

MARIJAN PAVČNIK, Laibach

## Pitamic

### Klassiker der slowenischen Rechtswissenschaft

*It was certainly the question of the basic norm which divided Kelsen and Pitamic most incisively. Pitamic transcended the Pure Theory of Law and set out to find a common substantial denominator between positive and natural law. He sought this common denominator in the nature of law. However, the conclusion from this is not that Kelsen's and Pitamic's conceptions are irreconcilable. Their views certainly differ, but they can complement each other if linked in an appropriate way. – The key argument is that the methods used in investigating and understanding law have to be in accordance with the nature of law. The understanding of the nature of law is a peculiar prior knowledge guiding the scholar in his choice of the method with which he approaches his field of study. By following this guideline, and by arguing according to a clear method, we can also open up a space for dialogue and for the juxtaposition of contrasting points of view.*

#### 1. Bio- und bibliographische Daten zu Leonid Pitamic

Leonid Pitamic (1885–1971)<sup>1</sup> ist ein Klassiker der slowenischen Rechtswissenschaft. Sein akademischer, wissenschaftlicher und beruflicher Aufstieg war blendend und schnell. Er wurde in Postojna geboren, die Volksschule und drei Gymnasialklassen besuchte er in Görz [Gorica], dann zog er nach Wien, wo er als Zögling des Theresianums maturierte, sich an der Juristischen Fakultät immatrikulierte und bereits in 1908 zum Doktor der Rechte promoviert wurde. Im Studienjahr 1909/10 bildete er sich in den öffentlich-rechtlichen Fächern in Heidelberg, Wien und München weiter. Kaum dreißig Jahre alt habilitierte er sich 1915 an der Juristischen Fakultät in Wien als Privatdozent für allgemeine

Staatslehre und österreichisches Staatsrecht und 1917 noch für Rechtsphilosophie. 1918 wurde er zum außerordentlichen Professor für allgemeine Staatslehre, österreichisches Staatsrecht, Verwaltungslehre und österreichisches Verwaltungsrecht an der Juristischen Fakultät der Universität in Czernowitz [Tscherniwzi, Cernăuți, Czerniowce] ernannt. Wegen des Kriegsgeschehens konnte er diese Stelle nicht antreten.

Sein Berufsleben begann er in den Jahren 1908 bis 1913, als er bei der Landesregierung in Laibach [Ljubljana] und bei den Bezirkshauptmannschaften in Gurkfeld [Krško], Littai [Litija] und Adelsberg [Postojna] arbeitete. 1913 wurde er dem staatsrechtlichen Büro des Ministerratspräsidiums in Wien zugeteilt, wo er bis zum Zusammenbruch der Donaumonarchie blieb. Im November 1918 berief ihn die Nationalregierung in Laibach in die Verwaltungskommission und 1919 war er bereits Mitglied der jugoslawischen Delegation bei der Friedenskonferenz in Paris und ein Jahr später noch bei der internationalen Abgrenzungskommission zwischen Österreich und Jugoslawien. Im September 1920 übernahm

<sup>1</sup> Der Verfasser dieses Vortrags hat sich schon mehrfach mit Pitamic beschäftigt. Aus diesem Grund gibt es einige Überlappungen mit den früheren Aufsätzen; siehe insbesondere die Abhandlungen: PAVČNIK, An den Grenzen; PAVČNIK, Leonid Pitamic; PAVČNIK, Methodologische Klarheit.

er die Leitung der inneren Angelegenheiten und im Dezember 1920 auch die Leitung des Präsidiums der Landesregierung in Laibach, jedoch beides lediglich bis Mitte Februar 1921. Politisch war er auch in den Jahren 1924, 1927 und 1928 tätig, als er Stellvertreter des jugoslawischen Delegierten bei der Jahresversammlung des Völkerbundes war, und ganz besonders in den Jahren 1929 bis 1934, als er außerordentlicher Gesandter und bevollmächtigter Minister des Königreiches Jugoslawien bei der Regierung der USA in Washington war. Als international anerkannter Wissenschaftler und Diplomat wurde er auch Mitglied des ständigen Schiedsgerichtshofes in Den Haag.

Politik und Diplomatie waren jedoch nicht die Haupttätigkeiten von Pitamic. Der Schwerpunkt seines Wirkens galt der wissenschaftlichen Lehr- und auch Leitungstätigkeit an der Juristischen Fakultät und der Universität in Laibach. Er gehörte zu den Gründern der Juristischen Fakultät, war ihr erster Dekan, und mit seiner Eröffnungsvorlesung „Recht und Revolution“ begann am 15. April 1920 die Tätigkeit der Fakultät.

Von Anfang an war er ordentlicher Professor für öffentlich-rechtliche Fächer (Verfassungsrecht, Staatstheorie, Rechtsphilosophie, einige Jahre hielt er auch Vorlesungen über internationales Recht und eine kürzere Zeit noch über Verwaltungsrecht). Im Studienjahr 1925/26 war er Rektor der Universität. 1929 begab er sich in die Diplomatie, doch auch in den USA hörte er nicht mit seiner wissenschaftlichen Arbeit auf. Er veröffentlichte mehrere Abhandlungen, eine leicht überarbeitete und ergänzte Fassung seines Buches über den Staat in englischer Sprache („*A Treatise on the State*“) und hielt drei Vorlesungen an der *School of Foreign Service* (Georgetown University, Washington, DC), die er im Buch „*Some Notions on the State and its International Phases*“ (1931) zusammenfasste.

