

# Monismus, Dualismus? – Pluralismus. Selbstbestimmung des Weltrechts bei Hans Kelsen und Niklas Luhmann\*

Von Andreas Fischer-Lescano, Frankfurt am Main

I.	„Mangel an Rechtschaffenheit“ .....	1
II.	Pluralismus vs. Monismus/Dualismus .....	4
1.	Kelsens Monismus .....	5
2.	Kelsens Aufgabe des Kohärenzmodells .....	8
III.	Konstitutionelle Pluralismen .....	10
1.	Gewohnheitsrecht bei Kelsen .....	10
2.	Zivilverfassungen als logische Verfassungen.....	13
IV.	Selbstbestimmung des Weltrechts.....	15
1.	Weltgesellschaftliches Gewohnheitsrecht .....	15
2.	Rechtspolitik des leeren Signifikanten .....	17
V.	Fazit .....	20

## I. „Mangel an Rechtschaffenheit“

„Der Wille zum System ist ein Mangel an Rechtschaffenheit.“<sup>1</sup> – Wille, System, Rechtschaffenheit. Friedrich Nietzsches Aphorismus in der Götzendämmerung beinhaltet die wesentlichen Ingredienzien der Kelsenschen Rechtstheorie. Kelsens Reine Rechtslehre ist der Versuch, die Prozesse der Rechtschaffung moderner Gesellschaften als geschlossenen, systematischen Vorgang zu beschreiben und die Rechtsordnung durch die Form der gewählten Beschreibung gegen gesellschaftliche – Kelsen zielt auf politische – Umwelteinflüsse zu immunisieren. Kelsens Wille zum Recht als System manifestiert sich hierbei in der Hypostasierung der selbstbezüglichen Rechtschaffenheit des Rechtssystems, in dem Normen als „Sinn von Willensakten“<sup>2</sup> ihren Geltungsgrund in der hypothetischen, fiktiven bzw. gedachten Grundnorm<sup>3</sup> finden können sollen.<sup>4</sup> Der Mangel an Rechtschaffenheit – mit

\* Erscheint in: Hauke Brunkhorst (Hrg.), Völkerrechtspolitik. Hans Kelsens Staatsverständnis, Baden-Baden: Nomos 2005.

<sup>1</sup> Friedrich Nietzsche, Götzendämmerung (1888), in: ders., Das Hauptwerk. Werke Bd. 4, München 1990, S. 253 ff. (260), Ziff. 26.

<sup>2</sup> Hans Kelsen, Die Funktion der Verfassung, in: Hans Klecatsky u.a. (Hrg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule: Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross, Wien 1968, S. 1971 ff. (1971): „Das Recht ist ein System von Normen; und Normen sind der Sinn von Willensakten, die auf das Verhalten anderer gerichtet sind. Diese Willensakte sind Willensakte von Menschen [...] Aber als Rechtsnormen, oder genauer: als Normen eines positiven Rechts kommen nur Normen in Betracht, die der Sinn von menschlichen Willensakten sind. Sie haben die Eigentümlichkeit, ihre eigene Erzeugung und Anwendung zu regeln.“

<sup>3</sup> Aus der kaum noch überschaubaren Sekundärliteratur zu Kelsens Grundnorm siehe nur Christian Dahlman, The Trinity in Kelsen's Basic Norm Unravelled, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 90 (2004), S. 147 ff.; Robert Walter, Entstehung und Entwicklung des Gedankens der Grundnorm, in: ders., Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre, Wien 1992, S. 47 ff.; Dieter Kühne, Die Grundnorm als inhaltlicher Geltungsgrund der Rechtsordnung, in: Werner Krawietz & Helmut Schelsky (Hrg.), Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen,

anderen Worten: der Mangel Recht schaffen zu können – in diesem Willen zum Rechtssystem liegt darin, dass Kelsen die Autonomie der Rechtsschaffungsprozesse nur um den Preis begründen kann, dass er deren Geltungsgrund in eine wissenschaftlich generierte Grundnorm externalisiert. Das Fiktive, Gedachte, Hypothetische der Grundnorm gründet darin, dass diese Form keinen Eingang in die Rechtspraxis gefunden hat. Sie ist also nicht dergestalt recht-schaffend, dass sie tatsächlich den Grund und die Bedingung der Möglichkeit anderer Normen vorstellt.

Man wird wohl im Gegenteil sagen müssen, dass nationalstaatliche, völkerrechtliche, transnationale, gesellschaftliche etc. Rechtssystembildungen die Bedingung der Möglichkeit der Grundnorm sind. Es ist dies jedenfalls der Weg der Geltungsbegründung und der Beschreibung der Begründung der Geltung, den Niklas Luhmann geht. Luhmanns Theorie der Autopoiesis erhebt nicht den Kelsenschen Anspruch, ein logisches, einheitliches und widerspruchsfreies System von Normen schaffen zu können. Statt dessen relativiert er die strategische Prominenz von Normen: Kommunikative Prozesse statt Normsystematiken, iterative Vernetzung statt Stufenbau des Rechts und asymmetrische Dependenzlagen statt Normhierarchien sind das Programm. Der Systemtheoretiker Luhmann beschränkt sich dabei darauf, die vergeblichen Mühen des operativen Alltags des Rechts-Systems um Kohärenz und Gerechtigkeit nachzuzeichnen. Er tritt nicht an, ein System mittels Externalisierung des Geltungsgrundes – sei es in die Grundnorm, sei es in H.L.A. Harts ‚ultimate rule of recognition‘ – zu generieren, sondern sein Ziel ist trockene – Jürgen Habermas meint: apologetische<sup>5</sup> – Deskription gesellschaftlicher Kommunikation, in deren Zentrum die Behauptung steht, dass eine Ausdifferenzierung von Systemen nur durch Selbstreferenz zustande kommen könne, also dadurch, dass "die Systeme in der Konstitution ihrer Elemente und ihrer elementaren Operationen auf sich selbst (sei es auf Elemente desselben Systems, sei es auf Operationen desselben Systems, sei es auf die Einheit desselben Systems) Bezug nehmen."<sup>6</sup>

Der Mangel an Rechtschaffenheit, den Nietzsche dem Willen zum System attribuiert, trifft bei dieser Sachlage nicht Luhmann, sondern die selbstreferentielle Praxis. Deren Wille zum System, deren Drang zu operativer Geschlossenheit und Einheit ist ein Mangel an Redlichkeit, in Adornos Worten: "Nach Nietzsches Kritik dokumentierte das System bloß noch Gelehrtenkleinlichkeit, die für politische Ohnmacht sich entschädigte durch begriffliche Konstruktion ihres gleichsam administrativen Verfügungsrechts übers Seiende."<sup>7</sup> Kurz: Systemisch autonome Rechtschaffung als Mangel an Rechtschaffenheit. Die gesellschaftliche Umwelt taucht innerhalb des Systems nur mehrfach digitalisiert auf. Das selbstbezügliche Recht interessiert sich nur

---

Rechtstheorie, Beiheft 5, Berlin 1984, S. 193 ff.; Horst Dreier, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, Baden-Baden 1986, S. 42 ff.

<sup>4</sup> Siehe nur Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, S. 196-7.

<sup>5</sup> Jürgen Habermas, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? Eine Auseinandersetzung mit Niklas Luhmann, in: ders. & Niklas Luhmann, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie. Was leistet die Systemforschung?, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1974, S. 142 ff. (170).

<sup>6</sup> Niklas Luhmann, Soziale Systeme, Frankfurt am Main 1984, S. 25.

<sup>7</sup> Theodor W. Adorno, Negative Dialektik, in: ders., Werke, Bd. 6, Frankfurt am Main 1997, S. 7 ff. (31).

für Recht und Unrecht, es hat wenig Empathie für die emanzipativen Kämpfe der Individuen, solange diese Kämpfe in einer Sprache geführt werden, die dem Recht fremd ist. Mit anderen Worten, das Rechtssystem wird seiner gesellschaftlichen Umwelt nicht *gerecht*, wenn es Kohärenz statt Kontingenz, Stabilität statt Varietät setzt. Neuere dekonstruktiv-systemtheoretische Analysen, wie sie insbesondere Gunther Teubner praktiziert, kritisieren an einer rein deskriptiven Analyse des Rechts genau diese Begriffsfixierung. Teubner konzidiert zwar, dass Luhmann Gerechtigkeit nicht etwa als abgestandenes alteuropäisches Gedankengut konzipiert. Er platziere „sie an zentraler Stelle seiner Rechtstheorie, nun aber nicht mehr als internen Maßstab für die Entscheidung von Einzelfällen, auch nicht mehr als höchste innere Norm des Rechts, auch nicht mehr als externen politischen oder moralischen Wert, an dem sich das Recht ausrichten sollte, sondern als Kontingenzformel des Rechts, also als Verhältnis des Rechts zu seiner Umwelt.“<sup>8</sup> Um jedoch die einseitige Fixierung auf ordnungspolitische Stabilität im Analyserahmen zu überwinden, schlägt Teubner vor, Systemtheorie und Dekonstruktion wechselseitig auf ihren blinden Fleck aufsitzen zu lassen. Das scheint sinnvoll, denn die Grundbewegung der Dekonstruktion ist, den herkömmlichen Gebrauch von Signifikant/Signifikat in Frage zu stellen und zu insistieren, dass man auf der Seite des Signifikats immer nur weitere Signifikanten findet. Dadurch entsteht die Schwierigkeit, Stabilität zu erklären. Hier hilft die Ersetzung durch die Unterscheidung von System und Umwelt. Umgekehrt kann zur Klärung der Beziehung Recht/Gesellschaft die dekonstruktive Unterscheidung von Text/Kontext anstelle der Unterscheidung von System und Umwelt helfen.<sup>9</sup>

Im folgenden werden in erster Linie Kelsens transnationalrechtliche Grundannahmen zu fokussieren sein, um insbesondere im Hinblick auf Kelsens Grundgedanken der Widerspruchsfreiheit des Rechtssystems, der Einheit des Weltrechts und der Grundnormanbindung rechtsgeltungsbegründender Prozesse herauszuarbeiten, dass Kelsen zwar das Bedürfnis der Rechtspraxis nach innerer Kohärenz richtig einschätzte, dass er aber in seinem Spätwerk durchaus rechtspluralistisch anerkannte, dass sich-widersprechende Normen gleichzeitig in ein und der selben Teilrechtsordnung Geltung besitzen können (unter II.). Diese Einsicht ist für das Verständnis der transnationalen, rechtspluralistischen Rechtspraxis zentral (hierzu unter III.). In der Beschreibung dieser Prozesse und Strukturen gilt es, Kelsens Leitmotiv, das man als das der ‚Selbstbestimmung des Rechts‘<sup>10</sup> zusammenfassen kann, für den postnationalen und fragmentarischen Rechtspluralismus der Weltgesellschaft nutzbar zu machen (hierzu unter IV.). Es ist dieses Leitmotiv, das auch den Arbeiten Niklas Luhmanns zugrunde liegt.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Gunther Teubner, *Ökonomie der Gabe – Positivität der Gerechtigkeit: Gegenseitige Heimsuchungen von System und différence*, in: Albrecht Koschorke/Cornelia Vismann (Hrsg.), *Widerstände der Systemtheorie*, Berlin 1999, S. 199 ff. (210).

