

# DIE REINE RECHTSLEHRE UND DIE RECHTSGESCHICHTE

Thomas Olechowski

## 1. Einleitung

Im Februar 1918 setzte die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Wien ein Komitee ein, das über die Besetzung einer neugeschaffenen außerordentlichen Professur für „Staatsrecht mit besonderer Berücksichtigung des Militärrechts“ beraten sollte.<sup>1</sup> Allen Beteiligten war klar, dass diese neue Stelle maßgeschneidert war für den jungen Privatdozenten Hans Kelsen, der seit einigen Monaten die rechte Hand des k.u.k. Kriegsministers, Rudolf Stöger-Steiner war, hatte doch der Minister selbst auf die Errichtung einer solchen Professur an der Universität Wien gedrängt. Die Kommission bestand aus dem Rechtshistoriker Hans von Voltolini als Dekan, einem zweiten Rechtshistoriker, nämlich Ernst von Schwind, dann den beiden Fachvertretern des Staatsrechts, Edmund Bernatzik und Adolf Menzel, sowie dem Zivilprozessualisten Hans Sperl. Erwartungsgemäß sprach sich das Komitee auf Vorschlag Menzels dafür aus, die Professur mit Hans Kelsen zu besetzen. Der einzige, der diesem Vorschlag nicht gefolgt war, war Schwind, der nunmehr ein ausführliches Minoritätsgutachten verfasste.<sup>2</sup>

In diesem Gutachten verurteilte Schwind die Lehren Kelsens als „destruktiv und zersetzend, im Rahmen der akademischen Lehre für die Studierenden vielfach blendend, aber im Erfolge verwirrend und höchst bedenklich“. Im Besonderen bemängelte Schwind, dass man bei der Lektüre von Kelsens Werken wiederholt den Eindruck habe, dass dieser jede rechtshistorische Betrachtung geradezu ängstlich ausblende, aus Furcht, sie könnte die Unhaltbarkeit seiner Thesen aufzeigen.<sup>3</sup> Schwinds Bemühungen hatten keinen Erfolg; mit Wirksamkeit vom 1. Oktober 1918 wurde Kelsen zum außerordentlichen Professor, ein Jahr später zum ordentlichen Professor an der Universität Wien ernannt. Aber die Gegnerschaft mit Schwind dauerte an: 1928 veröffentlichte der Rechtshistoriker ein 158 Seiten starkes Buch, „Grundlagen und Grundfragen des Rechts“, in dem er versuchte, mit rechtshistorischen Argumenten die Reine Rechtslehre zu widerlegen. Dort hieß es unter anderem: „Man hat Jahrhunderte und Jahrtausende hindurch Gesetze gemacht, ohne daß die Frage rechtlich geregelt gewesen wäre, wer zur Gesetzgebung berufen sei und welche Normen dabei einzuhalten wären.“<sup>4</sup> – Es war Kelsen ein Leichtes, Schwind in einer Gegenschrift zu antworten<sup>5</sup> und ihn öffentlich zum Gespött der Fachwelt zu machen. Denn kein einziges Argument von Schwind konnte greifen; vielmehr gab er sich eine Blöße nach der anderen, und Kelsen deckte diese schonungslos auf. Schwind hat diese Niederlage bis zu seinem Tod vier Jahre später nie ganz verwunden.

Diese Episode zeigt uns zunächst einmal, was Reine Rechtslehre – oder allgemeiner: die Rechtstheorie – und die Rechtsgeschichte voneinander trennt. Die Rechtsgeschichte kann

weder die Reine Rechtslehre noch irgend eine andere Theorie des Rechts beweisen oder widerlegen. Und auch umgekehrt ist es nicht die Aufgabe der Rechtstheorie, irgendwelche Aussagen über historische Rechtsordnungen als „richtig“ oder „falsch“ zu bewerten. Insbesondere ist die von der Reinen Rechtslehre postulierte Grundnorm – was Schwind offenbar nicht verstanden hat<sup>6</sup> – keine irgendwie jemals in der Geschichte vorgekommene Norm, sondern ein bloßes gedankliches Hilfsmittel, insofern dem naturrechtlichen Gesellschaftsvertrag vergleichbar, der ebenfalls niemals in der Geschichte jemals wirklich geschlossen wurde. Wo der Rechtstheoretiker nichts behauptet, kann der Rechtshistoriker weder etwas finden noch vermissen.

