

Herbert Schambeck, Wien

Hans Kelsen an der Schwelle zum 21. Jahrhundert

Persönlichkeiten begleiten die Zeit und prägen Epochen, die eine Auseinandersetzung zu deren Verständnis verlangen. Eine solche Persönlichkeit war epochenüberschreitend Hans Kelsen.

I. Der Lebensweg Hans Kelsens

Hans Kelsen in Prag im Hinblick auf seinen Lebensweg, zu dessen Erforschung Dr. Petr Kreuz¹⁾ viel beigetragen hat, zu gedenken und seine Lehre zu bedenken, ist von verdienter Beachtenswertigkeit! In Prag war Kelsen 1881 als Sohn von Adolf Kelsen und seiner Frau Auguste geboren worden; während sein Vater bereits 1907 verstarb, war seiner Mutter ein längeres, aber auch schicksalreiches Leben von nahezu 90 Jahren zuteil. Seiner und ihrer zu gedenken, war mir Grund zunächst 2013 für Hans Kelsen zu seinem 40. Todestag²⁾ und das hier in Prag, wo er geboren wurde und wo ich leider feststellen musste, dass keine Gedenktafel an seinem Geburtshaus darin erinnerte, eine solche zu initiieren – dankenswert wegweisend durch Herrn Botschafter Dr. Ferdinand Trauttmannsdorf.

Diese *Gedenktafel* ist mit finanzieller Unterstützung durch Honorarkonsul Mag. Peter König 2013 möglich geworden, aber überraschend in der Folge verlustig gegangen, wogegen inzwischen durch Österreichs Justizminister Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Brandstetter ein Ersatz ermöglicht wurde.

Hans Kelsen fand hochbetagt 1973 sein Ende 92-jährig in Berkeley, wenige Monate nach seiner Frau Margarete, geborene Bondi; beide ließen sich dem Beispiel seines früheren Wiener Kollegen Albert Ehrenzweig und dessen Gattin in Berkeley folgend, verbrennen und die Asche in den Pazifik streuen. Sie wussten nicht, dass ich mit dem früheren österreichischen Justizminister Dr. Christian Broda, der mit Kelsen schon in seiner Jugend befreundet wurde, deren Beisetzung in Ehrengräbern am Wiener Zentralfriedhof besprochen hatte und das gemeinsam geplant auch für beiden Mitschöpfer der Wiener rechts-theoretischen Schule, Adolf Merkl und Alfred Verdross; dies war aber letztlich nur mit Adolf Merkl 1970 und seiner Frau Dr. Edith Merkl 1984 in Wien, nicht auch mit Alfred Verdross möglich, der sich nach einem Klinikaufenthalt in Innsbruck dort bei seinen Eltern 1980 beisetzen ließ; die Betroffenen wussten nichts von diesem Vorhaben.

¹⁾ Kreuz, Zu den Prager Wurzeln Hans Kelsens 21 ff.; siehe auch Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen im Selbstzeugnis.

²⁾ Beachte Schambeck, Hans Kelsen – Leben und Werk – Gedanken zu seinem 40. Todestag.

So sehr Kelsen mit *seiner Lehre* im Rechtsdenken des 20. und 21. Jahrhunderts *präsent* blieb, ist er es *nicht mit seinem Grab* geworden.

Tragik hat auch den Heimgang seiner Mutter begleitet, sie war mit ihrer Tochter Gabriele und deren Mann vor dem nationalsozialistischen Regime in das slowenische Bled geflohen, wo sie 1950 hochbetagt starb und anonym in einem Massengrab beigesetzt wurde, in dem nicht ihr Name, sondern nur ein Judenstern neben zwei anderen diese Ruhestätte kennzeichnet. Arische Verstorbene wurden später mit Namensnennung in diesem Grab beigesetzt.

Auf mein Ersuchen hatten der damalige österreichische Botschafter in Slowenien Dr. Erwin Kubesch und der Bürgermeister von Bled Prof. Janez Fajfar dieses Massengrab mit der Beisetzung von Frau Auguste Kelsen 2007 entdeckt, zu dem ich, nachdem ich diese Ruhestätte besuchte, daneben die *Schaffung einer Gedenkstätte mit Namensnennung* von Frau Kelsen und ihrem Sohn Hans initiierte und auch finanziell ermöglichte.