<sup>9</sup> Andreas Fischer-Lescano & Ralph Christensen, *Interpositio Auctoritatis. Die Dekonstruktion des Dezisionismus durch die Systemtheorie*, *Der Staat* 2/2005 i.E.

<sup>10</sup> Hans Kelsen, *Die Selbstbestimmung des Rechts*, *Wiener Rechtstheoretische Schule* (Anm. 2), S. 1445ff.

<sup>11</sup> Zum Vergleich der Rechtstheorien von Kelsen und Luhmann siehe Horst Dreier, Hans Kelsen und Niklas Luhmann: Positivität des Rechts aus rechtswissenschaftlicher und systemtheoretischer Perspektive, *Rechtstheorie* 14 (1983), S. 419 ff.; Michael Pawlik, *Die Lehre von der Grundnorm als eine Theorie der Beobachtung zweiter Ordnung*, *Rechtstheorie* 26 (1994), S. 451 ff.; Walter Pauly, *Die Identifizierbarkeit des Staates in den Sozialwissenschaften*.

## II. Pluralismus vs. Monismus/Dualismus

Die Semantik ‚System‘ impliziert in der Regel, dass es einen Punkt gibt, an dem man dessen Einheit manifest machen kann. Die traditionelle Erkenntnistheorie hatte daher das System als Konstruktion aus einem Prinzip definiert. Vor allem der Neukantianismus hielt an diesem von Nietzsche kritisierten Gedanken fest und hat „ihn ausgebaut zur Ordnungsgesetzlichkeit derjenigen Gegenstände, die nicht empirisches Sein, sondern Geltung in Anspruch nehmen.“<sup>12</sup> Die Verwirklichung der Einheit eines selbstreferentiellen Systems ist aber, um es mit Niklas Luhmann auszudrücken, "eine sich selbst bestimmende bestimmte".<sup>13</sup> Und für das System Weltrecht wagte der Systemtheoretiker die Prognose, dass „auf Ebene der Weltgesellschaft nicht mehr Normen (in Gestalt von Werten, Vorschriften, Zwecken) die Vorauswahl des zu Erkennenden steuern, sondern dass umgekehrt das Problem lernender Anpassung den strukturellen Primat gewinnt und die strukturellen Bedingungen der Lernfähigkeit aller Teilsysteme in Normierungen abgestützt werden müssen.“<sup>14</sup> Teubners daran anschließende Arbeiten ergänzten diese Prognose durch die Analyse, dass die sektoriellen Abhängigkeiten des Rechts zu einem gänzlich neuen Kollisionsrecht, einem „intersystemischen Kollisionsrecht“, führen würden, dessen Kollisionen nicht wie im internationalen Privatrecht von Nationen, sondern von globalen Gesellschaftssektoren ausgingen.<sup>15</sup> Dass nun die Weltgesellschaft mit den Herausforderungen der Interlegalität, rechtspluralistischer Fragmentierung, widersprechenden Geltungsanordnungen umzugehen hat, ist nicht mehr nur Zukunftsszenarium. 125 internationale gerichtsförmige Institutionen, in denen unabhängige Spruchkörper verfahrensabschließende Rechtsentscheidungen treffen, hat das "Project on International Courts and Tribunals" identifiziert.<sup>16</sup> Und auch wenn sich die Vorschläge *de lege ferenda* mehren, die Rolle des Internationale Gerichtshofs zu einem hierarchisch übergeordneten Gericht im Sinne Kelsens Stufenordnung der Rechtslehre auszubauen,<sup>17</sup> so wird man doch konstatieren müssen: Diese Vorstöße sind unrealistisch. Ihre politischen Realisierungschancen sind gering, angesichts der Tatsache, dass sich zahlreiche, auch demokratische Staaten

---

Ein Beitrag zur Kritik der Staatssoziologie bei Hans Kelsen und Niklas Luhmann, ARSP 85 (1999), S. 112 ff.

<sup>12</sup> Niklas Luhmann, Die Einheit des Rechtssystems, Rechtstheorie 14 (1983), S. 129 ff. (129), unter Hinweis auf Arthur Liebert, Das Problem der Geltung, 2. Aufl., Leipzig 1920, insb. S. 108 ff.

<sup>13</sup> Luhmann, Die Einheit des Rechtssystems (Anm. 12), S. 146.

<sup>14</sup> Niklas Luhmann, Die Weltgesellschaft, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 57 (1971), S. 1 ff.; wiederabgedr. in: ders., Soziologische Aufklärung, Bd. 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft, 3. Aufl., Opladen 1986, S. 51 ff. (63).

<sup>15</sup> Gunther Teubner, Recht als autopoietisches System, Frankfurt 1989, S. 130 ff.; zum Begriff eines Intersystemischen Kollisionsrechts ders., Die Generalklausel von 'Treu und Glauben', in: Rudolf Wassermann (Hrg.), Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2. Allgemeines Schuldrecht, Neuwied 1980, S. 32 f.

<sup>16</sup> Das "Project on International Courts and Tribunals" (PICT) wurde 1997 durch das Center on International Cooperation (CIC), New York University, und die Foundation for International Environmental Law and Development (FIELD) gegründet. Seit 2002 ist das PICT ein gemeinsames Projekt des CIC und des Centre for International Courts and Tribunals, University College London, siehe: [www.pict-pecti.org](http://www.pict-pecti.org).

<sup>17</sup> Gerhard Hafner, Risks Ensuing from Fragmentation of International Law, in Official Records Of The General Assembly, Fifty-Fifth Session, Supplement Nr. 10 (A/55/10), ANNEX 321-339 (2002), S. 326 ff.; Karin Oellers-Frahm, Multiplication of International Courts, Max Planck UNYB 5 (2001), S. 67 ff.

nicht einmal der obligatorischen Gerichtsbarkeit des IGH unterworfen haben. Und auch wenn es tatsächlich gelänge, die übrigen internationalen Spruchkörper auf eine Vorlagepflicht an den IGH zu verpflichten: Was ist mit den nationalen Gerichten, die in vielen Fällen über transnationale Fragestellungen zu entscheiden haben? Was ist mit den gesellschaftlichen Gerichten von *lex mercatoria* bis *lex constructionis*?

## 1. Kelsens Monismus

In den Planungsskizzen der IGH-Präsidenten ist dafür kein Platz.<sup>18</sup> Und es scheint, dass auch Kelsens Rechtsmodell hier ganz auf der Linie utopischer Hierarchisierer liegt.<sup>19</sup> Kelsen, der die dezentral nationalstaatlichen Gerichte explizit in sein monistisches Modell des Völkerrechts zu integrieren suchte, hat in der Kritik an Heinrich Triepel und sonstigen Völkerrechtsskeptikern seine Theorie des weltrechtlichen Monismus geformt.<sup>20</sup> Er hat ein einheitliches Rechtsmodell vertreten, dessen Teilrechtsordnungen Völkerrecht und nationalstaatliches Recht gleichermaßen bilden. Kelsen betrachtete damit, wie bereits mehrfach konstatiert wurde,<sup>21</sup> die Ansichten des ‚Primats des Völkerrechts‘ und des ‚Primats der nationalen Teilrechtsordnung‘ als funktionale Äquivalente.<sup>22</sup> Die Einheit dieser beiden divergierenden Vorstellungen, bei denen sich erkenntnistheoretische Vorstellungen zwischen Solipsismus und objektivistischer Weltanschauung rechtswissenschaftlich spiegelten, liegt für ihn im Inhalt des Recht. Denn „die Rechtssätze, mit denen ihr Inhalt beschrieben wird, [bleiben] dieselben, ob man das Völkerrecht als im staatlichen Recht oder das staatliche Recht als im Völkerrecht inbegriffen denkt.“<sup>23</sup> Es ändere sich lediglich das Bezugssystem, wobei das eine eben mit der staatlichen Rechtsordnung, das andere mit der Völkerrechtsordnung fest verbunden sei: „Beide Systeme sind gleich korrekt und gleich berechtigt. Es ist unmöglich, auf Grund einer rechtswissenschaftlichen Erwägung eine rechtswissenschaftliche Entscheidung zwischen beiden zu treffen. [...] Die Entscheidung selbst liegt

---

<sup>18</sup> Kritik bei Martti Koskeniemi & Päivi Leino, *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*, *Leiden Journal of International Law* 15 (2002), S. 553.

<sup>19</sup> Zum weltföderativen Utopismus Kelsens: Martti Koskeniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge 2002, S. 238 ff.; Jochen von Bernstorff, *Der Glaube an das universale Recht. Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler*. Baden-Baden 2001.

<sup>20</sup> Heinrich Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig 1899; siehe auch Walter Rudolf, *Völkerrecht und deutsches Recht*, Tübingen 1967, dort (*ibid.*, S. 141 ff.) auch zum sog. "gemäßigten Dualismus". Heute wird in den nationalstaatlichen Rechtsordnungen meist ein vermittelnder 'gemäßigter Dualismus' vertreten. Dies ist ebenfalls eine perspektivische Verstrickung und die gegensätzliche völkerstrafrechtliche Praxis manifestiert sich an Entscheidungen wie der des ICTY im *Furundzija-Fall*, siehe ICTY, *Furundzija*, I.L.M. 38 (1999), S. 349, Ziff. 153; siehe auch die instruktive Kritik am Dualismus/Monismus-Dualismus: Gaetano Arangio-Ruiz, *Dualism Revisited*. *International Law and Interindividual Law*, *Rivista di Diritto Internazionale* 86 (2003), S. 909 ff.

<sup>21</sup> Zu Kelsens Verständnis der Beziehung Völkerrecht – nationales Recht statt aller: Albert Bleckmann, *Monismus mit Primat des Völkerrechts. Zur Kelsenschen Konstruktion des Verhältnisses von Völkerrecht und Landesrecht*, in: *Rechtstheorie*, Beiheft 5 (Anm. 3), S. 337 ff.; Charles Leben, *Hans Kelsen and the Advancement of International Law*, *EJIL* 9 (1998), S. 287 ff.

<sup>22</sup> Hans Kelsen, *Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht*, *ZaöRV* 19 (1958), 234-248, hier zitiert nach: *ibid.*, *Wiener Rechtstheoretische Schule* (Anm. 2), S. 2213 ff.

