⁸¹⁾ Die Stufenbaulehre vollendet die Identifikation von Staat und Recht, indem sie alle Rechtstypen, Gesetz und Verordnung, als kreative Formen der Rechtserzeugung erfasst. So wird die Rechtsqualität gesetzesvollziehender Akte begrifflich, zugleich aber der Charakter der Gesetzgebung als Rechtsanwendung bzw. -vollziehung deutlich, womit letztere der richterlichen Kontrolle zugänglich gemacht wird.⁸²⁾ Generell dynamisiert die Stufenbaulehre die in den Hauptproblemen entwickelte, extrem flächige „totale Geometrie“⁸³⁾ des Rechts, indem sie die horizontale Zurechnungskette in eine vertikale Ermächtigungs- und Rechtserzeugungskaskade „kippt“ und die periphere Zurechnung als Haftungsgrund des Subjekts statuiert. Zudem wurde so die offene Frage nach den Grenzen der Rechtsordnung, ob der Zurechnungsendpunkt Teil der Rechtsordnung sei, in ein feinstufiges, nach oben offenes Modell verschoben.⁸⁴⁾

Siebtens und letztens schimmert das habsburgische Erbe auch in *Kelsens* Demokratietheorie durch, nämlich in *Kelsens* funktionalem Begriff des Staatsvolks von Normadressaten, das erst durch die Rechtsordnung konstituiert wird,⁸⁵⁾ und in Gestalt des Umgangs mit der kulturellen Vielfalt, die konkret die

⁸⁰⁾ *Verdross*, Rechtskraft; *Merkl*, Verordnungsgewalt 17 (zur „doppelten Auslegungsmöglichkeit“ mit einem Plädoyer für Entscheidungshoheit der rechtsanwendenden Gerichte, nicht der Rechtslehre), dazu ausgezeichnet *Jablonek*, *Austriaca* 14.

⁸¹⁾ Zur Nebenordnung der „sogenannten Staatsgewalten“ *Merkl*, Prolegomena 1103–1104: „Die Erkenntnis des rechtlichen Stufenbaus löst die durch die Gewaltenteilungstheorie aus politischen Gründen zerrissenen und einander entfremdeten Erscheinungen der einzelnen Staatsgewalten in kontinuierliche Reihen von Staatsfunktionen auf [...]. Die sogenannten Staatsgewalten sind also Sichten des rechtlichen Stufenbaus.“ Zur Stringenzillusion der Stufenbaulehre in der vulgarisierenden Auslegung derselben hervorragend *Öhlinger*, Stufenbau 17 („einfache“ Gesetze als Erzeugungsregeln von Verfassungsgesetzen; nicht rangmäßig differenzierbare, teils gesetzliche, teils verfassungsgesetzliche Rechtsvorschriften als Entstehungsbedingungen für Verordnungen), der festhält: Die „[m]oderne, arbeitsteilige Rechtsordnung“ stelle sich „als ungemein verflochtenes Netzwerk von Delegationen, Rezeptionen und Mandaten dar, nicht aber als geschlossene Stufenpyramide.“

⁸²⁾ *Öhlinger*, Stufenbau 10–11.

⁸³⁾ *Kelsen*, Hauptprobleme 93 („Geometrie der totalen Rechtserscheinung“).

⁸⁴⁾ Zu *Kelsens* Modifikation der Stufenbaulehre *Olechowski*, Rechtslehre 57.

⁸⁵⁾ *Kelsen*, Hauptprobleme 617 („nach hunderten von Richtungen gespalten und durch die tiefsten Gegensätze zerklüftet“) *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (Stud.-Ausg. hg. v. M. Jestaedt) 170: Der Staat als Rechtsgemeinschaft kann „Menschen verschiedener Sprache, Rasse, Religion, Weltanschauung“ und Menschen, „die verschiedenen, einan-

Frage aufwirft, wie viel Heterogenität eine tragfähige demokratische Ordnung verträgt. So sehr sich die junge Republik Österreich als Wurmfortsatz des deutschen Reichs begriff, so rigoros sie v.a. jüdischen, dalmatischen, galizischen und istrischen Staatsangehörigen Cisleithaniens das Bürgerrecht verweigerte – als „national einheitlichen Staat,⁸⁶⁾ wie *Kelsen* das Land 1923 nannte, wird man die Republik angesichts der Mehrsprachigkeit Wiens, Kärntens und des Burgenlands nicht bezeichnen können.⁸⁷⁾ Solche Aussagen *pro domo* liegen quer zu jenen *pro mundo*, in denen *Kelsen* – etwa in seiner schönen Schrift *Vom Wesen und Wert der Demokratie* – den Appell an das „einheitliche Volk“ als Camouflage-technik der herrschenden Klassen zur Durchsetzung ihrer partikularen Interessen entlarvt.⁸⁸⁾ Aber auch hier ist von einer „kulturell relativ homogene[n]“ Gesellschaft als Grundbedingung für die Anwendung des demokratischen Majoritätsprinzips die Rede, „für die gegenseitige Verständigung der an der sozialen Willensbildung“ Beteiligten sei es notwendig, dass diese die „gleiche Sprache“ sprechen.⁸⁹⁾ Damit lässt es *Kelsen* aber nicht bewenden: Um vielsprachige Demokratien praktisch zu organisieren, greift er wieder in die habsburgische Werkzeugkiste. Kulturfragen sollten dem Zentralparlament entzogen und autonomen Vertretungskörpern „nach dem Personalitätsprinzip organisierter nationaler Gemeinschaften“⁹⁰⁾ übertragen werden. Dieser erzzentraleuropäische Gegensatz von Personalitäts- und Territorialitätsprinzip färbt bezeichnenderweise selbst *Kelsens* Parteinahme für das Verhältniswahlrecht: Dem „unnatürlichen Territorialitätsprinzip“ des Mehrheitswahlrechts hält er nämlich das Personalitätsprinzip der zu einem Wahlkörper vereinigten und proportional repräsentierten Wähler einer Partei entgegen.⁹¹⁾

der feindlichen Interessengruppen angehören,“ umfassen: Sie „alle bilden eine Rechtsgemeinschaft, sofern sie ein und derselben Rechtsordnung unterworfen sind, das heißt: sofern ihr gegenseitiges Verhalten von ein und derselben Rechtsordnung geregelt ist.“

⁸⁶⁾ *Kelsen*, Staatsrecht 63 u. 84, Fn. 1, wo *Kelsen* einräumt, dass „in einigen der alten, nunmehr Deutschösterreich bildenden Kronländer“ auch „nichtdeutsche Parteien in den Landtagen“ vertreten waren.

⁸⁷⁾ § 2 Gesetz über das deutschösterreichische Staatsbürgerrecht v. 5. 12. 1918, StgBl. 91/1918; Artikel 80, Staatsvertrag von Saint-Germain-en-Laye v. 10. 9. 1919, StgBl. 303/1920, zum interimperialen Abwicklungsmodus (Versailler Vertrag mit Polen v. 28. 6. 1919 als Vorbild für Volksgruppenschutzbestimmungen in den Verträgen von Saint-Germain mit der Tschechoslowakei und Österreich) *Pirker*, Saint-Germain 246–248.

⁸⁸⁾ *Techet*, Souveränität 345–346; *Kelsen*, Hauptprobleme 625.

⁸⁹⁾ *Kelsen*, Wesen 90. Vgl. aber auch *Kelsen*, General Theory 241: „In a radical democracy the tendency to enlarge, as far as possible, the circle of those who possess political rights may have the result of granting these rights – under certain circumstances – to aliens.“

⁹⁰⁾ *Kelsen*, Wesen 90–91; *Kelsen*, Parlamentarismus 30ff.

⁹¹⁾ *Kelsen*, Wesen 82.

IV. Kelsen andernorts: Fragile Weltwirkung

Nachdem im dritten Abschnitt nach dem habsburgischen Bodensatz gefahndet wurde, der sich in den „reinen“ Theorien der „jungösterreichischen Schule“ abgelagert hat, soll hier noch die Frage nach *Kelsens* Weltwirkung angeschnitten werden: Erwies sich das habsburgische Lokalkolorit als Katalysator oder Hemmschuh für die Übersetzbarkeit von *Kelsens* Lehre in andere Weltregionen? *Kelsen* selbst hat 1947 das Rezeptionsgefälle seiner Rechtslehre angesprochen, ihren „größten Erfolg“ habe sie in „Spanien, Latein-Amerika und Japan, den geringsten in Deutschland, England und Nordamerika.“⁹²⁾ Trotz verdienstvollen Einzelstudien steht eine fundierte, vergleichende und verflechtungsgeschichtliche Analyse der globalen Rezeptionschancen der Lehre *Kelsens* bislang noch aus, was im Übrigen auch für sein Konzept der Verfassungsgerichtsbarkeit gilt.⁹³⁾ Schon jetzt wird man aber festhalten dürfen: Was für den engeren *Kelsen* Kreis gilt, trifft auch für den juristischen Nachwuchs zu, der Wien in der Zwischenkriegszeit zur Pilgerstätte für *Kelsen*-Begeisterte machte: Weder der Wiener Schülerkreis noch die *Kelsen*-Galaxie, die von der Kaiserlichen Japanischen Keijo-Universität in Seoul bis Saragossa und von Rio de Janeiro bis ins estnische Dorpat/Tartu reichte, bildete ein kompaktes „Denkkollektiv.“⁹⁴⁾

Ellenlange Listen von weltweit verstreuten *Kelsen*-Schülerinnen und -Schülern sind daher mit Vorsicht zu genießen, schließlich gilt auch für den Wissenstransfer der „jungösterreichischen Schule“: Globalität stellt sich nicht von Zauberhand ein, Ferntransfers blieben trotz perfektionierter Kommunikationsmittel fragmentarisch und fehleranfällig. Die Übersetzungen von *Hans Kelsens* Lehre im 20. Jahrhundert waren keine leichtfüßigen Kapriolen ohne Bodenhaftung, sie glückten dank begabter, ja virtuoser Vermittler, die sich häufig durch Vertreibung und Exil in andere Weltgegenden versetzt fanden, wo sie mit ihrer

⁹²⁾ *Kelsen*, Autobiographie 60.

⁹³⁾ *Rivaya*, España 151 (Artikel 121 der republikanischen Verfassung von 1931 über das Tribunal de Garantías Constitucionales); für eine internationale Leserschaft schon früh aufbereitet bei *Kelsen*, Garantie.

⁹⁴⁾ Vom „gemeinsame[n] Werk eines sich ständig erweiternden Kreises theoretisch gleich gerichteter Männer“ spricht *Kelsen*, Hauptprobleme² [1923] XXIII. Erhellend Miriam *Gassners* Beitrag über die *Kelsen*-Schülerinnen im vorliegenden Band. In der Festschrift für den über das München *Dietrich von Hildebrandts* nach Wien gelangten spanischen *Kelsen*-Übersetzer und -Ausleger *Luis Legaz y Lacambra* sprach der Modeneser *Suárez*-Forscher *Giovanni Ambrosetti* vom Säkulum des „coloquio con *Kelsen*“ *Barcia Trelles* u.a. (Hrsg), Homenaje; *Legaz y Lacambra*, Tendenzen 573: „Ich erkenne mich als *Kelsen*-Schüler an, dessen Vorlesungen ich in der Universität Wien im Jahre 1930 hörte: sein Einfluß ist jedoch beschränkt geblieben auf die Fragestellung und die Ausarbeitung von einigen grundlegenden juristischen Begriffen. Ich versuche, die Idee des sozialen Lebens, so wie *Ortega y Gasset* sie gezeigt hat, als ontologischen Bereich des Rechts zu entwickeln.“ *Järvelaid*, Estland 78–80, über den *Kelsen*-Adepten *Artur-Tõeleid Kliimann* aus Dorpat/Tartu, der sein Wien-Stipendium ausgekostet, ja „überzogen“ hat und den Steuerrechtler *Juhan Vaabe*, der als Rockefellerstipendiat in Genf in Kontakt mit *Kelsen* kam. Inwiefern *Tammelos* Marburger Dissertation von 1944 (!) als „Verbeugung vor seinem Lehrer *Kelsen*“ (*Järvelaid* 85) angesehen werden kann, bleibt freilich zu diskutieren.

Transfertätigkeit auf lokale „ökologische Nischen“ (*Christopher Bayly*) angewiesen blieben.⁹⁵) Auch wenn solche Einfallstore vorhanden waren – empfängliche Institutionen und konkrete rechtstechnische und legistische Aufgaben, die jenen ähnelten, die sich in Zentraleuropa stellten, bzw. das Wirken kongenialer Wissenschaftler, die *Kelsens* Lehre mit anreicherungsfähigen örtlichen Überlieferungen verbanden – liefen solche Transfers nie ohne Übertragungsverluste und Verballhornungen ab. Oft reisten *Kelsens* Konzepte huckepack, im Verbund mit ihren Gegenkonzepten, was besonders für die Texte gilt, die sich um den Weimarer „Methodenstreit“ rankten. Jedenfalls gilt: Laut Frachtbrief als „Reine Rechtslehre“ ausgewiesene Sendungen enthielten stets „blinde Passagiere“, die für Rezipientinnen und Rezipienten unter Umständen interessanter waren als die von *Kelsen* vorgestellten Lösungen.⁹⁶)

Nahmen Leserinnen und Leser das habsburgische Wasserzeichen der Reinen Rechtslehre wahr? *Kelsen* selbst hat viel dazu getan, die lokalen Triebfedern und die Anlassbezogenheit seiner Theoriebildung zu tilgen, sein Werk zu „entstofflichen.“ Jüngst wurde die plausible Vermutung geäußert, dass dies um 1933/34 unter dem Eindruck des erstarkenden Nationalsozialismus a fortiori geschah, als *Kelsen* seinen Absprung aus der deutschsprachigen Wissenschaftslandschaft vorbereiten musste und zu diesem Zweck sein Werk in Gestalt der *Reinen Rechtslehre* für einen internationalen Rezipientenkreis mundgerecht machte. Deshalb verzichtete *Kelsen* auf das zuvor für seine Arbeit so kennzeichnende „dialogische Verfahren“, um eine von Zitaten-Ballast befreite, begradigte und in sich geschlossene Variante seiner Theorie zu präsentieren, die den schillernden Oberflächeneffekt der Klarheit und Universalität einer Art rechtstheoretischer Metasprache erzeugte: Zwar sind die polemischen Stoßrichtungen von *Kelsens* Werk, die Weimarer Konflikte und schulimmanenten Kontroversen weiterhin unterschwellig präsent, werden aber chiffrenhaft anonymisiert, als Schattenboxen mit pauschal abgefertigten Gegnern („Naturrechtslehre“, „traditionelle Lehre“, „Rechtstheorie des 19. Jahrhunderts“) dargeboten.⁹⁷)

Weder den Juristen in den Nachfolgestaaten des Habsburgerreichs⁹⁸) noch der Juristenunft in der Weimarer Republik fiel es schwer, die Standortabhän-

⁹⁵) *Rothschild*, *Arcs*; *Bayly*, Roy 41.

⁹⁶) Dass es sich in den Debatten „andernorts“ vielfach um verzerrte Echos europäischer Auseinandersetzungen mit eigenwilligen Verschiebungen zeitlicher und inhaltlicher Referenzebenen handelt, zeigt etwa die Kritik *Kōtarō Tanakas*, der *Max Webers* Invektive gegen *Rudolf Stammler* auf *Kelsen* anwendete („gasförmige, nicht flüssige Luft“), vgl. *Hara*, *Studium* 105. Vgl. *Legaz y Lacambra*, *Doctrina* 31: „Sobre todo, pienso que el Kelsenismo creó un cierto clima o ambiente intelectual que ha producido influencias insospechadas, las cuales, a su vez, han reobrado, aun sin darnos cuenta de su origen, sobre quienes, en nuestra formación intelectual, recurriamos tanto a *Kelsen* como a esos otros maestros a su vez influenciados por él.“

⁹⁷) *Cadore*, „Good-Bye“ 260–261.

⁹⁸) Lohnenswert wäre es etwa, unter dieser Perspektive das legistische und publizistische Wirken von *František Weyr* und *Leonidas Pitamic* in ihren jeweiligen neuen Wirkungsfeldern, dem Königreich Jugoslawien und der Tschechoslowakischen Republik, vergleichend zu untersuchen.

gigkeit von *Kelsens* Werk zu erkennen, wobei letztere gerade die altösterreichischen Wurzeln von *Kelsens* Staats- und Rechtsbegriff als Pferdefuß seiner Theorie begriffen. Während *Erich Voegelin* *Kelsen* als Erben des imperialen „administrativen Stils“ brandmarkte, dem er die austrofaschistische Staatswerdung Österreichs gegenüberstellte,⁹⁹⁾ wurde von Weimarer Staatsrechtslehrern mit auftrumpfendem Gestus gegen den Wertrelativismus¹⁰⁰⁾ und Antidualismus¹⁰¹⁾ *Kelsens* Front gemacht, die man polemisch als Produkte eines mit dem alten Österreich untergegangenen weltbürgerlichen Liberalismus deutete. Im Kontext der Weimarer Republik fungierte *Kelsens* Werk als „unfreiwilliger Katalysator“ neuer synkretistischer Vermittlungen von Norm und Wirklichkeit sowie als Zündfunke, der eine *Hegel*-Renaissance entfachte.¹⁰²⁾ Eine tiefe Kluft lag etwa zwischen *Kelsens* Relativismus, der sich aus der Wiener Wissenschaftstheorie des Wiener Fin de Siècle speiste, und *Rudolf Smends* zivilreligiös gewendeter, protestantisch-staatsethischer Koppelung von Bekenntnis und Erkenntnis.¹⁰³⁾

Wenn man nun die Perspektive auf die Welt weitet, fällt auf, dass *Kelsens* Habsburgbezug nicht etwa deshalb die Ausbreitung seines Werks hemmte, weil er deplatziert wirkte, sondern weil das Habsburgerreich in manchen der rezipierenden Wissenschaftskulturen bereits gut bekannt war, aber eben aus anderen Blickwinkeln: So begeisterte man sich etwa in den U.S.A. schon für eine Spielart der erneuerten habsburgischen Rechtswissenschaft, mit der sich die Reine Rechtslehre nicht anfreunden konnte: für die Rechtssoziologie von *Eugen Ehrlich*, *Kelsens* altem Widersacher aus Czernowitz, die sich auf das „lebende

⁹⁹⁾ *Voegelin*, Staat; *Feichtinger*, Projekt 342–344.

¹⁰⁰⁾ *Kelsen*, Gott 54: „Sind es stets die nach der jeweiligen Staatsordnung Herrschenden gewesen, die jedem Versuch einer Änderung dieser Ordnung mit Argumenten aus dem Wesen des Staates entgegentraten, den zufällig historisch gegebenen Inhalt der Staatsordnung für absolut erklärten, weil er ihren Interessen entsprach, so beseitigt die Lehre, die den Staat als die jeweilige ihrem Inhalt nach veränderliche und stets veränderbare Rechtsordnung erklärt und so dem Staat kein anderes Kriterium beläßt als das formale einer höchsten Zwangsordnung, eines der politisch wirksamsten Hindernisse, die einer Staatsreform im Interesse der Beherrschten zu allen Zeiten in den Weg gelegt wurde.“

¹⁰¹⁾ *Kelsen*, Gott 47: „Der Dualismus von Staat und Recht wird zu einem Dualismus zweier verschiedener, miteinander in Widerspruch stehender Normsysteme, von denen man das eine unter dem Namen ‚Staat‘, Staatsräson, Staatsinteresse (auch öffentliches Wohl, öffentliches ‚Recht‘) immer dann zur Geltung bringt, wenn das andere, das ‚positive‘ Recht, zu einer für die Herrschenden, die in Wahrheit mit diesem ‚Staat‘ identisch sind, unerwünschten Konsequenz führt.“

¹⁰²⁾ „Der juristische Formalismus bedarf vielmehr methodischer Erarbeitung der materialen – um nicht zu sagen soziologischen und teleologischen – Gehalte, die Voraussetzung und Gegenstand seiner Normen sind [...] In dieser Richtung ist man auch, wenigstens im allgemeinsten Sinne, einig, soweit man nicht aus Wien ist.“ *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (1927) 124 zit. n. *Korioth*, Diskurs 35; *Kersting*, Neuhegelianismus 200; *Korb*, Kritiker 12ff. (Erich Kaufmann); *Hintze*, Staatslehre.

¹⁰³⁾ *Korioth*, Diskurs 44.

Recht“ der urbanen Schmelztiegel der Vereinigten Staaten hervorragend anwenden ließ.¹⁰⁴⁾ *Kelsens* fand sich dadurch in seinem Vorurteil über die banausischen und synkretistischen Theoriemuffel in den U.S.A. bestärkt, gegen die er sein in den Weimarer Kontroversen erprobtes Geschütz aufführ.¹⁰⁵⁾ Während *Kelsen* die U.S.A. als rechtswissenschaftliches Entwicklungsland betrachtete, meinte er, am anderen Ufer des Pazifik, im Kaiserreich Japan, den „fruchtbarsten Boden“ für seine Theorien zu vorzufinden.¹⁰⁶⁾ Gewiss lag *Kelsen* das seit der Meiji-Ära durch die wilhelminische Staatsrechtswissenschaft geprägte Japan näher, als die fremdartig anmutenden U.S.A.¹⁰⁷⁾ In Japan glaubte er, einer die Freiheit der Wissenschaft und die Toleranz pflegenden Gesellschaft zu begegnen, was japanische Juristen wie *Toshiyoshi Miyazawa* und *Kisaburō Yokota* dankbar quittierten, indem sie *Kelsens* Argumente gegen die Kaiser- und Staatsmythologie der Shōwa-Zeit aufgriffen: Gerade *Kelsens* relativistische Ideologiekritik am Konzept der Repräsentation als Vehikel einer illiberalen, autoritären Demokratie und seine Verteidigung des parlamentarisch-deliberativen Interessenausgleichs stießen hier auf Gegenliebe.¹⁰⁸⁾

Besonders deutlich werden die Relevanz von *Kelsens* Lehre und ihre habsburgische Tiefendimension dort, wo es darum geht, multinormative Rechtsordnungen zu gestalten: Ein naheliegendes Beispiel ist jenes der Europäischen Union, deren Gefüge als quasistaatliche Rechtsordnung mit Normadressaten entlang der bekannten Weimarer Konfliktlinien debattiert wird – während von Seiten Deutschlands das fehlende Volksäquivalent der EU moniert wurde, ging die Aufstockung des Stufenbaus der Rechtsordnung in Österreich flüssig vonstatten¹⁰⁹⁾ – ein weniger bekanntes Israel: Israel, dem Rechtssystem nach ein Nachfolgestaat des Britischen Weltreichs, kann, was die Herkunftsbiographien und Sozialisation seiner Staatsgründungsgeneration angeht, als Nachfolgestaat der Habsburgermonarchie gelten. Dass *Kelsen* in Israel zum Impulsgeber für das Normprüfungsrecht des Obersten Gerichtshofs und die „Einheitlichkeit“ des rechtlichen Weltbilds sowie der Rechtsordnung wurde, ist der Scharnierfigur *Yitzhak Hans Klinghoffers* zu verdanken. Gebürtig aus dem von *Sacher-Masoch*

¹⁰⁴⁾ *Hull*, Pound 110.

¹⁰⁵⁾ *Cadore*, „Good-Bye“ 263–264, zur Refunktionalisierung von *Kelsens* Argumenten gegen die Freirechtsbewegung in der Auseinandersetzung mit den U.S.-Rechtsrealisten *John C. Gray* und *Oliver Wendell Holmes*, sowie mit nordamerikanischen Varianten der „sociological jurisprudence“.

¹⁰⁶⁾ So im eigens verfassten Vorwort zur japanischen Ausgabe seiner 1935 erschienenen Allgemeine Staatslehre von 1925 zit. n. *Nagao*, Japan 209–210.

¹⁰⁷⁾ Allgemein *Ando*, Meiji-Verfassung.

¹⁰⁸⁾ *Hara*, Studium 101–102; *Nagao*, Japan 211 (unter Berufung auf *Kelsen* argumentiert *Miyazawa* 1934 gegen *Otto Koellreutter* und die Verteidigung der „illiberalen Demokratie“ mit *Laband* entlehnten Mitteln); *Zachmann*, *Yokota*; zum Verfassungsgesichtshof als Hüter der Verfassung u. negativen Verfassungsgesetzgeber sowie zur „juristischen Revolution“ vom August 1945 (Hachigatsu-Kakumei) durch Japans Annahme der Potsdamer Erklärung und bedingungslose Kapitulation, *Takada*, Verfassungsrechtswissenschaft 178; zu *Miyazawas* eklektischem Rückgriff auf *Kelsen* und *Schmitt Takada*, Verfassungsrechtswissenschaft 179–180.

¹⁰⁹⁾ Erfrischend *Bogdandy*, Grundprinzipien u. *Busch*, Rechtsgemeinschaft.

verewigten galizischen Kolomea am Pruth (dem heutigen Kolomyja in der Ukraine) hatte *Klinghoffer* in den 1920er Jahren in Wien bei *Kelsen* und *Merkl* über „Berufsbeamtentum und Demokratie“ promoviert. Nach einer vom Austrofaschismus beendeten Laufbahn als Wiener Magistratsbeamter war *Klinghoffer* über Lissabon und Brasilien nach Jerusalem gelangt, wo er als Professor der Hebräischen Universität maßgeblich die Ausbildung der zweiten Juristinnen- und Juristengeneration Israels bestimmte.¹¹⁰⁾ Der Oberste Gerichtshof Israels entdeckte die *Merkl-Kelsen'sche* Stufenbaulehre als handliches Werkzeug, um die Höherrangigkeit, den Verfassungscharakter von Knesset-Baugesetzen und die Normprüfungskompetenz des Obersten Gerichtshofs zu untermauern.¹¹¹⁾ Zugleich bediente sich die israelische Gerichtsbarkeit der *Kelsen'schen* Grundnorm, um den Vorrang und die Einheit der staatlichen Rechtsordnung gegenüber dem damit eingehegten, pseudo-universalen religiösen Recht zu verteidigen, das vom Rabbinatsgericht ausgelegt wurde.¹¹²⁾

Von einem Siegeszug der *Kelsen'schen* Lehre, die durch die unwiderstehliche Kraft des besseren Arguments die Welt eroberte, wird man also nicht sprechen können. Zu unberechenbar ist die Eigendynamik solcher mehrgleisigen Transferprozesse,¹¹³⁾ zu sehr bedingen lokale politische und wissenschaftskulturelle Bedingungen die Rezeptionschancen.¹¹⁴⁾ Auch die genialste Provokation verpufft folgenlos, wenn es am adäquaten Wissensstand fehlt, um sie zu verstehen und zu würdigen. Die große Fruchtbarkeit und beharrliche Aktualität von *Kelsens* Lehre zeigt sich freilich überall dort, wo Problemlagen und Aufgabenstellungen zu bewältigen sind, die eine Strukturverwandtschaft mit den Herausforderungen im habsburgischen und nachhabsburgischen Zentraleuropa aufweisen. Das betrifft v.a. drei Ebenen: Jene der Ideologiekritik, wie am Beispiel des

¹¹⁰⁾ *Klein*, *Klinghoffer*, mit *Kelsens* Gutachten anlässlich von *Klinghoffers* Bewerbung an die Hebräische Universität Jerusalem und einer guten Würdigung von *Klinghoffers* Interpretationstheorie.

¹¹¹⁾ *Englard*, *Impact* 35: „Moreover, the Supreme Court relied on the statement of Kelsen in the ‚Pure Theory of Law‘ that the function of creating, abolishing or amending statutes that have the character of a constitution, and the function of creating, abolishing or amending ordinary statutes, are usually performed by the same organ.“ *Englard*, *Impact*, 36 „Finally, the importance of judicial review of the constitutionality of ordinary laws is emphasised again by reliance on Kelsen.“ Zu *Aharon Barak* und seinen Lehrern *Guido Tedeschi* u. *Klinghoffer*, *Sweet / della Canaena*, *Conversation* 1513.

¹¹²⁾ *Englard*, *Impact* 34. Zu *Eichmanns* persönlicher Haftbarkeit unter den Prinzipien des Völkerrechts Cr.A. 336/61 P.D. 16(3) 2033, 2053–2054 (*Kelsen*, *General Theory* 344–345).

¹¹³⁾ Ich verweise hier nur auf den Schweden *Anders Werberg*, den Schüler *Axel Hägerströms* in Uppsala, der *Kelsens* „General Theory of Law and State“ aus dem Deutschen ins Englische übersetzte.

¹¹⁴⁾ Diese Eigengesetzlichkeiten zeigt z.B. *Miriam Gassners* vorzügliche Arbeit über *Kelsens* Widerhall in der Sowjetunion: Die marxistische Rechtslehre mit ihren kontraktualistischen Prämissen war „bürgerlicher“ als jene *Kelsens*, der sie ihre bürgerlich-imperialistische Verblendung vorhielt, weshalb sie *Kelsens* Konzept der Rechts- als Zwangsordnung zunächst verständnislos gegenüberstand, *Gassner*, *Sowjetische Rechtslehre* 123–124, hier auch zu *Kelsens* staatsrechtlicher Optik u. der privatrechtlichen Orientierung der marxistischen Jurisprudenz.

shintoistisch verbrämten Kaisermithos in Japan gezeigt wurde, jene der Lehre von der „juristischen Revolution“, die im Zuge der globalen Dekolonialisierung in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts weltweit aufgegriffen wurde,¹¹⁵⁾ sowie jene der praktischen Gestaltung multinormativer Rechtsordnungen, wie sich anhand der Europäischen Union und Israels nachweisen lässt.

V. Fazit

Hans Kelsen war niemand, der sein Licht unter den Scheffel stellte: Von Anfang an erhob er den Anspruch, endlich eine methodisch gereinigte, ebenso universale wie allgemeine Rechtslehre vorzulegen, die sich in Wertungsaskese übt, nicht mehr den „Quellgöttern“ des „Staatsfetischismus“ huldigt.¹¹⁶⁾ Zugleich hat *Kelsen* seine rechtstheoretischen Erkenntnisse geschickt eingesetzt, um rechtspolitische Postulate zu untermauern, wobei er immer wieder beteuerte, dass sich letztere logisch und folgerichtig aus der Stringenz der ersteren ergäben: So bewährten sich der Relativismus und die saubere Verfahrensanalyse der Rechtserzeugung und Rechtsanwendung durch die Normprüfungsjudikatur als Scharniere zwischen Rechtslehre und Demokratietheorie, während die Stufenbaulehre die Eingemeindung des einzelstaatlichen Rechts in das Weltrecht ermöglichte. Mein Beitrag hat gezeigt, dass sich diese manchmal allzu blütenweiß und weltenthothen wirkenden rechtstheoretischen Erkenntnisse der „Wiener Schule“ aus wissenschaftlich-legistischen Aufgaben im Kontext der Habsburgermonarchie und ihrer Abwicklung ergaben.

Die wissenschaftlichen Erkenntnisse des *Kelsen* Kreises wurden also nicht im Elfenbeinturm ausgeklügelt, sie erfüllten praktische staats- und wissenschaftspolitische Funktionen. Im ersten Abschnitt habe ich nachgezeichnet, wie die Habsburgermonarchie im späten 19. Jahrhundert zum Stachel im Fleisch der Staatsrechtslehre wurde, zu einer Provokation, welche die Juristen dazu zwang, ihre Wissenschaft auf neue Grundlagen zu stellen. *Kelsen* wurde in diesem Umfeld verortet. Im zweiten Abschnitt habe ich das Wirken *Kelsens* und seiner Mitarbeiter an der Schwelle von der Monarchie zur Republik mit besonderer Berücksichtigung seines Umgangs mit der legislativen Konkursmasse des zerbrochenen Habsburgerstaats und des deutschen Referenzhorizonts der Politik und Rechtswissenschaft der I. Republik beleuchtet. Abschnitt drei hat die habsburgischen Triebfedern der Rechtslehre der Wiener Schule anhand von sieben Beispielen (Staatsbegriff, Grundnorm, Drei Kreise-Theorie, Verfassungsgerichtsbarkeit, Rahmentheorie, Stufenbaulehre, Demokratietheorie) Punkt für Punkt dargestellt. Die Entfaltung der „Jungösterreicher“ vollzog sich auf den Ruinen

¹¹⁵⁾ *Wheatley*, Life 256–282.

¹¹⁶⁾ *Kelsen*, Sozialpsychologie 138; *Kelsen*, Staatsbegriff 250. Vgl. weiters *Merkl*, Verwaltungsrecht, 291ff., der den Staat in drei konzentrisch gruppierte Begriffsebenen zerlegt: Den Staat im weitesten Sinne als Inbegriff der Organe, die der Verwirklichung der Rechtsordnung dienen, im engeren Sinne als durch zentrale Kostenaufbringung fundierte Organisation des Behördenapparats, und im engsten Sinne als juristischer Begriff: als die den Selbstverwaltungskörperschaften gegenüber gestellte Teilorganisation des zweiten engeren Staatsbegriffs.

des Habsburgerreichs, dem die Wiener Schule eben jenen Rechtstoff, jene kniffligen Aufgaben und jenes Problembewusstsein verdankte, die sie zur globalisierungsfähigen, hochkarätigen Rechtswissenschaft reifen ließen. Im vierten Abschnitt habe ich einen Blick auf die Weltwirkung der Lehren *Kelsens* und seines Schülerkreises geworfen. Die anhaltende Fruchtbarkeit von *Kelsens* Lehre erklärt dabei weniger daraus, dass ihren Rezipientinnen und Rezipienten anderswo das habsburgische Sediment dieser rechtswissenschaftlichen Theorien bewusst gewesen wäre, sondern aus der Verwandtschaft der Aufgabenstellungen: Daraus also, dass sich mit dem Zerfall der Habsburgermonarchie ihre scheinbar lokalen Probleme (multinormative Staatsordnung, kulturelle Pluralität, juristische Revolution) als globale Herausforderungen des 20. Jahrhunderts erwiesen. Die Gewaltgeschichte des Säkulums, das erzwungene Exil *Kelsens* und seiner Schüler ermöglichte Brückenschläge zwischen Weltregionen, die sonst nicht möglich gewesen wären.

Ohne der Monarchie nachzutruern, hat die „Wiener Schule“ Modelle und neuralgische Probleme aus ihrem Staatsleben auf bahnbrechende Weise verarbeitet und teils einer Lösung zugeführt. Um den hier präsentierten Gesamtbefund auf den Punkt zu bringen, könnte man sagen: Die Monarchie diene *Kelsen* und seinem Kreis in der Funktion, die *Wittgenstein* im „Tractatus“ mit dem Bild einer Leiter beschreibt: Während man über sie auf eine höhere Etage der Reflexion gelangt, zertrümmert man ihre Sprossen, bald hat man ihren früheren Gebrauch vergessen.¹¹⁷⁾

Literatur

- Junko *Ando*, Die Entstehung der Meiji-Verfassung. Zur Rolle des deutschen Konstitutionalismus im modernen japanischen Staatswesen (= Monographien aus dem Deutschen Institut für Japanstudien der Philipp Franz von Siebold-Stiftung, 27, München 2000).
- Manfred *Baldus*, Habsburgian Multiethnicity and the „Unity of the State“ – On the Social and Political Setting of Hans Kelsen’s Legal Thought. In: Dan *Diner* / Michael *Stolleis* (Hrsg.), Hans Kelsen and Carl Schmitt. A Juxtaposition (Gerlingen 1999) 13–25.
- Camilo *Barcia Trelles* u.a. (Hrsg.), Estudios jurídico-sociales. Homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra 2 Bde. (Zaragoza 1960).
- Christopher *Bayly*, Ramohan Roy and the Advent of Constitutional Liberalism in India, 1800–1830, in: *Modern Intellectual History* 4 (1) (2007) 25–41.
- Beilagen zu den stenographischen Protokollen der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich, 1918 und 1919: Bd.1, enthaltend die Beilagen 1 bis 206 (Wien 1919).
- Edmund *Bernatzik*, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Verwaltungsrechtliche Studien (Wien 1886).
- Armin von *Bogdandy*, Grundprinzipien von Staat, supranationalen und internationalen Organisationen (§ 231), in: Josef *Isensee* / Paul *Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland 11: Internationale Bezüge (Heidelberg 2013) 275–304.

¹¹⁷⁾ *Wittgenstein*, Tractatus 6.45.

- Wilhelm *Brauneder*, Formen und Tragweite des deutschen Einflusses auf die österreichische Verwaltungsrechtswissenschaft 1850–1914, in: Erk *Volkmarm Heyen* (Hrsg), Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime (= *Ius Commune* 21, Frankfurt am Main 1984) 249–293.
- Jürgen *Busch*, Hans Kelsens Lehre von der Rechtsgemeinschaft. Über die Notwendigkeit einer Veränderung im Denken über die Staatlichkeit der EU, in: Tatiana *Machalová* (Hrsg), Proměny evropského právního myšlení. K odkazu profesora Vladimíra Kubeše (= *Acta Universitatis Brunensis Iuridica* 354, Brno 2009) 112–127.
- Rodrigo *Cadore*, „Good-Bye to all that“? Ein österreichisches Schicksal. Wanderungen und Wandlungen im rechtstheoretischen Exilwerk Hans Kelsens, in: Max *Beck* / Nicholas *Coormann* (Hrsg), Historische Erfahrung und begriffliche Transformation. Deutschsprachige Philosophie im Exil in den USA 1933–1945 (Wien 2018) 249–272.
- Moritz *Csáky*, Das Gedächtnis der Städte. Kulturelle Verflechtungen – Wien und die urbanen Milieus in Zentraleuropa (Wien 2010).
- Horst *Dreier*, Der Preis der Moderne. Hans Kelsens Rechts- und Sozialtheorie, in: Elif *Özmen* (Hrsg), Hans Kelsens politische Philosophie (Tübingen 2017) 3–27.
- Kurt *Ebert*, Der Einfluß Zeillers auf die Gestaltung des juristischen akademischen Unterrichts. Die Reform des Rechtsstudiums im Jahre 1810, in: Walter *Selb* / Herbert *Hofmeister* (Hrsg), Forschungsband Franz von Zeiller (1751–1828): Beiträge zur Gesetzgebungs- und Wissenschaftsgeschichte (Wien 1980) 63–93.
- Gábor *Egry*, Negotiating Post-Imperial Transitions: Local Societies and Nationalizing States in East Central Europe, in: Paul *Miller* / Claire *Morelon* (Hrsg) *Embers of Empire. Continuity and Rupture in the Habsburg Successor States after 1918* (= *Austrian and Habsburg Studies* 22, New York/Oxford 2018) 15–42.
- Izhak *England*, The Impact of Kelsen’s Theory in Israel, in: Robert *Walter* / Clemens *Jablonek* / Klaus *Zeleny* (Hrsg), Hans Kelsen anderswo / Hans Kelsen abroad. Der Einfluß der reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern 3 (= *Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts* 33, Wien 2010) 31–40.
- Johannes *Fabian*, *Time and the Other. How Anthropology makes its Object* (New York 1983).
- Johannes *Feichtinger*, *Wissenschaft als reflexives Projekt. Von Bolzano über Freud zu Kelsen. Österreichische Wissenschaftsgeschichte 1848–1938* (Bielefeld 2010).
- Franz L. *Fillafer*, *Aufklärung habsburgisch. Staatsbildung, Wissenskultur und Geschichtspolitik in Zentraleuropa, 1750–1850²* (Göttingen 2022).
- Franz L. *Fillafer*, *Böhmen interimperial. Die böhmische Jurisprudenz als Drehscheibe der zentraleuropäischen Wissenszirkulation, Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs* 12 (2022).
- Franz L. *Fillafer*, *Imperial Diversity, Fractured Sovereignty, and Legal Universals. Hans Kelsen and Eugen Ehrlich in their Habsburg Context*, in: *Modern Intellectual History* 19 (2022) 421–443.
- Franz L. *Fillafer*, *Privatrechtsprimat und Verfassungspluralismus. Von der imperialen Integration durch das bürgerliche Recht zur Staatslehre ohne Staat*, in: Brigitte *Mazohl* / Kurt *Scharr* (Hrsg), *Epochenbruch 1918/19? Die Habsburgermonarchie und die Pariser Friedensverträge – eine Neubewertung* (Innsbruck 2021) 85–110.

- Franz L. *Fillafer* / Johannes *Feichtinger*, Natural Law and the Vienna School. Hans Kelsen, Alfred Verdross, and Eric Voegelin, in: Paul *Langford* / Ian *Bryan* / John *McGarry* (Hrsg), Hans Kelsen and the Natural Law Tradition (Leiden 2019) 425–461.
- Regina *Fritz* / Grzegorz *Rossolinski-Liebe* / Jana *Starek* (Hrsg), Alma mater antisemitica. Akademisches Milieu, Juden und Antisemitismus an den Universitäten Europas zwischen 1918 und 1939 (= Beiträge zur Holocaustforschung des Wiener Wiesenthal Instituts für Holocaust-Studien 3, Wien 2016).
- Miriam *Gassner*, Hans Kelsen und die sowjetische Rechtslehre, in: Clemens *Jabloner* / Thomas *Olechowski* / Klaus *Zeleny* (Hrsg), Das internationale Wirken Hans Kelsens (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 38, Wien 2016) 141–167.
- Hideo *Hara*, Hans Kelsen und das Studium des Rechts in Japan. Eine ideologische Kritik, in: Der Einfluß der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 2, Wien 1978) 99–112.
- Waltraud *Heindl*, Bildung und Recht. Naturrecht und Ausbildung der staatsbürgerlichen Gesellschaft in der Habsburgermonarchie, in: Thomas *Angerer* / Birgitta *Bader-Zaar* / Margarete *Grandner* (Hrsg), Geschichte und Recht. Festschrift für Gerald Stourzh zum 70. Geburtstag (Wien/Köln/Weimar 1999) 183–206.
- Oliver F. R. *Haardt*, Bismarcks ewiger Bund. Eine neue Geschichte des Kaiserreichs (Darmstadt 2020).
- Natalie E. H. *Hull*, Roscoe Pound and Karl Llewellyn. Searching for American Jurisprudence (Chicago 1997).
- Clemens *Jabloner*, Einige *Austriaca* der Reinen Rechtslehre, in: Clemens *Jabloner* u.a. (Hrsg), Scharfsinn im Recht. Liber amicorum Michael Thaler zum 70. Geburtstag (Wien 2019) 3–18.
- Clemens *Jabloner*, Rechtstheorie und Verfassungslegistik, in: Clemens *Jabloner* / Jan *Kuklik* / Thomas *Olechowski* (Hrsg), Hans Kelsen in der tschechischen und internationalen Rechtslehre (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 38, Wien 2018) 49–60.
- Clemens *Jabloner* / Thomas *Olechowski* / Klaus *Zeleny* (Hrsg), Die Verfassungsentwicklung 1918–1920 und Hans Kelsen (= Schriftenreihe des Hans-Kelsen-Instituts 41, Wien 2020).
- Clemens *Jabloner* / Friedrich *Stadler* (Hrsg), Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre. Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule (= Veröffentlichungen des Instituts Wiener Kreis 10, Wien/New York 2001).
- Heinrich *Jaques*, Die Wahlprüfung in den modernen Staaten und ein Wahlprüfungsgerichtshof für Österreich. Eine staatsrechtliche Abhandlung (Wien 1885).
- Peeter *Järvelaid*, Die Rezeption Kelsens und der Einfluss der Reinen Rechtslehre in Estland, in: Robert *Walter* / Clemens *Jabloner* / Klaus *Zeleny* (Hrsg), Hans Kelsen anderswo / Hans Kelsen abroad. Der Einfluß der reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern 3 (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 33, Wien 2010) 73–88.
- Georg *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre [1900], 3. Aufl., 5 Nachdruck, durchgesehen und ergänzt v. Walter Jellinek (Berlin 1929)
- Georg *Jellinek*, Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich (Wien 1885).
- Karel *Kazbunda*, Otázka česko-německá v předvečer Velké války. Zrušení ústavnosti země České tzv. anenskými patenty z 26. července 1913 [Die

- tschechisch-deutsche Frage am Vorabend des Großen Kriegs. Die Aufhebung der verfassungsmäßigen Verhältnisse in Böhmen durch das Annenpatent vom 26. Juli 1913], hrsg. v. Zdeněk Kárník (Praha 1995).
- Eckart *Kehr*, Das soziale System der Reaktion in Preußen unter dem Ministerium Puttkammer, in: *Die Gesellschaft* 6 (1929) Nr. 2, 253–274.
- Hans *Kelsen*, Autobiographie (1947), in: *HKW* 1, 29–132.
- Hans *Kelsen*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts.
- Hans *Kelsen*, Das Problem des Parlamentarismus (Wien 1926).
- Hans *Kelsen*, Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse. In: *Imago* 8 (1922) 97–141.
- Hans *Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff² (Tübingen 1928).
- [Hans *Kelsen*], Die böhmische Verwaltungskommission vor dem Verwaltungsgerichtshof [1913], in: *HKW* 3, 105–111.
- Hans *Kelsen*, Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundes-Verfassung, in: *Zaccaria Giacometti* u.a. (Hrsg.), Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag (Tübingen 1927) 127–187.
- Hans *Kelsen*, Die staatsrechtliche Durchführung des Anschlusses Österreichs an das Deutsche Reich, *ZÖR* 6 (1927) 329–352.
- Hans *Kelsen*, *General Theory of Law and State* (Cambridge 1945).
- Hans *Kelsen*, Gott und Staat (1922/23), in: *HKW* 7, 435–458; auch abgedruckt in: Ernst *Topitsch* (Hrsg.), *Hans Kelsen, Staat und Naturrecht. Aufsätze zur Ideologiekritik*² (München 1989) 29–55.
- Hans *Kelsen*, Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1907, RGBI Nr. 17) [1907], in: *HKW* 1, 332–544.
- Hans *Kelsen*, La garantie juridictionnelle de la constitution (la justice constitutionnelle), *Revue du Droit public* 35 (1928) 197–257.
- Hans *Kelsen*, Naturalisation und Heimatberechtigung nach österreichischem Rechte [1907], in: *HKW* 1, 545–560.
- Hans *Kelsen*, Österreichisches Staatsrecht. Ein Grundriss, entwicklungsgeschichtlich dargestellt (Tübingen 1923).
- Hans *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, Studienausgabe der 1. Auflage 1934, hrsg. v. Matthias *Jestaedt* (Tübingen 2008).
- Hans *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, Studienausgabe der 2. Auflage 1960, mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, hrsg. v. Matthias *Jestaedt* (Tübingen 2017).
- Hans *Kelsen*, Selbstdarstellung [1927], in: *HKW* I, 19–27.
- Hans *Kelsen*, Über die Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode [1911] in: *HKW* 3, 22–55.
- Hans *Kelsen*, Wählerlisten und Reklamationsrecht. Unter Berücksichtigung der jüngsten Regierungsvorlage betreffend die Wahlreform [1906], in: *HKW* 1, 301–331.
- Hans *Kelsen*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit (= *VVdStRL* 5, Berlin/Leipzig 1929) 30–88.
- Hans *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie [ND d. Zweitaufgabe v. 1929], mit einem Nachwort von Klaus Zeleny (Ditzingen 2018).
- Hans *Kelsen*, Zur Anschlußfrage, in: *Republikanische Hochschul-Zeitung*, 2. Jahrgang, Heft 1/2 (1926) 1–2.

- Hans *Kelsen*, Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung [1913], in: HKW 3, 235–246.
- Wolfgang *Kersting*, Neuhegelianismus und Weimarer Staatsrechtslehre. Zum kommunitaristischen Étatismus Hermann Hellers, in: Uwe *Carstens* / Carsten *Schlüter-Knauer* (Hrsg), Der Wille zur Demokratie. Traditionslinien und Perspektiven (Berlin 1998) 195–218.
- Josef *Kleczyński*, Länder: Autonomie und Selbstverwaltung I, Landesvertretung, in: Ernst *Mischler* / Josef *Ulbrich* (Hrsg), Österreichisches Staatswörterbuch. Handbuch des gesamten österreichischen öffentlichen Rechtes II/1: H–M (Wien 1896) 582–586.
- Claude *Klein*, Hans Klinghoffer, in: Robert *Walter* / Clemens *Jabloner* / Klaus *Zeleny* (Hrsg), Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 30, Wien 2008) 175–184.
- Gerald *Kohl*, Von der Doppelgleisigkeit der Verwaltung zur mittelbaren Bundesverwaltung – ein Überblick, in: Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs 11 (2021) 315–329.
- Axel-Johannes *Korb*, Kelsens Kritiker. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechts- und Staatstheorie (1911–1934) (Tübingen 2010).
- Stephan *Korioth*, Kelsen im Diskurs – Die Weimarer Jahre, in: Mathias *Jestaedt* (Hrsg) Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre. Stationen eines wechselvollen Verhältnisses (Tübingen 2013) 29–46.
- Carsten *Kremer*, Die Willensmacht des Staates. Die gemeindeutsche Staatsrechtslehre des Carl Friedrich von Gerber (Frankfurt am Main 2008).
- Robert *Kriechbaumer*, Die großen Erzählungen der Politik. Politische Kultur und Parteien in Österreich von der Jahrhundertwende bis 1945 (= Schriftenreihe des Forschungsinstituts für politisch-historische Studien der Dr. Wilfried-Haslauer-Bibliothek 12, Wien/Köln/Weimar 2001).
- Jan *Kuklik* / Jan *Němeček*, Memorandum by Hans Kelsen on the Breaking-up of Czechoslovakia, in: Clemens *Jabloner* / Thomas *Olechowski* / Klaus *Zeleny* (Hrsg), Das internationale Wirken Hans Kelsens (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 38, Wien 2016), 107–114.
- Paul *Laband*, Das Staatsrecht des deutschen Reichs [1876] I⁵ (Tübingen 1911).
- Dieter *Langewiesche*, Vom vielstaatlichen Reich zum föderativen Bundesstaat (Stuttgart 2020).
- Luis *Legaz y Lacambra*, La influencia de la doctrina de Kelsen e la ciencia jurídica española, in: Revista de Estudios Políticos 96 (1957) 29–40.
- Luis *Legaz y Lacambra*, Die Tendenzen der Rechtsphilosophie in Spanien in den letzten zehn Jahren (Schluß), in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 45 (1959) 557–586.
- Hans *Lentze*, Die germanistischen Fächer an der juristischen Fakultät, in: Studien zur Geschichte der Universität Wien II (Wien 1965) 61–103.
- Hans *Lentze*, Graf Thun und die voraussetzungslose Wissenschaft, in: Helmut J. *Mezler-Andelberg* (Hrsg), Festschrift Karl Eder zum siebzigsten Geburtstag (Innsbruck 1959) 197–209.
- Emil *Lingg*, Empirische Untersuchungen zur allgemeinen Staatslehre (Wien 1890).
- Josef *Lukas*, Die rechtliche Stellung des Parlaments in der Gesetzgebung Österreichs und der konstitutionellen Monarchie des Deutschen Reichs (Graz 1903).
- Adolf J. *Merkel*, Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung (Leipzig/Wien 1923).

- Adolf J. *Merkel*, Die monarchistische Befangenheit der deutschen Staatsrechtslehre [1920], in: Adolf J. *Merkel*, Gesammelte Schriften, hg. v. Dorothea Mayer-Maly / Herbert Schambeck / Wolf-Dietrich Grussmann, 1. Band, 2. Tlbd., Grundlagen des Rechts (Berlin 1995), 3–12.
- Adolf J. *Merkel*, Die Ordnungsgewalt im Kriege [1915–1919, unter Ergänzung der von der Zensur getilgten Passagen], in: Adolf J. *Merkel*, Gesammelte Schriften, hg. v. Dorothea Mayer-Maly / Herbert Schambeck / Wolf-Dietrich Grussmann, 2. Band, 1. Tlbd., Verfassungsrecht–Völkerrecht (Berlin 1999) 3–69.
- Adolf J. *Merkel*, Allgemeines Verwaltungsrecht (Wien–Berlin 1927).
- Adolf J. *Merkel*, Professor Hans Kelsen zu seinem Abschied von Wien [1930], in: Adolf J. *Merkel*, Gesammelte Schriften, hg. v. Dorothea Mayer-Maly / Herbert Schambeck / Wolf-Dietrich Grussmann, 3. Band, 2. Tlbd., Verwaltungsrecht – Zeitgenossen und Gedanken (Berlin 2009) 363–366.
- Adolf J. *Merkel*, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus [1931], in: Hans R. Klecatsky / René Marcic / Herbert Schambeck (Hrsg), Die Wiener rechtstheoretische Schule 2 (Wien 2010) 1071–1112.
- Adolf J. *Merkel*, [Selbstdarstellung], in: Nikolaus Grass (Hrsg), Österreichische Rechts- und Staatswissenschaften der Gegenwart in Selbstdarstellungen (Innsbruck 1952) 137–159.
- Adolf J. *Merkel*, Verfassungsreform und Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich [1930], in: Adolf J. *Merkel*, Gesammelte Schriften, hg. v. Dorothea Mayer-Maly / Herbert Schambeck / Wolf-Dietrich Grussmann, 2. Band, 2. Tlbd., Verfassungsrecht–Völkerrecht (Berlin 2002) 35–42.
- Ernst Mischler / Josef Ulbrich (Hrsg), Österreichisches Staatswörterbuch I (Wien 1905).
- Ulrike Müßig, Tezners Schriften zur Verwaltungsrechtspflege in Österreich und ihre Impulse für den modernen Gerichts begriff, in: Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs 6 (2016) 345–378
- Ryuichi Nagao, Hans Kelsen in Japan, in: Robert Walter / Clemens Jabloner / Klaus Zeleny (Hrsg), Hans Kelsen anderswo / Hans Kelsen abroad. Der Einfluß der reinen Rechtslehre auf die Rechtslehre in verschiedenen Ländern 3 (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 33, Wien 2010) 203–226.
- Gerhard Oberkofler, Studien zur Geschichte der österreichischen Rechtswissenschaft (= Rechtshistorische Reihe 33, Frankfurt am Main 1984).
- Gerhard Oberkofler / Helmut Reinalter (Hrsg), Naturrecht und Gesellschaftsvertrag im österreichischen Vormärz. Ein „Promemoria“ von Sebastian Jenull und ein „Versuch“ von Anton Freiherr von Hye-Glunek [1837] (Innsbruck 1988).
- Thomas Olechowski, Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers (Tübingen 2020).
- Thomas Olechowski, Hans Kelsen a založení Československa, Acta Universitatis Carolinae 63 (2017) 13–22.
- Thomas Olechowski, Hans Kelsen als Mitglied der Deutschen Staatsrechtslehrervereinigung, in: Mathias Jestaedt (Hrsg), Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre. Stationen eines wechselvollen Verhältnisses (Tübingen 2013) 11–27.
- Thomas Olechowski, Hans Kelsen und die Bundesverfassung, in: Austrian Law Journal (2022), 28–38.
- Thomas Olechowski, Kelsens Rechtslehre im Überblick, in: Tamara Ehs (Hrsg), Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung (Wien 2009) 47–65.

- Jana *Osterkamp*, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei (1920–1939) (= Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 243, Frankfurt am Main 2009).
- Jana *Osterkamp*, Vielfalt ordnen. Das föderale Europa der Habsburgermonarchie (Vormärz bis 1918) (= Veröffentlichungen des Kollegiums Carolinum 141, Göttingen 2021).
- Theo *Öhlinger*, Der Stufenbau der Rechtsordnung. Rechtstheoretische und ideologische Aspekte (Wien 1975).
- Stanley L. *Paulson* / Bonnie Litschewski *Paulson* (Hrsg), Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes (Oxford 1998).
- Stanley L. *Paulson*, Konstruktivismus, Methodendualismus und Zurechnung im Frühwerk Hans Kelsens, in: AöR 124 (1999) 631–657.
- Walter *Pauly*, Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus (Jus publicum 7) (Tübingen 1993).
- Otto *Pfersmann*, Le colonialisme et l'identité autrichienne. Manuskript.
- Leonidas *Pitamic*, Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft, ÖZöR 3 (1917–1918) 339–367.
- Leonidas *Pitamic*, Nove smeri v pravni filozofiji [Neue Wege der Rechtsphilosophie], in: Zbornik znanstvenih razprav 1 (1921) 242–258.
- Georg (Jiří) *Pražák*, Das richterliche Prüfungsrecht in Ansehung der Giltigkeit von Gesetzen, Verordnungen und Specialverfügungen, in: Österreichische Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung auf dem Gebiete der Verwaltungs-Rechtspflege 3 (1879) 3–44.
- Joseph *Redlich*, Das österreichische Staats- und Reichsproblem: Geschichtliche Darstellung der inneren Politik der habsburgischen Monarchie von 1848 bis zum Untergang des Reiches, 2 Bde. (Leipzig 1926).
- Robert *Redslob*, Abhängige Länder. Eine Analyse des Begriffs von der ursprünglichen Herrschergewalt. Zugleich eine staatsrechtliche und politische Studie über Elsaß-Lothringen, die österreichischen Königreiche und Länder, Kroatien-Slavonien, Bosnien- Herzegowina, Finnland, Island, die Territorien der nordamerikanischen Union, Kanada, Australien, Südafrika (Leipzig 1914).
- Karl *Renner*, Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen in besonderer Anwendung auf Österreich (zugleich zweite, vollständig umgearbeitete Auflage von des Verfassers Buch „Der Kampf der österreichischen Nationen um den Staat“) (Wien 1918).
- Karl *Renner*, Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen in besonderer Anwendung auf Österreich (Wien 1918).
- Benjamín *Rivaya*, Kelsen en España, in: Revista de Estudios Políticos 107 (2000) 151–177.
- Emma *Rothschild*, Arcs of Ideas. International History and Intellectual History, in: Gunilla *Budde* / Sebastian *Conrad* / Oliver *Janz* (Hrsg), Transnationale Geschichte. Themen, Tendenzen und Theorien (Göttingen 2006) 217–226.
- Christoph *Schmetterer*, Die Rechtskultur in Cisleithanien, in: Andreas *Gottsmann* (Hrsg), Die Habsburgermonarchie 1848–1918 X/2: Das kulturelle Leben. Akteure – Tendenzen – Ausprägungen (Wien 2021) 1081–1120.
- Christoph *Schmetterer*, Hans Kelsens Überlegungen zur Reform der Österreichisch-Ungarischen Monarchie, in: Clemens *Jablöner* / Thomas *Olechowski* / Klaus *Zeleny* (Hrsg), Das internationale Wirken Hans Kelsens (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 38, Wien 2016) 1–10.
- Christoph *Schmetterer*, Ustava Rakouské republiky jako odpověď, pokračování a odklon od ústavy monarchie, in: Lukáš *Fasora* u.a. (Hrsg), Demokratická

- monarchie, nedemokratická republika? Kontinuity a zlomy mezi monarchií a republikou ve střední Evropě (Praha 2021) 11–25.
- Georg *Schmitz*, Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung (= Schriftenreihe des HKI 6, Wien 1981).
- Helmut *Slapnicka*, Österreichisches Recht außerhalb Österreichs. Der Untergang des österreichischen Rechtsraums (= Schriftenreihe des Österreichischen Ost- und Südosteuropa-Instituts 4, Wien 1973).
- Helmut *Slapnicka*, Österreichische Rechtsgeschichte als Geschichte multinationaler Lösungsversuche, in: Ursula *Floßmann* (Hrsg), Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik. Festschrift für Hermann Eichler zum 70. Geburtstag (Wien 1977) 527–547.
- Ludwig *Spiegel*, Die kaiserlichen Verordnungen mit provisorischer Gesetzeskraft nach österreichischem Staatsrechte (Prag 1893).
- Ludwig *Spiegel*, Josef Ulbrich, in: Deutsche Arbeit 10 (1911) 293–302.
- Felix Otto *Stoerk*, Zur Methodik des öffentlichen Rechts (Wien 1885).
- Michael *Stolleis*, Staatsrechtslehre und Politik (Heidelberg 1996).
- Werner R. *Svoboda*, Die tatsächliche Wirkung der Erkenntnisse des österreichischen Reichsgerichtes (1869–1918), in: ZÖR N.F. 21 (1971) 183–196.
- Alec *Stone Sweet*, Giacinto *della Cananea*, A Conversation with Aharon Barak, in: German Law Journal 22 (2021) 1512–1525.
- Atsushi *Takada*, Hans Kelsen in der japanischen Verfassungsrechtswissenschaft, in: Osaka University Law Review 64 (2017) 177–181.
- Jaromír *Tauchen*, Ermächtigungsgesetzgebung in der Tschechoslowakei, in: Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs 8 (2018) 428–440
- Péter *Techet*, Die „Reine Rechtslehre“ im Kontext der verfassungsrichterlichen Tätigkeit von Hans Kelsen. Verflechtung und Widersprüche zwischen Theorie und Praxis, in: Der Staat 62 (2023) 299–359.
- Péter *Techet*, Hans Kelsens „Reine Rechtslehre“ in der Ersten Republik. Posthabsburgisches Denkprodukt und Begründung aktivistischer Rechtspraxis?, in: Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande 54 (2022) 303–318.
- Péter *Techet*, „Historical Turn“ in der Hans-Kelsen-Forschung? Wechselwirkungen zwischen Rechtstheorie und Rechtsgeschichte, in: ZÖR 76 (2023) 1329–1369
- Péter *Techet*, Warum wir den Begriff der Souveränität (nicht) brauchen. Die Kontroverse um Recht und Politik bei Carl Schmitt und Hans Kelsen, in: Thomas *Maissen* / Niels F. *May* / Rainer Maria *Kiesow* (Hrsg), Souveränität im Wandel. Frankreich und Deutschland, 14.–21. Jahrhundert (Göttingen 2023) 334–353.
- Friedrich *Tezner*, Betrachtungen über Kelsens Lehre vom Rechtssatz, in: Archiv des öffentlichen Rechts 28 (1912) 325–344.
- Friedrich *Tezner*, Die rechtsbildende Funktion der österreichischen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, II. Teil, Die Rechtsquellen des österreichischen Verwaltungsrechts für das Bedürfnis der Praxis dargestellt auf Grund der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, (Wien 1925)
- Friedrich *Tezner*, Die Wandlungen der österreichisch-ungarischen Reichsidee. Ihr Inhalt und ihre politische Notwendigkeit (Wien 1905)
- Friedrich *Tezner*, Die wissenschaftliche Bedeutung der allgemeinen Staatslehre und Jellineks Recht des modernen Staates, (Hirths) Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft. in: Rechts- und Staatswissenschaftliche Zeitschrift und Materialiensammlung 1902, 638–671.

- Friedrich *Tezner*, Rechtslogik und Rechtswirklichkeit. Eine empirisch-realistische Studie [1925] (Forschungen aus Recht und Staat 75) (Wien 1986).
- Christian *Tilitzki*, Die Albertus-Universität Königsberg. Ihre Geschichte von der Reichsgründung bis zum Untergang der Provinz Ostpreußen (1871–1945) I: 1871–1918 (Berlin 2012).
- Henning *Uhlenbrock*, Der Staat als juristische Person. Dogmengeschichtliche Untersuchungen zu einem Grundbegriff der deutschen Staatsrechtslehre (Berlin 2000).
- Alfred *Verdroß*, Die Neuordnung der gemeinsamen Wappen und Fahnen in ihrer Bedeutung für die rechtliche Gestalt der österreichisch-ungarischen Monarchie, Juristische Blätter 45 (1916) 121–123 und 134–137.
- Alfred *Verdroß*, Die Rechtskraft der kaiserlichen Verordnung vom 7. Mai 1915 über die zeitweilige Einstellung der Geschworenengerichte, Juristische Blätter 44 (1915), 426.
- Eric *Voegelin*, Der autoritäre Staat. Ein Versuch über das österreichische Staatsproblem [1935] (= Forschungen aus Staat und Recht 119, Wien/New York 1997).
- Robert *Walter*, Die Lehre des Verfassungs- und Verwaltungsrechts an der Universität Wien 1810–1938, in: Juristische Blätter 110 (1988) 546–553.
- Stefan *Wedrac*, Hans Kelsens Arbeiten an der Verfassung des Freistaats Fiume, in: Clemens *Jabloner* / Thomas *Olechowski* / Klaus *Zeleny* (Hrsg), Das internationale Wirken Hans Kelsens (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 38, Wien 2016) 25–41.
- František *Weyr*, Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems, Archiv für öffentliches Recht 23 (1908), 529–580.
- Natasha *Wheatley*, The Life and Death of States. Central Europe and the Transformation of Modern Sovereignty (Princeton–Oxford 2023).
- Ewald *Wiederin*, Bundesrecht und Landesrecht. Zugleich ein Beitrag zu Strukturproblemen der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung in Österreich und Deutschland (= Forschungen aus Staat und Recht 111, Wien/New York 1995).
- Ewald *Wiederin*, Die Vereinigung und Österreich, in: Pascale *Cancik* / Andreas *Kley* / Helmuth *Schulze-Fielitz* / Christian *Waldhoff* / Ewald *Wiederin* (Hrsg), Streitsache Staat. Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1922–2022 (Tübingen 2022) 245–271.
- Ewald *Wiederin*, Hans Kelsen als Praktiker des Verfassungsrechts, in: Osaka University Law Review 70 (2023) 81–122.
- Gerhart *Wielinger*, Mutmaßungen über einen Zusammenhang zwischen der Denkweise der österreichischen Verwaltung und der Wiener Schule der Rechtstheorie, in: Erhard *Mock* / Csaba *Varga* (Hrsg), Rechtskultur – Denkkultur. Ergebnisse des ungarisch-österreichischen Symposiums der internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (Stuttgart 1989), 165–175.
- Günther *Winkler*, Die Rechtswissenschaft als empirische Sozialwissenschaft (= Forschungen aus Staat und Recht 130, Wien/New York 1999).
- Urs Mathias *Zachmann*, Yokota Kisaburō. Defending International Criminal Justice in Interwar and Early Post-War Japan, in: Frédéric *Mégret* / Immi *Tallgren* (Hrsg), The Dawn of a Discipline. International Criminal Justice and its Early Exponents (Cambridge 2020) 335–357.

