



BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

JURISTISCHE FACHZEITSCHRIFT AN DER FREIEN UNIVERSITÄT BERLIN

AUS DER LEHRE

Prof. Dr. Gregor Bachmann und Magnus Habighorst
Das modernisierte Personengesellschaftsrecht

GRUNDLAGEN

Vicki Fee Weber

Das Verhältnis von Sein und Sollen als Möglichkeit zur Beschreibung und Begründung von Recht – eine Untersuchung der Ansätze Kants und Kelsens

Max Rinckens

Die *actio exercitoria* – Grundlage und Grenzen der Haftung des Reeders im römischen Recht

ZIVILRECHT

Elisabeth Maria Eckhold

Grundbuch auf der Blockchain

ÖFFENTLICHES RECHT

David Wellstein

An Introduction to the Legal Design of Electoral Commissions

Leo Miura

Firmenwagen – Grund- und aktuelle Fragen ihrer steuerlichen Berücksichtigung

4. Jahrgang · Seiten 85–172

www.berlinerrechtszeitschrift.de

ISSN (Print) 2699-948X · ISSN (Online) 2699-2132

AUSGABE 2/2023

Vicki Fee Weber*

Das Verhältnis von Sein und Sollen als Möglichkeit zur Beschreibung und Begründung von Recht – eine Untersuchung der Ansätze Kants und Kelsens

Das, was ist, ist nicht unbedingt das, was sein soll. Schließen wir aus dem einen unmittelbar auf das andere, so wird dies in der Philosophie als Sein-Sollen-Fehlschluss bezeichnet.

Doch was ist, wenn sich eine Wissenschaft Normen zu ihrem Gegenstand erwählt hat? Normen, das sind Vorstellungen davon, wie die Welt sein sollte. Sie können in moralischen Erwägungen oder verbindlichen Rechtssätzen festgelegt werden. Als Juristen versuchen wir, mit dem Recht als Sollen ein Verhalten im Bereich des faktischen Seins vorzuschreiben. Auf der anderen Seite folgt das Sollen des Rechts dem Willen des Gesetzgebers, also dem Sein.

Die vorliegende Arbeit ist der Versuch, sich dem Gegenstand der Rechtslehre in einer philosophischen Betrachtungsweise zu nähern. Betrachtet werden dafür zwei Ansätze, die von denselben erkenntnistheoretischen Ursprüngen herrühren und die dennoch in ihrer Ausgestaltung nicht unterschiedlicher sein könnten.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	104
I. Einführung in das Problem	104
II. Die Bedeutung des Problems für die Rechtswissenschaft	105
III. Die Wahl der Autoren	105
IV. Vorgehensweise	106
B. Die Ansätze Kants und Kelsens	106
I. Immanuel Kant	106
1. Das Verhältnis von Sein und Sollen bei Kant und die Frage nach dem Sein	106
2. Sollen als Unbedingtheit – Kants Ethik	107
3. Das äußere Sollen – Das Recht in der Form von Sollenssätzen	108
II. Kelsen	109
1. Der Dualismus von Sein und Sollen	109
2. Die Rechtsnorm als Ausdruck des Wollens ...	110
3. Aufbau der Rechtsordnung	111
4. Recht in Abgrenzung zu anderen normativen Sollensordnungen	112
C. Gegenüberstellung / Kritischer Vergleich	113
I. Zusammenfassende Darstellung der Erkenntnisse	113
II. Methodik des Vorgehens	113

III. Erkenntnistheoretische Begründung des Sollens im Vergleich	114
1. Sein und Sollen als apriorische Kategorien	114
2. Der Ursprung rechtlichen Sollens als transzendente Idee	114
IV. Ausblick: Die Verbindlichkeit des Sollens	115
D. Fazit	116

A. Einleitung

I. Einführung in das Problem

Die vorliegende Arbeit ist eine Auseinandersetzung mit dem Verhältnis von Sein und Sollen unter Betrachtung der Ansätze *Immanuel Kants* und *Hans Kelsens*.

Immanuel Kant wird im deutschen Raum häufig als „Entdecker“ des Dualismus von Sein und Sollen bezeichnet. Das mag daran liegen, dass sich die Begriffe des Sollens und der Natur durch sein gesamtes Werk ziehen.¹ Die eigentliche Entdeckung des Dualismus lässt sich jedoch auf den angelsächsischen Philosophen *David Hume* zurückführen. In seinem Werk „A Treatise of Human Nature“ von 1739 beobachtet er Gedankengänge zeitgenössischer Autoren: Diese würden von Betrachtungen über das Sein plötzlich, kaum wahrnehmbar und ohne Übergang, darauf schließen, wie etwas sein sollte. Das Sollen aber würde laut *Hume* eine neue Beziehung beschreiben, für die es einer eigenen Begründung bedürfe.²

Seit dieser Feststellung *David Humes* wird die Ableitung eines Sollens aus dem Sein als Sein-Sollen-Fehlschluss bezeichnet. Bis heute liefern Philosophen mannigfaltige Begründungsansätze, die sich der Beschreibung des Verhältnisses von Sein und Sollen widmen.

Besonders hervorzuheben sei hier die Arbeit des britischen Philosophen *George Edward Moore*, der darauf aufbauend den Naturalistischen Fehlschluss begründete. Nach diesem könne man, auch bei Vermeidung des Sein-Sollen-Fehlschlusses, dennoch auf sprachlicher Ebene ein grundsätzliches Missverständnis einbauen. Das geschieht, indem die Beschreibung „gut“ über andere Werte definiert wird.³ Diese sprachanalytische Betrachtungsweise soll hier allerdings nicht vertieft werden.

Die Herausforderung des Verstehens des Verhältnisses besteht weniger auf der Seite des Seins. Natürlich ist das Be-

* Die *Verfasserin* studiert im achten Semester Rechtswissenschaften an der Humboldt-Universität zu Berlin. Bei dem Beitrag handelt es sich um eine Studienabschlussarbeit, die bei Professor Dr. Christoph Möllers, LL.M. (Chicago) im Fach Moderne Rechtsphilosophie im Rahmen des Schwerpunktbereichs Geschichte und Theorie des Rechts erarbeitet wurde.

¹ *Achermann*, Das Verhältnis von Sein und Sollen als ein Grundproblem des Rechts, 1955, S. 11; *Klenner*, Kelsens Kant, in: *Revue Internationale de Philosophie*, Vol. 35, No. 138, 1981, S. 540.

² *Hume*, A Treatise of Human Nature, Bk III: I, sec.I, 1739.

³ Vgl. *Moore*, *Principia ethica*, 1903; *Precht/Burkard*, Metzler Lexikon Philosophie, 3. Aufl., 2008, S. 182.

greifen der Grundstrukturen der Wirklichkeit ein komplexer, eigenständiger Teilbereich der Philosophie. Dass diesem aber zunächst das, was existiert, zugerechnet werden kann, ist an sich plausibel. Als deutlich schwieriger stellt sich die Antwort auf die Frage dar, woher das Sollen zu entnehmen ist. Die Ansätze, die in dieser Arbeit betrachtet werden, sehen das Sollen entweder als gewollte Verallgemeinerbarkeit, also im Willen, oder als Glied einer Struktur, demnach in der Form. Anders lässt sich das Sollen auch in enger Verbindung mit dem Sein erkennen. Der britische Philosoph *Derek Parfit* entwickelte ein Beispiel dafür, wie die Faktenlage, also Elemente aus dem Sein, ein handlungsorientiertes Sollen erschaffen können, indem sie auf eine Reaktion drängen, die den Fakten angemessen ist. In seinem Beispiel befindet sich ein Subjekt in einem brennenden Raum, der einzige Ausweg findet sich in der Flucht durch ein Fenster. Das Feuer und die Gefahr, verbrannt zu werden, werden zu einem Grund, den Raum zu verlassen. Dieser ist so gewichtig, dass er als ein „Müssen“ empfunden wird.⁴

Für den Philosophen *Georg Wilhelm Friedrich Hegel* liegt die Beantwortung der Frage nach dem Sollen im Sein, denn nur dieses sei erkennbar. Versuche, darüber hinaus die Suche nach dem Sollen zu führen, führten zu schnell ins subjektive „Meinen“.⁵

II. Die Bedeutung des Problems für die Rechtswissenschaft

Die Beziehung von Sein und Sollen gestaltet sich als deutlich vielfältiger als das simple Verbot der Ableitung eines Sollens aus dem Sein. Daraus, dass etwas ist, kann nicht geschlossen werden, dass es auch so sein sollte, soweit einleuchtend. Bleibt man im Bereich der Aufstellung eines Sollens, muss dieser Grundsatz eingehalten werden und wird auch nicht mehr wesentlich bestritten.⁶ Betrachtet man das Verhältnis aber genauer, lässt sich eine erstaunlich komplexe Wechselwirkung erkennen, die gerade für die Rechtsphilosophie von Bedeutung ist.

Das Recht ist ein System von (Rechts-)Normen. In Normen wird ein Sollen ausgedrückt, indem sie ein bestimmtes Verhalten als gesollt oder nicht gesollt setzen. Dieses von der Norm vorgeschriebene Verhalten liegt im Bereich des Seins, zumindest, wenn es verwirklicht wird. Normen können vielerlei Gestalt annehmen, sie können beispielsweise gesellschaftliche Tugenden ausdrücken oder moralische Normen sein. Sie können, je nach Kontext, eine existierende Norm zum Ausdruck bringen oder selbst eine Norm aufstellen.⁷

Eine mögliche Form des Sollens ist dessen Ausgestaltung in Rechtsnormen. Hier entfaltet sich das Verhältnis von Sein und Sollen als dasjenige von Sachverhalt und Norm. Wird der Sachverhalt durch einen Rechtsunterworfenen erfüllt, aktiviert dieser Vorgang gewissermaßen die Norm, die nur in diesem Fall zur Anwendung kommen kann. Dann erhält die Norm in der Verwirklichung ihrer Rechtsfolge selbst einen Seins-Charakter, sie entfaltet ihre Wirkung in der Realität.⁸ In anderer Betrachtung kann ein Sein seine spezifische Existenz auch nur durch ein Sollen erhalten. Die Ehe ist beispielsweise nur eine Ehe, weil sie durch eine Norm des Bürgerlichen Gesetzbuches als solche definiert wird. Ohne Vorschriften, die das Zustandekommen durch bestimmte Voraussetzungen vorschreiben, wäre sie eben nur eine Verbindung zweier Menschen.⁸ Darüber hinaus kann das Sein schon in der Begründung des Sollens eine Rolle spielen, indem auf bestimmte Interessen von Menschen mit Regulierung durch eine Norm zugegangen wird.⁹ Schließlich haben Rechtsnormen Faktizität, auch ohne dass in einer konkreten Situation ihr Tatbestand erfüllt wird. Sie existieren vielleicht nicht physisch, aber als gedankliches Phänomen und in Form von Sprache. Sie haben rechtserhebliche Bedeutung und werden tatsächlich beachtet.¹⁰

Für all das lässt sich die Möglichkeit voraussetzen, dass das Sollen im Sein überhaupt erfüllbar ist. Zumindest, wenn das Sollen auf ein Verhalten ausgerichtet ist, also ein gesolltes Verhalten ausdrückt, erscheint dies notwendig. Das bedeutet keineswegs einen unzulässigen Schluss von Sein auf Sollen. Allein die Möglichkeit der Verwirklichung beinhaltet noch nicht, dass diese geboten sei. Das Kriterium der Möglichkeit erschafft nur das Potenzial dafür.¹¹

III. Die Wahl der Autoren

Sowohl der Philosoph der Aufklärung, *Immanuel Kant*, als auch der Rechtspositivist *Hans Kelsen* bauen ihre Theorien auf einer strengen Ablehnung der Ableitung des Sollens aus dem Sein auf. Daher mag die Wahl der beiden Autoren zunächst verwirren.