Nach seiner Rückkehr nach Laibach wurde er 1935 als Botschafter pensioniert. Die Juristische

Fakultät vergaß ihn jedoch nicht und reaktivierte ihn zunächst als Honorarprofessor und anschließend, als 1938 eine entsprechende Stelle zur Verfügung stand, als ordentlicher Professor für Verfassungsrecht und Staatstheorie. Im Studienjahr 1940/41 war er wieder ihr Dekan und dann durchgehend ordentlicher Professor, bis er im Juni 1952 pensioniert wurde.

Hinter diesen Daten und Jahreszahlen stehen mehrere Buchveröffentlichungen und ungefähr 70 Monographien, Artikel, Abhandlungen und Buchbesprechungen, die er in mehreren Sprachen (besonders auf Slowenisch, Deutsch und Englisch) schrieb und veröffentlichte. Darin behandelte er mannigfaltige Themen aus verschiedensten Rechtsgebieten, doch alle sind von seiner Rechtsauffassung geprägt, die auf der Theorie des Rechtspositivismus (in der Fassung der Reinen Rechtslehre) und der Tradition der naturrechtlichen Rechtsansichten aufbaute.

Die Hauptgebiete, an die seine Werke anknüpfen, sind Rechts- und Staatstheorie, Rechtsphilosophie, vergleichendes und einheimisches Verfassungsrecht, internationales Recht, Rechtsterminologie und teilweise auch Verwaltungsrecht. Die Hauptwerke von Pitamic sind die slowenische (1927) und englische (1933) Ausgabe des Buches über den Staat, die Abhandlungen über die Reine Rechtslehre, das Naturrecht und den Rechtsbegriff, die Inaugurationsvorlesung „Recht und Revolution“, die auch in Buchform erschien, die Abhandlung „Kritische Betrachtungen über die juristische Person“, Artikel über Menschenrechte, Gerichtsgewalt und Auslegung im Recht, rechtsterminologische Abhandlungen und nicht zuletzt die positivrechtlich geschriebene Habilitationsarbeit „Die parlamentarische Mitwirkung bei Staatsverträgen in Österreich“ (1915) und die englische Übersetzung des jugoslawischen Gesetzes über allgemeines Verwaltungsverfahren (1961).

Pitamic war Mitglied der Akademie der Wissenschaften und Künste in Ljubljana seit ihrer Gründung 1938 bis zum 21. Juni 1948, als er aus

politischen Gründen vom Präsidium der Volksversammlung Sloweniens nicht als ihr Vollmitglied bestätigt wurde.<sup>2</sup> Seit 1988 wird er in den Jahrbüchern der Akademie unter den verstorbenen Akademiemitgliedern angeführt. Bei der Akademieverammlung am 17. Dezember 1996 wurde er postum rehabilitiert. 1996 setzten ihm die Universität Ljubljana und deren Juristische Fakultät ein Denkmal in der Form einer Büste vor dem Universitätsgebäude.<sup>3</sup>

## 2. Beitrag zur Reinen Rechtslehre und Kritik dieser Theorie

Im Vorwort zur zweiten Auflage von „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ schrieb Kelsen, die Reine Rechtslehre sei „das gemeinsame Werk eines stetig sich erweiternden Kreises theoretisch gleich gerichteter Männer“.<sup>4</sup> In diesen Kreis reihte Kelsen auch Pitamic ein und erkannte ihm zu, dass er wertvolle Beiträge zu der Frage, wie man die Grundnorm als Voraussetzung juristischer Erkenntnis definieren sollte, geleistet hatte.<sup>5</sup>

Eine Schlüsselrolle bei dieser Suche kam Pitamic's Abhandlung „Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft“ (aus dem Jahr 1917) zu. Pitamic war ganz besonders daran

interessiert, ob und wie man Kelsens Reinheit begründen könnte. Er trat für das wissenschaftliche Prinzip ein, dass man den Verlauf der normativen Deduktion mit Hinsicht auf die gemäß einer anderen (kausalen) Methode verlaufende Entwicklung des Geschehens, also mit Hinsicht auf faktische Tatsachen, anschneiden muss.

Wie er selbst sagt, „muss bei dieser Wahl sowohl für das vergangene wie das gegenwärtige Recht ein gewisses ökonomisches Prinzip beobachtet werden; dieses Prinzip sieht vom subjektiven politischen Glauben vollständig ab und erschöpft sich in der objektiven Feststellung der materiellen Voraussetzungen für die Konstruktion solcher Rechtssätze, die in möglicher Übereinstimmung stehen mit wirkenden, das heißt mit jenen Sollvorstellungen, welche die Menschen auf jenem Gebiete und in jener Zeit tatsächlich motivieren, für welches und für welche wir das Recht erkennen wollen.“<sup>6</sup>

Was die Natur dieses Prinzips betrifft, berief er sich auf den Philosophen und Physiker Ernst Mach:

„Dieses Ziel, ein Gebiet mit dem geringsten Aufwand zu überschauen und alle Thatsachen durch einen Gedankenprozess nachzubilden, kann mit vollem Recht ein ökonomisches genannt werden.“<sup>7</sup>

Pitamic sprach sich für methodologische Klarheit der Rechtstheorie aus, ohne im Gegenstand Recht ganz *a priori* nur seine Normativität zu sehen und ohne es ganz *a priori* von allen seinen

<sup>2</sup> Anordnung über die Bestätigung der Mitglieder der Slowenischen Akademie der Wissenschaften und Künste, Amtsblatt der Volksrepublik Slowenien, Nr. 27/1948

<sup>3</sup> Über die bibliographischen Daten über Pitamic siehe insbesondere MERKL, Leonidas Pitamic; KUŠEJ, Leonid Pitamic; TOMŠIČ, Leonidas Pitamic; WALTER, Lehre; PAVČNIK, Leonid Pitamic; PITAMIC, Personalna mapa.