<sup>23</sup> Kelsen, *Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht* (Anm. 22), S. 2227.

außerhalb der Rechtswissenschaft. Sie kann nur durch andere als wissenschaftliche, sie kann durch politische Erwägungen bestimmt werden.“<sup>24</sup>

Trotz dieser perspektivischen Abhängigkeit insistiert Kelsen zunächst, dass man es hier nicht mit rechtspluralistischen Phänomenen zu tun habe, sondern dass das Recht – so fragmentiert die gesellschaftliche Umwelt auch sein möge – inhaltlich einheitlich bleibe. Der grundsätzliche perspektivische Dualismus innerhalb der monistischen Grundannahme – d.h. Primat des Völkerrechts oder Primat des Staatsrechts – sei kein Argument gegen einen materiellen Monismus. Tatsächlich seien völkerrechtliche und nationalrechtliche Regelungen materiell nahezu ausnahmslos identisch und Gegenteiliges sei erst zu erwarten, wenn die gegenseitige Durchdringung der beiden Rechtskreise zunehme. In der Kelsen-Scholastik wurde diese völkerrechtliche Einheitstheorie radikalisiert.<sup>25</sup> Und auch Alfred Verdross hat – maßgeblich in seiner Monographie "Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung"<sup>26</sup> – den hierarchischen und monistischen Gedanken forciert. Ähnlich versuchen zahlreiche Autoren im aktuellen Völkerrechtsschrifttum, eine textliche Repräsentation der *unitas multiplex* sei es in die Verfassung der Vereinten Nationen, sei es in eine alle Bereiche umfassenden Weltverfassung hineinzuzinterpretieren.<sup>27</sup>

Für all diese radikalen Einheitskonzeptionen geht es nicht darum, die Einheit als Differenz zu begreifen, sondern sie verbinden, wie Kelsen, die Rechtsentstehung dergestalt mit den Kohärenzdesiderata, dass bereits in die Analyse ein materiell-rechtliches Einheitspostulat eingeflochten wird. Schon H.L.A. Hart hatte gerade diese Verknüpfung von prozeduraler und materieller Dimension in den Analysen Kelsens kritisiert. Kelsen, so sein Vorwurf, vermische Fragen unterschiedlichster Natur miteinander und habe dabei einen juristischen Midas-Gestus, "which transmutes all questions about laws and their relationship into questions of the content of law or questions concerning what law says; but the touch is perverse, for not all questions are of that kind."<sup>28</sup> Und in der Tat hat Kelsen seine monistische These immer wieder dergestalt mit seiner These der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als ganzer verknüpft, dass beide als *symbolon* auftauchen: „[M]it dem Nachweis des Delegations- und Erzeugungszusammenhanges zwischen beiden Rechtsordnungen und der Bestimmung des Geltungsbereiches der einen durch die andere ist die Einheit eines beide umfassenden Gesamtsystems nicht nur in formeller, sondern auch

---

<sup>24</sup> Kelsen, Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht (Anm. 22), S. 2228.

<sup>25</sup> Josef L. Kunz, Völkerrechtswissenschaft und reine Rechtslehre, Leipzig 1923, S. 82; siehe auch András Jakab, Kelsens Völkerrechtslehre zwischen Erkenntnistheorie und Politik, in diesem Band.

<sup>26</sup> Alfred Verdross, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung, Tübingen 1923.

<sup>27</sup> Pierre-Marie Dupuy, L'unité de l'ordre juridique international - Cours général de droit international public, 297 (2002), S. 9 ff.; ders., The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice, Intern. Law and Politics 31 (1999), S. 791 ff.; Christian Tomuschat, International Law as the Constitution of Mankind, in: UN (Hrg.), International Law on the Eve of the Twenty-first Century, New York 1997, S. 37 ff.

<sup>28</sup> Herbert L. A. Hart, Kelsen's Doctrine of the Unity of Law, in: ders., Essays in Jurisprudence and Philosophy, Oxford 1983, S. 309 ff. (320 f.).

in materieller Hinsicht sichergestellt.“<sup>29</sup> Bereits im Nationalstaat sind diese Thesen sehr fraglich.<sup>30</sup> Widersprechende Einzelfallentscheidungen, gewohnheitsrechtlich gebildete Rechtsfiguren und landgerichtliche Besonderheiten der Judikatur in Feldern, die grundsätzlicher obergerichtlicher Kontrolle vorenthalten sind, zeigen, dass es auch unter den Gegebenheiten textlicher Einheit und hierarchisch organisierter Gerichtsbarkeit schwierig ist, eine widerspruchsfreie Anwendung zu ermöglichen. Das liegt daran, dass, wie Hermann Heller formuliert hat, "jede Konkretisierung des Gesetzes durch den Richter und Verwaltungsbeamten eine folgenreiche *interpositio auctoritatis* bedeutet. Mit der individuell und sozial bedingten Persönlichkeitsentscheidung des betreffenden Organs strömt trotz aller Bindung an das Gesetz in den Rahmen dieses Gesetzes ein vom Gesetzgeber nicht zu rationalisierendes Element ein, das die theoretische Umdeutung der soziologischen Staatshierarchie in eine logische ausschließt.“<sup>31</sup> Im post-westfälischen Weltrechtssystem kommt hinzu, dass die von Kelsen der jeweiligen politischen Weltsicht zugeschriebene perspektivische Verstrickung mit den Alternativen Staatenwelt/Weltstaat ganze weltgesellschaftliche Welten aus der Betrachtung ausblendet, wie auch François Rigaux kritisiert: "[L]egal pluralism means that there exist multiple legal orders, some endowed with common characters (the legal orders of different states or the various systems of sporting organizations), others varying in their nature. International law is unique, not only because its very scope is to be ecumenical but also because no other legal order is cast in the same mould. But within the international community there are regional or particular legal orders as is shown by their institutions. The most fragile aspect of Kelsenism is that it relies on a definition of law which is appropriate to state law and even to the *Rechtsstaat* of a nineteenth-century scientist, while each legal order may define its own juridical nature. Legal science has no jurisdiction over the definition of law.“<sup>32</sup>

Mit anderen Worten, Kelsens Fixierung auf das Verhältnis von klassisch nationalstaatlichem Völkerrecht und nationalrechtlichen Teilrechtsordnungen ist für eine Weltgesellschaft, in der transnationale Normbildungsprozesse durch *hedge funds*, globale bioethische Entscheidungen, weltweiten Universitätswettbewerb, transnationale Umweltprobleme, Schuldenregulierungen in Pariser und Londoner Clubs darauf verweisen, dass die fundamentalsten Probleme der Selbstkonstituierung der Individuen und ihre Reformulierung im Recht nicht etatistischen sondern wirtschaftlichen, religiösen, wissenschaftlichen etc. Logiken folgen, ein Reduktionismus, der das Recht nur in seiner Beziehung zum politischen System in den Blick nimmt und somit das Problem in seiner Schärfe verharmlost. Der globale *clash of rationalities* ist

---

<sup>29</sup> Hans Kelsen, Recht und Kompetenz. Kritische Bemerkungen zur Völkerrechtstheorie Georges Scelles, in: ders., Auseinandersetzungen zur reinen Rechtslehre, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht, Supplementum 9, Wien 1987, S. 1 ff. (61).

<sup>30</sup> Siehe nur die Kritik von Friedrich Müller, Die Einheit der Verfassung, Berlin 1979, S. 225 ff.

<sup>31</sup> Hermann Heller, Der Begriff des Gesetzes (1928), in: ders., Gesammelte Schriften 2. Recht, Staat, Macht, 2. Aufl., Tübingen 1992, 225 (Hervorhebung im Original).

<sup>32</sup> François Rigaux, Hans Kelsen on International Law, European Journal of International Law 9 (1998), S. 325 ff.; zur Diskussion über globalen Rechtspluralismus: Boaventura De Sousa Santos, Toward A New Legal Common Sense: Law, Globalization And Emancipation, Cambridge 2003; ders., On Modes of Production of Law and Social Power, International Journal of the Sociology of Law 13 (1985), S. 299 ff.; siehe auch die Beiträge in Matthias Albert & Lena Hilkermeier, Observing International Relations. Niklas Luhmann And World Politics, London 2004.

vielmehr ein *clash*, der aus einer Vielgötterei resultiert, aus der das westfälische Politiksystem offenbar nicht als Gewinner hervorgeht: „Es ist“, schreibt Max Weber, „wie in der alten, noch nicht von ihren Göttern und Dämonen entzauberten Welt, nur in einem anderen Sinne: wie der Hellene einmal der Aphrodite opferte und dann dem Apollon und vor allem jeder den Göttern seiner Stadt, so ist es entzaubert und entkleidet der mythischen, aber innerlich wahren Plastik jenes Verhaltens, noch heute. Und über diesen Göttern waltet das Schicksal, aber ganz bestimmt keine Wissenschaft.“<sup>33</sup>

## 2. Kelsens Aufgabe des Kohärenzmodells

Wie der Neukantianer Weber so hat auch der Neukantianer Kelsen durchaus gesehen, dass die Rolle der Wissenschaft in diesen Prozessen beschränkt ist. Erst in seinen späteren Arbeiten hat er allerdings den Gedanken der logischen Widerspruchsfreiheit des Rechts relativiert und statt dessen Unvereinbarkeiten ausgemacht.<sup>34</sup> Bis in den Duktus hinein erinnern Kelsens Formulierungen hier an Max Webers Polytheismus. Kelsen verhandelt die diesbzgl. Fragen normativer Inkohärenz unter dem Stichwort der Derogation. Und er konstatiert „that the science of law is just as incompetent to solve by interpretation existing conflicts between norms, or better, to repeal the validity of positive norms, as it is incompetent to issue legal norms.“<sup>35</sup> Kelsen listet eine ganze Systematik unterschiedlicher Kollisionskonstellationen auf und unterscheidet akribisch zwischen unilateralen und bilateralen, vollständigen und teilweisen Normwidersprüchen, die alle dem Muster einer Anordnung von A und zugleich Non-A folgen; Antinomien also, die häufig vorkämen und die dennoch nicht zwangsläufig zur Nichtgeltung einer der beiden sich widersprechenden Normen führen müssten: „There is no doubt that such conflicts between norms exist. They play an important part under the name of ‘conflict of duties’ in the field of morality and in the field of law, especially, however, in the relationship between morality and law. The conflict between norms presupposes that both norms are valid. The assertions concerning the validity of both conflicting norms are true. [...] Since the validity of a norm is its own specific existence, a conflict between norms cannot be compared to a logical contradiction. As far as a comparison can be made at all, it could be compared to two forces exerting their power on the same point from opposite directions. A conflict between two norms is an undesirable but possible situation, and occurs quite often.“<sup>36</sup>

Kelsen hat somit den Gedanken der logischen Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung im Unterschied zu seinen früheren Arbeiten in seinem Spätwerk verworfen. In der aus dem Nachlass herausgegebenen Schrift „Allgemeine

---

<sup>33</sup> Max Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 3. Aufl., Tübingen 1968, S. 605.