Hans Kelsen und die neue Wissenschaftsauffassung des Wiener Fin de Siècle

I. Vorbemerkung

Im Bereich der Wissenschaften war von einer „Krise des liberalen Ich“¹⁾, die *Carl Schorske* Anfang der 1980er Jahre für das Lebensgefühl und Wertesystem der Wiener Jahrhundertwendegesellschaft diagnostizierte, nicht die Rede. Im Gegenteil: Liberal gesinnte Forscher stellten vielmehr voll Selbstbewusstsein und mit großer Antriebskraft in Wien die Grundlagen der neuzeitlichen Wissenschaft – die *Newtonsche* Mechanik und die *darwinistische* Entwicklungslehre – auf den Prüfstand und erneuerten die Wissenschaften grundlegend in Theorie und Praxis.²⁾ Scheinbar unumstößliche Auffassungen über die Naturentwicklung wurden auf experimenteller Grundlage verworfen und gängige wissenschaftliche Grundbegriffe neu definiert.³⁾ Die neue Betrachtungsweise neigte tendenziell zum Funktionalismus und zum Indeterminismus, und sie erlaubte es den Forschern, die mechanistische Naturgesetzlichkeit anzuzweifeln und Spielräume für die individuelle Gestaltungsmöglichkeiten der Welt zurückzugewinnen.⁴⁾ Die Stunde der neuen Wissenschaftsauffassung schlug mit *Ernst Mach* und *Sigmund Freud*.⁵⁾ *Hans Kelsen* war Zeuge dieser Wandlungsvorgänge und zugleich ihr Wegbereiter im Bereich der Rechtswissenschaft. Wichtige Grundlagen lieferten auch der Kunstwissenschaftler *Alois Riegl*, der Physiker *Franz Exner* sowie der Philosoph *Ludwig Wittgenstein*.

Ausgehend von der Darstellung in meinem Buch *Wissenschaft als reflexives Projekt*⁶⁾ möchte ich im Folgenden zeigen, wie *Hans Kelsen* die Rechtswissenschaft im Kontext dieser neuartigen Wissenschaftsauffassung auf neue Beine stellte. Er definierte veraltete Grundbegriffe der Staatsrechtslehre neu und löste dabei sogenannte „Substanz- in reine Funktionsbegriffe“ auf.⁷⁾ Im 19. Jahrhundert seien Staat, Volk, Nation usw. zu Subjekten mit Willen und Handlungsmacht aufgewertet, zugleich aber die ursprüngliche Funktion, die sie für das menschliche Zusammenleben spielten, nicht weiter reflektiert worden. Die Wissenschaft habe somit zunehmend herrschende Verhältnisse legitimiert statt ana-

1) *Schorske*, Wien 195.

2) Vgl. *Cockett*, Vienna; *Feichtinger / Corradini / Geiger*, kaiserliche Akademie.

3) Vgl. *Feichtinger*, Wissenschaft als reflexives Projekt.

4) Vgl. *Coen*, Vienna in the Age of Uncertainty; *Stöltzner*, Vienna Indeterminism; *Feichtinger*, Krisis des Darwinismus?

5) Vgl. *Feichtinger*, Anti-Essentialist Approach.

6) Vgl. *Feichtinger*, Wissenschaft als reflexives Projekt 237–390.

7) *Kelsen*, Staatsbegriff 212.

lysiert. Jede „moderne Wissenschaft [habe] alle Substanz in Funktion aufzulösen“, erklärte *Kelsen* 1923, um „aus dem Niveau der Theologie in die Linie der modernen Wissenschaft“ einzutreten.⁸⁾ Damit legte er „das Fundament für eine neue Rechtstheorie“, die nunmehr „im Zeichen der Aufklärung und der Wissenschaftlichkeit“ stand.⁹⁾ Ausgehend von dieser Begriffsarbeit ebnete er als Jurist einer neuen, noch wenig verbreiteten Regierungsform – der Demokratie – den Weg.

II. Hans Kelsens Wege zum Juristen des Jahrhunderts

Hans Kelsen,¹⁰⁾ 1881 in Prag geboren, studierte Rechtswissenschaften an der Universität Wien und habilitierte sich 1911 mit der umfangreichen Schrift *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* für allgemeines und österreichisches Staatsrecht und Rechtsphilosophie und deren Geschichte.¹¹⁾ 1917 wurde er zum außerordentlichen, 1919 zum ordentlichen Professor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien ernannt. 1918 legte er als wissenschaftlicher Mitarbeiter der Staatskanzlei Vorentwürfe zur österreichischen Bundesverfassung (B-VG) vor. Sein wichtigster Anteil bestand in der Schaffung einer Normkontrollkompetenz für den neu gegründeten Verfassungsgerichtshof. 1919 wurde *Kelsen* vom Parlament zum Mitglied des Verfassungsgerichtshofs gewählt, dessen Judikatur er bis 1930 maßgeblich prägte.¹²⁾ Als die gewählten Verfassungsrichter – so auch *Kelsen* – infolge des so genannten Dispenschen-Konflikts abberufen und im Zuge der Verfassungsnovelle (1929) durch vom Bundespräsidenten auf Vorschlag der Regierung ernannte Richter ersetzt wurden,¹³⁾ fasste *Kelsen* den Beschluss, Österreich zu verlassen. Er war von der Beseitigung des von der Regierung unabhängigen Verfassungsgerichtshofes „auf das tiefste erbittert“.¹⁴⁾ Sie zeugte für ihn schon 1930 von einer „Einschränkung oder Ersetzung des demokratisch-parlamentarischen durch ein berufsständisches System“.¹⁵⁾

Diese demokratiezerstörenden Vorgänge hatten *Kelsen*, dem Verfasser der wegweisenden Schrift *Vom Wesen und Wert der Demokratie*,¹⁶⁾ seine „Wirksamkeit in Österreich verleidet“.¹⁷⁾ Im Jahr 1930 nahm er einen Ruf als Völkerrechtsprofessor an die Universität Köln an. 1933 wurde er als einer der Ersten von den Nationalsozialisten seines Amtes enthoben. Zunächst emigrierte

⁸⁾ *Kelsen*, Gott und Staat 54.

⁹⁾ *Jabloner*, *Austriaca* 4.

¹⁰⁾ Vgl. *Olechowski*, Hans Kelsen; *Walter / Ogris / Olechowski*, Hans Kelsen; *Feichtinger*, Wissenschaft als reflexives Projekt 240f.

¹¹⁾ *Kelsen*, *Hauptprobleme*.

¹²⁾ Vgl. *Techet*, „Reine Rechtslehre“.

¹³⁾ Vgl. *Kelsen*, *Autobiographie* 67–77; *Walter*, *Verfassungsrichter*; *Neschwara*, *Verfassungsrichter*; *Neschwara*, *Dispenschen*.

¹⁴⁾ *Kelsen*, *Autobiographie* 77.

¹⁵⁾ *Kelsen*, *Entwicklung des Staatsrechts* 164.

¹⁶⁾ *Kelsen*, *Wesen und Wert* (1920, ²1929); vgl. *Jestaedt / Lepsius*, *Demokratietheoretiker XVIII–XXVIII*.

¹⁷⁾ *Kelsen*, *Autobiographie* 77.

er in die Schweiz und – nach einem Zwischenaufenthalt in Prag – 1940 in die Vereinigten Staaten, wo er anfangs an der Harvard University und später – bis 1952 – als Professor für Political Science an der University of California in Berkeley tätig war. In den USA verfasste *Kelsen* völkerrechtliche, soziologische und demokratietheoretische Schriften, darunter einen vielbeachteten Kommentar zum Recht der Vereinten Nationen (1950).¹⁸⁾

Auf neue Wege geführt hatte *Kelsen* die Rechtswissenschaft allerdings schon während seiner Wiener Jahre. Sein Zeitgenosse, der Harvard-Jurist *Roscoe Pound*, würdige ihn 1934 als „unquestionably the leading jurist of the time“, der mit drei seiner Ideen großen Einfluss auf die Rechtswissenschaft ausgeübt habe: der Idee der Rechtswissenschaft als Normwissenschaft, der Idee der Grundnorm und der Idee der Einheit der Rechtsordnung.¹⁹⁾ *Kelsen* starb im Jahr 1973 in Berkeley, Kalifornien.

III. Kelsens reine Rechtslehre

In der *Reinen Rechtslehre* skizzierte *Kelsen* 1934 rückblickend sein wissenschaftliches Programm: „Von allem Anfang an war dabei mein Ziel: Die Jurisprudenz, die – offen oder versteckt – in rechtspolitischem Raisonement fast völlig aufging, auf die Höhe einer echten Wissenschaft, einer Geistes-Wissenschaft zu heben. Es galt, ihre nicht auf Gestaltung, sondern ausschließlich auf Erkenntnis des Rechts gerichteten Tendenzen zu entfalten und deren Ergebnisse dem Ideal aller Wissenschaft, Objektivität und Exaktheit, soweit als irgend möglich anzunähern.“²⁰⁾ *Kelsens* erklärtes Ziel war zum einen die Abgrenzung seiner Wissenschaft von der Politik, in die sich die deutsche Staatsrechtslehre – aus seiner Sicht – verstrickt hatte, und zum anderen die Verwissenschaftlichung der Rechtslehre durch ihre Zurückführung auf eine Normwissenschaft, die sich auf die Analyse des Sollens beschränkte und auf eine Grundlegung in der Welt des Seins (Naturrecht) verzichtete.²¹⁾

Die wichtigsten Schritte, die *Kelsen* zur Verwissenschaftlichung der Rechtslehre setzte, waren die Trennung von Sein und Sollen, von Kausalität und Zurechnung, von Recht und Moral sowie die Identifikation von Recht und Staat. Unter einer reinen Rechtslehre verstand er eine „von aller politischen Ideologie und allen naturwissenschaftlichen Elementen gereinigte, ihrer Eigenart weil der Eigengesetzlichkeit ihres Gegenstandes bewußte Rechtstheorie“.²²⁾ Als reine Normwissenschaft verleugnete die Reine Rechtslehre nicht die realen Machtverhältnisse. *Kelsen* betrachtete diese aber nicht als ihren Gegenstand. Durch diesen Schachzug entzog er die Rechtswissenschaft der Gefahr, Herrschaftsform und Machtverhältnisse im Staat zu rechtfertigen. Wiederholt sah er sich veranlasst, ein Missverständnis auszuräumen: „Die *Entpolitisierung*, die die Reine

¹⁸⁾ *Kelsen*, United Nations; *Kelsen*, Society and Nature; *Kelsen*, Democracy.

¹⁹⁾ *Pound*, Law 532; *Dreier*, „Jurist des Jahrhunderts“.

²⁰⁾ *Kelsen*, Reine Rechtslehre III.

²¹⁾ Vgl. *Fillafer / Feichtinger*, Natural Law.

²²⁾ *Kelsen*, Reine Rechtslehre III.

Rechtslehre fordert, bezieht sich auf die *Wissenschaft* vom Recht, nicht auf ihren Gegenstand, das Recht.²³⁾ Auch *Kelsen* ließ auch keinen Zweifel daran, dass das Recht „ein wesentliches Instrument der Politik“ war und die Rechtsordnung die divergierenden Interessen verschiedener Bevölkerungsgruppen in einer „kausal bestimmten historischen Entwicklung“ widerspiegelte.²⁴⁾ Die Reine Rechtslehre sollte daher keine Lehre des „reinen Rechts“, sondern eine „reine Lehre“ des Rechts sein,²⁵⁾ deren Aufgabe es war, die Struktur des Rechtssystems zu analysieren, aber nicht zu gestalten.²⁶⁾ Die Reine Rechtslehre entschlug sich damit der Verfügbarkeit für politische Zwecke. Mit ihr verfolgte *Kelsen* das Ziel, die Rechtfertigungsfunktion der Rechtslehre aufzukündigen und sie zugleich für die moderne Regierungsform der Demokratie zuzurichten. Wie er 1937 in der *Neuen Zürcher Zeitung* unter dem Titel „Wissenschaft und Demokratie“ schrieb, kann und sollte die Wissenschaft, insbesondere die Rechtswissenschaft, „mit den ihr spezifischen Mitteln“ und „ohne dabei im geringsten ihren Grundsatz wertfreier Objektivität zu verletzen, [die] Demokratie als ihren Freund [und] die Autokratie als ihren Feind erkennen“.²⁷⁾ Wie in Abschnitt 7 zu zeigen sein wird, verfolgte *Kelsen* sein Demokratisierungsprogramm im Zeichen der Aufklärung, vor allem von *Kant* und seiner Definition von Volk und Staat.²⁸⁾

IV. Kelsens Staatslehre

In seiner Lehre vom Staat war *Kelsen* revolutionär und zugleich unbarmherzig: Er entwickelte seinen neuen Begriff vom Staat in kritischer Abgrenzung vom Staatsbegriff der Juristen seiner Zeit. Der in Heidelberg lehrende Staatsrechtsprofessor *Georg Jellinek* hatte den Staat in seiner *Allgemeinen Staatslehre* (1900)²⁹⁾ als ein Wesen mit zwei Seiten – als Herrschaftsverband und als normative Ordnung – definiert. Der „Zwei-Seiten-Theorie“ zufolge verpflichtete sich der Staat, durch „Selbstbindung“ seine Macht rechtlich zu beschränken.³⁰⁾ Im Umkehrschluss ließ diese dualistische Staatskonzeption allerdings zu, dass sich der Staat in Ausnahmefällen dieser Verpflichtung auch entziehen konnte.³¹⁾ Während *Carl Schmitt*, der mit *Kelsen* gleichzeitig in Köln lehrte, die Suspendierung des Rechts durch den Staat im Ausnahmefall, d.h. zur Selbsterhaltung, als legitim erachtete,³²⁾ lehnte *Kelsen* die „Zwei-Seiten-Theorie“ kategorisch ab

²³⁾ *Kelsen*, Was ist die Reine Rechtslehre? 620.

²⁴⁾ *Kelsen*, Hauptprobleme 479; *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre 21.

²⁵⁾ *Kelsen*, Juristischer Formalismus 1724; *Stollers*, Geschichte 163.

²⁶⁾ *Kelsen*, Reine Rechtslehre 17.

²⁷⁾ *Kelsen*, Wissenschaft und Demokratie 238–247.

²⁸⁾ Vgl. *Dreier*, Kelsens Demokratietheorie.

²⁹⁾ *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre.

³⁰⁾ *Jellinek*, System der Rechte 184; vgl. *Jellinek*, Gesetz und Verordnung 198–200; *Jellinek*, Staatenverbindungen 34–36.

³¹⁾ *Dreier*, Hans Kelsens Wissenschaftsprogramm 98f.

³²⁾ *Schmitt*, Politische Theologie 13. „Im Ausnahmefall suspendiert der Staat das Recht“, schrieb *Carl Schmitt*, „kraft eines Selbsterhaltungsrechtes, wie man sagt.“

und entwickelte einen Staatsbegriff, der diesen Ausnahmefall denkunmöglich machte.

In seinem Buch *Der soziologische und juristische Staatsbegriff* (1922) stellte *Kelsen* fest, „daß der Staat [...] die Rechtsordnung nicht etwa ‚erzeugt‘ oder ‚trägt‘, sondern ist.“³³⁾ Kurzum: Staat und Rechtsordnung seien identisch. Schon 1914 hatte er in seiner Abhandlung „Über Staatsunrecht“ präzisiert: „Meine Konstruktion hat den Staat, der in der heutigen Rechtstheorie noch als macht- und herrschaftbegabte Person angesehen wird, aller politischen Macht- und Herrschaftselemente entkleidet und ihn lediglich als dasjenige belassen, was er für die juristische Erkenntnis allein sein kann“: nämlich eine „Personifikation des Rechtes“.³⁴⁾ Wenn der Staat nur eine Personifikation des Rechts war, so kippte damit auch die *Jellinek'sche* „Selbstverpflichtungstheorie“, deren Funktion *Kelsen* in der *Reinen Rechtslehre* im Kapitel „Die ideologische Funktion des Dualismus von Staat und Recht“ kritisch offenlegte: „Es kommt hier nicht so sehr darauf an, das Wesen des Staates zu verstehen, als vielmehr seine Autorität zu stärken.“³⁵⁾

Die Verdoppelung von Staat und Recht hatte für *Kelsen* eine „ideologische Funktion von außerordentlicher, gar nicht zu überschätzender Bedeutung“,³⁶⁾ nicht zuletzt, weil er der bestehenden Ordnung das Recht zuerkannte, rechtmäßig, legitim zu sein. Dass etwas sei, durfte *Kelsen* zufolge nicht zur Schlussfolgerung verleiten, dass es auch so sein sollte. Allein eine ideologiefreie Staatslehre konnte das Rückgrat einer neuen Regierungsform wie jener der Demokratie darstellen.

Fragt man danach, wie *Kelsen* zu seiner Theorie von der vollständigen Identität von Staat und Recht gekommen ist, so waren dafür zwei Erfahrungen maßgebend – die habsburgische Lebenswelt und seine *Kant*-Lektüre, insbesondere in neukantianischer Form. Das habsburgische Völkerkonglomerat hatte ihm gezeigt, dass das, „was die Einheit in der Vielheit der diese Gemeinschaft bildenden Individuen konstituiert“, „eine spezifische Rechtsordnung ist [...]“; dass alle Versuche, diese Einheit meta-juristisch, d.h. soziologisch zu begründen, als gescheitert anzusehen sind.³⁷⁾ Aus der *Kant*-Lektüre hatte er gelernt, „dass Dualismus von Staat und Recht eine Fiktion ist, die auf einer animistischen Hypostasierung der Personifikation beruht, mit deren Hilfe man die juristische Einheit des Staates darzustellen pflegt“.³⁸⁾

In *Ernst Cassirers* Studie über *Substanzbegriff und Funktionsbegriff* (1910)³⁹⁾ fand *Kelsen* seine Theorie, dass sich die Staatslehrer den Staat über das „anschauliche Bild“ einer Person vorzustellen versucht hätten, bestätigt. Diese „Denkhilfe“ sei „real gesetzt“⁴⁰⁾ und der Staat nicht nur als normative

³³⁾ *Kelsen*, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* 135.

³⁴⁾ *Kelsen*, *Über Staatsunrecht* 114.

³⁵⁾ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* 117.

³⁶⁾ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* 117; *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² 288.

³⁷⁾ *Kelsen*, *Autobiographie* 59.

³⁸⁾ *Kelsen*, *Autobiographie* 59.

³⁹⁾ *Cassirer*, *Substanzbegriff und Funktionsbegriff*.

⁴⁰⁾ *Kelsen*, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* 176, 205.

Ordnung, sondern auch als Staatswesen konstruiert worden. *Cassirer* gab *Kelsen* den Anstoß, diesen gängigen Begriff vom „Staat als ein von der Rechtsordnung verschiedenes Wesen“ zu verwerfen.⁴¹⁾ „Was *Cassirer* für die Grundbegriffe der Naturwissenschaft wie Atom, Aether, Materie, Kraft, Seele usw.“ geleistet habe, das sei auf analoge Weise auch auf die Grundbegriffe der Rechtswissenschaft – insbesondere auf den Staatsbegriff – anzuwenden, notierte *Kelsen* 1922: „sie aus Substanz- in reine Funktionsbegriffe zu wandeln.“⁴²⁾ *Kelsen* vollzog diesen Wandel. Im Jahr 1933 bemerkte er in einem Brief an den italienischen Soziologen *Renato Treves*: „Die reine Rechtstheorie, die den Begriff der Person als substantiellen Begriff [...] anerkennt, hat diesen Begriff im Sinne der kantischen Philosophie aufgelöst, in der alle Substanz auf die Funktion reduziert werden soll. *Cassirer*, einer der besten Kantianer [...] hat dies in seinem schönen Buch [*Substanzbegriff und Funktionsbegriff*] gezeigt.“⁴³⁾ Mit seinem neuen Staatsbegriff stellte sich *Kelsen* nicht nur in die Tradition des Neukantianers *Cassirer*, sondern auch in die von *Ernst Mach* und *Sigmund Freud*. Auch *Mach* und *Freud* hatten Begriffsarbeit geleistet und Substanzbegriffe wie das Ich und die Seele in Funktionsbegriffe aufgelöst.

V. Mach und Freud

Ernst Mach definierte in seiner *Analyse der Empfindungen* (1886) das Ich nicht als „reelle“, sondern nur als eine „ideelle denkökonomische“ Einheit,⁴⁴⁾ „einen funktionalen Zusammenhang der Elemente“⁴⁵⁾. Er verstand darunter „einen Komplex von Erinnerungen, Stimmungen, Gefühlen, welcher als Ich bezeichnet wird.“⁴⁶⁾ Es sei „so wenig absolut beständig als die Körper“. So wie das Ich konstituierte sich auch die Welt nicht aus „rätselhaften Wesen“, sondern lediglich aus Sinnesempfindungen, die mit Begriffen „Ich“, „Körper“, usw. versehen worden wären.⁴⁷⁾ Sonach waren Ich und Außenwelt auch nicht wesensverschieden, sondern letztlich eins. Die Trennung beider war eine metaphysische Verdoppelung. Das Ich sei nicht Substanz, sondern – so wie Körper und Gegenstand – lediglich eine Hypothese. *Mach* brachte seinen funktionalen Begriff vom Ich – als „Notbehelf zur vorläufigen Orientierung“ – mit der Formulierung „Das Ich ist unrettbar“ auf den Punkt.⁴⁸⁾

Ähnlich wie *Mach* argumentierte auch *Sigmund Freud*. In seiner Theorie des Unbewussten hatte das Ich eine prekäre Funktion, weil es zwischen den drei von *Freud* geprägten Instanzen – Über-Ich, Es und Außenwelt, die einander bekämpften – vermitteln musste. Das „Ich“, schrieb *Freud* 1917, sei „nicht Herr

⁴¹⁾ *Kelsen*, Staatsbegriff 208.

⁴²⁾ *Kelsen*, Staatsbegriff 212.

⁴³⁾ *Kelsen*, Pure Theory 174 (übersetzt von JF).

⁴⁴⁾ *Mach*, Empfindungen 19.

⁴⁵⁾ *Mach*, Erkenntnis und Irrtum 11.

⁴⁶⁾ *Mach*, Empfindungen 2.

⁴⁷⁾ *Mach*, Empfindungen 10f., 17.

⁴⁸⁾ *Mach*, Empfindungen 20.

[...] in seinem eigenen Haus“.⁴⁹⁾ *Freud* definierte auch Gruppen und Massen als erster funktionsbezogen. In *Massenpsychologie und Ich-Analyse* (1921) zeigte er, dass sich der einzelne Mensch „als Mitglied eines Stammes, eines Volkes, einer Kaste, eines Standes, einer Institution oder als Bestandteil eines Menschenhaufens, [...] zu einer gewissen Zeit für einen bestimmten Zweck zur Masse organisiert[e]“.⁵⁰⁾ War für *Mach* die Funktion des Ich bloß eine Orientierung gebende, so war für *Freud* auch die Masse kein „Ding“ bzw. „Wesen“ (als das sie noch *Gustave Le Bon* in seiner *Psychologie der Massen* (1895)⁵¹⁾ verstanden hatte), sondern das Produkt von „Gefühlsbindungen“ („Libido“).⁵²⁾

Ernst Mach hatte in Wien um 1900 ein veraltetes Verständnis von Physik verabschiedet, *Freud* eines von der Psychologie. Beide hatten die Grundbegriffe ihrer Disziplinen im funktionalen Zusammenhang erneuert. *Kelsen* bemerkte 1923, dass allein die gängigen Grundbegriffe der Staatsrechtslehre (Staat, Volk, Souveränität usw.) „erkenntnistheoretisch [noch] auf einer Stufe mit dem Begriff der Seele in der alten Psychologie, dem Begriff der Kraft in der alten Physik“ gestanden seien.⁵³⁾ Daraus zog der den Schluss: Wenn es inzwischen eine Psychologie als „Seelenlehre – ohne Seele“ (*Freud*), und eine Physik als eine „Kraftlehre – ohne Kraft“ (*Mach*) gab, so musste es auch eine „Staatslehre – ohne Staat“⁵⁴⁾ geben. 1922 verdeutlichte er in seiner Abhandlung „Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie“: „Wenn festgestellt werden kann, daß der von der Staatstheorie dem Recht gegenüber unterschiedene, ‚hinter‘ dem Recht, als ‚Träger‘ des Rechts gedachte Staat ebenso eine verdoppelnde, Scheinprobleme erzeugende ‚Substanz‘ ist, wie die ‚Seele‘ in der Psychologie, die ‚Kraft‘ in der Physik, dann wird es ebenso eine Staatslehre ohne Staat geben, wie es schon heute eine Psychologie ohne eine ‚Seele‘ [...] und schon heute eine Physik ohne ‚Kräfte‘ gibt.“⁵⁵⁾

Mit dieser „Entsubstanziierungsstrategie“⁵⁶⁾ erhob *Kelsen* den Anspruch auf Verwissenschaftlichung der Staatsrechtslehre: *Kelsen* warf *Jellinek* vor, in seiner *Allgemeinen Staatslehre* durch die Verdoppelung von Staatskörper und juristischer Ordnung den real existierenden Machtstaat wissenschaftlich legitimiert zu haben. *Kelsen* zufolge hatte Wissenschaft aber nicht die Aufgabe, zur Wahrung der Herrschaftsform beizutragen, sondern Vorgänge in der Welt zu erklären. Dafür definierte er grundlegende Begrifflichkeiten der Staatsrechtslehre neu: Im Unterschied zu *Jellinek* verstand *Kelsen* unter Staat nicht „die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgerüstete Körperschaft eines seßhaften Volkes oder [...] die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgestattete Gebietskörperschaft“⁵⁷⁾, sondern allein die Summe positiver Verhaltensregeln, die vom

⁴⁹⁾ *Freud*, Schwierigkeit der Psychoanalyse 11.

⁵⁰⁾ *Freud*, Massenpsychologie 74.

⁵¹⁾ *Le Bon*, Psychologie der Massen VIII.

⁵²⁾ *Freud*, Massenpsychologie 77, 100.

⁵³⁾ *Kelsen*, Gott und Staat 54.

⁵⁴⁾ *Kelsen*, Gott und Staat 54

⁵⁵⁾ *Kelsen*, Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie 138f.

⁵⁶⁾ *Dreier*, Hans Kelsens Wissenschaftsprogramm 102.

⁵⁷⁾ *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre 183.

Menschen aufgestellt und daher auch veränderbar waren.⁵⁸⁾ Letztere standen in einem hierarchischen Abhängigkeitsverhältnis zueinander und fanden ihren „Zurechnungsendpunkt“ in der Grundnorm. *Jellinek* definierte den Staat noch substanziell über Gewalt, Volk und Gebiet, für *Kelsen* erschöpfte sich der Staat begrifflich in seiner Rechtsordnung. Dieser Staatsbegriff hatte für ihn – wie weiter unten gezeigt – die Funktion, der demokratischen Staatsform den Weg zu ebnen.

VI. Die neue Wissenschaftsauffassung des Wiener Fin de Siècle

Viele Sätze der Wissenschaft zur Zeit der Jahrhundertwende erklärten nicht die Vorgänge in Staat, Gesellschaft und Natur, sondern rechtfertigten althergebrachte Auffassungen, insbesondere das mechanistische Kausalitätsprinzip in der Natur. Nicht zufällig wurde daher die Frage debattiert, inwieweit ein funktionaler Ansatz Gestaltungsspielraum für den Menschen schaffen konnte. Wenige Beispiele aus der Biologie, der Kunstwissenschaft, der Physik sollen zeigen, wie in Wien um 1900 die Funktion zum neuen Maßstab erklärt und für Formbildungen verantwortlich gemacht wurden. Die Devise lautete: Die Form folgt der Funktion.

In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts vertraten deutsche Darwinisten den deterministischen Standpunkt, dass der Artenwandel allein durch Selektion bestimmt und dass die im Zuge von Anpassungsvorgängen erworbenen Eigenschaften nicht vererbbar seien.⁵⁹⁾ Der mächtigste Wissenschaftler Wiens – *Richard Wettstein*, Professor der Botanik, Multifunktionär und Vizepräsident der Akademie – trat um 1900 auf experimenteller Grundlage den Gegenbeweis an: Er zeigte, dass sich die Form eines Organs durch Anpassung verändern und diese Veränderung auch erblich erhalten werden konnte. Für *Wettstein* lag der Schlüssel für die Lösung des „großen biologischen Rätsels“ der Höherentwicklung der Formenwelt in der Natur in dem „*lamarckistischen Prinzip*“ der funktionalen Anpassung und der Erhaltung der neu erworbenen Merkmale durch Vererbung.⁶⁰⁾ So wie *Wettstein* anerkannten die führenden Wiener Biologen der Jahrhundertwende die Dependenztheorie *Darwins* als wohlbegründete Lehre, die „die Mannigfaltigkeit und ‚zweckmäßige‘ Gestaltung der Organismenwelt verständlich“ machte. Allerdings genügte ihnen „die an richtungslose Variationen anknüpfende Wirkung der Selection“ nicht allein, um „den unleugbaren ‚Fortschritt‘ in der Organisation, in der sich eine fortwährende Zunahme der Complication derselben äußert“ zu erklären.⁶¹⁾ Sie vertraten daher den Standpunkt, „dass *lamarckistische* und *darwinistische* Anschauungen sich nicht ausschliessen, sondern neben einander ihre Berechtigung haben.“⁶²⁾

⁵⁸⁾ Vgl. *Kelsen*, juristische Staatsbegriff; *Kelsen*, Staat und Recht.

⁵⁹⁾ Vgl. *Feichtinger*, Krisis des Darwinismus?

⁶⁰⁾ *Wettstein*, Festrede anlässlich der *Darwin*-Feier am 12. Februar 1909 98f.

⁶¹⁾ *Wettstein*, Botanik zum Darwinismus 22f.

⁶²⁾ *Wettstein*, Neo-Lamarckismus 5; vgl. *Wettstein*, Neo-Lamarckismus.

Die erweiterte Theorie zur Formbildung eröffnete der Wissenschaft Handlungsspielräume für den Menschen. Der Wiener Sozialwissenschaftler *Rudolf Goldscheid* zog schließlich den Schluss, dass somit auch eine „Höherentwicklung des Menschen“ durch „die Anpassung unseres Organismus an die uns umgebende Natur“ sowie „die aktive Anpassung des Milieus an unsere inneren Entfaltungstendenzen“ erreicht werden konnte.⁶³⁾ *Goldscheid* folgerte daraus, dass durch die „Umgestaltung des Milieus“ in die Gesellschaftsentwicklung eingegriffen werden konnte. Sie schien damit planmäßig gestaltbar.⁶⁴⁾

Auch die Kunstwissenschaft erkannte im menschlichen Willensakt die entscheidende formbestimmende Funktion. *Alois Riegl*, heute ein weltweit gefeierter österreichischer Kunsthistoriker der Jahrhundertwende, erfand den Begriff des „Kunstwollens“,⁶⁵⁾ das zur jeweiligen Zeit und am jeweiligen Ort die Formgebung der Kunstwerke und den Kunstgeschmack bestimmte. Mit dem Kunstwollen, das Künstler und Publikum teilten, erklärte er den Wandel der Stile. Jede Zeit hatte ihre gewollte Kunst. Weder gab es eine zeitlose Ästhetik noch determinierten verfügbare Techniken und Materialien sowie das Können der Künstler mechanistisch die Formgebung in der Kunst. Der gängigen Rede vom Stilverfall erteilte *Riegl* eine Absage.⁶⁶⁾ Aufgabe der Kunstwissenschaft war es nicht, ästhetische Werturteile zu fällen, sondern – wie *Walter Benjamin Riegls* Kunst-auffassung würdigte – ausgehend von den unterschiedlichen Schönheitsidealen in den verschiedenen Zeitaltern und Räumen die „geistige Funktion des Kunstwerks“ zu ermitteln.⁶⁷⁾

In der Physik war die Funktion als formgebender Faktor am schwersten nachzuweisen. Eine Energieform, die Wärme, erfüllte nämlich nicht die ihr zugedachte Funktion, wieder in Arbeit und Kraft zurückverwandelt werden zu können. *Ludwig Boltzmann* hatte mit der statistischen Begründung des zweiten Hauptsatzes der Thermodynamik den Energieerhaltungssatz widerlegt. Da Wärme unaufhaltbar verloren ging, drohte dem Universum der Wärmetod, ein Zustand völlig entwerteter Energie. 1886 eröffnete *Boltzmann* den Mitgliedern der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften diese düstere Aussicht: „Alle Versuche, das Universum von diesem Wärmetode zu erretten, blieben erfolglos; und um nicht Erwartungen zu erregen, die ich nicht erfüllen kann, will ich sogleich bemerken, daß auch ich hier keinen derartigen Versuch machen werde.“⁶⁸⁾ War es möglich, den Wärmetod noch abzuwenden? Der bedeutendste Wiener Physiker der Jahrhundertwende *Franz Exner* machte diesen Versuch in Form eines Gedankenexperiments. In seiner Inaugurationsrede als Rektor der Universität Wien von 1908 stellte er fest: „Exacte Naturgesetze also im mathematischen Sinne des Wortes gibt es nicht.“⁶⁹⁾ Weiters: „Diese Gesetze existieren

⁶³⁾ *Goldscheid*, Darwin als Lebelement 33.

⁶⁴⁾ *Goldscheid*, Darwin als Lebelement 45, 70.

⁶⁵⁾ *Riegl*, Stilfragen VII.

⁶⁶⁾ *Riegl*, Kunstindustrie 7.

⁶⁷⁾ *Benjamin*, Kunstwissenschaft 371f.

⁶⁸⁾ *Boltzmann*, Wärmethorie 237.

⁶⁹⁾ *Exner*, Naturwissenschaft und Humanistik 58.

aber nicht in der Natur, die formuliert erst der Mensch“, der sich ihrer als sprachliches Hilfsmittel bediene.⁷⁰⁾ Schließlich: „Alle unsere Gesetze sind nur Wahrscheinlichkeitsgesetze.“⁷¹⁾ Sie haben bloß statistischen Charakter. So sei auch *Boltzmanns* zweiter Hauptsatz wie jedes physikalische Gesetz nur ein Wahrscheinlichkeitssatz, dem keine absolute Gewissheit zukommt, sondern „nur als ein Durchschnittsgesetz Giltigkeit hat.“⁷²⁾ Als solches ließe es sich „auf einzelne Fälle [...] überhaupt nicht anwenden“ und es gestatte „das Eintreten von Durchschnittszuständen nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwarten.“⁷³⁾ *Exner* im Wortlaut: „Es ist also der zweite Hauptsatz ein Wahrscheinlichkeitssatz und als solchem kann ihm keine absolute Gewißheit zukommen.“⁷⁴⁾ Damit gab es zumindest Hoffnung, dass der Wärmetod des Universums nicht mit Notwendigkeit eintrat.

Mit diesen drei Beispielen habe ich zu zeigen versucht, dass in Wien um 1900 nicht nur Grundbegriffe der Wissenschaft neu – d.h. funktional – definiert wurden – so von *Mach*, *Freud* und *Kelsen* –, sondern dass auch in der Theoriebildung und wissenschaftlichen Praxis der Funktion formbildende Wirkung zuerkannt wurde: Wissenschaftler der Jahrhundertwende zeigten, dass sich organische Formen durch funktionelle Anpassung höherentwickeln konnten, die Funktion des menschlichen Kunstvollens die künstlerische Form bestimmte und die Energieform Wärme die ihr zugeordnete Funktion – nämlich sich zu erhalten –, nicht mit absoluter Notwendigkeit verlor. Damit behaupteten die bürgerlichen Professoren wissenschaftlich begründeten Gestaltungswillen. Zu ihnen zählte auch *Hans Kelsen*, der zwischen 1919 und 1930 als Professor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien wirkte.

VII. Kants Erbe: Von Kelsens funktionalem Staatsbegriff zur Demokratietheorie

Für *Hans Kelsens* Theoriebildung ist es charakteristisch, dass die Staats- und die Regierungsform von den Funktionen, die sie für das menschliche Zusammenleben erfüllten, bestimmt wurden. In Anlehnung an *Kant* definierte er Staat und Volk nicht über Substanz-, sondern über Funktionsbegriffe:

(1) „Ein Staat (civitas)“, notierte *Kant*, „ist die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen.“⁷⁵⁾ Auch das Volk besaß weder für *Kant* noch für *Kelsen* ein außerrechtliches Wesen. Volkszugehörigkeit wurde nicht substanziell über Abstammung, sondern funktional begründet: Jener „actus“, der die Menge in ein Volk verwandelte,⁷⁶⁾ bestand für beide in der Teilhabe an der Gesetzgebung.⁷⁷⁾

⁷⁰⁾ *Exner*, Naturwissenschaft und Humanistik 49.

⁷¹⁾ *Exner*, Naturwissenschaft und Humanistik 58.

⁷²⁾ *Exner*, Vorlesungen 686.

⁷³⁾ *Exner*, Vorlesungen 182.

⁷⁴⁾ *Exner*, Vorlesungen 685.

⁷⁵⁾ *Kelsen*, drei Gewalten 1625; *Kant*, Metaphysik 431 (§ 45).

⁷⁶⁾ *Kant*, Rechtsphilosophie 511.

⁷⁷⁾ Vgl. *Maus*, „Volk“ und „Nation“.

(2) Gesetzgebend könne aber nur jener „allgemein vereinigte Volkswille“ sein,⁷⁸⁾ der „die verschiedenen Willen [...] verknüpft, d.i. der gemeinschaftliche Wille“⁷⁹⁾ notierte *Kant* im Zuge seiner *Vorarbeiten zum Öffentlichen Recht*: „So repräsentiert das vereinigte Volk nicht bloß den Souverän, sondern es ist dieser selbst“.⁸⁰⁾ Gesetzgebung ist eine Funktion des Volks. Oder in den Worten *Kants*: „Der Staat ist ein Volk, das sich selbst beherrscht“.⁸¹⁾

(3) Im Unterschied zur Auffassung von *Kant* und *Kelsen* beherrschte laut der gängigen Staatslehre der Staat das Volk. Ausdruck der Macht des Staates war der sogenannte Staatswille: „Sein [des Staates] Willen hat allein die Kraft“, so hatte bereits *Laband* gelehrt, „den Willen der Individuen zu brechen, über Vermögen, natürliche Freiheit und Leben derselben zu verfügen.“⁸²⁾ Der Staatswille widersprach der aufklärerischen Idee der Volkssouveränität und nahm die unterschiedlichen „Wollungen, Strebungen, Zwecksetzungen“ in der Bevölkerung nicht zur Kenntnis.⁸³⁾ Die gängige deutsche Staatslehre versuchte die unübersichtlichen Willensverhältnisse nicht zu ermitteln, sondern ging von einem Staatswillen aus. *Kelsen* hingegen entwickelte ein Verfahren und Kriterien für die Ermittlung eines Gesamtwillens der Bevölkerung.

Wie *Kant* verlagerte *Kelsen* die Herrschaft auf das Volk. Unter Herrschaft verstand er daher nicht „government for“, sondern „by the people“.⁸⁴⁾ Diesen Herrschaftsbegriff erläuterte *Kelsen* wie folgt: „Müssen wir aber beherrscht werden, dann wollen wir nur von uns selbst beherrscht sein.“⁸⁵⁾ „Der tiefste Sinn des demokratischen Prinzipes“ war für *Kelsen* die Freiheit möglichst vieler durch Beteiligung an der staatlichen Herrschaft.⁸⁶⁾ Die „relativ größte Annäherung an die Idee der Freiheit“ lag für ihn im Majoritätsprinzip, – nicht, weil die Mehrheit stärker sei als die Minderheit, sondern weil „möglichst wenig Menschen mit ihrem Willen in Widerspruch zu dem allgemeinen Willen der sozialen Ordnung geraten“ würden und daher in diesem Sinne frei wären.⁸⁷⁾ Darin erkannte er auch die wesentliche Funktion der Demokratie, die als einzige Regierungsform die unterschiedlichen, einander gleichsam widersprechenden „Wollungen, Strebungen, Zwecksetzungen“ in der Bevölkerung anerkannte und verrechtlichte.

⁷⁸⁾ *Kant*, *Metaphysik* 432 (§ 46).

⁷⁹⁾ *Kant*, *Metaphysik* [Aus dem Nachlaß:] V. Vorarbeiten zum Öffentlichen Recht, LBl. F 18 R II 348–354.

⁸⁰⁾ *Kant*, *Metaphysik*, 464 (§ 52).

⁸¹⁾ *Kant*, *Metaphysik* [Aus dem Nachlaß:] V. Vorarbeiten zum Öffentlichen Recht, LBl. F 4 R II 281–284.

⁸²⁾ *Laband*, *Staatsrecht* 69.

⁸³⁾ *Kelsen*, *Staatsbegriff* 123.

⁸⁴⁾ *Kelsen*, *Democracy* 1–5.

⁸⁵⁾ *Kelsen*, *Wesen und Wert*² 4.

⁸⁶⁾ *Kelsen*, *Wesen und Wert*² 10, 2; *Kelsen*, *Staatsform* 1927.

⁸⁷⁾ *Kelsen*, *Wesen und Wert* (1920) 5, 9.

VIII. Schluss

Kelsen war ein Kind seiner Zeit: Wie andere seiner Zeitgenossen hatte er in seiner Disziplin der gängigen mechanistischen Wissenschaftsauffassung Spielraum für menschliches Handeln abzurufen versucht. *Kelsen* griff die neue Idee, dass die Funktion formbildend wirkte, auf und gab der Demokratie die Funktion, die unterschiedlichen „Wollungen, Strebungen, Zwecksetzungen“ in der Gesellschaft insoweit auszugleichen, als dass möglichst wenige Menschen mit ihrem Willen in Widerspruch zu dem Allgemeinwillen standen. Auch die Herrschaftsform der Demokratie – wie sie *Kelsen* konzipierte – war somit ein Produkt der neuen Wissenschaftsauffassung des Wiener Fin de Siècle, folgte sie doch der für uns Menschen nützlichen Funktion, „nur von uns selbst beherrscht“ zu werden.

Literatur

- Walter *Benjamin*, Strenge Kunstwissenschaft. Zum ersten Bande der „Kunstwissenschaftlichen Forschungen“ (Zweite Fassung) (Original 1932), in: Walter *Benjamin*, Gesammelte Schriften 3 (stw 933 Frankfurt am Main 1991) 369–374.
- Ludwig *Boltzmann*, Der zweite Hauptsatz der mechanischen Wärmetheorie. Vortrag gehalten in der Feierlichen Sitzung der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften am 29. Mai 1886, in: Almanach der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften 36 (Wien 1886) 225–259.
- Ernst *Cassirer*, Substanzbegriff und Funktionsbegriff. Untersuchungen über die Grundfragen der Erkenntniskritik (Berlin 1910).
- Richard *Cockett*, Vienna. How the City of Ideas Created the Modern World (New Haven/London 2023).
- Deborah R. *Coen*, Vienna in the Age of Uncertainty (Chicago 2007).
- Horst *Dreier*, Hans Kelsen (1881–1973), „Jurist des Jahrhunderts“?, in: Helmut *Heinrichs* u.a. (Hrsg), Deutsche Juristen jüdischer Herkunft (München 1993) 705–732.
- Horst *Dreier*, Hans Kelsens Wissenschaftsprogramm, in: Helmuth *Schultze-Fielitsch* (Hrsg), Staatsrechtslehre als Wissenschaft (Berlin 2007) 81–114.
- Horst *Dreier*, Kelsens Demokratietheorie. Grundlegung, Strukturelemente, Probleme, in: Robert *Walter* / Clemens *Jablonek* (Hrsg), Hans Kelsens Wege sozialphilosophischer Forschung (= Schriftenreihe des HKI 20, Wien 1997) 79–108.
- Horst *Dreier*, Kelsen im Kontext. Beiträge zum Werk Hans Kelsens und geistesverwandter Autoren (Tübingen 2019).
- Franz *Exner*, Über Gesetze in Naturwissenschaft und Humanistik. Inaugurationsrede, gehalten am 15. Oktober 1908 (Leipzig/Wien 1909).
- Franz *Exner*, Vorlesungen über physikalischen Grundlagen der Naturwissenschaften (Wien 1919).
- Johannes *Feichtinger*, Intellectual Affinities: Ernst Mach, Sigmund Freud, Hans Kelsen and the Austrian Anti-Essentialist Approach to Science and Scholarship, in: Ian *Bryan* / Peter *Langford* / John *McGarry* (Hrsg), The Foundation of the Juridico-Political. Concept Formation in Hans Kelsen and Max Weber (New York 2016) 117–139.
- Johannes *Feichtinger*, Krisis des Darwinismus? Darwin und die Wissenschaften des Wiener Fin de Siècle, in: Herbert *Matis* / Wolfgang L. *Reiter* (Hrsg),

- Darwin in Zentraleuropa. Die wissenschaftliche, weltanschauliche und populäre Rezeption im 19. und frühen 20. Jahrhundert (= Ignaz-Lieben-Gesellschaft. Studien zur Wissenschaftsgeschichte 2, Wien 2018) 63–86.
- Johannes *Feichtinger* / Doris A. *Corradini* / Katja *Geiger*, Die kaiserliche Akademie um die Jahrhundertwende. Die Entwicklung zur Forschungsakademie in drei Phasen, in: Johannes *Feichtinger*, Brigitte *Mazohl* (Hrsg), Die Österreichische Akademie der Wissenschaften 1847–2022. Eine neue Akademiegeschichte 1 (Wien 2022) 311–409.
- Johannes *Feichtinger*, Wissenschaft als reflexives Projekt. Von Bolzano über Freud zu Kelsen: Österreichische Wissenschaftsgeschichte 1848–1938 (Bielefeld 2010).
- Franz Leander *Fillafer* / Johannes *Feichtinger*, Natural Law and the Vienna School. Hans Kelsen, Alfred Verdross, and Eric Voegelin, in: Peter *Langford*, Ian *Bryan*, John *McGarry* (Hrsg), Hans Kelsen and the Natural Law Tradition (= Studies in Moral Philosophie 14, Leiden 2019) 425–461.
- Sigmund *Freud*, Eine Schwierigkeit der Psychoanalyse (Original 1917), in: Sigmund *Freud*, Gesammelte Werke. Band XII. Werke aus den Jahren 1917–1920. Nachdruck der Ausgabe von London 1940, hrsg. von Anna *Freud* [u.a.] (Frankfurt am Main 1999) 1–12.
- Sigmund *Freud*, Massenpsychologie und Ich-Analyse (Original 1921), in: Sigmund *Freud*, Gesammelte Werke. Band XIII. Nachdruck der Ausgabe von London 1940, hrsg. von Anna *Freud* [u.a.] (Frankfurt am Main 1999) 73–161.
- Rudolf *Goldscheid*, Darwin als Lebenselement unserer modernen Kultur (Wien/Leipzig 1909).
- Clemens *Jablöner* / Andras *Jakáb* / Lando *Kirchmayr* / Otto *Pfersmann* / Ewald *Wiederin* (Hrsg), Scharfsinn im Recht. Liber Amicorum Michael Thaler zum 70. Geburtstag (Wien 2019) 3–18.
- Georg *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre (Berlin 1900) [³1905, hier verwendet ³1929, 5. Nachdruck, durchgesehen u. ergänzt von Walter *Jellinek*].
- Georg *Jellinek*, Die Lehre von den Staatenverbindungen (Wien 1882).
- Georg *Jellinek*, Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage (Freiburg im Breisgau 1887) 189–205.
- Georg *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte (Freiburg im Breisgau 1892).
- Matthias *Jestaedt* / Oliver *Lepsius*, Der Rechts- und Demokratietheoretiker Hans Kelsen. Eine Einführung, in: Hans *Kelsen*. Verteidigung der Demokratie. Abhandlungen zur Demokratietheorie. Ausgewählt und herausgegeben von Matthias *Jestaedt* / Oliver *Lepsius* (Tübingen 2006), VII–XXIX.
- Immanuel *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, hrsg. von Wilhelm Weischedel (stw 190, Frankfurt am Main 1977) (Original 1798) 431 (§ 45).
- Immanuel *Kant*, Metaphysik der Sitten [Aus dem Nachlaß:] V. Vorarbeiten zum Öffentlichen Recht, LBl. F 18 R II 348–354 (= Immanuel Kant. Werke. Elektronische Ressource, Berlin 2003).
- Immanuel *Kant*, Metaphysik der Sitten [Aus dem Nachlaß:] V. Vorarbeiten zum Öffentlichen Recht, LBl. F 4 R II 281–284 (= Immanuel Kant. Werke. Elektronische Ressource, Berlin 2003).

- Immanuel *Kant*, Reflexionen zur Rechtsphilosophie, in: *Kant's handschriftlicher Nachlaß 6: Moralphilosophie, Rechtsphilosophie und Religionsphilosophie*, hrsg. von der Preußischen Akademie der Wissenschaften (= Akademie Ausgabe 19, Berlin–Leipzig 1934) 442–613.
- Hans *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Berlin 1925) 21.
- Hans *Kelsen*, Autobiographie [1947], in: Hans Kelsen. Werke 1: Veröffentlichte Schriften 1905–1910 und Selbstzeugnisse, hrsg. von Mathias *Jestaedt* in Kooperation mit dem Hans Kelsen-Institut (Tübingen 2007) 29–132.
- Hans *Kelsen*, Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik (Original 1921), in: Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, hrsg. von Hans *Klecatsky* / René *Marcic* / Herbert *Schambeck*. Bd. 1 (Wien [u.a.] 1968) 95–148.
- Hans *Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht (Tübingen 1922).
- Hans *Kelsen*, Die Entwicklung des Staatsrechts in Oesterreich seit dem Jahre 1918, in: Gerhard *Anschütz* / Richard *Thoma* (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts 1, (Tübingen 1930) 147–165.
- Hans *Kelsen*, Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates (Original 1924), in: Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, hrsg. von Hans *Klecatsky* / René *Marcic* / Herbert *Schambeck*. Bd. 2 (Wien [u.a.] 1968) 1625–1660.
- Hans *Kelsen*, Foundations of Democracy, Ethics. An International Journal of Social, Political, and Legal Philosophy LXVI 1, 2 (1955) 1–101.
- Hans *Kelsen*, Gott und Staat (1922/23), in: HKW 7, 435–458; auch abgedruckt in: Ernst *Topitsch* (Hrsg.), Hans Kelsen, Staat und Naturrecht. Aufsätze zur Ideologiekritik² (München 1989) 29–55.
- Hans *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz² (Tübingen 1923).
- Hans *Kelsen*, Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre, Juristische Wochenschrift 58, 23 (1929) 1723–1726.
- Hans *Kelsen*, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik (Wien 1934).
- Hans *Kelsen*, Society and Nature: A Sociological Inquiry (London 1946).
- Hans *Kelsen*, Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen und juristischen Erkenntnis des Staates (Original 1922), in: Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross 1, hrsg. von Hans *Klecatsky* / René *Marcic* / Herbert *Schambeck* Wien [u.a.] 1968) 149–170.
- Hans *Kelsen*, Staatsform und Weltanschauung, in: Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross 2, hrsg. von Hans *Klecatsky* / René *Marcic* / Herbert *Schambeck* (Wien [u.a.] 1968) 1923–1942.
- Hans *Kelsen*, The Law of the United Nations. A Critical Analysis of its Fundamental Problems (London 1950).
- Hans *Kelsen*, The Pure Theory of Law, 'Labandism', and Neo-Kantianism. A letter to Renato Treves, in: Stanley L. *Paulson* / Bonnie Litschewski / *Paulson* (Hrsg.), Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes (Oxford 1998) 169–175.
- Hans *Kelsen*, Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt, Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 40 (1914) 1–114.
- Hans *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie (Tübingen 1920).

- Hans *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie. Umgearbeitete Auflage² (Tübingen 1929).
- Hans *Kelsen*, Wissenschaft und Demokratie, in: Hans Kelsen. Verteidigung der Demokratie. Abhandlungen zur Demokratietheorie. Ausgewählt und herausgegeben von Matthias *Jestaedt* / Oliver *Lepsius* (Tübingen 2006) 238–247 [Original: Neue Zürcher Zeitung 321, 23. Februar 1937, 1–2; 327, 24. Februar 1937, 1–2].
- Hans *Kelsen*, Was ist die Reine Rechtslehre? (Original 1953), in: Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross 1, hrsg. von Hans *Klecatsky* / René *Marcic* / Herbert *Schambeck* (Wien [u.a.] 1968) 611–629.
- Paul *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches 1⁵ (Tübingen 1911).
- Gustave *Le Bon*, Die Psychologie der Massen. Autorisierte Übersetzung nach der 12. Auflage von Dr. Rudolf Eisler (Leipzig 1908) [Original: Gustave *Le Bon*, Psychologie des foules (Paris 1895)].
- Ernst *Mach*, Die Analyse der Empfindungen und das Verhältnis des Psychischen zum Physischen. Mit einem Vorwort von Gereon *Wolters* (Darmstadt 1991) [Original: ders., Beiträge zur Analyse der Empfindungen (Jena 1886)].
- Ernst *Mach*, Erkenntnis und Irrtum. Skizzen zur Psychologie der Forschung³ (Leipzig 1917).
- Ingeborg *Maus*, „Volk“ und „Nation“ im Denken der Aufklärung, Blätter für deutsche und internationale Politik 5 (1994) 602–612.
- Christian *Neschwara*, Hans Kelsen und das Problem der Dispensehen, in: Robert *Walter* / Werner *Ogris* / Thomas *Olechowski* (Hrsg), Hans Kelsen. Leben – Werk – Wirksamkeit (= Schriftenreihe des HKI 32, Wien 2009) 249–267.
- Christian *Neschwara*, Kelsen als Verfassungsrichter. Seine Rolle in der Dispensehen-Kontroverse, in: Stanley L. *Paulson* / Michael *Stolleis* (Hrsg), Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts (Tübingen 2005) 353–384.
- Thomas *Olechowski*, Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers. Unter Mitarbeit von Jürgen *Busch*, Tamara *Ehs*, Miriam *Gassner* und Stefan *Wedrac* (Tübingen 2020).
- Roscoe *Pound*, Law and the Science of Law in Recent Theories, Yale Law Journal 43, 4 (1934) 525–536.
- Alois *Riegl*, Spätromische Kunstindustrie (Wien ²1927) (Unveränderter Nachdruck Darmstadt 1992).
- Alois *Riegl*, Stilfragen. Grundlegungen zu einer Geschichte der Ornamentik (Berlin 1893).
- Carl *Schmitt*, Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität (München/Leipzig 1922).
- Carl E. *Schorske*, Wien. Geist und Gesellschaft im Fin de Siècle (München 1994) [Original: ders., Fin-de-Siècle Vienna – Politics and Culture (New York 1980, dt. 1982)].
- Michael *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland 3: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914–1945 (München 1999).
- Michael *Stöltzner*, Vienna Indeterminism. Mach, Boltzmann, Exner, in: Synthese 119 (1999) 85–111.
- Péter *Techet*, Die „Reine Rechtslehre“ im Kontext der verfassungsrichterlichen Tätigkeit von Hans Kelsen. Verflechtungen und Widersprüche zwischen Theorie und Praxis, in: Der Staat 62 (2023) 299–259.

- Robert *Walter*, Hans Kelsen als Verfassungsrichter (= Schriftenreihe des HKI 27, Wien 2005).
- Robert *Walter* / Werner *Ogris* / Thomas *Olechowski*, (Hrsg), Hans Kelsen. *Leben – Werk – Wirksamkeit* (= Schriftenreihe des HKI 32, Wien 2009).
- Richard *Wettstein*, *Der Neo-Lamarckismus* (= Gesellschaft deutscher Naturforscher und Ärzte. Verhandlungen 1902. Allgemeiner Teil, Leipzig 1902).
- Richard *Wettstein*, *Der Neo-Lamarckismus und seine Beziehungen zum Darwinismus*. Vortrag gehalten in der allgemeinen Sitzung der 74. Versammlung deutscher Naturforscher und Ärzte in Karlsbad am 26. Sept. 1902 mit Anmerkungen und Zusätzen herausgegeben (Jena 1903).
- Richard *Wettstein*, *Die Stellung der modernen Botanik zum Darwinismus*, in: *Vorträge und Besprechungen über „Die Krisis des Darwinismus“* (= Wissenschaftliche Beilage zum fünfzehnten Jahresbericht (1902) der Philosophischen Gesellschaft an der Universität zu Wien, Leipzig 1902) 19–32.
- Richard *Wettstein*, *Festrede* anlässlich der Darwin-Feier am 12. Februar 1909, *Verhandlungen der kaiserlich-königlichen zoologisch-botanischen Gesellschaft in Wien* 59 (1909) 85–101.

Sophie Loidolt, Darmstadt

Die phänomenologische Rezeption der Reinen Rechtslehre

I. Husserl, Kelsen und ihre Schüler

Mit großer Freude denke ich an die Stunde, in der es mir vergönnt war, mit Ihnen zu sprechen, den ich seit vielen Jahren als Deutschlands heute bedeutendsten Philosophen verehere.

Ihr verehrungsvoll ergebener

Hans Kelsen

(*Kelsen an Husserl*, 18. V. 1931)¹⁾

Die Verbindungen zwischen *Kelsens* Reiner Rechtslehre und *Husserls* Phänomenologie sind ein erstaunlicher Tatbestand der Wissenschaftsgeschichte. Auf den ersten Blick ist diese Legierung nicht unmittelbar plausibel. Es bedarf eines zweiten Blickes, der über die „Schüler“ beider läuft und unterschiedliche theoretische Fortführungen sehen lässt. In diesem Beitrag soll ein kurzer Einblick in die reichhaltigen Varianten der phänomenologischen Rezeption der Reinen Rechtslehre gegeben werden. Es handelt sich um fünf Personen und Positionen, die kurz vorgestellt werden sollen: *Felix Kaufmann*, *Fritz Schreier*, *Alfred Schütz*, *Tomoo Otaka* und *Paul Amselek*.²⁾ Diesen Ausführungen vorangestellt wird eine Reflexion auf mögliche Verbindungslinien zwischen den Werken *Husserls* und *Kelsens*, welche die genannten Rechtstheoretiker und Phänomenologen zum Weiterdenken inspirierten. Insofern Theoriegeschichte auch immer eine Geschichte der Verbindung von Personen ist, sollen Zitate aus dem Briefwechsel *Husserls* mit seinen Schülern die theoretischen Ausführungen begleiten.

II. Verbindungslinien zwischen Kelsen und Husserl

Für *Kelsen* war *Husserl* ein verehrter Philosoph, allerdings bezog er sich nicht direkt auf die Forschungsergebnisse der Phänomenologie. Umgekehrt finden wir keinen Brief von *Husserl* an *Kelsen* (obwohl er ihm, wie aus dem Briefwechsel hervorgeht, offenbar ein französischsprachiges Exemplar der *Cartesischen Meditationen* zusandte bzw. zusenden ließ). Wohl kannten sich die beiden, doch sie standen nicht in wissenschaftlichem Austausch miteinander. Wo liegen also mögliche Verbindungslinien?

¹⁾ *Husserl*, Briefwechsel VI 211.

²⁾ Für die längere und ausführlichere Version siehe *Loidolt*, Rechtsphänomenologie. Ich danke dem Verlag für die Erlaubnis, gekürzte und leicht überarbeitete Passagen aus diesem Buch im vorliegenden Artikel verwenden zu dürfen.

a. Anti-Psychologismus

Zunächst sah *Kelsen* in *Husserls* Projekt, die Logik als ein Feld idealer Gegenstände zu begreifen, eine verbündete Strategie, die für die Abgrenzung der Reinen Rechtslehre gegen soziologische oder psychologische Lehren hilfreich war. *Husserl* eröffnete dadurch „ein theoretisches Gebiet, dessen Reinheit gegen allen Psychologismus schützt“³⁾. Der Kampf gegen den Psychologismus war ein gemeinsames Anliegen der Phänomenologie und des Neukantianismus und bot sich daher, sowohl historisch wie auch systematisch, als erstes Verbindungsglied zwischen diesen beiden Denkrichtungen an.

Worum ging es bei der Widerlegung des Psychologismus in den *Logischen Untersuchungen* (1900)? Die Sätze der Logik werden nach *Husserls* Lehre als ideale Gegenstände von raum-zeitlich individuierbaren psychischen Akten intendiert: Das bedeutet, dass sie erstens nicht mit diesen psychischen Akten verwechselt werden dürfen und zweitens als intentionales Korrelat das bloß Empirisch-Psychische transzendieren. Wie *Husserl* zeigt, können logische Gesetze nur in Wesensanschauung eingesehen, aber nicht aus der empirischen Psychologie begründet oder gar abgeleitet werden, denn dadurch würden sie selbst zu empirischen Gesetzen, die nur kontingente Geltung hätten. Damit war der Psychologismus in seinem Anspruch, die Logik durch die Psychologie begründen zu können, philosophisch widerlegt. Im Wesentlichen operierte *Husserl* mit zwei Argumenten: erstens verwechselte man die verschiedenen Geltungsebenen von Logik und empirischem Wissen; zweitens verwechselte man den intendierenden Akt mit dem intendierten Gegenstand.

b. Bahnbrechende Werke: wissenschaftliche Grundlegungen

Ebenso wie *Husserls Logische Untersuchungen* durch die Widerlegung des Psychologismus ein Erdbeben für die damalige philosophische Welt darstellten, kündigte sich *Kelsens* Theorie einer *Reinen Rechtslehre* als Revolutionierung des alten Rechtspositivismus an. Vom Marburger Neukantianismus beeinflusst, war es *Kelsens* Ziel, den Rechtspositivismus des 19. Jahrhunderts theoretisch auf eine feste Grundlage zu stellen und so „[d]ie Jurisprudenz [...] auf die Höhe einer echten Wissenschaft, einer Geistes-Wissenschaft zu heben“⁴⁾. Nicht unähnlich wie *Husserl*, der eine Philosophie als strenge Wissenschaft anstrebte, ging es auch *Kelsen* darum, die Jurisprudenz „und deren Ergebnisse dem Ideal aller Wissenschaft, Objektivität und Exaktheit, soweit als irgend möglich anzunähern“⁵⁾. Was also unmittelbar auffällt als Verbindungslinie zwischen den beiden, ist das Bemühen um reine und strenge Wissenschaft.

³⁾ *Vernengo*, Logik 205.

⁴⁾ *Kelsen*, Reine Rechtslehre² III.

⁵⁾ *Kelsen*, Reine Rechtslehre² III.

c. Enthaltung? Das „Als ob“ der Grundnorm und die phänomenologische Epoché

Ebenso arbeiten beide Theorien mit der methodischen Form der Enthaltung – wiewohl auf unterschiedlichem Gebiet und unter unterschiedlichen Vorzeichen. Man kann sich die Frage stellen, ob das universale „Als ob“ der Geltung der Grundnorm im weitesten Sinne mit der *Husserl'schen* Einklammerung (*Epoché*) der Weltgeltung verglichen werden kann: So wie sich für *Husserl* die Welt des Bewusstseins und seiner Phänomene durch die Urteilsenthaltung über räumlich-zeitliches Dasein erschließt, so eröffnet sich für *Kelsen* ein einheitliches und kohärentes System von Normen durch die Suspendierung der naturrechtlichen Frage, d.h. die Frage nach der letztgültigen Legitimation. Diese Analogie zwischen den beiden Methoden muss jedoch an der Oberfläche bleiben: Denn bei *Husserl* ist die „Enthaltung“ nicht von einer Skepsis⁶⁾ getragen, sondern inhiert die (Seins-)Geltungsthese nur, um sie als Bewusstseinsleistung wiederzugewinnen und nachzuvollziehen. *Kelsen* hingegen enthält sich eines wertenden – d.h. für ihn ideologischen – Urteils, um „Wissenschaftlichkeit“ erst zu erreichen. Die damit verbundene rigorose Trennung zwischen einem „Reich des (hypothetischen) Sollens“ und einem „Reich des (kausal-naturwissenschaftlichen) Seins“ deutet darüber hinaus auf die positivistisch-naturalistische Annahme einer geschlossenen, naturwissenschaftlichen Welt hin, über die sich dann eine subjektive Deutung wölbt, die nur dank der Grundnorm als „objektiv“ aufgefasst wird. Diese Weltkonzeption müsste vom Standpunkt der Phänomenologie her grundlegend in Frage gestellt werden, da auch die natürliche Welt sich im Bewusstsein als Korrelation von Erfahrenem und Erfahrendem zeigt. Statt einer lebensweltlichen Erfahrung als Basis einer neuen phänomenologischen (Wesens-)Wissenschaft setzt *Kelsen* schließlich bei zwei bereits sehr abstrahierten Erfahrungsdimensionen an, die sich als „wissenschaftlich“ (natur- und normwissenschaftlich) *im Gegensatz* zur Alltagserfahrung verstehen.

d. Korrelation zwischen Akt und Gegenstand: Rechtserfassung durch den Akt der normativen Deutung

Eine fruchtbarere Verbindungslinie als die der „Enthaltung“ findet sich daher wahrscheinlich in *Kelsens* These, dass Recht durch einen „Akt“ der „normativen Deutung“ entstehe. Dieser Gestus kann insofern an eine phänomenologische Auffassung angenähert werden, als er das Aktleben der Subjektivität reflektiert und für die Bestimmung des Rechtsbegriffs in den Mittelpunkt stellt. An diesen

⁶⁾ Bei *Husserl* trifft der manchmal erhobene Vorwurf einer generellen Skepsis an der Existenz der Welt nicht zu: „Tue ich so [einklammeren], wie es meine volle Freiheit ist, dann negiere ich diese ‚Welt‘ also nicht, als wäre ich Sophist, ich bezweifle ihr Dasein nicht, als wäre ich Skeptiker; aber ich übe phänomenologische Epoché, die mir jedes Urteil über räumlich-zeitliches Dasein völlig verschließt“ (*Husserl*, Ideen I 65). Bei *Husserl* geht es in der Reduktion niemals um eine Durchstreichung oder Negation der Welt, sondern um den Nachvollzug und die Sichtbarmachung ihrer transzendentalen Konstitution als intersubjektiver Leistung.