Mit diesem ihnen gemeinsamen Fundament schaffen sie es jedoch, voneinander völlig verschiedene Beschreibungen des Charakters des Sollens zu begründen. Gerade darin liegt der Reiz des Vergleichs, der in dieser Arbeit vorgenommen wird. Die Einigkeit darüber, dass aus einem Sein kein Sollen ableitbar ist, stellt beide vor die Herausforderung, woher das Sollen zu entnehmen ist. Kommt es aus einem moralischen Imperativ, also einer inneren Pflicht? Oder ist das Sollen erst dann ein solches, wenn es sich in seiner Form und Entstehung in ein System von Rechtsnormen fügt? Die zentrale Frage, die sich diese Arbeit stellt,

⁴ Parfit, *On What Matters*, Vol. 2, Part Six, Chapter 24, 2011.

⁵ Vgl. Hegel, *Grundlegung der Philosophie des Rechts*, Vorrede, 1820.

⁶ Lindner, *Sein und Sollen*, in: *Rechtsphilosophie – Zeitschrift für Grundlagen des Rechts*, Jahrgang 2017, Heft Nr. 4, S. 396.

⁷ Hörster, *Was ist Recht? Grundfragen der Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., 2012, S. 39 f.

⁸ Lindner (Fn. 6), S. 403.

⁹ Lindner (Fn. 6), S. 410.

¹⁰ Lindner (Fn. 6), S. 404 ff.

¹¹ Möllers, *Die Möglichkeit der Normen: Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität*, 2015, S. 139 f.

ist demnach diejenige nach dem Charakter des Sollens: Was macht das Sollen als solches aus und wie kann es dazu beitragen, das Recht als Ordnungssystem zu beschreiben und zu begründen?

IV. Vorgehensweise

Die Arbeit widmet sich zunächst der einzelnen Betrachtung der Ansätze *Kants* und *Kelsens* (B). In der Darstellung *Kants* (B I.) wird hierbei die Moralphilosophie einen großen Teil einnehmen (B I.2.). Hierfür bedarf es eines Exkurses in seine Erkenntnistheorie, die für das Verständnis des Begriffs des Sollens eine entscheidende Rolle einnimmt. Die Darstellung dessen wird auch noch für das Modell *Kelsens* und den anschließenden Vergleich relevant. Da für beide Autoren die Welt der Erfahrung nicht genügen kann, um verbindliches Sollen aufzustellen, seien es die sittlichen oder die juristischen Normen, verwenden sie eine erkenntnisphilosophische Begründung. Darüber hinaus wird die Darstellung von *Kants* Rechtsphilosophie erfolgen (B I. 3.). Bei *Kelsen* wird die Idee der *Reinen Rechtslehre* als einziger Gegenstand der Betrachtung des Sollens untersucht (B II.). Der dritte Teil der Arbeit versucht sich an einer kritischen Gegenüberstellung beider Modelle (C). Dabei wird vor allem untersucht werden, welche Ähnlichkeiten sich in den Begrifflichkeiten und erkenntnistheoretischen Grundlagen in Bezug auf das Verhältnis von Sein und Sollen finden lassen und worin sich diese unterscheiden. Das umfasst die Betrachtung der Kategorien Sein und Sollen an sich (C III. 1.) sowie die Begründung dessen Ursprungs (C III. 2.). Zudem wird ein kleiner Ausblick gewagt, der aus dem Bereich theoretischer Betrachtungen herausführt und die Frage stellt, wie die Verbindlichkeit des Sollens durch beide Autoren begründet wird (C IV.). Final werden die Ergebnisse der Arbeit zusammengefasst und reflektiert (D).

B. Die Ansätze Kants und Kelsens

I. Immanuel Kant

1. Das Verhältnis von Sein und Sollen bei Kant und die Frage nach dem Sein

Die Frage „Was soll ich tun?“ nimmt neben den Fragen „Was kann ich wissen?“ und „Was darf ich hoffen?“ einen großen Raum in der Philosophie *Immanuel Kants* ein. Sie ist Teil seiner praktischen Philosophie und bildet den Kern seiner Ethik. Die Untersuchungen dazu stellt er hauptsächlich in den Werken „Grundlegung zur Metaphysik der Sitten“ (1785) und „Kritik der praktischen Vernunft“ (1788) an. Mit der Frage begründet *Kant* Werturteile als Ausfluss

der menschlichen Freiheit. Er beschreibt, wie die praktische Vernunft erkennt, was gut und nützlich ist und mit dieser Erkenntnis Aussagen darüber treffen kann, wie gehandelt werden soll. Das sind die praktischen Gesetze. Die praktische steht der reinen Vernunft gegenüber, die Naturerscheinungen mittels Logik und Empirie untersucht und sagen kann, was geschehen wird.¹²

Das Sollen zu ergründen, wird damit ein eigener Betrachtungsgegenstand. Sein und Sollen erscheinen in *Hume*'scher Tradition streng voneinander getrennt. Tatsächlich findet sich aber in der Philosophie *Kants* keine Gegenüberstellung der Begriffe von Sein und Sollen.¹³ *Kant* nimmt den Dualismus stattdessen in der Unterscheidung von Natur und Sollen vor. Dieser Dualismus wird vielfach angesprochen und als sicher gegeben dargestellt.¹⁴ So wird das Sollen wie folgt definiert:

„Das Sollen drückt eine Art von Notwendigkeit und Verknüpfung mit Gründen aus, die in der ganzen Natur sonst nicht vorkommt. [...] Wir können gar nicht fragen, was in der Natur geschehen soll; [...] sondern was darin geschieht. Dieses Sollen nun drückt eine mögliche Handlung aus, davon der Grund nichts anderes als ein bloßer Begriff ist.“¹⁵

Für die Untersuchung des Dualismus von Sein und Sollen in *Kants* Philosophie muss daher zunächst untersucht werden, ob der Begriff der Natur mit dem Begriff des Seins gleichgesetzt werden kann, ohne dabei in die Tiefe einer ontologischen Untersuchung zu gehen. Die Natur bestimmt *Kant* als das „Dasein der Dinge, sofern es nach allgemeinen Gesetzen bestimmt ist“¹⁶. Der Mensch kann mithilfe seiner Vernunft versuchen, diese Natur zu untersuchen. Das gelingt ihm unter den Bedingungen seiner Erkenntnis mithilfe der begreifbaren Gegebenheiten von Raum und Zeit. Damit ergibt sich für die Natur, dass diese den Raum der Realität umfasst.¹⁷ Für die nachfolgenden Untersuchungen können die Begriffe Natur und Sein daher synonym verwendet werden. Der Dualismus von Natur und Sollen wird im Folgenden als Dualismus von Sein und Sollen geführt.

Ergänzend sei noch gesagt, dass *Kant* es nicht für erreichbar hält, das „Ding an sich“ zu erkennen, denn das würde die Möglichkeiten des menschlichen Erkenntnisvermögens überschreiten. Der Mensch kann aber durch die Vernunft deren Erscheinung erkennen.¹⁸ Diese Erscheinung ist das Einzige, was uns als objektiv bestimmbare Realität gegeben sein kann, auch wenn sie nicht die absolute Realität des „Dings an sich“ besitzt.¹⁹

¹² Gärtner, Ist das Sollen ableitbar aus einem Sein? Eine Ontologie von Regeln und institutionellen Tatsachen unter besonderer Berücksichtigung der Philosophie von John R. Searle und der evolutionären Erkenntnistheorie, 2010, S. 12.

¹³ Winkler, Glanz und Elend der Reinen Rechtslehre. Theoretische und geistesgeschichtliche Überlegungen zum Dilemma von Sein und Sollen in Hans Kelsens Rechtstheorie, 1988, S. 178.

¹⁴ Ellscheid, Das Problem von Sein und Sollen in der Philosophie Immanuel Kants, 1968, S. 7f.

¹⁵ *Kant*, Kritik der Reinen Vernunft, 2. Aufl. 1787 (KrV B), AA III 371, zitiert werden diese und folgende Werke Kants nach der Akademieausgabe von Immanuel Kants gesammelten Werken.

¹⁶ *Kant*, Prolegomena, 1983, AA IV 294; Prechtl/Burkard (Fn. 3), S. 402.

¹⁷ Ellscheid (Fn. 14), S. 9.

¹⁸ Prechtl/Burkard (Fn. 3), S. 116; vgl. *Kant* (Fn. 15) S. 209 ff.

¹⁹ Prechtl/Burkard (Fn. 3), S. 116, 160; vgl. *Kant* (Fn. 15) S. 209 ff.

2. Sollen als Unbedingtheit – Kants Ethik

a) Erkenntnistheoretische Grundlagen

Das Sein, die nach Zeit und Raum erkennbare Realität, ist das Eine. Es beschreibt eine sinnlich wahrnehmbare und empirisch erforschbare Welt. Das Sollen kommt in dieser Natur nicht vor, denn es ist die Beschreibung einer möglichen Handlung. Um ein Sollen aufzustellen, bedarf es eines vernunftbegabten Wesens, welches das eigene Handeln mit einem Grund versieht. Das Sollen ist eine innere Nötigung, eine Handlung allein aus der Vorstellung eines Vernunftgrundes („Begriff“) heraus vorzunehmen.²⁰

Um ein solches Sollen aufzustellen, bedarf es für *Kant* einer Begründung, die außerhalb des Bereichs der Erfahrung liegt. Um das zu verstehen, bedarf es einer kurzen Einführung in seine Erkenntnistheorie, die auch für die Darstellung von *Kelsens* Reiner Rechtslehre noch von Bedeutung sein wird. *Kant* unterscheidet Urteile nach dem Ursprung ihrer Erkenntnis. Die philosophischen Grundlagen dafür schuf *Kant* in der „Kritik der reinen Vernunft“ (1781). Es gibt Urteile, die auf Beobachtungen gründen (*a posteriori*) und solche, die unabhängig von aller wirklichen Wahrnehmung allein aus der Vernunft geschlossen werden können (*a priori*).²¹

Versucht man, *a posteriori* auf ein Sollen zu schließen, bieten sich unüberwindbare Schwierigkeiten. Denn die Erfahrung kann uns zwar sagen,

„was da sei, aber nicht, dass es notwendigerweise, so und nicht anders, sein müsse“²².

