

# KELSENS AUFFASSUNG ÜBER DIE POSITIVITÄT DES RECHTS UND DIE WORTLAUTGRENZE

## *KELSEN'S CONCEPTION ABOUT THE POSITIVITY OF LAW AND THE LITERAL RULE*

Matheus Pelegrino da Silva<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Universidade Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil.

**Zusammenfassung:** Die Artikel analysiert Kelsens Auffassung über die Themen der Wortlautgrenze und der teleologischen Auslegung angesichts von Potacs' Aussagen über die Möglichkeit der Begründung der alternativen Ermächtigung durch teleologische Argumente. Potacs' Argumente für die Begründung der alternativen Ermächtigung durch die Ablehnung der Idee, dass die Wortlautgrenze beachtet werden soll, sowie durch die Anwendung der teleologischen Auslegungsmethode werden präsentiert. Anhand von Texten Kelsens werden Gründe genannt, warum weder die Missachtung der Wortlautgrenze noch die Anwendung der teleologischen Auslegungsmethode mit Kelsens rechtstheoretischer Auffassung kompatibel sind. Zuletzt wird die Hypothese untersucht, ob es möglich wäre, durch Anwendung von teleologischen Argumenten alle Fälle von Ausübung einer alternativen Ermächtigung im positiven Recht zu begründen. Das Endergebnis der durchgeführten Analyse lautet: Auch wenn die Wortlautgrenze nicht beachtet werden muss, kann es nicht unbedingt vorkommen, dass eine Norm, die für die rechtliche Begründung einer ausgeübten Ermächtigung erforderlich ist, in einer Rechtsordnung durch Anwendung teleologische Argumente gefunden wird.

**Schlüsselwörter:** Alternative Ermächtigung. Kelsen. Teleologische Auslegung. Wortlautgrenze

**Abstract:** The article analyzes Kelsen's view about the subjects of literal rule (Wortlautgrenze) and teleological interpretation by taking into account Potacs' arguments in favor of the possibility of grounding the alternative empowerment through teleological arguments. Potacs' arguments to ground the alternative empowerment through the rejection of the idea that the literal rule should be observed are presented, together with his arguments in favor of the teleological interpretative method. By presenting excerpts of Kelsen's texts some reasons are indicated why neither the disregard

DOI: <http://dx.doi.org/10.31512/rdj.v24i48.1087>

Recebido em: 10.11.2022

Aceito em: 24.04.2023



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons  
Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

for the literal rule nor the employment of the teleological interpretative method are compatible with Kelsen's perspective in legal theory. In a final step an hypothesis is investigated, according to which it would be possible to ground all cases of exercise of an alternative empowerment by employing teleological arguments. The final result of the conducted analysis is as follows: Also when the literal rule does not need to be respected, it still not be necessarily be the case that by employing teleological arguments a norm will be found, the norm that is necessary for the legal grounding of an exercised empowerment.

**Keywords:** Alternative Empowerment. Kelsen. Literal rule. Teleological interpretation.

## **EINLEITUNG**

In der Argumentation zur Begründung der Positivität der alternativen Ermächtigung hat Potacs die Auffassung vertreten, dass ein gültiger Weg für das Erreichen dieses Ziels wäre, die Positivität der alternativen Ermächtigung auf teleologischen Argumenten basieren zu lassen. Die Analyse dieser Idee angesichts von Kelsens Rechtstheorie konstituiert den Kern dieses Textes.

Zuerst werden einige problematische und irreführende, aber kurze Bemerkungen aus Potacs' Rezension kommentiert. Im zweiten Hauptteil wird der Versuch Potacs', Kelsens Theorie der alternativen Ermächtigung vor dem Vorwurf zu retten, sie sei *eventuell* nur durch den Ausschluss der Voraussetzung der Positivität anwendbar, kritisch analysiert. In diesem Zusammenhang wird dargestellt, welche Begründungen der vom Rezensenten vorgeschlagenen Lösung weder mit Kelsens Rechtstheorie kompatibel sind noch die Problematik der Positivität der alternativen Ermächtigung beseitigen.

## **1 ZWEI NEBEMPROBLEME DER REZENSION**

Die zwei untergeordneten Probleme, die in diesem Abschnitt behandelt werden, stehen in keiner wesentlichen Verbindung mit dem Hauptthema dieses Artikels. Trotzdem scheint es nötig und wichtig (*qui tacet, consentire videtur*) darzulegen, warum die in der Rezension erwähnten Kritiken unbegründet sind.

### 1.1 ERSTES PROBLEM: STREIT ÜBER EIN WORT

Am Anfang seines Textes behauptet der Rezensent, dass die Schwierigkeiten, die Argumente des Buches zu verstehen, – seiner Meinung nach – „bis zu einem gewissen Grad an der sprachlichen Ausdrucksweise [liegen], die sich nicht immer einer geläufigen Wortwahl (zB ‚instanziiert‘; 15) [...] bedient“ (POTACS, 2020, S. 286).

Das Beispiel, das der Rezensent verwendet, um seine Behauptung über die Wortwahl zu begründen, besteht ausschließlich in der Verwendung des Verbs „instanziiieren“. Es gibt aber keine Begründung für die Behauptung, dass die Anwendung dieses Wortes problematisch sein könnte, denn der *Duden* definiert „instanziiieren“ als „eine Instanz (3) [d.h. im dritten Sinn] erzeugen, als Instanz darstellen“ (Verfügbar unter: <https://www.duden.de/rechtschreibung/instanziiieren>. Abgerufen am 10 Nov. 2022), und erklärt in diesen Zusammenhang „Instanz“ als „3. [Sinn] einzelne Ausprägung, Exemplar aus einer Klasse von Objekten“ (Verfügbar unter: <https://www.duden.de/rechtschreibung/Instanz#Bedeutung-3>. Abgerufen am 10 Nov. 2022).

Nicht nur ist die Anwendung des Wortes „instanziiieren“ als solche unproblematisch, sondern wird mit ausdrücklichem Hinweis auf Herbert Harts klassisches Buch *The Concept of Law* und die Worte „instance“ (2012, S. 20)<sup>1</sup>, „instances“ (siehe 2012, S. 15, 16, 123, 124, 125, 126, 127, 164, 239, 263, 279, 280) and „instantiations“ (2012, S. 260)<sup>2</sup> verwendet. Dies dürften ausreichende Hinweise sein, um die Wortwahl (mindestens im Hinblick auf die Verwendung in einem rechtstheoretischen Text) als geläufig und angemessen ansehen zu können.

### 1.2 ZWEITES PROBLEM: DAS MISSVERSTEHEN DES HAUPTZIELS DES BUCHES

Ein zweites Problem bei Potacs' Rezension ist ein überraschendes Missverständnis bezüglich des Hauptthemas des Buches. Dieses Problem ist an zwei Stellen der Rezension zu finden. Bei der zweiten wird der Inhalt des Buches präsentiert, als ob es nur oder hauptsächlich

---

1 „It is obvious that the idea of a command with its very strong connection with authority is much closer to that of law than our gunman's order backed by threats, though the latter is an instance of what Austin, ignoring the distinctions noticed in the last paragraph, misleadingly calls a command.“ HART, 2012, S. 20.

