

# STELLUNGNAHMEN UND BERICHTE

## Kelsens Völkerrechtslehre zwischen Erkenntnistheorie und Politik

*András Jakab\**

Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, inwieweit die Völkerrechtslehre Hans Kelsens von seinem neukantianischen erkenntnistheoretischen Ausgangspunkt, oder aber von seiner politischen Haltung geprägt wurde.<sup>1</sup> Erkenntnistheoretisch in diesem Sinne heißt “aus denknötwendigen vorherigen (*a priori*) Überlegungen folgend”. Das eigentliche Programm des Neukantianismus war nämlich für andere Disziplinen als die der Naturwissenschaften die denknötwendigen Grundlagen ihrer Verfahren und Vorgehensweisen zu erarbeiten.<sup>2</sup> Der berühmteste Verfechter dieses Programms im Bereich der Rechtswissenschaften war Hans Kelsen. Seine Herangehensweise wurde vom Marburger Neukantianismus (insb. Cohen)<sup>3</sup> geprägt, d.h. von einem stark logisierend-systematisierenden Denkstil. Was im System Kelsens gegenüber anderen bekannten neukantianischen Rechtsphilosophen (Stammler, Lask)<sup>4</sup> ganz neu war, war seine strikte rechtswissenschaftliche Wertabstinenz. Er betrachtete nämlich die Werte als Ergebnis persönlicher, subjektiver und willkürlicher Entscheidungen – und als solche dem objektiven (rechts)wissenschaftlichen Zugang verwehrt.<sup>5</sup>

---

\* Lecturer in law, The Nottingham Trent University, Nottingham; e-mail: andras.jakab@ntu.ac.uk. Zugleich eine Besprechung von Jochen von Bernstorff, *Der Glaube an das universale Recht. Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler*, Baden-Baden 2001.

<sup>1</sup> Für gründliche Kritik bzw. wertvolle Anregungen danke ich Anne van Aaken, Armin von Bogdandy, Ulrich Beyerlin, Sergio Dellavalle, Andrea Ernst, Matthias Goldmann und Joseph Windsor.

<sup>2</sup> Horst Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden 1986, 70.

<sup>3</sup> Hermann Cohen, *Ethik des reinen Willens*, 2. Aufl., Berlin 1907.

<sup>4</sup> Rudolf Stammler, *Die Lehre vom richtigen Rechte*, Berlin 1902; Emil Lask, *Rechtsphilosophie*, in: ders., *Gesammelte Schriften*, Bd. 1, Tübingen 1923, 275 ff.

<sup>5</sup> Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925, 27 ff., insb. 44.

Für K e l s e n hieß politisch “von den persönlichen Wertentscheidungen abhängig” – und damit gegensätzlich zu “wissenschaftlich” oder “erkenntnistheoretisch”.<sup>6</sup>

In diesem Aufsatz wird aber nicht nur untersucht, ob K e l s e n s Völkerrechtslehre den politischen Komponenten ganz entbehrte (d.h. ob sie dem ursprünglichen Programm völlig gerecht werden konnte), sondern auch, ob er die eventuell doch politische Komponente seiner Theorie als unpolitisch “verkaufen” wollte oder ob er eben diese zwei Ebenen (die juristische und die rechtspolitische Ebene) voneinander getrennt hielt.

K e l s e n s völkerrechtliche Lehren lassen sich in zwei große Gruppen einteilen: 1. die das Völkerrecht beschreibenden Lehren und 2. die Lehren *de lege ferenda*. Im Folgenden wird versucht, Schlüsselemente seiner Völkerrechtslehre im Einzelnen auf der Grundlage der ersten Gruppe zu rekonstruieren, um feststellen zu können, inwieweit diese von seinem erkenntnistheoretischen Standpunkt bzw. seiner politischen Einstellung beeinflusst waren.<sup>7</sup> Es soll also weder die gesamte Völkerrechtslehre K e l s e n s rekonstruiert noch untersucht werden, ob K e l s e n “Recht hatte”, sondern nur der Frage nach dem politischen bzw. erkenntnistheoretischen Einfluss in seiner Lehre nachgegangen werden.

## 1. Die Grundnorm

Die Grundnorm ist das vielleicht bekannteste Element der Rechtslehre K e l s e n s. Sie ist nicht spezifisch für seine Völkerrechtslehre, sondern Teil seiner allgemeinen Rechtslehre. Um allerdings seine Völkerrechtslehre zu verstehen, muss hier kurz auf die Funktion eingegangen werden, die K e l s e n ihr beimisst.

K e l s e n geht von zwei neukantianischen wissenschaftstheoretischen Prämissen aus: Nach der einen sind Sein und Sollen streng getrennt (Disparität von Sein und Sollen).<sup>8</sup> Nach der zweiten verlangt Wissenschaft Objektivität. Nun soll näher darauf eingegangen werden, wie diese zur Konstruktion der Grundnorm geführt haben.

Die erste zu beantwortende Frage ist, woher die Geltung der Rechtsnormen kommt. Da nach K e l s e n Sein und Sollen voneinander getrennt sind (also keines der beiden aus dem anderen folgt), kann die Geltung einer Rechtsnorm (also eines Sollens) nur aus einer anderen Norm (also aus einem anderen Sollen) folgen. Die Norm, aus der die Geltung einer anderen Norm abgeleitet wird, heißt “bedingende Norm”; und die Norm, die aus ihr ihre Geltung ableitet, heißt “bedingte Norm”. Wenn man immer weiter nachfragt, woher die Geltung der bedingenden Norm,

<sup>6</sup> Hans K e l s e n, *Reine Rechtslehre*, Wien 1934 (im weiteren RR1), 16 ff.