Versucht man, aus Beispielen guten Handelns den Maßstab des *sittlich Guten* zu „entleihen“, muss dies scheitern, denn diese Beispiele müssten ihrerseits wieder nach „Prinzipien der Moralität beurteilt werden“, bevor sie zum „Muster“ für weiteres Verhalten erklärt werden könnten.²³ Denn nur, dass ein Handeln als gut erfahren wurde, bedeutet nicht, dass dieses in jeder Situation immer gleich angebracht und daher notwendiges Handeln sei. Ein gutes Sein ist nicht geeignet, ein moralisch verbindliches Sollen aufzustellen.

Darüber hinaus kann es die Empirie nur leisten, die Neigungen und Interessen von Menschen darzustellen. Versucht man aber aus diesen allgemein verbindliche moralische Sollenssätze in Form von Imperativen aufzustellen, gerät man erneut in Bedrängnis. Diese Imperative gelten dann nur bedingt oder „hypothetisch“.²⁴ Sie haben zwar auch Sollens-Charakter, denn sie schreiben vor, wie gehandelt werden soll, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen. Sie

sind aber abhängig von Neigungen und Interessen. Fallen diese weg, so ist der Imperativ hinfällig. Wer beispielsweise gesund leben möchte, sollte das Rauchen aufgeben. Es steht aber möglicherweise nicht im Interesse aller Menschen, gesund zu leben.²⁵ In diesen Fällen ist der Imperativ dann obsolet.

b) Die Begründung des Sollens als synthetisches Urteil a priori

Kants Anspruch geht weiter. Er möchte das Sollen als Ausdruck einer Moralphilosophie verstehen, die höhere Ansprüche erfüllt. Es geht ihm um die Begründung einer als objektiv zu erkennenden Notwendigkeit des Sollens, die nur *a priori*, aus der reinen Vernunft heraus, begründet werden kann. So heißt es bei ihm, es sei

„[...] von der äußersten Notwendigkeit [...], einmal eine reine Moralphilosophie zu bearbeiten, die von allem, was nur empirisch sein mag und zur Anthropologie gehört, völlig gesäubert wäre“²⁶.

Urteile *a priori* können, gleich den Urteilen *a posteriori*, analytischer und synthetischer Natur sein. Analytische Urteile erläutern nur, was im Begriff eines Betrachtungsgegenstandes bereits enthalten ist. Synthetische Urteile ermöglichen weitergehende Erkenntnisse, indem sie dem Begriff ein Prädikat hinzufügen, sie ihn also in Verhältnis zu etwas anderem setzen.²⁷

Synthetische Urteile *a priori* verknüpfen zwei Begriffe miteinander, allein aufgrund der logischen Folge des einen aus dem anderen. Sie ermöglichen objektive Erkenntnis im Gegensatz zu synthetischen Urteilen *a posteriori*, die konsistent sind und widerlegt werden können; sobald sich die empirischen Erfahrungen ändern, sind allgemeingültige Urteile *a priori* notwendig.²⁸ Gerade das macht *Kant* zum Inhalt eines unbedingten, „kategorischen“ Imperativs. Er definiert sich über die Allgemeingültigkeit selbst.²⁹

„Handle nur nach derjenigen *Maxime*, von der du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde.“³⁰

Dieser kategorische Imperativ verdichtet *Kants* gesamte Ethik in einem Satz.³¹ Er wird zum obersten Prinzip und zu einer Forderung, die die Vernunft an den Willen stellen kann. Die Vernunft kann sich auf diese Weise selbst in die Pflicht einer eigenen Gesetzgebung stellen. Diese Selbst-Gesetzgebung ist das, was *Kant* als „autonom“ bezeichnet.³²

²⁰ Hofmann, Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, 3. Aufl., 2006, S. 11.

²¹ Zur Unterscheidung exemplarisch: *Kant* (Fn. 15) S. 28 ff., die Begriffe „a priori“ und „a posteriori“ ziehen sich weiterhin durch sein gesamtes Werk; *Prechtl/ Burkard* (Fn. 3), S. 39.

²² *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, 1. Aufl. 1781 (KrV A), AA IV S. 17.

²³ *Kant* (Fn. 22), S. 408; *Hofmann* (Fn. 20), S. 11.

²⁴ *Kunzmann/Burkard*, Dtv-Atlas Philosophie, 18. Aufl. 2020, S. 143.

²⁵ *Volkman*, Rechtsphilosophie, 1. Aufl. 2018, S. 76.

²⁶ *Kant* (Fn. 22), S. 389.

²⁷ *Prechtl/ Burkard* (Fn. 3), S. 23.

²⁸ *Prechtl/ Burkard* (Fn. 3), S. 39.

²⁹ *Volkman* (Fn. 25), S. 76.

³⁰ *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, AA IV, S. 421.

³¹ *Volkman*, (Fn. 25), S. 76.

³² *Kunzmann/ Burkard* (Fn. 24), S. 143.

c) Die zentrale Bedeutung des Willens

Auf den Punkt gebracht stellt sich das moralische Sollen für *Kant* als Erkenntnis heraus. Damit wird sein Ursprung in ein erkennendes Subjekt³³ verlagert, also einen vernunftbegabten Menschen. Dieser erkennt die Notwendigkeit einer Handlung, entweder zur Erreichung eines bestimmten Zwecks oder aus sich selbst heraus. Damit kann der Mensch das Sollen in Form hypothetischer oder kategorischer Imperative ausdrücken.

Wenn das Sollen im Menschen liegt, bedarf es gewissermaßen eines inneren Antriebs, der zur Aufstellung von eigenen Pflichten treibt. Die Erfüllung dieser Aufgabe sieht *Kant* im Willen. Nur an seiner Beschaffenheit kann für ihn das sittlich Gute gemessen werden. Die Ausführung einer Handlung hängt von zu vielen äußeren Faktoren ab, die nicht von dem handelnden Menschen kontrolliert werden können. Das Ziel einer Handlung nach dem kategorischen Imperativ ist dessen naturgegebene Notwendigkeit. Damit gibt es für *Kant*

„[...] überall nichts in der Welt, ja überhaupt auch außer derselben zu denken möglich, was ohne Einschränkung für gut könnte gehalten werden, als allein ein guter Wille.“³⁴

Verfolgt der Mensch mit einer guten Handlung einen bestimmten Zweck, so ist die Handlung an sich nicht gut. Sobald er sich die Frage stellt, „Was soll ich tun?“, damit seine Handlungen nicht zur Verfolgung eines konkreten eigenen Ziels, sondern als „[...] Mensch im Verhältnis zu andern Menschen verantwortbar sind [...]“, definiert er sich selbst als moralisches Wesen. Damit hat die Moral ihren „Anfang im einseitig wollenden Ich“³⁵. Um diesen Willen zu verstehen, ist „[...] der Begriff der Freiheit der Schlüssel“³⁶. Die Freiheit ist eine Freiheit des Willens und der Moral, sie umfasst auch die Handlungsfreiheit.³⁷ Durch den freien Willen ist es dem Menschen möglich, sich unabhängig von Antrieben der Sinnlichkeit oder sozialen Zwängen bestimmen zu können. Er ermöglicht es dem Menschen, von diesen Trieben Abstand zu nehmen und seine Handlungen selbstständig zu beurteilen. Damit kann sich der Mensch eigenen Gesetzen unterwerfen.³⁸

Der „gute Wille“ ist vom pathologischen dadurch zu unterscheiden, dass er nicht sinnlich begründet, sondern aus Achtung für das Gesetz besteht. Die „Moralität“ besteht demnach in einem Handeln, das aus der „Pflicht“, der sich der Mensch aus freiem Willen unterworfen hat, vorgenommen wird. Im Gegensatz dazu steht die „Legalität“, in der Handeln und Pflicht lediglich miteinander übereinstimmen.³⁹

3. Das äußere Sollen – Das Recht in der Form von Sollenssätzen

a) Der Anspruch eines wissenschaftlich begründeten Rechts unabhängig von Empirie

Neben der Ethik hat es auch die Rechtswissenschaft mit der Aufstellung von präskriptiven Sollenssätzen zu tun. Auch Rechtsnormen schreiben vor, wie gehandelt werden soll. Sie treten als Gebote und Verbote in der Form von Imperativen auf.

Die Betrachtung des rechtlichen Sollens ist für die vorliegende Arbeit von besonderem Interesse, denn hier kann ein geeigneter Vergleich zu *Kelsens* Werk vorgenommen werden, der ausschließlich das Recht als Erkenntnisgegenstand betrachtet. Wie sich zeigen wird, wählt *Kant* zur Begründung des rechtlichen Sollens einen Ansatz, der dem moralischen Sollen sehr nahekommt.

Ebenso wie bei der Ethik kann die Empirie unter der Beachtung des Ableitungsverbots eines Sollens aus einem Sein in der Aufstellung von rechtlichen Imperativen nur einen begrenzten Beitrag leisten. Allein aufgrund empirischer Beobachtungen lässt sich für *Kant* kein Recht begründen.

„Empirische Prinzipien taugen überall nicht dazu, um [...] Gesetze darauf zu gründen.“⁴⁰

Nach seinem Verständnis könnten mit der Empirie zwar die Wünsche von Menschen festgestellt werden.⁴¹ Die Erfahrung, die sich auf den Umgang mit Menschen stützt, sei aber „bloß zufällig“⁴². Eine Verbindlichkeit des Rechts lasse sich damit nicht begründen. Zudem seien die Wünsche von Menschengruppen, die sich im Recht manifestieren, auch immer nur eine Machtäußerung. Gerade dieses beliebige Zusammenfallen von aktuellen politischen Machtverhältnissen und Recht möchte *Kant* unterbinden. Ihm geht es um die Suche nach dem rechten Recht, welches unabhängig davon Geltung beanspruchen und nicht durch einen spontanen Willensentschluss verändert werden kann. Was folgt, ist der Versuch, Recht wissenschaftlich zu begründen. Diesen vollzieht *Kant* 1797 in der „Metaphysik der Sitten“. Eine wissenschaftliche Begründung von Recht ist also eine „Metaphysik des Rechts“, befreit von empirischen Bedingungen und allein durch die Vernunft geschaffen.⁴³

Eine empirische Beobachtung ist jedoch von Bedeutung: Die Notwendigkeit von Staat und Recht ergibt sich für *Kant* aus der Natur des Menschen:

³³ Pechtl/Burkard (Fn. 3), S. 39.

³⁴ *Kant* (Fn. 30), S. 393.

³⁵ Gerhardt, Immanuel Kant: Vernunft und Leben, 2007, S. 219.

³⁶ *Kant* (Fn. 30), S. 446.

³⁷ Volkmann (Fn. 25), S. 79.

³⁸ Pechtl/Burkard (Fn. 3), S. 681.

³⁹ Kunzmann/Burkard (Fn. 24), S. 143.