<sup>4</sup> KELSEN, Hauptprobleme XXIII.

<sup>5</sup> KELSEN, Hauptprobleme XV. An dieser Stelle wurden folgende Abhandlungen von Pitamic zitiert: PITAMIC, Denkökonomische Voraussetzungen; PITAMIC, Juristische Grundlehre; PITAMIC, Plato, Aristoteles; PITAMIC, Kritische Bemerkungen. Alle diese Abhandlungen sind nachgedruckt in: PITAMIC, An den Grenzen.

<sup>6</sup> PITAMIC, Denkökonomische Voraussetzungen 366; PITAMIC, Nove smeri 18. Siehe auch die PITAMIC, Buchbesprechung: Reine Rechtslehre 414.

<sup>7</sup> MACH, Ökonomische Natur 302. Siehe auch 301, 303, 305, 306 und 316. Vgl. PITAMIC, Denkökonomische Voraussetzungen 336–367; siehe die Anm. 1, 4, 5 und 11; siehe auch MACH, Erkenntnis 232: „Eine vorläufige versuchsweise Annahme zum Zwecke des leichteren Verständnisses von Tatsachen, welche aber dem tatsächlichen Nachweis sich noch entzieht, nennen wir eine Hypothese.“

nichtnormativen Elementen zu säubern. Pitamic unterscheidet scharf zwischen der deduktiv-normativen und der induktiv-kausalen Methode.

Dieser methodologische Dualismus, dem die Rechtswissenschaft nicht ausweichen kann, wird von Pitamic auf eine sehr bildhafte Weise illustriert:

„Wenn Kelsen von einem als gegeben vorausgesetzten Standpunkte – einem Normenkomplex – ausgeht, aus dieser formalen, beliebige Inhalte zulassenden Voraussetzung rein deduktiv die Konsequenzen ableitet, so ist er gewissermaßen auf dem Gipfel irgend eines Berges, von dem er, sich normativ einen Weg bahnend, hinunter schreitet; *wie* man auf den Gipfel kommt, danach fragt er nicht. Die ‚anderen‘ suchen erst die materiellen Voraussetzungen, den Ausgangspunkt der Normen zu gewinnen, sie suchen erst den Gipfel eines bestimmten Berges; sie bahnen sich den Weg hinauf, was nur mit der induktiven, kausal arbeitenden Methode möglich ist, da es sich ja [...] um die Konstatierung der in das Erkenntnisgebiet des Seins fallenden psychologischen Wirkungen von Sollvorstellungen handelt.“<sup>8</sup>

Pitamic erklärt, dass man in der Reihe von Vorstellungen, die gemäß einer bestimmten Methode verlaufen, nie aus der unendlichen Reihe aussteigen kann, wenn man nicht mit Vorstellungen Halt gebietet, die nach einer anderen Methode verlaufen.<sup>9</sup> Wie Pitamic sagt, geht es um „den Sprung (Hervorhebung des Autos) über einen Abgrund, der in endloser Tiefe die Welt des Seins von jener des Sollens logisch trennt“.<sup>10</sup> Kurzum: es handelt sich um ein ungelöstes, vielleicht sogar unlösbares erkenntnistheoretisches Problem, das man vielleicht durch einen menschlichen Wertsprung („Wert“ vom Autor

hinzugefügt) überbrücken kann, sodass »die normativ verlaufende Deduktion mit Rücksicht auf eine Seinstatsache (Hervorhebung des Autos) abgeschnitten“ ist.<sup>11</sup>

Pitamic ist überzeugt, dass Kelsen seinen Gedanken über die Wirksamkeit des Rechts übernommen und in einer geänderten normativisierten Form ausgedrückt hat: zunächst über die Norm des Völkerrechts und dann noch als den Inhalt der Grundnorm. Kelsen hat, sagt Pitamic, „die erwähnte Idee vervollständigt, weil er das, was ich nur als das Erkenntnisprinzip für konkrete Staatsrechte vorschlug, als Norm ins Völkerrecht einbrachte.“<sup>12</sup> Kelsens erkenntnistheoretisches Prinzip wurde „zum Inhalt einer Rechtsnorm erhoben“ und soll damit als juristisches Prinzip fungieren. „Dadurch, dass das Faktische zum Inhalt einer Norm wird, erfährt es“, so Kelsen, „einen ganz eigenartigen Bedeutungswandel, es wird sozusagen denaturiert, schlägt in sein Gegenteil um, wird selbst zum Normativen“.<sup>13</sup> Pitamic wird durch diese Lösung nicht zufrieden gestellt, weil dadurch „das grundlegende erkenntnistheoretische Problem nur um eine Stufe zurückgeschoben wird und wieder im Völkerrecht auftreten muss“.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Siehe PITAMIC, Denkökonomische Voraussetzungen 356.