<sup>7</sup> Die Ansichten *de lege ferenda* (Vorschläge) bleiben hier also grundsätzlich außer Acht. Die Ansichten *de lege ferenda* sind ja bereits *per definitionem* (rechts)politisch.

<sup>8</sup> D r e i e r (Anm. 2), 29 ff., 43 ff.

und woher die Geltung der sie bedingenden Norm kommt, dann gelangt man notwendigerweise zu einem Ausgangspunkt. Dieser ist die Grundnorm.<sup>9</sup>

Allerdings ist der Bereich des Sollens für unsere Sinnesorgane unerreichbar. Daher kann man die Grundnorm nicht mit empirischen Erfahrungen begründen, sondern entweder aus einer postulierten vorgefassten Norm ableiten oder eben nur als theoretisches Konstrukt annehmen. Das Postulieren einer vorgefassten Norm wäre eine naturrechtlich-ontologische Begründung.<sup>10</sup> Die Möglichkeit der naturrechtlichen Begründung scheidet aber für Kelsen aus, da Naturrecht für ihn (im Gegensatz zu anderen Kantianern) ein subjektives und damit willkürliches Postulat ist. Da er aber unbedingt wissenschaftlich bleiben möchte<sup>11</sup> und Wissenschaft für ihn Objektivität verlangt, kann er ein solches subjektives Element nicht als Begründung akzeptieren.

Die Grundnorm ist also im System der Reinen Rechtslehre<sup>12</sup> nur eine Annahme. Daraus folgt aber, dass die ganze Rechtsordnung nur eine Annahme ist (ihre Existenz wird nämlich aus der Grundnorm abgeleitet). Diese angenommene Rechtsordnung wird als Deutungsschema benutzt, um die Seins-Geschehen als Rechtsverletzung oder als Rechtsbefolgung zu interpretieren.

Diese Annahme muss von jedem Einzelnen selbst vorgenommen werden, sie kann nicht erzwungen werden. Ein Anarchist wird diese Annahme nicht durchführen und er wird das Deutungsschema der Rechtsordnung nie benutzen:<sup>13</sup> Für ihn bleiben die erfahrenen Zwangsmaßnahmen immer nur Erlebnisse reiner Machtausübung und werden nicht als Rechtsverletzung oder als Rechtsbefolgung interpretiert.<sup>14</sup> Dieser Akt der Annahme ist die persönliche und nicht-denknotwendige Entscheidung des Einzelnen.

Aus dem Annahmekarakter der Grundnorm (und damit der ganzen Rechtsordnung) folgt noch etwas, was am besten als rechtstheoretischer Solipsismus bezeichnet werden könnte: Jeder Rechtswissenschaftler hat die Rechts-

---

<sup>9</sup> Zu Veränderungen der Formulierungen der Grundnorm bei Kelsen s. François Rigaux, Hans Kelsen on International Law, EJIL 1998, 328.

<sup>10</sup> Zu einem solchen Versuch s. Alfred Verdross, Die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechts, in: Alfred Verdross (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. FS für Hans Kelsen, Wien 1931, 354 ff.

<sup>11</sup> S. Martti Koskenniemi, The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960, New York 2002, 249.

<sup>12</sup> Es ist zu bemerken, dass Kelsen den Ausdruck "reine Rechtslehre" zuerst in einem völkerrechtlichen Werk (als Untertitel) benützt hat, s. Hans Kelsen, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen 1920.

<sup>13</sup> Mit den Worten Kelsens: "an anarchist, for instance, who denied the validity of the hypothetical basic norm of positive law [...], will view its positive regulation of human relationships (such as property, the hiring contract) as mere power relations", s. Hans Kelsen: General Theory of Law and State, Cambridge Mass. 1945, 413.

<sup>14</sup> Man könne auch das internationale Leben als nur dem Machtprinzip unterliegende Anarchie auffassen, s. Hans Kelsen, Law and Peace in International Relations. The Oliver Wendell Holmes Lectures 1940-41, Cambridge Mass. 1942, 48, 54.

ordnung nur in seinen Gedanken als Annahme und benutzt sie als Deutungsschema.<sup>15</sup>

Es zeigt sich also, dass die Idee der Grundnorm selbst zwar erkenntnistheoretisch (konkret: von der neukantianischen Disparität von Sein und Sollen) bedingt ist (sie ist also unpolitisch), deren konkrete Annahme durch jeden Juristen ist aber – auch gemäß Kelsen – immer verbunden mit einer persönlichen politischen Entscheidung.

## 2. Der Monismus

Das nächste Schlüsselement von Kelsens Völkerrechtslehre ist der Monismus. Danach sind Völkerrecht und staatliche Rechtsordnungen Teile einer einheitlichen Rechtsordnung. Die staatlichen Rechtsordnungen sind nur Teil-Rechtsordnungen einer großen Rechtsordnung.<sup>16</sup> Kelsen versteht den Monismus allerdings nur als rechtstheoretische Konstruktion, die über die tatsächliche Gestaltung der Beziehungen zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht nichts aussagt.<sup>17</sup>

Um seinen Standpunkt zu unterstützen, bedient sich Kelsen eines Hauptarguments und zweier zusätzlicher Argumente. Paradoxe Weise schreibt er mehr über die zusätzlichen Argumente als über das Hauptargument. Oft wird es nur mit einem Halbsatz am Anfang der entsprechenden Argumentation abgehandelt, um dann im weiteren Verlauf nur noch über die zwei anderen Argumente zu sprechen.