⁴⁰ *Kant* (Fn. 30), S. 442.

⁴¹ Naucke/Harzer, Rechtsphilosophische Grundbegriffe, 5. Aufl. 2005, Rn. 148.

⁴² *Kant* (Fn. 30), S. 411.

⁴³ *Kant*, Die Metaphysik der Sitten – Erster Theil, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, AA VI, S. 203 ff.; Naucke/Harzer (Fn. 41), Rn. 147 ff.

„Der Mensch hat eine Neigung, sich zu vergesellschaften: weil er in einem solchen Zustande sich mehr als Mensch, d.i. die Entwicklung seiner Naturanlagen fühlt.“⁴⁴

Demnach ist „Das größte Problem für die Menschengattung, zu dessen Auflösung die Natur ihn zwingt, [...] die Erreichung einer allgemein das Recht waltenden bürgerlichen Gesellschaft.“⁴⁵

Der Mensch ist also nicht nur Zweck des Rechts, sondern auch dessen Ausgangspunkt.⁴⁶ Von diesem aus soll das Recht *a priori* erschlossen werden. Das bietet den Vorteil, dass das Recht, wie die aufgestellten moralischen Imperative, als „[...] notwendig eingesehen werden können“.⁴⁷ Damit gilt das Recht als verbindlich.

b) Recht in Abgrenzung zu anderen normativen Sollensordnungen

Die Abgrenzung zu *Kants* Ethik ist an dieser Stelle nicht leicht, auch wenn für ihn feststeht, dass die Tugend- und die Rechtslehre voneinander verschieden sind. Das ergibt sich aus ihren Gegenständen: die Tugendlehre beschreibt die innere Freiheit der Selbstbestimmung.⁴⁸ Das Recht betrifft „[...] nur das äußere und zwar praktische Verhältnis einer Person gegen eine andere, sofern ihre Handlungen als *Facta* aufeinander [...] Einfluss haben können“⁴⁹. Es ist das Mittel der Außensteuerung.

Wie bereits dargestellt, ist nach *Kant* die Verallgemeinerbarkeit selbst das Kriterium zur Aufstellung von Urteilen *a priori*. Gerade im äußeren Bereich sozialer Tätigkeiten führt das zum Begriff der Freiheit. Denn hier treffen die Handlungsfreiheiten („*Willkür*“) der Menschen aufeinander. Das Recht hat die Aufgabe, diese Handlungsfreiheiten untereinander zu koordinieren, was zu folgender Definition führt:

„Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die *Willkür* des einen mit der *Willkür* des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.“⁵⁰

Damit kommt *Kant* zu einem Begriff des Rechts, der die Form eines kategorischen Imperativs annimmt und die Freiheit zum obersten Prinzip macht. Da dieses als Mittel der Außensteuerung fungiert, ist es für *Kant* „[...] mit der Befugnis zu zwingen verbunden.“⁵¹ Zwang im Sinne *Kants* bedeutet jedes „[...] Hindernis oder Widerstand, der der Freiheit geschieht“.⁵²

Aus der Begründung des Rechts *a priori*, die wie dargestellt in Form eines kategorischen Imperativs erfolgt, soll das positive Recht abgeleitet werden können. Zumindest erhebt *Kants* Rechtstheorie den Anspruch, einer möglichen positiven Gesetzgebung als Grundlage zu dienen.⁵³

So muss jedoch jede Norm die Prüfung einer eigenen Verallgemeinerbarkeit durchlaufen. Das positive Recht muss demnach hohen Anforderungen bezüglich der Formalisierung entsprechen.⁵⁴

An dieser Stelle ist eine Ergänzung von entscheidender Bedeutung: *Kant* spricht dem positiven Recht seiner Zeit die Verbindlichkeit keineswegs ab. Sie stammt zwar nicht aus einer „natürlichen“ Selbstgesetzgebung, sondern wird von einer fremden Quelle oktroyiert.⁵⁵ Dennoch ist das positive Recht als staatliche Anordnung dafür verantwortlich, Störungen und Unsicherheiten in der öffentlichen Ordnung zu beseitigen. *Kants* rechtsphilosophische Betrachtungen sind eben vor allem letzteres: philosophisch. Die Aufgabe der Juristen ist es aber, dieses Recht auszulegen, sowie es die Aufgabe des Philosophen ist, auf den Gesetzgeber einzuwirken.⁵⁶

II. Kelsen

1. Der Dualismus von Sein und Sollen

a) Das Verhältnis im Allgemeinen

Für den österreichischen Rechtstheoretiker *Hans Kelsen* (1881 – 1973) ist die formallogische Verschiedenheit von Sein und Sollen entscheidend für die Konzeption seiner Rechtstheorie, die besonders in der „Reinen Rechtslehre“ (1. Aufl. 1934; deutlich veränderte 2. Aufl. 1960) dargelegt wurde. Schon in seinem frühen Werk „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ (1923) stellt er diesen Gegensatz fest:

„Der Gegensatz von Sein und Sollen ist ein formal-logischer und solange man sich in Grenzen formal-logischer Betrachtung hält, führt kein Weg von dem einen zum andern, stehen beide Welten durch eine unüberbrückbare Kluft getrennt einander gegenüber.“⁵⁷

Eine Begründung hierfür braucht es seiner Auffassung nach nicht:

„Der Unterschied zwischen Sein und Sollen kann nicht näher erklärt werden. Er ist unserem Bewusstsein unmittelbar gegeben. Niemand kann leugnen, daß die Aussage: etwas ist – das ist die Aussage, mit der eine Seins-Tatsache beschrieben wird – wesentlich verschieden ist von der Aus-

⁴⁴ *Kant*, Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht, AA VIII, S. 20 f.

⁴⁵ *Kant* (Fn. 44), S. 22.

⁴⁶ *Schnarrer*, Norm und Naturrecht verstehen – Eine Studie zu Herausforderungen der Fundamentelethik, 1999, S. 73.

⁴⁷ *Kant* (Fn. 30), S. 215; *Hofmann* (Fn. 20), S. 12.

⁴⁸ *Hofmann* (Fn. 20), S. 9.

⁴⁹ *Kant* (Fn. 30), S. 230.

⁵⁰ *Kant* (Fn. 30), S. 230.

⁵¹ *Kant* (Fn. 30), S. 231.

⁵² *Kant* (Fn. 30), S. 231.

⁵³ *Hofmann* (Fn. 20), S. 7.

⁵⁴ *Möllers* (Fn. 11), S. 120.

⁵⁵ *Hofmann* (Fn. 20), S. 13.

⁵⁶ *Hofmann* (Fn. 20), S. 5 f.

⁵⁷ *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 2. Aufl. 1923, S. 8.

*sage: daß etwas sein soll – das ist die Aussage, mit der eine Norm beschrieben wird – und daß daraus, dass etwas ist, nicht folgen kann, daß etwas sein soll, so wie daraus, dass etwas sein soll, nicht folgen kann, dass etwas ist.*⁵⁸

Damit begibt sich *Kelsen* in die Tradition *Humes* und *Kants*. Er benutzt den Dualismus, um das Recht als Sollensordnung zu begründen. Das Sollen ist für ihn der spezifische Sinn einer Rechtsnorm, die ein bestimmtes Verhalten gebietet, erlaubt oder zu einem Verhalten ermächtigt. Wie bei *Kant* lässt sich das Sollen also als mögliches Verhalten betrachten. Im Unterschied zu *Kant* jedoch ist das Sollen keine Frage, die sich das Subjekt im Vorgang einer Handlung stellt.

Das Sollen steht damit neben dem Sein, ohne dass es dabei jegliche Bezüge dazu verliert. Es ist ein mögliches Verhalten, das von der allgemeinen Rechtsordnung vorgeschrieben wird. Mit diesem gesollten Verhalten lässt sich das tatsächliche Verhalten von Menschen abgleichen. Stimmen tatsächliches und rechtliches Verhalten miteinander überein, so erhält das Verhalten sowohl den Charakter des Seins als auch des Sollens:

*„Man kann dies auch so ausdrücken, dass man sagt: ein bestimmtes Etwas, insbesondere ein bestimmtes Verhalten kann die Eigenschaft haben, zu sein, oder die Eigenschaft, sein zu sollen. [...] Das Seiende Verhalten und das gesollte Verhalten sind nicht identisch; aber das gesollte Verhalten gleicht dem seienden Verhalten bis auf den Umstand (Modus), daß das eine seiend, das andere gesollt ist.*⁵⁹

Um zu ermitteln, ob faktisches und gesolltes Verhalten übereinstimmen, funktioniert die Norm als Deutungsschema. Das zu erkennen, ist die Aufgabe der Rechtswissenschaft.

b) Kausal- und Zurechnungswissenschaften

Betrachtet man die Sphäre des Seins und die des Sollens, ergibt sich für *Kelsen*, dass beide mit verschiedenen Vorstellungsverknüpfungen⁶⁰ arbeiten. In der Betrachtung des Seins werden Ursache und Wirkung durch Kausalität miteinander verknüpft. Für die Aufstellung von Sollensaussagen bedarf es einer Zurechnung. Diese tritt in ähnlicher Weise auf, drückt sich aber durch die Kopula „soll“ anstatt „ist“ aus.⁶¹ Sie unterscheidet sich von der Kausalität vor allem dadurch, dass diese vom menschlichen Willen und Eingreifen vollkommen unabhängig ist.⁶²

Die Zurechnung zeichnet sich dadurch aus, dass Bedingung und Folge nicht einfach miteinander in natürlicher Verbindung stehen. Es bedarf eines menschlich gesetzten Verbin-

dungsgliedes. Als solches kann eine Rechtsordnung dienen, die einem bestimmten Tatbestand eine Rechts- oder Unrechtsfolge zurechnet.⁶³

Damit gelingt *Kelsen* die Trennung der Rechtswissenschaft von anderen Disziplinen. Er ordnet die etablierten Wissenschaften ihrer Arbeitsweise nach entweder den Kausal- oder den Zurechnungswissenschaften zu. Zu den Kausalwissenschaften gehören die Naturwissenschaften und die Soziologie. Dass auch Gesellschaftswissenschaften dazu gezählt werden, mag zunächst verwirren. Es ergibt sich jedoch aus der Natur der Zurechnung. In den Gesellschaftswissenschaften, besonders in der Soziologie, wird zwar zwischenmenschliches Verhalten untersucht, es geht dabei aber nicht um die künstliche Zurechnung einer Folge zu bestimmten Ursachen. Stattdessen wird betrachtet, welches menschliche Verhalten in gewisser Regelmäßigkeit welche Reaktion hervorruft. Unabhängig von der Frage, ob die Untersuchung von Kausalität wirklich möglich sei,⁶⁴ fallen diese Beobachtungen also nicht unter den Begriff der Zurechnung.