Anknüpfungspunkt schließen *Kaufmann* und vor allem *Schreier* auch mit phänomenologischen Analysen an, ebenso später *Amselek* in transzendentaler Hinsicht.

e. Wesensbestimmung des Rechts

Ein weiteres Element, das *Kaufmann* und *Schreier* aufgreifen, ist – trotz *Kelsens* Abneigung gegen „Wesensphänomenologie“ – das eindeutig eidetische Anliegen, das die Reine Rechtslehre verfolgt. *Kelsen* geht es darum, eine Theorie für jedes mögliche positive Recht zu entwerfen und daher das Wesen des positiven Rechts zu erfassen. Hier lässt sich produktiv mit *Husserls* Unterscheidung von Tatsache und Wesen arbeiten: „Wissenschaft hat sich nicht mit Tatsachen, mit positiv Daseiendem, zu befassen, wie der philosophische Positivismus meint, sondern mit dem Wesen der tatsächlichen oder möglichen Dinge und mit Wesenszusammenhängen, die realisiert oder auch nur möglich sein können.“⁷⁾ Den Unterschied zwischen Tatsache und Wesen einzusehen, ist übrigens selbst eine Wesenseinsicht.

Um das Wesen einer Sache erkennen zu können, muss anstelle von empirischer Abstraktion „reine“ oder „eidetische“ Anschauung möglich sein. Eine solche eidetische Anschauung vollziehen wir in unspektakulärer und beinahe selbstverständlicher Weise jedes Mal, wenn wir z.B. mithilfe von empirischen, durchaus unvollkommenen Zeichnungen (etwa eines Dreiecks an der Tafel) Geometrie betreiben. *Husserl* fundiert sowohl die Einsicht in ein „Wesen“ als auch in kategoriale Strukturen in bestimmten kategorialen Leistungen fundierter Anschauung, die ein „materiales Apriori“ heben. Als Beispiel kann hier die Einsicht dienen, dass Farbe und Fläche stets zusammen auftreten. Dieser Zusammenhang liegt nicht in einem formalen, sondern in einem materialen Apriori beschlossen und macht somit einen Strukturzusammenhang der „Sachen selbst“ aus. *Kelsens* phänomenologische Schüler führen einige dieser genannten Begriffe, die *Kelsen* selbst fremd sind, in ihr Fortdenken der Reinen Rechtslehre ein. Grundsätzlich aber bleibt ihr Denken doch wesentlich durch die tragenden Ideen der Reinen Rechtslehre bestimmt: die Sein-Sollen-Dichotomie, die Idee des Rechtspositivismus und des Non-Kognitivismus, d.i. die These der kognitiven Unbegründbarkeit von Inhalten des Rechtssystems.⁸⁾ Ihr phänomenologisch-rechtspositivistisches Credo ist: Eine Tatsachenwissenschaft wie die Rechtswissenschaft muss ihre Fundamente in einer eidetischen Wissenschaft suchen.

⁷⁾ *Weinberger*, *Schreier* 117.

⁸⁾ Vgl. *Weinberger*, *Schreier* 117.

III. Felix Kaufmann

Ich danke Ihnen sehr u. freue mich, daß nun auch in meinem alten lieben Wien, wo die großen Impulse meines unvergesslichen Lehrers *Brentano* mich trafen, einiges Interesse merklich wird für die Ergebnisse meiner Mühen von Jahrzehnten. Ich meine immer, solche Stücke nüchterner, redlicher Arbeit können Niemand schaden u. was uns in dieser Welt helfen kann, ist nichts als solche reine Sachlichkeit – nicht aber die üblichen großartigen „Gedanken“ und „Theorien“ von oben her. Ich bin inzwischen viel weiter gekommen u. es ist nicht nutzlos für den für meine methodische Art Empfänglichen, hieher zu kommen. Darüber wird Sie Herr Dr *Schreier* wohl auch informieren. Wenn Sie kommen, werden Sie mir recht willkommen sein.

(*Husserl an Kaufmann*, 1. VI. 1922)⁹

Es thut mir wohl, daß es in dieser Zeit (u. gar in meinem alten Oesterreich) so warme Freunde meiner Forschungen giebt, u. insbes<ondere> zu wissen, daß die f<ormale> u. tr<anszendente> Logik doch für einige Philosophen etwas bedeutet.

(*Husserl an Kaufmann*, 8. I. 1931)¹⁰

Als ein unglaublich vielseitiger Denker arbeitete *Felix Kaufmann* auf den verschiedensten Gebieten der (Rechts-)Philosophie, Mathematik, Nationalökonomie und der Sozialwissenschaften. Schon die Tatsache, dass der Titel eines Aufsatzes über ihn „*Felix Kaufmann*, der ‚Phänomenologe des Wiener Kreises‘“¹¹) lautet, deutet auf die vielen methodischen Einflüsse hin, die *Kaufmann* aufgriff. Diese reichten vom Rechtspositivismus über die Phänomenologie und den Logischen Empirismus bis hin zum amerikanischen Pragmatismus *John Deweys*. Durch all diese Strömungen hindurch bemühte sich *Kaufmann* immer, eine einheitliche Methodik aller Wissenschaften unter logischen Bedingungen zu finden, ganz nach dem Vorbild der *mathesis universalis* bei *Leibnitz*. Dieser Anspruch reicht von den rechtstheoretischen Schriften, auf die wir uns hier beschränken wollen, bis zur *Methodenlehre der Sozialwissenschaften* (Wien 1936 und Oxford 1944)¹²).

Da ihm die neukantianische Begründung der *Kelsen'schen* Lehre als unzureichend erscheint, versucht *Kaufmann* schon in seinen ersten Schriften deren phänomenologische Grundlegung mithilfe der logischen Grundkonzeption *Husserls* zu leisten. *Kaufmann* sieht in der Phänomenologie primär eine strenge

⁹) *Husserl*, Briefwechsel IV 173.

¹⁰) *Husserl*, Briefwechsel IV 179f.

¹¹) *Kohlberg*, Kaufmann.

¹²) *Kaufmann*, Methodenlehre. Die *Methodenlehre der Sozialwissenschaften* war zwar ursprünglich als ein großes systematisches Werk zur Rechtsphilosophie geplant, das sogar den Namen „Reine Rechtslehre“ tragen sollte; da sich *Kaufmann* allerdings zunehmend vom juristischen Gebiet entfernte, beschränkte sich der Umfang der Rechtstheorie in der *Methodenlehre* schließlich auf nicht mehr als ein Kapitel im besonderen Teil (vgl. *Kohlberg*, Kaufmann 24).

wissenschaftliche Methode der Wesensschau. Diese soll ihm dabei helfen, das wissenschaftstheoretische Rahmengerüst der Rechtswissenschaften auf feste Grundlagen zu stellen. Und dieses wiederum übernimmt er von *Kelsen*: Das Recht wird als ein Zusammenhang von Rechtsnormen verstanden, welche die Rechtswissenschaft als Rechtssätze, also als hypothetische Wenn-dann-Urteile (aus dem Blickwinkel der Ableitung aus einer Grundnorm) beschreibt.

Kaufmann geht nun noch einen Schritt über *Kelsen* hinaus und möchte unter *Rechtstheorie* die logische Grundwissenschaft vom Rechtssatz schlechthin verstanden wissen. Formallogik und phänomenologische Wesensschau gelten ihm als Grundlagen für die Erkenntnis des *Wesens* und der *wesenhaften Struktur* des Rechtssatzes *als Form*.

Was den Juristen angeht, ist der empirisch wandelbare Inhalt der Rechtssätze, was den Rechtstheoretiker angeht, ist die a priori feststehende Form der Rechtssätze. Alle Rechtstheorie ist daher ihrem Wesen nach Lehre vom Rechtssatz, und zwar apriorische Lehre vom Rechtssatz.¹³⁾

Da also für *Kaufmann* das Wesen eines Rechtsbegriffs von der positiven Setzung völlig unabhängig ist, muss er sich trotz seines Bekenntnisses zur Reinen Rechtslehre vom Rechtspositivismus im weiteren Sinn distanzieren.¹⁴⁾

Der Positivismus in der Rechtswissenschaft hatte seine volle Berechtigung, insoweit er gegen Übergriffe des Naturrechts in der juristischen Begriffsbildung Stellung nahm und sich damit gegen einen argen, verhängnisvollen Synkretismus der Methoden zur Wehr setzte, er gerät aber also gleich selbst auf noch gefährlichere Irrwege, wenn er das *Wesen* der juristischen Begriffe aus den *Fakten* deduzieren will.¹⁵⁾

Man kann *Kaufmanns* rechtsphänomenologische Position also als eine theoretisch fundierte Form der rechtspositivistischen Reinen Rechtslehre bezeichnen, insofern sie die positivistisch gefassten Fakta auf eine sachhaltige Formen- und Wesenslehre rückbezieht.

Die formale Struktur des Rechtssatzes schließlich, die sich als Beschreibung einer Doppelnorm darstellt, lautet folgendermaßen: „Ein Subjekt A soll ein Verhalten V1 an den Tag legen, tut es dies nicht, so soll ihm gegenüber ein Verhalten V2 platzgreifen.“¹⁶⁾ Daraus ergeben sich die juristischen „Elementar-begriffe“¹⁷⁾ *Sollen*, *Person* und *Tatsache*, aus denen sich sämtliche zusammengesetzte Rechtsbegriffe durch logische Operationen ableiten lassen und die zusammen den Begriff des *Verhaltens* ausmachen. Dieser wiederum, so *Kaufmann*, ist keine bloß psychologische Entität, sondern erweist als Begriff sehr wohl seine „logische Tauglichkeit zum Grundbegriff einer sachhaltigen Wissenschaft“¹⁸⁾ – womit *Kaufmanns* generelle Intention, ungeklärte Grundbegriffe der Rechtswissenschaft logisch und im Sinne einer sachhaltigen Wissenschaft zu reinigen, angedeutet sein soll.

¹³⁾ *Kaufmann*, Logik 54.

¹⁴⁾ Vgl. *Kohlberg*, Kaufmann 32.

¹⁵⁾ *Kaufmann*, Logik 126.

¹⁶⁾ *Kaufmann*, Logik 91.

¹⁷⁾ *Kaufmann*, Logik 57.

¹⁸⁾ *Kaufmann*, Logik 67.

IV. Fritz Schreier

Ich freute mich schon auf die anregenden Diskussionen, mein Sohn hat Ihre u. Coll. *Schreiers* Schrift studiert u. in seinem soeben fertig gedruckten Buch (das Ihnen nach Ausgabe zugehen wird) auf Ihre Anschauungen kritisch Beziehung genommen.

(*Husserl an Kaufmann*, 23. III. 1925)¹⁹⁾

Fritz Schreier verfasste zwei Arbeiten zur Rechtstheorie und studierte zumindest auch ein Semester bei *Husserl* in Freiburg.²⁰⁾ Statt wie *Kaufmann* direkt in die wissenschaftstheoretische Begriffslogik jeder möglichen Theorie einzusteigen, konzentriert sich *Schreier* auf das Wesen des Rechtsaktes, womit er den *reinen rechterfassenden Akt* meint. Damit will er die Wesensgesetze für die Rechtswissenschaft und für jedes *mögliche* Recht bestimmen. „[I]m Rechtsakt erfassen wir Recht, in ihm wird es uns gegeben; wir sind intentional darauf gerichtet.“²¹⁾ *Schreier* orientiert sich also am phänomenologischen Gesetz der Korrelation und untersucht den Rechtsakt, um seinen Gegenstand zu bestimmen.

Der Rechtsakt hat den Gegenstand der Rechtsnorm, er richtet sich intentional auf die Rechtsnorm. Aber wie *erfasst*, begreift, versteht er sie? *Schreiers* These ist: nicht primär als Norm. Das Erfassen der Rechtsnorm im Rechtsakt erfolgt in der Gestalt des Rechtssatzes, d.h. „Diebstahl wird mit Gefängnis bestraft“ wird erfasst als „Wenn eine Person stiehlt, wird sie mit Gefängnis bestraft“. „Der Rechtsakt ist also ein eine Kenntnisnahme ausdrückender Akt, der Rechtssatz in doppeltem Sinne als Aussage und ausgedrückte Kenntnisnahme, ein Urteil.“²²⁾

Dies reflektiert deutlich eine phänomenologische Zugangsweise: Ausgegangen wird von der Gegebenheit der Welt durch Bewusstseinsweisen. Die Welt ist für mich da, weil und insoweit sie mir bewusst ist. Das bedeutet keineswegs, dass sich die Welt in Bewusstsein auflöst. Aber sie manifestiert sich als erscheinende dadurch, dass sie mir gegeben ist. Das einzelne Bewusstseinerlebnis heißt *Akt* und jeder Akt hat seinen *Gegenstand*, auf den er *intentional* gerichtet ist. Insofern kann Wesenslehre nicht nur von Gegenständen (z.B. Dreiecken, Gebrauchsgegenständen oder sozialen Fakten), sondern auch von Akten betrieben werden – und genau das tut die Phänomenologie. Die phänomenologische Einstellung charakterisiert sich also dadurch, dass der Bewusstseinsakt (und seine korrelative, d.h. intentionale Struktur) zum Gegenstand des Denkens wird (also z.B. das Zählen der Zahl, das Wahrnehmen des Wahrgenommenen etc.). Dabei werden nicht wie in der Psychologie empirisch vorkommende Akte analysiert, sondern *reine Akte* (also: das Zählen *überhaupt*; der Akt *überhaupt*, in dem eine Zahl gegeben ist und seine Struktur, die sich etwa von der Struktur eines Wahrnehmungs- oder Bildbewusstseinsaktes unterscheidet). Dies nennt

¹⁹⁾ *Husserl*, Briefwechsel IV 177.

²⁰⁾ Vgl. *Husserl*, Briefwechsel IV 173.

²¹⁾ *Schreier*, Grundbegriffe 13.

²²⁾ *Schreier*, Grundbegriffe 27.

man im Fachjargon das „Eidos“ des Aktes und daher eine eidetische, eine wesensmäßige Betrachtung.

Schreier scheint zu sagen: Wenn ich Recht *erfasse*, dann nehme ich nicht einfach eine Norm zur Kenntnis, sondern dann verstehe ich einen regelhaften Sanktionszusammenhang in der Form des Wenn-Dann. „Rechtsakte sind Urteilsakte, Recht ist Geurteiltes, Urteilinhalt, und zwar Urteile strenger, exakter²³⁾ Gesetzlichkeit. Die rechtlichen Gegenstände wurden somit als ir reale Gegenstände, als nicht dem Reiche der Natur angehörig erkannt.“²⁴⁾ Ein rechtlicher Gegenstand ist damit nicht empirisch vorhanden, er ist vielmehr ein Geistesgebilde, das erst in einem Urteil – dem Rechtsakt – konstituiert werden muss. Dies korreliert mit *Kelsens* These der strikten Trennung zwischen „Sein“ (reales Sein, Sein der Natur) und „Sollen“, womit auch er auf die ir reale/ideale²⁵⁾ Beschaffenheit des Rechts verweist.

Nur wenn Sätze die aufgewiesene Form des Rechtssatzes haben, sind sie auch Recht, sonst nicht. Dieser *Lehre vom möglichen Recht* liegt der philosophische Möglichkeitsbegriff von *Leibniz* zu Grunde, den *Husserl* restituiert hat: Die Erkenntnis der Möglichkeiten geht den Wirklichkeiten voran – denn wenn man die vollen wesensmäßigen Bestimmungen eines Gegenstandes kennt, dann kann dieser nicht anders als unter diesen Bedingungen erscheinen. Eine positive Rechtsordnung stellt also nur eine mögliche Realisierung der allgemeinen Rechtssätze dar. Dadurch werde, so der *Schreier*-Rezipient *Kubeš*, der für Juristen so bedeutungsvolle Gegensatz zwischen *lex lata* und *lex ferenda* in ein ganz neues Licht gerückt.²⁶⁾ Für diese Betrachtung erhält *Schreier* heute die meiste Aufmerksamkeit unter Juristen und Rechtsphilosophen. *Ota Weinberger* meint: „*Fritz Schreier* ist – philosophisch betrachtet – der originellste Fortsetzer der Reinen Rechtslehre.“²⁷⁾

²³⁾ Die Rechtsnorm ist nach *Schreiers* Ansicht ein exaktes Gesetz, ein synthetisches Gesetz a priori, weil sie keine Ausnahme kennt und durch keine neue Beobachtung widerlegt werden kann.

²⁴⁾ *Schreier*, Grundbegriffe 44.

²⁵⁾ Auch in *Husserls* Phänomenologie zählt das Recht zu den ir realen bzw. idealen Gegenständen. Vgl. *Loidolt*, Rechtsphänomenologie II.1.3.

²⁶⁾ Vgl. *Kubeš*, Naturrecht 295.

²⁷⁾ *Weinberger*, *Schreier* 117.

V. Alfred Schütz

Meine Freunde, Herr Dozent Dr. *Felix Kaufmann* und Herr Professor *Tomoo Otaka*, ermutigen mich, Ihnen, hochverehrter Herr Geheimrat, ein Exemplar meines soeben erschienenen Buches: „Der sinnhafte Aufbau der sozialen Welt – Eine Einleitung in die verstehende Soziologie“ zu überreichen. Ich habe in diesem Buch, an dem ich durch zwölf Jahre gearbeitet habe, die Problemstellung und die Methode der von *Max Weber* begründeten „verstehenden Soziologie“ einer philosophisch fundierten Kritik zu unterziehen versucht. Beim Fortgang meiner Studien kam es mir immer deutlicher zum Bewusstsein, dass die gestellte Aufgabe, die Sozialität in der naturalen Sphäre zu analysieren, nur lösbar sein kann auf dem Boden einer phänomenologisch geklärten Einsicht in die Wesenstatsachen des Bewusstseinslebens, wie sie einzig und allein die transzendente Konstitutionsanalyse vermittelt.

(Schütz an Husserl, 26. IV. 1932)²⁸

Alfred Schütz, der Begründer der phänomenologischen Soziologie, die, wie angedeutet, auf *Husserls* Phänomenologie und *Max Webers* verstehender Soziologie aufbaut, findet sich ebenfalls unter den Schülern sowohl *Kelsens* als auch *Husserls*. *Schütz* studierte zu Beginn der 20er Jahre in Wien Rechtswissenschaften, Nationalökonomie und Philosophie. Er besuchte Seminare bei *Kelsen* und war eng in den Kreis, der sich um den bedeutenden Rechtswissenschaftler bildete, eingebunden. *Felix Kaufmann* war sein Freund, Lehrer und Diskussionspartner, der ihn zuerst mit der Phänomenologie *Husserls* bekannt machte; *Tomoo Otaka*, der ebenfalls bei *Kelsen* (und dann auch bei *Husserl*) studierte, gehörte gleichfalls zu seinem Freundeskreis. Darüber hinaus war *Schütz* im Zirkel um den Nationalökonom *Ludwig von Mises* vertreten und nachhaltig von der „Österreichischen Schule der Nationalökonomie“ beeinflusst. Die schlechte wirtschaftliche Situation, die sich für Wissenschaftler jüdischer Herkunft durch minimale Chancen auf eine akademische Karriere noch drastischer darstellte, zwang viele Intellektuelle in Wien, einem Brotberuf nachzugehen. *Schütz* etwa war als Rechtsberater und Prokurist bei zwei Wiener Bankhäusern tätig, *Felix Kaufmann*, der für seine Tätigkeit als Privatdozent unbezahlt war, bei einer Ölfirma. Auch aus diesen Gründen spielte sich das geistige Leben vornehmlich in sogenannten „Kreisen“ (*Mises*-Kreis, Geist-Kreis etc.) ab.

Auch *Alfred Schütz* betrachtet das Recht aus einer eher wissenschaftstheoretischen Perspektive und begreift die Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft.²⁹ Dies mag zunächst, vor allem bei einem *Kelsen*-Schüler, erstaunen, wird aber sofort klarer, wenn man unter Sozialwissenschaft eine objektive Deutung subjektiver Sinnzusammenhänge im *Weber'schen* Sinn versteht, d.h. eine idealtypische Konstruktion. Im Fall der Rechtswissenschaften ist diese Deutung oder idealtypische Konstruktion eben normativer Art. Auf diese Weise tritt uns die Rechtswissenschaft in den letzten Kapiteln von *Der sinnhafte Aufbau der sozialen Welt* entgegen — ein Titel, der bewusst gegen *Carnaps Logischen Aufbau der Welt* gerichtet war, und von *Husserl* begeistert aufgenommen wurde.

²⁸) *Husserl*, Briefwechsel IV 481.

²⁹) Vgl. *Schütz*, Aufbau 283.

Schütz unterscheidet also zwischen „subjektivem“ und „objektivem Sinn“, eine Unterscheidung, die auch *Kelsen* oft bemüht. Im rechtswissenschaftlichen Kontext bedeutet dies, dass es eine normativ verbindliche und daher „objektive“ Deutung von subjektiven Sinnzusammenhängen gibt. An diesem Punkt kann Schütz Webers soziologischen Ansatz mit *Kelsens* Reiner Rechtslehre verbinden. Denn *Kelsen* betrachtet das Recht als „normatives Deutungsschema“.³⁰⁾ Was also Personen z.B. subjektiv als eine Geste der Liebe erfahren, ist objektiv als die Schließung eines Ehevertrags mit diesen und jenen normativen Folgen zu deuten. Über dieses Deutungsschema wird eine „idealtypische Konstruktion“³¹⁾ vorgenommen, die subjektive Sinnzusammenhänge bündeln und ordnen kann und auch unterscheiden kann, was rechtlich relevant ist und was nicht. Wie die Nationalökonomie abstrahiert die Rechtswissenschaft also und schafft damit einen anonymisierten Typus: den normativ zu verstehenden *homo iuridicus* in Analogie zum nomothetisch verstandenen *homo oeconomicus*.

Schütz schließt sich in dieser ganz bestimmten Hinsicht *Kelsens* Lehre von der Grundnorm an. Die Möglichkeit, überhaupt etwas (ein „Sein“, ein Vorkommnis) rechtlich, d.h. *einheitlich* („objektiv“) gemäß einem Sollen zu deuten, ist die hypothetische Annahme der Grundnorm, eines leeren einheitsstiftenden Schemas, das eine Autorität zur Rechtserzeugung einsetzt. Dieses Schema ist laut Schütz die „idealtypische Konstruktion“³²⁾, die in der deutenden Rechtswissenschaft als „fortgeschrittenster theoretischer Sozialwissenschaft“ zur Anwendung kommt und mit der sie die einzelnen Akte in einen objektiven Sinnzusammenhang stellen kann.

Diesen [*Kelsens*] Ausführungen ist vom Standpunkt der hier vertretenen Theorie nichts beizufügen. In aller Deutlichkeit kennzeichnet *Kelsen* die Grundnorm als das Prinzip der idealtypischen Konstruktion jener Deutungsschemata, von denen aus die subjektiven Sinnzusammenhänge der Rechtsakte erst als objektiver Sinnzusammenhang des Rechtes verstanden werden können.³³⁾

³⁰⁾ *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 3.

³¹⁾ *Schütz*, Aufbau 282.

³²⁾ *Schütz*, Aufbau 281.

³³⁾ *Schütz*, Aufbau 282.

VI. Tomoo Otaka

Momentan ist *Otaka* hier zum Abschiedsbesuch und brachte mir ein mir gewidmetes und wie es scheint sehr gutes Werk ‚Grundlegung der Lehre vom sozialen Verband‘, ganz gestützt auf meine Lehre von der Intersubjektivität. Dazu erhielt ich auch aus dem Wiener erstaunlich eifrigen Phänomenologenkreis ein ähnliches Werk: *A. Schütz*, Der sinnhafte Aufbau der sozialen Welt, und ebenfalls mit überraschend tiefem Verständnis meiner konstitutiven Phänomenologie und auf sie fußend verfaßt (Bankbeamter in Wien).

Haben Sie <eine> Ahnung, wer Prof. *Juraschek* (Akademisches Gymnasium) ist, der wie ich höre in der Urania 3 Vorträge über meine Phänomenologie des Zeitbewußtseins gehalten hat, und wie es scheint recht gut. Also auf einmal ist Wien vorne.

(*Husserl an Landgrebe*, 1. V. 1932)³⁴)

Im Vorwort zu seiner *Grundlegung der Lehre vom sozialen Verband*, die 1932 in Wien erschienen ist, dankt *Tomoo Otaka* seinen „drei Lehrern in Europa“³⁵): *Hans Kelsen*, *Edmund Husserl* (dem das Buch auch gewidmet ist) und *Alfred Verdross*. Mit diesen drei Rechts/Philosophen stehen ebenso drei Hauptthesen *Otakas* in Zusammenhang, die sein Vorhaben, die Daseinssphäre des sozialen Verbandes zu ergründen, gut zusammenfassen:

(1) Die kritische Auseinandersetzung mit *Kelsens* Reiner Rechtslehre führt *Otaka* zu zwei grundsätzlichen Thesen:

[E]rstens – und in dieser Hinsicht verfolge ich den von der reinen Rechtslehre gewiesenen Weg –, daß der soziale Verband als ein einheitlicher und in sich identischer, eigenständiger Gegenstand der Erkenntnis einzig und allein der Sphäre der idealen Geistgebilde angehören kann; zweitens aber – und diese Feststellung weicht von der Lehrmeinung der reinen Rechtslehre ab –, daß der soziale Verband im allgemeinen nicht mit einem Komplex von Normen, der Staat im besonderen nicht mit der Rechtsordnung identifiziert werden darf.³⁶)

(2) Um nun im Gegensatz zum bloßen „Komplex von Normen“ das ideale Sein des sozialen Verbandes philosophisch fundieren zu können, greift *Otaka* auf *Husserls* Phänomenologie zurück, die er bei einem Forschungsaufenthalt in Freiburg 1930 mit der Unterstützung von *Eugen Fink* intensiv studierte. Dabei ist die Frage des Zusammenhangs von Idealität und Realität für *Otaka* leitend: „Wie kann der soziale Verband als ideales Geistesgebilde trotz seiner Idealität als ein in der geschichtlich-gesellschaftlichen Welt wirklich seiender Gegenstand betrachtet werden?“³⁷)

(3) *Alfred Verdross* schließlich steht für *Otakas* Auseinandersetzung mit dem Völkerrecht und mit der Frage nach dem „Weltverband“ – auch hier stehen

³⁴) *Husserl*, Briefwechsel IV 287.

³⁵) *Otaka*, Verband VI.

³⁶) *Otaka*, Verband V.

³⁷) *Otaka*, Verband V.

wieder Überlegungen zu Idee und (möglicher) Wirklichkeit des „Weltverbandes“ im Mittelpunkt sowie der Versuch einer Verortung des Status des internationalen Rechts für den Weltverband.

Otaka war ein Mitglied der Wiener Schule *Kelsens* und ebenso wie seine Freunde und Kollegen *Felix Kaufmann*, *Fritz Schreier* und vor allem *Alfred Schütz* von *Husserls* Phänomenologie philosophisch stark beeinflusst. Mit diesen teilt er auch das Bedürfnis nach der Vertiefung theoretischer Fragen, die sich durch *Kelsens* methodische Weichenstellungen ergeben. *Otaka* möchte mit einer phänomenologisch ausgearbeiteten Wesenslehre vom sozialen Verband der *Kelsen'schen* Rechtslehre ein sozialontologisches Fundament geben; gleichzeitig aber kritisiert er damit *Kelsens* strenge Dichotomie von Sein und Sollen.

Otaka sorgt sich also um die Wirklichkeit des sozialen Verbands sowie die Wirklichkeit des positiven Rechts: Ein Rechtssystem könne nur dadurch positiv und wirklich sein, dass sein „Sinn“ (also seine ideale Existenz) von den sozial handelnden Menschen „subjektiv gemeint wird“ und dass sie dadurch ihre Handlungen in bestimmter Weise ausrichten (d.h. diesen Sinn verwirklichen, verleblichen). „Die faktischen sozialen Handlungen der Menschen, die von dem Sinn des betreffenden Rechtssystems bestimmt werden und sich an ihm orientieren, bilden also den letzten Wirklichkeitsboden des positiven Rechtes als eines sozialen Gebildes.“³⁸⁾ Mit dieser These hat *Otaka* den Übergang zu einer sozialen Ontologie ganz vollzogen. Das bedeutet, dass *Kelsens* Bemühen, Recht und Staat als ideale normative Gebilde ganz ausschließlich und autonom einer Norm- und Rechtssatzwissenschaft zuzuordnen, als unzureichend zurückgewiesen wird, da alles Normative letztlich in sinnhaft-idealen und faktischen sozialen Strukturen wurzelt.

VII. Paul Amselek

Paul Amselek kann zur zweiten Generation derjenigen Rechtsphänomenologen gezählt werden, welche die Verbindung von *Kelsens* Rechtspositivismus und *Husserls* Phänomenologie weiter ausschöpfen. Seine Dissertation *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, 1964 in Paris erschienen, verfolgt einen Ansatz, den er selbst als „phänomenologischen Positivismus“ beschreibt. Wie *Kaufmann* und *Schreier* fühlt sich *Amselek* also sowohl *Husserl* als auch *Kelsen* verpflichtet. Aber *Amselek* geht es nicht darum, *Kelsens* System mit den Mitteln der Phänomenologie unhinterfragt umzusetzen; er strebt nicht die logische Perfektion einer vorausgesetzten Theorie an, sondern übernimmt lediglich *Kelsens* Einsicht, dass die wesentliche Bestimmung des Rechts durch die Charakteristik der Norm vorzunehmen sei. *Kelsen* reagiert 1965 mit dem Artikel „Eine phänomenologische Rechtstheorie“ auf *Amseleks* Entwurf und versucht in einer Gendarstellung *Amseleks* kritische Bemerkungen bezüglich der Reinen Rechtslehre zu widerlegen.³⁹⁾

³⁸⁾ *Otaka*, Verband 110.

³⁹⁾ *Amselek*, der mit einer solch starken und polemischen Reaktion nicht gerechnet hatte, war offenbar verletzt von *Kelsens* teilweise deutlicher Zurückweisung.

Amseleks Bezug zur Phänomenologie ist also ein anderer als der *Kaufmanns* und *Schreiers*: Er betrachtet sie nicht als logische Grundwissenschaft oder als Fundament jeglicher Wissenschaftstheorie, sondern vielmehr als den Inbegriff einer „anti-ideologischen“ und „anti-methodischen“ Methode der Rechtserfahrung. Phänomenologie ist für *Amselek* transzendentalphänomenologischer Idealismus, *Husserls* Konstitutionsüberlegungen (die von der Frage beherrscht sind, wie für uns Sinn zustande kommt) spielen daher eine wichtige methodische Rolle in diesem rechtsphänomenologischen Entwurf. Ebenso lassen sich darin Spuren von *Merleau-Pontys* Denken finden.⁴⁰⁾ Die phänomenologische Reduktion soll *Amseleks* Ansicht nach dabei helfen, sämtliche Voreinungen und Theorien in der Rechtswissenschaft abzubauen, um direkt zum „rechtlichen Phänomen“ (*phénomène juridique*) durchdringen zu können. Für *Amselek* sind es vor allem moralistische und metaphysische Reste des „alten Denkens“, welche die Rechtswissenschaft behindern und verdunkeln.

In Orientierung am phänomenologischen Korrelationsapriori⁴¹⁾ von Akt und Gegenstand formuliert er zwei Forschungsfragen:

(1) Wie ist der Gegenstand konstituiert und strukturiert, welcher dem Juristen gegenübersteht und sein Bewusstsein „ausfüllt“? „*Comment est constitué, structuré, l'objet qui est en face du juriste et qui remplit sa conscience?*“

(2) Wie begegnet der Jurist diesem Objekt, wie tritt er mit ihm in Kontakt? „*Comment le juriste rencontre-t-il cet objet, entre-t-il en contact avec lui?*“⁴²⁾

Es fällt sofort auf, dass *Amselek* das Subjekt des Rechts auf „den Juristen“ einschränkt und nicht bei einem allgemeinen Bewusstsein, einem beliebigen Subjekt oder etwa bei verschiedenen Formen und Positionen rechtsbetroffener und/oder rechtserzeugender Subjekte ansetzt. Er verfolgt eine *Rechtstheorie*, also eine *wissenschaftliche* Herangehensweise an das Rechtsphänomen, man könnte auch sagen: eine „Erkenntnistheorie“ des juristischen Phänomens. In diesem Punkt kann wieder eine Ähnlichkeit mit *Kaufmann* und *Schreier* festgestellt werden, denen es stets um die *Wissenschaft(stheorie) vom Recht* geht. Allerdings stellt sich von Anfang an die Frage, ob diese zwangsläufig reduktionistische Perspektive für eine umfassende Deskription des *Rechtsphänomens* ausreichend sein kann, zumal *Amselek* auch das Ziel verfolgt, neben der theoretischen Ausgefeiltheit des Rechtsbegriffs auch der juristischen Rechtswirklichkeit und Alltäglichkeit gerecht zu werden.

Amselek zieht Parallelen zwischen *Husserls* und *Kelsens* „antiideologischer“ Haltung und bezeichnet die „Reinheit“, die *Kelsen* seiner Rechtstheorie geben will, als eine Art der „Reduktion“⁴³⁾: Von der positivistischen Denkweise ausgehend, die nur gegebene (positiv existierende) Rechtsordnungen betrachtet, gelange *Kelsen* zu einem *allgemeinen Wesensmerkmal* innerhalb dieser Ordnungen, der „Normativität“, die sich ausschließlich auf der Ebene des „Sollens“ be-

⁴⁰⁾ Vgl. *Waldenfels*, Deutsch-Französische Gedankengänge 454.

⁴¹⁾ Die wesensmäßige Korrelation von Akt (Noesis) und Gegenstand (Noema). Im Gegensatz zu *Schreier* berücksichtigt *Amselek* beide Seiten des Korrelationsaprioris.

⁴²⁾ *Amselek*, *Méthode phénoménologique* 42.

⁴³⁾ *Amselek*, *Méthode phénoménologique* 47.

finde (erste, „eidetische“ Reduktion). Dies führe ihn dazu, das rechtliche Phänomen selbst, in seiner wesenhaften Bedeutung, als *normatives Phänomen* zu beschreiben (zweite, „phänomenologische“ Reduktion). *Amselek* versucht, das Wesen der Norm noch weiter phänomenologisch zu bestimmen: als ein „*Instrument*“ oder „*Mittel zur Messung*“ (*instrument de mesure*), mit dessen Hilfe ein Subjekt *urteilen* kann. *Kelsen* ist diesbezüglich ausdrücklich gegenteiliger Meinung:

Das ist eine Darstellung, in der das Verhältnis zwischen dem Vorschreiben eines bestimmten Verhaltens durch die Norm und dem Bewerten eines Verhaltens, in dessen – positiver oder negativer – Beziehung zu der es vorschreibenden Norm geradezu umgekehrt wird. Die Funktion des Bewertens vollzieht sich in einem Urteil, dem sogenannten Wert-Urteil. Die Rechtsnorm hat aber nicht den Charakter eines logischen Urteils, sondern einer Vorschrift, Ermächtigung, Erlaubnis, die von einer Rechtsautorität [...] ausgeht und der Sinn eines Willensaktes ist.⁴⁴⁾

Amselek wiederum behauptet aber gar nicht, dass die Rechtsnorm den Charakter eines logischen Urteils habe, er bestimmt sie vielmehr als *Instrument*, um zu *urteilen*. Diese Überlegung ist insofern richtig, als – wie *Kelsen* ja auch selbst sagt – die Norm ein *Deutungsschema* für die Wirklichkeit darstellt. Das bedeutet: Durch die Norm ist ein „Messinstrument“ gegeben, welches auf beliebige Sachverhalte angewendet werden kann. Diese Anwendung der Norm, d.h. die Subsumierung eines Sachverhalts unter die Norm, ist die Bedingung der Möglichkeit für das *Urteilen* über einen Sachverhalt.

Was ist nun die Erscheinungsweise der Norm? Hier möchte *Amselek* insofern Phänomenologe sein, als er darauf insistiert, dass auch Normen eine Art der Erscheinungsform haben müssen. Sein Ergebnis lautet, dass die Norm ein *Modell* darstelle, welches „selbst erscheint“ („*qui est ,là en personne*“⁴⁵⁾). Die Form, in welcher die Norm erscheine, sei die des Sollens in Form einer „syntaktischen Proposition“ (*proposition syntactique*). Für *Amselek* erweist sich der Gegensatz von Sein und Sollen daher als hinfällig bzw. „absurd“, da das Sollen nur eine *Art* des Erscheinens sei, um Modellhaftigkeit auszudrücken. Die Dichotomie aufrecht zu erhalten, mache keinen Sinn, da sie im *Erscheinen* sowohl des Sollens als auch des Seins zusammengefasst und aufgehoben wäre. Das Sollen wird so bei *Amselek* von seinem Sein, d.h. seinem Erscheinen her verstanden: Es ist somit als eine spezifische Seinsweise bzw. *als ein Sein* mit speziellen Charakteristika aufgefasst („*le devoir-être est un être*“⁴⁶⁾). Hier muss sich natürlich der heftige Widerspruch *Kelsens*⁴⁷⁾ regen, da seine fundamentalste methodische Prämisse aufgehoben wird. Sein Einwand lautet: Natürlich sei es vollkommen

⁴⁴⁾ *Kelsen*, Phänomenologische Rechtstheorie 376.

⁴⁵⁾ *Amselek*, *Méthode phénoménologique* 216.

⁴⁶⁾ *Amselek*, *Méthode phénoménologique* 80.

⁴⁷⁾ „Der Unterschied zwischen einer etwas als gesollt vorschreibenden Norm und einer etwas als seiend beschreibenden Aussage ist ebenso evident wie der Selbst-Widerspruch, der in der Behauptung liegt, daß vorschreibende Sätze beschreiben“ (*Kelsen*, Phänomenologische Rechtstheorie 359).

klar, dass die positiven Rechtsnormen *tatsächlich* z.B. als Gesetzestext vorhanden sind, aber das ändere nichts an dem *Wesen* der Norm, die eben kein Sein beschreibt, sondern ein Sollen vorschreibt.

Worum es *Amserek* aber geht, ist das Recht als eine Seinstatsache mit Sollenscharakter zu analysieren. Deshalb betont *Amserek* nachdrücklich: „*Le droit est un fait*“⁴⁸) und bezeichnet sich im Unterschied zum klassischen und zum kritischen Positivismus als *phänomenologischen* Positivisten. Damit ist sein Forschungsobjekt auf die positiv existierenden Rechtsordnungen beschränkt, die er aber in neuer, phänomenologischer Hinsicht als lebensweltliches „Modell“ verstehen möchte. *Amserek* diagnostiziert, dass sowohl der Positivismus als auch die Soziologie und der Logizismus die Tendenz haben, die Norm in ihrer „Gegebenheitsweise“ zu verkennen und sie so mit einem logischen Problem zu verwechseln – diesen Vorgang nennt er die *Dematerialisation, Entstofflichung (dématerialisation)* der Norm⁴⁹), der die phänomenologische Einstellung entgegenzusetzen sei. In dieser erscheine die Norm als ein Seiendes unter anderen Seienden – und das bedeutet für *Amserek* „tatsächliche Gegebenheit“, der nur durch ihren Modellcharakter die Erscheinungsform des Sollens zukomme.

Amserek beharrt darauf, dass Normen ein (tatsächliches) Sein wie Messinstrumente besitzen und dass es nicht darauf ankomme, dass sie sich in einem Sollen an uns wenden. Kritisch könnte man – mit *Kelsen* – einwenden, dass hier das *Wesen* der Norm mit ihrer *Existenz* verwechselt wird. Phänomenologisch wird – u.a. auch von *Merleau-Pontys* Konzeption des geschichtlichen Handelns inspiriert – letztlich darauf abgezielt, dass „das positive Recht [immer] phänomenales Recht [ist], d.h. in ihm treten Normen geschichtlich in Erscheinung“⁵⁰).

VIII. Conclusio

In diesem raschen Durchgang durch fünf Positionen wurde deutlich, wie vielfältig die Reine Rechtslehre phänomenologisch aufgenommen und fortgeführt wurde (weitere Fortführende wie *Carlos Cossio* u.a. könnten genannt werden). Was man generell festhalten kann, ist eine wissenschafts- und erkenntnistheoretische Schlagseite in dieser Rezeption, die eine „tiefere“ philosophische Fundierung der Rechtstheorie schlechthin anstrebt. Auch zeugt der philoso-

⁴⁸) *Amserek*, *Méthode phénoménologique* 80.

⁴⁹) *Kelsen* stellt dies folgendermaßen dar: „Obgleich *Amserek* von der Rechtsregel sagt, [...] daß sie etwas vorschreibt [...], behauptet er doch von der Diskussion betreffend den Unterschied zwischen Sein und Sollen [...] es handle sich oft nur um reinen ‚Verbalismus‘ [...] und disqualifiziert die Ansicht, die die Normen in eine von der Welt des Seins verschiedene Welt des Sollens verlegt, als ‚dematerialisation‘“ (*Kelsen*, *Phänomenologische Rechtstheorie* 358). Deshalb lehnt *Amserek* auch „meine Unterscheidung zwischen der vorschreibenden, von dem Rechtsorgan gesetzten Rechts-Norm und dem beschreibenden, von der Rechtswissenschaft formulierten Rechts-Satz ab. Dabei unterläuft ihm der Irrtum, daß er als meine Meinung angibt, die Rechts-Sätze seien ‚Seins-Sätze‘“ (*Kelsen*, *Phänomenologische Rechtstheorie* 369).

⁵⁰) *Waldenfels*, *Gedankengänge* 454.

phisch anspruchsvolle Gestus der rechtsphänomenologischen Arbeiten von einem Willen zur theoretischen Durchdringung und Fundierung, der die Frage stellt: Was ist eine Erkenntnis des Rechts, wie können wir es erfassen, nicht nur „machen“? Was leisten wir, wenn wir die Welt rechtlich deuten? Es geht hier um Strukturen des Erkenntnisvermögens, die uns als „rechtliche Wesen“ sichtbar machen; um eine theoretische Haltung, die den erkannten Gegenstand nicht auf bloße Interessen reduziert, sondern in seinem Eigenwesen betrachtet. Die Zukunft sowohl einer philosophisch informierten Rechtstheorie wie auch einer philosophischen Betrachtung dessen, was Recht ist, hängt davon ab, wie tief sie in diese Fragen einzudringen vermag – die rechtsphänomenologische Rezeption der Reinen Rechtslehre gibt ein facetten- und lehrreiches Beispiel davon.

Literatur

- Edmund *Husserl*, Ideen I. Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie. Erstes Buch: Allgemeine Einführung in die reine Phänomenologie (Den Haag 1976).
- Edmund *Husserl*, Briefwechsel. Teil IV. Die Freiburger Schüler (= Husserliana Dokumente III/4, Den Haag 1994).
- Edmund *Husserl*, Briefwechsel. Teil VI. Philosophenbriefe (= Husserliana Dokumente III/6, Den Haag 1994).
- Felix *Kaufmann*, Logik und Rechtswissenschaft. Grundriss eines Systems der Reinen Rechtslehre (Tübingen 1922).
- Felix *Kaufmann*, Methodenlehre der Sozialwissenschaften (Wien 1936 und Oxford 1944, Neudruck Wien 1999).
- Sophie *Loidolt*, Einführung in die Rechtsphänomenologie. Eine historisch-systematische Darstellung (Tübingen 2010).
- Tomoo *Otaka*, Grundlegung der Lehre vom sozialen Verband (Wien/Berlin 1932).
- Hans *Kelsen*, Eine phänomenologische Rechtstheorie, ZÖR XV, Heft 4 (1965), 353–409.
- Hans *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (1960, Neudruck Wien 2000).
- Bruno *Kohlberg*, Felix Kaufmann, der „Phänomenologe des Wiener Kreises“, in: Friedrich *Stadler* (Hg), Phänomenologie und logischer Empirismus (Wien 1997) 23–46.
- Vladimír *Kubeš*, Das Naturrecht und die Reine Rechtslehre in neuer Auffassung, in: Ota *Weinberger* / Werner *Krawietz* (Hrsg), Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker (Wien 1988) 279–296.
- Fritz *Schreier*, Grundbegriffe und Grundformen des Rechts. Entwurf einer phänomenologisch begründeten formalen Rechts- und Staatslehre (Leipzig/Wien 1924).
- Alfred *Schütz*, Der sinnhafte Aufbau der sozialen Welt. Eine Einleitung in die verstehende Soziologie (Wien 1932, Nachdruck 1960).
- Robert J. *Vernengo*, Logik und eine phänomenologische Auslegung der Reinen Rechtslehre, in: Ota *Weinberger* / Werner *Krawietz* (Hrsg), Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker (Wien 1988) 203–216.
- Bernhard *Waldenfels*, Deutsch-Französische Gedankengänge (Frankfurt a. M 1987).
- Ota *Weinberger*, Fritz Schreiers Theorie des möglichen Rechts als phänomenologische Fortführung der Reinen Rechtslehre, in: Ota *Weinberger* / Werner *Krawietz* (Hrsg), Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker (Wien 1988) 217–254.

Clemens Jabloner, Wien

Hans Kelsen und die Österreichische Schule der Nationalökonomie

I. Wiener Kreise

A. Familienähnlichkeit

Eine Graphik der „Wiener Kreise“ in den Jahren von 1900 bis 1914 zeigt den Kreis um *Kelsen* in etlichen Überschneidungen: So mit dem neopositivistischen „Wiener Kreis“, dem „Geistkreis“, also der sich bildenden „Österreichischen Nationalökonomischen Schule“, mit der „Frauenliga für den Frieden“ oder der „Pan-Europa Bewegung“.¹⁾Nach dem Historiker *Edward Timms* waren die Interaktionen zwischen den schöpferischen Kreisen in Wien dynamischer als in anderen Metropolen. Das auffallendste Merkmal der Kreisformationen sei gerade in den Berührungspunkten oder vielmehr in den Überlappungen gelegen. Fast alle diese Kreise hätten sich mit benachbarten Kreisen gekreuzt, die zwar ähnlich radikale Ziele verfolgten, aber zu einem anderen Kulturbereich gehörten – weit über die Wissenschaft hinaus: Literatur, Musik, Architektur, Psychoanalyse etc.

Bereits näher behandelt wurden die Verbindungen *Kelsens* zu den Theoretikern der österreichischen Sozialdemokratie, die auf verschiedenen Ebenen spielenden Verbindungen zur Psychoanalyse und deren Gründer *Sigmund Freud*, und zum Neopositivismus.²⁾ Hingegen werden die Relationen zum „Geistkreis“³⁾, zum Seminar von *Mises* in der Wiener Handelskammer⁴⁾, wie überhaupt zu den österreichischen Ökonomen, zwar regelmäßig erwähnt, aber inhaltlich – soweit ersichtlich – selten behandelt. Zu nennen sind zwei Aufsätze von *Felix Schafer* aus den späten 30er Jahren⁵⁾ und die Dissertation *Paul Silvermans* aus 1984.⁶⁾ Der Grund dafür liegt wohl in der Schwierigkeit, die auf

¹⁾ Vgl. *Timms*, Wiener Kreise 129 (130). Die Literatur zur geistigen Kultur dieser Epoche wächst seit der 1983 erschienenen Arbeit von *Johnston* steil an. Eine frühe Referenz für *Kelsens* Gesellschaft findet sich bei *Métall*, Hans Kelsen 32, wo *Kelsens* gesellige Verbindungen und insbesondere auch seine für diese Wiener Kultur typischen regelmäßigen Caféhaus-Besuche geschildert werden. Vgl. nunmehr *Olechowski*, Hans Kelsen 187, 375; *Linsbichler*, Ökonomie 30.

²⁾ Vgl. *Jabloner*, Kelsen and his Circle 368. Näherhin zum Wiener Kreis vgl. die Beiträge in *Jabloner / Stadler*, Empirismus.

³⁾ Vgl. etwa *Wasserman*, Marginal Revolutionaries 112; *Caldwell / Klausinger*, Hayek 149.

⁴⁾ Vgl. etwa *Hülsmann*, Mises 205.

⁵⁾ *Schafer*, Reine Rechtslehre; *Schafer*, Rechtliche Zurechnung.

⁶⁾ *Silverman*, Law and Economics.

verschiedenen Ebenen spielenden Verbindungen systematisch zu erfassen; vor allem wäre dafür Expertise hüben wie drüben notwendig. Im Folgenden kann also nicht von einer höhergelegenen Warte auf beide Strömungen hinabgeblickt werden, sondern nur von der Rechtstheorie hinüber – der Bedarf nach gründlicheren Forschungen wird alsbald deutlich werden.

Derartige gesellschaftlich-intellektuelle Beziehungen können gut mit dem von *Wittgenstein* geprägten Begriff der „Familienähnlichkeit“ charakterisiert werden.⁷⁾ Soweit es unser Thema betrifft, ist dabei allerdings eine gewisse Vorsicht geboten. Freilich gab es Gelehrte, die in beiden Schulen aktiv waren – etwa *Felix Kaufmann* oder *Emmanuel Winternitz*⁸⁾ – doch in ihren Kernbereichen stehen die Lehren ganz für sich. Bei der Reinen Rechtslehre geht es um eine normative Lehre jedweden positiven Rechts, die seinem Eigenstand gerecht werden will.⁹⁾ Sie wendet sich sowohl gegen eine soziologische Betrachtung des Rechts als auch gegen naturrechtliche Vorstellungen. So einfach lassen sich die Lehren der Ökonomen nicht erfassen, wir finden keine überwölbende Definition. Vielmehr handelt es sich um ein Bündel von volkswirtschaftlichen Theoremen, auf deren kompetente Darstellung an anderer Stelle verwiesen werden darf, weil Näheres für den hier gegebenen Zusammenhang keinen Mehrwert hätte.¹⁰⁾

B. Milieu

Was zunächst die soziale Herkunft betrifft, besteht zwischen *Kelsen* und den Ökonomen keine ausgeprägte Verbindung. Die Ökonomen der ersten Generation – *Menger*, *Böhm-Bawerk*, *Wieser*, später auch noch *Hayek* – entstammten einer großbürgerlichen Schicht, deren Exponenten oft hohe Positionen in der staatlichen Bürokratie erlangten.¹¹⁾ Allein *Ludwig von Mises* war jüdischer Herkunft.¹²⁾ Aber auch er kam aus viel wohlhabenderen Verhältnissen als *Kelsen*. Die Verbindungen lassen sich also nicht durch ein gemeinsames Milieu erklären.¹³⁾

⁷⁾ Vgl. *Stadler*, Logischer Empirismus IX, XXI, unter Berufung auf *Wittgensteins* „Philosophische Untersuchungen“.

⁸⁾ Vgl. *Kristoferitsch / Orator*, Felix Kaufmann 153; *Kletzer*, Emanuel Winternitz 553.

⁹⁾ Zentrale Quelle: *Kelsen*, Reine Rechtslehre². Dazu *Walter*, Kelsens Rechtslehre und *Dreier* 2023.

¹⁰⁾ Vgl. *Machlup*, *Austrian Economics* 38. Die internationale Literatur zu den „Austrians“ ist immens. Zur allgemeinen Einführung des Autors in die Materie dienen hier hauptsächlich die Schriften von *Wasserman*, *Marginal Revolutionaries*; *Linsbichler*, *Ökonomie* und *Streissler*, *Nationalökonomie* 21, zudem die großen Biografien von *Hülsmann*, *Mises* und von *Caldwell / Klausinger*, *Hayek*. Vgl. zuletzt anschaulich *Linsbichler*, *Ökonomie*.

¹¹⁾ Vgl. im Einzelnen *Linsbichler*, *Ökonomie* 38, 62, 80, 162.

¹²⁾ Vgl. *Linsbichler*, *Ökonomie* 11.

¹³⁾ Zumal der Antisemitismus seine Rolle spielte – vgl. *Klausinger*, *Anti-Semitism and the Austrian School: Vienna, 1918-1945*: <<https://research.wu.ac.at/de/publications/academic-anti-semitism-and-the-austrian-school-vienna-1918-1945-12>> und zu *Wieser* besonders *Streissler*, *Nationalökonomie* 95.

Was also führte diese Gelehrten zusammen? Es sind zunächst die Wiener Gymnasien dieser Zeit: *Kelsens* Familie verhalf ihrem ältesten Sohn, der zwar intelligent, aber nicht brillant war, zu einer erstklassigen Ausbildung am Akademischen Gymnasium in Wien.¹⁴⁾ Die Gymnasien um 1900 waren in der Tat „Transmissionsriemen“, die Kindern aus bescheideneren Verhältnissen – nicht unbedingt „Wunderkinder“ – zu einer guten Schulung verhalfen. Besonders das bildungsbeflissene jüdische Bürgertum, zu dem auch die Familie *Kelsen* gehörte, nutzte diese Chance, um seinen Kindern den sozialen Aufstieg zu ermöglichen. Wie in anderen Gymnasien, namentlich im 1. und 9. Bezirk – Stubenbastei, Wasagymnasium etc. – war der Anteil der „mosaischen“ Schüler hoch und lag im Jahr 1900 bei fast 50 Prozent.¹⁵⁾ Wollte man das Niveau der Wiener Gymnasien um die Jahrhundertwende an den Leistungen vieler ihrer Absolventen und auch schon Absolventinnen messen, kann man sie als ein sehr erfolgreiches Unternehmen bewerten. Zu *Kelsens* Generation im Akademischen Gymnasium zählten u.a. *Ludwig von Mises*, mit dem zusammen *Kelsen* 1900 maturierte, als freilich externe Maturantin die Atomphysikerin *Lise Meitner* im Jahr 1900, *Erwin Schrödinger* im Jahr 1906, um nur einige zu nennen.¹⁶⁾

Vor allem aber gab – bis 1975! – die gemeinsame Fakultät für „Rechts- und Staatswissenschaften“ der Universität Wien das gemeinsame Foyer für Juristen und Ökonomen ab. Alle führenden Ökonomen waren jedenfalls auch ausgebildete Juristen. Zwar erhielten auf der anderen Seite auch die Juristen eine ökonomische Ausbildung. Die Proportion war aber ungleich: Die Nationalökonomien verstanden wohl mehr vom Recht als die Juristen von der Volkswirtschaft. Einer Anekdote zufolge sprang *Kelsen* einmal als Prüfer für Volkswirtschaftslehre ein, was ihm wenig taugte.¹⁷⁾

Die Fakultät, deren Dekan *Kelsen* 1920 wurde, verwickelte *Kelsen* naturgemäß in die Universitätspolitik mit all ihren Facetten.¹⁸⁾ Bei der Nachbesetzung einer ökonomischen Stelle plädierte er gemeinsam mit *Othmar Spann* für *Hans Mayer* und nicht für seinen Jugendfreund *Ludwig Mises*. Auch *Mayer* war

¹⁴⁾ Vgl. *Winter*, Akademisches Gymnasium 161; *Olechowski*, Hans Kelsen 47.

¹⁵⁾ Vgl. mit vielen Belegen: *Rosenbilit*, Juden Wiens; weiters *Caldwell / Klausinger*, Hayek. Zu den Erwartungen der Eltern *Kelsens* vgl. *Métall*, Hans Kelsen 3.

¹⁶⁾ *Friedrich Torberg* hat in seinem 1930 erschienen Roman „Der Schüler Gerber hat absolviert“ die bösen Seiten dieses Schulsystems behandelt.

¹⁷⁾ Vgl. *Kreisky*, Zeiten 169: *Kelsen* sei einmal als Ersatzpulver für *Spann* eingesprungen: „Er verstand zwar ein wenig von Nationalökonomie, war aber auf diesem Felde nicht sehr versiert. In seiner Not fragte er den Kandidaten: ‚Sagen Sie, was ist denn eigentlich der Merkantilismus?‘. Und der Kandidat, der natürlich ganz auf *Spann* eingestellt war, hat so geantwortet, wie es *Spann* gern gehört hätte. Da hat *Kelsen* nur den Kopf geschüttelt und gemeint: ‚Komisch, zu meiner Zeit war das ganz was anderes‘“. Es ist allerdings nicht sehr wahrscheinlich, dass *Kreisky* dies unmittelbar erlebt hat, weil er erst 1929 sein Jusstudium begann, also zu einer Zeit, zu der *Kelsens* Wiener Verpflichtung mit dem Sommersemester 1930 bereits auslief – vgl. *Olechowski*, Hans Kelsen 492. Vielleicht kursierte die Geschichte, allenfalls auch als Legende, in den studentischen Kreisen. Zu *Kelsen* als Prüfer vgl. *Olechowski*, Hans Kelsen 316.

¹⁸⁾ Vgl. *Olechowski*, Hans Kelsen 307.

ein Schulfreund *Kelsens* und 1905 sogar sein Taufzeuge.¹⁹⁾ *Kelsen*, damals Dekan, rechtfertigte die Berufung von *Mayer*, der wenig publiziert hatte, sogar öffentlich in der Neuen Freien Presse und bekannte sich da zu den neuen Lehren von *Menger* und *Wieser*, um dessen Lehrkanzel es ja ging.²⁰⁾

In den Zwanzigerjahren war *Othmar Spann* zweifellos die dominierende Gestalt der österreichischen Nationalökonomie und ein wesentlicher Faktor im Neidspiel der Fakultät.²¹⁾ Von der Sache her gibt es kaum eine größere Differenz als jene zwischen dem rationalen Weltbild *Kelsens* und der romantischen Weltansicht *Spanns*. Dennoch dürfte persönlich ein gewisses Arrangement bestanden haben. *Spann* hatte sich sogar für *Kelsens* Berufung eingesetzt und war Miterausgeber der Neuen Folge der Österreichischen Staatswissenschaftlichen Schriften, deren Redakteur *Kelsen* war. *Spann* war Antisemit, aber à la *Lueger*, d.h. es kam nicht auf die Rasse an, sondern auf die intellektuelle Zurichtung. Mit dieser Spielart des Antisemitismus hatte *Spann*, obzwar „Illegaler“, bei den Nazis allerdings keinen Erfolg, als jene 1938 an die Macht kamen.²²⁾

Schließlich der Faktor Emigration: Fast alle Ökonomen – *Mises*, *Schumpeter*, *Hayek* u.a. – teilten mit *Kelsen* und vielen Vertreterinnen der Reinen Rechtslehre das Schicksal, freiwillig oder gezwungen, schließlich im akademischen Betrieb der USA zu landen.²³⁾ Unter den dort gegebenen Umständen entwickelten sich manche über ihre angestammten Bereiche immer mehr in die politische Philosophie hinüber. Bei *Kelsen* war das zwar von Anfang so, wuchs aber in Amerika, wo er keinen rechtswissenschaftlichen Lehrstuhl errang, sondern in den „political sciences“ Zuflucht fand. Zudem kam es in den USA – wie zuvor auch schon in Genf – zu Kontakten in Personalangelegenheiten. Man kümmerte sich um einander und um weitere Emigranten und Emigrantinnen.²⁴⁾

II. Intellektuelle Relationen

A. Modernes Denken

Wie aber sieht es nun mit den intellektuellen Relationen aus, seien es explizite Dialoge oder auch implizite Gemeinsamkeiten?

Allgemein gesprochen gehören beide Schulen zur Kultur- und Wissenschaftsbewegung der „Wiener Moderne“.²⁵⁾ Mit ihrer rationalistischen Grundhaltung und spezifischen Forschungsethik stand sie in einem Widerspruch na-

¹⁹⁾ Vgl. *Olechowski*, Hans Kelsen 88.

²⁰⁾ *Kelsen*, nationalökonomische Lehrkanzel; Bemerkenswerterweise lehnte sich *Mayer* 1938 an die Nazis an und agierte gegen *Spann* – vgl. *Klausinger*, Anti-Semitismus 8.

²¹⁾ Vgl. *Wasserman*, Black Vienna 74.

²²⁾ Vgl. *Klausinger*, Anti-Semitismus 8.

²³⁾ Vgl. nur *Feichtinger*, Emigration 447.

²⁴⁾ Vgl. etwa bei *Olechowski*, Hans Kelsen 581; *McCraw*, Schumpeter 636.

²⁵⁾ Vgl. *Janik / Toulmin*, Wittgensteins Vienna; *Stadler*, Vertriebene Vernunft; *Stadler*, Kulturgeschichte 498 (506); *Stadler*, Wissenschaft als Kultur 9.

mentlich zum Denken in Substanzbegriffen wie „Volk“ oder „Staat“, der dekonstruiert wurde.²⁶⁾ Beide Schulen kehren sich vom Historismus ab, also von der Behauptung der durchgehenden Geschichtlichkeit des Denkens, wie sie etwa der Marxismus vertritt.²⁷⁾ Schließlich teilen beide Schulen ein liberales, von der menschlichen Freiheit geleitetes, Menschenbild, so *Kelsen* schon 1910 in einer Rezension einer Schrift von *Wieser*.²⁸⁾

Die gemeinsamen Züge werden deutlicher, werden sie vor die Folie damaliger konservativer Ansichten gestellt, vor das romantische Weltbild von *Othmar Spann* oder jenem ungunstigen Konglomerat antimoderner und auch antisemitischer Einstellungen, wie man sie in der Kritik des älteren *Schwind* an den „Hauptproblemen der Staatsrechtslehre“ findet.²⁹⁾ *Kelsen* wird u.a. eine „Gedanken-, Turn- und Akrobatik-Kunst“ vorgeworfen, die von ihm verfolgte Richtung sei nur „destruktiv und zersetzend“. Und dann meint *Schwind*, dass ähnliche abstrakte Spekulationen, wie sie *Kelsen* in der Rechtstheorie vollführe, auch für die österreichische Schule der Nationalökonomie feststellbar wären. Es gibt also Gemeinsamkeit aus gemeinsamer Gegnerschaft.

B. „Zurechnung“ als Schlüssel?

Auf der Suche nach verbindenden Elementen stößt man auf die für *Kelsen* zentrale Kategorie der „Zurechnung“, das – analog der Kausalität in den Naturwissenschaften, aber kategorial davon verschieden – Elemente miteinander verknüpft und dergestalt die Beschreibung des Rechtssystems ermöglicht.³⁰⁾ Spielt dieses Element sinngemäß auch in der Wirtschaftswissenschaft eine Rolle?

Zeitgenössisch finden wir einen solchen Versuch bei *Felix Schafer*.³¹⁾ Er war Jurist und Ökonom und ist heute vor allem als Mitglied des Kreises um *Karl*

²⁶⁾ Vgl. nur *Feichtinger*, Emigration 13.

²⁷⁾ Vgl. *Stadler*, Methodenstreit 57 (59) 19.

²⁸⁾ *Kelsen*, Recht und Macht 260 (260).

²⁹⁾ Separatvotum gegen die Habilitation *Kelsens* vom 11. 3. 1911, zit. bei *Olechowski*, Hans Kelsen 205.

³⁰⁾ *Kelsen*, Reine Rechtslehre² 79.

³¹⁾ *Felix Schafer* wurde 29. 11. 1902 in Wien geboren und starb am 5. 8. 1979 in Wellington, Neuseeland, wohin er mit Hilfe *Karl Poppers* letztlich emigrieren konnte. Aus dem Universitätsakt *Schafers* ergibt sich die richtige Schreibweise „Schafer“, nicht „Schaffer“, wie in der Wiedergabe seiner Erinnerungen. *Schafer* dissertierte bei *Kelsen* und *Menzel* mit der Schrift: „Über Staats- und Rechtsbegriffe und ihre Verselbständigung“, eingereicht im Januar 1926. Nähere Forschungen über sein wissenschaftliches Schaffen stehen noch aus und sollen in einem vom Hans Kelsen-Institut vorzubereitenden zweiten Band von „Der Kreis um Hans Kelsen“ enthalten sein.