Als Frau Kelsen in Bled gefragt wurde, ob es stimmt, dass sie unter ihren vier Kindern auch einen Sohn habe, welcher Jurist ist, bejahte sie dies und sagte: er soll bedeutend sein!

Diese Bedeutung von Hans Kelsen geht auf sein Wirken in einem mehr als neun Jahrzehnte langen Lebensweg zurück, der ihn in Österreich die Verschiedenheit an Staatsformen, des Staatsaufbaues, die Pluralität an Nationen, Weltanschauungen sowie Ideologien in der Politik, in Grenzsituationen seines Lebens den Wechsel an Lehrstühlen in und außerhalb Europas sowie zwei Weltkriege erleben ließ.

In dieser wechselvollen Zeit entwickelte Hans Kelsen mit den Erfahrungen des Lebens beginnend im ausgehenden 19. Jahrhundert und mehr als sieben Jahrzehnte im 20. Jahrhundert *seine Lehre vom Recht, die von der einzelstaatlichen Ordnung der einstigen Donaumonarchie ausgehend*, in der Böhmen und Mähren Teil des Staates war, der sich „die im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder“ nannte, *bis zur weltweit organisierten Staatengemeinschaft der Vereinten Nationen reichte*; Leistungen, die vom Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) 1920 der neu geschaffenen Republik Österreich, für das er wegweisend war, bis zu seinem Kommentar der UNO-Charta 1950 reichte. Als ich 1979 in New Delhi war, sagte mir ein Repräsentant des indischen Parlaments, Österreich verbindet sich für ihn mit Hans Kelsen, weil er immer bei seiner Teilnahme an der UNO-Generalversammlung dessen Kommentar verwendet.

II. Die Rechtslehre Hans Kelsens

Die Lehre vom Recht entwickelte Hans Kelsen *kontinuierlich einerseits ausgehend von der Erfahrung der Pluralität des öffentlichen Lebens der österreichischen Donaumonarchie über das Staatsrecht zum Völkerrecht und andererseits mit seiner Reinen Rechtslehre als einer Theorie des positiven Rechts.*

Aus dem Wort „eine“ Theorie spricht eine Toleranz, dass er anscheinend daneben noch andere Theorien für möglich hält; in ihrer Bezogenheit auf das „positive Recht“ will Kelsen deutlich jeden Bezug auf nichtpositives Recht, wie

es auch das Naturrecht ist, *ausgeschlossen wissen*. Er war bemüht, wie er in der 1. Auflage der „Reinen Rechtslehre“ feststellt,

„eine reine, d.h. von aller politischen Ideologie und allen naturwissenschaftlichen Elementen gereinigte, ihrer Eigenart, weil der Eigengesetzlichkeit ihres Gegenstandes bewusste Rechtstheorie zu entwickeln ... ausschließlich auf Erkenntnis des Rechts gerichteten Tendenzen zu entfalten und deren Ergebnisse dem Ideal aller Wissenschaft, Objektivität und Exaktheit, soweit als irgend möglich anzunähern.“³⁾

Er kritisiert es, dass dies bei der traditionellen Rechtslehre nicht der Fall sei: „In völlig kritikloser Weise hat sich Jurisprudenz mit Psychologie und Soziologie, mit Ethik und politischer Theorie vermengt.“⁴⁾

Kelsen will alles durch seine Reine Rechtslehre von der Staatsordnung ausscheiden, was nicht zum positiven Recht zu zählen ist. Kelsen interessiert für seine Rechtstheorie nur das geltende Recht, d.h. das Recht, wie es sich in Geltung befindet und nicht wie es sein könnte; letzteres gehört zur Rechtspolitik und wird von ihm durch die Reine Rechtslehre getrennt.

Kelsen geht in dieser seiner rechtspositivistischen und wertneutralen Rechtslehre von einer Trennung von *Sein* und *Sollen* sowie einer fiktiven inhaltsleeren Grundnorm aus, welche die Ordnung der Rechtsnormen begründet, die einem Stufenbau gleich in der hierarchischen Ordnung eines positivrechtlichen Stufenbaues der Verfassungskonkretisierung dienen.