Sein Hauptargument folgt aus seinem neukantianischen erkenntnistheoretischen Standpunkt. Er beginnt seine Gedankenführungen immer mit einem Hinweis darauf, dass die Einheit der Rechtsordnung ein erkenntnistheoretisches Postulat ist.<sup>18</sup> Kelsen führte leider nicht detailliert aus, woran er dabei dachte. Für eine nähere Analyse muss deshalb die neukantianische Erkenntnistheorie, also Kelsens wissenschaftstheoretischer Hintergrund betrachtet werden. Gemäß der neukantianischen Erkenntnistheorie ist es die Methode, die den Gegenstand erzeugt. Folglich hat man, wenn man verschiedene Methoden anwendet, eigentlich verschiedene Un-

<sup>15</sup> Zu Recht kann gefragt werden, ob diese Deutungsschemata (also die Rechtsordnungen) überhaupt (zumindest inhaltlich) dieselben sind. Viel spricht dafür, dass es nicht ganz der Fall ist, da gemäß Kelsen die Auslegung des Rechts immer ein subjektives Element beinhaltet, s. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien 1960 (im weiteren RR2), 346 ff. Das heißt also, dass jeder Rechtswissenschaftler ein teilweise anderes Deutungsschema in seinem Kopf hat. Dieser allgemeinen Frage der Reinen Rechtslehre kann hier allerdings nicht weiter nachgegangen werden.

<sup>16</sup> Kelsen, RR1 (Anm. 6), 138, 150.

<sup>17</sup> Theo Öhlinger, *Der völkerrechtliche Vertrag im staatlichen Recht. Eine theoretische, dogmatische und vergleichende Untersuchung am Beispiel Österreichs*, Wien 1973, 96.

<sup>18</sup> "Die Einheit des Erkenntnisstandpunktes fordert gebieterisch eine monistische Anschauung." Kelsen (Anm. 12), 123; "The unity of national law and international law is an epistemological postulate." Kelsen (Anm. 13), 373; "It is logically not possible to assume that simultaneously valid norms belong to different mutually independent systems." *ibid.*, 363.

tersuchungsgegenstände.<sup>19</sup> Und wenn man eine einheitliche Methode (nämlich die juristische Methode) benutzt, dann muss auch der Untersuchungsgegenstand einheitlich sein.<sup>20</sup>

Sein erstes zusätzliches Argument folgt ebenfalls aus der neukantianischen Erkenntnistheorie. Danach können Kollisionen zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht nur dann gelöst werden, wenn sie entweder als eine einheitliche (widerspruchsfreie) Rechtsordnung aufgefasst werden,<sup>21</sup> oder wenn es eine dritte, höhere Ordnung gäbe, die über die Kollision entscheidet, die es aber nicht gibt. Die Gedankenführung ist auf den ersten Blick ein Zirkelschluss: sie setzt die Widerspruchsfreiheit voraus, um daraus die Einheitlichkeit (also auch die Widerspruchsfreiheit) abzuleiten. Aber nur auf den ersten Blick. Es geht hier nämlich schon wieder um die gegenstandserzeugende Kraft der Methode: Wenn nämlich die Methode den Gegenstand erzeugt, dann muss der Gegenstand ein in sich widerspruchsfreier sein.<sup>22</sup> So betrachtet ist dieses Argument allerdings identisch mit dem ersten.

Das zweite zusätzliche Argument für die Einheit der Rechtsordnungen ist die Tatsache, dass man Verweise von einer Rechtsordnung auf die andere findet. Wem z.B. völkerrechtliche Immunität gebührt, wird vom innerstaatlichen Recht (mit-)

---

<sup>19</sup> K e l s e n (Anm. 12), 10 f.; Hans K e l s e n, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 2. Aufl., Tübingen 1928, 106.

<sup>20</sup> Treffend Danilo Z o l o, Hans Kelsen: *International Peace through International Law*, EJIL 1998, 323: "Kelsens's monistic assumption stands or falls with the neo-Kantian philosophy from which it derives." Zur Unterstützung der neukantianischen Auffassungen wurden in der Wiener Schule auch Entwicklungen der Theorie der modernen Physik benutzt, s. Alfred V e r d r o s s, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*, Tübingen 1923, V. (V e r d r o s s zitiert aus dem Buch: Max Planck, *Die Einheit des physikalischen Weltbildes*, 1909): "Sehen wir genauer zu", schreibt Planck, 'so glich das alte System Physik gar nicht einem einzigen Bilde, sondern viel eher einer Gemäldesammlung; denn für jede Klasse von Naturerscheinungen hatte man ein besonderes Bild. Und diese verschiedenen Bilder hingen nicht miteinander zusammen; man konnte eines von ihnen entfernen, ohne die anderen zu beeinträchtigen. Das wird in dem zukünftigen physikalischen Weltbild nicht möglich sein. Kein einziger Zug desselben wird als unwesentlich fortgelassen werden können; jeder ist vielmehr unentbehrlicher Bestandteil des Ganzen und besitzt als solcher eine bestimmte Bedeutung für die beobachtete Natur und umgekehrt wird und muss jede beobachtete physikalische Erscheinung in dem Bilde einen genauen ihr entsprechenden Platz finden.' Diese Worte gelten sowohl in historischer, wie in programmatischer Richtung auch für die positive Rechtswissenschaft."

<sup>21</sup> K e l s e n (Anm. 13), 408: "If there should be two actually different systems of norms, mutually independent in their validity ... both of which are related to the same object (in having the same sphere of validity), insoluble logical contradiction could not be excluded. The norm of one system may prescribe conduct A for a certain person, under a certain condition, at a certain time and place. The norm of the other system may prescribe, under the same conditions and for the same person, conduct non-A. This situation is impossible for the cognition of norms."