Polanyi geläufig.³²⁾ In zwei Aufsätzen trachtete er danach, Analogien zwischen der Reinen Rechtslehre und einer „reinen Wirtschaftslehre“ aufzuzeigen:³³⁾

Dabei bezieht er sich zunächst auf das Element der „Reinheit“: Als reine Wirtschaftstheorie gälte die Definition der Wirtschaft als die Wahl eines Wirtschafters zwischen den für seinen Mittelvorrat gegebenen Verwendungsmöglichkeiten. Zwar würde eine Wahlhandlung nicht auf der gleichen Ebene wie eine Norm liegen. Die Analogie zur Rechtslehre bestünde aber in der Abgrenzung von der Natur. Natur sei ein äußerer, sinnlich wahrnehmbarer Vorgang, Wirtschaft dagegen nur dann, wenn ihm der Sinn einer Wahlhandlung eines Wirtschaftens unterlegt werden könne. Beide Male werde dem äußeren Naturvorgang somit ein bestimmter Sinn unterlegt: Einmal, dass er sich mit einer Norm, das andere Mal, dass er sich mit einer Wahlhandlung decke. Weitere Parallelen sieht *Schafer* dann auch hinsichtlich der Grundnorm und des Stufenbaus: So wie jede Rechtsnorm auf die Grundnorm ableitbar werden könne, so ebenso die Verwendung jeder Mittelmenge aus einem Vorrat aus der gleichen Wahlhandlung des Wirtschaftens. Und ähnlich wie in der Rechtslehre würden in der reinen Wirtschaftstheorie die Verwendungen der Mittel eines Vorrats ein System bilden, in dem die Wahlhandlung des Wirtschaftens die Mittel von der entferntesten bis zur nächsten Stufe führe. Beide Theorien würden den Dualismus überwinden: in der Rechtslehre den zwischen dem objektiven und dem subjektiven Recht, in der Nationalökonomie jenen zwischen dem Menschen auf der einen Seite und den wirtschaftlichen Erscheinungen auf der anderen Seite.

Im zweiten Aufsatz sieht der Autor die Analogie im Denkinstrument der „Zurechnung“. *Schafer* führt einleitend aus, dass die Einführung des Begriffs in die Nationalökonomie auf *Friedrich von Wieser* zurückgehe, für den dies aber nur eine Methode zur Heraushebung gewisser Elemente aus einem Kausalzusammenhang gewesen sei. Die Funktion der Norm bei der rechtlichen Zurechnung würde der Funktion der Wahlhandlung bei der wirtschaftlichen Zurechnung entsprechen. Aus welchen Motiven der Wirtschaftler entschieden habe, sei daher vom Gesichtspunkt der Zurechnung gleichgültig. Zwar bestünde zwischen beiden Formen der Zurechnung eine grundsätzliche und unüberbrückbare Verschiedenheit, denn bei der rechtlichen Zurechnung erfolge die Verknüpfung aufgrund einer Norm, bei der wirtschaftlichen Zurechnung aber aufgrund einer Wahlhandlung des Wirtschafters. Die rechtliche Zurechnung erschiene damit als normativ, die wirtschaftliche Zurechnung als Explikation. Von daher gesehen wären sowohl die Rechts- als auch die Wirtschaftstheorie zumindest zum großen Teil, wenn nicht überhaupt, Zurechnungstheorien.

³²⁾ Prof. *Claus Thomasberger*, Berlin, verdankt der Verfasser die folgende Information: *Felix Schafer* verfasste „Erinnerungen an die Begegnungen mit Karl und der Familie Polanyi“: ein umfangreiches Manuskript, zunächst in Deutsch, später in Englisch, eine Mischung aus theoretischen Reflexionen und sehr persönlichen Eindrücken. (Con_29_Fol_09, Con_29_Fol_10) Ein kurzer Ausschnitt davon wurde später in *McRobbie / Polanyi*, 2000, 328, unter der Überschrift „Vorgartenstrasse 203: Extracts from a Memoir“ veröffentlicht.

³³⁾ *Schafer*, Reine Rechtslehre 203; *Schafer*, Rechtliche Zurechnung 61.

Auch *Paul Silverman* sieht in seiner umfangreichen, doch leider unpublizierten Dissertation zu *Kelsen* und *Mises* in der „Zurechnung“ die Schlüssel-funktion: Sie ermögliche es, Wechselwirkungen abseits der Kausalität zu erklären.³⁴⁾ Im Kern ginge es um die Natur der sozialen Realität. *Kelsens* Lehre enthielte eine Theorie über die Natur der Gesellschaft, doch nicht über menschliches Handeln, bei *Mises* sei es umgekehrt.³⁵⁾ Zurechnung („imputation“) wäre „a theory which deals with the principle according to which the values of the means of production is established“. Unter diesem Aspekt betont auch *Olechowski*, dass beide Lehren eine komplementäre Funktion hätten und auffällige Parallelen zeigten. Zwar gäbe es keine direkten wechselseitigen Einflüsse, doch es „scheint eher das allgemeine intellektuelle Umfeld von *Kelsen* und *Mises* gewesen zu sein, das beide zu ähnlichen Gedanken veranlasste“.³⁶⁾

Wie sind diese Überlegungen nun zu werten? Es trifft zu, dass rechtliche wie wirtschaftliche Zusammenhänge aus der Deutung natürlicher Vorgänge erfließen. Ebenso wie das Recht legt auch die Wirtschaft ihren Deutungsmaßstab an die Realität an. Zweifellos trifft dies aber auch auf andere institutionelle Phänomene zu, wie die Religion oder das Theater. Die darüber hinaus gehenden Ähnlichkeiten und Analogien wirken zwar nicht unzutreffend, aber doch konstruiert. Die Gemeinsamkeiten ergeben sich nur auf einer sehr hohen Abstraktionsebene. Möglicherweise lassen sie sich dort – etwa auf der Ebene der Phänomenologie – bearbeiten, doch geht dies über die hier angestellten Überlegungen hinaus,³⁷⁾ zumal sie nach dem Eindruck des Verfassers dieses Beitrags mit dem spezifisch gearteten Problem der „Zurechnung“ in der Volkswirtschaftslehre durcheinandergeraten.³⁸⁾

C. Die moderne Demokratie

In seiner jüngst erschienenen monumentalen Geschichte Österreichs von 1867-1955³⁹⁾ validiert *John W. Boyer* die These *Paul Silvermans*, dass *Kelsens* Demokratielehre deutlich unter dem Einfluss einzelner Schriften *Friedrich von Wiesers* entstanden sei. *Silverman* weist darauf hin, dass sich *Kelsen* ursprünglich als liberaler politischer Denker verstanden habe. Er habe sich von diesem Attribut getrennt, sobald das Eigentumsrecht als fundamentale Essenz des Liberalismus verstanden wurde, was mit *Kelsens* rechtstheoretischem Konzept unvereinbar war.⁴⁰⁾ Als einen für den frühen *Kelsen* wichtigen Beitrag nennt der

³⁴⁾ Vgl. *Silverman*, Law and Economics 375.

³⁵⁾ Vgl. *Silverman*, Law and Economics 376.

³⁶⁾ *Olechowski*, Hans Kelsen 312.

³⁷⁾ Vgl. im Ansatz schon *Dobretsberger*, Rechts- und Wirtschaftstheorie 571 (586) – ein weiterer Grenzgänger zwischen Reiner Rechtslehre und Nationalökonomie; vgl. *Kelsen* phänomenologische Rechtstheorie, und umfassend aus heutiger Perspektive: *Loidolt*, Rechtsphänomenologie 162.

³⁸⁾ Der spätere Beitrag von *Schafer* ist, nach Ausweis einer Anmerkung auf S. 400, Teil einer nicht veröffentlichten, gemeinsam mit *Polanyi* verfassten Kritik an „Hans Mayer's Lösung des Zurechnungsproblems“; vgl. auch *Caldwell / Klausinger*, Hayek 160.

³⁹⁾ Vgl. *Boyer*, Austria 364.

⁴⁰⁾ Vgl. *Silverman*, Law and Economics 586.

Autor *Kelsens* 1910 erschienene Besprechung von *Wiesers* Werk „Recht und Macht“.⁴¹⁾ Im rezensierten Werk habe *Wieser* versucht, mit der politischen Demokratie in Einklang zu kommen. Sein Werk habe – so *Silverman* – auf *Kelsens* Verständnis von der Rolle des Rechts in der Gesellschaft gewirkt, indem es ihn mit fundamentalen Einschätzungen hinsichtlich des Zwecks der politischen Institutionen ausstattete. Diese Einsichten wären für *Kelsen* wiederum eine Leitlinie für die Bundesverfassung von 1920 gewesen.

Wieser habe das Recht als eine Ordnung definiert, die sich eine Gesellschaft selbst gibt, um die Fülle ihrer Kraft, d.h. ihrer Werte, so zu entfalten, dass die wenigsten Friktionen auftreten.⁴²⁾ Die Klassenfrage habe *Wieser* zur Einsicht geführt, dass anstelle des klassischen Freiheitsbegriffs ein neuer zu treten habe, ohne aber damit den Wert des Individuums zu vernachlässigen. Für *Wieser* habe das bisher dominierende „Gesetz der kleinen Zahl“, d.h. einer die Gesellschaft dominierenden Minorität, die Wirkung verloren. Die kulturell gereiften Klassen würden fordern, dass sie ihrerseits die Kraft ihrer inneren Werte so entwickeln könnten, dass damit die Richtung der staatlichen Aktivitäten bestimmen könnten. Der Zweck der demokratischen Institutionen wäre es demnach, diese Art von Freiheit mit einer minimalen Einschränkung der individuellen Freiheit zu verbinden. *Kelsen* – so *Silverman* – habe diese Idee freudig begrüßt und in diesem „Neoliberalismus“ die Bewegung der Zukunft gesehen. *Kelsen* habe sogar formuliert, dass *Wiesers* Definition des Rechts als einer Ordnung zur Reduktion sozialer Friktionen und zur Erleichterung der Realisation von Werten im Licht seiner – *Kelsens* – theoretischen Kategorien zur Negation des Gegensatzes zwischen Recht und Macht führen würde.⁴³⁾ Wenn ein Wert eine Funktion eines Sollens sei, dann würde das Recht eine Funktion der Macht sein. Freiheit würde dort entstehen, wo sich das Recht und die Macht decken würden. An diesem Punkt der Reduktion der Kluft zwischen dem Sein und dem Sollen würde Freiheit entstehen.⁴⁴⁾ Deshalb – so *Wieser* – sei es *Kelsens* Ziel gewesen, dafür das entsprechende rechtliche Rahmenwerk bereitzustellen.⁴⁵⁾

In den demokratietheoretischen Werken *Kelsens*, zumal in der zweiten Auflage der zentralen Schrift „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ aus 1929, findet sich keine Bezugnahme auf *Wieser*.⁴⁶⁾ Die über Jahrzehnte weiterentwickelte Demokratietheorie ist eine genuine Schöpfung *Kelsens*, mag sie auch von mannigfachen Quellen inspiriert sein.⁴⁷⁾ *Silverman* kommt das Verdienst zu, auf diese frühe Schrift *Kelsens* aufmerksam gemacht zu haben. Wie weit *Wieser* *Kelsen* tatsächlich beeinflusst hat, muss dahingestellt bleiben. Jedenfalls begegnen wir hier einer schönen Verbindung zwischen dem politischen Denken eines der Väter der Österreichischen Nationalökonomischen Schule und der Gedankenwelt *Kelsens*.

41) Vgl. *Kelsen*, Recht und Macht; vgl. *Silverman*, Law and Economics 587.

42) Vgl. *Silverman*, Law and Economics 589.

43) Vgl. *Silverman*, Law and Economics 598.

44) Vgl. *Silverman*, Law and Economics 600.

45) Vgl. *Silverman*, Law and Economics 596.

46) Vgl. *Kelsen*, Wesen und Wert.

47) Zu *Kelsens* Demokratietheorie vgl. nur *Dreier*, Rechtslehre 249.

D. Freundschaft und Distanz

Man sollte erwarten bei *Ludwig von Mises* fündig zu werden, waren die beide Gelehrten einander ja lebenslang freundschaftlich verbunden.⁴⁸⁾ Jedenfalls eint sie, dass sie ein empirisches Konzept ablehnten und sowohl den Gegenstand als auch die ihm adäquate Methode intensiv reflektierten.⁴⁹⁾ Der methodische Standpunkt von *Mises* wird noch deutlicher im Lichte seiner später entwickelten – über die Nationalökonomie hinausreichenden – „Praxeologie“. Sie will „a general theory of human action“ sein, die „purposeful behaviour [...] necessarily always rational“ analysiert.⁵⁰⁾ Dieses zweckgerichtete Handeln – bei *Mises* im Sinne einer dem Menschen gegebenen unreflektierten teleologischen Kausalität⁵¹⁾ – sei apriorischer Natur, wie etwa die Logik.⁵²⁾ Hier lässt sich – freilich auf höchster Abstraktionsebene – eine Parallele zur Reinen Rechtslehre herstellen, insofern auch diese ihre zentrale Kategorie des „Sollens“ unmittelbar im menschlichen Bewusstsein verankert sieht.

Die persönliche Nähe schlug sich aber nicht in wechselseitigen, sei es auch kritischen Bezugnahmen nieder: *Mises* zitiert *Kelsen* gelegentlich,⁵³⁾ bei *Kelsen* ist, soweit ersichtlich, keine Zitierung von *Mises* festzustellen. Das schließt einen undokumentierten Dialog nicht aus. Zu bedenken ist, dass innerhalb des vom Liberalismus gezogenen weiten Rahmens *Kelsen* und *Mises* Extrempositionen vertreten: *Kelsen* war wohl ein „Liberal“ im Sinne der amerikanischen Redeweise, staatlichen Eingriffen nicht abgeneigt, hatte keinen absoluten Begriff des Eigentums und auch keine negative Haltung zur staatlichen Bürokratie. All das war für den libertären *Mises* essenziell und gerade darauf beruht seine starke politische Wirksamkeit als neoliberale Gallionsfigur. *Mises* ist viel eher noch als *Hayek* ein Ausgangspunkt für einen anarchischen, staatsverweigernden „Paläoliberalismus“.⁵⁴⁾ Die Reine Rechtslehre, soweit sie richtig als eine Lehre verstanden wird, die Herrschaftsverhältnisse gerade nicht legitimiert, kennt jedenfalls keine vergleichbar extremen Auswüchse.

III. Gutes und schlechtes Recht

Was das Recht betrifft, hat *Mises* offensichtlich einen nüchternen Begriff des positiven Rechts, ungeachtet seiner naturrechtlichen Fixierung auf das Eigentum. So schreibt er: „The state is essentially an apparatus of compulsion and coercion. The characteristic feature of its activity is to compel people through the application or the threat of force to behave otherwise than they would like to behave“. Und weiter: „The total complex of the rules according to which those

⁴⁸⁾ Vgl. *Olechowski*, Hans Kelsen 311, 581; *Hülsmann*, *Mises* 41.

⁴⁹⁾ Vgl. *Silverman*, *Law and Economics* 240.

⁵⁰⁾ *Mises*, *Human Action* 19 – vgl. dazu *Linsbichler*, *Ökonomie* 115.

⁵¹⁾ *Mises*, *Human Action* 22.

⁵²⁾ *Mises*, *Human Action* 57.

⁵³⁾ *Mises*, *Gemeinwirtschaft*, 67, 117; *Mises*, *Human Action* 22.

⁵⁴⁾ Vgl. differenzierend *Linsbichler*, *Ökonomie* 125; *Wasserman*, *The marginal revolutionaries* 280.

at the helm employ compulsion and coercion is called law⁵⁵). Eine mit Mitteln des Rechts vorgenommene Intervention des Staats in die Gesellschaft jeden E-tatismus lehnt *Mises* ab.⁵⁶)

Mit *Friedrich von Hayek* schlagen wir ein anderes Kapitel auf: Denn von den Ökonomen hat er allein eine umfangreiche Rechtslehre vorgelegt und damit in *Kelsens* zentralen Bereich eingegriffen. Der sich als der *Montesquieu* des 20. Jahrhunderts präsentierende Gelehrte⁵⁷) fasst seine Grundthesen wie folgt zusammen:⁵⁸)

“The first of these is that a self-generating or spontaneous order and an organization are distinct, and that their distinctiveness is related to the two different kinds of rules or laws which prevail in them. The second is that what today is generally regarded as ‘social’ or distributive justice has meaning only within the second of these kinds of order, the organization; but that it is meaningless in, and wholly incompatible with, that spontaneous order ... The third is that the predominant model of liberal democratic institutions, in which the same representative body lays down the rules of just conduct and directs government, necessarily leads to a gradual transformation of the spontaneous order of a free society into a totalitarian system conducted in the service of some coalition of organized interests.”

Hier haben wir es nun, das Zusammentreffen zwischen der Reinen Rechtslehre und der Österreichischen Ökonomischen Schule – keine freundliche Begegnung, ist doch *Kelsen*, den *Hayek* noch als Student bewundert hatte, geradezu seine bête noire. Es fällt auf, dass die *Kelsen/Hayek*-Debatte mit Ausnahme von *Richard A. Posner* und *Jens Petersen* nur wenig rezipiert wurde.⁵⁹)

Zunächst könnte man die Rechtslehre *Hayeks* von Haus aus bloß als die rechtspolitische Seite eines neoliberalen Systems verstehen. In der Tat waren die Lehren *Hayeks* eher politisch als geistig wirksam. Zwei Überlegungen sprechen aber gegen eine zu rasche Erledigung: Zum einen möchte *Hayek* seine Lehre im Sinn einer „science of legislation“ verstanden wissen, die „principles of policy in the widest sense“ einschließt. Mit der Aufsplitterung dieser Wissenschaft sei – so *Hayek* – „a no-man’s-land, a vague subject sometimes called social philosophy“ entstanden.⁶⁰)

Law, Legislation and Liberty (1973), mit über 600 Seiten, sowie die ebenso einschlägigen Werke *The Road to Serfdom* (1944) und *The Constitution of Liberty* (1960) sind Hauptwerke des Autors, nachdem er das engere Gebiet der

⁵⁵) *Mises*, *Omnipotent Government* 55.

⁵⁶) *Mises*, *Omnipotent Government* 68.

⁵⁷) *Hayek*, *Law, Legislation and Liberty* 4.

⁵⁸) *Hayek*, *Law, Legislation and Liberty* 2.

⁵⁹) Vgl. *Posner*, *Kelsen versus Hayek*; *Petersen* *Freiheit*, ferner noch *Vernengo*, *Positivismo*. Eine eingehende – kritische, aber systeminterne – Analyse der Rechtslehre *Hayeks* findet sich bei *Vesco*, *Ökonomische Rechtswissenschaften*, der aber die für den gegebenen Zusammenhang relevante Relation zur Reinen Rechtslehre „höchstens punktuell in den Blick“ nimmt. Sie stelle nämlich nach Ansicht des Autors im Großen und Ganzen eine Fortsetzung des autonom-begrifflichen Rechtsmodells dar, von dessen Krise als unhintergehbaren Faktum seine Studie aber ausgehe. Besonders zur Entwicklung des Rechtsdenkens von *Hayek* vgl. *Nientiedt*, *legal positivism*.

⁶⁰) *Hayek*, *Law, Legislation and Liberty* 4.

Volkswirtschaftslehre verlassen hatte. Zum anderen begegnete das Verdikt, es würde sich bloß um eine politische Ideologie handeln, sogleich die – salopp gesprochen – Retourkutsche, die Reine Rechtslehre sei nichts Anderes als die Rechtsideologie des demokratisch interventionistischen Staates – das ist ja gerade der Hauptvorwurf *Hayeks* an den Rechtspositivismus überhaupt.

Hayeks Rechtslehre wurzelt in einer wissenschaftstheoretischen Grundhaltung, die sich gegen jeden konstruktiven Rationalismus richtet – „a conception which assumes that all social institutions are, or ought to be, the product of deliberate design“.⁶¹⁾ Dem stellt er einen evolutionären Rationalismus gegenüber, der gesellschaftliche Phänomene zwar als Resultat menschlicher Tätigkeit, aber nicht als menschlich konzipiert ansieht.

Das Recht gehört für *Hayek* zu eben diesen spontanen Phänomenen, es sei also Gewohnheit, „custom“.⁶²⁾ Die Frage seiner Normativität spielt für *Hayek* deshalb keine Rolle, weil für ihn von der Befolgung einer Norm erst dann die Rede sein kann, wenn diese als Regel abstrakt aufgestellt ist. Davor spielt es keine Rolle, ob eine bewusste Orientierung an einer Rechtsregel stattfindet. Auf die *opinio iuris* kommt es ihm nicht an, zumal diese – wenn ich es richtig verstehe – mit dem evolutiven Konzept nicht harmoniert. Dem so entstandenen Gewohnheitsrecht gilt *Hayeks* ganze Sympathie. Ihm stellt er das konzipierte generell-abstrakte Recht als das Recht minderer Güte gegenüber, dem er nur die bescheidene Funktion gönnt, Fehlentwicklungen des guten Rechts zu korrigieren.⁶³⁾

Der Rechtstheoretiker ist gewohnt, eine Rechtslehre in die Koordinaten rechtspositivistisch/naturrechtlich einzuordnen. Denn im Hinblick auf wechselseitige Verweisungen und Verflechtungen eröffnet sich so ein Spielraum für zu differenzierende Lehren. Die Einordnung der *Hayekschen* Rechtslehre ist nicht trivial: Er selbst versteht sie nicht als Naturrecht in einem herkömmlichen Sinn.⁶⁴⁾ Ein von einer höheren Wesenheit diktiert Recht kommt für ihn schon deshalb nicht in Frage, weil er ja jede Form des Kreationismus bekämpft.⁶⁵⁾ Auch ein rationales Naturrecht lehnt er ab, da es ja wiederum das Produkt einer abstrakten Konzeption wäre, also „konstruktiver Rationalismus“.⁶⁶⁾

Ganz deutlich ist die Vorstellung *Hayeks* über das „gute“ Recht vom Common Law geprägt, dem er in England begegnete. Dazu gehört auch das traditionelle englische Richterbild, das den Richter nicht als berufsmäßigen Agenten des kodifizierten Rechts versteht, sondern als vom Staat abgerückte gesellschaftliche Institution.

Hayek befasst sich eingehend mit der Grundfrage des Common Law, ob es sich nun tatsächlich um Gewohnheit handelt, die der Richter nur deklariert und allenfalls verfeinert, oder ob nicht vielmehr erst durch das richterliche Urteil der

⁶¹⁾ *Hayek*, Law, Legislation and Liberty 5.

⁶²⁾ *Hayek*, Law, Legislation and Liberty 21.

⁶³⁾ *Hayek*, Law, Legislation and Liberty 84.

⁶⁴⁾ Vgl. den Abschnitt „Hayek als Naturrechtler“ bei *Petersen*, Freiheit 135, weiters 373.

⁶⁵⁾ *Hayek*, Law, Legislation and Liberty 223.

⁶⁶⁾ *Hayek*, Law, Legislation and Liberty 21.

Rechtscharakter der Gewohnheit konstituiert wird. Im Sinne seines evolutionären Ansatzes sieht *Hayek* die spontane Evolution als primär an. An entscheidender Stelle: „The judge [...] serves or tries to maintain and improve a going order which nobody has designed, an order that has formed itself without the knowledge and often against the will of authority ...“⁶⁷⁾

Worin liegt aber nun der Zweck dieses Rechts, „the purpose of law“⁶⁸⁾ Es ist der Schutz des Eigentums, das von *Hayek* als eine anthropologische Konstante, eine Grundlage jedweder Zivilisation betrachtet wird, also eben doch eine naturrechtliche Grundannahme soziobiologischer Art. Hier liegt ein fundamentaler Unterschied zur Reinen Rechtslehre, die diesen Eigentumsbegriff kritisiert und auf seine rechtlich konstituierte Ausschlussfunktion gegenüber anderen Personen reduziert.

Das andere Recht, „the law of legislation“, sei nach *Hayek* zunächst das Recht der Organisation Staat, anfänglich zur zwangsweisen Durchsetzung des Privatrechts, bald schon als Steuerrecht. Dieses so entstehende öffentliche Recht habe die Tendenz, stetig anzuwachsen und nach und nach Bereiche des Privatrechts zu okkupieren.⁶⁹⁾ Diese quasi feindliche Übernahme erfolge unter dem Titel der Herstellung von sozialer Gerechtigkeit, ein Konzept, das *Hayek* vehement ablehnt. Hier schließt sich der Kreis: An einem Ende steht die Funktion des Privatrechts zur Sicherung des Eigentums, am anderen Ende die Verdammung seiner Beschränkung durch staatliche Intervention mittels genereller Rechtsetzung.

Ein Argument für diesen Standpunkt außerhalb eines politischen Wollens lässt sich schwerlich finden. Am ehesten könnte man an *Lon Fullers* Konzept der „inneren Moralität des Rechts“ denken.⁷⁰⁾ Aus ihr erfließen Geltungsorderungen an das generelle Recht – etwa keine Individualgesetze, Vorhersehbarkeit etc. –, die aus hiesiger Perspektive teils verfassungsrechtlich abgesichert sind, teils den Inhalt legistischer Richtlinien bilden.

All dies hat mit der Reinen Rechtslehre im Grunde nichts zu tun, will sie doch eine „reine Lehre vom Recht“ jeder positiven Rechtsordnung sein. Die Rechtslehre *Hayeks* erscheint demgegenüber als eine „Lehre von einem reinen Recht“, getragen von einem dezidierten politischen Willen. Treffend *Posner*:

⁶⁷⁾ *Hayek*, Law, Legislation and Liberty 90. Diese simple Betrachtung bleibt hinter der Komplexität des Phänomens „common law“ als vom Richter vorgefundener Fundus oder als von ihm erst kreiert weit zurück – vgl. eingehend *Berman*, Law and Revolution etwa 481, oder *Cotterrell*, Jurisprudence 25. *Posner*, Kelsen versus Hayek 277, weist zutreffend darauf hin, dass Richter eine traditionelle Aversion dagegen hätten, als kreative Rechtsschöpfer zu erscheinen. Dies verleitete sie zur Begründung, dass sie keineswegs neue Regeln aufstellten, sondern lediglich eine vergessene Gewohnheitsregel wieder bewusst machten. Aus der Sicht der Reinen Rechtslehre vgl. *Kelsen*, Rechtstheorie 354.

⁶⁸⁾ *Hayek*, Law, Legislation and Liberty 102.

⁶⁹⁾ *Hayek*, Law, Legislation and Liberty 118, 133.

⁷⁰⁾ *Fuller*, Morality of Law² passim.

„*Kelsen and Hayek are ships passing in the night. Kelsen's theory of law is content-neutral; Hayek is interested only in content*“.⁷¹⁾ Aber es gibt keine Koexistenz, denn *Hayek* verknüpft die Geringschätzung des öffentlichen Rechts mit einer scharfen Kritik am Rechtspositivismus und dessen – so *Hayek* – höchstentwickelter Form in Gestalt der Reinen Rechtslehre.⁷²⁾

Im Gefolge von *Hobbes* – „*autoritas non veritas facit legem*“ – würde der Rechtspositivismus – so *Hayek* – nur explizit gesetztes Recht als wirkliches Recht anerkennen.⁷³⁾ Dies sei nicht anders als der allgemein konstruktivistische Fehler und zudem ein Missbrauch der Sprache, zu meinen, das Recht würde in allen Instanzen nur den Willen des Gesetzgebers ausdrücken. Bezeichnenderweise stammten alle modernen Rechtspositivisten aus dem öffentlichen Recht und seien zudem Angehörige „sozialistischer Organisationen“, also Menschen, die von einer Ordnung nur als Organisation denken können. Deshalb habe der Positivismus versucht, die Unterscheidung zwischen Regeln des guten Verhaltens und Regeln der Organisation zu verwischen, behauptet, dass alles Recht denselben Charakter habe und vor allem, dass die Gerechtigkeit nicht objektiv gemessen werden könne. Das Privatrecht würde den Rechtspositivisten geradezu als eine Anomalie erscheinen, die dem Verschwinden geweiht wäre. Unter dem Einfluss solcher Lehren verwandle sich dies tatsächlich in eine Art selbst-erfüllende Prophezeiung.⁷⁴⁾ Wenn *Kelsen* meint, dass kein Gesetz ungerecht sein könnte, dann wolle er jede Konzeption von Gerechtigkeit diskreditieren. *Hayek* wirft *Kelsen* einen Missbrauch der Sprache vor, wenn er den Ausdruck für Regel durch den Ausdruck „Norm“ ersetze, nur um später diesen Begriff zu verwenden, um individuelle Normen einzuschließen.⁷⁵⁾ Schließlich identifiziere *Kelsen* die Existenz von Normen mit ihrer Geltung und gäbe vor, diese Geltung von einem Willensakt und letztlich von der Setzung einer Grundnorm bedingt logisch abzuleiten. *Kelsen* benütze den Begriff der Erzeugung oder Setzung von Normen, um alles zu liquidieren, was durch evolutives menschliches Verhalten bedingt sei, sodass schließlich sogar die spontane Entwicklung der Regel der Sprache, Moral oder Sitte als positive Normen zu betrachten wären.

Die Reine Rechtslehre sei demnach keine empirische Wissenschaft, vielmehr bearbeite sie die Konsequenzen ihrer misslichen Definition von Recht. Besonders bedenklich sei der Gebrauch des Begriffs des Rechtsstaates, weil er maliziös den eigentlichen Sinn der rule of law verkenne.⁷⁶⁾ Damit werde eine alte

⁷¹⁾ *Posner*, *Kelsen versus Hayek* 289.

⁷²⁾ Als Student war *Hayek* von *Kelsen* noch durchaus angetan – vgl. *Caldwell / Klausinger*, *Hayek* 125. Am Ende der scharfen Kritik an der Reinen Rechtslehre bemerkt *Hayek* dann immerhin, dass der logische Positivismus von *Carnap* und der Rechtspositivismus von *Kelsen* bei weitem nicht die schlimmsten in Wien entstandenen Ideen gewesen sein. Der wirkliche Bösewicht sei nämlich *Sigmund Freud* – *Hayek*, *Law, Legislation and Liberty* 505. Die scharfe Positivismuskritik findet sich bei *Hayek* bereits 1960, 342: „*The Decline of the Law*“. Zur Kritik *Hayeks* an *Kelsen* vgl. zutreffend antikritisch *Petersen*, *Freiheit* 130.

⁷³⁾ Vgl. für das Folgende *Hayek*, *Law, Legislation and Liberty* 210–220.

⁷⁴⁾ *Hayek*, *Law, Legislation and Liberty* 132.

⁷⁵⁾ *Hayek*, *Law, Legislation and Liberty* 213.

⁷⁶⁾ *Posner*, *Kelsen versus Hayek* 281.

Leitlinie der Gesetzgebung und Rechtsprechung diskreditiert, nach der Zwang nur dann legitim sei, wenn er zur Durchsetzung universeller Regeln eingesetzt werde. Der Zweck des Rechtspositivismus sei hingegen die Bereitstellung von Zwang im Interesse spezieller gesellschaftlicher Zwecke. In Wahrheit sei der Richter – so *Hayek* – keineswegs nur an die durch den Gesetzgeber bestimmten besonderen Regeln gebunden, sondern an die internen Erfordernisse des Systems, das in keiner Weise als ein Ganzes bewusst kreiert worden sei, vielmehr unabhängig vom Willen und sogar vom Wissen des Gesetzgebers existiere. Auch dass das Gesetz stets im Sinn des Rechtssetzers gebraucht und interpretiert werden müsse, diene dazu, alle Begrenzungen des Gesetzgebers zu beseitigen. Dergestalt sei Rechtspositivismus einfach die Ideologie des Sozialismus. Außerdem würde der Rechtspositivismus auf diese Weise zum hauptsächlichen ideologischen Hilfeleister der unbegrenzten Zuständigkeiten der Demokratie verkommen.

Hayek gibt nicht vor, die Gerechtigkeit zu kennen, sondern geht wie *Popper* den Weg der Falsifikation:⁷⁷⁾ Im Recht ginge es darum, das Ideal der Gerechtigkeit zu verfolgen, das *Hayek* mit dem Ideal der Wahrheit auf die gleiche Stufe stellt und einem Negativtest unterwirft. So wie wir nicht wüssten, was Wahrheit sei, so wüssten wir zwar nicht, was Gerechtigkeit sei, aber wir wüssten, was wir als ungerecht oder unwahr zu behandeln hätten.

Die Reine Rechtslehre sei schon deshalb als Ideologie zu entlarven, da sie gerade wegen ihrer Ideologiekritik gerühmt werde. Tatsächlich sei *Kelsen* nur darin erfolgreich gewesen, die eine Ideologie durch eine andere Ideologie zu ersetzen. Und schließlich: In dieser Hinsicht wären die Kommunisten offener als Sozialisten wie *Kelsen* gewesen, da sie die Rechtsideologie offen durch ihre Machtideologie ersetzt hätten.⁷⁸⁾

Kelsens Lehre sei nicht nur die Ideologie staatlicher Interventionen und Entartung der Demokratie, sondern sogar verantwortlich für die nationalsozialistischen und kommunistischen Exzesse. Damit übernimmt *Hayek* die bis heute populäre Nachkriegsmeinung, der Rechtspositivismus habe die deutschen Juristen wehrlos gemacht.⁷⁹⁾ Dieser – auf eine Schuldumkehr hinauslaufende – Unsinn ist längst widerlegt und muss hier nicht weiter behandelt werden.⁸⁰⁾

Hayeks Rechtslehre in ihrer ausgebauten Form erschien erst 1973. *Kelsen* hatte also keine Gelegenheit mehr, sich damit auseinander zu setzen.⁸¹⁾

Eine nachträgliche Konfrontation *Kelsens* mit *Hayek* finden wir bei *Richard A. Posner*. Ihm geht es darum, welcher Ansatz mit seiner ökonomischen

⁷⁷⁾ *Hayek*, Law, Legislation and Liberty 208.

⁷⁸⁾ *Hayek*, Law, Legislation and Liberty 220.

⁷⁹⁾ Vgl. schon *Hayek*, Road to Serfdom, 55.

⁸⁰⁾ Vgl. dazu m.w.H. zuletzt *Jabloner*, Kelsen als Feindbild 168.

⁸¹⁾ Vielleicht hätte er es getan, zumal er mit einer seiner letzten Publikationen sogar einem akademischen Irrläufer wie *Hans Leiminger* diese Ehre erwies – vgl. *Kelsen*, Problematik der reinen Rechtslehre. Zum Hintergrund vgl. *Olechowski*, Hans Kelsen 911.

Rechtsbetrachtung besser vereinbar sei.⁸²⁾ Im größeren Teil stellt er die Positionen *Kelsens* korrekt und zustimmend vor. Er wendet sich dann der Lehre *Hayeks* zu, wobei man bedenken muss, dass *Posner* als ein Hauptbegründer der ökonomischen Rechtsbetrachtung keineswegs von einem sozialistischen Bestreben getragen ist, ganz im Gegenteil. *Hayeks* Lehre von der Gewohnheit als einziger legitimer Rechtsquelle könne nicht zu „normativ attraktiven Resultaten“ führen.⁸³⁾ Denn sobald Gegebenheiten ins Spiel kommen, die über den engeren Kreis der wirtschaftlich Interessierten hinausgehen, also etwa Ziele des Umweltschutzes, könnten diese ja auch kostenrelevanten Faktoren nicht berücksichtigt werden. Zudem ignoriere *Hayek*, dass sich solche Gewohnheiten sehr langsam verändern. Es gebe eben keinen „custom-giver“, der einem Gesetzgeber analog sei. Wenn sich die ökonomischen oder anderen sozialen Gegebenheiten schnell ändern, würde der Gebrauch nicht mitkommen und den Fortschritt hemmen. *Hayek* möchte – so *Posner* – den Richter darauf beschränken, dem Gebrauch zum Durchbruch zu verhelfen, denn er sei die einzige legitime Quelle des Rechts. Damit verhindere *Hayek* – so *Posner* – in der Urteilsfindung jede Rolle für ökonomische oder andere sozialwissenschaftliche Gesichtspunkte. Deshalb schließe gerade der Nationalökonom *Hayek* den Raum für eine ökonomische Analyse in der Urteilsfindung, während ihn der Rechtsphilosoph *Kelsen* weit öffne, gerade weil er die rechtsschöpferische Funktion der Rechtsprechung betone.⁸⁴⁾

Mit seiner vom Markt inspirierten Lehre des Evolutionismus ist *Hayek* zu Recht berühmt geworden. Ihre Übertragung auf das Recht überzeugt aber nicht, schon weil sie von der jeweiligen Herrschaft abstrahiert und im Ergebnis einer idealen Diskursgemeinschaft nahekommt, in der den Nichtshabenden die Rolle zukommt, Einsicht in die Notwendigkeit ihres Verzichts zu zeigen.

Von daher erscheint *Hayeks* Lehre als Rechtsphantasie eines idealen Common Law. Unbeachtlich ist *Hayeks* Rechtslehre aber deshalb nicht: Von ihr kann man die Grenzen zentraler Planung lernen, die Gefahr jeder generellen Rechtsetzung, ihre Ziele nicht nur zu verfehlen, sondern sogar zu einer Verschlechterung beizutragen. In der aktuellen Diskussion spielt das Ziel der „Deregulierung“ eine große Rolle. Dabei werden oft die Aspekte der tatsächlichen Über- und Fehlregulierung mit inhaltlichen Fragen, etwa dem Abbau von Arbeitnehmer- oder Konsumentenrechten etc., verquickt. Die Aufgabe, die Rechtsordnung schlank und effektiv zu gestalten, ist aber eine genuine Aufgabe der Rechtstechnik als Teil der Rechtspolitik. Sie kann durch Einsichten in ein vermeintliches moralisches Innengefüge des Rechts nicht ersetzt werden.

⁸²⁾ Zur Lehre *Posners* vgl. allgemein *Vesco*, ökonomische Rechtswissenschaften 190.

⁸³⁾ *Posner*, *Kelsen versus Hayek* 279.

⁸⁴⁾ *Posner*, *Kelsen versus Hayek* 280.

IV. Zur Demokratie

Anders als im Feld der Rechtstheorie nahm *Kelsen* 1954 den demokratiepolitischen Ball auf, den *Hayek* 1944 mit der Schrift „The Road to Serfdom“ aufgelegt hatte, und widmete *Hayek* – und auch *Schumpeter* – den umfangreichen Aufsatz „Sozialismus und Demokratie“.⁸⁵⁾ Darin bestreitet *Kelsen*, dass die Demokratie mit dem Sozialismus unvereinbar sei, resp. mit dem Kapitalismus notwendig zusammenhänge.⁸⁶⁾ Denn jene These werde mit dem Argument unterstützt, die Herrschaft des Rechts könne nur innerhalb eines kapitalistischen Wirtschaftssystems aufrechterhalten werden, da allein die „rule of law“ die Freiheit gewährleiste.

Kelsen befasst sich zunächst kritisch mit dem *Hayekschen* Begriff der rule of law und stellt ihr sein Verständnis vom Rechtsstaat gegenüber.⁸⁷⁾ Ziel der Herrschaft des Rechts sei nicht die Freiheit, sondern die Rechtssicherheit. Maßgebend sei das Verhältnis zwischen generellen und individuellen Normen. Gerade in einer vom Gewohnheitsrecht beherrschten Rechtsordnung komme der richterlichen Rechtserzeugung besondere Bedeutung zu; diese sei niemals deklarativ – das alte „doppelte Rechtsantlitz“.⁸⁸⁾ Sähe man Common Law zutreffend als Richterrecht, bedeute dies die völlige Verwerfung des Prinzips der Herrschaft des Rechts innerhalb eines demokratischen Staates.⁸⁹⁾

Die positive oder politische Freiheit im Sinne der Teilnahme der Regierten an der Regierung als Wesen der Demokratie sei sowohl mit einem sozialistischen als auch mit einem kapitalistischen Wirtschaftssystem vereinbar.⁹⁰⁾ Die negative Freiheit sei keineswegs durch die wirtschaftliche Freiheit bedingt, denn sie definiere nicht die Demokratie. Es sei vielmehr die geistige Freiheit – der Religionsausübung, der wissenschaftlichen Lehre und der Presse: Entscheidend sei deshalb, ob die geistige Freiheit im Rahmen eines politischen Systems, das die wirtschaftliche Freiheit durch geplante Wirtschaft aufhebt, aufrechterhalten werden könne. Das Argument, der mit einer Regelung des Wirtschaftslebens verbundene Kollektivismus zwingt dazu, das gesamte geistige Leben zu kontrollieren, beruhe auf einer fälschlichen Identifizierung von Kollektivismus und Totalitarismus. Der Kollektivismus existiere in der sozialen Wirklichkeit, aber in verschiedenen Abstufungen.

Kelsen geht dann darauf ein, dass ja auch in einer kapitalistischen Wirtschaft die Ausübung der Grundrechte nicht gewährleistet sei.⁹¹⁾ Vom Standpunkt der Gläubigen, die ein Gebäude für ihren Gottesdienst brauchen, mache es keinen Unterschied, ob es Banken seien oder eine Zentralbehörde, die sich weigerten, die notwendigen wirtschaftlichen Mittel bereitzustellen. Wenn es in

⁸⁵⁾ *Kelsen*, Democracy and Socialism.

⁸⁶⁾ So aber *Hayek*, Road to Serfdom 110.

⁸⁷⁾ *Kelsen*, Democracy and Socialism 170.

⁸⁸⁾ *Kelsen*, Democracy and Socialism 172; vgl. *Merkel*, Rechtsantlitz.

⁸⁹⁾ *Kelsen*, Democracy and Socialism 174.

⁹⁰⁾ *Kelsen*, Democracy and Socialism 176.

⁹¹⁾ *Kelsen*, Democracy and Socialism 178.

einer kapitalistischen Gesellschaft Freiheit der Befriedigung außerwirtschaftlicher Bedürfnisse gebe, so ist es die Freiheit der Reichen, nicht die Freiheit der Armen.

Hayek und *Kelsen* sind also nur im äußersten Ausgangspunkt der Freiheit des Einzelnen einig. Während nun für *Kelsen* die Demokratie die optimale Form ist, um die Freiheit des Einzelnen im größtmöglichen Maß zu wahren,⁹²⁾ ist die Haltung *Hayeks* gegenüber der Demokratie, besonders der parlamentarischen, wesentlich zurückhaltender.⁹³⁾ Er ist zwar kein Gegner der Demokratie, möchte aber deren Nachteile – die sozialistische Planung zulasten der individuellen Sphäre – dadurch ausgleichen, dass der zur generellen Rechtsetzung ermächtigte parlamentarische Körper auf jeweils sehr lange Zeit eingerichtet wird.⁹⁴⁾ Letztlich ist für *Hayek* – wie für die gesamte Österreichische Nationalökonomische Schule – das Eigentum notwendige Bedingung der Freiheit, ja dieser vorgelagert.⁹⁵⁾ Für *Kelsen* kommt eine vorpositive Substantiierung des Eigentums nicht in Betracht. Ein größerer Gegensatz ist kaum denkbar.

Im selben Aufsatz befasst sich *Kelsen* auch kritisch mit der Demokratietheorie von *Schumpeter*. Anders als mit dem jüngeren *Hayek* war *Kelsen* mit *Schumpeter* befreundet und 1925 dessen Trauzeuge.⁹⁶⁾ Beide Gelehrte werden bisweilen als Vertreter verwandter Konzepte genannt. In der Tat gibt es eine Reihe von Gemeinsamkeiten: *Kelsen* und *Schumpeter* lehnen eine wie immer geartete Homogenität als Voraussetzung der Demokratie ab, sehen die Notwendigkeit der Arbeitsteilung und damit des Parlamentarismus, betonen die Bedeutung politischer Parteien und sind sich darüber einig, dass der Volkswille durch die Parlamente gebildet wird.⁹⁷⁾

Dessen ungeachtet sieht *Kelsen* wesentliche Differenzen, zumal er sein Grundmotiv, die Maximierung individueller Freiheit, nie aus dem Auge verliert: *Schumpeter* meine, dass der Kapitalismus seinem ganzen Wesen nach der Demokratie näherstehe als der Sozialismus, da er den Gedanken des freien Wettbewerbs in den Wettkampf der politischen Parteien um die Stimme des Volkesummünze.⁹⁸⁾ Aber dieser Wettbewerb sei – so *Kelsen* – nicht der Zweck der Demokratie, sondern die Folge freier Wahlen, in einer direkten Demokratie gebe es überhaupt keine Wahlen. Die freien Wahlen und ihre Folgeerscheinung, der Wahlkampf, seien daher von zweitrangiger Bedeutung. Nur wenn man das Verhältnis zwischen den beiden Kriterien umkehre und die Einsetzung von Herrschaftsorganen durch freie Wahlen zum entscheidenden Kriterium erhebe,

⁹²⁾ Vgl. *Kelsen*, Wesen und Wert passim.

⁹³⁾ Vgl. *Klausinger*, Hayek 91.

⁹⁴⁾ Vgl. die oben bei Fn. 74 zit. dritte These *Hayeks* und eingehend *Hayek*, Law, Legislation and Liberty 352, 377.

⁹⁵⁾ *Hayek*, Law, Legislation and Liberty 102. Auch in seiner praktisch politischen Haltung hat *Hayek* dem Schutz des Eigentums gegenüber der Aufrechterhaltung der Demokratie den Vorzug eingeräumt, wie seine – gewiss aber nicht zu überzubewertende – positive Haltung gegenüber dem *Pinochet*-Regime in Chile zeigte – vgl. *Klausinger*, Hayek 98.

⁹⁶⁾ Vgl. *McCraw*, Schumpeter 151; *Olechowski*, Hans Kelsen 190.

⁹⁷⁾ Vgl. *Przeworski*, Kelsen and Schumpeter 1.

⁹⁸⁾ Vgl. *Schumpeter*, Kapitalismus 427.

könne man Demokratie als im Wege des Wettbewerbs zustande gekommene Herrschaft definieren.⁹⁹⁾

Kelsen wendet sich auch gegen das Argument, dass das für die moderne Demokratie wesentliche Prinzip der Toleranz im Kapitalismus besser aufgehoben sei. Mit der ihm eigenen Zynik meint *Schumpeter*, dass es für „eine Klasse, deren Interessen am besten gedient ist, wenn man sie in Ruhe lässt“, leichter sei, demokratische Selbstbeschränkung zu üben als für Klassen, die naturgemäß versuchten, auf Kosten des Staates zu leben. Der durch seine privaten Belange in Anspruch genommene Bourgeois sei, solange seine Belange nicht in Anspruch genommen würden, im Allgemeinen tolerant.¹⁰⁰⁾ Nach *Kelsen* gelte dies aber genauso für ein sozialistisches Wirtschaftssystem. Solange dessen Grundprinzipien nicht ernstlich gefährdet seien, würde auch ein solches System tolerant sein.¹⁰¹⁾

Zum Verhältnis der Demokratielehren *Kelsens* und *Schumpeters* besteht einiges an Literatur. Es würde den Rahmen sprengen, hier näher darauf einzugehen. Festzuhalten bleibt ein Dialog, der mehr war als eine persönliche Bekanntschaft.

V. Fazit

Zwischen beiden Schulen bestanden intensive persönliche und institutionelle Verbindungen, die ein farbiges Bild der seinerzeitigen Wissenskultur zeichnen. In inhaltlicher Hinsicht freilich finden die Reine Rechtslehre und die Österreichische Nationalökonomische Schule ein gemeinsames Dach erst auf hoher Abstraktionsebene. Zwar gibt es das gemeinsame Erbe des Liberalismus – beide Schulen sind von der Freiheit des Einzelnen geleitet – doch gehen sie schon beim Eigentum ganz auseinander. Eine Familienähnlichkeit besteht also nur im Sinne einer weitläufigen Verwandtschaft. Völlig konträr sind die Rechtslehren *Kelsens* und *Hayeks*. In dem von beiden Schulen bespielten Bereich der Demokratietheorien finden sich eine frühe Bezugnahme *Kelsens* auf *Wieser* und späterhin Konvergenzen mit *Schumpeter*.

Literatur

- Harold J. *Berman*, Law and Revolution. The Formation of Western Legal Tradition (Cambridge 1983).
 John W. *Boyer*, Austria 1867–1955 (Oxford 2023).
 Bruce *Caldwell* / Hansjörg *Klausinger*, Hayek. A Life 1899–1950 (Chicago 2022).
 Josef *Dobretsberger*, Beziehungen zwischen Rechts- und Wirtschaftstheorie, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie (Berlin 1927).

⁹⁹⁾ *Kelsen*, Democracy and Socialism 182. *Kelsen* bezieht sich auf die englische Erstausgabe von *Schumpeters* Werk „Capitalism, Socialism, Democracy“ aus 1942.

¹⁰⁰⁾ *Schumpeter*, Kapitalismus 393.

¹⁰¹⁾ *Kelsen*, Democracy and Socialism 185.

- Roger *Cotterrell*, *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy*² (Philadelphia 2003).
- Horst *Dreier*, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*² (Baden-Baden 1990).
- Horst *Dreier*, *Hans Kelsen zur Einführung* (Hamburg 2023).
- Johannes *Feichtinger*, Appendix: Die Emigration der österreichischen Rechts-, Sozial- und Wirtschaftswissenschaftler in der 1930er Jahren, in: Karl *Acham* (Hrsg), *Geschichte der österreichischen Humanwissenschaften*, Band 3/2 (2000) 447–497.
- Johannes *Feichtinger*, *Wissenschaft als reflexives Projekt* (Bielefeld 2010).
- Lon L. *Fuller*, *The Morality of Law*² (New Haven 1969).
- F. A. *Hayek*, *The Road to Serfdom* (Chicago 1944, 2007).
- F. A. *Hayek*, *The Constitution of Liberty* (Chicago 1960, 2011).
- F. A. *Hayek*, *Law, Legislation and Liberty* (London 1973, 1976, 1979, 1982, 2013).
- Jörg Guido *Hülsmann*, *Mises. The last Knight of Liberalism* (Auburn 2007).
- Clemens *Jabloner*, *Kelsen and his Circle. The Viennese Years*, in: *European Journal for International Law* 9 (1993) 368–385.
- Clemens *Jabloner* / Friedrich *Stadler* (Hrsg), *Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre* (Wien/New York 2000).
- Clemens *Jabloner*, *Kelsen als Feindbild*, in: *juridikum* (2022/Heft 2) 164–172.
- Alan *Janik* / Stephen *Toulmin*, *Wittgenstein's Vienna* (New York 1973).
- William M. *Johnston*, *The Austrian Mind. An Intellectual and Social History* (Berkeley/Los Angeles/New York 1983).
- Hans *Kelsen*, Friedrich Freiherr von Wieser, *Recht und Macht, Sechs Vorträge, 1910*, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 31 (1910) 260–262.
- Hans *Kelsen*, „Zur Besetzung der nationalökonomischen Lehrkanzel an der Wiener juristischen Fakultät“, NFP vom 7. 12. 1922, 7.
- Hans *Kelsen*, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*² (Tübingen 1929).
- Hans *Kelsen*, *Democracy and Socialism*, The University of Chicago. Conference on Jurisprudence and Politics, April 30, 1954, Conference Series 15, 1955, 63. In deutscher Übersetzung von Norbert *Leser*, in: Norbert *Leser* (Hrsg), *Kelsen, Demokratie und Sozialismus. Ausgewählte Aufsätze* (Wien 1967).
- Hans *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² (Wien 1960).
- Hans *Kelsen*, *Eine phänomenologische Rechtstheorie*, in: *ZÖR* 15 (1965) 353–409.
- Hans *Kelsen*, *Die Problematik der Reinen Rechtslehre*, in: *ZÖR* 18 (1968) 143–184.
- Hansjörg *Klausinger*, *Die größten Ökonomen: Friedrich August von Hayek*² (München 2020).
- Hansjörg *Klausinger*, *Anti-Semitism and the Austrian School: Vienna, 1918–1945*, in: *Atlantic Economic Journal* 42, 2 (2014) 191–204.
- Christoph *Kletzer*, Emanuel Winternitz, in: Robert *Walter* / Clemens *Jabloner* / Klaus *Zeleny* (Hrsg), *Der Kreis um Hans Kelsen (=Schriftenreihe des HKI 30, Wien 2008)* 553–654.
- Bruno *Kreisky*, *Zwischen den Zeiten* (München 1987).
- Hans *Kristoféritsch* / Andreas *Orator*, Felix Kaufmann, in: Robert *Walter* / Clemens *Jabloner* / Klaus *Zeleny* (Hrsg), *Der Kreis um Hans Kelsen (=Schriftenreihe des HKI 30, Wien 2008)* 153–174.
- Alexander *Linsbichler*, *Viel mehr als nur Ökonomie. Köpfe und Ideen der Österreichischen Schule der Nationalökonomie* (Wien 2022).

- Sophie Loidolt, Einführung in die Rechtsphänomenologie (Tübingen 2010).
- Fritz Machlup, Austrian Economics, in: Douglas Greenwald (Hrsg), Encyclopedia of Economics (New York 1982) 38–43.
- Thomas K. McCraw, Joseph A. Schumpeter. Eine Biographie (Hamburg 2008).
- Kenneth McRobbie / Kari Polanyi Levitt (Hrsg), Karl Polanyi in Vienna (Montreal 2000).
- Rudolf Aladár Métall, Hans Kelsen. Leben und Werk (Wien 1969).
- Adolf Merkl, Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts, in: JBl (1918) 425, 444, 463; Nachdruck in Dorothea Mayer-Maly / Herbert Schambeck / Wolf-Dietrich Grussmann (Hrsg), Adolf Julius Merkl. Gesammelte Schriften, I/1 (1993) 227–252.
- Ludwig v. Mises, Human Action: A Treatise on Economics, Vol. 1 (Indianapolis 2007).
- Ludwig v. Mises, Die Gemeinwirtschaft (Stuttgart 1922).
- Daniel Nientiedt, Hayek's treatment of legal positivism, CHOPE Working paper, No 20120 – 07, (2020).
- Thomas Olechowski, Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers (Tübingen 2021).
- Jens Petersen, Freiheit unter dem Gesetz (Tübingen 2014).
- Richard A. Posner, Kelsen versus Hayek: Pragmatism, Economics and Democracy, in: Law, Pragmatism and Democracy (Cambridge 2003) 250–291.
- Adam Przeworski, Kelsen and Schumpeter on Democracy, <https://ssrn.com/abstract=4243533> or <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4243533>, angekündigt in: Sandrine Baume / David Ragazzoni (Hrsg), Hans Kelsen on Constitutional Democracy: Genesis, Theory, Legacies (Cambridge 2023).
- Hazel Rosenbilit, Die Juden Wiens 1867–1914 (Wien/Berlin 1988).
- Felix Schafer, Reine Rechtslehre und Wirtschaftstheorie, in: Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts (1937) 203–214.
- Felix Schafer, Rechtliche und wirtschaftliche Zurechnung, in: Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts (1939) 161–176; Neudruck: Hans Kelsen-Institut (Hrsg), 33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre (Wien 1974) 387–404.
- Carl E. Schorske, Wien. Geist und Gesellschaft im fin de siècle (Frankfurt 1982).
- Joseph A. Schumpeter, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie¹⁰ (Tübingen 2020).
- Paul Silverman, Law and Economics in Interwar Vienna: Kelsen, Mises and the Regeneration of Austrian Liberalism, unveröffentlichte Dissertation, The University of Chicago (Chicago 1984).
- Friedrich Stadler (Hrsg), Vertriebene Vernunft (Bd. I und II) (Münster 1988).
- Friedrich Stadler, Die andere Kulturgeschichte. Am Beispiel von Emigration und Exil der österreichischen Intellektuelle 1930–1940, in: Rolf Steininger / Michael Gehler (Hrsg), Österreich im 20. Jahrhundert, Band 1 (Wien 1997) 499–558.
- Friedrich Stadler, Wissenschaft als Kultur? in: Wissenschaft als Kultur. Österreichs Beitrag zur Moderne (Wien/New York 1997).
- Friedrich Stadler, Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre – über Familienähnlichkeiten, in: Clemens Jabloner / Friedrich Stadler (Hrsg), Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre (Wien/New York 2000).
- Friedrich Stadler, „Methodenstreit“ – Historisierung und Kontextualisierung, in: ÖAW (Hrsg), Einheit und Vielheit (Wien 2021) 57–78.
- Erich W. Streissler, Wirtschaftliche Entscheidungstheorie als Angelpunkt der Österreichischen Schule der Nationalökonomie, in: Karl Acham (Hrsg),

- Geschichte der österreichischen Humanwissenschaften 3/2 (Wien 2000) 79–124.
- Erich W. *Streissler*, Nationalökonomie ohne Ethik, in: Herbert *Prybil* (Hrsg), *Wirtschaft und Ethik* (= Schriftenreihe des Instituts für Ethik und Moraltheologie an der Päpstlichen Phil. Theol. Hochschule Benedikt XVI. Heiligenkreuz I, Heiligenkreuz 2009) 21–32.
- Edward *Timms*, Die Wiener Kreise. Schöpferische Interaktionen in der Wiener Moderne, in: Jürgen *Nautz* / Richard *Varenkamp* (Hrsg), *Die Wiener Jahrhundertwende Einflüsse, Umwelt, Wirkungen* (Wien/Köln/Graz 1996) 128–143.
- Roberto J. *Vernengo*, Positivismo y liberalismo (Hayek – Kelsen), *La Ley* (Buenos Aires) vom 14. 2. 1985.
- Stephan *Vesco*, Die Erfindung der ökonomischen Rechtswissenschaft. Eine kritische Rekonstruktion von Jhering zu Posner (Weilerswist 2021).
- Robert *Walter*, *Hans Kelsens Rechtslehre* (Baden-Baden 1999).
- Janek *Wasserman*, *Black Vienna* (Ithaka 2014).
- Janek *Wasserman*, *The Marginal Revolutionaries* (New Haven 2019).
- Robert *Winter*, *Das Akademische Gymnasium in Wien* (Wien 1996).

Miriam Gassner, Wien/Freiburg i.B.

Weiblich, jüdisch, vergessen? Die Frauen des Wiener Kelsen-Kreises und ihr Beitrag zu Kelsens Rechts- und Demokratietheorie¹⁾

I. Die Frauen des Wiener *Kelsen*-Kreises

A. Einführung

Im Rahmen der neuen Wissenschaftsauffassung der Wiener Moderne, für die auf dem Gebiet der Staats- und Rechtswissenschaften *Hans Kelsen* und seine Reine Rechtslehre kennzeichnend waren, wurde der Weg zu einer „Demokratisierung der Gesellschaft“ geebnet, im Zuge dessen nach dem Ersten Weltkrieg auch Frauen in den meisten öffentlichen Lebensbereichen, darunter auch in der Wissenschaft, zu – zumindest theoretisch – gleichberechtigten Mitgliedern der Gesellschaft wurden.

Bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts zeichnete sich immer deutlicher ab, welche Schlüsselrolle der (gleiche) Zugang zur Bildung auf dem Weg zu einer demokratischen Gesellschaft spielen würde. Dies erkannte auch *Hans Kelsen*, der in seiner Abhandlung „Politische Weltanschauung und Erziehung“²⁾ aus dem Jahre 1913 sinngemäß schrieb, dass nur all jene, die mit sozialen Tatsachen vertraut seien und Einblick in ihre wissenschaftlich feststellbaren Beziehungen hätten, vor den werbenden Schlagworten der einen oder anderen Partei, die ein tendenziös gefärbtes Bild des Staates wiedergeben, geschützt seien.³⁾ *Kelsens* Beitrag aus dem Jahr 1913 ist – dem damaligen Sprachgebrauch entsprechend – durchgehend in männlicher Form verfasst und es würde zu weit gehen, aus dieser Schrift einen Appell für die vollkommene Gleichberechtigung der Frau zu erblicken, doch kann andererseits durchaus gesagt werden, dass *Kelsens* demokratiepolitische Vorstellungen weit mehr mit einer auf dem Prinzip der Gleichberechtigung basierenden Gesellschaft kompatibel waren als mit einer auf dem

¹⁾ Der vorliegende Aufsatz geht aus dem Forschungsprojekt „Weiblich, jüdisch, vergessen? – Die Frauen des Wiener *Kelsen*-Kreises und ihr Beitrag zu Kelsens Rechts- und Demokratietheorie“ hervor, für welches die Autorin mit dem Theodor-Körner-Preis 2023 (<https://theodorkoernerfonds.at>) ausgezeichnet wurde. Die Autorin dankt Frau Dr.ⁱⁿ *Janka Kormos* und Frau Dr.ⁱⁿ *Janet Kestenbergh-Amighi* für die Zurverfügungstellung der Korrespondenz der Familie *Silberpfennig-Kestenbergh*. Eine Vorabversion des ersten Teils dieses Aufsatzes erschien in englischer Sprache unter dem Titel: „The Distaff Side? – Hans Kelsen’s Viennese Female Students“, in: *JEHL* 2024/2, 2–11.

²⁾ *Kelsen*, Politische Weltanschauung und Erziehung 112-146.

³⁾ Siehe dazu näher: *Ehs*, Erziehung zur Demokratie 81.

Prinzip der Subordinierung basierenden. Die Forderung nach einer Gleichberechtigung von Mann und Frau wurde von *Kelsen* zwar niemals ausdrücklich erhoben, war für ihn aber eine implizite Voraussetzung zur Verwirklichung der von ihm oftmals propagierten „völligen Demokratisierung des Staates“.4)

Sowohl *Kelsens* demokratiepolitische Vorstellungen als auch seine Haltung in der Frage, ob Frauen zu höheren Bildungseinrichtungen zugelassen werden sollten, wurden sicherlich durch sein Engagement in der Volksbildung wesentlich geprägt. Ab 1911 unterrichtete er sowohl Männer als auch Frauen im Volkshaus in Wien-Ottakring und ab 1912 trug er zudem regelmäßig bei den volkstümlichen Universitätsvorträgen vor, die ähnlich wie heute das Science Programm der Volkshochschulen in Kooperation mit der Universität Wien veranstaltet wurden.5) „Anders als die meisten höheren Bildungsanstalten der Monarchie waren die Volksbildungseinrichtungen Frauen und Männern gleichermaßen zugänglich. Frauen waren dort nicht nur Hörerinnen, sondern auch als Lehrende tätig,“ schreibt etwa *Tamara Ehs*6), die sich mit den Wiener Volksbildungseinrichtungen und *Kelsens* Rolle in der Volksbildung auseinandersetzte. Unter den Lehrenden war auch Pädagogin, Sozialreformerin und Frauenrechtsaktivistin *Eugenie Schwarzwald*7), zu der *Kelsen* ein freundschaftliches Verhältnis pflegte und an deren „Schwarzwaldschule“ in Wien er auch während des Ersten Weltkriegs sog. Fortbildungskurse hielt.8) Da die österreichischen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultäten zu jener Zeit immer noch Frauen vom Studium ausschlossen, gründete *Schwarzwald* gemeinsam mit *Kelsens* einstigem Lehrer (dem einstigen Rektor, Senator und mehrmaligen Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät) *Edmund Bernatzik*9) im November 1917 die Rechtsakademie für Frauen, an der *Kelsen* nicht nur unterrichtete, sondern auch dem „geschäftsführenden Ausschusses“ angehörte.10) Ob sich *Hans*

4) *Kelsen*, *Wesen und Wert* 17.

5) *Ehs*, *Erziehung zur Demokratie* 83.

6) *Ehs*, *Erziehung zur Demokratie* 83.

7) Die Frauenrechtsaktivistin und Wiener Gesellschaftsdame *Eugenie „Genia“ Schwarzwald* (*1872 in Polupanowka, Galizien, †1940 in Zürich) ist insbesondere als Pionierin der Mädchenbildung bekannt. Sie betrieb ab 1901 ein Mädchenlyzeum am Franziskanerplatz in Wien („Schwarzwaldschule“). Zur Person *Eugenie Schwarzwald* siehe auch: *Wolfsberger*, *Schwarzwald, Eugenie*, 671–674 sowie *Holmes*, *Langeweile ist Gift*.

8) *Holmes*, *Schwarzwaldschule* 99.

9) *Edmund Bernatzik* (*1854 in Mistelbach, †1919 in Wien) war ab 1894 Professor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien und Richter am deutschösterreichischen VfGH. *Bernatzik* wird häufig als Begründer der juristischen Methode in der deutschsprachigen Verwaltungswissenschaft bezeichnet, ihm werden wesentliche Verdienste an der Umgestaltung des altösterreichischen Polizeistaates zum Rechtsstaat zugeschrieben. Zur Person *Edmund Bernatzik* siehe auch: *Kalb*, *Edmund Bernatzik (1854–1919)* 89–105. Zum Verhältnis zwischen *Hans Kelsen*, der *Bernatzik* als Verfassungsrichter nachfolgte, und letzterem siehe auch: *Olechowski*, *Hans Kelsen*, 71–75; 255–256.

10) *Holmes*, *Schwarzwaldschule* 104.

Kelsen tatsächlich ausschließlich wegen der Frauenförderung an der Rechtsakademie für Frauen engagiert oder ob für sein Engagement (auch) „karrieretechnische“ Überlegungen eine Rolle spielten, bleibt dahingestellt.¹¹⁾

Die Rechtsakademie für Frauen existierte nur zwei Jahre. Mit Beginn des Sommersemesters 1919 wurde sowohl das Studium der Rechtswissenschaften Frauen zugänglich gemacht als auch das neue Studium der Staatswissenschaften¹²⁾ eingerichtet, welches Frauen offen stand.¹³⁾ Damit konnte *Kelsen* nun auch an der Universität Frauen als ordentliche Studierende unterrichten. Immer wieder wird die hohe Beliebtheit *Kelsens* unter der weiblichen Hörerschaft hervorgehoben,¹⁴⁾ was jedoch nicht zu vorschnellen Schlüssen verleiten darf: „Beliebtheit“ ist ein schwer messbarer Begriff. Ein interessantes Bild vermittelt immerhin eine Analyse der Gutachten zu den staatswissenschaftlichen Dissertationen¹⁵⁾ im Zeitraum 1920-1930, wobei vorausgeschickt werden muss, dass die

¹¹⁾ *Hans Kelsen* selbst schreibt in seiner Autobiographie, dass *Bernatzik* ihm bereits nach Abschluss seines Studiums deutlich zu verstehen gegeben hatte, dass er wenig Aussicht auf eine akademische Karriere hatte und andere Mitglieder seines Seminars ihm deutlich vorzog. (*Kelsen*, Autobiographie 41.) Auch im Zuge von *Kelsens* Habilitationsverfahren war *Bernatzik* Kelsen zufolge nicht sehr hilfreich. Kelsen mutmaßt viele Jahre später in seiner Autobiographie, dass *Bernatzik* seine Arbeit nicht einmal gelesen hat. (*Kelsen*, Autobiographie 44) Selbst wenn *Kelsen Bernatzik* nach seiner Habilitation als Mitherausgeber der Österreichischen Zeitschrift für Öffentliches Recht gewonnen hatte, dürfte das Verhältnis von *Bernatzik* zu *Kelsen* bis zu seinem Lebensende eher kühl-distanziert geblieben sein. Insofern wirft *Kelsens* Engagement in der Rechtsakademie für Frauen – einem Herzensanliegen *Bernatziks* – die Frage auf, inwieweit Kelsen, der damals noch im Kriegsministerium tätig war und keine feste Anstellung an der Universität Wien hatte, die Rechtsakademie für Frauen nutzte, um *Bernatzik* – auch zwischenmenschlich – näher zu kommen und in dessen Gunst zu steigen.