<sup>34</sup> Siehe hierzu bspw. Ota Weinberger, *Kelsens These von der Unanwendbarkeit logischer Regeln auf Normen*, in: *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion. Referate und Diskussion des Internationalen Symposiums zum 100. Geburtstag von Hans Kelsen* (Wien 1981), Wien 1982, S. 108 ff.; Ewald Wiederin, *Was ist und welche Konsequenzen hat ein Normenkonflikt?*, *Rechtstheorie* 21 (1990), S. 311 ff.; Michael Schmidt, *Kelsens Lehre und die Normenlogik*, in: *Walter, Schwerpunkte* (Anm. 3), S. 89 ff.; Amadeo Conte, *In margine all'ultimo Kelsen*, in: *Riccardo Guastini* (Hrg.), *Problemi di teoria del diritto*, Bologna 1980, S. 197 ff.; und den Hinweis bei Hart, *Kelsen's Doctrine of the Unity of Law* (Anm. 28), S. 324, FN 36.

<sup>35</sup> Hans Kelsen, *Derogation*, in: *Ralph Newman* (Hrg.), *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*. The American Society for Legal History, New York 1962, S. 337 ff. (355).

<sup>36</sup> Kelsen, *Derogation* (Anm. 35), S. 351.

Theorie der Normen“ beschreibt er den Fall, dass eine Norm das Verhalten A und eine andere das Verhalten Non-A vorschreibe.<sup>37</sup> In einem solchen Fall des Geltungswiderspruchs müsse das rechtsanwendende Organ sich für eine der beiden Normen entscheiden, „wobei aber der Konflikt zwischen den beiden generellen Rechtsnormen bestehen bleibt.“<sup>38</sup> In der darauf bezogenen Fußnote verwirft Kelsen explizit seine eigene, u.a. in der Reinen Rechtslehre geäußerte, Auffassung.<sup>39</sup> Die gleichzeitige Geltung von Normen, die einerseits A und andererseits Non-A vorschreiben, sei möglich.<sup>40</sup> Und für den Fall unterschiedlicher normativer Bezugssysteme stellt er fest: „Suppose a conflict exists between norms of two different normative orders, such as conflicts between a norm of a legal order and one of a moral order, then the legal order can provide that the legal norm which conflicts with the moral norm shall lose its validity, but the legal order cannot provide that the moral norm which conflicts with the legal norm shall lose its validity. By the same token, the moral order can prescribe that the moral norm which is in conflict with the legal norm shall become invalid for the spheres of validity of the legal order, but it cannot prescribe that the legal norm which is in conflict with the moral norm shall become invalid. Thus, derogation can only occur within one and the same normative order.“<sup>41</sup>

Kelsens Aufgabe des Prinzips der logischen Widerspruchsfreiheit liest sich wie eine Antizipation von H.L.A. Harts Kritik, der 1968 in einem Aufsatz zu 'Kelsen's Doctrin of the Unity of Law' kritisiert hatte, dass Kelsen der Einseitigkeit von Derogationsnormen nur zu geringe Beachtung geschenkt habe, bspw. unberücksichtigt gelassen habe, dass auch im Verhältnis rechtlicher Teilordnungen nicht stets der von Kelsen behauptete Delegationszusammenhang und die widerspruchsfreie innere Logik herrschen.<sup>42</sup> Genau genommen, behauptet Kelsen bei seiner Aufgabe der Widerspruchsfreiheit nun aber, dass sich normative Teilordnungen widersprechen können, ohne dass regelmäßig ein einseitiger Derogationszusammenhang den Widerspruch beseitigen könnte. Interessant ist in diesem Zusammenhang zweierlei: (1) Gewohnheitsrecht könne selbst formelles Verfassungsrecht derogieren, auch wenn die derogatorische Norm nicht durch Gewohnheit entstehen könne.<sup>43</sup> (2) Unterschiedliche normative Ordnungssysteme, d.h. bspw. staatliche (wobei er in diese Kategorie das

---

<sup>37</sup> Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, hrsg. v. Kurt Ringhofer & Robert Walter, Wien 1979, S. 178: „Beide Normen können nebeneinander gelten, d.h., da die Geltung die Existenz, das Vorhandensein einer Norm ist, dass das nebeneinander Vorhandensein beider Normen möglich ist. Zwei Aussagen, von denen die eine die Geltung der einen, und die andere die Geltung der anderen dieser beiden Normen behauptet, sind somit beide wahr und stellen keinen logischen Widerspruch dar.“

<sup>38</sup> Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen* (Anm. 37), S. 179.

<sup>39</sup> „Auch ich habe in früheren Schriften (vgl. meine Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, S. 209 ff.) die Ansicht vertreten, dass Normkonflikte durch Interpretation „gelöst werden können und gelöst werden müssen“ [...] Diese Ansicht kann ich nicht mehr aufrechterhalten“ (Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen* (Anm. 37), S. 330 f., FN 155.).

<sup>40</sup> „Zwei Rechtsnormen, die miteinander in Konflikt stehen, können beide gelten. Normkonflikte sind möglich und tatsächlich vorhanden, solange sie nicht aufgrund positivrechtlicher Bestimmung beseitigt werden“ (Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen* (Anm. 37), S. 357, FN 179).

<sup>41</sup> Kelsen, *Derogation* (Anm. 35), S. 352 f.

<sup>42</sup> Hart, *Kelsen's Doctrin of the Unity of Law* (Anm. 28), S. 309 ff.

<sup>43</sup> Kelsen, *Derogation* (Anm. 35), S. 343.

Gewohnheitsrecht durch die Grundnormfiktion hineinzieht) und moralische Normen, könnten immer nur in der Sicht eines der beiden Ordnungssysteme gelöst werden.<sup>44</sup>

### III. Konstitutionelle Pluralismen

Wenn dem so ist, dann liegen Kelsens Kollisionsmodell und die bereits eingangs zitierte Prognose von Niklas Luhmann, dass „das Problem lernender Anpassung den strukturellen Primat gewinnt und die strukturellen Bedingungen der Lernfähigkeit aller Teilsysteme in Normierungen abgestützt werden müssen“,<sup>45</sup> nicht weit auseinander. Es stellt sich nur die Frage, ob die normgenerierenden gesellschaftlichen Prozesse, von denen Luhmanns rechtspluralistisches Modell ausgeht, auf die gleichen Phänomene zielt, die Kelsen beschreibt, wenn er formuliert, dass alle geltenden Rechte – auch gleichzeitig geltende Normen A und Non-A – auf die Grundnorm zurückzuführen sind. Das führt zur Frage: Wie werden Normen zu Rechtsnormen?

#### 1. Gewohnheitsrecht bei Kelsen

Um das zu klären, wird ein Blick auf Kelsens Konzeption des Gewohnheitsrechts weiterhelfen. Kelsen schreibt das Gewohnheitsrecht dem Staat zu: „Wer ist Träger des Rechts, Subjekt der Rechtsordnung? Und diese Antwort lautet stets: Der Staat. Auch im Fall des Gewohnheitsrechts! Diese Erkenntnis ist es, die im Grunde genommen schon zu der altrömischen Fiktion vom tacitus consensus populi geführt hat, mit der man dem Gewohnheitsrechte juristisch beizukommen versuchte. Eine solche Fiktion ist freilich verfehlt, aber nur, weil sie, wie übrigens jede echte Fiktion, ein außerjuristisches Problem juristisch konstruieren will, nämlich: wie die Gewohnheit zum Recht wird.“<sup>46</sup> In der Reinen Rechtslehre ist Kelsen im Hinblick auf den Transformationsprozess präziser. Dort stellt er fest, dass dann, wenn die Verfassung den Tatbestand der Gewohnheit als rechtserzeugend nicht vorsehe, das Gewohnheitsrecht unmittelbar auf der Grundnorm beruhe.<sup>47</sup> Auch sofern gewohnheitsrechtliche Rechtserzeugung in Betracht komme, könne die Verfassung nur das Verfahren delegieren, das als Gewohnheit charakterisiert wird. Im Ergebnis könne die Verfassung nicht einmal einen bestimmten Inhalt der gewohnheitlich erzeugten Rechtsnormen ausschließen, „da die Verfassung selbst – auch eine geschriebene Verfassung im formellen Sinne – durch gewohnheitsrechtlich erzeugte Rechtsnormen abgeändert werden kann.“<sup>48</sup>

Kelsen geht dann sogar soweit, selbst bei entgegenstehender formeller Verfassungsnorm dem Gewohnheitsrecht derogatorische Kraft beizumessen. Er insistiert, dass „Gewohnheitsrecht auch einem formellen Verfassungsgesetz gegenüber derogatorische Wirkung [hat]; selbst einem Verfassungsgesetz gegenüber, das die Anwendung von Gewohnheitsrecht ausdrücklich

---

<sup>44</sup> Kelsen, Derogation (Anm. 35), S. 351.

<sup>45</sup> Luhmann, Die Weltgesellschaft (Anm. 14), S. 63.

<sup>46</sup> Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tübingen 1932, S. 100 f.

<sup>47</sup> Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1969, S. 229 ff.; Kelsen, Derogation (Anm. 35), S. 343.

<sup>48</sup> Kelsen, Reine Rechtslehre (Anm. 47), S. 238.

ausschließt.“<sup>49</sup> Kelsen ist hier noch radikal-pluralistischer als Puchta, der formuliert hatte: "Die Verfassung kann diesem natürlichen Ganzen seinen Einfluß auf die Rechtsbildung absprechen (wie weit dies durchgesetzt werden könne, soll hier nicht erwogen werden, entscheidet sich auch leicht von selbst), aber sie kann keine natürliche Rechtsbildung anordnen, weil überhaupt etwas, was sich von selbst macht, nicht gemacht werden kann."<sup>50</sup> Die historische Rechtsschule wie auch die Freirechtsschule<sup>51</sup> konzipierten den Geltungsgrund des Gewohnheitsrechts hierbei allerdings anders als Kelsen. Letzterer betrachtet über die Fiktion der Grundnorm die Anwendung eines Gesetzesrecht derogierenden Gewohnheitsrechts als rechtmäßig.<sup>52</sup> Es genüge dafür, wenn „die überwiegende Mehrheit der für die zu regelnde Beziehung in Betracht kommenden Individuen an der Bildung der Gewohnheit beteiligt waren“.<sup>53</sup> Eines feststellenden Aktes bedürfe es für die Geltung nicht, es genüge vielmehr die gleichförmige Gewohnheit. An Savigny<sup>54</sup> und Duguit<sup>55</sup> kritisiert Kelsen an dieser Stelle, dass beide im Grunde nur Varianten des Naturrechts verträten, in denen sich Volksgeist bzw. „solidarité sociale“ und Gesetzgebung/Gewohnheit dualistisch gegenüberstünden. Kelsen hingegen konstatiert: „Der subjektive Sinn der Akte, die den Tatbestand der Gewohnheit konstituieren, ist zunächst nicht ein Sollen. Erst wenn diese Akte durch eine gewisse Zeit erfolgt sind, entsteht in dem einzelnen Individuum die Vorstellung, dass es sich so verhalten soll, wie sich die Gemeinschaftsmitglieder zu verhalten pflegen [...] So wird der Tatbestand der Gewohnheit zu einem kollektiven Willen, dessen subjektiver Sinn ein Sollen ist. Als objektiv gültige Norm kann aber der subjektive Sinn der die Gewohnheit konstituierenden Akte nur gedeutet werden, wenn die Gewohnheit durch eine höhere Norm als normerzeugender Tatbestand eingesetzt wird. [...] Durch Gewohnheit können Moralnormen sowie Rechtsnormen erzeugt werden. Rechtsnormen sind durch Gewohnheit erzeugte Normen, wenn die Verfassung der Gemeinschaft die Gewohnheit, und zwar eine bestimmt qualifizierte Gewohnheit, als rechtserzeugenden Tatbestand einsetzt.“<sup>56</sup> Er nutzt den Begriff der Verfassung homonym, mit anderen Worten, er unterscheidet zwischen logischer und formeller Verfassung. Da Kelsen das Gewohnheitsrecht nicht an die formelle Verfassung sondern an die logische

---

<sup>49</sup> Kelsen, Reine Rechtslehre (Anm. 47), S. 233.