## **2. Reine Rechtslehre und historische Interpretation**

Was aber verbindet Reine Rechtslehre und Rechtsgeschichte? Allgemeiner gefragt: Inwieweit benötigt ein Rechtshistoriker überhaupt ein rechtstheoretisches Fundament für seine Forschungen? Seltsamerweise wird über diese Frage in der Rechtsgeschichte vergleichsweise selten nachgedacht. Und doch sollte es unmittelbar einleuchten, dass der Rechtshistoriker – so wie jeder Wissenschaftler – sich zuallererst darüber klar sein muss, was sein Untersuchungsgegenstand ist. Die Frage „was ist Recht?“ beschäftigt ihn so wie jeden Rechtswissenschaftler.<sup>7</sup> Die Frage „was ist Recht?“ ist aber eine Frage der Rechtstheorie, auf die die Reine Rechtslehre eine – wenn auch natürlich nicht die einzig mögliche – Antwort enthält.

Bevor auf die Bedeutung der Reinen Rechtslehre für die Rechtsgeschichte eingegangen werden kann, seien im Folgenden einige besonders wichtige Punkte dieser Lehre knapp zusammengefasst.<sup>8</sup>

Die Reine Rechtslehre ist eine von Hans Kelsen begründete rechtstheoretische Lehre, die allgemeine Aussagen über das Wesen des Rechts, über seine Entstehung, seine Struktur und seine Funktionsweise treffen will, und zwar unabhängig von einer konkreten Rechtsordnung. Vielmehr beanspruchen ihre Thesen Gültigkeit für jegliches jemals von Menschen gesetzte (= positive) Recht; die Behandlung eines übermenschlichen Rechtes, des Naturrechtes, wird als unwissenschaftlich abgelehnt. Diese bemerkenswerte Selbstbeschränkung, die gemeinhin als eines der wichtigsten Prinzipien der Reinen Rechtslehre angesehen wird, ist im Grunde selbst nur die logische Folge eines noch weiter gehenden, dahinter liegenden Prinzips: Die Reine Rechtslehre bemüht sich, wie kaum eine andere Rechtstheorie, um eine streng wissenschaftliche Betrachtung des Rechts und will sich dem „Ideal aller Wissenschaft, Objektivität und Exaktheit, soweit als irgend möglich“ annähern.<sup>9</sup> Und das Bemühen um Objektivität verbietet es, Rechtsnormen zu untersuchen, die ihre Entstehung nicht einem empirisch nachweisbaren Verhalten von Menschen (etwa dem Gesetzesbeschluss eines Parlaments) verdanken, sondern ihre Wurzel in religiösen Offenbarungen oder ähnlichen mystischen Erfahrungen besitzen, die einer wissenschaftlichen Betrachtung nicht zugänglich sind, wie dies in der einen oder anderen Weise für alle Spielarten des Naturrechts, auch das säkularisierte Naturrecht, das sog. Vernunftrecht, gilt.

Das Recht nimmt zufolge der Reinen Rechtslehre also seinen Ausgang von einem konkreten, zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort gebildeten Willen einer normsetzenden Autorität. Aber die Rechtsnorm ist nicht mit diesem Wollen des Normsetzers

identisch. Das Wollen kann längst aufgehört haben – etwa weil der Normsetzer gestorben ist – und die von ihm gesetzte Norm existiert dennoch weiter. Denn mit der Setzung der Norm hat sie sich von ihrem Schöpfer verselbständigt, aus dem ursprünglichen Wollen ist ein Sollen geworden; das Sollen ist insofern die Objektivierung eines Wollens.<sup>10</sup>