Die Rechtswissenschaft als reine Sollenswissenschaft⁶⁵ muss sich nicht mit dem Bereich des Seins auseinandersetzen. Es geht ihr nach *Kelsen* ausschließlich um die Erkennung ihres Gegenstandes, also des positiven Rechts. Die Beachtung anderer Disziplinen im Rahmen einer rechtswissenschaftlichen Betrachtung führe lediglich zu Methodensynkretismus.⁶⁶

2. Die Rechtsnorm als Ausdruck des Wollens

a) Die Rechtsnorm als Deutungsschema

aa) Rechtsnorm

Anders als *Kant*, der das Sollen im handelnden Subjekt erkennt, ist das Sollen bei *Kelsen* der spezifische Sinn einer Rechtsnorm.

*Eine Rechtsnorm wird von Kelsen als Bezeichnung dessen beschrieben, „[d]aß etwas sein oder geschehen, insbesondere daß sich ein Mensch in bestimmter Weise verhalten soll. Das ist der Sinn, den gewisse menschliche Akte haben, die intentional auf das Verhalten anderer gerichtet sind.“*⁶⁷ *Die Ausrichtung auf das Verhalten anderer ergebe sich dann, „[...] wenn sie, ihrem Sinne nach, dieses Verhalten gebieten (befehlen), aber auch, wenn sie es erlauben und insbesondere wenn sie es ermächtigen“*⁶⁷.

Durch die ausdrückliche Bezugnahme auf ein Erlauben und Ermächtigen umfasst das Sollen bei *Kelsen* einen weiten Bereich. Es drückt nicht nur konkret gesolltes Tun oder

⁵⁸ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 5. Neudruck der 2. Aufl. von 1960, 2020, S. 5.

⁵⁹ *Kelsen*, (Fn. 58), S. 6.

⁶⁰ *Dreier*, JZ 1972, (329) 330.

⁶¹ *Kelsen* (Fn. 58), S. 79 f.

⁶² *Vonlanthen*, Zu Hans Kelsens Anschauung über die Rechtsnorm, 1965, S. 25.

⁶³ *Kelsen* (Fn. 58), S. 78 ff.

⁶⁴ *Kelsen* (Fn. 58), S. 89.

⁶⁵ *Dreier* (Fn. 60), S. 330.

⁶⁶ *Kelsen* (Fn. 58), S. 1.

⁶⁷ *Kelsen* (Fn. 58), S. 4.

Unterlassen aus. Auch der Bereich, in dem Menschen ihr Handeln frei gestalten können, ist davon erfasst. Damit wird ein Bereich erschaffen, in welchem ein fester Rahmen der Handlungsfreiheit garantiert werden kann, der auch Dritte in die Pflicht nimmt, diesen Bereich zu schützen.⁶⁸ Damit umfasst das rechtliche Sollen gewissermaßen ein „dürfen sollen“.

bb) Spezifischer Sinn

Der spezifische Sinn einer Norm erklärt sich durch den Inhalt, der in der Rechtsnorm ausgedrückt wird. Er ist die rechtliche Bedeutung eines menschlichen Verhaltens. Der Akt des faktischen Handelns eines Menschen selbst liegt im Bereich des Seins. Er findet in der in Raum und Zeit sinnlich wahrnehmbaren Realität statt.⁶⁹ Durch eine Norm kann diesem Akt eine rechtliche Bedeutung verliehen werden. Das ist die Seite des Aktes, die im Sollen liegt.

Als Beispiel führt *Kelsen* unter anderem das Zustandekommen eines Vertrages an:

„Ein Kaufmann schreibt einem anderen Kaufmann einen Brief bestimmten Inhalts, der andere antwortet mit einem Gegen-Brief;“ (der äußere, sinnlich wahrnehmbare Vorgang) „das bedeutet: sie haben einen Vertrag geschlossen“ (die rechtliche Bewertung).⁷⁰

Um den objektiven, den „spezifisch juristischen“ Sinn eines Aktes zu erfassen, braucht es eine Norm als Deutungsschema. Stimmt der tatsächliche Akt mit dem Inhalt der Norm überein, so erhält er die von der Norm beschriebene rechtliche Bedeutung.⁷¹

Der objektive Sinn des Aktes muss von der subjektiven Wertung unterschieden werden. Damit ist der Sinn gemeint, den die handelnde („Akt setzende“) Person mit ihrer eigenen Handlung verbindet. Sie ist eine eigene Deutung davon, wie der Akt aufgefasst werden soll. Die subjektive Wertung kann, muss aber nicht, mit dem objektiven Sinn zusammenfallen.⁷²

b) Rechtsnorm und Rechtssatz

Die Aussage darüber, ob ein tatsächliches Verhalten dem spezifischen Sinn einer Norm entspricht, erfolgt in Form eines hypothetischen Urteils. Hierin liegt die Arbeit der Rechtswissenschaftler, sie beschreiben das Recht auf Grund ihrer Erkenntnis in Form von Rechtssätzen.⁷³ Ein Rechtssatz kann, anders als die Norm selbst, als wahr oder falsch bewertet werden. Die Überprüfung einer Norm kann nur auf ihre Gültigkeit gerichtet sein.

Im Wesentlichen stimmen Rechtsnorm und Rechtssatz überein. Der Rechtssatz aber trifft eine Aussage ohne Verpflichtung, die Rechtsnorm eine Anordnung. Diese Unterscheidung von Rechtsnorm und Rechtssatz tritt erst in den späteren Werken *Kelsens* auf, in der ersten Auflage der Reinen Rechtslehre wird sie im Unterschied zur zweiten noch nicht genannt.⁷⁴

3. Aufbau der Rechtsordnung

a) Die Entstehung einer Norm

Bevor ein Rechtssatz formuliert werden kann, der einem faktischen Verhalten aufgrund des Deutungsschemas der Norm eine rechtliche Bedeutung zuspricht, muss die Norm erst als solche qualifiziert werden.

Eine Norm gestaltet sich zuerst als subjektiver Sinn. Sie ist, vereinfacht gesagt, zunächst der Wille der Person, die in der jeweiligen Rechtsordnung zu dem Erlass von Normen befugt ist. Um zu einer Norm zu werden, muss der Wille objektiv gesollt sein. Das bedeutet, er muss von Dritten als Sollen erkannt werden können und den Willen seines Begründers überdauern. Dafür bedarf es der Ermächtigung durch eine andere Norm, die den Normgeber dazu ermächtigt, den subjektiven Sinn seines Willensaktes in eine geltende Rechtsnorm zu setzen.⁷⁵ Als rechtserzeugende Autorität erkennt *Kelsen* nicht nur den Gesetzgeber an. Auch durch den Richter können Rechtsnormen gesetzt werden, die individueller Natur sind.⁷⁶

Der normgebende Moment lässt sich in Raum und Zeit erfahren und gehört dem Bereich des Seins an. Hat sich der subjektive Sinn aber durch den korrekten Verlauf der Rechtssetzung als Norm manifestiert, besteht fortan ein Sollen im Sinn von Rechtsnormen, also im darin festgehaltenen Akt menschlichen Verhaltens.

Die reine Willensäußerung in Form eines Imperativs kann also nie ausreichen, um eine Norm zu sein. Ein Befehl beispielsweise ist nur ein Befehl ohne Normcharakter. Seine Verbindlichkeit ergibt sich nicht aus sich selbst heraus. Normativen Charakter kann er nur unter den Bedingungen erlangen, die eine ihn erfassende Norm statuiert.⁷⁷

b) Stufenbau der Rechtsordnung

Wie sich in der Entstehung einer Norm zeigt, bedarf es für deren Aufstellung anderer Normen, die die rechtserzeugende Autorität dazu ermächtigen. Allein aus der empirischen Betrachtung eines Seins, beispielsweise der Betrachtung einer Abstimmung im Parlament, lässt sich zwar erahnen, dass eine Norm besteht. Geltung erhält diese jedoch nur, wenn Normen aus der Verfassung herangezogen wer-

⁶⁸ Vonlanthen (Fn. 62), S. 22 f.

⁶⁹ Kelsen (Fn. 58), S. 2.

⁷⁰ Kelsen (Fn. 58), S. 2.

⁷¹ Kelsen (Fn. 58), S. 3 f.

⁷² Kelsen (Fn. 58), S. 2 f.

⁷³ Kelsen (Fn. 58), S. 73 f.

⁷⁴ Vonlanthen (Fn. 62), S. 24 f.

⁷⁵ Kelsen (Fn. 58), S. 6 ff; Vonlanthen (Fn. 62), S. 23 f.

⁷⁶ Kelsen (Fn. 58), S. 74.

⁷⁷ Volkman (Fn. 25), S. 166 Rn. 57.

den, die das Parlament zum Erlass von Normen ermächtigen.⁷⁸ Ermächtigende Normen nehmen einen höheren Rang als die erzeugten ein.

Zum Verständnis führt *Kelsen* ein Beispiel in der Hilfestellung für einen in Not um Hilfe Bittenden an. Zwar ist die Bitte der subjektive Sinn seines Willens, der sich in der Forderung entfaltet. Jedoch bedarf es eines weiteren objektiven Sinnes, dass diese Forderung als Norm angesehen werden kann. Dieser könnte in der obligatorischen Nächstenliebe durch einen Religionsstifter liegen. Durch das höhere Gebot, dass dem Willen der göttlichen Entität gefolgt werden soll, ergibt sich die Geltung der Norm für die Hilfeleistung aus Nächstenliebe von ebendieser Soll-Norm, statt der Forderung als Seins-Tatsache.⁷⁹

Für das Recht ergibt sich damit eine Ordnung als Stufenbau. Dieses Modell stammt nicht von *Kelsen* selbst, es ist von seinem Schüler Adolf Mehl entworfen und von *Kelsen* bereits in der ersten Auflage seiner Reinen Rechtslehre aufgegriffen worden.⁸⁰

*„Die Beziehung zwischen der die Erzeugung einer anderen Norm bestimmenden und der bestimmungsgemäß erzeugten Norm kann in dem räumlichen Bild der Über- und Unterordnung dargestellt werden. Die die Erzeugung bestimmende ist die höhere, die bestimmungsgemäß erzeugte ist die niedere Norm. Die Rechtsordnung ist somit nicht ein System von gleichgeordneten, gleichsam nebeneinander stehenden Rechtsnormen, sondern eine Stufenordnung verschiedener Schichten von Rechtsnormen.“*⁸¹

c) Grundnorm

Nimmt man, wie *Kelsen*, den Sein-Sollen-Fehlschluss allerdings ernst, ergibt sich hier ein Problem. Logisch zu Ende gedacht, stellt sich, sobald man bei der höchstrangigen Norm im jeweiligen Rechtssystem angelangt ist, die Frage, wovon sich diese wiederum ableiten lässt. *Kelsen* konstruiert als Lösung hierfür die „Grundnorm“.