<sup>22</sup> K e l s e n (Anm. 13), 373: "A jurist who accepts both sets of valid norms must try to comprehend them as parts of one harmonious system." Treffende Kritik der Widerspruchsfreiheitstheorie K e l s e n s von Herbert H a r t: *Kelsen's Doctrine of the Unity of Law*, in: ders., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford 1983, 309 ff.

bestimmt, nämlich dadurch, dass das Staatsoberhaupt gemäß dem innerstaatlichen Recht bestimmt wird.<sup>23</sup>

Der Monismus ist in der Völkerrechtslehre Kelsens also eindeutig erkenntnistheoretisch und nicht politisch motiviert.<sup>24</sup>

### 3. Primat des Völkerrechts

Im Gegensatz zum eben ausgeführten Monismus ist Kelsens Idee des Primats des Völkerrechts Ergebnis einer politischen Wahl.<sup>25</sup> Ihm zufolge ist eine monistische Konstruktion mit dem Primat des innerstaatlichen Rechts genauso konsequent wie eine mit dem Primat des Völkerrechts.<sup>26</sup> In seinen Worten:

“In our choice between the two hypotheses we are [...] free [...],[...] the choice [...] cannot be made for us by the science of law and has no effect on it. The choice between the primacy of international law and the primacy of national law is, in the last analysis, the choice between two basic norms: the basic norm of the international and the basic norm of the national legal order. [...] [T]he basic norm of a legal order is a hypothesis of juristic thinking, not a norm of positive law. Such a hypothesis may or may not be accepted. It must be accepted only if one wishes to interpret social relations as legal relations. But such interpretation is only possible, not necessary. As we are free to accept or not to accept the hypothesis of a basic norm, we are free to choose between the basic norm of international law and the basic norm of national law as the fundamental basis of our interpretation of the world of law.

It may be that our choice, though not determined by the science of law, is guided by ethical or political preferences. A person whose political attitude is that of nationalism and imperialism may be inclined to accept as a hypothesis the basic norm of his own national legal order; in other terms, he may proceed on the primacy of national law. A person whose sympathy is for internationalism and pacifism may be inclined to accept as a hypothesis the basic norm of international law and thus proceed from the primacy of international law. From the point of view of the science of law, it is irrelevant which hy-

<sup>23</sup> Kelsen (Anm. 13), 342 f. Treffende Kritik des Arguments von diesem “completion relationship” (Ausdruck von Hart) auch von Hart (Anm. 22), 309 ff.

<sup>24</sup> Anders Jochen von Bernstorff, *Der Glaube an das universale Recht. Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler*, Baden-Baden 2001, 70, nach dem das Postulat der Einheit von Kelsen “später als das Ergebnis der erkenntnistheoretischen Grundannahme der gegenstandserzeugenden Kraft der Methode dargestellt” wurde. M.E. wurde aber diese Einheit nicht nur als solche “dargestellt”, sondern es war – wie gezeigt – dies tatsächlich.

<sup>25</sup> Ausgeführt z.B. Hans Kelsen: *Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht*, in: *Abhandlungen zum Völkerrecht. FS Aleksandr N. Makarov*, Stuttgart 1958, 234 ff.

<sup>26</sup> Diese Wahlhypothese wurde auch von den Mitgliedern der Wiener Schule kritisiert, s. Alfred Verdross, *Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung und der Strafanspruch der Staaten*, Berlin 1920, 33 ff.; Alfred Verdross, *Grundlagen und Grundlegungen des Völkerrechts*, Niemeyer’s Zeitschrift für Internationales Recht 1921, 82 f.; Josef L. Kunz, *Völkerrechtswissenschaft und reine Rechtslehre*, Leipzig/Wien 1923, 82.

pothesis one chooses. But from the point of view of politics, the choice may be important since it is tied up with the ideology of sovereignty.”<sup>27</sup>

Aus dem Primat des Völkerrechts folgt sowohl die Abgrenzungsfunktion<sup>28</sup> des Völkerrechts als auch der Stufenbau der Völkerrechtsquellen.<sup>29</sup> In diesem Sinne sind diese auch Konsequenzen der politischen Entscheidung für das Primat des Völkerrechts.

Dieses Element der Völkerrechtslehre Kelsens ist also eindeutig (von Kelsen kenntlich gemacht) politisch.<sup>30</sup>

#### 4. Die Doktrin vom *bellum iustum*

Das nächste zu untersuchende Schlüsselement von Kelsens Völkerrechtslehre ist die Doktrin vom *bellum iustum*. Danach sind Kriege entweder Völkerrechtsverletzungen oder Sanktionen.<sup>31</sup> Bei Letzteren spricht man vom *bellum iustum*.<sup>32</sup> Damit wollte Kelsen beweisen, dass das Völkerrecht auch eine zwangsbewehrte Ordnung ist. Nach Kelsen muss nämlich jede Rechtsordnung auch eine Zwangs-

<sup>27</sup> Hans Kelsen, *Principles of International Law*, New York 1952, 446 f.

<sup>28</sup> Die Geltungsbereiche der staatlichen Rechtsordnungen (d.h. die Staaten) werden durch das Völkerrecht voneinander abgegrenzt, s. Kelsen (Anm. 27), 207 ff., Kelsen, RR1 (Anm. 6), 147 ff. Das Primat des staatlichen Rechts (als eine Konsequenz einer imperialistischen politischen Haltung) kann diese Abgrenzungsfunktion nicht (oder zumindest nicht als rechtliche Verpflichtung) leisten: Ein Imperialist braucht ja eh keine Abgrenzung.