Diese *Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung* hat Kelsen erstmals in der 1. Auflage seines 1934 in Wien erschienenen Buches „Reine Rechtslehre“ vertreten, die aber nicht original von ihm, sondern von seinem Schüler, meinem Lehrer Adolf Merkl, stammt, der diese Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung schon viele Jahre vorher entwickelt hatte. Sie kündigte Merkl bereits in seinen Abhandlungen 1917 „Das doppelte Rechtsantlitz“⁵⁾ und 1918 „Das Recht im Lichte seiner Anwendung“⁶⁾ an und führte sie 1931 in seinem Beitrag zur ersten Festschrift für Kelsen näher aus, in welcher Merkl den grundlegenden Beitrag über „Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues“⁷⁾ leistete. Dazu hatte Merkl in seinem klassisch gewordenen Werk „Allgemeines Verwaltungsrecht“ schon 1927 die Lehre vom rechtlichen Stufenbau in seinem Rechtssystem eingebaut,⁸⁾ ein Weg, auf dem ihm sein Lehrer Kelsen folgte.

Mit der Übernahme der Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung von Merkl durch Kelsen⁹⁾ hat Kelsen¹⁰⁾ seine Lehre dynamisiert und ihr in Bezug auf die Lebensnähe seiner Rechtstheorie überhaupt eine besondere Kraft verliehen.

³⁾ Kelsen, Reine Rechtslehre III.

⁴⁾ Kelsen, Reine Rechtslehre 2. Aufl. 1.

⁵⁾ Merkl, Das doppelte Rechtsantlitz 425 ff., 444 ff. und 463 ff.

⁶⁾ Merkl, Das Recht im Lichte seiner Anwendung 56.

⁷⁾ Merkl, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues 252 ff.

⁸⁾ Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht 157 ff.

⁹⁾ Beachte auch Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre.

¹⁰⁾ Dazu Kelsen, Adolf Merkl zu seinem 70. Geburtstag 313 ff.

Als derartige Stufen im Bau der Rechtsordnung können die Verfassungsgesetze, die einfachen Gesetze und die Verordnungen, als Aufeinanderfolge von generell abstrakten Normen genannt werden, welchen als individuell konkrete Normen die Verwaltungsakte sowie die Gerichtsurteile und hernach die Vollstreckungsakte folgen.

Der *Rang* in diesem *Stufenbau* selbst bestimmt sich präzise nach seiner *derogatorischen Kraft*. Die ranghöhere Norm derogiert der rangniedrigeren Norm und innerhalb derselben Normhöhe die spätere Norm der früheren Norm. Die Erzeugung und Weiterentwicklung seines positiven Rechts regelt der Staat selbst. Dieses positive Recht kann nur zustande kommen, wenn jede Bedingung des in der Verfassung selbst vorgesehenen Erzeugungsprozesses eingehalten wird. Auf diesem Weg gelangt Kelsen zu seiner bekannten *Lehre der Identität von Staat und Recht*.

Mit seiner Reinen Rechtslehre hat Kelsen eine *Anatomie des positiven Rechts für jeden Staat ermöglicht* und fand damit auch ein weites Echo, das sich in Publikationen und Berufungen zeigte, so 1930 nach Köln, nach der Absetzung durch das nationalsozialistische Deutschland 1933 nach Genf sowie dazu 1935 auch mit Empfehlung von Präsident Tomas Masaryk an die Deutsche Universität in Prag.

III. Stadien im akademischen Leben Hans Kelsens

Diese Zeit an der Prager Deutschen Universität war für Kelsen aber keine Glückliche geworden, da er als Jude von den nationalsozialistischen Studenten in seinen Vorlesungen gestört und von tschechischen Nationalisten „als ein ‚pangermanischer Agent‘ beschimpft“ wurde, „weil er sich nach dem Ersten Weltkrieg für den Anschluss Österreichs an das damalige Deutschland ausgesprochen hatte.“¹¹)

Kelsens akademische Präsenz in Prag war nicht von langer Dauer, denn nach dem Münchener Abkommen hat Kelsen mit Brief vom 10. Oktober 1938 an Dekan Ernst Hoyer um Entbindung von seiner Lehrverpflichtung ersucht. Das Wintersemester 1937/38 war das Letzte für Kelsen in Prag, da er für seine Genfer Aufgaben beurlaubt wurde und im Herbst 1938 in der Tschechoslowakei der Umschwung eintrat.