2 „[P]rinciples are, relatively to rules, broad, general, or unspecific, in the sense that often what would be regarded as a number of distinct rules can be exhibited as the exemplifications or instantiations of a single principle.“ HART, 2012, S. 260.

die Problematik der alternativen Ermächtigung<sup>3</sup> behandeln würde.<sup>4</sup> Dieses Problem bei der Identifizierung des Themas des Buches ist wahrscheinlich der Grund, warum an der ersten Stelle, wo diese Kritik geäußert wird, folgende verblüffende Bemerkung zu finden ist: „Vor allem aber enthält das Buch auch langwierige Ausführungen zu Themen (wie Zwangscharakter des Rechts oder Normenkonflikte), deren Relevanz für die vorliegende Thematik [die Thematik der alternativen Ermächtigung] nicht immer erkennbar ist“ (POTACS, 2020, S. 286).

Der Kern des Problems bei der Identifizierung des Themas des Buches ist, kurz formuliert, dass der Rezensent einen Teil mit dem Ganzen verwechselt hat. Der Rezensent behauptet, dass in dem Buch Themen behandelt werden, „deren Relevanz für die vorliegende Thematik [die Thematik der alternativen Ermächtigung] nicht immer erkennbar ist“. Die erwähnten Themen stehen in der Tat in keiner großen Verbindung mit der Thematik der alternativen Ermächtigung, aber sie stehen in absoluter Verbindung mit der Hauptthematik des Buches. Um diese Aussage zu beweisen, ist es nur nötig, auf einen Teil des Texts der zwei Seiten langen Einleitung des Buches hinzuweisen.

Das Hauptziel der vorliegenden Arbeit ist, zu analysieren, wie erfolgreich Kelsen bei der Formulierung einer Rechtstheorie war, die die rechtliche Natur von Rechtsphänomenen zu erkennen und zu beschreiben versucht. Dieses Ziel wird durch die Untersuchung seiner Theorie der Rechtserkenntnis hinsichtlich der Begründung der Hauptelemente dieses theoretischen Projekts entwickelt. Um diese Analyse durchzuführen, wird erforscht, wie Kelsen die Rechtserkenntnis darstellt, wie diese Erkenntnis mit seiner Auffassung der Rechtsnorm als objektiver Sinn eines Willensaktes verbunden ist, warum sich für ihn die Rechtserkenntnis durch die Annahme von drei Grundprämissen (Grundnorm, Positivität und Normativität des Rechts) konstituiert und welche Situationen existieren, in denen die Begründung der Erkenntnis des Rechts durch das punktuelle Ausschließen der Positivität, d.h. durch die Ablehnung der Erforderlichkeit der Anwendung von ausschließlich positiven Normen, erfolgt (SILVA, 2019, S. 11).

3 „Das von Merkl entwickelte Fehlerkalkül und die von Kelsen formulierte Version dieser Lehre, seine Lehre von der alternativen Ermächtigung, spielen eine wesentliche Rolle bei der Untersuchung der Rechtserkenntnis, denn die Erkenntnis der erzeugten Normen als Rechtsnormen bedeutet das Verstehen dieser Normen als gültige Normen. Dazu ist zu beachten, dass bei der Identifizierung gültiger Normen ein Hauptweg und ein Nebenweg existieren, die erkannt werden müssen, um die Rechtserkenntnis in ihren vielfältigen Aspekten verstehen zu können. Der Hauptweg für die Anerkennung der Geltung einer Norm involviert die Notion der absolut normgemäßen Erzeugung einer Norm: Eine erzeugte Norm ist eine gültige Norm, weil die Erzeugung dieser Norm die Bedingungen erfüllt, die die Erzeugung einer gültigen Norm dieser Natur disziplinieren, weil diese erzeugte Norm im Rahmen der Möglichkeiten für die Erzeugung einer gültigen Norm liegt, weil die erzeugte Norm dank einer Ermächtigungsnorm, die diese Normerzeugung diszipliniert, durch die direkte Ermächtigung erzeugt wurde. [...] Der Nebenweg für die Anerkennung der Geltung einer Norm umfasst Situationen, bei denen eine Norm als gültig anzuerkennen ist, obwohl diese Norm nicht im Rahmen der Ermächtigungsnorm erzeugt wurde, die die Erzeugung dieser Art von Normen diszipliniert. In einer solchen Situation ist die erzeugte Norm gültig, weil eine Norm über die alternative Ermächtigung existiert, eine Norm, die einer anderen – außerhalb des Rahmens der direkten Ermächtigung erzeugten – Norm Geltung zuschreibt, sodass die erzeugte Norm doch als normgemäß verstanden werden muss.“ SILVA, 2019, S. 83-84. Siehe dazu auch SILVA, 2018, S. 371-388.

4 „Mit dieser Einschränkung kann der Inhalt des Buches im Wesentlichen so dargelegt werden: Grundsätzlich ermächtigt eine Verfassung nur zur Erlassung rechtmäßiger genereller und individueller Normen. Auf Grund des ‚Fehlerkalküls‘ bzw der ‚alternativen Ermächtigung‘ können aber ‚auch gültige Normen existieren, die nicht unbedingt ihre Geltung durch die Beachtung der anzuwendenden gültigen Norm bekommen haben‘ (50). So könnten einige Normen ‚gültig‘ sein, ‚auch wenn sie normwidrig sind, wie beispielsweise Gerichtsentscheidungen, die zwar nicht in den Rahmen der durch generelle Normen festgestellten Grenzen eingeordnet werden können, aber trotz Überschreitung der zugeschriebenen Ermächtigung als gültige Normen zu betrachten sind‘ (74 f).“ POTACS, 2020, S. 286.

Die Tatsache, dass das Buch nicht nur das Ziel hat, Kelsens Theorie der alternativen Ermächtigung in Frage zu stellen, wurde auch an einer anderen Stelle der Einleitung präsentiert:

Diese Überlegungen [des Buches] zielen auf zwei Ergebnisse: Erstens auf eine umfassende Darstellung und Analyse der Elemente von Kelsens Theorie der Rechtserkenntnis und zweitens auf eine kritische Behandlung von Kelsens Auffassung, dass die Positivität eine wesentliche Eigenschaft des Rechts sei, indem Situationen bearbeitet werden, in denen Rechtsphänomene als solche zu betrachten sind, obwohl bei der Zuschreibung der rechtlichen Bedeutung eine für die Erklärung dieser rechtlichen Bedeutung notwendige positive Norm fehlt (SILVA, 2019, S. 12).

Es ist für den Verfasser dieser Zeilen schwierig, mehr über die Behauptungen des Rezensenten zu diesem Thema zu sagen. An drei Stellen weist der Rezensent darauf hin, er wäre nicht sicher, ob er die Argumente des Buches verstanden hätte (siehe POTACS, 2020, S. 286 und 287). Diese Intuition war wohl zutreffend, trotzdem war sie nicht stark genug, um den Rezensenten zu bewegen, den Text noch einmal zu lesen, um sich Sicherheit über den Inhalt zu verschaffen. Wie es möglich ist, zu behaupten, dass „der Inhalt des Buches im Wesentlichen“ darin bestehen würde, die Theorie der alternativen Ermächtigung zu analysieren, liegt angesichts der eingefügten Zitate und des Gesamttextes des Buches außerhalb meiner Vorstellungskraft.