<sup>50</sup> Georg Friedrich Puchta, Das Gewohnheitsrecht, Erster Teil, Erlangen 1828, S. 151 f. - eine Aussage, in der Max Weber ein ‚naturrechtliches Axiom‘ der Lehre der historischen Rechtsschule sieht (Max Weber, Rechtssoziologie, § 7, in: ders., Wirtschaft und Gesellschaft, hrsg. v. Winckelmann, 5. Auf., Tübingen 1990, S. 497); siehe auch Puchtas, an Hegelianische Monarchistentreue erinnernde Formulierung (*ibidem.*, S. 236): "So lange die Verfassung eines Staates auf dem monarchischen Princip beruht", werde "jedes mit ihm unverträgliche Gewohnheitsrecht ausgeschlossen sein."

<sup>51</sup> Deren Vertreter Ernst Zitelmann hatte einst ähnlich wie Kelsen argumentiert, indem er eine Rangordnung zwischen formellem Gesetzes- und Gewohnheitsrecht ablehnte. Denn das gesetzliche Recht setze "mithin für seine Geltung bereits die Geltung jenes allgemeinsten Rechtssatzes, kraft dessen jemand Gesetzgeber ist, voraus und leitet seine Geltung von ihm ab". (Ernst Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrthum, Archiv für civilistische Praxis 1883, S. 323 ff. (458)).

<sup>52</sup> Kelsen, Reine Rechtslehre (Anm. 47), S. 232.

<sup>53</sup> Kelsen, Reine Rechtslehre (Anm. 47), S. 235.

<sup>54</sup> Friedrich Karl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 1. Bd., Berlin 1840, S. 35: „Dieses Daseyn ist ein unsichtbares, durch welches Mittel also können wir es erkennen? [...] So ist also die Gewohnheit das Kennzeichen des positiven Rechts, nicht dessen Entstehungsgrund.“

<sup>55</sup> Léon Duguit, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, Paris 1901, S. 80 ff.

<sup>56</sup> Kelsen, Reine Rechtslehre (Anm. 47), S. 9.

Verfassung, d.i. die Grundnorm, anbindet, kann er an anderer Stelle diese Grundnormbindung als konstitutives Unterscheidungsmerkmal von Rechts- und Moralnormen konzipieren.<sup>57</sup> Dadurch wird das Recht zu einem Sein, dem die besondere Qualität des Sollens zukommt: „Man kann dann von einem Sein des Sollens sprechen. Nur ist es eben ein andersartiges Sein als das der Natur.“<sup>58</sup>

Kelsen meinte hierbei, seinen rechtstheoretischen Kampf um die Unabhängigkeit des Rechts nur gewinnen zu können, wenn er jeden Anschein einer naturalistisch kausalen Einflussnahme auf das Recht als Sein-Sollens-Fehlschluss offenlegte. Genau diese Verwischung warf er Savigny, der in Durkheimscher Tradition stehenden Duguit-Schule<sup>59</sup> und auch Eugen Ehrlichs Freirechtswegung vor. Ehrlich, für den der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung seit jeher "weder in der Gesetzgebung noch in der Rechtsprechung, sondern in der Gesellschaft selbst"<sup>60</sup> lag, war mit seiner Auffassung des "gelebten Rechts" für Kelsen paradigmatisch für einen falschen Methodensynkretismus, der Sein und Sollen verwechselte.<sup>61</sup> Kelsen glaubte hingegen, diesen logischen Ausschluss durch die Grundnormfiktion erklären zu können. Die Einheit der Differenz von Recht und Nicht-Recht wird von Kelsen damit in die Grundnorm verlagert. Kelsen verharrt in der Beschreibung und der jeweiligen Dignisierung von Sein als sollendem Sein in einer Beobachterposition erster Ordnung, mit anderen Worten in der Position eines sich als normativistisch orientiert verstehenden Rechtstheoretikers. Dadurch wird die Grundnormtheorie ein Instrument der Rekonstruktion eines im System praktizierten Rechtsbegriffs, d.h. die Grundnorm kann das System nicht generieren, es kann aber seine Autonomsetzung explizieren und die interne Reformulierung von Recht und Nicht-Recht zum Ausdruck bringen.<sup>62</sup> Kelsens Purifizierungsstrategie suchte, das soziale Medium Recht auf diese Weise autonom zu setzen und die Stabilisierung von kontrafaktischen Rechtserwartungen als einen grundnormbasierten Vorgang zu erläutern. Gerade in Kelsens Theorie des Gewohnheitsrechts zeigt sich aber, dass die rechtstheoretische Hypothese der Grundnorm diese Aufgabe nur immanent leisten kann. Kelsen war sich dieser perspektivischen Verstrickung bewusst:

---

<sup>57</sup> Kelsen reichert diese Unterscheidung durch die grundsätzliche Zwangsbewährung von Recht an, Kelsen, Reine Rechtslehre (Anm. 47), S. 54 f.

<sup>58</sup> Hans Kelsen, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, 2. Aufl., Tübingen 1928, S. 76.

<sup>59</sup> Kelsen, Reine Rechtslehre (Anm. 47), S. 233

<sup>60</sup> Eugen Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 4. Aufl., hrg. v. Rehinder, Berlin 1989, S. 390.

<sup>61</sup> Siehe die Kontroverse zwischen Eugen Ehrlich und Hans Kelsen über die „Grundlegung der Soziologie des Rechts“ im Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 39 (1915) und 42 (1916): Hans Kelsen, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 1915, S. 839 ff. (843): „So sind auf dem Gebiet des Rechts Sein- und Soll-Regel der Form nach gänzlich verschieden“. Daraufhin Eugen Ehrlich, Entgegnung, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 1916, S. 844 ff. (844): „Jemand zuzumuten, dass er eine Sollregel mit einem Naturgesetz vermenge, dass er also das Gravitationsgesetz von der Vorschrift, dass der Akzeptant eines Wechsels aus seiner Unterschrift wechselfähig hafte, nicht grundsätzlich auseinanderhalte, heißt, ihn nahezu für einen Idioten zu erklären.“ Daran schlossen sich dann noch zwei Repliken an: Hans Kelsen, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 1916, S. 850 ff. und Eugen Ehrlich, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 1916/17, S. 609 ff. (610). In der letzten fasst Ehrlich zusammen: „Ich bezeichne in meinem Buche als lebendes Recht die rechtlichen Sollregeln, die nicht bloß Entscheidungsregeln geblieben sind, sondern das menschliche Leben tatsächlich beherrschen.“ (Ehrlich, *ibidem.*)

<sup>62</sup> Pawlik, Die Lehre von der Grundnorm (Anm. 11), S. 470.

„Andererseits ist *das positive Recht als Norm von seinem eigenen, immanenten Standpunkt aus ein Sollen*, ein Wert also, und tritt als solches der Wirklichkeit des tatsächlichen Verhaltens der Menschen [...] gegenüber. Das Problem der Positivität des Rechts besteht gerade darin: dass dieses zugleich als Sollen und Sein erscheint, obgleich sich diese beiden Kategorien logisch ausschließen.“<sup>63</sup>

So gesehen, unterscheiden sich historische Rechtsschule, Duguit-Schule und auch das freirechtliche Gewohnheitsrecht von Kelsens Konzeption daher aber lediglich darin, dass Kelsen auf eine naturalistische Ontologisierung und einen Volksgeist bzw. eine organische/mechanische Solidarität verzichtet, sondern dagegen die Fiktion der Grundnorm, in der sich Geltungs- und Wirksamkeitsebenen des Rechts verschleifen, setzt. Das ist rechtstheoretisch konsequent und Kelsen entgeht dadurch dem *tu quoque*-Einwand, dass er selbst Normativität und Faktizität unzulässig vermische. Die Schwäche dieser Konzeptionierung liegt indes darin, dass sie immanent bleibt und die Bedingungen der Möglichkeit gleichzeitiger normativer Geschlossenheit und kognitiver Offenheit des Rechts nicht in den Blick geraten. Der, wenn man so will, blinde Fleck des Grundnormmodells wird von Kelsen durch eine juristische Betrachtungsweise des Rechts hinweghypostasiert<sup>64</sup> und erst durch eine weitere Radikalisierung der Fragestellung wird beobachtbar, dass der Grund des Rechts nicht in der Grundnorm liegt, sondern in den selbstbezüglichen, selbst-schaffenden Hyper- und Ultrazirkel des Rechts.

## 2. Zivilverfassungen als logische Verfassungen

Die Autonomsetzungen der globalen, selbstbezüglichen und neo-spontanen Rechtsprozesse in *lex mercatoria*, *lex informatica*, *lex constructionis* und *lex humana* folgen als neo-spontane, gesellschaftliche Rechtsinstaurationen der Logik der Gewohnheitsrechtsbildung.<sup>65</sup> Wie auch in Kelsens Modell resultiert die Rechtsqualität der globalen *self-contained regimes*<sup>66</sup> in der

---

<sup>63</sup> Hans Kelsen, Die Idee des Naturrechts, in: Wiener Rechtstheoretische Schule (Anm. 2), S. 245 ff. (255), Hervorhebung A.F.L.

<sup>64</sup> Vgl. Weyma Lübke, Legitimität kraft Legalität. Sinnverstehen und Institutionenanalyse bei Max Weber und seinen Kritikern, Tübingen 1991, S. 58.