Dies hat auch ganz konkrete Auswirkungen auf die Interpretationslehren der Reinen Rechtslehre.<sup>11</sup> Ihr zufolge geht es bei der Interpretation darum, den „wahren Willen“ des Normsetzers festzustellen. „Steht [...] der Wille fest, so spielt die von ihm abweichende Erklärung des Willens keine Rolle. Positivrechtlich kann dies – weil ein ‚höherer‘ Wille Abweichendes normiert hat – anders sein.“<sup>12</sup> Freilich muss der „wahre Wille“ in irgendeiner Form zum Ausdruck gebracht worden sein, um erkennbar zu sein; seine Feststellung macht daher oftmals eine Suche nach Quellen erforderlich, wie wir sie aus der Rechtsgeschichte kennen: Die Suche nach Rechtstexten, nach parlamentarischen Materialien, auch die Befragung von Zeitzeugen wäre theoretisch eine zulässige Methode, auch wenn sie im juristischen Alltag wohl nur selten Anwendung finden wird. Aber ist dies alles bereits rechtsgeschichtliche Forschung? Wohl kaum, denn dann wäre die rechtsgeschichtliche Forschung nicht mehr von der rechtsdogmatischen Forschung zu unterscheiden; bei der oben genannten Tätigkeit handelt es sich lediglich um die sog. historische Interpretation, eine der gängigen Methoden rechtsdogmatischer Forschung. Ihr Ziel ist nicht auf die Vergangenheit, sondern auf die Gegenwart ausgerichtet: die Erfassung des Sinnes von heute geltendem Recht. Das Forschungsinteresse der Rechtsgeschichte ist ein anderes. Aber welches?

### **3. Das Forschungsinteresse der Rechtsgeschichte**

#### ***a) Allgemeines***

Oft wird gesagt, der Rechtshistoriker erforscht vergangene Rechtsordnungen. Und in der Tat ist z.B. die Frage: „Wie war das römische Privatrecht im 1. Jahrhundert nach Christus beschaffen“ eine typisch rechtshistorische, wenngleich sie in dieser isolierten Form, ohne mit einer weiteren Frage verbunden zu sein, relativ selten, nämlich fast nur im akademischen Unterricht gestellt wird.

Aber immerhin in diesem Bereich ist die Arbeit des Rechtshistorikers zumindest auf dem ersten Blick nicht anders als die des Dogmatikers des geltenden Rechts; er behandelt das römische Recht, als ob es noch heute gelten würde.<sup>13</sup> Aus Sicht der Reinen Rechtslehre könnte man hier auch sagen: Der Rechtshistoriker konstruiert eine Grundnorm mit dem Inhalt: „Das römische Recht soll gelten.“ – Freilich sind dieser Arbeit gewisse Grenzen gesetzt, die es im modernen Recht nicht gibt. Der Romanist kann nicht die Frage stellen, ob es nach römischem Recht zulässig war, dass ein fremdes Flugzeug den Luftraum des Imperium Romanum überquert oder ob ein kinderloses Ehepaar eine Leihmutter nehmen konnte. Denn vor zweitausend Jahren gab es eben weder Flugzeuge noch Leihmütter; die gestellten Fragen sind sinnlos. Ich will aber weitergehen und überhaupt behaupten, dass es sinnlos ist, Rechtsfragen zu formulieren, die nicht schon die Zeitgenossen gestellt haben. Das betrifft das römische Recht, aber noch in viel stärkerem Maße das alte nationale Recht – sei es das alte deutsche Recht, sei es das altslawische Recht. Diese Rechtsordnungen sind uns ja immer nur sehr lückenhaft überliefert, und Generationen von Rechtshistorikern haben sich bemüht, aus diesen Fragmenten ein lückenloses System nach Vorbild des

Römischen Rechts zu rekonstruieren.<sup>14</sup> Mittlerweile herrscht Einigkeit darüber, dass dieses Unterfangen nicht nur unmöglich, sondern auch unzulässig ist.