Als 1939 der Zweite Weltkrieg ausbrach, sah sich Kelsen mit seiner Familie in seiner Sicherheit gefährdet und entschloss sich *Europa zu verlassen und in die USA zu reisen*, ohne eine feste Anstellung zu haben. In seiner Autobiographie stellte er dazu fest:

„Nur schweren Herzens verließ ich mit meiner Frau im Juni 1940 Genf, wo ich sieben Jahre befriedigende Arbeit in einer idealen Umgebung verbracht hatte, um im Alter von beinahe 60 Jahren in einem Land, dessen Sprache ich nur sehr un-

¹¹⁾ Klabouch, Prazsky rodak Hans Kelsen [Der gebürtige Prager Hans Kelsen] 188 f. und Anm. 31 und Osterkamp, Hans Kelsen in der Tschechoslowakei 310.

vollkommen beherrschte, meine akademische Laufbahn wieder von vorne zu beginnen“.¹²⁾

Er schiffte sich mit seiner Frau Margarete am 10. Juni 1940 auf der „S.S. Washington“ in Lissabon ein und erreichte am 21. Juni 1940 New York. 1978 erzählte mir in der Brasilianischen Akademie der Wissenschaften in Rio de Janeiro der im Exil lebende letzte Ministerpräsident Portugals der Ära Salazar, der Verwaltungsrechtsprofessor an der Universität Coimbra Marcello Caetano, er hätte dem Ehepaar Kelsen auf dem damals letzten Schiff diese Überfahrt ermöglicht.

Nach seiner Ankunft in den USA stand Kelsen vor Schwierigkeiten: zum einen, weil es ihm „nicht leicht“ war, sich auf Englisch umzustellen, da er Englisch „zwar lesen, aber kaum sprechen und nicht schreiben konnte“,¹³⁾ zum anderen war es für ihn schwer, eine dauernde Stellung zu finden. Eine besscheidene akademische Position erlangte er im Studienjahr 1940/41 durch seine Ernennung zum *Oliver Wendell Holmes-Lecturer an der Harvard Law School*, an deren Universität er am 18. September 1936 das Ehrendoktorat erhalten hatte; trotzdem wurde er in Harvard nicht verlängert. Später wurde er 1942 vermittelt von Roscoe Pound Lecturer in political science am College Berkeley der Universität of California.

Wie Kelsen in seiner Autobiographie hervorhob, war er *in Berkeley am Departement für politische Wissenschaften und nicht an der Law School* und bemerkte dazu selbst: „Mit meiner Reinen Rechtslehre würde ich zwar besser an eine juristische Fakultät passen. Aber amerikanische Law Schools haben kein besonderes Interesse an einer wissenschaftlichen Theorie des Rechts“.¹⁴⁾

Als 1945 zur Gründung der UNO Politiker, Diplomaten und Juristen nach San Francisco kamen und sich nach Kelsen erkundigten, merkte seine Universität seine Bedeutung und ernannte ihn noch als Vierundsechzigjährigen zum fullprofessor 1945; in dem Jahr erhielt er mit seiner Frau auch die amerikanische Staatsbürgerschaft. 1952 wurde er in Berkeley, wo er auch in der Folge seinen Lebensabend mit seiner Frau verbrachte, emeritiert.

Wie viel Kelsen an diesem seinen Lebensabend die *akademische Anerkennung* an seiner Universität bedeutete, konnte ich ersehen, als ich 1967 mit meinem Innsbrucker Kollegen und damaligen österreichischen Justizminister Univ.-Prof. Dr. Hans Klecatsky und dem Salzburger Rektor Univ.-Prof. Dr. René Marcic die Initiative zur Herausgabe des Sammelwerkes der Wiener rechtstheoretischen Schule ergriff sowie Kelsen meinen Vorschlag seines Lebenslaufes sendete und er mich ersuchte, in diesem festzuhalten, dass in Berkeley an seiner Universität eine Bibliothek nach ihm benannt sei. Als nach seinem Tod ein Rektor dieser Universität diese Namensbezeichnung in Berkeley beseitigen wollte, ersuchte mich eine seiner Töchter, Frau Maria Feder für die Beibehaltung in diesem Rektorat in Berkeley zu intervenieren, was mir erfolgreich gelang.

¹²⁾ Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen im Selbstzeugnis 92.

¹³⁾ Kelsen, a.a.O.

¹⁴⁾ Kelsen, a.a.O. 93.