<sup>29</sup> Der Stufenbau des positiven Völkerrechts sieht nach Kelsen folgendermaßen aus: Völkergewohnheitsrecht (dessen Teil ist auch die Regel *pacta sunt servanda*) – Völkervertragsrecht – Entscheidungen internationaler Organe, s. Kelsen (Anm. 27), 303 ff. Beim Primat des staatlichen Rechts stammt auch die Geltung der Regel *pacta sunt servanda* aus dem staatlichen Rechtssystem, d.h. der jeweilige Staat kann jederzeit diesen Delegationszusammenhang negieren, und damit die Geltung dieser Regel für ihn aufheben. Somit erweist sich eine solche Selbstverpflichtungslehre (im Sinne von Georg Jellinek) für Kelsen als unmöglich, da die völkerrechtlichen Verpflichtungen jederzeit gekündigt werden können. Dies heißt, dass das Primat des staatlichen Rechts zur Leugnung des Völkerrechts führt: im System Kelsens ist ein solcher Stufenbau der Völkerrechtsquellen (und das Völkerrecht selbst) nur mit dem Primat des Völkerrechts möglich.

<sup>30</sup> Nach von Bernstorff (Anm. 24), 93 ist allerdings die Wahlhypothese Kelsens unehrlich, weil er das Primat des Staatsrechts in jedem Fall immer *ad absurdum* geführt hat, s. Kelsen, RR1 (Anm. 6), 142 und Kelsen (Anm. 12), 555, und so die Wahlhypothese immer nur die wissenschaftliche Objektivität bezeugen sollte, obwohl sie eigentlich keine wirkliche Wahl darstellte. An diesem Punkt kann von Bernstorff nicht ganz zugestimmt werden: Wenn man den Monismus akzeptiert, dann kommt man zu dieser Wahl, und um die eigene politische Haltung ehrlich zuzugeben, stellte Kelsen die Wahlhypothese auf. Wenn man den Monismus im Stil Kelsens (d.h. Geltungsableitung) akzeptiert, dann führt die andere Wahl aus dem Blickwinkel des Völkerrechts tatsächlich *ad absurdum*: Ein Monismus mit dem Primat des Staatsrechts mit den neukantianischen Prämissen ist zwar nicht denkunmöglich, aber führt letztendlich zur Leugnung des Völkerrechts.

<sup>31</sup> Hans Kelsen, *Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht*, Wien 1932, 583 ff.

<sup>32</sup> Es wäre von Kelsen treffender gewesen, von *bellum legale* zu sprechen, da er keine moralischen Implikationen andeuten wollte.

ordnung sein.<sup>33</sup> Und Zwang heißt für Kelsen physischer Zwang.<sup>34</sup> Man kann diese enge Zwangsdefinition zwar bestreiten<sup>35</sup> oder eben die Diskrepanz zwischen (damaligem) positivem Völkerrecht und dieser Lehre aufzeigen,<sup>36</sup> aber das macht die Lehre höchstens falsch, nicht jedoch politisch. Diese Lehre folgt aus dem starren Rechtsbegriff Kelsens (Rechtsordnung als Zwangsordnung und Zwang als physischer Zwang) und nicht aus einer politischen Entscheidung (wie z.B. dem Wunsch, den Krieg zu zähmen). Damit ist sie eher als unpolitisch zu bewerten.<sup>37</sup>

## 5. Kritik am traditionellen Souveränitätsbegriff

Kelsen kritisierte dezidiert den traditionellen Souveränitätsbegriff. Dieser beruhe nämlich auf einer Vermengung von juristischen und soziologischen Argumenten (also vom Sein und Sollen).<sup>38</sup> Wenn man diese zwei Argumenttypen nicht mischen möchte, dann bleiben zwei Möglichkeiten, Souveränität zu begreifen: Man fasst erstens Souveränität als faktische (soziologische) Souveränität auf – in diesem Fall muss man damit konfrontiert werden, dass es faktisch keine völlige Unabhängigkeit gibt.<sup>39</sup> Wenn man zweitens aber Souveränität als juristischen Begriff begreift, eröffnen sich zwei weitere Möglichkeiten: Entweder versteht man darunter eine Liste von Kompetenzen des Staats, die jedoch letztlich beliebig und theoretisch nicht begründbar bliebe,<sup>40</sup> oder eben eine Eigenschaft der Rechtsordnung. Kelsen wählte diese letzte Lösung. Er verstand die Souveränität als eine Eigenschaft der Rechtsordnung, und zwar zunächst als "Nicht-Ableitbarkeit".<sup>41</sup> D.h. "Souveränität" ist nach der Reinen Rechtslehre eine Eigenschaft des Normensystems; seine Geltung ist also unmittelbar aus der hypothetischen Grundnorm abzuleiten, ohne Dazwischentreten einer positivrechtlichen Norm.<sup>42</sup> Wenn man also

<sup>33</sup> Hans Kelsen, *The Legal Process and International Legal Order*, London 1935, 13: "whoever rejects the theory of the *iustum bellum* denies the legal nature of international law".

<sup>34</sup> Zolo (Anm. 20), 311.

<sup>35</sup> So z.B. Zolo (Anm. 20), 315 und Rigaux (Anm. 9), 342 f.

<sup>36</sup> S. von Bernstorff (Anm. 24), 78, FN 50.

<sup>37</sup> Nicht unpolitisch ist allerdings die Ansicht, nachdem eine obligatorische internationale Gerichtsbarkeit aufgestellt werden sollte, s. Kelsen (Anm. 14), 47, da die autoritative Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Krieges nur von einem Gericht fallen könne. Vgl. Alfred Rub, *Hans Kelsens Völkerrechtslehre. Versuch einer Würdigung*, Zürich 1995, 235. Dies ist allerdings schon eine *de lege ferenda* Ansicht (also *per definitionem* politisch), der hier nicht mehr nachgegangen werden kann.

<sup>38</sup> Z.B. Kritik an der soziologisch basierten Souveränität von Felix Somló, *Juristische Grundlehre*, 1917, 93, 97-98, 102, zitiert von Kelsen (Anm. 12), 31.