Und die Reine Rechtslehre bietet eine Erklärung dafür, weshalb dies so ist. Denn die Reine Rechtslehre ist eine Strukturanalyse des Rechts, die die Rechtsordnung in ihre kleinsten Elemente – die einzelnen Normen – zerlegt und dartut, dass alles darüber Hinausgehende, wie etwa die Begriffe der Rechtsfähigkeit, des subjektiven Rechts oder des Organs, nur Konstrukte der Rechtswissenschaft sind, mit der Juristen sich zu verschiedenen Zeiten bemüht haben, den Inhalt des Rechts zu erfassen und in klaren Worten auszudrücken – in Worten, die dann mitunter auch vom Gesetzgeber verwendet wurden, was aber nichts daran ändert, dass der Gesetzgeber nicht Begriffe, sondern Normen setzt. Daher ist es z.B. anachronistisch und unzulässig, einen allgemeinen Begriff der Rechtsfähigkeit für das mittelalterliche Recht zu suchen. Denn die zeitgenössischen Rechtsgelehrten kannten diesen Begriff eben noch nicht. Wohl gab es einzelne Rechtssätze, die regelten, wer Eigentum haben kann, wer eine Erbschaft antreten kann. Aber von hier aus gehend auf einen dahinterstehenden Rechtsbegriff der Rechtsfähigkeit zu schließen, würde bedeuten, weitere Rechtssätze zu konstruieren, die nicht mittelalterlichen Ursprungs waren. Es erinnert dies ein wenig an „Jurassic Park“, wo die Lücken in der DNA der Dinosaurier mit einer „dazu passenden“ DNA ergänzt wurden: Was herauskam, waren eben keine echten alten Dinosaurier, sondern etwas Neues – mit den bekannten, fatalen Folgen.<sup>15</sup>

### ***b) Recht als Deutungsschema von historischem Verhalten***

Nun wurde aber vorhin die Behauptung aufgestellt, dass die einfache Frage: „Wie war die Rechtslage im Jahre X?“ von Rechtshistorikern – abgesehen vom akademischen Unterricht – nur selten aufgestellt wird, ohne dass dahinter ein weiteres, spezifisches Forscherinteresse steckt. Soweit erkennbar, sind es vor allem zwei Fragen, die den Rechtshistoriker bei seiner Arbeit leiten. Ich möchte die erste als eine primär geschichtswissenschaftliche, die zweite als eine primär rechtswissenschaftliche bezeichnen, auch wenn natürlich im Einzelfall auch Juristen an der ersten, Historiker an der zweiten Frage interessiert sein können.

Die erste, die von mir so genannte „primär geschichtswissenschaftliche“ Frage lautet: Was war die Rechtsgrundlage dafür, dass X ein bestimmtes Handeln gesetzt hat? – Also z.B.: Was ermächtigte Kaiser Barbarossa, Heinrich dem Löwen seine Lehen abzuerkennen? Weshalb durfte Kaiser Franz Joseph mit Notverordnungen regieren? Aber auch: War es rechtswidrig, dass Hans Kohlhase zur Selbstjustiz griff? Oder: Auf welcher Rechtsgrundlage gründete die Provisorische Nationalversammlung im Oktober 1918 den Staat Deutschösterreich? – In all diesen Fällen geht es darum, dass ein empirisch feststellbares historisches Handeln verstehend erklärt werden soll. Das Recht dient als Deutungsschema menschlichen Verhaltens.<sup>16</sup> Hier nun stellt sich in aller Schärfe die Frage nach dem Rechtsbegriff, den wir diesen Vorgängen zugrunde legen. Dabei soll von dem vorhin genannten Beispiel der Provisorischen Nationalversammlung ausgegangen werden: Diese nahm zwar für sich eine gewisse demokratische Legitimation in Anspruch, die jedoch, folgt man der Rechtsordnung der Habsburgermonarchie, nicht zu Recht bestand.<sup>17</sup> Indem die Provisorische Nationalversammlung den Staat Deutschösterreich schuf, begingen ihre Mitglieder Hochverrat im Sinne des § 58 lit c Strafgesetz 1852, zumal am 30. Oktober 1918, als die Staatsgründung erfolgte, der alte Staat noch existierte. Aus der einen Sicht Staatsgründer,

aus der anderen Sicht Hochverräter – keine dieser Wertungen ist objektiv, sondern jede hängt von ihrem jeweiligen Bezugssystem ab.<sup>18</sup> Um zu verstehen, welche Umstände dazu führten, dass die Mitglieder der Nationalversammlung nicht zum Tode verurteilt, sondern als Helden gefeiert wurden, muss darauf geachtet werden, welche dieser beiden Rechtsordnungen damals für sich Effektivität beanspruchen konnte. Die Suche nach dem „richtigen“ Recht setzt also bei einem positivistischen Rechtsbegriff an, wie er u.a. von der Reinen Rechtslehre postuliert wird.<sup>19</sup>