## **2 KRITISCHE ANMERKUNGEN ZU POTACS' VERSUCHEN, DIE POSITIVITÄT DER ALTERNATIVEN ERMÄCHTIGUNG ZU BEGRÜNDEN**

Dieser Abschnitt wird in zwei Unterpunkte aufgeteilt. Im Ersten werden Potacs' Argumente gegen die in dem Buch präsentierten Überlegungen zu Kelsens Theorie der alternativen Ermächtigung (so wie der Theorie des Fehlerkalküls) behandelt und danach angesichts von Kelsens Theorie der Rechtsauslegung kritisiert. Im Zweiten werden die Gründe präsentiert, warum – auch wenn Potacs' vorgeschlagene Lösung akzeptiert und adoptiert wird – dies nicht ausreicht, um *unter allem Umständen* die Theorie der alternativen Ermächtigung als eine auf positivierten Normen basierte Theorie begründen zu können.

### **2.1 POTACS' ARGUMENTE GEGEN DIE IN DEM BUCH PRÄSENTIERTEN ÜBERLEGUNGEN ZU KELSENS THEORIE DER ALTERNATIVEN ERMÄCHTIGUNG**

Um Potacs' Argumente (sowie seine Lesart des rezensierten Buches) zu analysieren, ist es angebracht, seine Argumente gegen die in dem Buch vertretene Hypothese, nach der nicht immer und unbedingt die Normen, die eine alternative Ermächtigung erlauben, in der Rechtsordnung positiviert werden, zuerst zu präsentieren.

Offenbar ist der Autor des vorliegenden Buches der Ansicht, dass dieses „Fehlerkalkül“ mangels ausdrücklicher Erwähnung im positiven Recht auch nicht positivrechtlich verankert ist. Entgegen dieser Auffassung kann allerdings mit gutem Grund

angenommen werden, dass trotz eines „Schweigens“ der Verfassung ein „Fehlerkalkül“ für Höchstgerichte darin positiviert ist. Lässt sich doch allein mit teleologischen Argumenten ausreichend begründen, dass Höchstgerichte schon auf Grund ihrer zentralen Funktion, in strittigen Fällen Rechtssicherheit zu gewährleisten, auch über ein erhebliches „Fehlerkalkül“ verfügen müssen. [...] Es ist jedoch einzuräumen, dass die (mutmaßliche) Auffassung des Autors einiges für sich hätte, wenn man im Einklang mit einer sehr verbreiteten Auffassung im „äußerst möglichen Wortlaut“ die Grenze der Auslegung und damit auch des positiven Rechts sieht. Denn nach dieser Ansicht enthielte dann etwa auch die österreichische Rechtsordnung kein positivrechtlich verankertes „Fehlerkalkül“ für Höchstgerichte, obwohl ein solches letztlich weitgehend unstrittig ist. Allerdings lässt sich die Sichtweise von der „Wortlautgrenze“ als Grenze des positiven Rechts bei näherer Betrachtung schwer aufrechterhalten, weil sich der Sinngehalt des positiven Rechts nicht nur anhand semantischer Kriterien (wie dem Wortsinn), sondern auch auf Grund pragmatischer Anhaltspunkte (wie dem Zweck der Regelung) ermitteln lässt (zB *Potacs Michael*, *Rechtstheorie*<sup>2</sup> [2019] 151 f). Es ist gewiss eine zentrale Schwäche des vorliegenden Buches, dass es sich mit der Möglichkeit eines solchen „impliziten Fehlerkalküls“ bzw einer „impliziten alternativen Ermächtigung“ nicht einmal ansatzweise auseinandersetzt. [...] Letztlich muss aber das mit diesem Buch verfolgte Vorhaben doch als gescheitert angesehen werden, wenn man die „Wortlautgrenze“ nicht gleichzeitig auch als Grenze des positiven Rechts ansieht. Dann nämlich kann mit guten Gründen auch von einer „impliziten“ Verankerung des „Fehlerkalküls“ bzw „alternativen Ermächtigung“ im positiven Recht ausgegangen werden [...] (POTACS, 2020, S. 287-288).

Inhaltlich formuliert Potacs seine Kritik, indem er behauptet, dass der Hauptpunkt bei der Kritik an Kelsens Theorie der alternativen Ermächtigung (sowie an Merkl's Fehlerkalküllehre) bei der Frage liege, ob es immer möglich sei, in einer positiven Norm diese alternative Ermächtigung mit diesem Umfang zu finden.<sup>5</sup>

Potacs lehnt die Auffassung ab, die „im ‚äußerst möglichen Wortlaut‘ die Grenze der Auslegung und damit auch des positiven Rechts sieht“. Sein Argument für eine breitere „Grenze der Auslegung“ operiert mit der Anwendung von „teleologischen Argumenten“, mit der Berufung auf den „Zweck der Regelung“, sowie bei dem Erwähnen eines „impliziten Fehlerkalküls“ bzw einer „impliziten alternativen Ermächtigung“ und einer „impliziten“ Verankerung des „Fehlerkalküls“ bzw „alternativen Ermächtigung“ im positiven Recht“. Von zentraler Bedeutung

5 In dem rezensierten Buch ist dieses Thema beispielsweise in dem folgenden Text behandelt: „Die Problematik der Identifizierung der Normen (genauer, der von jemandem als gültige Normen gewollten) als gültige Normen hängt von der juristischen Definition von Norm ab. Um eine Norm beispielsweise als gültiges Gesetz identifizieren zu können, muss die Rechtsordnung eine Autorität ermächtigt haben, Gesetze wie das erzeugte Gesetz zu erzeugen. Die Möglichkeit, Gesetze *immer* als Gesetze anzuerkennen, wenn diese Gesetze außerhalb des von der direkten Ermächtigung festgesetzten Rahmen liegen, hängt von einer positivrechtlichen alternativen Ermächtigung ab, die so formuliert sein muss, dass sie dem Normsetzer eine Art universelle Ermächtigung zuschreibt, sodass ‚alles, was das Gesetzgebungsorgan als Gesetz erläßt, als Gesetz im Sinne der Verfassung zu gelten hat‘ [*Kelsen*, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup>, S. 481]. Ist in der Rechtsordnung eine solche alternative Ermächtigung zu finden, dann ist es in der Tat möglich, durch die Konfrontation der erzeugten Normen mit den gültigen Normen einer Rechtsordnung (sowie mit der Bestimmung einer universellen alternativen Ermächtigung) zu behaupten, dass die erzeugte Norm, obwohl normwidrig, gültig ist. In allen anderen Fällen, in denen die Rechtsordnung keine universelle alternative Ermächtigung für die Erzeugung von generellen Normen enthält, kann eine generelle, außerhalb des Rahmens der direkten Ermächtigung liegende Norm nur als gültig betrachtet werden, wenn die erzeugte Norm im Rahmen der Norm über die alternative Ermächtigung liegt.“ SILVA, 2019, S. 95-96.

für die Unterstützung dieser Behauptungen ist die vom Rezensenten vertretene Auffassung, dass sich „der Sinngehalt des positiven Rechts nicht nur anhand semantischer Kriterien (wie dem Wortsinn), sondern auch auf Grund pragmatischer Anhaltspunkte (wie dem Zweck der Regelung) ermitteln lässt“.