*„Aber die Suche nach dem Geltungsgrund einer Norm kann nicht, wie die Suche nach der Ursache einer Wirkung, ins Endlose gehen. Sie muss bei einer Norm enden, die als letzte, höchste vorausgesetzt wird. Als höchste Norm muss sie vorausgesetzt sein, da sie nicht von einer Autorität gesetzt sein kann, deren Kompetenz auf einer noch höheren Norm beruhen müsste. Ihre Geltung kann nicht mehr von einer höheren Norm abgeleitet, der Grund ihrer Geltung nicht mehr in Frage gestellt werden. Eine solche als höchste vorausgesetzte Norm wird hier als Grundnorm bezeichnet.“*⁸²

Die Grundnorm ist demnach eine hypothetische Norm, die an der Spitze eines Rechtssystems vorausgesetzt werden muss. Sie wird allein von Rechtswissenschaft und juristischem Denken konstruiert und ermöglicht auch der Verfassung als höchster Norm im Stufenbau den objektiven Sinn einer Norm.⁸³ Die Grundnorm wurde von *Kelsen* in seinen früheren Betrachtungen in Anlehnung an *Kant* als „transzendental-logische Bedingung“ bezeichnet. Eine nähere Untersuchung dieser Beschreibung wird im vergleichenden Teil dieser Arbeit vorgenommen.

4. Recht in Abgrenzung zu anderen normativen Sollensordnungen

a) Zwangscharakter

Ausgehend von der Grundnorm als Spitze des Stufenbaus entfaltet sich das Recht als geordnetes und vielfältiges Sollen. Das Recht ist jedoch nicht die einzig denkbare Ordnung von Sollensätzen. Man denke hierbei an gesellschaftlich erwartete Normen und selbstgestellte moralische Pflichten, die Menschen auch vorschreiben, wie sie sich in bestimmten Situationen verhalten sollen. *Kelsen* bleibt in seiner Darstellung des Rechts daher nicht stehen und schafft es, das Recht von diesen anderen Ordnungen abzugrenzen.

*„Mit der formalen Kategorie des Sollens oder der Norm ist jedoch nur der Oberbegriff, nicht die spezifische Differenz des Rechts gewonnen.“*⁸⁴

Diese „Spezifische Differenz“ des Rechts macht *Kelsen* im Charakter der Rechtsordnung in Form einer Zwangsordnung aus. Nach eigener Beschreibung unterscheidet sich die Reine Rechtslehre in diesem Punkt nicht stark von anderen rechtspositivistischen Theorien des 19. Jahrhunderts. Die Norm knüpft an den in ihr beschriebenen Tatbestand einen staatlichen Zwangsakt. Dieser erfolgt in Form einer Strafe oder durch sonstige zivile oder administrative Zwangsvollstreckung. Dieser Charakter sei das Alleinstellungsmerkmal von Rechtsnormen gegenüber allen anderen metarechtlichen Normen.⁸⁵

Für *Kelsen* ist der Zwang eng definiert, er ist die „Anwendung oder Inaussichtstellung einer psychischen oder physischen Sanktion für die Nichtbefolgung einer Verpflichtung.“⁸⁶ Damit wird auch klar, wen das Sollen der Zwangsnormen primär adressiert. Es sind diejenigen staatlichen Organe, die den Zwangsakt setzen, wenn dieser als Unrechtsfolge für eine bestimmte Handlung verpflichtend ist. Betrachtet man beispielsweise die Normen des Strafgesetzbuches, wird hier in der Regel kein Verhalten an sich verboten. Wird ein Verhalten aber durch das Deutungsschema

⁷⁸ *Von der Pfordten*, Rechtsphilosophie – Eine Einführung, 2013, S. 40.

⁷⁹ *Kelsen* (Fn. 58), S. 8 f.

⁸⁰ *Volkman* (Fn. 25), S. 166 Fn. 65.

⁸¹ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, Studienausgabe der 1. Aufl. 1934, hrsg. von Jestaedt, 2008, S. 74.

⁸² *Kelsen* (Fn. 58), S. 197.

⁸³ *Von der Pfordten* (Fn. 78), S. 40.

⁸⁴ *Kelsen* (Fn. 81), S. 25.

⁸⁵ *Kelsen* (Fn. 81), S. 25 f.

⁸⁶ *Von der Pfordten* (Fn. 78), S. 39.

der Strafnorm als Straftatbestand qualifiziert, so ist eine bestimmte Strafe vorgesehen, die von den staatlichen Organen durchgeführt wird. Damit wird ein bestimmtes Verhalten, das keinen Straftatbestand erfüllt und demnach geboten ist, nicht direkt „erzungen“. Es ist vielmehr der psychische Druck, den die Strafandrohung vermittelt, die den Zwang im Sinne *Kelsens* ausmacht.⁸⁷

b) *Recht als dynamisches System*

In weiterer Abgrenzung beschreibt *Kelsen* das Recht als dynamisches System in Abgrenzung zu statischen normativen Systemen. Bei Letzteren gelten Normen aufgrund ihrer inhaltlichen Übereinstimmung mit einer höherrangigen Norm. Im Bereich des Rechts als dynamisches System kommt es auf den Inhalt einer Norm, die erlassen werden soll, jedoch nicht an. Hier ist lediglich die Ermächtigung durch eine höherrangige Norm entscheidend, also die formal-prozessuale Übereinstimmung mit dieser.⁸⁸

C. Gegenüberstellung / Kritischer Vergleich

I. Zusammenfassende Darstellung der Erkenntnisse

Nachdem die Modelle *Kants* und *Kelsens* unter Betrachtung der Kategorien Sein und Sollen in ihren Grundzügen dargestellt wurden, gilt es nun, sie kritisch miteinander zu vergleichen.

Sowohl *Kant* als auch *Kelsen* beginnen mit derselben Grundprämisse: Sein und Sollen sind voneinander zu unterscheiden. Aus dem einen lässt sich das andere logisch nicht ableiten. Was sie im Anschluss mit diesem Ansatz begründen, ist jedoch grundverschieden.

Der Aufklärungsphilosoph *Immanuel Kant* benutzt den Dualismus zur Begründung seiner Ethik, seiner praktischen Philosophie. Er betrachtet das Sollen als eine innere moralische Frage, die auf Beantwortung durch ein menschliches Handeln drängt und entwickelt sie auf die Spitze seines kategorischen Imperativs. Darüber hinaus entwickelt er mithilfe des Dualismus die Idee einer Rechtslehre, die das Sollen im äußeren Handlungsbereich bestimmt. Für diese ist es sein Anspruch, eine Rechtsphilosophie zu begründen, die nach wissenschaftlicher Erkenntnis im Recht sucht.⁸⁹ Damit sollen die Philosophen beratend auf den Gesetzgeber einwirken und letztlich zu einem besseren Recht verhelfen. Dieses wahre Recht wird metaphysisch begründet. Es führt zu einer „Reinheit“ der Rechtslehre, die vom Willen der Rechtssetzenden unabhängiger und dadurch beständiger werden soll.

Für den Rechtstheoretiker *Hans Kelsen* sind derlei moralische Fragestellungen gänzlich uninteressant. Für ihn liegt

die „Reinheit“ der Rechtslehre in ihrer vollkommenen Abgeschlossenheit des Rechts von allen anderen wissenschaftlichen Disziplinen. Der Dualismus führt ihn zur Abgrenzung des Rechts als Normwissenschaft von allem, was er zu Untersuchungen im Bereich des Seins zählt.

Der Anfang in der Suche nach dem Sollen liegt für beide Autoren im menschlichen Willen. Für *Kant* lässt sich das Sollen im Wollen selbst erkennen. Die Moral ist die Frage danach, wie gehandelt werden soll. Da sich nur der freie Wille unter die moralische Pflicht stellen kann, hat diese ihren „Anfang im einseitig wollenden Ich“⁹⁰. Das Sollen, in seiner unbedingten Form, entstammt daher einer gewollten Verallgemeinerbarkeit und ist Ausdruck des Willens. Für *Kelsen* lässt sich in dem Willen selbst noch kein Sollen erkennen. Bevor der Wille zu einem Sollen wird, bedarf es einer bestimmten Form, in der er sich entfalten kann. Die Manifestation des Willens in Form einer Norm muss wiederum von anderen Normen abgeleitet werden, die den Willensgebenden dazu berechtigen. Erst dann kann der Wille zu einem objektiven Sollen werden.

II. Methodik des Vorgehens

Beide Autoren begründen das Sollen mithilfe der Erkenntnistheorie. Das wird verständlich, wenn man sich deren Zielsetzung vor Augen hält. *Kant* erbrachte mit seiner transzendentalen Logik die Begründung dafür, dass sich unabhängig von empirischer Erfahrung Wissen generieren lassen kann. Dieses Wissen stellt nicht bloß eine Klarstellung oder Beschreibung dessen dar, was bereits in den Begriffen liegt. Es ist synthetisch und lässt neue Erkenntnisse zu. Mit dieser Form des Erkennens lässt sich auch der Bereich des Sollens beschreiben, der der Welt empirischer Erfahrung verborgen liegt. Das machen sich *Kant* und später *Kelsen* zunutze, um die jeweils eigene Sollensordnung zu begründen. *Kants* Moral- und Rechtsprinzipien sowie *Kelsens* Reine Rechtslehre haben den Anspruch, *a priori* erkannt zu werden.

Hans Kelsen gilt allgemein als Kantianer.⁹¹ Besonders in seiner „klassischen Phase“ (1921–1960) werden seine Werke von den erkenntnistheoretischen Grundlagen *Kants* untermauert.⁹² Das sind insbesondere die Lehre von Urteilen und Kategorien *a priori*. Diese Begriffe ziehen sich durch *Kelsens* Werke und werden an entscheidenden Stellen gebraucht. Besonders dann, wenn es um den Dualismus von Sein und Sollen geht, werden die Bezüge zu dem Philosophen der Aufklärung deutlich. Seine Theorie will schlussendlich als universelles erkenntnistheoretisches Instrument im Sinne *Kants* zum Verständnis des Rechts aufgefasst werden.⁹³

⁸⁷ *Volkman* (Fn. 25), S. 165.

⁸⁸ *Jestaedt*, Einführung in die 1. Aufl. der Reinen Rechtslehre von 1934, 2008, S. 37; *Von der Pfordten* (Fn. 78), S. 41.

⁸⁹ *Naucke/Harzer* (Fn. 41), Rn. 149.

⁹⁰ *Gerhardt* (Fn. 35), S. 219.

⁹¹ *Klenner* (Fn. 1), S. 339.

⁹² *Gragl*, In Defence of Kelsenian Monism, Countering Hart and Raz, in: *Jurisprudence*, Bd. 8, 2017, S. 4.

⁹³ *Gragl* (Fn. 92), S. 6.