<sup>12</sup> PITAMIC, Nove smeri 18. Vgl. auch PITAMIC, Buchbesprechung: Das Problem der Souveränität 641–642.

<sup>13</sup> Siehe KELSEN, Problem der Souveränität 99 und 240–241: „Was dort als ein mehr oder weniger erkenntnistheoretisches Prinzip angegeben wurde: der Grundsatz, jene Ursprungsnorm zu wählen, aus der sich in deduktiver Entfaltung eine Rechtsordnung ergibt, mit der das tatsächliche Verhalten der Menschen, deren Handeln den Inhalt der Rechtsordnung bildet, in relativ größter Übereinstimmung steht, das tritt hier – weil zum Inhalt einer Rechtsnorm erhoben – als juristisches Prinzip auf./ Dadurch, daß das Faktische zum Inhalt einer Norm wird, erfährt es einen ganz eigenartigen Bedeutungswandel, es wird sozusagen denaturiert, schlägt in sein Gegenteil um, wird selbst zum Normativen.“

<sup>14</sup> PITAMIC, Nove smeri 18. Siehe auch PITAMIC, Kritische Bemerkungen 351.

<sup>8</sup> PITAMIC, Denkökonomische Voraussetzungen 344.

<sup>9</sup> PITAMIC, Denkökonomische Voraussetzungen 355.

<sup>10</sup> PITAMIC, Denkökonomische Voraussetzungen 356.

Er drückt dieselben Bedenken auch angesichts der Grundnorm aus, wie sie von Kelsen in der ersten Auflage des Werkes „Reine Rechtslehre“ (1934)<sup>15</sup> formuliert wurde.

Die Entwicklung von Kelsens theoretischen Standpunkten bestätigt die Fundiertheit der Angaben von Pitamic, dass Kelsen (in einem bestimmten Umfang<sup>16</sup>) seine kritischen Ausführungen darüber aufgenommen hatte, wie man die Wirksamkeit des Rechts derart begründen könnte, dass sie annehmbar und mit der Reinen Rechtslehre vereinbar wäre. Ungeachtet der Intensität dieses Einflusses auf Kelsen<sup>17</sup> ist es

<sup>15</sup> KELSEN, Reine Rechtslehre, 65ff.

<sup>16</sup> Darüber sprach Pitamic auch in einem umfangreichen Brief, den er am 16. 8. 1957 Kelsen sandte: siehe PAVČNIK, Frage. Von Bedeutung ist z.B. diese Stelle: „Ich sage nicht, dass meine Ausführungen den Grund zu Ihrer Einstellung geboten haben, aber vielleicht haben sie Ihre Auffassung bestärkt. Freilich haben Sie mein seinerzeitiges ökonomisches Prinzip nicht als solches aufgenommen, sondern Sie haben die Wirksamkeit in anderer Weise in Ihren Ideengang einge-reiht (Hervorhebung des Autors). Wie ich von der Mach'schen wurden Sie, wie mir scheint, von der Kant'schen Philosophie beeinflusst, zwar nicht vom kategorischen Imperativ Kants, sondern von seiner Kategorienlehre. [...] Diese hypothetische Grundnorm spielt also für die Rechtswelt eine ähnliche Rolle, welche die Kategorien nach Kant überhaupt haben. Wie die Kategorien unserer Sinnenwelt, so ist ihre Grundnorm dem positiven Recht gegenüber transzendent, denn sie ist nicht im positiven Recht gesetzt, sondern vom Rechtsforscher vorausgesetzt, um das positive Recht als gesollt zu erkennen“ (91–92).

<sup>17</sup> Vgl. PITAMIC, Frage 210. Siehe auch BEHREND, Untersuchungen 94: „Kelsens Aussage, dass die Grundnorm als hypothetischer Denkakt nur auf solche Rechtsordnungen bezogen wird, die von den Rechtsunterworfenen befolgt werden und damit im wesentlichen wirksam sind, entspricht dem von Pitamic herausgearbeiteten denkökonomischen Prinzip.“ Siehe auch 73ff. Ebenso Rudolf THIENEL, Kritischer 117–118: „Und auch Kelsen hat – unter ausdrücklicher Berufung auf Pitamic – die Auswahl gerade der effektiven Ordnungen als Rechtsordnungen damit begründet, dass dies dem Grundsatz der Erkenntnisökonomie entspreche, weil man damit jene Ordnungen erfasse, denen die Realität am nächsten komme.“

eine Tatsache, dass ihn Kelsen nicht in jenem Punkt vertiefte, wo sich das Normative und das Faktische, das Faktische und das Normative überschneiden,<sup>18</sup> sondern ihn in einem solchen Maße aufnahm und kanalisierte, dass die Ausgangspunkte der Reinen Rechtslehre unangetastet blieben.<sup>19</sup> In diesem Kontext stellte schon Behrend sehr bestimmt fest, dass durch „die Aufnahme des faktischen Effektivitätsmomentes in die Grundnormformulierung“ das rein normlogische System der Reinen Rechtslehre nicht gesprengt wird, da die „Geltung und Wirksamkeit einer Rechtsordnung streng voneinander getrennt bleiben.“<sup>20</sup>

### 3. Die rechtsphilosophische Stellungnahme von

#### Leonid Pitamic:

#### Methodologische Klarheit statt gegenständlicher Reinheit des Rechts – Zugleich vergleichende Überlegungen zum Werk von Gustav Radbruch

Die Frage der normativen Begründung ist der rote Faden, durch den Kelsen und Pitamic verbunden waren, obwohl ihre Sichtweisen unterschiedlich waren. Kelsen vertrat den methodologisch reinen Ansatz, der einen reinen Gegenstand der Forschung schafft. Die methodologische Reinheit ist sogar so groß, dass der Gegenstand der Wissenschaft die Methode nicht mitbestimmt. Es gilt gerade das Umgekehrte: Der Gegenstand, den die Wissenschaft erforscht, hängt von der Methode und ihrer Erkenntnis-

<sup>18</sup> Vgl. PITAMIC, Buchbesprechung: Das Problem der Souveränität 642.