¹²⁾ Das Studium der Staatswissenschaften war ein Vorläufer des heutigen Studiums der Politikwissenschaften. Im Laufe des Studiums konnte man allerdings auch einen wirtschaftswissenschaftlichen „Schwerpunkt“ wählen, was das Studium der Staatswissenschaften auch zu einer Art „Ersatzstudium“ für Wirtschaftswissenschaften an der Universität Wien machte, zumal diese zu jener Zeit nur an der Hochschule für Welthandel (bis Okt. 1919 „Exportakademie“, heute: WU) gelehrt wurden. (siehe *Ehs*, Die Staatswissenschaften 238–256.)

¹³⁾ Mit Vollzugsanweisung vom 22. 04. 1919, StGBI Nr 250 wurden Frauen zu den rechts- und staatswissenschaftlichen Studien, zu den theoretischen Staatsprüfungen und zum Doktorate der Rechte und der Staatswissenschaften“ an den österreichischen Universitäten zugelassen. Zeitgleich wurde im Sommersemester 1919 das Studium der Staatswissenschaften an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien eingerichtet, sodass es von da an zwei Studiengänge an derselben Fakultät gab, die beide Frauen zugänglich waren. Siehe dazu *Olechowski / Ehs / Staudigl-Ciechowicz*, Fakultät.

¹⁴⁾ U.a. berichtet *Helen Silving* in ihrer Autobiographie, dass Kelsen von (weiblichen) Studierenden regelrecht „angehimmelt“ wurde und man bis zu einer Stunde vor Vorlesungsbeginn im Hörsaal sein musste, um einen Sitzplatz zu ergattern. (*Silving*, Memoirs 75; 89)

¹⁵⁾ Bis zum Jahr 1978 war für das Studium der Rechtswissenschaften das Verfassen einer Dissertation zum Erlangen des juristischen Doktorgrades in Österreich nicht vorgesehen.

Überlieferung sehr lückenhaft ist, zumal einige Gutachten nicht erhalten geblieben sind.¹⁶⁾ Ausgewertet wurden insgesamt 198 Gutachten, davon 50, also knapp über 25 %, entfallen auf weibliche Dissertanten. Die mit Abstand meisten Gutachten, nämlich 65, verfasste *Kelsen*, wobei elf davon, also rund 17 %, weibliche Dissertanten betrafen. Im Vergleich dazu verfasste *Adolf Menzel*¹⁷⁾ 34 Gutachten, davon fünf für Frauen (15%) und *Othmar Spann*¹⁸⁾ ebenfalls 34 Gutachten, davon vierzehn für Frauen (41%). Den höchsten Frauenanteil (50%) hatte *Friedrich Wieser*¹⁹⁾ mit sieben männlichen und sieben weiblichen Dissertantinnen. Diese Zahlen können also nicht belegen, dass *Kelsen* weibliche Dissertanten besonders förderte oder sonst bei ihnen beliebter war als andere Professoren.

B. *Kelsens* Wiener Schülerinnen

1. *Kelsens* Privatseminar als Kaderschmiede für Nachwuchswissenschaftlerinnen

Kelsens Privatseminar, welches zwischen der zweiten Jahreshälfte 1912 und Herbst 1913 ins Leben gerufen worden sein dürfte,²⁰⁾ fand zwischen 1912/13

¹⁶⁾ Eine Liste der erwähnten Dissertationsgutachten wurde von *Thomas Olechowski*, *Tamara Ehs* und *Kamila Staudigl-Ciechowicz* im Rahmen des FWF-Projekts „Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1918-1938“, FWF-Projekt Nr. 21280-G16, im Universitätsarchiv Wien aufgefunden.

¹⁷⁾ *Adolf Menzel* (* 1857 in Reichenberg, † 1938 in Wien) hatte bis zu seiner Emeritierung 1928 neben *Kelsen* die zweite staatsrechtliche Lehrkanzel an der Universität Wien inne und war Hans Kelsen – obwohl er zum Kreis der Antipositivisten zählte – Zeit seines Lebens ein „väterlicher Freund“. (*Olechowski*, Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 500)

¹⁸⁾ *Othman Spann* (* 1878 in Wien, † 1950 in Neustift) war zwischen 1919 und 1938 ordentlicher Professor für Nationalökonomie und Gesellschaftslehre an der Universität Wien. Mit seiner autoritären Ständestaatslehre („Universalismus“) gilt er als dogmatischer Wegbereiter des Austrofaschismus, seine Berufung an der Universität Wien sollte erklärtermaßen eine philosophische Gegenposition zum Austromarxismus bewirken.

¹⁹⁾ *Friedrich Wieser* (* 1851 in Wien, † 1926 St. Gilgen) wurde 1903 als Ordinarius für Nationalökonomie an die Universität Wien berufen und gilt gemeinsam mit *Carl Menger* und *Eugen von Böhm-Bawerk* als Begründer der Österreichischen Schule der Nationalökonomie.

²⁰⁾ Nach seiner Eheschließung mit *Magarete Bondi* bezog *Kelsen* im Herbst 1912 die gemeinsame Ehwohnung in der Wickenburggasse 23 im 8. Wiener Gemeindebezirk (*Olechowski*, Hans Kelsen 119). Da *Kelsen* erst ab seiner Habilitation – also erst ab 1911 – überhaupt Vorlesungen an der Universität Wien hielt und er in seiner Autobiographie berichtet, dass er erst nach seiner Habilitation an der Universität Wien damit begann, „einige junge Leute, die zwischen 1911 und 1914 Hörer seiner Vorlesung gewesen waren, zu einem Privatseminar in seiner Wohnung in der Wickenburggasse zu versammeln“ (*Kelsen*, Autobiographie 58), erscheint es wahrscheinlich, dass *Kelsens* Privatseminar zwischen Herbst 1912 und Herbst 1913 ins Leben gerufen wurde, da ab Herbst 1912 überhaupt erst die räumlichen Möglichkeiten vorhanden waren, um ein „Privatseminar“ abzuhalten: Anders als heute verfügten weder Professoren noch Universitätsdozenten damals über Büroräumlichkeiten – weder an der Universität Wien noch an der Exportakademie, an der *Kelsen* zur fraglichen Zeit lehrte. Darüber hinaus hatten zwischen Winter

und 1930 – wohl mit einigen kriegsbedingten Unterbrechungen²¹⁾ – einmal im Monat sonntagnachmittags²²⁾ in *Kelsens* Privatwohnung statt.²³⁾ Mit *Kelsens* Tätigkeit an der Universität Wien bzw. an der Exportakademie stand dieses Treffen rechtstheoretisch interessierter Nachwuchswissenschaftler in keinem Zusammenhang, vielmehr wurden in der Wickenburggasse rechtstheoretische Probleme in „geschützter Umgebung“ frei diskutiert.²⁴⁾ Der vor dem ersten Weltkrieg kleine Kreis von rechtstheoretisch interessierten Rechtswissenschaftlern²⁵⁾ hatte sich bereits während des ersten Weltkrieges sukzessive ausgeweitet²⁶⁾ und wurde spätestens ab *Kelsens* Berufung an die Universität Wien zu einem regelrechten „Elite-Treff“ aufstrebender (junger) Wissenschaftler. Dass sich ab den zwanziger Jahren die Teilnehmer an *Kelsens* Privatseminar änderten,

1912 und Sommer 1913 sowohl Adolf Merkl, der ab dem Wintersemester 1911 Vorlesungen bei *Kelsen* besucht hatte und über den *Kelsen* auch *Alfred Verdross* kennen lernte, als auch letzterer das Studium der Rechtswissenschaften so gut wie abgeschlossen (beide promovierten im Mai 1913 zum Dr.iur) – *Leonid Pitamic* und *Fritz Sander* arbeiteten zu diesem Zeitpunkt an ihrer Habilitationsschrift. (*Olechowski*, Hans Kelsen 145-147). Auch die Bemerkung *Verdross*’, *Kelsen* habe ihn bald nach Abschluss seines Studiums in sein Privatseminar eingeladen (*Verdross*, Radiointerview vom 8.5.1973, Ö1, abgedruckt in HKI 24, 91-93 (92)) lässt darauf schließen, dass *Kelsens* Privatseminar 1913 bereits stattfand. Ohne nähere Angaben wird mancherorts der Beginn von *Kelsens* Privatseminar 1914/15 verortet (so beispielsweise *Korb*, *Kelsens* Kritiker, 74), was mE nicht nachvollziehbar ist.

²¹⁾ *Adolf A. Metall* berichtet in seiner *Kelsen*-Biographie, dass das Privatseminar auch während des 1. Weltkrieges stattfand (*Metall*, Hans Kelsen 29).

²²⁾ *Axel Korb* (*Korb*, *Kelsens* Kritiker 74.) spricht – sich auf *Hugo Huppert* (*Huppert*, Die angelehnte Tür 445.) berufend von einem „Mittwochsreis“ und einer „Jausengesellschaft“, was so auch von einigen anderen Autoren (wie u. a. *Reut Ruz Paz*, A forgotten Kelsenian? 1134) übernommen wurde. *Korb* bzw. *Huppert* dürfte dies höchstwahrscheinlich mit *Freuds* Mittwochsgesellschaft verwechselt haben, zumal beinahe alle anderen Berichte über *Kelsens* Privatseminar erwähnen, dass *Kelsens* Privatseminar einmal im Monat sonntags stattfand. (Radio-Interview mit Prof. *Alfred Verdross*, abgedruckt in: *Walter / Jabloner / Zeleny*, 30 Jahre Hans Kelsen Institut, 92)

²³⁾ *Zeleny*, Wickenburggasse 41-42.

²⁴⁾ *Metall*, Hans Kelsen 29.

²⁵⁾ Neben *Adolf Merkl* (ab 1920/21 selbst ao. Professor und ab 1932 ordentlicher Professor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien) zählten *Alfred Verdross-Droßberg* (ab 1924 außerordentlichen und ab 1925 ordentlicher Professor für Völkerrecht, Rechtsphilosophie und Internationales Privatrecht an der Universität Wien), *Leonid Pitamic* (Gründer und 1919 erster Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Ljubljana), *Fritz Sander* (ab 1921 ao. und ab 1926 ordentlicher Professor an der Deutschen Technischen Hochschule, später an der deutschen Universität, in Prag) und *Walter Heinrich* zur ersten Generation von „Kelsen-Schülern.“ (siehe dazu auch: *Olechowski*, Hans Kelsen 145-150) Auf die allgemeine Problematik des „Schüler-Begriffs“ sei an dieser Stelle hingewiesen. (siehe dazu auch: *Walter / Jabloner / Zeleny*, Der Kreis um Hans Kelsen, Einleitung) Geeigneter erscheint es in diesem Zusammenhang *Ludwik Fleck* folgend von einem Denkkollektiv zu sprechen. *Fleck*, Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache, 58.

²⁶⁾ *Hugo Huppert*, der nach eigenen Angaben *Kelsens* Privatseminar noch in seiner Anfangsphase besuchte, spricht von etwa zwölf Teilnehmern (*Huppert*, Die angelehnte Tür 445).

ist kein Zufall, schreibt dazu *Thomas Olechowski*, denn einige der einstigen „Kelsen-Schüler“ der ersten Generation wie *Merkel*, *Verdross* und *Sander*, aber auch die etwas später dazu gestoßenen *Fritz Schreier* und *Felix Kaufmann* hatten sich zwischenzeitlich habilitiert und/oder *Kelsen* und seiner Reinen Rechtslehre – wie etwa *Fritz Sander* oder *Alfred Verdross* – den Rücken gekehrt.²⁷⁾ Ab Mitte der zwanziger Jahre kam es einerseits zu einer zunehmenden „Internationalisierung“ der „Wiener Schule“,²⁸⁾ andererseits wurde *Kelsens* Privatseminar von da an auch vermehrt von Frauen frequentiert.

Während *Verdross* und *Pitamic* noch über das Privatseminar in seiner Anfangsphase berichten, dass dieses bei geschlossener Türe in *Kelsens* Arbeitszimmer stattfand, berichtete *Helen Silving*, die *Kelsens* Privatseminar ab dem Wintersemester 1926/27 besuchte, über diese wesentlich spätere Phase, dass das Privatseminar zwar weiterhin in *Kelsens* Arbeitszimmer stattfand, es aber eine Verbindungstür zum angrenzenden Esszimmer gab, die stets offen stand und die Teilnehmer so zwischen den beiden Räumen hin- und her flanieren konnten.²⁹⁾ *Silvings* Beschreibung lässt erkennen, wie sehr sich *Kelsens* Privatseminar allein im Hinblick auf die Teilnehmerzahl im Laufe der Jahre verändert hatte. Was den Ablauf des Privatseminars betrifft, so dürften in der Anfangsphase hauptsächlich formlose Gespräche geführt worden sein, erst sukzessive wurde mit der wachsenden Teilnehmerzahl der Ablauf formeller: So ergibt sich etwa aus Erzählungen, dass nach dem ersten Weltkrieg *Kelsen* immer einzelne Teilnehmer im Vorhinein bat, Referate für die folgenden Treffen vorzubereiten.³⁰⁾

Aus der Anfangsphase erhalten geblieben war über all die Jahre hinweg offensichtlich das Ritual der Kaffeepausen, zu deren Zwecke die intensiven Gespräche unterbrochen wurden.³¹⁾ *Verdross* berichtet von einem elektrisch beleuchteten Schildchen, das außen neben der Tür von *Kelsens* Arbeitszimmer angebracht war und nur ausgeschaltet wurde, wenn *Kelsen* bereit für die Kaffeepause war.³²⁾ Wurden die Kaffeepausen in der Anfangsphase des Privatseminars noch von *Kelsens* Ehefrau *Grete* gebracht, so berichtet *Helen Silving*, dass die

²⁷⁾ *Olechowski*, Hans Kelsen 390.

²⁸⁾ 1924/25 war der Assistent des „ersten deutschen Soziologen“ *Franz Oppenheimer Julius Kraft* zu einem Studienaufenthalt nach Wien gekommen, und besuchte ebenso wie der Däne *Alf Ross* und der aus Estland stammende *Artur-Tölelid Kliimann*, später Professor an der Universität Tartu, *Kelsens* Privatseminar. 1926 und 1927 absolvierte der Franzose *Charles Eisenmann*, der einige Arbeiten *Kelsens* ins Französische übersetzte, im Rahmen seines Doktoratsstudium zwei Studienaufenthalte in Wien und frequentierte ebenso wie der Holländer *Marinus Maurits van Praag* und der ursprünglich aus Guatemala stammende spanische Rechtsgelehrte *Luis Recasens Siches* den „Wiener Kelsen-Kreis“ in der Wickenburggasse. Sogar Rechtsgelehrte aus Japan wie *Shiro Kiyouniya*, *Kisaburo Yokota* und *Satoru Kuroda* kamen in der zweiten Hälfte der 1920er Jahre nach Wien, um die Reine Rechtslehre und ihren Schöpfer kennenzulernen! (*Olechowski*, Hans Kelsen, 390-393; *Donhauser*, Julius Kraft, 217–226; *Gassner*, Alf Ross (im Druck), *Gassner*, Südamerika, 64ff.).

²⁹⁾ *Silving*, Memoirs 90.

³⁰⁾ *Silving*, Memoirs 90.

³¹⁾ *Zeleny*, Wickenburggasse 42, sich auf einen Bericht *Albert Fuchs* berufend.

³²⁾ *Verdross*, Radiointerview 92-93.

Kaffeejause, als sie Mitte der 20er Jahre das Privatseminar besuchte, von *Kelsens* Dienstmädchen serviert wurde.³³⁾ Was das „Kelsenseminar“ von anderen ähnlich gearteten Veranstaltungen, die für das von der „Wiener Moderne“ geprägte intellektuelle Milieu charakteristisch waren, unterschied, war, dass der Wiener *Kelsen*-Kreis von vielen verschiedenen Personen, auch aus angrenzenden Fachgebieten (Soziologie, Philosophie), frequentiert wurde und so verschiedene Ideen in einem geistig freien Klima diskutiert werden konnten. Es bestand kein wie auch immer gearteter Druck oder Zwang, sich *Kelsens* Meinung anzuschließen, und die Anhänger *Kelsen* waren auch keine eingeschworene Gemeinschaft, sondern höchst unterschiedliche Persönlichkeiten, bestätigte auch der Brünner Rechtsgelehrte *František Weyr*, der *Kelsen* ein Leben lang freundschaftlich verbunden war.³⁴⁾ *Kelsen* selbst nennt in seinem; Vorwort zur ersten Auflage der Reinen Rechtslehre seinen „Kreis“ nur soweit eine Schule, [...] als „daß hier jeder versucht, vom anderen zu lernen, ohne darauf zu verzichten, seinen eigenen Weg zu gehen.“³⁵⁾

Mit der 1914 von *Hans Kelsen* gegründeten Zeitschrift für öffentliches Recht verfügte der Wiener *Kelsen*-Kreis zudem über ein „hauseigenes“ Publikationsorgan,³⁶⁾ in welchem einige Angehörige des Wiener *Kelsen*-Kreises bzw. Vortragende von *Kelsens* Privatseminar ihre Forschungsergebnisse publizierten.³⁷⁾ Um das Jahr 1923 geriet die ZÖR allerdings in finanzielle Schwierigkeiten, was zu einer mehrjährigen Pause im jährlichen Erscheinen führte. Erst 1925 konnte der IV. Band erscheinen, zwar war *Kelsen* nach wie vor Hauptherausgeber, doch scheint als „Schriftenleiter“ nunmehr *Alfred Verdross* auf, der der Zeitschrift offenkundig neuen Schwung geben sollte. Zu jenem Zeitpunkt hatte sich *Verdross* bereits von *Kelsens* Reiner Rechtslehre abgewandt. Auch der Kreis der Autoren übertraf von da an bei weitem den „Wiener *Kelsen*-Kreis“. „Seine“ Zeitschrift schien *Kelsen* – nicht zuletzt mit dem Wechsel zum deutschen Springer-Verlag 1926 – zunehmend zu entgleiten: *Olechowski* schreibt in diesem Zusammenhang, dass *Kelsen* zunehmend das Interesse an „seiner“ Zeitschrift verlor,³⁸⁾ was mit ein Grund sein könnte, warum er 1926 eine weitere Zeitschrift, die „Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts/Revue internationale de la théorie du droit“ (IZTHR)³⁹⁾ mitbegründete. Zwar konnte die IZTHR schon allein aufgrund der Tatsache, dass sie neben *Kelsen* und *František Weyr* auch vom Franzosen *Léon Duguit*, dem wichtigsten Vertreter der „Schule

³³⁾ *Silving*, Memoirs 90.

³⁴⁾ *Weyr*, Geleitwort in: *Ebenstein*, Die Wiener Rechtstheoretische Schule.

³⁵⁾ *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1934) Vorwort.

³⁶⁾ *Ute Spörg* spricht von der ZÖR als „dem Medium der Wiener Schule“ (*Spörg*, Zeitschrift für Öffentliches Recht, 571-599).

³⁷⁾ Siehe dazu auch: *Jestaedt*, „Kelsens Zeitschrift“ 655–683.

³⁸⁾ *Olechowski*, Hans Kelsen 396.

³⁹⁾ Zur IZTHR siehe auch: *Ziemann*, Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 169-195.

von Bordeaux⁴⁰⁾, herausgegeben wurde, nicht zu einem ausschließlichen „Medium der Rechtstheoretischen Schule“, wie es einst die ZÖR gewesen war, werden, jedoch publizierten auch dort zwischen 1926 und 1930 einige *Kelsen*-Schüler.

2. Die Frauen des Wiener *Kelsen*-Kreises

Ab wann die ersten Frauen den Wiener *Kelsen*-Kreis frequentierten und insbesondere auch an den „Sonntagsgesellschaften“ in *Kelsens* Privatwohnungen in der Wickenburggasse teilnahmen, kann nicht mit Sicherheit gesagt werden, zumal es keine schriftliche Aufzeichnungen, wie etwa Protokolle, zu den einzelnen Treffen gibt und wir bei unseren Untersuchungen über den Teilnehmerkreis – abgesehen von einigen wenigen Berichten – vor allem auf „Nebenbemerkungen“ in Briefen und sonstigen Zufallsfunden angewiesen sind. Ein starkes Indiz für die Zugehörigkeit zum Wiener *Kelsen*-Kreis ist jedenfalls die Kombination aus dem Verfassen einer von *Kelsen* (mit-)betreuten staatswissenschaftlichen Dissertation bzw. einer rechtswissenschaftlichen Seminararbeit und der oftmals mit dieser in Verbindung stehenden Publikation eines Beitrages in der ZÖR und/oder der IZTHR im Zeitraum 1920/1926 bis 1930/31. Auch die Veröffentlichung in den von *Kelsen* seit 1922 gemeinsam mit *Friedrich Wieser* (bzw. später *Hans Mayer*) und *Othmar Spann* herausgegebenen „Wiener staatswissenschaftlichen Studien“ kann ein Hinweis auf eine Verbindung zum Wiener *Kelsen*-Kreis sein, wie uns der Fall *Alf Ross*⁴¹⁾ zeigt. Aufbauend auf den Vorarbeiten und Rechercheergebnissen *Clemens Jabloners*⁴²⁾ wurden für diese Studie in einem ersten Schritt sämtliche weibliche Autoren der ZÖR und IZTHR im fraglichen Zeitraum eruiert⁴³⁾ und anschließend deren Verbindung zu *Hans Kelsen* überprüft. Dazu wurde Einsicht in die sich im Archiv der Universität Wien befindlichen Rigorosen-Protokolle und „Nationalen“ der weiblichen ZÖR bzw. IZTHR-Autorinnen genommen, aus denen sich auch ergibt, welche Lehrveranstaltungen die jeweilige Studierende wann besuchte.⁴⁴⁾ In einem zweiten Schritt wurde (selbst wenn sich aus der Nationale keine Verbindung zu *Hans Kelsen* ergab oder

⁴⁰⁾ Der Franzose Léon Duguit (*1859 in Libourne, †1928 in Bordeaux) hatte eine positivistisch orientierte, anti-metaphysische Rechtslehre entwickelt, die auf soziologischen Elementen, allen voran auf der soziologischen Methode *David E. Durkheims*, aufbaute. Er gilt als (Mit-)Begründer der „école de Bordeaux, der auch Juristen wie *Louis Rolland*, *Gaston Jèze*, *Roger Bonnard*, *André de Laubadère* und *Latournerie* angehörten. (*Bonnard*, Léon Duguit 5–51.)

⁴¹⁾ Siehe dazu auch *Gassner*, Alf Ross.

⁴²⁾ *Jabloner*, Frühe Autorinnen 637–654.

⁴³⁾ In den „Wiener staatswissenschaftlichen Studien“ (später: „Wiener Staats- und Rechtswissenschaftliche Studien“) publizierte im fraglichen Zeitraum keine einzige Frau!

⁴⁴⁾ Nach dem Ersten Weltkrieg war für den Besuch jeder einzelnen an der Universität Wien besuchten Lehrveranstaltung ein Entgelt zu entrichten. Lehrveranstaltungen konnten dementsprechend nicht „spontan“ besucht werden, sondern mussten zu Semesterbeginn inskribiert werden.

die fragliche Person erst gar nicht an der Universität Wien inskribiert war⁴⁵)) der sich am *Hans Kelsen*-Institut Wien befindliche „*Kelsen*-Nachlass“ auf eine Verbindung (wie etwa einer Korrespondenz) zu *Hans Kelsen* durchgesehen. Stellte sich heraus, dass es im fraglichen Zeitraum eine Verbindung zu *Hans Kelsen* gab, so wurden die sich im *Kelsen*-Nachlass befindlichen Briefe auf einen möglichen Hinweis über die Teilnahme an *Kelsens* Privatseminar überprüft. Freilich bringt auch die beschriebene Vorgehensweise keinen 100%igen Aufschluss über die Zugehörigkeit zum Wiener *Kelsen* Kreis, wie uns der Fall *Henda Silberpfennig*⁴⁶) (später: *Helen Silving*) auf den im zweiten Teil des vorliegenden Beitrags näher eingegangen wird, zeigt, doch ist die geschilderte Vorgehensweise die einzige Möglichkeit, die weiblichen Mitglieder des Wiener *Kelsen* Kreises zumindest ansatzweise zu erfassen.

Obwohl *Kelsen* sich bereits ab 1911 in der Volks- und Frauenbildung engagierte, kann es als eher unwahrscheinlich angesehen werden, dass – abgesehen von *Kelsens* Ehefrau Magarete – vor der Zulassung von Frauen zum Studium der Rechts- bzw. Staatswissenschaften mit der Vollzugsanweisung vom 22. April 1919 Frauen, an *Kelsens* Privatseminar in der Wickenburggasse teilnahmen. Inwieweit *Grete Kelsen* bereits in *Kelsens* Wiener Jahren in seine wissenschaftlichen Arbeiten eingebunden war, ob sie wie später in Genf und Berkeley als seine Übersetzerin und Assistentin fungierte, wissen wir nicht, Verdross erwähnt in diesem Zusammenhang lediglich, dass *Grete Kelsen* in der „ersten Phase“ von *Kelsens* Privatseminar während der hitzigen Diskussionen für Verpflegung sorgte.⁴⁷)

Die erste Frau⁴⁸) im Wiener *Kelsen*-Kreis dürfte *Elisabeth Ephrussi*⁴⁹) (später: *Elisabeth de Waal*), die seit dem Wintersemester 1918/19 an der Philosophi-

⁴⁵) So etwa war *Alf Ross* niemals formell an der Universität Wien inskribiert, dennoch wissen wir aus zahlreichen anderen Quellen, dass er während seines Aufenthaltes in Wien sowohl *Kelsens* Lehrveranstaltungen an der Universität Wien hörte als auch *Kelsens* Privatseminar besuchte; vgl. *Gassner*, *Alf Ross*.

⁴⁶) *Silving* publizierte niemals in den erwähnten Medien und gehörte dennoch dem „Wiener *Kelsen*-Kreis“ an.

⁴⁷) *Verdross*, Radiointerview 92.

⁴⁸) Zeitgleich mit *Elisabeth Ephrussi* könnte auch *Rita Willfort* den „Wiener *Kelsen*-Kreis“ frequentiert haben: Über *Rita Willfort* ist nur wenig bekannt, *Günther Winkler* erwähnt sie in seinem Geleitwort zu *Felix Kaufmanns* Methodenlehre der Sozialwissenschaften. Das Einzige, was wir gesichert wissen, ist, dass *Willfort* zwischen 1925 und 1930 mehrere staatsrechtliche Arbeiten für die *ZÖR* aus dem Französischen und Russischen übersetzte und Rezensionen verfasste. Außerdem übersetzte sie *Boris Mirkin-Getzewitschs* 1929 als Bd. X der Wiener Staats- u. Rechtswissenschaftlichen Studien erschienenen Werk „Die rechtstheoretischen Grundlagen des Sowjetstaates“ aus dem Französischen ins Deutsche.

⁴⁹) *Elisabeth Ephrussi* (1899–1991), später in ihrer neuen Heimat Großbritannien als Schriftstellerin tätig, gehörte dem ersten Jahrgang an Frauen an, die an der Universität Wien Rechtswissenschaften studierten. Sie stand *Kelsens* Reiner Rechtslehre bald kritisch gegenüber und kritisierte in ihrem Aufsatz „Interpretation und Analogie“ insbesondere *Merkls* Interpretationslehre. Zu *Elisabeth Ephrussi* siehe auch: *Jabloner*, Frühe Autorinnen 640–646.

schen Fakultät inskribiert war und nach der Zulassung von Frauen an die rechtswissenschaftliche Fakultät dorthin wechselte,⁵⁰⁾ gewesen sein: Bereits vor Zulassung von Frauen zum Studium der Rechts- bzw. Staatswissenschaften hatte *Elisabeth Ephrussi Kelsens* Vorlesung „Allgemeine Staatsrechtslehre“ besucht und im Wintersemester 1919/20 außerdem an *Ludwig von Mises*‘ Seminar teilgenommen.⁵¹⁾ Im Sommersemester 1921 besuchte sie neuerlich eine Lehrveranstaltung bei *Kelsen*,⁵²⁾ im Rahmen dieser Lehrveranstaltung dürfte *Kelsen* auch auf *Ephrussi* aufmerksam geworden sein. Im Februar 1923 schloss sie das Studium der Rechtswissenschaften ab,⁵³⁾ bereits kurz darauf dürfte sie auch *Kelsens* Privatseminar zu besuchen begonnen haben: Aus der Korrespondenz⁵⁴⁾ zwischen *Ephrussi* und *Kelsens* Schüler *Eric Voegelin*⁵⁵⁾ können wir ableiten, dass sich *Ephrussi* und *Eric Voegelin* in *Kelsens* Privatseminar kennen lernten: *Eric Voegelin* war im Herbst 1923 kurzzeitig als wissenschaftliche Hilfskraft an *Kelsens* Lehrstuhl tätig,⁵⁶⁾ ging aber bereits 1924 mit einem Rockefeller Stipendium für zwei Jahre in die USA⁵⁷⁾ was darauf schließen lässt, dass *Ephrussi* ab Herbst 1923 an *Kelsens* Privatseminar teilnahm, zumal *Voegelin* während seines Aufenthalts in den USA schon mit *Ephrussi* in Briefkontakt stand.⁵⁸⁾ Bereits im Jahre 1925 veröffentlichte *Ephrussi* in „*Kelsens*“ ZÖR ihren Aufsatz „Interpretation und Analogie“⁵⁹⁾, der – wie *Clemens Jabloner* treffend anmerkt – zwischen 1923 und 1925 im „Umfeld des *Kelsen*-Seminars“ entstanden sein dürfte.⁶⁰⁾ Ob *Ephrussi* bereits in diesem Zeitraum dazu in *Kelsens* Privatseminar einen Vortrag hielt, wissen wir nicht, allerdings dürfte, wie sich ebenfalls aus der Korrespondenz zwischen ihr und *Voegelin* ergibt, *Ephrussi* 1925 ein „Referat“ über Demokratie gehalten haben, das wahrscheinlich eine Vorversion ihres später in der Zeitschrift für Politik veröffentlichten Aufsatzes „Demokratie in

⁵⁰⁾ Nationale Elisabeth Ephrussi, Philosophische Fakultät, WS 1918/19, Archiv der Universität Wien.

⁵¹⁾ *Jabloner*, Frühe Autorinnen 640.

⁵²⁾ Nationale *Elisabeth Ephrussi*, SS 1921, Rechtswissenschaften, Archiv der Universität Wien. Ephrussi besuchte demnach im SS 1921 *Kelsens* Lehrveranstaltung „Allgemeines und österreichisches Staatsrecht“.

⁵³⁾ Promotionsurkunde vom 8. 2. 1923, Archiv der Universität Wien.

⁵⁴⁾ Die Korrespondenz zwischen *Eric Voegelin* und *Elisabeth Ephrussi* findet sich in den „*Voegelin papers*“ der Hoover Institution Library & Archives, Stanford University, USA, box 110.

⁵⁵⁾ *Eric Voegelin* (* 1901 in Köln, †1985 in Palo Alto, USA) studierte bei Hans *Kelsen* und *Othmar Spann* Staatswissenschaften. Der sich zum österreichischen Ständestaat bekennende *Voegelin* emigrierte nach dem Anschluss in die USA, spätestens mit der Veröffentlichung seines Werkes *The New Science of Politics* wurde er zu einem der bedeutendsten Politikwissenschaftler seiner Zeit (siehe auch: *van Ooyen*, Totalitarismustheorie gegen *Kelsen* und *Schmitt*, 56–82).

⁵⁶⁾ *Winkler*, Geleitwort, in: *Voegelin*, Der autoriäre Staat² (1997/1936) V–XXXII.

⁵⁷⁾ *Arnold*, *Eric Voegelin* 514.

⁵⁸⁾ *Eric Voegelin papers*, box 110, Folder 14 (zitiert nach: *Jabloner*, Frühe Autorinnen, 645.)

⁵⁹⁾ *Ephrussi*, Interpretation und Analogie 132–159.

⁶⁰⁾ *Jabloner*, Frühe Autorinnen 641.

Amerika⁶¹⁾ darstellte. Was *Ephrussi* Aufsatz „Interpretation und Analogie“ betrifft, so handelt es sich dabei weniger um eine Auseinandersetzung mit *Kelsens* Interpretationslehre⁶²⁾, sondern um eine Kritik an *Merkl*s 1915 veröffentlichtem Aufsatz: „Zum Interpretationsproblem“⁶³⁾, in dem der Eindruck entsteht, als würde *Merkl* der grammatikalisch-logischen Interpretation den Vorrang gegenüber anderen Interpretationsmethoden einräumen. *Ephrussi* lehnte den Vorrang einer Interpretationsmethode vor anderen ab und kritisiert an *Merkl*, dass er die Beschränkung des Auslegers auf die grammatisch-logische Interpretation gerade nicht – wie er es selbst auch forderte – aus der Wissenschaft, sondern aus dem Recht begründete. Sie erhob ihrerseits die Forderung, dass die Rechtsinterpretation sich aller möglichen, irgendwie in Betracht kommenden Erkenntnismittel bedienen und sich sohin auch in eine Richtung bewegen könne, „die die Anschauung und Wertung des Interpreteten zur Geltung bringt.“⁶⁴⁾ Für *Ephrussi* ist die Interpretationstheorie keine Sache des Rechts oder des Gesetzes, sondern der Wissenschaft an sich. *Jabloner* ist vorbehaltlos zuzustimmen, wenn er schreibt, dass eine solche Forderung klar im Widerspruch zum Rechtsdenken der Wiener Schule steht, die eine „Aktualität des Verstehens“ entschieden ablehnt.⁶⁵⁾ Auch wehrte sich *Ephrussi* vehement gegen die Vorstellung der Wiener Rechtstheoretischen Schule, in jeder richterlichen Entscheidung eine Konkretisierung des Gesetzes und gleichzeitig auch „Rechtsnormen“ niederer Stufe zu sehen. Für *Ephrussi* „bleibt das Gesetz unbestimmt, wie sehr das Urteil bestimmt sei.“⁶⁶⁾ Zwar erzeuge das Urteil eine „konkrete“ Rechtsfolge, aber das tut es, weil es ‚ein Urteil‘ ist, nicht weil es das Gesetz konkretisiert.“⁶⁷⁾

Ephrussi gehörte zwar in der ersten Hälfte der 1920er Jahre dem Wiener *Kelsen* Kreis an, kann aber aus den dargelegten Gründen nicht als „Kelsenianerin“ bezeichnet werden, da sie wesentliche Elemente der Reinen Rechtslehre ablehnte. Treffender ist wohl die Bezeichnung *Jan Schröders*,⁶⁸⁾ der von *Elisabeth Ephrussi* als der „ersten juristischen Hermeneutikerin“ spricht.

Etwas später als *Elisabeth Ephrussi* dürften ab 1925 die gebürtige Ungarin *Margit Fuchs*⁶⁹⁾ (nach ihrer Eheschließung mit dem Soziologen *Julius Kraft*:

⁶¹⁾ *Ephrussi*, Demokratie in Amerika 296–308.

⁶²⁾ *Kelsens* Interpretationslehre wurde im Übrigen erst ab 1929 (*Kelsen*, Juristischer Formalismus, 1723-1742) schrittweise entwickelt und in seinem gleichzeitig mit der ersten Auflage der Reinen Rechtslehre veröffentlichten Aufsatz ausformuliert.

⁶³⁾ *Merkl*, Zum Interpretationsproblem 867.

⁶⁴⁾ *Ephrussi*, Interpretation und Analogie 134ff.

⁶⁵⁾ *Jabloner*, Frühe Autorinnen 645.

⁶⁶⁾ *Ephrussi*, Interpretation und Analogie 141.

⁶⁷⁾ *Ephrussi*, Interpretation und Analogie 150ff. Siehe dazu auch: *Schröder*, Elisabeth Ephrussi 100.

⁶⁸⁾ *Schröder*, Elisabeth Ephrussi 93–112.

⁶⁹⁾ *Margit Fuchs* (*1902 in Siebenbürgen, †1994 in New York) studierte ab dem Wintersemester 1921/22 Staatswissenschaften an der Universität Wien und promovierte 1925 bei Hans Kelsen zum Thema „Anarchismus, Etatismus und Gesellschaft.“ (Archiv der Universität Wien, Staatswissenschaften, „Nationale“ Margit Fuchs) In *Kelsens* Privatseminar lernte sie auch ihren späteren Ehemann *Julius Kraft* kennen, mit dem sie 1929 nach Frankfurt übersiedelte. Aufgrund ihrer jüdischen Abstammung floh das Ehepaar

Margit Kraft-Fuchs) und die Wienerin *Friederike Mann*⁷⁰⁾ (nach ihrer Eheschließung mit *Hans Kelsens* Schüler *Georg Fleischer*⁷¹⁾ *Friedrike Fleischer*) *Kelsens* Privatseminar besucht haben. Während *Friederike Fleischer* nach dem Abschluss eines weiteren Studiums in die juristische Praxis wechselte und bis zu ihrer Emigration in die USA 1938 als Rechtsanwältin in Wien tätig war,⁷²⁾ versuchte *Margit Fuchs* an der Universität Fuß zu fassen und publizierte – hauptsächlich in *Kelsens ZÖR* – insgesamt acht Buchrezensionen und zwei Aufsätze.⁷³⁾ *Kraft-Fuchs* hatte am 20. Juli 1925 mit einer staatswissenschaftlichen Arbeit über „Anarchismus, Etatismus und Gesellschaft“ bei *Kelsen* promoviert,⁷⁴⁾ war aber auch nach dem Abschluss ihres Studiums weiterhin regelmäßig in *Kelsens* Vorlesungen gekommen, wie *Helen Silving* in ihren Memoiren berichtet.⁷⁵⁾ Zu *Margit Fuchs*‘ Dissertation merkte *Kelsen* im Rigorosenakt an, dass es „eine der allerbesten Dissertationen ist, die mir untergekommen sind.“ Nach ihrer Eheschließung mit *Julius Kraft* am 27. März 1929 zog *Kraft-Fuchs* mit ihrem Mann, der am Lehrstuhl *Franz Oppenheimers* für theoretische Nationalökonomie und Soziologie in Frankfurt Privatdozent war, nach Frankfurt und geriet so äußerlich an die Peripherie des damals noch bestehenden Wiener *Kelsen-Kreises*.

Kraft-Fuchs 1939 in die USA, wo *Margit Kraft-Fuchs* bis zu ihrer Pensionierung als Bibliothekarin am Queens College in New York arbeitete. *Margit Kraft-Fuchs* wurde nach ihrer Emigration nicht mehr wissenschaftlich tätig. Siehe auch: *Stolleis*, *Margit Kraft-Fuchs*, 227–241.

⁷⁰⁾ *Friedrike Fleischer*, geborene Mann (* 1901 in Wien, † unbekannt) promovierte am 21. 12. 1925 zur Dr.iur.an der Universität Wien. Unklar ist, ob *Friedrike Fleischer* bereits vor ihrer Eheschließung den „Wiener *Kelsen-Kreis*“ frequentierte, oder sie erst nach ihrer Eheschließung 1927 ihren Mann ins Privatseminar begleitete. Zwar hatte *Friedrike Fleischer* während ihres Studiums Lehrveranstaltungen bei *Hans Kelsen* belegt, sie publizierte jedoch in keiner der beiden *Kelsen-Zeitschriften* und war, soweit wir wissen, nicht wissenschaftlich tätig.

⁷¹⁾ *Georg Fleischer* (*1904 in Wien, †1953 Washington, D.C.) studierte 1922 bis 1927 in Wien bei *Hans Kelsen* Rechtswissenschaften und gibt an, zwischen 1927 und 1929 dessen (unbezahlter) (Privat-)Assistent gewesen zu sein. Er veranstaltete zwischen 1934 und 1938 den „*Wissenschaftlichen Salon*“, eine informelle Diskussionsrunde von Wiener Wissenschaftlern, Sozialarbeitern und Rechtsexperten, die als „*Fleischer Kreis*“ bekannt wurde und in der die der Wiener Moderne verhaftete Tradition „halbprivater“ Wissenschaftskreise ihre Fortsetzung fand. (siehe dazu auch: *Jabloner*, *Georg Fleischer*, 99–113.)

⁷²⁾ Dass *Friedrike* und *Georg Fleischer* sich in *Kelsens* Privatseminar kennen lernen, ist zu bezweifeln, denn *Georg Fleischer* frequentierte erst ab 1927 den „Wiener *Kelsen-Kreis*“ und die Ehe wurde bereits im Juli 1927 geschlossen (siehe auch *Sauer / Reiter-Zatloukal*, *Advokaten* 1938.).

⁷³⁾ Darunter: *Margit Kraft Fuchs*, *Prinzipielle Bemerkungen zu Carl Schmitts Verfassungslehre*, in: *ZÖR* 9 (1930) 511–554; *Margit Kraft-Fuchs*, *Kelsens Staatssoziologie und die Soziologie des Staates*, in: *ZÖR* 10 (1931) 402–415.

⁷⁴⁾ Nationale *Margit Fuchs*, *Rigorosenprotokoll vom 20. 7. 1925*, Archiv der Universität.

⁷⁵⁾ *Silving*, *Memoirs* 89.

Noch in ihren „Wiener Jahren, dürften – zumindest in Grundzügen – auch *Kraft-Fuchs*‘ Aufsätze „Prinzipielle Bemerkungen zu Carl Schmitts Verfassungslehre“ und „*Kelsens* Staatstheorie und die Soziologie des Staates“ entstanden sein. Beide Beiträge erschienen jedoch erst nach ihrem Wegzug aus Wien in der ZÖR: Während Kraft-Fuchs in ihrem Aufsatz „Prinzipielle Bemerkungen zu *Carl Schmitts* Verfassungslehre“ (1930) alle Einwände, die die Reine Rechtslehre gegen *Carl Schmitts* Staatsrechtsauffassung zu bieten hat, systematisch geordnet vorbringt und zu einhundert Prozent in *Kelsens* Spuren wandelt,⁷⁶⁾ scheint sie in ihrem Aufsatz „*Kelsens* Staatstheorie und die Soziologie des Staates“ (1931) – wohl unter dem Einfluss ihres Ehemannes *Julius Kraft* – sich auf die Seite jener *Kelsen*-Schüler wie etwa *Pitamic* zu schlagen, die *Kelsens* (vermeintlichen) Standpunkt, dass eine Soziologie des Staates ausgeschlossen sei, kritisch gegenüberstanden und die Forderung erhoben, „der vernachlässigten faktischen Seite des Staates wieder Raum zu schaffen.“⁷⁷⁾ Damit strebt *Margit Kraft-Fuchs* in ihrem Aufsatz im Endeffekt eine Rehabilitation der soziologischen Seite des Staates an. *Kelsen* selbst hat sich zu *Kraft-Fuchs*‘ Aufsatz zwar nie geäußert, *Stolleis* vermutet aber, dass er wegen „der gedanklichen Stringenz mit dem Text seiner Schülerin einverstanden war.“⁷⁸⁾

Wohl erst kurz bevor *Kelsen* Wien verließ, dürfte zwischen 1928 und 1930 auch *Gisela Rohatyn*⁷⁹⁾ zum „Wiener *Kelsen*-Kreis“ gestoßen sein und wohl auch *Kelsens* Privatseminar frequentiert haben: *Rohatyn* hatte im Wintersemester 1925/26 mit dem Studium der Staatswissenschaften begonnen, und bereits im Sommersemester 1926 die erste Vorlesung bei *Hans Kelsen* besucht.⁸⁰⁾ Im Mai 1928 reichte sie ihre von *Hans Kelsen* betreute staatswissenschaftliche Dissertation „Das Problem des Rechtsstaates“ ein, in der sie die formal-juristische Seite des Rechtsstaates ausarbeitete. Vermutlich dürfte sie auch ab der zweiten Jahreshälfte 1928 *Kelsens* Privatseminar besucht haben. Eine Kurzfassung ihrer Dissertationsschrift stellt der 1931 in der ZÖR erschienene Aufsatz „Rechtsstaat und Polizeistaat“ dar:⁸¹⁾ Ganz im Sinne der Reinen Rechtslehre vertrat *Rohatyn* bereits in ihrer Dissertation die These, dass jeder Staat zwangsläufig ein Rechtsstaat sei, prangerte die Unbrauchbarkeit des politischen Rechtsstaatsbegriffs an

⁷⁶⁾ *Stolleis*, Kritikerin von Carl Schmitt: Margit Kraft-Fuchs 107ff.

⁷⁷⁾ *Stolleis*, Margit Kraft-Fuchs 238.

⁷⁸⁾ *Stolleis*, Margit Kraft-Fuchs 238.

⁷⁹⁾ *Gisela Rohatyn* (*1906 in Lemberg, †ca. 1960 Belfast) studierte ab 1925/26 gemeinsam mit ihrem Bruder Sigmund Staatswissenschaften an der Universität Wien und promovierte im Mai 1929 zum Dr. rer.pol. Ähnlich wie *Margit Kraft-Fuchs* publizierte sie bereits zum Zeitpunkt ihrer Promotion in der ZÖR, später sollte *Rohatyn* darüber hinaus auch Beiträge in den Juristischen Blättern, in der Internationalen Zeitschrift für Theorie des Rechts und in der Zeitschrift für soziales Recht veröffentlichen. Aufgrund ihrer jüdischen Abstammung flüchtete sie 1938 nach Belfast, wo sich ihre Spur verliert. (Siehe auch: *Ebner*, Gisela Rohatyn, 395–400.)

⁸⁰⁾ Nationale Gisela Rohatyn, Rechts- und Staatswissenschaften, SS 1926. Im SS 1926 besuchte sie *Kelsens* Vorlesung „Die politischen Hauptströmungen“. Im Wintersemester 1926/27 hörte sie „Allgemeine Staatsrechtslehre“ bei *Kelsen* und im Sommersemester 1927 besuchte sie sein Seminar „Allgemeine Staatsrechtslehre“.

⁸¹⁾ *Rohatyn*, Rechtsstaat und Polizeistaat 429–436.

und ging dabei sogar noch über *Kelsen* hinaus, der ja sehr wohl einen freilich sekundären Begriff des Rechtsstaats im materiellen Sinne kannte.⁸²⁾ Bereits 1929, im Jahr ihrer Promotion, veröffentlichte *Rohatyn* in *Kelsens ZÖR* gleich zwei Beiträge: „Das Naturrecht des Stärkeren. Kritische Bemerkungen zu *Horvaths* ‚Idee der Gerechtigkeit‘“⁸³⁾ und eine Buchbesprechung von *Kelsens* „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ in der Zeitschrift für soziales Recht.⁸⁴⁾ In ihrem Aufsatz „Das Naturrecht des Stärkeren“ setzt sich *Rohatyn* mit der Kritik des ungarischen Rechtsphilosophen *Barna Horvath* an *Kelsens* Rechtspositivismus („Kelsenianismus“) auseinander und ist bestrebt, die von *Horvath* dabei vorgebrachten Argumente gegen die Reine Rechtslehre (diese führe zu einer Vereinfachung des Stoffes um den Preis der Problemverarmung, der Relativismus *Kelsens* führe zu einer Verdrängung von Problemen, etc.) auszuräumen. Große Originalität kommt *Rohatyn* dabei allerdings nicht zu, vielmehr zeigt sie in ihrem Aufsatz, dass sie *Kelsens* Standardargumente, mit denen er Kritik an seiner Rechtslehre abwies, bestens kannte und verinnerlicht hatte. 1931 publizierte *Rohatyn* zudem als einzige der Wiener *Kelsen*-Schülerinnen in der von *Kelsen* mitherausgegebenen *IZTHR*. In ihrem in französischer Sprache verfassten Aufsatz beschäftigte sich *Rohatyn* mit dem Verhältnis zwischen Verantwortung und Staat in den verschiedenen Staats- und Regierungsformen.⁸⁵⁾

Unter den wenigen weiblichen Autorinnen⁸⁶⁾, die in der *IZTHR* publizierten, war die aus Lemberg stammende Wiener Logikerin *Rose Rand*,⁸⁷⁾ die mit *Hans Kelsen* in Kontakt stand. Ob und wenn ja, inwieweit *Rose Rand* und *Hans Kelsen* bereits während seiner Wiener Jahre Kontakt pflegten, ist nicht bekannt. Zwar ist es vorstellbar, dass *Kelsen* und *Rand* einander bereits in Wien über „Verbindungsglieder“ zwischen dem Wiener Kreis und dem *Kelsen*-Kreis kennengelernt hatten, doch gibt es keinen Hinweis auf eine Teilnahme Rands an *Kelsens* Privatseminar.

⁸²⁾ Dargelegt in *Hans Kelsen*, Allgemeine Staatsrechtslehre. So auch: *Jabloner*, Frühe Autorinnen 652.

⁸³⁾ *Rohatyn*, Das Naturrecht des Stärkeren. Kritische Bemerkungen zu *Horvaths* „Idee der Gerechtigkeit“, in: *ZÖR* 8 (1929) 593.

⁸⁴⁾ *Rohatyn*, Buchbesprechung: *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie.

⁸⁵⁾ *Rohatyn*, La responsabilité 243–258.

⁸⁶⁾ Von der Gründung der *IZTHR* 1926 bis zu deren vorläufigem Ende 1939 publizierten in der *IZTHR* lediglich drei weibliche Autorinnen: 1931/32 *Gisela Rohatyn* als erste Frau überhaupt („La responsabilité en ses rapports avec les différents formes de gouvernement“); 1932/33 *Else Buddeberg* („Thomas Hobbes und das Naturrecht“) und schließlich 1939 *Rose Rand* („Logik der Forderungssätze“). Bei insgesamt 181 Beiträgen ergibt das eine weibliche Autorinnenquote von 1,66 %. Im Vergleich dazu lag die Quote weiblicher Autorinnen in der *ZÖR* in den 20er Jahren bei 2,2%, in den 30er Jahren bei 3,4% und war somit höher als in der *IZTHR*.

⁸⁷⁾ *Rose Rand* (* 1903 in Lemberg geboren, † 1980 in Princeton, USA) studierte ab 1924 unter anderem bei *Moritz Schlick*, *Karl Bühler*, *Robert Reininger*, *Heinrich Gomperz* und *Rudolf Carnap* Philosophie und führte als Doktorandin zwischen 1930 und 1933 über die Sitzungen des Wiener Kreises (Schlick-Zirkel) Protokoll (siehe auch: *Hama-cher-Hermes*, *Rose Rand*, 365–380).

Schließlich sei noch auf die Ehefrauen einiger *Kelsen*-Schüler hingewiesen, die – auch wenn sie selbst weder an der Staats- und Rechtswissenschaftlichen Fakultät studiert hatten – ihren Ehemann dennoch ins Privatseminar begleitet haben dürften: Neben *Grete Kelsen* ist hier die Ehefrau von *Kelsens* Vertrautem *Rudolf A. Métall*, *Margarethe Johanna Resch* zu nennen, die etwa auch *Charles Eisenmanns* Beitrag für die ZÖR 1931 ins Deutsche übersetzte.⁸⁸⁾

C. *Kelsens* „Wachhunde“ oder eigenständige Denkerinnen?

Im Wesentlichen kristallisieren sich aus dem bis dato Dargelegten zwei Gruppen von weiblichen Mitgliedern des Wiener *Kelsen*-Kreises heraus:

All jene Nachwuchswissenschaftlerinnen, die zwischen 1919 und 1930 an der Universität Wien Rechts- und/oder Staatswissenschaften studiert hatten und auf die *Kelsen* im Rahmen ihres Studiums aufmerksam geworden war, weil sie eine überdurchschnittlich gute Dissertation (bzw. im Falle des Studiums der Rechtswissenschaften Seminararbeit) bei ihm verfasst hatten und zudem wissenschaftlich interessiert waren. In diese Gruppe fallen etwa *Elisabeth Ephrussi*, *Margit Kraft-Fuchs* oder *Gisela Rohatyn*. Alle drei Frauen wurden von *Kelsen* gefördert, trugen nach ihrem Studienabschluss in *Kelsens* Privatseminar vor und publizierten in *Kelsens* ZÖR (bzw. wie im Falle *Rohatyns* in beiden „*Kelsen*-Zeitschriften“ ZÖR und IZTHR). Nur teilweise in diese erste Gruppe passt *Henda Silberpfennig* (später: *Helen Silving*), die bereits während ihrer Studienzeit – ohne erst mit dem Verfassen ihrer Doktorarbeit richtig begonnen zu haben – höchstwahrscheinlich ab dem Wintersemester 1926/27 – *Kelsens* Privatseminar besuchte und dort auch einen Vortrag hielt. Anders als *Ephrussi*, *Kraft-Fuchs* oder *Rohatyn* publizierte sie aber in keiner der beiden *Kelsen*-Zeitschriften und auch ihre Dissertationsschrift blieb unveröffentlicht.

In dieser ersten Gruppe lässt sich eine weitere Einteilung inhaltlicher Art vornehmen: Während *Ephrussi* bereits zu jenem Zeitpunkt, als sie *Kelsens* Privatseminar zu besuchen begann, eine „eigenständige Denkerin“ war, die Teilbereiche (Interpretationslehre etc.) der Wiener Schule offen ablehnte und unabhängig zu von ihr auserwählten Themenbereichen arbeitete, lässt sich beobachten, dass andere *Kelsen*-Schülerinnen wie etwa *Kraft-Fuchs* oder *Rohatyn* von *Kelsen* mit Dissertationsthemen „ausgestattet“ wurden, die geeignet waren, seine Rechtslehre gegen externe Kritik zu verteidigen: So etwa bildete *Margit Kraft-Fuchs*‘ Dissertation „Anarchismus, Etatismus und Gesellschaft“ die Grundlage für ihren späteren Aufsatz „Prinzipielle Bemerkungen zu Carl Schmitts Verfassungslehre“, in dem sie *Kelsens* Reine Rechtslehre gegenüber *Carl Schmitt* verteidigte. Ähnliches gilt für *Gisela Rohatyn*: Ihre Dissertationsschrift über „Das Problem des Rechtsstaates“ wurde in gekürzter Form in der ZÖR publiziert und war die Vorarbeit zu ihrem späteren Aufsatz „Das Naturrecht des

⁸⁸⁾ Charles *Eisenmann*, Die Theorie von der „délégation législatif“, in: ZÖR 11 (1931) 334–353.

Stärkeren“, in welchem sich Rohatyn mit der Kritik des ungarischen Rechtsphilosophen *Barna Horvath* an *Kelsens* Rechtspositivismus („Kelsenianismus“) auseinandersetzte und *Kelsen* gegen dessen Angriffe verteidigte.⁸⁹⁾

In diesem Sinne ist auch *Clemens Jabloner* zuzustimmen, wenn er schreibt, „es könnte durchaus sein, dass *Kelsen* die Antikritik an der Reinen Rechtslehre bisweilen delegierte. So etwa *Rohatyn* spielte gegenüber *Horvath* die gleiche Rolle wie *Kraft-Fuchs* gegenüber *Schmitt*.“⁹⁰⁾

Eine zweite Gruppe bildeten all jene Frauen, die das *Kelsen*-Seminar in Begleitung ihrer Ehemänner frequentierten (oder sonst von Bekannten in *Kelsens* Privatseminar „mitgebracht“ wurden). Auch hier lässt sich eine Unterteilung vornehmen: Während etwa die Rechtsanwältin *Friedrike Fleischer* selbst bei *Kelsen* Rechtswissenschaften studiert hatte und ebenso wie *Magarethe Métall*, die auch als Übersetzerin fungierte, durchaus wissenschaftlich interessiert war, dürften ab Mitte der 20er Jahre so manche Ehefrauen ihre Ehemänner aus rein gesellschaftlichen Gründen in *Kelsens* Privatseminar begleitet haben, ohne selbst rechtswissenschaftlich interessiert gewesen zu sein.⁹¹⁾

Im Allgemeinen lässt sich sagen, dass die erste Gruppe, also die (weiblichen) Wiener *Kelsen*-Schülerinnen, eine viel homogenere Gruppe darstellte, als seine männlichen Schüler es je waren. Gemeinsam war allen uns bekannten *Kelsen*-Schülerinnen neben ihrer jüdischen Herkunft, dass sie Mitte zwanzig waren, als sie begannen an *Kelsens* Privatseminar teilzunehmen (zur Ausnahme *Helen Silving* im zweiten Teil des Beitrags), sie mehrheitlich aus den transleithanischen Teilen der Habsburger Monarchie zum Studium nach Wien gekommen waren (nur *Ephrussi* war in Wien geboren worden), sie großbürgerlichen bis reichen Verhältnissen entstammten und sie spätestens mit dem Anschluss 1938 Österreich verließen.⁹²⁾

Ob nun „Wachhunde“ oder eigenständige Denkerinnen, die sich von Beginn an (*Ephrussi*), früher (*Kraft-Fuchs*) oder später (*Silving*) von *Kelsen* emanzipierten, so ist ihnen doch allen gemeinsam, dass sie sich spätestens mit dem Weggang *Kelsens* aus Wien anderen Themenbereichen zuwandten (*Rohatyn*), oder sich von der Reinen Rechtslehre entfernten (*Silving*). Sie alle sollten – bis auf *Helen Silving* – in ihrer neuen Heimat nicht mehr rechtswissenschaftlich tätig werden. *Silving* nimmt – nicht nur unter diesem Gesichtspunkt – eine Sonderstellung im Kreis der „Wiener *Kelsen*-Schülerinnen“ ein, zumal sie, soweit wir es überblicken können, auch die einzige weibliche Wiener *Kelsen*-Schülerin war, der eine akademische Karriere gelang.

⁸⁹⁾ *Barna Horvath* antwortete auf diesen Aufsatz mit seinem IZTHR-Beitrag „Gerechtigkeit und Wahrheit“ (*Horvath*, Gerechtigkeit und Wahrheit 1–54).

⁹⁰⁾ *Jabloner*, Frühe Autorinnen 651.

⁹¹⁾ So ergibt sich etwa aus der Korrespondenz zwischen *Hans Kelsen* und *Alf Ross*, dass dieser während seines Aufenthaltes in Wien regelmäßig in Begleitung seiner Ehefrau in *Kelsens* Privatseminar kam (*Alf Ross papers*, Royal Danish Library, Kopenhagen, fold. Korrespondenz Kelsen-Ross.).

⁹²⁾ *Beller*, Vienna and the Jews 1867-1938.

II. Der „Fall“ *Silving*⁹³⁾

A. *Silvings* Wiener Jahre

1. *Henda Silberpfennig*

1906 in Tarnow, einer Kleinstadt unweit von Krakau im einstigen Galizien, geboren, kann die einer jüdischen Industriellenfamilie entstammende *Henryka* (*Henda* bzw. *Hendl*) *Silberpfennig*⁹⁴⁾ (später *Helen Silving* bzw. ab ihrer Eheschließung *Silving-Ryu*) als eine typische Vertreterin der Wiener jüdischen Intelligenz, wie wir sie aus den Romanen *Arthur Schnitzlers* oder aus *Stefan Zweigs* „Welt von gestern“ kennen, angesehen werden. Zwischen Tarnow und Baden bei Wien in den letzten Tagen der Habsburgermonarchie aufgewachsen, folgte *Silving* nach ihrem Schulabschluss in Tarnow ihrer Mutter Salomea und ihrem um ein Jahr älteren Bruder Jakob („Hirsch“ oder im privaten Umfeld auch „Henek“ genannt) zum Studium nach Wien. Am 7. Oktober 1924 inskribierte sie an der Universität Wien und studierte ab dem Wintersemester 1924/25 gemeinsam mit ihrer Mutter und ihrem Bruder Staatswissenschaften.⁹⁵⁾

Auch wenn es aus heutiger Sicht nicht gerade viele weibliche Studierende waren, die zeitgleich mit *Silving* an der Universität Wien Staatswissenschaften studierten, so stand das Studium der Staatswissenschaften dennoch im Ruf, ein „Frauen- und Ausländerstudium“⁹⁶⁾ zu sein.⁹⁷⁾ Die Aussage *Silvings*, sie sei eine von lediglich sechs Mädchen unter hunderten männlichen Studenten gewesen,

⁹³⁾ Die Forschungsergebnisse dieses Abschnittes basieren teilweise auf dem von der Stadt Wien (MA 7) geförderten Forschungsprojekt „Helen Silving. Der Aufstieg einer jüdischen Migrantin aus Wien zur ‚First Lady of US Criminal Law‘“ (MA 7-542016/2023).

⁹⁴⁾ Erst nach ihrer Emigration in die USA benannte sie sich um 1942 auf Anraten *Hans Kelsens* in *Helen Silving* um (*Silving*, *Memoirs* 276), während ihre seit 1937 in den USA lebende Schwester Judith („Ida“) auch in den USA den Namen Silberpfennig beibehielt. Der Einfachheit wegen wird im vorliegenden Beitrag durchgehend von *Helen Silving* gesprochen.

⁹⁵⁾ Nationale *Henryka Silberpfennig*, Wintersemester 1924/25, Staatswissenschaften, Archiv der Universität Wien.

⁹⁶⁾ Siehe dazu auch: *Tamara Ehs*, Die Staatswissenschaften: Historische Fakten zum Thema "Billigdoktorate" und "Frauen- und Ausländerstudien", in: *Zeitgeschichte*, 2010, 37, 4, 238–256.

⁹⁷⁾ *Olechowski / Ehs / Staudigl-Ciechowicz*, Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 193. Dass, wie *Marion Röwekamp* (*Röwekamp*, *Helen Silving*., in: *Walter / Jabloner / Zeleny*, Der Kreis um Hans Kelsen 488) und ihr folgend auch *Reut Yael Paz* (*Paz*, A forgotten Kelsenian? 1123) behaupten, *Silving* erst die sechste Frau gewesen sei, die sich an der Fakultät immatrikulierte, ist unrichtig, denn bereits 1919/20, also im ersten Studienjahr des Studiums der Staatswissenschaften, hatten gleich zwei Frauen das Studium der Staatswissenschaften abgeschlossen, im Jahr darauf, sprich im Studienjahr 1920/21, waren es drei, und als *Silving* im Studienjahr 1924/25 immatrikulierte, hatten insgesamt neunzehn Frauen ein Doktorat aus Staatswissenschaften erlangt.

die Staatswissenschaften studierten,⁹⁸⁾ dürfte sich wohl eher darauf beziehen, dass lediglich sechs Frauen das Studium der Staatswissenschaften im selben Jahr(gang) wie *Silving* abschlossen.⁹⁹⁾

Wohl auf Empfehlung ihrer Mutter, die bereits im Vorjahr gemeinsam mit ihrem Sohn Jakob die Vorlesung „Allgemeine Staatsrechtslehre“ bei *Kelsen* gehört hatte,¹⁰⁰⁾ besuchte die damals 18-jährige *Helen Silving* bereits im ersten Semester ihres Studiums eine Vorlesung bei *Hans Kelsen*.¹⁰¹⁾ Von *Kelsen* zutiefst beeindruckt, belegte *Silving* schon im nächsten Semester (Sommersemester 1925) neuerlich eine Lehrveranstaltung bei *Hans Kelsen*.¹⁰²⁾ Die junge Helen war jedoch nicht das einzige Mitglied der Familie *Silberpfennig*, das für *Hans Kelsen* (und seine Rechtslehre) „Feuer gefangen“ hatte: Auch ihre Mutter himmelte *Kelsen* regelrecht an.¹⁰³⁾ „Über Jahre hinweg besuchte Mutter, wann immer es möglich war, *Kelsens* Vorlesung“, schreibt *Silving* in ihrer Autobiografie, und fügte hinzu: „Da *Kelsens* Vorlesungen in der Regel aus allen Nähten platzten, kam Mutter immer lange genug vor Vorlesungsbeginn, um sich einen Platz in der ersten Reihe zu sichern. Ihr Ziel war es offensichtlich gut zu sehen, aber gleichermaßen auch von *Kelsen* gesehen zu werden.“¹⁰⁴⁾ Ein Blick in die „Nationalen“ und das Vorlesungsverzeichnis der Universität Wien bestätigt dies: Zwischen dem Wintersemester 1923 und dem Wintersemester 1927 gab es kaum eine von *Hans Kelsen* gehaltene Lehrveranstaltung an der Universität Wien, zu der weder *Helen Silving* noch ihre Mutter angemeldet waren.¹⁰⁵⁾ An einer anderen Stelle ihrer autobiographischen Aufzeichnungen spricht *Silving* davon, dass sie und ihre Mutter regelrecht um *Kelsens* Aufmerksamkeit wetteiferten, sie aber das „Rennen um *Kelsens* Gunst“ spätestens zu dem Zeitpunkt, als *Kelsen* sie in sein Privatseminar einlud, für sich entschied.¹⁰⁶⁾

Es war eine „groupiehafte“ Beziehung, die sich zwischen *Helen Silving*, ihrer Mutter und *Hans Kelsen* entwickelte. „Mutter schwelgte im akademischen Leben, entdeckte neue Wege des Wissens und erlebte gleichzeitig eine Wieder-

⁹⁸⁾ *Silving*, Memoirs 76.