<sup>39</sup> Kelsen (Anm. 12), 7.

<sup>40</sup> Hans Kelsen, *Der Wandel des Souveränitätsbegriffes*, in: *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio del Vecchio*, Modena 1931, Bd. II, 8 f.

<sup>41</sup> Kelsen (Anm. 12), 10.

<sup>42</sup> *Ibid.*, 13; ders. (Anm. 5), 103; ders., *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, *Recueil des Cours* (1926), 251, 256.

den Monismus mit dem Primat des Völkerrechts akzeptiert, dann gibt es keine souveränen Staaten, da sie aus dem Völkerrecht abgeleitet werden. Nur das Völkerrecht ist souverän.<sup>43</sup> Später (unter dem Einfluss von Verdross und Kunz)<sup>44</sup> verstand Kelsen unter Souveränität dann Völkerrechtsunmittelbarkeit.<sup>45</sup> D.h. eine Rechtsordnung ist souverän, wenn ihre Geltung unmittelbar aus dem Völkerrecht folgt. In diesem Sinne kann man schon sinnvoll über die Souveränität von Staaten sprechen – im Kontrast zu den nicht-souveränen Gliedstaaten eines Bundesstaates.

Diese Kelsensche Kritik am traditionellen Souveränitätsbegriff könnte als Kritik an einem etatistischen und fortschritthemmenden Begriff verstanden werden.<sup>46</sup> Gewiss hatten seine Gedanken diese Wirkung. Dies war allerdings nur eine Nebenwirkung, da der eigentliche Grund der Kritik an den traditionellen Souveränitätsbegriffen deren methodisch falscher Ausgangspunkt war (d.h. juristische Argumente aus der faktischen Machtlage).<sup>47</sup>

Wenn man rein normativ arbeitet, dann kann alles eben nur eine Norm oder ein Normkomplex sein: in diesem Sinne lehnt Kelsen die Annahme einer willensfähigen Staatsperson ab<sup>48</sup> und versteht unter Staat nur einen Normenkomplex, dessen Souveränität nur eine Eigenschaft von Normen sein kann (nämlich deren Nicht-Ableitbarkeit bzw. Völkerrechtsunmittelbarkeit).

Somit kann die Kelsensche Kritik am traditionellen Souveränitätsbegriff als "rein" erkenntnistheoretisch motiviert betrachtet werden.

## 6. Die derzeitige und künftige Rolle des Völkerrechts im internationalen Leben

In den Augen Kelsens ist das Recht im Allgemeinen ein inhaltlich unbegrenztes Medium gesellschaftlicher Steuerung, und das Völkerrecht kann eine ähnliche Rolle im internationalen Bereich spielen.<sup>49</sup> Dies könnte als politische Ansicht (als Ausdruck eines kosmopolitischen Projekts) bewertet werden.<sup>50</sup> Eigentlich ist diese Ansicht aber nur eine Folge der Tatsache, dass Kelsen eine Menge von Argumenttypen ausschließt ("Methodenreinheit"). Wenn man nämlich ohne große Bindung durch naturrechtlich-moralische Vorgaben (genauer: völlig davon unabhän-

<sup>43</sup> Kelsen (Anm. 25), 240.

<sup>44</sup> Rub (Anm. 37), 418 m.w.N.

<sup>45</sup> Hans Kelsen, *The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization*, *The Yale Law Journal* 1944, 208.

<sup>46</sup> S. von Bernstorff (Anm. 24), 87.

<sup>47</sup> Ausdrücklich Kelsen, RR1 (Anm. 6), 153: "Obgleich nicht in politischer Absicht gewonnen, kann es dennoch politische Wirkung haben."

<sup>48</sup> Vgl. von Bernstorff (Anm. 24), 58.

<sup>49</sup> Darin drücke sich die Fortschrittsgläubigkeit Kelsens aus, so von Bernstorff (Anm. 24), 69, 101.

<sup>50</sup> So z.B. von Bernstorff (Anm. 24), 48, 53, 132 ff.

gig) juristisch argumentieren kann, dann wird Recht freier, d.h. "universaler", einsetzbar.<sup>51</sup>

Kelsens Ansicht über die Rolle des Völkerrechts im internationalen Leben wurde also durch seine Methodik und nicht durch seine politische Haltung oder Wünsche bestimmt.<sup>52</sup> Dies ist allerdings nicht der Fall bei seiner Bezeichnung der Völkerrechtsordnung als "primitive Rechtsordnung". Seine Gründe für diese Bezeichnung liegen in der im Völkerrecht angewandten Kollektivhaftung (*bellum iustum* als Sanktion gegen den ganzen Staat wegen der Völkerrechtsverletzung eines seiner Staatsbürger)<sup>53</sup> und in der Tatsache, dass die Völkerrechtsmäßigkeit einer Tat von den Normunterworfenen selbst (hauptsächlich also von Staaten) beurteilt wird und die Sanktion (*bellum iustum*) von ihnen selbst durchgeführt wird.<sup>54</sup> Diese Benennung drückt implizit, aber eindeutig seinen politischen Wunsch aus, diese Rechtsordnung zu zentralisieren<sup>55</sup> und der Rechtsordnung eines modernen Rechtsstaates ähnlich zu gestalten.<sup>56</sup> Dies ist allerdings nicht als Verletzung des Postulats einer unpolitischen Völkerrechtswissenschaft zu bewerten, da es nur eine Benennung war, aus der er keine Rechtsfolgen ableitete.