<sup>65</sup> Graf-Peter Calliess, Reflexive Transnational Law, The Privatisation of Civil Law and the Civilisation of Private Law, Zeitschrift für Rechtssoziologie, 23 (2002), S. 185 f.; zur neueren Literatur bzgl. *lex mercatoria*: Graf-Peter Calliess, Das Zivilrecht der Zivilgesellschaft, in: Christian Joerges & Gunther Teubner (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht, Baden-Baden 2003, S. 239 ff.; Peer Zumbansen, Sustaining Paradox Boundaries: Perspectives on Internal Affairs in Domestic and International Law, EJIL 15 (2004), S. 197 ff.; ders., Lex mercatoria: Zum Geltungsanspruch transnationalen Rechts, in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 67 (2003), S. 637 ff.; Philip J. McConaughay, Rethinking the Role of Law and Contracts in East-West Commercial Relationships, Virginia Journal of International Law 41 (2001), S. 427 ff. (473); Lawrence M. Friedman, Erewhon: The Coming Global Legal Order, Stanford Journal Of International Law 37 (2001), S. 347 ff. (356); zur *lex digitalis*: Henry H. Perritt, Dispute Resolution in Cyberspace: Demand for New Forms of ADR, Ohio State Journal On Dispute Resolution 15 (2000), S. 675 ff. (691-92).

<sup>66</sup> Hierzu: IGH, Diplomatic and Consular Staff Fall, ICJ Rep. 1980, S. 1 (40); Bruno Simma, Self-contained Regimes, Netherlands Yearbook of International Law 16 (1985), S. 111 ff.; siehe auch den Bericht von Martti Koskenniemi, Vorsitzender der ILC Study Group zur Fragmentierung, ILC(LVI)/SG/FIL/CRD.1/Add.1, 5/4/2004, Ziff. 105 ff.; siehe ferner das ICTY in der Tadic-Entscheidung: "In International Law, every tribunal is a self-contained system (unless otherwise provided)." (ICTY-Appeals Chamber, The Prosecutor vs. Dusko Tadic "Dule",

systemtheoretischen Perspektive nicht aus einer Determination des Rechts durch seine Umwelt. Für die Metamorphose von Nicht-Recht zu Recht ist vielmehr eine strukturelle Kopplung des Rechts mit seinem gesellschaftlichen Außen notwendig.<sup>67</sup> Die koevolutiven Prozesse, in denen sich diese strukturellen Kopplungen des Rechts mit seinen Umwelten Politik, Wirtschaft, Religion etc. herausbilden, als Verfassungsprozesse zu betrachten, wie in Gunther Teubners Modell globaler Zivilverfassungen vorgeführt,<sup>68</sup> ist im Grunde genommen der Versuch, die selbstwüchsigen Rechtsordnungen aus ihrem interessenbasierten Solipsismus zu lösen, sie auf eine reflexive Öffnung zu ihrer gesellschaftlichen Umwelt und mithin auf eine 'Einbeziehung des Anderen' zu verpflichten. *Quod omnes tangit debet ab omnibus approbari*.

Letztlich sind Teubners Zivilverfassungen in dieser Strategie mit den logischen Verfassungen im Sinne Kelsens strukturanalog. Während Teubner aber wie Kelsen insistiert, dass die zyklischen Verknüpfungen von gesellschaftlichen Rechtskommunikationen mit gesellschaftlichen Rechtskommunikationen ein Geltung und Wirksamkeit verschleifender Prozess ist, geht er über Kelsen hinaus, wenn er auf eine höchste Grundnormfiktion verzichtet, wenn er also konstatiert, dass die Regimes selbst es sind, die das mystische Fundament ihrer Autorität invisibilisieren: „Die sich hier stellenden Sachprobleme heißen: Selbstbegründung des Rechts, dabei auftauchende Paradoxien, die den Rechtsprozeß blockieren, deren wirksame, aber immer problematisch bleibende Auflösung durch autologische Qualitäten der Konstitutionalisierung. Diese Qualitäten werden von Kelsen im Verhältnis der Grundnorm zur höchsten Verfassungsnorm, von Hart in der Theorie der sekundären Regeln und der ultimate rule of recognition, von Luhmann in der Beziehung von Rechtsparadox und Verfassung und von Derridas Ideen über die paradoxe Rechtsgründungsgewalt in stets neuen Varianten durchgespielt. Immer wieder geht es darum, den paradoxen Prozeß zu verstehen, in dem jede Rechtsbildung immer schon rudimentäre Elemente ihrer Eigenverfassung voraussetzt und diese zugleich erst in ihrem Vollzug konstituiert.“<sup>69</sup>

Im Unterschied zu Kelsen verzichtet diese Beschreibungsform darum auf die Fiktion einer geltungsbegründenden und höchsten Grundnorm und begreift die autopoietischen Prozesse als selbstbezüglich, d.h. irreversibel paradox. Eine Vielzahl globaler Regimes bedient sich auf diese Weise des transnationalen Rechts zur Universalisierung spezifischer Rationalitäten und Kelsens Diktum, dass die gleichzeitige Geltung sich widersprechender Normen nicht selten sei, sich darin Kräfte unvereinbarer Logiken *Geltung* verschaffen, wird in dieser polyzentrischen und weltrechtlichen Perspektive um den Gedanken radikalisiert, dass die so generierten Teilordnungen nicht nur politisch-rechtliche

---

Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case-Number IT-94-1-AR72, 2.10.1995, in: International Legal Materials 32 (1996), S. 32 ff. (Ziff. 11)).

<sup>67</sup> Siehe nur: Tania Lieckweg, *Das Recht der Weltgesellschaft*, Stuttgart 2003, S. 56 ff.; Stefan Oeter, *International Law and General Systems Theory*, German Yearbook of International Law 44 (2001), S. 72 ff.; Anthony D'Amato, *International Law as an Autopoietic System*, Vortrag am MPI für Völkerrecht, Heidelberg, 15.11.2003, abrufbar: <http://anthonydamato.law.northwestern.edu>.

<sup>68</sup> Gunther Teubner, *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 63 (2003), S. 1 ff. (14).

<sup>69</sup> Teubner, *Globale Zivilverfassungen* (Anm. 68), S. 14.

Teilordnungen vorstellen, sondern auch wirtschaftliche, religiöse, wissenschaftliche etc. Rechts-Regimes im Weltrecht um Aufmerksamkeit ringen. Die Regimes bilden je eigene strukturelle Kopplungen – logische Rechtsverfassungen – ihrer sektoriellen Funktionsbereiche mit dem Recht aus und das monistische Moment des weltgesellschaftlichen Rechtspluralismus' liegt letztlich nur in der Einheit der Rechtsform, im Code Recht/Unrecht, mit dem die partialen Bereichslogiken ihre Spezialinteressen zu universalisieren suchen.<sup>70</sup> Wie bei Kelsen ist die Frage des Primats – d.h. Weltrecht weil Regimerechte oder Regimerechte weil Weltrecht – eine funktional äquivalente Lösung, da sich beide Perspektiven gegenseitig bedingen, ja da selbst die Perspektive des IGH partiallogisch verstrickt ist.<sup>71</sup>

Wenngleich also eine solche Sicht auf das transnationale Recht Kelsens Politreduktion durchbricht und auch sektorielle Verfasstheiten, Autokonstitutionalisierungen fragmentierter Spezialregimes des globalen Rechts anerkennt,<sup>72</sup> teilt diese Perspektive mit Kelsen die Erkenntnis, dass Normkollisionen möglich sind, dass also A und Non-A im Weltrecht gleichzeitig gelten können und dass es keine Frage regime-spezifischer Derogationsnormen ist, welche dieser Normen sich weltgesellschaftlich letztlich durchsetzen kann.<sup>73</sup>

#### **IV. Selbstbestimmung des Weltrechts**

Systemtheoretische Arbeiten, indem sie kognitive Offenheit und operative Geschlossenheit des Weltrechts gleichermaßen thematisieren, betonen in diesen Prozessen allerdings deutlicher als Kelsen, dass der radikale gesellschaftliche Pluralismus, den Kelsen für das politische System konzipierte,<sup>74</sup> sich auch in einem pluralistischen Recht niederschlägt. Die Selbigkeit der Differenz, die Einheit des Unterschiedenen, der Punkt also, an dem Hegelianer das Glücksgefühl der Aufhebung befällt, liegt für die Rechtskonzeptionen Niklas Luhmanns und Hans Kelsens aber in einem gemeinsamen Projekt: – die Selbstbestimmung des Rechts bei gleichzeitiger Dezentrierung der Politik zu denken. Dieses gemeinsame Leitmotiv wird manifest in fast identischen Titelformulierungen Luhmanns und Kelsens.<sup>75</sup> Es findet seinen Ausdruck in der Ablehnung von Staatswillenstheorien, in der parallelen Tendenz, Rechtssubjekte als Konstruktionen des Rechts zu begreifen und in der Betonung der Autonomsetzung des Rechts.

##### **1. Weltgesellschaftliches Gewohnheitsrecht**

---

<sup>70</sup> Andreas Fischer-Lescano & Gunther Teubner, Regime-Collisions: The Vain Search For Legal Unity in the Fragmentation of Global Law, Michigan Journal of International Law 25 (2004), i.E.

<sup>71</sup> Koskeniemi & Leino, Fragmentation of International Law? (Anm. 18), S. 562.

<sup>72</sup> Teubner, Globale Zivilverfassungen (Anm. 69), S. 1 ff., Fischer-Lescano & Teubner, Regime-Collisions (Anm. 70).

<sup>73</sup> Gunther Teubner, Altera Pars Audiatur: das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche, ARSP Beiheft 65 (1996), S. 199 ff. (200).

<sup>74</sup> Siehe Robert van Ooyen, Der Staat der Moderne. Hans Kelsens Pluralismustheorie, Berlin 2003, insb. S. 24 ff.

<sup>75</sup> Hans Kelsen, Die Selbstbestimmtheit des Rechts, in: Wiener Rechtstheoretische Schule (Anm. 2), S. 1445 ff.; Niklas Luhmann, Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts, in: Rechtstheorie 19 (1988), S. 11 ff.

Für das Weltrecht besteht die Gemeinsamkeit hierbei darin, dass beide darauf abstellten, dass das soziale Bewusstsein sich globalisieren und dass diese Globalisierung das globale Recht stärken werde. Luhmann, formuliert das in der Durkheimschen Tradition, wenngleich er sich der Paradoxie bewusst ist und ihm ein naturalistischer Fehlschluss nicht wird nachgewiesen werden können: "Natürlich ist es auch ein Paradox, wenn man sagt, dass Rechte erst durch ihre Verletzung und durch entsprechende Empörung (Durkheims *colère publique*) in Geltung gesetzt werden. Aber vielleicht ist gerade *dieses* Paradox in den turbulenten Weltverhältnissen unserer Tage und angesichts des Relevanzverlustes klassisch-staatlicher Ordnungen das *zeitgemäße* Paradox."<sup>76</sup> Und auch Kelsen sieht „unzweifelhaft schon starke Kräfte nach dieser Richtung“<sup>77</sup> wirken.