⁹⁹⁾ *Silving* promovierte mit Promotionsbescheid vom 13. 7. 1929 zum Dr. rer. pol. (Archiv der Universität Wien, Promotionsbescheid). Dies würde auch den Rechercheergebnissen von *Tamara Ehs* entsprechen, die angibt, dass im Studienjahr 1928/29 sechs Frauen das Studium der Staatswissenschaften abgeschlossen haben: *Olechowski / Ehs / Staudigl-Ciechowicz*, Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 193.

¹⁰⁰⁾ Nationale Salomea Silberpfennig, Staatswissenschaften, Wintersemester 1923/24, Archiv der Universität Wien; Nationale Jakob Hirsch Silberpfennig, Staatswissenschaften, Wintersemester 1923/24, Archiv der Universität Wien.

¹⁰¹⁾ Nationale Henryka Silberpfennig, Wintersemester 1924/25, Archiv der Universität Wien.

¹⁰²⁾ *Hans Kelsens* Vorlesung „Grundbegriffe der Reinen Rechtslehre“ siehe Nationale Henryka Silberpfennig, Sommersemester 1925, Archiv der Universität Wien.

¹⁰³⁾ „My mother was absolutely enraptured with him“ (*Silving*, Memoirs 75).

¹⁰⁴⁾ *Silving*, Memoirs 75.

¹⁰⁵⁾ Vgl. Nationale Salomea Silberpfennig, Wintersemester 1923/24 bis Sommersemester 1926, Archiv der Universität Wien.

¹⁰⁶⁾ *Silving*, Memoirs 76.

belebung ihrer jugendlichen, romantischen, verträumten Verzauberung durch einen Lehrer,“ schrieb *Silving* über jene Zeit in ihren Memoiren.¹⁰⁷⁾ Darüber, ob und inwieweit die „romantischen Anwandlungen“, die allen voran *Silvings* Mutter *Kelsen* entgegenbrachte von diesem auch erwidert wurden, kann nur spekuliert werden: *Hans Kelsen*, damals zwischen zweiundvierzig und fünfundvierzig Jahre alt, war im fraglichen Zeitraum verheiratet und Vater zweier Töchter im Volksschulalter. Er war aber auch ein „Bewunderer schöner Frauen“¹⁰⁸⁾ und als solche kann man *Salomea Silberpfennig*, die nur wenig jünger war als *Kelsen* – wenn man *Helen Silvings* Berichten Glauben schenkt – durchaus bezeichnen. *Salomea Silberpfennigs* Ehe war spätestens, seit sie ihren Sohn 1923/24 nach Wien begleitet hatte, tiefgreifend zerrüttet – auf eine offizielle Trennung verzichtet man aber. Bis auf einen einzigen Brief¹⁰⁹⁾ *Helen Silvings* an *Kelsen* aus dem Jahre 1967, aus dem hervorgeht, dass sie und ihre Mutter ihn einmal während seiner Sommerfrische im Salzkammergut besuchten, haben wir aber keine Hinweise darauf, dass sich *Salomea Silberpfennig* und *Hans Kelsen* jemals außerhalb seiner Lehrveranstaltungen trafen.

Das erste Mal, dass *Helen Silving* und *Hans Kelsen* persönlich ins Gespräch kamen, dürfte an einem Freitagabend im Frühjahr 1926 gewesen sein: Ebenso wie ihre Mutter besuchte die damals 20-jährige *Silving* im Sommersemester 1926 neben *Kelsens* Vorlesung „Die politischen Hauptströmungen der Neuzeit“ auch *Kelsens* „Seminar für Allgemeine Staatslehre“,¹¹⁰⁾ welches immer Freitagabend zwischen 18 und 20 Uhr im Hörsaal 31 des Hauptgebäudes der Universität Wien stattfand.¹¹¹⁾ Im Wien der zwanziger Jahre waren Aufmärsche verschiedener Studentengruppierungen und damit einhergehende Ausschreitungen an der Universität Wien an der Tagesordnung: *Silving* berichtet in ihrer Autobiografie, dass die Studentenproteste an jenem Tag besonders heftig waren und sie daher versuchte, das Hauptgebäude der Universität über einen Hinterausgang zu verlassen. Doch die Tür war verschlossen und nachdem sie eine Weile zugewartet hatte, tauchte plötzlich *Kelsen* hinter ihr mit einem Schlüssel auf.¹¹²⁾ Sie kamen ins Gespräch und da es in Strömen regnete, lud *Kelsen* sie auf eine Tasse Kaffee in ein Kaffeehaus gegenüber der Universität – wahrscheinlich das heutige Kaffee Maximilian – ein.¹¹³⁾ Es liegt nahe, dass während ihrer Unterhaltung im Kaffeehaus auch *Silvings* anstehende Dissertation zu Sprache kam: *Silving* war im Sommersemester 1926 Studentin im vierten Semester und *Ehs* /

¹⁰⁷⁾ *Silving*, Memoirs 75.

¹⁰⁸⁾ So etwa hatte *Kelsen* in seinem Haus in Berkeley nicht etwa eine Fotografie seiner Ehefrau, sondern ein Foto des Filmstars *Liz Taylor* auf seinem Schreibtisch stehen (*Olechowski*, *Hans Kelsen*, 859).

¹⁰⁹⁾ Brief *Helen Silving* an *Hans Kelsen*, Jänner 1967, Nachlass *Kelsen*, HKI Wien, 16b10.

¹¹⁰⁾ Nationale Henryka Silberpfennig, Staatswissenschaften, Sommersemester 1926, Archiv der Universität Wien.

¹¹¹⁾ Vorlesungsverzeichnis der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät, Sommersemester 1926, 10.

¹¹²⁾ *Silving*, Memoires 85–86.

¹¹³⁾ *Silving*, Memoires 85–86.

*Olechowski / Staudigl-Ciechowicz*¹¹⁴⁾ zufolge wurde nach dem Studienplan 1919 häufig im vierten Semester des staatswissenschaftlichen Studiums mit dem Verfassen der Dissertation begonnen. Tatsächlich dürfte *Silving* kurz nach dem Gespräch mit *Kelsen* noch im Sommersemester 1926 mit der Arbeit an ihrer Dissertation begonnen haben.¹¹⁵⁾

2. Die jüngste Frau in *Kelsens* Privatseminar

Wenig später, höchstwahrscheinlich im Wintersemester 1926/27, begann die damals gerade einmal 20-jährige *Helen Silving Kelsens* Privatseminar zu besuchen.¹¹⁶⁾ Geht man davon aus, dass *Silving* noch im Sommersemester 1926 an ihrer Dissertation¹¹⁷⁾ zu arbeiten begann, so befand sich ihre Dissertation im Wintersemester 1926/27 aller Wahrscheinlichkeit nach lediglich im Anfangsstadium. Dass *Kelsen* eine Frau einlud, an seinem Privatseminar teilzunehmen, war dabei weit weniger ungewöhnlich¹¹⁸⁾, als dass es sich bei *Silving* um eine bloße Studentin im 5. Semester handelte: Wie *Alfred Verdross* berichtete, nahmen an *Kelsens* Privatseminar für gewöhnlich nur „absolvierte Hörer“, Professoren und Privatdozenten, aber niemals „bloße Studierende“ teil.¹¹⁹⁾

Dies wirft unweigerlich die Frage auf, wieso *Kelsen* ausgerechnet die 20-jährige *Helen Silving* für sein Privatseminar auswählte. Wissenschaftlich war *Silving* – abgesehen von einer kurzen, studentischen Seminararbeit, die sie im Sommersemester 1926 bei *Hans Kelsen* verfasst haben dürfte¹²⁰⁾ – zu diesem Zeitpunkt noch nicht in Erscheinung getreten. Besonders bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Tatsache, dass *Silving* auch nach Erscheinen ihrer Dissertation – anders als *Ephrussi*, *Kraft-Fuchs* oder *Rohatyn* – weder in der *ZÖR* noch in einer anderen von *Kelsen* herausgegebenen Zeitschrift (oder

¹¹⁴⁾ *Olechowski / Ehs / Staudigl-Ciechowicz*, Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, 178 (Graphik).

¹¹⁵⁾ *Silving* erwähnt in ihren Memoiren ein Seminar, das sie bei *Kelsen* besuchte, als sie mit dem Verfassen ihrer Dissertation begann (*Silving*, Memoirs 91).

¹¹⁶⁾ Wie *Silving* in ihren Memoiren berichtet, wurde sie von *Kelsen*, als sie ein Proseminar bei ihm an der Universität Wien absolvierte, eingeladen, sein Privatseminar zu besuchen (*Silving*, Memoirs 91) und im Wintersemester 1926/27 besuchte *Silving* *Kelsens* Vorlesung „Allgemeine Staatsrechtslehre“, das mit einem Proseminar verbunden war. (Vorlesungsverzeichnis Rechts- und Staatswissenschaften Wintersemester 1926/27, 11: Allgemeine Staatslehre, verbunden mit Proseminar, 4 st., Do., Fr.11-12, Sa 11-1.Hs.28; vgl. Nationale Henryka (Henda) Silberpfennig, Staatswissenschaften, Wintersemester 1927/28, Archiv der Universität Wien).

¹¹⁷⁾ *Silberpfennig*, Idealistische und die Realistische Staatslehre (Diss. Wien 1928).

¹¹⁸⁾ Unrichtig daher *Reut Yael Paz* Anmerkung, *Silving* sei die einzige Frau gewesen, die jemals *Kelsens* Privatseminar besuchte. (*Paz*, A forgotten kelsanian? 1131).

¹¹⁹⁾ Radio-Interview mit Prof. *Alfred Verdross*, 92. So auch: *Silving*, Memoirs, 91.

¹²⁰⁾ Vorlesungsverzeichnis Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, Sommersemester 1926: *Hans Kelsen*, Sem. für allgemeine Staatslehre; vgl. Nationale Henda Silberpfennig, Staatswissenschaften, Sommersemester 1926, Archiv der Universität Wien.

Schriftenreihe) publizierte.¹²¹⁾ Schätzte *Kelsen Silvings* wissenschaftliche Arbeiten nicht im gleichen Maße wie jene seiner anderen Schülerinnen?¹²²⁾ Aber selbst wenn dies der Fall gewesen wäre, wieso holte *Kelsen* dann die gerade einmal Zwanzigjährige in sein Privatseminar und ließ sie dort – vermutlich im Sommersemester 1927 – sogar ein Referat über ihre Dissertation halten?¹²³⁾

Wir wissen es nicht. Auch wenn *Silvings* Dissertation wissenschaftlich durchaus beachtlich und von ähnlicher wissenschaftlicher Qualität wie die Arbeiten *Margit Kraft-Fuchs* oder *Gisela Rohatyns* war, so scheint es doch, als wären es primär persönliche Beweggründe gewesen, die *Kelsen* dazu veranlassen, *Silving* in seinen Kreis einzuführen. Dafür spricht auch *Silvings* eigene Einschätzung in ihren Memoiren, als sie schreibt, dass Verdross über ihre Teilnahme am Privatseminar einmal gesagt haben soll, dass *Kelsen* sich in ihr sonne.¹²⁴⁾ „Ich glaube Verdross hatte recht“, schreibt sie viele Jahre später in ihrer Autobiographie, „*Kelsen* empfand Sympathie und ein dauerhaftes Gefühl menschlicher Anziehung für mich.“¹²⁵⁾ Auch darüber, welche Rolle *Silvings* Mutter im Zusammenhang mit *Silvings* Aufnahme in *Kelsens* Privatseminar spielte, ob *Kelsen Silvings* Mutter mit der Aufnahme ihrer Tochter in seinen Kreis vielleicht eine „Gefälligkeit“ erweisen wollte, kann nur spekuliert werden: Tatsache ist jedenfalls, dass *Salomea Silberpfennig* ab dem Wintersemester 1926/1927 – also just ab dem Moment, als *Helen Silving Kelsens* Privatseminar besuchte – nachweislich keine rechts- und staatswissenschaftlichen Lehrveranstaltungen mehr belegte.¹²⁶⁾ Mit der Aufnahme in *Kelsens* Privatseminar, dürfte *Silving* das „Rennen um *Kelsens* Gunst“ jedenfalls für sich entschieden haben.

3. Foe or friend? Das Verhältnis der „Wiener *Kelsen*-Schülerinnen“ untereinander

Silving nahm höchstwahrscheinlich über drei Semester hinweg (Wintersemester 1926/27 bis Sommersemester 1928) an *Kelsens* Privatseminar teil.¹²⁷⁾ Welche

¹²¹⁾ *Silvings* erste Publikation stammt aus dem Jahre 1942, also einem Zeitpunkt, als sie bereits in den USA lebte.

¹²²⁾ Dafür würde sprechen, dass *Kelsen Silving* niemals zitierte, worüber sich *Silving* in ihren Memoiren beklagt.

¹²³⁾ Ob *Silving* im Sommersemester 1927 oder im Wintersemester 1927/28 in *Kelsens* Privatseminar über ihre Dissertation referierte, wissen wir nicht, da *Silving* in ihren Memoiren keine – und in den wenigen Fällen wo sie dies tut, nur äußerst vage – Zeitangaben macht. (vgl. *Silving*, Memoirs 92–93).

¹²⁴⁾ *Silving*, Memoirs 94.

¹²⁵⁾ *Silving*, Memoirs 94..

¹²⁶⁾ Nationale Staatswissenschaften, Archiv der Universität Wien: Unter „S“ scheint *Salomea Silberpfennig* ab dem Wintersemester 1927/28 nicht mehr auf.

¹²⁷⁾ Dass *Silving* ab dem Sommersemester 1928 nicht mehr an *Kelsens* Privatseminar teilnahm, ergibt sich zum Einen daraus, dass *Josef Kunz* ab dem Sommersemester 1928 an der Universität Wien lehrte und regelmäßig *Kelsens* Privatseminar besuchte, er und *Silving* sich jedoch niemals persönlich begegnet waren, und zum Anderen daraus, dass *Silving* ab ca. 1928 nach eigenen Angaben sonntags immer am Waismann-Kreis im Prater teilnahm.

anderen *Kelsen*-Schüler in diesem Zeitraum noch in *Kelsens* Privatseminar anwesend waren, kann nur vermutet werden: *Silving* selbst nennt neben *Alfred Verdross*, den Rechtsphilosophen *Felix Kaufmann*, *Kelsens* beide Wiener Assistenten *Josef Dobretsberger* und *Eric Voegelin* sowie *Josef Kunz*.¹²⁸⁾ Die Nennung des Letztgenannten zeigt, dass die Aufzählung *Silvings* mit äußerster Vorsicht zu genießen ist, denn wie wir aus einem Brief *Silvings* an *Kelsen* wissen, war sie *Kunz* in Wien niemals persönlich begegnet.¹²⁹⁾ *Silving* erwähnt in ihren Memoiren „eine äußerst attraktive „rothaarige Ungarin“, die alle Lehrveranstaltungen von *Kelsen* besuchte und über *Kelsens* Witze lachte, unabhängig davon, wie oft er sie schon wiederholt hatte.“¹³⁰⁾ Dabei handelte es sich wohl um *Margit Kraft-Fuchs*: In ihrer Autobiografie schreibt *Silving* über sie, dass „diese immer wartete bis der Unterricht vorbei war um dann hinter *Kelsen* her zu rennen und ihn bis zu seiner Haustüre zu begleiten.“¹³¹⁾ *Silving* hätte dies offensichtlich auch gerne getan, war aber dafür zu schüchtern. „Mutter merkte pointiert an, dass es offensichtlich an meiner Haarfarbe liege, dass nicht ich, sondern sie [Anm.: *Kraft-Fuchs*] *Kelsen* nach Hause begleiten durfte“, schrieb *Silving* eifersüchtig.¹³²⁾

Leider wissen wir nicht, wie die anderen Frauen im „Wiener *Kelsen*-Kreis“ *Silving* sahen bzw. sich gegenüberstanden. Schenkt man *Silvings* Beschreibungen Glauben, so sahen sich die Frauen des „*Kelsen*-Kreises“ primär als „Konkurrentinnen“, die um die Aufmerksamkeit des „Meisters“ buhlten. Interessant ist in diesem Zusammenhang auch, dass *Silving* *Gisela Rohatyn*, die gleich alt war wie *Silving* und über weite Strecken nachweislich dieselben Lehrveranstaltungen besuchte, in ihren Memoiren mit keinem Wort erwähnt, obwohl sich beide sicherlich kannten.¹³³⁾

B. Idealistische und realistische Staatslehre¹³⁴⁾

Ab dem Sommer 1926 dürfte *Helen Silving* an ihrer Dissertationsschrift „Idealistische und realistische Staatslehre“ gearbeitet haben. *Silving* zufolge war es *Hans Kelsen* gewesen, der ihr als Thema für ihre Dissertation einen Vergleich seiner Staatsrechtslehre mit der Staatsrechtslehre des französischen Rechtsphilosophen und Staatsrechtlers *Léon Duguit*¹³⁵⁾ vorgeschlagen hatte.¹³⁶⁾ Dass ihre

¹²⁸⁾ *Silving*, Memoirs 91.

¹²⁹⁾ Brief *Silving* an *Kelsen*, 12. 1.1948, *Kelsen*-Nachlass, HKI Wien, 16b10.

¹³⁰⁾ *Silving*, Memoirs 89.

¹³¹⁾ *Silving*, Memoirs 89.

¹³²⁾ *Silving*, Memoirs 89.

¹³³⁾ Was *Kelsens* Privatseminar betrifft, so wäre es denkbar, dass *Rohatyn* dieses erst nach ihrer Dissertation (d.h. nach Mai 1929) besuchte. Zu diesem Zeitpunkt besuchte *Silving* *Kelsens* Privatseminar höchstwahrscheinlich nicht mehr, was erklären würde, warum *Silving* *Rohatyn* in Bezug auf *Kelsens* Privatseminar nicht erwähnt.

¹³⁴⁾ Der Abschnitt über *Helen Silvings* Dissertation entspricht teilweise meinen Ausführungen in der Buchbesprechung zu *Schuett*, *Hans Kelsen's Political Realism*, 355–359.

¹³⁵⁾ Vgl. dazu FN 40.

¹³⁶⁾ *Silving*, Memoirs 91.

Dissertation allerdings nicht nur von *Hans Kelsen*, sondern auch von *Adolf Menzel*¹³⁷⁾ betreut wurde,¹³⁸⁾ verschweigt *Silving* in ihrer Autobiographie.¹³⁹⁾ Stattdessen berichtet sie in ihren Memoiren über die Begutachtung ihrer Dissertation durch den Philosophen *Friedrich Waismann*¹⁴⁰⁾. Sofern man *Silvings* Aussagen Glauben schenken kann, dürfte ihr überdurchschnittliches Wissen auf dem Gebiet der Mathematik und Physik *Waismann* beeindruckt haben. In ihren Memoiren schreibt sie dazu: „*Waismann* lobte mein außergewöhnliches Wissen über die zeitgenössischen Physiktheorien und sagte, dass es höchst ungewöhnlich sei, dass jemand, der niemals Mathematik oder Physik studiert hatte, sich so gut damit auskannte.“¹⁴¹⁾ Obwohl sowohl *Hans Kelsen* als auch der Zweitgutachter *Adolf Menzel* *Silvings* Dissertation mit „ausgezeichnet“ bewerteten,¹⁴²⁾ wurde *Silvings* Arbeit niemals veröffentlicht. „Die Entscheidung, meine Dissertation nicht zu veröffentlichen, war richtig, all jene Teile, die sich mit dem französischen Rechtsphilosophen *Duguit* befassten, belasteten lediglich mein Hauptthema, den Kelsenismus im Lichte des konstruktivistischen Geistes der modernen Wissenschaft darzustellen“, schreibt *Silving* in ihrer Autobiographie dazu.¹⁴³⁾

Bereits in der Einleitung ihrer Dissertation wird klar, dass es sich bei *Silvings* Doktorarbeit um keine gewöhnliche studentische Arbeit handelt: Akribisch und mit Argumenten und Zitaten untermauert, zeichnet sie den Einfluss der *Einstein*'sche Relativitätstheorie und Minkowskis Raum-Zeit-Union Lehre auf die Geisteswissenschaften, allen voran die Philosophie, nach.¹⁴⁴⁾ Auch wenn

¹³⁷⁾ Der Wiener Staatsrechtler *Adolf Menzel* (1857-1938) hatte neben *Hans Kelsen* die zweite staatsrechtliche Lehrkanzel an der Universität Wien inne und war zudem zwischen 1919 und 1930 auch Vizepräsident des Verfassungsgerichtshofs. Obwohl *Menzel* sowohl dem Positivismus generell als auch *Kelsens* Staatsrechtslehre im Besonderen kritisch gegenüberstand, war er *Kelsen* ein väterlicher Freund und Vertrauter. (Siehe zur Person *Adolf Menzel* auch: *Wilhelm Brauneder / Adolf Menzel*, in: *Neue Deutsche Biographie* (Berlin 1994) 104.) Dass auch er als Betreuer von *Silvings* Dissertation gut geeignet war ergibt sich auch daraus, dass er 1914 in der damals neu gegründeten ZÖR einen Beitrag über *Duguits* Staatsrechtslehre verfasst hatte (*Adolf Menzel*, Eine „realistische“ Staatstheorie, in: *ZÖR* (1914) 114–133).

¹³⁸⁾ Die Professorenkombination *Kelsen / Menzel* als Betreuer von Dissertationen erfreute sich bei den Studierenden großer Beliebtheit, zumal beide Professoren als umgänglich und „leichte Prüfer“ bekannt waren.

¹³⁹⁾ Dies ergibt sich aus: *Henryka Silberpfennig*, *Idealistische und die Realistische Staatslehre* (Wien 1928) Titelblatt.

¹⁴⁰⁾ Der österreichischer Mathematiker, Physiker und Philosoph *Friedrich Waismann* (*1896 in Wien, †1959 in Oxford) war Mitglied des Wiener Kreises des Logischen Empirismus. Er war zwischen 1929 bis 1936 Assistent von *Moritz Schlick* und leitete nach dessen Ermordung den kleinen verbleibenden Kreis von *Schlicks* Schülern, ehe er 1937 nach England emigrierte.

¹⁴¹⁾ *Silving*, *Memoirs* 94.

¹⁴²⁾ Rigorosenprotokoll *Henryka Silberpfennig*: Absolutorium vom 16. November 1927. Archiv der Universität Wien.

¹⁴³⁾ *Silving*, *Memoirs* 96.

¹⁴⁴⁾ *Silberpfennig*, *Idealistische und realistische Staatslehre* 3. Einsteins Relativitätstheorie beeinflusste etwa den Neukantianer der Marburger Schule *Hermann Cohen*,

durch *Einsteins* Relativitätstheorie das Subjekt in den Mittelpunkt gerückt wird und die Welt um eine Illusion ärmer wurde, so wurde sie gleichzeitig auch geschlossener, einheitlicher, kurz: logischer, schreibt *Silving*¹⁴⁵⁾ in der Einleitung und fügt hinzu, dass genau dies „symptomatisch für die logizistische Richtung des Zeitgeistes“ sei. Auch *Kelsens* Reine Rechtslehre stehe mit ihrem „Streben nach Vollkommenheit, Geschlossenheit, Einheitlichkeit und vor allem Einfachheit des Systems“ in dieser Tradition, meint *Silving*.¹⁴⁶⁾ *Einsteins* Analyse des Raum- und Zeitbegriffs und *Kelsens* Reine Rechtslehre gehören beide derselben philosophischen Entwicklungsreihe an, die von *David Hume* durch seine Kritik der Substanz- und Kausalitätsvorstellung eingeleitet wurde, folgert sie.¹⁴⁷⁾ „Wie im *Einstein*’schen System jedes Gesetz organisches Glied des ganzen Gedankenbaues werde, ohne welches dieser nicht bestehen könne, sei auch *Kelsens* Staat ein vollkommener Organismus, eine Einheit“,¹⁴⁸⁾ führt *Silving* ihre Gedanken weiter. „Einstein begründete die Physik auf einer Koinzidenz von Ereignissen, *Kelsen* seine Staatsrechtslehre auf dem Begriff der Koinzidenz der Zurechnungspunkte“. ¹⁴⁹⁾ *Silving* zufolge wird in *Kelsens* „Grundnorm“ das Verfahren der Rechtserzeugung subjektiv festgelegt, ebenso wie bei *Einstein* das Verfahren, auf Grund dessen das physikalische Objekt gefunden wird, ein subjektiv festgesetztes ist.¹⁵⁰⁾ Auch die Einwände, die gegen beide Theorien erhoben wurden, waren ihr zufolge ähnliche: Logik! Scholastik! Beide Theorien würden der „Wirklichkeit“, „dem gesunden Menschenverstand“ widersprechen usw.¹⁵¹⁾ Schließlich würden sowohl *Kelsen* als auch *Einstein* von einer auf Starrheit beruhenden „Absoluttheorie“ abgehen und eine „Dynamisierung“ vornehmen, frei nach dem Motto: Alles bewegt sich!¹⁵²⁾ Bei *Kelsen* werde dieser Bewegungszustand vor allem in der Relativierung der Begriffe deutlich,¹⁵³⁾ gleichzeitig vollziehe er aber eine „Union der Rechtsbegriffe“ (es gibt keine Rechtsbegriffe „für sich“ mehr), was in der Physik Parallelen zu Minkowskis „Welt“ aufweist. In diesem Punkt ist *Silving* zweifelhaft zuzustimmen: Es ist eine wahrhaftige „Rechtswelt“, mehr noch ein geschlossenes, systematisches Universum, das *Kelsen* mit seiner Rechtslehre nachzeichnet. In der Systematik *Kelsens* liege *Silving* zufolge auch die Verwandtschaft zu den übrigen epochalen wissenschaftlichen Systemen der damaligen Zeit. Genau diese Systematik stelle auch das idealistische Element in *Kelsens* Rechtslehre da, denn System sei die Parole aller idealistischen Philosophie, schreibt sie.¹⁵⁴⁾ Ebenso wie *Kelsens* Reine Rechtslehre in der Tradition von *Einsteins* Relativitätstheorie stehe, käme bei *Duguit*

der den Ausspruch tätigte: „Die Signatur der neueren Zeit lässt sich daher erkennen in dieser Prägnanz des Subjekts.“ (*Cohen*, Logik des reinen Denkens 252.)

¹⁴⁵⁾ *Silberpfennig*, Idealistische und realistische Staatslehre 4.

¹⁴⁶⁾ *Silberpfennig*, Idealistische und realistische Staatslehre 5.

¹⁴⁷⁾ *Silberpfennig*, Idealistische und realistische Staatslehre 8.

¹⁴⁸⁾ *Silberpfennig*, Idealistische und realistische Staatslehre 5.

¹⁴⁹⁾ *Silberpfennig*, Idealistische und realistische Staatslehre 7.

¹⁵⁰⁾ *Silberpfennig*, Idealistische und realistische Staatslehre 109.

¹⁵¹⁾ *Silberpfennig*, Idealistische und realistische Staatslehre 109.

¹⁵²⁾ *Silberpfennig*, Idealistische und realistische Staatslehre 9.

¹⁵³⁾ *Silberpfennig*, Idealistische und realistische Staatslehre 10.

¹⁵⁴⁾ *Silberpfennig*, Idealistische und realistische Staatslehre 11.

klar und deutlich immer wieder die Newtonsche Weltanschauung hervor, denn *Duguit* sei immer bestrebt, Verhältnisse und Beziehungen aufzulösen, alles zu verselbständigen. Gerade in seiner Rechtstheorie sei *Duguit* – anders als es stets behauptet werde – keineswegs Realist, sondern „huldige vielmehr einen absolutistischen Standpunkt“, zumal er die Existenz einer „absoluten Wirklichkeit“ annehme, die in den sozialen Phänomenen bestehe, auf die sich seine Betrachtung reflexiv richte.¹⁵⁵) Zwar leugne *Duguit* das Konzept der absoluten Wahrheit, des absoluten Werts, und sei daher vielleicht ein Werterelativist, allerdings ende *Duguits* Relativismus da auch schon, meint *Silving*.¹⁵⁶) Was *Kelsen* und *Duguit* gemeinsam hätten, sei, dass sie beide – trotz ihrer Unterschiede – Positivisten seien, auch wenn *Kelsens* auf das Recht beschränkter Positivismus von *Duguits* naturphilosophischem Positivismus auseinanderzuhalten sei.¹⁵⁷)

Genau in dieser Darstellung der Rechtslehre *Kelsens* im Lichte der modernen (Natur-)Wissenschaft, allen voran in den Vergleichen zwischen *Kelsens* Reiner Rechtslehre und *Einsteins* Relativitätstheorie, bestand der eigentliche Verdienst von *Silvings* Arbeit. Ohne sich dessen bewusst gewesen zu sein, knüpfte *Silving* bereits in ihrer Dissertationsschrift an die vom amerikanischen Rechtsrealisten *Walter Wheeler Cook*¹⁵⁸ in den 1920er Jahren auf den Höhepunkt getriebene „scientific analogy“ an. Liest man *Silvings* Dissertationsschrift aufmerksam, so lässt sich bereits die Wandlung *Silvings*, von einer Anhängerin *Kelsens* zu einer Sympathisantin des amerikanischen Rechtsrealismus und der „sociological jurisprudence“, erahnen, die sie einige Jahre später im amerikanischen Exil vollziehen wird.

Silvings Überlegungen bezüglich der Parallelen zwischen der Reinen Rechtslehre und *Einsteins* Relativitätstheorie wurden mehr als 80 Jahre später vom deutschen Staatsrechtler und Herausgeber der *Hans Kelsen*-Werke *Matthias Jestaedt*, wohl in Unkenntnis von *Silvings* Dissertationsschrift, aufgegriffen: Für den Ausstellungskatalog „*Hans Kelsen* und die Bundesverfassung“ schrieb *Jestaedt* einen Beitrag mit dem Titel: „*Hans Kelsen*. Der Einstein der Rechtswissenschaften“¹⁵⁹) in welchem er zu den ähnlichen Ergebnissen wie *Silving* gelangte.

Ab dem Wintersemester 1927/28 belegte *Silving* keine Lehrveranstaltungen mehr bei *Hans Kelsen*. Am 16. November 1927 absolvierte sie die letzte Staatsprüfung, das sogenannte Absolutorium, im Zuge dessen sie von *Kelsen* und *Menzel* auch über ihre Dissertation geprüft wurde.¹⁶⁰) Als sie im Mai 1928

¹⁵⁵) *Silberpfennig*, Idealistische und realistische Staatslehre 14.

¹⁵⁶) *Silberpfennig*, Idealistische und realistische Staatslehre

¹⁵⁷) *Silberpfennig*, Idealistische und realistische Staatslehre 105.

¹⁵⁸) *Walter Wheeler Cook* (*1873 in Columbus, Ohio, †1943 in Chicago) war einer der wichtigsten Vertreter der amerikanischen rechtsrealistischen Bewegung und lehrte in den 1920er Jahren in Yale und an der Columbia. (siehe auch: *Twining*, Karl Llewellyn and the Realist Movement, 37)

¹⁵⁹) *Jestaedt*, *Hans Kelsen* 26–31.

¹⁶⁰) Rigorosenprotokoll Hendryka Silberpfennig, Archiv der Universität Wien.

ihr Haupttrigorosum¹⁶¹) ablegte, besuchte sie allem Anschein nach *Kelsens* Privatseminar bereits nicht mehr.¹⁶²) Es wirkt beinahe so, als kühlte *Silvings* Interesse an *Hans Kelsen* ab dem Frühjahr 1928 deutlich ab – als hätte *Silving* eine neue Leidenschaft entdeckt: Jene zu *Friedrich Waismann* und über ihn zum „Wiener Kreis des logischen Empirismus.“ Mit *Kelsen* blieb *Silving* auch nach dessen Weggang aus Wien 1930 zumindest lose verbunden. Inwieweit dieser Kontakt sich allein auf *Silving* erstreckte, oder die gesamte Familie *Silberpfennig* weiterhin mit *Kelsen* in Kontakt stand, bleibt offen. Ein Brief¹⁶³) aus dem Zeitraum 1937-1938 erweckt jedenfalls den Anschein, als sei die Familie *Silberpfennig* nicht nur mit *Kelsen* sondern auch mit *Kelsens* Mutter in Kontakt gestanden.

Nach eigenen Angaben dachte *Silving* – vor allem wegen ihrer Begeisterung für Moritz Schlick und den „Wiener Kreis“ – ernsthaft darüber nach, ein reguläres Philosophiestudium an der Universität Wien zu beginnen, entschied sich aber letztendlich für einen anderen Weg: Ab 1933 studierte *Silving* an der Universität Wien Rechtswissenschaften, wo sie am 11. Dezember 1936 zum Dr.iuris¹⁶⁴) promovierte. Eine juristische Karriere in Österreich blieb ihr aber dennoch verwehrt, denn *Silving* war seit Zerfall der Österreich-Ungarischen Monarchie polnische Staatsbürgerin und als solche vom „Gerichtsjahr“¹⁶⁵) ausgeschlossen.

C. Von *Henda Silberpfennig* zu *Helen Silving*

1. Als *Kelsens* Assistentin an der Harvard Law School

Im Zuge der Machtergreifung durch die Nationalsozialisten war *Silving* 1938 gezwungen, Österreich zu verlassen. Sie flüchtete zuerst nach Polen und gelangte schließlich nach einer langen, abenteuerlichen Flucht aus Europa „mit 40

¹⁶¹) Das Haupttrigorosum absolvierte *Silving* am 31. 5. 1928 überwiegend mit der Beurteilung „ausgezeichnet“.

¹⁶²) *Josef Kunz* lehrte ab dem Sommersemester 1928 (bis WS 1932/33) an der Universität Wien und nahm regelmäßig an *Kelsens* Privatseminar teil (vgl. *Kammerhofer*, *Josef Kunz* 246). Nun wissen wir aber aus einem Brief *Silvings* an *Kelsen*, dass sie *Kunz* in Wien niemals persönlich kennengelernt hat, was darauf schließen lässt, dass *Silving* *Kelsens* Privatseminar ab dem SS1928 nicht mehr besuchte (Brief von *Silving* an *Kelsen* vom 12.1.1948 (HKI 16b 10)).

¹⁶³) Ein undatiertes Brief *Helen Silvings* an ihre zu diesem Zeitpunkt schon in den USA lebende Schwester. (Brief aus Familienbesitz Silberpfennig)

¹⁶⁴) Nationale *Henda Silberpfennig*, Rechtswissenschaften WS 1936/37, Archiv der Universität Wien.

¹⁶⁵) Das österreichische „Gerichtsjahr“ (in Deutschland: Referendariat) ist eine Art „Pflichtpraktikum“ bei Gericht nach Abschluss des Studiums, das bis heute Voraussetzung für die Zulassung zu allen „kernjuristischen Berufen“ wie Richter, Rechtsanwalt oder Notar ist.

Dollar in der Tasche“¹⁶⁶) am 24. März 1939 nach New York, wo ihre Schwester Ida¹⁶⁷, die sich in den USA in *Judith* umbenannt hatte, sie bereits erwartete.¹⁶⁸

Nach einigen Monaten in New York, übersiedelte *Silving* im Sommer 1939 nach Bosten, wo sie eine Anstellung als Vortragende für Geschichte an einer privaten „Sekretärinnenschule“ fand.¹⁶⁹) Sie wohnte bei einer wohlhabenden, frisch geschiedenen Frau zur Untermiete und gab deren Kinder Französisch-Unterricht.¹⁷⁰)

Es muss im Spätsommer oder Herbst 1940 gewesen sein, als ihr nach eigenen Angaben vollkommen unerwartet *Hans Kelsen*, der im Juni 1940 ebenfalls in die USA geflüchtet war, in Cambridge, Massachusetts, über den Weg lief.¹⁷¹) Ob *Silving Kelsen* tatsächlich „rein zufällig begegnete“ und wie sie später behauptete – sie nicht einmal wusste, dass *Kelsen* in Cambridge war, kann angezweifelt werden: In Boston war es zu einem Wiedersehen zwischen *Kelsen* und seinem Wiener Freund, dem Psychoanalytiker *Hanns Sachs*¹⁷²) gekommen und auch den ebenfalls aus Wien geflüchteten Psychoanalytiker *Richard Sterba* hatte *Kelsen* bereits wenige Tage nach seiner Ankunft in Cambridge wiedergetroffen.¹⁷³) *Silvings* Schwester Ida, die vor ihrer Emigration in die USA die Wiener Psychoanalytische Gesellschaft frequentiert hatte, dürfte mit *Hanns Sachs* in Verbindung gestanden sein, und so ist es gut möglich, dass *Silving* auf diese Weise bereits vorab von der Ankunft *Kelsens* in Cambridge Kenntnis erlangt hatte. Wie genau sich das Wiedersehen zwischen *Kelsen* und *Helen Silving* zutrug, wissen wir freilich nicht, *Silving* beschreibt dieses jedenfalls in ihren Memoiren höchst theatralisch.¹⁷⁴) *Silving* dürfte *Kelsen* von ihren Misserfolgen bei der Arbeitssuche berichtet und ihm ihre missliche finanzielle Lage geschildert haben, sodass ihr *Kelsen* – offensichtlich noch im Zuge dieser ersten Begegnung – anbot, für ihn als seine Assistentin an der Harvard Law School zu arbeiten. An

¹⁶⁶) *Silving* Memoirs, 278.

¹⁶⁷) Zu *Judith Kestenberg* siehe: *Kormos*, Tensions and Flows in the Life & Work of Judith S. Kestenberg (in print).

¹⁶⁸) *Silvings* jüngere Schwester war bereits 1937 nach New York ausgewandert und arbeitete dort als Kinderpsychiaterin am Bellevue Hospital. Auch ihrem Bruder Hirsch gelang es im letzten Moment Europa zu verlassen. Ihre Eltern hingegen waren in Europa verblieben und wurden im Zuge des Angriffs auf Polen von den Nationalsozialisten ermordet. *Silving* Memoirs.

¹⁶⁹) *Silving*, Memoirs 254.

¹⁷⁰) *Silving*, Memoirs 256.

¹⁷¹) *Silving* schreibt in ihren Memoiren (*Silving*, Memoirs 262) zwar, es sei nach ungefähr acht unglücklich verlaufenden Monaten in den USA gewesen, dass sie *Kelsen* wieder traf, dies kann allerdings schon allein aufgrund der Tatsache, dass *Silving* bereits im März 1939 in den USA ankam, *Kelsen* jedoch erst im Juni 1940 amerikanischen Boden betrat, nicht stimmen.

¹⁷²) *Hanns Sachs* (*1881 in Wien, †1947 in Boston), ursprünglich Jurist, später Psychoanalytiker, war in Wien ein Mitarbeiter von Sigmund Freud gewesen. Bereits 1932 war der einstige Studienkollege und Freund *Hans Kelsens* in die USA ausgewandert und lebte seither in Boston. (*Olechowski*, Hans Kelsen 681).

¹⁷³) *Olechowski*, Hans Kelsen 682.

¹⁷⁴) *Silving*, Memoirs 262.

dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass es sich dabei um keine formelle Anstellung an der Harvard Law School handelte, sondern *Kelsen Silving* vielmehr als seine „persönliche Assistentin“ engagierte und von seinem Gehalt an der Universität Harvard entlohnte. Dies erklärt auch, warum *Kelsen* und *Silving* in der Langdell Hall ein Zimmer miteinander teilten. Geht man davon aus, dass *Kelsen* in seinem ersten Jahr an der Universität Harvard ein Jahresgehalt von 4000 Dollar¹⁷⁵⁾ (brutto) hatte,¹⁷⁶⁾ davon allerdings eine Mietwohnung in Cambridge bezahlen, sich und seine Frau ernähren und wohl auch einen Teil für die Monate nach dem Ende seiner Anstellung in Harvard sparen musste,¹⁷⁷⁾ so stellt sich die Frage, wie er sich überhaupt eine „private Assistentin“ leisten konnte. Viel konnte er *Silving* für ihre Tätigkeit jedenfalls nicht bezahlt haben. Ihre Aufgaben bestanden ihren eigenen Angaben nach darin, die (auf Deutsch verfassten) Manuskripte *Kelsens* Korrektur zu lesen,¹⁷⁸⁾ Fußnoten zu ergänzen, und seine Vorlesungen, die *Kelsen* im Rahmen seiner Verpflichtung aus der *Oliver Wendell Holmes Lectureship* hielt,¹⁷⁹⁾ zu transkribieren.¹⁸⁰⁾

Kelsens „Gastprofessur“ im Rahmen der *Oliver Wendell Holmes Lectureship* dauerte lediglich ein Jahr. Nachdem die Verhandlungen mit der University of Chicago um eine permanente Anstellung *Kelsens* scheiterten, erklärte sich Harvard bereit, *Kelsen* noch für ein weiteres Jahr – das Studienjahr 1941/42 – als „Research Associate in Comparative Law“ anzustellen.¹⁸¹⁾ Zwar konnte *Kelsen* sein Arbeitszimmer in der Langdell Hall behalten, war aber ab dem Wintersemester 1941/42 dem Soziologie-Institut zugeordnet, wo er sich mit dem russischen Soziologen *Pritim Sorokin* anfreundete.¹⁸²⁾ *Kelsen* verdiente in seinem zweiten Jahr an der Universität noch einmal deutlich weniger und hätte *Silving* von seinem Gehalt wohl kaum noch bezahlen können, hätte er nicht im Sommersemester 1942 – wahrscheinlich über seinen einstigen Schüler, dem Völkerrechtler *Hersch Lauterpacht* – einen Lehrauftrag am renommierten Wellesley College in der Nähe von Boston erhalten, wo er Völkerrecht unterrichtete. Ne-

¹⁷⁵⁾ Das würde heute in etwa einem Jahresgehalt von 88.000 Dollar bzw. EUR 82.190 (brutto) entsprechen.

¹⁷⁶⁾ *Olechowski*, Hans Kelsen 679.

¹⁷⁷⁾ *Kelsen* und seine Frau kamen vollkommen mittellos in den USA an, ihre gesamten Ersparnisse mussten sie in Europa zurücklassen.

¹⁷⁸⁾ *Kelsens* Haupttätigkeit während seiner Zeit in Harvard galt der Übersetzung seiner soziologischen Arbeiten ins Englische: Wie aus einem Brief an die Rockefeller Foundation hervorgeht, plante *Kelsen* die Realisierung eines Buchprojekts, welches aus zwei Bänden bestehen sollte: Geplant war, dass der erste Band eine Übersetzung seines Werkes „Kausalität und Vergeltung“ (*Hans Kelsen, Society and Nature* (Chicago 1943)) war, während ein zweiter Band über die „Soziologie des Seelenglaubens“ neu geschrieben werden sollte. Dieser zweite Teil wurde jedoch niemals vollendet.

¹⁷⁹⁾ Sechs Vorlesungen zum Thema: „Law and Peace in International Relations“. Die Schriftfassung dieser Vorträge wurde 1942 in der Harvard University Press veröffentlicht. (*Hans Kelsen, Law and Peace in International Relations* (1942)).

¹⁸⁰⁾ *Silving*, *Memoirs* 263.

¹⁸¹⁾ *Olechowski*, Hans Kelsen 706.

¹⁸²⁾ *Silving*, *Memoirs* 263.

ben den bereits erwähnten Tätigkeitsfeldern kam *Silving* daher im Sommersemester 1942 außerdem die Aufgabe zu, die schriftlichen Prüfungen von *Kelsens* Wellesley-Studentinnen zu korrigieren und *Kelsen* bei der Betreuung von Seminararbeiten zu unterstützen.¹⁸³⁾

Da sich *Silving* mit *Kelsen* ein Büro teilte, kam sie nicht nur mit *Kelsens* Kollegen und Freunden, sondern schlechthin mit allen Personen, die ihn in seinem Büro aufsuchten oder in seiner Abwesenheit im Büro anriefen, in Kontakt: So berichtete etwa *Silving* von einem Anruf *Otto Habsburgs*, dem ältesten Sohn des letzten österreichischen Kaisers, der *Kelsen* mit der Ausarbeitung einer Verfassung für ein neues Österreich beauftragen wollte.¹⁸⁴⁾

Allerdings kamen bei weitem nicht alle „Besucher“ nur wegen *Kelsen*: So etwa dürfte der amerikanische Rechtsphilosoph *Lon Fuller*¹⁸⁵⁾ ein häufiger „Gast“ in *Kelsens* Büro gewesen sein, obwohl er und *Kelsen* sich – wie *Silving* in ihren Memoiren anmerkt – nicht viel zu sagen hatten:¹⁸⁶⁾ *Fuller*, nur um ein paar Jahre älter als *Silving*, war ein überzeugter Naturrechtler und einer der erbittertsten Gegner des Rechtspositivismus seiner Zeit. Unter dem Vorwand, *Kelsen* einen Besuch abzustatten, plauderte er gerne ausgiebig mit *Silving* und riet ihr schließlich auch dazu, in den USA nochmals aufs Neue Rechtswissenschaften zu studieren.¹⁸⁷⁾ Als sich abzeichnete, dass *Kelsens* Anstellung an der Universität Harvard im Sommer 1942 enden würde, folgte *Silving* schließlich *Fullers* Rat: Aufgrund eines Empfehlungsschreibens¹⁸⁸⁾ *Lon Fullers* an den Studienprogrammleiter des Studiums der Rechtswissenschaften an der Columbia Law School *Edwin W. Patterson* wurde *Silving* ohne ein reguläres Zulassungsverfahren im Juli 1942 zum Studium der Rechtswissenschaften an der Columbia – seit den 1920er Jahren neben Yale das Zentrum des amerikanischen Rechtsre-

¹⁸³⁾ *Silving*, Memoirs 263.

¹⁸⁴⁾ *Silving*, Memoirs 265.

¹⁸⁵⁾ Der US-amerikanische Rechtsphilosoph *Lon L. Fuller* (*1902 in Hereford, Texas, †1978 in Cambridge, Massachusetts) gilt als einer der bedeutendsten Vertreter der Naturrechtslehre im 20. Jahrhundert. Er lehrte zwischen 1940 und 1978 an der Harvard Law School. Der amerikanische Rechtsphilosoph *Ronald Dworkin* gilt neben dem späteren US-Präsident *Richard Nixon* als berühmtester Student *Fullers* aus dessen Zeit in Harvard. 1940 hatte *Fuller* sein Buch „The Law in quest of itself“ veröffentlicht, in dem er *Kelsen* als einen der Hauptvertreter des zeitgenössischen Rechtspositivismus angriff.

¹⁸⁶⁾ *Silving*, Memoirs 266. *Schauer*, *Kelsen and Fuller*, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 163 (2020), 309-318.

¹⁸⁷⁾ *Silving*, Memoirs 269.

¹⁸⁸⁾ Leider konnte der diesbezügliche Brief, auf den sich *Silving* in ihrer Autobiographie (*Silving*, Memoirs 273) beruft, in den „*Edwin W. Patterson papers*“ der Archival Collection der Columbia University nicht gefunden werden, zumal diese nur den Zeitraum 1935–1939 betreffen. Da es an der Columbia University allerdings keine Hinweise gibt, dass *Silving* einen formellen Zulassungsprozess durchlief, scheint es tatsächlich so, als sei sie aufgrund des erwähnten Schreibens *Fullers* an der Columbia zugelassen worden. Dafür spricht auch, dass *Silving* sich in ihrer späteren Korrespondenz mit *Fuller* immer wieder auf das Schreiben *Fullers* an *Patterson* beruft und *Fuller* zu verstehen gibt, wie einflussreich seine Worte im Zuge ihrer Zulassung an der Columbia waren.

alismus, wo unter anderem auch *Karl Llewellyn* lehrte - zugelassen. An der Columbia studierte *Silving* noch einmal aufs Neue Rechtswissenschaften,¹⁸⁹⁾ ein- einhalb Jahre später schloss sie ihr Studium dort mit einem LL.B ab.¹⁹⁰⁾

2. The limits and the value of Kelsenianism – *Silvings* Auseinandersetzungen mit *Kelsens* Reiner Rechtslehre in der „neuen Welt“

Als *Silving* im Spätsommer oder Herbst 1940 für *Kelsen* zu arbeiten begann, musste sie das Gefühl gehabt haben, „intellektuell“ ins Wien der 1920er Jahre zurück gekehrt zu sein. Allerdings war *Silving* – inzwischen Mitte dreißig – nicht mehr das „kleine Mädchen“ von damals, das *Kelsen* bedingungslos anhimmelte, sondern hatte zwischenzeitlich unterschiedliche „Schulen“ kennengelernt und so auch ihren rechtsphilosophischen Horizont beträchtlich erweitert. Durch ihre Kontakte zu *Friedrich Waismann* und *Moritz Schlick* war sie dem Einfluss *Kelsens* bereits 1928 „entglitten“ und so zu einer eigenständigen Denkerin geworden. Während *Kelsen* auch in Harvard an seiner Reinen Rechtslehre weiterarbeitete,¹⁹¹⁾ begann *Silving*, die noch in Wien den logischen Empirismus aus erster Hand kennengelernt und Gefallen an ihm gefunden hatte, nach und nach den amerikanischen Rechtsrealismus zu entdecken. Schon während ihrer Zeit als *Kelsens* Assistentin begann sie einige Punkte von *Kelsens* Rechtslehre kritisch zu hinterfragen.¹⁹²⁾ Wie *Silving* bemerkte, dürfte *Kelsen* ihre in manchen Punkten kritischer werdende Haltung gegenüber „seiner“ Rechtslehre nicht entgangen sein,¹⁹³⁾ zumal sie auch in die Entstehung seines Aufsatzes „The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence“¹⁹⁴⁾ eingebunden war und mit ihm immer wieder über verschiedene Probleme diskutierte.¹⁹⁵⁾ Als Resultat der Diskussionen mit *Hans Kelsen* kann *Silvings* Aufsatz „Analytical Limits of the Pure

¹⁸⁹⁾ Das ergibt sich auch aus dem „Akt“ über *Helen Silving* an der Columbia University Law School, wo sie mit „Am 1. Juli 1942 zugelassen“ aufscheint, allerdings dem Zulassungsvermerk keine Kopie über eine „Aufnahmeprüfung“ oder ähnliches beiliegt.

¹⁹⁰⁾ Transcript of records *Helen Silving*, Archival Collection der Columbia University, Columbia University.

¹⁹¹⁾ Im November 1941 begann er mit seinen Arbeiten an der „General Theory of Law and State“. In „General Theory of Law and State“ (1944) versuchte *Kelsen*, die wesentlichen Erkenntnisse seiner Allgemeinen Staatslehre (1925) und seiner Reinen Rechtslehre (1934) zusammenzuführen und einem amerikanischen Publikum zugänglich zu machen.

¹⁹²⁾ *Silving*, Memoirs 274.

¹⁹³⁾ *Silving*, Memoirs 274.

¹⁹⁴⁾ *Kelsen*, The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence, in: Harvard Law Review 55 (1941) 44–70. In *Kelsens* Aufsatz geht es um die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen seiner Reinen Rechtslehre und *John Austins* „Analytical Jurisprudence“, die in den USA heftig wegen ihrem „Formalismus“ kritisiert wurde. Vor allem *Lon L. Fuller* warf *Kelsen* vor, die „analytical jurisprudence“ fortzuführen und mit seinem Formalismus den Rechtspositivismus, dem *Fuller* auch die Schuld an den Gräueltaten der Nationalsozialisten gab, auf den Höhepunkt zu treiben. (*Fuller*, The Law in quest of itself, 43-97) In diesem Sinne kann *Kelsens* Aufsatz auch als eine Verteidigung seiner Rechtslehre gegen die Vorwürfe *Lon Fullers* verstanden werden.)

¹⁹⁵⁾ *Silving*, Memoirs 275.

Theory of Law¹⁹⁶) verstanden werden. Wie schwer es ihr auf zwischenmenschlicher Ebene fiel, *Kelsen* zu kritisieren, geht deutlich aus ihren Memoiren hervor: *Kelsen* hatte sie weit darüber hinaus, wie es zwischen Schülern und Lehrern üblich war, gefördert, schreibt sie, und so sah sie sich „moralisch verpflichtet“, ihm [*Kelsen*] vorab den Entwurf ihres Aufsatzes zu zeigen und ihn zu fragen, ob er Einwände gegen eine Veröffentlichung habe.¹⁹⁷) *Kelsen* verneinte dies nicht nur, sondern kontaktierte auch *Roscoe Pounds* einstigen Schüler und Vertrauten *Paul Sayre*¹⁹⁸), der zu jenen Zeitpunkt die *Iowa Law Review* herausgab, und empfahl ihm *Silvings* Aufsatz zu veröffentlichen.

Dass *Kelsen* dafür gerade einen Anhänger der „sociological jurisprudence“ kontaktierte, dürfte kein Zufall gewesen sein, denn immerhin war *Sayres* Kritik¹⁹⁹) an *Kelsens* Rechtslehre in einigen Punkten mit jener *Silvings* eng verwandt: Sowohl *Silvings* als auch *Sayres* Kritik basierte auf dem Vorwurf, dass die Reine Rechtslehre gar nicht so „rein“ sei, wie sie es von sich behauptete, zumal sie die Wirksamkeit als Bedingung für die Geltung betrachtete. Was die Beziehung zwischen Rechts- und Naturwissenschaften betrifft, so hätte das Recht *Kelsen* zufolge eine „von der Natur befreite Existenz“, ein von der Natur unabhängiges, verschiedenes Dasein, schreibt *Silving* dazu am Beginn ihres Aufsatzes. Diese eigenständige Existenz des Rechts, die *Kelsen* als „Geltung“ bezeichnet, sei aber lediglich eine Metapher, lasse man diese weg, bedeute es nichts anderes als einen logisch-grammatischen Zusammenhang in einem Satz, ein Zusammenhang zum Zweck der Beschreibung, führt *Silving* dazu weiter aus. Dieser Zusammenhang, der *Kelsen* zufolge im Falle der Naturwissenschaft und damit auch bei den Aussagen über die Wirksamkeit ein „ist“ und im Falle der Gültigkeit ein „soll“ sei, stelle die größte Schwachstelle in *Kelsens* Rechtslehre dar.²⁰⁰) Das Hauptproblem an *Kelsens* Versuch, die Rechtswissenschaften „rein“ und „wertfrei“ zu beschreiben, bestehe ihres Erachtens schon allein darin, dass keine Wissenschaft rein deskriptiv sei und in gewisser Weise jede Beschreibung eine Interpretation, die auf bestimmten willkürlichen Annahmen basiere, beinhalte. Denn bei der Verfolgung einer deskriptiven Rechtswissenschaft seien nicht nur eine, sondern zwei Arten der Interpretation erforderlich: Zuerst müsse der Soziologe die Wirksamkeit feststellen und erst danach könne der Jurist die Gültigkeit durch eine spezifische, juristische Auslegung, die andere Annahmen erfordere, untersuchen. Während der Begriff der Wirksamkeit dabei unvermeidbar sei, könne man dies vom Begriff der Geltung nicht gerade behaupten, folgert sie und setzt damit ihre Kritik an *Kelsens* Begriff der „Geltung“ fort: Demnach vergesse *Kelsen* in seiner Reinen Rechtslehre darauf, dass das „Sollen“ nicht nur der „Sinn des Gesetzes“, wie er von einem Gesetzgeber in einer Rechtsnorm

¹⁹⁶) *Silving*, Analytical Limits.

¹⁹⁷) *Silving*, Memoirs 275.

¹⁹⁸) *Paul L. Sayre* ein Schüler *Roscoe Pounds*, hatte in Harvard Rechtswissenschaften studiert und ab 1930 Professor am University of Iowa College of Law, wo er die Zeitschrift *Iowa Law Review* herausgab

¹⁹⁹) Siehe dazu auch: *Paul Sayre*, Book review: Hans Kelsens „General Theory of Law and State“, in: *Harvard Law Review* 59 (1946) 1184–1189.

²⁰⁰) *Silving*, Analytical Limits 2ff.

ausgedrückt wird, sondern vielmehr eine Schlussfolgerung aus einer sozialen Tatsache, der Wirksamkeit dieser Rechtsnorm, sei. Dies führe *Silving* zufolge zwangsläufig zur Frage, ob das gültige Recht formal identisch mit dem vom Gesetzgeber verkündeten Recht sei. Die Antwort darauf sei, dass das Denkmuster des Juristen nicht die Norm, wie sie vom Gesetz verkündet wird, sondern eine aus der Tatsache der Wirksamkeit konstruierte Norm ist.²⁰¹⁾ Die Rechtswissenschaft sage etwas anderes über die Gültigkeit aus als über die Wirksamkeit; die Aussagen über die Gültigkeit seien weder wahr noch falsch. Sie beruhen in gewisser Weise auf überprüfbaren Aussagen, sind aber selbst nicht überprüfbar. In diesem Sinne könnte man sagen, dass die Annahme von Gültigkeit für die wissenschaftliche Erkenntnis des Gesetzes nicht notwendig ist, so *Silving*.²⁰²⁾

Auch *Kelsens* Grundnorm und die Sein-Sollen-Dichotomie kritisiert *Silving*: Die Reine Rechtstheorie behaupte, das „Sollen“ bezeichne nichts Anderes als einen vom „Ist“ verschiedenen Zusammenhang, für *Kelsen* sei das „Sollen“ demnach nichts weiter als die spezifische Verbindung von Delikt und Sanktion, im Unterschied zum „Ist“, der spezifischen Verbindung von Ursache und Wirkung. Die Einheit der Erkenntnis, ein erkenntnistheoretisches Postulat, sei aber im Falle der Rechtswissenschaften bzw. des Rechts immer zugleich ein ethisch-politisches Postulat, argumentiert *Silving* ganz im Sinne von *Felix Cohen*, was schon allein daran liege, dass das Recht eine ethisch-politische Einheit sei.²⁰³⁾ Die Reine Rechtslehre sei sohin mehr als implizit politisch, denn die gesamte Reine Rechtslehre baue auf der „Grundnorm“, dem vermeintlichen Axiom der Rechtswissenschaft, auf. Dass diese Grundnorm nicht ganz analog zu den Axiomen der Naturwissenschaft als Mittel einer bloßen Naturerkenntnis sei, zeige sich schon alleine daran, dass ihre Annahme neben der Rechtserkenntnis auch die Rechtsanerkennung beinhalte und erstere ohne letztere unmöglich sei, meint sie.²⁰⁴⁾ *Silving* betrachtet die allgemeine Annahme und Anerkennung von *Kelsens* Grundnorm als eine Art „Gesellschaftsvertrag des zwanzigsten Jahrhunderts“. ²⁰⁵⁾ Indem *Kelsen* die „Akzeptanz“ der Grundnorm an die Spitze der „Gesetzespyramide“ stellt, lasse er jedes Individuum ideologisch an der Regierung teilnehmen. Indem er die Rechtserkenntnis nur unter dieser demokratischen Voraussetzung ermöglicht, erweise sich *Kelsens* Rechtstheorie als demokratischer als seine philosophische Theorie der Demokratie, folgert *Silving*.²⁰⁶⁾ und schließt ihren Beitrag mit den Worten: „Ob nun ‚rein‘ im Sinne von politisch oder nicht, *Kelsens* Reine Rechtslehre ist in erster Linie ein bedeutender kultureller Faktor, deren kulturelle Bedeutung allen voran in ihrem konstruktiven Charakter liegt.“²⁰⁷⁾

²⁰¹⁾ *Silving*, Analytical Limits 6.

²⁰²⁾ *Silving*, Analytical Limits 7.

²⁰³⁾ *Silving*, Analytical Limits 8.

²⁰⁴⁾ *Silving*, Analytical Limits 9.

²⁰⁵⁾ *Silving*, Analytical Limits 9.

²⁰⁶⁾ *Silving*, Analytical Limits 10.

²⁰⁷⁾ *Silving*, Analytical Limits 13

Für den Herausgeber der Iowa Law Review *Paul Sayre* dürfte *Silvings* Aufsatz „Balsam für die Seele“ gewesen sein, denn *Silving* – eine erklärte *Kelsen*-Schülerin – teilte einige der Vorbehalte die auch er, ein Anhänger der „sociological jurisprudence“, gegen die Reine Rechtslehre vorbrachte.²⁰⁸⁾ *Silving* hatte einen neuen Bewunderer und Förderer gefunden, der für ihren weiteren Karriereverlauf, ähnlich wie davor *Kelsen* und *Fuller*, eine wichtige Rolle spielen sollte: Bereits kurz nach Veröffentlichung ihres Aufsatzes über die Grenzen der Reinen Rechtslehre bat *Sayre Silving* neuerlich einen Beitrag über die „Ehescheidung ohne Verschulden“²⁰⁹⁾ für „seine“ Zeitschrift zu verfassen und als *Sayre* 1947 zum 75. Geburtstag seines Mentors *Roscoe Pound* eine Festschrift²¹⁰⁾ herausgab, war es niemand anderes als *Helen Silving*, die – neben den wohl bedeutendsten Rechtsphilosophen der damaligen Zeit – einen Aufsatz²¹¹⁾ darin veröffentlichten sollte.

Silvings Beitrag für die Festschrift Pound „*Law and fact in the light of the Pure Theory of Law*“ stellt jene Ruptur in *Silvings* rechtsphilosophischen Werk dar, die sich bereits in ihrem Aufsatz über die „analytischen Grenzen der Reinen Rechtslehre“ aus dem Jahre 1942 angekündigt hatte. Wenn nicht bereits ab 1942, so kann man jedenfalls ab dem Verfassen von *Silvings* Beitrag für die Festschrift Pound ihre Rechtsauffassung keineswegs mehr als „kelsenianisch“ bezeichnen.²¹²⁾ Was *Silving* aber zweifellos von *Kelsen* übernommen hatte und woran sie auch festhalten sollte war die „Denkstruktur“, die Art und Weise sich einer juristischen Problemstellung anzunähern und diese zu behandeln.

In den 50er Jahren relativiert *Silving* in ihrem Aufsatz „The Twilight Zone of Positive and Natural Law“²¹³⁾ auch die Unterscheidung zwischen positivem Recht und Naturrecht²¹⁴⁾) und begründete – wohl in Anlehnung an *Roscoe*

²⁰⁸⁾ *Paul L. Sayre*, Book review: Hans Kelsens „General Theory of Law and State“, in: *Harvard Law Review* 59 (1946) 1184–1189.

²⁰⁹⁾ *Helen Silving*, Divorce without Fault, in: *Iowa Law Review* 29, 4 (1943) 527–557.

²¹⁰⁾ *Paul L. Sayre* (Hg.), *Interpretations of modern legal philosophies – Essays in Honor of Roscoe Pound* (New York 1947).

²¹¹⁾ *Helen Silving*, *Law and fact in the light of the Pure Theory of Law*, in: *Paul Sayre* (Hg.), *Interpretations of modern legal philosophies – Essays in Honor of Roscoe Pound* (New York 1947) 642–667.

²¹²⁾ Inwiefern *Helen Silving* überhaupt als „Kelsenianerin“ (siehe dazu *Paz*, A forgotten Kelsenian?) bezeichnet werden kann, ist äußerst fraglich: Wie dargelegt, hegte *Silving* bereits ab der Fertigstellung ihrer Dissertationsschrift im Jahre 1928 große Sympathie für den logischen Empirismus, in ihrer ersten Publikation (*Silving*, *Law and fact in the light of the Pure Theory of Law*) aus dem Jahre 1942 kritisiert sie wesentliche Punkte von *Kelsens* Reiner Rechtslehre offen und entfernte sich von da an immer weiter von *Kelsens* Reiner Rechtslehre. Zweifellos waren *Silving* und *Kelsen* einander lebenslang freundschaftlich verbunden, doch waren es im Endeffekt nur zwei Jahre (1926–1928), in denen sich – damals wohlbemerkt noch als Studentin – vorbehaltlos zu *Kelsens* Rechtslehre bekannte.

²¹³⁾ *Silving*, *The Twilight Zone* 477–513.

²¹⁴⁾ *Silving* zufolge seien positives Recht und Naturrecht ‘co-existent’ und würde das eine Voraussetzung für das andere sein. Zu *Kelsens* Rechtslehre führt sie aus: „...[w]hile I do not accept Professor Kelsen’s essential postulate that only ‘positive

*Pounds*²¹⁵) Konzeption eines “positive natural law” als Gegenbegriff zu einem „natural natural law“ ihre Lehre von einem “positive natural law”.²¹⁶ In ihren rechtstheoretischen Arbeiten aus den 60er Jahren geht *Silving* dann sogar so weit, *Kelsen* vorzuwerfen, dass er über die Relativität ein metaphysisches Element in seine Rechtslehre einführe.²¹⁷)

Die sukzessive Annäherung Helen *Silvings* an die amerikanischen Rechtsrealisten, allen voran an die Rechtslehre *Jerome Franks* mit dem sie seit den späten 1940er Jahren eine enge Freundschaft verband, an die “sociological jurisprudence“ von der sie Synthese von positivem Recht und Naturrecht übernommen zu haben scheint und schließlich an eine an das Rechtsdenken *Gustav Radbruchs* erinnernde Naturrechtslehre²¹⁸ tat der persönlichen Freundschaft zwischen *Silving* und *Hans Kelsen* zu keinem Zeitpunkt einen Abbruch: Als *Kelsen* 1956 eine Professur an der University of Puerto Rico angeboten bekam (und ablehnte), empfahl er seine einstige Schülerin *Helen Silving* dem Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät.²¹⁹) So wurde *Silving* im Alter von fünfzig Jahren 1956 als Ordinaria an die Universität von Puerto Rico berufen, wo sie über zwanzig Jahre lang Strafrecht lehren sollte.