Und hier kann einem der am weitesten verbreiteten Missverständnisse, mit dem die Reine Rechtslehre konfrontiert wird, begegnet werden: Die Reine Rechtslehre ist keine „Rechtfertigung“ des Rechts. Sie sagt nicht, dass die eine Rechtsordnung „besser“ als die andere ist, sagt insbesondere nicht, dass es unbedingt erforderlich sei, sich in opportunistischer Weise immer an die Normen der effektiv herrschenden Rechtsordnung zu halten.<sup>20</sup> Vielmehr relativiert sie diese, gerade indem sie sagt: Unter der Annahme, dass Rechtsordnung A gültig ist, folgt, dass diese Verurteilung zu Recht erfolgt ist. Unter der Annahme, dass Rechtsordnung B gültig ist, folgt, dass diese Verurteilung zu Unrecht erfolgt ist. Welche Rechtsordnung als gesollt anzunehmen ist, ist eine Frage, die dem Juristen weitgehend freigestellt ist. Es ist nur in den meisten Fällen „sinnvoll“, sich mit jenen Normen zu beschäftigen, die Effektivität beanspruchen.

Dies kann, muss aber nicht sein. Denn eine Rechtsordnung kann auch vorübergehend Effektivität verlieren und später wiedergewinnen, weshalb es sinnvoll sein kann, auch eine ineffektive Rechtsordnung zu untersuchen. Zur Illustration sei hier ein Beispiel aus der tschechoslowakischen Rechtsgeschichte genommen. Im Jahre 1940 wurde das Territorium der vormaligen Tschechoslowakei effektiv teils direkt, teils indirekt von NS-Deutschland und seinen Verbündeten kontrolliert; die Tschechoslowakei als solche existierte aus nationalsozialistischer Sichtweise nicht. Doch war dies eben Ansichtssache. Am 26. Juni jenes Jahres verkündete der ehemalige Präsident der ČSR, Edvard Beneš, dass sein 1938 erfolgter Rücktritt ungültig sei und er sich noch immer im Amt befinde; wenig später begann er damit, Dekrete zu erlassen, die Geltung für die – von den Nationalsozialisten besetzte und aus deren Sicht nicht mehr existente – Tschechoslowakei beanspruchten und natürlich zunächst keine Effektivität erlangen konnten. Nachdem jedoch 1944/1945 die NS-Herrschaft zusammenbrach, konnten Beneš und die von ihm ernannte Regierung nach Prag zurückkehren, und nun wurden plötzlich die von ihm seit 1940 erlassenen Dekrete auch tatsächlich befolgt.<sup>21</sup> Dieser Sachverhalt ist für einen klassischen Rechtspositivisten schwer zu verstehen, denn für ihn kann nur effektives Recht gelten. Ein Naturrechtler würde hingegen den Rechtscharakter des NS-Rechts abstreiten, was es aber ihm unmöglich macht zu verstehen, weshalb diese oder jene Vorgänge innerhalb des NS-Staates funktionierten.<sup>22</sup> Gestützt auf die Reine Rechtslehre ist jedoch ein Wechsel des Bezugspunktes jederzeit möglich, und gerade dies ermöglicht ein sachgerechtes Verständnis der Vorgänge zwischen 1938 und 1945.

### ***c) Recht als Gegenstand historischer Diskurse***

Damit zur zweiten, der von mir so genannten „rechtswissenschaftlichen“ Frage. Sie lautet: Woher kommen unsere heutigen Vorstellungen über bestimmte juristische Dogmen und Institutionen? Sie führt uns insbesondere zu einer Untersuchung darüber, welche Rechtsvorstellungen Personen vergangener Epochen hatten und wie sie mit ihren Schriften die

heutige Rechtsdogmatik prägten. Was dachte Savigny über den Begriff des Besitzes, was meinte Jhering zu dieser Frage?<sup>23</sup> Diese Frage ist wesentlich verschieden von der Frage, was zur Zeit von Savigny oder Jhering die geltende Rechtslage in Bezug auf den Besitz war. Das zeigt sich schon deutlich daran, dass Savigny und Jhering hier sehr verschiedene Meinungen hatten. Um die beiden Juristen zu verstehen, müssen ihre Gedankengänge nachvollzogen werden; es müssen also – zumindest theoretisch – alle Quellen und alle Bücher, die von Savigny verwendet wurden, erneut konsultiert werden, und sodann muss der Rechtshistoriker sich sein eigenes Urteil bilden und sehen, inwieweit dieses mit dem Urteil Savignys übereinstimmt. Sehr vorsichtig aber wird er dabei sein, wenn es darum geht, Savigny einen „Fehler“ oder einen „Irrtum“ nachzuweisen.