<sup>19</sup> Vgl. mit Kelsens Formulierungen der Grundnorm in seinen späteren Werken; siehe besonders KELSEN, General Theory of Law 116–117; KELSEN, Reine Rechtslehre 209, und KELSEN, Allgemeine Theorie 203ff.

<sup>20</sup> BEHREND, Untersuchungen 94. Vgl. dazu auch WALTER, Wirksamkeit 536 ff.

richtung ab. Pitamic ging schon ganz am Anfang einen anderen Weg: Er war überzeugt, dass man das Recht nicht durch eine einzige Methode, der ein reiner Gegenstand der Forschung entspricht, verstehen und erkennen kann; er behauptete, es wäre nötig, neben der normativen Methode auch andere Methoden (vor allem die soziologische und die axiologische) anzuwenden, die man jedoch nicht miteinander konfundieren darf. Methodologischen Synkretismus kann man vermeiden, wenn man unter verschiedenen Aspekten des Rechts klar unterscheidet und wenn man zulässt, dass die Methoden einander unterstützen.

Diese Erkenntnisse führten bei Pitamic schrittweise dazu, dass er über die Natur des Rechts die positivrechtliche und die naturrechtliche Ansicht vereinte. Für Pitamic sind die wesentlichen Elemente des Rechts Ordnung und menschliches Verhalten. Beide Elemente bedürfen einander. Die Ordnung ist mit Rechtsnormen, die das äußere menschliche Verhalten regeln, verbunden. Die Ordnung ist für das Recht so wesentlich, dass es sich nicht mehr um Recht handelt, wenn die Normen eines Rechts nicht wenigstens *grosso modo* wirksam sind.<sup>21</sup> Ein Element des Rechts ist jedoch nicht irgendwelche Ordnung; die Bedingung ist eine Ordnung, die „nur äußeres menschliches Verhalten, nicht aber dessen Gegensatz, „unmenschliches Verhalten“ anordnet oder zulässt, „wenn es nicht die Rechtseigenschaft verlieren will.“<sup>22</sup>

Die Rechtsnorm „hört jedoch dann auf, Recht zu sein, wenn ihr Inhalt die Möglichkeit der Existenz und des Zusammenlebens der ihr unterworfenen Menschen ernstlich in Frage stellt.“<sup>23</sup> Dafür genügt nicht irgendwelche Unmenschlichkeit des Inhalts der Rechtsnormen (z.B. hohe Steuern, die ungerecht sind), sondern es muss sich um „eine auffallende, offenkundige, schwe-

re Unmenschlichkeit“<sup>24</sup> handeln (etwa massenhaftes Töten hilfloser Menschen). Es geht um die „grobe Störung“ (etwa um Ausrottung von Menschen einer anderen Rasse), die so intensiv ins Recht eingreift, dass seine Natur negiert wird.<sup>25</sup>

Ulfrid Neumann stellt überzeugend fest, dass sich „Pitamic nicht auf ethische Maßstäbe jenseits des Rechts, sondern auf Elemente des Rechtsbegriffs selbst beruft“.<sup>26</sup> Diese Art der Begründung stimmt im bestimmten Maße mit Radbruch und seiner Formel überein. Die Ähnlichkeiten zwischen Radbruch und Pitamic bestehen vorwiegend darin, dass es sich bei beiden um Begründung des Rechtsbegriffs handelt und dass beide auf eine ähnliche Weise die Grenze suchen, die ein Konflikt zwischen einzelnen Elementen des Rechts nicht überschreiten darf, wenn es sich noch um ein rechtliches Verhalten handeln soll. Der Rubikon ist überschritten, wenn die Ordnung „krass unmenschlich“ ist. In diesem Fall geht es um eine offensichtliche Parallele mit Radbruchs „Unerträglichkeitsformel“.<sup>27</sup>

Aus Pitamics Werken geht nicht hervor, dass er sich auf Radbruch gestützt hätte. Im Buch „An den Grenzen der Reinen Rechtslehre“ erscheint Radbruchs Name nur einmal, und zwar in Verbindung mit heteronomen Verpflichtungen.<sup>28</sup> In Pitamics zentralem Buch „*Država*“ („Der Staat“ aus dem Jahr 1927) wird Radbruch nicht zitiert. Die Mehrzahl der Gründe ist darin zu suchen, dass Radbruch und Pitamic eine ähnliche Entwicklung erlebt hatten, die schließlich zu einem

<sup>21</sup> PITAMIC, Naturrecht 192–193.

<sup>22</sup> PITAMIC, Naturrecht 194.

<sup>23</sup> PITAMIC, Naturrecht 199.

<sup>24</sup> PITAMIC, Frage 214.