III. Schlussbetrachtung

Kehren wir nun zur sich aus der Titelei der vorliegenden Abhandlung ergebenden Frage zurück, ob und wenn ja, inwiefern die weiblichen Mitglieder der Wiener Rechtstheoretischen Schule tatsächlich zur Entwicklung von *Kelsens* Rechts- und Demokratietheorie beitrugen:

Die Frage lässt sich nur gesondert für jede einzelne unserer Protagonistinnen beantworten, vorweg sei aber angemerkt, dass ein fulminanter Beitrag der Wiener *Kelsen*-Schülerinnen zur Entwicklung der Reinen Rechtslehre, wie ihn etwa *Alfred Verdross* auf dem Gebiet des Völkerrechts oder *Adolf Merkl*, dem wir die Stufenbautheorie verdanken, geleistet haben, nicht nachgewiesen werden konnte. Trotzdem ist der Beitrag der Wiener *Kelsen*-Schülerinnen zu *Kelsens* Rechts- und Demokratietheorie nicht gering zu schätzen: So scheint gerade *Elisabeth Ephrussi* mit ihrer Kritik an Merkls Interpretationslehre *Hans Kelsen* den einen oder anderen Denkanstoß gegeben zu haben, als er die Interpretationslehre seiner Reinen Rechtslehre hinzufügte. *Margit Kraft-Fuchs* und

law” should be described as ‘law’ – a postulate that Kelsen admits to be arbitrary – I believe that his theory is the only one susceptible of delimiting the areas of ‘positive’ and ‘natural’ law and thus describing the nature of the conflict between the two laws“ (*Silving*, *The Twilight Zone*, 47).

²¹⁵) *Pound*, “Natural Natural Law and Positive Natural Law”, in: 5 *Natural Law Forum* (1960)70-82. Bereits 1951 veröffentlichte *Pound* unter demselben Titel eine Vorversion dieses Beitrags.

²¹⁶) *Silving*, “Positive Natural Law” in: 26 *Natural Law Forum* (1958) 24-43.

²¹⁷) *Silving*, „Guilt“, 11–40; *Silving*, *Value of Kelsenism*, 297–306.

²¹⁸ Siehe dazu auch: *Gassner*. Helen *Silving* und ihr Dilemma zwischen Recht und Moral in: *Kirste/Albrecht*, *Rechtsphilosophinnen* (im Druck).

²¹⁹) *Silving*, *Memoirs* 399.

Gisela Rohatyn haben *Kelsens* Reine Rechtslehre wirkungsvoll gegen Angriffe von außen verteidigt und die Schwachstellen anderer Rechtslehren, wie jener *Carl Schmitts*, aufgezeigt. Was *Helen Silving* betrifft, so vermutet etwa *Marion Röwekamp*²²⁰), es seien die täglichen Gespräche mit *Silving* in Harvard gewesen, die *Kelsen* letztendlich dazu bewogen hätten, in der zweiten Auflage der Reinen Rechtslehre seine Ansicht zum Verhältnis zwischen Rechtserkenntnis und Rechtsanerkennung zu ändern. Meines Erachtens gibt es dafür keine stichhaltigen Beweise, denn wären die Gespräche mit *Silving* in Harvard tatsächlich ausschlaggebend dafür gewesen, hätte er wohl bereits 1945 in der *General Theory of Law and State* seine Meinung revidiert. *Silvings* Verdienst hinsichtlich *Kelsens* Reiner Rechtslehre ist vielmehr anderwärtig zu suchen: Als *Kelsen* 1956 eine Professur an der University of Puerto Rico angeboten bekam (und ablehnte), empfahl er seine einstige Schülerin *Helen Silving* dem damaligen Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät.²²¹) So wurde *Silving* im Alter von fünfzig Jahren 1956 an die Universität von Puerto Rico berufen, wo sie über zwanzig Jahre lang zwar primär Strafrecht unterrichtete, aber auch immer wieder Rechtsphilosophie lehrte. Auf diese Weise brachte *Silving*, die *Kelsens* Rechtslehre wie kaum ein anderer Rechtsgelehrter von der Pike auf und aus erster Hand kannte,²²²) einem puerto-ricanischen Publikum näher. Auch als sie 1958/59 im Rahmen einer von der Rockefeller Foundation geförderten Gastprofessur in Yale lehrte, wurde sie dort als „Botin“ der Reinen Rechtslehre tätig. Dem aber nicht genug: Seit 1957 mit dem südkoreanischen Rechtswissenschaftler *Paul Ryu* verheiratet, unterrichtete *Silving* wiederholt an der Seoul Nationaluniversität und wurde so auch in Südkorea zum Sprachrohr der Reinen Rechtslehre.

Anders als viele andere vermeintliche „Anhänger“ von *Kelsens* Reiner Rechtslehre – man denke hier beispielsweise an den Argentinier *Carlos Cossio*²²³) – versuchte *Silving* die Reine Rechtslehre nie im Sinne ihrer Kritik weiterzuentwickeln oder anzupassen, sondern war stets bemüht, die Reine Rechtslehre in ihrer „reinsten“ Form, so wie sie sie einst in Wien bei *Kelsen* selbst kennen und lieben gelernt hatte, ihren Studenten zu vermitteln, auch wenn sie sich selbst von *Kelsens* Reiner Rechtslehre entfernt hatte. Genau in ihrer Funktion als Botin und Vermittlerin von *Kelsens* Reiner Rechtslehre ist meines Erachtens auch der eigentliche Verdienst *Silvings* im Hinblick auf die Reine Rechtslehre gelegen, ein Verdienst, der bereits zu ihren Lebzeiten viel zu wenig gewürdigt wurde und heute, dreißig Jahre nach ihrem Tod, nahezu vollständig in Vergessenheit geraten ist.

²²⁰) *Röwekamp*, *Helen Silving* 495.

²²¹) *Silving*, *Memoirs* 399.

²²²) Vgl. auch *Silvings* Buchbesprechung der 2. Auflage der Reinen Rechtslehre in: *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico* (1963) 115–118.

²²³) Siehe dazu auch: *Gassner-Olechowski*, „Egologische Rechtslehre versus Reine Rechtslehre. Cossio versus Kelsen“, in: *Rechtstheorie* 44 (2013) 139–156.

Literatur

- Eckhart *Arnold*, Eric Voegelin, in: Robert *Walter* / Clemens *Jabloner* / Klaus *Zeleny* (Hrsg), Der Kreis um Hans Kelsen (=Schriftenreihe des HKI 30, Wien 2008) 513–553.
- Steven *Beller*, Vienna and the Jews: A cultural history (Cambridge 1989).
- Gerhard *Donhauser*, Julius Kraft, in: Robert *Walter* / Clemens *Jabloner* / Klaus *Zeleny* (Hrsg), Der Kreis um Hans Kelsen (=Schriftenreihe des HKI 30, Wien 2008) 217–226.
- Wolfgang *Ebner*, Gisela Rohatyn, in: Robert *Walter* / Clemens *Jabloner* / Klaus *Zeleny* (Hrsg), Der Kreis um Hans Kelsen (= Schriftenreihe des HKI 30, Wien 2008) 395–400.
- William *Ebenstein*, Die Rechtsphilosophische Schule der Reinen Rechtslehre (Prag 1938).
- Tamara *Ehs*, Erziehung zur Demokratie: Hans Kelsen als Volksbildner, in: Clemens *Jabloner* / Thomas *Olechowski* / Klaus *Zeleny* (Hrsg), Hans Kelsen: Leben–Werk–Wirksamkeit (=Schriftenreihe des HKI 32, Wien 2009) 81–95.
- Tamara *Ehs*, Die Staatswissenschaften: Historische Fakten zum Thema „Billigdoktorate“ und „Frauen- und Ausländerstudien“, in: *Zeitgeschichte* 37, 4 (2010) 238–256.
- Charles *Eisenmann*, Die Theorie von der „délégation législative“, in: *ZÖR* 11 (1931) 334–353.
- Elisabeth *Ephrussi*, Interpretation und Analogie, in: *ZÖR* 4 (1925) 132–159.
- Elisabeth *Ephrussi*, Demokratie in Amerika, in: *Zeitschrift für Politik* 17 (1928) 296–308.
- Ludwik *Fleck*, Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache (Frankfurt 1980).
- Lon L. *Fuller*, The Law in quest of itself (Cambridge 1940).
- Miriam *Gassner*, Vienna in the „Golden 20s“ – How two different „Viennese Circles“ shaped Alf Ross’ legal thinking, in: Brathagen / Ikonomou / Rasmussen (Hrsg) Nordic jurists and International Law & Politics, 1880s–1970s (Routledge 2025) (im Druck)
- Miriam *Gassner*, Der Kreis um Hans Kelsen in Südamerika – oder wie die Reine Rechtslehre an den Rio de La Plata gelangte, in: *BRGÖ* 4 (2014) 64–83.
- Miriam *Gassner*, Buchbesprechung: Robert *Schuett*, Hans Kelsen’s Political Realism (Edinburgh University Press 2021) in: *Heidelberg Journal of International Law (ZaöRV)* 83 (2023) 355–359.
- Miriam *Gassner*/Thomas *Olechowski*, „Egologische Rechtslehre versus Reine Rechtslehre. Cossio versus Kelsen“, in: *Rechtstheorie* 44 (2013) 139–156.
- Deborah *Holmes*, Langeweile ist Gift. Das Leben der Eugenie Schwarzwald (St. Pölten 2012).
- Deborah *Holmes*, Die Schwarzwaldschule und Hans Kelsen, in: Clemens *Jabloner* / Thomas *Olechowski* / Klaus *Zeleny* (Hrsg), Hans Kelsen: Leben–Werk–Wirksamkeit (=Schriftenreihe des HKI 32, Wien 2009) 97–109.
- Adelheid *Hamacher-Hermes*, Rose Rand: A Woman in Logic, in: Friedrich Stadler (Hrsg), The Vienna Circle and Logical Empiricism. Re–Evaluation and Future Perspectives (Dordrecht/Boston/London 2003) 365–380.
- Barna *Horvath*, Gerechtigkeit und Wahrheit, in: *IZTHR* 4 (1929/30) 1–54.
- Hugo *Huppert*, Die angelehnte Tür. Bericht von einer Jugend (Halle 1976).
- Clemens *Jabloner*, Frühe Autorinnen der Zeitschrift für öffentliches Recht, in: *ZÖR* 2014 637–654.

- Matthias *Jestaedt*, „Kelsens Zeitschrift“. Die Reine Rechtslehre im Spiegel der Zeitschrift für öffentliches Recht, in: ZÖR (2014) 655–683.
- Matthias *Jestaedt* (Hrsg), Veröffentlichte Schriften 1911–1917 (=Hans Kelsen Werke 3) (Tübingen 2010).
- Matthias *Jestaedt* (Hrsg), Veröffentlichte Schriften 1905–1910 und Selbstzeugnisse (=Hans Kelsen Werke 1) (Tübingen 2007).
- Herbert *Kalb*, Edmund Bernatzik (1854–1919), in: Peter Häberle, Michael Kilian, Heinrich Wolff (Hrsg), Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts. Deutschland, Österreich, Schweiz² (Berlin/Boston 2018) 89–105.
- Jörg *Kammerhofer*, Josef Kunz in: Robert *Walter* / Clemens *Jabloner* / Klaus *Zeleny* (Hrsg) Der Kreis um Hans Kelsen (= Schriftenreihe des HKI 30, Wien 2008) 243–259.
- Hans *Kelsen*, Politische Weltanschauung und Erziehung in: Veröffentlichte Schriften 1911–1917 (=Hans Kelsen Werke 3) (Tübingen 2010) 112–146.
- Hans *Kelsen*, Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre, in: Juristische Wochenschrift (1929) 1723–1742.
- Hans *Kelsen*, Selbstzeugnis, in: Matthias *Jestaedt* (Hrsg), Veröffentlichte Schriften 1905–1910 und Selbstzeugnisse (=Hans Kelsen Werke 1) (Tübingen 2007) [Sonderdruck].
- Hans *Kelsen*, The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence, in: Harvard Law Review Vol. 55 (1941) 44–70.
- Hans *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie (Wiederabdruck in: Matthias *Jestaedt* / Oliver *Lepsius*, Verteidigung der Demokratie, 229–237).
- Hans *Kelsen*, Allgemeine Staatsrechtslehre (Wiederabdruck in: Matthias *Jestaedt* / Oliver *Lepsius*, Verteidigung der Demokratie) 34–115.
- Janka *Kormos*, Tensions and Flows in the Life & Work of Judith S. Kestenber (in print).
- Margit *Kraft-Fuchs*, Prinzipielle Bemerkungen zu Carl Schmitts Verfassungslehre, in: ZÖR 9 (1930) 511–554.
- Margit *Kraft-Fuchs*, Kelsens Staatssoziologie und die Soziologie des Staates, in: ZÖR 11 (1931) 402–415.
- Axel Johannes *Korb*, Kelsens Kritiker (Tübingen 2010).
- Adolf *Merkl*, Zum Interpretationsproblem, in: Klecatsky/Marcic/Schambeck (Hrsg) Die Wiener rechtstheoretische Schule² (2010) 867–.
- Rudolf A. *Metall*, Hans Kelsen (Wien 1969).
- Thomas *Olechowski*, Hans Kelsen – Biographie eines Rechtswissenschaftlers (Tübingen 2021).
- Thomas *Olechowski* / Tamara *Ehs* / Kamila *Staudigl-Ciechowicz*, Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1918–1938 (= Schriften des Archivs der Universität Wien 20, Göttingen 2014).
- Robert *van Ooyen*, Totalitarismustheorie gegen Kelsen und Schmitt. Eric Voegelins „politische Religionen“ als Kritik an Rechtspositivismus und politischer Theologie, in: Zeitschrift für Politik 1 (2002) 56–82.
- Reut *Yael Paz*, A forgotten Kelsenian? The story of Helen Silving-Ryu (1906–1993) in: EJIL 25, 4 (2014) 1123–1146.
- Roscoe *Pound*, „Natural Natural Law and Positive Natural Law“, in: 5 Natural law Forum (1960).
- Otto *Pfersmann*, Charles Eisenmann in: Robert *Walter* / Clemens *Jabloner* / Klaus *Zeleny* (Hrsg) Der Kreis um Hans Kelsen (= Schriftenreihe des Hans Kelsen Instituts 30, Wien 2008) 75–113.
- Rose *Rand*, Logik der Forderungssätze, in: Revue international de la theorie du droit 1 (1939) 308–322.

- Marion *Röwekamp*, Helen Silving, in: Robert Walter / Clemens Jabloner / Klaus Zeleny (Hrsg) *Der Kreis um Hans Kelsen* (= Schriftenreihe des Hans Kelsen Instituts 30, Wien 2008) 487–504.
- Gisela *Rohatyn*, Das Naturrecht des Stärkeren. Kritische Bemerkungen zu Horvaths „Idee der Gerechtigkeit“, in: *ZÖR* 8 (1929) 593–.
- Gisela *Rohatyn*, Rechtsstaat und Polizeistaat als historische Typen in: *ZÖR* 11 (1931) 429–436.
- Gisela *Rohatyn*, La responsabilité en ses rapports avec les différents formes de gouvernement in: *Revue internationale de la théorie du droit* 6 (1931/32) 243–258.
- Gisela *Rohatyn*, Buchbesprechung: Hans Kelsen: Vom Wesen und Wert der Demokratie“ in: *Zeitschrift für soziales Recht* 1 (1929).
- Paul *Sayre*, Book review: Hans Kelsens „General Theory of Law and State“, in: *Harvard Law Review* Vol. 59 (1946) 1184–1189.
- Barbara *Sauer* / Ilse *Reiter-Zatloukal*, *Advokaten 1938: Das Schicksal der in den Jahren 1938 bis 1945 verfolgten österreichischen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte* (Wien 2010).
- Frederik *Schauer*, Kelsen and Fuller, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 163 (2020), 309–318.
- Jan *Schröder*, Elisabeth Ephrussi – die erste Hermeneutikerin, in: Luigi *Cataldi Madona* (Hg), *Naturalistische Hermeneutik* (Würzburg 2013) 93–112.
- Henda *Silberpfennig*, *Idealistische und Realistische Staatsrechtslehre* (Wien 1928).
- Helen *Silving*, Helen Silving Memoirs (New York 1988).
- Helen *Silving*, Analytical Limits of the Pure Theory of Law, in: *Iowa Law Review* (1942) 1–13.
- Helen *Silving*, Law and Fact in the Light of the Pure Theory of Law. in: Paul *Sayre* (Hg), *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honor of Roscoe Pound*, (New York 1947) 642–667.
- Helen *Silving*, The Twilight Zone of Positive and Natural Law, in: *California Law Review* 43, 3 (1955) 477–513.
- Helen *Silving*, Does Democratic Government Imply Propaganda or Education? in: *Harvard Educational Review* 13 (1943) 140–148.
- Helen *Silving*, In re Eichmann: A Dilemma of Law and Morality, in: *American Journal of International Law* 55, 2 (1961) 307–358.
- Helen *Silving*, „Guilt“. A Methodological Study In: *Saoul University Law Review* (1963), reprinted in: *Puerto Rico Law Review* (1963) 11–40;
- Helen *Silving*, The Lasting Value of Kelsenism, in: Salo *Engel* (Hrsg) *Law, state and International legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen* (1964) 297–306.
- Ute *Spörg*, Die Zeitschrift für Öffentliches Recht als Medium der Wiener Schule zwischen 1914 und 1944, in: Robert *Walter* / Werner *Ogris* / Thomas *Olechowski*, *Hans Kelsen* (2009) 149–167.
- Michael *Stolleis*, Margit Kraft-Fuchs, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg) *Der Kreis um Hans Kelsen* (=Schriftenreihe des HKI 30) (Wien 2008) 227–241.
- Michael *Stolleis*, Kritikerin von Carl Schmitt: Margit Kraft-Fuchs (1902–1994) in: *ZÖR* Vol. 53 (1998) 107–118.
- William *Twining*, *Karl Llewellyn and the realist movement* (New York 2012).
- Alfred *Verdross*, Selbstdarstellung, in: Nikolaus *Grass* (Hrsg), *Österreichische Rechts- und Staatswissenschaften in Selbstdarstellungen* (Innsbruck 1952) 202–.

- Radiointerview mit Alfred Verdross (gedruckt) in: Robert *Walter* / Clemens *Jabloner* / Klaus *Zeleny* (Hrsg), 30 Jahre Hans Kelsen Institut (= Schriftenreihe des HKI24, Wien 2003) 91–93.
- Günther *Winkler*, Geleitwort, in: Erich *Voegelin*, Der autoritäre Staat. Ein Versuch über das österreichische Staatsproblem (1936), Wiederabdruck in: Günther *Winkler* (Hg), Der autoritäre Staat. Ein Versuch über das österreichische Staatsproblem (= Forschungen aus Staat und Recht 119, Wien 1997) V–XXXII.
- Margit *Wolfsberger*, Schwarzwald, Eugenie, in: Brigitta *Keintzel* / Ilse *Korotin* (Hrsg), Wissenschaftlerinnen in und aus Österreich. Leben – Werk – Wirken (Wien/Köln/Weimar 2002) 671–674.
- Klaus *Zeleny*, Die Wickenburggasse 23: das Zentrum der „Wiener Schule“, in: Ausstellungskatalog des Bezirksmuseums Josefstadt (2009).
- Sascha *Ziemann*, Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, in: *Rechtstheorie*. 38 (2007) 169–195.

Thomas Olechowski, Wien

Der „katholische Flügel der Hans Kelsen-Schule“¹⁾

Einleitung

Gibt es so etwas wie „Flügel“ in der *Hans Kelsen*-Schule? Und wenn ja: ist es gerechtfertigt, von einem „katholischen“ und einem „nichtkatholischen“ Flügel zu sprechen, kann die persönliche Religiosität einen Einfluss auf die Art und Weise, wie Reine Rechtslehre betrieben wird, haben? Wenn ja, hätte dies fatale Auswirkungen auf das Selbstverständnis der Reinen Rechtslehre, eine Lehre, die niemals Wertnihilismus, wohl aber stets Wertrelativismus gepredigt hat²⁾ und daher für alle Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen unabhängig von ihrer Religion oder Weltanschauung gleichermaßen zugänglich sein sollte. 1934 schreibt *Hans Kelsen* im Vorwort zur ersten Auflage der Reinen Rechtslehre über seine Kritiker, dass diese der Reinen Rechtslehre oftmals vorwerfen, gar nicht so „rein“ zu sein, wie sie behauptete, sondern „selbst nur der Ausdruck einer bestimmten politischen Werthaltung“ zu sein. „Aber welcher? Faschisten erklären sie für demokratischen Liberalismus, liberale oder sozialistische Demokraten halten sie für einen Schrittmacher des Faschismus.“ Und nach weiteren Aufzählungen berichtet *Kelsen*, dass manche Kritiker sogar glauben, der Geist der Reinen Rechtslehre sei „der katholischen Scholastik verwandt, andere wieder glauben, in ihr die charakteristischen Merkmale einer protestantischen Staats- und Rechtslehre zu erkennen. Und auch solche fehlen nicht, die sie als atheistisch brandmarken möchten. Kurz, es gibt überhaupt keine politische Richtung, deren man die Reine Rechtslehre noch nicht verdächtigt hätte. Aber das gerade beweist besser, als sie selbst es könnte: ihre Reinheit.“³⁾

Rund dreißig Jahre später veröffentlichten *Hans R. Klecatsky*, *René Marcic* und *Herbert Schambeck* – alle drei bekennende Katholiken – eine zweibändige

¹⁾ Ich danke herzlich Herrn Univ.-Prof. Dr. *Reinhold Knoll* für wertvolle Auskünfte zu seinem Vater *August M. Knoll*, sowie Herrn KR *Freimut Dobretsberger* und Frau Mag. *Birgit Sauerzopf* für ebenso wertvolle Auskünfte zu seinem Onkel bzw. ihrem Großonkel *Josef Dobretsberger*. Mit Bedauern muss ich feststellen, dass ich zwar einmal kurz Gelegenheit hatte, mit *Ernst Florian Winter* (gest 2014) zu sprechen, diese Gelegenheit jedoch versäumte, ein Interview über seinen Vater *Ernst Karl Winter* zu führen.

²⁾ Zu den Ursprüngen des Relativismus in der Rechtsphilosophie vgl. *Beiser*, *German Historicist Tradition* 366.

³⁾ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (1934) XII–XIII. Einige dieser „Anschuldigungen“, leider jedoch nicht die angebliche Nähe der Reinen Rechtslehre zur Scholastik, werden ausführlich dargestellt und mit Literaturzitaten belegt bei *Métall*, *Die politische Befangenheit*. Als 1963 *René Marcic* in seinem Buch „Verfassung und Verfassungsgericht“ behauptete, dass die Reine Rechtslehre auf den Lehren *Thomas ‘ von Aquin* fuße, wurde dies von *Kelsen* zwar verneint, doch bestätigte er „gewisse Übereinstimmungen“ beider Lehren: *Kelsen*, *Professor Marcics Theorie* 271.

Anthologie, „Die Wiener rechtstheoretische Schule“ mit Schriften von *Hans Kelsen*, *Adolf Merkl* und *Alfred Verdross*.⁴⁾ Das sehr kurze Vorwort der Herausgeber bemerkt, dass es diese drei Juristen waren, welche „die Wiener rechtstheoretische Schule begründet“ haben. Von *Kelsen* abgesehen, handelt es sich auch bei den Porträtierten um bekennende Katholiken: *Alfred Verdross*, der zu den allerersten Teilnehmern von *Kelsens* Privatseminar zählte und u.a. wertvolle Beiträge zur Theorie der Grundnorm leistete, ging schon früh methodisch eigene Wege und wandte sich einer materialen Rechtskonzeption auf Basis einer stark vom Thomismus geprägten Rechtsphilosophie zu, damit das wertrelativistische Grundpostulat der Reinen Rechtslehre bewusst missachtend.⁵⁾ *Merkl* dagegen, der Schöpfer der Lehre vom Stufenbau, der von *Kelsen* selbst als Mitbegründer der Reinen Rechtslehre bezeichnet wurde, blieb dieser Lehre zeit seines Lebens treu, was ihn nicht daran hinderte, seinen persönlichen Glauben zu leben, weshalb ihn das NS-Regime auch als einen „fanatischen Katholiken“⁶⁾ bezeichnete und 1938 wohl aufgrund seiner Nähe zum Ständestaat von seinem Lehrstuhl an der Universität Wien entfernte.

Die Beschränkung des Blickes auf *Kelsen*, *Merkl* und *Verdross* ist schon früh kritisiert worden, und zwar von *Rudolf A. Metall*, der 1974 das Buch „33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre“ mit Aufsätzen von 21 weiteren Autor:innen veröffentlichte, die ebenfalls zum „Kreis um *Kelsen*“ gehört hatten, in „notwendige[r] Ergänzung“ zur Aufsatzsammlung von *Klecatsky / Marcic / Schambeck*. Zwölf von ihnen – und noch 16 andere – wurden 2008 im Buch „Der Kreis um *Hans Kelsen*“, herausgegeben von *Robert Walter*, *Clemens Jabloner* und *Klaus Zeleny*, dann auch biographisch skizziert.⁷⁾ Schon dies alleine sollte zeigen, dass es gar nicht so einfach ist, abzugrenzen, wer zur „Wiener rechtstheoretischen Schule“, zur „*Kelsen*-Schule“ oder wie immer man den Kreis um *Kelsen* nennen will, gehört hat. Von Anfang an aber waren bekennende Katholiken im Kreis um *Kelsen*, der selbst nur sieben Jahre, von 1905 bis 1912, formell der katholischen Kirche angehörte und dessen Weltanschauung in der Literatur praktisch einhellig als „agnostisch“ angegeben wird – von ihm selbst gibt es dazu ja kaum eindeutige Stellungnahmen.⁸⁾

⁴⁾ *Klecatsky / Marcic / Schambeck*, Die Wiener rechtstheoretische Schule.

⁵⁾ Dazu *Luf*, Naturrechtsdenken.

⁶⁾ Dies geht aus einem Brief von *Theodor Rittler* an *Adolf Merkl* vom 29. 12. 1942 hervor: Universitätsarchiv Wien, Jur PA Adolf Merkl, 056.

⁷⁾ *Walter / Jabloner / Zeleny*, Kreis um *Kelsen*.

⁸⁾ Vielfach hat *Kelsen* in seinen Schriften Gott mit der Natur gleichgesetzt (und dabei bemerkenswerterweise *Baruch de Spinoza* kein einziges Mal zitiert!); vgl. etwa *Kelsen*, Gott und Staat. Es ist jedoch zweifelhaft, ob *Kelsen* deswegen als Pantheist bezeichnet werden kann; eine Reihe von Äußerungen (etwa *Kelsen*, Staat und Recht 507 = HKW VI, 220 und *Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff 253 Anm 1 = HKW VII, 350) zeigen, dass er Gott als bloße Projektion des Menschen ansah. Wenn *Kelsen*, In eigener Sache 107, den „Stifter der christlichen Religion“ als einen „Heiligen“ – und damit bewusst nicht als Sohn Gottes – bezeichnet (so aber *Kelsen*, Demokratie 38 = HKW VI, 157), kommt dies geradezu einem negativen Credo gleich. *Leser*, Skurrile Begegnungen 118, berichtet, dass *Kelsen* sich ihm gegenüber „als nicht gläubig im Sinne der christlichen Tradition“ bezeichnete, doch gebe es „etwas“, „das uns unbedingt

Um all dies soll es hier aber nicht gehen, auch wenn diese einleitenden Ausführungen notwendig waren, um manches ins rechte Licht zu rücken.⁹⁾ Der Gegenstand der nachstehenden Ausführungen ist wesentlich enger, und der Titel dieses Beitrages ist ein Zitat aus einem Buch des Soziologieprofessors *August Maria Knoll*, der sich darin selbst, sowie auch *Ernst Karl Winter*, *Josef Dobretsberger* und *Ernst Topitsch* zum „katholischen Flügel der Hans Kelsen-Schule“ zählte.¹⁰⁾ Mit Ausnahme eines bei *Métall* abgedruckten Aufsatzes von *Dobretsberger* finden sich diese vier Namen weder in der eben genannten Aufsatzsammlung von *Métall* noch in der Sammlung von Biographien bei *Walter / Jabloner / Zeleny* noch gar bei *Klecatsky / Marcic / Schambeck*. Sie sind weitgehend in Vergessenheit geraten – und sollen hier, zum 50. Todestag des Meisters, wieder etwas ans Licht geholt werden.

Dobretsberger, *Winter* und *Knoll* standen nicht nur mit *Kelsen*, sondern auch untereinander über viele Jahre in vielfältigem Kontakt. Vor allem die beiden zuletzt Genannten können daher nur gemeinsam porträtiert werden, während der etwas abseitsstehende *Dobretsberger* ihnen vorangestellt sei. Der deutlich jüngere *Topitsch*, der *Kelsen* nie persönlich kennenlernte, soll lediglich in einer Coda, gemeinsam mit dem oben nicht genannten *Norbert Leser*, eine kurze Erwähnung finden.

I. Josef Dobretsberger

1. Vom Kelsen-Schüler zum Professor der Nationalökonomie

Was *Josef Dobretsberger* betrifft, so verdient er mehr als viele andere das Prädikat „Kelsen-Schüler“, zumal er – neben *Josef Gaston Kraus*¹¹⁾ und *Erich Voegelin*¹²⁾ – eine von nur drei Personen war, die als „wissenschaftliche Hilfskräfte“ der Universität Wien für *Hans Kelsen* als ihrem formellen Dienstvorgesetzten arbeiteten. Aufgabe dieser wissenschaftlichen Hilfskräfte war vor allem die Unterstützung bei der Abhaltung von Pflichtübungen.¹³⁾ *Dobretsberger* trat seinen Dienst 1927 an und arbeitete, so wie der 1928 hinzukommende *Voegelin*, sowohl für *Kelsen* als auch für *Adolf Menzel*. Letzterer wurde 1928 emeritiert;

angeht“ und „die Stimme einer höheren Wirklichkeit“ sei. Siehe zur Religiosität *Kelsens* auch den Beitrag von *Dreier* in diesem Band; ferner *Englard*, Faszination für Religion 109; *Gross*, Parallelismus 115; *Olechowski*, *Kelsen* 44, 85, 326, 869f, 895.

⁹⁾ Der gegenständliche Beitrag ist daher insbesondere auch *keine* Auseinandersetzung mit *Kelsens* Verhältnis zur katholischen Kirche oder zum politischen Katholizismus; vgl zu letzterem neuestens *Wolkenstein*, *Kelsen*.

¹⁰⁾ *Knoll*, *Katholische Kirche* 113.

¹¹⁾ Nachdem mit BG 24. 7. 1922 BGBl 556 Pflichtübungen eingeführt worden waren, hatte *Adolf Menzel* für sich und *Adolf Menzel* eine wissenschaftliche Hilfskraft beantragt; *Johann Gaston Kraus* wird als „absolvierter Jurist“ bezeichnet, hatte also offenbar die Staatsprüfungen, aber (noch) nicht die Rigorosen bestanden; ansonsten ist nichts von ihm bekannt.

¹²⁾ Vgl. zu ihm ausführlich *Arnold*, *Voegelin*.

¹³⁾ BMfU Z 19038-I/26, in: ÖStA AVA Unterr. allg., Karton 616: Jus Assistenten.

da sein Nachfolger, *Max Layer* aus Graz, einen eigenen Assistenten, *Herbert Kier*,¹⁴⁾ mitbrachte, wurde das Dienstverhältnis mit *Dobretsberger* per 31. Dezember 1928 aufgelöst, während *Voegelin* noch bis 1930 (offenbar ausschließlich) für *Kelsen* arbeitete.¹⁵⁾

Sowohl *Voegelin* als auch *Dobretsberger* waren nicht Doktoren der Rechts-, sondern der Staatswissenschaften, was aber nur auf dem ersten Blick erstaunen mag: Im Gegensatz zum Studium der Rechtswissenschaften erforderte das Studium der Staatswissenschaften eine Dissertation, und beide Male war *Kelsen* einer der beiden Gutachter. Im Falle des am 28. Februar 1903 in Linz geborenen *Dobretsberger* erfolgte die Promotion zum Dr.rer.pol. am 26. Jänner 1926 auf Grundlage einer Arbeit über den „Staatsbegriff der Reinen Rechtslehre als logisches Problem. Ein Lösungsversuch auf phänomenologischer Grundlage“.¹⁶⁾ Sie wurde außer von *Kelsen* auch vom Wirtschaftswissenschaftler *Hans Mayer* begutachtet und von beiden mit „ausgezeichnet“ beurteilt¹⁷⁾ und hatte genau genommen zwei Themen zum Gegenstand: Erstens eine Kritik an der transzendentalen Methode *Kants* samt Lösungsansatz auf Grundlage der phänomenologischen Arbeiten *Max Schelers*; zweitens die Hervorhebung gewisser Parallelen in der Rechtstheorie und in der Wirtschaftstheorie.

Diese beiden Themen waren dann auch Gegenstand je eines von *Dobretsberger* 1927 publizierten Aufsatzes. Diese beiden Veröffentlichungen können als die überarbeitete Fassung der beiden Teile seiner Dissertation angesehen werden. Beim ersten handelt es sich um den Aufsatz „Die Begriffsbestimmung des Rechts in der Phänomenologischen Rechtsphilosophie“, der in der von *Kelsen* herausgegebenen „Zeitschrift für Öffentliches Recht“ (*ZÖR*) erschien. In ihm nahm *Dobretsberger* auf das von *Kelsen* selbst zugegebene Dilemma Bezug, dass zwischen dem Dualismus von Sein und Sollen einerseits und der „nicht abzuweisenden [...] inhaltlichen Beziehung“ zwischen den beiden Systemen andererseits eine Antinomie liege.¹⁸⁾ Seiner Ansicht nach scheitere eine erkenntnistheoretisch orientierte Rechtstheorie am Problem der transzendentalen Deduktion der Kategorien. Aufbauend auf *Scheler* erklärte *Dobretsberger*, dass es sich bei Werten nicht um apriorische Kategorien handeln könne, sondern diese in der phänomenologischen Erfahrung gegeben seien.¹⁹⁾ Der zweite Aufsatz, der kurz danach im „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie“ erschien, hatte „Beziehungen zwischen Rechts- und Wirtschaftstheorie“ zum Gegenstand. Hier zitierte er bereits seinen ersten, in der *ZÖR* erschienenen Aufsatz und sah in ihm einen ersten Ansatz für eine Loslösung vom „extremen Positivismus“. *Dobretsberger* warf dem Rechtspositivismus – auch *Kelsen* – vor, dass dieser nur die

¹⁴⁾ Vgl. zu *Herbert Kier* und seinem Verhältnis zu *Kelsen Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts III, 396 Anm 235; sowie auch den von seinem Sohn Herfried verfassten Aufsatz: *Kier*, Herbert Kier.

¹⁵⁾ BMfU Z 36581-I/26, in: ÖStA AVA Unterr. allg., Karton 616: Jus Assistenten

¹⁶⁾ *Dobretsberger*, Staatsbegriff.

¹⁷⁾ UA Wien, Senat S 304, 179/2, Personalblatt Josef Dobretsberger; UA Wien, J RA St 314.

¹⁸⁾ *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre 19.

¹⁹⁾ *Dobretsberger*, Begriffsbestimmung 248, 257.

Einflüsse des Rechts auf die Wirtschaft, jedoch nicht die wechselseitige Dependenz dargestellt habe.²⁰⁾

Ungeachtet dieser Kritik hatte *Kelsen* in seinem Gutachten geschrieben, dass *Dobretsbergers* Dissertation weit über dem Durchschnitt liege und „zu den größten Erwartungen“ Anlass gebe.²¹⁾ Tatsächlich setzte *Dobretsberger* seine akademische Karriere erfolgreich fort, wandte sich aber immer weiter der Nationalökonomie zu und publizierte noch im selben Jahr 1927 eine rund 160 Seiten starke, „Hans Kelsen in Verehrung“ gewidmete Monographie, „Die Gesetzmäßigkeit in der Wirtschaft“. In dieser betonte er erneut, dass Rechtslehre und Wirtschaftslehre aufs Engste miteinander verknüpft seien und dass die beiden Lehren auf diese Interdependenz eingehen müssen. Sodann bemühte er sich, einige Erkenntnisse der Reinen Rechtslehre für die Nationalökonomie nutzbar zu machen, so etwa *Kelsens* Lehren über das Wesen einer allgemeinen Soziologie oder seine Unterscheidung von Rechtswesens- und Rechtsinhaltsbegriffen.²²⁾

1929 habilitierte sich *Dobretsberger* für die Fächer Volkswirtschaftslehre und Volkswirtschaftspolitik.²³⁾ Seine Habilitationsschrift, die in den von *Kelsen* in Verbindung mit *Friedrich Wieser* und *Othmar Spann* herausgegebenen „Wiener staats- und rechtswissenschaftlichen Studien“ erschien, wo auch viele andere *Kelsen*-Schüler ihre Habilitationsschriften publiziert hatten, hatte die Herausarbeitung der beiden antagonistischen Begriffe „Konkurrenz und Monopol“ zum Gegenstand, wobei beachtenswert ist, dass *Dobretsberger* eine Planwirtschaft an Stelle einer Marktwirtschaft für ein prinzipiell mögliches Konzept ansah.²⁴⁾ Einflüsse von *Kelsens* Rechtsdenken sind in dieser Arbeit nicht mehr feststellbar.

1931 jedoch verfasste *Dobretsberger* für die *Kelsen* zum 50. Geburtstag gewidmete Festschrift seinen wohl bedeutendsten Beitrag zur Reinen Rechtslehre: „Erkenntnistheorie und Naturrecht“. In ihr legte er zunächst dar, dass die Rechtsphilosophie schon seit ca. 1890 „gegen das Naturrecht jeglicher Art“ kämpfe und dass es von allen Rechtspositivisten *Kelsen* „in meisterhafter Kritik der Zweiseiten-Theorien“ am besten gelungen sei, das Naturrecht aus der Erkenntnistheorie zu verbannen. Denn nur aufgrund einer vollkommenen Verschiedenheit von Sein und Sollen sei eine Unabhängigkeit des positiven Rechts von einem „materialen Naturrecht“, das bestimmte „Inhalte des natürlichen, sozialen, ökonomischen Geschehens“ für verbindlich erkläre, möglich.²⁵⁾

²⁰⁾ *Dobretsberger*, Rechts- und Wirtschaftstheorie 579, 586.

²¹⁾ UA Wien, J RA St 656.

²²⁾ *Dobretsberger*, Gesetzmäßigkeit VI, 145.

²³⁾ UA Wien, Senat S 304, 179/2, Personalblatt Josef Dobretsberger; *Binder*, *Dobretsberger* 173.

²⁴⁾ So jedenfalls nach Auffassung des Rezensenten *G. Halm*, in: Zeitschrift für Nationalökonomie 3 (1931) 293–296.

²⁵⁾ *Dobretsberger*, Erkenntnistheorie 1, 5. Mit den „Zweiseitentheorien“ (im Plural) meint er offenbar nicht nur den von *Kelsen* bekämpften Dualismus von Recht und Staat, sondern auch die gleichfalls bekämpften Dualismen von Öffentlichem und Privatrecht sowie von subjektivem und objektivem Recht.

Dennoch enthalte auch die Reine Rechtslehre nach Auffassung *Dobretsbergers* einige „Unzulänglichkeiten“: Er wiederholte zunächst kurz seine schon 1927 angestellten Betrachtungen zur Positivität des Rechts und nannte weiters das Problem der außerrechtlichen „Setzung“ der historisch ersten Verfassung: „Das Abschneiden des Problems in dem Kernpunkt des ‚Anfangs‘ kann als Lösung nicht befriedigen.“²⁶⁾ Das größte Problem aber war für ihn, dass das von *Kelsen* erhobene „Postulat der Einheit der Rechtserzeugung“ letztlich nur eine andere Form des Naturrechts sei: ein „logisch-erkenntnismäßiges Naturrecht“, welches (lediglich) die „logischen Erfordernisse einer wissenschaftlich denkbaren Rechtsordnung“ bereithalte.²⁷⁾ Indem die Reine Rechtslehre nicht gänzlich ohne Naturrecht auskomme, stelle sich nicht die Frage „positives Recht oder Naturrecht“, sondern nur, welches Naturrecht anzuwenden sei: ein logisch-erkenntnismäßiges oder ein materiales Naturrecht.

Diese Wahl, so erläuterte *Dobretsberger*, müsse wissenssoziologisch eingebettet werden. Statische, gebundene Gesellschaftsformen in einem autokratischen Staat neigen eher zu einem materialen Naturrecht, weil dies dem „realen Denken“ besser entspreche. „Der Mensch lebt als Glied dieser Gesellschaft, er ist an sie zwar gebunden, dafür aber gewährt sie ihm eine gewisse Sicherheit und Beständigkeit der Existenzbedingungen“, so *Dobretsberger*.²⁸⁾ Das logisch-erkenntnismäßige Naturrecht, wie es von der Reinen Rechtslehre vorausgesetzt werde, entspreche einem kritischen Denken, dieses aber entspreche einer „aufgelösten Gesellschaftsform. Der Einzelne ist an dem Schicksal des demokratischen Staates selbst beteiligt und mitverantwortlich. In der freien Konkurrenzwirtschaft entscheidet allein das eigene Handeln über Reichtum und Erfolg oder Armut und Untergang des einzelnen. Am Anfang aller Erkenntnis steht daher der Zweifel, das Bedürfnis, jede Erkenntnis zunächst vor dem eigenen Denken zu rechtfertigen, um sie als Wissen gelten zu lassen.“²⁹⁾ Auf diese Weise gelang es *Dobretsberger*, der von *Kelsen* immer wieder hervorgehobenen Konfrontation zwischen (materielem) Naturrecht und Autokratie einerseits, Reiner Rechtslehre und Demokratie andererseits noch ein drittes Gegensatzpaar hinzuzufügen: die freie und die gebundene Wirtschaft.³⁰⁾

Der Aufsatz ist ein bemerkenswerter Versuch, die Reine Rechtslehre in einen größeren, wissenssoziologischen Kontext zu stellen und stellt insofern einen wichtigen Beitrag zur Weiterentwicklung derselben dar. Er enthält auch einen interessanten biographischen Hinweis: Denn *Dobretsberger*, offenbar in Ermangelung eines eindeutigen schriftlichen Belegs in den Arbeiten *Kelsens*, berichtet, dass dieser „in seinem Seminar des öfteren angedeutet“ habe, dass er den

²⁶⁾ *Dobretsberger*, Erkenntnistheorie 6.

²⁷⁾ *Dobretsberger*, Erkenntnistheorie 1, 7. Siehe dazu insbesondere *Kelsen*, Naturrechtslehre 20, wonach die Grundnorm in einem gewissen Sinne „wie eine Norm des Naturrechtes“ gelte.

²⁸⁾ *Dobretsberger*, Erkenntnistheorie 9.

²⁹⁾ *Dobretsberger*, Erkenntnistheorie 9.

³⁰⁾ Zu diesem Themenkreis veröffentlichte er im folgenden Jahr eine Monographie: *Dobretsberger*, Freie oder gebundene Wirtschaft? Sie war eine rein wirtschaftswissenschaftliche Arbeit ohne Bezüge zur Rechtstheorie.

Charaktertyp des einzelnen Menschen als hauptursächlich für die Wahl des eigenen wissenschaftstheoretischen Standpunktes ansehe.³¹⁾ Dies kann nur so verstanden werden, dass *Dobretsberger* zumindest eine Zeit lang an *Kelsens* berühmten Privatseminar teilnahm, das dieser in seiner Privatwohnung in der Wickenburggasse hielt.³²⁾ Wann dies das erste Mal und wann zum letzten Mal geschah, ist mangels entsprechender Quellen nicht mehr rekonstruierbar.

2. Zwischen Rechts und Links – oder: Zwischen allen Stühlen

Als die Festschrift 1931 erschien, war *Kelsen* schon seit einem Jahr nicht mehr in Wien, sondern in Köln, und der Wiener „Kreis um *Kelsen*“ zerfiel. Die einstige Verbundenheit *Dobretsbergers* mit *Kelsen* zeigte sich nur noch darin, dass er ab und zu Buchrezensionen für die *ZÖR* und für die ebenfalls von *Kelsen* mitherausgegebene „Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts“ verfasste.³³⁾ Der persönliche Lebensweg *Dobretsbergers*, der ebenfalls kaum noch Berührungspunkte mit *Kelsen* aufwies, soll hier in aller Kürze skizziert werden: 1931 wurde *Dobretsberger* außerordentlicher, 1934 ordentlicher Professor der Nationalökonomie an der Universität Graz und Generalrat bei der Oesterreichischen Nationalbank. Obwohl – oder weil – er allgemein als „Linkskatholik“ eingestuft wurde, verfasste er 1934 eine den Ständestaat bejahende Schrift, „Vom Sinn und Werden des neuen Staates“,³⁴⁾ die ausschlaggebend dafür gewesen sein dürfte, dass ihn *Schuschnigg* am 17. Oktober 1935 als Sozialminister in sein Kabinett berief. Als solcher bemühte er sich u.a. um Gesetze zur Verbesserung des Arbeiterschutzes, was allgemein zur „Versöhnungsoffensive“ passte, die die Bundesregierung zu jener Zeit – nach Scheitern der weiter unten zu behandelnden „Aktion *Winter*“ – startete, um die tiefen Wunden, die der Bürgerkrieg gerissen hatte, wieder heilen zu lassen. Aber auch diese Offensive blieb, wie die „Aktion *Winter*“ zuvor, „im Frühjahr 1936 ohne größeren politischen Geländegewinn stecken“. ³⁵⁾ *Dobretsberger* beendete sein Ministeramt am 14. Mai 1936 und kehrte an die Universität Graz zurück, wo er noch im selben Jahr zum Dekan, 1937 zum Rektor gewählt wurde. Unmittelbar nach dem „Anschluß“, am 12. März 1938, gab *Dobretsberger* als einziger der österreichischen Rektoren

³¹⁾ *Dobretsberger*, Erkenntnistheorie 8. Entsprechende Überlegungen kommen bereits bei *Kelsen*, Souveränität 317 = HKW IV, 569 vor, werden aber erst 1933 bei *Kelsen*, Staatsform und Weltanschauung, ausführlich dargelegt.

³²⁾ Vgl. dazu den Beitrag von *Gassner* in diesem Band.

³³⁾ In *Dobretsberger*, Rezension zu *Messner*, befasste er sich mit einer Gesamtdarstellung der katholischen Soziallehre, in *Dobretsberger*, Rezension zu *Kaulla*, zur Lehre vom gerechten Preis. *Dobretsberger*, Rezension zu *Baumgarten*, ist eine – wohl als positiv zu wertende – Besprechung eines strikt antikantianischen Buches; auffällig ist v.a. der Satz: „Das Prinzip der ‚Reinheit der Wissenschaft‘ gilt nur innerhalb der metaphysischen oder empirischen Veranlagung des jeweiligen Zeitgeistes“, den *Dobretsberger* offenbar zustimmend von *Baumgarten* übernimmt. Auf *Dobretsberger*, Rezension zu *Winter*, ist noch gesondert einzugehen.

³⁴⁾ *Dobretsberger*, Sinn und Werden.

³⁵⁾ *Binder*, *Dobretsberger* 175; vgl. auch *Leser*, Skurrile Begegnungen 143.

seinen Rücktritt bekannt, kurz darauf wurde er auch als Professor zwangspensio-
niert.³⁶⁾

Im Oktober 1938 nahm *Dobretsberger* eine Professur in Ankara an,³⁷⁾ wo er auch für den britischen Militärnachrichtendienst SOE gegen NS-Deutschland tätig war, unter anderem organisierte er gemeinsam mit *Ernst Karl Winter* die Flucht vieler politisch Verfolgter. In einem Memorandum des Foreign Office in London aus dem Frühjahr 1943 wurde *Dobretsberger* als die einzige im Widerstand tätige Person genannt, die möglicherweise genügend politisches Gewicht hätte, um eine Exilregierung zu bilden.³⁸⁾ In Ankara lernte *Dobretsberger* auch einige emigrierte Kommunisten kennen und begann sich mehr und mehr für den Kommunismus zu interessieren.³⁹⁾

Allmählich aber fühlte sich *Dobretsberger* in Ankara nicht mehr sicher. Über *Ernst Karl Winter* bemühte er sich vergeblich um eine Professur in den USA. 1941 emigrierte *Dobretsberger* weiter nach Jerusalem und 1942 nach Kairo, wo er noch bis zum Kriegsende blieb.⁴⁰⁾ 1946 kehrte er nach Graz zurück und wurde für das Jahr 1946/47 erneut zum Rektor der Karl-Franzens-Universität gewählt.⁴¹⁾ Doch war es „zu spät, um noch eine politische Position neben seiner wiederaufgenommenen Lehrtätigkeit zu erlangen, auf die er aufgrund seiner großen Begabung wohl auch Anspruch gehabt hätte.“⁴²⁾ *Dobretsberger* fühlte sich unwohl in Nachkriegsösterreich. An *Winter* schrieb er 1947, dass es ein Fehler gewesen war, nach Graz zurückzukehren: „Du machst Dir ja über das Allzuprovinzlerische hier keine Vorstellung, da war ja 1934–38 ein Paradies dagegen. Ich selbst ginge am liebsten nach Cairo zurück, aber meine Frau verträgt das warme Klima nicht.“⁴³⁾

Im selben Jahr, 1947, kam es zu Geheimverhandlungen zwischen ÖVP und KPÖ über eine verstärkte Zusammenarbeit, in welchem Zusammenhang *Dobretsberger* vom KPÖ-Abgeordneten *Ernst Fischer* als möglicher neuer Bundeskanzler vorgeschlagen wurde.⁴⁴⁾ Was auf den ersten Blick nach einem schlechten Scherz aussehen mochte, war nur ein Vorgeschmack auf die geradezu erstaunliche politische Entwicklung, die *Dobretsberger* in jenen Jahren

³⁶⁾ *Autengruber*, *Dobretsberger* 181f; *Binder*, *Dobretsberger* 171, 176.

³⁷⁾ *Autengruber*, *Dobretsberger* 183; *Binder*, *Dobretsberger* 178.

³⁸⁾ *Stourzh / Mueller*, Staatsvertrag 20.

³⁹⁾ *Autengruber*, *Dobretsberger* 185; *Binder*, *Dobretsberger* 177.

⁴⁰⁾ Von dort führte *Dobretsberger* auch Korrespondenz mit dem in die USA emigrierten *Kelsen*, u.a. berichtete er, dass die Universität Kairo erwäge, *Kelsen* zu Gastvorträgen einzuladen, wozu es jedoch nicht kam. Leider sind die Antwortbriefe *Kelsens* nicht erhalten: HKI, Nachlass *Kelsen*, 16c2.59.

⁴¹⁾ *Autengruber*, *Dobretsberger* 186–190; *Binder*, *Dobretsberger* 178.

⁴²⁾ *Leser*, *Skurrile Begegnungen* 144.

⁴³⁾ Zitiert in *Autengruber*, *Dobretsberger* 194.

⁴⁴⁾ *Autengruber*, *Dobretsberger* 194; vgl. auch *Enderle-Burcel*, *Dobretsberger* 137 zu den Bemühungen der ÖVP in jener Zeit ein „Sammelbecken von Intellektuellen, Großdeutschen und Juden“ (!) mit *Dobretsberger* an der Spitze zu schaffen. Vgl. zu den 1947 geführten Gesprächen zwischen *Ernst Fischer* und *Julius Raab* (der sog. „Figl-Fischer“), die offenbar vor allem eine Schwächung der SPÖ zum Ziel hatten, *Kriechbauer*, *Geschichte* 32 f.

vollzog. Mehr und mehr wurde er zum scharfen Kritiker der ÖVP, deren Haltung gegenüber den ehemaligen Nationalsozialisten er unerträglich fand.⁴⁵⁾ In seiner 1947 erschienenen Monographie „Katholische Sozialpolitik am Scheideweg“ versuchte er eine Neubegründung der katholischen Soziallehre. Dabei behauptete er, dass die Kirche den Kapitalismus stets abgelehnt hatte, ging mit demselben hart ins Gericht und bejahte die Richtigkeit der marxistischen Theorie von der Selbstauflösung der kapitalistischen Wirtschaftsordnung.⁴⁶⁾ Etwa um dieselbe Zeit wandte sich *Dobretsberger* der Kleinpartei „Demokratische Union Österreichs“ (DU) zu, die im Dezember 1945 unter maßgeblicher Mitwirkung ehemaliger Widerstandskämpfer der Gruppe O5 gegründet worden war und wurde 1949 zu ihrem Obmann gewählt.⁴⁷⁾ Bei den Nationalratswahlen zwei Monate später erlangte die DU 2.088 Stimmen, was 0,29 % der gültig abgegebenen Stimmen bedeutete.⁴⁸⁾ Als Obmann der DU plädierte *Dobretsberger* für eine Neutralisierung Österreichs. Er teilte diese Haltung mit einer Reihe von „Linkskatholiken“, wie insbesondere dem ehemaligen Grazer Theologieprofessor *Johannes Ude*,⁴⁹⁾ aber auch mit der KPÖ, womit sich ein weiterer Berührungspunkt ergab.⁵⁰⁾ Und nun geschah das geradezu Unglaubliche: Da die DU sich selbst keine Chancen ausrechnete, alleine in den Nationalrat zu kommen, ging sie für die Wahlen 1953 ein Wahlbündnis mit der KPÖ und den Linksozialisten ein.⁵¹⁾ Die so entstandene „Wahlgemeinschaft Österreichische Volksoption“ erlangte 228.159 Stimmen (5,3 %) und vier Nationalratsmandate, die alleamt an Kommunisten gingen,⁵²⁾ während *Dobretsberger* selbst auf ein „Kampfmandat“ gesetzt wurde und den Einzug in den Nationalrat verfehlte. Wie sehr sich *Dobretsberger* damit ins politische Out manövriert hatte, ist leicht vorstellbar; als „Sowjetsberger“ wurde er beschimpft,⁵³⁾ und die letzten Weggefährten wandten sich von ihm ab. Die DU trat nicht mehr bei Wahlen an und ihre Aktivitäten konzentrierten sich fast nur mehr auf die von ihr herausgegebene Zeitschrift „Union“; als diese 1957 eingestellt wurde, war dies auch das faktische Ende der DU.⁵⁴⁾ *Dobretsberger* selbst starb im Alter von 67 Jahren am 23. Mai 1970 in Graz.

⁴⁵⁾ *Autengruber*, *Dobretsberger* 197.

⁴⁶⁾ *Dobretsberger*, *Katholische Soziallehre*.

⁴⁷⁾ Zur Gründungsgeschichte vgl. *Autengruber*, *Die Demokratische Union* 250; *Autengruber*, *Dobretsberger* 196; *Enderle-Burcel*, *Dobretsberger* 132.

⁴⁸⁾ https://bmi.gv.at/412/Nationalratswahlen/Nationalratswahl_1949

⁴⁹⁾ Vgl. zu *Ude* und seinen Beziehungen zur *Kelsen-Schule* bereits *Olechowski*, *Österreichs erstes Volksbegehren?* 208.

⁵⁰⁾ *Stourzh/Mueller*, *Staatsvertrag* 290.

⁵¹⁾ *Autengruber*, *Dobretsberger* 200.

⁵²⁾ *Viktor Elser*, *Ernst Fischer*, *Franz Honner*, *Johann Koplenig*. Vgl. https://www.parlament.gv.at/recherchieren/personen/nationalrat/nationalrat-seit-1920?WFW_004R_WF=FR&WFW_004R_BW=BL&WFW_004M=M&WFW_004W=W&WFW_004GP=VII&WFW_004FR=VO.

⁵³⁾ *Autengruber*, *Die Demokratische Union* 249; *Enderle-Burcel*, *Dobretsberger* 13; *Leser*, *Skurrile Begegnungen* 145.

⁵⁴⁾ *Autengruber*, *Dobretsberger* 201.

II. Ernst Karl Winter und August Maria Knoll

1. „Herr Professor, warum fördern Sie mich?“

Ernst Karl Winter war die wohl schillerndste Figur im „katholischen Flügel der *Hans Kelsen-Schule*“. Am 1. September 1895 in Wien geboren, diente er im Ersten Weltkrieg im selben Regiment wie *Engelbert Dollfuß*, woraus sich eine langjährige, persönliche Freundschaft ergab, die aber durch die verschiedenen politischen Ansichten der beiden immer mehr getrübt wurde.

Das Ende der Monarchie – womit hier sowohl das Auseinanderbrechen des mitteleuropäischen Großreiches als auch die Änderung der Staatsform gemeint sind – war für *Winter* eine Katastrophe. Er lehnte den neuen deutschösterreichischen Staat ab, genauso aber ein Zusammengehen mit Deutschland und blieb Zeit seines Lebens Monarchist.⁵⁵⁾ Noch während des Ersten Weltkrieges begann *Ernst Karl Winter* das Studium der Rechts- und Staatswissenschaften, das er am 24. März 1922 mit der Promotion zum JDr. abschloss. Allerdings legte er nur die Rigorosen, nicht auch sämtliche Staatsprüfungen positiv ab, sodass er vom Staatsdienst ausgeschlossen war; nach seinem eigenen Urteil wäre dies aufgrund seines politischen Engagements ohnehin nicht möglich gewesen.⁵⁶⁾ Denn *Winter* war stets politisch tätig gewesen, ohne in einem der drei großen Lager eine Heimat finden zu können. Den Antiklerikalismus der Sozialdemokraten konnte er ebenso wenig mittragen wie den Kapitalismus der Christlichsozialen. Seine sozial- und wirtschaftspolitischen Vorstellungen standen in der Tradition *Karls von Vogelsang*, welche in den Jahren vor und nach dem Ersten Weltkrieg vor allem vom Soziologen *Anton Orel* und dessen „Bund der christlichen Arbeiterjugend Österreichs“ weiter fortgeführt wurde. Vielleicht hier, wahrscheinlicher aber eher in der Katholischen Studentenverbindung „*Nibelungia*“, lernte *Winter* den Studenten der Staatswissenschaften *August Maria Knoll* kennen.⁵⁷⁾ Dieser, am 5. September 1900 in Wien geboren und somit fünf Jahre jünger als *Winter*, teilte *Winters* monarchistische, antipreußische und linkskatholische Ansichten; gemeinsam mit einigen anderen Gleichgesinnten veröffentlichten *Knoll* und *Winter* 1927 die programmatische Schrift „*Die österreichische Aktion*“,⁵⁸⁾ mit der sie ein eigenständiges österreichisches Nationalbewusstsein schaffen wollten – mit ihrer Gegnerschaft zum damals vorherrschenden „Anschlußgedanken“ gegen den Strom schwimmend.

Drei Jahre zuvor, am 9. Juli 1924, promovierte *Knoll* zum Doktor der Staatswissenschaften.⁵⁹⁾ Seine Dissertation über „*Karl Vogelsang und der Ständegedanke*“ war von *Othmar Spann* und *Hans Kelsen* betreut worden, und *Norbert Leser* hat uns die berühmte Anekdote überliefert, wonach *Kelsen* trotz völlig konträrer Weltanschauung *Knoll* so stark gefördert haben soll, dass dieser

⁵⁵⁾ *Leser*, *Genius Austriacus* 116.

⁵⁶⁾ *Holzbauer*, *Winter* 45, 159.

⁵⁷⁾ <https://oecv.at/biolex/Detail/12400068>; <https://oecv.at/biolex/Detail/12400099> (8. 5. 2024)

⁵⁸⁾ *Knoll* ua, *Die österreichische Aktion*.

⁵⁹⁾ UA Wien, Senat S 304, 623/2, Personalblatt *Knoll*.

eines Tages direkt zu *Kelsen* in dessen Wohnung in der Wickenburggasse ging und ihn fragte: „Herr Professor *Kelsen*! Sie sind Freimaurer, ich bin Katholik, Sie sind Liberaler, ich bin Konservativer, Sie sind Republikaner, ich bin Monarchist – warum fördern Sie mich?“ Daraufhin soll *Kelsen Knoll* umarmt und ihm geantwortet haben: „Sehen Sie, lieber junger Freund, eben weil Sie all das nicht sind, was ich bin, darum fördere ich Sie.“⁶⁰⁾ Auch wenn der Wahrheitsgehalt von Anekdoten immer schwer zu prüfen ist; jene mit *Knoll* und *Kelsen* klingt glaubwürdig, da die große, ja übergroße Toleranz *Kelsens* mit politisch und wissenschaftlich Andersdenkenden auch von vielen anderen Fällen überliefert ist. Übertroffen wird dies allerdings noch von der Rolle *Kelsens* beim vergeblichen Versuch *Winters*, sich an der Universität Wien zu habilitieren.

Winter hatte zur Zeit seines Rechtsstudiums zwar *Kelsens* Vorlesung und sein Seminar aus Allgemeiner Staatslehre – das nicht mit *Kelsens* Privatseminar verwechselt werden darf – besucht, vor allem aber eine Reihe von Lehrveranstaltungen bei *Othmar Spann*, der ihm noch vor seiner Promotion vorschlug, sich zu habilitieren, jedoch nicht bei ihm, sondern beim Rechtshistoriker *Ernst Schwind* über die „Sozialorganisation der Germanen“. Aufgrund von *Winters* linkskatholischer und antideutscher Haltung erlosch in den folgenden Jahren das anfängliche Interesse *Schwinds* und *Spanns* an einer Habilitation *Winters*, während es am „Dreifaltigkeitssonntag“, dem 3. Juni 1928, auf Vermittlung von *Knoll*, zu einem Treffen mit *Kelsen* kam, der sich an einer Habilitation sehr interessiert zeigte⁶¹⁾ – schon diese Vorgeschichte zeigt, wie wenig *Winter* in die damaligen Fronten der Fakultät passte!

Es ist davon auszugehen, dass *Winter* ab diesem Zeitpunkt Teilnehmer von *Kelsens* bereits genannten Privatseminar war, dem auch *Knoll* vermutlich schon seit einiger Zeit angehörte. Dafür gibt es zwar keine direkten Belege, doch umgekehrt berichtet *Knoll*, dass er am 28. Mai 1930 in der Leo-Gesellschaft – der Vorgängerin der Wiener Katholischen Akademie – im Erzbischöflichen Palais zum Thema „Proletariat und Evangelium“ vortrug.⁶²⁾ Hier versuchte er, die widersprüchlichen Aussagen im Evangelium insbesondere zur Sklaverei zu einem stimmigen Ganzen zu vereinen und betonte die freiheitsbejahende Botschaft des Evangeliums. Unter den Teilnehmern befanden sich *Hans Kelsen*, *Alfred Verdross* und *Ernst Karl Winter*. Gemeinsam saßen sie noch bis spät in die Nacht „in einem Stadtcafé“ und *Kelsen* sagte zu *Knoll*, dass er erst jetzt die „sozial notwendige Funktion der Kirche“ kennengelernt habe.⁶³⁾

2. Eine gescheiterte Habilitation

Im Einvernehmen mit *Kelsen* wählte *Winter* ein völlig neues Thema für seine Habilitationsschrift und veröffentlichte 1929 in den ebenfalls bereits genannten

⁶⁰⁾ Zit. n. *Leser*, *Genius Austriacus* 182; mit leicht verändertem Wortlaut und insbesondere ohne die Bezeichnung *Kelsens* als „Freimaurer“ – wozu es keinen einzigen Beleg gibt – auch bei *Leser*, *Grenzgänger* 56.

⁶¹⁾ *Holzbauer*, *Winter* 160f.

⁶²⁾ *Reichspost* v. 27. 5. 1930, 8.

⁶³⁾ *Knoll*, *Katholische Kirche* 140.

„Wiener rechts- und staatswissenschaftlichen Studien“ das Buch „Die Sozialmetaphysik der Scholastik“. In ihr nahm er sich vor, theologisches und soziologisches Denken methodenrein voneinander zu unterscheiden. Er folgte hier vielfach den Gedankengängen der neukantianischen Philosophen *Cohen*, *Natorp*, *Cassirer* und vor allem den Überlegungen *Kelsens* zum Naturrecht. Dieser hatte erst kurz zuvor drei große Aufsätze zum Verhältnis von Naturrecht und positivem Recht geschrieben,⁶⁴ auf denen *Winter* aufzubauen versuchte, jedoch deren Grundgedanken missverstand. Zwar war *Winter* ganz auf der Linie *Kelsens*, wenn er forderte, der „reinen Rechtslehre“ eine „reine Soziologie“ gegenüberzustellen, doch seine Behauptung, dass der „eigentliche“ Dualismus nicht zwischen positivem Recht und Naturrecht, sondern zwischen Rechtsordnung und Sozialordnung bestehe,⁶⁵ war eine schwere Verkennung der Zweifrontenposition zu Naturrecht und Soziologie, in der sich die Reine Rechtslehre von Anbeginn an befand.