Ein österreichischer Rechtshistoriker hat vor einiger Zeit die Bestimmungen des ABGB über das eheliche Güterrecht analysiert und festgestellt, dass das ABGB schon in seiner Fassung das Prinzip der reinen Gütertrennung als gesetzlichen Güterstand vorsah.<sup>24</sup> Dieser Befund steht im Widerspruch zum einhelligen Urteil der zeitgenössischen Juristen und Gerichte, die jene 160 Jahre lang, die die fraglichen Paragraphen in Geltung standen, stets davon ausgingen, dass mangels besonderer Vereinbarung der Mann ein Verwaltungsrecht über das Frauenvermögen habe. Haben sich nun diese hunderten Gerichte und tausenden Juristen geirrt? Selbst wenn man diese Frage bejahen wollte: Welchen Wert hat diese Aussage? – Ein zweites Beispiel: Ein deutscher Rechtshistoriker hat vor einiger Zeit die Frage aufgeworfen, ob sich die Reichskleinodien des Heiligen Römischen Reiches zu Recht in Wien befinden oder ob sie zurück nach Nürnberg sollten. Dabei ging er von einer über das Jahr 1806 hinausgehenden Verwahrungspflicht zugunsten des deutschen Volkes aus, überblendete also, dass das Reich im Jahr 1806 untergegangen war.<sup>25</sup> Mit derartigen Vorstellungen ist er nicht alleine; die These, dass das Reich niemals rechtswirksam untergegangen ist, wurde auch von anderer Seite aufgestellt. Aber wohin soll sie führen? Hier sind wir wieder bei der von der Reinen Rechtslehre aufgestellten Forderung, der Rechtswissenschaftler möge sich auf das Stellen von sinnvollen Fragen beschränken.

Und eine sinnvolle Frage kann eben nur sein: Wie haben diese und jene Juristen, diese und jene Politiker das Recht ihrer Zeit wahrgenommen, wie haben sie es interpretiert und wie gestaltet? Haben sie vielleicht bewusst bestimmte Argumente, die gegen ihre Ansicht sprachen, verheimlicht, und wenn ja, weswegen? Und vor allem: welches Rechtsdenken, welcher Begriff vom Recht lag ihrer Arbeit zugrunde? Wenn sich diese Fragen auf die Tätigkeit eines Juristen wie Savigny beziehen, so wird sich der Rechtshistoriker auf dessen historisch-systematische Methode zurückbesinnen müssen; eine Beschäftigung mit Franz von Zeiller wird den Rechtshistoriker zwingen, sich auch dessen naturrechtliches Denken zu eigen zu machen. Wenn er aber das juristische Schaffen von Hans Kelsen oder seiner Schüler zum Gegenstand seiner Untersuchungen macht, so wird er die Methode der Reinen Rechtslehre übernehmen. Denn auch diese ist mittlerweile auf diesem Weg selbst schon wieder ein Teil der Rechtsgeschichte geworden.

## Anmerkungen

<sup>1</sup> Dazu und zu den Hintergründen vgl. schon OLECHOWSKI, Thomas: Hans Kelsen und die Berufungen nach Graz, Czernowitz und Wien 1916–1919. *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs*, 4 (2014), S. 254–265, hier 260f.