## 7. Politisch gezielter Gebrauch der eigenen Methodik

Die nächste "politische" Frage bezüglich Kelsens Völkerrechtslehre ist, ob er das kritische Potential seiner unpolitischen Methode politisch selektiv benutzte.<sup>57</sup> Um dies zu behaupten, müsste man zeigen, dass Kelsen ihm rechtspolitisch passende Konstruktionen von der Kritik ausnahm.<sup>58</sup> Ein guter Beleg dafür könnte die

<sup>51</sup> Seine Methodik kann schon deshalb nicht aus seiner völkerrechtspolitischen Haltung abgeleitet werden, weil die Grundlegung der Kelsenschen Rechtstheorie der Entwicklung und Publikationen seiner völkerrechtspolitischen Ziele um viele Jahre vorausging, s. Bardo Fassbender, Rezension über Jochen von Bernstorff, Der Glaube an das universale Recht, Die Friedens-Warte. Journal of International Peace and Organization 2003, 297 ff., insb. 300 f.

<sup>52</sup> Kelsens oft zitierter Satz ("The idea of law, in spite of everything, seems still to be stronger than any other ideology of power." Kelsen (Anm. 14), 170) bedeutet diesbezüglich nur die Anerkennung dessen, dass Recht auch eine Ideologie der Macht ist, und zwar die am besten funktionierende. Man mag dies bestreiten, da aber Kelsen aus ihm keine Rechtsfolgen gezogen hat, kann es nicht als politisch enthüllt werden.

<sup>53</sup> Grundlegend Kelsen (Anm. 31); s. noch kurz Kelsen, RR2 (Anm. 15), 326 f. Vgl. auch Zolo (Anm. 20), 316.

<sup>54</sup> "On account of its decentralization general international law has the character of a primitive law which is characterized by the fact it does not establish special legislative, judicial, or administrative organs, but leaves the functions concerned to the individual subjects, members of the legal community. If general international law provides for coercive acts and sanctions, the states concerned are authorized to execute them, or, as this aspect of the principle of self-help is usually characterized, to take the law in their hands." Kelsen (Anm. 27), 22 f.

<sup>55</sup> Charles Leben, Hans Kelsen and the Advancement of International Law, EJIL 1998, 289 f.

<sup>56</sup> S. von Bernstorff (Anm. 24), 80, FN 55.

<sup>57</sup> S. von Bernstorff (Anm. 24), 204 und Rub (Anm. 37), 84.

<sup>58</sup> Fassbender (Anm. 51) 297-302, insb. 300-301.

Nichtveröffentlichung seiner Kritik an Scelle sein, da dieser ähnliche politische Ziele wie Kelsen verfolgte.<sup>59</sup> Allerdings fehlt zu einer solchen Aussage jeder konkrete Hinweis; sie ist bis heute nicht mehr als eine unbewiesene Vermutung.<sup>60</sup> Man weiß nicht genau, warum diese Kritik nicht veröffentlicht wurde. Jedoch gibt es genügend gegenteilige Beispiele dafür, dass Kelsen auch solche Liberale kritisierte, deren Methoden er für falsch hielt.<sup>61</sup>

Kelsens Kritik an methodisch falschen etatistischen und nationalistischen dogmatischen Figuren kann somit als Folge seiner Methodik, nicht seiner politischen Haltung bewertet werden. Andererseits könnte man meinen, Kelsen habe zwar nicht selektiv kritisiert (er war also nicht im negativen – zerstörerischen – Sinne politisch gesinnt), seine Fragestellungen aber oft so formuliert, dass damit die Denkmöglichkeit seiner rechtspolitischen Forderungen bewiesen werden kann,<sup>62</sup> seine Völkerrechtslehre folglich Tendenzen antizipiert<sup>63</sup> (im positiven – eigene rechtspolitische Forderungen vorbereitenden – Sinne war er also doch politisch gesinnt). Diese Aussage stimmt völlig. Kelsens Gedankenführungen sind allerdings nur in ihrem Ziel, nicht aber in ihrer Vorgehensweise politisch. Dies bedeutet, dass Kelsen die Spielregeln seiner eigenen Methodik auch bei Befolgung politischer Ziele einhielt und seine politischen Ansichten nicht in seine Völkerrechtslehre „einschmuggelte“. Er wollte nun einmal beweisen, dass seine rechtspolitischen Projekte rechtstheoretisch möglich sind. Und diese waren tatsächlich möglich. Eine unehrliche, verdeckte politische Instrumentalisierung ist nicht zu erkennen.

## 8. Fazit

Die Völkerrechtslehre Kelsens wurde teilweise von seinem neukantianischen erkenntnistheoretischen Ausgangspunkt, teilweise von seiner politischen Haltung geprägt. Seine Völkerrechtslehre kann allerdings nicht als „politisch“ entlarvt werden. Wo er nämlich politisch war, machte er dies kenntlich (Annahme der Grundnorm, Primat des Völkerrechts) oder er war nur in der Wahl seiner Terminologie (Völkerrecht als primitive Rechtsordnung) oder in seiner Absicht

---

<sup>59</sup> So von Bernstorff (Anm. 24), 202, FN 142 über das posthum erschienene Werk Hans Kelsen, Auseinandersetzungen zur Reinen Rechtslehre. Kritische Bemerkungen zu Georges Scelle und Michel Virally, Kurt Ringhofer/Robert Walter (Hrsg.), Wien 1987.

<sup>60</sup> Im Vorwort des Buches von Kelsen (Anm. 59) wird von Kurt Ringhofer und Robert Walter geschrieben, dass der Grund der verspäteten Ausgabe ist, Kelsen wollte noch einen Gedankenaustausch mit dem kritisierten Autor vor der Publikation. Woher diese Information stammt, wird allerdings genauso wenig erklärt, wie die Vermutung von von Bernstorff.