In dem Zusammenhang, in dem Potacs seine Argumente für eine breitere „Grenze der Auslegung“ präsentiert, schreibt er auch etwas, das von großer Relevanz für die Diskussion ist: „Es ist jedoch einzuräumen, dass die (mutmaßliche) Auffassung des Autors einiges für sich hätte, wenn man im Einklang mit einer sehr verbreiteten Auffassung im ‚äußerst möglichen Wortlaut‘ die Grenze der Auslegung und damit auch des positiven Rechts sieht.“

In dieser Passage scheint sich Potacs bewusst zu sein, dass es Autoren gibt, die seine Auffassung über die „Grenze der Auslegung“ nicht teilen. Was Potacs nicht erwähnt, ist das Kelsen einer dieser Autoren ist. Das ist in dem Kontext der Rezension äußerst relevant, sowie der Grund, warum Potacs‘ Kritik und Lösungsvorschlag in mehreren Schritten analysiert werden muss. Deshalb wird Potacs‘ vorgeschlagene Lösung für das Problem der Positivität der alternativen Ermächtigung zuerst dargestellt und danach angesichts von drei Schlussfragen behandelt, um klarzumachen, warum Potacs‘ Kritiken angesichts der Ziele des rezensierten Buches – das nie vorhatte alle möglichen oder vertretbaren Theorien der Rechtserkenntnis zu analysieren, sondern nur Kelsens (und wenn erleuchtend Merkl)s Theorie der Rechtserkenntnis – nicht passt.

### 2.1.1 POTACS‘ VORGESCHLAGENE LÖSUNG FÜR DAS PROBLEM DER POSITIVITÄT DER ALTERNATIVEN ERMÄCHTIGUNG

Nach der Auffassung des Rezensenten könnte man mindestens in einigen Situationen behaupten, dass, auch wenn einer Norm die „ausdrückliche Erwähnung im positiven Recht“ fehle, sie trotzdem als „positivrechtlich verankert“ betrachtet werden könnte, d.h., es wäre falsch, die Auffassung zu vertreten, die „im ‚äußerst möglichen Wortlaut‘ die Grenze der Auslegung und damit auch des positiven Rechts sieht“, denn die „Wortlautgrenze“ [sollte nicht gleichzeitig auch] als Grenze des positiven Rechts“ (POTACS, 2020, S. 287) angesehen werden.

Es ist deutlich, dass Potacs in der Rezension so wie in seinem Buch *Rechtstheorie* die Auffassung vertritt, dass die „Grenze des positiven Rechts“ nicht mit dem Wortlaut gesetzt ist. Aber entspricht das Kelsens Auffassung zum Thema (zur Erinnerung: die Dissertation beschäftigt sich mit Kelsens Theorie der Rechtserkenntnis, nicht mit Kelsens *und* Potacs‘ Theorie der Rechtserkenntnis)? Das heißt: Wo liegt die „Grenze des positiven Rechts“ nach Kelsens Auffassung?

In seinem Buch (sowie kurz in der Rezension) hat Potacs anerkannt, dass die von ihm vertretene Auffassung über die Thematik der „Grenze[n] des positiven Rechts“ keine Unanimität in der Rechtstheorie bekommt. In seinem Buch behauptet er, dass diese Auffassung in Konflikt beispielsweise mit Alexander Someks Stellung zum Thema geraten könnte (POTACS, 2019,

S. 147, Fn. 24. Siehe SOMEK, 2018, S. 58. Dazu sei angemerkt, dass in dem Buch die Auffassungen, die von Potacs' Auffassung abweichen, keine detaillierte Analyse bekommen, d.h., es fehlt eine ausreichende Darstellung der Gründe, warum die vom Rezensenten vertretene Auffassung adoptiert werden müsste). Aber ein Element, das in der in diesen Kontext durchgeführten Diskussion wichtig ist, betrifft die Klärung, ob Potacs' Auffassung mit der von Kelsen übereinstimmt. Das führt zuerst zu der Frage, was Kelsen mit „Positivität des Rechts“ und ähnlichen Ausdrücken meinte, und danach zur Frage von Kelsens Stellungnahme zum Thema der Wortlautgrenze.

## 2.1.2 DREI KERNFRAGEN FÜR DIE ANALYSE VON POTACS' LÖSUNGSVORSCHLAG

### 1. Frage: Welches ist Kelsens Auffassung von der Positivität des Rechts?

Schon in *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* hat Kelsen deutlich gemacht, wie der Begriff „Positivität“ seiner Auffassung nach verstanden werden sollte, als er schrieb:

Der Begriff des „positiven“ Rechtes hat sich im Gegensatz zu demjenigen des „Natur“-Rechtes entwickelt. Mit der Behauptung der „Positivität“ des Rechtes lehnte man die naturrechtliche Anschauung ab, die das Recht aus der „Vernunft“, der „Natur der Sache“, der Moral oder sonst einer nicht spezifisch *rechtlichen* Ordnung abzuleiten versuchte, die somit die Geltung der Rechtsordnung auf die Geltung einer *über* dem Rechte gedachten Norm eines anderen Normsystems zurückführen zu müssen glaubte (KELSEN, 2013, S. 353-354).

Kelsen verwendet den Begriff „Positivität“, um hervorzuheben, dass die positiven Normen von anderen Arten von Normen unterschieden werden müssen. Rechtsnormen sind nach Kelsens Auffassung die Normen, die nicht aus anderen Normsystemen abgeleitet werden können. Eine „*über* dem Rechte gedachte[...] Norm“ begründet die Geltung (die normative Existenz) einer Rechtsnorm nicht, denn diese gedachte Norm existiert nur als solche und nicht als gesetzte Norm. Nach Kelsens Auffassung existiert eine Rechtsnorm immer dank einer „Seins-Tatsache“ (im Gegenteil zu einer gedachten, aber nicht existenten Tatsache):

Auch eine andere Seins-Tatsache ist eine Bedingung der Geltung einer Norm: die Seins-Tatsache ihrer *Setzung*. Nur eine im Wege bewußter Setzung oder im Wege der Gewohnheit gesetzte Norm kann als *positive* Norm der Moral oder des Rechts gelten. In diesem – durch menschliche Akte – Gesetzt-Sein und der im Vorhergehenden gekennzeichneten Wirksamkeit als der Bedingung der Geltung liegt die *Positivität der Moral und des Rechts* (KELSEN, 1979, S. 113-114).

Die Behauptung der Positivität des Rechts bedeutet die Vertretung der Existenz einer ausnahmslosen Bedingung für die Existenz der Rechtsnormen. Rechtsnormen (abgesehen von der Grundnorm) können nur als gültige Rechtsnormen existieren, wenn sie gesetzt sind. Diese Setzung, dieser „menschliche Akt[...]“, muss stattfinden, sodass eine Norm als gültige Norm

zählen kann: „Darin, daß die Geltung einer Norm durch den Willensakt bedingt ist, dessen Sinn sie ist, liegt ihre *Positivität* [...]. Kein Imperativ ohne Imperator, keine Norm ohne eine normsetzende Autorität, d. h. keine Norm ohne einen Willensakt, dessen Sinn sie ist“ (KELSEN, 1979, S. 187).