<sup>25</sup> PITAMIC, Naturrecht 199. Siehe auch PITAMIC, Frage 215: „Es kann ja auch nach positivem Recht sogar eine rechtskräftige Entscheidung aus gewissen schwerwiegenden Gründen wegen krasser Verletzungen des positiven Rechtes angefochten und außer Kraft gesetzt werden.“

<sup>26</sup> NEUMANN, Buchbesprechung: Pitamic 281.

<sup>27</sup> NEUMANN, Buchbesprechung: Pitamic 281.

<sup>28</sup> PITAMIC, Juristische Grundlehre 750.

ähnlichen Ergebnis geführt hatte. Radbruch als Neukantianer nahm den werttheoretischen Relativismus an und vertrat den Standpunkt, dass man Rechtswerte nicht „erkennen“, sondern nur „bekennen“ kann.<sup>29</sup> Der Umstand, dass man nicht erkennen kann, was der höchste inhaltliche Rechtswert ist, verlangt, dass wegen Rechtsicherheit dieser Inhalt von der Staatsgewalt bestimmt wird.<sup>30</sup> Die Erfahrungen mit dem Nazismus verlangten, dass Radbruch seine Standpunkte vervollständigte und sie bezüglich des Verhältnisses der Rechtswerte nach dem Zweiten Weltkrieg auch etwas ergänzte. Die endgültige Ableitung ist es, dass man dann, wenn der Gegensatz zwischen dem positiven Gesetz und der Gerechtigkeit ein „unerträgliches Maß“ erreicht, „das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat“ (die Unerträglichkeitsformel). Neben dieser Formel gibt es noch die Verleugnungsformel; die ist dann gegeben, wenn das Gesetz bewusst die Gleichheit verleugnet. In diesem Fall ist das Gesetz „nicht nur ‚unrichtiges Recht‘, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur“.<sup>31</sup>

Pitamic Weg war ähnlich. In die Theorie und Philosophie des Rechts trat er als Kelsens Schüler ein und normativer Purismus begeisterte ihn als Form. Durch die scharfe Trennung zwischen Sein und Sollen wurde er nicht gänzlich geprägt, weil er das Recht auch soziologisch und axiologisch betrachtete. Die ganze Zeit störte ihn die Selbstgenügsamkeit des Rechts als eines seinsollenden Systems. Der Behauptung, dass Sollen nur aus Sollen entspringen kann, setzte er unter

<sup>29</sup> RADBRUCH, Grundzüge 22 und 162; siehe auch DERS., Rechtsphilosophie (1973) 96, und DERS., Relativismus 17–22.

<sup>30</sup> RADBRUCH, Rechtsphilosophie (1973) 164–165.

<sup>31</sup> RADBRUCH, Gesetzliches Unrecht 345–346. – Über Radbruch und die Radbruchsche Formel siehe z.B. KAUFMANN, Gustav Radbruch 9–88; ALEXY, Begriff 52ff.; SALIGER, Radbruchsche Formel; SPRENGER, 50 Jahre 3–7, und DREIER, PAULSON, Einführung; siehe auch DREIER, Radbruch, Kelsen, Schmitt 193–215.

Berufung auf Aristoteles die These entgegen, dass der Mensch bereits gemäß seiner Natur in normative Beziehungen eingegliedert ist.<sup>32</sup> Die Erfahrungen mit den Barbarismen des 20. Jahrhunderts übten sicher ihren Einfluss auf Pitamic aus, der so wie Radbruch das Recht auch wertmäßig verstand. Radbruch argumentierte über Gerechtigkeit, zu der das Recht strebt, Pitamic sucht die Lösung im Begriff des Rechts, das auch menschlich sein muss. Die Radbruchsche Formel ist eingehender als Pitamic Rechtsbegriff aufgegliedert. Ungeachtet dessen kann man auch Pitamic so verstehen, dass bewusstes Verleugnen der Gleichheit unmenschlich ist, und dass Ungleichheit, die unerträglich unmenschlich ist, der Rechtsnatur entbehrt.

Ein eingehender Vergleich zwischen Radbruch und Pitamic ist nicht der Gegenstand dieses Beitrags. Ein Vergleich war trotzdem nötig, weil sich dadurch auch eine entsprechende Parallele mit Kelsens Normativitätsthese öffnet. Kelsen hielt bis zu Ende an dieser These fest und war deshalb, vom Standpunkt seiner Theorie gesehen, indifferent zum Inhalt des positiven Rechts. Dieser war einfach kein Gegenstand seiner formell-seinsollenden Analyse des Rechts. Radbruch und Pitamic argumentierten auch inhaltlich und gliederten, jeder auf seine Weise, den inhaltlichen Maßstab in den Rechtsbegriff ein. Das ermöglichte ihnen, dass ihre Betrachtungsweisen des Rechts jenseits von Naturrecht und Rechtspositivismus sind. Noch genauer: Ihre Betrachtungsweise von Recht ist, wenn ich mich auf Robert Alexy<sup>33</sup> stütze, dual. Das bedeutet, dass beide, wieder jeder auf seine Weise, in den Rechtsbegriff sowohl seine faktische als auch seine ideale Seite einbeziehen. Die faktische Seite umfasst die positive Rechtsordnung und

<sup>32</sup> Siehe PITAMIC, Frage 212; siehe auch PAVČNIK, Frage 93–94.