<sup>61</sup> Kritik an Léon Duguit: Hans Kelsen, *Droit international coutumier*, *Revue internationale de la théorie de droit* 1939, 259 ff.

<sup>62</sup> Rub (Anm. 37), 85. Z.B. zur Denkmöglichkeit eines Weltstaates s. Kelsen (Anm. 42), 318.

<sup>63</sup> John H. Herz, *Kelsen's Doctrine in the Nuclear Age*, in: Salo Engel (Hrsg.), *Law, State, and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen*, Knoxville 1964, 108.

politisch, nicht aber in seiner Vorgehensweise (Aufzeigen der Denkbarkeit eigener rechtspolitischer Forderungen). Letzteres heißt, dass er die Spielregeln seiner eigenen Methodik auch bei Befolgung politischer Ziele einhielt, und nicht etwa versuchte, seine politischen Ansichten in der Völkerrechtslehre zu kaschieren.<sup>64</sup> Man kann zwar die Richtigkeit seiner Völkerrechtslehre bestreiten, ihr diesen Vorzug aber nicht absprechen.

Wenn man also liest, dass auch die rein dogmatischen Arbeiten “einen von Kelsen nicht immer offengelegten Beitrag [...] [zu seinem] rechtspolitischen Projekt” leisteten,<sup>65</sup> kann dem nicht zugestimmt werden.<sup>66</sup> Kelsens Methodik wurde zwar (teilweise) von seinem Werterelativismus bestimmt, und dieser Werterelativismus prägte auch seine rechtspolitischen Projekte. Dies heißt aber nur, dass seine Methodik und seine rechtspolitischen Projekte wegen ihrer gemeinsamen Wurzel (Werterelativismus) miteinander vereinbar sind. Da aber sowohl bei seiner rechtspolitischen Betätigung als auch bei seiner Methodik je unterschiedliche Faktoren bestimmend waren (eigene Werte in der Rechtspolitik bzw. Neukantianismus in der Rechtslehre), kann die eine nicht aus der anderen abgeleitet werden.<sup>67</sup> Politik und juristische Methodik sind also zwei verschiedene (parallele, aber kompatible) Komponenten im Werk Kelsens. Seine juristische Methodik gestattete es ihm nicht, aus seiner politischen Haltung auf nicht offen gelegte Art und Weise rechtliche Konsequenzen zu ziehen. Auch nicht in seiner Völkerrechtslehre.

Summary<sup>68</sup>

## Kelsen's Doctrine of International Law Between Epistemology and Politics

The article considers to what degree Kelsen's conception of international law was shaped either by his neo-Kantian epistemological approach or by his political

<sup>64</sup> Ebenso Fassbender (Anm. 51), 300-301.

<sup>65</sup> S. von Bernstorff (Anm. 24), 9.

<sup>66</sup> Es gibt allerdings zwei Stellen, wo Kelsen “un-rein” (kaschiert politisch) argumentiert hat. 1. Die eine wurde von von Bernstorff (Anm. 24), 201, treffend gezeigt: die Kommentierung von Art. 34 UN Charta (Hans Kelsen, *The Law of the United Nations*, London 1950, 484). Dieses ist allerdings nur eine konkrete Detailfrage, die von Kelsen zwar “nicht unschuldig” kommentiert wurde (1. die “Einlesung” individueller Klagerechte vor dem IGH, 2. die Aussage, es sei ein immanenter Widerspruch der Charta, den Vereinten Nationen zwar das Recht zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge mit anderen Staaten einzuräumen, aber daraus entstehende Streitigkeiten der Kontrolle durch den IGH zu entziehen), die jedoch für seine ganze Völkerrechtslehre nicht als prägnant gedeutet werden kann. 2. Ähnliches kann gesagt werden bezüglich Kelsen (Anm. 12), 252, über Kelsens Hinweis auf die Naturrechtslehre Wolfs. Diese zwei Stellen sind eher nur als “kleine Sünden” (Ausnahmen) im Werk Kelsens zu bewerten, und nicht als Beispiele von “üblichen” oder strukturellen Verletzungen seiner eigenen Methodik.

<sup>67</sup> Völlig anders Robert Chr. van Ooyen, *Der Staat der Moderne. Hans Kelsens Pluralismustheorie*, Berlin 2003.

<sup>68</sup> Summary by the author.

stance. Epistemological, as used here, means “following from logical necessity, from prior (*a priori*) considerations”. For disciplines other than the natural sciences, the actual neo-Kantian agenda was, namely, to analyse the logical bases of their methods, processes, and operation. Whereas political, means, in the system of the Pure Theory of Law, “dependent on personal value judgements”. Kelsen considered values to be the result of personal, subjective, arbitrary decision-making; as such, they were incompatible with objective, rational (legal) scholarship – and thus contrary to “scholarly” or “epistemological”. This article, however, examines not only whether Kelsen’s theory of international law completely disposes of political components (that is, whether it could fully fulfil its original mandate). It also examines whether Kelsen, perhaps, actually hoped to present the political components (if there were such elements) of his theory as nonpolitical or whether he kept these two levels (the legal and the political) separate from one another.

The article argues that Kelsen’s doctrine of international law was shaped partially by his neo-Kantian epistemological starting-point and partially by his political stance. But it cannot be disclosed as “political”. He openly identifies those points where he is political (presumption of the basic norm, primacy of international law); or only his terminology is political (international law as a primitive legal order); or his intent is political, but not his method of analysis (proving the legal possibility of his own political postulations). In cases of the latter, he stays within the bounds of his own methodology even when seeking political ends, instead of trying to conceal his political opinions within his conception of international law. Of course, one could challenge the accuracy of his doctrine of international law, but this analytical merit is beyond question.