Betrachtet man nach diesem Lebensweg Kelsens sein wissenschaftliches literarisches *Lebenswerk*, so war dieses ausgehend von *der Rechtsphilosophie über die Staatslehre auf das Verfassungsrecht sowie später immer mehr auf das Völkerrecht gerichtet*. Das Miteinander der Menschen durch die Geltung von innerstaatlichen sowie später völkerrechtlichen Normen wollte er zur *Herbeiführung und Sicherung des Friedens* nutzen.

IV. Hans Kelsen und seine Reine Rechtslehre

Kelsen war in der Zeit des alten österreichischen Vielvölkerstaates geboren, aufgewachsen und erzogen. In diesem bis 1918 bestehenden Multinationalismus suchte er mit seiner *Reinen Rechtslehre*, die nur auf die Form und nicht auf den Inhalt der Rechtssätze abgestellt war, *einen wertneutralen Staat zu ermöglichen*, um dadurch Konflikte zu vermeiden. Als ich während meiner Gastvorlesungen 1967 in den USA am Karfreitag in Berkeley vom Ehepaar Kelsen eingeladen war, fragte ich Hans Kelsen, warum er die später so dominant gewordenen politischen Parteien in dem österreichischen B-VG nicht verankert hat, erklärte er mir, er hätte diese „stillschweigend vorausgesetzt“.

Kelsen vertrat, besonders in seiner 1925 veröffentlichten Allgemeinen Staatslehre¹⁵⁾ eine *Staatslehre als Staatsrechtslehre*,¹⁶⁾ die für ihn eine Lehre vom objektiven Recht¹⁷⁾ ist. Auf diese Weise war Kelsen ein Monist durch seine Staatsrechtslehre in der Staatslehre.

Georg Jellinek,¹⁸⁾ den Kelsen in Heidelberg während seines Gaststudiums erlebt hatte, verfasste seine Staatslehre 1900 dualistisch, nämlich als Staatsrechts- und Staatsgesellschaftslehre, dazu mit vielen historischen Bezügen. Nach dem Zweiten Weltkrieg ging der Münchener Staatsrechtslehrer Hans Nawiasky einen Schritt weiter und stellte 1945, 1955 und 1956 seine Staatslehre trialistisch, nämlich als Staatsrechts-, Staatsgesellschafts- und Staatsideenlehre dar.¹⁹⁾

Diese *monistische und positivistische Rechts- und Staatslehre*, mit der Kelsen der vielfachen Pluralität im öffentlichen Leben seiner Zeit begegnen wollte, war ein Ausdruck des Friedensbemühens Kelsens, das sich im zunehmenden Maß in seiner wissenschaftlichen Hinwendung neben der Rechtsphilosophie und der Staatsrechtswissenschaft auch auf die Völkerrechtslehre bezog.

Besonders auch später in seiner Zeit in Genf und in all den Jahren in den USA beschäftigte Kelsen²⁰⁾ das *Problem des Friedens und die Organisation der Staaten zu einer Gemeinschaft*, wie es der Völkerbund war und die UNO

¹⁵⁾ Kelsen, Allgemeine Staatslehre.

¹⁶⁾ Kelsen, a.a.O. 47 ff.

¹⁷⁾ Kelsen, a.a.O. 47.

¹⁸⁾ Jellinek, Allgemeine Staatslehre.

¹⁹⁾ Nawiasky, Allgemeine Staatslehre.

²⁰⁾ Siehe u.a. Kelsen, Rechtstechnik und Abrüstung 877 ff.; Kelsen, The Legal Process and International Order; Kelsen, International Peace – by Court or Government? 57 ff.; Kelsen, Peace through Law; Kelsen, The Law of the United Nations; Kelsen, Collective Security under International Law.

wurde; für die UNO hatte er ja 1950 einen eigenen Kommentar zu ihrer Charta veröffentlicht und auf die Notwendigkeit und Bedeutung internationaler Gerichtshöfe hingewiesen, so als einer der Ersten schon 1944 in seiner Schrift „Peace through Law“. Kelsen geht es auch um die Erkenntnis der Bedeutung der Gerichte für das Verhältnis von Recht und Macht sowie von Frieden und Gerechtigkeit.

V. Die Demokratie und der Relativismus

Mit der Weite seines Lebensweges hat Kelsen die Weite seines Rechtsdenkens verbunden, mit dem er bei aller Trennung von Recht und Moral die Verantwortung in der Politik erkannte.