Im Unterschied zu Georges Scelle – dessen politisches Projekt Kelsen teilte, den er aber in einer posthum erschienen Schrift wegen seiner von Duguit und letztlich von Durkheim übernommenen Solidaritätslehre kritisierte<sup>78</sup> – setzen Kelsen und Luhmann hierbei allerdings nicht auf ein *droit objectif ou naturel*,<sup>79</sup> das es nur zu erkennen gelte, sondern auf ein autonomes Recht. Globale Grundnorm oder Globalverfassung werden in diesem Sinne zu einem funktionalen Äquivalent, wenn man zeigen kann, dass sich ein Rechtszyklus von Operationen etabliert hat, der die Autoreproduktion des Rechts dadurch gewährleistet, dass Normen zur Verfügung stehen, an die die weltgesellschaftlichen Normsetzungsverfahren normativ angebunden werden können. Eine solche Norm ist im Weltrecht die sog. Martens'sche Klausel.<sup>80</sup> Zunächst in den Präambeln der Haager Abkommen (1899 und 1907) auf Vorschlag des Russen Fyodor Martens erwähnt, ist die Klausel zur Grundlage völkerstrafrechtlichen Individualschutzes geworden. Der Nürnberger Gerichtshof, der IGH und das ICTY haben ihre Rechtsgeltung genauso bestätigt wie zahlreiche spätere Verträge des humanitären Völkerrechts, insbesondere die Genfer Abkommen.<sup>81</sup> In ihrer nunmehr zeitgemähesten Formulierung bezieht sie sich auf die Fälle, die von internationalen Abkommen nicht erfasst sind und regelt die "Grundsätze des Völkerrechts, wie sie sich aus feststehenden Gebräuchen, aus den Grundsätzen der Menschlichkeit und *aus den Forderungen des öffentlichen Gewissens* ergeben".<sup>82</sup> Die Martens'sche Klausel ist die Grundlage der Strafbarkeit der Humanitätsverbrechen, wie sie in

---

<sup>76</sup> Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1995, S. 581; siehe auch ders., *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, Heidelberger Universitätsreden 4, Heidelberg 1993, S. 28 und ders., *Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung*, in: ders., *Soziologische Aufklärung* 6, Opladen 1995, S. 229ff.; siehe auch Gunther Teubner, *Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus*, *Rechtshistorisches Journal* 15 (1996), S. 255 ff.

<sup>77</sup> Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (1920), Aalen 1960, S. 320; hierzu: Sonja Buckel, „Judge without a legislator“, in diesem Band.

<sup>78</sup> Kelsen, *Recht und Kompetenz. Kritische Bemerkungen zur Völkerrechtstheorie Georges Scelles* (Anm. 29).

<sup>79</sup> Georges Scelle, *Précis de droit des gens. (Vol. I) Principes et systématique*, Paris 1932, S. 4; hierzu: Koskeniemi, *The Gentle Civilizer of Nations* (Anm. 19), S. 266 ff. (327 ff.).

<sup>80</sup> Theodor Meron, *The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience*, *American Journal of International Law* 2000, S. 78 ff.; Rhea Schircks, *Die Martens'sche Klausel. Rezeption und Rechtsgeltung*, Baden-Baden 2000, passim; Achilles Skordas, *Hegemonic Custom?*, in: Michael Byers & Georg Nolte (Hrsg.), *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, Cambridge 2003, S. 317 ff.

<sup>81</sup> Schircks, *Martens'sche Klausel* (Anm. 80), S. 17 ff.

<sup>82</sup> Art. 1 II ZP I (1977) zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949, Hervorhebung die Verf.

Nürnberg behandelt wurden. Rhea Schircks hat die Rechtskarriere der Martens'schen Klausel und mit ihr der Humanitätsverbrechen als Norm des Völkergewohnheitsrechtes detailliert nachgezeichnet. Darauf sei hier verwiesen.<sup>83</sup> Der IGH in seinem Gutachten über die Drohung und den Einsatz von Nuklearwaffen<sup>84</sup> und daran anknüpfend die Zweite Strafkammer des ICTY im Kupreskic-Urteil<sup>85</sup> haben die Formel herangezogen. Sie verweist als völkergewohnheitsrechtliche Rechtsregel auf Rechtsgenerierungsmodi, die außerhalb der Staatenwelt liegen. Im Kupreskic Urteil beschreibt das ICTY die Normentstehung als einen Prozess "under the pressure of the demands of humanity or the dictates of public conscience, even where State practice is scant or inconsistent";<sup>86</sup> ähnlich hatte es bereits Richter Weeramantry im IGH-Gutachten zu den Nuklearwaffen ausgedrückt.<sup>87</sup> Und auch die ad hoc-Richterin am IGH van den Wyngaert nimmt auf das weltgesellschaftliche Gewohnheitsrecht Bezug: "Advocacy organizations, such as, Amnesty International, Avocats sans Frontières, Human Rights Watch, The International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) and the International Commission of Jurists, have taken clear positions on the subject of international accountability. This may be seen as the opinion of civil society, an opinion that cannot be completely discounted in the formation of customary international law today."<sup>88</sup>

## 2. Rechtspolitik des leeren Signifikanten

Für das Recht der Weltgesellschaft kommt es an dieser Stelle darauf an, zum Schutz der rechtlichen Autonomie diejenigen Mechanismen zu stärken, in denen sich die Weltgesellschaft hegemonialen Begriffsbesetzungsversuchen durch die aristokratischen Regierungsnetzwerke<sup>89</sup> entgegenstellt. Es gilt, eine Rückbindung der hochkomplexen Rechtsprozesse an das soziale Substrat, d.h. an die Weltgesellschaft selbst und nicht nur an die Internationale Staaten-Gemeinschaft, konzeptionell einzubeziehen. Denn gerade die globalen Skandalisierungsprozesse sind die Bedingung der Möglichkeit einer „schrittweisen ‚Erschwerung‘ (Müller) undemokratischer Herrschaft durch eine Politik des Appells, in deren sozialen Kämpfen es um nichts anderes geht als die globale, regionale, nationale und sektorale Verwirklichung starker Öffentlichkeit.“<sup>90</sup> Hier und bei der prozeduralen Absicherung des fragilen Wechselspiels welt-politischer Öffentlichkeit, heterarchischer Weltgerichts-

---

<sup>83</sup> Schircks, Martens'sche Klausel (Anm. 80), S. 37 ff.

<sup>84</sup> IGH, ICJ Rep. 1996, S. 226 ff. (259), Ziff. 84.

<sup>85</sup> ICTY, The Prosecutor vs. Zoran Kupreskic u.a. (IT-95-16), Ziff. 525; siehe auch: ICTY, The Prosecutor vs. Martić, Review of the Indictment pursuant to paragraph 2 of SC Res. 808 (1993), ILM 1993, S. 1163 ff. (1191).

<sup>86</sup> ICTY, The Prosecutor vs. Zoran Kupreskic u.a. (IT-95-16), Ziff. 527.

<sup>87</sup> Judge Weeramantry, diss. Opinion, ICJ Rep. 1996, S. 403.

<sup>88</sup> Abweichende Meinung von Richterin van den Wyngaert, IGH vom 14.2.2002, Arrest Warrant (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), ICJ Rep. 2002, Ziff. 27 f.

<sup>89</sup> Hierzu: Philip Allott, The Emerging International Aristocracy, New York University Journal of International Law and Politics 35 (2003), S. 309 ff.; vgl. auch die affirmative, den gesellschaftlichen Spontanbereich völlig außer Acht lassende Netzwerk-Konzeption von Anne-Marie Slaughter (dies., A New World Order, Princeton 2004).

<sup>90</sup> Hauke Brunkhorst, Solidarität. Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft, Frankfurt am Main 2002, S. 216 f.; i.d.S. auch: Friedrich Müller, Einschränkung der nationalen Gestaltungsmöglichkeiten und wachsende Globalisierung, Kritische Justiz 37 (2004), S. 194 ff.

barkeit und weltpolitischen Zentren wäre anzusetzen, will man die jeweiligen Totalisierungsdispositionen durch verfahrensmäßig abgesicherte Gegenkräfte, die die zivilgesellschaftliche Partizipation an der globalen Rechtsetzung und den individuellen Zugang der Betroffenen zu den dezentralen und zentralen Gerichtsinstanzen gleichermaßen betreffen, entschärfen und eine einigermaßen realistische Alternative zum hegemonialen Recht der internationalen Gemeinschaft konzipieren.

In den Usurpationsversuchen politischer, ökonomischer, technologischer Provenienz droht Recht vom Austragungsort von Konflikten zum Vehikel zur Durchsetzung von ökonomischen, politischen, religiösen und wissenschaftlichen etc. Rationalitäten zu werden.<sup>91</sup> Das gilt für das Kosten-Nutzen-Denken ebenso wie etwa für den militärischen Kalkül der Bedrohung und Abwehr. Macht, Effizienz, Wahrheit, Machbarkeit, oder Sicherheit suchen die Stelle der Gerechtigkeit einzunehmen und ihre partialen Teilbereichslogiken gesellschaftsweit zu institutionalisieren, notfalls auch auf Kosten des gesellschaftlichen Pluralismus'. Das birgt die Gefahr, dass die demokratische Ordnungsleistung des Rechts in den Imperialismus der jeweiligen Rationalitäten umschlägt. Das politische Moment dieser Prozesse liegt darin, dass der rechtsinterne Umgang mit Paradoxien „politisch“ ist.<sup>92</sup> Das "Politische" des Rechts im Unterschied zur institutionalisierten Politik des politischen Systems äußert sich als Entscheidung im Kontext von Unentscheidbarkeit: als Auflösung von Sinnbrüchen in antagonistischen Arrangements, als Auflösung der Rechtsparadoxie in Kollisionen von Recht/Nichtrecht.<sup>93</sup> Den 'politischen Kampf gegen politische Usurpationsversuche' des Rechts durch instrumentalistische Rechtstheorien,<sup>94</sup> für den sich bspw. Martti Koskenniemi im Rahmen völkerrechtlicher Theoriediskussionen immer wieder engagiert,<sup>95</sup> ist, so verstanden, daher kein Kampf der institutionalisierten Politik gegen die institutionalisierte Politik sondern eine rechtsinterne Reflexionspolitik, die das Ziel hat, den Rechtscode als leeren Signifikanten offen und die Rechtsform von Heterodeterminierungen frei zu halten.<sup>96</sup> Rechtsentscheidungen als Ereignisse in einem rechtlichen Signifikationsprozess können damit als spezifisch rechtliche Operationen der Paradoxieentfaltung begriffen werden, die ihren politischen Charakter durch die Simultaneität verschiedener Möglichkeiten und den Kampf im Recht um die Realisierung einer dieser Möglichkeiten erhalten.<sup>97</sup> Hans

---

<sup>91</sup> Hierzu: Gunther Teubner, *Altera Pars Audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft 65, 1996, S. 199 ff.