Bemerkenswert ist jedoch, dass *Kant* nie von *Kelsen* als Grundlage seiner Theorie benannt wurde. In seinen Werken bis 1927 taucht die Bezugnahme auf *Kant* nicht einmal auf. Erst im Nachhinein, durch andere auf die Ähnlichkeiten aufmerksam gemacht, findet sein Name bei *Kelsen* Erwähnung. Er erkennt *Kants* Werke als Stütze an, wenn auch nicht im Ausarbeitungsprozess der zweiten Auflage der Reinen Rechtslehre, sondern erst in deren Rechtfertigungsprozess.⁹⁴ *Kelsen* nimmt für sich selbst in Anspruch, *Kants* Theorie weiterentwickelt zu haben. Dessen Zweiteilung der Metaphysik in die Tugend- und Rechtslehre sei Ausdruck klassischen Naturrechtsdenkens, mit dem rechtspositivistischen Ansatz hätte sich *Kelsen* erst selbst in Gänze emanzipiert.⁹⁵ Betrachtet man die Art und Weise, wie *Kants* Theorien bei *Kelsen* verwendet werden, muss man feststellen, dass er diesem eigenen Anspruch nicht gerecht wird. Es zeigt sich vielmehr, dass *Kelsen* eine ganz eigene Interpretation *Kants* aufstellt, mit der er seine Reine Rechtslehre begründet.

An der Untersuchung dieser Unterschiede soll der Vergleich der beiden Modelle aufgemacht werden. Das Verhältnis von Sein und Sollen ist ein Problem theoretischer Natur. Der Vergleich soll sich daher auch nicht wesentlich von der theoretischen Ebene fortbewegen. Anschließend wird ein kurzer Ausblick zu einer denkbaren Situation gegeben, in der die vormals theoretische Begründung des Sollens praktische Bedeutung erlangen kann. Das wird als Begründung der Verbindlichkeit von Recht als Sollen diskutiert.

III. Erkenntnistheoretische Begründung des Sollens im Vergleich

1. Sein und Sollen als apriorische Kategorien

Die Unterscheidung von Sein und Sollen als Fundament der Reinen Rechtslehre ist bereits eine Anlehnung an die Philosophie *Kants*.⁹⁶ Sein und Sollen werden bei beiden als *apriorische* Kategorien vorgestellt. Für *Kant* ermöglicht der Dualismus die Unterscheidung von theoretischer und praktischer Vernunft. Durch sie gelingt die Trennung von Wert gegen Wirklichkeit, Moral gegen Natur.⁹⁶ Dies ist jedoch nur möglich, indem Sein und Sollen als *apriorische* Kategorien wahrgenommen werden und dies auch bleiben. In *Kelsens* Theorie geht die Unterscheidung jedoch über den erkenntnistheoretischen Bereich hinaus und wagt sich in die Anschauung von Bereichen, die in der Erfahrung liegen.⁹⁷

Versucht man, die Gedanken *Kants* nachzuvollziehen, so ergibt sich, dass Sein und Sollen im Bereich der Erkenntnistheorie voneinander ihrer Natur nach unterschieden werden müssen. Als Begriffe *a priori* haben sie kategorialen Rang. Sie sind allgemeinste Vorstellungen, die unserem Verstand als gewiss und ursprünglich gegeben sind, vergleichbar mit Raum und Zeit. Eine Ableitung des Sollens aus dem Sein ist ebenso wenig vorstellbar wie die Ableitung des Raumes aus der Zeit. Dennoch kann unsere Vorstellungskraft das eine nicht vollständig ohne das andere begreifen. Alle *apriorischen* Begriffe gehören einem Systemgefüge an. Eine Trennung von Sein und Sollen kann also in diesem Bereich gelingen und doch kann selbst hier ihre Bezugnahme aufeinander nicht ignoriert werden.⁹⁸

Verlässt man aber den Bereich des Metaphysischen, ist die Aufrechterhaltung der Trennung schlicht nicht möglich. In der wirklichen Welt bedingen sich Sein und Sollen. Hier tritt ein Problem in *Kelsens* Verständnis auf. Er beschreibt den Dualismus zunächst als einen formallogischen.⁹⁹ In einem nächsten Schritt aber identifiziert er das *apriorische* Sollen mit seinem eigenen Erkenntnisgegenstand, dem Recht. Ein Teil des Rechts aber ist auch immer im Sein zu finden. Er liegt in der Vorstellungskraft seiner Rechtssubjekte. Dafür findet sich aber in *Kelsens* Vorstellung kein Raum. Für ihn ist das Sollen gleich dem Recht und von diesem führt kein Weg zum Sein. Durch diese Gleichsetzung gelingt es ihm zum einen nicht, die Idee des Sollens als *apriorische* Kategorie zu halten. Zum anderen kann der eigene Anspruch einer strikten Trennung von Sein und Sollen nicht mehr aufrechterhalten bleiben, sofern die Seins-Ebene des Rechts nicht ignoriert wird.¹⁰⁰

2. Der Ursprung rechtlichen Sollens als transzendente Idee

Durch die Prämisse, dass kein Sollen aus einem Sein ableitbar ist, führt *Kelsen* die Suche nach dem Sollenscharakter und der Geltung aller Normen zur Grundnorm. Sie wird von ihren Schöpfer als transzendental-logische Voraussetzung für die Geltung normativer Ordnungen bezeichnet.¹⁰¹ Damit verwendet er erneut Begriffe *Kants*.

Als solche lässt sie sich auch denken. Sie ist nicht greifbar und wird als Bedingung, um über Recht zu sprechen, gedacht. Sie wird vorausgesetzt und kann nicht von einer Autorität geschaffen werden, die dazu der Ermächtigung einer wiederum höheren Norm bedürfte.¹⁰² Die Idee der Grundnorm wird zuweilen mit der Kopernikanischen Wende *Kants* verglichen.¹⁰³ Ähnlich wie *Kant* die Möglichkeiten einer *apriorischen* Erkenntnis beschrieben hat, die trans-

⁹⁴ Klenner (Fn. 1), S. 541 ff.

⁹⁵ Klenner (Fn. 1), S. 541.

⁹⁶ Klenner (Fn. 1), S. 540.

⁹⁷ Winkler (Fn. 13), S. 72.

⁹⁸ Winkler (Fn. 13), S. 72.

⁹⁹ *Kelsen* (Fn. 57), S. 8.

¹⁰⁰ Winkler (Fn. 13), S. 69.

¹⁰¹ *Kelsen* (Fn. 58), S. 204

¹⁰² Gragl (Fn. 92), S. 9.

¹⁰³ Vgl. hierzu *Jaestadt* über *Kelsens* Theorie der Reinen Rechtslehre (Fn. 88), S. 17.

zidental und dennoch synthetisch ist, kann *Kelsen* mit seiner Grundnorm eine Antwort auf die Frage liefern, wie wir geltendes Recht als solches erkennen können.¹¹¹ Damit leistet die Grundnorm genau das, was eine *apriorische* Kategorie im Sinne *Kants* bereitstellen soll. Sie verdichtet das Material des Rechts zu einem einheitlichen Erkenntnisobjekt und macht es dem beobachtenden Subjekt zugänglich.¹⁰⁴ Durch sie wird die Ableitung von Normen aus höherrangigen Normen erst möglich. Das Recht kann somit durch sie zu einer Einheit werden, die für das beobachtende Subjekt zugänglich ist. Indem sie das Sollen für Rechtsnormen bereitstellt, kann sie den Juristen die Interpretation von tatsächlichen Akten als Rechtsakte ermöglichen.¹¹³

Die Beschreibung der Grundnorm als *apriorische* Kategorie, so plausibel sie erscheint, ist jedoch nicht unangreifbar. Eine *apriorische* Kategorie ist gewöhnlicherweise sehr weit gefasst und ohne konkreten Inhalt. Ihre Allgemeinheit ermöglicht es, die eigene Erkenntnis unendlich zu erweitern. Die Grundnorm allerdings ist eine Konstruktion, die gerade nur die Anschauung normativer Systeme wie das Recht als Gegenstand der Erkenntnis ermöglichen soll.¹⁰⁵ Sie mag zwar keinen konkreten Inhalt haben, aber kann keiner Erkenntnis als Grundlage dienen, die über die Erfassung des positiven Rechts hinausgeht.

Darüber hinaus ist eine transzendente Kategorie für *Kant* erst dann eine solche, wenn sie eine Bedingung darstellt, die zwingend erfüllt sein muss, damit Erkenntnis über einen Gegenstand möglich wird.¹⁰⁶ Das hat *Kelsen* seiner Grundnorm zwar anfangs unterstellt. Die Notwendigkeit der gedachten Grundnorm als Bedingung, um über Recht sprechen zu können, wurde von ihm allerdings später zu einer bloß möglichen Voraussetzung der Deutung von Recht abgeschwächt.¹⁰⁷

IV. Ausblick: Die Verbindlichkeit des Sollens

Das Sollen stellt sich für beide Autoren als Aufforderung zum Handeln heraus. Dieser Aufforderung liegt eine Verbindlichkeit inne, die beide verschieden begründen.

Für *Kant* entspringt diese Verbindlichkeit aus der Notwendigkeit einer Handlung, sei es zur Erreichung eines Zwecks bei hypothetischen, oder, aus der Vernunft selbst heraus, bei kategorischen Imperativen. Es ist gerade diese Verknüpfung mit der Vernunft, die *Kants* Vorstellung in Hinblick auf die Verbindlichkeit so reizvoll macht. Etwas ist verbindlich, weil es mit den Gesetzen der Vernunft übereinstimmt. Nur die Einsicht des Verpflichtungsgrundes kann einen Satz der Ethik zu einem Sollen machen.¹⁰⁸ Die Form

des kategorischen Imperativs, die Verallgemeinerungsfähigkeit verlangt, bestimmt letztendlich, dass dessen Inhalt auch nur die Verallgemeinerung selbst sein kann. Das unbedingte Sollen erhält hierdurch die nötige Bestimmtheit, dass sich aus dem einen Imperativ alle Forderungen in Gestalt eines Sollens ableiten lassen können.¹⁰⁹ „Denke ich mir [...] einen kategorischen Imperativ, so weiß ich sofort, was er enthalte.“¹¹⁰ Damit begründet *Kant* den Übergang von dem Begriff des kategorischen Imperativs zu dessen Inhalt. So glückt ihm letztendlich die Verbindlichkeit des Sollens aus sich selbst heraus. Diese Verbindlichkeit endet nicht mit dem moralischen Sollen. Auch die Legalität, das Handeln in Übereinstimmung mit den geltenden Gesetzen, beinhaltet eine subjektive Pflicht. Sofern das Recht mit ethischen und moralischen Prinzipien übereinstimmt, unterliegt der vernünftige Mensch einer Gewissensbindung, diesem zu folgen. Dann stellt sich die Verbindlichkeit des Rechts als eine „innere Nötigung“ heraus.¹¹¹ *Kant* kann also feststellen: „Das Rechtshandeln mir zur Maxime zu machen, ist eine Forderung, die die Ethik an mich tut.“¹¹²

Eine innere Verpflichtungskraft spielt bei *Kelsen* keine Rolle für die Verbindlichkeit des Rechts.¹²⁰ *Kelsen* versucht die Verpflichtung zur Rechtsbefolgung moralfrei durch die Grundnorm zu begründen.¹¹³ Der Begriff der Verbindlichkeit ist dabei eng mit der Geltung von Normen verbunden. Kann eine Norm für sich Geltung beanspruchen, wird sie für die ihr unterworfenen Rechtssubjekte verbindlich. „Daß eine sich auf das Verhalten eines Menschen beziehende Norm „gilt“, bedeutet, daß sie verbindlich ist, daß sich der Mensch in der von der Norm bestimmten Weise verhalten soll.“¹¹⁴

Neben den Bedingungen, unter denen eine Norm in Übereinstimmung mit dem höherrangigen Recht erteilt wurde, ist auch die Wirksamkeit einer solchen Norm entscheidend. Das ist ein interessanter, da für die Betrachtung einer Rechtslehre, die sich von allem Sein befreit versteht, ungewöhnlicher Aspekt. Wirksamkeit und Geltung sind für *Kelsen* nicht identisch. Sie sind voneinander zu unterscheiden, stehen aber in Zusammenhang.¹¹⁵ Die Wirksamkeit ist für ihn die „Seinstatsache“, dass eine Norm „tatsächlich angewendet und befolgt wird.“¹²⁴ Erst dann wird die Norm als „objektiv gültig“ angesehen.¹²⁴ Sieht man die tatsächliche Wirksamkeit der Normen als für deren Geltung entscheidend an, können nur Normen, die eine soziale Wirksamkeit erwarten können, auch zu solchen werden. Es ist der eine Satz, der eine – wenn auch nur formale – Einschränkung des Gebots darstellt, dass „Jeder beliebige Inhalt“¹¹⁶ in *Kelsens* Rechtslehre Recht sein kann.¹¹⁷

¹⁰⁴ *Gragl* (Fn. 92), S. 34 f.