Dies zeigt seine später viel zitierte und auch viel übersetzte Schrift „Vom Wesen und Wert der Demokratie“.²¹⁾ Diese Schrift habe ich 2013 nach meiner Ehrenpromotion an der Rechtsuniversität der ukrainischen Akademie der Wissenschaften in Kiew mit meiner Einleitung in ukrainischer Übersetzung präsentiert. In dieser Schrift geht Kelsen auf die *wichtigsten Aufgaben der Demokratie*, besonders im Hinblick auf die Verfassungsstaatlichkeit, ein. Viele seiner damals getroffenen Feststellungen, wie etwa über den Parlamentarismus, die politischen Parteien und das Verhältnis von repräsentativer und plebiszitärer Demokratie sind auch heute noch aktuell. Auf eine Aussage von Kelsen sei besonders verwiesen, nämlich dass „der Relativismus die Weltanschauung“ ist, „die der demokratische Gedanke voraussetzt“.²²⁾ In diesem Zusammenhang verweist er auf das 18. Kapitel des Johannes-Evangeliums, nach dem die Volksabstimmung gegen Jesus ausfällt, und als Pilatus das Volk fragte, wen er freilassen solle, schrien sie Barabas und, wie Kelsen schrieb, fügte der Chronist hinzu: „Barabas war ein Räuber“.²³⁾

Diese „eine Begebenheit aus dem Leben Jesus“²⁴⁾ gehört nach Kelsen „zu den großartigsten, was die Weltliteratur hervorgebracht hat; und, ohne es zu beabsichtigen, wächst sie zu einem tragischen Symbol des Relativismus und der Demokratie“.²⁵⁾

In der Literatur ist Kelsen mit seinem Hinweis auf den *Bezug von Relativismus und Demokratie* später nicht allein geblieben. Als ein anderer Professor, nämlich Joseph Kardinal Ratzinger als Dekan des Kardinalskollegium am 18. April 2005 vor St. Peter die Heilige Messe „Pro eligendo Romano Pontifice“ las, – ich habe sie im Vatikan damals miterlebt – sagte er:

„Wie viele Glaubensmeinungen haben wir in diesen letzten Jahrzehnten kennen gelernt, wie viele ideologische Strömungen, wie viele Denkweisen ... Das kleine Boot des Denkens vieler Christen ist nicht selten von diesen Wogen zum Schwanzen gebracht, von einem Extrem ins andere geworfen worden; vom Marxismus

²¹⁾ Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie.

²²⁾ Kelsen, a.a.O. 101.

²³⁾ Kelsen, a.a.O. 104.

²⁴⁾ Kelsen, a.a.O. 103.

²⁵⁾ Kelsen, a.a.O.

zum Liberalismus bis hin zum Libertinismus; vom Kollektivismus zum radikalen Individualismus; vom Atheismus zu einem vagen religiösen Mystizismus; vom Agnostizismus zum Synkretismus, und so weiter ... Es entsteht eine Diktatur des Relativismus, die nichts als endgültig anerkennt und als letztes Maß nur das eigene Ich und seine Gelüste gelten lässt“.²⁶⁾

Vergleicht man diese beiden Zitate, so enthalten beide, obgleich mit der Rechtswissenschaft und der Theologie von verschiedenen Gebieten kommend, die gleiche Aussage, nämlich den *Hinweis auf den Relativismus im öffentlichen Leben*. Diesen Relativismus im öffentlichen Leben, der zu dem Präpositiven im Staat zählt, hat Kelsen in seinem langen Leben in verschiedener Weise erfahren und zu verkraften gehabt. Die Erkenntnis dieses Relativismus hat Kelsen mit der Verantwortung im Staat verbunden, in der Verantwortungsträgen Antwortgeben verlangt und auf die Bedeutung der Rechtsetzung im Staat verwiesen.

Diese Rechtsetzung im Staat erfolgt auf Grund der jeweiligen Verfassung, die im demokratischen Verfassungsstaat eine politische Willensbildung verlangt. Merkl, der ein Hörer und später ein Kollege Kelsens sowie Mitschöpfer der Wiener rechtstheoretischen Schule war, bezeichnete die Verfassung als kodifizierte Politik.