Eine Norm kann als eine positive Norm bezeichnet werden, wenn sie gesetzt ist, wenn „durch menschliche Akte“ „eine normsetzende Autorität“ diese Norm gesetzt hat. In diesem Setzungsakt wird normalerweise eine Norm durch einem Normtext gesetzt, d.h. durch die Setzung des Normtextes setzt die Autorität eine Norm und positiviert sie damit.

Aber welche Norm setzt die Autorität durch ihren Akt, durch den Normtext? Müssen die Grenzen des Wortlauts des Textes als Grenze bei der Bestimmung des Normsetzungsakts anerkannt werden? Diese Fragen weisen darauf hin, dass es nicht ausreicht – um zu verstehen, was „positivieren“ bedeutet – nur zu erwähnen, dass das Positivieren, die Positivität des Rechts durch den Akt einer Autorität erfolgt. Das führt uns zu der Problematik der Wortlautgrenze, des „äußerst möglichen Wortlaut[s]“ (POTACS, 2020, S. 287).

## 2. Frage: Was ist Kelsens Auffassung zum Thema der Wortlautgrenze?

In dem Kontext der Rezension liegt der Kern der Diskussion über die Wortlautgrenze bei der Frage, ob es nach Kelsens Auffassung möglich wäre, zu behaupten, dass eine Norm existiert, obwohl angesichts des „äußerst möglichen Wortlaut[s]“ eines Normtextes diese Norm außerhalb dieses Rahmen zu finden ist (das könnte zum Beispiel passieren, wenn der Gesetzgeber das Wort „Säugetiere“ in dem Normtext einer Verbotsnorm verwendet, aber eigentlich „Tiere“ meint.). Kelsen hat nicht wortwörtlich behauptet, dass die Wortlautgrenze als Grenze der erkenntnismäßigen Interpretation fungiert. Trotzdem ist es möglich, die Vertretung dieser Auffassung in Kelsens Schriften zu finden und somit zu begründen, wenn einige Äußerungen Kelsens zum Thema analysiert werden.

An zwei Stellen der zweiten Auflage der *Reine Rechtslehre* wird erwähnt, dass die sprachlichen Bedeutungen der Normen (genauer der Normtexte) als Grenze der möglichen Interpretationen dieser Normtexte betrachtet werden müssen:

In allen diesen Fällen beabsichtigter oder unbeabsichtigter Unbestimmtheit der niederen Stufe bieten sich der Rechtsanwendung mehrere Möglichkeiten. Der vollziehende Rechtsakt kann so gestaltet werden, daß er der einen oder der anderen der verschiedenen sprachlichen Bedeutungen der Rechtsnormen, daß er dem irgendwie festzustellenden Willen des Normsetzers oder aber dem von ihm gewählten Ausdruck (KELSEN, 2017, S. 600).

Es gibt schlechthin keine – als positivrechtlich charakterisierbare – Methode, nach der von mehreren sprachlichen Bedeutungen einer Norm nur die eine als „richtig“ ausgezeichnet werden könnte; vorausgesetzt natürlich, daß es sich um mehrere mögliche, das heißt:

im Zusammenhang mit allen anderen Normen des Gesetzes oder der Rechtsordnung mögliche Sinndeutungen handelt (KELSEN, 2017, S. 602).

Noch deutlicher wird Kelsens Auffassung zum Thema, wenn der folgende Text berücksichtigt wird: „In any event interpretation can take into consideration the intention of those who drafted the law or the will of the competent legislator *only if intention or will is expressed in the terms of the law*“ (1951, S. xiv, Hervorhebung von mir). Hier ist absolut klar zu sehen, dass in Kelsens Theorie die Intention des Gesetzgebers berücksichtigt werden soll, solange diese Intention im Rahmen des Wortlauts, innerhalb der Wortlautgrenze zu finden ist. Diese Auffassung wird von Robert Walter geteilt, wenn er schreibt:

Geht man von der hier entwickelten Grundlage aus und betrachtet man somit die „subjektive“ Interpretation als die – weil vorab theoretisch so festgesetzt – primäre, die „objektive“ als eine durch das positive Recht hinzugefügte „sekundäre“ „Auslegungsmethode“ (welche nicht so weit geht, die „subjektive“ Auslegung zu verbieten), so ergibt sich folgendes: 1. Wenn subjektive Absicht und objektiver Ausdruck übereinstimmen, ergibt sich kein Problem. 2. Wenn subjektive Absicht und objektiver Ausdruck vollständig divergieren, d.h. das Gewollte in der Gesetzform in keiner Weise zum Ausdruck kommt, gilt das Kundgemachte. Denn nach der üblichen (hier zugrundegelegten) positivrechtlichen Regel kann nicht etwas, was nicht kundgemacht ist, Gesetz sein. (1983, S. 196. Zitiert in dem rezensierten Buch: siehe SILVA, 2019, S. 152, Fn. 32. Dazu siehe auch LIPPOLD, 1989, S. 163)

Die Adoption der Wortlautgrenze in Kelsens Theorie wird bestätigt, wenn beachtet wird, welches seine Stellung bezüglich des *argumentum a contrario*, Analogie und Interessenabwägung, war:

Daß die üblichen Interpretationsmittel des *argumentum a contrario* und der Analogie völlig wertlos sind, geht schon daraus zur Genüge hervor, daß beide zu entgegengesetzten Resultaten führen und es kein Kriterium dafür gibt, wann das eine oder das andere zur Anwendung kommen soll. Auch der Grundsatz der sogenannten Interessenabwägung ist nur eine Formulierung, keine Lösung des Problems, das hier vorliegt. Es liefert nicht den objektiven Maßstab, nach dem entgegengesetzte Interessen miteinander verglichen und demnach Interessenkonflikte entschieden werden können. Dieser Maßstab ist insbesondere nicht aus der zu interpretierenden Norm oder dem diese enthaltenden Gesetz oder der ganzen Rechtsordnung zu holen, wie die Lehre von der sogenannten Interessenabwägung meint (2017, S. 603).