<sup>33</sup> ALEXY, Hauptelemente 151–166; DERS., Dual Nature 167–182.

die Wirksamkeit dieser Ordnung, die ideale Seite bezieht sich auf die inhaltliche (moralische) Richtigkeit des Rechts. Der gemeinsame Nenner beider ist es, dass es sich um Recht handelt, solange sein Inhalt nicht extrem ungerecht beziehungsweise extrem unmenschlich ist.

Die Erkenntnis, dass die Natur des Rechts dual ist, ermöglicht einen Dialog unter allen, die keine extremen Positivisten oder extremen Moralisten sind.<sup>34</sup> Extreme Positivisten akzeptieren einen beliebigen Inhalt des Rechts, extreme Moralisten rechtfertigen nur jenes Recht, das ihrem Moralideal entspricht. Die Reine Rechtslehre ist kein Beispiel eines extremen Positivismus; für sie ist der beliebige Inhalt nur Annahme, die eine inhaltlich gereinigte Analyse des Rechts ermöglicht. Kelsens Normativitätsthese ist für alle jene dialogisch, die am Inhalt der normativen Struktur des Rechts interessiert sind. Kelsens Theorie (noch besonders die Theorie des Stufenbaus der Rechtsordnung) enthüllt (und auf ihre eigene Weise auch provoziert), wo die inhaltlichen Fragen des Rechts sind.<sup>35</sup>

Kelsen hat, wenigstens im gewissen Sinn, den Dialog nicht akzeptiert, weil für ihn das Recht ein in sich selbst geschlossenes System der Rechtsnormen war. Kelsens These war, dass ein Verhältnis nur „zwischen Elementen eines und desselben Systems möglich“ ist.<sup>36</sup> Die Einseitigkeit des Kelsenschen Ansatzes ist sehr gut mit dem schon angeführten Gleichnis mit dem Berg illustriert.

Pitamic trug zum inhaltlichen Ausbau der Reinen Rechtslehre bei. Das Schlüsselargument ist die Natur des Rechts, der auch die Methode(n), mit denen das Recht erforscht und erkannt wird, entsprechen müssen. Das Erkennen der Natur des Rechts ist ein eigenartiges Vorverständnis, das den Forscher bei der Wahl der Methode(n),

mit denen er sein Forschungsfeld betritt, lenkt. Wenn man so handelt und methodologisch klar argumentiert, gibt es auch Raum für Dialog und Gegenüberstellung von gegensätzlichen Standpunkten. Diese Richtung wird von allen jenen gebraucht, die am Recht als Lebensphänomen interessiert sind.

## Korrespondenz:

Prof. Dr. Marijan Pavčnik,  
Pravna fakulteta,  
Poljanski nasip 2,  
1000 Ljubljana, Slowenien  
Marijan.Pavcnik@pf.uni-lj.si

<sup>34</sup> Siehe KOLLER, Begriff des Rechts 160ff., 175ff.

<sup>35</sup> Siehe auch PAVČNIK, Methodologische Klarheit 122ff.

<sup>36</sup> KELSEN, Philosophische Grundlagen 305.

## Literatur:

- Robert ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts* (München 1992).
- Robert ALEXY, *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 95 (2009) 151–166.
- Robert ALEXY, *The Dual Nature of Law*, in: *Ratio Juris* 23 (2010) 167–182.
- Jürgen BEHREND, *Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolfs Merkels und Hans Kelsens* (Berlin 1977).
- Ralf DREIER, *Gustav Radbruch, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, in: H. HALLER u.a. (Hgg.), *Staat und Recht. Festschrift für Günther Winkler* (Wien–New York 1997).
- Ralf DREIER, Stanley L. PAULSON, *Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs*, in: RADBRUCH, *Rechtsphilosophie. Studienausgabe* (Heidelberg 1999) 235–250.
- Arthur KAUFMANN, *Gustav Radbruch – Leben und Werk*, in: *Gustav Radbruch Gesamtausgabe, Bd. 1*, hg. v. Arthur KAUFMANN (Heidelberg 1987) 9–88.
- Hans KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (Tübingen 1920).
- Hans KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*. (Tübingen 1922).
- Hans KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (Tübingen 1923).
- Hans KELSEN, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*. (= Philosophische Vorträge 31 Charlottenburg 1928); ND in: Hans KLECATSKY, René MARCIC, Herbert SCHAMBECK (Hgg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule, Bd. 1* (Wien u.a. 1968) 281–350.
- Hans KELSEN, *Reine Rechtslehre* (Leipzig–Wien 1934).
- Hans KELSEN, *General Theory of Law and State*. (Cambridge (Massachusetts) 1945).
- Hans KELSEN, *Reine Rechtslehre* (Wien 1960, ND: Wien 1983).
- Hans KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, hgg. von Kurt RINGHOFER und Robert WALTER (Wien 1979).
- Peter KOLLER, *Der Begriff des Rechts und seine Konzeptionen*, in: *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, hgg. von Winfried BRUGGER, Ulfrid NEUMANN, Stephan KIRSTE (Frankfurt am Main 2008) 157–180.
- Gorazd KUŠEJ, *Leonid Pitamic*, in: *Zbornik znanstvenih razprav* (Ljubljana) 29 (1959) 5–12.
- Ernst MACH, *Die ökonomische Natur der physikalischen Forschung*, in: *Allmanach der Kaiserlichen Akademie der Wissenschaften* (Wien) 32 (1882) 293–319.
- Ernst MACH, *Erkenntnis und Irrtum* (Leipzig 1905).
- Adolf MERKL, Prof. Dr. Leonidas Pitamic zum 70. Geburtstag, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 7 (1956) 145–147.
- Ulfrid NEUMANN, *Buchbesprechung: Leonid Pitamic, An den Grenzen der Reinen Rechtslehre. Herausgeber und Einführungsstudie: Marijan Pavčnik. Ljubljana 2009* (Erstausgabe 2005), in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 97 (2011) 279–281.
- Marijan PAVČNIK, *An den Grenzen der Reinen Rechtslehre*, in: DERS., *An den Grenzen der Reinen Rechtslehre* (Ljubljana 2005) 153–173.
- Marijan PAVČNIK, *Leonid Pitamic*, in: Robert WALTER, Clemens JABLONER, Klaus ZELENY (Hgg.), *Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre* (Wien 2008) 325–350.
- Marijan PAVČNIK, *Die Frage der rechtlichen Grundnorm (Pitamic' Brief an Hans Kelsen)*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 96 (2010) 87–103.
- Marijan PAVČNIK, *Methodologische Klarheit oder gegenständliche Reinheit des Rechts? Anmerkungen zur Diskussion Kelsen – Pitamic*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie – Beiheft* 136 (2013) 105–129.
- Leonid PITAMIC, *Die parlamentarische Mitwirkung bei Staatsverträgen in Österreich* (Wien–Leipzig 1915).
- Leonid PITAMIC, *Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft*, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 3 (1917) 339–367.
- Leonid PITAMIC, *Eine "Juristische Grundlehre"*. Felix Somló: *Juristische Grundlehre* (Leipzig 1917), in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 3 (1918) 734–757.
- Leonid PITAMIC, *Pravo in revolucija* (Ljubljana 1920).
- Leonid PITAMIC, *Nove smeri v pravni filozofiji*, in: *Zbornik znanstvenih razprav* (Ljubljana) 1 (1921) 242–258.
- Leonid PITAMIC, *Plato, Aristoteles und die Reine Rechtstheorie*, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 2 (1921) 683–700.
- Leonid PITAMIC, *Kritische Bemerkungen zum Gesellschafts-, Staats- und Gottesbegriff bei Kelsen*, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 3 (1922) 531–544.
- Leonid PITAMIC, *Kritični pogledi na juridično osebo*, in: *Zbornik znanstvenih razprav* (Ljubljana) 4 (1925) 213–246.