<sup>92</sup> Urs Stäheli, *Sinnzusammenbrüche. Eine dekonstruktive Lektüre von Niklas Luhmanns Systemtheorie*, Weilerswist 2000, S. 271 ff.

<sup>93</sup> Gunther Teubner, *Der Umgang mit Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter*, in Joerges/Teubner (Hrg.), *Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden 2003, S. 25 ff. (30).

<sup>94</sup> Siehe bspw. Myres McDougal, Fuller v. The American Legal Realists, *Yale Law Journal* 50 (1941), S. 827 ff. (834 f.); Kenneth Abbott & Robert Keohane & Andrew Moravcsik & Anne-Marie Slaughter, *The Concept of Legalization*, *International Organization* 54 (2000), S. 401 ff. (419); Anne-Marie Slaughter u.a., *International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisciplinary Scholarship*, *American Journal of International Law* 92 (1998), S. 367 ff..

<sup>95</sup> Martti Koskenniemi, Carl Schmitt, Hans Morgenthau, and the Image of Law in International Relations, in: M. Byers (Hrg.), *The Role of Law in International Politics*, Oxford 2000, S. 17 ff.

<sup>96</sup> Stäheli, *Sinnzusammenbrüche* (Anm. 92), S. 255 ff.

<sup>97</sup> Urs Stäheli, *Politik der Entparadoxierung. Zur Artikulation von Hegemonie- und Systemtheorie*, in: O. Marchart (Hrg.), *Das Undarstellbare der Politik. Zur Hegemonietheorie Ernesto Laclaus*, Wien 1998, S. 52 ff. (61 f.).

Kelsen, der sich engagiert den politischen Usurpationsversuchen Carl Schmitts entgegenstellt hat,<sup>98</sup> hatte erkannt, dass das ‚reine Recht‘ nicht insofern ‚rein‘ ist, dass rechtliche Entscheidungen unpolitische Entscheidungen seien.<sup>99</sup> Kelsen ging diesbzgl. über die Schmittianische Intensitätslehre<sup>100</sup> hinaus und konstatierte: „Jeder Rechtskonflikt ist doch ein Interessen- bzw. Machtkonflikt, jeder Rechtsstreit daher ein politischer Streit, und jeder Konflikt, der als Interessen-, Macht- oder politischer Konflikt bezeichnet wird, kann als Rechtsstreit entschieden werden.“<sup>101</sup>

Auch der Luhmann'sche Entscheidungs- und Rechtsbegriff ist pluralistisch angelegt. Dekonstruktiv gewendet, ist eine Entscheidungstheorie in dieser Tradition auch nicht antiformalistisch wie Schmitts Dezisionismus, sondern geradezu hyperformalistisch, indem sie die Rechtsform ernst nimmt.<sup>102</sup> In diesem Sinne distanziert sie sich auch von dem Versuch des Bundesverfassungsgerichts, Konflikte durch eine autoritative Deutung einer vermeintlich höheren und objektiven Wertordnung zu lösen.<sup>103</sup> Das zeigt sich nicht zuletzt im Umgang mit den genannten Rationalitätskonflikten, d.h. Kollisionslagen zwischen Wirtschaft, Politik, Religion etc. Nicht eine "Verhüllungsformel für richterlichen bzw. interpretatorischen Dezisionismus"<sup>104</sup>, d.h. "praktische Konkordanz", ist hier gefragt, keine Abwägungsschemata für vermeintlich universelle Werte und Prinzipien, sondern die Identifikation konfligierender gesellschaftlicher Rationalitäten, die sich des Rechts zur Universalisierung ihrer partialen Logiken bedienen.<sup>105</sup> Diese gesellschaftlichen Realwidersprüche sind in der *quaestio iuris* zu reformulieren und, so gefasst, zu kompatibilisieren. Der kritische Kollisionsbereich ist jeweils durch den Widerspruch von Normen, die im Kontext unterschiedlicher Teilbereichsrationalitäten *geformt* wurden, zu identifizieren. In der Sache geht es folglich darum, abstrakt-generelle Inkompatibilitätsnormen im Verhältnis von gesellschaftlichen Großsystemen und den in struktureller Kopplung zu ihnen generierten Rechtsnormen zu entwickeln und das Recht darauf vorzubereiten, auf destruktive Konflikte zwischen unverträglichen Handlungslogiken zu reagieren.<sup>106</sup> Dadurch eröffnet sich ein extrem formalistischer Zugang zum

---

<sup>98</sup> Siehe nur die Schmitt-Kelsen-Kontroverse: Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung* (1931), 4. Aufl. Berlin 1996; explizit hiergegen: Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (1931), in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule* (Anm. 2), S. 1873 ff.

<sup>99</sup> Siehe auch: Volker Gerhardt, *Die Macht im Recht. Wirksamkeit und Geltung bei Hans Kelsen*, in: Werner Krawietz & Helmut Schelsky (Hrg.), *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen, Rechtstheorie, Beiheft 5*, Berlin 1984, S. 485 ff.

<sup>100</sup> Hierzu: Carl Schmitt, *Staatsethik und pluralistischer Staat*, *Kant-Studien* 1/1930, S. 28 ff. (37); Günther Maschke, *Freund und Feind – Schwierigkeiten mit einer banalité supérieure*, *Der Staat* 33 (1994), S. 286 ff. (287f.).

<sup>101</sup> Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (Anm. 98), S. 1883; siehe auch ders., *Diskussionsbeitrag (Schlusswort)*, in: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, *VVDStRL* 5 (1929), S. 117 ff. (120).

<sup>102</sup> Fischer-Lescano & Christensen, *Interpositio auctoritatis* (Anm. 9).

<sup>103</sup> Prägnante Kritik hieran auch bei Ingeborg Maus, *Vom Rechtsstaat zum Verfassungsstaat*. Helmut Ridder zum 85. Geburtstag, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 49 (2004), S. 835 ff.

<sup>104</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, *Neue Juristische Wochenschrift* 1974, S. 1529 ff. (1534).

<sup>105</sup> Hier setzt Karl-Heinz Ladeur an, siehe ders., *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, *Tübingen* 2004, S. 12 ff.

<sup>106</sup> Gunther Teubner, *Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgerschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken*, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und*

Umgang mit der Rechtsform. Denn Rechtsarbeit wird zur Pflege der Paradoxien der Rechtsform,<sup>107</sup> zur Begründungsarbeit mit Rechtsnormen unterschiedlicher Provenienz, zum ständigen Kampf des Rechts gegen seine einseitige Instrumentalisierung durch bspw. Polit-, Wirtschafts-, Religionssysteme<sup>108</sup> und die demokratiethoretische Herausforderung liegt darin, die ‚konkreten Ordnungen‘ in zivilgesellschaftlichen Konstitutionalisierungsprozessen aufzubrechen.<sup>109</sup>

## V. Fazit

Den Blick für die konstitutive Rolle des seienden Sollens in diesen Prozessen kann man an Kelsens demokratiethoretischen und radikal-pluralistischen Ausführungen, wie sie jüngst auch Robert van Ooyen instruktiv herausgearbeitet hat, bestens schulen.<sup>110</sup> Kelsens Reine Rechtslehre, die er einst als "eine Staatslehre - ohne Staat"<sup>111</sup> beschrieb, ist in dieser Hinsicht ein bewundernswertes Werk. Wie kein anderer vor ihm hat es Kelsen verstanden, das Projekt eines autonomen und operativ geschlossenen, selbstbestimmten Rechts gegen die politischen Usurpationsversuche Schmitts, Jellineks, E. Kaufmanns und anderer zu verteidigen. Er hat leidenschaftlich und in zahlreichen Einzelkontroversen dokumentiert für seine rechtspazifistische Utopie gekämpft. Insofern ist Kelsens Reine Rechtslehre als Staatslehre ohne Staat nicht lediglich das Werk eines 'Juristen des [vergangenen] Jahrhunderts'.<sup>112</sup> Die Herausforderung für Juristinnen und Juristen dieses Jahrhunderts liegt vielmehr darin, die Reine Rechtslehre als Bemühen um die Beschreibung der Eigenart rechtlicher Realität, d.h. um ein Verstehen und Verteidigen der „Eigengesetzlichkeit dieses sozialen Gebildes“,<sup>113</sup> für die moderne Weltgesellschaft als „Gesellschaft ohne Spitze und ohne Zentrum“<sup>114</sup> zu reformulieren. Gegen die Schmitts, Jellineks und Kaufmanns dieser Zeit, die in rechtstheoretischen Schafsfellen der ökonomischen Rechtstheorie, des kulturalistischen Rechts, der "New Generation of Interdisciplinary Scholarship" antreten und, wie New Haven Scholars, einen werte-optimierten New Heaven versprechen,<sup>115</sup> ist die Verteidigung von Kelsens Leitgedanken eines autonomen Rechts, des Rechts als leerem Signifikanten und der Selbstbestimmung des Weltrechts permanente Aufgabe.

---

Rechtswissenschaften 2000, S. 388 ff.; siehe auch Andreas Fischer-Lescano, Nolenti fit iniuria: Sittenwidrige Schulden im Weltrecht, in: Hauke Brunkhorst & Wenzel Matiaske (Hrg.), Südamerika/ Zentraleuropa - Politische Konstitution und gesellschaftliche Ökonomie, Frankfurt am Main 2004, S. 88 ff.

<sup>107</sup> Teubner, Der Umgang mit Rechtsparadoxien (Anm. 93), S. 25 ff.

<sup>108</sup> Rudolf Wiethölter, Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, in: Christian Joerges & Gunther Teubner (Hrg.), Rechtsverfassungsrecht, Baden-Baden 2003, S. 1 ff. (13).

<sup>109</sup> Details hierzu Teubner, Globale Zivilverfassungen (Anm. 69), S. 1 ff.

<sup>110</sup> Van Ooyen, Der Staat der Moderne (Anm. 74), S. 70 ff.

<sup>111</sup> Hans Kelsen, Gott und Staat, Die Wiener Rechtstheoretische Schule (Anm. 2), 171 ff. (193)

<sup>112</sup> Siehe das häufig bemühte Zitat von Josef Kunz, Hans Kelsen zum siebzigsten Geburtstag, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht 4 (1952), S. 113 ff. (119).

<sup>113</sup> Hans Kelsen, Der Staat als Übermensch. Eine Erwiderung, Wien 1926, S. 21.

<sup>114</sup> Niklas Luhmann, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, München 1981, S. 22.

<sup>115</sup> Slaughter u.a., International Law and International Relations Theory (Anm. 94); Richard Posner, Law, Pragmatism and Democracy, Harvard 2003; Paul W. Kahn, The Cultural Study of Law, Chicago 1999; Michael Reisman, Unilateral Action and the Transformations of the World Constitutive Process: The Special Problem of Humanitarian Intervention, EJIL 2000, S. 3 ff.