In diesem Text lehnt Kelsen nicht nur die erwähnten Interpretationsmittel ab, sondern weist auch darauf hin, warum er sie ablehnt. Die Abwesenheit von einem „Kriterium“, die Abwesenheit von einem „objektiven Maßstab“, ist der Grund, warum diese Auslegungsmittel von Kelsen abgelehnt werden. Weil diese Interpretationsmittel keinen objektiven Maßstab anbieten, werden sie nicht anerkannt. Ist die Existenz eines objektiven Maßstabs eine Bedingung für die Anwendung eines Interpretationsmittels, dann ist eine Auslegungsmethode, die über die Grenze des Wortlauts hinausgeht, ebenfalls abzulehnen, denn die Wortlautgrenze zu missachten, kann als eine Art von Ablehnung eines objektiven Maßstabs gewertet werden. Kelsen ist konsequent,

wenn er in einem Text schreibt, dass „[i]n any event interpretation can take into consideration the intention of those who drafted the law or the will of the competent legislator only if intention or will is expressed in the terms of the law“, (KELSEN, 1951, S. xiv) und in einem anderen Text bestimmte Auslegungsmittel („die üblichen Interpretationsmittel des *argumentum a contrario* und der Analogie“) ablehnt, weil diese die Rechtssicherheit gefährden.<sup>6</sup>

Eine letzte Bemerkung ist in diesem Zusammenhang über die Auffassung des Rezensenten hinsichtlich der Anwendung der von ihm vertretenen Pragmatik für die Identifizierung der Rechtsnormen notwendig. In seinem Buch behauptet Potacs mit Blick auf die Pragmatik:

Auch die reine Pragmatik findet in der traditionellen juristischen Methodenlehre ihren Ausdruck, wie die Beispiele des *Umkehr-*, *Analogie-* und *Größenschlusses* sowie der *teleologischen Reduktion* zeigen. Bei diesen Formen der Sinnermittlung ist das Auslegungsergebnis nicht mehr von der semantischen Bedeutung der Vorschrift getragen und die Deutung erfolgt ausschließlich auf Grund pragmatischer Kriterien. Da die reine Pragmatik auch im allgemeinen Sprachgebrauch in Verwendung steht, erscheint sie zur Deutung von Rechtsvorschriften ebenfalls als angemessen (POTACS, 2019, S. 147).

Es ist Potacs' gutes Recht, eine Auffassung von Rechtsauslegung zu vertreten, die er für korrekter hält. Nicht begründet wird von ihm aber die Behauptung, dass seine Auffassung mit der von Kelsen vereinbar sei – und angesichts des oben zitierten Textes von Kelsen ist dies auch nicht begründbar –, denn „die üblichen Interpretationsmittel des *argumentum a contrario* [d.h. der Umkehrschluss] und der Analogie“ werden von Kelsen als „völlig wertlos“ (KELSEN, 2017, S. 603) bezeichnet. Dazu sei noch einmal bemerkt: Potacs' Buch basiert nicht ausschließlich auf Kelsens Rechtstheorie. Aber es wird mehr als problematisch, wenn er die Argumente seines Buches verwendet, um Argumente zu verteidigen, die nicht in Einklang mit Kelsens Theorie stehen, vor allem Kelsens Auffassung über die alternative Ermächtigung.

### **3. FRAGE: WAS WÜRD KELSEN ÜBER DIE TELEOLOGISCHE AUSLEGUNGSMETHODE SAGEN?**

In der Rezension wird erwähnt, dass es durch die Anwendung von „teleologischen Argumenten“ möglich wäre, bestimmte Normen als gültige Normen zu betrachten, auch wenn sie außerhalb der Wortlautgrenze liegen. In der Rezension wird nicht geklärt, wie die teleologische Auslegungsmethode zu verstehen ist: ob als objektive teleologische Methode oder

<sup>6</sup> Mit genau derselben Konsistenz argumentiert Kelsen auch gegen die Existenz der Rechtsfigur „Lücke“: „Spricht man dennoch in gewissen Fällen von einer ‚Lücke‘, so bedeutet dies nicht, wie der Ausdruck vortauscht, daß eine Entscheidung mangels einer Norm logisch unmöglich, sondern nur, daß die – logisch mögliche – stattgebende oder abweisende Entscheidung von der zur Entscheidung, das heißt zur Gesetzesanwendung berufenen Instanz als zu unzumutbar oder als zu ungerecht empfunden wird, als so unzumutbar oder so ungerecht, daß sie zu der Annahme neigt, der Gesetzgeber habe an diesen Fall gar nicht gedacht und hatte, wenn er an ihn gedacht hatte, anders entschieden, als auf Grund des Gesetzes entschieden werden mußte. Diese Annahme mag zutreffen oder nicht – ihre Richtigkeit wird wohl zumeist nicht nachzuweisen sein; angesichts der verfassungsmäßig statuierten Pflicht, die Norm anzuwenden, die der Gesetzgeber tatsächlich erlassen hat und nicht diejenige, die er vermutlich erlassen hatte, ist diese Vermutung belanglos.“ (2008, S. 111)

als subjektive teleologische Methode. Da in Potacs' Buch die teleologische Auslegungsmethode neben der historischen Auslegungsmethode erwähnt wird,<sup>7</sup> ist es sinnvoll zu erwarten, dass als „teleologische Argumente“ die objektiven teleologischen Argumente zu verstehen sind.

Diese Vorüberlegungen provozieren die Frage, was Kelsen über die teleologische Auslegungsmethode sagen würde, ob Kelsen diese Auslegungsmethode akzeptieren und anwenden würde.

Es gibt keine eindeutigen Äußerungen von Kelsen zur teleologischen Auslegung. Trotzdem kann angesichts der beiden oben dargestellten Informationen vermutet werden, dass Kelsen diese Auslegungsmethode nicht annehmen würde, denn es ist belegt, dass Kelsen die Wortlautgrenze (als Grenze der Auslegung) anerkannt hat und dass Kelsen das *argumentum a contrario*, sowie die Argumente Analogie und Interessenabwägung abgelehnt hat, weil diese keine objektiven Maßstäbe anbieten können.

Weil die teleologische Auslegung zu Ergebnissen führen kann, die außerhalb der Wortlautgrenze liegen, wäre es für Kelsen kohärent, diese Auslegung abzulehnen. Zwar kann die teleologische Auslegung auch zu Ergebnissen führen, die innerhalb der Wortlautgrenze liegen, wenn beispielsweise in einem Normtext ein Zweck gesetzt wird. Dann wäre die teleologische Auslegung aber nicht notwendig, um die Positivität der alternativen Ermächtigung zu begründen, da sie durch die von Kelsen genannte objektive Auslegungsmethode (nach dem Wortlaut) begründet werden kann. Angesichts der Prämisse der Kohärenz führt die mit der teleologischen Auslegungsmethode verbundene Abwesenheit eines „objektiven Maßstabs“ zu derselben Schlussfolgerung der Ablehnung durch Kelsen.

Diese Auffassung, dass die teleologische Methode mit Kelsens Rechtslehre unvereinbar ist, wird auch von Lippold vertreten:

Die subjektive oder historische Auslegung ist eine eigentlich teleologische Auslegung. Sie nimmt auf die wirklichen Zwecke Bezug, welche die an der Normsetzung beteiligten Personen verfolgen. Hingegen verzichtet die objektiv-teleologische Auslegung auf eine solche Bezugnahme. Objektiv-teleologische Auslegung ist Auslegung nach dem *objektiven* Zweck der *Normen*. Damit stellt sich für sie das [...] Problem: Ein Zweck beruht stets auf einem bestimmten Wollen, einen rein objektiven Zweck gibt es also nicht. Eine Zweckfeststellung ohne Kenntnis der Absichten des Zwecksetzers ist fragwürdig, weil sie nicht die wirklichen, sondern allenfalls die vermuteten Zwecke des Wollenden zugrundelegt. Sofern bei der Anwendung der teleologischen Auslegung also nicht versteckte Anleihen bei der subjektiven Auslegung gemacht werden, kann die teleologische Auslegung nur zum Unterschieben von vermuteten Zwecken unter die Normen führen. Nochmals auf den theologischen Bereich übertragen: Wenn man nicht auf irgendeine Weise sich auf die Erkenntnis des göttlichen Willens selbst beziehen