- 2 Abgedruckt in: OBERKOFER, Gerhard – RABOFSKY, Eduard: *Hans Kelsen im Kriegseinsatz der k.u.k. Wehrmacht* (= *Rechtshistorische Reihe* 58. Frankfurt u.a., 1988), S. 198–201.
- 3 Dieser Vorwurf ist unbegründet, vergegenwärtigt man sich, dass bereits Kelsens allererste Veröffentlichung rechtshistorischer Natur war und sich mit der „Staatslehre des Dante Alighieri“ beschäftigte, und dass er auch später immer wieder auf rechtshistorische Erkenntnisse Bezug nahm; vgl. dazu jüngst GALINDO, George Rodrigo Bandeira: Force Field: On History and Theory of International Law. *Rechtsgeschichte*, 20 (2012), S. 86–103, hier 89f.
- 4 SCHWIND, Ernst: *Grundlagen und Grundfragen des Rechts. Rechtstheoretische Betrachtungen und Erörterungen*. München, 1928, 49f.
- 5 KELSEN, Hans: *Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung*. Wien, 1928; vgl. dazu OLECHOWSKI, Thomas: Rechtsphilosophie gegen Rechtsgeschichte? Ein Juristenstreit aus der Zwischenkriegszeit an der Wiener Rechtsfakultät. In: KOHL, Gerald u.a. (Hrsg.): *Festschrift für Wilhelm Brauner zum 65. Geburtstag*. Wien, 2008, S. 425–442.
- 6 SCHWIND, *Grundlagen*, S. 48.
- 7 Wobei noch zu zeigen sein wird, dass es nicht für alle Forschungsfragen ausreicht, den Rechtsbegriff der Zeitgenossen zugrunde zu legen; so aber offenbar KRAUSE, Hermann: Art. „Recht“. In: ERLER, Adalbert – KAUFMANN, Ekkehard (Hrsg.): *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*. 1. Aufl., Bd. IV. Berlin, 1990, S. 224–232.
- 8 Das Folgende nach KELSEN, Hans: *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. 1960, Nachdruck 1992.
- 9 KELSEN, *Reine Rechtslehre*, S. III.
- 10 Eingehend KELSEN, Hans: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Tübingen, 1911, S. 10 = *Hans Kelsen Werke* II. Tübingen, 2008, S. 89.
- 11 Dieser Aspekt ist von Kelsen selbst in seinen Schriften nur am Rande behandelt worden und erst in späterer Zeit verstärkt in den Mittelpunkt des Interesses gerückt. Vgl. etwa MAYER, Heinz: Die Interpretationstheorie der Reinen Rechtslehre. In: WALTER, Robert (Hrsg.): *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre* (= *Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts* 18. Wien, 1992), S. 61–70; JABLONER, Clemens: Die Gesetzesmaterialien als Mittel der historischen Auslegung. In: JABLONER, Clemens: *Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt. Aufsätze zur Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte* (= *Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts* 35. Wien, 2013), S. 61–77.
- 12 WALTER, Robert – MAYER, Heinz – KUCSKO-STADLMAYER, Gabriele: *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts*. 10. Auflage. Wien, 2007, S. 63.
- 13 Wobei er sich natürlich der Eigenarten des römischen Rechtssystems (z.B. der rechtsbildenden Funktion der römischen Juristen oder der sehr engen Verbindung von materiellem Recht und Prozessrecht im Legisaktionsystem), die es von modernen kontinentaleuropäischen Rechtssystemen unterscheiden, bewusst bleiben muss: WALTER, Robert: Rechtsgeschichte gegen Rechtstheorie? *Juristische Blätter*, 88 (1966), S. 351–354, hier 352.
- 14 Als ein Beispiel von vielen sei im gegebenen Zusammenhang SCHWIND, Ernst: Deutsches Privatrecht. Wien/Leipzig, 1921, hervorgehoben. Vgl. zu diesem Problembereich nunmehr LUIG, Klaus: Art. „Deutsches Privatrecht“. In: CORDES, Albrecht – LÜCK, Heiner – WERKMÜLLER, Dieter (Hrsg.): *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*. 2. Aufl., Bd. I. Berlin, 2008, S. 993–1003.
- 15 Beachte in diesem Zusammenhang die Behauptung von GREEN, Michael S.: Marmor on Kelsen. In: TELMAN, Jeremy (Hrsg.): *Hans Kelsen in America* (im Druck), die Rechtsnormen hätten, da die „Welt des Sollens“ keine Zeit kennt, schon zur Zeit der Dinosaurier existiert: Auch wenn diese Aussage nicht strikt mit „nein“ beantwortet werden kann – wohin soll sie führen?
- 16 Es ist dies offenbar die einzige Funktion, die Kelsen der Rechtsgeschichte zukommen lassen will, wenn er sie als eine „Kausalwissenschaft“, „weit mehr mit der Naturwissenschaft und der Psychologie verwandt als mit der Jurisprudenz oder mit der Ethik“, bezeichnet: KELSEN, *Hauptprobleme VII* = *Hans Kelsen Werke* II. Tübingen, 2008, S. 55.
- 17 KELSEN, Hans: *Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich*, Teil I. Wien/Leipzig, 1911), S. 10 = *Hans Kelsen Werke* V. Tübingen, 2011, S. 37.
- 18 Siehe dazu auch VEROSTA, Stephan: Rechtsgeschichte und Reine Rechtslehre: Zugleich ein Beitrag zum Problem der Beziehung zwischen Faktizität und Normativität. In: ENGEL, Salo – MÉTALL, Rudolf A. (Hrsg.): *Law, State and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen*. Knoxville, 1964, S. 347–365, hier 352.
- 19 Dem steht die Forderung von SCHENNACH, Martin: Einleitung. In: *Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte* (Hrsg.), *Rechts- und Verfassungsgeschichte*. 3. Auflage. Wien, 2014, S. 1–15, hier 2, nicht entgegen, dass für gewisse ältere Epochen weniger auf heteronom gesetzte als vielmehr von den Normunterworfenen akzeptierte Normen abzustellen ist; vgl. zu diesem Problembereich näher SIMON, Thomas: Geltung. Der Weg von der Gewohnheit zur Positivität des Rechts. *Rechtsgeschichte*, 7 (2005), S. 100–137.
- 20 Dazu eingehend JABLONER, Clemens: Objektive Normativität. In: JABLONER, *Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt*, S. 337–350, hier 341; VEROSTA, *Rechtsgeschichte und Reine Rechtslehre*, S. 357.
- 21 KUKLÍK, Jan: Dekrety prezidenta republiky – výraz kontinuity československého řádu nebo jeho revoluční změny? [= Die Dekrete des Präsidenten der Republik – Ausdruck der Kontinuität der tschechoslowakischen Rechtsordnung oder seiner revolutionären Änderung?]. In: MALÝ, Karel – SOUKUP, Ladislav (Hrsg.):