- Leonid PITAMIC, *Država* (Celje 1927, ND: Ljubljana 1996).
- Leonid PITAMIC, Buchbesprechung: Hans Kelsen: 1. Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts (Tübingen 1928) und 2. Der soziologische und der juristische Staatsbegriff (Tübingen 1928), in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 7 (1928) 640–645.
- Leonid PITAMIC, *Some Notions of the State and its International Phases* (Washington D. C. 1931).
- Leonid PITAMIC, *A Treatise on the State* (Baltimore 1933).
- Leonid PITAMIC, Buchbesprechung: Hans Kelsen: *Reine Rechtslehre* (Leipzig, Wien 1934), in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 15 (1935) 410–416.
- Leonid PITAMIC, *Naturrecht und Natur des Rechtes*, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* NF 7 (1956) 190–207.
- Leonid PITAMIC, *Die Frage der rechtlichen Grundnorm*, in: *Völkerrecht und rechtliches Weltbild. Festschrift für Alfred Verdross* (Wien 1960) 205–216.
- Leonid PITAMIC, *Na robovih čiste teorije prava/ An den Grenzen der Reinen Rechtslehre*, hg. v. Marijan Pavčnik (Ljubljana 2005. ND: Ljubljana 2009).
- Gustav RADBRUCH, *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (Leipzig 1914) = DERS., Gesamtausgabe, hg. v. Arthur KAUFMANN, Bd. II (Heidelberg 1993) 9–204.
- Gustav RADBRUCH, *Le relativisme dans la Philosophie du Droit*, in: *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique* 1/2 (1934) 105–110 = DERS., *Der Relativismus in der Rechtsphilosophie*, in: DERS., Gesamtausgabe, hg. v. Arthur KAUFMANN, Bd. III (Heidelberg 1993) 17–22.
- Gustav RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in: *Süddeutsche Juristenzeitung* 1 (1946) 1–8; ND in: RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* (1973) 345–346.
- Gustav RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, hgg. v. Erik WOLF, Hans-Peter SCHNEIDER (Stuttgart 1973).
- Gustav RADBRUCH, *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*, hgg. v. Ralf DREIER, Stanley L. PAULSON (Heidelberg 1999).
- Frank SALIGER, *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat* (Heidelberg 1995).
- Gerhard SPRENGER, *50 Jahre Radbruchsche Formel oder: Von der Sprachnot der Juristen*, in: *Neue Justiz* 1 (1997) 3–7.
- Rudolf THIENEL, *Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz* (Wien 1991).
- Ivan TOMŠIČ, *Leonidas Pitamic in memoriam*, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 23 (1972) 201–203.
- Robert WALTER, *Wirksamkeit und Geltung*, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* NF 11 (1961) 531–541.
- Robert WALTER, *Die Lehre des Verfassungs- und Verwaltungsrechts an der Universität Wien von 1810–1938*, in: *JBl* 110 (1988) 609–624.
- Robert WALTER, *Entstehung und Entwicklung des Gedankens der Grundnorm*, in: *Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts* 18 (1992) 47–59.