<sup>7</sup> „Weil sich Rechtsetzer zur Vermittlung ihrer Anordnungen der natürlichen Sprache und damit des allgemeinen Sprachgebrauchs bedienen, sind Rechtsvorschriften (ebenso wie im allgemeinen Sprachgebrauch) nach Maßgabe semantischer *und* pragmatischer Auslegungsregeln zu interpretieren. Das kommt auch in den klassischen juristischen Auslegungsmethoden deutlich zum Ausdruck, die nicht nur die semantische Regel der Wortsinninterpretation, sondern auch pragmatische Methoden wie die systematische, die teleologische oder die historische Interpretation kennen.“ POTACS, 2019, S. 145-146.

kann (dem entspricht die subjektive Auslegung), so ist die Aufstellung eines Dogmas eine offensichtliche Anmaßung. Eine Anmaßung im moralisch-wertenden Sinne, aber auch im Sinne theologischer Erkenntnislehre. Die Behauptung, der Normsetzer habe diesen oder jenen Zweck mit einer Norm verfolgt, ohne sich auf den wirklichen Willen zu berufen, ist eine ebensolche Anmaßung – die Anmaßung einer Erkenntnis, deren Grundlagen fehlen (LIPPOLD, 1989, S. 169).

## *2.2 POTACS' VORSCHLAG FÜR DIE BEGRÜNDUNG DER POSITIVITÄT DER NORMEN, DIE DIE ALTERNATIVE ERMÄCHTIGUNG SETZEN*

Auch wenn die Anwendbarkeit der von Potacs vertretenen „pragmatischen“ Mittel als möglich betrachtet wird, ist das nicht ausreichend, um zu beweisen, dass das Vorliegen einer gültigen Norm ohne eine existierende und von einer Autorität erlaubte Ermächtigungsnorm absolut ausgeschlossen ist.

In der Rezension ist der Kern von Potacs' Argument zu diesem Thema folgendermaßen formuliert:

[...] trotz eines „Schweigens“ der Verfassung [ist] ein „Fehlerkalkül“ für Höchstgerichte darin positiviert [...]. Lässt sich doch allein mit teleologischen Argumenten ausreichend begründen, dass Höchstgerichte schon auf Grund ihrer zentralen Funktion, in strittigen Fällen Rechtssicherheit zu gewährleisten, auch über ein erhebliches „Fehlerkalkül“ verfügen müssen (POTACS, 2020, S. 287).

Dazu muss zuerst eine Bemerkung über die logische Struktur dieses Arguments gemacht werden. Es wird behauptet, dass – weil „Höchstgerichte schon auf Grund ihrer zentralen Funktion, in strittigen Fällen Rechtssicherheit zu gewährleisten [haben], [sie] auch über ein erhebliches ‚Fehlerkalkül‘ verfügen müssen“ – „ein ‚Fehlerkalkül‘ für Höchstgerichte darin positiviert“ ist.

Hier scheint das Argument des Rezensenten in folgender Form strukturiert zu sein: Weil ein Fakt existiert, muss es etwas geben, dass die Ursache dieses Faktes ist; weil (Fakt) „Höchstgerichte [...] über ein erhebliches ‚Fehlerkalkül‘ verfügen“, muss (Ursache) „ein ‚Fehlerkalkül‘ für Höchstgerichte darin positiviert“ sein.

Das Problem bei diesem Argument liegt bei der Verwechslung von möglicher und notwendiger Ursache (Peter kann das Fenster seines Nachbarn mit einem Stein einwerfen, aber das bedeutet nicht, dass das eingeworfene Fenster des Nachbarn von Peter zerstört wurde). Auch wenn es wahr ist, dass, weil ein Fakt existiert, es etwas geben muss, dass die Ursache dieses Faktes ist, ist es auch wahr, dass mehr als nur eine Ursache einen Fakt verursachen kann. Es ist richtig, dass Höchstgerichte eventuell auf Grund einer positivierten alternativen Ermächtigung dazu in der Lage sind, bestimmten Normen als gültigen Normen zu erzeugen. Aber es ist auch wahr, dass diese Höchstgerichte eventuell auf Grund einer nicht-positivierten alternativen Ermächtigung

dazu in dieser Lage sind. Höchstgericht zu sein bedeutet nicht unbedingt, rechtlich allmächtig zu sein, umso weniger bedeutet es, aus positiv rechtlichen Gründen allmächtig zu sein.

Das Hauptproblem von Potacs' vorgeschlagenem Weg, um die Positivität der alternativen Ermächtigung zu begründen, liegt in der Verwechslung von dem Möglichen und dem Notwendigen. Wie oben erwähnt, würde die Begründung der Positivität der alternativen Ermächtigung nach Potacs' Auffassung auf Grund „teleologischen Argumenten“ erfolgen. Es wird dabei von ihm behauptet, dass eine bestimmte Norm existiert, die von einer alternativen Ermächtigung in gewissem Umfang begründet wird, weil es durch teleologische Auslegung möglich wäre, in dem Normtexten den Zweck zu identifizieren, der diese bestimmte Norm gesetzt (positivierte) hätte.

Abgesehen von den in anderen Abschnitten erwähnten Problemen der Verteidigung dieser Auffassung angesichts von Kelsens Rechtstheorie, kann sie auch aus einem anderen Grund nicht ausreichend qualifiziert werden.

Selbst wenn es möglich wäre, die teleologische Auslegungsmethode anzuwenden, um positive Normen zu identifizieren, bedeutet das nicht, dass *in allen Situationen*, in denen für die Begründung einer tatsächlich ausgeübten alternativen Ermächtigung eine Norm erforderlich ist – und diese Norm nicht im Rahmen der Wortlautgrenze zu finden ist –, diese erforderliche Norm durch teleologische Auslegung identifiziert werden kann – solange angenommen wird, dass „teleologisches Argument“ kein Synonym für „Allheilmittel“ ist.

In meinem Buch wird diese Situation behandelt, als die Problematik der Identifizierung von gültigen Normen behandeln wird. Dabei wird dieses Problem so dargestellt:

Die Problematik der Identifizierung der Normen (genauer, der von jemandem als gültige Normen gewollten) als gültige Normen hängt von der juristischen Definition von Norm ab. Um eine Norm beispielsweise als gültiges Gesetz identifizieren zu können, muss die Rechtsordnung eine Autorität ermächtigt haben, Gesetze wie das erzeugte Gesetz zu erzeugen. Die Möglichkeit, Gesetze *immer* als Gesetze anzuerkennen, wenn diese Gesetze außerhalb des von der direkten Ermächtigung festgesetzten Rahmen liegen, hängt von einer positivrechtlichen alternativen Ermächtigung ab, die so formuliert sein muss, dass sie dem Normsetzer eine Art universelle Ermächtigung zuschreibt, sodass „alles, was das Gesetzgebungsorgan als Gesetz erlässt, als Gesetz im Sinne der Verfassung zu gelten hat“ [Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup>, S. 481]. Ist in der Rechtsordnung eine solche alternative Ermächtigung zu finden, dann ist es in der Tat möglich, durch die Konfrontation der erzeugten Normen mit den gültigen Normen einer Rechtsordnung (sowie mit der Bestimmung einer universellen alternativen Ermächtigung) zu behaupten, dass die erzeugte Norm, obwohl normwidrig, gültig ist. In allen anderen Fällen, in denen die Rechtsordnung keine universelle alternative Ermächtigung für die Erzeugung von generellen Normen enthält, kann eine generelle, außerhalb des Rahmens der direkten Ermächtigung liegende Norm nur als gültig betrachtet werden, wenn die erzeugte Norm im Rahmen der Norm über die alternative Ermächtigung liegt (SILVA, 2019, S. 95-96).