Ausführlich setzte sich *Winter* mit der Wirtschafts-, und Staatstheorie der Scholastik⁶⁶) auseinander. Beide hatten seiner Ansicht nach ihre Wurzel „in der scholastischen Naturrechtsmetaphysik, in der Lehre von der Gerechtigkeit“.⁶⁷) „Die Naturrechtsmetaphysik will etwas in sich Berechtigtes, nur mit gänzlich untauglichen Mitteln. Sie vermeint das positive Recht dadurch am sichersten vor asozialen Exzessen bewahren zu können, wenn sie es einem Recht höherer Ordnung, dem Naturrecht, unterwirft. Dies aber ist keine Lösung des Problems, sondern ein Hinausschieben der Lösung. Denn [...] ein ‚Überrecht‘ kann das Recht brechen, nicht aber es bestimmen.“⁶⁸) Damit wurde der Katholik *Winter* zu einem vehementen Vertreter eines Rechtspositivismus.

Winters Buch wurde in der ZÖR – für die übrigens auch *Winter* Rezensionen schrieb – von *Josef Dobretsberger* ausführlich besprochen; aber selbst der *Winter* ideologisch und persönlich nahestehende Rezensent konnte der Untersuchung kaum positive Seiten abgewinnen: Hätte *Winter* seine Erkenntniskritik zu Ende gedacht, wäre er „auf eine ähnliche Metaphysik gestoßen [...] wie die abgelehnte.“⁶⁹) Richtig kritisierte *Dobretsberger*, dass *Winter* ständig „Naturrecht“ und „Naturrechtslehre“ miteinander vermengte.

Doch hatte *Winter* die Unterstützung *Kelsens*, als er auf Grundlage dieser Schrift am 15. Mai 1929 die *venia legendi* für „allgemeine Gesellschaftslehre“

⁶⁴) *Kelsen*, Die Idee des Naturrechts; *Kelsen*, Naturrecht und positives Recht; *Kelsen*, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre.

⁶⁵) *Winter*, Sozialmetaphysik 54f.

⁶⁶) Mit „Scholastik“ wird hier wie auch in den übrigen Schriften *Winters* und *Knolls* die philosophische Strömung der Neuscholastik bezeichnet, eine vor allem von Jesuiten betriebene Lehre, die auf die mittelalterliche Scholastik des *Thomas von Aquin* und damit letztlich auf *Aristoteles* zurückging; vgl. bes. *Winter*, Sozialmetaphysik [Aufsatz] 120. Mit der Enzyklika „Aeterni patris“ *Leos XIII.* von 1879 wurde sie quasi zur offiziellen Philosophie der katholischen Kirche; als Standardwerk nennt *Winter* das Lehrbuch der Nationalökonomie von *Heinrich Pesch* SJ, das 1931 zu einer Grundlage der Enzyklika „Quadragesimo anno“ *Pius‘ XI.* wurde.

⁶⁷) *Winter*, Sozialmetaphysik 67.

⁶⁸) *Winter*, Sozialmetaphysik 51.

⁶⁹) *Dobretsberger*, Rezension zu *Winter* 477.

an der Wiener rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät beantragte. Aufgrund eines Zufalls sind wir über dieses Habilitationsverfahren besser informiert als über die meisten anderen Verfahren der Zwischenkriegszeit, weil der Akt sich nicht im Universitätsgebäude befand, als das Fakultätsarchiv 1945 durch einen Bombentreffer vernichtet wurde.⁷⁰⁾ Die Habilitationskommission beschäftigte sich kaum mit *Winters* Habilitationsschrift, sondern vielmehr mit einem Aufsatz aus dem Jahr 1927, in dem *Winter* die keltisch-romanischen Wurzeln Österreichs gegenüber den germanischen so stark betont hatte,⁷¹⁾ sodass einige Kommissionsmitglieder spekulierten, ob *Winter* selbst oder die Zeitschrift, in der er den Aufsatz publiziert hatte, von der „Entente“ bestochen worden war, worauf *Kelsen* diese Gerüchte als nicht erwiesen bezeichnete und im Gegenteil darauf hinwies, dass die deutsche Gesandtschaft in Wien interveniert hatte, um die Habilitation *Winters* zu verhindern. Es waren also evident politische, nicht wissenschaftliche Gründe, die dazu führten, dass *Winter* selbst im Oktober 1929 darum bitten musste, sein Habilitationsverfahren einstweilen „ruhen“ zu lassen.

Diese Entwicklungen müssen im Zusammenhang mit der Position, die *Kelsen* an der Wiener Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät einnahm, gesehen werden: *Kelsen* hatte unmittelbar nach seiner Ernennung zum Ordinarius (1919) damit begonnen, quasi im Jahrestakt einen seiner Schüler zu habilitieren:⁷²⁾ *Adolf J. Merkl* (1919, Staats- und Verwaltungsrecht), *Fritz Sander* (1920, Allgemeine Staatslehre und Rechtsphilosophie), *Alfred Verdroß* (1921, Völkerrecht), *Walter Henrich* (1922, Allgemeine Staatslehre und Rechtsphilosophie), *Felix Kaufmann* (1922, Rechtsphilosophie), *Fritz Schreier* (1923, Rechtsphilosophie), *Josef L. Kunz* (1927, Völkerrecht) und *Erich Voegelin* (1928, Gesellschaftslehre). *Kelsen* besaß also zeitweise einen großen, geradezu dominierenden Einfluss auf die Fakultät. Doch hatte sich bereits bei der Habilitation *Schreiers* erster Widerstand gezeigt, der bei jener von *Kunz* deutlich stärker wurde. Zweimal sah sich *Kunz* gezwungen, seinen Habilitationsantrag zurückzuziehen, und erst im dritten Anlauf und sieben Jahre nach seinem ersten Antrag gelang ihm die Habilitation.⁷³⁾

Der Widerstand gegen die vielen Habilitationsprojekte *Kelsens* war vor allem vom Völkerrechtler *Alexander Hold-Ferneck* ausgegangen, während *Othmar Spann* zwar in der Sekundärliteratur immer wieder als Antipode *Kelsens* dargestellt wird, jedoch, soweit es die Quellen erkennen lassen, bei *Schreier* und *Kunz* allenfalls im Hintergrund mitwirkte. *Hold-Ferneck* war es auch, der 1926 und 1927 gleich zwei Kampfschriften gegen *Kelsen* veröffentlichte, angeblich,

⁷⁰⁾ Nach dem 2. WK kam der Habilitationsakt in den Besitz der Familie *Winter*, wo er von *Robert Holzbauer* eingesehen werden konnte; die folgenden Angaben stützen sich daher weitgehend auf *Holzbauer*, *Winter* 159–177. Da das Verfahren letztlich scheiterte, befindet sich kein entsprechender Akt im Allgemeinen Verwaltungsarchiv und wurde aus diesem Grund auch leider bei *Olechowski / Ehs / Staudigl-Ciechowicz*, Fakultät, nicht behandelt.

⁷¹⁾ Es handelte sich um *Winter*, Kulturkreis der Viktoriden.

⁷²⁾ *Olechowski/Ehs/Staudigl-Ciechowicz*, Fakultät 486–492.

⁷³⁾ *Olechowski / Ehs / Staudigl-Ciechowicz*, Fakultät 539–541.

weil er von verschiedenen Seiten darum gebeten worden sei, zu zeigen, dass nicht die ganze Fakultät die Lehren *Kelsens* billige.⁷⁴⁾ Die erste dieser Kampfschriften hatte *Kelsen* noch mit einer Gegenschrift erwidert und ebenso ein höchst stümperhaftes Pamphlet des Rechtshistorikers *Ernst von Schwind*.⁷⁵⁾ Aber mit der Zeit erstarkten seine Gegner und *Kelsens* Position wurde empfindlich geschwächt, als er sich mit seiner Rolle in der sog Dispenschen-Problematik immer weiter exponierte und nicht zuletzt aus diesem Grund im Dezember 1929 (mit Wirkung vom 15. Februar 1930) per Verfassungsgesetz seines Amtes als Verfassungsrichter enthoben wurde.⁷⁶⁾

Es war also um die Jahreswende 1929/30 keineswegs sicher, dass *Kelsen* noch in der Lage war, den erstarkenden innerfakultären Widerstand brechen zu können, weshalb *Winter* im Mai 1930 eine weitere Monographie, „*Platon. Das Soziologische in der Ideenlehre*“, vorlegte. Es handelte sich weitgehend um eine referierende Darstellung von *Platons* Ideen- und Staatslehre.⁷⁷⁾ Vergleicht man diese Schrift mit dem Vortrag, den *Kelsen* ein Jahr später zur „*platonischen Gerechtigkeit*“ hielt,⁷⁸⁾ wird zwar deutlich, wie sehr sich zwar beide für die gleichen Probleme interessierten, jedoch auch, wie unoriginell die Schrift *Winters* im Vergleich zu jener *Kelsens* war.

Die Habilitationskommission trat erneut zusammen und beschloss am 20. Mai, *Winter* darüber zu informieren, „daß ein öffentlich abgegebenes klares und deutliches Bekenntnis zur deutschen Kulturgemeinschaft seine Habilitierung möglicherweise erleichtern würde.“⁷⁹⁾ *Winter* kam dieser Forderung insofern nach, als er einem Aufsatz („*Der paternale Staat*“), dessen Druckfahnen für die ZÖR er eben zu jener Zeit korrigierte, noch eine „persönliche Nachbemerkung“ hinzufügte und sich dort vom antideutschen Tenor seiner bisherigen Schriften etwas distanzierte, auch wenn er an seinen „religiösen und politischen Grundauffassungen“ im Prinzip festhalten wolle.⁸⁰⁾ Tatsächlich fasste die Habilitationskommission am 24. Juni die Feststellung, dass diese Erklärung *Winters* geeignet sei, alle politischen Bedenken zu zerstreuen; die Kommission bildete einen dreiköpfigen Unterausschuss, bestehend aus *Kelsen*, *Hold-Ferneck* und *Spann*, um nun endlich meritorisch die wissenschaftliche Eignung des Habilitationswerbers zu untersuchen. Diese personelle Zusammensetzung war freilich für eine positive Erledigung nicht günstig. Insbesondere *Spann* störte es, dass sich *Winter* ausgerechnet in seinem eigenen Fach habilitieren wolle; *Winter* berichtete später, *Spann* „würde mich unterstützen, wenn ich mich auf einem anderen Fachgebiete habilitieren wolle; für Soziologie könne er niemanden habilitieren, der nationalpolitisch auf einer ganz anderen Plattform stehe als er.“⁸¹⁾

⁷⁴⁾ *Hold-Ferneck*, Selbstdarstellung 101.

⁷⁵⁾ *Olechowski*, *Kelsen* 403–409.

⁷⁶⁾ *Olechowski*, *Kelsen* 472.

⁷⁷⁾ *Winter*, *Platon. Kelsen* wird zweimal (58 und 114) beiläufig zitiert.

⁷⁸⁾ *Kelsen*, *Die platonische Gerechtigkeit*.

⁷⁹⁾ Zit n *Holzbauer*, *Winter* 167.

⁸⁰⁾ *Winter*, *Der paternale Staat* 256. Die Korrekturfahnen des Aufsatzes wurden noch vor dessen Veröffentlichung 1931 bei der Habilitation 1930 eingereicht.

⁸¹⁾ Zit n *Holzbauer*, *Winter* 169.

Und was *Alexander Hold-Ferneck* betraf, der ausgerechnet in jenem akademischen Jahr das Amt des Dekans ausübte, so rückte dieser von seinen politischen Vorbehalten gegen *Winter* nicht ab, ja er drohte sogar *Knoll*, auch „er werde nicht habilitiert werden, solange er mit *Winter* befreundet sei.“⁸²⁾

Kelsen aber erhielt gerade in jener Zeit, am 10. Mai 1930, eine Berufung an die Universität Köln, und angesichts der immer stärkeren Anfeindungen an der Universität Wien, nahm er am 3. Juli diesen Ruf an.⁸³⁾ Damit verlor *Winter* seine letzte Stütze; er beklagte sich später, dass *Kelsen* „fahnenflüchtig geworden sei“.⁸⁴⁾

Winter gab noch nicht auf; kurz nach Erscheinen seiner Untersuchung über den „paternalen Staat“ veröffentlichte er auch noch einen Aufsatz über den „wahren Staat in der Soziologie des Rechts“ in der *ZÖR*, seine insgesamt wohl wichtigste Auseinandersetzung mit der Reinen Rechtslehre, in der er den bereits nach Köln entschwundenen Meister durchaus scharf kritisierte: *Kelsen* bekämpfe den Dualismus von öffentlichem Recht und Privatrecht mit der Behauptung, dass ein politischer Zweck hinter dieser Unterscheidung stecke. Der autokratisch-konservative Staat wolle das öffentliche Recht gleichsam immunisieren. Aber „infolge des demokratisch-liberalen Vorzeichens seiner Untersuchungen“ verkenne *Kelsen*, dass das Gegenteil genauso richtig sein könne: Der Dualismus könne auch einem demokratischen Sinne dienen, in dem nun eben das Privatrecht besonders betont werde.⁸⁵⁾ Vor allem aber: weshalb es zu diesem Dualismus kam, könne nicht mit den Mitteln der Rechtstheorie, sondern nur mit jenen der Soziologie ermittelt werden. Damit hob er zu einem wissenschaftshistorischen Abriss an, der ihn von *Plato* und *Thomas v. Aquin* zurück zu *Kelsen* führte. Dessen Grundnorm bringe die „notwendige Begrenztheit“ des Rechtspositivismus zum Ausdruck. Doch ortete *Winter*, gestützt auf *Verdroß*, „eine rechtsimmanente Tendenz der reinen Rechtslehre nach Fortsetzung ihrer selbst im metarechtlichen Bereiche der Soziologie, der gewiß *Kelsen* bisher zu wenig Rechnung getragen hat.“⁸⁶⁾ Und so sei auch der Gegensatz zwischen öffentlichem und privatem Recht nicht rechtstheoretisch, sondern metarechtlich-soziologisch zu sehen.

Mit seiner deutlichen Anlehnung an *Verdroß* hatte *Winter* vielleicht die Hoffnung verbunden, dass dieser sein nicht weiterkommendes Habilitationsverfahren unterstützen würde. Aber dies war nicht der Fall; vielmehr vermerkte er später verbittert, dass „keiner von den Katholiken (*Degenfeld*, *Hugelmann*, *Verdroß*) auch nur einen Finger für mich rührte.“ 1932 ersuchte *Winter* zum zweiten Mal darum, sein Verfahren „ruhend“ zu stellen.⁸⁷⁾

⁸²⁾ *Holzbauer*, Winter 169f.

⁸³⁾ *Olechowski*, *Kelsen* 485–488.

⁸⁴⁾ Zit n *Holzbauer*, Winter 170.

⁸⁵⁾ *Winter*, *Der wahre Staat* 161f.

⁸⁶⁾ *Winter*, *Der wahre Staat* 195.

⁸⁷⁾ Zit n *Holzbauer*, Winter 170. Gemeint sind außer *Verdroß* der Nationalökonom *Ferdinand Degenfeld-Schonburg* sowie der Rechtshistoriker und Verfassungsjurist *Karl Gottfried Hugelmann*.

3. Die „Aktion Winter“

Wenige Monate später, im Frühjahr 1933, schaltete die Bundesregierung unter *Engelbert Dollfuß* nacheinander das Parlament und den VfGH aus und begann, Österreich autoritär zu regieren.⁸⁸⁾ Zweimal, am 10. März und nochmals am 1. April 1933, wandte sich Winter mit offenen Briefen (die u.a. in der „Arbeiter-Zeitung“ auszugsweise abgedruckt wurden) an Bundespräsident *Wilhelm Miklas* und bat ihn, schlichtend in den Konflikt zwischen den beiden politischen Lagern einzugreifen und die herannahende „Katastrophe“ zu verhindern. Das von Bundeskanzler *Dollfuß* ausgegebene Diktum einer „Selbstausschaltung des Parlaments“ sei „verfassungsrechtlicher Nonsens“.⁸⁹⁾

Trotz dieser deutlichen Kritik wurde *Ernst Karl Winter* am 7. April 1934 vom Wiener Bürgermeister *Richard Schmitz* zum Dritten Vizebürgermeister von Wien ernannt.⁹⁰⁾ Es war dies wohl dem unmittelbaren Einfluss von *Dollfuß* zuzuschreiben, der mit dem Linkskatholiken *Winter* eine Brücke zur Arbeiterschaft schlagen wollte.⁹¹⁾ Und tatsächlich startete der neue Vizebürgermeister in weiterer Folge die nach ihm benannte „Aktion Winter“, den Versuch einer Aussöhnung der politischen Lager, die noch wenige Monate zuvor gegeneinander Krieg geführt hatten. Doch stießen seine Versuche bei der Arbeiterschaft zumindest auf großes Misstrauen, wenn nicht auf entschiedene Ablehnung.⁹²⁾ Die in Österreich seit dem 12. Februar 1934 verbotene und nunmehr in der Tschechoslowakei erscheinende „Arbeiter-Zeitung“ anerkannte zwar *Winters* „tapferen Kampf gegen den Nazifaschismus und gegen den Austrofaschismus“, doch sei er kein Sozialdemokrat und habe nie in einer Arbeiterorganisation mitgearbeitet, weshalb er „kein Recht“ habe, „sich als Vertrauensmann der Arbeiterschaft [...] auszugeben.“⁹³⁾

Unterstützung erfuhr *Winter* durch *August M. Knoll*, der seit Juni 1933 in der Redaktion der staatlichen „Wiener Zeitung“ gearbeitet hatte, dann jedoch zum kommissarischen Leiter des im Februar 1934 beschlagnahmten, vormals sozialdemokratischen „Vorwärts“-Verlages ernannt wurde und dort als Chefredakteur der „Vorwärts“-Blätter fungierte. Auch als solcher propagierte er, gleich

⁸⁸⁾ Vgl. zu den verfassungsgeschichtlichen Hintergründen nunmehr *Hachleitner*, Die Zerstörung der Demokratie, mwN.

⁸⁹⁾ Arbeiter-Zeitung v. 12. 3. 1933, 5; Arbeiter-Zeitung v. 2. 4. 1933, 4.

⁹⁰⁾ Am 31. 3. 1934 erließ der Bundeskommissär für Wien, *Richard Schmitz*, eine Stadtordnung der Bundeshauptstadt Wien (Landesgesetzblatt 1934/20) und wurde in weiterer Folge von der Bundesregierung zum neuen Bürgermeister ernannt, in welcher Funktion er die Vizebürgermeister gem § 13 leg cit „berief“.

⁹¹⁾ Das Verhältnis zwischen *Winter* und *Dollfuß* wird wohl am besten durch jene Episode überliefert, wonach *Winter Dollfuß* am 24. 7. 1934 (einen Tag vor dem NS-Putschversuch) persönlich im Bundeskanzleramt aufsuchte, um für das Leben eines zum Tode verurteilten Schutzbündlers zu intervenieren, *Dollfuß* aber *Winter* warten ließ und erst vorließ, nachdem das Todesurteil vollstreckt worden war: *Leser*, Genius Austriacus 122.

⁹²⁾ Vgl. die bei *Pepper*, Winter 155, geschilderte Rede *Winters* vor einer Arbeiterversammlung am 23. 4. 1934 oder auch seine Unterredung mit Sozialdemokraten am 27. 6. 1934, *Pepper*, Winter 157.

⁹³⁾ Arbeiter-Zeitung v 15. 4. 1934, 1. Vgl. *Pepper*, Winter 154.

wie *Winter*, das Motto „rechts stehen und links denken“.⁹⁴) Letztlich aber waren die Bemühungen *Winters* und *Knolls* zum Scheitern verurteilt.

Parallel zu seiner journalistischen Tätigkeit hatte sich *Knoll* auch wissenschaftlich betätigen können; schon seit 1928 beschäftigte er sich mit der Problematik des Zinsnehmens, das auch im Mittelpunkt der Habilitation von *Ignaz Seipel* 1907 gestanden war, dessen „Privatassistent“ er in dessen letzten Lebensmonaten, 1932, gewesen war.⁹⁵) 1933 erschien *Knolls* Buch „Der Zins in der Scholastik“, mit dem er die *venia legendi* für Gesellschaftslehre beantragte. In diesem Werk stellte *Knoll* die auf den Dominikaner *Thomas v. Aquin* zurückgehende „dominikanisch-zinsfeindliche“ Lehrmeinung der „jesuitisch-zinsfreundlichen“ gegenüber.⁹⁶) Er selbst sprach sich für die Zulässigkeit des Zinsnehmens aus, zumal dies eine gerechte Gegenleistung für die produktive Funktion des überlassenen Kapitals sei.⁹⁷) Die Habilitationsschrift wurde gleich von vier Professoren – den beiden Ökonomen *Hans Mayer* und *Ferdinand Degenfeld-Schonburg*, dem Kirchenrechtler *Rudolf Köstler* sowie dem Moraltheologen *Franz Zehentbauer* von der katholisch-theologischen Fakultät – begutachtet, von denen lediglich *Köstler* die Arbeit kritisierte; seiner Ansicht nach verlaufe die Front nicht so scharf zwischen „Dominikanern“ und „Jesuiten“, wie es der Autor glauben mache, auch seien einige wichtige Autoren wie etwa *Bonaventura* oder *Duns Scotus* nicht behandelt worden.⁹⁸) Trotz dieser Kritik befürwortete die Fakultät die Habilitation *Knolls*, die am 20. August 1934 vom Unterrichtsministerium bestätigt wurde.⁹⁹)

Ganz unproblematisch war auch die Habilitation *Knolls* nicht: Im Sommer 1933 hatte die reichsdeutsche, mit dem NS-Regime gleichgeschaltete Zeitschrift „Verwaltungsarchiv“ eine Doppelnummer mit zehn Beiträgen zur aktuellen politischen Situation in Österreich gebracht, in denen teilweise die Bundesregierung äußerst scharf kritisiert und auch unverhohlen mit dem Nationalsozialismus sympathisiert worden war.¹⁰⁰) Die „Wiener Zeitung“ veröffentlichte einen Leitartikel, in dem die Autoren – neun von ihnen kamen von der Universität Wien – der Illoyalität zu ihrer Regierung geziehen wurden („Recht oder Unrecht – mein Vaterland!“) und daran erinnert wurden, dass eine ähnliche Kritik, wäre sie in Deutschland erfolgt, wohl zu einer sofortigen Deportation ins KZ geführt hätte.¹⁰¹) Da es sich aber „nur“ um die *Dollfuß*-Diktatur handelte, hatte das

⁹⁴) UA Wien, Senat S 304, 623/2, Personalblatt Knoll; Österreichische Wehrzeitung v 15. 6. 1934, 1.

⁹⁵) Lebenslauf *Knoll*, in: ÖStA AVA Unterr. allg., Karton 611, Personalakt Knoll (dort auch ausdrücklich die Bezeichnung als „Privatassistent“).

⁹⁶) *Knoll*, Zins in der Scholastik 106.

⁹⁷) *Knoll*, Zins in der Scholastik 191.

⁹⁸) *Rudolf Köstler*, Gutachten zur Habilitation Knoll, in: ÖStA AVA Unterr. allg., Karton 611, Personalakt Knoll. Diese Kritik war auch der Tenor zweier Rezensionen zum Buch: *Albert Schmitt*, in: Zeitschrift für Katholische Theologie 57 (1933) 623–625 und *Johannes Meßner*, in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 141 (1935) 746–747.

⁹⁹) UA Wien, Senat S 304, 623/2, Personalblatt Knoll.

¹⁰⁰) *Olechowski / Ehs / Staudigl-Ciechowicz*, Fakultät 505f.

¹⁰¹) Leitartikel „Quousque tandem...“ in: Wiener Zeitung v. 1. 9. 1933, 1f.

Erscheinen des Heftes lediglich zur Folge, dass drei ihrer Autoren – die Professoren *Wenzel Gleispach*, *Max Layer* und *Hans Frisch* – in den vorzeitigen Ruhestand versetzt wurden. *August M. Knoll* jedoch sah sich veranlasst, seinem Habilitationsgesuch eine Erklärung beizufügen, wonach er zwar seit Juni 1933 als Redakteur für die Wiener Zeitung arbeite, der besagte Artikel aber ohne seine Mitwirkung entstanden und erschienen sei.¹⁰²⁾ Dass eine derartige „Entschuldigung“ überhaupt notwendig war, zeigt, wie sehr die österreichischen Universitäten „der hartnäckigste Herd des Deutschnationalismus in Österreich“ waren.¹⁰³⁾

Dennoch scheinen die genannten Entwicklungen *Ernst Karl Winters* Optimismus gestärkt zu haben: Am 22. Dezember 1934 richtete er – mit offiziellem Briefpapier des Wiener Vizebürgermeisters – ein Schreiben an die Wiener rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät, in dem er um Wiederaufnahme seines Habilitationsverfahrens bat. Dekan der Fakultät war in jenem Jahr *Adolf Merkl*, *Kelsens* engster Gefolgsmann, was ebenfalls nur günstig sein konnte. Und *Winter* hatte wieder ein neues Buch verfasst: den ersten Band einer auf drei Bände ausgelegten Biographie über „Rudolph IV. von Österreich“, in dem sich auch eine Widmung für den ermordeten Bundeskanzler *Dollfuß* befand. Angesichts dieser stark historisch angelegten Schrift beschloss das Professorenkollegium, die beiden Historiker *Alfons Dopsch* und *Hans Hirsch* um Ergänzungsgutachten zu ersuchen und schränkte gleich vorab die in Betracht kommende *venia* auf Wirtschaftsgeschichte ein. Doch obwohl sich nun alles günstig zu entwickeln schien, geriet *Winter* erneut in Konflikt mit der Fakultät, weil er die Einschränkung seiner *venia* nicht so einfach hinnehmen wollte und offen *Spann* als „intolerant“ gegen andere soziologische Methoden als die seinen kritisierte, worauf das Professorenkollegium am 13. Juli 1935 beschloss, das Habilitationsgesuch aus „einem in der Person des Bewerbers“ gelegenen Grund abzuweisen.¹⁰⁴⁾ Das war natürlich starker Tobak gegenüber einem ranghohen Politiker! Aber in Wirklichkeit bekam *Winter*, aufgrund seiner anti-nationalsozialistischen Haltung, auch vom *Schuschnigg*-Regime immer weniger Rückendeckung, was auch der Öffentlichkeit bewusst wurde, als am 24. Juni 1935 *Winters* eigenes Wochenblatt, „Die Aktion“, behördlich verboten wurde.¹⁰⁵⁾ *Winter* erhob gegen die Entscheidung der Fakultät Beschwerde beim damals von *Schuschnigg* selbst geleiteten Unterrichtsministerium, und tatsächlich schien dieses einige Zeit lang gewogen, *Winter* zu helfen, immerhin wurde die Habilitationsnorm zu seinen

¹⁰²⁾ BMfU Z. 25362-I-1/1934, in: ÖStA AVA Unterr. allg., Karton 611, Personalakt Knoll. Die Erklärung *Knolls* wird dort inhaltlich wiedergegeben, das Original ist nicht erhalten.

¹⁰³⁾ So nach den Worten *Winters*, zit. n. *Holzbauer*, Winter 176.

¹⁰⁴⁾ *Holzbauer*, Winter 173–175. Der genannte Abweisungsgrund war in § 6 Abs 2 der Habilitationsnorm StGBI 1920/415 geregelt.

¹⁰⁵⁾ *Pepper*, Winter 160–162. Es ist bezeichnend, dass diese Einstellung zwar im Ministerrat besprochen, aber nicht in das offizielle Protokoll aufgenommen wurde: Ministerratsprotokolle IX/3, 102.

Gunsten um eine „lex *Winter*“ geändert.¹⁰⁶⁾ Letztlich aber verlief diese Beschwerde im Sande, wie genau, ist den Quellen nicht zu entnehmen. Die „Arbeiter-Zeitung“ jedenfalls berichtete im Oktober, dass die Habilitation *Winters* gescheitert sei, weil der Akademische Senat „auf Antrag des Professors *Spann*“ diese „mit der Begründung abgelehnt [habe], daß sein Bekenntnis zur deutschen Nation nicht einwandfrei sei.“¹⁰⁷⁾

Nach Abschluss des Juli-Abkommens 1936 zwischen *Hitler* und *Schuschnigg* wurde das Agieren *Winters* immer konfuser. Er versuchte in allen politischen Lagern – bei den Monarchisten und in der Arbeiterschaft, bei *Starhemberg* und bei *Stalin* – Verbündete gegen den Nationalsozialismus zu finden, was ihn aber nur seine letzten Sympathien bei den ihm bisher Gewogenen kostete.¹⁰⁸⁾ Am 23. Oktober 1936 erschien in der christlichsozialen „Reichspost“ ein scharfer, angeblich von *August M. Knoll* verfasster, Artikel gegen *Winter*, in dem dieser beschuldigt wurde „Volksfrontparolen“ zu skandieren und nur mit Rücksicht auf die Tatsache, dass er seinerzeit von *Dollfuß* persönlich eingesetzt worden sei, „noch immer“ Vizebürgermeister von Wien sei.¹⁰⁹⁾ Nur einen Tag später vermeldete die „Reichspost“ die „Beurlaubung“ *Winters* als Vizebürgermeister. Er kam aus diesem „Urlaub“ nicht mehr in sein Amt zurück, was das Aus für seine politischen Aktivitäten darstellte.¹¹⁰⁾

Knoll hatte seine Attacke gegen seinen einstigen Freund *Winter* mit ausdrücklicher Bewilligung *Schuschniggs* geritten. Für ihn selbst waren die Jahre bis zum „Anschluss“ beruflich äußerst erfolgreich: Denn von 1935 bis 1938 hielt *Knoll* an der Universität Wien die „Vorlesungen zur weltanschaulichen und staatsbürgerlichen Erziehung und über die ideellen und geschichtlichen Grundlagen des österreichischen Staates“, wie sie vom neuen Hochschulerziehungsgesetz¹¹¹⁾ für die Hörer und Hörerinnen sämtlicher Fakultäten vorgeschrieben und dementsprechend gut besucht waren.¹¹²⁾

Wenig verwunderlich war es freilich auch, dass *Knolls* Lehrbefugnis nach dem „Anschluß“, am 22. April 1938, vom neuen nationalsozialistischen

¹⁰⁶⁾ Die Habilitationsnorm wurde rückwirkend dahin geändert, dass in Fällen des § 6 Abs 2 über eine Berufung nicht der akademische Senat, sondern der Unterrichtsminister zu entscheiden habe: BGBl 1935/446.

¹⁰⁷⁾ Arbeiter-Zeitung v. 13. 10. 1935, 7. Tatsächlich hatte der Akademische Senat seit Inkrafttreten der eben genannten Novelle keine Entscheidungsbefugnis mehr.

¹⁰⁸⁾ *Pepper*, Winter 166.

¹⁰⁹⁾ Reichspost v. 23. 10. 1936, 1f; die Autorenschaft *Knolls* wurde von *Winter* selbst vermutet: *Heinz*, Winter 346, 352; vgl. auch *Pepper*, Winter 169.

¹¹⁰⁾ Reichspost v. 24. 10. 1936, 1. *Winters* Funktionsperiode lief mit 17. 5. 1937 regulär aus und wurde danach nicht mehr verlängert, zu seinem Nachfolger wurde *Hans Waldsam* berufen, vgl. Neues Wiener Tagblatt v. 19. 5. 1937, 5.

¹¹¹⁾ BGBl 1935/267; zit ausführlich *Olechowski / Ehs / Staudigl-Ciechowicz*, Fakultät 122–128.

¹¹²⁾ Nachruf *Knoll*, in: Die Feierliche Inauguration des Rektors der Wiener Universität für das Studienjahr 1964/65 (Wien 1965) 52.

Machthaber sofort widerrufen wurde.¹¹³⁾ Er fand eine Arbeit als Archivar bei Dr. *Ferdinand (von) Wilczek*, mit der er fast die gesamte NS-Zeit überdauern konnte, unterbrochen von einem zweieinhalbjährigen Wehrdienst (Mai 1941–Oktober 1943).¹¹⁴⁾ *Ernst Karl Winter* dagegen floh noch im März 1938 aus Österreich, angeblich hatte *Hans Kelsen* ihm den Rat gegeben, so schnell als möglich in die Schweiz zu emigrieren.¹¹⁵⁾

Weder für *Kelsen* noch für *Winter* war die Schweiz „des Wandermüden letzte Ruhestätte“,¹¹⁶⁾ beide emigrierten weiter in die USA. Hier gelang *Winter*, was ihm in Österreich versagt geblieben war: eine Professur an einer Universität zu erlangen, nämlich der New School of Social Research in New York. Auch gründete *Winter* ein „Austro-American Center“, eine überparteiliche Vereinigung von Exilösterreichern, und lud auch *Kelsen* ein, sich dieser Vereinigung anzuschließen, was *Kelsen* jedoch dankend ablehnte.¹¹⁷⁾

4. Die Nachkriegszeit

Sofort nach Ende der NS-Herrschaft kehrte *August M. Knoll* an die Universität Wien zurück und nahm seine Vorlesungstätigkeit wieder auf; noch im Sommersemester 1945 las er eine „Geschichte der sozialen Ideen im 19. Jahrhundert“.¹¹⁸⁾ Am 31. März 1946 wurde *Knoll* zum außerordentlichen Professor der Soziologie ernannt,¹¹⁹⁾ am 24. Jänner 1951 folgte seine Ernennung zum ordentlichen Professor – der erste Professor in Österreich, der ausschließlich für Soziologie und nicht, wie bis dahin üblich, in Kombination mit Nationalökonomie, ernannt wurde, was einen Durchbruch für das Fach Soziologie als eigenständiges Fach bedeutete.¹²⁰⁾

Ernst Karl Winter dagegen blieb noch zehn Jahre in den USA, schrieb allerdings schon 1945 an das wiedererrichtete österreichische Unterrichtsministerium zwecks Wiederaufnahme seines Habilitationsantrages, welcher seinerzeit, 1935, an das Ministerium „abgetreten wurde, ohne daß jemals eine Entscheidung gefällt wurde.“¹²¹⁾ Nunmehr wurde *Winter* in einem „abgekürzten

¹¹³⁾ Der Entzug der *venia* erfolgte gemeinsam mit der Maßregelung zahlreicher anderer Professoren und Dozenten: Erlass des Unterrichtsministeriums 22. 4. 1938 Z 10606/I-1c; Kopie u.a. in UA Wien, Personalakt Voegelin.

¹¹⁴⁾ UA Wien, J S 3.003.

¹¹⁵⁾ So nach https://de.wikipedia.org/wiki/Ernst_Karl_Winter (1. 5. 2024), von wo es einige andere Internetquellen übernommen haben; eine zuverlässigere Quelle konnte leider nicht gefunden werden.

¹¹⁶⁾ Dieses Zitat von *Heinrich Heine* verwendete *Kelsen*, als er die letzte Station seines Emigrationsweges, Berkeley in Kalifornien, erreichte: *Olechowski*, *Kelsen* 717.

¹¹⁷⁾ *Olechowski*, *Kelsen* 684.

¹¹⁸⁾ Vorlesungsplan für das Sommersemester 1945, Typoskript im Leseraum des UA Wien.

¹¹⁹⁾ UA Wien, J S 3.003.

¹²⁰⁾ UA Wien, J S 3.003. Vgl. dazu *Norden et al*, *Frühe Reife, späte Etablierung* 165.

¹²¹⁾ BMfU, Schreiben an das Dekanat der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien v. 19. 2. 1946, Z 4360/II-4a/46, in: UA Wien, Personalakt Ernst Karl Winter.

Verfahren“ auch tatsächlich die *venia* für Wirtschaftsgeschichte erteilt. Erst zehn Jahre später kehrte *Winter*, gesundheitlich schwer angeschlagen, nach Österreich zurück und erhielt auch, auf Antrag *Knolls*, den Titel eines außerordentlichen Professors.¹²²⁾ Doch fing er erneut an, mit Universität und Ministerium zu streiten und verlangte erneut die ihm seit 1929 versagte *venia* für Soziologie, die er jedoch niemals bekam. Er starb am 4. Februar 1959 in Wien.

Zwei Jahre später jährte sich der Geburtstag *Hans Kelsens* zum 80. Mal, und *Alfred Verdross* organisierte zu diesem Anlass eine Sondernummer der „Zeitschrift für Öffentliches Recht“, zu der auch *Knoll* einen Beitrag, betitelt „Scholastisches Naturrecht in der Frage der Freiheit“, einreichte, jedoch abgelehnt wurde. *Verdross* behauptete nicht nur, dass sich dieser polemische Aufsatz nicht für eine Festschrift eigne, er enthalte auch Beleidigungen, mit denen sich er, *Verdross*, als Herausgeber strafbar machen würde. Worin diese Strafbarkeit bestehe, wurde nicht erläutert; *Knoll* gab das Manuskript seinem Freund *Ernst Topitsch*, der ebenso wie der Autor vor einem Rätsel stand. Jedenfalls überarbeitete und erweiterte *Knoll* das Manuskript und publizierte es unter dem Titel „Katholische Kirche und scholastisches Naturrecht“ als eigenes Buch¹²³⁾ – es ist dies jenes Buch, aus dem unser Eingangszitat stammt.

Hans Kelsen kam in diesem Buch allerdings nur ganz am Rande vor; vielmehr zog *Knoll* eine Summe aus den Schriften, die er, aber auch *Ernst Karl Winter*, zur katholischen Soziallehre verfasst hatten. Das Buch lässt sich in diesem Sinne „auch als späte Hinwendung bzw. Rückwendung zum prägenden Freund, von dem ihn im Laufe seiner Entwicklung gar manches getrennt hatte, verstehen.“¹²⁴⁾ *Knoll* hielt der katholischen Kirche einen Abriss ihrer Geschichte vor Augen, eine Geschichte, in der sie sich stets an die jeweiligen politischen Verhältnisse angepasst habe. Sie habe Feudalismus und Sklaverei gebilligt, und noch im August 1918 habe sie zu Gehorsam gegenüber dem Kaiser aufgefordert. Sie habe dann, im Herbst 1918, die Demokratie ebenso bejaht wie 1933/34 den autoritären Ständestaat und sogar im März 1938 dazu aufgerufen, bei der Volksabstimmung über den „Anschluß“ mit „Ja“ zu stimmen.¹²⁵⁾ Das Naturrecht sei der „Überbau“ der Kirche, der die gegebenen faktischen Verhältnisse nur legitimiere, um „die passive und akkomodative Haltung der Kirche und ihrer Lehre in allen sozialen und politischen Fragen rational zu artikulieren.“¹²⁶⁾ Das Buch trug *Knoll* eine Reihe innerkirchlicher Feinde, und zwar auch von der progressiven Seite, wie etwa vom Domprediger und Kunstmäzen *Otto Mauer*, ein.

Auf noch einen Aspekt im Leben *Knolls* sei an dieser Stelle hingewiesen: sein Kampf gegen das NS-Regime. Als am 11. Februar 1963 im Palais Palffy das Dokumentationsarchiv des Österreichischen Widerstandes (DÖW)

¹²²⁾ Jur Dek Z 1499/56, in: UA Wien, Personalakt Ernst Karl Winter.

¹²³⁾ *Topitsch*, Einleitung zu *Knoll*, Katholische Kirche 11 f.

¹²⁴⁾ *Leser*, *Genius Austriacus* 128; vgl. auch ebenda 108.

¹²⁵⁾ *Knoll*, Katholische Kirche 52–56.

¹²⁶⁾ *Knoll*, Katholische Kirche 37.

gegründet wurde, wurde *Knoll* zu dessen erstem Präsidenten gewählt. Er starb aber schon wenige Monate später, am 24. Dezember 1963 in Wien.¹²⁷⁾

III. Schlussbetrachtung mit Coda

Die Frage, was unter einem „Schüler“ eines Wissenschaftlers zu verstehen ist, ist nicht eindeutig geklärt. Doch erscheint es gerechtfertigt, *Josef Dobretsberger*, *August Maria Knoll* und *Ernst Karl Winter* als „Schüler“ *Hans Kelsens* zu bezeichnen: *Dobretsberger* und *Knoll* haben eine von *Kelsen* begutachtete Dissertation verfasst, *Winter* eine von *Kelsen* betreute und unterstützte, wenn auch nicht von der Fakultät angenommene Habilitationsschrift. *Dobretsberger* war überdies auch formell Assistent *Kelsens* an der Lehrkanzel für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien.

Der „Schüler“-Begriff erscheint bei *Dobretsberger*, *Knoll* und *Winter* insofern problematisch, als sich alle drei nicht oder nur am Rande mit Rechtstheorie im engeren Sinne beschäftigten. Doch führten sie in ihren Arbeiten Gedanken fort, die *Kelsen* in Bezug auf angrenzende Wissenschaften, wie insbesondere die Wirtschaftswissenschaften und die Soziologie, geäußert hatte. Sie blieben vor allem *Kelsens* Grundpostulat der Trennung von Sein und Sollen verpflichtet und erkannten den Wert von *Kelsens* Reiner Rechtslehre als Ideologiekritik.

Alle drei waren politisch aktiv und als „Linkskatholiken“ einzustufen, d.h. sie waren im katholischen Milieu verwurzelt und vertraten soziale, teils sozialistische gesellschafts- und wirtschaftspolitische Lehren. *Dobretsberger*, *Knoll* und *Winter* waren außerdem vor, während und nach der NS-Ära energische Anti-Nationalsozialisten und erlitten aus diesem Grund Repressalien durch das NS-Regime. Da sie nicht in das „Lagerdenken“ der Ersten und Zweiten Republik passten, gerieten sie alle früher oder später in politische Isolation.

Von den drei hier porträtierten Personen scheint es, dass sich im wissenschaftlichen Werk von *August M. Knoll* das Gedankengut *Kelsens* im Vergleich zu *Dobretsberger* und *Winter* am schwächsten niederschlug. Doch war es *Knoll*, der dieses Gedankengut an (zumindest) zwei seiner eigenen „Schüler“ weitergab, die sich in weiterer Folge intensiv mit *Kelsen* auseinandersetzten und so den „katholischen Flügel der *Hans Kelsen*-Schule“ in eine zweite Generation führten: *Ernst Topitsch* und *Norbert Leser*.

*Ernst Topitsch*¹²⁸⁾ (geb Wien 20. März 1919, gest Graz 26. Jänner 2003) ist *Kelsen*, soweit wir wissen, niemals persönlich begegnet. Aber dessen Ideologiekritik wurde sozusagen ein Leitmotiv für seine eigenen Arbeiten. Auch gab *Topitsch* kommentierte Neudrucke vieler *Kelsen*-Schriften heraus. Seine erstmals 1961 erschienene Aufsatzsammlung „Sozialphilosophie zwischen Ideologie und

¹²⁷⁾ *Bailer/Garscha/Neugebauer*, Herbert Steiner 57. Es wird ebenda übrigens auch die sonst kaum bekannte Tatsache angeführt, dass *Adolf Merkl* Ehrenpräsident des DÖW war.

¹²⁸⁾ *Acham*, Topitsch.

Wissenschaft“ widmete er *Kelsen* zu dessen 80. Geburtstag – und ebenso die 2. Auflage 1966 und die dritte Auflage 1971 zu dessen 85. und 90. Geburtstag.

*Norbert Leser*¹²⁹⁾ (geb Oberwart 31. Mai 1933, gest Eisenstadt 31. Dezember 2014) dagegen wurde nie müde zu betonen, dass er sowohl in Wien als auch in Berkeley viele Gespräche mit *Kelsen* geführt hatte; in mehreren autobiographisch-anekdotalischen Schriften führte er uns nicht nur den Meister, sondern auch viele von dessen Schülern vor Augen, und auch er gab Werke *Kelsens* neu heraus. Dem Hans Kelsen-Institut gehörte er von dessen Gründung 1971 bis 1996, ein Vierteljahrhundert, als stellvertretender Vorstandsvorsitzender an.¹³⁰⁾

Literatur

- Karl *Acham*, Topitsch, Ernst, in: *Neue Deutsche Biographie* 26 (Berlin 2016) 348–350.
- Eckhart *Arnold*, Eric Voegelin, in: Robert *Walter* / Clemens *Jabloner* / Klaus *Zeleny*, *Kreis um Kelsen* 513–552.
- Peter *Autengruber*, *Die Demokratische Union 1945–1957*, in: *Zeitgeschichte* 17 (1989/90) 249–265.
- Peter *Autengruber*, Univ.-Prof. Dr. Josef Dobretsberger – vom Bundesminister für soziale Verwaltung zum Obmann der Demokratischen Union, in: *Dokumentationsarchiv des österreichischen Widerstandes* (Hrsg), *Jahrbuch 1996* (Wien 1996) 172–203.
- Brigitte *Bailer* / Winfried R. *Garscha* / Wolfgang *Neugebauer*, Herbert Steiner und die Gründung des DÖW, in: *Dokumentationsarchiv des Österreichischen Widerstandes* (Hrsg), *Opferschicksale. Widerstand und Verfolgung im Nationalsozialismus* (= DÖW-Jahrbuch 2013, Wien 2013) 43–62.
- Frederick C. *Beiser*, *The German Historicist Tradition* (Oxford 2011).
- Dieter A. *Binder*, Josef Dobretsberger (1903–1970). Ein heimatloser Bürgerlicher, in: *Oberösterreichisches Landesarchiv* (Hrsg), *Oberösterreich. Lebensbilder zur Geschichte Oberösterreichs* 7 (Linz 1991) 171–190.
- Josef *Dobretsberger*, *Der Staatsbegriff der Reinen Rechtslehre als logisches Problem. Ein Lösungsversuch auf phänomenologischer Grundlage* (staatswiss Diss Wien 1926 [in Kopie am Hans Kelsen-Institut]).
- Josef *Dobretsberger*, *Die Begriffsbestimmung des Rechts in der Phänomenologischen Rechtsphilosophie*, in: *ZÖR* 6 (1927) 246–258; ND in: Rudolf Aladár *Métall* (Hrsg), *33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre* (Wien 1974) 47–60.
- Josef *Dobretsberger*, *Beziehungen zwischen Rechts- und Wirtschaftstheorie*, in: *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* 20 (1927) 571–590.
- Josef *Dobretsberger*, *Die Gesetzmäßigkeit in der Wirtschaft* (Wien 1927).
- Josef *Dobretsberger*, *Erkenntnistheorie und Naturrecht*, in: Alfred *Verdross* (Hrsg), *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre* (Wien 1931) 1–13.
- Josef *Dobretsberger*, [Rezension zu:] *Die Sozialmetaphysik der Scholastik*. Von E. K. Winter, in: *ZÖR* 10 (1931) 477–479.

¹²⁹⁾ *Klein*, Leser.

¹³⁰⁾ In der Diskussion, die auf den Vortrag folgte, der diesem Beitrag zugrunde liegt, hat sich zu meiner Freude Herr Univ.-Prof. DDr. *Michael Potacs* als Schüler *Norbert Lesers* und insoweit als Schüler der 3. Generation des somit fortlebenden „katholischen Flügels der Hans Kelsen-Schule“ bekannt.

- Josef *Dobretsberger*, [Rezension zu:] Erkenntnis, Wissenschaft, Philosophie. Von Arthur Baumgarten, in: ZÖR 11 (1931) 157–160.
- Josef *Dobretsberger*, Freie oder gebundene Wirtschaft? Zusammenhänge zwischen Konjunkturverlauf und Wirtschaftsform (München/Leipzig 1932).
- Josef *Dobretsberger*, Vom Sinn und Werden des neuen Staates (Graz 1934).
- Josef *Dobretsberger*, [Rezension zu:] Die soziale Frage der Gegenwart. Von Dr. Johannes Messner, in: IZTHR 9 (1935) 140.
- Josef *Dobretsberger*, [Rezension zu:] Staat, Stände und der gerechte Preis. Von Rudolf Kaulla, in: IZTHR 11 (1937) 250.
- Josef *Dobretsberger*, Katholische Sozialpolitik am Scheideweg (Graz/Wien 1947).
- Gertrude *Enderle-Burcel* (Bearb.), Protokolle des Ministerrats der Ersten Republik IX/3 (Wien 1995).
- Gertrude *Enderle-Burcel*, Josef Dobretsberger – ein politischer Grenzgänger im Ost-West-Handel, in: Gertrude *Enderle-Burcel* u.a. (Hrsg), „Zarte Bande“. Österreich und die europäischen planwirtschaftlichen Länder (= Mitteilungen des Österreichischen Staatsarchivs, Sonderband 9, Wien 2006) 131–151.
- Izhak *Englard*, Haben Kelsens Reine Rechtslehre, seine Faszination für Religion und sein Religionsverständnis einen jüdischen Hintergrund?, in: Clemens *Jablonek* u.a. (Hrsg), Secular Religion (= Schriftenreihe des HKI 34, Wien 2013) 101–111.
- Raphael *Gross*, Der Parallelismus als Gefahr. Zur „jüdischen Biographie“ von Hans Kelsen, in: Clemens *Jablonek* u.a. (Hrsg), Secular Religion (= Schriftenreihe des HKI 34, Wien 2013) 113–129.
- Bernhard *Hachleitner* u.a. (Hrsg), Die Zerstörung der Demokratie (Salzburg–Wien 2023).
- Herfried *Kier*, Herbert Kier (1900–1973). Ein deutschösterreichischer Völkerrechtler, in: Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte 16 (2015) 269–326.
- Alexander *Hold-Ferneck*, [Selbstdarstellung], in: Nikolaus *Grass* (Hrsg), Österreichische Rechts- und Staatswissenschaften der Gegenwart in Selbstdarstellungen (Innsbruck 1952) 93–103.
- Robert *Holzbauer*, Ernst Karl Winter (1895–1959). Materialien zu seiner Biographie und zum konservativ-katholischen politischen Denken in Österreich 1918–1938 (phil Diss Wien 1992).
- Hans *Kelsen*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts (Tübingen 1920) = HKW IV, 263–572.
- Hans *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie (Tübingen 1920) = HKW VI, 122–157.
- Hans *Kelsen*, Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik, in: ZÖR 2 (1921) 453–510 = HKW VI, 167–223.
- Hans *Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff (Tübingen 1922) = HKW VII, 69–350.
- Hans *Kelsen*, Gott und Staat, in: Logos 11 (1922/23) 261–284 = HKW VII, 435–458.
- Hans *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Berlin 1925).
- Hans *Kelsen*, Die Idee des Naturrechts, in: ZÖR 7 (1928) 221–250.
- Hans *Kelsen*, Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses, in: IZTHR 2 (1928) 71–94.
- Hans *Kelsen*, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus (Charlottenburg 1928).
- Hans *Kelsen*, Die platonische Gerechtigkeit, in: Kant-Studien 38 (1933) 91–117.
- Hans *Kelsen*, Staatsform und Weltanschauung (Tübingen 1933).
- Hans *Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ (Leipzig/Wien 1934).

- Hans *Kelsen*, In eigener Sache, in: ZÖR NF 15 (1965) 106–107.
- Hans *Kelsen*, Professor Marcic's Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: ZÖR NF 16 (1965) 270–273.
- Hans R. *Klecatsky* / René *Marcic* / Herbert *Schambeck* (Hrsg), Die Wiener Rechtstheoretische Schule² (Wien 2010).
- Hans-Dieter *Klein*, Norbert Leser, in: Almanach der Österreichischen Akademie der Wissenschaften 163/164 (Wien 2015) 661–669.
- August M. *Knoll* ua., Die katholische Aktion. Programmatische Studien (Wien 1927).
- August M. *Knoll*, Der Zins in der Scholastik (Innsbruck/Wien/München 1933)
- August M. *Knoll*, Katholische Kirche und scholastisches Naturrecht. Zur Frage der Freiheit² (Neuwied/Berlin 1968).
- Robert *Kriechbaumer*, Geschichte der ÖVP, in: Robert *Kriechbaumer* / Franz *Schausberger* (Hrsg), Volkspartei – Anspruch und Realität (Wien/Köln/Weimar 1995) 11–101.
- Norbert *Leser*, Grenzgänger. Österreichische Geistesgeschichte in Totenbeschwörungen I (Wien/Köln/Graz 1981).
- Norbert *Leser*, Genius Austriacus. Beiträge zur politischen Geschichte und Geistesgeschichte Österreichs² (Wien/Köln/Graz 1986).
- Norbert *Leser*, Skurrile Begegnungen. Mosaik zur österreichischen Geistesgeschichte (Wien/Köln/Graz 2011).
- Gerhard *Luf*, Naturrechtsdenken im Banne Kelsens. Erwägungen zum Verhältnis von Kelsen und Verdross, in: Thomas *Olechowski* u.a. (Hrsg), Grundlagen der österreichischen Rechtskultur. Festschrift für Werner Ogris zum 75. Geburtstag (Wien/Köln/Weimar 2010) 238–253.
- Rudolf Aladár *Métall* (Hrsg), 33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre (Wien 1974).
- Rudolf Aladár *Métall*, Die politische Befangenheit der Reinen Rechtslehre (1936), in: Rudolf Aladár *Métall* (Hrsg), 33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre (Wien 1974) 254–272.
- Gilbert *Norden* / Christoph *Reinprecht* / Ulrike *Froschauer*, Frühe Reife, späte Etablierung: Zur diskontinuierlichen Institutionalisierung der Soziologie an der Alma Mater Rudolphina Vindobonensis, in: Karl Anton *Fröschl* u.a. (Hrsg), Reflexive Innensichten aus der Universität (= 650 Jahre Universität Wien 4, Göttingen 2015) 165–177.
- Thomas *Olechowski*, Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers² (Tübingen 2021).
- Thomas *Olechowski*, Österreichs erstes Volksbegehren? Johannes Ude, Adolf Merkl und der Kampf gegen den Alkohol, in: BRGÖ 13 (2023) 194–208.
- Thomas *Olechowski* / Tamara *Ehs* / Kamila *Staudigl-Ciechowicz*, Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1918–1938 (= Schriften des Archivs der Universität Wien 20, Wien 2014).
- Hugo *Pepper*, Ernst Karl Winter und die Sozialdemokratie – im Spiegel von AZ und Kampf, in: Dokumentationsarchiv des österreichischen Widerstandes (Hrsg), Jahrbuch 1996 (Wien 1996) 150–171.
- Anselm *Skuhra* / Reinhard *Heinisch*, René Marcic, die Wiedererrichtung der Universität Salzburg und die Gründung der Politikwissenschaft, in: Erwin *Bader* / Paul R. *Tarmann* (Hrsg), Um Mensch und Recht (Wien 2021) 1–47.
- Michael *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland III (München 1999).
- Robert *Walter* / Clemens *Jablöner* / Klaus *Zeleny* (Hrsg), Der Kreis um Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre (= Schriftenreihe des HKI 30, Wien 2008).

- Ernst Karl *Winter*, Der Kulturkreis der Viktoriden, in: Bündnerisches Monatsblatt 1927, 222–236 und 280–292.
- Ernst Karl *Winter*, Die Sozialmetaphysik der Scholastik (= Wiener Staats- und Rechtswissenschaftliche Studien NF 16, Leipzig/Wien 1929).
- Ernst Karl *Winter*, Die Sozialmetaphysik der Scholastik, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 87 (1929) 120–136.
- Ernst Karl *Winter*, Der paternale Staat, in: ZÖR 10 (1931) 213–257.
- Ernst Karl *Winter*, Der wahre Staat in der Soziologie des Rechtes, in: ZÖR 11 (1931) 161–205.
- Ernst Karl *Winter*, Probleme der Religionssoziologie, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 91 (1931) 259–298.
- Fabio *Wolkenstein*, Hans Kelsen on political Catholicism and Christian Democracy, in: European Journal of Political Theory 23 (2024) 457–476.

Personenregister

Es wurden nur namentliche Nennungen im Haupttext erfasst.
Von einer Aufnahme Hans Kelsens wurde Abstand genommen.

Alighieri, Dante	2	Fleischer, Georg	118
Amselek, Paul	69, 72, 80–83	Frank, Jerome	140
Bauer, Otto	29	Franz Joseph I., Ks. v. Österreich	18
Bayly, Christopher	38	Freud, Sigmund	53, 58 f, 62
Bernatzik, Edmund	22, 108	Frisch, Hans	164
Bierling, Ernst Rudolf	30	Fuchs, Margit → Kraft-Fuchs Margit	
Böhm v. Bawerk, Eugen	86	Fuller, Lon	96, 135
Boltzmann, Ludwig	61 f	Gerber, Carl Friedrich	30
Boyer, John	91	Gleispach, Wenzel	164
Bülow, Heinrich v.	30	Goldscheid, Rudolf	61
Cassirer, Ernst	57 f, 158	Gross, Raphael	10
Cohen, Felix	138	Habsburg-Lothringen, Otto	135
Cohen, Hermann	158	Haenel, Albert	30
Cook, Walter Wheeler	131	Hayek, Friedrich August	86, 88, 94–102
Cossio, Carlos	83, 141	Heckel, Johannes	9
de Walle, Elisabeth		Hirsch, Hans	164
→ Ephrussi, Elisabeth		Hitler, Adolf	165
Degenfeld-Schonburg, Ferdinand	161, 163	Hobbes, Thomas	2, 97
Dewey, John	73	Hold-Ferneck, Alexander	159–161
Dobretsberger, Josef	128, 149–155, 158, 168	Holmes, Oliver Wendell Jr.	134
Dollfuß, Engelbert	156, 162, 164 f	Horvath, Barna	120, 122
Dopsch, Alfons	164	Hugelmann, Karl Gottfried	161
Dreier, Horst	1 f, 4	Hume, David	130
Duguit, Léon	113, 128–131	Husserl, Edmund	69–73, 75–77, 79–81
Ehrlich, Eugen	39	Jabloner, Clemens 1,	10, 114–117, 148
Ehs, Tamara	108	Jellinek, Georg	23, 30, 56 f, 59 f
Einstein, Albert	129 f	Jestaedt, Matthias	1, 14, 131
Englard, Izhak	9	Jhering, Rudolph v.	30
Ephrussi, Elisabeth (de Walle, Elisabeth)	3, 115–117, 121 f, 126 f, 140	Kant, Immanuel	2, 56 f, 62 f, 150
Exner, Franz	53, 61	Kaufmann, Felix	3, 69, 73 f, 80 f, 86, 112, 127, 159
Fischer, Ernst	154	Kelsen, Grete	112, 115, 121
Fleischer, Friedrike (Mann, Friederike)	118	Kestenber, Judith (Silberpfennig, Ida)	133
		Kier, Herbert	150

- | | | | |
|--------------------------|---|--|---------------------------------------|
| Klecatsky, Hans R. | 147–149 | Polanyi, Paul | 90 |
| Klinghoffer, Hans | 3, 40 f | Posner, Richard | 94, 96, 98 f |
| Knoll, August Maria | 149, 156 f,
162–168 | Pound, Roscoe | 137, 139 f |
| Koja, Friedrich | 1 | Radbruch, Gustav | 140 |
| Köstler, Rudolph | 163 | Radnitzky, Ernst | 22 f |
| Kraft, Julius | 117–119 | Rand, Rose | 120 |
| Kraft-Fuchs, Margit | 3, 117–119, 121,
122, 126–128, 140 | Renner, Karl | 22, 27 f |
| Kraus, Josef Gaston | 149 | Resch, Margarete → Métall, Margarete | |
| Kunz, Josef | 128, 159 | Riegl, Alois | 53, 61 |
| Laband, Paul | 30, 63 | Riegl, Walter Benjamin | 61 |
| Lauterpacht, Hersch | 134 | Rohatyn, Gisela | 3, 119–122,
126–128, 140 |
| Layer, Max | 150, 164 | Ross, Alf | 114 |
| Leibniz, Gottfried | 73, 76 | Röwekamp, Marion | 140 |
| Lepsius, Oliver | 1 | Sacher-Masoch, Leopold | 40 |
| Leser, Norbert | 149, 156, 168, 169 | Sachs, Hanns | 133 |
| Lingg, Emil | 21 | Sander, Fritz | 112, 159 |
| Llewellyn, Karl | 135 | Sayre, Paul | 137 f |
| Locke, John | 2 | Schafer, Felix | 85, 89 f |
| Lukas, Josef | 22 | Schambeck, Herbert | 147–149 |
| Mach, Ernst | 53, 58, 59, 62 | Scheler, Max | 150 |
| Mann, Friederike | | Schlick, Moritz | 132, 136 |
| → Fleischer, Friederike | | Schmitt, Carl | 9, 56, 119, 121 f, 141 |
| Marcic, René | 147–149 | Schmitz, Richard | 162 |
| Mayer, Hans | 87 f, 114, 150, 163 | Schnitzler, Arthur | 123 |
| Mayer, Heinz | 1 | Schorske, Carl | 53 |
| Meitner, Lise | 87 | Schreier, Fritz | 3, 69, 72 f, 75–77,
80 f, 112, 159 |
| Menger, Carl | 86, 88 | Schröder, Jan | 117 |
| Menzel, Adolf | 110, 129, 131, 149 | Schrödinger, Erwin | 87 |
| Merkl, Adolf | 3, 27, 29f, 35, 41, 112,
117, 140, 148, 159, 164 | Schuett, Robert | 1 |
| Merleau-Pontys, Frederic | 81, 83 | Schumpeter, Joseph | 88, 100–102 |
| Métall, Margarete | | Schuschnigg, Kurt | 153, 164 f |
| (Resch, Margarete) | 121 f | Schütz, Alfred | 69, 77–80 |
| Métall, Rudolf | 3, 121, 149 | Schwarzwald, Eugenie | 108 |
| Miklas, Wilhelm | 162 | Schwind, Ernst v. | 89, 157, 160 |
| Mises, Ludwig v. | 77, 86 f, 88, 91, 93 | Seidler-Feuchtenegg, Ernst v. | 26 |
| Montesquieu, Charles de | 94 | Seipel, Ignaz | 163 |
| Natorp, Paul | 158 | Silberpfennig, Henryka →
Silving, Helen | |
| Olechowski, Thomas | 7, 26, 112 | Silberpfennig, Hirsch | 123 |
| Oppenheimer, Franz | 118 | Silberpfennig, Ida > Kestenberg, Judith | |
| Orel, Anton | 156 | Silberpfennig, Salomea | 123, 125, 127 |
| Otaka, Tomoo | 69, 77, 79 f | Silverman, Paul | 85, 91, 92 |
| Patterson, Edwin | 135 | Silving, Helen (Silberpfennig,
Henryka) | 112, 115, 121 f, 123–141 |
| Pitamic, Leonidas | 3, 112, 119 | | |

Smend, Rudolf	39	Verdross, Alfred	3, 33–35, 79, 112 f, 126 f, 140, 148, 157, 159, 161, 167
Sorokin, Pritim	134	Vinx, Lars	2
Spann, Othmar	87–89, 110, 114, 151, 156 f, 159 f, 164 f	Voegelin, Eric(h)	39, 116, 128, 149 f, 159
Spiegel, Ludwig	20	Waismann, Friedrich	129, 132
Stahl, Friedrich Julius	9	Walter, Robert	1, 148
Starhemberg, Ernst Rüdiger	165	Weber, Max	77 f
Sterba, Richard	133	Wettstein, Richard	60
Stoerk, Felix	21	Weyr, Franz (František)	3, 22 f, 113
Stöger-Steiner, Rudolf v.	26 f	Wieser, Friedrich	86, 88–92, 102, 110, 114, 151
Stolleis, Michael	12, 21, 119	Wilczek, Ferdinand	166
Stutz, Ulrich	12	Winter, Ernst Karl	149, 154, 156–168
Tezner, Friedrich	21, 23–26	Winternitz, Emanuel	86
Thun-Hohenstein, Leo v.	19, 30	Wittgenstein, Ludwig	53, 86
Timms, Edward	85	Zehentbauer, Franz	163
Topitsch, Ernst	149, 167 f	Zeiller, Franz Anton v.	18
Treves, Renato	58	Zeleny, Klaus	148
Ude, Johannes	155	Zweig, Stefan	123
Ulbrich, Josef	20		
Ule, Hermann	9		

In der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts entwickelte sich in Wien eine eigene „Wissenschaftskultur“. Auf dem Gebiet der Staats- und Rechtswissenschaften kam sie insbesondere durch die von Hans Kelsen begründete Wiener Rechtstheoretische Schule zum Ausdruck. Dieser „**österreichischen Wissenschaftskultur**“ und ihren **Besonderheiten auf dem Gebiet der Staats- und Rechtswissenschaften** widmete sich ein Symposium, welches anlässlich des 50. Todestages von Hans Kelsen im Oktober 2023 am österreichischen Verwaltungsgerichtshof stattfand und vom Hans Kelsen-Institut Wien (Bundesstiftung) in Kooperation mit der Forschungsstelle für Rechtsquellenerschließung (FRQ) der Universität Wien und dem Institut für Kulturwissenschaften (IKW) der Österreichischen Akademie der Wissenschaften veranstaltet wurde.

Der vorliegende Band fasst die Beiträge des Symposiums zusammen. Er wirft ein **facettenreiches Licht** auf die **Wiener Schule der Rechtstheorie**: untersucht werden der Einfluss der Habsburgermonarchie sowie Verbindungen mit den Wissenschaftszirkeln und philosophischen Strömungen jener Zeit. Auch die Beiträge weiblicher Wissenschaftlerinnen und die Rolle von Vertretern des „katholischen Flügels“ des Kreises um Hans Kelsen werden beleuchtet.

Die Autorinnen und Autoren:

Horst Dreier, Würzburg; **Johannes Feichtinger**, Wien; **Franz L. Fillafer**, Wien; **Miriam Gassner**, Wien/Freiburg i.B.; **Clemens Jabloner**, Wien; **Sophie Loidolt**, Darmstadt; **Thomas Olechowski**, Wien; **Rudolf Thienel**, Wien.

ISBN 978-3-214-26068-2