- Vývoj práva v Československu v letech 1945–1989*. Praha, 2004, S. 132–189 (mit engl Summary); OLECHOWSKI, Thomas: Kelsens Debellatio-These. Rechtshistorische und rechtstheoretische Überlegungen zur Kontinuität von Staaten. In: JABLONER, Clemens ua (Hrsg.): Gedenkschrift Robert Walter. Wien, 2013, S. 531–552, hier 537. Vgl. auch GÁBRIŠ, Tomáš: *Právo a dejiny. Právnohistorická propedeutika* [Recht und Geschichte. Eine rechtshistorische Propädeutik]. Kraków, 2012, bes S. 157 ff.
- <sup>22</sup> Beachtenswert jüngst BERTRAND, Nicolas: Die Ordnung der Gewalt in den nationalsozialistischen Konzentrationslagern. *ZRG GA* 131 (2014), S. 363–399, der bewusst das Wort „Recht“ für die normative Ordnung jener Lager vermeiden will.
- <sup>23</sup> Zu dieser bekannten Kontroverse vgl. nur OLECHOWSKI, Thomas: Art. Besitz. In: *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*. 2. Aufl., Bd. II, S. 547–551, mit weiteren Nachweisen.
- <sup>24</sup> BRAUNEDER, Wilhelm: Privatrechtsfortbildung durch Juristenrecht in Exegetik und Pandektistik in Österreich. *ZNR*, 5 (1983), S. 22–43, bes. 37.
- <sup>25</sup> SCHROEDER, Klaus-Peter: Die Nürnberger Reichskleinodien in Wien. *ZRG GA*, 108 (1991), S. 323–346.



# **The Pure Theory of Law and the Legal History**

**Thomas Olechowski**

*Summary*

The Pure Theory of Law is a theory of positive law, founded by Hans Kelsen (1881–1973). Just because of its positivistic approach, the Pure Theory is very suitable as a theoretical basis for legal history. We can distinguish two groups of researches in legal history: the one has got a more historical approach and asks to what extent the law were the cause of certain events; the other has got a stronger juristic approach and asks for the development of our present legal dogmas and views on the law.