Nach der Darstellung des Problems wurde hervorgehoben, dass es Kelsen bewusst war, dass eine Ermächtigungsnorm fehlen kann, sodass nicht immer, wenn eine Autorität handelt,

wenn eine Autorität eine Norm erzeugt, dieser Rechtserzeugungsakt im Rahmen des positiven Rechts stattfinden muss.

Die Existenz einer universellen alternativen Ermächtigung bezüglich individueller Normen wird von Kelsen nicht in der Sektion über „*gesetzwidrige Gerichtsentscheidungen*“ [Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup>, S. 472] behandelt, sondern in einem anderen Zusammenhang: bei der Untersuchung der „*Beziehung zwischen der richterlichen Entscheidung und den anzuwendenden generellen Rechtsnormen*“ [Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup>, S. 432]. Bei der Behandlung dieser Thematik hat Kelsen behauptet [„Die generelle Rechtsnorm ist stets nur ein Rahmen, innerhalb dessen die individuelle Rechtsnorm zu erzeugen ist. Aber dieser Rahmen kann enger oder weiter sein. Er ist am weitesten, *wenn* die positive generelle Rechtsnorm nur die Ermächtigung zur Erzeugung der individuellen Rechtsnorm enthält, ohne deren Inhalt vorauszubestimmen.“ Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup>, S. 437. Hervorhebung von mir.], dass es *möglich* wäre, aber *nicht notwendig* (in Kelsens hier behandeltem Text spielt das Wort „wenn“ die Hauptrolle), dass eine Autorität eine Art universelle Ermächtigung bekommen würde, sodass diese Ermächtigung keine inhaltlichen Grenzen enthalten würde. Ist die alternative Ermächtigung positiviert, dann kann die Rechtserkenntnis der rechtlichen Natur der erzeugten Normen unter Beachtung des Grundsatzes der Positivität erfolgen. Weil diese Situation kontingent ist, ist eine andere Alternative nicht auszuschließen, sodass es auch passieren kann, dass die Rechtserkenntnis der erzeugten Norm über das notwendige Voraussetzen einer Norm zur alternativen Ermächtigung erfolgen muss (SILVA, 2019, S. 96).

Diese Bemerkungen sollten ausreichen, um die Tatsache hervorzuheben, dass die Auslegung eines Normtextes (unabhängig davon, welche Auslegungsmethode verwendet wird) *nicht immer* zu dem Ergebnis führt, dass der Normtext eine bestimmte Ermächtigung setzt. Es ist möglich, dass eine Autorität im Rahmen einer positivierten alternativen Ermächtigung handelt, und es ist auch möglich, dass eine Autorität außer des Rahmens einer positivierten alternativen Ermächtigung handelt. Aus rechtstheoretischer Perspektive existieren beide Möglichkeiten. Konkrete Rechtsordnungen werden dieses Thema auf unterschiedliche Weisen disziplinieren.

Solange keine unkonventionelle Naturrechtslehre-Orientierung angenommen wird, nach der alle Ermächtigungsnormen, die für die Begründung von normsetzenden Handlungen von Autoritäten erforderlich sind, gültig sind (existieren), auch wenn sie nicht gesetzt sind, ist es immer noch logisch präzise zu behaupten, dass eine bestimmte Ermächtigungsnorm fehlen kann, dass eine bestimmte Norm, die für die Begründung der Erzeugung einer Norm nötig ist, in einer bestimmten Rechtsordnung nicht existiert.

## **SCHLUSSBEMERKUNG**

Eine der Bedingungen für die Existenz einer gültigen Norm ist ihre Setzung. Diese Idee ist in der Bedeutung des Begriffs „Positivität“ in Kelsens Theorie zu finden. Die Setzung einer spezifischen Norm ist eine Möglichkeit, d.h., diese Norm kann gesetzt werden, sowie sie auch als nicht gesetzte Norm betrachtet werden kann. Diese Tatsache ist einer der Gründe, warum, *auch wenn* die Wortlautgrenze nicht beachtet werden muss (d.h., auch wenn es möglich wäre,

zu behaupten, dass eine Norm gesetzt ist, obwohl diese Norm außerhalb der Wortlautgrenze liegt), es nicht unbedingt vorkommt, dass eine Norm, die für die Begründung einer ausgeübten Ermächtigung erforderlich ist, in einer Rechtsordnung durch Anwendung teleologische Argumente gefunden werden kann. Der andere Grund, warum nach Kelsens Auffassung die teleologische Auslegung in einigen Fällen keine anwendbare Lösung für die Problematik der Positivierung der alternativen Ermächtigung in allen Situationen anbietet, d.h., auch in den Situationen, in denen eine alternative Ermächtigung ausgeübt war, obwohl angesichts der Wortlautgrenze keine Norm diese alternative Ermächtigung gesetzt hat, liegt darin, dass „interpretation can take into consideration the intention of those who drafted the law or the will of the competent legislator *only if intention or will is expressed in the terms of the law*“ (KELSEN, 1951, S. xiv, Hervorhebung von mir).

## LITERATURVERZEICHNIS

HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*. Wien: Manz, 1979.

KELSEN, Hans. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. In: JESTAEDT, Matthias (Hrsg.). *Hans Kelsen Werke*. Veröffentlichte Schriften 1918-1920. Band. 4. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik. Studienausgabe der 1. Auflage 1934. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Studienausgabe der 2. Auflage 1960. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations*. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems. London: Stevens & Sons Limited, 1951.

LIPPOLD, Rainer. *Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin*. Wien: Springer, 1989.

POTACS, Michael. Buchbesprechung. *Matheus Pelegrino da Silva*, Kelsens Theorie der Rechtserkenntnis. Zugleich eine kritische Betrachtung der Positivität als Eigenschaft des Rechts. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Wien, 75, S. 285-288, 2020.

POTACS, Michael. *Rechtstheorie*. 2. Aufl. Wien: Facultas, 2019.

SILVA, Matheus Pelegrino da. *Kelsens Theorie der Rechtserkenntnis*. Berlin: Duncker & Humblot, 2019.

SILVA, Matheus Pelegrino da. Positive oder vorausgesetzte alternative Ermächtigung? *Rechtstheorie*, Berlin, v. 49, S. 371-388, 2018.

SOMEK, Alexander. *Wissen des Rechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018.

WALTER, Robert. Das Auslegungsproblem im Lichte der Reinen Rechtslehre. In: KOHLMANN, Günter (Hrsg.). *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*. Bd. 1. Köln: Dr. Peter Deubner, 1983, S. 187-197.