In Hinblick auf seine Reine Rechtslehre *hat Kelsen in Bezug auf die Rechtsetzung einen Werteneutralismus und Gesinnungsindifferentismus vertreten*, der sich auch in dem von ihm entscheidend mitgeprägten Entwurf zum österreichischen Bundes-Verfassungsgesetz zeigt. Dieses Bundes-Verfassungsgesetz hat Merkl, der an dessen Vorbereitung mitwirkte, als eine Rechtswegeverfassung²⁷⁾ bezeichnet, von der Marcic feststellte, sie wäre von „einem beredten Stillschweigen“²⁸⁾ an Wertaussagen gekennzeichnet.

Dieses sogenannte „Stillschweigen“ konzentrierte das B-VG auf die Regelung der Staatsorganisation, übernahm den Grundrechtskatalog aus der Dezemberverfassung 1867 der konstitutionellen Monarchie und verwandelte deren dezentralisierte Einheitsstaatlichkeit in einen Bundesstaat der demokratischen Republik. Abgesehen von den für die bundesstaatliche Kompetenzverteilung erforderlichen Aufgabenverteilung im Dienst des Rechts- und Machtzweckes sowie des Kultur- und Wohlfahrtszweckes enthielt das B-VG keine ausdrücklichen Wertaussagen, wodurch die konstituierende Nationalversammlung sich Auseinandersetzungen in der Pluralität an Religionen, Weltanschauungen und Ideologien ersparte.

Wo immer durch die rechtspositivistische Grundhaltung Zurückhaltung an Wertaussagen, Staatsziel- und Staatszweckbestimmungen im Verfassungsrecht gegeben ist, verbleibt eine *Verantwortung der Politik für die Weiterentwicklung des Verfassungsrechtes und für die einfachgesetzliche Rechtsetzung*:

²⁶⁾ Predigt von Kardinaldekan Ratzinger, Heilige Messe „Pro eligendo Romano“ 20; siehe dazu Schambeck, Fede, Stato e Democrazia 319 ff.; Schambeck, Die Möglichkeiten der Demokratie und die Diktatur des Relativismus 10 f. bzw. 9 f.

²⁷⁾ Merkl, Die Wandlungen des Rechtsstaatsgedanken 179.

²⁸⁾ Marcic, Das beredte Schweigen der Verfassung 403 ff.

so ist Österreich auf diesem Weg einfachgesetzlich auch Kultur-, Wirtschafts- und Sozialstaat geworden.

In dieser Entwicklung sind neben den demokratischen, liberalen und justizialen Grundrechten auch soziale Grundrechte entstanden, die auch im Rahmen des Vertrages von Lissabon in der EU-Grundrechtecharta²⁹⁾ gegeben sind.

Zu diesen Grundrechten, die auf eine Freiheit vom, im und durch den Staat gerichtet sind, tritt in der letzten Zeit besonders im Hinblick auf die Umweltgefährdung das existentielle Grundrecht auf Leben, auf das Papst Franziskus in seiner Enzyklika Laudato si³⁰⁾ hinweist.

Bei aller Entwicklung der Grundrechte und der Verantwortung der Menschen für das Recht im Staat muss aber erkannt werden, dass *nicht alle Ansprüche und Werte die grundrechtswürdig sind, auch grundrechtsfähig sein müssen*. Wer hat etwa nicht in unseren Tagen oft und oft das Bedürfnis nach einem Grundrecht auf Ruhe durch Schutz vor Lärm, nach einem Grundrecht auf Verkehrssicherheit gegen Verantwortungslosigkeit der Verkehrsteilnehmer sowie nach einem Grundrecht auf Alleinsein gegen Belästigung verspürt.

Diese *Dimensionen des normativrechtlich Möglichen sowie Unmöglichen* zeigen die Verantwortung des Menschen auf und weisen auf die Beziehung von Recht und Individual- sowie Sozialmoral. Diese Beziehung und ihr rechtsnormativer Ausdruck zeigen sich in den Verfassungen der einzelnen Staaten.