¹⁰⁵ *Winkler* (Fn. 13), S. 61 f.

¹⁰⁶ *Precht/Burkard* (Fn. 3), S. 619.

¹⁰⁷ *Paulson*, JZ 2006, 529 (531).

¹⁰⁸ *Ellscheid* (Fn. 14), S. 53.

¹⁰⁹ *Ellscheid* (Fn. 14), S. 51 ff.

¹¹⁰ *Kant* (Fn. 30), S. 420.

¹¹¹ *Hofmann* (Fn. 20), S. 46.

¹¹² *Kant* (Fn. 30), S. 231.

¹¹³ *Meyer*, Juristische Geltung als Verbindlichkeit, 2011, S. 233.

¹¹⁴ *Meyer* (Fn. 58), S. 196.

¹¹⁵ *Kelsen* (Fn. 58), S. 10.

¹¹⁶ *Kelsen* (Fn. 58), S. 201.

¹¹⁷ *Dreier* (Fn. 60), S. 333.

Was aber, wenn Recht und Gerechtigkeit eine nomologische Differenz bilden, wenn das Recht als solches nicht mehr gerecht ist und grausames Handeln verlangt?

In diesem Punkt kann keiner der Autoren eine hilfreiche Antwort bieten. Für den Rechtspositivisten *Kelsen* führt die Geltung einer Norm auch zu deren Verbindlichkeit. Auch die soziale Wirksamkeit kann als Anforderung keine Sicherheit vor grausamem Recht bieten, denn die Geschichte lehrt, dass auch solches Akzeptanz und Befolgung durch seine Rechtsunterworfenen findet.

Kant, der im Gegensatz zu *Kelsen* die Übereinstimmung des Rechts mit moralischen Grundsätzen fordert, hat trotz dieses Grundsatzes ebenso wenig eine zufriedenstellende Lösung für das Problem. Zwar prägen seine Gedanken über das Recht unsere Verfassung, die gerade als Gegenentwurf zum totalitären Recht des Nationalsozialismus entworfen wurde, noch heute. Der Gedanke, dass wir als autonome Wesen für uns in Anspruch nehmen können, nicht zum reinen Mittel für die Zwecke anderer gebraucht zu werden, hat als Objektformel Einzug in unsere Verfassungsrechtsprechung gefunden. Das Recht als Koordinierung der größtmöglichen Freiheit aller miteinander garantiert darüber hinaus ein gewisses Zugeständnis an alle und müsste Diskriminierung ausschließen.

Dennoch sieht *Kant* gute Gründe, dem Recht zu folgen, auch wenn dieses möglicherweise nicht gerecht ist. Das Recht hat eine bedeutende Aufgabe: Es regelt das menschliche Zusammenleben zu einer bürgerlichen Gesellschaft, was dem Menschen ein grundsätzliches Bedürfnis ist.¹¹⁸ Damit versichert es, dass „[...] ein Zustand der Ungerechtigkeit und des Krieges von jedermann gegen jedermann [...]“¹¹⁹ vermieden werden kann.

D. Fazit

Der Charakter des Sollens, wie *Kant* und *Kelsen* ihn beschreiben, ist trotz ihres gemeinsamen Ausgangspunkts in der Unterscheidung vom Sein erstaunlich verschieden.

Zunächst aber ist ihnen etwas in der Betrachtung gemein. Die Welt des Seins ist vielfältig und in ihrer Gänze kaum zu erfassen. Die Welt des Sollens entfaltet sich unter der Betrachtung *Kants* und *Kelsens* als einheitliches System. Das Sollen wird aus dem Sein herausgehoben und als Abstraktum mit eigenen Gesetzmäßigkeiten betrachtet. Durch die Aufgabe, ein Handeln entweder in moralischen Dilemmata oder in Rechtsstreiten vorzuschreiben, muss das Sollen in zahlreichen einzelnen Situationen Antworten bereithalten. Aus dem unbedingten Sollen in Form kategorischer Imperative oder dem obersten, gedachten Sollen als Grund-

norm lassen sich in beiden Theorien weitere Sollenssätze ableiten, die den konkreten Situationen entsprechen. So stellt sich der Charakter des Sollens bei *Kant* und *Kelsen* als Einheitlichkeit heraus. Sollen ist eine Einheit, der wiederum eine große Vielfalt an Sollensinhalten entspringen kann.¹²⁰

Das Sollen aufzustellen und dieses weiter zu erforschen, ermöglicht beiden die Erkenntnistheorie. So kommen sie beide zu dem Schluss, dass das Sollen eine *apriorische* Kategorie ist, die den Menschen zur Anschauung dienlich sein kann. Das Sollen ist damit eine Idee. Sie liegt für *Kant* als subjektive Pflicht im handelnden Subjekt selbst und gestaltet sich entweder als autonom gestellte *Moralität* oder als von äußerer Setzung abhängige *Legalität*. Für *Kelsen* hingegen liegt die Idee des Sollens im System der Rechtsnormen.

In der Betrachtung der erkenntnistheoretischen Vorgehensweise beider Autoren zeigt sich, dass *Kant* in diesem Punkt weit überlegen ist. Das mag wenig verwundern. Als Philosoph hatte er sich bereits ausführlich und über Jahre hinweg der Erkenntnisphilosophie gewidmet. Er benutzt seine eigenen Erkenntnisse, um damit das Sollen zu ergründen. *Kelsen* hingegen bedient sich dieses Gerüsts, offenbar ohne es zu hinterfragen und sich gründlich mit *Kant* auseinanderzusetzen. Er nutzt zwar dieselben Begrifflichkeiten, verwendet diese aber autodidaktisch zur Erreichung seiner Ziele. Dabei ergeben sich gewisse Inkonsistenzen und Missverständnisse. Er verschleppt die Unterscheidung von Sein und Sollen von der erkenntnistheoretischen Ebene bis zum Objekt der Erkenntnis selbst. Gleichzeitig versucht er, eine deutlichere Unterscheidung von Sein und Sollen zu bewahren, als sie bisher dargestellt wurde. *Kant* halfen die Kategorien von Sein und Sollen zur Erkenntnis. Für *Kelsen* nehmen sie die Form eines selbst gestellten Dogmas an.¹²¹

Dennoch bietet *Kelsens* Betrachtung des Sollens Vorteile, denen *Kant* nicht gerecht werden kann. Die Aufgabe des Rechtspositivisten wird dahingehend erfüllt, dass mithilfe seiner Reinen Rechtslehre ein jedes Rechtssystem als solches erkannt und beschrieben werden kann. Ferner gelingt es ihm durch das Konzept der Zurechnung, ein Sollen allein durch die Verknüpfung von Ursache und Wirkung in Rechtssätzen beschreiben zu können.

Mit der Grundnorm gelingt ihm darüber hinaus die Schaffung einer Quelle für Sollenssätze, ohne aus einem Sein ableiten zu müssen. Diese Position ist durchaus angreifbar. Wenn die Grundnorm nicht als Norm existiert, muss sie doch zumindest im Gedanken der Rechtswissenschaftler präsent sein und kann dadurch Faktizität erlangen. Für das Verständnis von Recht kann *Kelsens* Auffassung des Sol-

¹¹⁸ *Kant* (Fn. 44), S. 22.

¹¹⁹ *Kant*, Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, AA VI, S. 97.

¹²⁰ *Ellscheid* (Fn. 14), S. 51 ff.

¹²¹ *Novak*, Verwandlung von Kelsens Grundnorm – Ein übersehener Beitrag von Leonid Pitamic, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Band 107, 2021, S. 590.

lens aber dennoch viel bieten. Mit seiner Hilfe lässt sich stets deutlich erkennen, was Recht ist und ob es Verbindlichkeit beanspruchen kann.

Kant hingegen trennt seine metaphysische Rechtslehre vom positiven Recht und verhöhnt diejenigen, die eine reine Betrachtung dessen wahren. Sein Anspruch jedoch, dass die reine Vernunft zu einem besseren Recht verhelfen kann, erscheint utopisch. Es kann kaum jemals genug Experten für die Reine Vernunft geben, die auf die Gesetzgebung einwirken.¹²²

Ferner wird das Recht als solches undurchsichtig. Sobald dann die Frage gestellt würde, welches Sollen, das moralische oder das rechtliche, in einem Fall von Diskrepanz dieser beiden Kategorien die stärkere Verbindlichkeit beanspruchen kann, ist *Kants* Antwort wenig zufriedenstellend.

Sie äußert sich als eigentlich moralisch, aber praktisch sei dies doch irrelevant. Damit kann er Rechtswissenschaftlern wie *Kelsen*, die nur mit dem Recht und ohne jeden weiteren Anspruch der Gerechtigkeit arbeiten, vorwerfen, sie würden ohne jeden Verstand arbeiten: „Eine bloße empirische Rechtslehre ist (wie der hölzerne Kopf in Phaedrus' Fabel) ein Kopf, der schön sein mag, nur Schade! daß er kein Gehirn hat.“¹²³

Letztendlich müssen wir aber mit *Kants* sowie mit *Kelsens* Weg einem ungerechten Recht Folge leisten. Das Sollen entfaltet eine Verbindlichkeit, sei dies nun aus seinem Platz im systematischen Zusammenhang des Rechts oder aus inneren Vernunftgründen. Mit *Kant* können wir aber möglicherweise versuchen, als verantwortliche Juristen zu handeln und uns nicht von reiner Dogmatik leiten zu lassen.

¹²² Naucke/Harzer (Fn. 41), Rn. 156.

¹²³ *Kant* (Fn. 30), S. 230.