VI. Die neue Ordnung des sich integrierenden Europa

Diese gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Staaten sind mit Grundlagen der EU,³¹⁾ die schon 1993 die Beschlüsse des Europäischen Rates in Kopenhagen³²⁾ gefordert haben, die neben der Übernahme des gemeinschaftsrechtlichen Besitzes (acquis Communautaire) wirtschaftliche und politische Maßstäbe für die Mitgliedschaft in der EU voraussetzen. Dazu sind auch nach Art. 6 Abs. 3 des Vertrags über die EU

„die Grundrechte, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, ... als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts.“

Auch die Ordnung des sich integrierenden Europa weist im Rahmen der EU eine Form rechtlichen Stufenbaues auf: mit dem primären Unionsrecht, das die Gründungsverträge, die allgemeinen Rechtsgrundsätze und die Staatshaftung beinhaltet. Seit dem Vertrag von Lissabon gehören zum primären Unionsrecht der Vertrag über die Europäische Union (EUV), der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) und die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC). Für die Ausübung der Zuständigkeit der Union

²⁹⁾ ABl. 2007 C 303/1.

³⁰⁾ Papst Franziskus, Enzyklika Laudato si über die Sorge für das gemeinsame Haus, Nr. 163 ff.

³¹⁾ Art. 1 Abs. 3 des Vertrages über die EU, ABl. Nr. C 83/13 vom 30. März 2010.

³²⁾ ABl. 1993, Nr. C 194, 216 ff.

nehmen gemäß Art. 288 Abs. 1 AEUV die Organe Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungnahmen an; diese bilden das sekundäre Unionsrecht. Tertiäres Unionsrecht sind dann die abstrakt generellen Rechtsakte, die auf Grund der sekundärrechtlichen Ermächtigung gesetzt werden.

In diesem *Staatenverbund der EU* von jetzt 28 Mitgliedsländern ist das normative Recht dieser Staatengemeinschaft konstituierend; es ermöglicht diesen Staatenverbund der EU als Wirtschafts- und Währungsgemeinschaft sowie als Rechtsgemeinschaft zu erleben, die von Werten getragen sind und so auch zum Frieden beitragen können. Dies setzt nach dem Vertrag von Lissabon deutlich das abgestimmte Miteinander von Europa-, Staats- und Heimatbewusstsein voraus, das zur Wahrung der Subsidiarität nach Art. 5 EUV und Art. 69 AEUV ein eigenes Prüfungsverfahren vorsieht.

Kelsen hat sich zwar nie mit der Europäischen Union auseinandergesetzt, wohl aber, wie Jürgen Busch und Tamara Ehs³³⁾ festgestellt haben, in seiner Genfer Zeit am Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales gemeinsam mit Paul Guggenheim mit einer Europazukunftsfrage.

Wie Busch und Ehs³⁴⁾ feststellen, sieht Kelsen in dieser seiner Studie die „Notwendigkeit einer Organisationsform, die nicht ein internationales politisches Organ, sondern einen internationalen Gerichtshof als zentrales Organ installiert, um so Frieden eher garantieren zu können“. Anders hat sich die EU entwickelt; sie lässt sich nicht mit einem Staat vergleichen und hat einen Charakter *sui generis*.

Wenn im Zusammenhang mit der EU der Verfassungsbegriff Verwendung findet, dann nicht als Höchstordnung eines Oberstaates über die Mitgliedsländer der EU, sondern vielmehr als normative Grundordnung der EU als „Staatenverbund“³⁵⁾ wie sie das deutsche Bundesverfassungsgericht bezeichnet hat.

Der ursprünglich für die EU vorgesehene Verfassungsvertrag hat den Eindruck der Schaffung eines Oberstaates für die Staatengemeinschaft vermittelt, wurde deshalb abgelehnt und durch den Reformvertrag ersetzt, der aus dem Vertrag über die EU, den Vertrag über die Arbeitsweise der EU und der EU-Grundrechtecharta besteht und nach seinem Abschlussort Vertrag von Lissabon genannt wird.

Vergleicht man die Lehre Kelsens in Bezug auf Recht und Staat mit den Notwendigkeiten *in der EU*, so verlangen beide ein der Rechtsetzung vorausgehendes und den Rechtsvollzug begleitendes Verantwortungsdenken, in dem *jeder seine präpositive Haltung, sei es Religion, Moral, Weltanschauung und Ideologie einbringen kann*. Sie sind mitbestimmend für die jeweils politische Willensbildung, die zur jeweiligen Rechtsetzung führt.

³³⁾ Busch/Ehs, Nachwort: Europa als Rechtsgemeinschaft und die Europäische Union 99 f.

³⁴⁾ Busch/Ehs, a.a.O. 100.

³⁵⁾ BVerfGE 89, 155.